

Tożsamość prawa w juryscentrycznej wizji praktyki prawniczej

Jednym z kluczowych elementów projektu juryscentryzmu Artura Kozaka jest przyjęta w jego ramach koncepcja praktyki prawniczej. Jak wskazuję, budowana jest ona m.in. na gruncie strukturalizmu oraz funkcjonalizmu w naukach społecznych, podstawową ideą ją przenikającą jest natomiast idea tożsamości prawa. W niniejszym tekście chciałbym spojrzeć na praktykę z perspektywy obranej przez tego Autora, a także rozważyć niektóre konsekwencje dokonanych przezeń wyborów. Jak każda perspektywa, także ta, w której porusza się juryscentryzm, pewne aspekty w przedmiocie oglądu uwypukla, inne zakrywa. Postaram się wskazać zarówno jedne, jak i drugie.

I.

Każda perspektywa wiąże się z wyborem punktu spojrzenia w ramach określonej przestrzeni. Można więc twierdzić, że jest wobec jej wyboru coś bardziej pierwotnego: to wybór przestrzeni, w której granicach dokonywane jest dookreślenie własnego punktu widzenia. Przestrzeń wyznacza już sobą możliwe perspektywy; te ostatnie, choć różne, będą przecież pochodną wyboru bardziej fundamentalnego. Zanim spytamy o sam juryscentryzm i obrany w jego ramach punkt widzenia, należałoby zatem zapytać o przestrzeń, którą A. Kozak przyjmuje jako tło własnych rozważań.

Pytanie to znajduje bezpośrednią odpowiedź m.in. w ostatniej pracy Autora, którego poglądy rozważamy. Wprowadza on w niej rozróżnienie pomiędzy „instytucjonalno-funkcjonalną” oraz „interakcyjno-pragmatyczną” wizją społeczeństwa¹. Pierwsza z nich „traktuje rzeczywistość świata kultury jako zewnętrzną i niezależną od jednostki ludzkiej. Istnieje ona obok człowieka podobnie jak natura”². Druga z kolei ma postrzegać rzeczywistość społeczną „jako permanentnie konstruowaną w międzyludzkich interakcjach symbolicznych. (...) rzeczywistość kultury ma charakter okazjonalny (przypadkowy) i sytuacyjny (związany z konkretnym kontekstem), bo jest «wypadkową» niepowta-

¹ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wrocław 2010, s. 106 i n.

² *Ibidem*, s. 108.

rzalnego spłotu szeregu okoliczności warunkujących określoną interakcję, w której negocjowana jest sytuacja”³.

A. Kozak przedstawia nam tym samym obszar wyboru, którego granice zakreśla następująca opozycja: albo zgodzimy się na istnienie stabilnej struktury społecznej, niesprowadzalnej do praktyki i pełniącej wobec tej ostatniej funkcję regulacyjną, albo przyjmiemy wizję życia społecznego jako powstającego i ginącego wciąż na nowo w pojedynczych, niepowtarzalnych interakcjach. Ekstrema te odpowiadają dwóm ustalonym podejściom w teorii społecznej, które określane są inaczej jako obiektywizm z jednej, a interakcjonizm lub indywidualizm z drugiej strony⁴. Do pierwszego z nich zaliczyć można w pierwszym rzędzie funkcjonalizm oraz strukturalizm, sztandarowym zaś przykładem drugiego będzie etnometodologia. Podejścia te w swoim najszerszym wymiarze obejmują zarówno odmienne sposoby poznania teoretycznego, jak i określone sposoby rozumienia praktyki i ontologie rzeczywistości społecznej.

II.

Zarówno kreśląc tę przestrzeń, jak i dokonując w jej ramach wyboru własnego punktu widzenia, A. Kozak zdaje się kierować dwoma fundamentalnymi dla całej jego twórczości ideami, jakimi są obrona prawomocności (legitymizacji) oraz autonomii prawa⁵. Przy czym w miejsce „legitymizacji” podstawić możemy „porządek”, to właśnie bowiem ten ostatni wyznaczać ma społeczny sens i potrzebę istnienia prawa. Dwie te idee współtworzą szczególną jakość prawa, którą określał będę jako tożsamość⁶. Związek jest tu wyraźny – tę ostatnią wyznacza z jednej strony fakt, że jest prawo czymś odrębnym, niezależnym, z drugiej zaś, że trwa we względnie niezmiennej formie. Mówiąc zatem dalej o tożsamości prawa, będę miał na myśli zarówno jego porządek (stabilność), jak i autonomię⁷.

³ *Ibidem*, s. 108–109.

⁴ Określeń tych używam za P. Bourdieu oraz A. Giddensem. Zob. P. Bourdieu, *Szkic teorii praktyki, poprzedzony trzema studiami na temat etnologii Kabylów*, przeł. W. Kroker, Kęty 2007, s. 178 i n.; A. Giddens, *Stanowienie społeczeństwa. Zarys teorii strukturalizacji*, przeł. S. Amsterdamski, Poznań 2003, s. 254 i n.

⁵ Por. M. Pichlak, *Aporie teorii, paradoksy praktyki. O wewnętrznych napięciach w obrębie juryscentryzmu* [złożone do druku].

⁶ Por. A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 147 i n.

⁷ Szerzej nieco ideę tożsamości prawa omawiam w tekście *Różnica poglądów na tożsamość prawa w polskiej teorii*, [w:] P. Jabłoński red., *Czy koniec teorii prawa?*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3337, seria „Prawo” CCCXII, Wrocław 2011.

Wyjaśnienia wymaga także samo pojęcie prawa, któremu przysługiwać miałyby tego rodzaju tożsamość. Z pewnością nie należy utożsamiać go z prawem ustawowym, ze zbiorem tekstów tworzonych w drodze legislacji. Ontologiczna zależność tych ostatnich od artykułowanej woli politycznego suwerena sprawia, że z jednej strony nie można mówić o ich tożsamości (skoro podlegają Kirchmannowskiej logice „trzech słów ustawodawcy”), z drugiej zaś – problem ich legitymacji nie ujawnia się tak radykalnie.

Prawo, które interesuje A. Kozaka, to pojęcie szersze, obejmujące całość rzeczywistości prawnej, tak jak kształtuje się ona w naszym kręgu kulturowym. Nie *lex*, lecz *ius* – instytucjonalnie, kulturowo wytworzony zbiór niepisanych zasad, reguł postępowania, technik opracowywania tekstu prawnego *etc.* Wskazując na ten element porządku prawnego, Autor przywoływał m.in. koncepcję reguł wtórnych Harta, dwóch systemów prawa R. Alexego, źródeł prawa w znaczeniu decyzyjnym J. Wróblewskiego czy reguł zachowań E. Ehrlicha. To właśnie w odniesieniu do tych reguł – prawa w znaczeniu instytucjonalnym – pytać można zasadnie o tożsamość prawa⁸.

Stając w obronie tak rozumianej tożsamości prawa, Autor pyta, dlaczego miałyby ona być naszemu społeczeństwu niezbędna oraz jak jest możliwa. Pytania te znajdują odpowiedź dzięki dwóm szczególnie ważnym dla XX-wiecznej teorii społecznej nurtom myślowym: funkcjonalizmowi i strukturalizmowi⁹.

III.

Odwołanie do funkcjonalizmu, pozwalając mówić o koniecznej funkcji, jaką prawo ma do spełnienia we współczesnym społeczeństwie, służy wyjaśnieniu potrzeby prawa autonomicznego i stabilnego. Odwołanie takie uwidacznia się szczególnie w przyjętym przez Autora stanowisku tzw. umiarkowanego konwencjonalizmu. Sam konwencjonalizm jako postawa epistemologiczna znany jest przede wszystkim z pism K. Ajdukiewicza, który jako kluczowe wskazywał tu twierdzenie, iż same dane doświadczenia nie pozwalają jednoznacznie sformułować jakiegokolwiek sądu o rzeczywistości. Niezbędna bowiem do formułowania sądów jest określona aparatura pojęciowa, mająca zawsze charakter konwencjonalny¹⁰. Innymi słowy, to, co i jak poznajemy i jakie tezy o otaczającym nas

⁸ A. Kozak, *Myślenie analityczne*, s. 147–157 i 241–248.

⁹ Nie są to oczywiście jedyne inspiracje teoretyczne Autora juryscentryzmu, który sam wskazywał w tym zakresie przede wszystkim na filozofię transcendentálną oraz socjologię wiedzy (por. M. Pichlak, *Aporie teorii...*). Dla zagadnień tu omawianych to właśnie strukturalizm oraz funkcjonalizm są nurtami o podstawowym znaczeniu.

¹⁰ K. Ajdukiewicz, *Obraz świata i aparatura pojęciowa*, przeł. F. Zeidler, [w:] tenże, „Język i poznanie”, t. 1, Warszawa 1985, s. 175 i n.

świecie możemy sformułować, zależy od konwencji, które przyjmujemy. Czy może raczej (słowo „przyjmujemy” sugeruje tu jakiś wybór woli i poznawczy aktywizm), w których zostaliśmy wychowani i które nas ukształtowały.

Czytelnik zaznajomiony z podstawowymi założeniami juryscentryzmu z łatwością dostrzeże głęboką spójność tego projektu z zarysowanym stanowiskiem konwencjonalistycznym. Prawo stanowi tu w ostateczności wytwór społecznych instytucji, a rozstrzygnięcia zapadające w praktyce prawniczej są w znacznej mierze determinowane zinstytucjonalizowanymi konwencjami – prawniczymi „regułami zachowań”¹¹. Jak pisze A. Kozak, „tekst aktu normatywnego sam przez się nie zmusza nas do żadnego konkretnego rozstrzygnięcia. Może ono zapaść dopiero po zaakceptowaniu szeregu kulturowych konwencji...”¹². W tym miejscu dochodzi jednak do głosu wspomniany już „umiarkowany” rys takiego konwencjonalizmu, ujawniający interesujące nas inspiracje funkcjonalizmem. Owo umiarkowanie sprowadza się do przyjmowanego przez Autora twierdzenia, że nie wszystkie tego rodzaju kulturowe konwencje mają charakter czysto przygodny. Przynajmniej niektóre z nich „są konieczne dla utrzymania cywilizacyjno-kulturowego *status quo*” oraz „ze względu na społeczną funkcję prawa”. Przy konwencjach tego rodzaju „nie tylko nie wolno «dłubać», o ile nie chcemy ryzykować nieodwracalnych zmian cywilizacyjnych. Na «dłubanie» przy nich nie warto nawet poświęcać czasu, bo są one wrażliwe na działania pojedynczych ludzi (...) w takim samym stopniu jak prawa fizyki. Działanie takich konwencji możemy tylko respektować...”¹³.

Mogą oczywiście powstać wątpliwości, jak należy rozumieć użyte tu, wieloznaczne pojęcie konieczności. Czy nie jest ono jedynie retorycznym wzmocnieniem, stanowczym wyrazem pewnego ideału moralnego czy politycznego, który postrzegany jest jako pożądany i wart rekomendacji. Na takie odczytanie wskazywać może jedna z najważniejszych prac A. Kozaka, w której juryscentryzm określony zostaje jako „postulat etyczny”, będący odpowiedzią na „kryzys legitymacji całej praktyki prawniczej”¹⁴.

Należy jednak zauważyć, że można mówić o co najmniej dwóch znaczeniach terminu juryscentryzm: jako model praktyki jest zasadniczo dziejową koniecznością –

¹¹ Zob. np. A. Kozak, *Umiarkowanie konwencjonalistyczna charakterystyka orzeczenia sądowego*, [w:] Ł. Błaszczak red., *Wokół problematyki orzeczeń*, Toruń 2002.

¹² A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 241.

¹³ *Ibidem*, s. 240–241.

¹⁴ Zob. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, s. 162 i n.

przedstawieniem instytucjonalnych struktur „koniecznie związanych z [daną] formą społeczeństwa”¹⁵, jako zaś postulat etyczny jest to określona perspektywa teoretyczna, czy może raczej: postawa intelektualna, każąca upatrywać w prawie aksjologicznego centrum i płaszczyzny spotkania podmiotów realizujących partykularne, nieraz przeciwstawne interesy. Taka postawa akceptować ma i pielęgnować juryscentryczny model instytucjonalnej praktyki.

Wynika z tego, że prawo rzeczywiście pełnić ma jakąś konieczną, przyrodzoną mu funkcję, bez której niemożliwy do pomyślenia byłby obecny ład społeczny. Należy natomiast zapytać, na czym polegać ma owa społeczna funkcja prawa. Jak już sugerowałem, jej istotą jest gwarantowanie porządku. W obliczu subiektywizacji doświadczenia oraz pluralizmu etycznego i światopoglądowego prawo pozostaje jedynym spójnym porządkiem mogącym organizować współistnienie poszczególnych członków i grup społecznych. Aby jednak było to możliwe, musi ono odznaczać się stabilnością, powtarzalnością, standaryzacją. Jak pisze Autor, „paradoksalnie jedynym sposobem na orzekanie sprawiedliwe, tj. respektujące zasadę równości wobec prawa, jest postawienie porządku przed sprawiedliwością”¹⁶. Jednocześnie powody te tłumaczą konieczność zagwarantowania autonomii prawa; pozbawione tej cechy, prawo wydane byłoby bowiem na przygodność i kontrowersyjność charakterystyczną dla opinii etycznych czy politycznych. W ten sposób obydwie składowe tożsamości prawa znajdują wspólne uzasadnienie funkcjonalne¹⁷.

IV.

Pora przejść do pytania drugiego – o możliwość zachowania tożsamości porządku prawnego. Odpowiedzi dostarczać będzie wspomniany już nurt strukturalizmu. Ukazując prawo jako niezależną, niezmienną strukturę, praktykę prawniczą zaś jako wykonanie owej struktury, podporządkowane jej schematom, strukturalizm umożliwiać ma mówienie o stabilności i autonomiczności prawa – o jego tożsamości.

¹⁵ *Ibidem*, s. 162.

¹⁶ Tenże, *Myślenie analityczne...*, s. 69.

¹⁷ Myśli te bliskie są zapatrywaniom wielu współczesnych piszących o porządku prawnym, jak np. przedstawiciele anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, ale także do pewnego stopnia J. Habermas. Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązki. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 48 i n.; G.J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press 1986, s. 168–186; J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 53; tenże, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, [w:] tenże, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press 1994, s. 321.

Inspiracje strukturalistyczne juryscentryzmu, w przeciwieństwie do tych wywodzących się z funkcjonalizmu, są o tyle niekontrowersyjne, że ujawniane *explicite* przez Autora. Porównuje on wprost prawo (w szczególnym, wyjaśnianym powyżej rozumieniu prawa instytucjonalnego) do Saussure'owskiego *langue*, czyli języka¹⁸. Język u de Saussure'a jest strukturą idealną – to, co autor ten pisze na temat *langue*, późniejszy strukturalizm postrzegać będzie jako wzorcowe dla badania wszelkich struktur społecznych¹⁹. Jako struktura wzorcowa posiada on trzy szczególnie interesujące z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań cechy. Po pierwsze, ma charakter stały i niezmienny; oczywiście, w szerszej perspektywie diachronicznej język podlega zmianom, jednak badanie strukturalistyczne programowo postuluje ściśle rozgraniczenie poziomu diachronii od synchronii i skupienie się na tym ostatnim, na którym język może być traktowany jako nieruchomy²⁰. Po drugie, język ma charakter autonomiczny i może stanowić niezależny przedmiot badań. Znaczenie poszczególnych elementów struktury determinowane jest poprzez ich odniesienie do tej ostatniej jako całości; sama struktura nie wymaga zaś już tego typu wyjaśnień, relatywizujących ją do jakiejś bardziej prymarnej kategorii teoretycznej²¹. Strukturze, jaką jest język (a w ślad za nim także innym analogicznym strukturom społecznym), przysługiwać będzie zatem jakość, która określona została w niniejszych rozważaniach jako tożsamość.

Trzecia szczególna cecha języka dotyczy jego relacji wobec *parole*, mówienia. Niewątpliwie związki między nimi są złożone i wzajemne. Historycznie rzecz ujmując, mówienie jest warunkiem języka, który „wykrystalizowuje” się dopiero w obrębie praktyki; jak pisze de Saussure, „historycznie, pierwszy jest zawsze fakt mówienia”²². Jak już jednak wspomniałem, strukturalizm postuluje abstrahowanie od zależności diachronicznych. Ponownie zatrzymując się na poziomie synchronii, należy przyjąć, iż to język jest logicznym warunkiem mówienia. Jak stwierdza cytowany przez

¹⁸ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 127–132 i 201–203.

¹⁹ Por. C. Levi-Strauss, *Antropologia strukturalna*, przeł. K. Pomian, Warszawa 2000, rozdz. II–IV, *passim*, zwłaszcza s. 37–38 i 66. Zob. także D. Howarth, *Dyskurs*, przeł. A. Gąsior-Niemiec, Warszawa 2008, s. 43–44.

²⁰ Por. F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa ogólnego*, przeł. K. Kasprzyk, wstęp i przypisy K. Polański, wyd. II poprawione, Warszawa 1991, s. 104 i n. Jasny przykład takiego nastawienia daje L. Hjelmslev – por. tegoż, „*Langue*” i „*parole*”, przeł. D. Kurkowska, [w:] H. Kurkowska, A. Weinberg red., *Językoznawstwo strukturalne. Wybór tekstów*, Warszawa 1979, zwłaszcza s. 11.

²¹ D. Howarth, *Dyskurs...*, s. 37–43.

²² F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa...*, s. 47.

Kozaka P. Bourdieu, „w logicznym porządku inteligibilności *parole* jest wytworem *langue*”²³. Język zatem warunkuje i reguluje praktykę, postrzeganą jedynie jako akt wykonania abstrakcyjnej struktury²⁴.

Czy opis ten można odnieść także do prawa? Czy może być ono adekwatnie zrozumiane poprzez zastosowanie analizy strukturalnej? A. Kozak stwierdza, że jest to nawet bardziej uzasadnione niż w odniesieniu do języka. Przywoływany przed momentem Bourdieu zarzuca de Saussure’owi ześlizgiwanie się w analizach „z modelu rzeczywistości do rzeczywistości modelu”²⁵, co określić można innymi słowy jako błąd hipostazy. Autor juryscentryzmu, zgadzając się co do zasady z powyższym zarzutem, zauważa, iż nie można odnieść go do tej szczególnej struktury, jaką jest prawo. Ta ostatnia bowiem sama jest rzeczywistością. Prawo, zdaniem Autora, jest systemem „wyekstrahowanym z praktyki, przekonstruowanym w kategoriach nadających mu autonomię i przedmiotowość i wreszcie postawionym przed tą praktyką. Prawo powstało dokładnie tak, jak język – jako zracjonalizowany ekstrakt nieuporządkowanej praktyki politycznych aktów woli. Tyle że w odniesieniu do języka proces ten przebiegał w zaciszu akademickich gabinetów, a sam język, jako jego produkt, nigdy nie przekroczył ich progów. W odniesieniu do prawa proces ten przebiega w zgiełku społecznej praktyki, w sądach i w organach administracji, w bankach i korporacjach, w prawniczych kancelariach. Tu model rzeczywistości staje się autentyczną rzeczywistością”²⁶.

V.

Prawo jako struktura modelująca praktykę nie jest jedynie abstrakcyjnym konstruktem teoretycznym, ale realnością, która wykształciła się w procesie rozwoju europejskiej kultury prawnej. A. Kozak, z całą właściwą sobie erudycją, śledzi poszczególne etapy tego rozwoju, wskazując kolejne momenty „uprzedmiotowienia” się prawa²⁷. Podążanie za nim w tych badaniach staje się prawdziwie pasjonującą przygodą poznawczą. W tym miejscu ograniczę się jednak tylko do wskazania efektu końcowego owego procesu:

²³ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 183–184. Por. także F. de Saussure, *Kurs językoznawstwa...*, s. 46–47.

²⁴ Sam de Saussure nie postrzega języka jako kategorii abstrakcyjnej, lecz jako mający naturę psychiczną. Ten powracający w wielu miejscach psychologizm autora *Kursu...* nie wydał się jednak przekonujący nawet dla kontynuatorów jego myśli – zob. *Kurs językoznawstwa...*, s. 42 wraz z przypisem.

²⁵ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 191.

²⁶ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 203.

²⁷ *Ibidem*, s. 170 i n.

powstania instytucjonalnie podtrzymywanej, trwałej i autonomicznej struktury decyzyjnej, kształtującej zachowania i decyzje poszczególnych aktorów praktyki prawniczej. Tym sposobem udzielona zostaje odpowiedź na pytanie o możliwość zachowania przez współczesny porządek prawny swej tożsamości. To instytucjonalnie wytworzone i reprodukowane prawo ma jednocześnie do spełnienia we współczesnym świecie szczególną funkcję – staje się jedynym wspólnym językiem, w którym zantagonizowane jednostki mogą szukać porozumienia, jedynym centrum, ku któremu możemy się zwrócić poszukując tego, co scala nasze społeczeństwo. Tłumaczy to ciągłą potrzebę – ba, konieczność – reprodukcji tego rodzaju struktury i dbałości o nią. Zarówno praktyczna doniosłość tej wizji, jak i jej teoretyczna głębia pozostają wciąż nie do przecenienia.

Jednocześnie obrona perspektywa musi rodzić pewne ograniczenia, którym chciałbym poświęcić obecnie nieco uwagi. Jak się wydaje, najpoważniejszym zarzutem, jaki może być postawiony kierunkom myślowym kształtującym juryscentryzm, a poprzez to także i samej tej koncepcji, jest wzmiankowany już błąd hipostazy. By powrócić do przekonujących komentarzy do strukturalizmu autorstwa P. Bourdieu: strukturalizm wpada w paralogizm „urzeczowiania abstrakcji”, kiedy to kategorie konstruowane przez naukę traktujemy jako „samodzielne byty, posiadające społeczną skuteczność”²⁸. W ramach tego nurtu nie zostaje należycie wyjaśnione, w jaki sposób pewne kategorie teoretyczne (m.in. struktura) miałyby modelować rzeczywiste zachowania jednostek – w konstruowanym modelu praktyki łączy się pojęcia o zupełnie odmiennym statusie epistemologicznym²⁹. Ten sam problem jeszcze wyraźniej ujawnia się w przypadku funkcjonalizmu, który wprost traktuje system i funkcję jako kategorie opisowe, jako element życia społecznego (w przeciwieństwie do strukturalizmu, który zdaje się rozumieć je na sposób bardziej rekonstrukcyjny)³⁰.

Widzieliśmy już, w jaki sposób A. Kozak odpiera możliwy zarzut „urzeczowiania abstrakcji”. Po co więc przywoływać go ponownie? Skoro nie zostało dowiedzione, że argumentacja Autora w tym zakresie zawiera jakieś istotne słabości, Czytelnik ma prawo potraktować takie powracanie do rozstrzygniętych kwestii jako nadmierną małostkowość. Nie chodzi jednak o usilne szukanie zarzutów wobec projektu juryscentryzmu; nie jest też tak, że przedstawione argumenty Autora mnie nie przekonują. Nawet jednak,

²⁸ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 188.

²⁹ Zob. szerzej *ibidem*, s. 179–192.

³⁰ Zob. A. Giddens, *Nowe zasady metody socjologicznej*, przeł. G. Woroniecka, Kraków 2001, s. 172–174.

jeśli zgodzić się, że wprowadzenie do analizy kategorii struktury i funkcji nie wiąże się w tym szczególnym wypadku z błędem hipostazy, nie sposób nie zauważyć, iż zabieg ten rodzi pewne konkretne ograniczenia konstruowanej teorii. Poniżej wskażę trzy takie szczegółowe trudności, na które, w ślad za inspirującymi go nurtami, zdaje się natrafiać juryscentryzm.

Pierwsza trudność polega na niemożności sformułowania przekonującej koncepcji tego, co uznać by można za odpowiednik „dialogu międzykulturowego” w odniesieniu do prawa i jego społecznego otoczenia³¹. Prawo, tworząc autonomiczną i zamkniętą strukturę, napotyka nie tylko problemy z komunikowaniem swojego punktu widzenia innym uczestnikom życia publicznego, ale i z przyswajaniem obcych mu kategorii i punktów spojrzenia. Rzecz znamienna, że A. Kozak konsekwentnie odgradzał budowaną przez siebie teorię prawa od tego typu problematyki „przekładu” między dyskursem prawa a innymi obecnymi w przestrzeni publicznej dyskursami³². Rzecz jasna uznanie, iż jakieś zagadnienie nie mieści się w polu przedmiotowym teorii prawa, nie musi oznaczać całkowitej negacji jego sensowności; w tym zakresie stanowisko Autora wyraźnie ewoluowało w kierunku większego docenienia tego typu „granicznej” problematyki prawnawstwa³³. Rodzi się jednak pytanie – na które niestety zapewne nie poznamy ostatecznej odpowiedzi – na ile obrana przez juryscentryzm perspektywa daje się pogodzić z perspektywami odmiennymi, które miałyby charakteryzować inne obszary problemowe nauk prawnych. Z pewnością tego typu zabieg wymagałby zaproponowania wyraźnych kryteriów rozgraniczania poszczególnych obszarów badawczych³⁴, ale także jakiegoś zbioru „reguł przejścia”, pozwalających na poruszanie się między nimi. W innym wypadku badaczowi zmieniającemu pole badawcze, a wraz z nim sposób rozumienia prawa i praktyki prawniczej, groziłoby każdorazowo doświadczenie Schutzowskiego szoku lub, po prostu, poznawczej schizofrenii.

Trudność druga wiąże się z wpisaniem w budowany projekt i objaśnieniem zjawiska historycznej zmiany, jakiej podlega praktyka. Problem jest poważny, truizmem jest bowiem, że każda praktyka w dłuższej perspektywie nieuchronnie się zmienia. Koncep-

³¹ Por. *ibidem*, s. 39.

³² Por. A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 52–69 i 93–101.

³³ *Ibidem*. Swego czasu A. Kozak wyraził ustnie opinię, że problem owego „przekładu” stanowi zagadnienie prawniczej hermeneutyki.

³⁴ Te zostały przez A. Kozaka w znacznej mierze określone – *ibidem*.

cja praktyki jednak, która w centralnym miejscu stawia problem struktury (normy) i jej realizacji, każdą zmianę traktować musi jako patologię, jako dewiację. Sygnalizowałem tę kwestię, zwracając uwagę na ukierunkowanie strukturalizmu na analizę synchroniczną; nie inaczej rzecz ta zdaje się przedstawiać w funkcjonalizmie³⁵. Dewiacja taka może oczywiście z czasem zostać przez system wchłonięta i sama stać się normą. W chwili pojawienia się nie znajduje jednak dla siebie żadnego uzasadnienia. Nacisk, jaki juryscentryzm kładzie na tożsamość systemu prawa, na jego homeostazę, na porządek, wydaje się potwierdzać podejrzenie, iż w projekcie tym nie ma miejsca na uzasadnioną zmianę w obrębie praktyki. Nie należy chyba przeceniać znaczenia pojedynczych wypowiedzi jego Autora, które można by odczytywać jako akceptację otwartego charakteru praktyki. Przypisywanie im jakiegoś zasadniczego znaczenia jest raczej nie do pogodzenia z wymową rozważanej koncepcji jako całości³⁶.

VI.

Problem ten jest poniekąd tylko egzemplifikacją trzeciej, ostatniej z wymienianych tu trudności juryscentryzmu, jaką jest wąska koncepcja racjonalności działania. Działaniem racjonalnym jest wyłącznie takie, które stanowi realizację wzorców zachowań określanych przez instytucjonalnie ukształtowaną strukturę³⁷. Zdaniem M. Paździora, juryscentryzm poprzez taki sposób ujmowania racjonalności nie tylko okazuje się wzorcową ekspresją podejścia instytucjonalnego w naukach prawnych, ale zbliża się także do innych znaczących w polskim prawoznawstwie perspektyw teoretycznych: podejścia metodologicznego („szkoła poznańska” z J. Kmitą i L. Nowakiem) oraz, paradoksalnie, do hermeneutyki. Łączyć te trzy kierunki miałyby „posługiwanie się normatywną i teleologicznie zorientowaną teorią działania oraz nadmierne akcentowanie elementów strukturalnych działania”³⁸.

Wąska („twarda”) koncepcja racjonalności odznacza się jedną podstawową zaletą, jaką jest możliwość sformułowania precyzyjnych, konkluzywnych kryteriów racjonal-

³⁵ Por. uwagi Giddensa o funkcjonalizmie Durkheima – A. Giddens, *Nowe zasady...*, s. 139–47 oraz 173.

³⁶ Chodzi tu właściwie o jedną tego typu wypowiedź, zawartą w jednym z ostatnich tekstów A. Kozaka – zob. tegoż, *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki red., *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, Warszawa 2010, s. 80.

³⁷ Por. zwłaszcza M. Paździora, *Racjonalność prawa w kontekście jego uzasadnienia*, Wrocław, praca doktorska niepublikowana, rozdz. I.2.

³⁸ *Ibidem*, w podsumowaniu rozdz. I.

ności. Pozwala to na dokonywanie zestandaryzowanych ocen poszczególnych aktów działania, a jednocześnie sprzyja takim działaniom, które przyczyniają się do reprodukcji struktury i podtrzymywania jej tożsamości. Cena, jaką przychodzi zapłacić za wybór takiej koncepcji racjonalności, jest jednak równie wysoka, co płynące z niej korzyści: jest nią niemożność ujęcia za pomocą sformułowanych kryteriów wszystkich tych przypadków działania, które nie mają czysto odtwórczego charakteru i w jakikolwiek sposób wykraczają poza zastaną strukturę. Działania tego rodzaju wymykają się przyjętym kryteriom i każdorazowo muszą być oceniane jako nieracjonalne. Jak zostało powiedziane wyżej, z punktu widzenia systemu są one zawsze dewiacją, zagrażającą jego tożsamości. W ten sposób podejścia teoretyczne obierające wąską koncepcję racjonalności gubią z pola widzenia znaczną część rzeczywistej praktyki³⁹.

Zakładam, że praktyka prawnicza każdorazowo wymaga od nas posługiwania się względnie konkluzywnymi kryteriami racjonalności działania. W innym wypadku zmieniłaby się w grę w kaprys sędziego, co wymagałoby zakwestionowania przez nas jej fundamentalnych obecnych rysów⁴⁰. W tym sensie przyjmowana w juryscentryzmie koncepcja racjonalności posiada istotną zaletę. Jeśli jednak chcemy zachować tę jej wartość, a jednocześnie postulujemy uwzględnienie w przyjmowanej koncepcji elementu działania twórczego, wylamy się w trudne do usunięcia paradoksy. Czy bowiem możliwe jest sformułowanie jakichkolwiek konkluzywnych kryteriów w odniesieniu do działania twórczego? Posługiwanie się takimi kryteriami implikuje oczekiwanie uwzględnienia w działaniu płynących z owych kryteriów dyrektyw; lecz czy działanie takie można by nadal uznać za twórcze? Gdyby zatem przyjąć, że dowolna koncepcja racjonalności zawierać musi kryteria działania racjonalnego, możliwe staje się przypuszczenie, że koncepcja taka w odniesieniu do działania twórczego jest z gruntu niemożliwa.

Przeciw takiemu wnioskowi wystąpił ostatnio na gruncie prawoznawstwa przywoływany już M. Paździora, na chwilę obecną jednak zaproponował on jedynie prolegomena dla takiej koncepcji „racjonalności działania twórczego”⁴¹. O rozwiniętej koncepcji

³⁹ Notabene juryscentryzm zdaje się dzielić tę słabość ze znaczną częścią współczesnego pozytywizmu prawniczego – por. M. Pichlak, *Autonomia argumentacji prawniczej: między refleksją etyczną a analitycznym prawoznawstwem*, [w:] P. Kaczmarek red., *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, s. 253–254.

⁴⁰ Rzecz jasna – skoro odrzuciliśmy funkcjonalizm wraz z jego determinizmem – nie jest to wykluczone, osobiście nie jestem jednak na to gotów i nie wydaje mi się, aby gotowe było nasze społeczeństwo jako całość.

⁴¹ Por. M. Paździora, *Racjonalność prawa...*

mówić tu jeszcze nie można, choć trzeba mieć nadzieję, że i taką autor ten podejmie się sformułować. Jednocześnie sygnalizowane dylematy wokół koncepcji racjonalności wydają się być uszczegółowieniem bardziej ogólnego problemu, sygnalizowanego na początku tekstu: problemu wyboru pomiędzy obiektywizmem a interakcjonizmem w naukach społecznych. W ostatniej części, powracając do tej opozycji, postaram się przedstawić zarys alternatywnego podejścia. W moim przekonaniu pozwala ono na sformułowanie zadowalającej koncepcji racjonalności, uwzględniającej zarówno wymogi konkluzywności, jak i potrzebę uczynienia miejsca dla elementu twórczego.

VII.

Ujawnione trudności obiektywizmu mogłyby skłaniać do zaakceptowania podejścia interakcyjnego jako jego alternatywy. Powyższe rozważania powinny jednak wystarczać za wyjaśnienie, czemu takie rozwiązanie nie jest możliwe. Na gruncie interakcjonizmu nie sposób sformułować jakiegokolwiek rozwiniętej koncepcji działania racjonalnego, brak tu bowiem zestandaryzowanych kryteriów takiego działania. Interakcjonizm (indywidualizm) to podejście wyraźnie redukcjonistyczne. Gdyby doprowadzić go do postaci skrajnej, uniemożliwiłaby jakikolwiek rozwój teorii społecznej; wszystko, co byłoby dostępne badaczowi, to opis nieskończonej liczby pojedynczych sytuacji, bez nadziei na jakiegokolwiek uogólnienie – choćby w postaci typologii zachodzących interakcji⁴².

Jak wykazał swego czasu N. Elias, zarówno obiektywizm, jak i indywidualizm wpadają we wspólną pułapkę, którą można określić jako błąd esencjalizmu bądź substancjalizmu. Stwierdzenie takie może w pierwszej chwili wydać się zaskakujące. Łatwiej błąd tego rodzaju dostrzec w podejściu obiektywistycznym, przypisującym niezależną „istotę” czy „substancję” społecznym strukturom⁴³; czy jednak można mówić o nim w odniesieniu do przedstawicieli indywidualizmu? Elias twierdzi, że tak: także oni bowiem podzielają wiarę, że przedmiotem analizy mogą być jedynie byty posiadające tego typu własną substancjalność – różnica polega jedynie na rodzaju bytów, którym przypisywane jest tego rodzaju istnienie. W wypadku pierwszym są to struktury, w drugim – jednostki.

Warto może przytoczyć uwagi Eliasa, do dziś zadziwiająco swą trafnością, w szerszym wymiarze. Autor ten skupia najpierw swą uwagę na przedstawicielach obiektywizmu: „Ponieważ są oni w stanie pojmować prawidłowości jedynie jako prawidłowości

⁴² Przypomina to podejście w językoznawstwie, które Z. Ziemiński określił swego czasu mianem „deskrypcjonizmu beznadziejnego” – zob. tenże, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcyjna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4, s. 337.

⁴³ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 175.

obiektów materialnych czy sił materialnych, nieświadomie przypisują obserwowanym prawidłowościom ludzkich związków ich własną substancję, niezależną od jednostek. Wychodząc od tych specyficznych prawidłowości społecznych, mogą myśleć o społeczeństwie jedynie jako o czymś ponadjednostkowym. Jako medium tych prawidłowości wynajdują bądź «zbiorowego ducha», bądź «zbiorowy organizm», albo bywa też, ponadjednostkowe mentalne i materialne «siły», przez analogię do przyrodniczych sił i substancji⁴⁴.

Następnie Elias przenosi swoje zainteresowanie na zwolenników opozycyjnego poglądu: „Na przeciwnym biegunie znajdują się ugrupowania, których idee skupiają się przede wszystkim na ludzkich jednostkach. Dostrzegają dość wyraźnie to, co jest zakryte dla tamtych: że wszystko to, co nazywamy «strukturami i prawami społecznymi», to struktury i prawa relacji między pojedynczymi ludźmi. Lecz podobnie jak przedstawiciele pierwszej grupy, ci również są niezdolni do uznania, że relacje same mogą mieć własne struktury i prawidłowości; podobnie jak tamci mimowolnie myślą o tych strukturach i regularnościach nie jako o właściwościach relacji między namacalnymi całościami, lecz jak o właściwościach samych takich materialnych całości. Uważają oni jednak (...), że ta realna substancja społecznych struktur i prawidłowości jest atrybutem wyizolowanej jednostki⁴⁵».

Jeśli chce się uniknąć tego rodzaju pułapek myślenia, należy odrzucić zarówno ograniczenia obiektywizmu, jak i interakcjonizmu. Parafrazując jedno ze sformułowań samego A. Kozaka, stwierdzić można, że oba te podejścia siedzą na jednej huśtawce, wychylając ją raz w jedną, raz w drugą stronę; potrzeba natomiast usunąć samą huśtawkę i zastąpić ją konstrukcją nową. Jak pisze Giddens, omawiając spór między tymi podejściami, „kwestia polega raczej na tym, by porzucić niektóre terminy, w jakich się on toczy, i wypracować inne⁴⁶; tylko wówczas uniknie się jego jałowości.

Chodziłoby zatem o podejście, które nie wyklucza rzeczywistego oddziaływania struktur na praktykę, ale które nie przypisuje im niezależnego bytowania, akceptując fakt, iż „ani na poziomie logiki, ani w praktyce życia codziennego nie możemy wyostać się poza strumień działania⁴⁷». Innymi słowy, podejście takie musi uznawać, że

⁴⁴ N. Elias, *Spoleczeństwo jednostek*, przeł. J. Stawiński, Warszawa 2008, s. 24.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. Giddens, *Stanowienie społeczeństwa...*, s. 268.

⁴⁷ Idem, *Nowe zasady...*, s. 16–17.

„rzeczywistą” tkanką społeczną są jedynie działania i interakcje jednostek, a uwarunkowania strukturalne są wytwarzane, odtwarzane i podtrzymywane jedynie w takich działaniach⁴⁸. Są to podstawowe założenia perspektywy, którą za P. Bourdieu określić można jako prakseologiczną⁴⁹. W jej ramach wpływ uwarunkowań strukturalnych na praktykę nie może być postrzegany w kategoriach deterministycznych – każde działanie, także to przyczyniające się do reprodukcji struktury, ma do pewnego stopnia charakter twórczy. Pozwalała to pogodzić analizę strukturalną z badaniem samego działania uczestników praktyki.

VIII.

Podsumujmy dotychczasowe rozważania. Twórczość Artura Kozaka zwraca uwagę w pierwszym rzędzie na problem tożsamości prawa, rozumianej zarówno jako jego niezmiennosc (stabilność), jak i autonomia wobec społecznego i politycznego otoczenia. Tak rozumiana tożsamość miałaby znajdować swą podstawę w prawie instytucjonalnym – zbiorze instytucjonalnych reguł i konwencji, będących głównie wytworem praktyki i kultury prawniczej. Uzasadnienia dla owej tożsamości dostarczać ma budowana przez Autora juryscentryczna teoria praktyki, inspirowana m.in. strukturalizmem i funkcjonalizmem. Kierunki te tłumaczą potrzebę tak widzianego prawa, pełniącego funkcję stabilizacyjną i integrującą we współczesnym społeczeństwie. Jednocześnie pozwalają ukazać prawo jako trwałą, autonomiczną strukturę, pełniącą funkcję regulacyjną wobec praktyki – zawsze wtórnej wobec zastanej struktury. Struktura ta przy tym – i na tym m.in. polega oryginalność spojrzenia A. Kozaka – nie jest jedynie konstrukcją teoretyczną, ale istnieje społecznie, jako wciąż reprodukowany wytwór instytucji prawa. To, jak ważki problem juryscentryzm przed nami stawia oraz jak inspirujące i oryginalne jego rozwiązanie proponuje, decyduje o klasie omawianej teorii.

Wybory teoretyczne A. Kozaka dokonują się w obrębie zarysowanej przez niego samego opozycji pomiędzy obiektywistycznym („instytucjonalno-funkcjonalnym”) a interakcjonistycznym („interakcyjno-pragmatycznym”) podejściem w badaniach społecznych. Tak zarysowana przestrzeń, pozwalając dokonać i uzasadnić wybór własnej

⁴⁸ Najczytelniej bodaj pisze o tym A. Giddens, który na określenie tego procesu proponuje neologizm „strukturacja”. Zob. *ibidem*, s. 174–178.

⁴⁹ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 178 i n. Obok prac tego autora. Podstawowe znaczenie dla określenia perspektywy prakseologicznej mieć będzie dorobek powoływanego tu wielokrotnie A. Giddensa. Jest to koncepcja prakseologiczna w innym sensie niż ten, w jakim posłużył się tym pojęciem niedawno B. Dupret. Można jednak między nimi znaleźć pewne istotne punkty wspólne, jak choćby nacisk na badanie rzeczywistych praktyk i dystans wobec analiz przy użyciu abstrakcyjnych modeli formalnych. Por. B. Dupret, *Prawo w naukach społecznych*, przeł. J. Stryczyk, Warszawa 2010, zwłaszcza s. 240–241.

perspektywy, pozostaje jednak głównym źródłem ograniczeń omawianej koncepcji i jej najbardziej dyskusyjnym komponentem. Oba bowiem jej punkty graniczne w sposób błędny rekonstruują relacje między jednostkowym działaniem a uwarunkowaniami strukturalnymi. Interakcjonizm popełnia grzech redukcjonizmu, pomniejszając znaczenie struktury i ograniczając swoje zainteresowanie do pojedynczych aktów działania. W obrębie obiektywizmu z kolei znika element działania, wyparty przez strukturę. „Obiektywizm buduje teorię praktyki (w znaczeniu wykonania), ale tylko jako negatywnego produktu ubocznego, (...) odpadu z budowy systemów obiektywnych relacji, który natychmiast zostaje wyrzucony na śmietnik”⁵⁰. Rodzi to określone trudności po stronie zorientowanego na obiektywizm juryscentryzmu: z przedstawieniem „dialogu” między prawem a społecznym otoczeniem, z analizą zmiany w obrębie praktyki oraz zbyt wąską koncepcją racjonalności działania.

Alternatywą wobec tych dwóch przeciwstawnych stanowisk, jaką rekomenduję w tym tekście, miałyby być podejście prakseologiczne. Rezygnuje ono z postrzegania relacji jednostka–struktura w kategoriach opozycji, dostrzegając jałowość takiego nastawienia. Zamiast tego strukturę proponuje rozumieć jako wciąż kształtowaną na nowo w procesach społecznych interakcji. Podejście takie nie wyklucza możliwości mówienia o tożsamości dowolnego systemu, w tym prawa, zarazem ukazując tę tożsamość jako względną i stale negocjowaną.

Sądzę więc, że podejście prakseologiczne pozwala pogodzić koncepcję tożsamości prawa, definiującego własne, wewnętrzne kryteria akceptowalności i racjonalności działania, z otwartością na jednostkowe, twórcze działanie. Oczywiście, takie pogodzenie dokonuje się tu jedynie na poziomie wyjaśnienia teoretycznego. Kwestią otwartą pozostaje natomiast, czy i jak elementy te dają się uzgodnić ze sobą na poziomie praktycznym czy instytucjonalnym. Czy możliwe jest takie ukształtowanie porządku prawnego, w którego ramach, przy zachowaniu jego tożsamości, istniałoby także miejsce dla działań wyłamujących się z uprzednio zdefiniowanych schematów czy wręcz negujących wybrane elementy systemu?⁵¹ Przykładem takiego rozwiązania, mogącym pełnić rolę wzoru, jest np. instytucja obywatelskiego nieposłuszeństwa, w odniesieniu do której

⁵⁰ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 185.

⁵¹ Pytanie takie podejmuje np. Z. Bańkowski, *W przestrzeni sądownictwa: sędzia i niepokój spotkania*, przeł. M. Pichlak [w:] P. Kaczmarek red., *Z zagadnień teorii...*, Wrocław 2009.

możliwe okazało się względnie konkluzywne zdefiniowanie warunków dopuszczalności jej zastosowania⁵².

Twierdziłem w innym miejscu, że jeśli można coś zarzucać koncepcji teoretycznej Artura Kozaka, to zbytnią konsekwencją wyborów dokonywanych w obliczu istotnych, jednak krzyżujących się ze sobą i niedających się uzgodnić wartości⁵³. Podobna konsekwencja cechuje bardziej zasadniczy wybór ogólnej perspektywy, który tu rozważaliśmy. Każda jednak propozycja teoretyczna jest głosem w rozmowie, która jest wcześniejsza od jakiegokolwiek pojedynczego głosu. Także juryscentryzm rozumiany był przez jego twórcę jako odpowiedź na określone niedostatki w rodzimych dyskusjach nad prawem⁵⁴. Aby ocena była pełna, należy jej dokonywać w tym świetle. Radykalizm teoretycznych wyborów Artura Kozaka, choć prowadzi do wskazywanej jednostronności, ma swe źródło również w potrzebie wyraźnego zaakcentowania tych aspektów praktyki, które zdaniem Autora są współcześnie kwestionowane. Jakkolwiek wszystkie sformułowane wyżej uwagi krytyczne pod adresem juryscentrycznej wizji pozostają aktualne, znajduje ona tym sposobem swoje uzasadnienie. Sądzę zatem, że propozycję Artura Kozaka odczytywać można także na sposób łagodniejszy: jako słuszne podkreślenie wagi problemu tożsamości porządku prawnego. Nie musi to koniecznie oznaczać ani postulatu jego petryfikacji i zamknięcia, ani całkowitego odrzucenia innych, istotnych dla prawa idei.

⁵² Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 312–314.

⁵³ M. Pichlak, *Aporie teorii...*

⁵⁴ Zob. zwłaszcza A. Kozak, *Postponowoczesna koncepcja prawa*, [w:] M. Błachut red., *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Wrocław 2007, s. 67 i n.; także tenże, *Myślenie analityczne...*, zwłaszcza s. 108–110 i 155–157.