

CZEŚĆ VI. NOWE KONCEPCJE (KIERUNKI) BADAWCZE

Stanisław Kaźmierczyk

O TOŻSAMOŚCI PRAWA W ZWIĄZKU Z JEGO JAKOŚCIĄ

I

Chcąc z tego tematu uczynić przedmiot badawczy na poziomie teorii prawa należałoby najpierw wyróżnić (tak sądzę) samą tożsamość jako coś nieodzownego w prawie, co tylko z niego może się wytworzyć i mieć siłę kwalifikującą. To wydaje się oczywiste. Tożsamość bowiem, po pierwsze, ma zawierać w sobie pojęcie prawa rozumianego abstrakcyjnie, jeśli chce być jego tożsamością. Po drugie, należy zbadać to jak ona się buduje w prawie, czy tak samo jak teoria prawa, czy też specyficznie dla niej samej, czy wystarczy, że istnieje prawo, by również istniała jego tożsamość. Zagadnienia te uważam za podstawowe i zostaną w tym opracowaniu zaprezentowane jako punkt wyjścia do następnych rozważań. Tożsamość zatem (podkreślając) wywodzi się z prawa i służy prawu, ale czy tylko jemu samemu czy też jest powiązana ze wszystkimi pozaprawnymi uwarunkowaniami i dziedzinami, z których prawo czerpie (a jakże) choćby własną legitymizację – legitymizację prawa. Nie będzie łatwe odróżnienie tej legitymizacji od tożsamości. Legitymizacja, którą zajmują się prawnicy, obrosła wielością rozmaitych poglądów¹, a przede wszystkim zdaje się być jednym z zasadniczych zagadnień, czymś w prawie tak złożonym jak jego ontologia². Z kolei, czy ontologia służy do

¹ Por. W. Sadurski, *Status jednostki w prawie: refleksje filozoficzno-prawne na temat prawowitości demokracji proceduralnej*, [w:] *Prawa stają się prawem: Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2006, *passim*; J. Helios, *Pojmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002, s. 48 i n.; W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, rozdz. II, Warszawa 1986; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 5, s. 86 i n. Zwłaszcza M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia. Konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 53 i n.

² W rozumieniu ontologii korzystałem głównie z pracy: B. Wolniewicz, *Ontologia sytuacji*, rozdz. II, Warszawa 1985. Por. M. Smolak, *Prawo. Fakt. Instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne*

wyjaśniania interesującej nas tu tożsamości, jest pytaniem, które należałoby poprzedzić dookreśleniem: co z ontologii należałoby potraktować jako fundamentalnie służebne w wyjaśnianiu tożsamości prawa, by następnie z tego wyjaśniania uczynić, przy odpowiednich założeniach, przedmiot badawczy teorii prawa.

Teraz tak dalece nie będę wchodził w te zagadnienia, choć zwracam na nie uwagę, bo zajmowanie się tożsamością, w ujęciu teoretycznym, otwiera m.in. możliwości otwarcia nowego nurtu w badaniach prawniczych, choćby (co ważne) w znajdujących się w konkurencji z nurtem posługiwania się źródłami prawa. Właśnie, o ile tożsamość prawa otwiera wiele tematów badawczych, swobodnie sięgających do filozofii oraz filozofii prawa, o tyle źródła prawa dostarczają głównie problematyki z zakresu służenia, służenia prawu, posługiwania się nim, co nie oznacza, że nie mają swojej głębi³. Na pewno mają, ale jednak bardziej „wymiarową” aniżeli tożsamość prawa. W sferze tożsamości zawiera się wszystko, co należy do prawa, a więc i źródła prawa, łącznie z godnością – jak postuluje K. Complak⁴, a nie tylko źródło wolności i praw człowieka, tak jak chce tego art. 30 Konstytucji. Wprawdzie ma ona właściwą wymowę odnośnie do praw człowieka, ale też powinna się znaleźć w rozdziale trzecim Konstytucji jako źródło prawa, stanowiąc jedno z jego fundamentalnych źródeł.

Otóż tożsamość prawa i jej kwalifikująca siła bierze się z istoty prawa. Rozumieniem, że zdefiniowanie tej istoty, tak aby ostatecznie potwierdzało ją *communis opinio doctorum*, jest niemożliwe. Stanowi trudność chyba nieprzewidywalną, gdyż tożsamość prawa zawiera w sobie, i ostatecznie nie wiadomo jak łączy, rozmaite przecież idee, nierzadko o wzniosłym charakterze, z prawem jako sferą o niezwykle urozmaiconej treści normatywnej. Wreszcie, ma bogatą literaturę, tę, która się bezpośrednio na istotę prawa powołuje i taką, która uważa, że dobrze jest powołać się na nią. Mamy tu bogactwo choćby w samym utematyzowaniu⁵, które,

prawniczego pozytywizmu instytucjonalnego, Poznań 1998, *passim*; T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, *passim*; J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2003, *passim*. M. Zirk-Sadowski, *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Wrocław 2007, *passim*.

³ M. Pichlak opracował dotychczasowe poglądy na tożsamość prawa w polskiej teorii. Por. M. Pichlak, *Zamknięty system źródeł prawa*, rozdz. II, [w:] P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011, s. 193–211. M. Zirk-Sadowski, *Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie*, „Analizy Natolińskie” 2012, nr 1 (53).

⁴ K. Complak, *Godność człowieka na rozdrożu*, [w:] R. M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań*, Toruń 2012, s. 567 i n. Por. też M. Lisowski, *Miejsce i rola społeczeństwa obywatelskiego w okresie transformacji*, [w:] R. M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań*, Toruń 2012.

⁵ Por. S. T. Kołodziejczyk, *Granice pojęciowe metafizyki*, Wrocław 2006, s. 8 i n.; z innego punktu widzenia: J. Habermas, *Faktyczność i obowiązki. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, A. Romaniuk, R. Marszałek (tłum.), rozdz. II, Warszawa 2005; J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 279 i n.; J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, wyd. 2, Warszawa 2002, s. 93 i n.; T. Biernat, M. Zirk-Sadowski (red.), *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*, Warszawa 2008, s. 348 i n.

gdyby ująć je w jakimś sieciowym wyrazie, odsłoniłoby głębokie związki w tych sieciach. Literatura ta, a to poprzez związki prawa ze wszystkimi dziedzinami społecznymi, a wśród nich najlepiej opracowanymi związkami z ekonomią⁶ i po jakiejś części z metafizyką, wchodzi do literatur tych dziedzin i nie da się wykluczyć, że jest przez to również (w pewnym sensie) literaturą tych dziedzin, czego się nie zauważa, a co ma także walory po części powinnościowe. Wyjątkiem jest zapoczątkowany nurt badawczy, któremu jednak jeszcze wiele brakuje, aby stał się choćby tylko kategorią teorii prawa. Na razie są to raczej wypowiedzi o charakterze opisowym, np. dotyczące intuicji, pamięci, itp.

Wracając do istoty prawa, chcę zauważyć, że pewnym *novum* w jej ustalaniu, czyli niekoniecznie pełnym definiowaniu, byłoby wyjście od rozdzielenia właśnie literatury prawniczej łącznie z rozwiniętym orzekaniem, poszukiwanie tego, co w niej dominuje, z myślą o znalezieniu, czy w tej dominacji może się kryć rozumienie istoty prawa, a w dalszej kolejności, jak ta dominacja jest wyjaśniana, tzn. na jakim poziomie (poziomach) refleksji oraz jak ona się ma, badawczo rzecz biorąc, do poznania prawa poprzez jego istotę. Poszukiwanie tego, jako ewentualnej istoty prawa czy też drogi do odkrycia tej istoty, która badawczo może być ważniejsza i donioślejsza, jeśli nie fundamentalna⁷, ma to do siebie, że w proponowanym tu sposobie rozdzielania, a nie gotowym rozdzieleniu, i związanej z tym refleksji, zrywa się z dotychczasowym dążeniem, by w samym prawie, czyli zbiorze przepisów i norm prawnych, nie zapominając o sankcjach, szukać jego istoty.

Myślę, że obecnie nie ma takich dążeń. Poszukiwania w literaturze przedmiotu i co ważniejsze krytyczna ocena jej treści, jeśli są robione refleksyjnie, powinny być traktowane jako zabieg heurystyczny, w dodatku o wyraźnie metodologicznym charakterze. Tego też się, na ogół, nie robi. A istota prawa wszelako ma, moim zdaniem, charakter badawczy i dopiero od tego wychodząc, możemy

⁶ Problematykę metodologiczną z tego zakresu, a w tym jej głębokie nurty, zapoczątkował i u nas rozwinął L. Nowak, *U podstaw marksistowskiej aksjologii*, rozdz. II, Warszawa 1974; idem, *Methodological Status of the Rationality Assumption*, „Studia Metodologiczne” 1974, z. 11, s. 120 i n.; J. Stelmach, *Obowiązywanie prawa w sensie absolutnym i relatywnym*, [w:] *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawodawstwo. Księga Jubileuszowa dedykowana Prof. W. Langowi*, Toruń 1998, s. 318 i n.; T. Stawecki, *O celowości rozmów prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozmów prawniczych*, Warszawa 2008, s. 50 i n.; J. Sozański, *Ogólne zasady prawa w *acquis communautaire* oraz w prawie międzynarodowym publicznym – istotniejsze pytania badawcze*, „Studia Prawnicze” 2005, z. 2, s. 6–10.

⁷ Zagadnienie fundamentalności rozwinął M. Dybowski, *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007, rozdz. I, s. 128 i n. Por. też: S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 120 i n.; K. Pieszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, rozdz. I; T. A. Pecznik, *Prima facie Values and the Law*, „Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities” 1991, vol. 23, s. 100 i n.

ją rekonstruować, a w rekonstruowaniu odkrywać sytuacje problemowe⁸ o złożonym charakterze.

Nie przyjmuję więc za istotę prawa twierdzenia np., że jest nią norma prawna, powinność, ewentualnie przeżycie, nie mówią o ważnych związkach przyczynowo-skutkowych, albo też społecznych uwarunkowaniach prawa lub jakichś ideologicznych konsekwencjach. Wszystkie one, ze swej nazwy wzięte, były mnie lub bardziej osnute na całym prawie i to miało wystarczyć. Nie wspomnę już o tym, jak wiele kłopotów powstało wtedy, gdy źródła prawa, inaczej niż dzisiaj, zaczęły się kojarzyć z jego istotą, zwłaszcza na tle dominacji filozofii marksistowskiej w naukach społecznych. O istocie prawa myślano głównie jako o stanach, bez których prawo jest niemożliwe. Tendencja ta i dzisiaj pokutuje, w jakimś stopniu nawet się sprawdza. Bo przecież usunięcie z naszego prawniczego słownika „normy prawnej”, a już na pewno „przepisu prawnego”, wstrzymałoby w ogóle możliwość tworzenia i realizowania prawa oraz użycia języka prawnego i prawniczego. Jednakże ograniczenie istoty prawa do tak czy inaczej nazywanych kategorii sprawia, iż prawo, w refleksyjnym wyrazie, „marniej”, zamykając się w swoim spetryfikowaniu i przez to w silnie strzeżonych rozmiarach, insynuując, że wszystko co poza tymi rozmiarami nie jest prawem.

Z takim podejściem można się czuć dobrze, bo teraz rozwinięty i dalej rozwijany nurt źródeł prawa daje nam wszystko, co prawnikowi potrzebne chociażby do rozstrzygnięcia, a nawet budowania języka rozmowy z klientem, np. w układzie „ojca chrzestnego”⁹. Prawnik, w zasadzie, nie musi niczego więcej się domagać. Jemu, dla jego warsztatu, wystarczy ciągle kształtujący się w orzecznictwie sądowym (trybunalskim) system źródeł prawa, z właściwą temu systemowi literaturą. Przy takim postrzeganiu bardziej roli prawa aniżeli jego samego, zajmowanie się tym, co jest w nim istotą, motywuje nas w słabym stopniu. A jeśli już zmotywuje, to w objaśnianiu tej istoty pozostajemy na gruncie tych źródeł albo ponadto technik prawodawczych.

Konkludując, zapewne nie da się dowieść, że możemy się obejść np. bez przepisów prawnych albo takich czy innych przeżyć, dzięki czemu sięgamy do doktryny L. Petrażyckiego¹⁰, czy w ogóle kultury¹¹, ale czy to stwierdzenie można

⁸ Podstawowe inspiracje w tym zakresie wzięłem z pracy B. Wolniewicz, *Ontologia sytuacji. Podstawy i zastosowania*, Warszawa 1985, s. 15 i n. Por. też J. Woleński, *Treść logiczna dwóch zasad prawnych*, [w:] G. Skąpska, J. Czapska, K. Daniel, J. Górski, K. Pałeczki (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga poświęcona Profesor Marii Borneckiej-Arctowej*, Kraków 1992, s. 143 i n.

⁹ R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, *passim*. Por. I. Bogucka, T. Pietrzykowski, *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2010, rozdz. VIII.

¹⁰ Por. L. Petrażycki, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, *passim*; J. Nowacki, *O uzasadnianiu zasady zaufania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] C. Martysz, A. Matan, Z. Tobor, *Zasady prawa. Materiały konferencyjne*, Bydgoszcz–Katowice 2007, *passim*.

¹¹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.

nazwać istotą prawa, czy choćby obrazowaniem tej istoty? Prawo, jak każda dyscyplina, ma swój zasadniczy ekwipunek pojęć, jednak czy od razu z przekonaniem daje się powiedzieć, że jest on główny, podstawowy, a może fundamentalny, bo przecież między pojęciami przepisu prawnego, normy prawnej i źródeł prawa nie ma synonimiczności. To niewątpliwie byłoby potrzebne, gdyby układając tę „trójkę” terminów (pojęć) tak je rozwijać, wychodząc np. od relacji między nimi, aby rezultatem badawczym stało się ukazanie istoty prawa. Żadna z tych kategorii przecież (bezpośrednio) za taką istotę nie może uchodzić, bo np. podstawowy, choćby po „obróbce” badawczej okazał się istotny, to wcale nie musi być tożsamy z istotą.

Widać więc, że problem istoty prawa zaczyna się tu wyraźnie komplikować. A trudno o takie wyjaśnienia w literaturze przedmiotu¹², bo wystarczyło dotąd powiedzieć co przez tę istotę rozumiemy, nie trzeba było pokazywać przebiegu rozumowania i łączących się z tym zależności. Po prostu wskazywano, że to a to jest istotą prawa. I to musiało wystarczyć. Niewiele od tego odbiegały wizje marksistowskiego ujęcia. Wprawdzie należało opisać, jak ta istota, czy w ogóle prawo, uzależniało się społecznie¹³ w jego bazie i nadbudowie, ale to uzależnianie było ideologicznie z góry znane i w związku z tym rozważania trudno nazywać rozważaniami na poziomie refleksji. Po prostu zakładano, że to a to jest istotą prawa, bez wdawania się, jak do tej istoty przynależy, bo miało przynależeć. W dodatku istota miała postać końcową i zamkniętą zarazem. W rezultacie spory nie były konieczne z całkiem innych powodów, one były niedopuszczalne. Gdy ten czas minął, okazało się, że istoty prawa nie musimy badawczo odkrywać. Chyba uznano, że zajmowanie się prawem wystarczy, bez sięgania do jego istoty. Źródła prawa we wszystkich możliwych aspektach mają natomiast tak rozległe dyspozycje, że można w nie wchodzić znacznie szerzej aniżeli je wymieniając, oczywiście łącznie z wykładnią prawa, o której można powiedzieć, że tkwiące w jej tle determinanty tych źródeł, łączące się (a jakże) z dyskrecjonalnością prawa¹⁴, zdają się być znaczącą przyczyną braku teorii tej wykładni, która zapewne nie pojawi się na skutek powtarzania i gmatwania w powtarzaniu reguł, nawet wzorów czy dyrektyw wykładni, nie mówiąc o sposobach ich cyzelowania. Bardzo często prowadzi to do tego, iż nie da się refleksyjnie czytać książek o wykładni wydanych nawet pod obiecującymi tytułami.

¹² W ostatnich latach obszerne analizy z zakresu ontologii prawa pojawiły się w literaturze przedmiotu w pracach Tomasza Bekrychta, zob.: T. Bekrycht, *Aprioryczność prawa. Ontologia prawa w fenomenologii Adolfa Reinacha*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009; idem, *O związku koniecznym między prawem a moralnością*, [w:] *Abiit, non obiat. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, Lublin 2013, s. 83–95.

¹³ Por. P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Warszawa 2002, s. 286 i n.

¹⁴ Za podstawową pozycję dla tych zagadnień przyjmuję: W. Stańkiewicz, T. Stawecki, *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, Warszawa 2010.

Chcąc się oderwać od sugerowanej tu ciasnoty rozumienia, wyszedłem od rzeczowo uwarunkowanego spojrzenia na tę istotę, odrzucając jednocześnie ten punkt widzenia jako znaczne uproszczenie, nie mające, jak się zdaje, większego znaczenia poza samym tylko nazywaniem czegoś jako istoty i ograniczaniem się do tego nazywania. To się wzięło, jak sądzę, z dogmatycznego podejścia do prawa. W tym ujęciu bowiem ukazują się punkty orientacyjne prawa jako systemu przepisów i norm prawnych. Co więcej mają one swoją, od lat tę samą nazwę, najczęściej odrzeczownikową, której w dodatku należy używać w określonych zwrotach – praktykujący prawnicy mówią o „ściślych wypowiedziach” w „ściśle” używanych kontekstach. I wcale nie widać, że się to kończy, choć w literaturze pojawia się już wiele poglądów wskazujących z jednej strony na potrzebę odchodzenia od tego „gorsetu”, a z drugiej wzbogacania go o rozwój chciałoby się powiedzieć w „zrównoważonej postaci”¹⁵. To jest trudne i odpowiedzialne, albowiem to odchodzenie, gdyby je pozbawić dyscypliny, nawet na gruncie postmodernistycznego widzenia mogłoby się okazać niebezpieczne zarówno dla samego prawa, jak i w tym prawie dla praw człowieka, wolności, i wszystkiego co w nim zawarte.

Toteż szanujący się prawnicy w podejściu postmodernistycznym do prawa widzą szansę w jego „wyspecjalizowaniu” jako „postmodernizmu prawa”, jednak prawa i wtedy osiągają głębsze dotarcie do refleksji prawniczych pokładów. Zapewne wielkim osiągnięciem byłaby postmodernistyczna zmiana istoty dogmatyki prawa bez negowania samej dogmatyki, choć ze zmianą punktu jej widzenia, wtedy jako paradygmatu prawa dla budowania prawa, jednakże w ujęciu jego teorii i dogmatyki zarazem. To wymagałoby zapewne tworzenia na początku nowych podejść do prawa. I nie jest to slogan. Przy tym podejściu, a jest ono, jak sądzę, możliwe, dałoby się dotrzeć do sformułowania nowych twierdzeń o pojęciu prawa wymagających na nim zmiany wspomnianych już (choć jeszcze nienazwanych) punktów.

Idąc dalej w kierunku poszukiwania istoty prawa, przyjmuję, że samo poszukiwanie nazwy dla tej istoty, jakkolwiek konieczne, o czym już po części wspomniałem, nie zawsze jest podejściem rozwojowym. Przeciwnie, nie chciałbym poprzestawać na obmyślaniu nazwy związanej z istotą prawa czy jej zakresem, a następnie mierzyć się z ciągłymi wątpliwościami co do tego zakresu i pojawiającymi się usprawiedliwieniami, zastrzeżeniami, itp. Tu chodzi o to, by metodologicznie czyniąc z istoty prawa przedmiot badawczy, nadać mu przez tę badawczość walor zmierzania do tej istoty jako takiego przedmiotu, z którego dopiero możliwe byłoby zbliżenie się do rozumienia wspomnianej istoty. Więc nie od razu i nie bez przesadzania. Dzięki temu można się spodziewać, że wspomniane poszukiwanie

¹⁵ H. Mędrzak, *O pojmowaniu naczelných zasad postępowania cywilnego*, [w:] E. Łętowska, *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 390 i n.; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy Kodeksu Cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008, nr 5, *passim*; L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 70–80.

mogłoby być dopiero jakimś eksplanandum tej istoty, co jak wiadomo, nie jest oczywiste, bo zrekonstruowanie zapewne wymaga oddzielnej koncepcji, choćby dla samego wyodrębnienia pojęcia.

Przyjmując zatem, że nie ma czegoś takiego jak droga dojścia do istoty prawa, bo ta tylko nazywając tę istotę drogą, zdaje się być możliwa dopiero w samym wyjaśnianiu tej istoty, czego nie da się prosto osiągnąć. Trzeba z niej zrobić założenie o istocie jako przedmiocie badawczym. Należy więc ustalić przede wszystkim, jak ją badać, by następnie wchodzić w tę istotę, moim zdaniem, jako sytuacje problemowe prawa¹⁶.

Niemniej, zanim do tego przejdę i spróbuję odpowiedzieć na pytanie, czy te sytuacje są nam dane, gdyż dadzą się np. wymienić w oczekiwaniu na akceptację, iż rzeczywiście są tą istotą albo składają się na nią i jak się składają. Trzeba się też zastanowić, czy przy odkrywaniu tej istoty bierzemy pod uwagę całe prawo czy jakąś jego sferę, by uniknąć powiedzenia, że dotyczy to części prawa. To też jest trudne do ostatecznego rozstrzygnięcia. Bo przecież znowu nie jest takie pewne, że przy tej istocie, odkrywanie w roli choćby kontekstu odkrycia¹⁷ jest możliwe i konsekwentnie trafne, mimo iż przyjmuję, że prawo jest dziedziną empiryczną. Tu w zasadzie nic nie jest dane oprócz przepisów prawnych nieodzownie będących jakąś naocznością prawa¹⁸. Wszystko więc co następne, trzeba wziąć z myśli prawniczej empirycznie wywodzącej problemy, dzięki czemu dopiero czynimy zadość prawu, jego wyjaśnianiu bardziej aniżeli rozumieniu pozostawianemu wykładni prawa. Nie wdaję się w jedno i drugie, ani też oddzielnie w potrzebę cyzelowania tych pojęć w kontekstach jednego i drugiego oraz w skądinąd ubogie w doktrynie prawniczej ujęcie relacji między nimi, a zwłaszcza w udowadnianie, że mają moc generującą. Na przeszkodzie temu stoją, widoczne w naszej literaturze, wywody, które są jakby naznaczone podejściami o charakterze jednak podręcznikowym¹⁹

¹⁶ Por. B. Wolniewicz, *op. cit.*; J. Woleński, *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina*, [w:] R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, T. Kowalski (tłum.), Warszawa 1998, s. VII–XIX; A. B. Stępień, *Wstęp do filozofii*, Lublin 1989, rozdz. I; P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne*, [w:] P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, Warszawa 1997, s. 20–27.

¹⁷ Por. Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 60 i n.; W. Pastryas, *Kilka uwag na marginesie koncepcji obowiązywania norm*, [w:] J. Brzeziński, A. Klawiter, T. A. F. Kuipers, K. Łastowski, K. Paprzycka, P. Przybysz (red.), *Odwaga filozofowania. Leszkowi Nowakowi w darze*, Humaniora, Poznań 2002, s. 268 i n.

¹⁸ E. Kustra, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Toruń 1980, rozdz. II; W. Lang, *Aksjologia prawa*, [w:] B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, *passim*; S. Kaźmierczyk, *Konstytucyjna determinacja treści prawa*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981, rozdz. I.

¹⁹ F. Longchamps, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 6, *passim*; S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2011, s. 257 i n.; P. Sztompka, *Zaufanie – fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, rozdz. II.

z widocznymi dla niego uproszczeniami, a także charakterystycznymi stylami rozważań, co oczywiście nie przeszkadza reprezentowaniu wysokiego poziomu erudycji. Wysoki poziom erudycji nie oznacza przecież, że wtedy dopiero rozważania nie mają wspomnianego charakteru. Jest to niewątpliwie problem metodologiczny, który przy okazji uprawiania teorii, teorii prawa winien się odpowiednio ujawniać.

Na tym tle możliwa wydaje się teza: skoro istota prawa nie wydaje się odpowiednia do tego, by ją odkrywać i to wówczas, gdy prawo pojmujemy empirycznie, jego istota pozostaje jako następstwo rekonstrukcji, tak jak wspomniałem, rekonstrukcji sytuacji problemowych, by od nich wychodząc dojść z ich udziałem do istoty prawa. Czyli do istoty dochodzimy tu przez teorię, przyjmując, że ta rekonstrukcja powinna być albo jej wytworem, a więc już gotowym co do metodologii produktem zaliczanym do teorii, albo jej tworzeniem. Pod uwagę biorę drugi człon tej alternatywy. Zarazem znaczyłoby to, mówiąc wtedy po prostu, że tworząc istotę prawa, a dokładniej teoretyczny pogląd na tę istotę, tworzymy zarazem interesującą nas teorię. Przy tej tezie zasadniczą kwestią stają się operacje najpierw intelektualizujące teorię prawa, wszak jest ona teorią naukową, by dopiero z kolei rekonstruować jego istotę, czyli także sytuacje problemowe (jak powiedziałem), które stają się nieodzowne dla koniecznego, a może i wystarczającego, pojmowania na danym etapie dróg poszukiwania owej istoty łącznie z istotą prawa. Nie sądzę, by interesująca nas istota mogła być następstwem zabiegów o charakterze dogmatyczno-prawnym. Traktuję to jako okazję, by powiedzieć, że ta dogmatyka nie jest rodzajem prawa, tak jak się sądzi, lecz odpowiednią kwalifikacją poglądów na prawo. To rozróżnienie nie przeszkadza w zajmowaniu się istotą prawa, istotą jego sfery dogmatyczno-prawnej. Różnica moim zdaniem tkwi we wspomnianej intelektualizacji. O ile bowiem dla teorii prawa jest ona wymiarem nieodzownie jej służącym, o tyle w poglądach dogmatyczno-prawnych ma swoje granice, limitowane zwłaszcza poziomem sfery pojęciowo-terminologicznej. Przyjmując, że tak jest, zajmowanie się rolą teorii prawa wobec poglądów o naturze dogmatyczno-prawnej staje się wielce złożone, co więcej prowadzi ku przekonaniom, że związki teorii z tak rozumianą dogmatyką prawa są w wysokim stopniu problematyczne, o ile w ogóle występują. Natomiast w tej dogmatyce może występować jej istota, istota „dogmatyczno-prawna”, ale ona będzie taką tak długo, dopóki nie zmieni charakterystycznej dla siebie intelektualizacji – własnego zintelektualizowania. Tu też tkwi jej rozwój prowadzący aż do granic, przy których zastanawianie się, czy mamy już do czynienia z intelektualizacją właściwą dla teorii prawa, jest możliwe i zarazem owocne. Wszystko to jest w ruchu i tylko tak widziane pozwala zwracać się ku istocie prawa zawsze w ujęciu refleksyjnym sytuacji problemowych.

Z istoty robi się jednak odkrycie na wzór tradycyjnie zorientowanego. Toteż nierzadko sięga się do dawnej literatury, począwszy zwłaszcza od L. Petrażyckiego, J. Landego czy też Cz. Znamierowskiego i przedstawia zaszczytne poglądy na prawo, na to czym ono było. Dzisiaj tematyka istoty prawa nie cieszy się powodzeniem. Nie ma wokół niej sporów i przeświadczenia, że należy jej się większa

uwaga. W związku z tym rzadko zdarzają się wypowiedzi, które dałoby się potraktować jako pogląd na prawo, od którego to poglądu idąc można by rekonstruować postulaty co do badania istoty prawa.

My filozofowie nie mamy (ściśle) metodologii dochodzenia do istoty prawa ani też do budowania poglądów na współczesne prawo. Mamy natomiast nowe liczne kierunki również filozoficznego angażowania się po stronie prawa. Cieszą się one wśród prawników powodzeniem. Wystarczy, że pojawił się postmodernizm, byśmy zaczęli się nim interesować. Powstały z tego zakresu liczne prace, a wśród nich również takie, które niewiele mają wspólnego z „dojrzałym” postmodernizmem. Trzeba też wspomnieć o „prawie w kulturze” jako kierunku wybijającym się na tle rozważań o wspólnotach. Nie wspomnę o argumentacji prawa, o kierunkach wywodzonych z prac Z. Baumana, wręcz o zamiłowaniu do otwierania kierunków i szkół w amerykańskiej kulturze prawniczej, itp. To nie jest moim celem. Chciałem tylko podkreślić widoczne dysproporcje występujące między wielością nowych kierunków a pracami z zakresu poglądów na prawo jako całość. Owszem, kierunki nierzadko biorą pod uwagę prawo jako całość, ale tak czy inaczej ono pojawia się w nich raczej ze względu na kontekst. Ma postać z reguły przymiotnikową.

Przy tej okazji warto byłoby się skoncentrować na pytaniu, jak takie podejście może się mieć do intelektualizacji prawa jako procesu nieodzownego w poszukiwaniu zajmującej nas istoty. Ten przymiotnikowy walor sprawia, że używając go, wyraźnie ocieramy się o tematyzowanie prawa. Ono staje się konieczne, a w niektórych momentach wystarczające do objawiania się kierunku orientacji na prawo i powoduje zamykanie się, dodajmy w granicach przysługujących kierunkowi. Ale na tym nie koniec.

Uleganie kierunkom, choćby idąc w nich najgłębiej, sięgając głębokich struktur i rozwijając w nich teorię, nie dochodzimy do teorii prawa, chyba że jego przymiotnikowego charakteru właściwego dla kierunku. Natomiast podejmowanie starań, aby od teorii związanej z danym kierunkiem przejść do teorii prawa jako pewnego uniwersum, bez rodzącego się przymiotnika, jest możliwe pod warunkiem wychodzenia na taką intelektualizację prawa, która dałaby pewność przejścia od teorii prawa z danego kierunku do teorii prawa już bez dodawania mu przymiotnikowego charakteru, niemniej wzbogaconą przez tę pierwszą.

Aby to się mogło dokonać, a byłoby to niewątpliwie dokonanie znaczące, nie wystarczy taki kierunek opisać (przedstawić) albo, jak to się robi, zająć się strukturą terminologiczną danego kierunku, co nie zawsze oznacza, że i pojęciową. Trzeba w tym wszystkim zajmować się ową intelektualizacją. Prawo na nią zasługuje, ale wpieryw musi się stać refleksyjne. Ono, jak sądzę, próby stania się takim nie wytrzyma, jeśli to, co jest w teorii prawa, zostanie zdominowane przez język i odpowiednio do niego przez poglądy, w których utrzymywać się będą, jako główne, stany relatywizacji nieprzekształcane w sytuacje problemowe jako kategorie z istoty prawa. Wszak zaliczanie, że coś należy do czegoś, nie jest trudne. I zapewne rozważań prawniczych nie ubogaci w nowości teoretyczne,

jeśli to coś tylko „wyjmiemy” np. z naszego ludzkiego układu centralnego, by pokazać jego siatkę relatywizacji²⁰, np. oddziaływań osoby na prawo. Jest to na pewno ciekawe i należy do jakiegoś pogranicza prawa, skądinąd już wiemy, że każda siatka ma kierunkową, by wytwarzać powinnościowe efekty choćby na jej złączach. Niczego nie upraszczam i nie ironizuję. Rzecz tylko w tym, by dokonać przy tej pomocy głębszej intelektualizacji prawa. A ona jest nieodzowna, jeśli chcemy zmienić jakość prawa²¹, i również poprzez nią dochodzić do jego istoty.

II

Zmienić jakość prawa to nie oznacza, jak sądzono, stworzyć nowy akt prawny – i tą drogą zmienić prawo – lecz doprowadzić myślą prawniczą do nowego poznania problemów prawa, czego następstwem dopiero może być podjęcie działalności prawodawczej. Należałoby tutaj odróżnić, że czym innym jest potrzeba stworzenia innego (nowego) aktu prawnego, a czym innym dostrzeżenie problemów z zakresu współczesnego poznania prawa, no i łączenia tych sfer. Tego, rzecz jasna, nie da się zrobić bez wspomnianej tu intelektualizacji. Nie chcę przez to powiedzieć, że prawodawca „w ciemno” tworzy akty prawne. Mamy już wielki dorobek w zakresie prac o tworzeniu prawa²², rozległe doświadczenia w technikach prawodawczych, liczne modele, znakomitych legislatorów, słowem – wszystko. Niemniej to nie wystarczy, bo musi się spotkać z co najmniej konceptualnym widzeniem prawa, a tego z kolei nie da się zrobić bez wspomnianej tu intelektualizacji.

Wróćmy do zajmowania się istotą prawa. My jej nie znamy, jak myślę, choć nie ma przeszkód, byśmy podawali, tak jak to robimy, liczne jej „zamienniki” z zakresu charakterystyk (cech) prawa. Poza tym jest tak, że podana (przytaczana) charakterystyka prawa nie staje się zacytnem do rozważań o charakterze badawczym wyznaczającym pole badawcze. To się najczęściej dzieje jak w podręczniku, bo jest coś takiego jak podręcznikowe zaświadczenie tej istoty prawa, podane ze

²⁰ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 1, s. 13 i n.

²¹ Por. S. Kaźmierczyk, *Jakość prawa w dyskursie teoretycznym*, [w:] *Studia z nauk społecznych*, M. S. Wolański (red.), „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach” 2012, z. 5, s. 125 i n.; J. Woleński, *Logika Trybunału Konstytucyjnego*, „Prawo i Życie” 1997, nr 37; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 3, *passim*; M. Zirk-Sadowski, *Hermeneutyka a problemy filozofii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1982, t. XXVIII, s. 10 i n.

²² Por. koncepcja uregulowania systemu źródeł prawa w przyszłej Konstytucji w: J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988; M. Pichlak, *Odniesienie do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcja Herberta Harta a założenie świata życia*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2006, *passim*.

względu na konieczność dydaktycznego porozumienia się ze studentem. W tym też zawiera się rola podręcznika jako autorytetu zawartych w nim rozstrzygnięć. Ale na tym koniec. Natomiast ukazanie istoty prawa jako problemu badawczego, poprzez który mielibyśmy dochodzić do sytuacji problemowych badanej materii prawnej, otwiera możliwości, wobec których uzyskujemy zdolność tworzenia generowań. Bo też istota prawa nie jest gotowa i niezmienna raz na zawsze, chyba że dla podręcznikowego autorytetu. Nie jest też zmienna, jest tylko (jak sądzę) badawczo uchwytna, badawczo rozwijana, dodajmy, że na gruncie przede wszystkim jakości prawa (jako podstawowym), która też nie jest nam ostatecznie dana, lecz staje się dopiero w procesie kształtowania, a więc w ruchu myśli prawniczej²³ wziętej z konceptualizacji i intelektualizacji prawa. Jeśli się tego nie zauważy, to jakość prawa przestaje mieć sens użytkowy.

Był taki okres w rodzimej literaturze przedmiotu, kiedy to aktywnie zajmowano się jakością prawa. Patrzono jednakże na nią z wysokości nie prawa, lecz prawodawcy. W rezultacie miały o niej decydować fakty prawne, przedmioty regulacji prawnej, prawodawcza nowość albo naprawianie obowiązującego prawa, słowem coś, co w prawie dotyczyło jego ciągle zmieniającej się treści. Od poglądów tych badacze odeszli. Dzisiaj możemy powiedzieć, że minęły bez większego echa, stały się postulatem co najwyżej domagania się dobrego prawa, w tym sensie, że prawodawca ma służyć państwu prawa. Mamy już bogate pod tym względem orzecznictwo zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego. Brakuje zaś podniesienia tego materiału do rangi prawa jako jego jakości – właśnie, jako osobnej kategorii mentalnie wykształconej. Jest przecież różnica między prawem utkanym z przepisów (norm) prawnych a prawem – jakością w rozumieniu osobnej wartości. Dopuszczenie tej różnicy staje się (moim zdaniem) bezwzględnie ważne, gdyż miejsce prawa w związku z jego jakością, wówczas kategorii społecznej, jest wysokie, o ile nie najwyższe w społeczeństwie. Dlatego też sprowadzanie jakości do prawodawczych praktyk i prawodawczych błędów nie jest tożsame (myślę) z jakością prawa. To daje się naprawić znanymi już sposobami. Nie daje się zaś wtedy, gdy prawo chcemy mieć za społeczną, wysoką w społeczeństwie – wartość. W tym względzie, rola wykładni funkcjonalnej jest niewątpliwa, oczywiście tam, gdzie przy interpretacji przepisu zajdzie potrzeba sięgnięcia np. do ocen, w tym także do ocen prawa. Ale czy zagadnienie jakości prawa wyrażającej się (moim zdaniem) w ocenach prawa wziętych dla potrzeb stosowania odpowiedniego przepisu prawnego – wystarczy. Otóż nie wystarczy, wystarczy tylko instrumentalnie.

Jakość prawa, systemowo wzięta, jest tu rozumiana przede wszystkim w aspekcie ontologii prawa. Bo też jest tak, że wtedy gdy ma ona niską jakość,

²³ Por. J. Oniszczyk, *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004, rozdz. V; Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, przeł. T. Kunz, Kraków 2006, *passim*; A. E. Szoltysek, *Filozofia myślenia*, Kraków 2011, s. 281 i n.; P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, *passim*.

również prawo zajmuje niską pozycję, aż dochodzi do tego momentu, gdy przestaje być prawem²⁴, a w jego miejscu tworzą się postulaty innego – dobrego albo złego prawa. Prawo przecież ma zdolność do intelektualizowania się, stając się „intraatnym” w badaniach odpowiadających nowym podejściom, takim jak reprezentowane przez aktualnie rozwijające się kognitywizmy, a wśród nich neurokognitywizmy. Zostawię to, albowiem z nich wyprowadzane racje są jeszcze słabo związane z prawem, bardziej wiążą się z intuicją, o której też niewiele wiadomo w naukach przyrodniczych. Niczego nie dezawuuując, tym bardziej że kognitywizmy znajdują się na początku swojej drogi, jakoś prawa w ujęciu kategorialnym, jako kategoria, znajduje (sądzę) miejsce dla swojego rozwoju we wspomnianej tu tematyce prawa, a więc w górę od poziomu jego stosowania, stosowania łącznie z wykładnią i obecnymi poglądami na prawo. Dzisiaj niewiele z tego górnego pułapu do nas dochodzi.

Uwaga ta wydaje się ważna, albowiem może dać początek nowym rozważaniom o prawie, wyróżniając prawo aktualnie i potencjalnie stematyzowane i takie, które mając granice swoich dziedzin (np. prawa cywilnego), wymaga, w tych granicach, wyodrębniania właściwych im zagadnień, ale nie stematyzowań. Mówiąc prosto: o ile stematyzowanie (tak przyjmuję) powinno być miarą teorii prawa oraz jej postulowanego rozwoju i z tego względu wymaga od kolejnych stematyzowań waloru teoretycznego najlepiej uogólniającego się na całym prawie, albo tworzy myśl wyraźnie wobec prawa (poznawczo) wertykalną, o tyle w znanych nam dziedzinach prawa, ich zagadnienia, łącznie z przysługującymi im tytułami, pod rygorem odpowiedniości danej dziedzinie, są już sprawą rodzącej się dla tych dziedzin aktualności, aktualności niewertykalnych. Różnice zatem między tematyką (tematyzowaniem) a tytułowaniem podnoszonych w danym prawie zagadnień są problematyką kryteriów aktualności. Jest ona inna przy tematyzowaniu, za co, moim zdaniem, odpowiada teoria prawa i nie musi otwarcie nawiązywać do tego, czy jest aktualna, a już na pewno nie musi rodzić się tylko z aktualności.

Owszem, to że coś wywiązało się z aktualności nie musi być jednoznaczne z tym, że powstało pod wpływem aktualności. Zapewne może być praktycznie i teoretycznie doniosłe. Aktualność przyjmuje się (to reguła) jako kryterium czasu, w dodatku używanego „tak sobie” rozstrzygająco. Tymczasem ma ona swoją głębię zapewne filozoficzną, filozofii prawa, a oprócz tego – teoretyczną, choćby dla orientowania się w poziomach badawczych prawa, przyjmując ich niejednakową aktualność oraz względność i, co możliwe, łączenia tych poziomów w ich aktualności no i nie-aktualności, czyli przeszłości. Obecnie zaś jest głównie tak, iż aktualny to tyle co jednowymiarowy, jako jednowymiarowo-obecny. I przez to totalne wiązanie badanej rzeczy z teraźniejszą chwilą trzyma nas ono zawsze

²⁴ Por. A. Ławniczak, *Losowanie w sferze publicznej. Między wróżeniem a głosowaniem*, s. 150 i n.

petryfikująco, żeby nie powiedzieć „w szachu” jednowymiarowości. Natomiast wtedy, gdy z tą jednowymiarowością zerwiemy, otwieramy tym samym inne widzenie prawa także w sferze tematyzowania, właściwie we wszystkim. Jest to na pewno ciekawe, poszerzające sfery badawcze metodologii prawa, niemniej dodajmy: tak długo dopóki dystynkcje między tym, że coś się „wywiązało”, a tym, że „powstało pod wpływem”, będą przestrzegane co najmniej w dochowywaniu i rozwoju metodologii robionej z uwzględnieniem tych dystynkcji. Tego się najczęściej nie dostrzega. Toteż w wielu pracach łatwo o hurra optymizm wobec tworzenia poglądów na prawo, bez zważania na „subtelności”, których jest przecież pełno w materii prawa. Ich niezauważanie jednak musi się odbić na jakości prawa i jego teorii, bo jakość tej teorii jest jakością prawa. Ale to nie jest takie oczywiste, bo trzeba by jeszcze zapytać: bezpośrednio czy pośrednio oraz, czy w tym, że pośrednio, wywiązująca się z danego tematyzowania teoria może się globalnie i od razu wpisać w teorię prawa. Aby te pytania rozwinąć, uszczegółowić przed udzieleniem odpowiedzi, należałoby zrekonstruować odpowiednio głębokie założenia badawcze, a wpiąć znacznie poszerzyć te rozważania.

Niemniej „jakość teorii” prawa powinna być odrębnym zagadnieniem badawczym; oddzielnie z powodu użycia i oddzielnie z powodu jej samej. Jednakże rozwinięcie tego zagadnienia wymagałoby już odrębnej pracy, nawet łącznie z pytaniem, czy ta „jakość” mogłaby być uprawniona z punktu widzenia nauki o teorii. I chociaż teoria prawników jest w wielu wypadkach konwencjonalna, a na pewno inna niż fizyka teoretyczna, opracowanie powyższych odrębności wraz z ich założeniami przysporzyłoby naszej teorii zdolności w zakresie jej funkcji wyjaśniającej, choćby w niewielkim zakresie, ale jednak początkowo ważnym dla budowania refleksyjnego charakteru prawa. My bardzo często odwołujemy się do teorii, tak jakby to miało być wystarczające dla niej samej. Tą drogą jednak niewiele wyjaśnimy i chyba też jej nie użyjemy.

Rozumiem, że odróżnienie między tematyzacją a nazywaniem zagadnień wziętych z dziedzin prawa i odpowiednio do nich tytułowanych, razem z wykorzystaniem aktualności jako użytym tu kryterium, nie jest całkiem ścisłe, bo też jednostkowo rzecz biorąc, zagadnienie, choć pod określonym tytułem w adekwatności z dziedziną, może ujawnić się jako temat ze sfery tematyzacji. Są na to przykłady. Tu niczego nie da się ostatecznie przesądzać. Toteż nie twierdzę, by tematyzacja była dziełem wyłącznie teoretyków, choć myślę, że „teoretyk” jest kwalifikacją bardziej ze względu na myślenie niż na instytucjonalną przynależność.

Co nam dają powyższe rozróżnienia, a zwłaszcza proponowanie zwrotu „ku tematyzacji, tematyzowaniu”? Nie będą proponował jego definicji. Zresztą zawsze byłaby ona dyskusyjna i chyba niekompletna, a poza tym niewiele by w konsekwencji wyjaśniała. A poza tym przyjęcie czegoś niedookreślonego daje, przy pewnych podejściach, więcej możliwości badawczych aniżeli coś co jest w każdym aspekcie pewne. Zwracano na to uwagę nie od dziś i, co ważniejsze, z dobrymi skutkami. Jedynie przyjmując, że temat w tematyzowaniu i w swoim

treściowym obrazie obejmuje materie wyodrębnione z potrzeby otwarcia nowej problematyki w założeniach metodologicznie ukierunkowanych na jej rozwój, a w związku z tym widzianej w głębokim ustrukturyzowaniu. Tak więc, możemy powiedzieć, że tematyzowanie, rozumiane czynnościowo, daje szansę na rozwój myślenia o prawie, w szczególności widząc w tym myśleniu tworzoną (rozwijaną) metodologię badania i postulowania, ale w tym badaniu nowości badawczych także postrzeganych w związku z jakością prawa²⁵.

Właśnie rozwijanie prawa to w gruncie rzeczy jego badanie, z tym że w trybie metodologii projektowanej w tym badaniu dla dalszego badania. Inne podejścia, choć też powołujące się na rozwój, jednakże osiągany w drodze dodawania tego co już było, a także poprawianych w tzw. „międzyczasie”, są właściwe dla kumulatywizmu, chociaż poprawianego, to jednak co do istoty nierozwijanego. Najwyżej korygowanego.

Zauważmy jednak, że zagadnienie ciągłości w prawie, również tej ponad zmianami w prawie, zdaje się być nieporównywalne w stosunku do nauk z otoczenia prawniczego. Nie powinno to jednak oznaczać, że prawniczy kumulatywizm, tak prawniczy, nie jest zobowiązany poddawać się refleksjom co najmniej prawniczym nad jego rolę, osobno, jak też osobno względem kumulatywnej ciągłości, np. samych przepisów prawnych, jeśli wtedy mamy w ogóle do czynienia z kumulatywizmem. Tak czy inaczej mówiąc, nie wydaje się, by on nie mógł mieć znaczenia w badaniu prawa, a zwłaszcza we wpływie na metodologie tego badania, ciągle utrzymując, że prawo ma charakter empiryczny.

Oczywiście, nie może być obojętne, czy kumulatywizm będziemy brali po prostu tak jak w skrajnie empirycznym podejściu, czy też uwzględniali powyższe oddzielności. Jeśli one zostaną pominięte w metodologicznym przygotowaniu kumulatywizmu na rozważania prawnicze albo też orzekniemy, iż w specyfice badań prawnych zgoła nie mogą mieć zastosowania, to będziemy mieli to co dziś mamy: splotanie tych badań nawet do myśli, że słowo „badania” stanie się u nas problematyczne. Kumulatywizm (sądzę) powinien być przez nas postrzegany jako problematyka złożoności, bez której kategorii jakości istoty prawa i jego tożsamości staną się kategoriami prostymi, a nawet bezrefleksyjnymi. Dzisiaj tak mamy, dodaję, m.in. z powodu nieprzewyciężenia tradycyjnych sądów o kumulatywizmie i tradycyjnej teorii prawa.

Przy tej okazji warto skonstatować, że jakość prawa jako przedmiotu działalności prawodawczej – to jedno, zaś jakość prawa w tworzeniu się myśli o prawie i myślenia w nim o jego ciągłości, itp. – to drugie. Pierwsze jest, zdawałoby się proste, bo mamy mnóstwo środków jego kontroli. Jednakże wiele wypowiedzi z tego zakresu może przypominać sklepową „kontrolę jakości” czy też „spis z natury”, oparte są o rozmaite egzemplifikacje. Aby tego uniknąć, spostrzeżmy zależność, że sub. jeden nie jest jakością albo (lepiej) nie stanie się nią dopóki nie

²⁵ S. Kaźmierczyk, *Jakość prawa*.

rozwinie się to drugie. Naturalnie, to, co jest między nimi, daje bogate generowania, z pominięciem których omawiana jakość staje się z konieczności spłycająca, o co nietrudno w naszej literaturze.

Właśnie tematyzowanie (a nie stematyzowanie) może być punktem wyjścia na tę jakość najbardziej uznaną z potrzeby wertykalnej. Wszystko inne, wiążące się z nazywaniem zagadnień, ma charakter początku i końca i może być traktowane jako spełnianie potrzeby o charakterze utylitarnym dla pozyskiwania potrzebnej na ten moment konkluzji. Rozumiem, że byłaby to sprawa sporu o tematyzowanie z jednej strony, a z drugiej sprawa kwalifikowania w naszej literaturze tego, co mogłoby się nadawać na tematyzowanie oraz przyczyn braku tematyzowania i jego skutków w teorii prawa. Aby to mogło być wykonane, choćby tylko w sposobie instrumentalnie zorientowanym, przyjmuję, że tematyzowanie to nadawanie formy takiej tezie czy też dążeniu badawczemu, w którym można by zapoczątkować nową, ale zarazem rozwijającą się myśl, nawet bez końca w teorii i dla teorii prawa.

Z tego może wynikać, że tak rozumiane tematyzowanie nie musi być rodem wyłącznie z języka prawniczego. Ono nadaje się, kto wie czy nie bardziej, na przykład z języka humanistycznego²⁶ w użyciu dla pozyskania „ruchu”²⁷ w teorii prawa i w następstwie tego ruchu – jej rozwijania. Na razie nie wdaję się w to, skąd biorą się przyczyny słabego (ostrożnie mówiąc) zaznaczania się tematyzacji w naszej teorii? Mamy przecież prace niewątpliwie gruntowne, tematycznie rozległe i wyczerpujące, a jakże, też monograficzne, ale są one jednak pracami na temat, żeby nie powiedzieć tylko na temat. W tym zakresie robimy też ich recenzje. Od nich na ogół wydobywa się glosy, w których są akcenty tematyzowania. Im też, z tego względu, poświęcę osobny artykuł. Sądzę, że wiele tu zależy od języka, od tego jaki on jest, zaś w szczególności, jak góruje w teorii prawa. Nie jest on (co prawda) „techniczny” i można by tu mnożyć, jaki „nie jest”, ale to, jak góruje i czy w ogóle góruje, jest pytaniem zasadniczym. I wreszcie, czy nie jest tak, że w wielu wypadkach, zajmując się teorią prawa, zajmujemy się nią w tym samym języku i ze względu na ten sam język, „obracając” terminami i pojęciami dla ich „obracania”, co nie musi oznaczać, że zawsze „tego samego przez to samo”. Daje to ruch pozorny, a przynajmniej taki, że go mamy, ale to nie jest ruch ku rozwojowi. W tych operacjach wyeliminowało się owe górowanie, a jest ono (przy całej dyskusyjności) nieodzowne. Chodzi przynajmniej o to, by nie było operacji tego samego (języka) przez ten sam język. Chodzi też o to, by opisując, mieć świadomość różnicy między tym co opisujemy a jego językiem i wytwarzającymi się w nim przynależnościami. Choćby już bez tych uwag nie da się robić

²⁶ O trzeciej kulturze zob.: R. Siewiorek, *Nim trafimy do umysłowego chlewa*, „Gazeta Wyborcza” 2013, nr 297 (8026); A. Ławniczak, *op. cit.*

²⁷ J. Oniszczyk, *Koncepcje*.

tematyzowania i budować odpowiednio do niego poziomów jakości prawa, a następnie jego tożsamości. Bo też można przyjąć, że tożsamość w jej mocy kwalifikującej rodzi się w jakości prawa. Natomiast bez niej, zrozumienie tożsamości musiałoby być bardzo płytkie, nawet nie-elementarne, wreszcie – techniczne. I więcej, stematyzowanie jest drogą poszukiwań badawczych, w badaniach nad tą jakością ujawniającą tożsamość.

Mamy však znakomite prace o języku znakomitych teoretyków prawa (z Tomaszem Gizbertem-Studnickim na czele), ale to nas nie zadowala, gdy budujemy teorię jedynie jako opis jej przedmiotu bez tematyzowania jej wymiaru preskryptywnego. Wtedy ustaje też wspomniany ruch teorii prawa. Efekt jest taki, iż nie mamy wyjścia poza to, co napisano np. o argumentacji. Ona pozostaje już „sobą samą”, tak jak „przepis prawa”, czy mówiąc nie bez obaw, „wykładnia prawa”, czy też „postmodernizm” w postmodernizmie niektórych teoretyków prawa.

Oprócz tego pojawiają się moim zdaniem groźniejsze skutki odejścia od tematyzowania. Po pierwsze, dokonuje się odchodzenie od pojęć, rezygnowanie z nich jako czegoś znacznie (konceptualnie) trudniejszego na rzecz terminów, co wyszło zwłaszcza przy okazji zajmowania się (jeśli tak można powiedzieć) filozofią analityczną w nauce prawa. Po drugie, przy bez-tematyzowaniu same terminy mogą już okazać się wystarczające, z tym jednak że stosunkowo łatwo kończą rozpoczęte „dzieło”, jak widać choćby w powyższych przykładach i przy okazji ostatnio analizowanej problematyki filozofii analitycznej w teorii prawa. Aby można było z tej problematyki wybrnąć, po prostu pomniejszono przede wszystkim podstawowe założenia tej filozofii. Tymczasem, niczego nie narzucając, gdyby konceptualnie stematyzowano to, co mogło albo nie mogłoby być między teorią prawa a tą filozofią, i wyrażono w języku stematyzowania, mielibyśmy niewątpliwie nowe problemy z tym, że teoria prawa może (nie może) poddać się temu językowi z właściwymi tego konsekwencjami poznawczymi. Tymczasem operowanie samymi definicjami i językiem zamkniętym w tych definicjach, czy też rozumienie tej filozofii i tej teorii, da z góry wiadomy efekt: nie ruszymy z miejsca!

Na tle tych uwag i propozycji ważne wydaje się pytanie o rozumienie jakości prawa? Dokładnie mówiąc, czy w braku tematyzowania oraz utrzymywaniu literatury o niestematyzowanym charakterze i odpowiednio do tego niskim poziomie jej kształtowania, można mówić o jakości prawa? W tym względzie ważne są co najmniej dwie uwagi. Pierwsza, że jakość (o czym wspominałem) zamyka się na poziomie prawodawczej jakości, a więc spełnia się w technice tworzenia²⁸,

²⁸ J. Leszczyński, *Problem tożsamości prawnika i jego alter ego w teorii prawa*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2007, *passim*; I. Lipowicz, *Pojęcie sfery wewnętrznej w administracji państwowej*, Katowice 1991, rozdz. I.

legislatorsko dobrego prawa²⁹. Druga, że jakość to zdolność otwierania prawa na powyższe tematyzowania z pierwiastkiem humanistycznym, tzn. m.in. dążenie ku zacieraniu się rozdziału dogmatyki z teorią prawa. Nie oznacza to, że ten przedział ma zniknąć. Niemniej przy postulowanym tu tematyzowaniu i jego rozwoju, będzie on miał coraz większą zdolność wystawiania na tematyzowanie tego co między tą teorią a tą dogmatyką. I właśnie w tym zdaje się tkwić twórcza rola owej tematyzacji, nie mówiąc o tym, że „inter” zawsze robiło karierę poznawczą. Wszak ten aspekt połączony z tą tematyzacją stworzą większą przestrzeń, rozległej generując, aniżeli dzisiejsza dogmatyka i teoria prawa same w sobie wzięte. W ich nie-połączeniu wyłączy się wspomniany „ruch” teorii prawa. Taki stan mamy obecnie i do tego stopnia, że rozważanie nad myślą prawa zdaje się cofać, zamykać jako stabilne w jakimś dramacie³⁰ współczesności prawniczej. A przecież wspomniana przestrzeń nie może nie być twórczo przedstawiana. To oczywiste, że będzie w sobie miała też to, co jest z opisu konieczne, nawet z pospolitego opisu. Natomiast ponad tym będą mogły się rozgrywać nakładane na siebie konsekwencje badawcze, które są rezultatem tematyzowania.

A więc, gdy się już da oddzielić samo tematyzowanie, tu zaproponowane jako nadawanie formy badanej rzeczywistości prawnej³¹, która pozostając w tej formie może się rozwijać nawet bez końca, od konsekwencji jako rezultatów tematyzowania w rozumieniu budowania z tendencjami nowej i rozwijającej się w nowym, teorii prawa, wtedy zaczyna się pojawiać refleksja nad możliwością, dającą zupełnie inne pole tworzenia postulatów badawczych, aniżeli to ma miejsce w obecnej praktyce. Przy tej okazji zdaje się być pewne też to, że sama tematyzacja, jakkolwiek jest postępowaniem w stosunku do zastanych opracowań, „właśnie jako opracowań” i na ogół tylko opracowań, bo zamykających się w danym „temacie” bez udziału rozwijania metodologii na rzecz tego zamykania nie da pożądanego efektu, a w tym konceptualizacji wyżej wspomnianych konsekwencji. O ile bowiem przy opracowywaniu tematu zmierza się wprost do jego końca, najczęściej

²⁹ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, *passim*; J. Zajadło, *Prawa podstawowe w filozofii prawa Roberta Alexy’ego – wprowadzenie*, [w:] R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, B. Kwiatkowska, J. Zajadło (tłum.), Warszawa 2010, s. 20 i n.; M. Kordela, M. Smolak, *Postscript H. L. A. Harta*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 1, s. 53 i n.

³⁰ Problematykę rozwinął oryginalnie J. Tischner, *Etyka a historia. Wykłady*, Kraków 2008, część pierwsza; M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe*, [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Warszawa 1998, *passim*; M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, s. 40 i n.

³¹ Por. A. Kość, *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym*, [w:] I. Bogucka, Z. Torbor, *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 139 i n.; S. Kaźmierczyk, *Z teoretycznoprawnej problematyki wykładni prawa*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, s. 28 i n.; W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, rozdz. I.

opisania tego co ma być opracowane, o tyle przy tematyzowaniu konieczne staje się, poprzez te konsekwencje, pójście głębokie³², czego już nie da się zrobić bez koncepcji takiego pójścia. Mamy tu przecież dwa pola działania, metodologicznie doniosłe. Pierwsze to byłoby wyodrębnienie jednego z nich, o metodologicznie widocznym charakterze, na przedmiocie nadającym się do tematyzacji. Drugie to także cała sfera transcendencji, dzięki której koncepcja konsekwencji pierwszego byłaby możliwa.

Trzymając się tego podziału, można mieć wątpliwości przede wszystkim co do jego rozdzielnosci. Przyznaję, że nie ma on konsekwentnie logicznego waloru, bo też nie dla niego został tu wykorzystany. Jak z wcześniejszych uwag wynika, chodzi mi bardziej o to, co generujemy ze środka dzielonej materii, aniżeli o to, jak one (formalnie rzecz biorąc) mogą się mieć względem siebie. Zwykle w tekście przy opracowywaniu zasadniczą rolę ma *a linea*. Można powiedzieć, że poruszamy się od jednej do drugiej. Zaś przy tematyzowaniu znaczenie narastania mają kategorie metodologiczne. Od jednej do drugiej to za mało. Trzeba też na gruncie obranej metodologii rozwinąć, co znajduje się między nimi i pójść wyżej w celu rekonstruowania, właśnie rekonstruowania³³, a nie opisywania, nawet nie tworzenia, gdyż rekonstruowanie w tworzeniu jest gatunkiem czynności wymagającej odpowiedniej metodologii, zapośredniczającej tworzenie, czyli innej, gdy tworzymy bezpośrednio przyjmując, że ona jest możliwa. Zrekonstruowanie więc jest wcześniejsze w stosunku do możliwości jego uogólniania w tematyzowaniu, z możliwością jednocześnie rekonstruowania konsekwencji badawczych w związku z założeniami o teorii prawa, ale zrodzonej z powodu tego tematyzowania. Tak więc teoria prawa (konkludując) jest po prostu konsekwencją tematyzacji. Nie wdaję się w rozważania na temat innych konsekwencji, zwłaszcza dotyczących wykładni prawa, która przy tym podejściu mogłaby zmienić swoje intelektualne nastawienie.

Dochodzę do miejsca, w którym możliwe staje się pytanie, czy teoria prawa co do swego powstania, tematyzowanego narastania, a także rozwoju jest możliwa poza tematyzowaniem? Czy dzisiaj nie jest tak, że np. jej tematyczne narastanie to tyle co suma zamieszczonych w literaturze opracowań, które nazwano teoretycznymi (filozoficznymi), bo są ogólne albo np. są obszernymi problemami (...) nie bacząc na to, jak współcześnie idą ku głównym jej nurtom, rozwijając np. filozofię. W rezultacie mamy literaturę, którą trudno się posłużyć jako całością w kontekście teorii prawa, albo po prostu – teorię prawa. Łatwo natomiast posługiwać się jako poszczególnymi opracowaniami, szukając ich porządku według

³² L. Nowak, *op. cit.*; H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, t. I, tłum. Przeorski, Wilno 1935, *passim*; A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 152 i n.

³³ Zagadnienie to gruntownie rozwinął S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienie prawoznawstwa*, Szczecin 1996, *passim*.

indeksów rzeczowych. I dalej, są takie pozycje, przy których może mieć zastosowanie przemienność, tzn. są ni to opracowaniami, ni to przytoczeniami z historii np. filozofii działu jako głównego, znaczącego itp., ale niewiele z tego wynika, chyba że ktoś tak będzie sądził. Wtedy otrzymujemy jakąś liczbę oświadczeń, że są głównymi, co z natury oświadczenia niczego nie wnosi do rekonstruowania teorii prawa. Właśnie, pewnym kłopotem dla teorii prawa jest to, że ona wyraźnie nie zależy od tego, jak ją budujemy, zwłaszcza że w tym budowaniu są (bo są) wielce złożone zagadnienia metodologiczne, i więcej, tworzenia metodologii w jej tworzeniu dla teorii prawa. Również podobnie można się wypowiedzieć o krytyce naukowej. Poza tym, że ma ona wydźwięk osobisto-personalny, nie wnosi choćby założeń o ubogacaniu teorii prawa, przyjmując zarazem, że krytyka powinna być też nieodzownie twórcza.

Stanisław Kaźmierczyk

ABOUT IDENTITY OF LAW IN RELATION TO ITS QUALITY

The contents of this study is a reflection of an idea of the law identity from a perspective of issues in the ontology of law and its legitimization. The author underlines difficulties that are of epistemological and methodological nature in relation to a possibility of recognition and exhaustive determination of the idea. The author also indicates to a crisis of social assessment of law and by the same token its value. A change in this assessment is viewed as an increase in its broadly understood quality.

Keywords: legitimatization of law, ontology of law, theory of law, identity of legal culture