

Paweł Polaczuk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

REFLEKSYJNA NOWOCZESNOŚĆ A METODY PRAWA PORÓWNAWCZEGO

Rozpocznę od uwag porządkujących. Poniższy szkic nie jest zupełny. Służy jedynie przedstawieniu istoty problemu. Jeśli waloryzuję określone zagadnienie, to czynię to wyłącznie z uwagi na przeznaczenie tego szkicu. Druga uwaga dotyczy charakteru tytułowego zagadnienia. Jest to zagadnienie interdyscyplinarne w dwóch wymiarach. Najbardziej oczywista jest relacja między ogólną teorią prawa a komparatystyką. Nie można jednak zapominać o związkach łączących teorię prawa, filozofię prawa, filozofię społeczną i filozofię polityki. Spróbuję wyjaśnić zawiłości tych powiązań. Bez tego podjęty przeze mnie temat może nie zostać uznany za aktualny i relewantny.

Nie budzi wątpliwości, że teoria prawa jest płaszczyzną ogólnej refleksji o prawie jako całości. W literaturze przedmiotu zauważa się trafnie, że jej struktury mają służyć prawnikom w zrozumieniu mechanizmów funkcjonowania systemu prawa i porządku prawnego [1]. Nie bez znaczenia jest ta okoliczność, że teoria prawa jest źródłem metod stosowanych w badaniach nad prawem, w najgorszym razie źródłem kryteriów, podług których ocenia się obowiązywanie metod stosowanych w badaniach prawa. Teoria prawa musi liczyć się z tym, że dogmatyki prawnicze będą rościć sobie autonomię w tym zakresie. Dogmatycy mogą negocjować raczej przemawiające za rolą teorii prawa w sferze metod badawczych, co obserwujemy choćby w obszarze prawa podatkowego.

Gdy idzie o powiązania między teorią prawa a badaniami prawnoporównawczymi warto przywołać stanowisko zaprezentowane podczas zjazdu polskich teoretyków prawa w 2002 r. Zauważono mianowicie,

że powiązania między teorią prawa a komparatystyką mają charakter wzajemny. Są to powiązania natury metodologicznej [2, 35–36]. Ich charakter jest jednak nieco odmienny od tego, który zarysowałem w akapicie poprzedzającym. Odniosłem się w nim do obowiązywania metod badawczych wypracowanych przez teorię prawa i zdiagnozowałem powody, dla których powiązania metodologiczne między teorią prawa a dogmatyką słabną. Oto powiada się, że potencjał tkwiący w związkach teorii prawa i komparatystyki pozostaje niewykorzystany, a przyczyn tego stanu rzeczy upatruje się w niejednoznaczności powiązań między nimi (wykorzystanie wspomnianego potencjału miałyby zaowocować nowymi polami badawczymi teorii i filozofii prawa) [2, 35–36]. Winą za ten stan rzeczy obarcza się ogólną teorię prawa, która nie zdołała przyswoić sobie argumentów przemawiających za potrzebą powiązań pomiędzy dyscyplinami. Punktem wyjścia dla krytycznej diagnozy w wyżej wymienionym zakresie jest “obserwacja aktualnego stanu nauk prawnych w Polsce”. Nauki te, w szczególności teoria i filozofia prawa “nie wykorzystują (...) możliwości budowania swych twierdzeń czy na podstawie dokonań komparatystyki prawniczej czy to w związku z wnioskami natury porównawczej, wyprowadzonymi przy okazji różnorodnych badań prawnych”. Zarzuty dotyczą zatem przede wszystkim teorii prawa. Kumulują się w poglądzie, zgodnie z którym formułowane przez teoretyków “twierdzenia o cechach wniosków porównawczych” nie odwołują się do metod komparatystyki, są “niezależnie od analiz porównawczych”. Jeśli czerpią z metod komparatystyki, to niejednokrotnie w sposób przypadkowy i na potrzeby egzemplifikacji ad hoc. Brak zatem tym twierdzeniom systematyki [2, 34–36].

Zadanie pogłębienia relacji z komparatystyką, które wyznacza się ogólnej teorii prawa, jest uzasadniane funkcją integracyjną prawoznawstwa [2, 36]. Twierdzi się, że ogólna teoria prawa funkcji tej współcześnie pełnić nie może, względnie nie pełni. Stoi temu na przeszkodzie trudne do przewyciężenia “oderwanie” rozważań teoretycznych od materiału normatywnego i orzeczniczego. Przyczyny, dla których ogólna teoria prawa miałyby dokonać zwrotu w kierunku materiału orzeczniczego i normatywnego będącego przedmiotem zainteresowania komparatystyki, wynikają z charakteru “aktualnych problemów praktyki prawniczej” [2, 36–37].

Podsumowując, dotychczasowy stan wiedzy dotyczącej relacji metodologicznej między teorią prawa a komparatystyką wyczerpuje się w dostrzeżeniu konieczności wspólnej eksploatacji pól badawczych oraz barier stojących jej na przeszkodzie. Ustalenia w tym zakresie dotyczą także charakteru powiązań oraz pożytków płynących z ich wykorzystania. Sformułowano także tezy dotyczące przyczyn, dla których związki między komparatystyką a teorią prawa nie zaowocowały nowymi tezami badawczymi.

Powyższa ocena nie jest zapewne odosobniona. Zastanawiają jednak dwa elementy tej oceny. Myślę tu o założonej aktualności metod stosowanych w badaniach prawnoporównawczych oraz o surowej recenzji stanu teorii prawa. Zajmę się drugim z zagadnień. Jest to uzasadnione choćby tym, że nie odniosłem się jeszcze do relacji teorii prawa względem filozofii prawa, polityki i filozofii społecznej. W odniesieniu do problemu aktualności metod stosowanych w badaniach prawnoporównawczych ograniczę się tylko do wyrażenia wątpliwości co do trafności tego założenia. Na ich poparcie przypomnę, że pluralizm metodologiczny komparatystyki, mający stanowić remedium na niedomagania każdej z poszczególnych metod, wiąże się także z generowaniem sprzecznych rezultatów w wynikach badań. Stosowanie różnych metod przynosi odmienne rezultaty przy identycznych hipotezach badawczych. Każda z metod ma także pewne ograniczenia. Nie sądzę, by którakolwiek z nich była zdadna do badań dotyczących aksjologicznej podstawy systemu prawnego, podejmując się ustaleń dotyczących relacji między wartościami uwarunkowanymi kulturowo oraz wartościami pragmatycznymi danego systemu prawnego. Specyfika wartości pragmatycznych wymyka się np. uogólnieniom nieodzownym w historycznie zakorzenionej interpretacji, w metodach zaczerpniętych z ekonomicznej analizy prawa jest nawet pomijana.

Wspomniałem, że interesować mnie będzie przyczyna oceny, jaką wystawiono teorii prawa. Moja ocena może nie różni się od przytoczonej, ale – jak wskazuje temat wystąpienia/artykułu- nieco inaczej postrzegam przyczyny tego stanu rzeczy. Przypomnę, że teoria prawa stanowi w programie studiów jeden przedmiot z filozofią prawa. Ich zadania są jednak odmienne. Powiada się zasadnie, że filozofia reprezentuje świat prawniczy wobec otoczenia społecznego oraz funduje transcendentalne

struktury dla teorii prawa. Filozofia prawa wchodzi także w relacje z filozofią społeczną oraz filozofią polityki. Absorbując poruszane tam problemy i przenosi rezultaty dyskursu z tymi dyscyplinami na grunt teorii prawa [1]. O funkcji teorii prawa miałem już okazję wypowiedzieć się na wstępie. Przypomnę dla porządku, że teoria prawa jest płaszczyzną ogólnej refleksji o prawie jako całości. Z niej pochodzą m.in. struktury myślowe, dzięki którym prawnik rozumie mechanizmy funkcjonowania systemu i porządku prawnego.

Widać przeto, że ocena stanu teorii prawa może nie być tylko sprawą ograniczeń, jakie teoria prawa sama na siebie nakłada. Należy raczej najpierw zapytać, czy filozofia prawa wchodzi w dyskurs z filozofią polityki i filozofią społeczną. Mają one niebagatelne znaczenie dla konceptualizacji zmian relewantnych dla mechanizmów funkcjonowania systemów i porządków prawnych oraz dla metod badania prawa. Jestem zdania, że filozofia prawa ma wspólny język z tradycyjną filozofią polityki oraz klasykami filozofii społecznej. Filozofie prawa i polityki są jednak zamknięte na współczesną filozofię społeczną. Podzielam pogląd, zgodnie z którym w filozofii polityki dominuje zaufanie do instytucyjnego wymiaru polityki. Jednostkowa autonomia i mechanizm reprezentacji są tu pojmowane jako idee regulatywne i stanowią gwarancje prawomocności działania organów państwa [3, 26-27]. Oceny tej nie zmienia ta oto okoliczność, że filozofia polityki zyskała ostatnio wrażliwość także na pozainstytucjonalny wymiar przeobrażeń rzeczywistości społecznej, co rozszerzyło znaczenie klasycznych pojęć wolności, równości, solidarności, stanowiących wspólną podstawę filozofii prawa i polityki [3, 27]. Filozofia prawa, podobnie jak filozofia polityki, pozostają zamknięte na osiągnięcia filozofii społecznej. Nie jestem bowiem przekonany, czy filozofia społeczna nie dokonała konceptualizacji istotnych dla pojmowania prawa (i polityki) zmian społecznych. Myślę tu o takich ujęciach, które dostrzegają rozpad systemu regulacji opartego na dotychczasowych instytucjach społecznych. Przypomnę, że myślowe początki tych instytucji wiąże się w literaturze przedmiotu z koncepcjami władzy T. Hobbes'a oraz J. Locka. Zauważa się oto, że obu myślicieli zajmowało pochodzenie władzy. Twierdzili oni, że wolność osobista powinna doprowadzić do władzy z wyboru i znieść władzę z dziedziczenia. Ten pogląd został wkomponowany następnie w

teorię wolnego rynku A.Smitha. Powyższe ujęcia akcentujące wolność polityczną i gospodarczą zbiegły się u H.Spencera w modelu liberalnego społeczeństwa industrialnego, zorganizowanego w demokratyczny sposób [4, 117]. Bliżej zaznajomieni w dorobkiem Spencera zauważają także, że zidentyfikowanym przez tego autora i przez lata rzeczywistym motorem zmian w społeczeństwie był mechanizm wolnego rynku. Jednostkom zapewniano tu ochronę wolności działania. Metodą weryfikacji indywidualnych osiągnięć była rywalizacja. Proces samorozwoju społecznego postępował w tym modelu dzięki decentralizacji władzy. Rozumienie władzy zostało tu powiązane z podziałem społeczeństwa na klasy (posiadających kapitał, klasa zarządzających kapitałem, klasa pracowników) [4, 117]. Powiada się, że w społeczeństwie industrialnym rozumienie władzy powiązane było ze stanem posiadania (posiadający wydają polecenia, inni je wykonują). Podkreśla się ponadto, że mimo wymogów prawnych, by władza funkcjonowała jako władza rozproszona, podzielona, pojawiły się dwa ośrodki władzy: władzy politycznej oraz ekonomicznej. Proces rozproszenia doprowadził w końcu do stanu, w którym władza ekonomiczna nie jest zlokalizowana w obrębie instytucji państwowych. Instytucje te przestają być dostatecznie władcze – nie są zdolne do ustalania ram funkcjonowania społeczeństwa [4, 119-120]. Nie jest to diagnoza odosobniona. Dlatego może zdumiewać zaufanie filozofii polityki do jej instytucyjnego wymiaru, podzielane na gruncie filozofii prawa w obszarze wspólnych dla obu dyscyplin dyskursów.

Problemem z przekonaniem filozofów prawa do poglądu o rozpadzie systemu regulacji opartego na dotychczasowych instytucjach społecznych może być nieco odmiennej natury. Otóż pisarstwo dotyczące zmian społecznych skłonne jest przyjmować za punkt wyjścia jakiś jeden atrybut zmiany, który określa pozostałe (np. ryzyko u U. Becka, społeczeństwo postindustrialne D.Bella itp.) To dla filozofów prawa za mało, by wyrzec się utopijnego ewolucjonizmu w pojmowaniu zmian społecznych. Warto jednak odnotować, że w programie ostatniego zjazdu filozofów i teoretyków prawa jest pojęcie refleksyjności w prawie. Jeśli trafnie odczytuję intencje organizatorów, chcą oni zapytać o mechanizmy w systemie prawa oraz porządku prawnym odpowiadające najnowszym pojęciom dotyczącym zmian rzeczywistości społecznej, powstałym na gruncie filozofii społecznej. Myślę tu o pojęciu reflexive society A. Giddens'a (Giddens

nazywa tak społeczeństwo czyniące użytek z wiedzy o okolicznościach życia społecznego na potrzeby jego organizacji i transformacji) oraz pojęciu refleksyjnej modernizacji U.Beck'a (Beck nazywa tak zmiany wynikłe z wejścia społeczeństwa w fazę samokrytycyzmu). Są to pojęcia wyrażające daleko idącą niepewność wobec ewolucyjnych zmian ładu społecznego, którego elementem jest system/porządek prawny [5; 6; 7; 8]. Jest to sprawa niebagatelnej wagi, bowiem metody komparatystyki zachowują prawomocność tylko przy założeniu ewolucjonizmu, który pojęcia wyżej wymienione stawiają pod znakiem zapytania.

O tym, że teoria prawa nie zaabsorbowała zmian zasygnalizowanych w poprzednim akapicie, świadczy zacytowana na wstępie ocena. Wydaje się, że teoria prawa powieliła twierdzenia, które są od lat pewną oczywistością (błąd ten ciąży zresztą także metodom komparatystyki). Twierdzenia te są swoistym przetworzeniem cech dystynktywnych przedrefleksyjnej kultury na grunt myślenia o prawie. Powiada się bowiem, że prawo jest zjawiskiem kulturowym i podziela jej cechy dystynktywne. Chodzi tu przede wszystkim o dwie cechy. Pierwszą jest relatywna kontyngencja kultury. Pod tym pojęciem rozumie się swoistą trwałość (bezwładność) przysposobionych schematów i postaw [9, 14-16; 10, 107-114]. Nadmienię, że pojęcie refleksyjności znacząco modyfikuje tę cechę kultury. Rozszerza choćby katalog endogennych i egzogennych czynników zmiany i na nowo określa relacje między nimi. Drugą cechą dystynktywną jest pluralizm interkulturowy. Pojęcie to różnicuje ogólne pojęcie kultury, co nie pozostaje bez wpływu na wyjaśnianie zmian w historii kultury. Wielość kultur może być bowiem awansowana do rangi czynnika tych zmian. Wiele przemawia bowiem za tym, że geneza i rozwój kultury były związane z różnicami wyłaniającymi się np. w relacji między standardem kulturowym a elementami określanymi mianem niekonsystentnych (niespójnych z tym, co za obowiązujący kulturowo standard uchodzi bądź jako standard obowiązuje). Odnotujemy w tym miejscu, że takie pojmowanie zmian dotyczy historii kultury. Wątpię, czy się do tego nadawało. Kultury były ukształtowane przez czynniki uniemożliwiające pomiary spójności takie jak wydarzenia historyczne, polityczne czy kształt stosunków społecznych, wojny, migracje, dyktatury czy skoki technologiczne. Z całą pewnością zarysowane pojmowanie zmian nie dotyczy zachodzących przeobrażeń kulturowych. Pojęcie

refleksyjności, które służy konceptualizacji zmian w toku, nie kreuje dlatego żadnej relewantnej alternatywy dla przedstawionego ujęcia.

Powiada się, że historyczna dynamika porządków prawnych podziela charakter zmian kultury jako całości. Prawo jest bowiem wytworem kultury. Z tego zapewne powodu diagnozy zmian w prawie mogą ograniczać się na poziomie teorii prawa do poglądów o pluralizmie prawnym czy nawet do diagnozy o pluralizmie kultur prawnych. Wtedy teoria prawa dostrzega przeobrażenia tych kultur w wielkiej skali. Mówi się np. o konwergencji i dywergencji kultur prawnych. Możemy nawet przyjąć, że współczesna teoria prawa konceptualizuje te zmiany wyłącznie za pomocą dwóch kluczowych pojęć. Są nimi pluralizm prawny oraz konwergencja kultur prawnych. Są one zresztą ogólnym uzasadnieniem metod badawczych komparatystyki. Myślę tu w szczególności o metodzie historyczno-opisowej i metodzie funkcjonalnej. Prawomocność twierdzeń formułowanych z pomocą tych metod czerpie swoje uzasadnienie z przedstawionej charakterystyki kultury (i kultury prawnej).

By nie powstało wrażenie, że pomija się w ten sposób ogniwo pośrednie, jakim jest rzeczywistość społeczna, nadmienić należy, że pojęcia pluralizmu i konwergencji czerpią także z charakterystyki zjawisk społecznych i prób ich konceptualizacji, tyle że w ramach filozofii politycznej oraz nauk ekonomicznych [12]. Miałem już okazję odnieść się do osiągnięć filozofii polityki. Zazaczyłem wówczas, że jest ona nadal bardzo mocno zorientowana na instytucjonalny wymiar polityki.

Podsumowując te zawiłości chciałbym zwrócić uwagę na pilną potrzebę pogłębionej refleksji nad przeobrażeniami rzeczywistości społecznej. Nie bez przyczyny określa się ją mianem refleksyjnej. Twierdzenia, które tych przeobrażeń dotyczą, nie są obojętne dla zmian porządku prawnego i systemu prawnego. Formułują bowiem diagnozę zachodzących zmian społecznych. Mimo wielu obaw, uzasadnienie tych twierdzeń jest wnikliwe i dogłębne. Dotyka przy tym paradygmatów pojmowania kultury i prawa jako jej wytworu.

Lista referencyjna

1. **P. Jabłoński**, O filozoficznym reprezentowaniu prawa. Komentarz do metateoretycznych rozważań Artura Kozaka, podaje na dzień 20 października 2013 r. za: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/38062/0014.pdf>

2. **L. Leszczyński**, Komparatystyka a teoria prawa – powiązania metodologiczne i pola współdziałania [w:] Prawoznawstwo a praktyka stosowania prawa pod red. Z. Tobora, Katowice 2002, 35–36.
3. **J. Bednarek**, Polityka poza formą. Ontologiczne uwarunkowania poststrukturalistycznej filozofii polityki, Poznań 2012, s. 26–27.
4. **L. Milan**, Ład społeczny na tle przewidywalnej struktury społeczeństwa nazwanego umownie informacyjnym [w:] Społeczeństwo informacyjne. Aspekty funkcjonalne i dysfunkcjonalne pod red. L.H.Haber, M.Niezgoda, Kraków 2006, s. 117.
5. **U. Beck**, Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung, Frankfurt am Main 1993, passim.
6. **D. Bell**, Die kulturellen Widersprüche des Kapitalismus : mit einem Vorwort zur deutschen Neuausgabe / Daniel Bell. [Aus d. Amerikan. von Inge Presser. Übers. d. Nachw. von Benedikt Burkard], Frankfurt, am Main, 1991, passim.
7. **Z. Bauman**, Społeczeństwo w stanie obłączenia w przekładzie J.Morgańskiego, Warszawa 2006, passim.
8. **Z. Bauman**, Życie w kontekstach. Rozmowy o tym, co za nami i o tym, co przed nami, Warszawa 2009, passim.
9. **L. Boros**, Rechtskultur – politische Kultur [w:] Rechtskultur-Denkkultur pod red. E. Mock, C.Varga. Stuttgart 1989, s. 14–16.
10. **E. M. Maier**, Naturrecht und Kulturwissenschaft [w:] Rechtskultur-Denkkultur pod red. E.Mock, C.Varga. Stuttgart 1989, s. 49–50;
11. **M. Samu**, Zusammenhang von Rechtskultur und Rechtspolitik [w:] Rechtskultur-Denkkultur pod red. E.Mock, C.Varga. Stuttgart 1989, s. 107-114.
12. **P. Gross**, Außer Kontrolle?! Individualisierung, Pluralisierung und Entscheidung [w:] Identitäten in der modernen Welt pod red. R. Hettlage i L. Vogt, Wiesbaden 2000, s. 57.