

## II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

MAREK SMOLAK

### JAK PRAWO ŁĄCZY SIĘ ZE ŚWIATEM Uwagi na marginesie książki W. Gromskiego, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*<sup>1</sup>

1. W potocznym jak i prawniczym ujęciu relacji prawa do innych systemów normatywnych przeważają, jak się wydaje, dwa poglądy: pierwszy, w którym przypisuje się prawu tak czy inaczej ujętą autonomię i drugi, w którym zakłada się instrumentalny charakter prawa. Naturalną konsekwencją wyżej wymienionych założeń jest problem, który rozstrzyga w swej interesującej książce W. Gromski, a mianowicie ustalenie relacji między autonomią prawa a jego instrumentalnym charakterem. Problem ten przekłada się na pytania o autonomię prawa, instrumentalny charakter prawa, granice instrumentalności prawa oraz problem skuteczności instrumentalizacji prawa.

Jednocześnie Autor czyni wyraźne zastrzeżenie, że nie będzie zajmował się tym aspektem autonomii prawa, który od dawna ma swe miejsce w filozofii i teorii prawa. Chodzi tu o problemy związane z rozdziałem prawa od polityki i moralności, a które to kwestie, jak wiadomo, stanowią podstawę sporów, jakie toczą pożytywiści ze zwolennikami prawa natury.

Omawiana książka należy, moim zdaniem, do jednych z najważniejszych prac związanych z doniosłym praktycznie i teoretycznie problemem instrumentalizacji prawa. Zanim jednak przystąpię do omówienia książki W. Gromskiego chciałbym nawiązać do tytułu niniejszego artykułu. Jest on parafrazą tytułu książki J. Kmity „Jak słowa łączą się ze światem”. Parafrazą, dodajmy, zamierzoną, bowiem W. Gromski konstruuje swoją koncepcję autonomii i instrumentalnego charakteru prawa w oparciu o regulacyjno-społeczną koncepcję kultury J. Kmity<sup>2</sup>. Korzystając z jego terminologicznych ustaleń, Autor uznał za podstawowe dla pracy dwie tezy: po pierwsze – autonomia prawa jest funkcją kultury prawnej, która wyznacza aksjologiczne granice aktów instrumentalności prawa oraz kształtuje niektóre warunki jego skuteczności, po drugie – należy rozróżniać instrumentalny charakter prawa ujmowany jako jego cecha oraz akty instrumentalizacji prawa.

Autor, nawiązując do J. Kmity, określa kulturę jako pewne grupowe przekonanie świadomie bądź milcząco akceptowane przez określoną społe-

<sup>1</sup> W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Kolonia Ltd. Wrocław 2000.

<sup>2</sup> J. Kmita, *Jak słowa łączą się ze światem*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 1998.

czność, które reguluje sposób podejmowania przez nie określonego rodzaju działalności. Działania podejmowane w ramach danej kultury mają charakter działań intencjonalnych, odwołujących się do zbioru norm i dyrektyw zróżnicowanych dziedzinowo. Całokształt tychże norm i dyrektyw rekonstruowanych w praktyce interpretacji humanistycznej Kmita nazywa kulturą. Kultura pełni funkcję społeczno-regulacyjną, bowiem każde działanie zorientowane jest na jakąś wartość (przekonanie normatywne) oraz jest oparte na wiedzy w jaki sposób wartość ma być realizowana (przekonania dyrektywalne). Zachowania i działania ludzkie nie są elementem tak rozumianej kultury, ale są kształtowane poprzez zmianę przekonań normatywnych bądź dyrektywalnych oraz kontekstem strukturalnym, jakim jest dana społeczność (s. 54). Normy i dyrektywy kultury prawnej nie są wyznaczone tylko treścią norm prawa obowiązującego, ale również praktyką prawniczą. Dlatego zakres autonomii prawa nie zależy od jakichś niezmiennych cech samego prawa, lecz od dynamiki europejskiej kultury prawnej, która tą praktykę generuje (s. 82).

Jak wspomniano wyżej, drugie podstawowe założenie pracy związane jest z instrumentalnym pojmowaniem prawa – uznaniem prawa jako środka do osiągnięcia określonego celu. Instrumentalność prawa zakłada, po pierwsze, że prawo pełni określone funkcje i jest rezultatem celowego działania podmiotów tworzących i stosujących prawo, po drugie zakłada, że prawo podlega różnorodnym ocenom i uzasadnieniom, zwłaszcza ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym oraz po trzecie zakłada, że prawo może być skuteczne (s. 92).

W tym obszarze zagadnień podstawową kwestią jest rozróżnienie instrumentalnego charakteru prawa i aktu instrumentalizacji prawa (rozd. IV). Instrumentalne pojmowanie prawa odnosi się do cech prawa, zaś akty instrumentalizacji prawa wyrażają się w postawach wobec prawa. Relacja, jaka zachodzi między tymi podejściami, ma charakter jednokierunkowy; tzn. instrumentalizacja prawa zakłada jego instrumentalny charakter a nie odwrotnie. Co więcej, przyjęcie instrumentalnego charakteru prawa nie wyłącza jego wartości nieinstrumentalnych, bowiem problem instrumentalizacji prawa nie jest kwestią rodzaju, czy też typu prawa, lecz problemem perspektywy badawczej, a dokładnie perspektywy teorii aktów mowy. Instrumentalność prawa jest tutaj ujmowana jako jego potencjalna właściwość realizowana poprzez akt instrumentalizacji prawa. Zatem Autor wskazuje za A. Batorem, że o instrumentalności prawa decyduje jego użycie a nie treść, czy cechy prawa. Stąd nie można przeciwstawiać instrumentalnego i nieinstrumentalnego charakteru prawa. Z perspektywy aktów mowy prawo jest zawsze instrumentalne. Innymi słowy, prawo nie instrumentalizuje się samo, ktoś je instrumentalizuje w procesie tworzenia, stosowania i wykonywania prawa.

W tym kontekście W. Gromski stawia pytanie o to, czy autonomia prawa ogranicza jego instrumentalizację (rozd. V). Dla Autora problem granic instrumentalizacji prawa, to problem granic samego prawa. W konsekwencji granice aktów instrumentalizacji prawa, zgodnie z podstawową

tezą książki, wyznaczone są normami i dyrektywami danej kultury prawnej. Gdy pomija się ten fakt, to pomija się społeczno regulacyjną funkcję kultury prawnej. Autonomia wiąże się z regulacyjnym oddziaływaniem kultury prawnej, zaś jej kształtowanie jest uzależnione od powszechnego respektowania przekonań normatywnych i dyrektywalnych kultury prawnej. Instrumentem staje się prawo dopiero przez jego użycie w takim charakterze. Wiąże się to z dokonaniem określonych i odpowiednich ocen instrumentalnych. Akty instrumentalizacji prawa oceniane mogą być w dwóch perspektywach, a mianowicie oceny środka, czyli aktu instrumentalizacji prawa oraz oceny celu, jakiemu ten akt instrumentalizacji prawa służy. Z praktycznego punktu widzenia istotne są te sytuacje, w których akty instrumentalizacji i ich cele są niezgodne z celami materialnymi prawa oraz z formalnymi wartościami prawa. W takich sytuacjach autonomia prawa jest granicą aktów instrumentalizacji prawa na tyle na ile mocno sama autonomia prawa jest uwarunkowana kulturowym kontekstem podejmowanych aktów instrumentalizacji prawa.

Kwestią, którą w tym miejscu należałoby poruszyć jest zagadnienie, którego, jak się wydaje, Autor nie docenił, a mianowicie problem wpływu współczesnych koncepcji teoretycznoprawnych na stan współczesnej kultury prawnej, a w konsekwencji na autonomię prawa, jej granicę i skuteczność prawa. W szczególności dotyczy to problemów sądowego stosowania prawa.

Doświadczenia z funkcjonowaniem sądów hitlerowskich w okresie II wojny światowej doprowadziły do zakwestionowania autonomiczności prawa, zaś ostatnie ataki ze strony postmodernistów kwestionują w ogóle przydatność europejskiej kultury prawnej we współczesnych państwach demokratycznych, widząc w niej przejaw opresji ludzi ze względu na płeć, rasę, czy wyznanie. Jak zaznacza J. Habermas, ten zwrot jest głównie rezultatem głębokiego kryzysu czy katastrofy pozytywistycznej wizji prawa i jego stosowania<sup>3</sup>. Doświadczenia II wojny światowej i rola sędziów, jak dobitnie wykazał G. Radbruch, sprawiły że problem pozytywistycznej kultury prawnej nabrał nowego wymiaru.

Już od czasów J. Austina teoretycy prawa traktowali podmiot stosujący prawo jako podmiot autonomiczny wobec wszelkich okoliczności, w tym w szczególności wobec polityki. Jeżeli nawet wpływ polityki mógł mieć miejsce poprzez ideologię stosowania prawa, pojęcie prawa, czy też bezpośrednio w tekście prawnym, to wpływ ten da się zneutralizować poprzez katalog metod stosowania prawa, wykształconych poprzez tradycję i kulturę prawną, które pozwalają intersubiektywnie wykazać poprawność sformułowanej decyzji sądowej. Pozytywizm, poprzez naturalistyczne ujmowanie prawa sprawiał, że podmiot interpretujący jak i przedmiot podlegający interpretacji – tekst prawny istniały niezależnie od siebie, w dwóch różnych światach. Takie ufundowanie autonomii podmiotu stosującego prawo dostarczało zarazem uzasadnienia dla postulatu autonomii aktów stosowania prawa: autonomii wobec moralności, czy polityki. Założeniem, na którym wspiera się koncepcja autonomiczności aktów stosowania prawa jest

<sup>3</sup> Patrz: J. Habermas, *Facts and Norms*, Polity Press 1996 rozdz. 7.

przekonanie, że apolityczność jest obiektywną cechą określonych procedur stosowania prawa, właściwością przysługującą *per se* nie zaś ze względu na akceptację np. określonej ideologii stosowania prawa.

Postmodernizm, którego korzeni należy szukać w koncepcjach amerykańskiego realizmu, dzisiaj reprezentowanego przez tzw. krytyczne teorie prawa (np. feministyczna teoria prawa) zakłada, że prawo to procedury, dyskursy, praktyki społeczne, w których normy są stanowione, a następnie stosowane<sup>4</sup>.

Dla tzw. krytycznych teorii prawa kultura prawna jest formą opresji kulturowej bowiem składają się na nią reguły i wartości charakterystyczne dla państwa pozytywistyczno-liberalnego, z natury opresywnego. Stosowanie prawa powinno być zaangażowane politycznie, tzn. prowadzić do kompensacji nierówności społecznych mających swe podłoże w różnicach płci, rasy, czy wyznania. W konsekwencji należy odrzucić pozytywistyczno-liberalne złudzenia, co do politycznej neutralności sądowego stosowania prawa. Takie rozumienie stosowania prawa swe intelektualne korzenie znajduje w pracach M. Foucault, P. Burdieu'a i J. Derridy, dla których, ogólnie rzecz ujmując, każda praktyka społeczna, a taką bez wątpienia jest tworzenie czy stosowanie prawa, uwikłana jest politycznie, tzn. dąży się do osiągnięcia jakichś celów politycznych, bądź też jest wyrazem realizacji polityki społecznej państwa<sup>5</sup>.

W ramach tego zagadnienia rozstrzyga się problem neutralności sędziów, który to wymóg dla takich autorów jak Dworkin, czy Habermas jest niezbędny dla funkcjonowania państwa demokratycznego, co z kolei w nurtach postmodernistycznych wzbudza zasadniczy sprzeciw. Postmoderniści twierdzą, że nie ma czegoś takiego jak neutralność liberalna sędziów, albowiem kierują się oni w procesie orzekania często niejawnymi uprzedzeniami, co do płci, rasy, wyznania, edukacji.

Z tych też powodów użycie kategorii „kultura prawna” dla wyjaśnienia granic i skuteczności instrumentalnego charakteru prawa należy potraktować z ostrożnością, ponieważ nabiera ona określonego charakteru ideologicznego, tym bardziej, że, jak zauważa Autor, dynamika europejskiej kultury prawnej wyznaczona jest potrzebami społeczeństwa postindustrialnego, któremu, jak wiadomo, daleko od homogeniczności przekonań normatywnych jak i dyrektywalnych, które składają się na daną kulturę prawną. Innymi słowy, pojęcie „kultura prawna” nabiera charakteru konserwatywnego, by nie powiedzieć – zachowawczego. W wersji skrajnej autonomiczność prawa zapewniona jest właśnie poprzez zanegowanie norm i dyrektyw danej kultury prawnej, czytaj pozytywistycznej, opresywnej z natury.

2. Odpowiedź na pytanie, czym jest autonomia prawa, odsyła do innej problemowej dziedziny prawoznawstwa. Pytanie o autonomię prawa musi bowiem poprzedzać pytanie o ontologiczny status prawa. W tej kwestii Autor jest zadziwiająco lapidarny, gdyż ogranicza się do stwierdzenia, że

<sup>4</sup> Patrz: M. Davies, *Delimiting the Law. „Postmodernism” and The Politics of Law*, Pluto Press, Chicago, London 1996.

<sup>5</sup> Tamże.

prawo w jego podstawowym jak i pochodnym znaczeniu rozumieć będzie jako zespół instytucji prawnych, ale także jako zespół działań wyznaczonych przez wydzielone zespoły norm lub też zespół osób działających w myśl wskazań lub na podstawie upoważnień zawartych w wyodrębnionych zespołach norm (s. 28).

Jak wiadomo, w teorii prawa na pytanie o ontologię prawa udziela się odpowiedzi, sprowadzając prawo do kategorii norm, faktów bądź wartości. To redukcjonistyczne podejście spotkało się z krytyką z wielu stron, stąd też miały miejsce próby połączenia normatywności prawa z jego faktycznością. Pozytywizm Instytucjonalny jest tutaj dobitnym przykładem tego rodzaju zabiegów<sup>6</sup>. Również przyjęte przez W. Gromskiego ujęcie prawa jest przykładem wyjścia poza redukcjonistyczne podejście w ontologii prawa. Podobnie jednak, jak w przypadku określenia własnej dziedziny przedmiotowej, teoretyczne ujęcia zjawisk prawnych nie są jednorodne, a ich zróżnicowanie wyznaczone jest również przez ogólne założenia filozoficzne. I tak na przykład filozofia pragmatyczna J. Deweya posłużyła jako punkt wyjścia dla Realizmu Prawniczego w Stanach Zjednoczonych, zaś hermeneutyka prawnicza ściśle wiąże się z hermeneutyką filozoficzną. Każde z tych ujęć wyznacza swoisty sposób ujmowania kulturowego charakteru autonomii prawa wiążący się z wcześniejszymi ustaleniami ontologicznymi. Tak szerokie przyjęcie przez Autora koncepcji prawa, gdzie elementy realne łączy się z jego cechą normatywności i instytucjonalności, prowokuje do postawienia pytania, na jakiej podstawie przyjąć, że istotnymi dla prawa i jego ontologicznego statusu są cechy autonomiczności i instrumentalności. Z równym powodzeniem przyjąć można, że prawo ma heteronomiczny i nie instrumentalny charakter w sferze norm, zaś instrumentalny w sferze działań, tj. jego użycia. Jest tak bowiem, gdy prawo ujmowane jest zarazem jako zespół instytucji prawnych oraz zespół działań podejmowanych przez zespoły osób na gruncie danych instytucji prawnych, to właściwym podłożem określania jej charakteru i istoty jest zarówno teoria norm, socjologia, czy językoznawstwo. Każda z tych dziedzin zajmuje się innym aspektem zjawisk prawnych. W sposób oczywisty powyższy problem przenosi się na problematykę aspektowego charakteru autonomii i instrumentalności prawa w jego normatywnym, aksjologicznym i faktycznym wymiarze. Stąd nie zawsze wiadomo czy cecha instrumentalności prawa dotyczy w danym względzie norm, faktów, czy osób.

Przyjęcie przez Autora tezy, że instrumentalny charakter prawa, z „natury” wyznaczony przez jego użycie, prowadzi do analizy instrumentalnego charakteru prawa w kategorii teorii aktów mowy, intencji i woli użytkownika prawa. Podstawowym problemem jest więc to, w jaki sposób w aktach mowy dochodzi do wyłonienia powszechnie obowiązujących kategorii pojęciowych i sposobów rozumienia wspólnych dla wszystkich „użytkowników” prawa. Jednym z rozwiązań powyższego problemu jest wskazanie, słowami Kmita, tego „trzeciego”, który pośredniczy między prawem a jego użyciem.

<sup>6</sup> Por. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Reidel Publishing Company, Dordrecht 1986, s. 85.

Jest nim normatywnie ujęta europejska kultura prawna. Na dwie kwestie jednak należałoby w tym miejscu zwrócić uwagę.

Kulturę prawną danej społeczności można ująć przyjąwszy dwa punkty widzenia: zewnętrzny i wewnętrzny. Ogólnie rzecz ujmując, zewnętrzny punkt widzenia reguł kultury prawnej odnosi się do stwierdzenia obserwowanych prawidłowości rządzących zachowaniami będących oznaką reguł danej kultury prawnej. Z kolei wewnętrzny punkt widzenia odnosiłby się do wolicjonalnego i poznawczego elementu poznania reguł danej kultury prawnej. Innymi słowy, odwołuje się do refleksyjności i krytycznej postawy wobec reguł należących do danej kultury prawnej. Tu jednak warto podkreślić, że wewnętrzny punkt widzenia reguł kultury prawnej nie determinuje jego refleksyjności. Fakty kultury prawnej mogą być traktowane jak fakty surowe, tj. mogą być bezrefleksyjnie przyjmowane jako fakty należące do sfery stanów rzeczy, zachowań, czy zdarzeń, jako niezależne od ludzkiej woli i poznania. Swoje podstawy walidacyjne mogą znaleźć np. w obyczaju. Spora część reguł kultury prawnej, które wyznaczają autonomiczność prawa ujmowanego jako zespół działań prawnych ma właśnie charakter nieuświadomiony – nie wolicjonalny i nie poznawczy<sup>7</sup>. I ta właśnie cecha kultury prawnej sprawia, że dla krytycznych teorii prawa pojęcie kultury prawnej jest pojęciem „konserwatywnym”, skoro prawo, jego tworzenie i stosowanie traktowane jest jako praktyka lokalna dokonywana przez małe społeczności i przez to przeczy istnieniu kultury prawnej jako zespołu idei, wartości i przekonań, czy też dyrektyw postępowania danej wspólnoty politycznej.

Teza o wewnątrz kulturowym ukształtowaniu autonomii prawa i jego instrumentalnego charakteru wewnątrz danej wspólnoty pozwala wskazać jeszcze jedno pole rozważań. Wpływ czynników kulturowych na autonomię prawa nie odbywa się tylko na drodze prostej relacji prawo – cele, ale jest zapośredniczony poprzez idee, filozofię polityczną i wartości powszechnie akceptowane w kulturze prawnej danej społeczności. Ujęcie autonomii prawa, jako funkcji kultury prawnej, pozwala oddalić tezę, iżby prawo było zawsze zorientowane ku tym samym wartościom i celom politycznym i zawsze spełniało identyczną funkcję kreującą w społeczeństwie. Przykład roli koncepcji państwa prawa w państwach totalitarnych, czy też odwrotnie – w państwach demokratycznych dobitnie potwierdza to stanowisko. Kategoria „autonomiczności” prawa to nie fakt natury lecz kultury. Twierdzenie, że jakieś prawo jest mniej lub bardziej autonomiczne, czy też jest, bądź nie jest, autonomiczne, nie jest twierdzeniem empirycznym, konstatającym jakichś fakt, lecz twierdzeniem wartościującym, sformułowanym na gruncie uznawanych wartości i idei kultury prawnej danej społeczności. Dlatego cechą autonomiczności i instrumentalności można również, czy też przede wszystkim, odnieść do wartości takich jak legalność, sprawiedliwość, czy skuteczność.

<sup>7</sup> Por. A. Kozak, *O pojęciu władzy dyskrecyjnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1999.

Powyższe rozważania pozwalają wskazać, że ze względu na społeczno-regulacyjną funkcję kultury prawnej, mamy do czynienia z dwoma odmiennymi typami działania prawnego, jednym, w którym działanie prawne (akty tworzenia, stosowania i wykonywania prawa) nakierowane jest na realizację określonej wartości, np. wartości państwa prawa, oraz drugim, w którym celem działania prawnego nie jest realizacja określonej wartości, ale realizacja tej wartości służy do osiągnięcia innych celów. Oczywiście ta dwojakość działań prawnych, podejmowanych w ramach danych instytucji prawnych, zgodnie z definicją prawa, jaką Autor sformułował w książce str. 28, ma swe konsekwencje społeczne i polityczne, bowiem nie chodzi tu o rezultat określonych aktów tworzenia, czy stosowania prawa, ale o dopasowanie rezultatu działania do z góry założonego wcześniej celu. Oczywiście takie działanie przypomina koło hermeneutyczne z jego rolą przedsądów, ponieważ żeby odtworzyć z przepisów np. prawo do prywatności, trzeba wcześniej ustalić, co to jest prywatność.

Zatem, jeżeli w pierwszym przypadku osiągnięcie rezultatu np. legalnej i sprawiedliwej decyzji sądowej jest wartością cenną samą w sobie, jest wartością autoteliczną, tak w drugim przypadku jest wartością heteroteliczną, służącą do realizacji innych celów. Innymi słowy, mamy tutaj do czynienia z instrumentalizacją wartości prawa.

3. Pozostaje jeszcze jedna kwestia, a mianowicie czy autonomia prawa, będąc funkcją kultury prawnej, może wyznaczać granice, jak i warunkować skuteczność aktów instrumentalizacji prawa. W dużym skrócie tezę Autora w tym względzie przedstawić można następująco: w perspektywie jednego, czy też dwóch aktów wykorzystania prawa do realizacji celów, autonomia prawa nie jest barierą dla skuteczności tych przedsięwzięć. Natomiast w dłuższej perspektywie czasowej autonomia może mieć wpływ na skuteczność takich aktów, o ile stanowią destrukcję normatywności, bądź utratę przez prawo tożsamości formalnej i aksjologicznej. Oddziaływanie autonomii na skuteczność prawa będzie tym większe, o ile wyjdzie ku potrzebom praktyki istotnym z punktu widzenia rozwoju społecznego. Łatwo oczywiście w tym względzie o konflikt między skutecznością aktu instrumentalizacji prawa a różnie definiowanymi potrzebami i wartościami takich praktyk społecznych, jak sądowe stosowanie prawa i tworzenie prawa (s. 174).

W książce R. Dworkina znajdujemy następujące, brzmiące niemal prowokacyjnie, zdanie: „Sądy są stolicami prawa, zaś prawa są triumfami człowieka”<sup>8</sup>. A oto opinia inna, wyrażona przez A. Bickela: „Sąd Najwyższy to instytucja dewiacyjna w demokratycznym społeczeństwie”<sup>9</sup>. Czy ta krańcowa rozbieżność opinii jest rzeczywiście wyrazem różnego rozeznania zakresu autonomii władzy sądowniczej w systemie organów władzy publicznej? Jeżeli tak, to różnica tkwi w tym, kto ma decydować o zakresie praw obywatelskich i kompetencji organów: sądy czy parlament? Zasygnalizowa-

<sup>8</sup> Patrz: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, rozdz. 2 i 4.

<sup>9</sup> Patrz: A. Bickel, *The Last Dangerous Branch; The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press, 1986 s. 16.

na różnica jest świadectwem pewnej sytuacji, której uwzględnienie ma podstawowe znaczenie dla wszelkich rozważań na temat autonomii prawa, a w szczególności autonomii aktów stosowania i tworzenia prawa. Chodzi tu bowiem o to, że w stosowaniu prawa, jak i tworzeniu prawa, mamy do czynienia z dwoma różnymi działaniami: pierwszy, związany jest z ustanowieniem koherentnego wzoru, czy też podstawy dystrybucji dóbr i drugi, który łączy się z rekonstrukcją podstawy dystrybucji tych dóbr przez te organy władzy sądowniczej. Styczność tych dwóch sposobów rozumowania prowadzi do spięć natury kompetencyjnej co do tego, czy władza sądownicza może dystrybuować dobra takie jak prawa obywatelskie i czy dokonuje tego w sposób demokratyczny. Można zatem zauważyć, że we współczesnym systemie sprawowania władzy w państwie mamy do czynienia, przynajmniej modelowo, z odmiennymi typami rozumowania, czy też działalności związanymi z różnymi instytucjami politycznymi i, co tu najważniejsze, dostrzeganie tych różnic ma istotne znaczenie dla analizy faktycznie zachodzących stosunków między obiema rodzajami władz: sądowniczej i ustawodawczej. Jest to sytuacja nowa, która nie istniała np. w XIX wieku, polegająca na tym, że sądy stały się coraz bardziej bezpośrednim przedmiotem zainteresowania polityki i że tą właśnie drogą zagadnienia polityczne wkraczają do aktów sądowego stosowania prawa.

Oczywiście rygorystyczne rozróżnienie tych dwóch rodzajów rozumowań ma charakter modelowy, ale właśnie wtedy można wskazać zasadnicze różnice, jakie zachodzą między nimi, choć w praktyce orzeczniczej, czy w procesie legislacji nie występują one w tak skrajnej postaci, natomiast występują w postaci spłaszczonej, czy podlegają gradacji. Zresztą warto zauważyć, że ta różnica w podejściu do dystrybucji dóbr i założeń, co do demokratycznego sposobu dystrybucji, czy też w przypadku sądu redystrybucji dóbr (np. praw obywatelskich) będzie się pogłębiać i w przyszłości proces ten może doprowadzić do zasadniczych przeobrażeń kultury prawnej w kierunku systemu prawa precedensowego. Różnica ta dotyczyć będzie także zasięgu władzy dyskrecjonalnej, sposobu argumentacji decyzji interpretacyjnych, czy też zakresu niezawisłości sędziowskiej. I chyba w tej ostatniej dziedzinie problem kulturowego ograniczania aktów instrumentalizacji prawa ma swe najsilniejsze przełożenie.

4. Na zakończenie chciałbym poruszyć temat, który nie był przedmiotem rozważań Autora, a wydaje się, że ma istotne znaczenie dla problemu autonomii prawa. Zgadzam się z autorem, że nieuprawniony jest podział na prawo instrumentalne i prawo nieinstrumentalne, gdyż tego ostatniego w ramach danej kultury prawnej po prostu nie ma. Instrumentalny charakter prawa jest jego potencją o tyle, o ile istnieją podmioty, które zechcą uczynić użytek z tego prawa, zaś akty instrumentalizacji prawa są zawsze działaniami określonych podmiotów prawa. Odwoływanie się jednak do kultury prawnej jako funkcji autonomii prawa pozostaje w dużej mierze trudne, bowiem w dużym stopniu zależy od tego, jakie wartości i treść tych wartości uznaje się za konstytutywne dla kultury prawnej określonej wspólnoty.

W związku z tym należałoby w tym miejscu podnieść dwa zagadnienia. Pierwsze dotyczy politycznych i społecznych celów, standardów, postulowanych stanów rzeczy, których polityczno-społeczna akceptacja i przestrzeganie jest warunkiem niezbędnym dla polityczno-społecznej aprobaty stosowania prawa. Chodzi tu o wpływ wartości politycznych funkcjonujących w społeczeństwie, czy w jego podsystemie – polityce, na akty stosowania prawa. Zatem chodziło by tu o to, by kultura prawna organów stosujących prawo nie pozostawała w sprzeczności z globalnymi systemami wartości, celami politycznymi społeczeństwa. Optymalne warunki stosowania polegałyby zapewne na tym, aby oba systemy wartości i celów politycznych organów stosujących prawo i społeczeństwa pokrywały się ze sobą. Gdyby jednak założyć, że taki stan rzeczy, tj. zgodność powyższych systemów, czy też stan idealnej harmonii między nimi, nie istnieje, to nieuchronnie mają miejsce większe lub mniejsze napięcia między stosowaniem prawa a celami, czy wartościami polityczno-społecznymi preferowanymi przez ludzi.

Drugie zagadnienie odnosi się do niezawisłości sędziowskiej. Wobec coraz silniejszego wpływu polityki i w konsekwencji instrumentalizacji aktów stosowania prawa, pozycja sędziego zdaje się mniej wyróżniać pod względem etycznym. Im bardziej stosowanie prawa uwikłane jest w rozstrzyganie sporów o charakterze nie tylko jurydycznym, ale także społeczno-politycznym, tym złudniejsze jest poczucie, iż stosowanie prawa, zgodne z regułami i wartościami danej kultury prawnej, może dać schronienie od konfliktów politycznych. Podobnie jak inni ludzie nieobojętni na społeczne konsekwencje swej działalności, sąd nie może poprzestać tylko na przestrzeganiu metod wykładni prawa, te bowiem, inaczej niż w koncepcji J. Austina, nie wystarczają za kodeks etyczny. Rozważania dotyczące instrumentalnego charakteru prawa nierozzerwalnie wiążą się z aksjologicznymi ustaleniami co do celów, jakie za pomocą prawa zamierza realizować ustawodawca czy sąd. W konsekwencji prowadzi do problemu etosu zawodowego prawników jako podstawowego wyznacznika zakresu autonomii, jak i instrumentalnego charakteru prawa.