

MAREK ZIRK-SADOWSKI

SPOSOBY UCZESTNICZENIA PRAWNIKÓW W KULTURZE

I. Dyskusja nad problemem sposobu uczestniczenia prawników w kulturze wymaga wstępnego choćby określenia znaczenia, w jakim będziemy posługiwali się terminem "kultura". Klasyczny już przegląd dokonany przez Kroebera i Kluckhohna zawiera sześć możliwych aspektów, w których definiuje się kulturę¹. Są to następujące rodzaje określeń: opisowo-wyliczające, historyczne, normatywne, psychologiczne, strukturalne i genetyczne. Wydaje się, że dla naszych rozważań najbardziej przydatna jest tzw. normatywna definicja kultury, rozumianej jako całość kształtów normatywnych wzorów postępowania, społecznie zaakceptowanych, wyuczonych i przekazywanych z pokolenia na pokolenie za pomocą symboli znaczeniowych².

Z ujęciem normatywnym kultury wiąże się zatem kategoria norm kulturowych, przez które rozumie się owe wzory postępowania. Prawo jest w tym ujęciu rodzajem norm kulturowych, a jego normatywność jest rodzajem normatywności wzorów kultury. Można zatem mówić o wzajemnym oddziaływaniu prawa i kultury. Przy czym z reguły podkreśla się względną autonomię poszczególnych podukładów kultury, takich jak prawo, polityka, ekonomia, moralność czy religia. W ujęciu normatywnym można je określić jako wyodrębnione przez specyficzne uzasadnienia aksjologiczne normatywne wzory postępowania. W wypadku prawa wymienia się takie wartości jak ład społeczny, legalność, pewność społecznych procedur działania, przewidywalność wyników ich stosowania.

Uczestniczenie w kulturze jest z takiego punktu widzenia relacją pomiędzy podmiotem działającym a owymi normatywnymi wzorami zachowania. Relacja ta może polegać na spontanicznym "mechanicznym" posługiwaniu się owymi wzorami albo na w pełni świadomym stosowaniu, interpretowaniu, czy nawet tworzeniu tych wzorów. Z reguły świadome, aktywne, refleksyjne uczestniczenie w kulturze jest uznawane za bardziej wartościowe, co ujawnia się choćby w proponowanych modelach wychowawczych i wzorach osobowych. Należy zauważyć, że często z tego powodu zawęża się funkcję zwrotu "uczestniczenie w kulturze" do funkcji czysto wartościującej i wów-

¹ A. L. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture. A critical review of concepts and definitions*, Papers of the Peabody Museum, Cambridge Mass. 1952; por. także A. Kłosowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1964; K. Pańkiewicz, *O pojęciu kultury prawnej*, *Studia Socjologiczne* 1972, nr 2, s. 205; H. Rot, *O prawie jako zjawisku kulturowym*, *Kultura i Społeczeństwo* 1973, t. XVII, nr 4; M. Zirk-Sadowski, *Prawo a kultura*, *Acta Universitatis Lodziensis, Nauki Humanistyczno-Społeczne* 1977, z. 19, s. 29 - 42.

² M. Borucka-Arcetowa, *Rola prawa jako czynnika kulturotwórczego*, w: *Idee - państwo - prawo*, pod red. J. M. Majchrowskiego, *Zeszyty Naukowe UJ - Prace z Nauk Politycznych*, z. 28, Kraków 1991, s. 68.

czas oznacza ona tylko ów refleksyjny, twórczy stosunek do wzorców kulturowych. Problem uczestniczenia prawników w kulturze ma oczywiście wiele aspektów. Zasadne jest chyba ograniczenie rozważań tylko do profesjonalnego uczestniczenia w kulturze, a więc związanego z pełnieniem określonych funkcji społecznych zarezerwowanych dla prawników.

II. Na początku należy zauważyć, że uczestniczenie w kulturze przez prawników ma dla wielu filozofów prawa zawsze charakter refleksyjny, aktywny. Mówi się o tzw. wewnętrznym punkcie widzenia na normy prawne jako rodzaj normatywnych wzorów kultury. Dla pierwotnego pozytywizmu korelacja treści rozkazów suwerena z regularnością zachowań społecznych była wystarczająca dla istnienia prawa. Poznanie prawa wyczerpywało się w poznaniu zewnętrznych jego przejawów. Dopiero dla Harta poznanie prawa wymaga uchwycenia prawa nie tylko w zewnętrznym poznaniu regularności zachowań związanych z prawem, ale również uchwycenia tzw. wewnętrznego aspektu reguły, czyli zajęcia wobec niej "postawy krytyczno-refleksyjnej"³. Wtedy dopiero, przez wewnętrzne podejście do prawa, odsłania się jego normatywność. Normatywność nie sprowadza się zatem tylko do wzorca zachowania zawartego w normie, do treści suwerennego aktu woli, lecz ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Do istoty znaczenia należy to, że nie daje się ono uchwycić bezpośrednio, jak przedmiot naturalny. Wyrafinowany pozytywizm uchyla tę naiwność pierwotnego pozytywizmu i jednocześnie pozwala odróżnić normatywność od bodźców pochodzących od zwykłych nawykowych reguł społecznych, do których Hart zalicza reguły etykiety, gramatyki czy gier sportowych. Moralność i prawo są zobowiązującymi zbiorami reguł.

Znaczenie terminu "zobowiązujące" pozwala wyrafinowanemu pozytywizmowi na rozwiązanie paradoksu pierwotnego pozytywizmu, który - korzystając z przykładu Harta - można nazwać paradoksem bandyty. Pierwotny pozytywizm nie potrafił wyjaśnić różnicy pomiędzy przymusem, który obywatel odczuwa wobec woli suwerena, a przymusem, który odczuwa wobec bandyty grożącego mu nabitym rewolwerem i żądającego pieniędzy. Ponieważ pierwotny pozytywizm opierał autorytet suwerena na sankcji i sprowadzał rolę normy prawnej do sterowania zachowaniem, różnica pomiędzy dwiema wymienionymi sytuacjami była nieuchwytna. Dopiero wprowadzenie aspektu wewnętrznego pozwala na uchwycenie różnicy pomiędzy sytuacją bycia pod przymusem a sytuacją bycia zobowiązanym do czegoś. Zrozumienie reguły zostaje zatem oddzielone od poznania jej tylko jako bodźca. Reguła nie jest prawem dopóki jej adresat nie zajmuje wobec niej postawy, którą Hart nazwał krytyczno-refleksyjną, co oznacza, że adresat ją akceptuje lub wysuwa wobec niej postulaty, które stara się uzasadnić.

Wewnętrzny punkt widzenia jest jednak istotny tylko wówczas, gdy chodzi o teoretyczne poznanie prawa i chroni wyrafinowany pozytywizm przed sprowadzeniem normy prawnej do roli zewnętrznego bodźca w wymiarze teoretycznym. Nie poznają prawa jako prawnik czy teoretyk prawa dopóki

³ H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford 1961, s. 52.

nie przyjmuję wobec niego wewnętrznego punktu widzenia, dopóki w jakiś sposób nie przeżywam jego treści jako mojej subiektywności. Bez takiego zaangażowania poznaję prawo tylko jako obiekt zewnętrzny tak, jak to czyni socjolog, który poznaje prawo jako pewne regularności zachowań występujących w społeczeństwie.

Uczestniczenie w kulturze jest zatem dla prawnika zawsze refleksyjnym udziałem w pewnej wspólnotcie komunikacyjnej. Z drugiej strony ów wewnętrzny punkt widzenia, niezbędny do uczestniczenia poprzez prawo w kulturze, dokonuje się w ramach instytucji prawnych będących rezultatem tradycji i rozwoju historycznego kultury. W znanej pracy Schwartz i Miller dokonali systematycznej analizy rozwoju prawa w 51 społeczeństwach o różnej liczebności i stopniu zorganizowania życia społecznego⁴. Udało im się wyróżnić trzy sposoby uczestnictwa prawników w kulturze, które można nazwać mediacją, egzekwowaniem oraz doradztwem. Egzekwowanie, powiązane z powstaniem wzorca kompetentnej legislatywy, jest jednym z pierwotnych sposobów uczestniczenia w kulturze poprzez prawo. Mediacja wiąże się z powstaniem pozycji trzeciej strony lub arbitra dla rozstrzygnięcia sporu. Najczęściej jest ona powiązana z instytucjami egzekwowania, ale może również występować samodzielnie, tak jak w kulturach Czarnej Afryki, które charakteryzują się rozwojem instytucji koncyliacyjnych. Najczęściej przyjmuje się, iż pojawienie się w danej kulturze wzorca doradztwa prawnego należy uznać za umowny moment powstania profesjonalnej praktyki prawnej. Polega ona na istnieniu wzoru eksperta opracowującego przypadek w taki sposób, aby wskazać na podstawie wiedzy o prawie strategię argumentacyjną mającą na celu wyartykułowanie i wsparcie interesu określonej osoby umownie zwanej klientem.

III. Jak wykazały prace Webera omawiające anglosaskie i kontynentalne drogi rozwoju i wewnętrznego zróżnicowania zawodów prawniczych, istnieje powiązanie pomiędzy sposobem zorganizowania zawodów prawniczych, oferowanymi przez nie sposobami uczestniczenia w kulturze, a racjonalizującymi i biurokratyzującymi tendencjami występującymi w nowożytnych społeczeństwach industrialnych. Model państwa biurokratycznego budowany dla społeczeństw industrialnych stał się głównym źródłem tzw. instrumentalnego sposobu uczestniczenia w kulturze poprzez prawo. Można sformułować tezę o uniwersalności tendencji do instrumentalnego traktowania prawa w państwach biurokratycznych. W społeczeństwach tych państw pojawia się rodzaj panowania politycznego, polegający na racjonalizacji społeczeństwa, na upowszechnianiu się przekonania, że system społeczny i ekonomiczny musi być budowany na podstawie zasad rozumu celowo-technicznego. W organizacji aparatu państwowego przejawia się to w postaci przyjmowania przez ten aparat formy biurokracji, która rodzi nowy rodzaj prawa, czy nowy rodzaj porządku prawnego. Prawo staje się jednym z produktów racjonalno-technicznych. Przestaje być legitymowane mitem, staje

⁴ R. D. Schwartz, J. C. Miller, *Legal evolution and societal complexity*, American Journal of Sociology 1964, nr 70, s. 159 - 169.

się narzędziem w rękach sprawnie działającego aparatu państwowego, który z kolei przybiera formę aparatu biurokratycznego. Każde społeczeństwo industrialne jest w pewnym stopniu na to zjawisko narażone, co wynika z upowszechnienia się w nim wzorca racjonalności instrumentalnej, wypierającej działania, których racjonalność legitymowana jest tradycją. Można jednak zauważyć czasami wzmocnienie tego typu tendencji poprzez czynniki ideologiczne, ingerujące w relację prawnik-kultura. Przykładem może tu być zorganizowanie aparatu państwowego na podstawie doktryny tzw. realnego socjalizmu. W państwach tego rodzaju zjawisko nasilenia tendencji instrumentalizacyjnych spowodowane było przez doktrynalne zanegowania autonomii prawa jako zjawiska kulturowego.

Założenie o autonomii zjawisk prawnych jest natomiast charakterystyczne dla liberalnej myśli prawnej i politycznej. Myśl liberalna zakłada, że system prawa jest istotnościowym komponentem porządku społecznego i cywilizacyjnego. Bez prawa nie daje się realizować formalnej koncepcji wolności, której istotą jest wolność od cudzej ingerencji. Współcześnie teza o autonomii prawa jest z reguły przedstawiana jako koncepcja państwa prawa.

Marksizm zawsze negował tego typu koncepcję prawa, bo zawsze negował taką formułę wolności. Koncepcja autonomii prawa została utożsamiona w tej teorii z koncepcją fetyszyzmu prawnego. Porządek prawny nie jest niezbędny do istnienia porządku społecznego. Cechy tego porządku stanowią tylko aspekt różnych politycznych i społecznych działań związanych z użyciem władzy. Następuje zatem wzmocnienie doktrynalne tendencji do instrumentalizacji prawa w społeczeństwach, które przeszły doświadczenie tzw. kultury realnego socjalizmu.

Cecha instrumentalizacji jest jednak wspólna wszystkim kulturom prawnym wywodzącym się z tradycji prawa rzymskiego, w których wykształcił się biurokratyczny typ aparatu państwowego służący kierowaniu społeczeństwami industrialnymi. Jak zauważa H. J. Berman, pewne elementy względnej autonomii prawa pozostały jednak żywe również w państwie biurokratycznym⁵. Przede wszystkim istnieje w kulturze prawnej tendencja do oddzielania prawa od polityki, religii i innych typów instytucji społecznych. W dalszym ciągu rozwija się kształcenie zawodowe prawników i zróżnicowanie ról prawniczych. Nauka prawa wywiera w dalszym ciągu wpływ na konceptualizację i systematyzację instytucji prawnych. Nauka prawa w dalszym ciągu formuje ideał prawa i systemu prawa, za pomocą którego ocenia się prawo obowiązujące. Nastąpił jednak zanik lub osłabienie pozostałych autonomicznych elementów kultury prawnej. Zgodnie z tezą o uniwersalności tendencji do instrumentalnego uczestniczenia prawników w kulturze należy zauważyć, że tendencja ta pojawia się - choć w różnym nasileniu - w państwach zbudowanych na podstawie różnych zasad ustrojowych. Można zatem zadać pytanie: co zmienia się w sposobie uczestniczenia prawnika w kulturze charakteryzującej się dominacją racjonalności instrumentalnej?

⁵ H. J. Berman, *Law and revolution*, Harvard 1983, s. 38 i n.

Na czoło wysuwa się zanik tego, co określano w przeszłości mianem *corpus iuris*. Prawo przestaje być odczuwane jako pewna konkretna całość. W prawie pojawia się cała grupa przepisów i decyzji *ad hoc*, połączonych tylko wspólną techniką ich opracowywania przez prawników, które nie mają jednak żadnego zaplecza kulturowego. Zanika również charakterystyczne dla autonomicznej kultury prawnej przekonanie o stałej ewolucji prawa, pojmowanej jako jego udoskonalanie na podstawie sumowania się doświadczeń historycznych kultury prawnej. Rozwój prawa nie dokonuje się już przez reinterpretację przeszłości. Prawo traktowane jest jako element procesów historycznych, ale nie ma swojej historii. Charakterystyczne jest przy tym rozwijanie doktryn prawnych, jako historii ideologii, kosztem historii pojęć prawnych, historii kultury prawnej.

Zmiany w prawie odczuwane są jako wpływ zewnętrznych w stosunku do prawa czynników. Zanika natomiast poczucie wewnętrznej "logiki" rozwoju prawa poprzez likwidowanie napięć pomiędzy tekstem prawa a praktyką jego stosowania. Zaciera się również poczucie granicy pomiędzy państwem a prawem. Prawo traktowane jest jako instrument w rękach państwa, wyrażające wolę tych, którzy aktualnie sprawują władzę państwową.

W państwie biurokratycznym zarysowała się również tendencja do ujmowania prawa jako zjawiska charakterystycznego dla konkretnego państwa i społeczeństwa. Zanikło zatem charakterystyczne dla dawnej autonomii prawa poczucie jednego prawa przejawiającego się w konkretnych formach w różnych społeczeństwach. Pojawiło się natomiast przekonanie, że w wyniku działania autorytetów państwowych tworzone są indywidualne porządki prawne.

Zmienił się również stosunek prawa do rewolucji. Dotychczasowe przekonanie, że prawo jest w dużym stopniu niezależne od zmian społecznych, zastąpił pogląd o rewolucyjnym pochodzeniu prawa. Rewolucja jest źródłem treści prawa i jeśli stare prawo przetrwało rewolucję, to dzięki niej nabiera zupełnie nowych treści. Jest zatem możliwy punkt zerowy, od którego tworzy się nowe prawo.

Ważne jest, że kryzys przekonań, o których tutaj była mowa, dokonał się nie w filozofii prawa, lecz w opiniach, poglądach prawników. Dokonała się zatem zmiana stosunku prawników do prawa, a nie jest to kolejna debata filozoficzna. Zjawisko instrumentalizacji w sposobie uczestniczenia przez prawników w kulturze można więc określić jako zanik w ramach kultury prawnej ram instytucjonalnych opartych na interakcjach symbolicznych i zastępowanie ich przez rezultaty działań instrumentalnych opartych na wzorcu racjonalności celowościowej. Instrumentalne uczestniczenie przez prawnika w kulturze polega na traktowaniu prawa tylko jako środka do osiągnięcia określonego celu i zanegowanie wzoru ustalania wewnętrznego punktu widzenia na prawo poprzez udział we względnie autonomicznej grupie zawodowej. Stąd skłonność do poddawania interpretacji znaczeń zawartych w normach prawnych celom politycznym i ekonomicznym. Autonomiczne wartości kultury prawnej przestają bowiem mieć znaczenie poza względnie zintegrowaną wspólnotą zawodową prawników.

IV. Dochodzimy zatem do momentu, w którym pojawia się pytanie: jak odbudować refleksyjny, twórczy i autonomiczny sposób uczestniczenia prawników w kulturze? Problem ten jest szczególnie ważny, gdy obserwujemy zjawisko dychotomii pomiędzy modelem edukacyjnym obowiązującym prawników, który taki właśnie refleksyjny i twórczy model przedstawia jako ideał praktyki i nauki prawa, a instrumentalizacją prawa w praktyce prawniczej. Następuje zatem rozdźwięk między oficjalnymi wartościami zawodowymi prawników a ich faktyczną rolą w kulturze.

Oczywiście przedstawienie takiego programu przekracza cele tej pracy Dlatego pragnę wskazać tylko na niektóre jego aspekty. Przede wszystkim trzeba określić lepiej ów refleksyjny i twórczy sposób uczestniczenia w kulturze. Rzecz jasna, musi on być częścią szerszej wizji samej kultury. Myślę, że jedną z wchodzących w grę propozycji jest hermeneutyczna koncepcja kultury, która podważa przede wszystkim mit świadomości bezpośredniej i budowanej na nim koncepcji nauki prawa. Wskazana przez Gadamera droga kultury "dialogowej", której cechą jest krytyczno-innowacyjne nastawienie do kultury, przy czym krytyka polega tutaj na "odprzedmiotowującym" ujęciu dotychczasowej kultury w metajęzyku i nieustannym wysiłku jej reinterpretacji, może okazać się atrakcyjna dla prawników. Praktyka prawnicza, ujmowana jako praktyka symbolicznego komunikowania, wymaga jednak nie tylko zmiany koncepcji nauki prawa. Prawdopodobnie fundamentalnym zadaniem jest z tej perspektywy wykształcenie się etyk zawodowych prawników, które zawierają w sobie reguły dyskursu prawniczego decydujące o sposobach poznawania prawa i kultury.

PARTICIPATION OF LAWYERS IN THE CULTURE

S u m m a r y

The author looks at the legal system as a sub-system in the system of cultural norms. In that context the participation of lawyers in culture, as it arises from their specific function in the society, is discussed. The participation of lawyers in culture has been described as a reflexive participation in a certain communication community. Different forms of such participation in different societies have been considered with a view of finding why there is a common and widespread tendency to treat the participation of lawyers in culture only instrumentally. Finally the author postulates a form of a dialogue culture characterised by a critical/innovative approach.