

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

ARTUR KOZAK

PRAWOZNAWSTWO POMIĘDZY *TECHNE* I *EPISTEME*. UWAGI W ZWIĄZKU Z PRACĄ M. ZIRK-SADOWSKIEGO, *PRAWO A UCZESTNICZENIE W KULTURZE*

I

Jak dotąd zagadnienia związane z szeroko rozumianym kulturowym charakterem prawa nie należały do tematów znajdujących się w centrum zainteresowania polskiej teorii prawa. Ukazała się praca, która może zmienić ten stan rzeczy i uczynić z badań nad kulturowym aspektem prawa jedno z najpilniejszych zadań polskiego prawoznawstwa. Mowa tu o pracy M. Zirk-Sadowskiego *Prawo a uczestniczenie w kulturze*¹.

Kategoria „kultura” jest rówieśnikiem współczesnego prawoznawstwa. Sam termin pojawił się po raz pierwszy jeszcze u Cicerona, ale do rangi kategorii teoretycznej podniósł go dopiero wiek XVIII i XIX. Pojęcie kultury ukształtowało się wtedy w opozycji do pojęcia natury, jako synonim cywilizacji. Oznaczało ono całość wytwarzanych przez człowieka artefaktów i ich znaczeń, ogół intelektualnych produktów i wartości. W późniejszym okresie wyklarowało się antropologiczne pojęcie kultury, eksponujące przekazywane z pokolenia na pokolenie, wyuczone nawyki i wzory działania, rekonstruowalne jako system norm postępowania. Z czasem rdzeniem znaczeniowym terminu „kultura” w tym ujęciu stał się zespół poglądów, nawyków działania i sposobów widzenia świata. Z tego rodzaju antropologicznym ujęciem kultury związana jest także teza relatywizmu, akceptująca wielość rzeczywistości kulturowych, także w obrębie jednego społeczeństwa².

Problemy, związane z traktowaniem prawa jako jednej z form kultury ludzkiej, pojawiły się w teorii prawa jeszcze w XIX-tym wieku, w pracach pochodzących z różnych opcji teoretycznych. Był to czas, w którym kształtowała się nowoczesna, instrumentalna, koncepcja prawa. Stąd tradycyjne ujęcia kulturowej problematyki prawoznawstwa koncentrują się na przekształcaniu „środowiska kulturowego” przez świadome ustawodawstwo. Kultura i prawo – sprowadzone do samego tylko ustawodawstwa – ujmowane są jako porządki wzajemnie niezależne, znajdujące się wobec siebie w opozycji. Różni autorzy, w zależności od swych „temperamentów” teore-

¹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.

² A. Kłosowska, *Socjologia kultury*, Warszawa 1983, s. 15 - 23.

tycznych albo podkreślali nieefektywność regulacji ustawowych oderwanych od społeczno-kulturowych korzeni (W. G. Sumner), albo ubolewali nad ustawodawstwem niszczącym historycznie ukształtowane reguły życia (F. K. von Savigny)³.

Być może pierwszym prawnikiem, który wyłamał się z ograniczeń stwarzanych przez tego rodzaju aparaturę kategorialną był E. Ehrlich. Zakwestionował on utożsamianie prawa z ustawodawstwem i potraktował prawo jako złożony fenomen kulturowy⁴. Całkowitą zmianę optyki prawnoznawstwa w dziedzinie relacji pomiędzy prawem, a otoczeniem kulturowym, przyniosła jednak dopiero hermeneutyka. Jest to termin wieloznaczny, bo odnoszący się do wielu nurtów teoretycznych, głoszących często wzajem wykluczające się poglądy. Można jednak im przypisać zasadniczą zgodność co do różnie uzasadnianej tezy, iż prawo istnieje jedynie przez interpretatora i jako byt zinterpretowany a zatem – z definicji – osadzony w kulturze. Dziś do kanonu teoretycznego należą poglądy, wedle których stosowane przez nas standardy logiczne i interpretacyjne są zdeterminowane fundamentalną prawną kulturą, w której się socjalizujemy. Ta kultura prawna funduje strukturę przedrozumień umożliwiających specyficzną, prawniczą interpretację tekstu prawnego, a tym samym egzystencję prawa w społecznym otoczeniu⁵. W prawniczych aplikacjach hermeneutyki ujawnia się także tradycja szkoły „wolnego prawa” i E. Ehrlicha. Chodzi tu o tzw. „swobodną hermeneutykę”, aktywistyczną i subiektywistyczną ideologię interpretacji, postrzegającą stosowanie prawa jako dziedzinę działań decydująco zdeterminowanych wolą podmiotu interpretującego prawo⁶. Odnotować należy również, iż w literaturze obecna jest teza identyfikująca kulturę prawną z zespołem poglądów dominujących w kwestiach teoretycznych⁷. Stwarza to szczególny związek pomiędzy problematyką teoretyczno-prawną, a bezpośrednio praktycznym zadaniem kształtowania kultury prawnej.

II

Pod szeroko sformułowanym tytułem pracy M. Zirk-Sadowskiego kryją się zagadnienia znacznie ściślej określone i niemal bezpośrednio uwikłane w aktualne problemy praktyki prawniczej oraz politycznej. Zadaniem praktycznym inspirującym Autora jest integracja polskiego systemu prawnego z systemem Unii Europejskiej. Książka M. Zirk-Sadowskiego występuje przeciw powszechnej symplifikacji tego problemu, polegającej na rozpatrywaniu go w kategoriach polityki tworzenia prawa. Autor podkreśla, iż „prawna zdolność integracyjna Polski” jest funkcją dwóch czynników: pra-

³ R. Cotterrell, *The Sociology Of Law: An Introduction*, London-Dublin-Edinburgh 1992, s. 18 - 23.

⁴ Ibidem, s. 26.

⁵ J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning Of The European Court Of Justice*, Oxford 1993, s. 132.

⁶ H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997.

⁷ D. N. McCormick & M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, w: D. N. McCormick & R. S. Summers (ed.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Singapore-Sydney 1991, s. 504 - 506.

wno-pozytywnego, czyli szeroko rozumianego ustawodawstwa („rozwój instytucji prawnych”) oraz prawno-kulturowego, („dojrzewanie dyskursów prawniczych”). Ów element kulturowy to – z grubsza rzecz biorąc – „sposób uczestniczenia prawników w kulturze”. Zdaniem M. Zirk-Sadowskiego właśnie model uczestnictwa polskiego środowiska prawniczego w europejskiej kulturze prawnej przesądzi o zdolności naszych prawników do współtworzenia europejskiego systemu prawnego (s. 5).

M. Zirk-Sadowski wyróżnia trzy modele uczestnictwa prawników w kulturze: pozytywistyczny w wersji pierwotnej, pozytywistyczny w wersji wyrafinowanej oraz hermeneutyczny. Pozytywizm pierwotny (reprezentowany w omawianej pracy przez poglądy J. Austina), to nurt myśli prawniczej zrodzony w polemice ze szkołami prawa natury, z inspiracji scjentyzmu oraz na potrzeby nowoczesnego państwa, racjonalnie sterującego społeczeństwem obywatelskim poprzez ustawodawstwo. Autor podkreśla rolę specyficznego kontekstu historycznego dla ukształtowania się tej formacji intelektualnej. Za jej cechy szczególne uważa on twierdzenia, iż prawo jest rodzajem ogólnego polecenia pochodzącego od suwerena, zagrożonego sankcją, generującego korelatywny obowiązek u adresata norm. Pozytywizm pierwotny praktycznie identyfikuje prawo i prawo pozytywne, tekst prawny traktując jako swoisty analogon przedmiotu poznania w naukach przyrodniczych. Jego obiektywność uzasadniona jest tzw. „doktryną suwerena”, którego wola stanowi treść poleceń. Intencja prawodawcy jest widoczna „poprzez” tekst, który przez to nie stanowi sam w sobie zadania interpretacyjnego. Pozytywizm pierwotny pojmaja w ten sposób językowy charakter prawa (rozdz. 1).

Egzemplifikacją pozytywizmu wyrafinowanego są dla M. Zirk-Sadowskiego poglądy H. L. A. Harta. Zasługą nowej wersji pozytywizmu jest rozdzielenie „zewnętrznego” poznania oraz „wewnętrznego” rozumienia, a poprzez to – oddzielenie sytuacji przymusu i zobowiązania. Hartowska kategoria „wewnętrzny punkt widzenia” staje się w ujęciu M. Zirk-Sadowskiego jedną z centralnych kategorii wyrafinowanego pozytywizmu. Stoi on na stanowisku, że kategoria ta ma właściwie teoriopoznawczy charakter, tzn. odnosi się do specyficznie prawniczej postawy poznawczej przyjmowanej wobec prawa. W świecie postrzeganym w ten sposób związanie normą prawną nie eliminuje naszej wolności, obowiązywanie normy jest tylko jednym z wielu czynników kształtujących nasze działania. Uzasadnienie dla związania poleceniem wyrażonym w normie tkwi w kolejnym Hartowskim rozróżnieniu – norm pierwotnych i wtórnych – oraz w zakładanej przez to rozróżnieniu koncepcji społeczeństwa. Normy wtórne, a ściślej reguły uznawania, stanowią tzw. „kryterium normatywne”, spełniające funkcję ontologiczną (bo konstytuują byt prawa) i epistemiczną (bo są warunkiem jego poznania). Owo kryterium normatywne funkcjonuje jako znaczenie kulturowe, którego fundamentem jest wspólnota komunikacyjna (zdania orzekające o prawie obowiązującym mogą być weryfikowane tylko w obrębie określonej wspólnoty komunikacyjnej, tj. kulturowej). Wyrafinowany pozytywizm wprowadza w ten sposób do pojęcia prawa elementy komunikacyjne, ograniczając jednocześnie jego związki z polityką, charakterystyczne dla pozytywizmu pierwotnego (rozdz. 2).

Zdaniem M. Zirk-Sadowskiego wszystkie te różnice pomiędzy obiema formami pozytywizmu nie pozwalają jednak na stwierdzenie, iż pomiędzy zakładanymi w nich modelami uczestniczenia prawnika w kulturze istnieje zasadnicza różnica. Autor omawianej pracy odwołuje się do pojęcia kultury jako „całości kształtu normatywnych wzorów postępowania”, związanego wyżej – w punkcie „I” – z tradycją antropologiczną. Prawo traktuje on jako jeden z rodzajów norm kulturowych, zaś uczestniczeniem (także prawników) w kulturze nazywa po prostu relację pomiędzy „podmiotem działającym a owymi normatywnymi wzorami zachowania”. Relacja ta może polegać na „bezrefleksyjnym” stosowaniu tych wzorców lub na świadomym posługiwaniu się nimi, a nawet na tworzeniu ich. W pozytywizmie pierwotnym relacja pomiędzy prawnikiem a prawem ma charakter relacji poznawczej, a więc z definicji bezrefleksyjnej. W pozytywizmie wyrafinowanym wprowadzenie wewnętrznego punktu widzenia sugeruje, że bezrefleksyjne poznanie ustępuje tu miejsca świadomemu rozumieniu prawa. W istocie jednak – zdaniem M. Zirk-Sadowskiego – wewnętrzny punkt widzenia jest kategorią odnoszącą się do teoretycznego oglądu prawa i nie mającą bezpośredniego odniesienia do dyskursu praktycznego. W gruncie rzeczy pozytywizm wyrafinowany nie zmienia więc niczego istotnego w sposobie uczestnictwa praktyki prawniczej w kulturze. Aksjologiczna autonomia prawa akcentowana przez pozytywizm wyrafinowany w płaszczyźnie kategorialnej nie została przełożona na reguły dyskursu praktycznego. W dziedzinie relacji prawnika do prawa, tzn. w dziedzinie uczestniczenia prawnika w kulturze, pozytywizm wyrafinowany (jako filozofia prawa, a nie jako technika prawna) nie powiedział więc wiele nowego (rozdz. 3).

M. Zirk-Sadowski szuka w europejskiej tradycji filozoficznej podstaw dla skonstruowania aktywnych i świadomych form uczestnictwa prawnika w kulturze. Znajduje je w hermeneutyce, czy też – ściślej – w jednej z wielu jej wersji. Generalnie rzecz biorąc skupia on swoją uwagę na nurtach hermeneutycznych związanych z ujęciami klasycznymi (hermeneutyka jako teoria i metodologia interpretacji), pomija natomiast tzw. hermeneutykę egzystencjalną (filozofię rzeczywistości społecznej) i tradycję transcendentalistyczną w hermeneutyce. Myślę, że zwłaszcza ten ostatni krok pozwala Autorowi przedstawiać myśl hermeneutyczną jako przewyższającą radykalne przeciwstawienie przedmiotu i podmiotu w relacji poznawczej (rozdz. 4).

W europejskiej tradycji hermeneutycznej M. Zirk-Sadowski szczególnie wysoko ceni komunikacyjne idee J. Habermasa. Opierając się na jego koncepcji uniwersalnej pragmatyki oraz na krytycznej filozofii Szkoły Frankfurckiej Autor omawianej pracy konstruuje koncepcję hermeneutyki prawniczej, ujmującej prawo jako przedmiot kulturowy, obecny społecznie poprzez dyskurs uwarunkowany etycznie. Przywoływana przez M. Zirk-Sadowskiego tradycja hermeneutyczna pozwala mu na postawienie tezy o związku pomiędzy poprawnym poznawaniem prawa, a respektowaniem kulturowo uwarunkowanych, etycznych wartości rządzących dyskursem prawniczym (rozdz. 5).

Punktem odniesienia dla pracy M. Zirk-Sadowskiego są zagadnienia związane z systemem prawa europejskiego. Z tego punktu widzenia anali-

zuje on jedną z fundamentalnych kategorii dyskursu prawniczego, a mianowicie kategorię „racjonalny prawodawca”. Autor wskazuje na jej uwikłanie w instrumentalną koncepcję racjonalności, obcą z wielu względów prawu europejskiemu (rozdz. 6). Prawo to wyłamuje się z – charakterystycznej dla „klasycznej” nauki prawa międzynarodowego – opozycji pomiędzy prawem wewnętrznym i międzynarodowym. Opozycja ta opiera się na pozytywistycznej koncepcji prawa, nieadekwatnej do systemu europejskiego. Podstawę owej nieadekwatności M. Zirk-Sadowski zdaje się dostrzegać w aksjologicznych, niezależnych od politycznego kontekstu, motywach powołania do życia Wspólnot Europejskich. Motywy te zdecydowały, iż system prawa europejskiego od początku swego istnienia nie mieścił się w kategoriach pozytywistycznej filozofii prawa. Ta wyrosła przecież na doświadczeniach społeczeństwa, w którym istnieje głęboki związek pomiędzy polityką i prawem, a w Unii Europejskiej na pierwszy plan wysuwa się aksjologia praw człowieka i obywatela. W szczególności do systemu prawa wspólnotowego nie pasuje tradycyjne ujęcie suwerenności oraz jej związku z legitymacją systemu prawnego. Pozytywistyczna aparatura pojęciowa ma ograniczone zastosowanie również do problemów związanych z systematyzacją prawa wspólnotowego i ze stosowaniem go przez Trybunał Sprawiedliwości (rozdz. 7).

Proces integracji systemów prawnych w Unii Europejskiej musi być oparty na homogeniczności kultur prawnych. Jej wskaźnikami są zagadnienia takie jak pojęcie prawa, sposób jego legitymizacji, koncepcja źródeł prawa, metody prawotwórstwa, akceptowane kanony wykładni prawa, system wartości akceptowanych przez naukę i praktykę prawniczą, wreszcie struktura zawodów prawniczych i edukacji prawniczej. Podobieństwa w tych dziedzinach stanowią niezbędne tło kulturowe dla procesu integracji. Wśród rozmaitych metod integracji systemów prawnych M. Zirk-Sadowski szczególną rolę przypisuje metodzie harmonizacji, rozumianej jako transpozycja dyrektyw europejskich do prawa wewnętrznego w sposób nie zagrażający suwerenności państwa członkowskiego. Pozostałe metody integracji – unifikacja i upodobnienie – odnoszą się do działań podejmowanych jedynie na poziomie tekstu prawnego i nie uwzględniają różnic kontekstu kulturowego pomiędzy krajami członkowskimi. Harmonizacja – w ujęciu M. Zirk-Sadowskiego – to praktyczne zastosowanie komunikacyjnych i hermeneutycznych ujęć prawa. W Polsce stosowanie tej metody może napotkać trudności, ze względu na pozytywizm dominujący w świadomości naszych prawników i uzasadniający instrumentalizację porządku prawnego oraz ze względu na brak odpowiednich, uwzględniających kulturowy wymiar prawa, badań naukowych. Ogólna ocena polskiej „zdolności integracyjnej” wypada jednak pozytywnie. Podstawą takiej tezy jest zasadnicza homogeniczność podstawowych elementów polskiej i europejskiej kultury prawnej, zwłaszcza w zakresie dyskursu interpretacyjnego. Praktyczna wartość tej zgodności może jednak zostać podważona przez nieopatrzne decyzje polityczne. W szczególności chodzi o to, by metodologii integracji Polski z Unią nie opierać na samym tylko pozytywistyczno-legislacyjnym modelu zmian prawa. Należy rozwijać badania nad kulturowym wymiarem prawa i standardami dyskursu prawnego (rozdz. 8)

III

Poza wszystkimi zaletami praca M. Zirk-Sadowskiego ma jedną szczególną cechę, na którą koniecznie należy zwrócić uwagę. Jest to być może pierwsza monografia teoretyczno-prawna, która odstępuje od klasycznego, pozytywistycznego w sensie metodologicznym, sposobu uprawiania teorii prawa. Wiele lat temu F. Nietzsche polemizował ze scjentystyczną metaforą teoretyka jako „widza w teatrze życia”, który jedynie obserwuje, lecz nic nie wnosi do toczącego się przed nim spektaklu. Pisał on, że tak naprawdę to teoretycy (filozofowie) są scenarzystami życia codziennego, bo to oni „odkrywają” i kształtują świat wartości, którymi kierują się aktorzy. Myślę, że podobny sposób widzenia roli refleksji teoretycznej znalazł się wśród głębokich założeń omawianej pracy. M. Zirk-Sadowski wskazuje w niej teoretykom prawa obszar badań – profesjonalną kulturę prawną – w którym badanie rzeczywistości jest zarazem jej współtworzeniem. W ten sposób Autor wpisuje się w nowy, „antyscjentystyczny”, nurt w naszej literaturze teoretycznej. Jednym z jego istotnych elementów jest zakwestionowanie opozycji pomiędzy rzeczywistością (kulturową) a refleksją o niej⁸. W naukach prawnych oznacza to przekroczenie opozycji pomiędzy prawem i nauką o prawie z jednej strony oraz pomiędzy teoretycznym oglądem a ideologią prawa – z drugiej.

M. Zirk-Sadowski należy do autorów, którzy przystępują do rozwiązywania zadań teoretyczno-prawnych z pełną świadomością praktycznych konsekwencji działania teoretycznego. Stwierdza on wyraźnie, iż to „prawoznawstwo, a szczególnie teoria prawa są współcześnie jednym z podstawowych czynników kształtujących nowy obraz prawa”, obciążając przy tym współczesną teorię odpowiedzialnością za bezkrytyczne propagowanie technicznego modelu racjonalności w prawie (s. 69). Jest to stanowisko koherentne z antropologicznym ujęciem kultury, wspomnianym w punkcie „I”. M. Zirk-Sadowski występuje też przeciw związanemu funkcjonalnie z takim modelem racjonalności ujmowaniem prawa jako przedmiotu obiektywnego, danego prawnikom w relacji poznawczej. Stwierdza, iż prawo jest przedmiotem kulturowym, konstytuowanym w relacjach komunikacyjnych między społecznymi podmiotami (s. 71). We współczesnej hermeneutyce Autor widzi narzędzie pozwalające przezwyciężyć pozytywistyczną opozycję poznawczą „prawnik-prawo” i uchwycić proces stawania się prawa w procesie społecznej komunikacji (s. 56). Dostrzega on, iż prawnicy jako jeden z aktywnych podmiotów tej komunikacji dzierżą dyskrecjonalną władzę polegającą na możliwości przypisywania znaczeń tekstom prawnym. Píše też, iż „nie ma ścisłej granicy pomiędzy stwierdzeniem, że norma określonej treści 'jest', oraz stwierdzeniem, że norma ta została zinterpretowana (s. 79).

⁸ Inni jego przedstawiciele to np. L. Morawski (*Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999), R. Sarkowicz (*Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995). Pozwalam sobie umieścić w tym nurcie także i swoją pracę *Pojmowanie prawa w teorii wykładni* (Wrocław 1997).

Wydaje się, iż można przypisać M. Zirk-Sadowskiemu pogląd, wedle którego teoria prawa współkształtując współczesną kulturę prawną, współdeterminuje zachowania prawników interpretujących teksty prawne, a zatem jest także współodpowiedzialna za aktualny kształt prawa. Użycie tu terminu „współodpowiedzialność” nie jest przypadkowe, bowiem relacja pomiędzy stanem teorii a stanem prawa nie ma tylko charakteru przyczynowego ale i etyczny. Jest tak, ponieważ cały proces komunikacji nie jest moralnie neutralny, a teoria obojętna aksjologicznie nie jest w stanie rozwiązać podstawowych problemów przed jakimi stawia ją dyskurs prawniczy (s. 79). Zdaniem M. Zirk-Sadowskiego „hermeneutyka wykazuje (...), że nie ma ostrej granicy pomiędzy poznaniem i etyką, zaś warunkiem koniecznym do uczestniczenia w dialogowej kulturze prawnej nie jest obiektywizacja prawa, lecz raczej akceptacja pewnych wartości moralnych umożliwiających dyskurs” (s. 93).

Podpisując się obiema rękami pod większością tez Autora nie mogę jednak nie wspomnieć o kilku twierdzeniach kontrowersyjnych, zasługujących na pieczołowitą analizę i szeroką dyskusję. Oto zasadniczo propozycja M. Zirk-Sadowskiego opiera się na potraktowaniu hermeneutyki zarazem jako teorii unaoczniającej kulturowe mechanizmy, kształtujące dyskurs prawniczy oraz jako ideologii, kierującej działaniem przynajmniej instytucji odpowiedzialnych za integrację Polski z UE. Może ona zostać jednak odczytana jako postulat o szerszym wymiarze, jako wezwanie do konstrukcji nowej, aktywistycznej, twórczej w podejściu do prawa, profesjonalnej kultury prawnej. Byłby to głos na rzecz określonego modelu ideologii, która jako zasadnicza część naszej profesjonalnej kultury prawnej określałaby szeroko rozumiany proces stosowania prawa. Opcja ideologiczna Autora wydaje się być bezpośrednio zdeterminowana przez dokonywane w pracy wybory teoretyczne. Akcent na aspekt etyczny dyskursu prawniczego oraz ustawiczne kwestionowanie teoretycznej ważności relacji poznawczej mogą wskazywać, iż M. Zirk-Sadowski zajmuje stanowisko bliskie ideologiom określonym w punkcie „I” jako „swobodna hermeneutyka”.

Tego rodzaju wybór ideologiczny wzbudza moje obawy, ponieważ hermeneutyka jako technika działania interpretacyjnego (zwłaszcza w wersji „swobodnej”) implikuje poszerzenie akceptowalnego zakresu dyskrecyjnej władzy prawników. Hermeneutyczna teoria interpretacji w praktycznej perspektywie przypomina czasem raczej technikę manipulowania toposami dyskursu prawniczego, niż teorię tego dyskursu. Można wątpić, czy ideologia „swobodnej” hermeneutyki – zakładająca, iż prawnik dysponuje szerokim luzem decyzyjnym, ufundowanym w samej naturze procesu interpretacji – jest do pogodzenia z ideologią demokratyczną, domagającą się z kolei związania decyzji organów państwa wolą narodu (ludu), wyrażoną w ustawie legitymowanej przez system przedstawicielski⁹. Niekoherecja pomiędzy paradygmatyczną wiedzą o interpretacji prawa, a postulatami ideologii demokratycznej, wyraża się w obawach przed przekształcaniem się państwa prawa w „państwo sędziów”.

⁹ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 218 - 219.

Sam Autor zauważa, że autorytet sędziów, czy szerzej – prawników, w świadomości powszechnej opiera się na przekonaniu, że reprezentują oni prawo (s. 108), a więc coś innego niż ich własne, subiektywne przekonania. Techniczne wykorzystywanie teoretycznych tez hermeneutyki utrwala natomiast w świadomości potocznej przekonanie, że w rozstrzygnięciu problemu prawnego manifestują się przede wszystkim prywatne opinie prawnika, co z kolei obniża społeczny autorytet prawa. W tej sytuacji potrzebna jest nam ideologia prawa przywracająca w powszechnej opinii związek pomiędzy decyzją organu państwa a „obiektywnie” obowiązującym prawem, oraz koncepcje teoretyczne pozwalające na konstruowanie narzędzi kontrolujących dziedzinę prawniczej władzy dyskrecyjnej.

M. Zirk-Sadowski definiuje uczestniczenie w kulturze jako relację pomiędzy normatywnymi wzorcami zachowań a podmiotem działającym, sugerując, że tymi wzorami są normy prawne (s. 36). Ale ta relacja prawnika do reguł prawnych sama jest przecież podporządkowana innym jeszcze regułom, kształtującym prawniczą praktykę. Z grubsza rzecz biorąc można je identyfikować z regułami egzegezy tekstu oraz rozstrzygania problemów walidacyjnych i dowodowych. Myślę, że to te drugie reguły są normatywnymi wzorcami zachowań prawniczych i w istocie uczestnictwo prawników w kulturze określone jest przez relację do nich właśnie, a nie do prawa.

Literatura daje nam w tej chwili do dyspozycji przynajmniej dwie koncepcje kultury. Pierwsza – z grubsza rzecz biorąc – rekonstruuje ją jako system reguł postępowania. W punkcie „I” wspomniałem, iż z antropologicznym ujęciem kultury związana jest też inna jej koncepcja, traktująca ją jako wspólną, intersubiektywną rzeczywistość. M. Zirk-Sadowski, charakteryzując dyskurs prawniczy w kategoriach etycznych, zdaje się zmierzać w kierunku pierwszego ujęcia. Tymczasem istnieje wiele powodów, by przypuszczać, że stosowanie reguł, poprzez które prawnik uczestniczy w kulturze (a więc reguł interpretacyjnych, walidacyjnych i dowodowych) jest uzasadnione raczej przez cechy kulturowej rzeczywistości, w której prawnik działa¹⁰. Hermeneutyka prawnicza podważyła być może poznawczy charakter relacji pomiędzy prawem a prawnikiem, ale nie zmieniła charakteru relacji pomiędzy prawnikiem a determinantami jego praktycznego działania. Dla ich opisu kategorie teoriopoznawcze i ontologiczne zachowują ważność, nie można więc budować teorii prawniczego uczestniczenia w kulturze bez teorii kulturowej rzeczywistości.

Niektóre nurty hermeneutyki mogą być teorią takiej rzeczywistości. W wersji egzystencjalnej, związanej z tradycją transcendentalizmu, hermeneutyka nie przewyżcza wcale relacji poznawczej pomiędzy prawnikiem i prawem, lecz przeciwnie – unaocznia, że uprzedmiotowienie rzeczywistości w relacji poznawczej jest immanentnym elementem każdego działania praktycznego, oraz że sama ta relacja jest jedyną możliwą relacją pomię-

¹⁰ W polskiej literaturze o charakterystyce tej rzeczywistości pisali m.in.: T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny a obraz świata*, w: G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 149 - 161; J. Wróblewski, *Le positivisme juridique et la paradigme de la dogmatique juridique*, „Archivum Iuridicum Cracoviense”, vol. XXII 1989, s. 161 - 173, a także bardzo interesująco M. Zirk-Sadowski np. w *Prawo wewnętrzne a prawo międzynarodowe publiczne. Zarys zagadnień teoretycznych*, „Państwo i Prawo” nr 6/1988, s. 58 - 66, gdzie oparł się on na koncepcjach P. Bergera i T. Luckmanna.

dzy podmiotem a przedmiotem działania, już choćby dlatego, że w niej właśnie następuje rozszczepienie *continuum* zjawisk na przedmiot i podmiot¹¹. Normy prawne dla prawnika są zatem momentami rzeczywistości kulturowej, uprzedmiotowionymi w relacji poznawczej. Reguły, którym podporządkowana jest praktyka prawnicza ufundowana w tej relacji są – jak sądzę – zawsze odczuwane jako obiektywne i zawsze są stosowane bezrefleksyjnie. Wyznaczają one granice i strukturę instytucjonalnie wytworzonej rzeczywistości, wobec której aktor nie może zająć refleksyjnego stanowiska, byłoby to bowiem równoznaczne z zakwestionowaniem jej prawomocności. Dlatego właśnie wiedza teoretyczna – zawsze refleksyjna – nie może spełniać jednocześnie funkcji ideologicznych, jak to zdaje się mieć miejsce w pracy M. Zirk-Sadowskiego. Zastosowanie tej samej hermeneutyki jako filozofii prawa i jako uzasadnienia techniki praktycznego działania w wewnątrzinstytucjonalnej rzeczywistości, musi nieuchronnie prowadzić do zakwestionowania jej realności. Stąd łatwość formułowania poglądów cytowanych w punkcie „I”, oscylujących wyraźnie w kierunku „swobodnej hermeneutyki”. Niestety, praca M. Zirk-Sadowskiego nie jest wolna od elementów umożliwiających taką właśnie jej interpretację.

Wydaje się, iż Autor nie docenił wagi rozdzielenia wiedzy ludzkiej pomiędzy teorię rzeczywistości i technikę praktycznego działania. Dostrzega on wprawdzie różnicę pomiędzy filozofią i techniką prawa¹², ale nie zajmuje się nim w swej pracy. Tymczasem dla problemów, z którymi zmagają się omawiana praca rozdzielenie wiedzy ludzkiej pomiędzy *techné* i *episteme*, technikę i teorię, ma zasadniczą wagę. Cała nasza cywilizacja opiera się na nietożsamości zrozumienia przedmiotu i panowania nad nim. Można działać efektywnie, posługiwać się skutecznie określonymi momentami rzeczywistości i nie pojmować natury owych momentów. Technika jest koniecznym uproszczeniem, umożliwiającym szerokim rzeszom korzystanie z wiedzy gromadzonej przez wyspecjalizowane – z konieczności – struktury instytucjonalne i wąskie grupy ludzi. Niewielu z nas rozumie przecież jak działa żarówka, ale każdy umie włączyć światło¹³. Do pewnego stopnia podobna sytuacja dotyczy także wiedzy teoretyczno-prawnej. Zrozumienie ontologii prawa jako bytu zinterpretowanego nie jest niezbędne do tego, by uczestniczyć w praktyce prawniczej. Przywoływana na początku nin. punktu Nietzscheańska metafora teoretyka nie będzie pełna, jeżeli nie uwzględnimy tej różnicy pomiędzy właściwą teoretykowi *episteme* a przydatną aktorowi *techné*. Oba rodzaje ludzkiej wiedzy spełniają różne społeczne funkcje i są względnie niezależne od siebie.

Zgadzam się całkowicie z M. Zirk-Sadowskim, gdy nakłada on na teorię prawa współodpowiedzialność za stan praktyki prawniczej. Dlatego właśnie nawołuję do ostrożności w posługiwaniu się hermeneutyką jako zarazem techniką i teorią prawa. Hermeneutyka jako *techné* łatwo degeneruje się do „teorii” manipulacji tekstem przez swą niekoherentność z potocznym

¹¹ Odwołuję się tu zwi. do prac M. J. Siemka, np. *Filozofia, dialektyka, rzeczywistość*, Warszawa 1982.

¹² Rozróżnienie to podkreśla w odniesieniu do pozytywizmu wyrafinowanego na s. 43.

¹³ Korzystam tu z koncepcji techniki zaprezentowanej w: H. Blumenberg, *Rzeczywistości, w których żyjemy*, Warszawa 1997.

pojęciem rzeczywistości danej w relacji poznawczej. Ostrożność w posługiwaniu się nią jest tym bardziej zasadna, że jej konsekwencji dla praktyki prawniczej nie da się ograniczyć do samej tylko dziedziny integracji naszego systemu prawnego z europejskim. Myślę, że po naszym wejściu do UE dla przeciętnego Sądu Rejonowego nie będzie zasadniczej różnicy pomiędzy stosowaniem ustawy krajowej i rozporządzenia europejskiego. Musi zatem nastąpić konwergencja ideologii stosowania obu systemów prawnych, widoczna zresztą już dzisiaj – co zaznacza M. Zirk-Sadowski – w podobieństwach reguł dyskursu prawniczego.

Hermeneutyka nie ma dziś chyba alternatywy jako filozofia prawa, ale – przez niekoherencję ze świadomością potoczną – łatwo może legitymować poglądy na dyskrecję prawniczą, które są nie do pogodzenia z demokratycznymi wartościami¹⁴. Tu właśnie pojawia się miejsce dla pozytywizmu prawniczego. Zgadzam się z M. Zirk-Sadowskim, że nurt ten wyczerpał swoje możliwości jako teoria prawa. Nie oznacza to jednak, że jest już nieaktualny jako ideologia prawa legitymująca określony model prawniczej techniki. Tylko pozytywizm lokuje praktykę prawniczą w strukturze społecznej zgodnie z postulatami ideologii demokratycznej. Stąd szczególne nadzieje pokładam w próbach połączenia wiedzy teoretycznej z pozytywistyczną *techne*, takich jak np. pozytywizm instytucjonalny. Pierwszoplanowe zadanie hermeneutycznej teorii świadomej swej funkcji społecznej, polega w tej chwili raczej na legitymowaniu pozytywizmu jako jedynej prawomocnej techniki prawniczego działania, niż na dalszym rozwijaniu aparatury kategoryjnej, uzasadniającej prawniczą wolność w procesie stosowania prawa.

¹⁴ A. Kozak, *O pojęciu prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, referat na XIII-ym Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa, Kazimierz Dolny 1998, w druku.