

Stanisław Kaźmierczyk
Dolnośląska Wyższa Szkoła
Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach

O tożsamości prawa w związku z jego jakością

Chcąc z tego tematu zrobić przedmiot badawczy z myślą, że na poziomie teorii prawa należałoby najpierw wyróżnić (tak sądzę) samą tożsamość jako coś nieodzownego w prawie, a przede wszystkim, że tylko z niego może się wytworzyć i mieć siłę kwalifikującą. To wydaje się być oczywiste. Tożsamość bowiem ma: po pierwsze, prawo jako całość, jeśli chce być jego tożsamością.

Po drugie, to jak ona się buduje w prawie – czy tak samo jak teoria prawa, czy też specyficznie dla niej samej, czy też wystarczy, że jest prawo, by również miała być jego tożsamość. Zagadnienia te uważam za podstawowe i znajdują w tym opracowaniu punkty wyjścia do następnych rozważań. Ona zatem jest z prawa i służy prawu, ale czy tylko jemu samemu, czy też łącznie 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

¹ Por. W. Sadurski, *Status jednostki w prawie, refleksje filozoficzno-prawne na temat prawowitości demokracji proceduralnej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, Warszawa 2006, *passim.*; J. Helios, *Pojmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002, s. 48 i nast.; W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, rozdz. 2; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” nr 5/2008, s. 86 i nast. Zwłaszcza M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, Konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999, s. 53 i nast.

się być jednym z zasadniczych zagadnień, czegoś w prawie tak złożonego jak jego ontologia². Z kolei, czy ona pozostaje do wyjaśniania interesującej tu tożsamości, jest pytaniem, które należałoby poprzedzić określeniem: co z ontologii należałoby uczynić jako np. fundamentalnie służebne w wyjaśnianiu tożsamości prawa, by następnie z tego wyjaśniania uczynić, przy odpowiednich założeniach, przedmiot badawczy teorii prawa.

Tak dalece teraz nie będę wchodził, choć zwracam na to uwagę, bo zajmowanie się tą tożsamością, w ujęciu teoretycznym, otwiera moim zdaniem możliwości budowy nowego nurtu zajmowania się prawem, choćby (co ważne) w konkurencji z nurtem posługiwania się źródłami prawa. Właśnie, o ile jego tożsamość może mieć szeroką kanwę możliwości badawczych, swobodnie sięgających do filozofii oraz filozofii prawa, o tyle źródła prawa są głównie problematyką służenia, służenia prawu, posługiwaniu się nim, co nie oznacza, że nie mają swojej głębi³.

Na pewno mają, ale jednak bardziej „wymiarową”, aniżeli tożsamość prawa. Ona (tożsamość) zabiera wszystko, co należy do prawa, a więc i źródła prawa, łącznie z godnością, jaką postuluje K. Complak⁴, a nie tylko tak, jak chce tego art. 30 Konstytucji. Artykuł ten wprowadzie ma właściwą wymowę odnośnie do praw człowieka, ale też powinien się znaleźć w rozdziale trzecim Konstytucji jako źródło prawa, rozszerzając się z tego powodu na całe prawo i stanowiąc jego fundament.

Otóż tożsamość prawa i jej kwalifikująca siła bierze się z istoty prawa. Rozumieniem, że jej zdefiniowanie tak, aby ostatecznie potwierdzało ją *communis opinio doctorum* jest niemożliwe, po prostu nieosiągalne. Czym by ona nie była, stanowi trudność chyba nieprzewycięzalną, gdyż ma w sobie, i nie wiadomo jak łączy, rozmaite przecież idee, nierzadko o wzniosłym wyrazie, z prawem jako sferą niezwykle urozmaiconej faktyczności. Wreszcie, ma bogatą literaturę, bogactwa choćby w sa-

² Korzystałem tu głównie z pracy B. Wolniewicza co do rozumienia ontologii, B. Wolniewicz, *Ontologia sytuacji*, Warszawa 1985, rozdz. 2. Por. M. Smolak, *Prawo, Fakt, Instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne 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 Por. M. Pichlak, *Zamknięty system źródeł prawa*, Wrocław 2013, rozdz. 2. M. Pichlak opracował dotychczasowe poglądy na tożsamość prawa w polskiej teorii, [w:] P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011, s. 193–211., M. Zirk-Sadowski, *Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie*, „Analizy Natolińskie” nr 1 (53)/2012.

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

mym utematyzowaniu⁵, które, gdyby je ująć w jakimś sieciowym wyrazie, odsłoniłoby głębokie związki w tych sieciach. Literatura ta, a to przez związki prawa z 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 literaturą (w pewnym sensie) literatur, czego się nie zauważa na głębokich poziomach i również nie widzi, że ma też walory po części powinnościowe. Wyjątkiem od tego jest teraz zapoczątkowany nurt badawczy, któremu jeszcze wiele brakuje, aby stać się choćby tylko kategorią teorii prawa. Na razie są to raczej wypowiedzi jednak o charakterze opisowym.

Ale wracając do istoty prawa, zauważę: pewnym *novum* w jej ustalaniu, a więc ustalaniu, że pokreślę, czyli niekoniecznie samym definiowaniu byłoby wyjście od rozdzielania, co też nie mogłoby być płytkie, lecz zapewne nomologiczne, właśnie literatury prawniczej łącznie z rozwiniętym orzeczeniem, co w niej dominuje z myślą, czy w tej dominacji może się kryć rozumienie istoty prawa, a z kolei, jak ta dominacja jest wyjaśniana, tzn. na jakim poziomie refleksji, czy poziomach, oraz, jak ona, badawczo rzecz biorąc, ma się do poznania prawa. W poszukiwaniu tego, jako ewentualnej istoty prawa, czy też drogi do tej istoty, która badawczo może być ważniejsza i donioślejsza, choć nie fundamentalna⁷, ma to do siebie, że w proponowanym tu sposobie rozdzielania, a nie

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

⁶ Problematykę metodologiczną z tego zakresu, a w tym jej głębokie nurty zapoczątkował i u nas rozwinął L. Nowak, *U podstaw marksistowskiej aksjologii*, Warszawa 1974, rozdz. 2., *idem.*, *Methodological Status of the Rationality Assumption*, „Studia Metodologiczne” 1974, z. 11, s. 120 i nast.; J. Stelmach, *Obowiązki 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 nast.; T. Stawecki, *O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.) *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008, s. 50 i nast.; J. Sozański, *Ogólne zasady prawa w *acquis communitaire* 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. 1, s. 128 i nast. 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 nast.; K. Pieszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, rozdz. 1; T. A. Pecznik, *Prima facie Values and the Law*, Poznań, *Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities* 1991, t. 23, s. 100 i nast.

gotowego rozdzielenia, i związanej z tym refleksji, zrywa się z dotychczasowym dążeniem, by w samym prawie, czyli zbiorze przepisów i norm prawnych, nie zapominając o sankcji, szukać jego istoty. Myślę, że wbrew temu, jej się obecnie nie szuka. Szukanie w literaturze, i co ważniejsze dla scharakteryzowania literatury, jeśli jest robione refleksyjnie, powinno być traktowane jako zabieg heurystyczny w dodatku o wyraźnie metodologicznym charakterze. Tego się na ogół nie robi. A istota prawa wszelako, ma (moim zdaniem) charakter badawczy i dopiero, od tego idąc, możemy ją rekonstruować, a w rekonstruowaniu odkrywać jako sytuacje problemowe⁸ o złożonym charakterze.

Nie przyjmuję więc za istotę prawa rzeczownika np., że jest nią norma prawna, powinność, ewentualnie przeżycie, nie mówiąc o ważnych związkach przyczynowo-skutkowych, albo też społeczne uwarunkowania prawa bądź jakieś ideologiczne konsekwencje. Wszystkie one, ze swej nazwy wzięte, były mniej 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 marksistowskiej w naukach społecznych. O istocie myślano głównie jako o stanach, bez których prawo jest niemożliwe. Tendencja ta i dzisiaj pokutuje. Ona, w jakimś stopniu, się sprawdza. Bo przecież usunięcie z naszego prawniczego słownika „normy prawnej”, a już na pewno „przepisu prawnego” po prostu wstrzymałoby w ogóle możliwość jego użycia, użycia języka (prawnego) prawniczego w jego aktualnym słownictwie. Jednakże ograniczenie tej istoty do tak czy inaczej nazywanych kategorii sprawa, iż prawo, w refleksyjnym wyrazie, „marniej”, zamykając się w swoim petryfikowaniu i przez to w silnie strzeżonych rozmiarach, insynuując, że wszystko poza tymi rozmiarami nie jest prawem.

Z takim podejściem można się czuć dobrze, bo teraz rozwinięty nurt źródeł prawa i dalej rozwijany, daje nam wszystko, co jest 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 się kształtujący w orzecznictwie sądowym (trybunalskim) system źródeł prawa z właściwą temu syste-

⁸ Podstawowe inspiracje w tym zakresie wzięłem z pracy B. Wolniewicz, *Ontologia sytuacji. Podstawy i zastosowania*, Warszawa 1985, s. 15 i nast. 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 nast.

⁹ R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, *passim*. Por. I. Bogucka, T. Pietrzykowski, *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2010, rozdz. 8.

mowi literaturą. Przy takim postrzeganiu bardziej roli prawa, aniżeli jego samego, zajmowanie się, 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.

Zapewne (konkludując), 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 można nazwać istotą prawa, czy choćby obrazowaniem tej istoty? Prawo, jak każda dyscyplina, ma swój zasadniczy ekwipunek, niemniej, czy od razu daje się powiedzieć, że on jest główny, podstawowy, a może fundamentalny z przekonaniem, że między nimi nie ma synonimiczności. To niewątpliwie byłoby potrzebne, gdyby układając tę „trójkę” terminów (pojęć) tak je rozwijać, wychodząc np. z relacji między nimi, aby w rezultacie badawczym wyszło na istotę prawa. Żaden z nich przecież (bezpośrednio) za taką istotę nie może uchodzić, bo np. podstawowy choćby, po „obróbce” badawczej okazał się istotny, to mimo tego przymiotnika, nie musi być tym samym co istota.

Widać więc, że problem istoty prawa tu zaczyna się wyraźnie komplikować. A tego nie ma w dotychczasowych rozważaniach. Bo wystarczyło powiedzieć nie to, co przez tę istotę rozumiemy, gdyż wtedy trzeba by było przynajmniej pokazać przebieg tego rozumienia i łączące się z nim zależności. Po prostu wskazywano, że to a to jest istotą prawa. I to miało wystarczyć. Niewiele od tego odbiegały wizje marksistowskiego ujęcia. Wprawdzie trzeba było pisać, jak ta istota, czy w ogóle prawo, uzależniało się społecznie¹² w jego bazie i nadbudowie, ale to uzależnianie było ideologicznie, z góry znane i w związku z tym rozważania trudno było nazywać rozważaniami na poziomie refleksji. Po prostu wymieniano, że to a to jest istotą prawa bez wdawania się, jak do tej istoty należy. W dodatku istota miała postać końcową i zamkniętą zarazem. W rezultacie spory nie były konieczne nawet z całkiem innych powodów, niedopuszczalne. Gdy ten czas minął, okazało się, że istoty prawa nie musimy badawczo otwierać. Chyba uznano, że zajmowanie się prawem wystarczy, bez sięgania do jego istoty. Źródła prawa we wszystkich możliwych aspektach mają tak rozległe dyspozycje, że można w nie wchodzić znacznie szerzej, aniżeli ich wymienianie, oczywiście łącznie z wykładnią prawa, co o której można powiedzieć, że tkwiącej w jej

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.

¹² Por. P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Warszawa 2002, s. 286 i nast.

tle determinanty tych źródeł łączące się (a jakże) z dyskrecjonalnością prawa¹³ zdają się być znaczącą przyczyną braku teorii tej wykładni, której zapewne nie przybędzie z 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.

Chcąc się oderwać od sugerowanej tu ciasnoty, wyszedłem od rzeczowo uwarunkowanego spojrzenia na tę istotę, odrzucając jednocześnie ten punkt widzenia jako znaczne uproszczenie niemające, jak się zdaje, większego znaczenia poza tylko samym nazywaniem czegoś jako istoty i do tego nazywania się ograniczając. To się wzięło, jak sądzę, z dogmatyczno-prawnego nastawienia na prawo. W tym ujęciu bowiem obnażają się punkty orientacyjne na prawie, wychodząc od prawa jako systemu przepisów i norm prawnych. Co więcej, one mają swoją, od lat, tę samą nazwę, najczęściej od-rzeczownikową, którą w dodatku należy używać w języku – jak mówią praktykujący prawnicy – o „ściślych wypowiedziach” łącznie też w „ściśle” używanych kontekstach. I wcale nie widać, że się to kończy, choć w literaturze mamy już wiele poglądów na potrzebę odchodzenia od tego „gorsetu”, ale i odchodzenia w tym gorsecie, wzbogacając go o rozwój, chciałoby się powiedzieć, w „zrównoważonej postaci”¹⁴. To nie jest proste, ponieważ bardzo odpowiedzialne, albowiem to odchodzenie, gdyby go pozbawić dyscypliny nawet na gruncie postmodernistycznego widzenia, mogłoby się okazać niebezpieczne zarówno dla prawa, jak i w tym prawie, dla praw człowieka, wolności czy też wszystkiego w prawie.

Toteż szanujący się prawnicy w uprawianiu postmodernizmu prawa widzą swoją 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 jej widzenia, wtedy jako paradygmatu prawa dla budowania prawa, jednakże w ujęciu jego teorii i dogmatyki zarazem. To wymagałoby zapewne tworzenia na początku nowych

¹³ Za podstawową pozycję tych zagadnień przyjmuję, W. Staśkiewicz, T. Stawecki, *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa*, Warszawa 2010.

¹⁴ 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 nast.; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy Kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” nr 05/2008, *passim*; L. Morawski, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 70–80.

myśli na prawo. I nie jest to slogan. Przy tym podejściu, a jest ono, jak sędzę, możliwe, dałoby się dojść do nowych założeń o prawie wymagających już zmiany na nim wspomnianych (choć jeszcze nienazwanych) punktów.

Idąc dalej w kierunku istoty prawa, przyjmuję, że samo poszukiwanie nazwy dla tej istoty jakkolwiek jest konieczne, o czym już po części wspomniałem, nie zawsze jest podejściem rozwojowym. Przeciwnie, nie chciałbym pozostawać na obmyśleniu nazwy związanej z istotą prawa ani też z jej zakresem. Następnie, wdawać się w ciągle wątpliwości co do tego zakresu i pojawiających się usprawiedliwień, zastrzeżeń 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 wyjście na wspomnianą istotę. Więc nie od razu i nie bez przesądzenia. Dzięki temu można się spodziewać, że wspomniane poszukiwanie mogłoby być dopiero jakimś eksplanandum tej istoty, co, jak wiadomo, nie jest oczywiste, bo jego zrekonstruowanie zapewne wymaga oddzielnej koncepcji, choćby dla samego wyodrębnienia.

Przyjmuję zatem, że nie ma czegoś takiego jak drogi do istoty prawa, bo ta tylko, nazywając tę istotę, droga zdaje się być dopiero możliwa w samym wyjaśnianiu tej istoty, czego nie da się osiągnąć. Trzeba z niej zrobić założenie o istocie jako przedmiocie badawczym. Należy więc osiągnąć przede wszystkim to, jak ją badać, by następnie wchodzić w jej istotę moim zdaniem jako sytuacje problemowe prawa¹⁵.

Niemniej, zanim do tego przejdę i spróbuję odpowiedzieć, czy te sytuacje są nam dane przez to, że dadzą się np. wymienić w oczekiwaniu na akceptację, iż one rzeczywiście są tą istotą albo składają się na nią i jak się składają, trzeba się też zastanowić, czy przy odkrywaniu tej istoty bierzemy całe prawo, czy jakąś jego sferę, by uniknąć powiedzenia, że część prawa. To też jest trudne, by ostatecznie zostało rozstrzygnięte. Bo przecież nie jest znowu takie pewne, że przy tej istocie odkrywanie w roli choćby kontekstu odkrycia¹⁶ 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

¹⁵ 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. 7–19; A. B. Stępień, *Wstęp do filozofii*, Lublin 1989, rozdz. 1; P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne*, [w:] P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, Warszawa 1997, s. 20–27.

¹⁶ Por. Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 60 i nast.; W. Patryas, *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 nast.

naocznością prawa¹⁷. Wszystko więc, co następne trzeba wziąć z myśli prawniczej empirycznie kształtującej problemy, którymi dopiero czynimy zadość prawu, jego wyjaśnianiu bardziej, aniżeli rozumieniu pozostawianego wykładni prawa. Nie wdaję się w jedno i drugie, czy też oddzielnie w potrzebę cyzelowania tych pojęć w kontekstach jednego i drugiego oraz, w skąd inąd, ubogie w doktrynie prawniczej ujęcia 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 podręcznikowym¹⁸ 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 rozważania nie mają wspomnianego charakteru. Jest to niewątpliwie problem metodologiczny, który przy okazji uprawiania teorii, teorii prawa winien się ujawniać.

Na tym tle możliwa wydaje się być teza: skoro istota prawa nie wydaje się być odpowiednią do tego, by ją odkrywać i to wówczas, gdy prawo pojmujemy empirycznie, jego istota pozostaje jako następstwo rekonstrukcji, tak jak wspomniałem, rekonstrukcji sytuacji problemowych. 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 to drugie – drugi człon tej alternatywy. Zarazem znaczyłoby to, mówiąc po prostu, że tworząc istotę prawa, a dokładniej teoretyczny pogląd na tę istotę, tworzymy zarazem interesującą nas teorię. Dla tej tezy zasadniczą kwestią stają się operacje najpierw intelektualizujące teorię prawa, wszak ona jest teorią naukową, by dopiero przy tej okazji rekonstruować jego istotę, czyli także sytuacje problemowe (jak powiedziałem), które stają się nieodzowne dla koniecznego, a może i wystarczającego, pojmowania na danym etapie prawa tego, gdzie szukamy owej istoty. 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 zaj-

¹⁷ E. Kustra, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Toruń 1980, rozdz. 2; 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. 1.

¹⁸ F. Longchamps, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” nr 6/1966, *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 nast.; P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, rozdz. 2.

stawianiu się istotą prawa, istotą jego sfery dogmatyczno-prawnej. Różnica moim zdaniem tkwi we wspomnianej intelektualizacji. O ile bowiem jest ona wymiarem nieodzownie służącym teorii prawa, 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, i 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 tą intelektualizacją aż do granic, na których zastanawianie się, czy mamy już do czynienia z intelektualizacją właściwą dla teorii prawa, jest możliwe i zarazem owocne. Wszystko to jest w ruchu. Tylko tak widziane pozwala zwracać się ku istocie prawa zawsze w ujęciu refleksyjnym sytuacji problemowych.

Z istoty robi się odkrycie jednak na wzór tradycyjnie zorientowanego. Toteż nierzadko sięga się do dawnej literatury, poczynając zwłaszcza od L. Petrażyckiego, J. Landego, czy też Cz. Znamierowskiego, i przedstawia zaszłe poglądy na prawo, na to, czym ono było. Dzisiaj, istota prawa nie ma powodzenia. Nie ma wokół niej sporów i przeświadczeń, że jej się należy większa uwaga. W związku też z tym rzadko zdarzają się wypowiedzi, które dałoby się określić jako pogląd na prawo, od którego to poglądu idąc można by rekonstruować postulaty co do badania istoty prawa.

My nie mamy ściśle metodologii dochodzenia do istoty prawa, ani też do budowania poglądów na współczesne prawo. Natomiast mamy liczne kierunki, również filozoficzne, angażowania się po stronie prawa. One wśród prawników mają powodzenie. Wystarczy, że pojawi się postmodernizm, by zaczęto się nim interesować. Powstały z tego zakresu liczne prace, a wśród nich również takie, które niewiele mają wspólnego z „dojrzałym” postmodernizmem. Trzeba też wspomnieć „prawo w kulturze” jako kierunek wybijający się na tle rozważań o wspólnotach. Nie wspomnę o argumentacji prawa, o kierunkach rozwijanych z prac Z. Bauman, wręcz z zamiłowaniem do otwierania kierunków i szkół w amerykańskiej kulturze prawniczej, itp. To nie jest moim celem. Chciałem tylko podkreślić widoczne dysproporcje występujące między kierunkami a poglądami na prawo jako całość. Owszem, kierunki nierzadko biorą pod uwagę całe prawo, ale, tak czy inaczej, ono pojawia się w nich raczej z powodu kontekstu. Ma postać z reguły przymiotnikową.

Przy tej, przymiotnikowej, okazji, warto było by się skoncentrować na pytaniu, jak ona może się mieć do intelektualizacji prawa jako sposobu 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 momentami wystarczające do objawiania się kierunku orientacji na prawo i zamykania się, dodajmy, w granicach przysługujących kierunkowi. Ale na tym nie koniec. Ulegając kierunkom, choćby idąc w nich najgłębiej, sięgając ich głębokich struktur i rozwijając w nich teorię, jednak jako kierunku, nie dochodzimy do teorii prawa, chyba że przymiotnikowego, właściwego kierunkowi. Natomiast podejmowanie starań, aby od teorii związanej z danym kierunkiem przejść do teorii prawa jako pewnego uniwersum, bez rodzącego się przymiotnika jest możliwe, przy czym pod warunkiem wychodzenia na taką intelektualizację prawa, która dałaby pewność przejścia od teorii prawa z danego kierunku do teorii prawa już bez przymiotnikowego charakteru, niemniej wzbogaconej przez tę pierwszą.

Aby to się mogło dokonać, a byłoby to niewątpliwie dokonanie znaczące, nie wystarczy taki kierunek opisać (przedstawić) albo, tak jak to się robi, zająć się strukturą terminologiczną danego kierunku, co nie zawsze oznacza, że i pojęciową. Trzeba w tym wszystkim zająć się ową intelektualizacją. Prawo na nią zasługuje, ale wpieryw musi się stać refleksyjne. Ono (sądzę) tej 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 wzbogaci o nowości teoretyczne, jeśli to coś tylko „wyjmiemy” np. z naszego układu centralnego, by pokazać jego siatkę relatywizacji¹⁹, np. oddziaływań osoby na prawo. To na pewno jest 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 jest ona nieodzowna, jeśli chcemy zmienić jakość prawa²⁰, i również poprzez nią dochodzić do jego istoty.

Zmienić tę jakość nie oznacza, jak sądzono, stworzyć nowy akt prawny – i tą drogą zmienić prawo – lecz doprowadzić myślą prawniczą do nowych pro-

¹⁹ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1989, z. 1, s. 13 i nast.

²⁰ Por. S. Kaźmierczyk, *Jakość prawa w dyskursie teoretycznym*, [w:] M. S. Wolański (red.), *Studia z nauk społecznych*, „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach”, nr 5, Polkowice 2012, s. 125 i nast.; J. Woleński, *Logika Trybunału Konstytucyjnego*, „Prawo i Życie” nr 37/1997; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 3/2006, *passim*; M. Zirk-Sadowski, *Hermeneutyka a problemy filozofii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. 28, 1982, s. 10 i nast.

blemów poznania prawa, których następstwem dopiero może być podjęcie działalności prawodawczej. Należałoby tutaj odróżnić, że czym innym jest potrzeba innego (nowego) aktu prawnego, a czym innym problemy z zakresu współczesnego poznania prawa, no i łączenia tych sfer. Tego, rzecz jasna, nie da się zrobić bez wspomnianej tu intelektualizacji. Nie chcę też przez to powiedzieć, że prawodawca „w ciemno” sporządza akty prawne. Mamy już wielki dorobek prac o tworzeniu prawa²¹, rozległe doświadczenia w technikach prawodawczych, liczne modele, znakomitych legislatorów, słowem – wszystko. Niemniej to nie wystarczy, bo musi się to 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. Zajmowania, bo (jak myślę) my jej nie znamy, 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 zaczynem rozważań o charakterze badawczym wyznaczającym pole badawcze. To się najczęściej dzieje jak w podręczniku, bo jest coś takiego jak podręcznikowe zaświadczenie tej istoty, podane z konieczności 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 mamy mieć zdolność tworzenia generowań. Bo też istota prawa nie jest gotowa i jednakowa raz na zawsze, chyba że dla podręcznikowego autorytetu. Nie jest też zmienna, jest (jak sądzę) tylko badawczo uchwytna, dodajmy, że na gruncie przede wszystkim jakości prawa jako podstawowym, istota prawa nie jest nam ostatecznie dana, lecz powstaje dopiero poprzez kształtowanie, a więc ruch myśli prawniczej²², wziętej z konceptualizacji i intelektualizacji prawa. Jeśli się tego nie robi, wtedy jakość prawa przestaje mieć sens użytkowy.

Był taki okres w naszej literaturze, kiedy to aktywnie zajmowano się tą jakością. Jednakże patrzono na nią z wysokości nie prawa, lecz prawodawcy.

²¹ 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*.

²² Por. J. Oniszczyk, *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004, rozdz. 5; Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, T. Kunz (tłum.), Kraków 2006, *passim*.; A. E. Szołtysek, *Filozofia myślenia*, Kraków 2011, s. 281 i nast.; P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, *passim*.

W rezultacie o niej miały decydować fakty prawne, przedmioty regulacji prawnej, prawodawcza nowość albo naprawianie obowiązującego prawa, słowem, coś, co w prawie uregulowano, a nie było regulowane. Poglądy te się skończyły. Dzisiaj możemy powiedzieć, że minęły bez większego echa, stały się postulatem co najwyżej dobrego prawa w 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. Jest przecież różnica między prawem utkanym z przepisów (norm) prawnych, a prawem – jakością. Dopuszczenie tej różnicy jest bezwzględnie ważne, gdyż miejsce prawa jako kategorii społecznej jest wysokie, o ile nie najwyższe, w społeczeństwie. Dlatego też sprowadzanie jakości do prawodawczych praktyk i prawodawczych błędów nie jest 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 tej jakości, wyrażającej się w ocenach prawa wziętych dla potrzeb stosowania odpowiedniego przepisu prawnego – wystarczy? Otóż nie wystarczy, wystarczy tylko instrumentalnie.

Jakość prawa, kategoriałnie wzięta, jest tu rozumiana przede wszystkim w aspekcie jego ontologii, ontologii prawa. Bo też jest tak, że wtedy, gdy ma ona niską jakość, prawo również zajmuje niską pozycję, aż do momentu gdy przestaje być prawem²³, a w jego miejscu tworzą się postulaty innego – dobrego prawa. Prawo przecież ma zdolności intelektualizowania, stając się przez to „intratne” w badaniach odpowiadających nowym podejściom, takim jak reprezentowane przez aktualnie rozwijające się kognitywizmy, a wśród nich neurokognitywizmy. Zostawię to, albowiem relacje z nich wyprowadzane są jeszcze albo słabo związane z prawem, bardziej np. z intuicją, o której też niewiele wiedzą w naukach przyrodniczych. Niczego nie dezawuuując, tym bardziej, że kognitywizmy znajdują się na początku swojej drogi, dodam, że jakość prawa w traktowaniu kategoriałnym jako kategoria znajduje (sądzę) miejsce dla swojego rozwoju w tej wspomnianej tu tematyce prawa, a więc w górę od jego stosowania, łącznie z wykładnią i obecnymi poglądami na prawo. Dzisiaj z tej (jak określiłem) przestrzeni niewiele do nas dochodzi.

Uwaga ta wydaje się być ważna, albowiem może dać początek nowym rozważaniom o prawie, wyróżniając prawo aktualnie i potencjalnie ztematyzowane

²³ Por. A. Ławniczak, *Losowanie w sferze publicznej. Między wrózeniem a głosowaniem*, s. 150 i nast.

i takie, które mając granice swoich dziedzin, np. prawo cywilne, wymaga, w tych granicach, wyodrębniania im właściwych zagadnień. Po prostu mówiąc: o ile ztematyzowanie (tak przyjmuję) powinno być miarą teorii prawa oraz jej rozwoju i z tego względu wymaga od kolejnych ztematyzowań waloru teoretycznego najlepiej uogólniającego się na całym prawie albo tworzy myśl wyraźnie wobec prawa (poznawczo) wertykalną, o tyle w pozostałych dziedzinach prawa ich zagadnienia, łącznie z przysługującymi im tytułami, pod rygiem odpowiedniości danej dziedzinie, są już sprawą rodzącą się dla nich aktualności. Różnice zatem między tematyzacją (tematyzowaniem), a tytułowaniem, podnoszonych w danym prawie, zagadnień są problematyką 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 rodzić się tylko z aktualności.

Owszem, to co zawiązało się z aktualności nie musi być tym samym, że powstało pod wpływem aktualności. Zapewne może być praktycznie i teoretycznie doniosłe. W przypadku aktualności przyjmuje się (a to jest regułą) jako kryterium czas, w dodatku używany „tak sobie” rozstrzygająco. Tymczasem ona ma swoją głębię zapewne filozoficzną, filozofii prawa, a oprócz tego – teoretyczną, choćby dla orientowania się w poziomach badawczych prawa, przyjmując ich niejednakową aktualność oraz jej względność i, co możliwe, łączenia tych poziomów w ich aktualności oraz nie-aktualności. Teraz zaś jest tak, że „aktualny” to jednowymiarowy, w sensie jednowymiarowo obecny. I przez to totalne związanie z terażniejszą chwilą badanej rzeczy on nas trzyma zawsze petryfikująco, żeby nie powiedzieć „w szachu”. Natomiast wtedy, gdy z tą jednowymiarowością zerwiemy otwieramy tym samym inne widzenie prawa też w sferze tematyzowania. Jest to na pewno ciekawe, metodologicznie poszerzające metodologię prawa w jego sferach badawczych, niemniej dodajmy: tak długo jak długo dystynkcje między tym, że się „zawiązało”, a tym, że „powstało pod wpływem” będą przestrzegane co najmniej w dochowywaniu i rozwoju metodologii tworzonej z powodu tych dystynkcji. Toteż w wielu pracach łatwo o (hura) optymizm pod adresem tworzenia poglądów na prawo, bez zważania na „delikatności”, których jest przecież pełno w materii prawa. Ich niezauważanie wszak musi się odbić na jakości prawa i jego teorii, bo jakość tej teorii jest też jakością prawa. Ale to nie jest takie oczywiste, choć chętnie na to przystajemy. „Jakość teorii” prawa powinna być odrębnym zagadnieniem badawczym; powinna być badana oddzielnie z powodu użycia i oddzielnie z powodu jej samej. Jednakże, wymagałoby to 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 oddzielności wraz z ich założeniami

przysporzyłoby naszej teorii zdolności w zakresie jej funkcji nawet wyjaśniającej, choćby w niewielkim zakresie, ale jednak początkowo ważnym dla budowania refleksyjnego charakteru prawa. My się bardzo często odwołujemy do teorii, tak jakby to miało być wystarczające dla niej samej. Tą drogą jednak niewiele wyjaśnimy i chyba też jej nie użyjemy.

Rozumiem, że rozróżnienie 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 i też jednostkowo rzecz biorąc, zagadnienie, choć pod określonym tytułem jeśli chodzi o adekwatność z dziedziną, może ujawnić się jako temat z tematyzacji. Są na to przykłady. Tu niczego nie da się ostatecznie przesądzać. Toteż nie twierdzę, by tematyzcja była dziełem wyłącznie teoretyków, choć myślę, że „teoretyk” jest kwalifikacją bardziej z powodu myślenia, a nie instytucjonalnej przynależności.

Co nam dają powyższe rozróżnienia, a zwłaszcza proponowanie zwrotu „ku tematyzcji, tematygowaniu”? Nie będą proponował jego definicji. Zresztą byłaby zawsze dyskusyjna i chyba niekompletna, a poza tym niewiele by w konsekwencji wyjaśniała. Inna rzecz, że przekonanie do 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 przyjmuję, że temat w tematygowaniu 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 ustrukturygowaniu. A zatem, można powiedzieć, że tematygowanie, rozumiane czynnościowo, daje szansę na rozwój myślenia o prawie, w szczególności można dostrzec w tym myśleniu tworzoną (rozwijaną) metodologię badania i postulowania, ale w tym badaniu nowości badawczych, także postrzeganych w związku z jakością prawa²⁴.

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 osiągamy 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. Co najwyżej korygowanego.

Zauważmy jednak, że zagadnienie ciągłości w prawie, również tej ponad zmianami w prawie, zdaje się być nieporównywalne do nauk z otoczenia praw-

²⁴ S. Kaźmierczyk, *Jakość prawa*, *op. cit.*

niczego. Jednakże to nie powinno oznaczać, że prawniczy kumulatywizm, tak prawniczy, nie powinien się poddawać refleksjom co najmniej prawniczą nad jego rolę, osobno i 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 jeśli chodzi o wpływ na metodologię tego badania, utrzymując, że prawo ma charakter empiryczny.

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

Przy tej okazji warto skonstatować, że mamy 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” opartą o rozmaite egzemplifikacje. Aby tego uniknąć, spostrzeźmy zależność, że sub. jeden nie jest jakością albo (lepiej) nie stanie się nią, dopóki nie rozwinie się to drugie. Naturalnie, to co jest między nimi daje bogate generowania, z pominięciem których omawiana jakość staje się z konieczności splykana, o co nietrudno w naszej literaturze.

Właśnie, tematyzowanie (a nie ztematyzowanie) może być punktem wyjścia w odniesieniu do tej jakości najbardziej uznanej z potrzeby wertykalnej. Wszystko inne, co wiąże się z nazywaniem zagadnień ma charakter początku i końca i może być traktowane jako spełnianie potrzeby o charakterze utylitarnym dla pozyskiwania teraz potrzebnej 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 na przykład z języka humanistycznego²⁵ w użyciu dla pozyskania „ruchu”²⁶ w teorii prawa i w następstwie tego – 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, jak również monograficzne, ale są one jednak pracami na temat, żeby nie powiedzieć, tylko na temat. Również w tym zakresie robimy ich recenzje. Od nich na ogół odbiegają glosy, w których znajdują się akcenty tematyzowania. Im, z tego względu, poświęcę osobny artykuł. Sądzę, że wiele tu zależy od języka, od tego, jaki on jest i jak góruje w teorii prawa. On nie jest „techniczny” i można by tu mnożyć, że „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”. Daje to ruch pozorny, a przynajmniej taki, że go mamy, ale to nie jest ruch rozwoju. 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 tym przynależnościami. Choćby już bez tego nie da się dokonywać tematyzowania i budowania odpowiednio do niego, poziomów jakości prawa, a następnie jego tożsamości. Można więc przyjąć, że tożsamość w jej mocy kwalifikującej rodzi się w jakości prawa. Natomiast bez niej zrozumienie tożsamości musiałoby być bardzo płytkie, nawet nie-elementarne. I wreszcie, ztematyzowanie jest drogą poszukiwań badawczych, w badaniach nad tą jakością ujawniającą tożsamość.

Mamy wszak znakomite prace o języku znakomitych teoretyków prawa z T. Gizbertem-Studnickim, ale to nie zadawała, gdy teorię robimy w tym samym wyrazie, co w wyrazie jej samej, bez tematyzowania. Wtedy ustaje też wspomniany ruch teorii prawa. Efekt tego jest taki, iż nie mamy wyjścia poza to, co napisano np. w 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.

²⁵ O trzeciej kulturze, R. Siewiorek, *Nim trafimy do umysłowego chlewa*, „Gazeta Wyborcza” z dn. 21.12, 2013, nr 297. 8026; A. Ławniczak, *op. cit.*

²⁶ J. Oniszczyk, *Koncepcje*, *op. cit.*

Oprócz tego pojawiają się moim zdaniem groźniejsze skutki przyczyn odejścia od tematyzowania. Po pierwsze, spełniające się odchodzenie od pojęć, rezygnowanie z nich jako czegoś znacznie (konceptualnie) trudniejszego na rzecz terminów, co ujawniło się zwłaszcza przy okazji zajmowania się (jeśli tak można powiedzieć) filozofią analityczną w nauce prawa. Po drugie, przy bez-tematykowaniu same terminy już mogą się okazać wystarczające, z tym jednak, że stosunkowo łatwo kończą rozpoczęte „dzieło”, choćby w powyższych przykładach i przy okazji ostatnio podjętej 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 ztematykowano to, co mogło albo nie mogłoby być między teorią prawa a tą filozofią i wyrażono w języku ztematykowania, mielibyśmy, i to niewątpliwie, nowe problemy dotyczące tego, że teoria prawa (nie) może poddać się temu językowi z właściwymi tego konsekwencjami poznawczymi.

Na tle tych uwag i propozycji ważne wydaje się być pytanie o rozumienie jakości prawa. Dokładnie mówiąc: czy w przypadku braku tematykowania, literatury o nieztematykowanym 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 spełniającej się w technice tworzenia²⁷, legislatorsko dobrego prawa²⁸. Druga, że jakość jawi się jako zdolność otwierania prawa na powyższe tematykowania z pierwiastkiem humanistycznym, tzn. dążeniem ku zacieraniu się rozdziału dogmatyki z teorią prawa. Nie oznacza to, że ten przedział ma zniknąć. Niemniej przy postulowanym tu tematykowaniu i jego rozwoju, będzie on miał coraz większą zdolność wystawiania tego, co „między” na to tematykowanie. I właśnie, w tym zdaje się tkwić twórcza rola owej tematykacji, nie mówiąc o tym, że „inter” zawsze robiło karierę poznawczą. Wszak ono łączone z tą tematykacją stworzą przestrzeń rozlegle generując, bardziej aniżeli dzisiejsza dogmatyka i teoria prawa samo wzięte. W ich niepołączeniu wyłączy się wspomniany „ruch” teorii prawa. Tak mamy w stanie aktualnym i do tego stopnia, że myślenie nad myślą prawa zdają się cofać, zamykając

²⁷ 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. 1.

²⁸ 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 nast.; M. Kordela, M. Smolak, *Postscript H. L. A. Harta*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 1, s. 53 i nast.

jako stabilne w dramacie²⁹ współczesności prawniczej. Tymczasem wspomniana przestrzeń musi 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 prawnej³⁰, 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 postulatów badawczych, aniżeli to ma miejsce w obecnej praktyce. Przy tej okazji zdaje się być pewne też to, że sama tematyzacja, jakkolwiek jest postępem w stosunku do zastanych opracowań, „właśnie jako opracowań” i na ogół tylko opracowań, bo zamykających się w danym „temacie” i więcej, bez udziału rozwijania metodologii na rzecz tego zamykania, nie da pożądanego efektu, a w tym konceptualizacji wyżej wspomnianych konsekwencji. O ile bowiem przy opracowywaniu opracowania zmierzającego do jego końca, najczęściej opisuje się to, co ma być opracowane, o tyle przy tematyzowaniu konieczne staje się, poprzez te konsekwencje, pójście głębooko³¹, czego już nie da się zrobić bez koncepcji takiego pojęcia. Mamy tu przecież dwa pola działania, metodologicznie doniosłego. 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

²⁹ Problematykę rozwinął oryginalnie J. Tischner, *Etyka a historia. Wykłady*, Kraków 2008, cz. 1; 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 nast.

³⁰ Por. A. Kość, *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor, *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 139 i nast.; S. Kaźmierczyk, *Z teoretyczno-prawnej problematyki wykładni prawa*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, s. 28 i nast.; W Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, rozdz. 1.

³¹ L. Nowak, *op. cit.*; H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (w rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, Przeorski (tłum.), t. 1, Wilno 1935, *passim*; A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 152 i nast.

aniżeli o to, jak te części (formalnie rzecz biorąc) mogą się mieć względem siebie. Przy opracowywaniu w tekście zasadniczą rolę ma *a linea*. Można powiedzieć, że poruszamy się od jednej do drugiej. Zaś przy tematyzowaniu znacznie narastanie mają kategorie metodologiczne. Od jednej do drugiej to za mało. Trzeba też, na gruncie obranej metodologii rozwinąć to, co znajduje się między nimi i pójść wyżej w celu rekonstruowania, tak rekonstruowania³², a nie opisywania, nawet nie tworzenia, gdyż rekonstruowanie w tworzeniu jest gatunkiem czynności wymagającej odpowiedniej metodologii, zapośredniczającej tworzenie, czyli innej, gdy stworzymy bezpośrednio, przyjmując, że takie tworzenie jest możliwe. Zrekonstruowanie więc jest wcześniejsze z możliwością jego uogólniania w tematyzowaniu, z możliwością jednocześnie zdolną do rekonstruowania konsekwencji badawczych w związku z założeniami o teorii prawa, ale zrodzonej z powodu tego tematyzowania. A zatem, konkludując, teoria prawa jest po prostu konsekwencją tematyzacji. Nie wdaję się w inne konsekwencje, zwłaszcza w wykładnię prawa, która przy tym podejściu mogłaby zmienić swoje nastawienie.

Dochodzę do miejsca, w którym możliwe staje się pytanie, czy teoria prawa co do swego powstania, tematycznego narastania, też rozwoju jest możliwa poza tematyzowaniem. Czy nie jest tak, że np. jej tematyczne narastanie to tyle, co suma zamieszczonych w literaturze opracowań, które nazwano teoretycznymi (filozoficznymi), bo są ogólne albo są np. głównymi problemami (...), nie bacząc na to, jak współcześnie idą ku głównym, rozwijając np. filozofię. W rezultacie mamy literaturę, którą trudno operować jako całością w kontekście teorii prawa, łatwo natomiast jako poszczególnymi opracowaniami, szukając ich porządku według indeksów rzeczowych. I dalej, są takie pozycje, przy których może mieć zastosowanie przemienność, że 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 ilość 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. Ona poza tym, że ma wydźwięk osobisto-personalny nie wnosi choćby założeń o ubogacaniu teorii prawa, gdy zarazem przyjmujemy, że krytyka powinna być też nieodzownie twórcza.

³² Zagadnienie to gruntownie rozwinął S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienie prawnawstwa*, Szczecin 1996, *passim*.

Streszczenie

O tożsamości prawa w związku z jego jakością

Tożsamość prawa i jej kwalifikująca siła bierze się z istoty prawa. Jej zdefiniowanie tak, aby ostatecznie potwierdziło ją *communis opinio doctorum* jest niemożliwe, po prostu nieosiągalne. Czym by ona nie była, stanowi trudność chyba nieprzezwyciężalną, gdyż ma w sobie, i nie wiadomo jak łączy, rozmaite przeciwieństwa, nierzadko o wzniosłym wyrazie, z prawem jako sferą niezwykle urozmaiconej faktyczności.

Słowa kluczowe: prawo, jakość prawa, tożsamość prawa.

Summary

On law identity as regards its quality

The identity of law and its qualifying power is rooted in the essence of law. To define it, so it is finally confirmed by *communis opinio doctorum* is impossible, simply unavailable. Whatever it is or it is not, probably it creates the insuperable difficulty as it includes though it is unknown how it ties in, various ideas, very often of the lofty character, with law which is a sphere of outstandingly factual property.

Keywords: law, quality of law, law identity.