

**Stanisław Kaźmierczyk**

## **Jakość prawa w dyskursie teoretycznoprawnym**

Czy jakość prawa, czy też przepisów prawa, a wcześniej, czy ustaw, czy też innych aktów prawnych? Widać, że spektrum jest rozległe. Bo też każde z tych pytań pozostaje uprawnione. W dodatku wydaje się, że jednakowo uprawnione. Występują one, co więcej powszechnie, głównie na poziomie języka perswazyjnego. Każde z nich daje się użyć dla czynienia perswazji. Nie czynię z tego głębszej uwagi. Po prostu przyjmuję, że tak jest. Nie wdaję się też w to, że samą perswazję można potraktować jako poziom komunikacji społecznej różny w różnych okresach i miejscach rozwoju społecznego. Zagadnienia te wymagają odrębnych badań i odpowiednich kompetencji. Zresztą nie ma tak, by ludzie, czy zgoła mieszkańcy jakiejś miejscowości czuli się w pełni umotywowani do przekonania, że jakość prawa jest wystarczająca. Nie wiem też, czy taką motywację, jednak zbliżoną do konformizmu, dałoby się uznać za pożądaną, a nawet możliwą. A jeśli do tego dodamy wątpliwości, czy jakościowo wysokie prawo jest przez to dobrym prawem, to niemal automatycznie wejdziemy w trudno rozstrzygalne zagadnienia.

Owszem, można by przyjąć jako założenie, że o jakości, np. ustaw, decydują techniki prawodawcze. Takie podejście jest niewątpliwie uzasadnione, gdyż ustawy są przecież tworzone w ramach działalności prawodawczej kompetentnych organów państwowych. Pod tym względem mamy bogatą literaturę, łącznie z podręcznikami, a przede wszystkim z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jednakże, mimo tego bogactwa, tradycji i ciągnących się latami doświadczeń, narzekanie na jakość prawa jest niemal powszechne. Nie będę się wdawać w prawnopolityczne przyczyny tego stanu rzeczy, bo też nie wiadomo, czy w tym wypadku one są najważniejsze. Nie będę też zajmować się tym, co sądy i Trybunał myślą o jakości prawa. W jakich przypadkach jest ona traktowana podstawowo, a w ja-

kich akcesoryjnie. Ponadto, jak odwołują się do teorii prawa i jakie to miałyby dla niej znaczenie? Kwestie te wymagają odrębnej pracy. Na pewno jakość prawa, na którą powołuje się orzecznictwo jest bezpośrednio i pośrednio związana z rządem, a dokładniej ze stylem rządzenia. Nie podejmuję tych kwestii. Wymagają one bowiem oddzielnej pracy.

Oprócz jakości prawa (tej najprostszej) tworzącej się w tworzeniu aktów prawnych, najważniejsze są pytania o prawo, o jakość jego idei. One są w nas, od samego początku naszych dziejów uporządkowanych pod względem epok. Ale tym już zajmują się filozofowie; różnie w różnych okresach. Nie będę w to wchodził. Niemniej pytanie, o współcześnie potrzebną jakość idei w dodatku współcześnie pożądanego prawa jest nadzwyczaj odpowiedzialne, ale zanedbane. Mamy też liczne prace dotyczące tego problemu z tym, że ten problem tak „rozdrabniające”, iż trudno z nich czynić użytek na poziomie zdolności do rekonstruowania nadrzędnej całości.

Wyjdę od tego, że również teoria prawa jest jego jakością. Niemniej, czy w ujęciu instrumentalnym, a więc czynienia jakości prawa, czy też jakością samą w sobie? Mimo, zdawałoby się wagi tych pytań, pomijam je, gdyż są znamienne dla tradycyjnego użycia. Zamykają teorię w pewnych granicach<sup>1</sup>, wymagając, aby tylko w nich mogła być rozpatrywana. Od nich wychodząc, sugerowano też dwa podejścia, nazywając je odpowiednio technicznym – techniki prawa oraz technologicznym z uwzględnieniem wartości prawa lokowanych na wyższym jego poziomie<sup>2</sup>. Zarówno pierwsze, jak i drugie ogranicza teorię. W pierwszym przypadku (instrumentalnym) nie da się powiedzieć niczego nowego, gdyż instrumentalność w zasadzie wyczerpuje się w opisowym przedstawianiu albo samych mechanizmów prowadzenia do skutków, albo też samego skutku. Niewiele więcej uzyskamy w odniesieniu do drugiego pytania w zasadzie obejmującego charakterystyki uwzględnianej teorii silnie w kontekście prawa.

Oprócz tego należałoby też zwrócić uwagę na dominację tych pytań (mniej o to, jak uwzględnianych) w kształtowaniu teoretycznego myślenia na gruncie teorii prawa ze szkodą dla niej samej. To powinno znaleźć się w osobnym

---

<sup>1</sup> Por. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 89 i n., P. Winczorek, *Stalość i zmienność prawa*, [w:] „Rzeczpospolita”, 11 października 2000, J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 30 i n.

<sup>2</sup> J. Woleński, *Logika Trybunału Konstytucyjnego*, „Prawo i Życie” 1997, nr 37; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 3, *passim*; M. Zieliński, *Język prawny, język administracyjny, język urzędowy*, [w:] E. Malinowska, *Język, prawo, społeczeństwo*, Opole 2004, *passim*; Z. Ziemiński, *Teoria prawa a filozofia prawa i jursprudencja ogólna*, [w:] B. Czech (red.) *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, *passim*.

opracowaniu, gdyż teoria to jedno, a myślenie teoretyczne to drugie, z takim zastrzeżeniem, że bez niego nie da się przede wszystkim rozwijać teorii, zwłaszcza jej wewnętrznego punktu widzenia<sup>3</sup>. Ta uwaga jest doniosła, tym bardziej gdy połączymy ją myślą z ciągle aktualnym pytaniem, czy zrodziła się odpowiednio wyrażona potrzeba rozdzielności (u nas prawników) z jednej strony tego myślenia, ale jako odrębnego przedmiotu badawczego, którego przecież nie da się wyczerpać w rozważaniach o argumentacji prawniczej, a z drugiej dopiero samej teorii prawa. Jest przecież tak, że uprawianie tej teorii najczęściej występuje bez potrzeby jednoczesnego proponowania reguł (dyrektyw) o tym myśleniu i nawet bez uświadamiania takiej potrzeby.

Uwagi te zamierzam wykorzystać w tym opracowaniu, czyli zaproponować inną drogę teorii (dosłownie inną) w dochodzeniu do zagadnienia jakości prawa, utrzymując jednocześnie, że teoria ta może być jego jakością. Przy takim określeniu zadania rodzą się rozmaite konteksty badawcze związane choćby z samym pojmowaniem teorii prawa i jej roli, zwłaszcza gdybyśmy jego jakość rozumieli w kategoriach empirycznie zorientowanych<sup>4</sup>. Choćby przy nich rodzą się pytania, czy ta teoria może mieć wtedy zdolność sterowania tą jakością zarówno na poziomie rozumienia prawa, jak i samego prawa i jeszcze na poziomie jego zewnętrznego punktu widzenia<sup>5</sup>. Są to niewątpliwie „duże” tematy, do których w tym opracowywaniu można się jedynie odwoływać.

Jednakże wróćmy do teorii, bo też najpierw trzeba by ustalić, czy ona staje się jakością prawa na skutek rekonstruowania jej z jakości, z różnych ich typów, czy też z jednej, lecz takiej, która przy pewnych założeniach o jej doniosłości może okazać się wystarczającą, by prowadzić do rekonstruowania teorii prawa. Gdybyśmy zostali przy dotychczasowych użyciach teorii prawa, moglibyśmy, odchodząc od rekonstruowania, po prostu przyjąć, że jakość prawa jest zagadnieniem teoretycznym, a jeśli jest takim, to wystarczy nią się zajmować, by zarazem sądzić, że zajmujemy się teorią. Wszelako jakość należy do tych przypad-

<sup>3</sup> Problematykę tę rozwija za H. Hartem P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L. Harta*, Toruń 2008, s. 51 i n. Por. Austin J.L., *Jestem niewinny*, „Znak” 1997, nr 276, s. 670 i n., T. Czeżowski, choć z innego punktu widzenia, *Dwojakie normy*, „Etyka” 1966, nr 1, s. 150.

<sup>4</sup> Problematykę tę oryginalnie rozwija M. Paździora, *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach*, [w:] M. Błachut (red.) *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność prawa*, Wrocław 2007, *passim*. Por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, rozdz. I. Por. R.A. Tokarczyk, *Filozoficzna systematyzacja doktryn prawa natury*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 163 i n.

<sup>5</sup> M. Zirk-Sadowski, *Hermeneutyka a problemy filozofii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. XXVIII, 1982 r., s. 10 i n. Por. R. Piłat, *Natura refleksji* [w:] M. Urbański i P. Przybysz (red.) *Funkcje umysłu*, „Poznańskie Studia z Filozofii Humanistyki”, Poznań 2009, s. 121 i n.

ków, które same w sobie mają być teoretyczne bez potrzeby dochodzenia, czy są teoretycznymi. O teoretyczności, w tym wypadku, rozstrzyga samo przesądzenie. Ono występuje pod różnymi i zawsze prostymi do rozpoznania postaciami. Jest wtedy, gdy ktoś, głosząc, że coś jest teoretyczne, sam jest teoretykiem prawa albo ogłosi to w pracy zaliczanej do teoretycznych, albo też użyje wypowiedzi dostatecznie ogólnych.

Takie postępowanie niewiele ma wspólnego z tworzeniem i z rozwijaniem teorii. Wtedy można przyjąć, iż, wychodząc od teorii jako czegoś stałego, kwalifikujemy coś jako teoretyczne. I tak jest zawsze, musi być zawsze, gdy od niej wychodzimy i idziemy ku czemuś. Są to zabiegi przesądzające i kończące się na przesądzeniu. Z niego nic nie wynika poza przesądzeniem. Idąc tym tropem, mógłbym, a byłoby to łatwe i w sposobie dotychczasowego uprawiania teorii prawa akceptowane, po prostu powiedzieć, że jakość prawa jest zagadnieniem teoretycznym. Następnie trzeba by było tę jakość omówić, przyjmując „po drodze” odpowiednią dla niej definicję i na tym (niewiele upraszczając) zakończyć. Przy takim sposobie postępowania badawczego trudno byłoby znaleźć miejsce dla pytania, co to wnosi nowego do teorii prawa? Powiem od razu, że niczego nie wnosi, gdyż użyto nieodpowiednich instrumentów i sposobów badawczych. Chcąc, żeby wniosło, trzeba (i to w mocnej wersji tego słowa) w miejsce „przesądzania” użyć „rekonstruowania”, bo tylko w nim tkwią nieodzownie twórcze możliwości. Bo też nie ma odtwórczej teorii, chyba, że z niej będziemy chcieli opisowo zdać sprawę. Wtedy opiszemy ją, co nie będzie łatwe i proste, gdyż co najmniej trudno opisuje się coś, co ze swej natury jest rozwojowe i dynamiczne, wewnątrznie dynamizujące się, a zatem wymagające twórczego podejścia.

W tym miejscu, sądząc, że wydaje się tu widoczne proponowane podejście badawcze w przedmiocie tytułowej kwestii tych rozważań oraz w ślad za odrzuceniem wspomnianego przesądzania, iż coś jest teoretyczne, oraz przede wszystkim w potrzebie rekonstruowania teorii jakości prawa, przytoczę odpowiednie do tego rozumienie tej jakości, oczywiście z zastrzeżeniem, że na użytek tych rozważań. Wychodząc z założenia, że miarą jakości jest postęp, choćby nie był przez wszystkich akceptowany, zakładając przy tym, iż jakość prawa to tyle, co jego zdolność do kreowania w sumie postępu społecznie i cywilizacyjnie uzasadnionego. Pominięte zostaną przypadki, gdy o jakości prawa miałyby rozstrzygać ewentualne jej modele oraz zgodność z nimi obowiązującego prawa. Widać, że w przytoczonym określeniu (założeniu) nie ma postulatów o charakterze dogmatycznoprawnym. Natomiast mogą w nim występować postulaty rozwojowego kształtowania i związane z nimi cele. Jakość tej dogmatyki to przede wszystkim jakość przepisów (norm) prawnych. Moim zaś celem jest teoria prawa, są-

dząc, że ona jako jego jakość nie może nie mieć znaczenia dla jakości tych przepisów. Jest kwestią, czy mamy jedną czy też więcej aniżeli jedną teorię prawa. Trudno w tym szkicu o tym rozstrzygać, w dodatku bezdyskusyjnie. Niemniej są tematy, a raczej sfery prawa, dla których trzeba osobnej teorii. Niewątpliwie, jakość prawa do nich należy. Bo też nie da się w teorii prawa zajmować się jego jakością, „balansując” między tematami, czyniąc w dodatku z tego „balansowania” „wielkie odkrycie”. Bo też dobrze by było wyprowadzić tę jakość ponad prawo przynajmniej dla jego sterowania. I nie da się tego zrobić bez tworzenia teorii jakby zastrzeżonej wobec jakości prawa.

Następnie, dopuszczając wielość typów jakości prawa łącznie z powyższym jej określeniem, w dużej mierze uniwersalizującym tę jakość, gdyż możliwe jest, by ono mogło mieć zastosowanie w każdym z tych typów, a ponadto, rekonstruuując relacje między tymi typami, można będzie z nich wyprowadzać nowe problemy prawa kierowane ku tworzeniu teorii tej jakości. Tej drodze należałoby poświęcić odrębną pracę. Ale, co widać, droga ta jest możliwa, choć bardzo złożona i dzięki temu poznawczo płodna. Ona, niemal całkowicie odwraca dotychczasowy porządek myślenia o jakości prawa. Bo po pierwsze, czym innym jest samo dochodzenie, a więc jej ustalanie w wiadomym przypadku albo kontekście, co widać zwłaszcza na przykładzie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, a czym innym przecież jej traktowanie jako mentalnej kategorii, jako mentalne jej tworzenie, a w takim tworzeniu dopiero jego wyjaśnianie, w dodatku ujmując prawo w tym wyjaśnianiu jako jakość.

Rozumiem, że prawo może być wyjaśniane na wiele sposobów, ale czym innym są te sposoby, nierzadko traktowane w umyśle tak jak prawo, a niewątpliwie czym innym prawo z użyciem w jego poprzedniku słowa „jako” i to w odniesieniu do prawa, a nie jego części – przepisu prawnego. Wynikające z tego dystynkcje nie zawsze są przestrzegane z możliwą ich głębią. Przepis, już z przyzwyczajenia, zaliczany jest do propedeutyki prawoznawstwa, zaś jakość do teorii prawa. Takie podejścia nie mogą służyć tej głębi.

Sądzę: prawo jako jakość w niczym się nie utożsamia z dotychczasowymi zapatrywaniami na prawo w rozumieniu, że ono reguluje. To „reguluje” zaprowadziło już prawo na płycizny myślenia prawniczego. I tkwi tam bez względu na to, czy opowiadamy się za pozytywistyczną czy niepozytywistyczną koncepcją prawa. Prawo jako jakość też jest regulujące, ale co do dążeń, a nie co do zachowań jego adresatów, gdyż zachowania są na jego podstawowym poziomie. Przyjmując, że jakość prawa jest sprawą orientacji i dążeń przekształcających prawo, nie da się wykluczyć zmiany charakteru mocy regulującej przepisów prawa tak, aby jej efekty nie były mierzone wyłącznie zgodnością zachowań z przepisami prawa.

Gdzie tkwi źródło niemocy przechodzenia na prawo jako jakość? Myślę, że w całkowitym zaniedbaniu podejścia do wykładni doktrynalnej. Na tym cierpi cała dotychczasowa wykładnia prawa, przede wszystkim jej refleksyjny charakter, a zwłaszcza, że nie jest ona wykładnią nowoczesną, nowoczesnego prawa, zaśniedziałym powtarzaniem tej samej terminologii, co też sprawia, że ważną, z dzisiejszego punktu widzenia, wykładnię celowościową pokrywamy mnóstwem terminów, jakby mechanizmami terminologicznymi, z których nie można się przebić na nowe koncepcje.

Są to zdaje się przekonujące konteksty, by zająć się przynajmniej ustaleniem charakteru (poznawczego) budowanej przez nas doktryny (literatury) prawa. Bez tego wychodzenie na wykładnię doktrynalną jest niemożliwe, a więc musi być dotychczasowe jej rozumienie. Odbudowa tej wykładni powinna być miarą odbudowania tej literatury, w której niestety charakter i styl podręcznikowy są dominujące<sup>6</sup>.

Odejście od tego stylu i charakteru na pewno nie jest proste. Złożyły się na nie lata praktyki naszego myślenia prawniczego bardziej z powodu na przestrzeganie terminologii i utartych schematów aniżeli na mentalnie wyzwolone możliwości o innych postulatach badawczych. A więc trzeba by było najpierw zmienić zapatrywania na rolę literatury (doktryny) w świecie powinności<sup>7</sup> i to zarówno wobec niej samej, co by mogło się przekształcić w intelektualizację prawa, której (w gruncie rzeczy) nie mamy, chyba że uznamy za nią aktualne postępowania badawcze, jak i na jej adresatów kształtowania nowoczesnych dążeń, np. cywilizacyjnych prawa.

Sądzę, że to jest fundament budowania jakości prawa. Bo też nie może być możliwe rekonstruowanie teorii jakości prawa bez tych zmian czy też przekształceń. Postulat, by zrobić jakość prawa z pominięciem przekonań o aktualnie spetryfikowanym myśleniu prawniczym, w pełni odpowiada temu, co teraz o tej jakości mówimy. Tak, mówi się, że jakość jest do zrobienia. Podobnie jak do zrobienia jest rzecz. Sądy takie spotykamy nie tylko w publicystyce, ale również w wystąpieniach parlamentarnych i innych opracowaniach, w których po prostu wypada mówić, że jakość prawa jest zła.

Z takich wypowiedzi nie da się rzetelnie wyjść na propozycje zajmowania się tą jakością. Ona musi być poprzedzona najpierw jeszcze głębszym niż teraz myśleniem prawniczym, w ogóle tym myśleniem i dopiero odpowiednio do tego głębszą koncepcją dążeń prawa. I z tego właśnie powodu wiązanie z jakością po-

---

<sup>6</sup> S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] A. Choduń, S. Czepita, (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego*, Szczecin 2010, s. 257 i n.

<sup>7</sup> S. Kaźmierczyk, *op. cit.*, *passim*.

trzeby rekonstruowania dla niej teorii, teorii jakości prawa zdaje się być konieczne. Co więcej, prawo jako jakość w niczym się nie utożsamia z zastanymi tezami prawa, które najczęściej obejmują zagadnienie zgodności z prawem, jego wartościami, ale najwięcej w kontekście tej zgodności.

Wróćmy jeszcze do słowa „jako”. Jego używaniu mogą towarzyszyć różne uwagi. Jakość prawa bez „jako” może oznaczać, że samo prawo po spełnieniu jakichś warunków, ma jakość. W tym opracowaniu nie chodzi o to, że ono jest w nią wyposażone, choćby na zasadzie, że jest kategorią społecznie konieczną. Jednakże gdybyśmy na tym poprzestali, wystarczyłoby już samo oświadczenie wyrażające się w samym zaimku, że „ma”. Tymczasem „jako” spełnia tutaj rolę wskazywania na prawo jako na jakość, co do której nie ma wątpliwości, że jest, ale by powiedzieć „jako”, należy się wyposażyć w mentalne instrumentarium, przy których jakość prawa staje się względem niego kategorią zdolną do użycia prawa na poziomie podanym w powyższym określeniu jakości. Gdyby to zostało pominięte, wówczas równie dobrze przez tę jakość możemy rozumieć dobre spełnienie się działalności prawodawczej przy wydawaniu ustawy. Wtedy jakość zostałaby tym spełnieniem, ale ta jakość byłaby już kwestią technicznych aspektów prawa, których nie podzielam w związku z jego jakością. Bez tego słowa zatem jakość prawa byłaby traktowana wprost i wówczas można byłoby sądzić, że ona nakłada się na dotychczasowe jego rezultaty prawodawcze albo rezultaty stosowania prawa i staje się jakimś miernikiem tych rezultatów. A one w kontekście jakości prawa stają się trudnym do skonceptualizowania problemem. Istotną cechą prawa jak i funkcji jego języka, jest wpływanie, aby nasze zachowania były z nim zgodne.

Tę spełniającą się zgodność możemy określić jako jego rezultat najczęściej pozytywny. Nie wdaję się w różnicę między już zgodnym tylko sposobem zachowania jako rezultatem niemal samym w sobie a skutkiem zgodnego zachowania się będącego jakimś odrębnym faktem. To rozróżnienie nie ma tutaj większego znaczenia. Bo też wydaje się być pewne: prawo tworzone z myślą, aby było przestrzegane, a w tym z myślą o jego racjonalności, czyli, aby było należycie wynikowe, nie daje się traktować tak, by w momencie wynikającego zeń rezultatu jako przestrzegania, mogło być zarazem traktowane jako jakościowo spełnione. Utożsamianie jakości ze spełnionym przestrzeganiem jest co najmniej nieodpowiednie.

Wtedy trzeba by było bowiem z czegoś zrezygnować. Najlepiej z jakości, bo samo przestrzeganie, w upraszczającej się praktyce, byłoby wystarczające. Sądzę, że moment tego upraszczania również dokonywany pod wpływem społecznych oczekiwań jest też jakąś przyczyną traktowania jakości jako czegoś zarazem spełniającego się w przestrzeganiu, w dodatku upraszczanym przestrzeganiu.

Takie myślenie, milcząco spychające jakość prawa do jej utożsamiania z przestrzeganiem, choć jest pozytywnie wyczuwana, ma (niestety) wpływ ograniczający. Jakość prawa (dodajmy) z jego „jako” w poprzedniku ma ten walor, iż w niczym nie przeszkadza w owej tęsknocie za upraszczaniem. Trzymając się również tego, że tej jakości należałoby również odrębnie zrekonstruować teorię – teorię jakości, uważam ją za kategorię o dużej mocy sprawczej, zewnętrznie kształtującą się względem prawa dla uczynienia z niego jakości nieodzownej w dążeniach wspomnianych w jej określeniu, a więc waloru, którego prawo nie pozyska, jeśli zostanie sprowadzone do zgodnego z nim zachowania.

Przy tej okazji przypomnę, co powszechnie wiemy, że prawo ma swoje wartości. One też mają bogatą literaturę, jednakże o dużej sile raczej kolokwializmów. W niej rozstrzyga się przede wszystkim o tym, czym są te wartości, np. wartości w Konstytucji i jak one służą stosowaniu prawa. Dzisiaj one mają swój dalszy rozwój, a wśród nich prace wychodzące poza stosowanie prawa<sup>8</sup>, służące za podstawę tworzenia się etycznego zwrotu prawa<sup>9</sup>. Literatura ta ma zwłaszcza rozbudowane spektrum, jeśli chodzi o wykładnię funkcjonalną, a w tym luzy decyzyjne, klauzule generalne itp. Nie brakuje też ważnych uwag, że prawo przestałoby mieć walor społeczny, gdyby nie te wartości. Ale to wszystko w zasadzie jest podporządkowane funkcjonowaniu, zwłaszcza sądowemu funkcjonowaniu prawa z jego przestrzeganiem z rozumieniem w „roli głównej”.

Oczywiście, zagadnienia te mają o wiele głębszą naturę aniżeli same stosunki między wartościami a prawem, czy wreszcie prawem a moralnością<sup>10</sup>. Stosunki te są przedstawiane i mają pod tym względem szeroką literaturę<sup>11</sup>. Ale ograniczanie ich do przedstawiania doprowadziło do wyczerpania się myślenia na ich temat. Najczęściej mamy, w tym zakresie, liczne powtórzenia i mówienie o nich od początku. Ciągłe nie ma pogłębionej refleksji nad tym, czy to jest za-

---

<sup>8</sup> Por. M. Safian, *Omnia sunt interpretanda*, „Newsweek” 2007, nr 5; Ricoeur, *Egzystencja i hermeneutyka. Rozprawy o metodzie*, tłum. Bieńkowska, Warszawa 1985, rozdz. II.

<sup>9</sup> M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do UE*, [w:] S. Wrótkowska (red.), *Polska kultura prawna, a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, *passim*; Jopek-Bosiacka, *Przykład prawny i sądowy*, Warszawa 2006, s. 30 i n., K. Kaniowska, *Heurystyczna wartość wiedzy antropologicznej*, [w:] A. Pomieciński, S. Sikora (red.), *Zanikające granice. Antropologizacja nauki i jej dyskursów*, Poznań 2009, s. 48 i n.

<sup>10</sup> Kwestie te rozwinął W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, *passim*. Tenże, *Relacje między prawem a moralnością*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 120 i n. Por. A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, rozdz. I.

<sup>11</sup> Por. A. Kość, *op. cit.* Por. S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, *passim*.



gadnienie stosunków między prawem a moralnością, czy też nastawienie prawa na zwyczajne „zawłaszczanie” moralności, by w tych „zawłaszczonych” fragmentach czynić ją również prawem. Stosunek moralność a prawo jest w dużej mierze zagadnieniem ciekawości, wszak one są pod wieloma względami podobne do siebie, a moralność (historycznie rzecz biorąc) była przyczyną prawa. Czy dzisiaj może być odwrotnie, tzn., czy współczesna cywilizacja, łącznie z jej postępowymi tendencjami może prowadzić do sytuacji, że prawo staje się m.in. źródłem moralności, zwłaszcza z zakresu stosunków międzyludzkich. Naturalnie, to wymaga odrębnej pracy, a może nawet odrębnej teorii prawa. Wydaje się być pewne, że dzisiaj stosunek prawa do moralności domaga się już zupełnie innych założeń i rodzi podejrzenia, czy nie jest tak, że zmieniły się w nim zasady dominacji. Wątpliwość tę (co więcej) można rozciągnąć na wszystkie stosunki, wychodząc od prawa do... Można je traktować tak jak dotychczas, zupełnie nie bacząc na to, że „do” obejmuje przecież rozmaite stany przestrzeni między członami takiego stosunku. Dotychczas mówiono o prawie albo o moralności no i oczywiście o różnicach czy też podobieństwach między nimi. Tymczasem sądzę, że nie da się powiedzieć, bez zastrzeżeń o wątpliwościach, iż takie przedstawianie stosunku może być wystarczające i tym samym zalecane.

Ta przestrzeń wypełnia zapośredniczanie między prawem a moralnością i w tym zapośredniczaniu właśnie kryje się ranga poznawcza tego stosunku oraz jego poznawcze efekty. Można go przestawić, nie używając roli zagadnień zapośredniczających. Przeciwnie, można te zagadnienia rekonstruować jako pewne kontinuum, a przez to czynić z badanego stosunku proces intelektualizacji tego, co się w nim łączy i zarazem generuje, przewyższając sam stosunek. Różnice między jednym a drugim podejściem są ogromne pod względem badawczym. O ile, przedstawiając, można je opisać, używając np. charakterystyk języka jednego i drugiego członu tego stosunku, o tyle w drugim podejściu może się szybko okazać, że sam stosunek wyczerpuje się na jakimś etapie zabiegów wspomnianego intelektualizowania i w jego miejsce wchodzi intelektualizujące efekty wspomnianej przestrzeni.

Wróćmy do teorii o jakości prawa. Jakość jako twór o charakterze mentalnym nastawionym na empirycznie sprawdzany efekt, a ponadto zewnętrzny względem prawa, zdolny do sterowania nim w celu kształtowania dążeń wspomnianych w powyższym określeniu tej jakości, pozostaje w stosunku do prawa, może być względem niego charakterystyczną mocą sterującą inaczej na etapie jej intelektualizacji i odpowiednio do niej weryfikacji dotychczasowej doktryny, o czym wyżej wspomniałem oraz inaczej we wspomnianym sterowaniu. Jedno i drugie, jako podstawowe w rekonstruowaniu teorii jakości prawa, wymagałoby odrębnego opracowania, które jest możliwe oczywiście przy założeniach o wery-

fikacji dotychczasowej i w ślad za tym o projektowaniu założeń o nowej doktrynie. Na tle przedstawionych propozycji punktem wyjścia ich rozwoju mogłaby być weryfikacja dotychczasowej literatury prawniczej ze względu na jej podręcznikowy i pozapodręcznikowy charakter. Rola tej weryfikacji zdaje się być doniosła. W jej następstwie przynajmniej by dotknięto, i to nawet co do istoty, dotychczasowy sens podziału w nauce prawa na nauki dogmatycznoprawne i teorię prawa oraz (być może) ostrzej by dostrzeżono różnice między poglądem podręcznikowym a rolą pozytywizmu prawniczego. To się miesza, a mogłoby być jednoznaczne. Nawiasem mówiąc, nie jest tak, że w literaturze teoretycznoprawnej nie ma prac o charakterze podręcznikowym czy zgoła kolokwialnym. Bo też nie można konsekwentnie sądzić, że opracowania teoretycznoprawne mają być konsekwentnie pozapodręcznikowe. W rezultacie daje to pewną przejrzystość, przecież nieodzowną, a teraz nieobecną w myśleniu o uwarunkowaniach doktrynalnych zwłaszcza w kwestiach teoretycznoprawnych.

Wszystko to pozwala sądzić, że również w tym miejscu, tym bardziej na tle poczynionych uwag o doktrynie prawniczej i zdaje się możliwościach jej typologii w kontekście jakości prawa, mamy do czynienia ze stosunkami między wspomnianymi kategoriami w doktrynie, z których (następnie) daje się wyprowadzać kolejne stosunki (relacje) między jakością a prawem, a z nich wychodzić na rekonstruowanie teorii jakości prawa.

Inaczej niż poprzednio te stosunki łącznie ze stosunkiem wychodzenia są wyjątkowo złożone. Zapewne nie jest możliwe ich przedstawianie albowiem mamy tu do czynienia z efektami o charakterze mentalnym, co sprawia, że one, każdorazowo mają być odpowiednio i wewnątrz tego charakteru – rekonstruowane. Z tego też powodu w nim mogą się wytwarzać niejednakowe struktury nawet przy jednakowych elementach. A do tego dochodzi jeszcze to, że oprócz prawa pozostałe elementy nie są dane. Wymagają ustalania w drodze rekonstrukcji i konceptualizowania, konceptualizowania doktryny zwłaszcza, by następnie dało się powiedzieć, co współcześnie może być przyjęte za jakość prawa. Ona wszelako jest „ruchoma”. Nie może być stałą, „nieruchomą prawdą”<sup>12</sup>. W tym wszystkim ważne są przestrzenie między elementami tych stosunków, czy też jednego, ale złożonego stosunku. Otóż, rekonstruując te przestrzenie, w zasadzie rekonstruujemy teorię jakości prawa. Po prostu one są tą teorią. Idąc tą drogą, osiągamy odpowiednio głębokie myślenie prawnicze, bo też jakość prawa nie zależy od jego powierzchniowych zagadnień.

---

<sup>12</sup> Piszę tak pod wpływem oryginalnych propozycji badawczych Gołąba M., *Muzyczna moderna w XX wieku*, Wrocław 2011, s. 9 i n.

Przyznaję, że w powyższych rozważaniach mamy przewagę kontekstów nad rozwiązaniami, więc gotowymi propozycjami, które by w pełni legitymowały (uzasadniały) te konteksty. Ta „nadprodukcja” bierze się z jednej strony z mnogości posługiwania się kontekstami jako usprawiedliwianiem braku ostatecznych rozwiązań, choć z drugiej strony, dzięki tej przewadze wzmocnionej proponowanymi założeniami, możliwy staje się wybór zagadnień proponowanych dla wyjaśniania sytuacji problemowych jakości prawa zwłaszcza poprzez ujawnianie ich złożoności. Mimo ewentualnych zastrzeżeń sądzę, że ta droga wyjaśnienia jakości prawa jest bogatsza aniżeli jej powszechnie odczuwana krytyka. Z tej krytyki niewiele wynika, gdyż w gruncie rzeczy nie jest ona krytyką, lecz negacją jakości prawa. Krytyka powinna się rozwijać według wcześniej przygotowanej koncepcji, w dodatku nie tyle krytyki, co przygotowań prawa do jego jakości, ale nie w rozumieniu prawidłowo użytych technik prawodawczych, lecz podanym wcześniej określeniu jakości prawa.

Prawo jako jakość a jakość prawa jako przynależna prawu, więc jakość prawa w aspekcie przymiotnikowym i bezprzymiotnikowym. To rozróżnienie może zapowiadać różnice, różnice między prawami w prawie nawet co do istoty ich rozumienia. Raz, jest to jakaś postać prawa w jego instrumentalnym charakterze jakości, ale jako stawanie się jakością. A to wydaje się być najważniejsze i doścignę, oczywiście pod warunkiem odkrywania prawa również jako prawnie determinowanej jakości. Dwa, jakość prawa w przymiotnikowym wyrazie jako jego cecha zewnętrznie mu przydana. Wtedy byłoby tak, że prawo to jedno a jego jakość to drugie będące m.in. następstwem nagromadzenia się przy prawie wielości jego pozytywnych ocen w przekonaniu, że one go charakteryzują.

O ile w przypadku pierwszym chodzi o to, by prawo, doktrynalnie rzecz biorąc, stało się wartością na poziomie możliwości zamiennego traktowania jakości i prawa przy założeniu, że ta jakość byłaby jednocześnie prawem z jego prawnymi charakterystykami, o tyle w przypadku drugim, jakość ma możliwość stania się dla prawa wartością akcesoryjną. Ona wtedy nie ma szans spełniania się odpowiednio do jej wyżej podanego określenia.

Bez tych rozróżnień zagadnienie jakości prawa może się okazać nadmiernie uproszczone i wtedy niemal zawsze można by było dopasować go do każdego przypadku i powiedzieć, że on czyni (nie czyni) zadość tej jakości. W takiej właśnie upowszechniającej się prostocie traktowania jakości prawa upatruję główną przyczynę zaniku refleksyjnego zajmowania się tą jakością. Sądy nie mają z nią problemu. One, ze względu na dany kontekst, mogą mieć swoje zdanie odpowiednio do zagadnień prawnych, które rozstrzygają w rozstrzyganiu sądzonej sprawy. A obywatel, za środkami masowego przekazu, źle wypowiada się o jakości prawa. Trudno się temu dziwić. Prawo na ogół zredukowane do jego przepi-

sów staje się kategorią głównie instrumentalizowaną na wypadek powstających stanów faktycznych. Z tego też powodu prawnik staje się coraz bardziej zwykłym technikiem. Prawodawca natomiast twórcą technicznych rozwiązań. W przypadku prawa są to przyczyny ograniczające myślenie prawnicze i w ślad za tym społeczne funkcje dążeń, w których dopiero, jak sądzę, sprawdza się rozumienie i doniosłość jakości prawa. Oczywiście, to nie może oznaczać, że techniczne walory prawa nie mają tu znaczenia. One, w ślad za oceną działalności prawodawczej, mają być tworzone według najlepszych wzorów i dobrej roboty w tej działalności. Wszak przepis prawny jest kategorią, od której zaczyna się prawo i najbardziej podstawowy w rozstrzygnięciu indywidualnych spraw. Niemniej, czym innym jest to, że on ma być dobrze zrobiony, a czym innym jakością prawa w podanym tu rozumieniu. Jednakże, daje się przyjąć, że źle zrobione przepisy pociąga za sobą (dalej idąc), że całe prawo jest złe. Ale to nie oznacza, iż wtedy przekreślona zostaje jakość prawa. Ona wówczas nie może się spełnić, zaktualizować, pogłębiając (przynajmniej) złe oceny prawa, ale nie jego jakości. Jakość prawa, kategorialnie biorąc, jest immanentnie nieodzowna i wymaga przede wszystkim transcendentnego myślenia w doktrynie prawniczej.

W związku z tym, gdybyśmy zarzucili powyższe uwagi i propozycje oraz wątpliwości i wobec tego stanęli przed aktualną teorią prawa, w gruncie rzeczy prawa jako jego przepisów, a nie poziomów myśli, wyprowadzanie z niej teorii jakości prawa zdaje się być niemożliwe. Po pierwsze, aktualna teoria jako nieruchliwa, służy jedynie aktualnym podejściom do prawa i aktualnym podejściom do jego badania, co nie oznacza, że nasza literatura jest, w każdym przypadku, bezkrytyczna. Jednakże ta krytyka, w większości przypadków, bazuje nie na nowych postulatach i ich rekonstruowaniu, lecz na poszczególnych jej tematach. Jest mocno stematyzowana. Po drugie konieczne jest zarazem rekonstruowanie nowej teorii prawa, ale na gruncie teorii jego jakości opartej (co oczywiste) o nowe założenia i odmiennego od dotychczasowego myślenia prawniczego.

Trzymając się tego, można powiedzieć, że teoria tej jakości jest również jakością prawa, należy do jego jakości. Sądzę, że tego nie da się wykluczyć przy proponowanych tu podejściach. Nie ma też przeszkód, by przyjąć, że istnieje takie metaprawo prawa obowiązującego, które byłoby jego jakością. Ale nie koniec na tym. Trzeba byłoby się zdecydować najpierw na jakąś typologię i odpowiednio do niej przyjmować, czy chodzi o jakość prawa w rozumieniu (o czym już wspominałem) przedmiotowym, rzecz można – najniższym, czy prawa odpowiednio zintelektualizowanego na kierunku zwłaszcza rekonstruowania założeń o charakterze doktryny prawniczej, czy też prawa stosowanego, ale w rozumieniu procesów myślowych, myśli, a nie schematów myślowych odpowiednio utrwalonych, które stają się przez to prawem stosowania, zajmując w nim naj-

wyższe miejsce. Wreszcie, czy też prawa jako rezultatów jego wykładni. Z nią można wiązać największe nadzieje na jakość prawa, kształtując ją również jako teorię tej jakości – albo w ramach jej teorii.

Lista tych pytań jest otwarta. Podobnie też jakość prawa jest otwarta. Są więc jakości prawa zależne od sensów ujęcia prawa. Są też jakości prawa i jej różne sensory. Jak to wszystko może się mieć do siebie jest również ważnym pytaniem dotyczącym niewątpliwie głębokich struktur poznania prawa. Następnie, jak można by było wyposażyć w te pytania (problemy) teorię jakości prawa i z kolei samą teorię prawa w tę pierwszą. Te pytania o wyposażaniu zdają się prowadzić naszą teorię w inny już horyzont badawczy. Sądzę w związku z tym: dotychczasowym poglądom na jakość prawa, upatrującym ją głównie w nowych rezultatach prawodawczych, nie można przypisać waloru teorii, lecz, zwyczajnie mówiąc, nowość materii ustawodawczej. To zaś, czy ta nowość spełnia warunki jakości, jest zagadnieniem odrębnym i nie można jej automatycznie traktować zamiennie z jakością prawa. Nie będę tego wątku rozwijał, choć ma bogatą literaturę, ponieważ nie pozostaje w związku z moimi propozycjami.

One, jak sądzę, mogą prowadzić na poziom istoty prawa. Na nim zaś mamy do czynienia z grą problemów o innej funkcji – że podkreślę. Tu się gra o prawa, o swoistą refleksję nad prawem w jej wyższym uwikłaniu aniżeli stosowanie, w jej uwikłaniu co do jakości prawa. Zidentyfikowanie tego poziomu choćby przez wyliczenie jego elementów nie jest proste. On jest otwarty i wolny od limitów. Bo też istota prawa, która naznacza ten poziom, nie może być rzeczownikowa np., że norma, przymus, władza itp. Pozostaje jako permanentnie intelektualizowany w kierunku permanentnej odnowy rekonstruowania tej istoty wraz z tym rekonstruowania jakości prawa. Gdy chodzi o prawo, jego istota i jakość, jakość na poziomie tej istoty, nie jest raz na zawsze dana. Tak było w poglądach marksistowskich. Trzeba do niej dochodzić w rekonstruowaniu, a nie w naznaczaniu jej jako jakiegoś rzeczownika. Jak z tych rozważań wynika, zagadnienia jakości zależą, w dużym stopniu, od naszych zapatrywań na prawo i jego społeczne role.

## **Summary**

### **The quality of law in the theoretical and cognitive discourse**

Considering the plurality of law quality types including its above mentioned description, which largely universalizes this quality, as it is possible for it to be applied in each of these types, furthermore reconstructing relations between

these types it would be possible to derive from them new law issues directed to creation of theory of this quality. Separate paper should be devoted to this path. But, as one can see, this path is possible although very complex and thanks to it very prolific from the cognitional point of view. It reverses the previous way of thinking about the quality of law almost completely. First of all, drive itself – that is to say establishing in a known event or context what could be seen on the examples of Constitutional Tribunal judicial decisions – is something completely different, than treating it as mental category, its mental creation, and during this creation explaining it additionally presenting law as quality

I understand that law could be explained in several ways, but this ways, often understood in one's mind as law, are something completely different than law when we use "as" before it referring to law, not to its part – legal provision. The differences that appear as a result of it are not always obeyed with the whole depth adequate for them. Legal provision out of habit is classified to propaedeutics of jurisprudence when quality to the theory of law. These approaches could not serve this depth.

I think: law as quality does not identify at all with previous views on law if we see it as something that regulates. This "regulates" has already leaded law on the shallowness of legal thinking. And is stuck there regardless of whether we support positivistic or non positivistic concept of law. Law as quality also performs regulation function but with reference to the aspirations, not to the behavior of its addressee as behaviors are on its basic level. Assuming that law quality is a matter of orientation and aspirations transforming law it is not possible to exclude the change of character of regulating power of law provisions the way that its effects were not measured only by conformity of behavior with law provisions.

Where is the source of incapacity of conversion to law as quality? I think it is in total negligence of approach to doctrinal interpretation. The whole previous law interpretation suffers from it, first of all its reflective character, especially as it is not modern interpretation, of modern law, rusty repetition of the same terminology which causes that important from the today's point of view functional interpretation we cover with a lot of terms as if terminological mechanisms, from which there is no way to plow to the new ideas. These seem to be convincing frameworks to at least try to determine the character (cognitional) of the law doctrine (literature) build by us. Without it going out to the doctrine interpretation is impossible, so the previous comprehension of it has to stay. Reconstruction of this interpretation should be the means of reconstruction of the literature in which unfortunately school-bookish character and style are dominant.