

Andrzej BATOR

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Polska

Prawo wobec polityki i polityczności. Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię?

Law vs. Politics and *the Political*: Does the Instrumentalization of Law Have a Chance to Restore Its Reputation?

• Abstrakt •

W artykule autor próbuje „odczarować” negatywny obraz instrumentalizacji prawa, jaki został ukształtowany w literaturze teoretycznoprawnej. Polskie prawoznawstwo za sprawą doświadczeń tzw. realnego socjalizmu miało szczególne powody do uprzedzeń względem tej problematyki. W tekście wykorzystywane są teoretyczne inspiracje pochodzące spoza nauk prawnych (filozofia pragmatycznego instrumentalizmu Johna Deweya, koncepcja polityki Maxa Webera, koncepcja polityczności Chantal Mouffe) oraz *stricte* prawnicze teorie instrumentalizacji (Sanne Taekema wariant pluralistyczno-responywny, Wiesława Langa ujęcie nieredukcjonistyczne). Głównym przesłaniem opracowania jest zmiana problemowego podejścia do instrumentalizacji prawa: zastąpienie tradycyjnego pytania o granice instrumentalizacji prawa stanowionego przez państwo pytaniem, jak prawo – nie ryzykując utraty swoich zasadniczych wartości i funkcji – może kooperować z naturalną skłonnością ludzi do instrumentalizowania swojego zachowania w warunkach demokratycznego, pluralistycznego

• Abstract •

In the paper, the author attempts to “disenchant” the negative image of the instrumentalization of law that has been formed in the theoretical and legal literature. Polish jurisprudence, due to the experience of the so-called ‘real socialism’, had particular reasons to be prejudiced against this issue. The text makes use of theoretical inspirations coming from outside of jurisprudence (John Dewey’s philosophy of pragmatic instrumentalism, Max Weber’s concept of politics, Chantal Mouffe’s concept of *the political*) and strictly legal theories of instrumentalisation (Sanne Taekema’s pluralistic-responsive variant, Wiesław Lang’s reconstructionist approach). The main aim of the paper is to change the approach to the instrumentalization of law: to replace the traditional question about the limits of instrumentalization of the law made by the state with a question about how the law – without risking the loss of its fundamental values and functions – can cooperate with the natural tendency of people to instrumentalize their behaviour in the conditions of a democratic, pluralistic society. The theses of the paper are set

społeczeństwa. Tezy artykułu osadzone są w liberalnej wizji porządku społecznego, jednak z istotną korektą polegającą na odwołaniu się do założeń pragmatyzmu i poststrukturalizmu. W zakończeniu autor wskazuje również na perturbacje, jakie może powodować w prawoznawstwie aplikowanie niektórych twierdzeń z obszaru teorii polityki opartych na poststrukturalistycznych założeniach.

Słowa kluczowe: autonomia prawa, demokratyczny pluralizm; instrumentalizm; granice instrumentalizacji prawa; polityka; polityczność

in the liberal vision of social order, however with a significant correction consisting in referring to the assumptions of pragmatism and post-structuralism. In the conclusion, I also point out the problems that can be caused in jurisprudence by the application of certain concepts from the area of political theory based on post-structuralist assumptions.

Keywords: autonomy of law; democratic pluralism; instrumentalism; limits of instrumentalization of law; politics; the political

1. Sanne Taekema, holenderska profesor jurysprudencji, tekst poświęcony instrumentalizacji prawa rozpoczyna od przywołania ważkiej, choć dla polskiego czytelnika raczej nie odkrywczej myśli, że „legal instrumentalism has a bad name” (Taekema, 2017, s. 116). Autorka wyjaśnia przyczynę tej opinii. Jest nią redukcjonowanie prawa do roli narzędzia realizacji zewnętrznych celów politycznych i gospodarczych. Próbuje też odpowiedzieć na pytanie, jak można ewentualnie odzyskać, jeśli już nie dobre imię, to przynajmniej neutralne aksjologicznie znaczenie „instrumentalizacji prawa”. Jak twierdzi: „ideę instrumentalizacji prawa można interpretować na sposób nieredukcjonistyczny”, co będzie prowadziło do sytuowania prawa w perspektywie poziomej jako płaszczyzny wzajemnych oczekiwań i oddziaływań ludzi, a także do społecznej pluralizacji instrumentalizacji prawa, dla której spoiwem stanie się orientacja na aprobowane wartości i cele prawa, limitowane przez zasadę *rule of law*. Pionowa instrumentalizacja prawa, dokonywana aktami władzy publicznej, nie zaniknie, choć zmieni swój charakter, stając się czynnikiem warunkującym instrumentalizację poziomą, sprzyjającą wykonywaniu czynności w jej ramach lub je korygującą. Taekema jako właściwy kierunek metodologicznego postępowania ugruntowujący proponowany program badawczy (i społeczny) wskazuje na „perspektywę teoretyczną łączącą interakcjonizm prawny z ideami pragmatyzmu” (Taekema, 2017, s. 116). Dzięki takiemu podejściu badawczemu prawo nie musi być postrzegane jako celowe narzędzie w rękach wyłącznie władzy publicznej, ale może być ujmowane jako narzędzie, z którego, jak określał to John Dewey, „może korzystać każdy”. Zmienia to również sposób pozycjonowania polityki, jako że i ona ulega demonopolizacji, przybierając horyzontalną i pluralistyczną postać. W tej rozszerzonej perspektywie prawo i akty jego instrumentalizacji, a także społeczna aktywność polityczna powinny wychodzić naprzeciw potrzebie obywatelskiej aktywności oraz wolnościowej, demokratyczno-liberalnej wizji społeczeństwa.

2. Gdybyśmy mieli zestawić zarysowaną wyżej pluralistyczną wersję instrumentalizacji prawa z odpowiednim dorobkiem polskich debat o instrumentalizacji, to dowodów na podobny kierunek badawczego zaangażowania bylibyśmy w stanie znaleźć niewiele. Przede wszystkim nie sprzyjał temu sam klimat społeczny okresu, w którym kształtował się główny nurt rodzimej literatury teoretycznej podejmującej problematykę instrumentalizacji prawa. Była ona zdominowana przez kontekst reform ustrojowych z lat 90. ubiegłego wieku z silną wtedy pamięcią o PRL-u, z monopolizującymi życie społeczne upolitycznionymi, partyjnymi programami realizowanymi aktami centralnie stanowionego prawa. Pojęcie instrumentalizacji prawa zostało wpisane w tę ideologiczną perspektywę. Nie powinno zatem dziwić, że autorzy niemal wszystkich ówczesnych opracowań teoretycznych za główny cel stawiali sobie określenie „granic instrumentalizacji prawa” wyznaczanych z myślą o aktywności państwowego prawodawcy. Najdosadniej uczynił to L. Morawski, nazywając instrumentalizację prawa sterowaniem „niemoralnym”¹. Ostrożniej, jednak z podzielaną ciągle obawą co do nieaprobowanych następstw zewnętrznych lub destrukcyjnych dla samego prawa skutków instrumentalizacji prawa, wypowiedział się W. Lang, który barierę instrumentalizacji prawa znajdował w koncepcji państwa prawa (Lang, 1991, *passim*). Podobnie czynił to W. Gromski, który granice instrumentalizacji prawa lokalizował w autonomii prawa i kulturze prawnej, a więc w domenie obejmującej również koncepcję państwa prawa (Gromski, 2000, s. 79, 159). Mimo że każdy z tej trójki autorów dostrzegał możliwość występowania instrumentalizacji prawa również poza państwowym prawotwórstwem – na poziomie stosowania i wykładni prawa, a także z perspektywy adresatów norm² – to jednak potencjalne nadużycia władzy państwowej zagrażające wolności i interesom jednostki okazywały się podstawową racją uzasadniającą poszukiwanie „granic” instrumentalizacji. Polska literatura teoretyczna nie stawiała sobie za cel demystyfikacji „złego imienia” instrumentalizacji prawa, a raczej (z wyjątkiem L. Morawskiego) starała się dylemat instrumentalizacji prawa wyważać w duchu zasady proporcjonalności: poprzez konfrontację politycznej sprawczości organów stanowiących prawo z argumentami odwołującymi się do wewnętrznych, autonomicznych (i w tym sensie

¹ Jak pisał: „instrumentalizacją prawa chcę właśnie nazywać te formy sterowania, które wydają się być niedopuszczalne z moralnego punktu widzenia” (Morawski, 1993, s. 21). Prawo sterujące zachowaniami w sposób instrumentalny L. Morawski łączył z „ideologią kolektywizmu i solidaryzmu [...] w opozycji do prawa wychodzącego z założeń liberalizmu i indywidualizmu” (1993, s. 20 i 21).

² Najszerzej ujmował to W. Gromski, który nazywał „dojrzałą kulturą prawną” taką, która reguluje: 1) tworzenie prawa; 2) stosowanie i wykładnię prawa; 3) przestrzeganie prawa; 4) kontrolę przestrzegania prawa; 5) aktywność osób zawodowo podejmujących działania określone w pkt 1), 2) i 4) (Gromski, 2000, s. 75).

apolitycznych) wartości prawa. Wynikiem tej prowadzonej *in abstracto* konfrontacji miała być – jakkolwiek zechcemy ją rozumieć – „granica” instrumentalizacji prawa (Gromski, 2018, s. 97–98). Nie negując teoretycznej potrzeby stawiania barier moralnie niegodziwym czy dla prawa destrukcyjnym aktom instrumentalizacji, w niniejszym tekście chcę jednak skupić uwagę na sytuacjach odmiennych, logicznie pierwotnych wobec pytania o granice, tj. na aktywnym wymiarze czynności instrumentalnych. Zanim bowiem będziemy stawiać bariery aktom uznawanym za niegodziwe czy destrukcyjne, warto się zastanowić, czym te akty w ogóle są lub mogą być, czyli co jest lub może być przedmiotem takiego oceniania. Tego rodzaju zabieg badawczy można uznać za próbę – parafrazując znane stwierdzenie M. Webera – „odczarowania” prawniczego, a także publicystycznego „świata instrumentalizacji prawa”. Dobry punkt wyjścia do takiego pozytywnego kierunku teoretyzowania o instrumentalizacji, odpowiadającego programowi S. Taekemy, zaproponował w polskiej literaturze W. Lang ze swoją koncepcją nieredukcjonistycznego ujęcia instrumentalizacji prawa.

3. Jak pisał W. Lang: „normy i zasady prawne są dyrektywami wskazującymi podmiotom tworzącym i stosującym prawo oraz adresatemu prawa, co mogą lub powinni uczynić, jeśli chcą zrealizować pewne stany rzeczy wyróżnione przez prawo lub czego czynić nie powinni, jeżeli chcą uniknąć pewnych niekorzystnych stanów rzeczy lub sytuacji. Tak rozumiane normy podlegają wyłącznie ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym lub celowościowym” (Lang, 1991, s. 3). Liczy się tu wyłącznie finistyczna skuteczność w realizacji ocenianych jako korzystne „stanów rzeczy wyróżnionych przez prawo”, bądź też powstrzymaniu się przed wystąpieniem stanów uznawanych za niekorzystne. Prawo jednak, zdaniem Langa, może mieć również charakter instrumentalny w innym znaczeniu: normy i instytucje prawne są lub mogą być używane do realizacji różnych celów, nie tylko wskazanych wprost przez prawo i nie tylko będących w dyspozycji prawodawcy. Prawo może być „użyte” także w celu zabezpieczania interesów indywidualnych i grupowych. To drugie ujęcie nie zakłada zatem redukcji norm prawnych do dyrektyw instrumentalnych. „Normy prawne podlegają [tu] ocenom i uzasadnieniom instrumentalnym, celowościowym i aksjologicznym, a także uzasadnieniu tetycznemu (relatywizacja systemowa)” (Lang, 1991, s. 4). Wybór celu i jego uzasadnienia będzie należał do działającego podmiotu. Jak deklaruje W. Lang: „prawo jako jeden z systemów kontroli społecznej ma z istoty swej charakter instrumentalny – jest narzędziem realizowania przez prawodawcę określonej polityki społecznej”. Jak od razu dodaje: „zamierzam jednak bronić instrumentalnego pojmowania prawa w wersji nieredukcjonistycznej” (Lang, 1991, s. 7). Szańce tej obrony mają już mocno polityczny charakter. To bowiem system

prawny państwa autorytarnego ma wykazywać skłonność do ujęcia redukcyjnego, a w konsekwencji również do jednokierunkowego używania prawa (jako instrumentu sprawowania władzy publicznej w skali makrospołecznej). Prowadzi to, zdaniem Langa, do bezpośredniego podporządkowania prawa bieżącej polityce i państwu używającemu go do dowolnych, w tym politycznych celów (Lang, 1991, s. 11). Antidotum autor znajduje w pojmowanej formalnie koncepcji państwa prawa, która nie wyklucza instrumentalnego użycia prawa, lecz ogranicza jego nieakceptowane skutki. Ale antidotum – i ten kierunek myślenia chcę dalej rozwijać – może też być preferowanie nieredukcjonistycznej wersji ujmowania instrumentalizmu prawa, gdyż to u jej podstaw zakłada się dwukierunkowy i responsywny charakter oddziaływania poprzez prawo: państwo – jednostka, ale również jednostka – państwo, a działania normodawcze jednej strony (np. państwa) stwarzają zewnętrzne uwarunkowania decyzji zorientowanych na kształtowanie sytuacji drugiej strony (jednostki) i *vice versa* (Lang, 1991, s. 12–13)³. Oczywiście lista typów tych podmiotów jest znacznie bardziej złożona, a warianty możliwych relacji skomplikowane. Uzyskujemy w ten sposób teoretyczną perspektywę otwierającą się na koncept instrumentalizacji spluralizowanej, gdzie nie istnieje, albo staje się on relatywny, podział na instrumentalizujących i instrumentalizowanych, gdzie kruszy się strukturalna wizja polityki z podziałem na sprawujących władzę i podległych władzy, aktywnych – przejętych swoją rolą publiczną i biernych – pozostających w nadziei, że tym pierwszym zasada praworządności i kultura prawna postawią granicę ich prawnemu woluntaryzmowi.

Powyższe rozwinięcie nieredukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa jest kierunkowo zbieżne z koncepcją S. Taekemy. Autorka ta idzie jednak o krok dalej, gdy nie tylko identyfikuje swoją propozycję pluralistyczno-responsywnej instrumentalizacji prawa z pragmatyczną filozofią J. Deweya, ale również odwołuje się do twórcy „pragmatycznego instrumentalizmu”, aby podkreślić kreatywny charakter instrumentalnego zachowania (Taekema, 2017, s. 123). Spróbujmy i my pójść ścieżką wytyczoną przez tego amerykańskiego filozofa, pedagoga i teoretyka kultury. Taekema tej ścieżki nie eksploruje, jednak zwraca uwagę na jedną istotną dla prawoznawstwa konsekwencję odwołania się do myśli Deweya, a mianowicie

³ Autor tak oto podsumowuje swój artykuł: „W państwie prawa prawo jest nie tylko narzędziem sprawowania władzy i realizowania przez organy państwowe określonej polityki społecznej na podstawie prawa i w granicach przez niego wyznaczonych, ale jest także narzędziem ograniczania i kontrolowania władzy państwowej przez społeczeństwo, zorganizowane grupy społeczne i obywateli. W państwie praworządnym instytucje prawne służą również indywidualnym adresatom prawa do ochrony ich praw podmiotowych przed zagrożeniem ze strony państwa lub zorganizowanych grup społecznych” (Lang, 1991, s. 13).

na źródła leżące u podstaw odróżnienia tego, co instrumentalne, od tego, co nie-instrumentalne.

4. W anglosaskiej literaturze prawniczej instrumentalizm znajdował dla siebie opozycję w prawniczym formalizmie. Wywołało to jedną z najżywiej prowadzonych debat, szczególnie w jurysprudencji amerykańskiej (zob. Summers, 1981; Lyons, 1981; Quevedo, 1985; Tamanaha, 2007). Inaczej opozycja wobec instrumentalizmu budowana jest na gruncie pragmatycznego instrumentalizmu. Jak zauważa S. Taekema, u J. Deweya mamy do czynienia z rekomendacją wymagających namysłu działań celowych (instrumentalnych) oraz działań nawykowych (rutynowych), przy czym – i tu jest dalsza, jeszcze istotniejsza odmienność – nie są one sobie przeciwstawiane, ale wpisują się w funkcjonalne, diachroniczne kontinuum: działania celowe służą rozwiązywaniu problemów, pokonywaniu wyzwań pojawiających się w nowej, nierozpoznanej sytuacji decyzyjnej. Jednak zaangażowane, inteligentne rozwiązanie takiej sytuacji – „trudnego przypadku”, jak nazwałby to prawnik – zazwyczaj otwiera drogę do późniejszego wytworzenia się określonej praktyki, do ukształtowania się działań rutynowych (Taekema, 2017, s. 123). To, co łatwe, i to, co trudne, staje się zatem względne, kontekstowo (historycznie) uwarunkowane. Także inne, charakterystyczne dla strukturalizmu, dystynkcje pojęciowe i kategoriale zanikają, a nawet ukazują w Deweyowskim pragmatyzmie swój kooperatywny charakter.

Dla zrozumienia sensu instrumentalnego aktywizmu szczególne znaczenie ma wzajemne uwikłanie myślenia (dochodzenia do pomysłu, do idei rozwiązania określonej sytuacji problemowej) i poznawania (ustalania faktów i konfrontowania ich z powziętą ideą). To z tak zestawianych – konfrontowanych, ale i kooperujących ze sobą – przesłanek rodzi się decyzja i jej wykonanie, a wszystko to ma służyć osiągnięciu celów życiowych powziętych przez jednostkę. Myślenie i poznawanie jest rodzajem świadomego działania, ale i *vice versa*. Poznać otaczającą nas rzeczywistość znaczy mniej więcej tyle, co umieć manipulować nią, używać jej jako narzędzia do osiągnięcia założonych celów. Ową „rzeczywistością” może być świat przyrody, jak i świat społeczny, kulturowy, w tym także językowo-pojęciowy – a więc i prawo jako istotny składnik naszego społecznego i językowego otoczenia. Przyjrzyjmy się nieco bliżej zinstrumentalizowanemu myśleniu-działaniu w ujęciu J. Deweya.

Proces badawczy rozpoczyna się od świadomego postawienia problemu. Jego rozwiązanie ma prowadzić do likwidacji zidentyfikowanej sytuacji problemowej. Jedynym warunkiem nałożonym na problem jest jego rozwiązywalność (przypomina to Dworkinowskie *one right answer*). Już po wstępnym, ogładowym ustaleniu pewnego zestawu dostępnych faktów składających się na zewnętrzne uwarunkowanie sytuacji problemowej podejmujemy próbę likwidacji zaistniałej sytuacji poprzez konfrontację

faktów z potrzebami/celami działającego podmiotu. Prowadzi to do zbudowania pewnej idei, która ma wskazywać rozwiązanie zapewniające równowagę między stwarzającym opór zewnętrznym otoczeniem i zamierzeniami jednostki. Fakty nie istnieją obiektywnie. Są ustalane w czasie badań przy pomocy idei i są wobec niej relatywne (Dewey, 1938, s. 109–110; por. także Buksiński, 1981, s. 25–27). Owe idee to tyle, co pojęcia, koncepcje, myśli (ewentualnie ich znaczenia), ale też plany, strategie zawierające w sobie sposoby działania, które mają antycypować lub prowadzić do zamierzonych celów, jeżeli wyjściowe uwarunkowania nie sprzyjają oczekiwanym konsekwencjom (działania rutynowe są niewystarczające). Powzięte idee mają służyć za przesłanki interpretacji faktów wyjściowych, ale mogą również motywować do poszukiwania nowych faktów bądź nowej interpretacji faktów dotychczasowych. Nowe fakty mogą z kolei wpływać na modyfikację przyjętej idei, adaptację wyjściowej koncepcji w kierunku sprzyjającym lepszemu rozwiązaniu postawionego problemu (Dewey, 1938, s. 131). Proces owego dopasowywania (konfrontacji – korelacji) idei i faktów może powtarzać się wielokrotnie w trakcie danego badania, a jego zasadniczym zadaniem jest uporządkowanie wyjściowej, niedyspozytywnej, stwarzającej opór działającej jednostce sytuacji problemowej.

5. Opisany wyżej pokrótce proces nasuwa mocne skojarzenia z ujmowanym pragmatycznie (czynnościowo) materialnym modelem decyzyjnego stosowania prawa (Wróblewski, 1988, s. 42–48), z zauważalną tylko różnicą wzajemnej zwrotności idei i faktów u Deweya. Z kolei proces korelacji między otoczeniem a powziętą ideą można uznać za pragmatyczną interpretację przechodzenia od tzw. zewnętrznego do wewnętrznego aspektu reguły (Hart, 1961, s. 56)⁴. Na tym jednak prawnicze koincydencje się nie kończą. Deweyowski ostateczny wynik badania wyraża się w sądzie finalnym (*judgment*), co jest nieprzypadkowym ukłonem w stronę języka sądowego rozstrzygnięcia sporów, jakkolwiek nie będzie to oczywiście spór między procesowymi stronami, ale poniekąd spór jednostki „samej z sobą”. Sąd końcowy stwierdza istnienie, zachodzenie czegoś w danej sytuacji normatywnej, pełni podobną funkcję w prowadzonych badaniach jak wyrok w procesie sądowym: rozstrzyga, że jest tak, a nie inaczej, w takiej oto sytuacji. Jest to *warranted assertion*, ustalenie poszukiwanych znaczeń i przywrócenie zachwianej w punkcie wyjścia równowagi. Znaczeniem sądu finalnego jest suma jego weryfikowalnych konsekwencji (Buksiński, 1981,

⁴ „Wewnętrzne podejście do prawa odsłania jego normatywność, która nie sprowadza się do wzorca zachowania zawartego w normie [...], lecz ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Do istoty znaczenia należy to, że nie daje się ono uchwycić bezpośrednio jako przedmiot naturalny [...], [co] pozwala odróżnić normatywność od bodźców pochodzących od zwykłych nawykowych reguł społecznych” (Zirk-Sadowski, 2000, s. 184–185).

s. 28–30). Sąd finalny jest jednocześnie decyzją jednostki, że można, i należy, podjąć działanie, które w przekonaniu podmiotu nie tylko doprowadzi do oczekiwanych konsekwencji, ale też będą to konsekwencje weryfikowalne (prawdziwe), a więc nie tylko zgodne z przekonaniem działającego podmiotu, ale również domagające się zrozumienia i uznania ze strony innych (uzasadnione).

Pojmowany na sposób strukturalistyczny wzorzec naukowości jest tu poddany korzystnemu dla prawników odwróceniu: nasza lokalna aktywność poznawczo-decyzyjna, przynajmniej na gruncie nauk społecznych, może być, jeśli nie wzorcem, to przynajmniej inspiracją do budowania uniwersalizującego modelu uprawiania nauki. Warto przypomnieć, że to prawo i praktyka prawników, obok oczywiście pierwszej dla Deweya pedagogiki, były inspiracjami do budowania teorii pragmatycznego instrumentalizmu. Inspiracje te, kształtowane przez kulturowy klimat naukowego realizmu, podobnie sytuowały zadania stawiane przed prawoznawstwem, pedagogiką czy estetyką: lokowały idee, pojęcia i teorie jako instrumenty reorganizacji zastanego środowiska, co miało służyć usunięciu zastanych, rzeczywistych trudności i zakłóceń, z jakimi mierzą się wspólnoty badaczy. Jeśli zatem naukowy dogmatyzm jest strategią dającą zrutyinizowane poczucie „obiektywnej” pewności, to pragmatyczny instrumentalizm uczy nas, jak jednostka, w tym adwokat czy sąd, mogą radzić sobie z rzeczywistymi problemami prawnymi, również takimi, które zwykło się nazywać przypadkami „trudnymi”. Te zapoznawane w tradycji pozytywizmu prawniczego sytuacje, usuwane przez rutynowe posługiwanie się w praktyce prawniczej odpowiednimi technikami i argumentacjami (sylogizm decyzyjny, sytuacje izomorfii, paremie typu *clara non sunt interpretanda*), zostają wydobyte na pierwszy plan. Tak jak zinstrumentalizowane działanie jednostki wymaga z jej strony odpowiedniej „reorganizacji” zastanego środowiska, tak też zrozumienie takiej postawy przez prawoznawcę lub sędziego będzie wymagało podobnie zaangażowanej postawy, choć zazwyczaj nieufundowanej na tych samych celach i wartościach. Argumentacja prawnicza z nacelną rolą ogólnej reguły nie zanika, jakkolwiek ustępuje miejsca analizie kontekstualnej.

Odnotujmy jeszcze jedną konsekwencję wpływu pragmatycznego instrumentalizmu na problematyzowanie kwestii badawczych w teoriach instrumentalizacji prawa. Jest nią uchylenie dziedzinowych dystynkcji pojęciowych wraz z roszczeniem wyznaczania na ich podstawie przedmiotowych granic. Tak jak z punktu widzenia badań naukowych zawieszeniu powinny ulec podziały na gałęzie prawa oraz dyscypliny prawnicze – należy je zastąpić przez perspektywę problemową – tak też sens traci samo artykułowanie, a tym bardziej poszukiwanie dystynktywnych „granic” instrumentalizacji prawa. O instrumentalizacji można mówić wyłącznie jako „postawie”, nastawieniu umysłu działającego podmiotu (Dewey, 2007, s. 81;

por. także Gella, 1962, s. 486), a tego nie jesteśmy w stanie zewnętrznie, obiektywizująco weryfikować, choć zawsze jesteśmy w stanie próbować zrozumieć takie nastawienie. Możemy natomiast dezaprobować zewnętrzne skutki instrumentalizacji prawa, ale będzie to już „nastawienie umysłu” innego podmiotu. Nie musi to jednak prowadzić do zarzutu relatywizmu, tak skądinąd niebezpiecznego dla prawniczej praktyki decyzyjnej, jakkolwiek należy przyjąć stanowisko, że teoria pragmatycznego instrumentalizmu powinna wpłynąć na zmianę zastanej prawniczej praktyki instytucjonalnej⁵.

6. Teorię pragmatycznego instrumentalizmu J. Deweya oraz wcześniej przywołane koncepcje instrumentalizacji prawa S. Taekemy i W. Langa łączy również to, że deklarują polityczny liberalizm lub łatwo dają się z nim powiązać. Pluralizm celów działania przekłada się na pluralizm możliwych interpretacji faktów, zarówno takich, które są zasobami sprzyjającymi rozwiązywaniu zaistniałej sytuacji problemowej, jak i takich, które są na tej drodze przeszkodami (Dewey, 1938, s. 493). Prowadzi to do pluralizmu możliwych uzasadnień, które jednak powinien łączyć wymóg ich intersubiektywnej zrozumiałości. Również prawo jest, lub może być, dla budowania „postawy instrumentalnej” oraz idącej za tym aktywności społecznej zasobem lub balastem (zob. Morawski, 1992, s. 179–181; 1993, s. 26–28; 1999, s. 88–91). Podobnie rzecz się ma z polityką. Im więcej politycznej władzy po stronie państwowego prawodawcy, tym mniej możliwości – lub więcej prawnych barier do pokonania – po stronie pozostałych uczestników życia prawnopolitycznego. Odpowiednio też mniej lub więcej będziemy mieli przestrzeni dla społecznej praktyki demokratycznej. Przyjmowane warianty rozumienia instrumentalizacji prawa/zachowania będą zatem relewantne wobec odpowiednich modeli porządku prawnego. Model taki może mieć postać represywną, petryfikującą decyzyjny monopol państwa, bądź też może być modelem otwartym na demokratyczną aktywność. Obecność tych dwóch wersji instrumentalizacji prawa oraz korespondujących z nimi wizji porządków prawnych znajduje swoje odpowiednie rozwinięcie również w obszarze teorii (filozofii) polityki. Mam tu na uwadze Webera pojmowanie polityki oraz kontrpunkt, jaki stwarza koncept polityczności proponowany przez Mouffe.

⁵ Koncepcja J. Deweya oferuje trzy ważne dla prawników składniki: (i) *instrumentalizm* ujmujący myślenie jako formę działania/poznania; (ii) *fallibilizm*, przekonanie o tymczasowości prawdy, wraz z gotowością do jej zmiany, jednak zawsze z wymogiem uzasadniania podejmowanych zmian; (iii) *kontekstualizm* określający charakterystykę przesłanek i uwarunkowań podejmowanej decyzji (por. Kassner, 2019, s. 15–16, 115–122). Prawnictwo interpretacje składników (i) i (ii) przedstawiam w pkt 4 i 5 niniejszego artykułu. Składnik (iii) ujmuję jako postulat wobec praktyki sędziowskiej w ostatnim akapicie artykułu.

Przypomnijmy tylko kilka z szerokiego spectrum twierdzeń formułowanych o polityce przez M. Webera. Polityką jest „kierowanie lub wywieranie wpływu na kierowanie związkiem politycznym”, a więc w dobie współczesnej – państwem, gdyż to ono „monopolizuje na określonym terytorium prawo legalnego stosowania fizycznej przemocy”. A skoro polityka nierozdzielnie wiąże się z walką o władzę i jej wykorzystywaniem, to politykiem jest ten, kto dąży do władzy rozumianej jako „środek w służbie różnych celów idealnych lub egoistycznych lub do władzy dla niej samej” (Weber, 1998, s. 56). Władza polityczna może mieć zatem zarówno wymiar instrumentalny, jak i autonomiczny, jednak pozostaje w ścisłym związku z państwem: bądź to jako *sui generis* władza państwowa sprawowana w formie bezpośrednich działań prawnych („kierowanie związkiem politycznym”), bądź też jako władczość autoteliczna, odwołująca się do wartości zasadniczych, skierowana jednak na bezpośrednie, prawne działania państwa („wpływ na kierowanie związkiem politycznym”). Oba te wymiary władzy politycznej wpisują się w polskie teorie instrumentalizacji prawa, w pozycjonowanie aktów instrumentalizacji prawa jako pozostającego w dyspozycji państwa środka „w służbie różnych celów idealnych lub egoistycznych” oraz ujmowanie autonomicznych wartości prawa – prawniczej władzy „dla niej samej”, poprzez którą wywierany jest wpływ na państwo w związku z kontrolą poprawności wykorzystywania przez państwo aktów stanowienia prawa jako środka „w służbie” tychże celów. Polityczna władza dysponowania przez państwo środkami prawnymi staje się tu przedmiotem kontroli, której standardy wyznaczają zasady składające się na autonomiczne wartości prawa. Ale też prawnicza „władza” nad autonomicznymi wartościami prawa okazuje się władzą polityczną przez to, że prowadzi, lub może prowadzić, do wpływu na „kierowanie związkiem politycznym”.

Webera ujęcie polityki może mieć dla teorii prawa opartej na założeniach liberalizmu pewien walor demystyfikujący, gdy chodzi o dość powszechne przekonanie o apolityczności prawników, a w szczególności sędziów odwołujących się w uzasadnieniach swoich orzeczeń do autonomicznych wartości prawa czy kultury prawnej. To, czego brakuje teoretycznej wizji polityki i władzy M. Webera w konfrontacji z założeniami pragmatycznego instrumentalizmu czy pluralistyczno-responsywnej koncepcji instrumentalizacji prawa, to miejsce na społeczną aktywność i decyzyjny pluralizm, a więc praktykę demokratyczną wykraczającą swoim zasięgiem poza państwowe centrum. Weberowska walka o władzę jest walką o prawo ze wszelkimi tego dobrymi i złymi skutkami, z demokracją zazwyczaj kończącą się wraz ze zdobyciem władzy i gwarancją jej utrzymania.

Dużo bardziej obiecującej pod tym względem perspektywy badawczej dostarcza dorobek belgijskiej przedstawicielki filozofii politycznej Ch. Mouffe. Jej osadzona w punkcie wyjścia na wartościach liberalnych koncepcja „demokracji radykalnej”

(Koczanowicz, 2005, s. 15) już w swojej nazwie nasuwa skojarzenia z „liberalnym radykalizmem” przywoływanej wcześniej teorii działania J. Deweya (por. Kassner, 2019, s. 17–19). Pomińmy jednak ten poboczny dla prowadzonych rozważań wątek. Zasadniczym elementem koncepcji polityki Ch. Mouffe jest propozycja dopełnienia pojęcia polityki kategorią polityczności. Według autorki przez polityczność powinniśmy rozumieć „wymiar antagonizmu leżący u podstaw każdego ludzkiego społeczeństwa”, a przez politykę „zestaw praktyk i instytucji, które w obliczu wprowadzonego przez polityczność konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” (Mouffe, 2008, s. 24). Rozróżnienie to Mouffe traktuje jako punkt oparcia dla budowania politycznej teorii demokracji, którą nazywa – tu z kolei można odszukać koincydencję z Taekemą – „agonistycznym pluralizmem”. Nawiązując do C. Schmitta, autorka dodaje, że polityczność nieuchronnie wpisana jest w konflikt dający się opisać opozycją „my” i „oni”, a zadaniem demokratycznej polityki nie jest przewycięzanie konfliktów, ale taki sposób „wytyczenia podziału my – oni”, który będzie „zgodny z uznaniem roli pluralizmu, będącym istotą nowoczesnej demokracji” (Mouffe, 2008, s. 29).

Mouffe nie kieruje wprost swojej uwagi na pojęcie prawa, choć jego obecność uwidacznia się już w jej głównej narracji, w przywołanym wyżej cytacie jako składnik „praktyk i instytucji, które w obliczu [...] konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”. Jeśli takie odczytanie jest trafne, to prawo i ukształtowane w jego ramach prawnicze praktyki zawodowe mają *sui generis* polityczny charakter i są istotną, jeśli nie zasadniczą, częścią proponowanego rozumienia polityki. Nieco bardziej metaforycznie ujętą obecność prawa można zidentyfikować, jak się wydaje, również w pojęciu „przestrzeni symbolicznej”, która według autorki pozwala przejść od antagonizmu (relacji między wrogami) do agonizmu (relacji między przeciwnikami lub przyjaznymi wrogami). Owi „przyjaźni wrogowie” to ludzie, którzy „dzielą wspólną symboliczną przestrzeń, lecz którzy są również wrogami, gdyż chcą ją organizować inaczej” (Mouffe, 2005, s. 33), w sposób sobie właściwy, pod kątem własnych emocji, potrzeb i oczekiwań.

Gdyby tę symboliczną przestrzeń przenieść na obszar prawoznawstwa, to widziałbym ją dwojako. Szeroko, np. jako tekst prawny z całym jego analitycznym oprzyrządowaniem, na które składają się środowiskowo akceptowane wartości kultury prawnej, pozwalające stronom sporu poprzez dostępne im techniki egzegezy sytuacyjnie adaptować tekst z jego znaczeniem stosownie do własnych oczekiwań. Kultura prawna nie byłaby wtedy barierą, a tym bardziej granicą polityczności prawa, ale środowiskiem polityczności, w pewnych sytuacjach sprzyjającym zasobem, w innych kłopotliwym – co nie znaczy, że niemożliwym do udźwignięcia – balastem. Owa symboliczna przestrzeń może być, jak sądzę, rozumiana przez

prawnika również wężej, bardziej dosłownie, jako miejsce służące „cywilizowaniu antagonizmów”. Jej konkretyzacją będzie sala sądowa, w której prawnicze oprzyrządowanie argumentacyjne jest wykorzystywane z zachowaniem odpowiednich procedur, kompetencji i form. Elementem cywilizującym relację wróg – przyjaciel byłyby wtedy kultura prawna, zarówno ta wysoka, odwołująca się do wewnętrznych wartości prawa, jak i ta nieco niższa, oparta na prawnych regułach procesowych, czy wreszcie prawniczy „zestaw praktyk” codziennych: używanego języka, ubioru, sposobu zwracania się do siebie etc. Działania oparte na tego typu dyspozytywnych wartościach, procedurach i środowiskowo akceptowanych praktykach otwierają szansę na to, aby „w obliczu wprowadzonego przez polityczność konfliktu” móc zachować „porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”. Dwustronny charakter relacji, które podnosił Lang w swojej nieredukcjonistycznej wersji instrumentalizacji prawa, oraz pluralizm i interakcjonizm, których spełnienie widziała w swojej koncepcji instrumentalizacji Taekema, uzupełnione pojęciem polityczności Mouffe, wydają się dawać w miarę spójny obraz „prawa w działaniu”. Bez wątpienia spór prawny, oparty na kontradyktoryjnym modelu procesu, najlepiej spełnia takie oczekiwania. Przypomnijmy także Deweya pragmatyczny instrumentalizm, który miał być adresowany – podobnie jak prawo do sądu i uczciwego procesu – do „każdego”. Uzupełnienie, którego dostarcza koncept polityczności Mouffe wzbogaca nas, prawników, jeszcze o myśl, że spory prawne mogą być medium realizacji demokracji politycznej.

7. Komentując dorobek Mouffe z prawoznawczego punktu widzenia, trzeba jednak zauważyć również pewne ryzyko związane z jego prawniczą adaptacją. U autorki znajdujemy taką jeszcze myśl, ważną dla proponowanej przez nią teorii: „szczególna i nieoceniona cecha nowoczesnej demokracji liberalnej polega na tym, że [...] tworzy przestrzeń, w której konfrontacja i kwestionowanie stosunków władzy są stale możliwe, a żadne zwycięstwo nie jest ostateczne [...]. Konflikt i podział stanowią nieodłączne składniki polityki” (Mouffe, 2005, s. 35). Z prawniczej perspektywy dodałbym do tej myśli dwa komentarze. Jeden byłby truizmem, a drugi miałby już poważniejsze konsekwencje, choć w mojej ocenie niedyskredytujące samej idei wykorzystywania polityczności w prawoznawstwie. Konflikty i podziały są, i zawsze były, nieodłącznym składnikiem prawa, a sala sądowa sceną ich ujawniania i rozgrywania. Są to jednak zasadniczo (jeśli pominąć spory przed sądami konstytucyjnymi) konflikty jednostkowe, a nie społeczne, tym samym nie dotyczą wprost „stosunków władzy”, o które autorce chodzi. Źródłem tej różnicy są odmienne perspektywy badawcze prawoznawstwa oraz filozofii politycznej i teorii demokracji. Zapewne socjolog mógłby łatwo dopowiedzieć prawnikowi, że konflikty jednostkowe mogą

wyrastać z antagonizmów społecznych, a więc i politycznych, a spór prawny może być uznany za miejsce (jedno z wielu miejsc) ujawniania się takich antagonizmów. Ich „scena”, ubrana w idiom autonomicznego prawa, niezależnych sądów i niezawisłych sędziów, może zasłaniać polityczny wymiar sporu. Niewątpliwą zasługą poststrukturalistycznej teorii polityki i polityczności – a z taką perspektywą badawczą identyfikuje się Ch. Mouffe (2005, s. 31) – może być otwieranie oczu prawnikom, a przede wszystkim sędziom, na ten aspekt organizowania „przestrzeni prawa”. Z kolei korzyścią dla teorii polityki i demokracji płynącą ze strony prawoznawstwa powinno być uświadomienie wagi sporu prawnego jako najszerzej społecznie akceptowanego i historycznie najlepiej ukształtowanego sposobu cywilizowania antagonizmów politycznych. Otwiera to szansę na obustronnie korzystną kooperację między prawoznawcami i politologami. Trzeba mieć jednak również świadomość trudnych do pogodzenia rozbieżności w postrzeganiu roli prawa przez oba środowiska naukowe.

Mouffe pisze, że „konfrontacja i kwestionowanie stosunków władzy są stale możliwe, a żadne zwycięstwo nie jest ostateczne”. Rozwijając tę myśl, autorka dodaje, że „zakończenie deliberacji jest zawsze wynikiem rozstrzygnięcia, które wyklucza inne możliwości i za które nigdy nie powinno się odmawiać odpowiedzialności, przywołując nakazy ogólnych reguł lub zasad”. Demokratyczna polityka „każe podtrzymywać demokratyczną kontestację”. Chodzi zatem o „stworzenie przestrzeni dla różnicy zdań i rozwijanie instytucji, w których może się ona [demokratyczna polityka] ujawniać” (2005, s. 122). W argumentacji tej spór prawny przestaje być już sporem między stronami, rozpatrywanym i rozstrzyganym przez niezależnego arbitra, a staje się formą ekspresji służącą wyrażaniu przyjętej przez jego uczestników wizji społecznej emancypacji. Czy spór prawny może „nie chcieć być rozstrzygnięty”, a „demokratyczny sędzia” może zadowolić się rolą mediatora (moderatora?) udostępniającego proces i salę sądową jako forum politycznej ekspresji, nawet jeśli miałyby to służyć społecznej emancypacji?

Jeśli odrzucimy taką wizję, to powinniśmy przynajmniej mieć świadomość, że „przestrzeń prawna” może być wykorzystywana również dla takich potrzeb, a kończący sprawę wyrok sądu nie będzie kończył „innej sprawy”, jaką jest demokratyczna kontestacja. Czy te dwa idiomy ujmowania sporu mają szansę się spotkać? Chyba nie, jakkolwiek mogą się do siebie zbliżyć. Poststrukturalistyczna koncepcja demokracji zakłada, że krok ku takiemu zbliżeniu jest niemożliwy z jej strony. Co mogłaby uczynić w tej sprawie prawnicza teoria orzekania? Jak sensownie można odczytać wysuwane przez teorię demokracji roszczenie, aby rozstrzygnięcie nie zdejmowało z decydenta, a więc również sędziego, „odpowiedzialności, przywołując nakazy ogólnych zasad i reguł”. Alternatywą byłoby orzekanie wykorzystujące w procesie

dochodzenia do decyzji – kosztem ogólnych standardów prawnych – argumenty odwołujące się do kontekstu rozpatrywanej sytuacji problemowej zgodnie z proponowaną przez Deweya (zob. pkt 4) procedurą instrumentalnego aktywizmu.

Bibliografia:

- Buksiński, T. (1981). Johna Deweya teoria badań. *Studia Metodologiczne*, 21, 15–37.
- Dewey, J. (1938). *Logic. Theory of Inquire*. New York: H. Hold and Company.
- Dewey, J. (2007). *Essays in Experimental Logic*, red. D. M. Hester, R. B. Talisse. Carbondale: Southern Illinois University.
- Gella, A. (1962). Społeczny pragmatyzm jako tło rozwoju amerykańskiej socjologii. *Kwartalnik Historii Nauki i Techniki*, 4(7), 479–497.
- Gromski, W. (2000). *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: Wydawnictwo Kolonia.
- Gromski, W. (2018). Akty instrumentalizacji prawa i ich granice. *Przegląd Prawa i Administracji*, 114, 95–106.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. London: Oxford University Press.
- Kassner, M. (2019). *Pragmatyzm i radykalny liberalizm. Studium z filozofii politycznej Johna Deweya*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Koczanowicz, L. (2005). *Antagonizm, agonizm i radykalna demokracja. Koncepcja polityki Ch. Mouffe*, wstęp do: Ch. Mouffe, *Paradoks demokracji*. Wrocław: Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej Edukacji TWP we Wrocławiu.
- Lyons, D. (1981). Legal Formalism and Instrumentalism – a Pathological Study. *Cornell Law Review*, 66(2), 949–972.
- Lang, W. (1991). Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa. *Państwo i Prawo*, 12, 3–13.
- Morawski, L. (1992). „Autopoiesis” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera. W: G. Skąpska (red.). *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie (171–184)*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Morawski, L. (1993). Instrumentalizacja prawa (zarys problemu). *Państwo i Prawo*, 3, 16–28.
- Morawski, L. (1999). *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Mouffe, Ch. (2005). *Paradoks demokracji*. Wrocław: Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej TWP we Wrocławiu.
- Mouffe, Ch. (2008). *Polityczność*. Warszawa: Krytyka Polityczna.
- Quevedo, S. (1985). Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory. *California Law Review*, 73(3), 119–157.
- Summers, R. S. (1981). Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – a Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, 66(1), 861–948.
- Taekema, S. (2017). The Many Uses of Law. Interactional Law as a Bridge between

- Instrumentalism and Law's Values. W: N. Roughan and A. Halpin (eds.). *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (116–134). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B. (2007). How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. *DePaul Law Review*, 56(12), 469–505.
- Weber, M. (1998). *Polityka jako zawód i powołanie*. Kraków–Warszawa: Wydawnictwo Znak, Fundacja im. Stefana Batorego.
- Wróblewski, J. (1988). *Sądowe stosowanie prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Zirk-Sadowski, M. (2000). *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.