

Adam Sulikowski
Uniwersytet Wrocławski

Afirmatywna amnezja i konserwatywni *crits*. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej

Źródłem inspiracji do napisania niniejszego tekstu było dla mnie uczestnictwo w dwóch naukowych *eventach* – *Critical Legal Conference 2013* w Belfaście (była to kolejna edycja odbywającej się corocznie konferencji mającej na celu integrację środowiska krytycznych prawników z całego świata) oraz w sympozjum zorganizowanym wspólnie przez Boston College of Law i nowojorską redakcję słynnego naukowego czasopisma z zakresu prawa konstytucyjnego „ICon” na temat teorii konstytucyjnej w Środkowej i Wschodniej Europie (Boston, 18–21.10.2013 r.). Na pierwszej z tych naukowych imprez prowadziłem tzw. *stream*, poświęcony krytycznej myśli prawniczej w postkomunistycznych państwach europejskich, w ramach którego wygłosili swoje referaty krytycy prawa m.in. z Rumunii (Cosmin Cercel), Czech (Martin Škop), Chorwacji (Ivana Radačić) oraz oczywiście z Polski. Z kolei na sympozjum w Bostonie obecni byli oprócz reprezentantów naszego kraju (W. Sadurski, M. Wyrzykowski i ja) prawnicy–naukowcy z Czech (Jiří Příban), Węgier (Renata Uitz), Armenii (Armen Mazmanyan), Bułgarii (Daniel Smilov), Słowenii (Bojan Bugaric), Rumunii (Vlad Perju) oraz z kilku państw „starego” Zachodu (m.in. Roberto Toniatti i Tonia Grappi z Włoch, Michel Rosenfeld z USA). Uczestnicy dyskutowali na temat specyfiki dyskursów konstytucyjnych w swoich krajach.

Obie konferencje stworzyły wiele okazji do dyskusji na temat charakterystycznych cech myśli prawniczej w tych państwach Europy, które znalazły się kiedyś po wschodniej stronie żelaznej kurtyny. Prawdę mówiąc, byłem nieco zaskoczony podobieństwem sytuacji i sposobów myślenia prawników w różnych postsocjalistycznych krajach. Jednym z dość szeroko dyskutowanych zjawisk była tzw. afirmatywna amnezja prawników, a zwłaszcza dogmatyków i teoretyków prawa. Taką nazwę zaproponowałem dla określenia zjawiska masowego porzucania (zapominania) przez przedstawicieli prawoznawstwa krytycznych narzędzi teoretycznych i analitycznych związanych z marksizmem, mimo iż stanowiły one element prawoznawczego mainstreamu przed 1989 r. Próbowaliśmy z koleżankami i kolegami diagnozować to zjawisko pod względem jego przyczyn i skutków. Oczywiście owa „afirmatywność” jako element zaproponowanej nazwy zjawiska nawiązuje do słynnego tekstu M. Horkheimera na temat różnic między teorią tradycyjną i krytyczną¹, w którym

¹ M. Horkheimer, *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*, w: *Szkola frankfurcka*, J. Łoziński (red.), Warszawa 1987, s. 142.

słynny Frankfurtczyk piętnuje właśnie afirmatywny charakter teorii mainstreamowych, polegający na tym, że teorie takie wymagają ukorzenia zmysłów i rozumu wobec założeń oficjalnych opowieści.

W naszych stronach, choć marksistowskie i postmarksistowskie narzędzia krytyczne przez lata służyły do krytyki kapitalistycznych i neoliberalnych rozwiązań gospodarczych, społecznych i prawnych, a wielu wschodnioeuropejskich *legal scholars* stosowało je z dużą biegłością, formułując przekonujące diagnozy, to po przejściu badaczy i ich otoczenia na „jasną stronę mocy” zostały one porzucone bez uzasadnień i głębszej refleksji. Oczywiście wszystko można tłumaczyć, jak to się zwykle robi w głównonurtowych analizach, traumą po wypaczeniach realsocjalizmu, którego praktyka skompromitowała całość swojego teoretycznego zaplecza i doprowadziła do wylania dziecka wraz z kąpielą. Jednak w moim (i wielu moich rozmówców) przekonaniu takie wytłumaczenia nie są wystarczające i przekonujące. Zbyt łatwo legitymizują *status quo* i przykrywają pewne jego elementy, które mogą być interesujące dla krytycznej teorii prawa. W tym tekście podejmę zatem próbę nieco innej diagnozy przyczyn i (w mniejszym stopniu) skutków afirmatywnej amnezji przedstawicieli prawoznawstwa w naszej części świata, z wykorzystaniem (zgeneralizowanym i uproszczonym) spostrzeżeń moich konferencyjnych dyskutantów, a także z użyciem pewnych narzędzi teoretycznych związanych z myślą P. Bourdieu, M. Foucaulta i I. Wallersteina.

Aby zilustrować problem, zacznę od jednego z moich ulubionych cytatów ze starego podręcznika prawa konstytucyjnego, że „nauka prawa państwowego Polski Ludowej jest nauką nieukrywającą swego klasowego charakteru; to znaczy, iż otwarcie przyznaje, że służy interesom określonej klasy społecznej (...) Nauka burżuazyjna (...) była i jest również nauką klasową – służącą interesom określonych klas posiadających. Różnica polega tylko na tym, iż nauka burżuazyjna ukrywa swój charakter pod pozorami «apolityczności», «obiektywności», «ponadklasowości»”².

Oczywiście trzeba próbować zrozumieć kontekst i okoliczności, w których napisano te zdania, a przede wszystkim rolę, jaką miały odegrać. Jasne jest, że delegitymizacja zachodniego prawoznawstwa miała stanowić z jednej strony narzędzie tresury lokalnych prawników, z drugiej zaś strony oręż w postrzeganej manichejsko ideologicznej walce z „wrogim obozem”. To sprawiało, że stosowane narzędzia krytyczne były koncesjonowane przez mniej lub bardziej subtelne sieci władzy na zewnątrz i wewnątrz prawniczych środowisk; krytyka była prowadzona wyłącznie z pozycji marksizmu w jego wersjach dopuszczonych przez partyjnych ideologów. Nie zmienia to jednak faktu, że formułowane diagnozy były i w pewnym sensie nadal są przekonujące. Oczywiście można uznawać za przestarzałe i teoretycznie nieprzydatne w dzisiejszych skomplikowanych warunkach pojęcie klasy społecznej czy interesu klasowego, ale stwierdzenie, że nauka „burżuazyjna” jedynie jawi się apolityczną czy obiektywną, jest trudne do przekonującej falsyfikacji.

Tymczasem po upadku żelaznej kurtyny tego typu diagnozy prawie całkowicie zniknęły. Zostały odrzucone z wyraźną niechęcią przez swych twórców, przy czym uznano, że tego odrzucenia nie trzeba w żaden sposób uzasadniać. Przyjęło się wyjaśnienie, że cała dotychczasowa postawa krytyczna przedstawicieli prawoznawstwa wynikała z narzuconych im przez instytucjonalne otoczenie dogmatów, w które niemal nikt naprawdę nie wierzył. Tylko czasem w przypływie szczerości nieliczni dawni krytycy

² S. Gebethner, K. Gościński w: *Prawo państwowe PRL*, J. Zakrzewska (red.), Łódź 1964, s. 14.

„burżuazyjnego prawoznawstwa” cedzili wypowiedzi o tym, że przynajmniej częściowo wierzyli w to, co pisali i uważali to za ważne i potrzebne. Mówiąc po Foucaultowsku, porządek dyskursu zmienił się zasadniczo, mistrzowie krytyki zapomnieli o przeszłości i stali się gorliwymi wyznawcami nowego świata, wychowując nowe pokolenia afirmatorów *status quo*. Pisane w duchu hermeneutyki podejrzeń demystyfikacje ustąpiły miejsca afirmatywnym peanom w rodzaju „zadania realizowane przez konstytucję (...) wcale nie podważają pluralizmu postaw, światopoglądów i ideologii, nie wprowadzają jakiegoś sztucznego uniformizmu postaw, (a przyjęte w naszych stronach rozwiązania – przyp. A.S.) są uniwersalne i ponadczasowe, a wyrażając generalną ideę wolności, stanowią niekwestionowany fundament nowoczesnego, demokratycznego państwa”³.

Po zacytowaniu tego fragmentu w Belfaście usłyszałem, że nadawałby się on do każdego podręcznika prawa konstytucyjnego w dowolnym postkomunistycznym państwie Europy Środkowej czy Wschodniej, może poza tymi byłymi republikami radzieckimi, które nie wybrały jednoznacznie prozachodniej orientacji.

Kiedy kilka lat temu podjąłem w serii artykułów na łamach „Państwa i Prawa” dyskusje o stanie polskiej nauki prawa konstytucyjnego⁴, moim najbardziej zaciekle polemistą okazał się J. Jaskiernia, instytucjonalnie przecież związany z oficjalną lewicą, który zarzucił mi niebezpieczne praktyki delegitymizujące dyskurs oraz stwierdził, że cytowanie starych prac konstytucjonalistów jest „wyciąganiem im niechlubnej przeszłości”⁵. Kiedy w kolejnym artykule⁶ wyjaśniłem, iż nie ganię dawnych marksistowskich krytyków Zachodu za to co robili, ale wręcz wzywam, by robili to nadal (argumentując w dodatku, że może to przynieść korzyści temu Zachodowi), wywołałem zdziwienie, że dziś można u nas dojść do takiego przekonania. Podobne wrażenia związane z analogicznymi sytuacjami mieli moi rozmówcy z innych postkomunistycznych państw, choć żaden z nas nigdy nie był i nie jest entuzjastą komunizmu, a większość preferuje raczej krytykę społeczną w duchu Habermasowkim czy Foucaultowskim.

Zdaniem niektórych amnezja afirmatywna, nie tylko w prawoznawstwie, to specyficzna wschodnioeuropejska wersja syndromu postkolonialnego. Teoretyczne podstawy tego syndromu w polskim kontekście wyłożyła onegdaj E. Thompson⁷. Ujmując rzecz w skrócie i uproszczeniu, polskie elity, podobnie jak elity w innych społeczeństwach peryferyjnych, które uwolniły się od kolonialnego jarzma, ulegają dwóm emocjom. Z jednej strony poczuciu własnego zwycięstwa, dołączenia do prawdy, znalezienia się we właściwym otoczeniu, co w mniemaniu elit jest głównie zasługą ich przewodniej roli. Z drugiej zaś strony pewnemu strachowi przed wciąż „mentalnie skolonizowanym” ludem, który może zaprzepaścić dorobek rewolucji, więc trzeba ten dorobek wciąż legitymizować, podkreślając jego zalety, skrywając zaś wady. Z zewnętrznego punktu widzenia, jak wskazuje E. Thompson, to nic innego jak znana wielu społeczeństwom postkolonialnym tęsknota za nową kolonizacją kulturową – tym razem tą dobrą i właściwą. Towarzyszy temu często nadgorliwość w przyjmowaniu „dobrych wzorców” i instynktowne, czasem podświadome powstrzymywanie się przed ich problematyzacją i krytyką. Mimo iż stosowanie narzędzi teorii postkolonialnej powstałych dla diagnozowania zmian społecznych

³ J. Szymanek, *Tradycje konstytucyjne. Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym*, Warszawa 2006, s. 95.

⁴ A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010/12, s. 3–16.

⁵ J. Jaskiernia, *O znaczeniu postmodernizmu dla nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2011/4, s. 35.

⁶ A. Sulikowski, *Konstytucjonalisci a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2011/12, s. 30–42.

⁷ E.M. Thompson, *W kolejce po aprobatę. Kolonialna mentalność polskich elit*, „Europa” 2007/38.

w Azji i Afryce jest wobec Europy ryzykowne, uważam, że pewne ich elementy mogą być użyteczne.

Zwłaszcza kwestia roli elit, jeżeli rozważania o nich wzbogacić o pewne wątki związane z socjologią krytyczną P. Bourdieu. W bardzo ciekawy sposób zrobiła to onegdaj H. Dębska w swojej pracy doktorskiej poświęconej władzy symbolicznej trybunału konstytucyjnego. Miałem przyjemność być (obok A. Czarnoty) recenzentem tej rozprawy w przewodzie doktorskim. Autorka, wykorzystując narzędzia francuskiej socjologii krytycznej, określiła obraz kształtowania się w Polsce jeszcze w schyłkowej fazie real socjalizmu wielu importowanych z Zachodu rozwiązań charakterystycznych dla państwa burżuazyjnego jako rezultat dwóch powiązanych ze sobą procesów: z jednej strony autonomizacji pola prawnego, czyli mówiąc w uproszczeniu, postępującego uniezależnienia się profesjonalnych praktyków i teoretyków prawa od władzy skupionej dotychczas w rękach partyjnej egzekutywy, z drugiej zaś strony słabnięcia władzy, która dla rozciągnięcia łańcucha legitymizacji, czyli innymi słowy, dla wzmocnienia społecznego poparcia dla własnych działań, włączyła do nich profesjonalnych prawników, dając im częściowo autonomiczne organy takie jak sądownictwo konstytucyjne i administracyjne czy Najwyższą Izbę Kontroli, jednakże zrzucając na nich część odpowiedzialności za rządzenie⁸.

Wzmacnianie poczucia odpowiedzialności elit za państwo jest rzeczywiście cechą charakterystyczną ostatnich dekad socjalistycznych rządów w Polsce. Rozszerzając diagnozy krakowskiej socjolożki prawa o nowe wątki, nieco w stylu Źiżkowskiego szukania filozofii w popkulturze, można rzeczywiście dojść do wniosku, że w latach 70. (zwłaszcza w drugiej połowie dekady) i 80. XX w. próby przekształcenia real socjalizmu w socjalizm burżuazji są ewidentne. Jeżeli spojrzymy na kultowe seriale tamtych czasów – słynny porucznik Borewicz, kryształowy glina i idol młodzieży z *07, zgłoś się*, nie jest prostym przedstawicielem klasy robotniczej – wprawdzie jest synem milicyjnego „utrwalacza władzy ludowej”, ale skończył studia prawnicze i żył na Zachodzie, choć wybrał powrót do ojczyzny i służbę dla niej. Również ścigani przez Borewicza bandyci po kilku pierwszych odcinkach serialu przestają reprezentować rewizjonistyczne grupy podziemnych kapitalistów czy nielojalnych, zbyt swobodnie myślących *bourgeois*. W jednym z odcinków podejrzany o liczne zabójstwa dyrektor dużego przedsiębiorstwa okazuje się niewinny, a sprawcą jest córka portiera. Kryminaliści z tego serialu rzadko należą do klasy średniej, w przeciwieństwie do szwarzcharakterów z kryminalów tworzonych w poprzednich dekadach (w *07, zgłoś się* znika też wątek manichejskiej walki z Zachodem, o agentach imperializmu nie mówi się wcale; w ostatnim odcinku serii Borewicz działa niemal ramię w ramię z amerykańskim policjantem realizującym w Polsce prywatną zemstę). Borewicz dobrze żyje z przedstawicielami inteligencji, a w jednym z odcinków gra nawet w tenisa z peerelowskim milionerem na jego prywatnym korcie.

Również inne seriale stanowią wyraz zachęty dla socjalistycznej klasy średniej. Główny pozytywny bohater *Czterdziestolatka* to przecież inżynier, mąż absolwentki chemii, przyjaciel lekarza, a klasę robotniczą reprezentuje Maliniak – karierowicz i prostak. Serial *Dyrektorzy* pokazuje ludzi zarządzających firmami nie jako trybunów ludowych, czy zło konieczne w warunkach socjalistycznej gospodarki, jak to drzewiej bywało, lecz jako pracodawców, którzy bywają skonfliktowani z pracownikami, odpowiedzialnie łącząc własny interes (także finansowy) z interesem kierowanych przez siebie przedsiębiorstw.

⁸ H. Dębska, *Trybunał konstytucyjny jako instytucja władzy symbolicznej*, maszynopis.

Podobne zmiany zaszły, choć w niejednakowym zakresie, w popkulturze na całym europejskim obszarze RWPG. Władza partyjna przekazywała jasny komunikat, że chce się oprzeć na burżuazji i fachowcach, wyposażyć ich w specyficzne poczucie odpowiedzialności za politykę państwa. Mimo iż kompromis się nie udał, bo ekonomiczne podstawy systemu okazały się niemożliwe do utrzymania, tresowanie elit, w tym prawników, w szczególnym poczuciu odpowiedzialności przyniosło widoczne efekty. Inteligencja aktywnie uczestniczyła we wszystkich wschodnioeuropejskich procesach rewolucyjnego „odchodzenia od socjalizmu”, choć oczywiście nie wszędzie w podobnym stopniu. Towarzystwo temu szczególne poczucie misji, przy jednoczesnym wysokim prestiżu społecznym wykształconych fachowców. Odrzucenie *status quo* nie było podyktowane tylko koniunkturalizmem i gorliwością neofitów, ale także, jak się wydaje, głębokim przekonaniem, że odpowiedzialność za kraj tego wymaga. Jak zauważa J.F. Brown w swojej pracy poświęconej pierwszym latom demokracji w Europie Środkowej i Wschodniej, reformom towarzyszył trudny do osiągnięcia na Zachodzie konsensus. Doszło do spłaszczenia różnic między programami politycznymi partii rządzących i do pacyfikacji radykałów zarówno po stronie postkomunistów, jak i antykomunistów⁹. Nawet jeżeli na gruncie życia partyjnego dochodziło do sporów politycznych, to profesjonalne elity, w tym zwłaszcza przedstawiciele prawoznawstwa, podkreślały raczej swoją niezależność i mainstreamowość, rozumianą jako technokratyczną służbę rdzeniowi systemu.

W. Sadurski¹⁰ i wspomniana już H. Dębska tłumaczą ten fenomen w kategoriach interesów – przedstawiciele prawoznawstwa stali się ewidentnie beneficjentami transformacji zarówno na niwie materialnej, jak i politycznej – obsadzili profesjonalne organy sądowe i kontrolne, zyskując realny wpływ na działalność państwa, jednocześnie uniezależnili się od konieczności poszukiwania legitymizacji politycznej dla całkiem realnych działań władczych. Decyzje sądów najwyższych instancji, w tym sądów konstytucyjnych, czy innych profesjonalnych organów kontrolnych były przedstawiane jako obiektywne rozstrzygnięcia podyktowane jedynie apriorycznie istniejącym prawem, bądź też rozumną koniecznością. Tak też były komentowane przez profesjonalne dyskursy prawnicze. Sojusz między sądem a uniwersytetem zyskał trwałość i stabilność. Podkreślanie obiektywności, autonomii i apolityczności praktyki prawniczej stało się wyznacznikiem mainstreamowości, zapewniało status poważnego naukowca, który umie powstrzymać się od politycznej krytyki.

A. Kozak, najbardziej chyba refleksyjny zwolennik takiej praktyki opracował nawet ciekawą koncepcję wyjaśniająco–legitymizującą taki stan rzeczy, wpisując to, co się działo w byłych demoludach w zachodni porządek myślenia. Piszę tutaj o juryscentryzmie, jako pewnym programie etycznym, który w toku realizacji miał zapewnić niepolityczność praktyki prawniczej, a jednocześnie uzasadniał możliwość osiągnięcia takiego stanu rzeczy, przez mocno zakorzenioną w strukturalizmie koncepcję autonomicznej prawniczości, która ma charakter neutralnego mechanizmu odpornego na polityzację. Innymi słowy, zdaniem przedwcześnie zmarłego, wybitnego wrocławskiego teoretyka prawa, tłumienie postaw krytycznych wobec praktyki prawniczej i traktowanie mainstreamu jako pewnej neutralnej maszyny miało być najbardziej potrzebną w naszych czasach

⁹ J.F. Brown, *Hopes and shadows. Eastern Europe after communism*, Durham 1994, s. 78 (o Polsce) oraz 308 (o regionie).

¹⁰ W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy środkowej i wschodniej*, Warszawa 2008, s. 10.

postawą prawnika, związaną z realną powinnością i poczuciem odpowiedzialności¹¹. Postać i postępowanie ś.p. A. Kozaka, mistrza dla wielu wrocławskich (i nie tylko) adeptów ogólnej refleksji nad prawem może być dobrą egzemplifikacją afirmatywnej amnezji jako świadomego wyboru.

Oto człowiek o mocno lewicowym światopoglądzie, niesamowicie odczytany w pracach zachodnich marksistowskich i postmarksistowskich krytyków prawniczej rzeczywistości (czytał i dyskutował prace z tego zakresu jeszcze w czasach realnego socjalizmu), a przy tym stosunkowo młody i niezwiązany karierą z dawnym systemem, przyjął w nowych czasach postawę afirmatywną i poczuł potrzebę przestrzegania innych przed podjęciem krytyki praktyki prawniczej, a szczególnie przed delegitymizacją prawniczego *status quo* przez ujawnianie jego politycznych uwikłań. Uważał, że jest to konieczne zwłaszcza w naszej części świata, gdzie prawnicza autonomia jest młoda, niepewna i nie weszła jeszcze dobrze w krew ani samym prawnikom, ani otoczeniu, które może dość łatwo uwierzyć, że skoro prawo i tak jest służą czyichś interesów, to może lepiej z niego w ogóle zrezygnować. Jak podkreślał w swoich pracach i w licznych dyskusjach albo prawo będzie postrzegane jako autopojetyczne (przy widocznej dla teoretyka jak na dłoni fikcyjności takiego statusu) albo nie będzie go wcale. Wszelka lewicowa czy postmodernistyczna krytyka prawa, jak twierdził A. Kozak (i w tym miejscu wypada się z nim ewidentnie zgodzić) – definiuje prawo jako coś allopojetycznego, coś, co jest uwikłane w pozaprawne elementy społecznej rzeczywistości. Zdaniem A. Kozaka tkwi w tej krytyce potencjał burzycielski wobec społecznej iluzji, która jest zwłaszcza społeczeństwom takim jak nasze niezbędna do przetrwania. Osobiście nie jestem zwolennikiem pielęgnowania tej iluzji, ale dzięki A. Kozakowi lepiej rozumiem dlaczego niektórzy chcą ją pielęgnować.

Tak czy inaczej krytyka wobec zachodniego prawa została zaniechana i zapomniana przez starych fachowców. Pojawiła się ona znów w naszym regionie, jednakże już wyprana z tradycji, jako import z Zachodu. Kiedy L. Morawski wydał swoją pracę *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*¹², która została potraktowana później przez wielu współczesnych polskich *critsów* jako manifest, przytoczone w niej poglądy zyskały status newsów z Zachodu, mimo tego, że myśl, która legła u ich podstaw – np. myśl francuskich poststrukturalistów była kiedyś znana i komentowana w centrum i na wschodzie Europy. Ważną cechą prawniczego myślenia w Polsce, a jak się niedawno dowiedziałem, także w innych państwach naszego regionu jest to, że za jej import odpowiadają przede wszystkim środowiska teoretyków–filozofów prawa. Niewątpliwie są to środowiska dość niszowe z punktu widzenia prawniczego mainstreamu i nie zawsze poważnie traktowane. Za pierwszą linię frontu w sprofesjonalizowanym prawoznawstwie uchodzą zdecydowanie dogmatyki prawnicze, czyli prawnicze dyscypliny szczegółowe. To przede wszystkim one tkwią, jak pisał W. Sadurski, w symbiotycznej, wzajemnie legitymizującej relacji z praktyką orzecznictwa¹³.

Teoria (filozofia) prawa jest nieco poza tym układem. Do tego jeszcze jako dyscyplina mocno otwarta na tzw. integrację zewnętrzną i czuła zwłaszcza na zmiany w tzw. filozofii ogólnej teoretyczna refleksja nad prawem mocno odczuła kryzys filozofii analitycznej i w ogóle kryzys podstawności, który prawie nie dociera do dogmatyk. Część

¹¹ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, rozdział I i II; A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 68.

¹² L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

¹³ W. Sadurski, *Prawo przed sądem...*, s. 11.

środowiska teoretyków (filozofów) prawa w świadomości kryzysu wielu założeń o języku, na których opierała się bardzo mocno refleksja analityczna, oddaliła się od prawniczej codzienności, dryfując albo w stronę naturalizmu poznawczego i przyrodoznawstwa, albo w kierunku refleksji społecznej i filozofii politycznej. Pogłębiła się przez to jeszcze mocniej specyfika i autonomia ogólnej refleksji nad prawem, już dawniej przecież traktowanej jako dyscyplina pogranicza niby respektowana przez resztę prawoznawstwa, ale jednak mocno inna. To jednak sprawiło, że teoria (filozofia) prawa mogła się otworzyć na import krytyki prawniczej, nie zagrażając stabilności prawoznawczego układu. Trzeba dodać, i jest to mocno charakterystyczne dla sytuacji w wielu byłych demokracjach, że recepcja wątków krytycznych przez ogólną refleksję nad prawem dokonuje się przede wszystkim za sprawą stosunkowo młodych badaczy (co immunizuje w znacznym stopniu na możliwość przypięcia etykiety uwikłania w stary, słusznie miniony system), a poza tym, mimo ideologicznego pokrewieństwa, odbywa się zasadniczo bez wsparcia oficjalnych partii lewicowych. Postkomunistyczne partie polityczne wspierają zwykle mainstream i niezwykle rzadko krytykują orzecznictwo czy praktykę prawniczą.

Gdy idzie o sposób recepcji krytyki w ramach ogólnej refleksji nad prawem, to dominują ilościowo prace rekonstrukcyjne o krytycznej myśli prawniczej, rzadsze są zdecydowanie prace aplikacyjne. Te drugie są dużo bardziej niebezpieczne dla mainstreamu chronionego przez afirmatywną amnezję. Wymagają większej odwagi, ale są bardziej kompatybilne z ideologicznymi założeniami krytyki prawniczej, które w znacznej mierze wyznaczył ruch Critical Legal Studies (CLS).

Jak wiadomo, ruch krytycznych studiów nad prawem wprawdzie sporo czerpał z koncepcji filozoficznych zwłaszcza klasyków tzw. French Theory¹⁴, niemniej jednak stawiał sobie za cel przede wszystkim działanie – zmianę świadomości prawnej, co w konsekwencji miało doprowadzić do zmian w zakresie organizacji społeczeństwa. Cele *critsów* wiążą się głównie z działalnością demaskatorsko-sugestywną na konkretnym tworzywie, którym są elementy prawa rozumianego jako kompleks norm, rytuałów i praktyk. Cele CLS są ujmowane następująco:

- 1) uznanie, udowodnienie lub argumentacyjne potwierdzenie tezy o nieokreśloności prawa, która zakłada, że prawo stanowione, a nawet zasady prawa mogą w zależności od szeroko pojętych celów politycznych być wykorzystywane (bądź że są wykorzystywane) do produkcji przeciwnych czy sprzecznych rozstrzygnięć w ramach aktów stosowania prawa;
- 2) tropienie przy pomocy historycznych, socjologicznych, ekonomicznych czy, używając terminologii poststrukturalistycznej, dekonstrukcyjnych badań mechanizmów uzyskiwania przez rozmaite interesy grupowe, klasowe, płciowe, a nawet interesy indywidualne, statusu interesów preferowanych przez uwikłane w nieokreśloność prawo;
- 3) ujawnianie mechanizmów mistyfikacji i legitymizacji podejrzanych właściwości prawa i kultury prawnej i kwestionowanie ich czy też poddawanie krytyce;
- 4) dążenie do aprecjacji lekceważonych dotychczas przez prawnicze dyskursy wartości, rozstrzygnięć, projektów społecznych w duchu szeroko pojętej emancypacji¹⁵.

¹⁴ F. Cusset, *French Theory: How Foucault, Derrida, Deleuze, & Co. Transformed the Intellectual Life of the United States*, Minneapolis 2008, s. 2.

¹⁵ Enumeracja proponowana przez M. Minow, za *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, J. Zajadło (red.), Warszawa 2007, s. 159.

Czuając intelektualne pokrewieństwo z *crits*, trzeba zatem demaskować prawo w jego konkretnych aspektach, ujawniać jego uwikłania, co może potencjalnie wpłynąć na zmiany w społecznej świadomości i jest warunkiem koniecznym dokonania pożądaných przez krytyków przewartościowań w funkcjonowaniu społeczeństw w kierunku emancypacji grup słabszych i docenienia ich sposobów myślenia bądź w kierunku powstrzymania procesów homogenizacyjnych petryfikujących fałszywe wizje sprawiedliwości. W dawnych demoludach bywa, że pisze się o krytyce prawa, o jej genealogii, filozoficznej proveniencji i powiązaniach, rzadko jednak wypełnia się postulaty teorii krytycznej. Na paradoks zakrawa fakt, że częściej robią to przedstawiciele dyscyplin naukowych usytuowanych poza wydziałami prawa, którzy prawem zajmują się jako jednym z wielu przedmiotów naukowych badań – socjologowie, politolodzy, kulturoznawcy. Prawnicy, a zwłaszcza ci usytuowani najbliżej mainstreamu, unikają zaangażowanej krytycznej refleksji. Ich afirmatywna amnezja obejmuje nie tylko historię rodzimego prawoznawstwa, tak jakby przed 1989 r. ono nie istniało, lecz także to, czego dowiedzieli się na zajęciach z teorii i filozofii prawa, która swoim programem od lat obejmuje także problematykę krytycznej refleksji nad prawem. Nie ma w byłych demoludach nawet cienia ruchu krytycznych studiów nad prawem, choć trzeba przyznać, że także w Europie Zachodniej nigdy nie rozwinął się ruch o podobnym znaczeniu i wpływach (wielu teoretyków twierdzi, że winne jest temu państwo opiekuńcze, które tłumi wątpliwości i kupuje spokój za tzw. socjal). Były jednak i są nadal podejmowane działania integrujące środowisko krytyków prawa.

We Francji pod koniec lat 70. XX w. próbowano tworzyć na podobieństwo CLS ruch pod nazwą *Mouvement Critique du Droit*¹⁶, wydający własne czasopismo zatytułowane „*Procès*”. Podobnie jak w przypadku *Critical Legal Studies* ważnymi zagadnieniami podejmowanymi w ramach ruchu była prawnicza edukacja, normalizacja, uniformizacja postaw, podejrzane podstawy neutralizacji prawa, kwestie panoptycznej kontroli populacji, kwestie postkolonialne itp.¹⁷ Ruch zaniknął w latach 90. XX w., lecz pojawiły się nowe instytucje rozwijające krytykę prawa i prawoznawstwa w duchu CLS. M. Miaille, jeden z filarów ruchu MCD, założył w Montpellier Centrum Studiów i Badań nad Teorią Państwa (*Centre d’Etudes et de Recherches sur la théorie de l’Etat, CERTE*), a na Uniwersytecie Jean Monnet w Saint-Etienne inny krytyczny teoretyk – A. Jeammaud powołał Centrum Badań Krytycznych nad Prawem (*Centre de Recherches Critiques sur le Droit, CERCRID*). W 2003 r. J. Michel założył w Lyonie Grupę Badawczą w Zakresie Epistemologii Politycznej i Historycznej (*Groupe de Recherche en Epistémologie Politique et Historique, GREPH*)¹⁸. Również w Niemczech krytyczne badania nad prawem rozwijają się nieprzerwanie od końca lat 60. XX w. i skupiają się one na kontynuacji wątków i metod lansowanych onegdaj przez szkołę frankfurcką¹⁹.

¹⁶ Por. M. Miaille, *Mouvement Critique du Droit*, w: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (red.), Paryż 1993, s. 132.

¹⁷ Tematem przewodnim pierwszego numeru czasopisma były kwestie związków polityczności i prawa – *Du juridique au politique*, „*Procès*” 1978/1. Potem problematyka klas, formacji społecznych i ich wpływów na prawa jednostki – *Droits, classes, formations sociales*, „*Procès*” 1978/2, instytucje prawnicze i nauczanie prawa – *L’institution du juridique: la jurisprudence, l’enseignement et le droit*, „*Procès*” 1979/3, bezpieczeństwo i policja – *Sécurité et police (...)*, „*Procès*” 1980/5, kwestie kolonialne i postkolonialne – *Le droit colonial*, „*Procès*” 1987–1988/18.

¹⁸ M. Kaluszynski, *Sous les pavés, le droit /Le mouvement critique du droit: ou quand le droit retrouve la politique*, „*Droit et Société*” 2010/76, s. 538–539.

¹⁹ W. de Haan, J. Silvis, P.A. Thomas, *Democracy, Rule of Law and Critical Legal Theory in Germany*, „*Journal of Law and Society*” 1991/3, s. 347–352.

Mniej lub bardziej zintegrowane środowiska prawników krytycznych działają także w Belgii, Holandii, Wielkiej Brytanii i Włoszech²⁰.

Na Zachodzie krytyka jest zdecydowanie częściej niż u nas udziałem dogmatyków i praktyków prawa (widać to na corocznych Critical Legal Conferences, w których uczestniczy wielu cywilistów czy karnistów, często aktywnych w praktyce) i jej oddziaływanie na mainstream jest zdecydowanie większe. W naszej części świata krytykę uprawiają niektórzy akademicy filozofowie prawa (jest to coraz liczniejsza, ale wciąż mniejszość w środowisku), nieliczni młodzi prawnicy związani z niezinstytucjonalizowaną „nową lewicą” skupioną w Polsce wokół „Krytyki Politycznej” czy mniej znanego „Recyklingu Idei” (a w krajach sąsiednich wokół podobnych inicjatyw) albo też ludzie spoza branży, bądź też, co bardzo ciekawe i charakterystyczne, przedstawiciele środowisk narodowo-konserwatywnych. Ten wątek warto rozwinąć. W Polsce, podobnie jak w innych postkomunistycznych państwach regionu, opór przeciwko mainstreamowi stawiają przede wszystkim konserwatyści. Polski konserwatyzm jest mocno specyficzny, związany z kościołem katolickim, czy raczej z jego „toruńskim” skrzydłem, lecz mimo to ma wiele wspólnego z konserwatyżmem w innych byłych demoludach. Wspólnymi punktami odniesienia są niewątpliwie: nacjonalizm (czy raczej, by nikogo nie urazić, tradycyjny patriotyzm), wiara w wewnętrzne i zewnętrzne zagrożenia (tajone rzekomo przed ludem przez mainstreamowe media) i – co najważniejsze – krytyka gospodarczego, społecznego i prawnego układu sił, który ukształtował się w tyglu patologicznych oddziaływań na procesy ustrojowych transformacji²¹.

Polska konserwatywna opowieść jest dość prosta – transformacja ustrojowa była wynikiem okrągłostołowego układu, w którym ważną rolę odegrały zależne od Rosji służby specjalne, Polska została gospodarczo skolonizowana przez sąsiadów, na których pasku chodzą „lewicowo-liberalne” rządy. Ceną drogi na Zachód i integracji europejskiej było oddanie gospodarki i polityki obcemu kapitałowi oraz konieczność wyrzeczenia się tradycyjnych katolickich wartości, które czyniły nas mocnymi, a których nienawidzi zdominowana przez „lewaków” Unia Europejska, rozumiana jako ponadnarodowa agenda Niemiec. Czasem na marginesie zasadniczych motywów podejmowanych oficjalnie przez polityków i publicystów pojawiają się jeszcze (np. na forach internetowych) wątki spisku Żydów, masonów czy Nowego Porządku Świata. Co ciekawe, i trzeba to podkreślić, metody kwestionowania *status quo* w zakresie prawa są analogiczne do tych stosowanych przez *crits* na Zachodzie. Konserwatywni krytycy starają się ukazywać niewidoczne dla „lemingów”, jak określa się często (jak się okazuje nie tylko u nas, ale np. także w Orbanowskich Węgrzech) ludzi przychylnych bądź obojętnych wobec głównego nurtu, uwikłania prawa na poziomie jego tworzenia (np. ideologia *gender*), na poziomie praktyki wydawania pieniędzy publicznych, na poziomie edukacji prawniczej, lecz także w sądowym stosowaniu prawa, gdzie sędziowie świadomie albo nieświadomie służą układowi, międzynarodowemu kapitałowi czy innym obcym siłom bądź też świadomie, bądź nieświadomie realizują dziedzictwo swoich „resortowymi przodków”. W takich konserwatywnych mediach jak „Nasz Dziennik”, „Gazeta Polska Codziennie” czy na portalach, jak wpolityce.pl, fronda.pl, wsieci.pl itp. podkreśla się często rolę fałszywej świadomości, która wymaga zmiany, konieczność demaskacji

²⁰ M. Kaluszynski, *Sous les pavés...*, s. 540.

²¹ D. Smilov, I. Krastev, *The Rise of Populism in Eastern Europe. Policy Paper*, w: *Populist Politics and Liberal Democracy in Central and Eastern Europe*, G. Mesežnikov (red.), O. Gyárfásová (red.), D. Smilov (red.), <http://www.ivo.sk/5353/en/news/ivo-released-working-paper-populist-politics-and-liberal-democracy-in-central-and-eastern-europe>.

uwikłań prawa czy też edukacyjnej pracy u podstaw, która uświadomi Polakom prawdę. Krytyką prawa czerpiącą całymi garściami z CLS zajmują się prawnicy z konserwatywnego stowarzyszenia *Ordo Iuris* (aktywni ostatnio mocno jako dekonstruktorzy i demaskatorzy ukrytych treści w konwencji Rady Europy o zapobieganiu przemocy wobec kobiet oraz przemocy domowej), prawnicy–politycy z partii konserwatywnych na czele z prof. K. Pawłowicz, która podjęła niedawno ścisłą współpracę ze znakomitym i powszechnie znanym w naszym środowisku specjalistą w zakresie prawniczej teorii krytycznej – prof. L. Morawskim, autorem m.in. wzmiankowanej już pracy *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*

W bliższym i dalszym sąsiedztwie naszego kraju jest podobnie. Walce politycznej, zwłaszcza ze strony konserwatystów, towarzyszy silna krytyka przemycanej przez mainstreamowy układ ukrytej polityczności aktów stosowania prawa, a zwłaszcza działalności sądów wysokich instancji, z sądami konstytucyjnymi na czele. Można to zaobserwować w ostatnich latach na Węgrzech, w Rumunii czy Bułgarii²². Specyfika naszego regionu, gdy idzie o krytykę prawa, wydaje się polegać na tym, że o ile na Zachodzie *legal crits* związani są głównie z lewicą, u nas (oczywiście przy całej specyfice prawicowej krytyki i jej dyskursywnych reguł) łatwiej zauważyć krytykę prawicową. W moim przekonaniu zarówno konserwatywna, jak i lewicowa krytyka prawa jest w naszym regionie mocno potrzebna. Odrzucenie z gorliwością neofitów przez głównonurtowych prawników krytycznych postaw, które były przecież mocno obecne w środkowo- i wschodnioeuropejskim prawoznawstwie, być może sprzyja legitymizacji i utrwaleniu demokratycznych instytucji państwa prawnego, być może jest przez wielu postrzegane jako wymagający realizacji postulat etyczny, lecz z pewnością rodzi skutki uboczne, które nie zawsze mogą być pozytywnie oceniane.

Brak mocnej krytyki sprzyja aktywizmowi sędziowskiemu, zwłaszcza sądów konstytucyjnych, które wobec afirmatywnej postawy swojego profesjonalnego otoczenia przyzwyczyły się wręcz do tego, że jakiegokolwiek kwestionowanie przyjętych przez nie rozwiązań jest przez wielu mainstreamowych obrońców od razu atakowane jako zamach na instytucje państwa prawnego. Bez krytyki trudno jest także ograniczać dyskrecjonalność sądów powszechnych, które są chronione kamuflażem apolitycznej, profesjonalnej eksperckości, a czasem podejmują decyzje bardzo kontrowersyjne i brzemiennie w polityczne, społeczne czy gospodarcze skutki. Afirmatywny stosunek mainstreamu do kompleksu sąd–uniwersytet sprzyja także petryfikacji dyscyplinowych habitusów w dogmatykach prawniczych, utrudnia falsyfikację często trudnych już dziś do obrony fundamentalnych tez, które dogmatycy, wprawiani w ruch „porządkiem dyskursu”, wciąż powielają, tworząc tyleż piękne, co naiwne opowieści o prawie, maskujące wiele jego trudnych do legitymizacji cech. W ten sposób utrwała się stan rzeczy, w którym prawoznawstwo jest niczym Rorty’owski gabinet luster wciąż odbijających obraz, którego już dawno nie ma, a może nawet nigdy nie było. Tymczasem ten obraz żyje własnym życiem i rodzi często daleko idące skutki w sferze życia jednostek i grup.

Jak przekonująco pisał P. Bourdieu w tekście zatytułowanym wymownie *Prawnicy, strażnicy zbiorowej hipokryzji* „prawo nie jest tym, czym o sobie mówi, tym co o sobie myśli, to znaczy nie jest czymś czystym, autonomicznym itp. Jednak fakt, że tak o sobie myśli i że udaje mu się sprawić, iż tak się myśli o nim, wytwarza realne skutki społeczne, przede

²² J. Rupnik, J. Zielonka, *The State of Democracy 20 Years on: Domestic and External Factors*, „East European Politics and Societies and Cultures” 2013/1, s. 22.

wszystkim wśród tych, którzy się prawem zajmują”²³. Gdyby te skutki dotyczyły wyłącznie tych, którzy się prawem zajmują, problem byłby mniejszy, jednakże żyjemy w czasach niespotykanej wcześniej jurydyzacji aktywności niemal każdego z nas. Trudno odmówić racji Agambenowskiej konstatacji, iż paradygmatem współczesności jest obóz koncentracyjny, pretendujący do totalnej organizacji i panoptycznej kontroli ludzkich zachowań. W tym obozie prawo odgrywa rolę głównego budulca, a jednocześnie samosterowalnej struktury, nad którą już nikt nie panuje. W tej sytuacji ciągła krytyka prawa, bez względu na historyczne traumy i utratę zaufania do wszystkiego, co wiąże się ze starymi czasami, wydaje się konieczna.

Wydaje się, że przezwyciężenie afirmatywnej amnezji jest dziś konieczne. Jak zauważył onegdaj słynny J. Derrida, demokracja podobnie jak dekonstrukcja nie jest produktem gotowym czy stanem rzeczy, lecz obietnicą. Mam nadzieję, że niewielu poważnych prawników wierzy, że widoczne *hic et nunc* rozwiązania prawne są, jak w cytowanym przeze mnie na wstępie fragmencie pracy poważnego i młodego (niemającego nic wspólnego z „komuną”) konstytucjonalisty, „uniwersalne i ponadczasowe”, i jeszcze w dodatku „wyrażają generalną ideę wolności”. Skoro takie teksty przechodzą bez echa i nie zwraca się na nie uwagi podczas lektury prawniczych opracowań, to oznacza, że krytyka prawa jest wręcz niezbędna. Trzeba mieć nadzieję, że coraz liczniejsza, jak wynika z analiz programów zjazdów katedr teorii i filozofii prawa, grupa polskich *crits* zwiększy siłę oddziaływania na główny nurt i zarazi swoimi ideami dogmatyków i praktyków – żołnierzy pierwszej linii prawniczego frontu.

Kończąc, wypada wspomnieć, że zachodnioeuropejskie środowiska *critsów* są bardzo mocno zainteresowane integracją z przedstawicielami krytycznego prawoznawstwa w Europie Środkowej i Wschodniej. Podczas Critical Legal Conference w Belfaście w 2013 r. złożona przez przedstawicieli wrocławskiej Katedry Teorii i Filozofii Prawa propozycja organizacji CLC 2015 w Polsce spotkała się z pozytywnym odzewem. Gdyby to się powiodło, niewątpliwie głównym, bardzo ogólnym tematem CLC w naszym kraju byłaby kondycja myślenia krytycznego na Wschodzie i Zachodzie. Mam nadzieję, że podczas najbliższej konferencji w Brighton we wrześniu 2014 r. uda się nam uzyskać potwierdzenie tych planów. Niewątpliwie wymiana doświadczeń jest pożywką nauki i może przyczynić się do wzmocnienia krytycznych badań nad prawem nie tylko w naszym regionie. A że wzmocnienie takie jest pożądane, nie mam wątpliwości.

Summary

Adam Sulikowski

Affirmative amnesia and conservative *crits*. Some remarks on the condition of critical legal thought in Central and Eastern Europe

The purpose of this article is to analyze the causes and effects of two phenomena, which can be considered as characteristic of the critical legal discourse in Central and Eastern Europe. The first phenomenon is sometimes termed as „affirmative amnesia”. It consists of the abandonment of critical methodology by legal scholars who have dealt with the Marxist critique of the neoliberal law for the major period of their careers. The author tries to diagnose the cause of this phenomenon. The second of these trends lies in the fact that the critical tools that are used on the West mostly by left-wing thinkers, in Central and Eastern Europe are applied by conservative rightists.

²³ P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, cyt za B. Dupret, *Prawo w naukach społecznych*, Warszawa 2010, s. 114–115.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Brown, J.F. (1994). *Hopes and Shadows: Eastern Europe After Communism*. Durham: Duke University Press Books.
- Cusset, F. (2008). *French Theory: How Foucault, Derrida, Deleuze, & Co. Transformed the Intellectual Life of the United States*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Dupret, B. (2010). *Prawo w naukach społecznych*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Gebethner, S., Gościniak, K. (1964). In J. Zakrzewska (Ed.), *Prawo państwowe PRL*. Łódź: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- de Haan, W., Silvis, J., Thomas, P.A. (1991). Democracy, Rule of Law and Critical Legal Theory in Germany. *Journal of Law and Society* 18/3, 347–352.
- Horkheimer, M. (1987). Teoria tradycyjna a teoria krytyczna. In J. Łoziński (Ed.), *Szkoła frankfurcka*. Warszawa: Kolegium Otryckie.
- Jaskiernia, J. (2011). O znaczeniu postmodernizmu dla nauki prawa konstytucyjnego. *Państwo i Prawo* 4, 35–48.
- Kaluszynski, M. (2010). Sous les pavés, le droit /Le mouvement critique du droit: ou quand le droit retrouve la politique. *Droit et Société* 76/3, 523–541.
- Kozak, A. (2002). *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak, A. (2010). *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Miaille, M. (1993). Mouvement Critique du Droit. In A.-J. Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Morawski, L. (2001). *Co może dać nauce prawa postmodernizm?* Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa.
- Rupnik, J., Zielonka, J. (2013). The State of Democracy 20 Years on: Domestic and External Factors. *East European Politics and Societies and Cultures* 27/1, 3–25.
- Sadurski, W. (2008). *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy środkowej i wschodniej*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Sulikowski, A. (2011). Konstytucjonaliści a postmodernizm. *Państwo i Prawo* 12, 30–42.
- Sulikowski, A. (2010). O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego. *Państwo i Prawo* 12, 3–16.
- Szymanek, J. (2006). *Tradycje konstytucyjne. Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym*. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa.
- Thompson, E.M. (2007). W kolejce po aprobatę. Kolonialna mentalność polskich elit. *Europa* 180/38.
- Zajadło, J. (2007). (Ed.) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.