
JURYSPRUDENCJA

13/2019



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Tadeusz Biernat

Prawo w przestrzeni normatywnej



**WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO**

Łódź 2019

Tadeusz Biernat – Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych
Katedra Teorii, Filozofii i Polityki Prawa, 30-705 Kraków, ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)
Bartosz Wojciechowski (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krasoń (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *Lech Morawski* (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski), *Marek Smolak* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Sylwia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Żajadlo* (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Żalusi* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Leszek Leszczyński

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Izabela Baran

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

© Copyright by Tadeusz Biernat, Łódź 2019
© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2019

Publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego
„Normatywne źródła prawa w post-modernistycznym społeczeństwie a proces prawotwórczy”
nr 2014/13/B/H55/00565, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.08732.18.0.M
Ark. wyd. 11,5; ark. druk. 10,75
<https://doi.org/10.18778/8142-163-8>
ISBN 978-83-8142-163-8
e-ISBN 978-83-8142-164-5

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63

In this theory, law is neither to be wholly identified with the understanding of the present state of affairs nor with the imagined alternatives. It *is* the bridge – the committed social behavior which constitutes the way a group of people will attempt to get from here to there. Law connects „reality” to alternity.

Robert M. Cover

Spis treści

Wstęp	9
-------------	---

Charakterystyka problemu badawczego	13
---	----

Część I

Paradygmat prawa w porządku normatywnym

Wprowadzenie	21
1. Ład społeczny	23
2. Ład normatywny	27
2.1. Wartości	28
2.2. Normatywne subsystemy i ich cechy	33
3. Prawo a ład normatywny	36
3.1. Koncepcje prawa natury. Doktryna Św. Tomasza z Akwinu	37
3.2. Autonomia systemu prawnego. Prawo w ujęciu Hansa Kelsena	42
3.3. Trzecia droga. Formuła Gustawa Radbrucha	47
4. Dominacja paradygmatu prawa w porządku normatywnym	50
4.1. O wzmacnianiu paradygmatu prawa w porządku normatywnym	50
4.2. Cechy charakteryzowanego paradygmatu	52
4.3. Problem tworzenia prawa w ramach paradygmatu i badania tego procesu	53
Podsumowanie	59

Część II

Paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej

Wprowadzenie	63
1. Dynamika społeczna z perspektywy ponowoczesności	64
2. Dynamika sfery normatywnej w społeczeństwie ponowoczesnym. Najważniejsze obszary	68
2.1. Pluralizm wartości. Moralność – etyka	68
2.2. Zmiany w sferze praw podmiotowych	69
2.3. Zmiany w prawie – jurydyzacja – multicentryczność – system prawny europejski	73
2.3.1. Jurydyzacja	73
2.3.2. Multicentryczność prawa	75
2.3.3. System prawny europejski	76
2.3.4. <i>Soft law</i>	79
2.3.5. Europeizacja prawa	81
3. Dynamika wybranych elementów sfery normatywnej	83
3.1. Polityczna poprawność – wymiar normatywny	83
3.2. <i>Policy</i> – aspekt normatywny	88
3.3. Doktryna – aspekt normatywny	90
4. Przestrzeń normatywna	92
4.1. Problem normatywności	93
4.2. Normatywne wypowiedzi – oświadczenia normatywne	97

4.3. Charakterystyka przestrzeni normatywnej	100
4.3.1. Elementy przestrzeni normatywnej	101
4.3.2. Formy strukturalizacji/standaryzacji przestrzeni normatywnej	103
5. Status prawa w przestrzeni normatywnej	106
5.1. Wpływ przestrzeni normatywnej na legitymizację prawa	107
5.2. Przestrzeń normatywna a problem świadomości normatywnej	111
5.3. Cechy charakteryzowanego paradygmatu	112
5.4. Problem badania tworzenia prawa w ramach paradygmatu	113

Część III

Badanie wpływu przestrzeni normatywnej na tworzenie prawa.

Specyfika normatywnych źródeł prawa w społeczeństwie postmodernistycznym

Wprowadzenie	119
1. Źródła prawa a pojęcie normatywnych źródeł prawa	120
2. Charakterystyka prawotwórczego procesu decyzyjnego w ramach paradygmatu	122
3. Model referencyjny badania tworzenia prawa	131
4. Wpływ normatywnych źródeł prawa na tworzenie prawa w wyodrębnionych systemach	135
4.1. Normatywne źródła prawa w systemie prawnym Unii Europejskiej	135
4.2. Normatywne źródła prawa w systemie kontynentalnym. Potencjał trendu	141
4.3. Precedens w przestrzeni normatywnej	152
5. Przestrzeń normatywna a konwergencja systemów prawnych	158

Zamiast zakończenia	163
----------------------------------	------------

Bibliografia	165
---------------------------	------------

Wstęp

Niniejsza monografia stanowi uzupełnienie, a w pewnym stopniu również podsumowanie badań prowadzonych w ramach realizowanego programu badawczego¹. Wcześniejsze publikacje to monografia *Legislacja. Analiza procesu* (Kraków 2016) oraz opublikowane artykuły: „Między polityką a prawem. Problem «upolitycznienia» tworzenia prawa” (*Przegląd Prawa i Administracji* 2017, t. 110: *Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej*); „W poszukiwaniu adekwatnego modelu analizy tworzenia prawa” (*Przegląd Prawa Publicznego* 2017, nr 9 (126)); „The Impact of the Judicial Precedents on the Normative Content of Human Rights” (*Studia Iuridica Lublinensia* 2018, t. 27, nr 1), a także złożony do druku artykuł „Standards of law-making as the parts of normative space in the post-modern democratic State. The question of justification and legitimacy of law. W: *Legal Change: Theoretical Perspectives and Practical Processes*, Maciej Chmieleński, Michał Rupniewski (red.), London.

Ponadto w ramach grantu uczestniczyłem w wielu konferencjach krajowych i zagranicznych. Istotne dla realizacji programu były: (1) XXII Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa *Prawo – polityka – sfera publiczna*, Wrocław, 18–21 września 2016 roku; (2) studyjny pobyt w Centre of Legislative Studies in the School of Law and Politics of the University of Hull w październiku 2016 roku i wystąpienie w ramach seminarium badawczego *The normative sources of law in the post-modern society and law-making process* w dniu 26 października; (3) udział w warsztacie *Potential of Precedent in the Statutory Legal Order. Context of Political and Legal Discourse* i wystąpienie: *The normative content of Human Rights in the law making and judicial precedents* w ramach XXVIII Światowego Kongresu IVR w dniach od 17 do 21 lipca 2017 roku (XXVIII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy – IVR); (4) udział w warsztacie *Change of Law in a Democratic State: Normative Foundations and Factual Processes*. Warsztat był częścią MANCEPT Workshops 2017 odbywających się w Manchesterze w dniach 11–13 września 2017 roku; (5) udział w międzynarodowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Stowarzyszenie Badań nad Źródłami i Funkcjami Prawa „Fontes” *Normy prawne – normy społeczne i kulturowe. Studia przypadków* w dniach 16–17 września 2017 roku w Krakowie; (6) wystąpienie na sesji plenarnej z referatem *Rozstrzyganie*

¹ Program badawczy „Normatywne źródła prawa w post-modernistycznym społeczeństwie a proces prawotwórczy” nr 2014/13/B/H55/00565, finansowany przez Narodowe Centrum Nauki.

dylematów decyzyjnych na gruncie dyrektyw poprawnej legislacji i procedury procesu prawotwórczego w demokratycznym państwie prawa. Wymieniam te konferencje, ponieważ – niezależnie od możliwości prezentowania niektórych zagadnień z zakresu tego opracowania – były one okazją do wymiany opinii. W toczących się dyskusjach padało wiele cennych, niekiedy krytycznych uwag, które bardzo sobie cenię. Szczególne wyrazy wdzięczności kieruję do Profesora Jo Carby-Hall z Centre of Legislative Studies in the School of Law and Politics of the University of Hull.

Projekt swym zakresem obejmował badania nad zjawiskiem zmian otoczenia normatywnego w społeczeństwie postmodernistycznym oraz ich wpływem na proces tworzenia prawa. Zadaniem podstawowym było dokonanie krytycznej analizy najważniejszych aspektów teorii tworzenia prawa, organizacji procesu prawotwórczego i współczesnych modeli tworzenia prawa. Wyniki tych badań zostały ujęte we wspomnianej wyżej monografii *Legislacja. Analiza procesu*. Realizacja drugiej części zadania badawczego – analiza normatywnych źródeł prawa i ich wpływu na proces prawotwórczy w społeczeństwie postmodernistycznym – okazała się z wielu względów zadaniem znacznie szerszym, niż zakładano pierwotnie.

Wyznaczony – w jakimś stopniu klasycznym w jurysprudencji – pytaniem *what ought to be law* zakres badawczy jest zawsze bardzo szeroki. Każda próba odpowiedzi na tak sformułowane pytanie oznacza budowanie kompleksowej teorii prawa. Podkreślam to, ponieważ prezentowany program badawczy w żadnym wypadku nie miał takiego celu. Jego zakres był wyraźnie ograniczony i sprowadzał się do przedstawienia propozycji adekwatnego dla określonych warunków modelu analizy tworzenia prawa. Głównym problemem okazał się brak szerszych ram teoretycznych dotyczących alternatywnych sposobów ujmowania prawa w relacji do sfery normatywnej, relewantnych dla współczesności. Z tego powodu temu aspektowi teoretycznemu poświęciłem więcej uwagi. Stąd też tytuł niniejszej pracy *Prawo w przestrzeni normatywnej*. Nie zmienia to faktu, że podstawowym celem badawczym był problem badania tworzenia prawa i, gdyby nie brzmiało to niezręcznie, właściwy byłby podtytuł *Sposób analizy wpływu elementów przestrzeni normatywnej na proces tworzenia i treść tworzonego prawa*. Przedstawione propozycje teoretyczne mają w większym stopniu charakter wstępny (z dużą liczbą pytań otwartych), nie zaś kompletnych, podsumowujących ustaleń. Mimo to uważam, że koncepcja zawarta w proponowanym paradygmacie „prawa w przestrzeni normatywnej” jest nie tylko ważnym osiągnięciem realizowanego programu badawczego, ale może być ponadto interesującym punktem wyjścia do dalszych badań.

Omawiane zagadnienia cechuje „wielowymiarowość”, to znaczy, że przy każdej próbie ich charakterystyki pojawia się problem odniesienia do wszystkich najważniejszych kwestii z zakresu jurysprudencji. Z tego powodu niektóre kwestie zostały tylko zasygnalizowane, a ich przedstawienie ograniczone do

podstawowej literatury. Wpływ na to, podobnie jak na zakres egzemplifikacji badania tworzenia prawa w ramach proponowanego modelu analizy, miała także zakładana objętość pracy.

Przyjęta trzyczęściowa konstrukcja książki w jakimś stopniu oddaje najważniejsze intuicje badawcze, które można sprowadzić do kilku podstawowych pytań: Czy uzasadnione jest poszukiwanie nowego paradygmatu ujęcia prawa w relacji do sfery normatywnej? Czy zachodzące zmiany w prawie i sferze normatywnej są wystarczającym uzasadnieniem jego formułowania? Czy w ramach zmienionego paradygmatu można określić odmienny typ podejścia do analizy tworzenia prawa?

Często we wstępach do publikacji wyrażane są podziękowania lub dedykacje. Nigdy tego nie robiłem, ale tym razem uczynię wyjątek. Chcę podziękować Żonie Annie i przeprosić za niezrealizowany wyjazd wakacyjny, który jej się „po prostu należał”.

Kraków, sierpień 2018 roku

Charakterystyka problemu badawczego

Wskazywałem we „Wstępie”, że podejmowany w książce problem badawczy nie jest tak ambitny, jak wskazywałyby na to jej tytuł. Celem prowadzonych badań była próba odpowiedzi na pytanie, czy i jaki typ normatywnych źródeł ma współcześnie znaczący wpływ na tworzenie prawa. To, co na etapie projektowanych badań wydawało się stosunkowo łatwe, w trakcie ich realizacji okazało się najtrudniejsze. Pomijam kwestię uzasadnienia użytego pojęcia „normatywne źródła prawa”, bo to, jak się wydaje, jest do obronienia, mimo że w „podręcznikowej” charakterystyce źródeł prawa jest mowa o źródłach prawa w znaczeniu formalnym, materialnym i źródłach poznania prawa. Największa trudność dotyczyła skonkretyzowania, w postaci uprawdopodobnionego i przekonującego opisu, charakterystycznej dla społeczeństw ponowoczesnych specyfiki funkcjonowania sfery normatywnej: jej elementów składowych, form agregacji i możliwych, wewnętrznych i zewnętrznych relacji. Ponieważ pojęcie sfery normatywnej jest zbyt ogólne, a pojęcie systemu normatywnego, silnie związane z modernizmem, nie oddaje istoty tego, co charakterystyczne dla współczesności, przyjąłem, że określenie „przestrzeń normatywna” będzie, mimo potencjalnej kontrowersyjności, najbardziej adekwatne. Pojęcie to jest, jak dotąd, używane sporadycznie i nie ma w literaturze utrwalonych, ugruntowanych znaczeń. Przywiązanie do tego pomysłu spowodowało, że książka ma taki, a nie inny tytuł.

Zagadnienie relacji między prawem a sferą normatywną (środowiskiem normatywnym), w obrębie którego można lokować podejmowany temat badawczy, jest jednym z najważniejszych, a może nawet najważniejszym obszarem dociekań filozoficzno- i teoretycznoprawnych. Relacje te, a raczej sposób ich ujmowania wynikający z przyjmowanych założeń ontologicznych i epistemologicznych, stanowią punkt wyjścia dla formułowanych odpowiedzi dotyczących istoty prawa, jego autorytetu i obowiązywania, by wymienić tylko te najważniejsze. Mimo występowania oczywistych związków między tymi zagadnieniami a wyznaczonym szczegółowo zadaniem badawczym nie podejmuję rozważań teoretyczno- i filozoficznoprawnych w tak szerokiej perspektywie, co – jak się wydaje – w prezentowanej pracy jest niemożliwe do zrealizowania w satysfakcjonującym zakresie. Nie jest to możliwe nawet w wymiarze sprawozdawczym, między innymi ze względu na wielość stanowisk, występujących kontrowersji, sporów i polemik, czego plonem jest bardzo obszerna literatura przedmiotu. Jeśli przy realizowaniu tematu badawczego odwołanie się do stanowisk filozoficznoprawnych będzie wymagalne, to, jak sądzę, niezbędny zakres treści można odnaleźć w wielu

syntetycznych opracowaniach, i z tego będę korzystał. Nie ma potrzeby silenia się na robienie czegoś, co inni zrobili wcześniej w sposób satysfakcjonujący.

W podlegających szerokim zmianom relacjach między prawem a sferą normatywną (środowiskiem normatywnym) zwracam uwagę na zjawisko formy normatywności i jej charakterystycznych cech w społeczeństwie postmodernistycznym. Pytanie o formę normatywności w dzisiejszym społeczeństwie jest komplementarne z pytaniem, czy i jak zmieniające się i (jak zakładam) specyficznie ukształtowane współcześnie formy artykułowania normatywności wpływają na prawo, a konkretnie na tworzenie prawa. Jak jest artykułowana powinność w obecnym świecie? Czy są jakieś różnice w stosunku do występujących wcześniej i utrwalonych form artykulacji? Czy te formy artykulacji można uznać za rodzaj normatywnych źródeł prawa?

W zaprojektowanych badaniach dotyczących normatywnych źródeł prawa główna hipoteza badawcza sprowadzała się do ustalenia, czy i jaki typ normatywnych źródeł charakterystycznych dla społeczeństwa postmodernistycznego ma wpływ na tworzenie prawa. Pomocnicza hipoteza sprowadzała się do przyjęcia założenia, że te źródła, mimo dużego zróżnicowania oraz faktu, iż współcześnie podlegają dywersyfikacji, da się przyporządkować do określonych działań prawotwórczych i, przy opracowaniu określonych narzędzi badawczych, zbadać ich wpływ na legislację.

Pierwsza część zadania badawczego polegała na charakterystyce tworzenia prawa i stwierdzeniu, czy tak ujmowane zależności są generalnie przedmiotem analizy. Okazało się, że w dominujących normatywnych modelach procesu prawotwórczego taka zależność nie jest uwzględniana. W nikłym stopniu występuje ona również w praktyce, przynajmniej w odniesieniu do tworzenia prawa w Polsce. W praktyce tworzenia prawa można wskazać na wykorzystywanie takich szczegółowych normatywnych odniesień na etapie kontroli konstytucyjnej tworzonego prawa, w procesie budowania wzorca konstytucyjnego. W badaniu takich zależności można także wskazać postulat dotyczący zakresu regulacji i sposobu podejmowania decyzji w ramach organizacji procesu prawotwórczego z elementami normatywnych uwarunkowań zakodowanych w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (standardy państwa prawa odnoszone do legislacji). W analizach treści tworzonego prawa sporadycznie nawiązuje się do norm społecznych – co jest przedmiotem badań prowadzonych w ramach nowych koncepcji metodologicznych badania tworzenia prawa. Odniesienia do systemów normatywnych pojawiały się w analizach dotyczących procesu prawotwórczego, ale miały one głównie charakter aksjologiczny zarówno w formie postulatu tworzenia dobrego i sprawiedliwego prawa, jak i oceny jego treści. Realizacja tej części programu badawczego została przedstawiona w przywoływanej już monografii *Legislacja. Analiza procesu*.

Ogólnie, w rozważaniach nad zależnością prawa, jego tworzenia, a w konsekwencji i jego treści od normatywności zewnętrznej dominującym podejściem

jest przyjęcie „koncepcji systemowej”. Fundamentalne pytanie o istotę prawa i jego tworzenia jest ukierunkowane na ustalenie relacji do: prawa naturalnego, moralności (systemu norm moralnych), normatywnego wymiaru wartości, agregowanych w formie systemów aksjologicznych. W rozważaniach filozoficzno-i teoretycznoprawnych odnajdujemy proponowane odpowiedzi na postawione wyżej pytania w postaci różnych koncepcji prawa. W zależności od przyjmowanych koncepcji rozstrzygane są inne kluczowe kwestie. Jeśli pokusimy się o charakterystykę cech tego „tradycyjnego podejścia” do badania zależności prawa i jego tworzenia od zewnętrznej normatywności, to najistotniejsze wydaje się postrzeganie prawa i jego normatywnego otoczenia w kategoriach uporządkowania. Istotą jest porządek normatywny, utworzone prawo jest bowiem w określony sposób usytuowane w porządku normatywnym, ze wszelkimi tego konsekwencjami. Usytuowanie prawa w porządku normatywnym może przybierać różne formy, co łączy się z konstrukcją systemu i ustaleniem wewnętrznych zależności normatywnych. Ten typ podejścia można traktować jako paradygmat prawa w porządku normatywnym. Mimo syntetycznego i schematycznego ujęcia ten zakres analizy jest istotny z dwóch powodów. Po pierwsze, jeśli tak to można nazwać, wskazuje na ukierunkowanie i klimat refleksji nad prawem, który się „wyczerpuje”. Po drugie, w wyniku skontrastowania z tym ujęciem, formułowany jest paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej.

Paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej budowany jest na takim ujęciu sfery normatywnej – jak sądzę, możliwym do zaakceptowania – w którym poszczególne jej elementy, bez funkcjonalnego i strukturalnego uzależnienia od przynależności do określonego systemu, mogą tworzyć różnego rodzaju konfiguracje z prawem; prawem, które nie jest „na zewnątrz”, ale „wewnątrz” przestrzeni normatywnej. Prawo współtworzy przestrzeń normatywną, jest jej istotną częścią. W tak ujmowanym paradygmacie zakres i kierunek prowadzonych rozważań różnią się w sposób znaczący. Aczkolwiek punkt wyjścia rozważań w obydwu paradygmatach jest identyczny, dotyczy bowiem kwestii relacji prawa i zewnętrznej normatywności, to inne jest zorientowanie, ukierunkowanie pytań i poszukiwania możliwych odpowiedzi. W kręgu pierwszego mieszczą się najważniejsze pytania o autorytet prawa, drugi zaznacza się w ważnych, ale zakresowo ograniczonych kwestiach, np. dotyczących legitymizacji prawa.

Uzasadnieniem dla przyjmowanego paradygmatu nie jest ani krytyka dominującego paradygmatu prawa w porządku normatywnym, ani jego umiarkowanej relewantności, lecz zjawiska występujące współcześnie. Istotne czynniki to dynamika społeczna i zmiany zachodzące w sferze normatywnej. Mowa tu o zmianach w sferze normatywnej powstałych w wyniku dyferencjacji systemowej oraz o statusie nowych źródeł normatywnych w społeczeństwie postmodernistycznym. Charakterystyka tego paradygmatu zawarta jest w części drugiej niniejszego tomu. Generalnie, dotyczy to rozwinięcia „koncepcji przestrzeni normatywnej”, jej składowych elementów, poziomów normatywnej artykulacji i siły

ich oddziaływania, a także tego, co jest jej istotą: strukturalizacji współczesnej przestrzeni normatywnej, dającej możliwość ujęcia alternatywnego w stosunku do systemowego. Podejmowana jest próba zdefiniowania pojęcia przestrzeni normatywnej, której istotnym aspektem jest ponadto zagadnienie „rodzenia się określonych trendów normatywnych” i ich roli: chodzi zarówno o ich genezę, obszary pojawiania się, czynniki stymulujące ich dynamikę. Rola trendów może być rozpatrywana w kontekście dominacji w społeczeństwie postmodernistycznym „segmentów normatywnych”, związanych z konkretnymi sferami, relacjami w sferze stosunków społecznych, bardziej niż inne domagających się określenia „powinnego” zachowania się lub działania. Analiza trendów może również przyczynić się do charakterystyki tych normatywnych elementów przestrzeni normatywnej, które posiadają (albo którym da się przypisać) pewną specyficzną cechę jako „przedmiotu-obiektu”, stanowiącego podstawę aktualizacji narracji, odnawiającej i poszerzającej zakres normatywnych znaczeń w dyskursie naukowym.

Paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej pozwala na inne spojrzenie na wiele problemów teoretycznoprawnych odnoszących się do tradycyjnie ujmowanych obszarów refleksji naukowej nad prawem: tworzenia, stosowania i interpretacji prawa. W prowadzonych tu rozważaniach, zgodnie z projektem badawczym, odnoszę się tylko do procesu tworzenia prawa. Chciałbym jednak podkreślić, że w ramach proponowanego paradygmatu wpływ normatywnych źródeł na stosowanie prawa jest, jak się wydaje, bardziej znaczący.

W tej części, poza kwestiami uzupełniającymi, analizowany jest problem legitymizacji prawa, ponieważ dobrze ilustruje cechy paradygmatu i może być potwierdzeniem jego użyteczności.

Szczegółowe problemy badawcze związane z procesem prawotwórczym, analizowane w ramach przyjmowanego paradygmatu, stanowią przedmiot trzeciej, ostatniej części pracy. Składają się na nią rozważania w kilku podstawowych obszarach. Pierwszy dotyczy problemu decyzji prawotwórczych. Ujmowanie procesu prawotwórczego w postaci sekwencji decyzji jest oczywiste. Istota problemu sprowadza się do ich charakterystyki, typologii lub typu i struktury procesu decyzyjnego. Przestrzeń normatywna w sposób odmienny wyznacza pole decyzyjne dla podmiotów podejmujących decyzje w procesie tworzenia prawa. W paradygmacie prawa w porządku normatywnym struktura decyzji jest, jeśli tak można to syntetycznie określić, jednopoziomowa i liniowa. Podejmowane decyzje są zdeterminowane dążeniem do rozwiązania problemu społecznego, który należy właściwie zidentyfikować i zastosować odpowiednie instrumenty prawne w ramach prawotwórczej interwencji i ingerencji w funkcjonujący system prawny. W ramach nowego paradygmatu struktura decyzji jest wielopoziomowa i nieliniowa.

Drugi zasadniczy problem omawiany w tej części książki jest związany z ustaleniem sposobu badania procesu prawotwórczego, a konkretnie – decyzji prawotwórczych. Przedstawiona propozycja referencyjnego modelu analizy

tworzenia prawa jest oparta na założeniu, że badając proces prawotwórczy i treści aktów prawnych, można zidentyfikować te normatywne elementy przestrzeni normatywnej (traktowane w projekcie jako normatywne źródła), które wywarły znaczący wpływ. Normatywne elementy mogą być przywoływane jako źródło prawa, jeśli bezpośrednio ich treść normatywna znajduje potwierdzenie w akcie prawnym, lub jako źródło uzasadnienia dla tworzonego prawa. I w jednym, i w drugim przypadku odniesienie się (referencja) jest możliwe w ramach różnych konfiguracji, np. trend normatywny, który występuje w przestrzeni normatywnej, może być zakwestionowany, a takie stanowisko stanowić uzasadnienie dla przyjęcia rozwiązań prawnych przeciwnych. W tej części tomu zostaną przedstawione, na wybranych przykładach, nie tylko możliwości zastosowania proponowanego modelu analizy, ale także uwagi „dopełniające” koncepcję przestrzeni normatywnej i jej charakterystyki.

Już w charakterystyce problemu badawczego zarysowała się kwestia stosowanych terminów odnoszących się do zjawiska normatywności i występujących między nimi relacji pojęciowych, która wymaga wstępnego wyjaśnienia. Używane terminy można ująć w dwie kategorie. Pierwsza obejmuje ogólne określenia występowania zjawiska normatywności, takie jak: sfera normatywna, środowisko normatywne, normatywne otoczenie. Zakres pojęciowy tych terminów jest zbieżny i traktowane są zamiennie. Terminy takie, jak: ład normatywny, porządek normatywny, system normatywny, przestrzeń normatywna, odnoszą się do zjawiska normatywności występującego w jakiejś formie uporządkowania, tworzącego specyficzne struktury normatywne, tak że mogą być skonkretyzowanym „normatywnym punktem odniesienia w rozważaniach dotyczących prawa. W przypadku tych terminów zakresy znaczeniowe pojęć są zróżnicowane, a występujące między nimi różnice i relacje tworzą kanwę odmiennych ujęć prawa. Ich charakterystyka stanowi istotną część pracy i w toku rozważań będzie szczegółowo przedstawiona.

Uzupełnieniem tak zarysowanego problemu badawczego są uwagi poświęcone – szeroko dyskutowanemu współcześnie – zjawisku zbliżenia, a szerzej, konwergencji systemów prawnych: systemu kontynentalnego i *common law*. Wydaje się, że paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej stwarza możliwości nie tylko zajęcia w tej kwestii konkretnego stanowiska, ale również pozwala na uprawdopodobnienie tezy o postępującej konwergencji tych systemów.

Część I

Paradygmat prawa w porządku normatywnym

Wprowadzenie

W prawoznawstwie, a konkretnie – w teorii i filozofii prawa, podejmowane są próby odpowiedzi na wiele ogólnych i szczegółowych pytań, w tym zasadnicze, które wysuwa się na plan pierwszy. Jest to pytanie o istotę prawa. W toku historycznej refleksji nad prawem formułowano kolejne koncepcje i teorie. Ich analiza wskazuje na dwa zasadnicze aspekty. Po pierwsze, na zależność formułowanych propozycji teoretycznych od przyjmowanych założeń filozoficznych. Po drugie, na zróżnicowanie i uzależnienie tych koncepcji od przyjmowanych programów metodologicznych. Szczegółowa charakterystyka wskazanych wyżej kwestii nie jest możliwa, ale w literaturze podejmowane są liczne próby „skondensowanego” przedstawienia problemu w postaci generalizacji, koncepcji prawnonaturalnych, pozytywistycznych czy postpozytywistycznych. Innym sposobem kompleksowej, a równocześnie syntetycznej charakterystyki jest odwołanie się do pojęcia paradygmatu. Często formułuje się to w sposób mało rygorystyczny, przyjmując następujące stanowisko: „W rozwoju nauk prawnych można [...] wyodrębnić cechy charakterystyczne dla koncepcji rewolucji naukowej, kiedy dochodzi do budowania systemu prawnego w oparciu o nowe teorie, jednocześnie trudno nie zauważyć, że mamy do czynienia z koegzystencją rozmaitych paradygmatów, które różnie ujmują prawo. Jednakże z uwagi na specyfikę nauk prawnych proste zastosowanie koncepcji Kuhna nie jest możliwe. Przedstawiony przegląd paradygmatów dotyczących prawa nie ma wyłącznie charakteru historycznego. Istnieje obecnie szereg nurtów i każdy z nich zachował w pewnym stopniu swoją aktualność, a od przyjętej koncepcji może zależeć, jak będziemy rozumieć istotę prawa. W moim przekonaniu nie można obecnie stwierdzić, że istnieje jeden dominujący paradygmat w naukach prawnych. Mamy raczej do czynienia z wieloma poglądami, nurtami i teoriami, które konkurują lub uzupełniają się w celu wyjaśnienia skomplikowanej natury prawa” (Walczak 2015, 79). Faktycznie, autor cytowanej wyżej wypowiedzi dokonuje przeglądu stanowisk filozoficznych i przypisuje im pojęcie paradygmatu.

W ugruntowanym podejściu paradygmat nie tylko stanowi rodzaj wzoru badania naukowego, ale też zawiera w sobie określony poziom uzgodnienia dotyczący istoty badanego zjawiska. *Słownik języka polskiego* PWN definiuje *paradygmat* jako „przyjęty sposób widzenia rzeczywistości w danej dziedzinie, doktrynie”, *Encyklopedia PWN* zaś określa go jako: „[gr. *parádeigma* ‘wzór’] ogólnie uznane osiągnięcie nauki (teorii naukowej), które w pewnym okresie dostarcza modelowych rozwiązań (model) w danej dziedzinie nauki”.

Posługiwanie się pojęciem paradygmatu w odniesieniu do nauk prawnych jest problematyczne, zwłaszcza w tym drugim znaczeniu. Dotyczy to także szerszego obszaru badań z zakresu nauk społecznych i humanistycznych. Powszechnie uznawane stanowiska wskazują na odrębność przedmiotu badania w stosunku do nauk przyrodniczych. W konsekwencji przyjmuje się, że w obrębie tych nauk mamy do czynienia ze zjawiskiem współwystępowania wielu paradygmatów konkurujących ze sobą, niekiedy zwalczających się za sprawą ich gorliwych wyznawców, ale również „uzupełniających się”. Stefan Amsterdamski w posłowie do pracy Thomasa Kuhna *Dwa bieguny. Tradycja i nowatorstwo w badaniach naukowych* pisze, że pojęcie paradygmatu w zastosowaniu do nauk przyrodniczych ma zupełnie inny wymiar niż w naukach humanistycznych, „gdyż właśnie dyscyplinarne *consensus omnium* w tych dziedzinach z reguły nie istnieje. [...] Więcej nawet: mówienie, iż znajdują się zatem w stadium «przedparadygmatycznym», zakłada, że wytworzenie takiego przynajmniej dyscyplinarnego *consensusu omnium* jest ich celem, który, być może, kiedyś zrealizują czy też powinny zrealizować. Tymczasem sądzę, że celem tych dyscyplin jest właśnie wypracowanie różnych wizji świata, że żyją one dzięki swojej «wieloparadygmatyczności», a ukształtowanie się w nich *consensusu omnium* byłoby ich końcem” (Amsterdamski 1985, 513). Używanie pojęcia paradygmatu w odniesieniu do szeroko rozumianego prawoznawstwa raczej odzwierciedla różne sposoby podejścia do prawa i myślenia o prawie, nie zawsze aż tak bardzo różniących się od siebie, jak wydaje się to ich zwolennikom.

Patrząc na różne sposoby podejścia i myślenia o prawie, nie sposób oprzeć się stwierdzeniu, że podobnie jak w każdym „myślowym ujęciu świata społecznego”, podejmowanym w obrębie określonej kultury, mamy raczej do czynienia z różnego rodzaju metaforami. Metaforyczne ujęcie, wizja świata, nie sprowadza się tylko do kreacji innowacji semantycznej, ale przejawia się również w procesie jej upowszechnienia, wykorzystywania w sferze poznania i budowania bazy interpretacyjnej dla nauki prawa. W tym kontekście, metafora jest bardzo bliska temu, co określa się mianem paradygmatu, a jednocześnie przez spetryfikowanie treści i znaczeń od paradygmatu może różnić się siłą oddziaływania. Taka „waloryzacja” metafor podkreśla, że metafory i ich funkcjonowanie nie mogą być traktowane jako wyznacznik nienaukowości. Metafora, o której można powiedzieć, że ma strukturę „para-paradygmatyczną”, może być uznana za szczególnie istotną kategorię epistemologiczną. Uznanie takie dotyczy tych obszarów funkcjonowania metafor, które, jak szeroko ujmowana rzeczywistość społeczna, są szczególnie podatne na proces metaforyzacji, w których to obszarach jest on powszechny. Ukształtowane metafory wspierają i ugruntowują dominujące paradygmaty w prawoznawstwie (Biernat 2009). Relacja między prawem a innymi systemami normatywnymi jest jednym z głównych obszarów kreowania metafor. Analiza tego aspektu wskazuje, że lokowane są one na różnych poziomach, a raczej odnoszą się do różnych poziomów, od bardzo ogólnych, dotyczących relacji

systemowych, do bardziej szczegółowych, związanych np. z problemem obowiązywania prawa. W rozważaniach nad zależnością prawa od zewnętrznych warunkowań normatywnych, od normatywności zewnętrznej, dominuje paradygmat „prawa w porządku normatywnym”. Jest on wyraźnie wspierany metaforą „systemowości”, odnoszoną zarówno do prawa, jak i do całej sfery normatywnej.

Próba odpowiedzi na pytanie dotyczące aktualnego wpływu normatywnego otoczenia i normatywnych źródeł na tworzenie prawa (generalnie, na prawo), postawione w realizowanym projekcie badawczym i w tym tomie, jest równocześnie próbą odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim zakresie dominujący paradygmat (paradygmaty) jest adekwatny i użyteczny dla rozwiązania tak postawionego problemu. Syntetyczna charakterystyka dominującego paradygmatu i towarzyszących mu metafor stanowi punkt wyjścia do dalszych rozważań.

1. Ład społeczny

Dla charakterystyki paradygmatu prawa w porządku normatywnym uzasadnione wydaje się rozpoczęcie analizy od problematyki dotyczącej ładu/porządku społecznego, pojęcia, którego desygnatem jest najszerzy zakres zjawisk. Postrzegając prawo jako element normatywnego porządku, *implicite* zakładamy, że mamy do czynienia nie z relacjami „wyselekcjonowanymi”, które nie dają się rozpatrywać w sposób oderwany, ale raczej z uwikłaniem i wzajemnym powiązaniem, zakorzenionym w najszerzej całości.

Pojęcie ładu społecznego, używane zamiennie z pojęciem porządku społecznego, jest wieloznaczne. W węższym znaczeniu traktowane jest jako pochodna zaspokojenia potrzeby porządku, często zresztą kojarzonego z potrzebą bezpieczeństwa. W innym rozumieniu ład/porządek społeczny jest traktowany jako mechanizm określający sposób bycia i funkcjonowania człowieka oraz instytucji w społeczeństwie, jako „zbiór działań społecznych, podejmowanych w ramach wszystkich «porządków częściowych» wszystkich dziedzin zbiorowej aktywności lub prościej, jako ład wszystkich podejmowanych działań społecznych” (Pałeczki 2003, 15).

Jako kategoria analityczna, abstrakcja odnosząca się do rzeczywistości społecznej, ład jest charakteryzowany głównie przez typowe, dające się wyodrębnić z historycznie wykształconych rozwiązań, normy, reguły zachowania, sposoby działania. Ład to zbiór mechanizmów (reguł i wzorów) determinujących ludzkie działania oraz będący ich wyrazem, realny sposób funkcjonowania ludzi i instytucji w ramach zorganizowanego społeczeństwa. Inaczej mówiąc, ład stanowi rodzaj uporządkowanego zbioru obowiązujących w społeczeństwie, formalnie i realnie, reguł działania oraz instytucji tworzących normatywny i instytucjonalny układ odniesienia. W literaturze socjologicznej wskazuje się

również na, dające się wyodrębnić, charakterystyczne cechy wzorów i działań wiązanych z jakąś generalną zasadą porządkującą.

Porządek społeczny nie jest stanem naturalnym, który dany jest człowiekowi tak jak np. czasoprzestrzeń fizyczna, w której przebywa, chociaż wydaje się, że jest on czymś oczywistym i naturalnym. Jest tak dopóty, dopóki nie zetkniemy się z innymi, różnymi od doświadczanego, porządkami społecznymi, które są produktem myśli i działań ludzkich. Dostrzeżenie tej cechy porządku społecznego świadczy o tym, że jest on nie tylko tworem ludzi, ale także że zwrrotnie kształtuje swoich kreatorów (Pałeczki 2003, 11). Jeśli pytamy, co jest cechą charakterystyczną relacji, jaka współcześnie występuje między człowiekiem a światem społecznym, to podstawowe spostrzeżenie daje się wyrazić w słowach następujących: są to różne, sztucznie wytworzone, formalnie zróżnicowane sposoby jego kształtowania, postrzegania, rozumienia i oceny. Rozwinięcie tej tezy wymagałoby uzasadnienia przekraczającego ramy prezentowanego tomu. Poruszane kwestie wiążą się z problematyką epistemologiczną, z zagadnieniami poznania w nauce w ogóle, a w naukach społecznych w szczególności. Dotyczą również takich problemów, jak socjalizacja, edukacja, komunikacja¹.

Poza sferą kształtowania wskazanych wyżej elementów porządku społecznego bardzo ważnym i ściśle powiązaniem zjawiskiem jest tworzenie i upowszechnianie różnych wyobrażeń odnoszących się do rzeczywistości społecznej i jej uporządkowania. Wyjątkową pozycję zajmują oceny zastanego lub projektowanego porządku społecznego wraz z próbami wkomponowania ich w jakąś formę szerszego ujmowania bycia człowieka w świecie społecznym – sensu czy racjonalnego uzasadnienia.

W znaczeniu, które jest, moim zdaniem, znacznie ważniejsze od innych przedstawianych w literaturze socjologicznej, ład społeczny jest pewną wizją uporządkowania, ideą konfrontowaną z realnym społecznym bytem. W kształtowanym ładzie społecznym uzewnętrznia się racja sensowna, najczęściej wywodzona z uznawanych wartości stanowiących podstawę budowy każdego typu porządku społecznego. Należy zauważyć, że sygnalizowany problem i pytanie o sens porządku społecznego dają się „przełożyć” na kwestię racjonalności działania i wyjaśnienia, na jakich warunkach i dlaczego występujące zależności powinny zostać uporządkowane przez prawo, jak do tego zmierzał Jan Jakub Rousseau, który Księgę I *Umowy społecznej*, zaczyna od słów: „Człowiek urodził się wolny, a wszędzie jest w okowach. Za pana innych uważa się ten, kto nie przestaje być większym od nich niewolnikiem. Jak się ta zmiana dokonała?

¹ Ład społeczny, porządek społeczny jest punktem wyjścia rozważań nad kluczowymi dla funkcjonowania społeczeństwa zjawiskami, takimi jak władza polityczna, stan politycznego zorganizowania i prawo. W charakterystyce ładu społecznego nawiązuję do swoich wcześniejszych publikacji dotyczących władzy, jej legitymizacji i funkcjonowania w państwie współczesnym. Dwie monografie stanowią punkt odniesienia: Biernat 2000; 2014b.

Nie wiem. Co mogłoby ją uczynić zgodną z prawem? Wydaje mi się, że będę mógł rozstrzygnąć ten problem” (Rousseau 1966, 9).

Tym, co wyróżnia ład społeczny, jest jego skomponowanie z wielu postaci porządków należących do różnych obszarów, zawsze jednak zakotwiczonych w porządku wartości. Ich stopniowalna jednolitość, spójność, całościowość, koherencja, a przede wszystkim status decydują o bezalternatywności lub alternatywności ładu. Ten typ porządku, w którym w stopniu najwyższym występują wymienione cechy, bez możliwości alternatywnego wyboru przez człowieka, jest utożsamiany z ładem antropologicznym. Praktycznie ostatnim ładem antropologicznym w europejskim kręgu cywilizacyjnym był ład feudalny. „Wszystkie okoliczności sprawiają, że stanowią organizację kultury nazwać możemy ładem antropologicznym, w sensie niemal tak mocnym, w jakim używano tego pojęcia w odniesieniu do społeczeństw pierwotnych. Odniesienie takie wymaga jednak zastrzeżenia. Dotyczy ono różnic, skądinąd niezmiernie istotnych, jakie zachodzą między «szczelnymi», w zasadzie stacjonarnymi systemami prymitywnymi a poddanymi kryzysom wewnętrznym i ewolucyjnym systemami feudalnymi. Gdy jednak obalono ostatecznie feudalizm kulturalny, obalono też ład antropologiczny. Do dzisiaj grzebiemy się na jego rumowisku” (Czerwiński 1988, 75). W opisanym wyżej porządku sens społeczny zawarty był w jego typie, a naturalność, oczywistość rozwiązań wynikała z jednolitej podstawy, koherentnej aksjologicznie i dopuszczającej w bardzo ograniczonym zakresie motyw alternatywnego postępowania. Osobiste doświadczenia świata, nawet silnie negatywne, nie burzyły porządku, lecz z nim przegrywały.

Zburzenie tego ładu doprowadziło do powstania zasadniczych pytań o kształt i sens porządku społecznego, będących osią rozważań nowożytnej filozofii społecznej i politycznej. Każda społeczność zorganizowana ma swój własny, głęboki, zdecydowanie wyróżniający ją „sens istnienia” i funkcjonowania, redukujący w znacznym stopniu wątpliwości, jakie mogą się pojawić na tle realnych zdarzeń społecznych. Kształtowanie tego obrazu staje się polem rywalizacji dla wyszukiwania różnych podstaw mogących służyć uzasadnieniu i usprawiedliwieniu konkretnej wersji ładu społecznego. Jest to podstawowy i najważniejszy obszar, na którym dochodzi do wyboru założeń dla teorii, założeń przesądzających o ich treści i kształcie. Podstawy mają szczególną cechę, nie są ani jednoznacznie zdefiniowane, ani jednoznacznie określone, a ich strukturalne zróżnicowanie prowadzi do rozbudowanych, zróżnicowanych, niejednolitych koncepcji doktrynalnych. Możliwości swobodnego wyboru podstawy, akcentowania poszczególnych elementów, wybranych wątków jako najważniejszych czy odgrywających rolę wiodącą decydują o konkurencyjnych modelach ładu społecznego. Wielowymiarowy obraz świata społecznego pozwala na dokonywanie różnego rodzaju redukcji, a w konsekwencji, dokonywania wyborów przy konstruowaniu założeń dla szczegółowych teorii. Uproszczenia, o których mowa, odnaleźć można w wielu teoriach społecznych, które mechanizmy funkcjonowania życia społecznego

wyjaśniają przez pryzmat szczególnego rodzaju praw i podporządkowanych im motywów działania, w które zwykle „jest wpisany” jakiś typ racjonalności. W innych podejściach nacisk położony jest na przesłanki, podstawy wytworzenia takiego stanu, który generuje podstawowe motywy, a przez to ukierunkowanie reakcji podmiotów indywidualnych i zbiorowych. Najczęściej wykorzystywaną przesłanką jest to, że sens bazuje na szczególnego rodzaju uzgodnieniach, umowach, dokonywanych w określonych warunkach. Takie podejście, nawiązujące do tradycyjnych (przynajmniej od czasów oświecenia) wyjaśnień świata społecznego, a w konsekwencji postulujących w duchu racjonalizmu uznanie ich za sensowne, widoczne jest w wielu koncepcjach doktrynalnych, które odnoszą się do wyjaśniania (powstania i roli) podstawowych instytucji społecznych, państwa, prawa, ich sens wyprowadzając z ich genezy.

Problemem kształtowania różnych wizji porządku społecznego jest przede wszystkim to, że żaden obraz świata społecznego nie rodzi się w próżni. Istniejące formy kultury symbolicznej są istotną determinantą powstawania nowych, a zarówno sam proces tworzenia, jak i obraz rzeczywistości społecznej jest złożony i nie może być sprowadzony do „jednego wymiaru”. Złożona struktura światopoglądowa pozwala na wyróżnienie wielu relacji, również takich, które dotyczą ładu normatywnego/porządku normatywnego. Fundamentalne jest zdefiniowanie takiej relacji, która dotyczy statusu prawa w systemie społecznym. Każda próba jej ustalenia musi zawierać wskazania dotyczące sposobu zorganizowania i funkcjonowania otoczenia normatywnego, jego uporządkowania. Dominujące sposoby określenia relacji między prawem a rzeczywistością społeczną i normatywną, sprowadzające się do postrzegania prawa w porządku społecznym i normatywnym, mają nie tylko szersze uzasadnienie, ale też są skorelowane z wartościowaniem uporządkowania. Uporządkowanie jako istotny element konstytuujący stosunki i działania społeczne, wyznaczający ich dynamikę, jest wartością.

Wartość uporządkowania i nawiązującej do niego sensowności, od dawna dostrzegana, animowała wyjaśnianie funkcjonowania wzorów i norm stanowiących podstawę stosunków społecznych. Najbardziej znaczące jest rozwiązanie Maxa Webera. Ten aspekt doktryny Webera podkreślał Bronisław Baczko, pisząc: „Możliwość rozumienia struktury wszelkiej ludzkiej aktywności wynika z faktu, że ludzie odnoszą swoje zachowania do pewnego sensu i ze względu na ów sens kierują swymi wzajemnymi stosunkami. Rzeczywistość społeczna powstaje dzięki sieci sensów, przez którą ludzie się porozumiewają, nadają sobie wspólną tożsamość, określają swój stosunek do instytucji itp. Życie społeczne tworzy więc wartości i normy, a tym samym systemy wyobrażeń, które je wyrażają i utrwalają. Tak oto powstają kody zbiorowe określające sposób wyrażania się, potrzeb i oczekiwań, nadziei oraz niepokoi podmiotów społecznych” (Baczko 1994, 32–33).

Innym przykładem ilustrującym zjawisko postrzegania ładu społecznego jako uporządkowanego i posiadającego walor sensowności jest uznawanie

fundamentalnej cechy struktury ładu społecznego – uporządkowania świata koncentrującego się wokół centralnej siły. Ten fenomen bardzo interesująco przedstawił Edward Shils, posługując się pojęciem „centralności” (*centrality*). Centralność sprowadza się do tego, że „coś” jest pomyślane jako mające związek z jakąś centralną cechą ludzkiego bytu. Centralność zespolona z intensywnością czyni to „coś” czymś niezwykłym. Centralność jest wyrażana przez te siły, które kształtują, uczestniczą w zapoczątkowaniu, tworzeniu, przekształcaniu, utrzymywaniu lub niszczeniu tego, co jest niezbędne w życiu ludzkim (Shils 1965, 201).

Stanowisko, że tradycyjne podejścia do określania relacji między prawem a sferą normatywną bazujące na postrzeganiu otoczenia społecznego i normatywnego jako uporządkowanego (ład społeczny i ład normatywny) można traktować jako dominujące, jest do zobrazowania na wiele sposobów. Ilustruje je następujący cytat: „System prawa może sprzyjać osiągnięciu ładu społecznego i współtworzyć go, w szczególności wtedy, gdy zawiera normy służące rozwiązywaniu spraw społecznych zgodnie z przyjętym w danej społeczności systemem wartości, i gdy normy te charakteryzują się określonymi walorami prakseologicznymi. System prawny może także naruszać czy nawet niszczyć istniejący ład społeczny, jeśli zawiera normy kolidujące z innymi doniosłymi, akceptowanymi społecznie normami postępowania lub normy chybie prakseologicznie, bo nie wyznaczające takich mechanizmów (instytucji, procedur), które byłyby przydatne dla rozwiązywania konfliktów społecznych” (Redelbach, Wronkowska, Ziębiński 1992, 233).

2. Ład normatywny

Ład normatywny, o strukturze ukształtowanej skomplikowanymi i złożonymi relacjami, obejmujący wiele elementów, jest osnową ładu społecznego. Ze względu na strukturę ładu normatywnego jego analiza jest jednym z najtrudniejszych zagadnień filozoficznych i filozoficznoprawnych. Równocześnie jest konieczna w określonej koncepcji badawczej. Do fundamentalnych rozróżnień w teorii prawa należy interakcja między „teorią prawa pozytywnego” a „teorią porządku normatywnego”. „Zasadnicza idea rozróżnienia między teorią prawa pozytywnego a teorią normatywnych porządków jest prosta: teoria prawa pozytywnego stara się wyjaśnić, czym jest prawo, innymi słowy, czego domaga się prawo, podczas gdy teoria normatywnego porządku mówi nam, jakie powinno być prawo pozytywne, innymi słowy, czego prawo powinno się domagać. Po-most między tym, czego domaga się prawo, a tym, co powinno być prawem, leży w porządku prawnym traktowanym jako część porządku normatywnego. Badanie porządku prawnego w ramach porządku normatywnego daje optymalną perspektywę” (Savaneli 2013, 3).

Pomijając najtrudniejsze zagadnienia (np. kwestie ontologiczne i epistemologiczne), wskazać można na inny, wcale nie łatwiejszy, ale najważniejszy z punktu widzenia prowadzonych rozważań problem, a mianowicie „poziomu normatywności” przypisywanych, lub też dających się przypisać, poszczególnym elementom ładu normatywnego. Dla określenia „elementów składowych” i ich pozycji w ładzie normatywnym ma to znaczenie decydujące. Wydaje się jednak, że w analizowanym paradygmacie, prawa w porządku normatywnym, istnieje ugruntowane podejście wskazujące na rangę i znaczenie poszczególnych elementów decydujących o konkretnych ujęciach prawa.

2.1. Wartości

Analiza konkurencyjnych wizji ładu normatywnego wskazuje, jak ważnym elementem jest porządek wartości. Ład wartości, który dzieli wszystkie problemy ontologiczne wartości, odnajdywany i możliwy do zrekonstruowania przez analizę innych typów porządku (np. normatywnego), uzewnętrznia się w różnych formach świadomościowych. „Bezbożnictwo uniwersalne jest utopią” – pisał Leszek Kołakowski – rozważając (a raczej konkludując rozważania) na temat funkcjonowania człowieka w „zastanym i charyzmatycznie doświadczanym porządku wartości” (Kołakowski 1994, 32). Odniesienie aksjologiczne wynika z prób wyjaśnienia osadzenia człowieczeństwa w każdej historycznie ukształtowanej zbiorowości.

Nawiązanie do wartości jako elementów ładu normatywnego występuje w pojęciu systemu aksjonormatywnego. Generalnie, system aksjonormatywny to powiązany zespół reguł, norm i wartości dotyczący wszelkich przejawów życia społecznego charakterystycznych dla danej kultury (Sztompka 2002, 287). Analizując szerzej zagadnienie systemu aksjonormatywnego, nawiązując do koncepcji Floriana Znanieckiego, Piotr Sztompka wskazuje na występujące związki między tym, co nazywa normami kulturowymi (reguły, których przedmiotem są sposoby czy metody działania), a regułami wyznaczającymi cele działania, które określa jako wartości kulturowe. Ich zespolenie odzwierciedla specyficzny model działania charakterystyczny dla systemu aksjonormatywnego, którego zaletą jest analityczna prostota. Równocześnie dodaje: „Ale są i inne sposoby rozumienia norm i wartości. W szczególności, przez wartości rozumie się czasami reguły nadrzędne, fundamentalne, dotyczące spraw o najwyższym znaczeniu, których konkretnymi implikacjami są normy regulujące sprawy bardziej przyziemne. Tutaj stosunek obu pojęć jest hierarchiczny, w naszym ujęciu zaś są one równorzędne, ułożone na jednym poziomie i znamionujące pewną logiczną sekwencję ludzkich starań i ich efektów” (Sztompka 2002, 259).

Pozostając w kręgu zagadnienia systemu aksjonormatywnego, możemy zadać dwa pytania. Pierwsze, czy analiza norm prawnych pozwala na sformułowanie

tezy o ich zależności od wartości, jako cechy immanentnej. Inaczej mówiąc, czy normy prawne, a może szerzej, normy należące do innych składowych ładu normatywnego, mają swoje zakorzenienie w wartościach, a jeżeli tak, to jak silne.

Przyjęcie stanowiska, że u podstawy norm stanowiących określony system lub subsystem normatywny leżą wartości, pozwala na ich „zakotwiczenie”. Opcja aksjologicznego ukorzenienia systemów normatywnych (subsystemów), choć rozmaicie przedstawiana, wydaje się szeroko podzielana. Przyjmując takie stanowisko, zasadne wydaje się użycie pojęcia systemu aksjonormatywnego na określenie części składowych ładu normatywnego (analogicznie użycie pojęcia subsystemu aksjonormatywnego).

Traktując system aksjonormatywny (tworzące go subsystemy) jako strukturę wewnętrznę zhierarchizowaną i dynamiczną, możemy postawić pytania, na które nie można udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Jedno z tych pytań, dotyczące wewnętrznej struktury systemu, jest następujące: czy zawsze jest możliwe przypisanie, przyporządkowanie norm prawnych do określonych wartości? Czy i w jakiej sytuacji mamy do czynienia z zerwaniem tej więzi, a norma ma charakter autonomiczny? Wydaje się, zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę istnienie zhierarchizowanego systemu wartości, że teza broniąca występowanie więzi między sferą wartości i norm na wszystkich poziomach regulacji w obrębie danego systemu jest łatwiejsza do uprawdopodobnienia niż twierdzenie przeciwstawne. Oczywiście jest, że ta więź pojawia się w stopniu zróżnicowanym. Najsilniej i bezpośrednio jest wskazywana w rozbudowanych preambułach do ustaw, najczęściej ustaw zasadniczych – również przez wyjątkowo uroczysty i staranny sposób eksponowania wartości, do których się odwołują. Przy słabym powiązaniu mogą występować trudności interpretacyjne, zwłaszcza gdy system normatywny będzie sygnalizował istnienie sprzecznych związków aksjologicznych. Jednakże w przypadku wielu norm wykazanie tego związku nie nastręcza trudności.

Pytanie drugie dotyczy kwestii, do jakiego stopnia podlegający zmianom system normatywny może bazować na istniejących związkach z określonymi wartościami, a kiedy te zmiany oznaczają ich zerwanie. Czy w wyniku wewnętrznych przekształceń norm (mówiąc precyzyjnie, przepisów prawa i dedukowanych z nich norm) uzyskujemy „automatycznie” nowe związki aksjologiczne? Tu bardziej prawdopodobna wydaje się teza, że „oddalenie”, w wyniku przemiany, norm od wartości jest w stanie doprowadzić do podważenia podstaw systemu aksjonormatywnego. Wynika to z wyraźnie zarysowanej autonomii płaszczyzny aksjologicznej oraz z tego, że w wartościach tkwi „normatywna treść”.

Bez rozważenia w tym miejscu szczegółowych kwestii ontologicznych zarówno samo wyodrębnienie płaszczyzny aksjologicznej, jak i (przede wszystkim) wiązanie jej ze sferą normatywną musi przybierać postać założenia. Jest ono usprawiedliwione związkami idei ze sferą realną, przy czym jest to niezależne od rozmaicie ujmowanego ich statusu. To właśnie idee odsłaniają zależkową normatywność wartości, zarysowują i wiążą z wartościami podstawowe cele działania.

Treści idei podlegają również przełożeniu, „materializują się” w wypowiedziach przyjmujących strukturę zbliżoną do struktury norm.

Dla pełniejszego scharakteryzowania systemu aksjonormatywnego użyteczne wydaje się wyodrębnienie postaci transcendentnego systemu aksjonormatywnego, który stanowi wzorzec, metrum dla większości konstruowanych, znajdujących się w obiegu społecznym wersji systemów aksjonormatywnych. Zróżnicowane kulturowo sposoby „odkrywania” go, racjonalność czy irracjonalność podmiotu podejmującego takie działania, mają znaczenie drugorzędne wobec zakładanego starania dotarcia do tego, na czym polega „prawdziwa” sprawiedliwość, równość, pełniejsza wolność itd. W tym kontekście wydaje się uzasadnione mówienie raczej o normatywności wynikającej z wartości niż o konkretnych systemach aksjonormatywnych. Sądzę, że koncepcja normatywności rudymen tarnej i abstrakcyjnej, zaproponowana przez Bartosza Brożka, dobrze oddaje intuicję transcendentnego porządku aksjonormatywnego i sporu wokół natury norm i wartości – sporu o normatywność. „Reguły rudymen tarne – choć nie mogą służyć do *uzasadnienia* zachowania – są obiektywne (niezależne od przekonań jednostki) i jako społecznie podzielany wzorzec stanowią standard zachowania w danej społeczności; gdy ktoś postąpi niezgodnie z regułą rudymen tar ną, spotyka się z negatywną reakcją społeczną i na tej podstawie może dokonać korekty swojego zachowania. Reguły rudymen tarne posiadają zatem zubożoną siłę normatywną (można tu mówić o protonormatywności)” (Brożek 2013, 36–37).

Na drugim poziomie zespolenie wartości i norm sprowadza się do reguł działania wyartykułowanych w konkretnej postaci. Do charakterystyki tego poziomu można wykorzystać pojęcie normatywności abstrakcyjnej i reguł abstrakcyjnych, które są efektem wyizolowania pewnych aspektów z reguł rudymen tar nych. „Reguły abstrakcyjne powstały przez refleksję nad rudymen tar nymi formami kierowania się regułą. W przeciwieństwie do reguł rudymen tar nych: (a) zależą od języka (tj. muszą być wyrażone w języku); (b) mogą być złożone (mogą odnosić się do całych kompleksów zachowań); (c) mogą być normatywnie zróżnicowane (tj. można je dzielić na rodzaje: językowe, moralne, prawne, prudencjalne itd.). Normatywne zróżnicowanie reguł abstrakcyjnych bierze się z faktu, że język – w którym reguły abstrakcyjne są wyrażane – pozwala na wyizolowanie pewnych aspektów zachowań (np. matematycznych, moralnych czy prawnych), a także wyróżnienie nakazów, zakazów i pozwoleń” (Brożek 2013, 36).

Na tym etapie postulat precyzyjności wyrażenia językowego (wynikający z funkcjonalnego zastosowania normy), jeśli jest traktowany jako warunek niezbędny, może prowadzić do trudności w zakresie jednoznacznego przyporządkowania norm do wartości. Prowadzi to do powstania skomplikowanego zespołu powiązań i uwarunkowań między normami a wartościami.

Nawiązując do użytego rozumienia wartości i ich potencjału normatywnego, możemy wskazać kilka problemów związanych z rolą wartości w systemie

prawnym. Najważniejsze jest rozróżnienie wartości ze względu na to, czy stanowią motyw działania czy nie. Krzysztof Pałecki pisze: „Wartości, którym z różnych powodów u podmiotów ich doświadczających nie towarzyszy żaden zamiar realizacji, chociażby ten minimalny, jak obmyślanie sposobu ich zrealizowania, nazwiemy wartościami idealizacyjnymi. [...] Wartości, którym towarzyszy proces ich realizowania (nawet w bardzo «założkowej» formie, takiej jak np. obmyślanie strategii działania, wybór sposobu lub/i środków działania, ustalenie konkretnego planu działania, itp.), nazwiemy – za Kazimierzem Opałkiem – wartościami-celami” (Pałecki 2013, 29–30). Wprowadzone pojęcia wskazują na typy idealne w znaczeniu weberowskim. Jak stwierdza cytowany autor, w rzeczywistości społecznej wartości bywają mniej lub bardziej idealizacyjne lub są mniej lub bardziej wartościami ulegającymi pragmatyzacji (wartościami-celami).

Dla tak charakteryzowanych wartości istotne znaczenie ma nie tylko wyróżnienie wskazanych typów, ale także wiele procesów „współtowarzyszących”. Zwróćmy uwagę tylko na te najważniejsze z punktu widzenia dalszej analizy. Idąc tropem Pałeckiego, wskazujemy na następujące zjawiska: tworzenie skal preferencyjnych dla wartości, proces ich pragmatyzacji i generalizację. Skale preferencyjne są traktowane jako względnie uporządkowane hierarchicznie zbiory, od wartości mało ważnych do szczególnie cenionych. „Miejsce w hierarchii dana wartość pozyskuje głównie z uwagi na stopień swojej pragmatyczności (postrzeganych, większych lub mniejszych możliwości realizacji), ale w skalach preferencyjnych konkretnego człowieka lub/i zbiorowości, wysokie miejsca mogą również zajmować wartości idealizacyjne”. Ten typ uporządkowania nie jest trwały i podlega zmianom. Najważniejsza jest jednak „dynamika” skal preferencyjnych, dotycząca „przekształcania się w ich obrębie wartości idealizacyjnych w wartości-cele (i w pewnych warunkach, również odwrotnie)” (Pałecki 2013, 33–34). Wiąże się to najczęściej, jak podkreśla Pałecki, ze zmianami w postrzeganiu bieżącej, „zewnętrznej” sytuacji społecznej przez daną osobę (podmiot) lub/i ze zmienionym postrzeganiem swojej własnej sytuacji i swoich indywidualnych właściwości (Pałecki 2013, 33–34).

Kolejne ważne założenie polega na przyjęciu, że w każdej ustrukturalizowanej zbiorowości występują ponadindywidualne skale preferencyjne (wartości i antywartości). Pałecki stwierdza: „Zapewne podobieństwa somatyczne ludzi, uwarunkowane procesami ewolucyjnymi przebiegającymi w zbliżonych warunkach co do swoich cech zasadniczych, egzystencjalna konieczność współdziałania, podobieństwo procesów socjalizacji i akulturacji, generują analogiczne co do zawartości i hierarchii skale preferencyjne, poczynawszy od rodziny i kręgu przyjaciół, a na organizmach państwowych, ponadpaństwowych, czy może nawet społeczeństwie «globalnym», skończywszy. Co prawda, dokładne i całościowe powielanie zawartości zbioru wartości i hierarchii wartości u dwóch lub więcej osobników (kopiowanie indywidualnych skal preferencyjnych) wydaje się być w rzeczywistości bardzo mało prawdopodobne i raczej wyjątkowe (pod tym

względem skłanian się do stanowiska indywidualizmu aksjologicznego), to jednak niektóre wartości (określone tutaj jako «wartości społeczne») są deklarowane, uznawane i odczuwane powszechnie w danej zbiorowości – co daje się względnie łatwo empirycznie zweryfikować” (Pałeczki 2013, 42–43). Indywidualizm aksjologiczny nie wyklucza zatem, niezależnie od uznania zasadniczo niepowtarzalnego, osobistego charakteru skal preferencyjnych, możliwości rekonstruowania społecznych skal preferencyjnych z tych powszechnie deklarowanych, uznawanych i podobnie (jednakowo) cenionych (odczuwanych) wartości, w wyróżnionej zbiorowości (społeczeństwie).

Pragmatyzacja i generalizacja wartości są charakteryzowane jako procesy, które mogą zachodzić zarówno u indywidualnych podmiotów, jak i w określonych zespołach ludzi. „W tych podmiotowych ramach, jak pisze autor, proces pragmatyzacji polega na uświadamianiu sobie przez dane osoby (podmioty) praktycznych możliwości realizowania określonych wartości. [...] Inaczej mówiąc, pragmatyzacja jest postrzeganiem wartości przez pryzmat «wprowadzania ich w realne życie», i może nastąpić również wtedy, gdy wyobrażenia o warunkach istniejących w tym «realnym życiu» są całkowicie błędne” (Pałeczki 2013, 35). Proces generalizacji występuje wtedy, gdy wartość-cel zostaje wyrażona (pomyślana, opisana, zakomunikowana) w taki sposób, który dopuszcza (umożliwia) wiele potencjalnych sposobów jej realizacji. „Ostatecznym «krańcem» procesu multiplikacji sposobów realizacji danej wartości jest takie wyrażenie (artykulacja) tej wartości, które dopuszcza jakąkolwiek jej realizację (zbiór podmiotów i działań ją realizujących jest otwarty, co powoduje, że żadne działania realizujące nie są wykluczone). [...] Wartości podlegają również przeciwnemu do generalizacji, procesowi konkretyzacji, to jest takiemu ukształtowaniu (artykulacji) ich substratu, że realizacja tych wartości staje się możliwa tylko i wyłącznie poprzez określone działania realizacyjne (zbiór tych działań jest zamknięty, a może być nawet jednoelementowy)” (Pałeczki 2013, 36). Niezależnie od tego, jak podkreśla Pałeczki, że ten typ relacji daje się ująć w postaci kontinuum, od stanu całkowitej niezależności (od prawa „uwolnionego od wartości”) do stanu całkowitego uzależnienia prawa od wartości (czyli do prawa całkowicie „wyznaczonego wartościami”), to tak wyznaczone „stany idealne” praktycznie nie występują (Pałeczki 2013, 23).

Problem, który został wyżej przedstawiony, ma istotny wymiar z punktu widzenia dokonywanej charakterystyki paradygmatu prawa w porządku normatywnym. Pierwszy wymiar, poznawczy i analityczny, dotyczy tego, czy opis normatywnego porządku daje się przedstawić w sposób pełny przez odniesienie do wartości. Jeśli tak, to kwestie dotyczące ładu normatywnego i charakterystyki jego poszczególnych subsystemów mogą być wyraźnie ograniczone, podporządkowane kwestiom aksjologicznym. Najdalej idącą propozycję przedstawia Pałeczki, skupiając się na zastosowaniu objaśnienia aksjologicznego do zjawisk normatywnie (prawnie) relewantnych, składających się na porządek społeczny.

„Sprecyzowanie podstaw objaśniania aksjologicznego, które równie dobrze można nazwać «redukcją aksjologiczną», jako skrót od «objaśnianie poprzez redukcję aksjologiczną» (gdy fenomenem – eksplanansem, do którego «redukuje» rozumowanie objaśniające, są wartości), wymaga oczywiście dalszych uzgodnień terminologicznych” (Pałeczki 2015, 21). Niezależnie od tego, w jakim stopniu przedstawiona wyżej propozycja jest podzielana, charakterystyka podstawowych elementów ładu normatywnego jest w znacznym stopniu związana z porządkiem wartości.

2.2. Normatywne subsystemy i ich cechy

W ładzie normatywnym występuje wiele „zorganizowanych” całości, często określanych mianem systemów lub subsystemów normatywnych. Już same nazwy wskazują, że mamy do czynienia z – charakterystyczną dla pojęcia systemu – cechą, jaką jest określenie zarówno konstytuujących go elementów (zbioru elementów), jak i występujących między nimi relacji. Wyróżnione systemy czy podsystemy ładu normatywnego różnią się znacznie, aczkolwiek między poszczególnymi elementami subsystemów występuje zespół powiązań, który utrudnia ich charakterystykę jako obiektów odseparowanych. Podręcznikowy przykład normy zakazującej pozbawiania życia człowieka, jako normy moralnej, religijnej i prawnej, jest tylko jednym z aspektów możliwych relacji. Niemniej jednak wyróżnia się kryteria, które mogą być podstawą wydzielenia kategorii całościowych. Pierwsze, kryterium treściowe, wyznacza zakres unormowania odnoszony do określonego postępowania, w konkretnych sytuacjach. Drugie jest związane z pytaniem o poziom „normatywności” (w znaczeniu powinności), gdy zestawiamy poszczególne elementy ładu normatywnego. Rozstrzygnięcia (przede wszystkim założenia – ustalenia filozoficzne) przyjmowane w tym zakresie są kluczowe dla kształtowanego obrazu porządku normatywnego, dla tworzenia bardziej zaawansowanych koncepcji doktrynalnych, budowania konstrukcji systemowych, ich hierarchizacji i innych powiązań. W konsekwencji, rozstrzygnięcia w tym zakresie mogą być podstawą tworzenia swoistego „łańcucha”, uzasadniającego i usprawiedliwiającego poszczególne elementy ładu normatywnego. Z tym zagadnieniem wiąże się inne bardzo ważne, a mianowicie, jaki jest poziom normatywności dla poszczególnych norm w ramach określonego systemu. Czy jest on jednakowy dla wszystkich norm (zbioru norm należących do systemu), czy możemy mówić o jego wewnętrznym zróżnicowaniu? Trzecie kryterium wiąże się z kwestią sposobu ukonstytuowania (genezy) i funkcjonowania norm w ładzie normatywnym. Nie chodzi tutaj o kwestię ich „systemowego zorganizowania”, ale o formę agregacji; o to, co tę agregację determinuje. Można wskazać kilka, krzyżujących się kryteriów, ale dwa wydają się odgrywać najważniejszą rolę. Możemy mówić o agregacji kulturowej, a także – w pewnym uproszczeniu

– agregacji terytorialnej, a ściślej rzecz ujmując, agregacji terytorialnej powiązanej z formami zorganizowania społeczeństwa, najczęściej politycznej organizacji społeczeństwa.

Jak już wspominałem, wewnętrzne powiązania i zależności występujące między elementami ładu normatywnego stwarzają trudności w ich analizie i precyzyjnym określeniu. Jest to szczególnie widoczne, gdy analizujemy pojęcie moralności i etyki. W podstawowych rozróżnieniach podkreśla się, że moralność jest silnie związana z życiem ludzkim, ale realizowanym w konkretnym społeczeństwie. Odnosi się do zasad stosowanych przez jednostki, ale także społeczności, w ramach których jednostka funkcjonuje. W deskryptywnym wymiarze charakterystyka moralności sprowadza się do opisu tego, jakie zasady i w jakim zakresie są stosowane. Etyka określa normy, rozstrzyga o tym, co jest dobre, a co złe, równocześnie uzasadniając treść tych norm. Konstruowanie, a raczej wypracowywanie tych zasad/norm, jako zadanie filozofii oparte na dziedzictwie kulturowym i doświadczeniach jednostki, nie było jednak oddzielone od podstawowej zasady wyrażającej dobro, poczucie dobra tkwiącego w człowieku, i mające na celu jego dobro. „Celem etyki była moralna doskonałość człowieka, którą zdobywał, realizując cnoty, czyli sprawności moralne. Doskonałość człowieka była równoznaczna z posiadaniem sprawności moralnych, które czyniły dobrym i szlachetnym ich podmiot i pomagały mu w realizacji zamierzonych dzieł, czyli w spełnianiu dobra obiektywnego. Ta etyka dążyła i dąży do sprostania wymogom racjonalizmu, obiektywizmu i uniwersalizmu. Takie wymogi spełniała zarówno etyka klasyczna, jak i etyka nowożytna” (Krapiec 1992, 1). Były to etyki budowane na nieco innych podstawach. Pierwsza uwzględniała przede wszystkim religię, czyli odniesienie do Boga jako pierwszego prawodawcy i celu życia człowieka. W wysiłkach dążących do ustalenia, co jest dobre, a co złe, ważną rolę odgrywał dekalog i ewangelia. Natomiast etyka nowożytna pomijała lub pomniejszała autorytet Boga, a za podstawę wszelkich norm moralnych uznawała rozum ludzki. Mimo tych rozbieżności etyki obu rodzajów dążyły do obiektywizmu i uniwersalizmu swoich tez.

Istotą moralności i jej roli jako elementu ładu normatywnego jest wewnętrzna, pierwotna powinność. „Cały więc «dramat» wypełniania prawa dokonuje się w człowieku, który jedyny istnieje-żyje samodzielnie w sobie jako podmiocie i który – tak żyjąc – zrzeka się w społeczność po to, by swe życie różnorako umacniać i rozwijać. Problematyka prawa w sensie pierwotnym wiąże się zatem z rozumieniem samego człowieka, jego natury, przejawiającej się w charakterystycznym «ludzkim działaniu». I dlatego daremne okazuje się poszukiwanie w samej tylko organizacji społecznej, państwie, tych wszystkich czynników, które pomogłyby rozumieć skomplikowany problem prawa, dostrzec podstawy ostateczne jego mocy wiążącej i samego sensu «życia pod prawem». Oderwanie się bowiem ogólnej teorii prawa od podstawowego rozumienia człowieka pozwala na dosyć dowolne – jak świadczy historia – formułowanie abstrakcyjnych koncepcji prawa i rozmaitych sformułowań «prawa naturalnego» opartych na jakiejś

wyzolowanej koncepcji wartości ludzkich i w oderwaniu od etyki (moralności)” (Krapiec 1992, 2).

System normatywny religijny zajmuje szczególną pozycję w ładzie normatywnym nie tylko ze względu na występowanie bardzo silnych związków z moralnością, ale także ze względu na strukturę ładu normatywnego. Istotnym elementem tej struktury jest bowiem hierarchizacja, ze wszelkimi konsekwencjami z tego wynikającymi. Miejsce w hierarchicznej strukturze rozstrzyga, jak się zakłada, również o sile normatywnego oddziaływania. W ogólnej koncepcji ładu normatywnego pozycja systemu normatywnego religijnego zawsze odgrywała istotną rolę. Zadekretowane w określonym kręgu kulturowym osłabienie tej rangi, a w niektórych systemach politycznych nawet próba „wykreślenia” religii z porządku normatywnego stanowiła ważny moment usytuowania prawa w ładzie normatywnym.

Swoisty subsystem normatywny, także silnie związany ze sferą wartości, stanowią prawa podmiotowe. Normatywny wymiar praw podmiotowych zawiera się w uprawnieniach przysługujących człowiekowi z tego względu, że jest człowiekiem. Uprawnienia te wyraźnie wskazują powinność zachowań adresowanych do różnych podmiotów, sprowadzając się do nakazu respektowania praw człowieka.

Odrębny subsystem stanowią normy zwyczajowe, obyczajowe, tradycja rozumiana w wymiarze normatywnym, tj. reguły odpowiedniego postępowania oparte na powtarzalności zachowań. Ich zasób ma jednak specyficzny charakter. Wymieniane cechy to: trwałość, pozajęzykowa forma artykulacji, silny relatywizm kulturowy i neutralność aksjologiczna. Generalnie, wszystkie wymienione elementy mają wkomponowane w swą istotę silne zespolenie z kulturą poszczególnych społeczności, ale jednak, ze względu na swoją genezę, z reguły ograniczającą się do mniejszych grup. W związku z tym ich znaczenie w porządku normatywnym jest ograniczone. Te zaś, które w swoim zasięgu są szersze i mają istotne znaczenie dla funkcjonowania społeczeństwa, albo zostały „wyrugowane przez prawo” – jako dysfunkcjonalne, albo zostały inkorporowane do prawa i nikt o ich proveniencji już nie pamięta. Wyjątkiem są sytuacje, gdy zwyczaj jest waloryzowany przez prawo, np. przez odesłanie w regulacjach prawnych do tego typu norm. W charakterystyce zwyczaju podkreśla się różne okoliczności jego powstania, zwłaszcza to, że jest on następstwem swoistego konformizmu członków zbiorowości przestrzennej, o wspólnocie cech i interesów. Głównie jednak zwraca się uwagę na kwestię czasu. „Powstaje on [zwyczaj] w długim czasie w rezultacie regularnego i powszechnego w danej zbiorowości powtarzania określonych czynności, zwłaszcza czynności wykonywanych wspólnie («gromadnie») i ceremonialnie, chociaż najczęściej spełniających określone funkcje praktyczne” (Pałeczki 2003, 97). Pytanie o to, co już jest zwyczajem, a co dopiero próbą jego kształtowania, jest zawsze problematyczne, a mówienie o jego „normatywności” – nadużyciem. Nie można bowiem takich zachowań utożsamiać z tymi, które powstają w wyniku naśladowania określonego wzoru zachowania. Inaczej jednak

ma się sprawa, gdy na ten problem spojrzymy z perspektywy zmieniającej się rzeczywistości, gdy przekształcenia „wzorcowych” zachowań, zwłaszcza kopiuwane na szerszą skalę, mogą generować szczególny typ norm/reguł, ważnych z punktu widzenia tworzenia i stosowania prawa.

Wymienione wyżej subsystemy nie stanowią wyczerpującego katalogu części składowych ładu normatywnego. Etyki zawodowe są nierzadko przywoływane jako przykład specyficznych elementów współczesnego ładu normatywnego.

3. Prawo a ład normatywny

Podstawowe pytanie dotyczy usytuowania prawa w ładzie normatywnym. Generalnie przyjmuje się, że prawo jest istotnym, konstytutywnym elementem ładu normatywnego. Będąc jego – różnie ujmowaną – ośnową, pozostaje w relacjach do innych elementów ładu normatywnego, a określanie tych relacji stanowi rdzeń dociekań filozoficzno- i teoretycznoprawnych. Na podstawie literatury filozoficzno- i teoretycznoprawnej można wskazać, że pozycja prawa jest wyznaczana poprzez odniesienie do innych elementów ładu normatywnego, jego struktury, zakładanej hierarchii w ramach systemów normatywnych i wynikających z tego konsekwencji. Poruszone wyżej kwestie znajdują odzwierciedlenie w koncepcjach prawa, jego miejsca w porządku normatywnym, i należą do fundamentów charakteryzowanego paradygmatu.

W postrzeganiu pozycji prawa w odniesieniu do ładu normatywnego dwie dodatkowe kwestie mają dla charakterystyki paradygmatu istotne znaczenie. Po pierwsze, na określonym etapie rozwoju społecznego nastąpiło przypisanie prawu szczególnej pozycji. Prawo zajęło naturalnie „uprzywilejowaną” pozycję w okresie nowoczesnego społeczeństwa, powstawania państwa narodowego, a zasadność tak określanej jego pozycji jest, przynajmniej współcześnie, trudna do zakwestionowania. „Próby pogodzenia wolnej jednostki ze wspólnotą generującą obowiązki staną się «leitmotivem» rządzącym myśleniem nowoczesnym aż do wieku XX-tego. Będą one dokonywane w trzech wymiarach, z których każdy wyraża się w języku norm i powinności. Pierwszy jest wyznaczany przez zasadę racjonalności, traktującą Rozum jako «prawodawcę dostarczającego zasad, na których ma opierać się życie społeczne». Drugim jest sama wspólnota pojmowana jako źródło zasad powstających poza Rozumem i przyjmowanych bezrefleksyjnie. Trzecim wreszcie jest przymus traktowany jako jedyna gwarantowana droga ku integracji społecznej” (Kozak 2007, 66).

Po drugie, przypisanie prawu takiej pozycji wpłynęło na ukształtowanie obrazu społecznej rzeczywistości, waloryzacji swoiście ujmowanej racjonalności ładu normatywnego. Mówiąc inaczej, prawu, z samej jego istoty, został przypisany atrybut niekwestionowanej podstawy funkcjonowania społeczeństwa. Można kwestionować poszczególne rozwiązania, regulacje prawne, treść norm

i przepisów prawa, ale nie samo prawo jako takie. Przypisanie mu tej pozycji jest od dawna podstawą stabilizacji porządku społecznego. Wynika z idei konieczności wzmocnienia „powinności” jako racji działania i skierowania wymogu pożądanych zachowań na określone grupy podmiotów. Jeśli do tego dodamy, że w dalszym ciągu bardziej „naturalny” wydaje się ład normatywny oparty na wspólnocie terytorialnej (istotna cecha postrzegania prawa), stabilizację i siłę paradygmatu prawa w porządku normatywnym można uznać za nienaruszone.

Ujęcie prawa jako istotnego, konstytutywnego elementu ładu normatywnego i ustalenie jego relacji do innych elementów stanowi rdzeń dociekań filozoficzno- i teoretycznoprawnych, a przyjmowane stanowiska rozstrzygają o istocie prawa. W tych ujęciach relacją dominującą jest relacja pomiędzy prawem a moralnością. „W najnowszej literaturze przedmiotu – jak pisze Jerzy Zajadło – wskazuje się na cztery możliwe postawy teoretyczne wobec tego problemu:

- 1) nihilizm etyczno-prawny uznający brak jakichkolwiek związków pomiędzy prawem i moralnością (np. skandynawski realizm prawniczy),
- 2) redukcjonizm etyczno-prawny uznający, że związki takie wprawdzie istnieją, ale nie mają charakteru koniecznego i nie są pożądane (np. H. Kelsen),
- 3) normatywizm etyczno-prawny uznający, że związki takie istnieją i nawet jeśli nie mają charakteru koniecznego, to są pożądane (np. H.L.A. Hart),
- 4) esencjalizm etyczno-prawny uznający, że związki takie nie tylko istnieją, lecz mają charakter konieczny” (np. R. Dworkin) (Zajadło 2008a, 40).

Schematyczne ujęcie możliwych relacji można przedstawić przez opozycję koncepcji prawnonaturalnych i pozytywistycznych. W innym, uproszczonym ujęciu relacji między prawem a pozostałymi elementami ładu normatywnego możemy mówić o: (a) związku integralnym (prawnonaturalne ujęcie prawa, (b) autonomii prawa (twardy pozytywizm prawniczy), (c) niezbędnym zakresie relacji – związkach treściowych (niepozytywistyczne, postpozytywistyczne ujęcie prawa). Tak ujmowane relacje mogą być rozpatrywane w kontekście, stworzonych na ich bazie, konstrukcji doktrynalnych. Uwzględniając ten ostatni aspekt, możemy odwołać się do trzech „wzorcowych” rozwiązań: koncepcji prawnonaturalnej w doktrynie Św. Tomasza z Akwinu, koncepcji systemu prawnego w ujęciu Hansa Kelsena oraz koncepcji, których wyrazem jest „formuła Gustawa Radbrucha”. Każda z nich stała się przedmiotem licznych opracowań naukowych i wszechstronnych analiz. Sformułowano wiele opinii i uwag, które są wystarczającą podstawą do syntetycznego przedstawienia „wzorcowych rozwiązań”, typowych dla charakteryzowanego paradygmatu.

3.1. Koncepcje prawa natury. Doktryna Św. Tomasza z Akwinu

Wszystkie koncepcje prawa natury zakładają powiązanie prawa zarówno ze sferą wartości, jak i wynikającej z nich, lub z innych okoliczności, zewnętrznej wobec prawa stanowionego normatywności. W poszczególnych koncepcjach

prawnonaturalnych charakter tych relacji, typ zależności, stopień powiązania jest różny, co decyduje o konstrukcji prezentowanych rozwiązań.

Jedną z najbardziej znanych jest rozbudowana koncepcja prawa natury Św. Tomasza z Akwinu. Wyróżnia ją również konstrukcja systemowa, wychodząca z założenia hierarchii jako cechy każdej całości doskonałej. Określenie istoty prawa przez rozum, a raczej przez uczestniczenie prawa wiecznego w rozumnej naturze człowieka, jest podstawą prawa naturalnego. Najwyższym prawem jest *lex aeterna* – prawo wieczne, czyli mądrość Boga. Jego odbiciem jest *lex naturalis* – wyraz współdziału człowieka w mądrości bożej. Prawo wieczne to boski porządek świata określający miejsce i cele poszczególnych rzeczy odzwierciedlanych w umyśle boskim. Prawo naturalne jest intelektualnym uczestnictwem człowieka w prawie wiecznym. Charakteryzując prawo naturalne w doktrynie Św. Tomasza z Akwinu, Roman Tokarczyk wskazuje na jego trzy określenia, których łączne rozpatrywanie nadaje im właściwy sens. „Pierwsze, podstawowe określenie ukazuje związek między prawem naturalnym a prawem wiecznym. Drugie opiera się na rozróżnieniu rozumu teoretycznego zmierzającego do prawdy od rozumu praktycznego skierowanego w stronę dobra. Podstawową zasadą rozumu teoretycznego jest teza: nie można jednocześnie czegoś twierdzić i temu przeczyć. Podstawową zasadą rozumu praktycznego i zarazem naczelną normą prawnonaturalną jest nakaz: dobro należy czynić, a zła unikać. Określenie trzecie wreszcie wskazuje istotę prawa naturalnego w *inclinatio naturalis* albo nawet *naturalis appetitus*, podkreślając nie tylko normatywny, ale i socjologiczny składnik prawa naturalnego” (Tokarczyk 2000, 140).

W doktrynie prawa naturalnego i opracowanej konstrukcji systemu należy wskazać dwa elementy, które odgrywają istotną rolę. Z jednej strony mamy do czynienia z podstawowymi nakazami prawa naturalnego, z drugiej, z nakazami pojawiającymi się przy stosowaniu podstawowych nakazów do konkretnych przypadków. Sumienie człowieka nie może się mylić (nie myli się) przy poznawaniu przez wszystkich ludzi jedynie podstawowych nakazów prawa naturalnego. Może się mylić w procesie wysuwania z podstawowych nakazów prawa naturalnego szczegółowych treści, adekwatnych do konkretnych przypadków (błądzące sumienie) (Tokarczyk 2000, 152).

Wskazana sytuacja jest podstawą wyjaśnienia i uzasadnienia prawa ludzkiego. Wyrażone w postaci nakazów etycznych (np. należy dążyć do dobrego, a unikać złego) naturalne skłonności człowieka do dobrego nie wystarczają, potrzebna jest dyscyplina w postaci prawa ludzkiego – *lex humana*. Prawo to jest w dużym stopniu konkretyzacją prawa natury i nie może go naruszać. Sprzeczność tego prawa z prawem natury zwalnia poddanych od obowiązku jego przestrzegania. „Prawo ludzkie zawiera zarówno elementy trwałe, czerpane z prawa naturalnego, jak i konwencjonalne. Element konwencjonalności dowodzi, że jest ono jednym z możliwych sposobów uregulowania danej sprawy, ale nie jedynym” (Tokarczyk 2000, 144). Uzupełniającym, a raczej dopełniającym konstrukcję systemu

jest *lex divina* – boskie prawo pozytywne zawarte w Piśmie Świętym. Prawo to zostało dane człowiekowi poprzez objawienie – objawienie będące wyższą formą uczestnictwa w prawie wiecznym. W sytuacjach wątpliwych daje człowiekowi pewność, co należy czynić. Niezależnie od tego, że prawo to jest niezbędne do osiągnięcia przez człowieka celu nadprzyrodzonego, może być istotnym drogowskazem w razie wątpliwości, co należy czynić, a czego nie należy w konkretnych sytuacjach.

Struktura i harmonia systemu prawnego zaprezentowana w doktrynie Św. Tomasza z Akwinu jest związana z wyróżnionymi typami praw i relacji, które między nimi występują. „Po pierwsze, prawo naturalne uzgodnione zostało z prawem wiecznym, ponieważ człowiek nie może tworzyć porządku, który nie odpowiadałby istocie i woli Boga. Po drugie, prawo ludzkie uzgodnione zostało z prawem naturalnym, ponieważ nie powinny się one kłócić ze sobą; w przeciwnym wypadku miałyby miejsce *poena naturalis*. Po trzecie, harmonia ta wynika z dwustronnego uzupełniania się Ewangelii i rozumu dzięki powszechnej *analogia tenis*, gwarantującej jedność zróżnicowanych praw” (Tokarczyk 2000, 145).

Przytoczona charakterystyka koncepcji prawa Św. Tomasza z Akwinu jest tylko przykładem ujęcia, o którym można powiedzieć, że przedstawia „kompletne” związki między wyróżnionymi i uporządkowanymi elementami ładu normatywnego. To, co jest osnową podejścia prawnonaturalnego, związek prawa pozytywnego z innymi systemami normatywnymi, moralnością, prawem naturalnym, występowało w wielu innych doktrynach zarówno wcześniejszych, jak i późniejszych. W odniesieniu do tych późniejszych można wskazać wiele rozmaitych powiązań, świadczących o ich oryginalności.

Znaczenie koncepcji prawnonaturalnych dla ujęcia prawa zmieniał się w toku dziejów, a przełomowy moment nastąpił u schyłku XVIII i w pierwszej połowie XIX wieku, gdy dominująca doktryna prawa natury zaczynała tracić na znaczeniu (Stelmach i Sarkowicz 1999, 64). Działo się to pod wpływem różnych okoliczności, ale zauważyć należy, że nie był to jedyny moment przełomowy, jeśli chodzi o pozycję doktryn prawnonaturalnych. Odejścia i powroty zdarzały się często, chociaż trudno w tym przypadku mówić o jakiejś formie cykliczności. Generalnie trudno stosować takie uogólnienie, zważywszy na ciągłość niektórych koncepcji, np. związanych z nurtem filozofii chrześcijańskiej, neotomistycznej. Niemniej jednak zasadne wydaje się stwierdzenie, że: „W sytuacjach «kryzysów prawa», gdy pozytywna filozofia prawa nie daje wystarczających podstaw do podjęcia konkretnych rozstrzygnięć prawnych, sięgamy po pojęcie uniwersalnego prawa oraz powszechnie ważnych – uniwersalnych – wartości” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 71).

W ostatnich kilkudziesięciu latach możemy mówić o „renesansie koncepcji prawnonaturalnych” – w znacznym stopniu, ale nie tylko, w reakcji na koncepcje pozytywistyczne. „Po II wojnie światowej – pisał Kazimierz Opałek – mieliśmy do czynienia ze zwrotem ku prawu natury nie tylko w Niemczech, ale także

w innych krajach, w których upadły autorytarne systemy polityczne. Ten zwrot należy rozpatrywać na tle całego procesu rozliczenia z przeszłością. W dziedzinie prawa chodziło przede wszystkim o demaskowanie i krytykę prawnej perwersji reżimów totalitarnych, o przezwycięzenie zwyrodnienia praktyki prawniczej i deprawacji nauki prawa w minionym okresie, o uzasadnienie odpowiedzialności prawnej za czyny moralnie potępiane, o poszukiwanie zasad nowego sprawiedliwego porządku prawnego, i w związku z tym wszystkim – o ustalenie kryteriów prawa słusznego” (Opalek 1997, 17).

W „nowych” ujęciach, na co wskazuje się w podstawowej literaturze z prawnoustawstwa, mamy do czynienia z dwoma nurtami. Pierwszy można określić jako nurt klasyczny prawa natury, a decydującą rolę ogrywa w nim podejście substancjalne (materialne). Drugi przyjmuje postać proceduralnych teorii prawa natury i sprawiedliwości. Wybitnym przedstawicielem drugiego nurtu jest L.L. Fuller, ale popularnością może z nim konkurować J. Rawls ze względu na swoją teorię sprawiedliwości proceduralnej. Jako wybitnego przedstawiciela nurtu pierwszego wymienia się J. Finnis.

Koncepcja Johna Finnis, który należy do grona najwybitniejszych współczesnych przedstawicieli klasycznego nurtu prawa natury, zasługuje na wyróżnienie również ze względu na rozmach i spójność (Stelmach i Sarkowicz 1999, 81). Jej punktem wyjścia jest przyjęcie rozumienia tego, co jest dobre dla natury ludzkiej i dla rozwoju człowieka. W swoim podstawowym dziele *Natural Law and Natural Rights*, odpowiadając na pytanie, jakie są zasady prawa naturalnego, pisze: „Istnieje (i) zbiór podstawowych, praktycznych zasad, które wskazują podstawowe formy ludzkiego rozwoju, podstawowe dobra, do których człowiek ma dążyć i je realizować, które w taki czy inny sposób są stosowane przez każdego, kto zastanawia się, co robić, niezależnie od uzasadnienia wniosków; oraz (ii) zestaw podstawowych wymagań metodologicznych dotyczących praktycznej racjonalności (która jest jedną z podstawowych form ludzkiego rozwoju), które pozwalają na rozróżnienie właściwego i niewłaściwego praktycznego myślenia i które, gdy zostaną w pełni uwzględnione, dostarczają kryteriów rozróżniania między aktami, które rozpatrywane we wszystkich wymiarach (a nie tylko ze względu na konkretny cel), zawsze lub w szczególnych okolicznościach, są uzasadnione – i działania, które są nierozsądne, zważywszy na wszystkie okoliczności, tj. rozróżnienie pomiędzy sposobami działania, które są moralnie dobre lub moralnie złe – umożliwiając w ten sposób sformułowanie (iii) zbioru ogólnych standardów moralnych” (Finnis 2011, 23). Podstawowe dobra, niekiedy także traktowane jako podstawowe wartości, to: życie, wiedza (jako wartość sama w sobie), przyjaźń i towarzyskość, zabawa, przeżycia estetyczne, rozum praktyczny, tj. umiejętność rozsądnego wnioskowania o tym, co jest najlepsze i dla samego siebie, i dla podejmowania stosownych decyzji, religia.

Jednym z siedmiu podstawowych dóbr jest rozum praktyczny. Uczestniczymy w tym dobru, podejmując racjonalne decyzje, które maksymalizują udział

w innych dobrach – przez wybór dobrych projektów do realizacji, podejmując moralne decyzje i tak dalej. Aby poprawnie uczestniczyć, należy respektować dziewięć wymagań podrzędnych. Wymogi te są oczywiste w taki sam sposób, jak oczywiste są podstawowe dobra. Podstawowe wymogi dotyczące praktycznego rozsądku (*practical reasonableness*) Finnis sprowadza do dziewięciu zasad, które syntetycznie można przedstawić w następujący sposób. (1) Powinno się postrzegać swoje życie jako całość, a nie żyć z chwili na chwilę. (2) Powinno się nadawać priorytet niektórym dobrom podstawowym w stosunku do innych. (3) Dobra podstawowe mają zastosowanie do wszystkich osób. Powinno się brać pod uwagę dobro innych. (4) Powinno się unikać obsesji na punkcie konkretnego projektu i zachowywać perspektywę, zgodnie z którą projekt jest tylko fragmentem jednego z dóbr podstawowych. (5) Powinno się robić projekty i starać się je ulepszać, unikając powtarzania starych nawyków. (6) Powinno się obliczać i planować swoje działania, aby były najbardziej wydajne (w sensie użytecznym), i wykonywać je jak najlepiej. (7) Nigdy nie powinno się popełniać czynu, który bezpośrednio szkodzi dobru podstawowemu, nawet jeśli pośrednio służy innemu podstawowemu dobrom. (8) Powinno się wspierać wspólne dobro wspólnoty. (9) Powinno się postępować zgodnie z własnym sumieniem i rozumem praktycznym, nie kierując się autorytetem innej osoby (Finnis 2011, 121–126).

W koncepcji Finnisa ważnym elementem jest wskazanie, że dobra można osiągnąć w ramach społeczeństwa. Uzyskanie powszechnego dobra, dobra wspólnego, jest ważne, ponieważ stanowi podstawę materialnych i innych warunków, które sprzyjają temu, by każda należąca do wspólnoty jednostka realizowała swój osobowy rozwój. W tym zakresie prawu przypada rola znacząca. „Istotą prawa jest wspieranie dążenia do osiągnięcia powszechnego dobra, czyli tworzenia takich warunków, by członkowie społeczeństwa mieli możliwość maksymalnego osiągnięcia wartości podstawowych i realizacji innych rozsądnych celów” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 82). Przypisanie takiej pozycji prawu ma określone skutki, dotyczące zarówno pozycjonowania prawa pozytywnego względem prawa natury, jak i obszaru tworzenia prawa.

W ramach krytycznej oceny koncepcji prawa proponowanych przez przedstawicieli nowej teorii prawa naturalnego, do których zaliczany jest Finnis, napotkać można stanowiska radykalne i twierdzenia, że związek pomiędzy prawem a moralnością czy innymi porządkami normatywnymi jest pozorny i różny od legitymizującej funkcji moralności, przyjmowanej w tradycyjnych koncepcjach prawnonaturalnych. „Moralność publiczna, sprawiedliwość czy normy obyczajowe, do których odwołują się zwolennicy nowej teorii prawa naturalnego, mają waleń jedynie subsydiarny i w żadnym sensie nie stanowią o obowiązaniu lub nie prawa sprzecznego z nimi, jak miało to miejsce tradycyjnie” (Czarnecka 2014, 76). Abstrahując od zasadności takiej oceny, stwierdzić należy, że charakterystyczne dla propozycji Finnisa usytuowanie prawa pozytywnego jako wspierającego dążenie do osiągnięcia wspólnego dobra, przy równoczesnym wsparciu go przez

prawo naturalne (zasady prawa naturalnego), pozwala na inne podejście także do kwestii tworzenia prawa. Dlatego też przyjmowana przez Finnis konsepcja prawa jest szczególnie interesująca z punktu widzenia podstawowego problemu badawczego.

W podsumowaniu możemy odwołać się do następującego stanowiska: „Różnice pomiędzy interpretacjami materialnymi i formalnymi (proceduralnymi) prawa natury są zasadnicze i występują na wszystkich poziomach analiz i uzasadnienia tego prawa. Klasyczna – substancjalna – koncepcja prawa natury, wyrastająca z ducha filozofii Tomasza z Akwinu, proponuje nam pojęcie prawa odwołujące się do realnie istniejących, transcendentalnych wartości, których ostatecznym i jedynym źródłem jest Bóg. Dający się zrekonstruować system normatywny ma charakter systemu statycznego (dedukcyjnego), gdzie o dowolnej normie możemy na podstawie norm tego systemu rozstrzygnąć, czy jest ona prawdziwa, czy też nie” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 72). Z kolei teorie proceduralne zachowują neutralność aksjologiczną, aczkolwiek dają możliwość określenia minimum moralnego danego systemu normatywnego. „Równocześnie musimy jednak pamiętać, że przyjęcie proceduralnej wersji teorii prawa natury i sprawiedliwości prowadzi najczęściej do swego, przede wszystkim ontologicznego relatywizmu. Określone reguły proceduralne rozstrzygają nie tylko o sposobach zastosowania reguł materialnych, lecz również o ich treści (*Inhalte aus der Form*)” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 72).

3.2. Autonomia systemu prawnego. Prawo w ujęciu Hansa Kelsena

W opozycji do wcześniejszych koncepcji w XIX i XX wieku powstały pozytywistyczne koncepcje prawa. Generalnie wskazuje się, że pozytywizm prawniczy był „zarówno reakcją krytyczną na niemiecką szkołę historyczną, przynajmniej jeśli chodzi o kontynentalną naukę prawa, jak i na kierunki prawnonaturalne” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 23). Spośród różnych cech tych koncepcji warto podkreślić przede wszystkim to, że jedną z przyczyn było dążenie do „uwolnienia” prawa nie tyle od „uzależnienia”, ile od podporządkowania prawa innym subsystemom normatywnym. Tak jak poszczególne koncepcje prawnonaturalne można scharakteryzować poprzez charakter relacji, typ zależności, stopień powiązania między prawem a elementami ładu normatywnego, przede wszystkim moralnością, uniwersalnymi wartościami, tak o konstrukcji rozwiązań pozytywistycznych decyduje stopień odrzucenia tych związków. Nie bez znaczenia było także, wspomniane wyżej, zjawisko waloryzacji swoiście ujmowanej racjonalności i przypisanie prawu, traktowanemu jako instrument kształtowania relacji społecznych, określonych funkcji. Choć pozornie wygląda to na brak spójności (wszak teza przyjmowana w tej części rozważań mówi o paradygmacie prawa w porządku normatywnym), to właśnie próby wyrwania prawa z tego

porządku, proponowane w koncepcjach pozytywistycznych, są dowodem na istnienie tego dominującego ujęcia prawa. Potwierdzeniem jest nie tylko to, że koncepcje „izolacjonistyczne” nie wytrzymują krytyki, ale przede wszystkim to, że są one kreowane w sposób, który wyrasta z myślenia typowego dla paradygmatu prawa w porządku normatywnym. (Być może bardziej z próby przewyciężenia metodologicznej bezzadności w bardziej zaawansowanym etapie badania prawa uwikłanego w zależności aksjologiczne).

Przyjmuje się, że pozytywizm klasyczny opiera się na wielu tezach i założeniach odnoszących się do samej koncepcji prawa, zasad jego tworzenia i stosowania oraz metod badania. Zwróćmy uwagę na trzy najważniejsze spośród wymienionych tez: (a) prawo to zbiór norm ogólnych zabezpieczonych formą przymusu, (b) prawo jest systemem niezależnym od moralności i innych systemów normatywnych w tym sensie, że norma prawidłowo ustanowiona obowiązuje nawet wtedy, gdyby okazało się, iż jest ona niesłuszna lub nieracjonalna albo niezgodna z innymi pozaprawnymi regułami; (c) prawo powstaje w trybie jednostronnych i władczych decyzji wydawanych przez organy państwowe lub z upoważnienia organów państwowych (Morawski 2000, 15–16).

Syntetyczna charakterystyka, nawet wybranych, pozytywistycznych koncepcji prawa jest zbyt obszerna, aby można było ją przedstawić w tym tomie. Ograniczam się tylko do przykładu tej koncepcji, w której odseparowanie prawa od elementów ładu normatywnego występuje w sposób najpełniejszy. W tym przypadku problem konstrukcji proponowanego rozwiązania jest ważniejszy, ponieważ musi operować wyłącznie wewnętrznymi powiązaniami, a równocześnie obejmować/rozwiązywać problem normatywności/podstawy obowiązywania prawa.

Najlepszym przykładem jest koncepcja prawa Hansa Kelsena. W tej koncepcji istota prawa sprowadza się do pojęcia normy, która jest definiowana w kategoriach powinnościowych. Ważna dla tego ujęcia prawa jest dodatkowa okoliczność tak charakteryzowana: „Jakkolwiek norma jest elementarną strukturą prawa, to jednak nie może ona istnieć poza systemem. Norma prawna poza systemem normatywnym jest czystą abstrakcją. Obowiązywanie normy prawnej daje się zdefiniować tylko przy użyciu pojęcia systemu normatywnego. Dlatego też problem systemu normatywnego posiada kluczowe znaczenie dla koncepcji Kelsena. System normatywny jest hierarchiczną, autonomiczną, samoorganizującą i samostwarzającą się całością. Kelsen mówi o trzech typach systemów normatywnych, a mianowicie o systemie statycznym, dynamicznym i mieszanym. W systemie statycznym związki pomiędzy normami (normą wyższą i niższą) mają charakter inferencyjny (treściowy), to znaczy, że normę niższą możemy wyprowadzić (wydedukować) z treści normy bezpośrednio wyższej. W przypadku systemu dynamicznego mamy do czynienia z powiązaniami o charakterze czysto formalnym (kompetencyjnym), to znaczy, że norma bezpośrednio wyższa zawiera kompetencję normodawczą do wydania normy niższej. W systemie mieszanym

powiązania pomiędzy normami mają charakter albo statyczny, albo dynamiczny” (Stelmach i Sarkowicz 1999, 47).

Pomijając, szeroko dyskutowany w literaturze, problem preferowania przez Kelsena wyróżnionych wyżej typów systemu, bo wiąże się to z ewolucją jego poglądów, a także szczegółowe i krytyczne analizy przedstawionych rozwiązań, warto zwrócić uwagę na kilka problemów ważnych z punktu widzenia rozważanej autonomii prawa. Wskazać można na kilka przesłanek uzasadniających odseparowanie prawa od moralności. Pierwsza wiąże się z postulatem odideologizowania nauki prawa. Druga dotyczy sposobu istnienia norm. „Uzasadnienia tezy o rozdziale Kelsen poszukuje w różnicach pomiędzy prawem a moralnością i dochodzi do wniosku, że: po pierwsze, takim czynnikiem nie jest zachowanie, może być ono bowiem przedmiotem zarówno norm moralnych, jak i prawnych. Również nie jest takim kryterium podział na zachowania wewnętrzne i zewnętrzne. Rozważania te doprowadzają do wniosku, że różnica pomiędzy prawem i moralnością nie tkwi w ich treści, lecz w formie; po drugie, obowiązek moralny może powstać w wyniku woli własnej. W przypadku moralności każde orzeczenie o zgodności lub niezgodności działania z normą moralną jest jednocześnie jej uznaniem. To założenie Kelsen przeciwstawia normie prawnej, która takiej właściwości nie posiada, a jej obowiązywanie jest niezależne od świadomości faktu obowiązywania. Norma prawna istnieje obiektywnie poza jednostką” (Zalewska 2014, 24–25).

Teza o rozdzieleniu prawa i moralności wysuwa na plan pierwszy problem obowiązywania prawa, a jego rozwiązanie Kelsen znajduje w konstrukcji systemu prawnego i normy hierarchicznie najwyższej, stanowiącej podstawę jego obowiązywania. System prawny jest systemem norm, a każda z nich ma te same podstawy ważności. Pojedyncza norma obowiązuje, gdy jest częścią systemu prawnego. Norma staje się zaś częścią systemu prawnego (dynamicznego) wtedy, gdy zostanie ustanowiona na podstawie normy hierarchicznie wyższej, która upoważnia autorytet do jej wydania. W takiej strukturze hierarchicznej, o powiązaniach formalnych, musi powstać pytanie o wspólną i pierwotną normę stanowiącą podstawę obowiązywania prawa. Taką funkcję pełni norma podstawowa. „Kelsen wskazuje, że norma podstawowa konstytuuje obowiązywanie i ma charakter hipotetyczno-relatywny. Funkcjonuje jedynie w prawniczej świadomości i odnosi się do obowiązujących systemów prawa. Jest artikulacją warunków niezbędnych dla uporządkowania materiału prawnego” (Zalewska 2014, 49). Koncepcja normy podstawowej, której próba wyjaśnienia i zrozumienia jest zmartwieniem studentów rozpoczynających edukację prawniczą i wykładowców przedmiotów wprowadzających do prawoznawstwa, stała się jednym z częściej analizowanych zagadnień doktryny normatywizmu Kelsena. Doczekała się wielu interpretacji swego znaczenia, a przyjmowane wyjaśnienia różnią się nie tylko tym, do jakiego systemu (statycznego czy dynamicznego) ją odnosimy, ale i zakresem objaśnień. W odniesieniu do systemu statycznego jest normą mającą najwyższą wartość,

w odniesieniu do dynamicznego zaś jest traktowana jako norma „pomyślana” (Sarkowicz i Stelmach 1999, 47). Szersze próby rekonstrukcji pojęcia normy podstawowej dostępne w literaturze obejmują znaczenia wskazujące, że jest to kompetencja do tworzenia norm niższego rzędu, kompetencja do wykonywania sankcji, ponadto ostateczny powód obowiązywania prawa rozumianego jako przynależność normy do określonego porządku, ostateczny powód obowiązywania prawa rozumianego jako moc wiążąca (Zalewska 2014, 50). Na tym tle pojawia się problem przynależności normy podstawowej do systemu prawa, podstaw jej obowiązywania. Jak zauważa Andrzej Grabowski, „odpowieź na pytanie, co Kelsen sądził o przynależności normy podstawowej do porządku prawnego (systemu prawa), jest zrelatywizowana do sposobu pojmowania jego zakresu: jeśli obejmuje on normy pozytywne i przedpozytywne (niepozytywne), to *Grundnorm* do niego przynależy, jeśli zaś system prawa obejmuje wyłącznie normy pozytywne, to *Grundnorm* do niego nie przynależy, bo z uwagi na swoją genezę (sposób powstania) przynależć nie może” (Grabowski 2009, 318).

Istotną rolą normy podstawowej, poza tym, że stanowi podstawę obowiązywania norm pozytywnych ustanowionych w ramach systemu prawa, jest możliwość uzasadnienia kompetencji do wykonywania sankcji. Spośród wielu porządków normatywnych porządek prawny wyróżnia struktura przynależnych do niego norm wraz z elementem decydującym o sankcjonowaniu zachowań niepożądanych. Istotą normatywizmu jest nie tylko konstrukcja niezależnych od jednostkowych przekonań standardów, na gruncie których istnieje racja do nakazywania, zakazywania lub upoważniania. Jest to również uzasadnienie do wprowadzania sankcji. Prawo jest ze swojej natury porządkiem wymuszonym, czyli takim, w którym normatywna regulacja zachowań zachodzi poprzez dodanie do zachowania przeciwnego do pożądanego społecznie zorganizowanego aktu (*socially organized act*) – sankcji, podczas gdy porządek moralny jest tych ostatnich pozbawiony (Huk 2014, 118).

W koncepcji prawa Kelsena warto zwrócić uwagę na dwa wątki, które są poza głównym nurtem analiz w literaturze teoretycznoprawnej. Pierwszy dotyczy charakterystyki porządku społecznego, a zajmowane stanowisko jest „konsekwentnie normatywne”. Za porządek społeczny (*social order*) w teorii prawa Kelsena należy uznać najszerszy system normatywny, w ramach którego występują porządki wyróżnione, odrębne i w dużej mierze – choć nie zawsze w pełni – autonomiczne, takie jak: porządek moralny, religijny, prawny czy zespół norm kulturowych. Cel porządku społecznego pozostaje niezmienny: wypracowanie zachowań jednostek podległych danemu porządkowi. Jest to teza głosząca, że każdy człowiek zobligowany jest przez daną normę lub zespół norm do określonego zachowania lub zaniechania zachowania. Innymi słowy, system norm społecznych wyznacza zakres akceptowalnych zachowań jednostki względem porządku społecznego poprzez bezpośrednie lub pośrednie relacje między zachowaniami (Huk 2014, 118). Drugi wątek dotyczy systemu normatywnego, porządku moralnego. Główna teza

sprowadza się do uznania, że nie istnieje uniwersalny porządek wartości. Porządek wartości jest pluralistyczny. Pluralizm porządków moralnych zakłada, że to, co stanowi wartość nadrzędną w obrębie jednego systemu, w innym ma wartość niższą, peryferyjną lub pozostaje indyferentne. „Relatywistyczna teoria wartości, która umożliwia separację prawa i moralności oraz prawa i sprawiedliwości, prowadzi Kelsena do postawienia dwóch tez, istotnych z perspektywy czystej teorii prawa: po pierwsze, jeśli porządek prawny oceniany jest jako moralny lub niemoralny, sprawiedliwy lub niesprawiedliwy, to owe oceny wyrażają relację porządku prawnego do jednego z wielu możliwych systemów (moralnych), lecz przecież nie do jedyne go systemu moralnego; przez co porządek ten konstytuuje jedynie relatywne, a nie absolutne sądy wartościujące. Po drugie, ważność pozytywnego porządku prawnego nie jest zależna od jego potwierdzalności na gruncie jakichś systemów moralnych. Powyższe z kolei prowadzi Kelsena do wniosku, że niemożliwe jest zaproponowanie absolutnego standardu ewaluacji (*absolute standard of evaluation*), gdyż jeden osąd nie może być uzasadniany w ten sam sposób na gruncie różnych systemów moralnych” (Huk 2014, 127).

Teoria Kelsena zawiera wiele wątków istotnych z punktu widzenia paradygmatu prawa w porządku normatywnym. Można nawet powiedzieć, że w pewnym stopniu waloryzuje kwestię porządku społecznego jako ładu normatywnego. Wskazuje, że istnieje wiele związków, a podstawowy sprowadza się do tego, że prawo podlega moralnej ewaluacji. Nie rozwijam w tym momencie kwestii, co się dzieje, jeśli w wyniku tej ewaluacji prawo jest oceniane negatywnie. Kelsen twierdzi, że związek prawa z moralnością najsilniej zarysowany jest w aspekcie zawartości normy prawnej. Zakłada się bowiem, że norma jest w swojej istocie moralna, co znaczy, że ustanawia pewną konkretną moralną wartość, a w konsekwencji – jest sprawiedliwa (Huk 2014, 126). W niewątpliwie wyraźnie zaznaczonej tezie o rozdziale prawa i moralności wskazanie dotyczy jedynie tego, że prawo nie jest uzależnione od moralnej legitymizacji. Można nawet powiedzieć, i na tym polega oryginalność myśli Kelsena, że dostrzega niebezpieczeństwo, które dla społeczeństwa wiąże się z nadaniem prawa zewnętrznej, arbitralnej legitymizacji. Wewnętrzna, systemowa legitymacja prawa jest bowiem gwarantem ukonstytuowania się i działania instytucji państwa na podstawie prawa i w granicach prawa.

W obronie twardego pozytywizmu i wyznaczonego przez Kelsena kierunku skierowało swój wysiłek niewielu filozofów i teoretyków prawa. W tej materii istnieje spór zarówno dotyczący samego określenia „twardy pozytywizm”, „miękki pozytywizm”, jak i zaliczenia poszczególnych koncepcji prawa do tego nurtu (Kozłowski 2009, 50). Dotyczy to także koncepcji H.L.A. Harta, nie tylko z tego względu, że przedstawia oryginalne rozwiązanie problemu funkcjonowania prawa w relacji do wartości, ale również dlatego, że stała się punktem odniesienia licznych krytycznych analiz i znanych w kręgach filozofów i teoretyków prawa debat.

3.3. Trzecia droga. Formuła Gustawa Radbrucha

Pojęcie trzeciej drogi jest w ogólnym znaczeniu próbą określenia tych wszystkich koncepcji prawa, które odzwierciedlają ciągle podejmowane próby wyjścia poza klasyczne ujęcia w ramach teorii prawa natury i pozytywizmu prawniczego. Część z nich jest definiowana jako niepozytywistyczne koncepcje prawa. Andrzej Grabowski pisze, że „teorią, która konsekwentnie stara się opracować alternatywę dla tradycyjnego pozytywistycznego pojmowania prawa, nie będąc przy tym kolejną wersją doktryny prawa natury, jest niepozytywistyczna koncepcja prawa Ralfa Dreiera i Roberta Alexy’ego, spełniająca w ramach niemieckojęzycznej teorii i filozofii prawa funkcję analogiczną do roli, która odgrywa antypozytywistyczna filozofia prawa Ronalda Dworkina w obrębie anglosaskiej filozofii prawa” (Grabowski 2009, 15–16). Czy i w jakim zakresie w podobnym kierunku podążają inni teoretycy, stojący na pozycjach pozytywistycznych, ale wyraźnie wychodzących poza kanon pozytywizmu, jest zagadnieniem spornym. Wskazuje na to cytowany wyżej autor, wymieniając takie kierunki, jak: pozytywizm instytucjonalny, miękki pozytywizm, pozytywizm inkluzyjny czy inkorporacjonizm.

Analizując niepozytywistyczną koncepcję prawa Dreiera i Alexy’ego, Grabowski wskazuje, że początek poszukiwaniom „trzeciej drogi” dała „formuła Radbrucha” (Grabowski 2009, 15). Niezależnie jednak od tego, w jakim stopniu myśl Radbrucha wyznaczyła kierunek teoretycznych ustaleń, czy też przyczyniła się do tego, jej przybliżenie jest uzasadnione, ponieważ w pełni oddaje jedną z możliwych form relacji prawa i moralności, przybierającą postać niezbędnego zakresu związków treściowych.

Potraktowanie koncepcji prawa Radbrucha jako „wzorcowej” dla relacji prawa i moralności wyznaczonej przez niezbędne minimum związków treściowych wydaje się uzasadnione z kilku powodów. Pierwszy, o którym była mowa wyżej, to ten, że dała początek poszukiwaniom „trzeciej drogi”. Drugi, na co wskazuje Jerzy Zajadło, to fakt, że w literaturze fachowej obserwujemy gwałtowny wzrost zainteresowania filozofią prawa Radbrucha, co skutkuje wieloma interpretacjami (Zajadło 2009, 22). Trzeci, jak się wydaje, istotny powód sprzeczności tego, że sformułowana po wojnie koncepcja ustawowego bezprawia „weszła do kanonu” rozważań na temat relacji prawa i moralności. Jest to rodzaj paradoksu tak charakteryzowanego: „Kilka słynnych artykułów z lat 1945–1947 było spontaniczną reakcją humanisty na perwersję nazistowskiego bezprawia i z naukowego punktu widzenia wiele zawartych w nich tez miało charakter uproszczony, syntetyczny lub wręcz intuicyjny. Być może właśnie na tym polegał geniusz ich autora – w swych przyczynkarskich pracach zauważył problemy, które wyznaczyły kierunki rozwoju całej powojennej dyskusji filozoficznoprawnej” (Zajadło 2009, 18).

Koncepcji prawa Radbrucha nie da się połączyć z jednoznacznym usytuowaniem go w kręgu pozytywistów czy zwolenników prawa natury. W jego obszernym

dorobku można odnaleźć wypowiedzi przemawiające zarówno za jednym, jak i za drugim stanowiskiem. Są one niekiedy sprzeczne, wykluczające się, co dostarcza argumentów przy próbach zakwalifikowania go do określonego nurtu w sposób dowolny. Postrzegano go jako skrajnego pozytywistę, ale drugiej strony wskazuje się, że teza o ustawowym bezprawiu nie pojawiła się znikąd, a jej podstawy można odnaleźć we wcześniej przyjmowanych założeniach filozoficznych (Zajadło 2001, 178).

Ważnym elementem w koncepcji prawa Radbrucha są uwagi na temat obowiązywania prawa. Wyróżnił on trzy podstawy. Pierwsza cechuje się podejściem czysto normatywnym i odnosi do hierarchicznego systemu prawa, systemu zamkniętego, a konstytucja stanowi w niej najwyższe źródło prawa. Druga ma charakter historyczno-socjologiczny i opiera się na dwóch elementach: władzy (mocy, siły) oraz uznaniu. Podstawą obowiązywania prawa jest tu nakaz władzy, który jest jednocześnie wolą i możliwością wykonywania przymusu. Ta podstawa jest wzmocniana uznaniem przez adresatów norm – uznaniem o charakterze indywidualnym bądź generalnym, a także ich dobrowolnym podporządkowaniem (Zajadło 2001, 167). Krytyka dwóch poprzednich prowadzi do wyodrębnienia trzeciej podstawy obowiązywania prawa, którą Radbruch określa mianem filozoficznej: obowiązywanie norm prawnych zależy jest od zgodności i stopnia wypełniania idei prawa przez porządek prawny danego państwa (Chauvin 1999, 30).

Wyróżnienie takich podstaw pozwala na rozwinięcie koncepcji filozoficzno-prawnych, które zostały zainicjowane, sformułowaną jeszcze przed wojną, ideą prawa. Idea prawa wyraża się w triadzie: bezpieczeństwo prawne – celowość prawa – sprawiedliwość prawa. Bezpieczeństwo prawne wynika ze stanowienia prawa przez instytucję, która jest do tego uprawniona i jednocześnie posiadająca faktyczną możliwość zrealizowania owego prawa, gwarantując pewność jego obowiązywania. Celowość (dobro powszechne) w rozumieniu Radbrucha jest ponadempiryczną ideą, zasadą materialną posiadającą charakter neutralny, dlatego niemożliwe jest jej ocenianie pod względem pozytywnym czy negatywnym (Zajadło 2001, 151). Sprawiedliwość, a raczej jej dwa rodzaje, tj. sprawiedliwość subiektywna i obiektywna, dopełnia triadę. Sprawiedliwość subiektywna polega na ludzkiej właściwości uznania elementów moralnych, a także wewnętrznym stosunku do sprawiedliwości obiektywnej. Sprawiedliwość obiektywna jest związana z oceną relacji międzyludzkich: doskonałość odnajduje w idealnym łańdźcu społecznym (Zajadło 2001, 143, 173).

Zmiana zajmowanego stanowiska po 1945 roku dotyczyła przewartościowania idei prawa. W konsekwencji w idei prawa, wyrażonej we wskazanej wcześniej triadzie, następuje zamiana miejsca poszczególnych elementów. Podczas gdy wcześniej na pierwszym miejscu było bezpieczeństwo prawne, na drugim celowość prawa, na trzecim sprawiedliwość, po przewartościowaniu elementem pierwszoplanowym stała się sprawiedliwość, która swą pozycją w triadzie zamieniła się z bezpieczeństwem prawnym. Zmiany w strukturze idei prawa były

na tyle istotne, że pozwoliły na sformułowanie znaczących tez. Najważniejsza, o rażącej sprzeczności, stanowi, że w przypadku, gdy prawo jest rażąco sprzeczne z ideą sprawiedliwości, należy odmówić mu zarówno mocy obowiązującej, jak i statusu prawnego (Zajadło 2001, 110). W literaturze teza ta, często w formie łacińskiej paremii *lex iniustissima non est lex*, zostaje upowszechniona w postaci „formuły Radbrucha”.

Istota problemu nie sprowadza się jednak tylko do precyzyjnego określenia treści tej formuły. Jan Woleński, dokonując analizy różnych jej wersji z punktu widzenia użytych pojęć, wskazuje, że ze względu na odróżnienie prawa i ustawy, sformułowanie „ustawa rażąco niesprawiedliwa jest bezprawiem” jest dla tej formuły najbardziej adekwatne (Woleński 2015, 9). Podkreśla on, że formuła Radbrucha „wyraża podstawowy problem filozofii prawa związany z dyskusją pomiędzy pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawnio-naturalnymi, a także otwiera drogę dla możliwego pewnego racjonalnego kompromisu pomiędzy tymi oboma stanowiskami”. Dalej dodaje: „Spór pomiędzy pozytywizmem prawniczym i szkołami prawa natury nie sprowadza się rzecz jasna do semantyki, w tym wypadku, do logicznych funkcji pewnych przymiotników. Problem główny polega na przyjęciu jakiegoś materialnego kryterium dla rażącej niesprawiedliwości” (Woleński 2015, 7, 10).

Koncepcja prawa Radbrucha, a ściślej biorąc, popularność i prostota zaproponowanej formuły, stanowiła nie tyle punkt odniesienia, ile punkt zwrotny, od którego rozpoczęła się fala kolejnych poszukiwań i prezentowania propozycji koncepcji prawa lokowanego w porządku normatywnym. Można mówić, jak sądzę, w sposób uzasadniony o głównym nurcie badawczym w teorii i filozofii prawa. Jego istotą jest – to jedna z tez prezentowanych przez Tomasza Kozłowskiego – „aksjologiczny i aksjomatyczny konieczny początek prawa oraz prosystemowa (w sensie każdorazowego poszukiwania danego układu-związku) i jednocześnie otwarta (w sensie tworząca nowe byty) normatywność, a nie nakazowość jako sens prawa. Podobieństwa te pozwalają na sformułowanie zbiorczej nazwy dla nowego pozytywizmu: pozytywizm aksjonormatywny” (Kozłowski 2009, 43). Równocześnie cytowany autor podkreśla: „Twierdzenie o możliwości wyróżnienia pozytywizmu aksjonormatywnego jest twierdzeniem daleko idącym, ponieważ już w jego ramach należy stwierdzić, że w celu znalezienia interpretacyjnej sensowności najnowszego prawa nie trzeba wkraczać w postmodernizm. Przeciwnie – trzeba raczej pochylić się nad tym, iż uproszczona wersja dziewiętnastowiecznego pozytywizmu była stosunkowo krótką, choć tak społecznie efektywną czy efektywną przerwą w płynnej ewolucji myślenia prawniczego, zakorzenionego nie tylko w modernizmie, ale również w Grecji i Rzymie, a od czasów Radbrucha przybierającej postać pozytywizmu aksjonormatywnego, coraz bardziej współgrającego z nowoczesnym prawem natury” (Kozłowski 2009, 63).

W zasadniczym wymiarze rozważania te są wyrazem uwikłania w paradygmat prawa w porządku normatywnym, który został określony ostatecznie przez

pozytywizm prawniczy. Warto podkreślić, że – jak pisze Marek Zirk-Sadowski: „Nie chodzi tutaj o pozytywizm jako doktrynę prawną przeciwstawianą koncepcjom prawa naturalnego, ale raczej o pozytywizm prawniczy jako opis pewnej metodologii prawa, pozwalającej wyróżnić specyficzny porządek normatywny powstały w kręgu kultury prawa rzymskiego. Pozytywizm prawniczy w tym ujęciu jest zatem źródłem podstawowych kategorii myślenia prawnego, które unifikują prawotwórstwo i praktykę prawniczą, stanowiąc ramy pojęciowe interpretacji prawniczej i rozumowań prawniczych. Kategorie te są w dużym stopniu formalne i nie aspirują do wyrażania np. ideału sprawiedliwości materialnej. Należy do nich: pojęcie prawa, legitymizacja prawa, koncepcja normatywnych źródeł prawa, koncepcja prawotwórstwa, zawody prawnicze, ideologie prawnicze i edukacja prawnicza. Problematyka związana z wymienionymi kategoriami należy do klasycznego zakresu rozważań filozofii prawa” (Zirk-Sadowski 2012, 4).

4. Dominacja paradygmatu prawa w porządku normatywnym

4.1. O wzmacnianiu paradygmatu prawa w porządku normatywnym

Paradygmat prawa w porządku normatywnym nie tylko odzwierciedla typ podejścia do badania prawa, ale też w wyniku ewolucji doktryny prawniczej „buduje” obraz porządku normatywnego i prawa jako jego istotnego elementu, to zaś ugruntowuje i dogmatyzuje zakładane powiązanie prawa z systemem wartości, z elementami ładu normatywnego. Jest to rodzaj sprzężenia zwrotnego. Dodatkowo można mówić o zależności między postrzeganiem i oceną stanu stosunków społecznych uregulowanych przez prawo a koniecznością ich ponownego, „lepszego” unormowania w „innym” nawiązaniu do systemów normatywnych.

Stosunki społeczne są często „rozpoznawane przez prawo”. Poznanie „przez prawo” jest w jakimś stopniu możliwe, bo w prawie, w jego treści uzewnętrznia się charakter stosunków społecznych, sprzecznych interesów i relacji konfliktowych. Samo zagadnienie – jak pisze Kazimierz Opałek – odzwierciedlenia przez normy rzeczywistości jest skomplikowane i może być rozpatrywane w dwóch podstawowych płaszczyznach: po pierwsze, w tym znaczeniu, że „norma bezpośrednio informuje adresatów o tym, jak normodawca chce, by się zachowali, i jakie przewiduje następstwa spełnienia bądź niespełnienia wymagań normy, po drugie, treść normy daje podstawy do snucia pośrednio wielu wniosków na temat jej związku z rzeczywistością” (Opałek 1986, 200). Ten drugi, „poznawczy wymiar”, odnosi się do prawa jako całości i jest ważniejszy. Jak pisze Opałek: „Ważniejsze może jednak jest to, że pośrednio dające się wywnioskować dane o rzeczywistości są dużo bogatsze, gdy bierze się pod uwagę określony zespół norm, a nie jedną tylko normę” (Opałek 1986, 204). Nie przesądzając, który z dwóch

aspektów poznawczych jest bardziej wykorzystywany w procesie poznawczym, konfrontowanie rzeczywistości z prawem i elementami ładu normatywnego wpływa na wskazany wyżej proces oddziaływania zwrotnego i wzmacnianie paradygmatu. Najbardziej wymowna jest kwestia sprawiedliwości; sprawiedliwego prawa szukającego potwierdzenia przez odniesienie do sfery wartości i innych segmentów ładu normatywnego.

W poznaniu naukowym zagadnienie sprawiedliwości prawa, ściśle związane z pytaniem o istotę prawa, dzieli wszystkie problemy charakterystyczne dla badań zjawisk społecznych. „Historia myśli filozoficznej pokazuje, że namysł nad rzeczywistością pozostaje ciągle w dialektycznym konflikcie między tezą o tym, że jesteśmy w stanie poznać fundamentalne elementy, które konstytuują ową rzeczywistość, a nihilizmem, czyli tezą o beznadziejności takich poszukiwań i upadku nadziei ich odkrycia. Spostrzeżenie to dotyczy również tego fragmentu rzeczywistości, który nazywamy prawem i zawiera się w pytaniach o istnienie uniwersalnych struktur tej kategorii bytu i możliwość ich obiektywnego poznania, a przynajmniej takiego poznania prawa (jako kategorii ontologicznej), abyśmy mieli wiedzę, która w powszechnie satysfakcjonujący sposób wskazywałaby podstawę jego istnienia, co ostatecznie stanowiłoby być może powszechny argument za jego przestrzeganiem” (Bekrycht 2013, 83).

Kwestie ontologiczne prawa, chociaż podstawowe, nie wyczerpują kręgu pytań dotyczących jego sprawiedliwości. Analiza pojęcia sprawiedliwości nastrocza również wielu trudności, gdy próbujemy dociec, czym jest sprawiedliwość zarówno w rozważaniach filozoficznych, jak i w kontekście społecznym, prawnym czy politycznym. Każda próba ustalenia „istoty sprawiedliwości” napotyka na nieprzezwyciężalne trudności. Sprawiedliwość jest tajemnicą, do której można odnieść słowa Marka Aureliusza zawarte w *Rozmyślaniach*: „Sprawy świata są okryte taką jakąś tajemniczością, że filozofom, i to nie małym ani pierwszym lepszym, wydają się zupełnie nie do pojęcia. A nawet samym stoikom wydają się trudne do pojęcia. A wszelkie nasze ujęcie zmienne” (Marek Aureliusz 1958, 49).

Gdy rozważamy kwestie sprawiedliwości, należy zwrócić uwagę na intuicyjne rozumienie sprawiedliwości, które w mniejszym stopniu prowadzi do jednoznacznego określenia sprawiedliwości, ogniskując się raczej na wskazaniu przejawów niesprawiedliwości. Gustaw Herling-Grudziński, opisując sienneńskie freski Ambrogia Lorenzettiego przedstawiające alegorię złego i dobrego rządu, zauważył: „Łatwiej wytykać grzechy złego rządu niż wskazywać cnoty dobrego. Grzechów ma zły rząd wiele, a wystarczyłyby dwa główne: podeptanie sprawiedliwości i władztwo tyranii. [...] Trudniej jest przedstawić alegorię dobrego rządu, skoro podstawowym tytułem do chwały dobrego rządu jest to, że nie czuje się zanadto jego istnienia” (Herling-Grudziński 1996, 190). Parafrazując tę wypowiedź, można stwierdzić, że niesprawiedliwe prawo, co ma miejsce aż zbyt często, buduje i utwierdza obraz tych segmentów ładu normatywnego, które

wyrażają ideę sprawiedliwości, bo niesprawiedliwe prawo bardziej niż wszystko inne potwierdza istnienie sprawiedliwości i konieczności dążenia prawa do sprawiedliwości.

4.2. Cechy charakteryzowanego paradygmatu

W charakterystyce paradygmatu odnosiłem się tylko do kwestii prawa w porządku normatywnym. Podkreślam tę okoliczność, ponieważ, mimo wprowadzających uwag na temat porządku społecznego, usytuowanie prawa w porządku społecznym wyznacza postrzeganie prawa w szerszej perspektywie (Pałeczki 2003).

Na podstawie przedstawionych uwag i wzorcowych przykładów można pokusić się o scharakteryzowanie cech tego paradygmatu i wynikających z niego problemów badawczych. Pierwszą cechą jest postrzeganie ładu normatywnego jako całości składającej się z wielu systemów, których charakterystycznym aspektem jest agregacja kulturowa i terytorialna. Takie „systemowe podejście”, narzuca typ analizy, skupiającej się na konstrukcji systemu z przyjmowanym założeniem, że możliwe relacje są do przedstawienia, podobnie jak w matematyce operuje się podstawowym rachunkiem na zbiorach. Drugą cechą jest postrzeganie prawa i innych systemów ładu normatywnego przez pryzmat ich statusu, co ukierunkowuje rozważania, które koncentrują się na pytaniu o istotę prawa. Kolejną cechą jest wyznaczenie pozornie szerokiego kręgu możliwych konfiguracji w relacji prawo a inne systemy normatywne – pozornie, bo w istocie podstawą jest moralność, a w odniesieniu do pozostałych elementów ładu normatywnego różnice sprowadzają się tylko do arbitralnie określanego poziomu ich intensywności. Paradoksalnie dążenie do „uwolnienia się od paradygmatu” w ramach konstruowania autonomicznego systemu prawa może być traktowane jako potwierdzenie jego dominacji.

Charakteryzowany paradygmat wyznacza krąg rozstrzygnięć dla innych fundamentalnych pytań, w tym najważniejszego, pytania o autorytet prawa, o jego legitymizację. *A priori* przyjmowana jest możliwość kompleksowej, systemowej legitymizacji prawa, legitymizacji „zewnętrznej”, nadawanej jednym aktem. W systemowym ujęciu porządku normatywnego zakłada się istnienie szczególnego rodzaju łańcucha legitymizacyjnego, ale równocześnie możliwości jego arbitralnego przecięcia.

Przyjmowany paradygmat wyznacza odmienne szczegółowe problemy badawcze dla poszczególnych systemów prawa, zwłaszcza w zestawieniu systemu kontynentalnego i *common law*. W znacznym stopniu wpływa też na ujęcie tworzenia prawa i wyznacza możliwości badania tego procesu.

4.3. Problem tworzenia prawa w ramach paradygmatu i badania tego procesu

Paradygmat prawa w porządku normatywnym w sposób bezpośredni wpływa na koncepcje tworzenia prawa (co przejawia się w wielu wymiarach), a w konsekwencji także na kwestie badania tworzenia prawa i próby ujęcia tego zjawiska w formie modeli deskryptywnych, teoretycznych lub normatywnych. Inaczej mówiąc, paradygmat ten konstytuuje podejście (ujęcie) problemu tworzenia prawa, które w szczególności jest wkomponowane w przyjmowane koncepcje prawa. Rozstrzygającym elementem tych ujęć jest kreatywna, ale równocześnie autonomiczna rola autorytetu tworzącego prawo. Ta rola zmienia się w zależności od wzorcowych ujęć, ale można wskazać na cechy charakterystyczne, które wyrażają – wkomponowaną w koncepcję prawa – propozycję tworzenia prawa stanowionego.

Pierwsza i – jak się wydaje – najistotniejsza konsekwencja wynika z opcji pozytywistycznej, która zdominowała podejście do tworzenia prawa w aspekcie podmiotowym i proceduralnym. Mówiąc w uproszczeniu, prawo tworzone przez kompetentny organ, niezależnie od relacji do innych systemów normatywnych, kształtuje własne reguły jego tworzenia, które również muszą mieć wymiar prawny, muszą być prawnie umocowane. Nadaje to szczególną rangę organizacji tworzenia prawa i przejawia się w dwóch wymiarach: instytucjonalnym i proceduralnym. Różnice między systemem kontynentalnym a systemem *common law* są oczywiste, na co zwraca się uwagę zwłaszcza w ocenie normatywizmu Kelsena, podkreślając, że zakres jego zastosowania ograniczał się w zasadzie tylko do systemów prawa stanowionego (Stelmach i Sarkowicz 1999, 48–49). Inaczej przedstawia się ten problem w konfrontacji z pozytywistyczną koncepcją Harta, ale i tak, jeśli weźmiemy pod uwagę poszerzający się zakres tworzenia prawa przez organy prawodawcze w systemie *common law*, to organizacja stanowienia prawa jest także czynnikiem istotnym.

Generalnie należy stwierdzić, że pozytywizm prawniczy ze swoją wizją autonomicznego prawa wywarł największy wpływ na dominujący współcześnie wzór tworzenia prawa. Wkomponowany ściśle w istotę pozytywistycznej koncepcji prawa, źródła jego autorytetu i podstawy obowiązywania, wyznaczył kanon ramy instytucjonalnej i proceduralnej, co oczywiście nie przesądza o występowaniu odrębnych, szczegółowych rozwiązań. Pozytywistyczne ujęcia prawa, zwłaszcza te, które zwracają uwagę na pozycję suwerena jako jedynego podmiotu uprawnionego do decydowania o kształcie prawa, odbijają się wyraźnie na stronie instytucjonalnej tworzenia prawa, przesądzając równocześnie o politycznym charakterze tego aktu. Podstawowe znaczenie dla organizacji procesu tworzenia prawa ma jego wkomponowanie w rozwiązania ustrojowe i przyjętą konstrukcję sprawowania władzy politycznej. W konsekwencji tworzenie prawa jest w znacznym stopniu uzależnione od form sprawowania władzy. Trafnie charakteryzuje tę

zależność Sławomira Wronkowska, pisząc: „Ów proces ma charakter polityczny w tym sensie, że decyzje o celach regulacji prawnych, ustanowieniu norm, ich treści i czasie ich wprowadzenia w życie podejmują instytucje sprawujące władzę” (Wronkowska 2009, 111).

Organizacja procesu tworzenia prawa jest zagadnieniem złożonym, zwłaszcza jeśli rozpatrujemy go w wymiarze współczesnego państwa demokratycznego i przyjętych rozwiązań ustrojowych. W literaturze podkreśla się, że „Współczesny proces prawodawczy jest przy tym wysoce zorganizowany i składa się z wielu następujących po sobie sekwencyjnie czynności wykonywanych przez różne instytucje. Instytucje biorące w nim udział oraz reguły ich funkcjonowania są wyznaczane przez obowiązujące normy prawne i składają się na bardzo skomplikowaną procedurę prawodawczą” (Wronkowska 2009, 111).

W dyskutowanym paradygmacie przesądzające jest nie to, że mamy do czynienia z „organizacją tworzenia prawa”, bo każde działanie wymaga jakiejś formy zorganizowania, ale to, jaką rolę przypisujemy jego poszczególnym elementom. Badania w tym zakresie sprowadzają się do charakterystyki strony instytucjonalnej, która obejmuje różne zagadnienia: układu instytucji z określonymi kompetencjami, struktury wewnętrznej instytucji i reguł działania, a także instytucjonalnie podporządkowanych etapów procesu prawotwórczego. W niektórych ujęciach badania obejmują postulaty zmian w sferze instytucjonalnej. Drugi obszerny zakres badań dotyczy procedury tworzenia prawa. Szczególną cechą procedur jest ich ranga i status, a także ukierunkowanie w zależności od tego, do których źródeł prawa/aktów prawnych przyjęte rozwiązania się odnoszą. Dotyczy to przede wszystkim aktów prawnych powszechnie obowiązujących, ale w pewnym stopniu może być odniesione również do aktów wewnętrznych².

Koncepcja tworzenia prawa w ramach pozytywistycznej wizji prawa, a zwłaszcza koncepcji prawa autonomicznego względem innych systemów normatywnych, ma „teoretyczne wsparcie” w postaci racjonalnego modelu tworzenia prawa. Jego podstawą jest założenie o działaniu celowo-racjonalnym, którego wyznacznikiem jest wiedza zarówno o określonym stanie rzeczywistości, zależnościach przyczynowo-skutkowych między zjawiskami oraz kryteriach wyboru możliwych rozwiązań. Podstawowe kryterium racjonalności jest wyrażone w stwierdzeniu: „Prawodawca jest prawodawcą racjonalnym, jeżeli doбира właściwe środki dla założonego celu ze względu na wiedzę, jaką dysponuje, i preferencje, jakie przyjmuje” (Wróblewski 1985, 130). W konstrukcji modelu racjonalność przejawia się w działaniach, które dają się wyodrębnić i stanowią

² Te zagadnienia szeroko omawiam w monografii, która stanowiła pierwszą część opracowania wyników badań realizowanego projektu (Biernat 2016a). Istotnym punktem w tej charakterystyce jest zwrócenie uwagi, że kwestie organizacji tworzenia prawa są zróżnicowane w zależności od typu źródeł prawa w znaczeniu formalnym. Konstytucja RP dokonała uporządkowania źródeł prawa: wprowadza zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego i otwarty system źródeł prawa wewnętrznie obowiązującego.

podstawę wydzielenia etapów procesu prawotwórczego. Są to następujące etapy: określenie i sprecyzowanie celu, ustalenie prawidłowości wiążących wyznaczony cel z możliwymi do użycia środkami, wybór grupy środków prawnych potencjalnie użytecznych, wybór określonego środka oraz ustanowienie przepisów (Wróblewski 1985). Przedstawiony (w dużym uproszczeniu) model racjonalnego tworzenia prawa stał się kanwą obszernej dyskusji naukowej, w wyniku której powstało wiele propozycji jego uzupełnienia lub modyfikacji (Cyrul 2012).

Charakteryzując model racjonalnego tworzenia prawa, należy zwrócić uwagę na przypisanie mu walorów normatywnych. Powinność tworzenia prawa zgodnie z tym modelem jest bardzo silnie wkomponowana w pozytywistyczną wizję prawa pragmatycznym, celowo-racjonalnym działaniem związanym z kreowaniem aktów normatywnych. Kwestia poruszana wyżej jest istotna, ponieważ łączy się z problemem wytypowania optymalnego modelu tworzenia prawa wraz ze sformalizowanymi dyrektywami.

Główny nurt krytyki racjonalnego modelu tworzenia prawa dotyczy przyjmowanego założenia racjonalności działania instrumentalnego, które jest wiązane z wizją funkcjonowania społeczeństwa i możliwościami ustalenia, na podstawie zależności przyczynowo-skutkowych, występowania prawidłowości uzasadniających podejmowane działania. W rzeczywistości występowanie takich prawidłowości, mających charakter obiektywny, o szerokim zakresie generalizacji, mocno uzasadnionych, jest bardzo trudne do ustalenia. „Stwierdzenie to – jak pisze Lech Morawski – wspiera dodatkowo fakt, iż jeśli nawet udaje nam się odkryć jakieś prawidłowości społeczne, to zwykle odnoszą się one do ludzkich zachowań, a tym samym zależą od ludzkiej woli i w związku z tym nigdy nie możemy wykluczyć tego, że z całkowicie nieprzewidzianych powodów ludzie przestaną się zachowywać tak, jak mówią te prawidłowości” (Morawski 2010, 587). Nie jest to jedyny problem, na który zwraca się uwagę w krytyce racjonalnego modelu tworzenia prawa. Podkreśla się między innymi kwestię ograniczeń możliwości precyzyjnego określenia celu, złożoności celów realizowanych aktywnością prawotwórczą czy kryteriów racjonalności. W najdalej idącej krytyce odrzuca się racjonalność prawodawcy. „Racjonalny ustawodawca jest jedynie idealistycznym założeniem, które ciągle odgrywa istotną rolę w interpretacji prawnej w państwach z dominującą ideologią związanej decyzji sędziowskiej, ale jego funkcja w opisie rzeczywistego modelu tworzenia prawa w Polsce ma co najwyżej charakter maskujący” (Staśkiewicz 2010, 199).

W odniesieniu do koncepcji uznających immanentny związek prawa pozytywnego z prawem naturalnym stosunkowo niewiele uwagi zajmują kwestie teoretyczne tworzenia prawa, które można zakwalifikować jako charakterystyczne dla tego typu ujęcia prawa. Ustrojowe formy decydują o organizacji procesu prawotwórczego, a prawo pozytywne ma być poprawnie wydedukowane z prawa naturalnego. W jaki sposób dochodzi się do tego poprawnego wydedukowania, to problem odrębny. Można jedynie wskazać na rolę instytucji pełniących rolę

autorytetów moralnych lub reprezentujących opcję szczególnej pozycji prawa naturalnego w ładzie normatywnym (np. przez związki z religią, przez tradycyjnie ujmowane wartości). Trudno też w tym wypadku mówić o dedykowanym modelu normatywnym tworzenia prawa zgodnie z prawem naturalnym.

W pewnym stopniu o oryginalnym ujęciu tworzenia prawa i propozycji badania procesu tworzenia prawa w koncepcji prawa natury możemy mówić w odniesieniu do doktryny Johna Finnisa. Punktem wyjścia jest funkcjonowanie instytucji tworzących prawo. „Finnis zauważa, że opisowe nauki społeczne mają za swój przedmiot: instytucje ludzkie, które składają się z ludzkich działań, praktyki, nawyków, dyspozycji i dyskursu. Obiektów tego rodzaju nie można zrozumieć bez zrozumienia ich praktycznego punktu lub podstawowego celu działania, z punktu widzenia zainteresowanych osób działających w ramach konkretnej instytucji. Praktyczny punkt instytucji to jej cel, wartość, znaczenie wypracowane przez osoby zaangażowane w działania, praktyki i dyskurs tworzący tę instytucję. Każdy, kto próbuje sformułować adekwatną naukową teorię instytucji ludzkiej, musi zatem przyjąć wewnętrzny punkt widzenia kogoś zainteresowanego działaniem w ramach tej instytucji i korzystając z tego wewnętrznego punktu, określić praktyczny punkt tej instytucji” (Kelley 2009, 122). Takie podejście wyznacza określony sposób badania, a proponowana metodologia pozwala zidentyfikować wiele różnych odpowiedzi na podstawowe pytanie dotyczące punktu praktycznego. W jaki sposób teoretyk z zakresu nauk społecznych ma wybrać, spośród konkurujących odpowiedzi, odpowiedź właściwą na podstawowe pytanie? Charakteryzując tę kwestię, Kelley pisze: „Finnis proponuje dwa metodologiczne rozwiązania tego problemu. Po pierwsze, należy zidentyfikować, na czym ogniskują się sprawy instytucji; co jest najwyraźniej i w sposób oczywisty tym centralnym X. Po drugie, należy przyjąć wewnętrzny punkt widzenia zdroworozsądkowej osoby interesującej się działaniem w ramach instytucji, a wykorzystując podstawowe zasady praktycznego rozumowania przetestować proponowane odpowiedzi na podstawowe pytania teoretyczne. Jeśli dokona się identyfikacji tego praktycznego punktu i podstawowego celu instytucji, to następnym niezbędnym krokiem w analizie jest pytanie oceniające, czy instytucja postępuje dobrze (właściwie), aby osiągnąć swój cel. Tak więc każda deskryptywna teoria nauk społecznych jest również, do pewnego stopnia, normatywna lub oceniająca” (Kelley 2009, 122).

Referując poglądy Finnisa na temat badania procesu tworzenia prawa, Kelly stawia zasadnicze pytanie, w jaki sposób można wykorzystać tę metodologię do opracowania teorii tworzenia prawa i badania procesu legislacyjnego. W jakim stopniu decyduje o tym wewnętrzny punkt widzenia? Odpowiadając, pisze: „Korzystając z tej metodologii, możemy z pewnym przekonaniem powiedzieć, że praktycznym punktem lub celem procesu legislacyjnego jest promowanie lub dążenie do osiągnięcia wspólnego dobra. W tym momencie jednak powstaje problem nieokreśloności znaczenia pojęcia «wspólne dobro», które jest skrajnie

sporne. Niektórzy twierdzą, że oznacza to największe szczęście największej liczby osób, określone przez utylitarną ocenę skutków przepisów. Inni powiedzieliby, że pojęcie to nie ma żadnego znaczenia, ale brzmi dobrze; jest pustym wyrażeniem używanym przez ustawodawców, aby ukryć przed ludźmi to, co naprawdę robią. Jeszcze inni powiedzieliby, że dobro wspólne jest wszystkim tym, co legislator po ostrożnej i racjonalnej deliberacji, rozważnie określa jako dobro wspólne” (Kelley 2009, 123).

Poza zwróceniem uwagi na metodologiczne aspekty zawarte w koncepcji Finnis’a warto zauważyć szerszy problem podnoszony przez Kelleya, zawarty w pytaniu: „w jaki sposób opracować naukową teorię legislacji, którą można zaakceptować jako adekwatną teorię opisową, która zapewni także możliwą do zaakceptowania podstawę do oceny, czy poszczególne przepisy są dobre i pożądane?” (Kelley 2009, 121). Pozostając w kręgu poruszanego zagadnienia, można postawić pytanie, czy podstawą jest/może być kategoria dobra wspólnego, zwłaszcza jeśli uwzględnimy normatywność dobra wspólnego. Jest to istotne z dwóch powodów. Pierwszy, jak w przypadku polskiego systemu prawnego, ma charakter szczegółowy i odnosi się do uznania dobra wspólnego za zasadę konstytucyjną, zawartą w art. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Drugim powodem jest to, na co zwraca uwagę Mikołaj Wierzbicki, że pojęcie dobra wspólnego występuje jako klauzula generalna w innych przepisach konstytucyjnych (Wierzbicki 2008, 229). Wprowadzenie takiej klauzuli generalnej jest „otwarcie się” na normatywne źródła w postaci „znaczeń nadawanych mu [pojęciu dobra wspólnego] w innych dziedzinach nauki, a także życia społecznego i politycznego” (Wierzbicki 2008, 230).

Inaczej wygląda problem tworzenia prawa i badania tworzenia prawa w takim ujęciu prawa, które zakłada związki treściowe między prawem pozytywnym a innymi sybssystemami w ładzie normatywnym, prawem natury, moralnością czy prawami podmiotowymi. Tu z całą jaskrawością ujawniają się wszystkie istotne wątki dotyczące tworzenia prawa i badania tego procesu w kontekście legitymizacji prawa. Odrzuceniu podlega „domniemanie” legitymizacji prawa, wynikające z silnego przekonania, że zasadniczo prawu „przysługuje” cecha samoistnego usprawiedliwienia. „Teoria tworzenia prawa po prostu nie jest konieczna ani dla współczesnych teorii prawa natury, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane, jeżeli zostało poprawnie wydedukowane z prawa natury, ani dla pozytywizmu prawnego, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane przez odniesienie do suwerena” (Flores 2005, 38).

Odrzucenie jednolitej formuły legitymizacyjnej i jednolitej podstawy obowiązywania prawa prowadzi do dwóch najważniejszych konstatacji. Pierwsza uwypukla fakt niezbędnych ograniczeń pozycji podmiotu tworzącego prawo w zakresie jego uprawnień – ograniczeń wprawdzie opartych na regulacjach prawnych, procedurach prawotwórczych, ale wykraczających poza nie. Te dodatkowe

ograniczenia, a raczej próba ich określenia jest związana z koncepcjami legitymizowania podejmowanych działań. Przełamanie „obowiązującego” wcześniej podejścia i próba sformułowania teorii tworzenia prawa wiąże się z postulatem wzmocnienia usprawiedliwienia tworzonego prawa i sposobu jego tworzenia, uzyskiwanego przez odniesienie do systemu zasad, przez legitymizację częściowych decyzji politycznych podejmowanych w toku procesu tworzenia prawa. „Uzasadnienie legislacji jest oparte na procedurze związanej z równoważeniem i utrzymywaniem w równowadze moralnych i politycznych ograniczeń wolności. Ze względu na racjonalny charakter legislacji wymagane jest stworzenie podstawowej struktury zasad” (Wintgens 2005, 11). Ten typ wzmocnienia jest nie tylko dopuszczalny w konstrukcji legisprudencji, ale wręcz wymagany jako istotna część procesu legitymizacji. Wynika to z następującego stwierdzenia: „Za pomocą tej struktury zewnętrzne ograniczenia mogą być usprawiedliwione. Usprawiedliwienie jest częścią procesu legitymizacji. Nie prowadzi to do zewnętrznego ograniczenia tego, co ma być ostatecznie usprawiedliwione” (Wintgens 2005, 11). Uznając wolność jednostki za nadrzędną wartość, ale przy tym konieczność usprawiedliwienia wszelkich form zewnętrznego ograniczenia wolności, w tym również przez prawo, dochodzimy do stanowiska, że podstawą legisprudencji jest obowiązek usprawiedliwienia i uzasadnienia podejmowanych działań. W tym sensie legisprudencja jest definiowana jako racjonalna teoria legislacji, a sama legislacja jako satysfakcjonująca (Wintgens 2012, 283). Struktura uzasadnienia i usprawiedliwienia jest oparta na czterech zasadach: zasadzie alternatywności, zasadzie normatywnej spoistości, zasadzie temporalności oraz zasadzie koherencji³.

Generalnie możemy powiedzieć, że problemem jest redukcja napięcia i niedogodności wynikającej z przyjmowanych w ramach paradygmatu konstrukcji organizacji procesu tworzenia prawa (w wymiarze podmiotowym i proceduralnym) a instrumentalizacją tworzenia prawa w znaczeniu jego „upolitycznienia”. W pierwszym ujęciu, pozytywistycznym, problem upolitycznienia praktycznie nie istnieje, a próby jego ograniczenia, jeśli przybiera szczególnie wyrazistą formę nadmiernej, ideologicznie motywowanej instrumentalizacji prawa, powinny być rozwiązywane przez wmontowane w organizację i procedury tworzenia prawa mechanizmy (np. kontroli konstytucyjnej). W ujęciu prawa, które zakłada związki treściowe między prawem pozytywnym a innymi sybssystemami w ładzie normatywnym, problem „upolitycznienia” jest dostrzegany, a próby jego ograniczenia są przedmiotem szczegółowych analiz. Ograniczenie upolitycznienia, skorelowane z legitymizacją procesu prawotwórczego, jest podstawą podejmowanych prób udzielenia odpowiedzi na pytanie, jak tworzyć prawo, którego normy będą treściowo związane z podstawowymi

³ Szerzej zagadnienie to omawiam w częściowym opracowaniu przygotowanym w ramach realizowanego programu badawczego (Biernat 2017a).

normami moralnymi, z podstawowymi uprawnieniami podmiotowymi. W modelowych rozwiązaniach wskazuje się dwie łączące się możliwości. Pierwsza polega na włączeniu w ten tryb jak największej liczby podmiotów społecznych, a druga na maksymalnym poszerzeniu pola dyskursu legislacyjnego. Jest to widoczne w dyskursywnym modelu tworzenia prawa.

Uznanie dyskursywnego modelu tworzenia prawa za dominujący, silnie skorelowany z państwem demokratycznym jest uzasadniane przyznaniem mu określonych walorów i pokładanych w nim nadziei na optymalizację procesu prawotwórczego. Ponadto jest związane z waloryzacją racjonalności komunikacyjnej. Krytyka racjonalności instrumentalnej doprowadziła do upowszechnienia jednej z najważniejszych alternatywnych wizji, racjonalności komunikacyjnej, i jej zastosowania do wyznaczenia koncepcji procesu prawotwórczego. Komunikacyjna racjonalność wynika z konsensusu wszystkich podmiotów społecznych zaangażowanych w proces tworzenia prawa, a konsensus jest pochodną dyskursu. Istotą jest postulowanie i uznanie sposobu podejmowania decyzji prawotwórczych. W modelu dyskursywnym tworzenia prawa istotną rolę odgrywa formułowanie dyrektyw dla prowadzonego dyskursu, będącego podstawą decyzji prawotwórczych.

Podsumowanie

W paradygmacie prawa w porządku normatywnym zawarty jest pozytywistyczny wzorzec tworzenia prawa w postaci ramy instytucjonalnej i procedur. Jest w niego również wkomponowane podejście, wynikające z przypisanej prawu szczególnej pozycji w porządku normatywnym, które zakłada, że prawo jest najlepszym instrumentem kształtowania relacji społecznych, rozwiązywania konfliktów i problemów. Inaczej mówiąc, w takim ujęciu prawo napotyka, czy raczej zderza się z problemami społecznymi wymagającymi rozwiązania. Często są to problemy, które „wygenerowało prawo”, i nie chodzi tu tylko o to, że wprowadza się regulacje prawne dysfunkcjonalne z punktu widzenia funkcjonowania systemu prawa. Takie ujęcie jest symptomatyczne, gdy na tworzenie prawa spojrzymy od strony podejmowanych decyzji. Jest to proces decyzyjny, ale w omawianym schemacie pola decyzyjne są odgórnie ustalone, podzielone, bez możliwości transferu przesłanek decyzyjnych i ich ewaluacji. Podział dyrektyw odzwierciedlających odmienny charakter poszczególnych działań prawotwórczych jest wyrazem takiego wyznaczenia pól decyzji. Często jednak wytyczne dotyczące podejmowanych decyzji są ogólne, a ich stosowanie nieweryfikowalne.

Część II

Paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej

Wprowadzenie

W uwagach wprowadzających do części pierwszej wskazywałem, że używanie pojęcia paradygmatu odzwierciedla różne sposoby ujęcia prawa, a ponadto że różnice wynikają z odmiennego podejścia do usytuowania prawa w sferze normatywnej. W charakteryzowanym wcześniej paradygmacie „wiodącą” kwestią było określenie systemowych relacji między prawem a wartościami i moralnością. To podejście było i jest głęboko osadzone w stanowiskach filozoficznych, filozoficzno-prawnych. W konsekwencji prowadziło do formułowania różnych koncepcji prawa, które nie stanowiły przedmiotu mojej analizy – przedstawione stanowiska jedynie ilustrowały istotę dominującego paradygmatu, a także silnie w nim osadzonego podejścia do analizy procesu prawotwórczego.

Nie negując zasadności tak określonego i ugruntowanego podejścia, należy postawić pytanie, czy jest ono współcześnie wystarczająco użyteczne do wyjaśniania szczegółowych kwestii, między innymi związanych z tworzeniem prawa. To pytanie wydaje się uzasadnione, jeśli na sferę normatywną spojrzymy przez pryzmat jej dynamiki. Nie chodzi w tym przypadku o poszukiwanie jakiejś zasadniczej zmiany, jak ta, którą było odrzucenie klasycznej wizji świata, która – jak pisze Bartosz Brożek – „nie dawała podstaw do tego, by normatywność uznać za coś zagadkowego. Zagadka normatywności pojawiła się dopiero w czasach nowożytnych, na gruzach klasycznej wizji świata. [...] Ta spójna, klasyczna wizja świata została odrzucona ostatecznie w wiekach XVI i XVII. Kryzys, do którego wówczas doszło, miał wielorakie przyczyny” (Brożek 2013, 21, 28). Nie jest to nawet poszukiwanie wyraźnie alternatywnego ujęcia postrzegania prawa w sferze normatywności, ale raczej stanowiska uzupełniającego, które pozwala dostrzec zachodzące zmiany w otoczeniu normatywnym. Dynamika dotyczy treści, formy i możliwości upowszechnienia tych elementów, które należą do sfery normatywnej, przede wszystkim wartości i norm, a zakres i ranga przeobrażenia wynika z synergicznego efektu poszczególnych zmian. W propozycji nowego podejścia dynamika sfery normatywnej, ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami, ma podstawowe znaczenie. Na przyjmowanym poziomie analizy nie podejmuję rozważań najważniejszych zagadnień filozoficzno-prawnych z tym związanych, poza odwołaniem się do stanowisk i rozstrzygnięć, które są bezpośrednio związane z doprecyzowaniem znaczenia proponowanego pojęcia przestrzeni normatywnej.

W charakterystyce proponowanego ujęcia prawa w przestrzeni normatywnej, określanego jako paradygmat, koncentruję się na tych punktach, które mają

zasadnicze znaczenie dla określenia potencjalnych i realnych możliwości wpływu przestrzeni normatywnej na proces prawotwórczy, a przede wszystkim na podejście do jego analizy i sposobu badania tworzenia prawa. Jest to podporządkowane głównemu pytaniu dotyczącemu normatywnych źródeł prawa i ich wpływu na tworzenie prawa (generalnie na prawo), postawionemu w realizowanym projekcie badawczym i w niniejszych rozważaniach. Proponowane ujęcie i jego konstrukcja są równocześnie próbą weryfikacji tezy o potencjalnym i specyficznym wpływie normatywnych źródeł na tworzenie i funkcjonowanie prawa w świecie współczesnym. Wymaga to przyjęcia określonych metod badawczych. Przy zachowaniu pewnego reżimu metodologicznego istnieje potencjalna możliwość potwierdzenia tej tezy, a pośrednio także wskazania, przynajmniej częściowo, adekwatności proponowanego paradygmatu.

Wpływ na konstrukcję proponowanego paradygmatu ma niekwestionowane zjawisko dynamiki społecznej, które jest jednocześnie przesłanką przemawiającą na jego rzecz. To zagadnienie syntetycznie przedstawiłem w pierwszym punkcie rozważań. Drugą, ważniejszą przesłanką, wiążącą się również z dynamiką społeczną, jest dynamika sfery normatywnej. Przemiany w sferze normatywnej, charakterystyczne dla społeczeństwa postmodernistycznego, mają podstawowe znaczenie. Ich przedstawienie, ograniczone do najważniejszych obszarów, jest zawarte w punkcie drugim bieżącej części. W punkcie trzecim, w którym podejmowana jest próba charakterystyki przestrzeni normatywnej, poza zagadnieniami wprowadzającymi, nawiązującymi do kręgu dyskusji na temat normatywności, przedstawiona zostanie analiza zjawisk i pojęć niezbędnych do scharakteryzowania przestrzeni normatywnej. Ostatni, czwarty punkt dotyczy problemu statusu prawa w przestrzeni normatywnej, a także związane go z tym zagadnienia legitymizacji prawa.

1. Dynamika społeczna z perspektywy ponowoczesności

Dynamika społeczna jest czymś oczywistym; z biegiem czasu zmienia się otaczająca rzeczywistość, w tym też społeczna. O takiej przemianie w czasie pisał Marek Aureliusz: „Czas jest jakby rzeką wypadków i strumieniem gwałtownym. Wszystko bowiem, zaledwie się okazało, już zostało porwane, już co innego się okazuje, a co innego zniknie” (Aureliusz 1958, 41). Generalnie przyjmuje się, że zmiana może przebiegać w sposób ewolucyjny lub rewolucyjny. Niezależnie od formy zmiany występować mogą, przynajmniej niekiedy, takie okoliczności, które powodują nie tylko przekształcenie określonych zjawisk, ale również ich zaistnienie w nowej konfiguracji i nowych formach. Fenomen dynamiki i złożoności współczesnego systemu społecznego jest opisywany w następujący sposób: „Nie ma żadnych wątpliwości, że jesteśmy świadkami coraz większej złożoności

sfery społecznej. Możemy się nie zgadzać co do niektórych szczegółów procesów społecznych zachodzących obecnie, ale ogólny zarys nie jest kontrowersyjny – w zasadzie wszystkie społeczeństwa stają się coraz bardziej złożone w miarę upływu czasu. Patrząc z perspektywy historycznej i empirycznej, przejście od prostych społeczeństw, instytucji i interakcji do złożonych, bardziej wyrafinowanych wydaje się być nieodwracalne i nieuniknione” (Gizbert-Studnicki i Klinowski 2009, 6).

Próby bliższej charakterystyki zjawiska dynamiki społecznej połączone są z próbami jakiegoś intelektualnego opanowania tego procesu, jego uporządkowania, osadzenia w szerszej perspektywie historycznej, a także określenia jedną zbiorczą nazwą, podkreślającą odrębność i specyfikę danego okresu, charakteryzującego się unikatowymi cechami. Nie inaczej jest w odniesieniu do współczesnego etapu rozwoju społecznego. Problem jego ogólnej charakterystyki, wskazania wyróżniających cech i próba ogólnego określenia jest przedmiotem dociekań prowadzonych na różnych polach, w ramach różnych dyscyplin naukowych, a poszukiwanie analogii, zapożyczenia są efektem tych wielopłaszczyznowych analiz. Formułą obecnie przyjmowaną jest próba takiego określenia współczesności, która opiera się na skonstrastowaniu jej cech i ogólnego określenia z okresem wcześniejszym, bezpośrednio poprzedzającym. Przyjmuje to postać charakterystyki współczesnego etapu rozwoju społeczeństwa jako postmodernistycznego.

Kwestia syntetycznego określenia współczesnego etapu rozwoju społeczeństwa jako postmodernistycznego i przedstawienia jego istotnych cech musi uwzględniać różne znaczenie terminów: modernizm i postmodernizm. Wskazuje się, że terminy te odnoszą się do dwóch różnych zjawisk: „Po pierwsze, oznaczają one dwie różne postawy teoretyczne czy też prądy umysłowe. Po drugie, odnoszą się do dwóch różnych etapów w rozwoju współczesnych społeczeństw (w tym kontekście mówi się często o ewolucji współczesnych systemów społecznych od etapu społeczeństw industrialnych do etapu społeczeństw postindustrialnych)” (Morawski 2000, 19).

Chociaż związki między dominującymi postawami teoretycznymi a charakterystyką występujących zjawisk społecznych wydają się istotne, uwagę należy skierować na drugi z wyróżnionych aspektów: cechy postmodernistycznego systemu społecznego. Ich identyfikacja jest silnie ukierunkowana na szukanie analogii do zaobserwowanych i opisanych cech typowych dla różnych obszarów, np. rozwiązań architektonicznych. Poszukiwanie charakterystycznych cech postmodernizmu, zjawiska występującego pod wieloma postaciami, jeśli nie jest skazane na porażkę, to przynajmniej prowadzi do wielu możliwych sposobów jego rozumienia. Mimo to pojęcie postmodernizmu używane do charakterystyki współczesnego etapu rozwoju społeczeństwa wydaje się przydatne i jest do obrony przed powierzchownym zarzutem ulegania modzie. Broni się przede wszystkim w taki sposób, że przez skonstrastowanie z używanym dla charakterystyki etapu

rozwoju społeczeństwa nowożytnego pojęciem modernizmu wskazuje nie tylko na podstawowy zakres zmian, ale także na występowanie unikatowych zjawisk towarzyszących. Określenie „postmodernizm” traktuję równoważnie z pojęciem „ponowoczesność”. Jak pisał Zygmunt Bauman: „*Po* w słowie *ponowoczesny* nie ma znaczenia chronologicznego: nie oznacza usunięcia i zastąpienia nowoczesności, nie sugeruje, że *ponowoczesność* przyszła na świat w momencie zgonu *nowoczesności*, a nawet nie suponuje, że nie można już trzymać się nowoczesnej perspektywy z chwilą, gdy obok pojawi się *ponowoczesna*. *Po* implikuje co najwyżej przekonanie (lub choćby tylko podejrzenie), że długotrwałe i rzetelne starania nowoczesne były nierozważne i skazane na niepowodzenie, że opierały się na nieporozumieniu i musiały prędzej czy później wyczerpać się nie spełniwszy zadania, jakie sobie stawiały; implikuje innymi słowy, że to nowoczesność sama z konieczności ujawni, jeśli nawet jeszcze tego nie uczyniła, próżność swych nadziei i marnotrawstwo zachodów” (Bauman 1996, 17).

Postmodernizm, jeśli nawet nie kwestionuje tego, co legło u podstaw budowy nowożytnego społeczeństwa i formy jego organizacji politycznej w postaci państwa, to stawia zasadnicze pytanie o konsekwencje realizowanego projektu. Projektu opartego na ściśle określonym fundamencie i przekonaniu o porządkującej funkcji najwyższych wartości. „Zjawisko to określane jest także m.in. jako: stan kultury współczesnej i współczesnego społeczeństwa, nacechowany wielopłaszczyznową fragmentarycznością i różnorodnością stylów funkcjonowania; jako krytyczny, ironiczny namysł nad współczesną sytuacją kultury i społeczeństw zachodnich; jako radykalna negacja Oświecenia, krytyczna reakcja na to, co nazywane jest «intelektualną i kulturową formacją kartezjańską», oraz na, związany z nią, sposób rozumienia kultury, filozofii i nauki; jako «nowa forma świadomości i nowy sposób myślenia człowieka», nowy sposób «widzenia świata»; jako «złożony ruch intelektualno-społeczno-polityczny i w konsekwencji nowa forma życia, zrodzona m.in. z krytycznego namysłu nad dotychczasowym rozwojem kultury europejskiej»; jako swoisty program «stymulowania społeczno-politycznych zachowań jednostek i społeczeństw», a zarazem pakiet «praktycznych założeń, jak żyć i zachowywać się w przyszłości, by być szczęśliwym i wolnym»” (Zieliński 2001, 22).

W charakterystyce społeczeństwa postmodernistycznego zasadniczym elementem jest kulturowa i funkcjonalna dyferencjacja systemów społecznych. Przejawia się to w dwóch aspektach: stopnia organizacji współczesnych społeczeństw, powstawania organizacji i grup, poprzez które jednostki artykułują swoje interesy, oraz autonomii podsystemów i organizacji, które stają się niezależne od agend państwowych. Procesom funkcjonalnej dyferencjacji społeczeństw towarzyszą procesy społecznej, kulturowej i etnicznej dyferencjacji. Procesom tym towarzyszy dyferencjacja systemów wartości (Morawski 2000, 28–30). Szczególną cechą funkcjonowania społeczeństwa postmodernistycznego jest to, że skutki naszych działań i decyzji są w coraz mniejszym stopniu przewidywalne

i kalkulowalne. „Postęp procesów funkcjonalnej dyferencjacji, a co za tym idzie, wzrost złożoności struktur społecznych, stale pogłębia stopień niekalkulowalności i nieprzewidywalności naszych decyzji w sprawach społecznych. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że państwo nie ma już absolutnego monopolu decyzyjnego w ważnych sprawach społecznych i – jak wspominaliśmy – oprócz polityki państwa pojawiają się niezależne subpolityki poszczególnych podsystemów i korporacji” (Morawski 2000, 34).

W innym zakresie charakterystyki cech współczesnego społeczeństwa, systemu społecznego, poszukuje się w przeciwstawieniu do modernizmu, głównie w refleksji nad ograniczeniami nowoczesności. Z najważniejszych cech, poza tymi, które są charakterystyczne dla ponowoczesnej mentalności, wskazuje się na pluralizm społeczny, aksjologiczny i epistemologiczny. Cechy, które są wyprowadzane z radykalnego pluralizmu ponowoczesnego, charakteryzuje się następująco: „Mimo, iż w swych formach pierwotnych pluralizm sięga starożytności, to jednak w ponowoczesnym wydaniu stanowi on zdecydowane *novum*. Po pierwsze, dlatego, że stał się on teraz «dominujący i obligatoryjny» – w przeciwieństwie do swych wcześniejszych form, obowiązuje w całym spektrum kultury. Po drugie, dlatego, że jest bardziej niż dotąd radykalny i że jako taki, «nie może być już przechwycony ani prześcignięty przez motywy przeciwne», lecz musi konsekwentnie stawiać się «strukturą podstawową». Ów radykalny, postmodernistyczny pluralizm – w stosunku do wszelkich wcześniejszych odmian pluralizmu – wyróżnia to, że nie stanowi on «jedynie wewnętrznego zjawiska w obrębie całościowego horyzontu», ale dotyczy każdego możliwego horyzontu. Wielość przestaje być tylko jedną z kategorii abstrakcyjnych spekulacji – staje się powszechną zasadą określającą pełnię ponowoczesnej rzeczywistości” (Zieliński 2001, 73, 74). W nawiązaniu do tak ujmowanego radykalnego pluralizmu pluralizm społeczny określa się przez fragmentaryzację społeczeństwa, obejmującego luźne, mniejsze lub większe grupy przenikające się wzajemnie, postrzegające w sposób izolowany własne problemy, bez odnoszenia ich do wspólnego centrum. Pluralizm aksjologiczny narusza poczucie istnienia obiektywnej hierarchii wartości, odrzuca wielkie narracje uprawomocniające dotychczasowe systemy aksjologiczne, uznaje aksjologiczną równowagę, broni jednak wolności jako wartości absolutnej. Pluralizm epistemologiczny oznacza koegzystencję różnych poglądów, często przeciwstawnych, a nawet sprzecznych. Odrzucony zostaje rygorystyczny racjonalizm i scjentyzm, a ich miejsce zajmuje wielość konkurujących paradygmatów (Zieliński 2001, 73, 82). Wyróżnione cechy silnie korespondują z problemem, na którym oparta jest jedna z głównych tez tej pracy, a mianowicie dynamiki sfery normatywnej i jej ukształtowania w społeczeństwie postmodernistycznym.

2. Dynamika sfery normatywnej w społeczeństwie ponowoczesnym. Najważniejsze obszary

Dynamika sfery normatywnej jest wpisana w typ społeczeństwa postmodernistycznego. W charakterystyce tej zmiany zwracam uwagę na trzy najważniejsze obszary: wartości, prawa podmiotowe i samo prawo. Zmiany dokonujące się w tych obszarach są tak znaczące, że usprawiedliwiają reorientację podejścia do badania zjawisk prawnych, a mówiąc bardziej precyzyjnie, usprawiedliwiają poszukiwanie odmiennej perspektywy badawczej. Są również dobrym punktem wyjścia do charakterystyki zjawiska, które proponuję określić jako pojęcie przeszczeni normatywnej. Przybliżenie kwestii pluralizmu wartości jest punktem wyjścia w charakterystyce dynamiki sfery normatywnej w okresie ponowoczesnym.

Funkcjonalnej i społecznej dyferencjacji towarzyszy dyferencjacja systemów wartości. To zjawisko ma, jak się przyjmuje, fundamentalne znaczenie dla zakwestionowania idei podejścia systemowego, postawienia znaku zapytania przed tradycyjnie rozumianym porządkiem społecznym, ze wszystkimi możliwymi konsekwencjami. „W tej sytuacji poszukiwanie jedności aksjologicznej systemu prawa na podstawie wspólnej etyki czy religii staje się problematyczne. Koniecznym następstwem funkcjonalnej i społecznej dyferencjacji jest bowiem kryzys idei uniwersalnego porządku społecznego, to jest porządku, który opierałby się na jednej i wspólnej dla wszystkich moralności oraz wspólnym systemie wartości” (Morawski 2000, 30).

2.1. Pluralizm wartości. Moralność – etyka

Pluralizm wartości jest podkreślaną cechą społeczeństwa postmodernistycznego, a zjawisko to jest nie tylko pochodną charakteryzowanej wyżej dyferencjacji społecznej i kulturowej, ale też ma zasadnicze znaczenie zarówno dla formułowania teorii etycznych, jak i dokonywania ustaleń w szeroko rozumianych naukach społecznych, w tym koncepcji filozoficzno- i teoretycznoprawnych. Jest pierwszym przybliżeniem i rodzajem wprowadzenia do odmiennej wizji sfery normatywnej. W analizach tego zjawiska dwa momenty są istotne. Pierwszy jest przesłanką do podejmowanych prób opisu i charakterystyki świata pluralistycznych wartości. Drugi związany jest z próbami wyjaśnienia tego zjawiska, ujęcia go w wymiarze teoretycznym, zawierającym i propozycje uporządkowania problemu, i wyjaśnienia występujących zależności.

W wymiarze teoretycznym istota pluralizmu wartości sprowadza się do sposobu ujęcia problematyki wartości przez skonstrastowanie go z innymi opcjami. „Pluralizm jest niejako pośrednim stanowiskiem na mapie teorii etycznych, dyktansującym się zarówno od monizmu, jak i od relatywizmu, i proponującym uniikatowy, odmienny do obu powyższych punktów widzenia opis życia etycznego.

Koncepcje monistyczne zakładają istnienie jednego możliwego do przyjęcia systemu wartości; rozmaite odmiany etycznego subiektywizmu czy relatywizmu przyjmują, iż wszystkie wartości są wyrazem preferencji czy też konwencji. Na gruncie pluralizmu fundamentalne ludzkie wartości są obiektywne i poznawalne, ale jest ich wiele. Owa wielość nie poddaje się ani redukcji, ani pełnemu hierarchicznemu uporządkowaniu, które byłoby uniwersalnie prawomocne. Niekiedy nie sposób łączyć z sobą pewnych wartości; niektóre spośród nich bywają niewspółmierne. Nie istnieje jednak żaden ostateczny standard, który pozwoliłby na racjonalne rozstrzyganie kolizji między nimi. Wobec możliwości wystąpienia konfliktów, których uniknąć niepodobna, idea perfekcji sama w sobie jawi się jako wewnętrznie sprzeczna, osiągnięcie zaś pełnej harmonii znajduje się poza zasięgiem ludzkich możliwości. Ranga tego kierunku refleksji etycznej, mającego bezpośrednie odniesienie do szeregu innych dyscyplin, jest nie do przecenienia” (Polanowska-Sygulska 2008, 26). W tym obszernym cytacie, a szczególnie w jego ostatnim zdaniu, znajduje się klucz do charakterystyki ważnego, a może najważniejszego aspektu dynamiki sfery normatywnej w społeczeństwie postmodernistycznym. Jeśli bowiem przyjmujemy, że w wartościach znajduje się „potencjał normatywny”, to pluralizm wartości prowadzi do pluralizmu normatywnego, asystemowego i ahierarchicznego. Jest to problem dostrzegany w literaturze, charakteryzowany następująco: „W czasach nowoczesnych prawnik, który utracił kontakt z systemem norm prawnych, stanowionych przez zewnętrzne wobec niego autorytety, mógł jednak liczyć na odnalezienie swego «archimedejskiego punktu podparcia» w świecie «obiektywnych», czyli powszechnie podzielanych wartości. Ale tamte czasy bezpowrotnie się skończyły. W społeczeństwie postindustrialnym wypączkowało mnóstwo konkurencyjnych wobec siebie centrów aksjologicznych. Postmodernizm przekonująco odebrał im wszystkim prawo do roszczenia o uniwersalność. To sprawia, że działamy w sytuacji nieznanej klasykom jurysprudencji. Ich pomysły teoretyczne nie na wiele się nam zdadzą. Wyrok, jako akt *jurisgenesis* w czasach Holmesa, mógł być instrumentalnie podporządkowany uniwersalnym wartościom. Ale dziś, wobec braku uniwersalnego układu odniesienia, ten sam akt przez wielu bywa traktowany już tylko jako wyraz arbitralnej władzy sędziego” (Kozak 2007, 73).

2.2. Zmiany w sferze praw podmiotowych

Silnie łączące się z omawianym wyżej zjawiskiem pluralizmu wartości są zmiany w sferze praw podmiotowych. Idea praw człowieka traktowanych jako niezbywalne prawa podmiotowe wyrasta z koncepcji prawa natury. Jej przekształcenie w XVII wieku spowodowało, że treść praw człowieka stała się silnie uzależniona od stanowisk filozoficznych. W tych koncepcjach, o których można powiedzieć, że stały się dominującymi, prawa człowieka były traktowane jako

uniwersalna podstawa porządku prawnego państwa. W nich została zakodowana wizja praw człowieka, wyznaczająca ich ewolucję. W literaturze odnajdujemy różne typologie kolejnych stadiów ewolucji praw człowieka, z których trzy wydają się najważniejsze: idealizacja, konceptualizacja i normatywizacja. Są one charakteryzowane w sposób następujący. Idealizacja obejmuje proces formowania się idei praw człowieka. Jest to stopniowe dojrzewanie idei, że człowiek ze względu na swoją naturę posiada prawa, które należy chronić. Konceptualizacja jest etapem dość płynnie wyłaniającym się z etapu idealizacji. Bardzo trudno jest wyznaczyć pomiędzy nimi wyraźną granicę. W stadium konceptualizacji idea praw człowieka otrzymuje bardziej uporządkowany, logiczny, usystematyzowany charakter. Ze zbioru spontanicznych deklaracji czy uczuć moralnych wyłania się pewien racjonalnie ukonstytuowany system twierdzeń normatywnych. Pozytywizacja jako pierwszy podetap normatywizacji jest najważniejsza z punktu widzenia nauki prawa. Etap ten polega na ujmowaniu praw człowieka w jednostki redakcyjne tekstów prawnych. Innymi słowy, chodzi o objęcie skonceptualizowanych w poprzednim etapie dóbr i wartości ochroną prawną dzięki odpowiednim instytucjom i instrumentom prawnym. Jurydyzacja (inne określenie tego etapu w literaturze to „interpretacja”) jako drugi podetap normatywizacji polega na filtrowaniu przepisów wyrażających prawa człowieka przez kategorie i narzędzia świata prawników. Zakończenie procesu jurydyzacji powinno skutkować odcięciem się subświata instytucjonalnego praw człowieka od pozaprawnych idei praw człowieka. Prawnicze myślenie i kategorie mają w pełni objąć ową problematykę. W teorii ma to umożliwić podejmowanie czysto prawnych, a nie politycznych decyzji w stosowaniu praw człowieka (Łakomy 2010, 136–138).

W innym ujęciu ewolucja praw człowieka jest charakteryzowana przez wprowadzenie pojęcia ich generacji. W tej charakterystyce wskazuje się następujące po sobie okresy, w których występują dwa zjawiska: powiązane treściowo uprawnienia podmiotowe podlegają ukształtowaniu i waloryzacji w określonym czasie. W literaturze wyróżnia się kilka najważniejszych takich okresów, chociaż przyjmowane w odniesieniu do tego stanowiska nie są jednolite. Nie jest natomiast kwestionowana sprawa „przyrostu” normatywnej treści z zakresu praw człowieka. Każda następna generacja oznacza po prostu również wchłonięcie tych praw, które należą do generacji wcześniejszej, tworząc „aktualny stan praw człowieka”.

Z punktu widzenia analizy podstawowego problemu badawczego dwie kwestie mają, jak się wydaje, największe znaczenie. Pierwsza jest związana z charakteryzowanym wyżej procesem pozytywizacji praw człowieka. Zjawisko to na szeroką skalę wystąpiło w okresie po II wojnie światowej, a zainicjowanie tego procesu można wiązać z przyjęciem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Ta pierwsza próba skatalogowania uniwersalnych praw człowieka wywołała lawinę. Powstało wiele dokumentów, o różnym statusie, a więc aktów prawnych z zakresu prawa międzynarodowego publicznego, których „normatywny wymiar” nie podlega dyskusji, ale także dokumentów o rozmaitym charakterze, w tym

również *soft law*, z silnym „ładunkiem normatywnym”. Druga kwestia, która ma bardzo duże znaczenie z punktu widzenia charakterystyki przestrzeni normatywnej, to nie tylko niesłuchanie rozbudowane orzecznictwo powołanego przy Radzie Europy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale i liczne orzeczenia precedensowe w państwach, w których występuje ten typ orzeczeń, oraz orzeczenia sądownictwa konstytucyjnego. We wszystkich tych orzeczeniach jest konkretyzowana treść poszczególnych praw podmiotowych, i to ta konkretna treść wypełnia przestrzeń normatywną.

Zmiana w postaci postępującej pozytytywizacji praw człowieka, a szerzej, sformalizowanej normatywizacji praw człowieka, była skorelowana z dwoma faktami. Pierwszy dotyczył powiązania prawnych regulacji praw człowieka z kształtowaniem form organizacji politycznej społeczeństwa, przede wszystkim państwa, definiowania jego statusu w gronie wspólnoty międzynarodowej wraz z uczestnictwem w organizacjach międzynarodowych (Policastro 2002, 42–56). To w relacjach zewnętrznych. W relacjach wewnętrznych natomiast, w ramach politycznie zorganizowanej społeczności, nie tylko stwarzała rodzaj bariery ochronnej, wyznaczając, jak się powszechnie uważa, granice władzy, ale stanowiła istotny normatywny punkt odniesienia dyskursu prawnego – zarówno w obszarze stosowania prawa, co jest widoczne w odwołaniach do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i w obszarze tworzenia prawa, co jest szczególnie widoczne w orzeczeniach sądów konstytucyjnych (i przy tworzeniu wzorca konstytucyjnego, i w uzasadnieniach podejmowanych decyzji).

Drugi fakt, niezmiernie istotny dla charakterystyki funkcjonowania prawa przestrzeni normatywnej, wiąże się nie tylko z wytworzeniem określonego standardu, ale także z powstaniem szczególnej presji na uwzględnianie, respektowanie praw człowieka, niezależnie od tego, czy określone władze są do tego w sposób formalny zobligowane przez inkorporowanie do systemu prawnego aktów prawa międzynarodowego. Presja nie ma wyłącznie wymiaru politycznego, manifestującego się na różne sposoby, począwszy od nacisku ekonomicznego, a skończywszy na formach bojkotowania imprez sportowych organizowanych przez państwa naruszające prawa człowieka. Presja w innym wymiarze ma czysto normatywny aspekt. W tym normatywnym aspekcie ma charakter pozapolityczny i uniwersalny. Może być adresowana generalnie, czego przykładem jest kwestia prawnego uregulowania np. problemów migracyjnych związanych z falą uchodźców w Europie. Z przytoczonych wyżej powodów prawa człowieka stanowią jeden z najważniejszych elementów przestrzeni normatywnej, główny punkt odniesienia w jej strukturalizacji. „Prawa człowieka zmieniły zasady postrzegania prawa i sfery normatywnej, wcześniej ukształtowanej dwiema zasadami. Po pierwsze, prawo było uznawane jako obecne jedynie w oficjalnych aktach prawnych, wydanych przez usankcjonowane przez państwo podmioty. Po drugie, prawo było postrzegane jako wyłączna funkcja suwerenności państwa. Obydwie zasady uległy erozji w ostatnim czasie. W erze po II wojnie światowej powstała

międzynarodowa koncepcja praw człowieka, która ukształtowała interesariuszy prawnych, podmioty posiadające uprawnienia mogące być wykorzystane przeciwko państwu” (Berman 2009, 230).

To, co zostało wyżej powiedziane, wydaje się bezsporne, ale warto zwrócić uwagę na inny, „postmodernistyczny wymiar” omawianego problemu. Ilustruje go następujący cytat: „W literaturze rozpowszechniona jest teza, iż sam postmodernizm jest niekompatybilny z liberalną i oświeceniową ideą praw człowieka. Jak już wspomniałem, ponowoczesność jest wroga koncepcjom autonomicznego podmiotu i koncepcji uniwersalności, a przecież uniwersalność idei praw człowieka jest jednym z jej fundamentów. Należy jednak zauważyć, że istnieją nurty postmodernizmu, które nie są wrogię idei praw człowieka jako takiej, szukają jednak dla niej innego niż «fundacjonalistyczne» uzasadnienia. Jak zauważa Michał Błachut, neopragmatystyczna krytyka praw człowieka nie jest równoznaczna z hasłami ich odrzucenia. Przy takim myśleniu nie kwestionuje się wcale faktu, że każdemu człowiekowi przysługują prawa. Należy jednak porzucić roszczenia do ich uniwersalności. Zamiast tego lepiej się zastanawiać, jakie korzyści płyną dla nas dzisiaj z istnienia i funkcjonowania tej liberalnej instytucji i jak prawa człowieka ukształtować z największą korzyścią dla pokoleń przyszłych. Zmienia się również antropologiczna wizja człowieka stojącego za koncepcją praw człowieka. Nie jest to już obdarzony wolną wolą, uniwersalny obywatel świata, tylko raczej członek dyskryminowanej mniejszości, osoba wykluczona” (Łakomy 2010, 149). Pomijając kwestię porzucenia roszczenia do uniwersalności, skoncentrujmy się na funkcjonalnym aspekcie praw człowieka. Jest nim przede wszystkim dokooptowanie i dowartościowanie (waloryzacja) różnego rodzaju uprawnień podmiotowych: zarówno podmiotu (człowieka) w jego aspekcie indywidualnym, jak i w wymiarze grupowym. To dokooptowanie, albo mówiąc inaczej, wzbogacenie normatywnych treści praw człowieka, jest praktycznie Nielimitowane. Mirosław Sadowski, powołując się na Leszka Kołakowskiego, pisze, że dzisiaj trudno jest wskazać na kres roszczeń inspirowanych kategorią praw człowieka. Nie mniejszą trudność sprawia wskazanie kierunku rozwoju tej, jak dotychczas, ostatniej idei globalnej, ponieważ bardzo często służy ona do uzasadnienia zupełnie przeciwnych racji (Sadowski 2010, 14).

Idąc tym tropem, co wydaje się uzasadnione i znajduje potwierdzenie w obserwacji rzeczywistości, można sformułować mocniejszą tezę. W społeczeństwie postmodernistycznym prawa człowieka stanowią rodzaj „normatywnego wytrychu”, pozwalającego na wprowadzenie do przestrzeni normatywnej dowolnych normatywnych treści. Stanowią one współcześnie znaczący zbiór elementów przestrzeni normatywnej, o szczególnych właściwościach. Są precyzyjnie wyartykułowane, co jest wynikiem „wpisywania się” w szersze zjawisko jurydykacji praw człowieka (pozytywizacja – sformalizowana normatywizacja, nadawanie konkretnych treści w orzecznictwie). Korzystają z podobnych form do tych, które występowały wcześniej, przy artikulacji praw podstawowych. Treści

artykułowane w tym trybie korzystają z „autorytetu ogólnego praw człowieka”. Samo zaetykietowanie „jako kategorii praw człowieka” ma zastąpić i często zastępuje uzasadnienie, np. aksjologiczne, co zresztą ułatwia przyjmowana teza o pluralizmie aksjologicznym. Kontrowersje związane z artykułowaną w tym trybie konkretną treścią praw człowieka powodują często różne formy „medialnego nagłośnienia” przyjmowanych rozwiązań, to zaś sprzyja „upowszechnieniu problemu”.

Zwracam uwagę na ten aspekt zmian w sferze praw człowieka, ponieważ dobrze oddaje szersze zjawisko: typowego dla społeczeństwa postmodernistycznego kształtowania się przestrzeni normatywnej w wyniku pojawienia się „nowych elementów normatywnych”, ich zróżnicowania treściowego i formalnego. Można to prześledzić, poddając nawet pobieżnej analizie np. problem związków partnerskich, od momentu pojawienia się takiego postulatu, zgłaszanego jako uprawnienie podmiotowe członków określonej grupy, aż po wprowadzone, do różnych systemów, rozwiązania prawne. Każdy z tych etapów stanowi pole do pojawiania się różnego rodzaju wypowiedzi normatywnych, wprowadzając je do sfery normatywnej. Ich wprowadzenie oznacza, że stają się normatywnymi punktami odniesienia dla kolejno po sobie następujących wypowiedzi normatywnych. Ich finalizacja w postaci przyjętego aktu normatywnego nie kończy tego procesu, bo tak przyjęte akty mogą być punktem odniesienia dla kolejnych wypowiedzi normatywnych. W szczególnych przypadkach można je traktować jako normatywne źródła prawa.

2.3. Zmiany w prawie – jurydyzacja – multicentryczność – system prawny europejski

Prawo jest najważniejszą częścią sfery normatywnej, a typ zmian w prawie jest charakterystyczny dla społeczeństwa ponowoczesnego. Dynamika prawa jest opisywana i badana na wiele sposobów, stanowi przedmiot licznych opracowań i nie ma ani możliwości, ani potrzeby dokonywania ich pełnego przeglądu. Chcę wskazać tylko na te zmiany, które, jak zakładam, z punktu widzenia proponowanego paradygmatu mają największe znaczenie. Wyróżnione zmiany dotyczą narastającej jurydyzacji, multicentryczności prawa i ukształtowania się nowego typu systemu prawnego. W przypadku prawa Unii Europejskiej mamy do czynienia nie tylko z wyłanianiem się nowych regulacji, ale z powstaniem całego systemu prawnego, pod wieloma względami specyficznego i oryginalnego.

2.3.1. Jurydyzacja

Zmiana określana mianem nadmiernej jurydyzacji polega na narastającej liczbie regulacji prawnych wprowadzanych do poszczególnych systemów prawnych. W wielu opracowaniach dotyczących tego zagadnienia dla jego zilustrowania

przywoływane są mające przemawiać do wyobraźni dane, odwołujące się do porównań, np.: wzrastającej co roku liczby uchwalanych i ustanawianych aktów normatywnych, liczby stron oficjalnych promulgatorów, czasu potrzebnego na zapoznanie się z opublikowanym prawem. W innych badaniach zwraca się uwagę na problem „nadprodukcji” aktów normatywnych i wpływu tego zjawiska na jakość prawa. Specyficznym zjawiskiem jest, przynajmniej w niektórych państwach, ogromna liczba nowelizacji przyjmowanych aktów prawnych, ale jest to całkowicie odrębne zagadnienie.

Z punktu widzenia badanego zjawiska, przy rozumieniu problemu nadmiernej jurydyzacji w sposób bardzo konkretny – jako liczby regulacji prawnych inkorporowanych do systemu, zwracam uwagę na to, że regulacje te obejmują coraz szerszy krąg stosunków społecznych. Wkroczenie w obszary, które dotychczas nie były przedmiotem zainteresowania prawa, powoduje „zderzenie się” z innymi regułami normatywnymi, z szeroko rozumianymi normami społecznymi, chyba że w jakimś obszarze mamy do czynienia z „pustką normatywną”, co jest sytuacją raczej wyjątkową. W wyniku tego mamy do czynienia z odnawiającym się problemem relacji: prawo a potencjalne normatywne punkty odniesienia.

Nadmierna jurydyzacja nie tylko powoduje wzrost liczby regulacji prawnych, ale także zmienia wewnętrzną strukturę prawa, a co najważniejsze, jego stabilność strukturalną. „Układ, który jest stabilny strukturalnie, to taki układ, który przy niewielkich zaburzeniach samego układu posiada te same własności dynamiczne. Mówiąc bardziej nieformalnie: pewien system dynamiczny jest strukturalnie stabilny, jeśli jego zachowanie odporne jest na niewielkie perturbacje” (Brożek 2011, 24). Skomplikowany problem wewnętrznych zależności nie sprowadza się tylko do tego, co dla teoretyków prawa ma zasadnicze znaczenie, a mianowicie do kwestii koherencji systemu prawnego, zakładanej spójności prawa i konsekwencji jej braku. Nie jest to również problem głębokich struktur prawa i ich znaczenia normatywnego. Jest to kwestia wewnętrznej zależności, sprowadzającej się do tego, że przyjęte regulacje prawne stanowią normatywny punkt odniesienia i są podstawowym powodem wprowadzenia nowych regulacji prawnych. Jest to sytuacja „samonapędzającej się i postępującej jurydyzacji”, która wydaje się bezwładnie zmierzać tylko w jednym kierunku. „W dobie wielkich cywilizacyjnych zmian, poważnych, pojawiających się z coraz większą częstotliwością kryzysów ekonomicznych, system myślenia prawniczego oparty przede wszystkim na «zasadzie bezwładności» (*Prinzip der Trägheit*), który doprowadził do powstania porządków prawnych do granic rozsądku przeregulowanych, sformalizowanych i biurokratyzowanych, oczywiście nie może dobrze działać; no i nie działa! W konsekwencji taki system najczęściej «reaguje» na dokonujące się zmiany albo zbyt późno, czyli już po fakcie, albo nie reaguje wcale, bo już i tak nie ma po co” (Stelmach 2012, 13).

Biorąc pod uwagę zjawiska wewnątrzsystemowe w ramach państwa, także dostrzegamy znaczące fakty, do których można zaliczyć nadmierną regulację

prawną. Precyzyjne, a niekiedy wręcz drobiazgowo uregulowanie funkcjonowania władzy politycznej przez prawo jest konsekwencją dominacji postaw legalistycznych, towarzyszących od początku realizacji projektu nowożytnego państwa demokratycznego. Mówiąc inaczej, związki władzy politycznej z prawem zmieniają charakter, a odzwierciedla to ekstensyfikacja prawa instytucjonalnego. Zjawisko, o którym mowa, polega na radykalnym poszerzaniu się zakresu prawnych regulacji dotyczących już istniejących instytucji oraz tworzenia nowych, często kosztem jakości stanowionego w tym zakresie prawa. Jest ono ściśle związane z sygnalizowanymi wcześniej kwestiami jurydykacji, ale jego przyczyny i istota stanowią problem samoistny. Jego występowanie ma wpływ zarówno na całość instytucjonalnego systemu władzy politycznej, jego strukturę, jak i na poszczególne instytucje. W konsekwencji odbija się to na realnym funkcjonowaniu tych instytucji, zwłaszcza w procesie podejmowanych decyzji, gdzie nadmiernie wykorzystywana legalistyczna limitacja działania jest równocześnie usprawiedliwieniem dla pomijania w procesie decyzyjnym przesłanek waloryzujących ich treść.

2.3.2. Multicentryczność prawa

Multicentryczność prawa jest stosunkowo niedawno zauważonym i poddanym szerszym rozważaniom problemem, zaistniałym po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej (UE). Pierwotnie użycie tego terminu było związane z próbą określenia zależności między systemem krajowym i europejskim, wychodzącą poza krąg dyskusji o prymacie prawa europejskiego, ze wszystkimi konsekwencjami, szczególnie sytuacjami kolizyjnymi w obszarze stosowania prawa. W koncepcji multicentryczności zawarty był postulat wykształcenia zasad korelacji oraz nowych sposobów wykładni prawa (Łętowska 2005). W późniejszym okresie nastąpiły wyraźne zmiany. „Samo pojęcie multicentryczności ewoluowało wraz z upływem lat od polskiej akcesji i stopniowym zbliżaniem się do siebie systemów prawnych. Stało się doskonałym remedium na trudności związane z opisem relacji pomiędzy prawem polskim a ośrodkami zewnętrznymi. Wydaje się to źródłem dużej popularności owego terminu, który na trwale zagościł w polskich opracowaniach naukowych” (Schmidt-Kwiecińska 2014, 65).

Problem multicentryczności nie jest ujmowany w sposób jednolity, różne bowiem są aspekty tego zjawiska i różnie rozkładają się akcenty w jego charakterystyce. Sądzę, że przy posługiwaniu się tym terminem uzasadnione jest wyjście poza schemat relacji systemowych prawa krajowego i europejskiego. Zróżnicowane centra, a współcześnie mamy do czynienia z ich występowaniem, w ramach swojej aktywności wypełniają tę samą przestrzeń prawną. Omawiane zagadnienie jest zbyt szerokie, by w tym miejscu próbować dokonywać jego pełnej charakterystyki, ale z punktu widzenia dynamiki sfery normatywnej należy zasygnalizować dwa zjawiska w obszarze tworzenia prawa. Pierwsze to szczególna

rola prawa tworzonego w ramach Rady Europy (Kustra 2006, 87). Drugie to tworzenie regulacji prawnych autonomicznych w różnych obszarach przez instytucje i organizacje międzynarodowe, których zakres i siła oddziaływania jest znacząca, np. regulacji w ramach takich dziedzin jak sport.

Innym znaczącym elementem są procesy globalizacyjne. Ten problem jest na tyle szeroko dyskutowany, że nie ma potrzeby przytaczania argumentacji uzasadniającej tezę o kształtowaniu się nowej rzeczywistości normatywnej pod ich wpływem. Wprawdzie wokół samego pojęcia globalizacji i jego związków ze sferą normatywną pojawia się wiele kontrowersji, ale samo zjawisko nie budzi wątpliwości (Guś i Łokucijewski 2003). Warto dodać, że między innymi w wyniku powstania ponadnarodowych struktur organizacyjnych, ekonomicznych i mieszanych oraz przejścia od wspólnot terytorialnych do wspólnot komunikacyjnych zmienia się również postrzeganie roli prawa i jego funkcji (Capella 2005). Działania zróżnicowanych centrów w obszarze regulacji prawnych poszerzają pole konkretnych normatywnych treści. W konsekwencji mamy do czynienia nie tylko ze zróżnicowanymi obszarami normatywnego odniesienia – pluralizmem normatywnym i pluralizmem prawnym, lecz także z ich wielopoziomową dywersyfikacją.

2.3.3. System prawny europejski

Trudno dyskutować o zmianach w prawie, zwłaszcza jeśli odnosimy je do systemów prawnych najbliższego kręgu kulturowego, bez wskazania na zmianę tak istotną, jak powstanie nowego systemu prawnego, „nowego prawa”, faktu do tej pory i na taką skalę nieznanego w historii. Z punktu widzenia dynamiki ładu normatywnego, ale również w kontekście charakterystyki przestrzeni normatywnej kilka zagadnień ma istotne znaczenie.

Bez wątpienia, takim zagadnieniem jest konstrukcja systemu z jego charakterystycznym instrumentarium prawnym. Szczególną cechą systemu europejskiego, Unii Europejskiej, jest bardzo silna pozycja prawa, która zaznaczyła się nie tylko na etapie tworzenia pierwszych Wspólnot europejskich, ale utrzymywała się na wszystkich etapach procesu integracji europejskiej, aż do chwili obecnej. Przyjęcie od samego początku procesu integracyjnego rozwiązania, które można określić jako różniące się od tradycyjnych wizji politycznej organizacji społeczeństwa, eksponowało kwestię podstawy powstających Wspólnot. Taką podstawę musiało stanowić prawo, jako nieodzowny element każdej rozbudowanej organizacji, ale także musiało dojść do określenia szczególnej pozycji prawa. Było to konieczne, ponieważ integracja oznaczała, że to, co w dotychczasowych konstrukcjach systemu prawnego, a zwłaszcza w jego pozytywistycznie zorientowanej koncepcji było najważniejsze, czyli pozycja suwerena, ulega radykalnej zmianie. Suwerenność została przypisana prawu, a z takiej pozycji prawa „wyprowadzone” zostały uprawnienia władcze, w pewnym zakresie niezależnego od

państw tworzących Wspólnotę, ośrodka decyzyjnego. To właśnie z tego rozwiązania wynika w zasadniczej mierze „osobliwość” systemu europejskiego i pozwala go charakteryzować jako „wspólnotę prawa” (T. Biernat 2002).

Tak ukształtowany system, bardzo trudny do jednoznacznego zakwalifikowania, ma wiele unikatowych cech. Oprócz pozycji prawa jako podstawy istotną cechą jest charakter systemu prawnego, tworzących go źródeł prawa i procedura stanowienia prawa. W tym miejscu zasygnalizowania wymaga kilka istotnych zagadnień dotyczących źródeł prawa i problemu europeizacji prawa.

W systemie prawnym Unii Europejskiej występują dwa rodzaje źródeł prawa. Kategoria pierwsza to źródła prawa pierwotnego. Prawo pierwotne, którego trzon stanowią traktaty założycielskie, wielokrotnie zmieniane i modyfikowane, oraz traktaty akcesyjne, to podstawa prawna działania Unii Europejskiej, jej instytucji. Określa obszary i zakres działania oraz wyznacza relacje między Unią a tworzącymi ją państwami członkowskimi. Równocześnie prawo pierwotne jest podstawą do stanowienia aktów prawnych tworzonych przez instytucje Unii. Stanowione przez instytucje Unii Europejskiej akty prawne, które zbiorczo określa się mianem prawa pochodnego lub wtórnego, stanowią odrębną kategorię źródeł prawa. Konstrukcja systemu UE, wynikająca z rozwiązań przyjętych w prawie traktatowym, oparta jest na wyznaczeniu obszarów działania, podejmowaniu decyzji i wprowadzaniu regulacji prawnych. Unia i jej instytucje są aktywne tylko w tych dziedzinach, które są określone w prawie pierwotnym. Te traktatowo określone obszary działania, nazywane politykami (*policies*), nie są traktowane ekwiwalentnie z punktu widzenia zakresu ingerencji Unii. Traktaty, wyznaczając pole działania, stanowią równocześnie, jaka jest skala ingerencji prawnych instytucji unijnych i za pomocą jakich instrumentów prawnych interwencje te są prowadzone. Aktualny stan prawny na poziomie prawa pierwotnego (traktatowego) UE został określony przez wejście w życie w dniu 1 grudnia 2009 roku traktatu z Lizbony¹ (podpisanego 13 grudnia 2007 roku), zmieniającego i porządkującego podstawowe Traktaty dotyczące Unii Europejskiej.

Wejście w życie traktatu z Lizbony, niezależnie od dokonania głębokiej reformy ustrojowej Unii Europejskiej – zmian w procedurze stanowienia prawa pierwotnego, stanowiło również wprowadzenie istotnych zmian w tworzeniu prawa wtórnego – pojawienia się nowych kategorii unijnego prawa pochodnego w postaci aktów delegowanych i aktów wykonawczych (wraz z nowym systemem komitologicznym) (Barcz 2012, 17).

Elementem tego uporządkowania było przyznanie Unii różnych kompetencji w określonych dziedzinach. Określając kategorię dziedzin i kompetencji Unii, wprowadzono trzy zasadnicze kategorie: pierwszą – samodzielnego działania, co oznacza, że tylko Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawne

¹ Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2010 C 83/01), dalej „TFUE”.

wiążące; drugą – przyznanie w określonych dziedzinach kompetencji dzielonej z Państwami Członkowskimi, co oznacza, że Unia i Państwa Członkowskie mogą stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie, a Państwa Członkowskie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia nie wykorzystwała swojej kompetencji; trzecią – kompetencji wspomagania, co oznacza, że w niektórych dziedzinach i na warunkach przewidzianych w Traktatach Unia ma kompetencję w zakresie prowadzenia działań w celu wspierania, koordynowania lub uzupełniania działań Państw Członkowskich, nie zastępując jednak ich kompetencji w tych dziedzinach. W efekcie w tym ostatnim przypadku nie ma możliwości kreowania wiążącego prawa, a akty Unii przyjęte na podstawie postanowień Traktatów odnoszących się do tych dziedzin nie mogą prowadzić do harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich.

Jak wspomniano wyżej, w wyznaczonych obszarach Unia podejmuje różnicowane formy działania, które realnie przybierają formę prawnych regulacji z wykorzystaniem instrumentów prawnych należących do prawa wtórnego. Jakie środki prawne w jakich obszarach aktywności można stosować, to również jest określone w prawie traktatowym. Zasadnicza różnica polega na możliwości wykorzystania dostępnych instrumentów prawnych. Instrumenty te, czyli akty normatywne tworzone przez instytucje Unii, poza tym, że różnią się od rodzajów aktów prawnych charakterystycznych dla systemów prawnych Państw Członkowskich, np. prawa polskiego, które nie zna takiego aktu jak dyrektywa, mają dodatkową właściwość. Część z nich, rozporządzenia, dyrektywy i decyzje, ma moc wiążącą, a część, zalecenia i opinie, nie ma mocy wiążącej. Jest to wyraźnie stwierdzone w art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 249 TWE²), który stanowi: „W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Decyzja wiąże w całości. Decyzja, która wskazuje adresatów, wiąże tylko tych adresatów. Zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej”.

Niezależnie od stosowania w ramach poszczególnych dziedzin tak określonych aktów prawnych Instytucje Unii Europejskiej mają możliwość wydawania innych, *sui generis* aktów normatywnych. Przyjmują one różne nazwy, najczęściej rezolucji, komunikatu, uchwały, a ich cechą charakterystyczną jest to, że podobnie jak zalecenia i opinie, o których mowa w cytowanym wyżej art. 288 TFUE, nie mają mocy wiążącej adresatów. Pomińmy w tym miejscu sporną kwestię, czy zalecenia i opinie należą do tzw. miękkiego prawa Unii. Najważniejsze jest to, że miękkie prawo różni się od prawa twardego tym, że nie ma mocy

² Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE 2006 C 321E).

wiążącej, przypomina jednak prawo stanowione pod względem budowy tekstu, który często jest podzielony na jednostki redakcyjne i zawiera jednoznacznie wyrażoną treść normatywną. W opracowaniach polskich stosunkowo rzadko można napotkać określenie przeciwstawne do *soft law*, czyli *hard law*; używane jest raczej określenie „akty wiążące”. W opracowaniach anglojęzycznych oba określenia są stosowane (Chalmers, Davies i Monti 2010, 102, 103).

Jeśli uwzględnimy ten aspekt, kwestie dotyczące miękkiego prawa wspólnotowego można uznać za odzwierciedlenie podziału uporządkowanego zmianami wprowadzonymi przez traktat lizboński, wyraźnie skorelowanego z władczymi uprawnieniami instytucji Unii Europejskiej. Tam gdzie skala władczego uprawnienia tych instytucji jest zminimalizowana, *soft law* wydaje się podstawowym instrumentem oddziaływania prawnego. W rzeczywistości sprawa jest bardziej skomplikowana, a wynika to z różnorodności aktów miękkiego prawa wspólnotowego, ich statusu i sposobu wykorzystania. Jeśli akt prawny nie ma mocy wiążącej adresatów, to naturalne jest pytanie o cel i sens takiego prawa. Odpowiedź jest na pewno złożona, ale, jak można przyjąć, zasadniczy sens tworzenia i korzystania z takich instrumentów jest związany ze specyfiką funkcjonowania Unii Europejskiej, zwłaszcza w ramach podejmowania przez nią działań w tych dziedzinach, które wykraczają poza tradycyjne obszary decyzyjne, czyli sprawy związane z ustanowieniem wspólnej, jednolitej przestrzeni gospodarczej i jednolitego rynku, a także wprowadzonych do systemu dwóch ważnych filarów: polityki międzynarodowej i bezpieczeństwa. Poza nimi decyzje Unii wymagane są w wielu obszarach, których dynamiczny rozwój jest niejako „naturalny” i stanowi pochodną postępującej integracji.

2.3.4. *Soft law*

Soft law – miękkie prawo wspólnotowe – jest instrumentem umożliwiającym realizowanie celów ważnych z punktu widzenia Unii Europejskiej i Państw Członkowskich, w warunkach skomplikowanej sytuacji. Skomplikowana sytuacja powstaje w wyniku zderzenia i swoistej presji na wprowadzenie prawnych regulacji w określonym aspekcie życia społecznego z cechą europejskiego systemu prawnego, którego podstawą są traktatowo określone obszary działania (*policies*) oraz właściwe dla każdego z tych obszarów możliwości działań prawnych i wciąż szerokiej gamy uprawnień Państw Członkowskich. Jest to wyraźnie widoczne przy wzrastającym znaczeniu określonego typu relacji i sfery społecznej aktywności oraz konieczności realizacji celów bez możliwości harmonizacji rozwiązań prawnych, np. w takiej dziedzinie jak sport (Parrish 2003, 17).

Określenie funkcji i miejsca *soft law* w systemie prawnym UE jest tematem wielu doktrynalnych rozważań. Spór dotyczy kwestii zasadniczej, pytania o wartość tego typu rozwiązania prawnego. Przeciwnicy *soft law* podkreślają, że brakuje mu jasności i precyzji charakterystycznej dla wiążących aktów prawnych,

które są podstawą działania, że nie wywiera żadnego efektu, ale stanowi taktyczne posunięcie dla poszerzenia działań legislacyjnych instytucji UE, a ponadto że omija system odpowiedzialności, narusza legitymację UE. Zwolennicy *soft law* wskazują, że jest bardziej relewantne od twardego prawa w odzwierciedlaniu różnic występujących między państwami członkowskimi, że założenia przyjmowane dla tworzenia twardego prawa są ugruntowane, podczas gdy sytuacja niepewności wymaga eksperymentowania i korygowania, a ponadto że jest bardziej podatne na modyfikacje, co pozwala na lepsze odzwierciedlenie zachodzących zmian (Chalmers, Davies i Monti 2010, 103).

Trudno jest, bez bardziej obszernej analizy tego problemu, wskazać jednoznacznie na dominujące stanowisko, wydaje się jednak, że *soft law* jest w coraz większym stopniu „na cenzurowanym”³, a główne zarzuty są formułowane w kontekście teoretycznych ustaleń odnoszonych do wartości prawa, zwłaszcza zaś pewności prawa w znaczeniu formalnym i materialnym (Paunio 2009, 1470).

W charakterystyce systemu prawnego Unii Europejskiej warto zwrócić uwagę, że inną możliwą funkcją *soft law* jest to, iż może ono występować w szczególnej, „pilotażowej” roli. Wynika to z podwójnego zakotwiczenia *soft law*. Z jednej strony jest ono swego rodzaju wskazaniem szczegółowo wyartykułowanej powinności podejmowania działań w ramach konkretnej polityki, której podstawą są traktatowo określone obszary (*policies*). Z drugiej stanowi test (głównie ze względu na przyjmowaną formę) przed wprowadzeniem prawnych regulacji w określonym zakresie, przy wykorzystaniu prawnie wiążących, charakterystycznych dla europejskiego systemu prawnego, instrumentów prawnych. Przedstawione uwagi dotyczą tylko wycinka szerszego zagadnienia: roli, jaką miękkie prawo unijne pełni w procesie tworzenia wiążących aktów prawnych, do czego wrócę w trzeciej części rozważań, podejmując na wybranym przykładzie analizę tworzenia prawa w nawiązaniu do źródeł normatywnych.

Miejsce i rola *soft law* w systemie prawnym UE są wprawdzie silnie podporządkowane specyficznej konstrukcji tego systemu, ale problem tzw. miękkiego prawa jest znacznie szerszy. Tego typu akty są bowiem dość powszechne, pochodzą od różnego rodzaju podmiotów, głównie organizacji międzynarodowych, i nie można ich ignorować w charakterystyce współczesnej sfery normatywnej. Co więcej, można powiedzieć, że w wielu wypadkach kształtują standardy, które

³ Na uwagę zasługuje również stanowisko wyrażone w Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 4 września 2007 roku w sprawie instytucjonalnych i prawnych skutków stosowania instrumentów tzw. miękkiego prawa (*soft law*) (Dz.Urz. UE C 187 E, 24.7.2008). Paradoksalnie, przy użyciu aktu miękkiego prawa wspólnotowego Parlament Europejski prezentuje stanowisko krytyczne wobec tego rodzaju aktów. Najlepiej obrazuje to pkt 19 rezolucji, który podkreśla, że we wszelkich oficjalnych dokumentach instytucji europejskich należy zawsze unikać wyrażenia „miękkie prawo”, a także odwołań do tego instrumentu.

należy uznać za istotne elementy przestrzeni normatywnej. Poświęciłem więcej miejsca na charakterystykę *soft law*, ponieważ jest to istotny element normatywnego wymiaru *policy*.

2.3.5. Europeizacja prawa

W uzupełnieniu uwag na temat systemu prawnego Unii Europejskiej należy wskazać inny aspekt kształtowania przestrzeni normatywnej, a mianowicie europeizację prawa. Pojęcie „europeizacji”, podobnie jak pojęcie „globalizacji”, staje się, przynajmniej w ostatnim okresie, jednym z częściej używanych w opisie i wyjaśnianiu szeroko rozumianych zjawisk prawnych. Zarówno globalizacja, jak i europeizacja generują katalog problemów podobnego typu. W jednym i w drugim przypadku mamy do czynienia z czymś, co określane jest jako przesłanka konieczności rewizji dotychczasowych koncepcji prawa i konieczności konstruowania nowego porządku prawnego. Jak się podkreśla: „Obliczony na spokojne czasy, demokratyczny porządek prawny względnie niezależnych od siebie państw, wraz ze swoją koncepcją państwa prawnego jest już obecnie chyba niewystarczający” (Bator i in. 2003, 9).

Pojęcie europeizacji, wobec braku jego powszechnie ustalonego znaczenia, staje się swego rodzaju kluczem ułatwiającym rozmaite charakterystyki, dążenia do niekonwencjonalnego opisu zjawisk i ich interpretacji. Z punktu widzenia powszechnego użycia pojęcia, europeizacja oznacza szeroko rozumiany proces adaptacyjny, dostosowawczy, w wyniku którego charakterystyczne dla systemu europejskiego cechy są transponowane na grunt innych systemów. Podstawowy wymiar tego zjawiska jest identyfikowany z ukształtowanymi relacjami między prawem Unii Europejskiej a systemami prawnymi państw członkowskich. Te relacje prowadzą do ukierunkowanych zmian w prawie i decydują o charakterze zmian w źródłach prawa poszczególnych państw (Ziller 2006). W konsekwencji prowadzą do kompleksowych przeobrażeń w narodowych systemach prawnych. Takie rozumienie „europeizacji prawa” można uznać za najbardziej typowe i powszechne wtedy, gdy dokonuje się analiz w odniesieniu do systemu prawnego (Mik 2000). Podstawą jest niekwestionowana zależność, z której wynika, że z chwilą uruchomienia procesu integracji europejskiej systemy prawne państw członkowskich Unii Europejskiej znajdują się pod presją dostosowania porządku prawnego do prawa wspólnotowego. W rezultacie pojawia się zjawisko tzw. europeizacji prawa krajowego. Jest to aspekt szerszego zjawiska europeizacji systemowej. Takie podejście pojawia się również na gruncie dogmatyki prawa, gdy analizowane jest zjawisko europeizacji prawa w obrębie jego poszczególnych dziedzin.

We wspomnianym wyżej aspekcie europeizacji prawa należy zwrócić uwagę na dwa etapy. Etap pierwszy odnosi się do działań dostosowawczych w okresie przedakcesyjnym, gdy mamy do czynienia z niezbędną harmonizacją prawa

państwa kandydującego do UE. Etap drugi to implementacja prawa, głównie dyrektyw. W obydwu przypadkach możemy mówić o zinstytucjonalizowanym procesie tak rozumianej europeizacji prawa. Czy i w jakim stopniu możemy mówić o pozainstytucjonalnym wymiarze europeizacji, pozostaje sprawą odrębną. Wiele wskazuje na to, że także w państwach, które formalnie nie podejmują starań o członkostwo w Unii Europejskiej, zachodzą zbliżone procesy. To ważny aspekt badanego problemu, a jego szersza analiza pozwalałaby na zweryfikowanie istoty europeizacji prawa.

Inne zagadnienie dotyczy dziedzin prawa, w obrębie których występuje europeizacja prawa. Część z nich jest objęta szczególnym zakresem regulacji prawnych w ramach prawa europejskiego, zgodnie z wydzielonymi w europejskim prawie pierwotnym politykami, i bazuje na bardzo rozbudowanych unormowaniach z zakresu prawa wtórnego. Część dziedzin prawa ma znacznie skromniejszy zakres regulacji, a część nie ma statusu przynależności do prawa europejskiego z punktu widzenia prawa traktatowego. Pytanie konkretne dotyczy tego, czy badania odnoszące się do tak zróżnicowanych dziedzin prawa pozwalają na uchwycenie istoty europeizacji, wykraczającej poza problem dostosowania prawa krajowego do prawa wspólnotowego. W literaturze wskazuje się wiele innych, interesujących aspektów. W cytowanym wcześniej opracowaniu Jacques Ziller podkreśla, że w szerokim znaczeniu europeizacja prawa może być rozumiana zarówno jako zjawisko poszerzania zakresu prawa europejskiego, jak i pojawianie się nowych dyscyplin prawnych, ściśle związanych z procesem integracji europejskiej. W obu przypadkach wpływ praw człowieka jest bardzo istotny. Autor stwierdza również, że poza zmianami normatywnymi i omawianym wyżej wpływem prawa europejskiego na źródła prawa w państwach członkowskich UE europeizacja prawa może być wiązana z występującymi współcześnie konsekwencjami ukonstytuowania się prawa wspólnotowego. Pierwsza dotyczy zbliżenia, wcześniej wyraźnie odseparowanych, systemów *common law* i systemu kontynentalnego, a druga – zmian w metodologii nauk prawnych.

Jak wspomniałem na wstępie, zagadnienie europeizacji prawa stanowi stosunkowo nowy przedmiot rozważań teoretycznych. Trudno więc na obecnym etapie o podejmowanie prób syntetyzowania gamy poruszanych problemów. Warto jednak zaznaczyć, że w literaturze poświęconej temu zagadnieniu pojawiają się propozycje wyznaczenia należących do tego zakresu bardziej szczegółowych zagadnień. Przedstawia je Francis Snyder, wyróżniając: wpływ integracji europejskiej na szczególne dziedziny prawa krajowego; próby narzucenia nowych ram prawu krajowemu, a niekiedy nawet zastąpienia go; fragmentaryczny rozwój specyficznych instrumentów prawnych należących do prawa Unii, które będą wtapiać się w prawo państw członkowskich lub prawo międzynarodowe, przez praktykę; niebezpośrednie, a niekiedy niezamierzone konsekwencje integracji europejskiej w odniesieniu do prawa państw członkowskich, prawa UE lub prawa międzynarodowego (Snyder 2000, 3).

To zestawienie wskazuje na interesujące, rzadko eksponowane aspekty problemu europeizacji prawa, niemniej jednak trudno uznać je za wyczerpujące. Z należących do tej kategorii kwestii warto również wspomnieć o dwóch silnie łączących się zagadnieniach. Pierwsze dotyczy szeroko rozumianej sfery kultury prawnej, a diskutowany problem sprowadzić można do pytania, czy i w jakim stopniu europeizacja prawa dokonuje się za pośrednictwem unifikacji podstawowych dla europejskiej kultury prawnej wartości i wzorów. Drugie jest, jak sądzę, kluczowe ze względu na konstrukcję przestrzeni prawnej, o czym będzie mowa w kolejnych punktach.

3. Dynamika wybranych elementów sfery normatywnej

W charakterystyce dynamiki najważniejszych obszarów sfery normatywnej (tradycyjnie traktowanych systemowo) pojawia się teza, że w wyniku zmian dochodzi do zaburzenia dotychczasowych form agregacji i związanego z tym uporządkowania. W konsekwencji na „nieuporządkowanym polu” dochodzi do emergencji nowych rozwiązań normatywnych. Można je określić jako „pozasystemowe elementy sfery normatywnej”. Zmiany w tym obszarze prowadzą do powstania nowych rozwiązań normatywnych, nowych źródeł normatywnych lub przekształcają istniejące. Na te trzy typy chcę zwrócić uwagę.

3.1. Polityczna poprawność – wymiar normatywny

Dynamika sfery normatywnej w społeczeństwie ponowoczesnym nie ogranicza się tylko do wskazanych wyżej najważniejszych obszarów. Radykalny, postmodernistyczny pluralizm realizuje się praktycznie we wszystkich obszarach kultury, a „wielość” nie ma charakteru abstrakcyjnego, lecz obejmuje całe spektrum norm społecznych. Poza podejmowanymi próbami kompleksowej analizy tego zjawiska charakterystyczne są rozproszone, częściowe opracowania, które bardziej obrazują ten aspekt dynamiki sfery normatywnej. Część z nich poświęcona jest np. charakterystyce norm etycznych w ramach grup zawodowych, odpowiedzialności w biznesie czy norm obyczajowych. Stosunkowo szeroko analizowane jest zjawisko poprawności politycznej (*political correctness*). W artykule *Political Correctness* zamieszczonym w *Oxford Research Encyclopedias* wskazuje się, że pomimo iż debata nad tym zjawiskiem toczy się od prawie trzydziestu lat, tylko znikoma część problemów została rozwiązana. Chociaż spora grupa autorów przedstawiła swoje opinie na temat politycznej poprawności, niewielu próbowało ująć to zjawisko od strony jego istoty i funkcji. Co więcej, badania empiryczne miały charakter peryferyjny, obejmowały wyłącznie niektóre zagadnienia związane z polityczną poprawnością, a bardzo nieliczne wyraźnie

przetestowały wpływ politycznej poprawności. Wyjątek stanowiły badania nad językiem, historią ruchu politycznej poprawności, tłem norm społecznych, presją na pojawienie się politycznej poprawności, które w jakimś stopniu wpływają na powstawanie pomysłów, ukierunkowując przyszłe badania (Ford 2017).

Mimo że nie ma wyników, które pozwalałyby na uznanie rezultatów za satysfakcjonujące, sadzę, iż zjawisko politycznej poprawności, a szczególnie interesujący mnie „normatywny wymiar politycznej poprawności”, jest dobrym przykładem dla analizy szerszego problemu, który koresponduje z tezą o normatywnych źródłach prawa. Jest to zjawisko interesujące również z tego względu, że stanowi dobrą ilustrację procesów towarzyszących współczesnym zmianom w sferze normatywnej.

Próby uchwycenia istoty pojęcia politycznej poprawności nawiązują do przykładów jego użycia, niekiedy bardzo odległych historycznie. Najstarsze „odkryte” użycie prezentuje Monika Kacprzak, przywołując przemówienie adwokata występującego w 1793 roku przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych, gdzie mówił, że w zwyczajach, a nawet w języku uwagę skupia na sobie państwo, a nie naród, który państwo tworzy, co nie jest poprawne politycznie (Kacprzak 2012, 18). Autorka przedstawia także inne przykłady użycia pojęcia do lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Becky R. Ford pisze natomiast, że termin „poprawność polityczna” (*political correctness*) był używany od lat trzydziestych w maoistowskich Chinach, gdzie oznaczał postępowanie zgodne z polityką Partii Komunistycznej (Ford 2017).

Generalnie, okres lat osiemdziesiątych jest wskazywany jako przełomowy. Wtedy to nastąpiło ożywienie i popularyzacja zastosowania tego terminu, ale również nadanie mu podstawowego znaczenia. Jest on od tej pory ściśle kojarzony z używanym językiem, a polityczna poprawność jest ukierunkowana głównie na zakaz wypowiedzi postrzeganych jako obraźliwe wobec historycznie zmarginalizowanych grup, ale też traktowana jako zachęta dla przyjmowania w wypowiedziach wielokulturowych perspektyw. „Polityczna poprawność – pisze Andrzej Szahaj – to zjawisko, które stało się głośne za sprawą, pojawiających się głównie w latach osiemdziesiątych XX wieku, prób uregulowania sposobów mówienia oraz zachowywania się na kampusach uniwersytetów amerykańskich. Stała się ona elementem szerszych procesów kulturowych i politycznych, których orędownicy powoływali się na konieczność likwidacji niesprawiedliwości społecznej przy pomocy wielu narzędzi z zakresu szeroko pojmowanej inżynierii społecznej, takich jak m.in. tzw. *affirmative action*, tzn. stosowanie tzw. pozytywnej dyskryminacji, mającej na celu ułatwienie osobom pochodzącym z grup uważanych za upośledzone społecznie (Czarni, mniejszości seksualne, kobiety) awans edukacyjny i cywilizacyjny przez stosowanie wobec nich osłabionych standardów wymagań w przypadkach rywalizacji o miejsca na uczelniach oraz w instytucjach publicznych (stanowych i federalnych)” (Szahaj 2004, 155).

Na inną okoliczność wskazuje Filip Nalaskowski: „Sam termin *poprawności politycznej* swoją karierę rozpoczął w latach 70. XX wieku. Wtedy to w Stanach Zjednoczonych redakcje mainstreamowych gazet konstruowały wytyczne dla twórców dotyczące tego, jak pisać o niektórych zjawiskach. Tu rolę przewodnią odgrywał krajowy, opiniotwórczy «New York Times». Instrukcje dotyczyły głównie języka debaty o kwestiach mniejszości i miały na celu przeciwdziałanie i walkę z wypadkami stosowania w narracji «mowy nienawiści». Za mowę nienawiści przyjmowano i przyjmuje się używanie języka w celu znieważenia, pomówienia lub rozbudzenia nienawiści wobec pewnej osoby, grupy osób lub innego wskazanego przez mówcę podmiotu. Wytyczne te zyskały szybko opinię działań w imię «*political correctness*»” (Nalaskowski 2012, 212).

W tym wymiarze najistotniejsze jest użycie języka w debacie publicznej. Wymagania kierowane do adresatów określają powinność odpowiedniego operowania nim. Dla jednych jest to rodzaj wytycznych, jak poprawnie, w sposób grzeczny zachowywać się, mówić o trudnych kwestiach społecznych, używając delikatnego języka, tak aby nikogo nie obrazić, nie upokorzyć, nie upośledzać dodatkowo stygmatyzacją poprzez język (Nalaskowski 2012, 213). Dla innych jest mechanizmem tzw. „inżynierii językowej”, krytycznie ocenianej. „Polityczna poprawność miała służyć wyeliminowaniu z publicznej dyskusji określeń, które mogłyby obrazić mniejszości społeczne, kulturowe, religijne, etniczne. W rzeczywistości bazuje na zakłamywaniu pojęć należących do cywilizacji łaćńskiej. Świadomie wytwarza «zapaść semantyczną», rozmywając tradycyjne pojęcia bądź nadając im nową treść, sprzeczną z ich pierwotnym znaczeniem” (Kacprzak 2012, 39). Autorka tej wypowiedzi dalej dodaje: „Można twierdzić, że takie samoograniczenie się nie jest szkodliwe, że pomijanie słów, które mogą obrażać innych wynika ze zwykłej kultury osobistej. Polityczna poprawność sięga daleko poza sferę języka i dziś przekłada się też na sferę zachowania. Zwolennicy chcą w niej widzieć sposób na «cywilizowanie obyczajów»” (Kacprzak 2012, 40).

Zjawisko politycznej poprawności, zwłaszcza w wymiarze językowym, jest swego rodzaju „fenomenem normatywnym”. Z jednej strony jego normatywny wymiar nie budzi wątpliwości, siła oddziaływania normatywnego jest, jak się wydaje, stosunkowo duża, z drugiej strony nie zostało sformalizowane, a podejmowane próby wyznaczenia formalnych standardów są nieliczne. „Najbardziej znaną próbą wprowadzenia w życie zasad politycznej poprawności był kodeks postępowania, który próbowano wprowadzić w życie w 1988 roku w University of Michigan (w ostateczności zablokowany przez decyzję Sądu Najwyższego USA), lecz stanowiący wzór dla tego typu inicjatyw, często udanych), zabraniający dyskryminacji kogokolwiek ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, wyznanie, płeć, orientację seksualną, wiek, stan cywilny, stopień sprawności fizycznej oraz udział w wojnie wietnamskiej” (Szahaj 2004, 155). W badaniach prowadzonych przez Nalaskowskiego nad percepcją poprawności politycznej nie udało się natrafić na żaden, choćby nieoficjalny, zbiór wytycznych redakcji, wydawnictw

dotyczący tego, jak należy się wypowiadać, który można by potraktować jako instrukcję poprawności politycznej (Nalaskowski 2012, 219).

Problem formalizowania politycznej poprawności jest wielowątkowy i obejmuje również ingerencję prawną. Z jednej strony wskazuje się, że „krusząca się tkanka tradycjonalistycznego społeczeństwa wymaga wsparcia (czy wręcz zastąpienia) przez normy prawa pozytywnego. Skoro coraz mniej ludzkich działań i zachowań jest regulowanych skutecznie przez tradycyjne normy czy obyczaje, potrzeba coraz bardziej szczegółowych zasad prawnych, aby współczesne społeczeństwo mogło w dalszym ciągu bezkolizyjnie funkcjonować” (Merta 2010, 207). Z drugiej strony sprawą otwartą jest pytanie, czy ograniczenie odnoszące się do zasad politycznej poprawności winno się wiązać z istnieniem sankcji prawnych. „Kraje, w których zasady poprawności politycznej obowiązują, starają się z reguły poddawać penalizacji jedynie najbardziej skrajne przypadki owego gwałcenia (dotyczy to w szczególności relacji rasowych), pozostawiając resztę w gestii presji wspólnoty przekonanej co do ich wartości” (Szahaj 2004, 165). W polskich przepisach prawnych brak jest odwołania wprost do idei poprawności politycznej, tym bardziej nie zawierają one takiego sformułowania. „Mamy już w polskim prawie – przepisach – zapisy dotyczące języka, tolerancji, zakazu propagowania pewnych treści, ale próżno szukać tu odniesień do poprawności politycznej” (Nalaskowski 2012, 219).

Inny wymiar problemu politycznej poprawności jest związany z podejściem, w którym nacisk kładziony jest na określone zachowania i postawy. Są one budowane na ugruntowanych podstawach światopoglądowych, nastawieniach i przekonaniach często występujących w formie stereotypów, a nierzadko również poprzez zakotwiczenie ideologiczne, wiążących się z określonymi opcjami politycznymi. W takim ujęciu polityczna poprawność nie jest skodyfikowanym ani spójnym zbiorem zasad, których przestrzegania broni jakaś instytucja, lecz zjawiskiem społecznym z charakterystycznym dla norm społecznych sposobem ich egzekwowania na bazie wykorzystywania ostracyzmu społecznego. Jako zjawisko społeczne, jest wkomponowane w walkę ideologiczną, ukierunkowaną wprawdzie wolnościowo (maksymalna tolerancja), ale jednocześnie ograniczającą wolność przez unifikację (skrajne preferowanie równości). „Tłem dla uzasadnienia konieczności funkcjonowania poprawności politycznej jest ideologia wielokulturowości, rozumianej nie jako fakt istnienia wielu i różnych kultur, lecz jako zakaz ich wartościowania (oceniania według obiektywnych i wszechstronnych kryteriów, zwłaszcza prawdy, dobra i piękna). Zasadniczym celem ideologii politycznej poprawności jest wymuszenie takich zachowań językowych i innych, które będą zgodne z pewną szczególną wizją społeczeństwa wielokulturowego, pluralistycznego, opiekuńczego i nie osądającego” (Chechłowska-Lipińska 2013, 11).

Polityczna poprawność, narzucająca określony styl funkcjonowania społeczeństwa i jego kształtowania jako skrajnie tolerancyjnego, z trudem daje się

wtłoczyć nawet w najbardziej radykalny program antydyskryminacyjny. Z założenia działania tolerancyjne stają się nietolerancyjne, a polityczna poprawność przybiera postać typową dla fundamentalizmu. Dochodzi w tym przypadku do zderzenia „dwóch odrębnych aksjologicznie i strukturalnie światów”. Z punktu widzenia analizowanego problemu, dynamiki sfery normatywnej, najważniejszym faktem jest przeciwstawienie się, burzenie ustalonego ładu normatywnego, przede wszystkim porządku moralnego. Od tego zaczynają listę krytycy zasad politycznej poprawności, a nie jest to jedyny argument. Z tej konfrontacji powstaje niejednolity, niehomogeniczny obraz sfery normatywnej, która może być podstawą do tworzenia dowolnych konstrukcji.

W kreowaniu rzeczywistości społecznej zgodnie z ideologią politycznej poprawności występują interesujące zjawiska wpływające na zmiany w sferze normatywnej. Pomijam w tym miejscu szeroko dyskutowane kwestie dotyczące politycznych korzyści i strat, a szerzej, uwikłania politycznej poprawności w czystą politykę, grę o władzę w ramach systemów demokratycznych, chociaż daje się tu zauważyć dwa fakty. Pierwszy to spolaryzowanie stanowisk, schematycznie przypisywanych frakcjom lewicowym i konserwatywnym jako popierającym i przeciwstawiającym się politycznej poprawności. Drugi, istotniejszy, sprowadza się do tego, że w ramach programów wyborczych poszczególnych ugrupowań często deklarowane są stanowiska ugruntowania norm politycznej poprawności lub ich odrzucenia za pomocą regulacji prawnych. Nie zawsze idzie to w parze z podejmowanymi działaniami po zdobyciu władzy.

Zjawiskiem, które, jak sędzę, jest szczególnie ważne, a które współgra z tym, że kreowanie nowej rzeczywistości społecznej w istotnym wymiarze dokonuje się za pomocą języka, są procesy komunikacyjne. Nie chodzi tylko o wskazanie, że „Ogromną rolę w utrwalaniu postaw politycznie poprawnych ogrywiają media, tworząc swoisty kanon politycznej poprawności, w którym przejawia się nie tylko forma cenzury, ale też konformizmu” (Kacprzak 2012, 39). Występujące współcześnie możliwości komunikacyjne i ich wykorzystywanie stwarzają nową jakość w „obrocie normatywnych treści”, odbiegającą w sposób znaczący od dotychczasowych form. Poza socjalizacyjno-dydaktycznym sposobem upowszechniania wzorów kulturowych i wypowiedzi normatywnych, z wyraźnie zaznaczoną orientacją i argumentacją, do obiegu wprowadzone zostały nowe formy, głównie wykorzystujące możliwości Internetu. Ilustracją tej formuły komunikacyjnej są badania przeprowadzone przez Nałaskowskiego. W badaniach na temat percepcji politycznej poprawności, ilustrowanych przykładem jednego z najpopularniejszych polskich portali internetowych Wykop.pl, który powstał w 2005 roku, został uchwyciony istotny mechanizm. Zaprezentowany przykład, reprezentatywny dla środka przekazu, jakim jest Internet, ma specyficzne zasady funkcjonowania. Użytkownicy zamieszczają na stronach Wykopu odnośniki do ciekawych źródeł sieciowych, sami nadają takiemu wpisowi tytuł, ale też własny krótki komentarz, zawierający zazwyczaj zwięzły opis znaleziska.

Najpopularniejsze z nich – te, na które najczęściej głosowali użytkownicy serwisu – trafiają na stronę główną portalu, gdzie zagląda największa liczba internautów (Nalaskowski 2012, 216). Nie ma w tym obiegu komunikacyjnym niczego odgórnie sterowanego i przesądzającego. Jest to czysta forma komunikacyjna, swoiście wpływająca na możliwości zapoznania się z określonymi treściami normatywnymi, ich akceptację, odrzucenie, a dzięki możliwości komentowania – wpływanie na ich funkcjonowanie w obiegu społecznym.

Polityczna poprawność, która jest tylko jednym z przykładów kształtowania się nowych zjawisk w sferze normatywnej, wymaga szerszych, ukierunkowanych badań. Wskazuje się na takie kwestie, jak: postrzeganie norm w charakterze opisowym i nakazowym, funkcje norm politycznej poprawności, egzekwowanie norm politycznej poprawności, wpływ społeczny, problem „nawracania” na normy politycznej poprawności czy normy politycznej poprawności w układzie grupowym (Ford 2017).

3.2. *Policy* – aspekt normatywny

W analizie tego zjawiska używam określenia *policy*, ponieważ względy terminologiczne w tym wypadku mają istotne znaczenie. W języku polskim różnego typu zjawiska określane są pojęciem polityki. Rozróżnienie zjawisk i odpowiadających im pojęć jest bardzo dobrze widoczne z perspektywy terminów anglojęzycznych *politics* i *policy*. Podstawowe rozróżnienia wskazują na wyraźne odseparowanie omawianych zjawisk. Pojęcie *politics* – polityka – oznacza, po pierwsze, typ spraw politycznych, czyli związanych z państwem, rządem, generalnie spraw publicznych, po drugie, rodzaj zręcznego działania, umiejętność manewrowania w sytuacji posiadania władzy lub przewagi w ramach organizacji. Pojęcie *policy* oznacza generalnie plan działania. Także działanie, w którym występuje potwierdzenie ideałów przyjmowanych przez rząd, partie polityczne, ale także organizacje, np. biznesu, a w wyniku którego realizuje się wytyczony kierunek. Przede wszystkim jest to działanie powiązane z wzorem, nie tylko wyznaczającym kierunek, ale będącym standardem postępowania, co w *Oxford Advanced Learner's Dictionary* jest zobrazowane paremią: *honesty is the best policy*. Żeby zilustrować tezę o wyraźnym rozróżnieniu tych poziomów i zakresów znaczeniowych pojęcia polityki, warto zwrócić uwagę na przykład posłużenia się nimi w prawie traktatowym UE. Pojęcie *policy* ukazuje inne oblicze, inny wymiar polityki. Wskazuje na typ bardzo różniących się form aktywności i równocześnie odsyła do towarzyszących im formalnych wskazań dotyczących konkretnych działań; wskazań, które powinny być respektowane, jeśli w ramach określonej *policy* ma być osiągnięty zaplanowany skutek. Analiza tego typu działań z jednej strony odzwierciedla występujące zjawiska społeczne, a z drugiej ukazuje, jakie reguły postępowania mogą mieć potencjalnie zastosowanie. Istotę normatywnego potencjału *policy* najlepiej

ilustruje jej powiązanie z aktami typu *soft law*; z tego powodu ich charakterystyce poświęciłem wcześniej więcej uwagi.

Dokonując analizy podanych wyżej cech, odnajdujemy je w charakterystyce określonych działań w ramach różnych form organizacyjnych, niekoniecznie ograniczonych do poziomu państwa, czy też organizacji społeczeństwa jako „politycznej”. W takim układzie możemy mówić o *policy* w ramach instytucji, organizacji itd. Jakościowo typ działania się nie różni. W jednym i drugim wypadku jest powiązany z dyrektywą, wzorem postępowania, ale – na poziomie ukierunkowanego działania politycznego (*policy*) – jego skomplikowanie wymaga wprowadzania określonych strategii. W literaturze filozoficznoprawnej normatywność *policy* (*policies* w liczbie mnogiej) została rozwinięta w koncepcji prawa Ronalda Dworkina, gdzie *policy* stanowi, obok zasad i reguł, „rodzaj normy, która wyznacza cele do osiągnięcia” (Dworkin 1998, 56).

W literaturze polskiej brak jest rozwiniętych rozważań na temat normatywnego wymiaru *policy*. Warte odnotowania jest stanowisko Tomasza Kozłowskiego, który charakteryzując modele relacji między polityką a prawem, wskazuje taki, który ze względu na zespolenie działań w tych obszarach uznaje za najbardziej relewantny dla współczesności. Podkreśla też, że widać odmienność współczesnego prawa, które powstaje z połączenia polityczności i normatywności. Dla cytowanego autora jest to model nowego prawa, który można określić jako model polityki prawa (Kozłowski 2007, 110). Jest to model, „w którym z punktu widzenia ontologicznego następuje pełne zjednoczenie polityki i prawa”. Powołując się na przykład zjawisk zachodzących na poziomie Unii Europejskiej, Kozłowski wskazuje, że opisywany stan tam jest najłatwiej dostrzegalny, między innymi ze względu na wyjście doktryny prawniczej z systemowości, wychodzenie z systemu politycznego i prawnego o wyraźnych granicach. Konkretnym przykładem jest prawo tworzone wprost na podstawie *praxis i techne*, gdzie legitymizacja demokratyczna występuje tylko posiłkowo (Kozłowski 2007, 111). W innym aspekcie pojęcie to analizuje Lesław Grzonka, pisząc: „Tak charakteryzowana normatywność może być porównywana do tej, która występuje w normach programowych. Można mówić w tym wypadku o «podwójnym» wymiarze normatywnym. Przy analizowaniu tej kwestii, w literaturze wskazuje się na nałożenie obowiązku podjęcia działań i opracowanie strategii, umożliwiających realizację celów” (Grzonka 2012, 44).

Typ zależności między *policy* i zawartą w niej normatywnością a prawem jest widoczny w procesie stanowienia prawa w dwojaki sposób. Można mówić o modelu polityki prawa, a konkretnie o modelu polityki tworzenia prawa⁴.

⁴ Ten typ zależności, który jest charakterystyczny dla polityki prawa, ale rozumianej jako zespół preferowanych i podejmowanych działań w procesie stanowienia prawa, różni się wyraźnie od tego, co najczęściej jest rozumiane przez pojęcie polityki prawa wprowadzone do teorii prawa przez Leona Petrażyckiego. W tym, można powiedzieć – szerokim i pierwotnym znaczeniu, jest to

Podstawowa zależność nie różni się jednak od innych normatywnych uwarunkowań prawa i jego tworzenia. Potencjalnie ten typ zależności wydaje się najbardziej sporny. Z jednej strony mamy do czynienia z aktywnością i działaniem podmiotu uprawnionego do podejmowania decyzji politycznych: wyboru celów i środków ich realizacji, w wąskim zakresie limitowanych tym, co określa się mianem granic władzy. Z drugiej strony to właśnie konkretny wybór celu, środków działania, sposobów jego realizacji, a także posługiwania się instrumentami prawnymi stanowi kompleksowy proces działań i determinuje typ podejmowanych decyzji o charakterze nielosowym. Innymi słowy, jest realizowany w ramach wybranej strategii. Dla zrozumienia istoty *policy* pojęcie strategii jest użyteczne, a nawet można powiedzieć, że w dużym stopniu z nim się pokrywa. Często zresztą *policy* jest tłumaczone w różnych językach, w których występuje ten sam problem co w języku polskim, jako strategia (np. w literaturze szwedzkiej). W strategii, generalnie, element normatywności jest, jak się zdaje, silniejszy, a szczegółowe rozwiązania lub propozycje w niej zawarte wręcz narzucają, regulują wymagane zachowanie – celowo racjonalne. Dyskutowany problem szeroko rozważa Mauro Zamboni, wskazując na spór dotyczący rozumienia standardów *policy* oraz tego, w jaki sposób i w jakim zakresie standardy te przenikają do prawa zarówno w procesie tworzenia prawa, jak i bezpośrednio przy stosowaniu prawa (Zamboni 2007, 113–120).

3.3. Doktryna – aspekt normatywny

Zagadnienie normatywnego wymiaru doktryny/nauki jest trudne i problematyczne. Trudne, bo obejmuje całe spektrum zagadnień związanych nie tylko z pojęciem doktryny/nauki, ale także z przedmiotem badań naukowych, ich zakresem oraz powstałymi na ich gruncie różnymi koncepcjami doktrynalnymi/teoretycznymi. Problemатyczne w warstwie normatywnej, bo wiąże się z kwestią, czy i w jakim wymiarze doktrynie można przypisać walor normatywności.

Podstawowy problem dotyczy statusu doktryn, które odnoszą się do zjawisk społecznych. W ich obrębie osobne miejsce zajmuje doktryna prawnicza/nauka prawa. Próba sformułowania generalnych uwag na temat miejsca i roli nauki prawa w kształtowaniu sfery normatywnej, jej wyodrębnionych elementów, jest trudna. Dotyczy to również roli doktryny i wpływu zawartych w niej

koncepcja naukowej polityki prawa, zakładającej i postulującej poszukiwanie rozwiązań legislacyjnych na gruncie naukowej analizy. Ze względu na występujące różnice w podejściu i rozumieniu polityki prawa staram się unikać tego pojęcia w niniejszych rozważaniach. Szerzej zagadnienie to omawiam w tekście: Biernat 2008, zamieszczonym w pracy zbiorowej *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*, w którym to tomie znajduje się również wiele opracowań innych autorów piszących na temat polityki prawa i jej poszczególnych aspektów.

normatywnych treści na stanowienie prawa. Wydaje się, że doktryna prawnicza ma bardziej znaczący wpływ na stosowanie prawa, na jego interpretację; w tym zakresie jej rola jest bardziej widoczna. Częste powoływanie się na stanowisko nauki w orzeczeniach organów stosujących prawo, zwłaszcza sądów, najwyżej usytuowanych w strukturze wymiaru sprawiedliwości, jest tego przykładem.

Wpływ nauki prawa na proces tworzenia prawa jest bardziej skomplikowany. W najszerszym wymiarze normatywność pojawia się na poziomie teorii prawa, gdzie dyskutowane są „ogólne warunki i reguły tworzenia prawa”, gdzie próbuje się formułować generalizacje i prawidłowości dotyczące efektywności prawa, gdzie przedstawia się alternatywne modele procesu prawotwórczego. W szerszym zakresie, gdy chodzi zarówno o wpływy bezpośrednie, jak i pośrednie, analizowane mogą być dodatkowe zjawiska, np. ustalenia z zakresu socjologii prawa, polityki prawa. Normatywność doktryny/nauki w tym wymiarze zawiera się w formie mniej lub bardziej ogólnych postulatów.

O konkretnej postaci normatywności zawartej w doktrynie/nauce prawa możemy mówić w powiązaniu z dogmatyką prawa, ale i tu występują trudności, gdy przychodzi do konkretnych ustaleń. W dużej mierze jest to wynikiem dynamiki procesu prawotwórczego, lawinowo powiększającego się zakresu uregulowań prawnych, a w konsekwencji nie mniej licznych opracowań naukowych komentujących zmiany. Stwarza to paradoksalną sytuację. Z jednej strony korzystanie z ustaleń nauki prawa w określaniu treści i zakresu interwencji prawnej wydaje się niezbędne. Z drugiej – nadanie im określonej rangi i efektywne włączenie tych ustaleń do tworzonego prawa staje się trudniejsze, bo brak jest wypracowanych mechanizmów umożliwiających śledzenie pojawiających się propozycji w lawinowo przyrastającej liczbie publikacji, ich selekcji i oceny. Brak mechanizmów może wynikać z odejścia od standardu, zgodnie z którym nauce prawa przyznawano uprzywilejowaną pozycję w przygotowywaniu rozwiązań legislacyjnych. Jest to szczególnie widoczne na poziomie regulacji kodeksowych i w podejmowanych próbach prac komisji kodyfikacyjnych.

Problem powiązania rezultatów badań naukowych i formułowanych postulatów dotyczących treści prawa z konkretnymi decyzjami podejmowanymi przez uprawnione podmioty jest złożony. Mimo występujących ograniczeń postulat zaangażowania nauki prawa w proces prawotwórczy jest bardzo ważny z punktu widzenia możliwości konstruowania i wprowadzenia do systemu prawa regulacji o określonej treści. Dotyczy to zmian w różnych dziedzinach prawa, a nauka prawa i doktryna prawnicza powinny odgrywać znaczną rolę ze względu na możliwość dostrzegania takich problemów, które są generowane przez istniejące prawo i splot zależności pomiędzy poszczególnymi regulacjami, stopniem funkcjonalności instytucji prawnych, by wymienić te najważniejsze.

Normatywny wymiar doktryny w wymiarze sformalizowanym przejawia się w przedstawianiu konkretnych rozwiązań prawnych i postulacie wprowadzenia ich do obowiązującego prawa. Zgłaszanie propozycji *de lege ferenda* jest wyrazem

przekonania, że przedstawione rozwiązanie prawne, jeśli jest poprzedzone wnikliwą analizą naukową, ma wartość samoistną. Stanowi „gotowe rozwiązanie”, po które warto, a nawet należy sięgnąć, gdy podejmowane są działania prawotwórcze. Na tym tle powstaje pytanie, czy formułowane przez doktrynę prawniczą/naukę prawa postulaty *de lege ferenda*, wyartykułowane w opracowaniach naukowych, będące od strony formalnej zbliżone do wyrażenia normatywnego zawartego w akcie normatywnym, są nośnikiem normatywności, a jeżeli tak, to jaki jest jej poziom. Postulaty *de lege ferenda* można w procesie tworzenia prawa traktować albo jako rodzaj impulsu inicjującego zmianę obowiązującego prawa, albo jako źródło przyjmowanych rozwiązań inspirowanych innymi przesłankami.

Poza naukami społecznymi, których osiągnięcia są jednak wyraźnie limitowane przedmiotem badania i możliwymi do zastosowania metodami badawczymi, mamy nauki przyrodnicze o znacznie różniącym się statusie. Rozważając kwestię normatywności w kontekście nauk przyrodniczych, stajemy wobec możliwości wygenerowania różnych sytuacji normatywnych. W pierwszej mamy do czynienia z problemem polegającym na tym, że ustalenia naukowe powodują powstanie takiej sytuacji, która wymaga uregulowania normatywnego, najczęściej w postaci wprowadzenia zmiany istniejących regulacji prawnych (np. rozwój biotechnologii pozwala na przeprowadzanie takich badań, eksperymentów i zastosowania tych wyników w praktyce, że wprowadzenie prawnych regulacji jest konieczne). W drugiej dokonane ustalenia, najczęściej w postaci sformułowanej zależności między faktami, przyjmują postać reguły. Te reguły mogą stanowić podstawę konstruowania przepisów prawnych w wymiarze działania celowo racjonalnego.

4. Przestrzeń normatywna

Opis dynamiki sfery normatywnej jest podstawą zarówno do bliższego określenia pojęcia przestrzeni normatywnej, jak i sformułowania ujęcia prawa w przestrzeni normatywnej jako założenia o stanie rzeczywistości normatywnej. Trudności występujące przy charakterystyce proponowanego pojęcia są znaczne, ponieważ nie ma wypracowanych stanowisk dotyczących słownictwa, brak jest powszechnie uzgodnionej taksonomii typów norm i wypowiedzi normatywnych, a nawet ustalenia podstawowego przedmiotu teoretycznych rozważań w kontekście zakresu omawianych zagadnień (Twining 2010, 479).

Charakteryzując przestrzeń normatywną, rozważając, poza ogólnymi zagadnieniami, dynamikę i zmiany struktury otoczenia normatywnego, nie do uniknięcia jest odwołanie się do kwestii związanych ze zjawiskiem normatywności. Podstawowe zagadnienia i kierunki dociekań dotyczą statusu ontologicznego normatywności i sporu o normatywność prawa. Nie stanowią one głównego

punktu prowadzonej analizy. Ograniczam się do podstawowych kwestii, ukierunkowanych na formę i „sposób istnienia” normatywności w szerszym wymiarze i towarzyszących temu zjawisk, generujących i uzasadniających koncepcję przestrzeni normatywnej.

4.1. Problem normatywności

Pojęcie (czy problem) normatywności jest na tyle złożone i skomplikowane, że każda próba jego analizy przypomina stąpanie po kruchym lodzie. Podjęcie się tego trudnego i ryzykownego przedsięwzięcia jest jednak niezbędne z punktu widzenia całości analizowanych w tomie zagadnień. Przegląd literatury pozwala na wskazanie dominujących wątków w rozważaniach na temat normatywności. Najczęściej charakterystyka normatywności rozpoczyna się od bliższego określenia pojęcia. Jak pisze Bartosz Brożek, autor obszernego opracowania dotyczącego normatywności prawa, pojęcie to przeżywa swoisty renesans zarówno w filozofii ogólnej, jak i filozofii prawa. Równocześnie podkreśla, odnosząc się do wielu opracowań: „Pojawiły się liczne artykuły i monografie poświęcone temu zagadnieniu. W tej sytuacji zdumiewać może, iż wiele z nich nie zawiera żadnej definicji normatywności, a jeśli już definicje (charakterystyki) takie się pojawiają, to są zazwyczaj bardzo rozbieżne. Dla przykładu mówi się, że normatywność jest cechą pytań i twierdzeń dotyczących tego, co *powinniśmy* czynić; że prawo jest normatywne, gdyż pełni funkcje przewodnika (*may be used as guidance*); że twierdzenia prawne i moralne posiadają, bądź co najmniej chcą posiadać, wpływ na nasze zachowanie. Najbardziej rozpowszechniona definicja normatywności głosi, że reguła postępowania jest normatywna, jeśli stanowi obiektywną rację działania” (Brożek 2012, 12).

Próby zdefiniowania normatywności wykraczające poza rozważania czysto filozoficzne, związane z określeniem statusu ontologicznego powinności (normatywności w czystej postaci), są powiązane z określonego typu normami (regułami postępowania), a przyjmowane założenia co do pozycji i systemowej zależności tych reguł są podstawą do budowania różnego typu zależności, swoistego „łańcucha uzasadnienia normatywnego”. Charakterystykę normatywności występującą, jak wskazano wyżej, w licznych opracowaniach można i należy rozpatrywać w odniesieniu do reguł należących do systemów normatywnych. Christine Korsgaard w opracowaniu, które często jest punktem odniesienia rozważań na temat normatywności prezentowanych przez innych autorów, analizuje zagadnienie źródeł normatywności w odniesieniu do moralności. Uwagi, które można scharakteryzować jako punkt wyjścia do dalszej dyskusji, są następujące: „Normy (standardy) moralne istnieją, można odpowiedzieć, w jedyny sposób, w jaki standardy postępowania mogą istnieć: ludzie wierzą w takie standardy, toteż regulują swoje postępowanie zgodnie z nimi. Nie są to fakty trudne do wyjaśnienia.

Na ogół wszyscy wiemy, jak i dlaczego uczono nas przestrzegania reguł moralnych i że niemożliwe będzie wspólne funkcjonowanie, jeśli nie będziemy postępowali zgodnie z tymi wytycznymi. Jesteśmy zwierzętami społecznymi i prawdopodobnie cała rzecz ma biologiczne podstawy. Co w takim razie jest tu pominięte, co zmusza nas do poszukiwania filozoficznej «podbudowy»? Odpowiedź leży w tym, że standardy etyczne są normatywne. Nie opisują jedynie sposobu, w jaki faktycznie regulujemy nasze postępowanie. Zgłaszają wobec nas roszczenia: nakazują, zobowiązują, zalecają, kierują. Lub przynajmniej, kiedy je przywołujemy, to ze względu na roszczenia wobec innych” (Korsgaard 1992, 22).

Komentując ten fragment, Brożek pisze, że normatywność jest aspektem ludzkich działań i sądów, jest cechą reguł, które mówią nam, jak powinniśmy działać. Zwraca uwagę na dwa aspekty normatywności: ontologiczny i epistemologiczny. „W wymiarze ontologicznym namysł nad normatywnością prowadzi do pytań o ontyczną naturę człowieka. [...] Ontologiczny charakter mają także pytania o sposób istnienia «bytów normatywnych»: reguł, standardów, racji czy wartości, a także całych systemów normatywnych (prawa, moralności, języka). Z kolei w wymiarze epistemologicznym zagadka normatywności streszcza się w pytaniu, jakie są kryteria działania i sądzenia, a jeśli jest ich wiele, to jakie są relacje między nimi” (Brożek 2013, 21).

Analiza pojęcia normatywności może być prowadzona w odniesieniu do różnych „bytów normatywnych”, reguł, standardów, racji czy wartości, a także całych systemów normatywnych. Generalnie chodzi o to, co jest normatywną podstawą podejmowanych działań. W najszerszym zakresie mówimy o normach społecznych. W zachowaniach społecznych podstawą działania jest naśladowanie innych. Nie ma ono jednak charakteru normatywnego. „Podobnie jak inne naczelne, ludzie zwracają szczególną uwagę na innych i naśladują to, co widzą. Ale wiedza o działaniach innych (albo wierzeniach, emocjach, wartościach) i ich naśladownictwo nie wystarcza, by implikować normy społeczne. Naśladownictwo jest dość powszechne w wielu formach życia. To, co tworzy podstawę kultury społeczeństwa, jest nie tylko imitacją, wiąże się też z oczekiwaniami i oceną innych, czy naśladownictwo jest właściwe czy nie” (McDonald i Crandall 2015, 147). Oczekiwanie odpowiedniego zachowania stanowi formę akceptacji (bądź odrzucenia wzoru). Akceptacja wzoru i postępowania zgodnego z nim generuje normę społeczną: oczekiwania odpowiedniego zachowania, które występuje w kontekście grupowym. Normy społeczne lub normy grupowe to „prawidłowości w postawach i zachowaniach, które charakteryzują grupę społeczną i odróżniają ją od innych grup społecznych. Są „formowane w sytuacjach grupowych”, a następnie służą poszczególnym osobom jako standardy percepcji i oceny (McDonald i Crandall 2015, 147).

Drugi istotny aspekt w charakterystyce norm społecznych, a w konsekwencji ich normatywności, wiąże się z rozróżnieniem norm w wymiarze deskryptywnym i nakazowym. To rozróżnienie jest istotne i ma fundamentalne znaczenie

z punktu widzenia dalszego wywodu, tak wyróżnione normy charakteryzują się bowiem odmiennym wpływem. „Normy deskryptywne, opisowe, mają status informacyjny; wpływają poprzez edukację i konwersję. Proces dostosowania się do norm opisowych został nazwany «informacyjnym wpływem społecznym». Formowanie postaw lub zachowania, które wynikają z tego rodzaju wpływu, jest postrzegane jako realne i nieograniczone. Gdy normy dotyczą tego, co grupa uważa za właściwe, moralne lub konieczne – normy nakazowe – proces dostosowania dokonuje się pod «normatywnym naciskiem grupy», który kształtuje postawy bądź zachowania będące rezultatem tego rodzaju wpływu. Ten rodzaj wpływu jest postrzegany jako kierowany, ambiwalentny, mniej autentyczny i często sprzeczny” (McDonald i Crandall 2015, 147). W uzupełnieniu tego stanowiska wskazuje się: „Ostatnie badania dostarczają przekonujących dowodów na istnienie odrębnych form oddziaływania normatywnego. Wykazały one, że normy nakazowe są bardziej związane ze zorientowaną na siebie interpersonalną samoświadomością i generują większy konflikt w kwestiach decyzji dostosowawczych. Różne są motywacje leżące u podstaw norm dostosowawczych i nakazowych. Psychologiczne podstawy dostosowania do norm są różne w zależności od rodzaju informacji normatywnych” (McDonald i Crandall 2015, 148).

Tak charakteryzowany wpływ ma istotne znaczenie w charakterystyce „powinności” czy normatywności w szerszej perspektywie. Nie tylko prowadzi do rozróżnienia norm deskryptywnych i nakazowych, ale też stwarza okazję rozważenia „możliwych kombinacji” bardziej złożonych, związanych zarówno z grupowymi podziałami wewnątrz społeczeństw, jak i występowaniem równoległych systemów normatywnych, przede wszystkim prawnych, ale także innych wyrażań/wypowiedzi normatywnych. Jest to zasadnicze pytanie, dotyczące tego, jak normatywność funkcjonuje w świecie społecznym.

W kręgu rozważań na temat normatywności w ogóle, a normatywności prawa w szczególności, występuje wiele problemów, których przedstawienie wykracza poza zakres tej pracy, ale część z nich wiąże się z podejmowaną próbą charakterystyki przestrzeni normatywnej. Do takich zagadnień należy problem normatywnej zależności między systemami normatywnymi. Biorąc pod uwagę normatywność licznych systemów norm funkcjonujących w społeczeństwie, można dostrzec wiele nasuwających się pytań. Pierwsze jest związane z podstawowymi problemami pojawiającymi się w rozważaniach dotyczących normatywności prawa. Czy normatywność prawa może być pochodną normatywności tych norm, które należą do innych systemów? Jeśli przyjmiemy, że prawo jest, z konieczności, moralne, to normatywność prawa zależy od normatywności moralności. Jeśli przyjmiemy, że prawo i moralność stanowią odrębne całości, to normatywność prawa nie może zależeć od normatywności moralności. W tym ostatnim wypadku wysiłek jest skierowany na poszukiwanie „samoistnej” normatywności prawa. Gdyby taką udało się ustalić, można byłoby mówić o niezależnym funkcjonowaniu prawa (systemu prawnego), które tylko incydentalnie lub

przypadkowo może być skorelowane z innymi normami (systemami normatywnymi), a powstałe w ten sposób związki nie mają zasadniczego znaczenia. Abstrahując od tego – szeroko dyskutowanego, bo normatywna zależność prawa od moralności należy do kanonu rozważań filozoficznoprawnych – problemu, można zastanawiać się nad tego typu zależnością między prawem a innymi normami, np. społecznymi.

W literaturze przedmiotu dotyczącej normatywności prawa rutynowo podkreśla się, że jest to problem trudny do uchwycenia, że nie jest oczywiste, co rozumiemy przez „normatywność”. Poza powszechną zgodą, że „normatywny” ma inne znaczenie (sens) niż „opisowy”, brak jest jasnych poglądów na temat siły lub rygorystyczności, którą normatywność ma w różnych kontekstach, w tym w kontekście prawa, lub tego, czy „normatywność” ma to samo znaczenie w różnych dziedzinach, takich jak prawo, moralność, religia bądź epistemologia (Spaak 2018, 87).

Kwestia znaczenia sformułowania „powinien” i innych terminów normatywnych rozważana na gruncie filozofii prawa prowadzi do spostrzeżenia, że centralne terminy normatywne, takie jak „powinien”, „właściwy” i „obowiązek”, mają specjalne znaczenia prawne, które różnią się od znaczeń, jakie mają one w kontekście moralnym. „Podczas gdy moralne znaczenie terminu «powinien» uważa się za normatywne, prawnicze znaczenie słowa «powinien» jest zwykle traktowane jako opisowe w taki czy inny sposób, lub czasami jako normatywne, aczkolwiek w sposób inny, niż oznacza to w kontekście moralnym” (Spaak 2018, 84). Wyjaśniając to, Torben Spaak powołuje się na stanowisko sędziego Holmesa, który twierdził, że posiadanie prawnego obowiązku oznacza, iż ktoś może ponieść nieprzyjemne konsekwencje, jeśli nie zrobi tego, do czego jest prawnie zobowiązany. Podczas gdy pojęcie obowiązku moralnego pokrywa się z pojęciem moralnym „powinien”, pojęcie obowiązku prawnego nie pokrywa się z pojęciem prawnego „powinno” (Spaak 2018, 84). Gdyby szukać analogii do stanowiska prezentowanego przez Brożka, można powiedzieć, że w przypadku prawnego obowiązku mamy do czynienia z rozróżnieniem motywu (obawa przed konsekwencjami) i racją działania wynikającą z treści normy prawnej. Kombinacja motywu i racji działania w ramach norm jest niewątpliwie jedną z trudniejszych do rozstrzygnięcia kwestii, stanowi jedną z zagadek normatywności (Brożek 2012, 12–19).

W charakterystyce opozycyjnych stanowisk podkreśla się, że istnieje tylko jeden sens normatywności, tylko jeden sens terminu „powinien”, a to oznacza, że nie ma specyficznie moralnego, prawnego lub prudenckiego typu normatywności; normatywność jest jasna i prosta. Pogląd, że istnieje tylko jeden sens sformułowania „powinien”, podziela wielu współczesnych filozofów moralnych, pisze Spaak, a powołując się na stanowisko Judith Jarvis Thomson, wskazuje, iż „powinno” oznacza to samo w różnych kontekstach, ale równocześnie podkreśla, że podczas gdy moralne „powinno” jest kategoryczne, inne „powinności” mają

charakter warunkowy, są powiązane z wolą podmiotu dążącego do osiągnięcia określonego celu (Spaak 2018, 87).

W kręgu dyskusji nad normatywnością prawa występuje problem, który dla „istnienia normatywności” może być dobrym punktem odniesienia. Generalnie można go sprowadzić do pytania o normatywność reguł i normatywność systemów. Można się zastanawiać, czy normatywność prawa należy rozumieć jako właściwość poszczególnych norm prawnych, czy też jako właściwość porządków prawnych (systemów prawnych). To rozróżnienie nie jest istotne przy rozważaniu normatywności moralności. To, czy moralność jest pojmowana jako system norm (zestaw norm), nie jest istotne z punktu widzenia normatywności poszczególnych norm. To znaczy, że norma moralna ma moc normatywną niezależnie od tego, czy jest elementem systemu i czy tak jest postrzegana. W przypadku prawa zawsze przyjmuje się, że jest to system, lub przynajmniej zestaw norm, ze wszystkimi konsekwencjami z tym związanymi. Taką konsekwencją jest między innymi to, że każdy porządek prawny musi przewidywać sankcje, aby kwalifikować się jako porządek prawny, chociaż nie ma koniecznego związku między przymusem a poszczególnymi normami prawnymi, ponieważ istnieją normy prawne (np. przepisy zawierające przyznawanie uprawnień), które nie nakładają sankcji. Istnieje jednak pośredni związek między poszczególnymi normami a systemem prawnym, o którym można powiedzieć, że jest ukierunkowany od systemu do norm. Odwrotnej zależności nie ma. „Nie oznacza to jednak, że opis normatywności prawa nie musi dotyczyć kwestii normatywności poszczególnych norm prawnych, ale tylko to, że normatywność prawa nie musi być funkcją (w sensie matematycznym) normatywności poszczególnych norm prawnych” (Spaak 2017, 7). W innym ujęciu jest to zawarte w pytaniu, czy normatywność prawa jest jednolita, czy może być adresowana do poszczególnych norm.

4.2. Normatywne wypowiedzi – oświadczenia normatywne

Rozważane zagadnienie jest związane z formą i treścią reguł, norm. Jest ono kluczowe dla dalszego wywodu i wymaga szerszego wyjaśnienia. Podstawowa kwestia dotyczy norm prawnych⁵. Bez wnikania w złożoną problematykę

⁵ Pomijam w tym miejscu złożony problem charakterystyki typu norm. W charakterystyce norm prawnych interesujące spojrzenie prezentuje George Glos, który poza wskazaniem na tradycyjne rozróżnienia, np. norm generalnych, abstrakcyjnych i indywidualnych, konkretnych, podaje inne przykłady. Normy autonomiczne zakładają podmiotową tożsamość normotwórczą i wykonywanie nałożonego obowiązku. W normie autonomicznej podmiot normotwórczy postanawia i na mocy normy nakłada na siebie obowiązek, a tym samym staje się podmiotem zobowiązanym. Normy autonomiczne pojawiają się głównie w etyce. W prawoznawstwie wskazuje się na normy autonomiczne, eksponując ten rodzaj stanowienia prawa, w którym naród sam ustala obowiązujące go normy. Dychotomia autonomia-heteronomia służy rozróżnieniu różnych form rządu; autonomia wskazuje na demokrację, a heteronomia na rząd autokratyczny. Normy heteronomiczne

dotyczącą norm prawnych zwracam uwagę na najważniejszy, jak się wydaje, aspekt. W teorii norm podkreśla się rolę wypowiedzi językowych. Kazimierz Opałek pisze: „Aby wyrazić rozkaz, decyzję lub normę, trzeba posłużyć się określoną wypowiedzią – imperatywną, decyzyjną lub normatywną, które są pewnymi rodzajami wypowiedzi performatywnych” (Opałek 1997, 99). To, najistotniejsze z punktu widzenia dalszego wywodu, rozróżnienie nie prowadzi do zrównania norm prawnych z innymi normami przez podkreślenie znaczenia wypowiedzi o normatywnej treści, ale jedynie poszerza pole analizy o normatywność występującą w innych wypowiedziach, traktowanych jako swoiste źródło normatywne. Jak pisze Grzonka, „W teorii prawa kładzie się nacisk na rozróżnienie norm prawnych i innych pojęć, takich jak zdania deontyczne, optatyw, normy techniczne, dyrektywy instrumentalne, a podstawą rozróżnienia jest to, że normy prawne są normami postępowania”. W diskutowanym problemie kluczowe jest to, że „wypowiedzi normatywne mają na pierwszy rzut oka postać właśnie optatyw lub dyrektyw celowościowych (ewentualnie instrumentalnych). Dotyczyć to może także przepisów zrębowych norm programowych. Nie powoduje to jednak utraty normatywności przez te wypowiedzi” (Grzonka 2012, 16).

Mówiąc o wypowiedziach normatywnych, podkreślam, że komunikują potencjał normatywny regul/norm, ponieważ inne formy „bytów normatywnych”, standardy, racje czy wartości, mogą być w tę podstawową formę transponowane. Normatywne wypowiedzi najczęściej przyjmują postać zdania o określonej treści. Z konstrukcji wyrażenia normatywnego wynika hipotetyczna powinność określonego działania, zachowania się. W jaki sposób następuje przekształcenie wyrażenia normatywnego i hipotetycznej powinności wynikającej z treści wypowiedzi w powinność rzeczywistą, uzasadnioną, tak, że staje się ona racją działania, jest uzależnione od spłotu różnych okoliczności i kontekstu normatywnego/społecznego, systemowego. Wyrażenie normatywne w wyniku przekształcenia staje się normą. Sens terminu „normatywny” odnoszony jest często do ogólnego pojęcia uzasadnienia działania, a zatem obejmuje swoim zakresem przyczyny moralne i prudencjalne, ale jest też znaczenie tego terminu związane

są normami, w których podmiot normotwórczy i podmiot, na który jest nałożony obowiązek, znajdują się na odmiennych pozycjach. Pierwszy manifestuje swoją wolę i wydaje polecenia, drugi wypełnia to, co jest tak określone, co staje się obowiązkiem nałożonym na niego. Normy absolutne są normami, w których zawarte polecenia nie są w żaden sposób kwalifikowane i nie podlegają jakimkolwiek ograniczeniom. Normy hipotetyczne są normami, w których polecenie jest warunkowe: jeśli zaistnieje B, to powinno być A. Inne ciekawe rozróżnienie dotyczy norm „wtórnych” i „oryginalnych”. Autorowi nie chodzi jednak o to, że wtórność lub oryginalność wynika z odwołania się lub nie do norm spoza systemu prawa. Chodzi o zależność w ramach systemu prawa. Normy oryginalne to takie, które nie wywodzą swojej ważności z innej normy; normy wtórne czerpią swoją ważność z innej normy. Taka zależność jest podstawą do wskazania na możliwą hierarchię norm, jeśli uwzględnimy możliwe korelacje między nimi. Ta sama norma może być normą oryginalną (pierwotną) w stosunku do innej, niższej (wtórnej), a równocześnie wtórną w stosunku do innej, wyższej (Glos 1969, 164).

z charakterem norm jako takich. Norma nie istnieje, jeżeli ktoś nie myśli, że ma ona jakiś wpływ na czyjeś racje działania, a tym samym może istnieć, nawet jeśli w rzeczywistości nie wpływa na czyjekolwiek powody działania. Dzieje się tak, ponieważ norma jest po prostu rodzajem artefaktu, którego istnienie zależy od faktów dotyczących ludzkich zachowań, postaw lub przekonań. Ale jest też inne, zachodzące na poprzednie, znaczenie tego terminu związane z charakterem norm jako takich. W drugim znaczeniu normy stanowią rodzaj standardów oceny (Perry 2006, 1175).

W wyrażeniu normatywnym mamy do czynienia z powinnością hipotetyczną/propozycją, a w normie z realną powinnością. Biorąc pod uwagę fakt, że ten unikatowy sposób przekształcenia wyrażenia normatywnego i hipotetycznej powinności wynikającej z jego treści w powinność rzeczywistą, uzasadnioną, tak, że staje się ona racją działania, dokonuje się w określonym kontekście normatywno-społecznym, mamy, jak na to wskazuje intuicja, do czynienia z następującymi możliwościami. Norma z jednej rzeczywistości społecznej może być wyrażeniem normatywnym w innej rzeczywistości społecznej i odwrotnie. Jeśli odnosimy to do prawa, sprawa wydaje się stosunkowo prosta. Wyrażenie normatywne (x) zostało przekształcone (według określonych zasad) w normę prawną (y) należącą do systemu prawa, np. szwedzkiego. To wyrażenie w niezmienionej postaci może zostać recypowane i przekształcone (według określonych zasad) w normę prawa polskiego. Załóżmy, że idea czy postulat takiego przekształcenia został w Polsce odrzucony, ale dyskusja na ten temat upowszechniła i „spopularyzowała” to wyrażenie normatywne. Upowszechnienie jest możliwe w dwóch wersjach: w wymiarze deskryptywnym wypowiedzi normatywnej (przedstawiona jest treść wyrażenia normatywnego) albo w wymiarze deskryptywnym normy (jako treść normy należącej do systemu prawnego). W jednym i drugim przypadku opis może być uzupełniony o ocenę, jedne i drugie bowiem mogą być przedmiotem opisu i oceny.

Podobna sytuacja dotyczy opisu powtarzających się zachowań, z których można wyprowadzić treść norm społecznych, a niekiedy prawnych (zwyczaj prawny). Z nich wnioskujemy o istniejącym wzorze postępowania. W opisie mogą być również zawarte oceny. Przedstawianie powtarzających się zachowań, w postaci zdania opisowego, nie ogranicza się tylko do przedstawienia faktu/zdarzenia, ale często ponadto konfrontuje go z istniejącym wzorem powinno zachowania, normą (zachowania zgodne bądź niezgodne z normą), co także może być przedmiotem oceny.

Przedstawione wyżej uwagi bez charakterystyki innych „bytów normatywnych”, których normatywny wymiar da się sprowadzić do wyrażen normatywnych lub norm, stanowią rodzaj punktów odniesienia dla charakterystyki sfery normatywnej. Nie zastępują one tradycyjnie postrzeganych elementów, to znaczy norm i ich systemów, ale pozwalają na uzupełnienie i dopełnienie sfery normatywnej wskazanymi wyżej (np. opis i ocena zachowań normatywnych, wyrażen normatywnych, norm) dodatkowymi elementami.

Zagadnienie wyrażen, wypowiedzi normatywnych, wydaje się ważne z punktu widzenia charakterystyki funkcjonującego współcześnie otoczenia normatywnego ze względu na zachodzące zmiany w sferze komunikacji. Wcześniej przywoływanie w postaci zdań opisowych wypowiedzi o normach, wzorach, regułach (najczęściej normach społecznych, zwyczajach) postrzegane było najczęściej jako ilustracja czegoś odmiennego, dziwnego lub egzotycznego. Współcześnie, ze względu na praktycznie nieograniczone możliwości komunikowania się, wyszukiwania i przetwarzania informacji, mamy do czynienia z innym statusem „wypowiedzi o normach” i z inną formą agregacji elementów (wymienionych wyżej postaci wypowiedzi normatywnych). Przynajmniej część z nich staje się elementami należącymi do szeroko rozumianej sfery normatywnej, a ich ukonstytuowanie tworzy nową rzeczywistość. Dotyczy to również prawa, z jego uprzywilejowaną pozycją, która załamuje się, podobnie jak i jego terytorialne, kulturowe osadzenie, wraz z gasnącym mitem suwerenności. Agregacja ma charakter komunikacyjny, z nieograniczonymi możliwościami transferu poszczególnych elementów, które tworzą swoistą strukturę w przestrzeni normatywnej. Ten sposób agregacji pozwala na swoisty rodzaj przetwarzania wskazanych wyżej elementów sfery normatywnej oparty na powiązaniach treściowych, nadając im specyficzny kształt i dynamikę w postaci normatywnych trendów, i jest punktem wyjścia w definiowaniu przestrzeni normatywnej.

4.3. Charakterystyka przestrzeni normatywnej

Użycie terminu „przestrzeń normatywna” i jego zastosowanie do charakterystyki zachodzących zmian w sferze normatywnej, a w konsekwencji do proponowanego paradygmatu, wymaga szerszego wyjaśnienia, niż miało to miejsce w charakterystyce problemu badawczego, zwłaszcza że można napotkać przypadki posługiwania się nim w literaturze w innych znaczeniach. W badaniach naukowych termin ten jest czasem stosowany do określenia przestrzeni między istniejącymi porządkami prawnymi (Zirk-Sadowski 2014, 237). Używam tego terminu w innym sensie. Jego funkcja jest podobna do pojęć, które mają nadać jakąś formę uogólnienia temu, co jest charakterystyczne dla fenomenu normatywności i otaczającej nas normatywności w różnych postaciach.

Pojęcie „przestrzeni normatywnej” może wydawać się bliskie pojęciu „sfery normatywnej”, ale różni się od niego znacznie⁶. Jest zbliżone do używanego

⁶ Nie rozwijam kwestii dotyczących takich ogólnych pojęć, wstępnie charakteryzowanych na początku pracy, jak „sfera normatywna”, „otoczenie normatywne”, „środowisko normatywne”, bo, jak sądzę, intuicyjne podejście jest tu wystarczające do ich zrozumienia. Pojęcie sfery normatywnej, otoczenia czy środowiska normatywnego nie jest ostre. W wąskim zakresie znaczenia odnosi się do uregulowań prawnych obowiązujących w ramach konkretnego systemu, posiadających związek z określoną sferą rzeczywistości. W tym znaczeniu jest synonimem pojęcia „otoczenie

pojęcia „przestrzeni normatywności”⁷, które mówi raczej o potencjalnych możliwościach kreacji w obszarze normatywności, podczas gdy przestrzeń normatywna jest jej urealnieniem. Ale i tu sytuacja nie jest jednoznaczna. Kiedy mówi się o przestrzeniach normatywności, dyskusja powinna mieć na celu nie tylko udowodnienie ich istnienia, ale również odkrycie ich funkcji. „Myślenie o przestrzeniach normatywności we współczesnym prawie oznacza nie tylko patrzeć na pojawianie się różnych przestrzeni normatywności w prawie pozytywnym, ale także rozważanie ich z perspektywy pozaprawnej” (Lixinski 2008, 2). Dla odróżnienia w koncepcji przestrzeni normatywnej wskazuję, że jej ważną cechą jest włączenie dodatkowych elementów wyrażających normatywność, w konsekwencji czego może przybierać różne formy i przejawiać się w wielu sferach tworzących nową rzeczywistość normatywną.

Pod względem struktury i funkcji przestrzeń normatywna różni się od takich całości, jak: porządek normatywny, ład normatywny, systemy normatywne czy systemy aksjonormatywne. Zasadnicza różnica wynika z położenia akcentu na takie cechy, które są najbardziej typowe dla współczesności. Cechy, które w podstawowym wymiarze są emanacją wskazanych wyżej zmian w sferze normatywnej oraz innych, często przywoływanych i analizowanych w literaturze poświęconej „ponowoczesności”. Poza opisywanymi zmianami występują dodatkowe zjawiska, które odgrywają istotną rolę i upoważniają do innego ujęcia sfery normatywnej czy spojrzenia na nią oraz do charakterystyki przestrzeni normatywnej. Decydują o tym trzy aspekty. Pierwszy to elementy składowe, ich statusu i funkcja. Drugi to formy agregacji wyróżnionych elementów i typ relacji między nimi. Trzeci to strukturalizacja/standaryzacja, czyli możliwości uporządkowania poszczególnych elementów i relacji w taki sposób, że tworzą szeroko rozumianą całość normatywną.

4.3.1. Elementy przestrzeni normatywnej

Zdecydowana większość analiz w teorii i filozofii prawa, a być może nawet wszystkich odnoszących się do pozycjonowania prawa w porządku normatywnym, zwłaszcza prawa traktowanego jako system aksjonormatywny, zawiera założenie ściśle określonego związku między elementami układu/porządku

prawne”. Przykładem takiego znaczenia jest użycie pojęcia w badaniach „Barometr stabilności otoczenia prawnego w polskiej gospodarce”, realizowanego przez firmę Grant Thornton w 2015 roku, <http://www.slideshare.net/GrantThorntonPL/barometr-prawa-grant-thornton?ref=http://barometrprawa.pl/> [dostęp 2.06.2016]. W szerszym znaczeniu odnosi się do problemu normatywności generalnie, normatywnego pluralizmu i możliwych do wystąpienia relacji w ramach poszczególnych systemów. Jest to zagadnienie szczególnie skomplikowane w świecie współczesnym, między innymi ze względu na dynamikę zjawisk kulturowych.

⁷ Drugi tom *European Journal of Legal Studies* był dedykowany zagadnieniom pojawiania się nowych obszarów regulacji prawnych czy ‘nowym przestrzeniom normatywności’ (*European Journal of Legal Studies. Spaces of Normativity*: Winter 2008 – Volume 2 – Issue 1).

normatywnego w ramach apriorycznie wyznaczonych granic. Istotą jest definiowanie elementów i relacji jako struktury systemu, najczęściej w formie hierarchicznego porządku i granic systemu, wyznaczonych kulturowo, czasowo i terytorialnie. Takie związki zostały, jeśli nie utracone, to przynajmniej na tyle osłabione, mimo prób ich „ratowania” na różne sposoby, że dzisiaj nie odgrywają pierwszoplanowej roli.

Termin „przestrzeń normatywna” jest bardziej relewantny w odniesieniu do cech, zakresu i zmienności środowiska normatywnego, bo dynamika społeczna, którą wcześniej podkreślałem, i zachodzące zmiany powodują, że trudno jest przypisać sferze normatywnej, jej podstawowym elementom, ściśle i trwale określoną systemową strukturę i ściśle określone granice. „Zasiedlamy nomos – normatywny wszechświat. [...] Normy i zasady sprawiedliwości, formalne instytucje prawa i konwencje porządku społecznego są rzeczywiście ważne dla tego świata; są one jednak niewielką częścią normatywnego wszechświata, który powinien zwrócić naszą uwagę” (Cover 1983, 4).

Kluczowe elementy normatywne mogą odgrywać okresowo ważną rolę, ale ich funkcje normatywne nie zawsze są decydujące. Wraz z rozwojem społecznym zachodzą istotne zmiany w przestrzeni normatywnej, w tym w prawie, będącym podstawowym elementem przestrzeni normatywnej. Mówiąc najogólniej, pojęcie przestrzeni normatywnej obejmuje mniej lub bardziej sformalizowane elementy normatywne (przede wszystkim systemy norm i standardów – samo prawo), ale funkcjonujące w szczególnym układzie powiązań.

W przestrzeni normatywnej status prawa jest szczególny, ale zależność od innych elementów normatywnych jest różnie postrzegana. W radykalnej wersji wskazuje się, że prawo jest nieustannie konstruowane przez rywalizację między różnymi normotwórczymi wspólnotami (*normgenerating communities*) (Berman 2007, 302). Cechą współczesnej przestrzeni normatywnej jest pluralizm, w tym również prawny. W badaniach zjawiska pluralizmu prawnego podkreśla się zalety podejścia pluralistycznego, które jest ukierunkowane na identyfikację hybrydowych przestrzeni prawnych. Odnosi się to do sytuacji, w której państwa i niepaństwowe systemy normatywne negocjują powstawanie hybrydowej przestrzeni prawnej na tym samym polu społecznym. Co więcej, określony sposób ujęcia pluralizmu może pomóc zarówno w przeformułowywaniu starych debat, głównie pojęciowych, jak i generowaniu nowych podejść do badania przestrzeni normatywnych, kształtujących je mechanizmów w wymiarze proceduralnym (Berman 2009). Paul Berman przywołuje myśl Roberta Covera z pracy *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*, że prawo jest mostem w przestrzeni normatywnej łączącym świat, który jest, ze światami, które mogą być. Cała wypowiedź Covera brzmi następująco: „Prawo jest mostem w przestrzeni normatywnej łączącej [nasze rozumienie] «świata, który jest» (w tym normy, które «rządzą», i przepaść między tymi normami a obecnym zachowaniem wszystkich aktorów) z naszymi projekcjami alternatywnego «świata, który może być», w tym alternatywnych

norm, które mogą «rządzić», i zestawienia alternatywnych, wyimaginowanych działań z tymi wyimaginowanymi systemami norm” (Cover 1985, 181).

To umiejscowienie prawa w szerszym wymiarze normatywnym jest najistotniejsze. Chciałbym przedstawić dwa cytaty, które dobrze odzwierciedlają i uzasadniają proponowane podejście: „Jesteśmy zwierzętami normatywnymi, wyrażającymi oceny o właściwych roszczeniach i zachowaniach. Normatywność jest zatem uniwersalna. Legalność nie jest. Prawa, zdefiniowane przez stulecia zachodniej konwencji, są punktami normatywnego kontinuum i zawsze spoczywają w szerszej matrycy mniej zinstytucjonalizowanej normatywności. Normy prawne są podzbiorem norm społecznych. Ale, jeśli w ten sposób można rozróżnić prawa i normy, nie można ich rozwieść. Z tego powodu prawnicy muszą poważnie traktować ogólną normatywność, a socjologowie muszą szanować wyjątkową normatywną pozycję legalności” (Donlan 2015, 8) oraz „Nie było i nie ma teraz zjednoczonej i czystej przestrzeni prawnej lub normatywnej, kontrolowanej odpowiednio przez wszechobejmujące państwo lub społeczeństwo. Zamiast tego prawa i normy zawsze spoczywają w szerszej sieci silnego lub głęboko legalnego pluralizmu, całości porządków normatywnych i bardziej rozproszonych wpływów normatywnych” (Donlan 2015, 8).

Proponowane ujęcie przestrzeni normatywnej wymaga doprecyzowania, w jakim sensie używam terminu „elementy normatywne”. Nawiązując do charakteryzowanego wcześniej pojęcia „normatywności”, należy podkreślić, że normatywność ma różne poziomy i formy ekspresji oraz związaną z tym „treść powinności”. „Użycie terminu «powinno» i jego normatywne znaczenie jest zdefiniowane w pewien szczególny sposób przez kontekst i zwykle wyjaśniane przez naturę kontekstu” (Black 1964, 176). Z tego względu określenie „elementy normatywne” należy rozumieć szerzej, a nie tylko jako normy, reguły. Jest oczywiste, że przestrzeń normatywna składa się przede wszystkim z takich elementów, jak: wartości (ze względu na związki i postać norm ukrytych w tych wartościach), prawa człowieka, zasady i normy prawa, precedensy i normy miękkiego prawa, oświadczenia normatywne zawarte w uzasadnieniu orzeczeń sądowych, oświadczenia normatywne zawarte w doktrynie – by wymienić najważniejsze. Ale oprócz tego jej elementami są różnego typu normy społeczne oraz wypowiedzi normatywne wraz z zawartymi w nich ocenami. Poza zróżnicowaną paletą elementów normatywnych oraz tym, że mogą być one w inny sposób łączone, zasadniczą rolę odgrywa to, w jaki sposób są strukturalizowane.

4.3.2. Formy strukturalizacji/standaryzacji przestrzeni normatywnej

Konstrukcja, a raczej strukturalizacja przestrzeni normatywnej, w wyniku czego możemy mówić o określonym typie przestrzeni normatywnej, jest podstawowym zjawiskiem decydującym o zasadności i innowacyjności zarówno posługiwania się tym pojęciem, jak i odmiennego spojrzenia na prawo.

Strukturalizacja jest procesem, który przebiega według określonych standardów, reguł, podobnie do procesów poznawczych, gdy coś przyjmujemy, odrzucamy, preferujemy czy dopasowujemy do już istniejącej wiedzy, przekonań i wyobrażeń. Aczkolwiek kwestia świadomości normatywnej, o czym będzie mowa w dalszej części rozważań, jest ważnym elementem, to konstrukcja przestrzeni normatywnej nie jest subiektywnym aktem poszczególnych podmiotów. Jest to proces sformalizowany, oparty na mniej lub bardziej precyzyjnie określonych regułach zewnętrznych, decydujących o ukształtowaniu typu przestrzeni normatywnej. Obok elementów przestrzeni normatywnej, dla jej określenia istotne są reguły preferencyjne, umożliwiające jej strukturalizację/standaryzację, nadające jej ostateczny kształt: struktury elastycznej, w mniejszym stopniu zhierarchizowanej niż systemy aksjonormatywne. W jakim kierunku zwracamy się przy konstruowaniu przestrzeni normatywnej, a mówiąc inaczej, jak zorientowane jest kształtowanie przestrzeni normatywnej, wynika z przyjętych reguł preferencji. W ich ustalaniu „rozstrzyga się” spór o kształt przestrzeni normatywnej.

Oparcie mechanizmów selektywnych na określonych założeniach (np. jednokryterialnym – aksjologicznym, lub też wielokryterialnym – nawiązującym do preferowanych treści normatywnych) nie jest, jak się wydaje, jedyną opcją. „Rosnąca złożoność społeczeństwa i coraz wyraźniejsze różnicowanie i poprawianie normatywnych perspektyw wymaga przygotowania bardziej odpowiednich i wydajnych mechanizmów selektywnych, podejmowanych ze względu na utratę mocy dotychczasowych, w celu utrzymania poziomu osiągniętego rozwoju. W sposób, który może być całkowicie inny, tworzone są specyficzne systemy interakcji, tak zwane procedury, ze szczególnym zadaniem polegającym na zapewnieniu funkcji wiążących” (Di Viggiano 2011, 108).

Reguły preferencji (możemy je uznać za mniej lub bardziej sformalizowane procedury) narzucają ramy kreowania przestrzeni normatywnej. Mogą być oparte na preferowanych „wartościach podstawowych”, na metaforach, np. takich jak metafora postępu, efektywności, a także na określonej koncepcji racjonalności, ale różnią się od reguł stosowanych dotychczas, typowych dla modernizmu. Typowa dla projektów nowoczesności racjonalizacja w swojej istocie miała charakter ujednoliciający, emancypujący i scalający. „W tym rozumieniu jej realizacja ukierunkowana była na rozmywanie różnic, doszukiwanie się w niezgodnych czy sprzecznych sytuacjach wymiaru wspólnego – czynnika, któryby czynił z wielości jedność. Elementy, które nie poddały się procesowi ujednolicania, zostawały spychane na obrzeża” (Richert 2010, 109).

Kształtowanie się przestrzeni normatywnej realizuje się na polu wyznaczonym nie tylko przez „kompatybilne” elementy normatywne, ale także przez przyjmowane założenia (przede wszystkim aksjologiczne), kontekst kulturowy, wspólną wiedzę, ukierunkowujące działanie i umożliwiające prowadzenie dialogu. Analizując problem ram normatywnych w odniesieniu do dyskursu argumentacyjnego w stosowaniu prawa, wskazuje się, że jest to tło przedstawianych

roszczeń bliskie temu, co Arystoteles określał pojęciem *endoxa* (powszechnie akceptowanych przekonań), ale z zastrzeżeniem: „Jest oczywiste że *endoxa* jest wprowadzana do dyskusji konkretnie rozważanych kwestii, a zatem każda racjonalna dyskusja będzie miała własną *endoxę* (bo żadna racjonalna dyskusja nie może się obejść bez *endoxy*)” (Bertea i Sarra 2014, 150). Idąc wyznaczonym tropem, można przyjąć, że dla standaryzacji przestrzeni normatywnej walor „wiarygodności” lub „prawdopodobieństwa”, charakterystyczny dla sfery mniemań (*doxa*), jest intuicyjnie poprawny i oddający kwestię odnoszenia się do sfery normatywnej w społeczeństwie, do tego, co jest powszechnie przyjmowane. „Odpowiedź na pytanie o sens waloru «zgodności z opinią powszechną» jest złożona i raczej odmienna od tej, której można by oczekiwać na podstawie literalnego brzmienia powyższego określenia. Stanowi ono tłumaczenie terminu *endoxon*. Wprawdzie wywodzi się on od *doxa*, zatem tłumaczenie go jako «powszechnie przyjęte» pozostaje najbliższe jego dosłownemu znaczeniu, jednak właściwiej byłoby chyba oddać je (jak czyni się częściej, w innych miejscach) jako «prawdopodobne» lub «wiarygodne» właśnie” (Pichlak 2014, 49).

W literaturze z zakresu teorii i filozofii prawa wskazuje się na wiele zjawisk, które mogą być potraktowane jako przesłanki strukturalizacji przestrzeni normatywnej. W strukturalizacji przestrzeni normatywnej najważniejszą rolę odgrywa ujmowanie prawa. W tej sytuacji istotnym elementem strukturalizacji przestrzeni normatywnej jest to, na co zwraca uwagę Leszek Leszczyński, czyli uniwersalizacja aksjologii prawnej i rozwiązań prawnych, a także zjawiska uniwersalizacji modelu demokracji, państwa prawnego (Leszczyński 2012, 104–105).

Wydaje się, że taką rolę, reguł standaryzacji”, mogłyby pełnić uniwersalne prawa i wolności człowieka jako koordynator, pokojowych i cyklicznych, wzajemnych przejść prawa pozytywnego i porządku normatywnego (Savaneli 2013, 3). Prawa człowieka są najlepiej rozpoznawane jako jedna z rzadkich zasad moralnych, których normatywność jest oczywista. Prawa człowieka przemawiają do nas bezpośrednio w przekonujący sposób, są prawdziwe i autentyczne niezależnie od innych racji. Można powiedzieć, że prawa człowieka nie wymagają żadnej argumentacji na ich rzecz (Amitai 2010).

Przypisanie szczególnej roli prawom człowieka w strukturalizacji przestrzeni normatywnej, a jeszcze bardziej, gdy posłużymy się pojęciem „standaryzacji przestrzeni normatywnej”, może być uzasadnione na wiele sposobów. Po pierwsze, jak pisze Bartosz Wojciechowski: „Przekonanie, iż we współczesnych, pluralistycznych społeczeństwach brak jest wspólnego zestawu wartości, który mógłby stanowić źródło społecznej solidarności, nakazuje poszukiwania czegoś, co pozwoli przetrwać takim społeczeństwom. [...] Prawo ma za zadanie koordynowanie i strukturyzowanie różnych moralnych środowisk w pewną społeczną całość. Oczywiście prawo, które chce zintegrować te wszystkie zróżnicowane interesy i preferencje w spójny system, musi stworzyć nowe sposoby komunikacji między uczestnikami społecznych interakcji, a nie powinno narzucać im wspólnych

systemów wartości czy preferencji. W tym właśnie tkwi rola praw człowieka, które tworzą miejsce wspólne w wielokulturowym, pluralistycznym i kosmopolitycznym świecie” (Wojciechowski 2009, 125–126). Po drugie, na co wskazuje Tomasz Kozłowski (2000, 68), prawa człowieka są traktowane w coraz większym stopniu jako zasadnicza podstawa globalnego unitaryzmu prawniczego. Nie bez znaczenia jest też rodzaj „przejrzystego porozumienia między filozoficznie wyprowadzoną listą praw człowieka” (Wojciechowski 2012, 118). Oczywiście, mogą powstawać problemy na tle wprowadzanych konkretnych rozwiązań, zwłaszcza w kontekście kulturowym, ale nie zmienia to faktu silnej pozycji praw człowieka i ich potencjalnej roli w kształtowaniu przestrzeni normatywnej, również ze względu na stopień konsensusu osiągniętego w ostatnich kilkudziesięciu latach.

Eksponując zagadnienie reguł preferencji w rozważaniach nad konstrukcją przestrzeni normatywnej, chcę równocześnie podkreślić możliwe zróżnicowanie podmiotowe, a ponadto że w zależności od przyjmowanych reguł preferencji przestrzeń normatywna może mieć szerszy albo „spłaszczony i ograniczony” wymiar. Ważnym, z punktu widzenia prowadzonej analizy, problemem jest strukturalizacja przestrzeni normatywnej przez prawodawcę, zwłaszcza jeśli jest ona „jednowymiarowa”, dokonywana z pominięciem istotnych dla tego procesu zjawisk zewnętrznych. Traktuję tę jednowymiarową strukturalizację podobnie do charakterystyki zaproponowanej przez Piotra Winczorka, który pisze: „Prawotwórca jest ogarnięty pewną ideą, której realizacja wydaje się mu nieodpartym imperatywem moralnym, politycznym lub ekonomicznym. Innymi słowy, i mniej elegancko, powiedzieć można, że prawotwórca działa w poczuciu jakiejś misji. To, czy urzeczywistnienie owej idei, na której skądinąd nie może być żadnej aksjologicznej skazy, jest możliwe za pomocą unormowań prawnych, nie jest specjalną troską prawotwórcy” (Winczorek 2000, 61). Twarda, aksjologiczna podstawa preferencji, a w związku z tym odrzucenie niezgodnych z nią czy niewygodnych elementów i trendów jest przykładem „spłaszczenia” przestrzeni normatywnej.

W wyniku preferencji stosowanych na skalę społeczną mamy do czynienia z różnymi „przestrzeniami normatywnymi”, dającymi się wyróżnić na podstawie zastosowania tych reguł preferencji. W związku z tym może dochodzić i dochodzi do „zderzenia się” różnych opcji przestrzeni normatywnej. Kwestia strukturalizacji/standaryzacji przestrzeni normatywnej jest niewątpliwie złożona i wymaga prowadzenia ukierunkowanych badań.

5. Status prawa w przestrzeni normatywnej

W tradycyjnym ujęciu (w ramach tradycyjnego paradygmatu) dla charakterystyki statusu prawa podstawowe znaczenie mają dwa zagadnienia: obowiązywanie prawa i jego pozycja względem innych systemów normatywnych. W proponowanym ujęciu (w ramach paradygmatu prawa w przestrzeni normatywnej) status

prawa jest uzależniony od tego, jak jest ukształtowana konkretna przestrzeń normatywna i w jakiej konkretnej przestrzeni normatywnej „poruszamy się”, podejmując konkretne działania prawne. W zależności od tego przestrzeń normatywna może oddziaływać na status prawa na różnych poziomach i w różnym zakresie. Prawo w znacznym stopniu wypełnia przestrzeń normatywną, jest – jak już wskazywałem – jej konstytutywnym elementem, a równocześnie, ze względu na złożoną strukturę i dynamikę, stanowi rodzaj rdzenia, wokół którego koncentruje się świat normatywności: prawo rozumiane tradycyjnie, pozytywistycznie.

W gamie zjawisk z tym związanych wskazuję tylko na te, które zmieniają optykę w badaniu niektórych aspektów. Poza zagadnieniami ściśle związanymi z podstawowym problemem badawczym, tworzenia prawa w przestrzeni normatywnej, a konkretnie – wpływu (roli) normatywnych źródeł prawa, zwracam uwagę na dwa, powiązane z sobą zjawiska. Pierwsze dotyczy legitymizacji prawa, drugie kwestii świadomości normatywnej i internalizacji treści wyrażen normatywnych.

5.1. Wpływ przestrzeni normatywnej na legitymizację prawa

W każdym ujęciu prawa, a generalnie – w teorii prawa, problem legitymizacji prawa występuje z różną intensywnością, a podejście do problemu w dużej mierze decyduje o całej konstrukcji teorii. Odpowiedź na pytanie, czy prawo potrzebuje legitymacji, ma raczej charakter oczywisty. Natomiast pytanie, czy i jaka jest zależność statusu i funkcji prawa od jego legitymizacji, jest otwarte, a udzielane odpowiedzi różnią się od siebie.

Charakteryzując w sposób syntetyczny problem legitymizacji prawa w europejskim kręgu kulturowym, Marek Zirk-Sadowski pisze: „Autorytet prawa nie bierze się ani z intelektualnego autorytetu jego przedstawicieli, ani z władzy państwowej opartej na groźbie użycia siły lub zastosowania innych sankcji, lecz z powszechnego przekonania jednostek, że należy się podporządkować ustaleniom interpretacyjnym sędziów i innych urzędników, gdyż reprezentują oni prawo będące samo w sobie wartością, którą trzeba szanować. Zatem nie siła i przymus używane przez państwo i kryjące się za prawem, lecz wartość instytucji prawnych jest źródłem legitymizacji prawa. W zbiorze wartości konstytuujących te instytucje bardzo istotną rolę odgrywa racjonalność uzasadnień decyzji przez nie podejmowanych, która daje podstawy do przyjęcia konstrukcji racjonalnego prawodawcy w wykładni prawa” (Zirk-Sadowski 2012, 5).

We współczesnym dyskursie prawniczym podstawową przesłanką jest przyjęta konieczność legalności stanowienia prawa jako elementu konstytuującego prawo. Nie jest to jednak warunek wystarczający. „Poza pojęciem legalności potrzebujemy koncepcji legitymizacji, aby wyjaśnić autorytet prawa i obowiązek przestrzegania prawa przez obywateli” (Gribnau 2002). Konieczne jest wprowadzenie dodatkowych przesłanek, aby budować autorytet prawa w wymiarze wykraczającym poza

jego legalność. Dodatkowo podkreślić należy, że w podejściach odmiennych od pozytywistycznych legitymizacja prawa jest traktowana jako niezbędny element konstytuujący prawo. Tak jest np. u Dworkina, gdzie legitymizacja stanowi punkt wyjścia, ponieważ pozwala na rozróżnienie między prawem i nie-prawem. Dla tego autora podstawą jest rozróżnienie między zgodnym z prawem i bezprawnym użyciem siły. „Wszystkie aspekty prawa, od identyfikacji źródeł, do podstawowych pytań interpretacyjnych, są budowane wokół kwestii legitymizacji. Zamiast (potencjalnej) legitymacji będącej wytworem norm mających właściwą treść, legitymacja jest centralnym elementem określania treści norm prawnych” (Priel 2011, 22). Różne koncepcje legitymizacji prawa i spór toczony między ich autorami wiąże się z tym, jakie dodatkowe przesłanki są proponowane.

Ogólnie rzecz biorąc, legitymizacja rozumiana jest jako stawienie czoła arbitralności prawa, jako próba wyjaśnienia paradoksów i sprzeczności związanych z jego funkcjonowaniem. Można powiedzieć, że jest to kanon odnoszący się do różnych obiektów podlegających legitymizacji, np. władzy politycznej (Biernat 2014a). Bez względu na to, która forma legitymizacji jest akcentowana, cały proces odbywa się na dwóch poziomach: epistemologicznym i aksjologicznym. Istotna uwaga zawarta jest w poniższym stwierdzeniu: „Legitymacja jest uogólnioną percepcją lub założeniem, że działania jednostki są pożądane, właściwe lub odpowiednie w ramach jakiegoś społecznie skonstruowanego systemu norm, wartości, przekonań i definicji” (Suchman 1995, 574).

Kluczowy problem związany z legitymizacją prawa wynika z procesu stanowienia prawa i jego „podwójnej natury”, jego podwójnego zakorzenienia: w rzeczywistości politycznej i prawnej. Wymaga to uzupełnienia i wzmocnienia również demokratycznej legitymacji prawodawcy, poprzez uzasadnienie i usprawiedliwienie najważniejszych decyzji ustawodawcy przyjętych w procesie stanowienia prawa. Każda taka próba opiera się na arbitralnej ingerencji w „łańcuch relacji prawowitości” i wymaga uzasadnienia „momentu wejścia” w tę holistyczną strukturę legitymizacji. Jest to ciągle poszukiwanie nowej formuły legitymizacji, w znacznym stopniu uzależnione od tego, w jaki sposób postrzegamy prawo i jego funkcjonowanie w normatywnym otoczeniu⁸.

⁸ Przeanalizowałem niektóre aspekty tego problemu, sugerując zróżnicowany sposób traktowania legitymizacji (Biernat 2000). Zasady proponowanego paradygmatu analitycznego opierają się na tezie, że legitymizacja danego obiektu jest związana z niezależną jednostką, która z punktu widzenia własnej, autonomicznej orientacji dokonuje akceptacji i uzasadnienia obiektu legitymizacji. Taka autonomiczna orientacja oznacza permanentne odnawianie procesu rozpoznawania społecznej rzeczywistości, zrozumienia i przypisywania sensu. Sugestia paradygmatu badawczego wynika z następującego podstawowego pytania, czy i w jakich warunkach proces legitymizacji jest możliwy analitycznie. Jest to uzależnione od pozycji podmiotu w otoczeniu społeczno-politycznym oraz możliwości jego działania, które definiuję jako stopniowalną sytuację legitymizacji. Decyduje o tym „normatywne minimum”, które zwykle ma charakter prawny. To normatywne minimum można odnaleźć w zasadach demokracji. Sytuacja, w której legitymizacja jest możliwa, jest jedynie „punktem wyjścia” do legitymizacji procesów prawnych.

Każda próba scharakteryzowania procesu legitymizacji prawa musi uwzględniać procesy zachodzące w ramach skomplikowanych relacji między prawem a jego otoczeniem. Z jednej strony, prawo jest nie tylko postrzegane, ale także uznawane za niezbędny element kształtowania stosunków społecznych. Przypisywanie mu takiej pozycji jest pierwotną, podstawową formą jego legitymizacji, którą można określić jako legitymizację atrybutywną. Proponowane rozwiązanie, zawarte w idei legitymizacji atrybutywnej, w części potwierdza stanowisko Tomasza Bekrychta, który pisze: „fenomen prawa pozytywnego ukazuje się z jednej strony jako coś naturalnego, koniecznego i immanentnego dla rzeczywistości społecznej, z drugiej zaś, wraz z ideą władzy i przymusu, jawi się jako pewien problem i coś niechcianego, rozumianego bardziej jako zło konieczne niż dobro służące jednostce i społeczeństwu” (Bekrycht 2015, 185–186).

Z drugiej strony prawo za każdym razem jest „dookreślane” nie tylko przez treść przyjmowanych rozwiązań prawnych, ale również przez działania podmiotów zaangażowanych w stosunki prawne. Podejmowane decyzje prawne określają pozycję poszczególnych podmiotów, które w ten sposób stają się „pełnymi” uczestnikami gry. Jednocześnie adresaci prawa doświadczają prawa i każde z tych nakładających się doświadczeń odnawia i modyfikuje systemy znaczeń, które można w nim znaleźć. Relacje między aktorami, ukształtowane przez mechanizmy stymulujące ich aktywność, w określonych warunkach, charakteryzowanych jako sytuacja legitymizacyjna, przyjmują postać interaktywnej gry, w której każdy ruch i reakcja spotyka się z konkretną reakcją. Jest to swoisty dyskurs, który opiera się na faktycznych działaniach w sferze prawa. Relacje takie mają zasadnicze znaczenie dla określenia prawowitości prawa, ponieważ uwzględniają różne motywy jego legitymizacji i podkreślają dynamikę tego procesu. Proponuję odnosić się do tego rodzaju legitymizacji jako legitymizacji konstytutywnej. W tym zakresie bardzo ważne jest połączenie dwóch aspektów: sytuacji legitymizacji, tj. warunków gry legitymizacyjnej i mechanizmów stymulujących podmioty społeczne zaangażowane w ten proces, oraz przesłanek argumentacji legitymizacyjnej.

W literaturze przedmiotu nacisk położony jest na przesłanki w argumentacjach legitymizacyjnych, często określanych mianem podstaw legitymizacji prawa. Wojciech Lamentowicz proponuje wyróżnienie czterech typów podstaw legitymizacji prawa, tj. podstawy: „normatywne – odwołanie się do uznawanych norm pozaprawnych i zgodności prawa z tymi normami; aksjologiczne – odwołanie się do wartości ważnych w określonej kulturze; proceduralne – odwołanie się do procedur tworzenia i stosowania samego prawa; faktyczne – odwołanie się do pozaprawnych faktów społecznych, gospodarczych, politycznych itp. postrzeganych jako cele i/lub skutki działania prawa” (Lamentowicz 2017, 113, 114).

Spośród wymienionych przesłanek, w ujęciu prawa w przestrzeni normatywnej, najważniejsze znaczenie ma przesłanka pierwsza, wskazująca jako podstawę legitymizacji prawa odwołanie się do norm pozaprawnych i zgodności prawa

z tymi normami. Jak się wydaje, można do niej sprowadzić również podstawę aksjologiczną i proceduralną.

Siła i znaczenie oddziaływania elementów przestrzeni normatywnej na legitymizację prawa jest do uchwycenia w legitymizacji konstytutywnej. Zgodnie z proponowanym modelem jest ona rodzajem gry aktorów społecznych w procesie legitymizacji prawa, jeśli aktorzy są chętni i zdolni do wzięcia udziału w tej grze i gdy spełniają odpowiednie warunki do zaangażowania się w tę grę. W tej grze używamy dobrze znanych wzorów, takich jak to, co jest moralne, legalne, sprawiedliwe, poprawne, ale przede wszystkim posługujemy się „gotowymi normatywnymi rozwiązaniami”. Gra odbywa się w ramach dyskursu legitymizacyjnego, który odwołuje się do bardzo mocnej argumentacji, przywołującej konkretne treści normatywne i odwołującej się do tak istotnych cech przestrzeni normatywnej, jak np. występujące trendy. Ten aspekt dyskursu legitymizacyjnego stanowi istotny moment w legitymacji prawa, zwłaszcza że używane w grze o legitymizację prawa karty są „bardzo mocne i trudne do przebicia”.

Proponowany model i uwzględnienie jako podstawy legitymizacyjnej odwołania się do elementów przestrzeni normatywnej w znacznym stopniu określa funkcje legitymizacji prawa. Oprócz funkcji zdefiniowanej jako podstawowa i tradycyjna, tj. przełamania arbitralności prawa, można wymienić dwie dodatkowe. Pierwsza polega na wprowadzeniu stanu, który można określić jako utworzenie osobiwej „rezerwy” prawa. Odnosi się ona do specyficznej treści prawa, szeroko definiowanej jako treść przepisów, norm i instytucji prawnych. Poprzez odniesienie do norm pozaprawnych powstają, w procesie poznania i walidacji, większe możliwości weryfikacji potencjalnie akceptowanego zakresu znaczeń. Druga jest formowana lub „aktywowana” pod wpływem decyzji prawnych. Jest to funkcja akomodacyjna, budująca autorytet prawa. Warunkiem jej wdrożenia jest aktywność zarówno podmiotów podejmujących decyzje prawne, jak i adresatów tych decyzji, reagujących na zasadzie „sprzężenia zwrotnego” na argumentację normatywną i modyfikującą pod jej wpływem kolejne działania.

Sądzę, że stanowisko filozoficznoprawne, wyraźnie odrzucające ujęcie fenomenu prawa w analogii do fenomenu gry, można złagodzić, przynajmniej w kwestii legitymizacji prawa, w wymiarze, który określam mianem legitymizacji konstytutywnej. Prawdą jest, jak pisze Bekrycht, że wchodząc do gry, godząc się na uczestniczenie w niej, „znam jej treść; wiem jakie są reguły, bo wyznaczone są w sposób skończony (zamknięty), zanim podejmę decyzję o poddaniu się im. Nie występuje tu ów stan niepewności, wynikający z istoty projektowania” (Bekrycht 2015, 191). Jeśli jednak popatrzymy na tę sytuację od strony „uznawanej struktury przestrzeni normatywnej”, czyli przez pryzmat dominujących odniesień normatywnych, taka gra, a zwłaszcza gra o legitymizację prawa, jest możliwa. W ramach tej gry legitymizacja głęboko zmienia i przekształca stosunki w obrębie prawa. Nie zmienia to istoty prawa, ale inaczej definiuje „wewnętrzne” relacje, w których odbywa się decydująca runda w grze o legitymizację prawa.

5.2. Przestrzeń normatywna a problem świadomości normatywnej

Mówiąc o zależności pomiędzy prawem a przestrzenią normatywną, nie sposób pominąć relacji zawierających się w społecznych obrazach przestrzeni normatywnej. Wydaje się, że relewantnym pojęciem dla określenia tych ogólnych, społecznych odniesień byłoby pojęcie świadomości normatywnej. W podstawowej literaturze socjologicznej pojęcie takie nie jest powszechnie używane, nie wyróżnia się w ten sposób formy świadomości społecznej, która jest definiowana jako zbiór szeroko rozpowszechnionych i akceptowanych w danej zbiorowości poglądów, idei i przekonań, które stają się wzorcami czy schematami myślenia wpajanymi jej członkom i egzekwowanymi przez społeczny nacisk. Piotr Sztompka w charakterystyce świadomości społecznej wskazuje na jej różne formy: myślenie potoczne, mit, magię, religię, ideologie, wiedzę naukową, sztukę, literaturę, muzykę, ale nie wprowadza odmiennego typu świadomości normatywnej czy prawnej (Sztompka 2002, 295–300). W literaturze prawniczej funkcjonuje pojęcie świadomości prawnej. Zirk-Sadowski, autor hasła „świadomość prawna” w *Wielkiej Encyklopedii Prawa* (2000), pisze, że świadomość prawna to „odzwierciedlenie treści norm prawnych oraz istotnych cech porządku prawnego w świadomości jednostek i grup społecznych. Składają się na nią: wiedza o podstawowych instytucjach państwowych, oceny prawa i instytucji prawnych, przekonania o nabytych naturalnych uprawnieniach jednostki w stosunku do państwa, postulaty formułowane w stosunku do prawa”. Sądzę, że analogicznie do proponowanej charakterystyki świadomości prawnej, uzasadnione jest przyjęcie określenia „świadomość normatywna”.

W charakterystyce przestrzeni normatywnej pojęcie świadomości normatywnej może być użyteczne w kilku obszarach, poza, co oczywiste, odzwierciedleniem treści norm i cech obowiązującego systemu prawnego. Związki treściowe w korelacji z komunikacyjnymi możliwościami ich transferu powodują specyficzne zazębianie się poszczególnych rozwiązań prawnych, przełamując izolacjonistyczny charakter systemów prawnych. Nie chodzi tu wyłącznie o treści normatywne zawarte w szeroko uznawanych zasadach prawa. Dotyczy to regulacji przyjmowanych w różnych systemach prawnych, gdy szczegółowe treści są tylko dopełnieniem uprawnień, które z natury mają charakter powszechny. Prawa podmiotowe są tutaj najlepszym przykładem.

Drugim interesującym zjawiskiem jest kwestia kształtowania w świadomości społecznej postaw wobec prawa. To szeroki dział badań w obrębie socjologii prawa z rozbudowanymi typologiami i klasyfikacjami tych postaw. Najczęściej przywoływanym typem jest postawa legalistyczna. „Legalizm to postawa akceptacji wzorów postępowania zawartych w normach prawnych ze względu na to, że ich treść uważana jest za właściwą i że zostały ustanowione przez kompetentny organ władzy publicznej z zachowaniem właściwej procedury. Legalizm owocuje uznaniem obowiązywania prawa bez względu na istniejący w nim element

przymusu państwowego. Legalista uznaje zasadę *dura lex, sed lex*, mówiącą o konieczności bezwzględnego podporządkowania się przepisom prawa, także w sytuacji, gdy ich treść nie jest zgodna z jego opinią i opiniami innych adresatów norm prawnych, a nawet wtedy, gdy przepisy te nie chronią należycie statusów i praw nabytych” (Lamentowicz 2017, 130–131). O ile wyróżnienie szczególnego typu postawy wobec prawa, określanej mianem postawy legalistycznej, jest uzasadnione przez tetyczne obowiązywanie norm prawnych, to otwarte jest pytanie o kształtowanie postaw wobec innych elementów przestrzeni normatywnej. Na postawy składają się trzy komponenty: poznawczy, afektywny połączony z ocenami i behawioralny. Normy społeczne, a szerzej – wyrażenia normatywne, przynajmniej potencjalnie mogą być obiektem pozytywnego lub negatywnego ustosunkowania się do obiektu.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia, gdy analizujemy problem internalizacji norm. „Niezależnie od rodowodu rozważań nad internalizacją norm (teoria prawa, socjologia prawa, psychologia społeczna, socjologia, kryminologia, antropologia itp.), wspólną podstawę stanowi proces uwewnętrznienia kontroli społecznej, polegający na przekształcaniu się motywów zewnętrznych postępowania zgodnego z normą w motywy wewnętrzne” (Czapska 2015, 147). Podobnie jak w przypadku postawy legalistycznej, rozważyć można problem, czy z internalizacją norm mamy do czynienia tylko w przypadku norm, dla których przestrzegania niezbędne są zewnętrzne motywy (autorytet, normy, sankcja), czy internalizacji podlegają normy, których powinny wzór postępowania ma tylko hipotetyczny wymiar. Nie jest to zagadnienie czysto „spekulatywne”, ale ma konkretne znaczenie teoretyczne, zwłaszcza jeśli analizujemy problem tworzenia prawa w ramach prezentowanego paradygmatu.

5.3. Cechy charakteryzowanego paradygmatu

W charakterystyce paradygmatu odnosiłem się tylko do zjawisk uzasadniających przyjęcie koncepcji przestrzeni normatywnej i wynikających z tego konsekwencji dla możliwych ujęć prawa. Wszystkich cech paradygmatu, a zwłaszcza wynikających z niego problemów badawczych, nie da się przedstawić w sposób wyczerpujący. Można wskazać jedynie najważniejsze.

Jak sądzę, pierwszą cechą jest poszerzenie sfery normatywnej i dekonstrukcja normatywnych systemów, która, co najmniej, przybiera formę rywalizujących subsystemów. Cechą drugą jest, wynikający z nowych możliwości komunikacyjnych, swobodny transfer i szeroki dostęp do elementów normatywnych, wyrażen normatywnych, ze wszystkimi informacjami im towarzyszącymi (kontekstu społecznego, kulturowego) itp. Kolejne cechy to: powstanie nowych możliwości i zastąpienie tradycyjnych form agregacji z terytorialno-kulturowej na komunikacyjno-kulturową; osłabienie suwerennej pozycji systemu prawnego w wyniku multicentryczności i konkurencyjnych form regulacji (np. w dużych

korporacjach); kształtowanie się trendów w sferze normatywnej; możliwości konfigurowania z elementów sfery normatywnej skonkretyzowanych struktur przestrzeni normatywnej, stanowiącej o tym, w jakiej przestrzeni normatywnej „funkcjonują” konkretne systemy prawne. W konsekwencji mamy do czynienia z innym typem i sposobem konfrontacji prawa ze sferą normatywną, który wyznacza krąg rozstrzygnięć dla kolejnych fundamentalnych pytań, w tym o treść prawa i sposób jego tworzenia, o jego autorytet i legitymizację.

Przyjmowany paradygmat, jak każdy, wyznacza szczegółowe problemy badawcze. W tym konkretnym ujęciu możemy mówić o jednej charakterystycznej cesze, którą jest poszerzenie pola i wyznaczenie podobnych problemów dla różnych systemów prawa, zwłaszcza w zestawieniu systemu kontynentalnego i *common law*. Mnie interesuje to, w jaki sposób determinuje on kwestie tworzenia prawa i jak wpływa na możliwości badania tego procesu.

5.4. Problem badania tworzenia prawa w ramach paradygmatu

Przyjęty paradygmat, który starałem się wyżej scharakteryzować, konstytuuje podejście do problemu tworzenia prawa, a w konsekwencji, co jest istotne w moich rozważaniach, badanie tego procesu. W ramach tego paradygmatu aktualne jest dominujące ujęcie pozytywistyczne, w którym uznawana jest kreatywna i równocześnie autonomiczna rola autorytetu tworzącego prawo, co wyznacza wymiar podmiotowy i proceduralny tego procesu. Wiesław Lang pisze: „Prawo, a także system prawa i porządek prawa są pojęciami otwartymi, niedającymi się zdefiniować za pomocą definicji klasycznej. Dotyczy to zarówno definicji nominalnej, jak i realnej. Sens tych pojęć da się określić wyłącznie w sposób typologiczny. Z punktu widzenia potrzeb praktyki prawniczej, rozumianej jako praktyka tworzenia, stosowania prawa i wykładni prawa, nieuniknione jest przyjęcie *prima facie* pozytywistycznej koncepcji prawa. Założenia tego nie podważa krytyka pozytywizmu prawniczego zarówno z pozycji filozofii prawa natury, jak i z pozycji tzw. niepozytywistycznej teorii prawa. Istnienie prawa pozytywnego jako systemu norm tworzonych, stosowanych i sankcjonowanych przez państwo nie jest negowane przez te kierunki filozofii prawa. Zwolennicy teorii niepozytywistycznej przyznają również, że w naukach prawnych i orzecznictwie sądowym nadal dominuje pozytywistyczna koncepcja prawa”. Dalej autor ten podkreśla: „Mimo że pod wpływem postmodernizmu nasila się krytyka pozytywizmu prawniczego we współczesnej filozofii prawa, niepozytywistyczne koncepcje prawa nie negują poglądu, że prawo tworzone lub uznawane i stosowane przez państwo stanowi paradygmat współczesnego pojęcia prawa (jądro znaczeniowe tego terminu)” (Lang 2008, 9–10).

Jeśli jednak skonfrontujemy sposób tworzenia prawa z paradygmatem tradycyjnym i proponowanym wyżej ujęciem prawa w przestrzeni normatywnej, dostrzeżemy zarówno rozbieżności, jak i nieuniknione „zderzenia”. Pierwsze

„zderzenie” rysuje się już na poziomie organizacji tworzenia prawa w wymiarze proceduralnym. Charakterystyczne dla tradycyjnego ujęcia tworzenia prawa są rozwiązania prawne regulujące ten proces; w nowym ujęciu, obok regulacji prawnych, istotne są standardy charakterystyczne dla przestrzeni normatywnej – w europejskim kręgu kulturowym ukształtowane w ramach szeroko rozumianych postulatów demokratyzmu i zasady *the rule of law*. Pojęcie standardu odnosi się do wzoru, a równocześnie stanowi rodzaj ideowego punktu odniesienia podejmowanych działań. „Wzorce takie wynikają z regulacji zawartych w umowach międzynarodowych, w prawie organizacji ponadkrajowych, a także z uznanych przez społeczność międzynarodową zwyczajów, praktyki prawnej i doktryny współczesnych państw demokratycznych. Dotyczą one zarówno całego systemu prawnego, jak i jego poszczególnych elementów, a więc procesu tworzenia prawa, jego treści i języka, sposobów interpretacji i stosowania przepisów prawnych, w tym kształtu i funkcjonowania organów ochrony prawnej” (Zieliński 2007, 117). Tu ujawniają się podstawowe różnice, w przestrzeni normatywnej występują bowiem takie elementy normatywne, które w tradycyjnym ujęciu nie odgrywają istotnej roli. Widać to wyraźnie w podkreślanych różnicach między węższym i szerszym rozumieniem standardu (Schlag 1985, 2). Standardy jako wzorzec normatywny mogą przybierać formę regulacji prawnych albo stanowić samoistny wzorzec normatywny. Standardy wyznaczają kierunek działania, sposób postępowania, a w wymiarze dyrektywalnym są zorientowane nie tylko na respektowanie treści reguły, lecz postulują też skoncentrowanie się na ich pełniejszym wypełnianiu. W tym znaczeniu standard ma cechy zbliżone do tych, które są charakterystyczne dla zasad prawa i ich znamion wypracowanych poza kulturą prawa stanowionego, gdzie podkreśla się, że zasady prawa operują według schematu „mniej lub bardziej” (*more or less*), czyli że można je spełnić w większym lub mniejszym stopniu (Leszczyński i Maroń 2013, 82).

Podwójny charakter standardów jest wyraźnie dostrzegany w koncepcji standardów tworzenia prawa. W podstawowym wymiarze standardy wyrażone są w normach stanowienia prawa, przepisach zawartych w aktach prawnie wiążących. W szerokim kontekście standardy stanowienia prawa są normatywnymi stwierdzeniami, które obligują aktorów do działania i realizacji w sposób najbardziej właściwy i na wysokim poziomie zawartych w nich wskazań. Wyraźnie widać to w kontekście procesu stanowienia prawa, który z jednej strony jest regulowany przepisami prawa, a z drugiej – innymi normatywnymi stwierdzeniami, standardami charakterystycznymi dla demokratycznego państwa prawa. Standardy, będące elementem przestrzeni normatywnej, są, a przynajmniej potencjalnie powinny być, bardziej wpływowe niż przepisy prawne bezpośrednio związane z tworzeniem aktów prawnych. Ilustracją omawianego zjawiska jest standaryzacja procesu prawotwórczego, formułowana w ramach szerszego procesu „standaryzacji” praworządności przez Radę Europy. Został on zainspirowany spostrzeżeniem, że pojęcie praworządności nie zostało rozwinięte w tekstach prawnych i praktyce,

tak jak inne filary Rady Europy, prawa człowieka i demokracja. Prawa człowieka są podstawą ogromnego zbioru przepisów konstytucyjnych i prawnych oraz orzecznictwa zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym. Demokracja jest realizowana poprzez szczegółowe przepisy dotyczące wyborów i funkcjonowania instytucji. Przepisy prawne odnoszące się do praworządności i na poziomie krajowym, i międzynarodowym mają bardzo ogólny charakter i nie definiują tego pojęcia w sposób szczegółowy. W wyniku podjętych działań – przyjętej przez Radę Europy rezolucji – Komisja Wenecka opracowała sprawozdanie zawierające uzgodnioną definicję praworządności, która może pomóc organizacjom międzynarodowym oraz sądom krajowym i międzynarodowym w interpretacji i stosowaniu tej podstawowej wartości. Komisja założyła, że definicja ta powinna mieć charakter umożliwiający praktyczne zastosowanie. Z tego powodu część raportu stanowiła „lista kontrolna” do oceny stanu rządów prawa w poszczególnych państwach⁹. Kolejny dokument Komisji Weneckiej został przyjęty na 106. sesji plenarnej (Wenecja, 11–12 marca 2016 roku)¹⁰. Z punktu widzenia standardów tworzenia prawa najważniejsza jest druga część listy kontrolnej, z punktami odniesienia: A. Legalność, punkt 5. Procedury stanowienia prawa oraz B. Pewność prawa, punkt 1. Dostępność prawodawstwa. Analizowany dokument jest nie tylko podstawą „doprecyzowania” standardów legislacji w demokratycznym państwie pod rządami prawa, ale również w sposób ilustratywny ukazuje elementy przestrzeni normatywnej. W bardzo obszernej III części, zatytułowanej „Wybrane standardy”, wymienia się wiele instrumentów twardego i miękkiego prawa, które zawierają wskazane standardy legislacji.

Drugi charakterystyczny aspekt tworzenia prawa w ramach przyjmowanego paradygmatu, a w konsekwencji problem badania tego procesu można przedstawić także przez skonstrastowanie z paradygmatem tradycyjnym. W tworzeniu prawa i badaniu tworzenia prawa w tradycyjnym ujęciu za punkt wyjścia przyjmowany jest określony problem, który wymaga rozwiązania przez prawną interwencję. Znajduje to odzwierciedlenie w modelach tworzenia prawa oraz charakterystyce cyklu tworzenia prawa i jest ugruntowane w dyrektywach techniki prawodawczej. W proponowanym paradygmacie istotnym momentem jest

⁹ Resolution 1594 (2007)1 The principle of the rule of law. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007 (zob. Doc. 11343, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17613&lang=EN> [dostęp 11.11.2018], Report on the Rule of Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev.

¹⁰ Szerzej problem standardów i Raportu Komisji Weneckiej omawiam w pracy *Legislacja. Analiza procesu* (Biernat 2016a). Publikacja ta była przygotowana przed opracowaniem drugiego raportu Komisji Weneckiej, a zawiera on wiele uwag dotyczących standardów tworzenia prawa. Zob. też Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary session (Venice, 11–12 March 2016), Study No. 711/2014, CDL-AD (2016)007.

ustosunkowanie się do funkcjonujących w przestrzeni normatywnej elementów normatywnych o skonkretyzowanej treści. W przeciwieństwie do paradygmatu tradycyjnego, gdzie mamy do czynienia z formą „przesądzenia aksjonormatywnego” przez odwołanie się do konkretnych wartości, w nowym paradygmacie każde takie odwołanie jest konfrontowane z konstrukcją przestrzeni normatywnej. Nie pomijając znaczenia materialnego źródła prawa, istotnym elementem jest zarówno „wstępna” konfrontacja, która odbywa się na poziomie decyzji o interwencji prawnej, jak i kolejne „zderzenia” występujące na poszczególnych etapach procesu tworzenia prawa.

Tak charakteryzowany problem i przestrzeń normatywna w sposób odmienny wyznaczają pole decyzyjne dla podmiotów podejmujących decyzje w procesie tworzenia prawa. Wyznaczenie pola decyzyjnego jest istotne zarówno w „tradycyjnym” trybie tworzenia prawa (w starym schemacie), jak i w nowym. Istnieją jednak wyraźne różnice. Faktem jest, że w nowym, podobnie zresztą jak i w dotychczasowym schemacie, pole decyzyjne wyznaczają interesy różnych aktorów społecznych (władzy nie wyłączając) i ich status, a podejmowane decyzje są rodzajem gry. Różnica polega jednak na tym, że w nowym ujęciu musimy brać pod uwagę operowanie w tej grze (w określonym stopniu) „kartami normatywnymi”. Wartość tych kart jest możliwa do przybliżonego ustalenia. Ich siła może wynikać z internalizacji norm, z dominacji określonego trendu normatywnego, z racji doktrynalnego umocowania, z racji kulturowego osadzenia i wielu innych przesłanek, opisywanej wcześniej gry o legitymizację prawa nie wyłączając. Eksplanacyjna wartość takiego ujęcia polega na tym, że pozwala ustalić, jak zagregowana przestrzeń normatywna i które normatywne treści mogą/powinny mieć potencjalnie największą wagę przy tworzeniu prawa w ramach konkretnego systemu prawnego.

Badanie tworzenia prawa w ramach takiego ujęcia koncentruje się na próbie „odczytania”, które normatywne odniesienia (karty) mają potencjalnie największą wartość, które podmioty były ich dysponentami, które wygrały i są odzwierciedlone w prawie. Ten typ analizy jest możliwy w ramach referencyjnego modelu badania prawa, który zostanie przedstawiony w III części rozważań.

Część III

**Badanie wpływu przestrzeni normatywnej
na tworzenie prawa.**

**Specyfika normatywnych źródeł prawa
w społeczeństwie postmodernistycznym**

Wprowadzenie

Szczegółowe problemy badawcze związane z procesem prawotwórczym analizowanym w ramach przyjmowanego paradygmatu stanowią przedmiot trzeciej, ostatniej części opracowania. Składają się na nią rozważania w kilku podstawowych obszarach.

Pierwszy jest związany z wyjaśnieniem tego, co jest zawarte w podtytule tej części, a mianowicie posługiwanie się pojęciem „normatywnych źródeł” prawa. Rozpatrzę tu kwestię, czy normatywne wypowiedzi (szerzej, elementy przestrzeni normatywnej) mogą być traktowane jako źródła prawa. Do charakterystyki tego pojęcia odwołuję się w ostatniej części, ponieważ sądzę, że na tle przedstawionych wcześniej rozważań będzie to bardziej czytelne.

Drugi obszar dotyczy decyzji prawotwórczych. Ujmowanie procesu prawotwórczego w postaci sekwencji decyzji jest oczywiste. Istota problemu sprowadza się do ich charakterystyki, typologii lub klasyfikacji, wzajemnych relacji – generalnie, określenia typu i struktury procesu decyzyjnego. Główną tezę można sprowadzić do tego, że przestrzeń normatywna w sposób odmienny wyznacza pole decyzyjne dla podmiotów podejmujących decyzje w procesie tworzenia prawa. W paradygmacie prawa w porządku normatywnym struktura decyzji jest, jeśli tak można to syntetycznie określić, jednopoziomowa i liniowa. Podejmowane decyzje są zdeterminowane dążeniem do rozwiązania problemu społecznego, który należy właściwie zidentyfikować i zastosować odpowiednie instrumenty prawne w ramach prawotwórczej interwencji i ingerencji w funkcjonujący system prawny. W ramach nowego paradygmatu strukturę decyzji można określić jako wielopoziomową i nieliniową. Przestrzeń normatywna w sposób odmienny wyznacza pole decyzyjne dla podmiotów podejmujących decyzje w procesie tworzenia prawa.

Trzeci, zasadniczy problem omawiany w tej części jest związany z ustaleniem sposobu badania procesu prawotwórczego, a konkretnie – decyzji prawotwórczych podejmowanych w ramach pola decyzyjnego określonego, a raczej zdeterminowanego przez nawiązanie do proponowanego paradygmatu. Przedstawiona propozycja referencyjnego modelu analizy tworzenia prawa jest oparta na założeniu, że badając proces prawotwórczy i treści prawa, można zidentyfikować te normatywne elementy przestrzeni normatywnej (traktowane w projekcie jako normatywne źródła), które wywarły znaczący wpływ. Normatywne elementy/wypowiedzi mogą być przywoływane jak źródło prawa, jeśli bezpośrednio ich treść normatywna znajduje potwierdzenie w akcie prawnym lub jako źródło

uzasadnienia dla tworzonego prawa. W jednym oraz w drugim wypadku odniesienie się (referencja) jest możliwe w ramach różnych konfiguracji, np. pozytywny trend normatywny, jaki występuje w przestrzeni normatywnej, lub jego zanegowanie jako podstawa wyrażana w uzasadnieniu do przyjęcia rozwiązań prawnych przeciwnych. Możliwe jest również, przy wykorzystaniu tego modelu, ukazanie, od jakich normatywnych elementów/wypowiedzi podmiot prawotwórczy się „odcina”, co pośrednio wskazuje na to, jak „strukturalizowana” jest przez niego przestrzeń normatywna.

W tej części pracy zostaną przedstawione także nie tylko możliwości zastosowania proponowanego modelu analizy do tworzenia prawa, ale i rozważania „dopełniające” koncepcję przestrzeni normatywnej i jej charakterystyki w ramach systemów prawnych. Uzupełnieniem całości będą uwagi na temat wpływu przestrzeni normatywnej i procesów prawotwórczych na konwergencję systemów prawnych.

1. Źródła prawa a pojęcie normatywnych źródeł prawa

Posłużenie się pojęciem normatywnych źródeł prawa, zwłaszcza w kontekście przedstawionego w projekcie badawczym założenia o możliwości ich wpływu na tworzenie prawa w społeczeństwie postmodernistycznym, wymaga wyjaśnienia i uzasadnienia. Tym bardziej że jeśli nawet sporadycznie pojawia się ono w jurysprudencji, to nie ma ugruntowanego znaczenia. Dodać jeszcze należy, że określenie „normatywne źródła prawa” w jakimś stopniu odbiega od utrwalonego schematu operowania w prawoznawstwie pojęciem źródeł prawa mimo podkreślanej wieloznaczności terminu. W tym ugruntowanym, podręcznikowym znaczeniu za źródła prawa uznaje się akty normatywne, prawotwórcze, które zawierają przepisy umożliwiające rekonstrukcję norm prawnych. Są to źródła prawa w znaczeniu formalnym. Drugie ugruntowane znaczenia źródła prawa jest związane ze zjawiskami o charakterze społecznym, ekonomicznym, politycznym, będącymi swego rodzaju impulsami do wprowadzania regulacji prawnych. W tym znaczeniu mówimy o „materialnych” źródłach prawa. Poza tymi podstawowymi znaczeniami pojawiają się też inne, np. źródła prawa w znaczeniu instytucjonalnym, w sensie faktów prawotwórczych. Kwestia źródeł prawa w znaczeniu formalnym i wiążące się z tym zagadnienie sformalizowanych, na gruncie konkretnego systemu prawnego, źródeł poznania prawa stanowi odrębne zagadnienie. W interesującym mnie zakresie zasadnicze znaczenie ma kwestia materialnych źródeł prawa. Dotyczy to między innymi podstawowego zagadnienia, uzasadnionego lub nie, zaliczania określonych zjawisk do tej kategorii źródeł prawa. *Wielka Encyklopedia Prawa* w haśle „Materialne źródła prawa” wskazuje, że jest to jedno ze znaczeń terminu „źródło prawa” i że „obejmuje ono czynniki społeczno-ekonomiczne, moralne,

polityczne, ideologiczne, wpływające na kształtowanie się treści norm prawnych (np. struktura ekonomiczna, tradycje narodowe, dominująca religia, moralność)” (*Wielka Encyklopedia Prawa* 2016). Otwarte jest pytanie, czy moralność jest materialnym źródłem prawa, czy należy ją traktować jako odrębną kategorię źródeł. Przy wprowadzaniu rozwiązań prawnych uzasadnione jest odwoływanie się do moralności, a także do innych „bytów normatywnych”, przede wszystkim wartości, ale – w mojej opinii – stanowią one raczej normatywne, a nie materialne źródło, w znaczeniu konkretnych przyczyn powodujących podjęcie interwencji prawnej.

Normatywne źródła mogą pełnić podwójną rolę. Dokonując analizy otoczenia systemu normatywnego, Jolanta Jabłońska-Bonca wskazuje na znaczenie charakteryzowanych wyżej zjawisk, takich jak multicentryczność czy pluralizm prawny (normatywny), a także podkreśla rolę normatywnych źródeł prawa. „Spójność prawa, rozumiana w pozytywistyczny sposób, jest współcześnie poddana silnej presji nie tylko od «wewnątrz» z powodu multicentryzmu, ale i z zewnątrz – ze strony innych systemów i źródeł normatywnych” (Jabłońska-Bonca 2017, 72).

Odwołanie się do normatywnego wzorca, normatywnego źródła, a zwłaszcza do wyrażonych w nim konkretnych treści, ma miejsce zarówno wtedy, gdy stanowią one podstawę działania, jak i wtedy, gdy za pośrednictwem decyzji prawotwórczych kształtuje on treść regulacji zawartych w akcie prawnym. W tym znaczeniu jest normatywnym źródłem prawa, nawet jeśli nie jest to całkowite i pełne transponowanie treści normatywnych, tak jak ma to miejsce np. wtedy, gdy norma zwyczajowa zostaje przekształcona w normę prawną przez kompetentny organ prawotwórczy zgodnie z obowiązującymi procedurami. Jeśli mówimy w takim znaczeniu o normatywnych źródłach prawa, to oczywiście nie zawsze jest tak, że sformalizowane wypowiedzi normatywne i zawarta w nich treść jest *in extenso* przenoszona do treści przepisów prawa. Może częściowo wpływać na te treści, a także treści te mogą być kształtowane pod wpływem zewnętrznych elementów normatywnych, np. przez odzwierciedlenie określonych tendencji. Sądzę, że analizowane zjawisko dobrze ilustruje następujący cytat: „O ile istotą transpozycji jest wprowadzenie do porządku krajowego tekstu prawa wspólnotowego i w rezultacie bezpośrednie stosowanie tego prawa, o tyle harmonizacja polega na wprowadzeniu do prawa krajowego «normatywności», która jest zawarta w prawie wspólnotowym. Harmonizacja nie polega na identyczności przepisów prawnych w porządku krajowym i wspólnotowym, lecz na podobnym rozwiązaniu takich samych problemów prawnych. Może się to dokonać przez wprowadzenie do prawa krajowego przepisów prawnych różnych od prawa wspólnotowego pod względem treści, lecz prowadzących do podobnych rozwiązań prawnych ważnych z punktu widzenia problemów tego prawa” (Zirk-Sadowski 2012, 8).

Pojęcie normatywnych źródeł prawa daje się, jak sądzę, obronić dodatkową argumentacją. Po pierwsze, stosowanie pojęcia normatywnego źródła prawa wydaje się uzasadnione, jeśli weźmiemy pod uwagę akty stosowania prawa

w sytuacji, gdy mamy do czynienia z odesłaniem pozaprawnym. „W ramach kultury prawa stanowionego odesłaniem pozaprawnym jest konstrukcja normatywna, tzn. konstrukcja, która jest wyraźnie zawarta w tekście aktu prawnego i przez którą prawodawca «komunikuje się» z adresatami norm co do uwzględnienia kryteriów pozaprawnych w decyzjach stosowania prawa czy w zachowaniach «przestrzegania» prawa. Mimo więc, że generalna klauzula odsyłająca związana jest z wykorzystaniem kryteriów pozaprawnych (niedookreślonych prawnie), sama jest kategorią prawną (kategoria prawa pozytywnego) i w tym sensie jest konstruktem prawodawcy” (Leszczyński i Maroń 2013, 82–83). Najistotniejsza jest charakterystyka, wskazanego wyżej, kryterium pozaprawnego. Cytowani autorzy podkreślają: „Sama nazwa kryterium, podlegająca odrębnej interpretacji, odwołująca się do określenia rodzaju wartości (moralnych, politycznych, ekonomicznych, ujętych w kontekście ogólnospołecznym lub indywidualnym itp.) czy też faktów (np. ustalonych zwyczajów), będąca częścią klauzuli, decyduje o rodzaju odesłania pozaprawnego i wynikającego z niego ustalenia w toku wykładni operatywnej (w ramach procesu stosowania prawa)” (Leszczyński i Maroń 2013, 83). Jeśli kryterium pozaprawnym są wartości, a raczej wynikająca z nich normatywna treść, lub fakty w postaci zwyczajów, to „inne wypowiedzi normatywne”, elementy przestrzeni normatywnej nie tylko mogą stanowić, ale stanowią taką podstawę ustaleń zarówno dokonywanych w toku wykładni operatywnej (to w przypadku klauzul generalnych), jak i w sytuacji tworzenia prawa.

Po drugie, uwzględnianie w podejmowanych decyzjach określonych normatywnych treści, które można identyfikować z elementami przestrzeni normatywnej, jest widoczne przy wypracowywaniu wzorca konstytucyjnego, w procesie orzekania przez Trybunał Konstytucyjny.

Generalnie, pojęcie normatywnych źródeł prawa, w znaczeniu używanym w moich rozważaniach, koncentruje się na treściach normatywnych, a nie na ich formalnym aspekcie.

2. Charakterystyka prawotwórczego procesu decyzyjnego w ramach paradygmatu

Omawiana w tomie propozycja analitycznego modelu tworzenia prawa wynika z próby odpowiedzi na pytanie, czy w ramach przyjmowanego paradygmatu prawa w przestrzeni normatywnej możemy mówić o specyficznym oddziaływaniu przestrzeni normatywnej na tworzenie prawa. Czy możemy mówić o specyfice normatywnych źródeł prawa? Najważniejsze dla opracowania tego modelu założenia sprowadzają się do uwzględnienia i określenia znaczenia podstawowych elementów środowiska normatywnego (w tym również prawa) w kontekście

podejmowanych działań/decyzji legislacyjnych. Wyznaczenie normatywnych punktów odniesienia pozwala nie tylko odpowiedzieć na pytanie, czy i do jakiego standardu odnosi się tworzone prawo. Pozwala także na wstępną klasyfikację typu działania prawotwórczego, przez określenie decyzji o znaczących konsekwencjach dla treści tworzonego prawa.

Jeśli efektem procesu prawotwórczego jest ustalenie określonych przepisów o normatywnych treściach, to otoczenie normatywne ze swej istoty formułuje poważne roszczenia. Na tym polu rozstrzyga się główny problem metodologiczny i formułowana w tej książce hipoteza badawcza: inaczej będzie przebiegało badanie oddziaływania otoczenia normatywnego ujmowanego systemowo, a inaczej w ramach koncepcji przestrzeni normatywnej. Występujące różnice między oddziaływaniem otoczenia normatywnego, jego wpływem na podejmowane decyzje prawotwórcze, wynikają z dwóch przesłanek i pozwalają na wyróżnienie dwóch schematów interpretacyjnych dotyczących potencjalnego wpływu otoczenia normatywnego na tworzenie prawa.

Pierwszy schemat jest oparty na przypisaniu szczególnej rangi oddziaływania usystematyzowanego mniej lub bardziej sformalizowanego otoczenia normatywnego. Wysoki stopień sformalizowania będzie odnosił się do systemów normatywnych, przede wszystkim do prawa, oraz do takich systemów, jak moralność czy religia. Wyróżniony system prawa obejmuje nie tylko obowiązujące i wiążące prawo w określonym porządku, prawo będące wyrazem multicentryzmu prawnego, ale także to, co jest charakteryzowane jako głębokie struktury prawa. Mniej sformalizowanym elementem jest szeroko rozumiana kategoria praw człowieka, chociaż podstawowe znaczenie ma ich spożytywizowany wymiar. Osobną kwestią jest funkcja orzecznictwa i jego statusu w otoczeniu normatywnym oraz wpływu na tworzenie prawa.

Drugi schemat jest oparty przede wszystkim na treściach poszczególnych elementów/wypowiedzi normatywnych, wypełniających skonkretyzowaną strukturę przestrzeni normatywnej. Kluczowym momentem jest ukształtowanie struktury przestrzeni normatywnej, a ściślej rzecz ujmując, to, w jakim standardzie przestrzeni normatywnej funkcjonują podmioty decyzyjne. To determinuje możliwość wyboru określonych treści. Pozwala uwzględnić, w nikłym stopniu sformalizowane, chociaż wyraźnie wyartykułowane, elementy normatywne. W tym schemacie istotnym czynnikiem są, w mniejszym lub większym zakresie rozbudowane, treści wypowiedzi normatywnych, zawierające wskazania powinnośc zachowania w relacjach społecznych. Ponieważ mają tę samą właściwość co tworzone prawo, które również jest kreowane w celu uregulowania określonych relacji społecznych, są, ze względu na treść, w mniejszym lub większym stopniu relewantne względem siebie. Zachodzenie na siebie określonych sfer regulacji wynika nie tylko z natury stosunków społecznych, ale przede wszystkim z eksensyfikacji i jurydyzacji prawa. Mimo całej złożoności tych relacji ich wydzielenie odpowiada głównym sferom regulacji prawnych.

Podstawowe przesłanki konstruowanego modelu zawierają się w trzech stanowiskach: (1) badanie procesu tworzenia prawa jako procesów decyzyjnych z uwzględnieniem wyodrębnionych kategorii decyzji: podstawowych/wiodących i wspierających/pomocniczych; (2) wyróżnienie normatywnego kontekstu obszaru decyzji; (3) uwzględnianie, dla obszaru tworzonego prawa, stopnia korelacji między decyzjami podstawowymi i wspierającymi.

Uzasadnienie dla pierwszej przesłanki jest poniekąd oczywiste. Z punktu widzenia przedmiotu na obecnym etapie badań nad tworzeniem prawa najbardziej realna perspektywa to próba charakterystyki typów decyzji prawotwórczych, ich sekwencji, przesłanek, rangi, czyli możliwie pełnej ich gamy, pozwalających na jak najpełniejsze przedstawienie „prawotwórczego procesu decyzyjnego”.

Wychodząc poza oczywiste i banalne stwierdzenie, że tworzenia prawa wyraża się w konkretnych decyzjach, stajemy wobec wielu problemów, gdy podejmujemy próbę charakterystyki procesu decyzyjnego. Dotyczą one klasyfikacji decyzji od strony podmiotowej i przedmiotowej, sposobu podejmowania decyzji, przesłanek oraz wielu innych kwestii. Podejmowany problem oczywiście nie jest nowy, zachodzi zatem pytanie, w jakim kierunku prowadzona jest analiza decyzji prawotwórczych. Ponadto istotne jest pytanie, czy i w jakim zakresie ustalenia teoretyczne dotyczące procesów decyzyjnych funkcjonujące w innych dziedzinach wiedzy mogą być wykorzystane w analizie procesu tworzenia prawa. Częściowo zagadnienia te przedstawiłem w opracowaniu będącym podsumowaniem pierwszej części prac w ramach projektu badawczego (Biernat 2016a). Zawarte tam ustalenia teoretyczne dotyczące procesów decyzyjnych, niezależnie od tego, w jakim zakresie mogą być wykorzystane, prowadzą do wniosku, że wciąż istnieje wiele otwartych pytań. W stwierdzeniu, że przestrzeń normatywna w sposób odmienny wyznacza pole decyzyjne dla podmiotów podejmujących decyzje w procesie tworzenia prawa, zawarte jest założenie o potencjalnym wpływie elementów normatywnych na podejmowane decyzje. Są one podejmowane zawsze w otoczeniu normatywnym, ale sposób oddziaływania jest uzależniony od postrzegania sfery normatywnej. Jeśli przyjmujemy jej systemowe uporządkowanie, to takie „całości” są determinantą całego procesu decyzyjnego. Z tego względu wskazywałem, że w paradygmacie prawa w porządku normatywnym struktura procesu decyzyjnego jest uzależniona od podstawowego, pierwotnego rozstrzygnięcia, systemowo ukierunkowanego, relewantnego do rozwiązania problemu społecznego i zakresu interwencji prawnej.

W opracowaniach naukowych, w których problem decyzji jest silnie eksponowany i stanowi kanwę formułowania hipotez badawczych, możemy mówić o dwóch ujęciach tego problemu od strony teoretycznej. Pierwsze, ambitne, ale trudne do wykonania zadanie jest związane z podejmowanymi próbami sformułowania „decyzyjnej teorii tworzenia prawa”. We wstępnej charakterystyce projektu decyzyjnej teorii tworzenia prawa można wskazać, że jest to próba kompleksowego przedstawienia mechanizmów i systemu decyzji prawotwórczych,

przy zastosowania dorobku teorii organizacji i teorii decyzji. Mechanistyczna metafora organizacji wiąże się z jej wizją jako odgórnie zaprojektowanej i sprawnie działającej maszyny, a z tym łączy się klasyczne podejście w teorii decyzji. W ramach tego nurtu podstawowym zagadnieniem jest dążenie do osiągnięcia maksymalnego stopnia racjonalności wszelkiej działalności organizacyjnej, a w szczególności do stworzenia mechanizmów obiektywnie racjonalnego podejmowania decyzji. Kanwą dla podejścia sytuacyjnego w teorii decyzji jest metafora organiczna, której istotą jest porównanie organizacji do organizmu. Istotą procesów decyzyjnych nie jest szukanie rozwiązania optymalnego, ale obiektywnie najlepszego w elastycznym reagowaniu na sytuację (Pękała 2016).

Gdyby ogólne ustalenia teorii organizacji i teorii decyzji miały wyznaczać kierunek dla formułowania ustaleń z teorii tworzenia prawa, to najbardziej użyteczna wydaje się próba konstruowania kryteriów i zasad optymalizacji decyzji legislacyjnych. Problem złożonych i różnorodnych uwarunkowań decyzji legislacyjnych jest poniekąd oczywisty i przesądza o ich wielokryterialności. Warunkiem tworzenia dobrego prawa jest ich korelacja przy podejmowaniu decyzji prawotwórczych. To wyznacza kierunek optymalizacji decyzji. Jest to optymalizacja wielokryterialna. Występuje wtedy, gdy przesłanką decyzji jest więcej niż jedno kryterium, a ich uwzględnianie jest oparte na ustalanych proporcjach, które określa się mianem wag. Ten typ decyzji, przejrzysty np. w propozycjach rozwiązań technicznych, znany w analizie zachowań na rynku ekonomicznym, może znaleźć zastosowanie również do analizy decyzji prawotwórczych.

Jeśli nawet przyjmiemy za uzasadnione stanowisko dotyczące optymalizacji decyzji prawotwórczych przy tworzeniu prawa, to z punktu widzenia badania tworzenia prawa nie stanowi to skutecznego narzędzia analizy. Procesy decyzyjne są na tyle skomplikowane i współzależne, że bez wprowadzenia „schematów porządkujących” charakterystyka tworzenia prawa, nawet na poziomie deskryptywnym, nie jest możliwa. Elementem tego uporządkowania jest podział, wyróżnienie typów decyzji podejmowanych w trakcie tworzenia prawa.

W innym ujęciu głównym wątkiem jest konstruowanie decyzyjnych modeli tworzenia prawa. „Analiza decyzyjna” procesu tworzenia prawa wydaje się współcześnie najbardziej użyteczna dla charakterystyki legislacji, jeśli do jej prowadzenia wykorzystamy jeden z trzech typów modeli: model deskryptywny, bo pozwala na w miarę precyzyjne odtworzenie i opisanie procesu prawotwórczego; model analityczny, który pozwala na przedstawienie w postaci drzewa klasyfikacyjnego alternatywnych wyborów i ich potencjalnych konsekwencji; model eksplanacyjny, który pozwala na wyjaśnienie, co i na jakim etapie procesu decyzyjnego wpływa na podejmowane decyzje, a w konsekwencji na określoną treść prawa. Ponadto ten typ analizy i uzyskane z wykorzystaniem wskazanych wyżej modeli informacje mogą być użyteczne w stosowaniu prawa, zwłaszcza w wykładni funkcjonalnej i systemowej.

Podstawą wyróżnienia typów decyzji podejmowanych w procesie tworzenia prawa jest analitycznie uzasadnione wydzielenie jego faz, przy uwzględnieniu przede wszystkim kryteriów podmiotowych (a także procedur wyznaczających zakres działania i kompetencje) oraz przedmiotowych. Wprowadzony podział pozwala na charakterystykę typów decyzji i określenie ich roli w całym procesie tworzenia prawa. Najistotniejsze wydaje się wydzielenie dwóch faz. W opracowaniach z zakresu prawoznawstwa oddziela się fazę prelegislacyjną od fazy legislacyjnej. Do pierwszej zalicza się te działania, które polegają na podejmowaniu decyzji politycznych stymulujących uruchomienie procesu tworzenia prawa, oraz działania prowadzące do opracowywania projektu aktu normatywnego. Do drugiej – działania ustanawiania aktu normatywnego. Propozycja bardziej rozbudowanego modelu jest przedstawiana następująco: „W ujęciu modelowym proces tworzenia prawa może mieć strukturę trójczłonową, na którą składają się działania różnego typu. Człon pierwszy obejmowałby działania podejmowania decyzji politycznej, człon drugi – działania związane z opracowywaniem projektu (projektów) aktu normatywnego, natomiast człon trzeci – procedurę legislacyjną, czyli działania ustanawiania i publikacji aktu. Ustalenia polityczno-prawne występują w pierwszym typie działań. Ich udział w pozostałych typach działań zależy od rodzaju systemu politycznego, w jakim dany proces legislacyjny ma miejsce, i w konsekwencji – od rodzaju tego procesu” (Korybski, Leszczyński i Pieniążek 2003, 113).

Analizując proces prawotwórczy w Polsce oraz jego etapy, wskazywałem na wyraźną linię demarkacyjną między działaniami podejmowanymi od momentu skorzystania z uprawnienia do inicjatywy ustawodawczej a tym wszystkim, co poprzedza moment złożenia w sejmie projektu ustawy. Z punktu widzenia podejmowanych decyzji wewnętrzna struktura procesu prawotwórczego jest bardziej złożona. W uproszczeniu strukturę tę można przedstawić w postaci skonkretyzowanych etapów: (1) identyfikacja/wyбір problemu wymagającego interwencji prawnej/ustalenie zakresu interwencji, wybór aktu normatywnego i (w przypadku ustaw) trybu inicjatywy ustawodawczej; (2) przygotowanie projektu aktu normatywnego i zdecydowanie o jego dalszym procedowaniu; (3) decyzje legislacyjne: uchwalenie, podpisanie i publikacja aktu normatywnego; (4) decyzje kontroli konstytucyjnej (Biernat 2016a). Takie rozbieżności pozwalają nie tylko na pełniejszą charakterystykę etapów tworzenia prawa, ale ma również rozstrzygające znaczenie dla wyznaczenia bardziej rozbudowanej typologii decyzji.

Ze względu na specyfikę decyzji prawotwórczych w stosunku do każdego z wyróżnionych etapów możemy wskazać dwa zasadnicze elementy, w różnym stopniu rozstrzygające o ich efektach. Po pierwsze, na każdym etapie mamy do czynienia z różnego rodzaju decyzjami częściowymi, prowadzącymi do podjęcia decyzji ostatecznej. Po drugie, wszystkie decyzje – zarówno częściowe, jak i finalne – są podejmowane w określonej rzeczywistości społecznej, ekonomicznej, politycznej i normatywnej. W teorii nacisk położony jest na decyzje finalne

dla każdego z wyróżnionych etapów tworzenia prawa, możemy je więc uznać za podstawowe/wiodące. Są to decyzje, które charakteryzują się jednoznacznościami rozstrzygnięciami: albo–albo. Albo podejmowane jest rozwiązanie jakiegoś problemu za pomocą interwencji prawnej, albo nie. Albo przygotowany projekt jest procedowany, albo nie. Albo jest uchwalony, podpisany/opublikowany, albo nie. Albo podlega kontroli konstytucyjnej, albo nie. Są one, jak wskazywałem wyżej, oparte na wielu pośrednich decyzjach częściowych, o trudnej do ustalenia liczbie, zróżnicowanym charakterze, opartych na różnych przesłankach, generowanych wewnętrznymi motywami podmiotu decyzyjnego, ale także warunkami zewnętrznymi. W literaturze niezmiernie rzadko podejmuje się ten temat. Paweł Chmielnicki wskazuje, że badania nad formalnymi i nieformalnymi elementami ładu aksjonormatywnego (regułami, normami, dyrektywami czy instytucjami należącymi do danego porządku) można prowadzić z perspektywy posługiwania się „regułami (normami, instytucjami czy – ujmując rzecz najszerzej – gotowymi rozwiązaniami dylematu decyzyjnego) różnego rodzaju, zarówno formalnymi, jak i nieformalnymi, powiązanymi ze sobą funkcjonalnie w jedną całość, którą można nazwać schematem działania lub kompletem normatywnym” (Chmielnicki 2014, 12).

Spośród zewnętrznych warunków dają się wyodrębnić takie elementy, którym można przyporządkować nie tylko określony status normatywny, ale i, co najważniejsze, ściśle określoną treść. Decyzje odzwierciedlające ten aspekt mają szczególny charakter – można je nazwać uzupełniającymi/wspierającymi decyzjami normatywnymi. Ich znaczenie jest istotne. Niekiedy decyzje „wyboru normatywnego” mogą być *de facto* decyzjami wiodącymi/rozstrzygającymi, gdy interwencja prawna dotyczy problemu silnie uwikłanego aksjologicznie i punktem wyjścia jest przyjęcie określonych wartości.

Który z tych schematów interpretacyjnych dotyczących potencjalnego wpływu otoczenia normatywnego na tworzenie prawa jest bardziej użyteczny? Który jest bardziej elastyczny? Odpowiedź na te pytania nie jest jednoznaczna. Brak jednoznaczności odpowiedzi wynika z tego, że proces tworzenia prawa tylko pozornie jest jednolity, a realnie zarówno materia, jak i forma tworzenia prawa są zróżnicowane, przede wszystkim systemowo. W systemie kontynentalnym dotyczy to nie tylko różnic wynikających z katalogu źródeł prawa, ale ma znaczenie szersze. W szerszym znaczeniu różnice wiążą się z wagą i zakresem regulacji prawnych, co w szczególnie sposób ma miejsce w wymiarze ustawodawczym. Z taką tezą wiąże się pytanie o zasadność formułowanych uwag dotyczących tworzenia prawa i nadawania im, w teorii prawa, rangi uniwersalnej. Jest to również pytanie o adekwatność modeli analizy tworzenia prawa. Ta kwestia nie jest szeroko dyskutowana w prawoznawstwie. Podjęcie jej nastęrcza wiele trudności, ale warto na ten problem zwrócić uwagę także ze względu na możliwe implikacje dla procesów decyzyjnych i ich odniesienia do otoczenia normatywnego. W analizach teoretycznoprawnych problem wydzielenia odrębnych kategorii ustaw

i wynikających z tego konsekwencji dla badania tworzenia prawa nie jest przedmiotem pogłębionych dyskusji. W znacznym stopniu ogranicza się do rozważań na temat zakresu ustawowej regulacji określonej materii i adekwatnej formy: regulacji skumulowanej – kodeksowej lub regulacji szczegółowej – zawartej w wielu ustawach. Podkreślić jednak należy, że zakres tworzonego prawa ma istotne znaczenie dla podejmowanych decyzji na wszystkich etapach procesu. Jest to szczególnie istotne z punktu widzenia odniesienia do otoczenia normatywnego.

Najlepszym przykładem jest możliwe wyodrębnienie w analizach teoretycznych „trudnych spraw”, swego rodzaju *hard cases* legislacji. Proponowane rozróżnienie jest zasadne i pozwala na zastosowanie propozycji referencyjnego modelu analizy tworzenia w odniesieniu do otoczenia normatywnego¹. Wymaga to przełamania pewnych barier, uprzedzeń wynikających z dominującego stanowiska filozoficznego. Są one lokowane zarówno w paradygmacie dyskursu prawniczego, jak i w charakterystyce natury procesu prawotwórczego. Istotna kwestia wiąże się z utrwalonym w literaturze przedmiotu poglądem o występowaniu trudnych spraw tylko w kontekście decyzji sądowych. Jerzy Zajadło pisze: „Jeśli przyjąć, że fenomen prawa obejmuje jakby pięć «wymiarów» (tj. tworzenie, stosowanie, wykładnię, obowiązywanie i przestrzeganie), to na gruncie filozofii i teorii prawa problem *hard cases* w tradycyjnym ujęciu występuje wyłącznie w procesie stosowania prawa i połączonej z nim wykładni. W takim kierunku idzie także rozumienie *hard cases* w teoriach argumentacji prawniczej” (Zajadło 2008b, 10). W szerszym rozumieniu trudne obszary legislacji obejmują ten typ decyzji, które cechuje konieczność dokonania wyboru pomiędzy różnymi wartościami i rozwiązaniami funkcjonującymi w sformalizowanym otoczeniu normatywnym. Takie szersze rozumienie przyjmuje Zajadło, który twierdzi, że trudne przypadki występują w procesie nie tylko stosowania prawa i powiązanej z nim wykładni, ale również tworzenia, obowiązywania i przestrzegania prawa. „W tym sensie za czynnik decydujący o tym, czy mamy do czynienia z *hard case*, czy z *easy case*, uznajemy fakt wielości możliwych rozwiązań, które da się uzasadnić w procesie dyskursu praktycznego na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Trudny przypadek w tym znaczeniu nie jest wyłącznie domeną sędziego poszukującego rozwiązania w konkretnej sprawie, w której nie ma do dyspozycji jednoznacznej reguły prawnej. Podobne problemy argumentacyjne może napotkać także z jednej strony np. ustawodawca decydujący się na regulację lub na powstrzymanie się od regulacji określonych stosunków społecznych, z drugiej zaś np. obywatel decydujący się na odwołanie do instytucji cywilnego nieposłuszeństwa lub rezygnujący z tego” (Zajadło 2008b, 9). Poruszana wyżej kwestia eksponuje fakt, że trudne przypadki rodzą się na gruncie zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi. Po pierwsze, trudne przypadki rodzą się na gruncie zderzenia

¹ Szerzej zagadnienie to omawiam w: Biernat 2010.

prawa z innymi systemami normatywnymi, ponieważ stajemy wobec konieczności dokonania wyboru pomiędzy różnymi wartościami i słusznymi rozwiązaniami. „Jest to więc zawsze wybór pomiędzy różnymi wartościami – w tym sensie argumentacyjny dyskurs prawniczy jest jednocześnie dyskursem aksjologicznym” (Zajadło 2008b, 14). Po drugie, *hard cases* w specyficznym sensie pojawiają się w sytuacjach, „w których obserwujemy rozbieżność pomiędzy legalnością i legitymizacją – moralną, obyczajową, polityczną, ekonomiczną, ekologiczną, religijną etc.” (Zajadło 2008b, 15).

Trudny przypadek pojawiający się w wyniku zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi w paradygmacie prawa w porządku normatywnym jest do „wyjaśnienia” w ramach dyskursu prawniczego i aksjologicznego. Inaczej wygląda sprawa, gdy mamy do czynienia z trudnym przypadkiem w wymiarze politycznym, w sprawach politycznie istotnych, w których rozstrzygnięcie wymaga specyficznego uzasadnienia i usprawiedliwienia działań prawotwórczych (interwencji prawnej i treści tworzonego prawa) wychodzących poza sferę aksjologii. Okres transformacji (niekiedy uważa się, że nie został zakończony), ze względu na skalę zjawiska i odziedziczony po systemie komunistycznym stan spraw, generował problemy najtrudniejsze do rozwiązania. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Państwa, które – tak jak Polska – przechodzą gruntowną transformację ustrojową i ekonomiczną, muszą [...] skonstruować narzędzia legislacyjne, umożliwiające wycofywanie się z konsekwencji zaszłości historycznych (arbitralne, władcze wkraczanie państwa we własność prywatną) i zapewniające przejście do sytuacji właściwych dla demokratycznych, liberalnych państw prawa”².

Na przeciwnym biegunie w stosunku do trudnych przypadków legislacji mamy sprawy proste, gdzie rutynowe działanie legislacyjne ani nie jest związane ze skomplikowanym procesem decyzyjnym, ani nie wymaga rozważania, czy i w jakim stopniu przyjmowane rozwiązania są uzależnione od wpływu otoczenia normatywnego. Oczywiście, w podstawowym wymiarze, relacje między otoczeniem normatywnym a tworzoną prawem występują zawsze, chociażby ze względu na „systemowość prawa”, wynikające z niej wymogi niesprzeczności, koherencji czy techniczne, związane z redagowaniem aktów prawnych, ale ich potencjalne znaczenie i wpływ na podejmowane decyzje nie ma charakteru rozstrzygającego.

Poza tymi biegunami istnieje obszar tworzenia prawa, w którym pytanie o wpływ otoczenia normatywnego i sposób badania tego wpływu jest uzasadnione. W ramach proponowanego paradygmatu jest to pytanie o wpływ i badanie wpływu elementów przestrzeni normatywnej na tworzenie prawa. Mówiąc precyzyjnie, jest to badanie wpływu przestrzeni normatywnej na podstawowe decyzje w poszczególnych etapach tworzenia prawa, poprzez dotarcie do konstytuujących je (lub nie) relevantnych odniesień normatywnych. Rodzi to określone

² Uzasadnienie do wyroku TK, sygn. akt K 4/05, Dz.U. z 2005 r. Nr 69, poz. 626.

trudności ze względu na potencjalny rozdźwięk między ukierunkowaniem decyzji wiodących a możliwymi odniesieniami do sfery normatywnej.

Dla pierwszego etapu tworzenia prawa, w którym podejmowane są decyzje w zakresie identyfikacji/wyboru problemu wymagającego interwencji prawnej, ustalenia zakresu interwencji, punktem odniesienia jest sfera regulacji, wyznaczony cel i związane z tym strategie działania (*policies*), zawierające wskazania normatywne. Strategie są często w nikłym stopniu sformalizowane, nie oznacza to jednak całkowitego braku dyrektyw. Dla drugiego etapu tworzenia prawa, w którym decyduje się treść projektu aktu normatywnego, punktem odniesienia jest przede wszystkim system prawny, w wymiarze rozumianym wąsko (systemu obowiązującego prawa, orzecznictwa), jak również szerzej, w odniesieniu do innych, pozasystemowych regulacji prawnych, np. innych państw. W etapie trzecim, w którym podejmowane są decyzje legislacyjne: uchwalenia, podpisanie, publikacja aktu normatywnego, punktem odniesienia są przyjmowane przez odpowiednie podmioty standardy przestrzeni normatywnej, a także funkcjonujące w przestrzeni społecznej opinie i utrwalone przekonania na temat normatywności związanej z obszarem, który poddawany jest prawnej regulacji. W ostatnim, czwartym etapie punktem odniesienia dla decyzji kontroli konstytucyjnej (jeśli akt prawny podlega takiej kontroli) jest każdorazowo tworzony wzorzec konstytucyjny.

Problem tworzenia wzorca konstytucyjnego dobrze oddaje „idee normatywnych źródeł”, ponieważ odwołanie się do nich jest bardzo czytelne. Przy realizacji wzorca wskazuje się na następujące okoliczności: „Konstytucyjna racjonalność sądowa może zapewnić jednostce wyższy i szybszy standard ochrony konstytucyjnej oraz realizację multicentryczności kontroli konstytucyjności. Uzasadnienie wyższej racjonalności trybunalskiej wymaga więc dodatkowego argumentu, innego aniżeli argument władzy oparty na normie kompetencyjnej. Sędzia konstytucyjny, tj. sędzia maksymalizujący standard konstytucjonalizmu w swoim orzecznictwie, to ponadto sędzia uzewnętrzniający porządek ponadnarodowy – unijny i międzynarodowy, gwarantujące jednostce prawa i wolności stanowiące o autonomii jednostki w konfrontacji z władzami narodowymi” (Korycka-Zirk 2017, 322–323).

Tak wyróżnione normatywne odniesienia, ważne przy podejmowaniu poszczególnych decyzji podstawowych, uzyskują pełny wymiar i są realizowane przez podejmowanie decyzji częściowych/wspierających. Te decyzje sprowadzają się do przeanalizowania i uwzględnienia kontekstu normatywnego charakterystycznego dla określonego etapu tworzenia prawa i obszaru regulacji. Analiza taka, którą określam jako badanie przy wykorzystaniu modelu referencyjnego, wskazuje na możliwe wybory na poziomie decyzji częściowych: przyjęcie lub odrzucenie odniesień normatywnych, bądź też ich zignorowanie. Analiza tego typu pozwala, w określonym stopniu, wskazać na te odniesienia normatywne, których uwzględnienie może być uznane za użyteczne dla zrealizowania zakładanego

celu. Daje również możliwość badania, przy uwzględnieniu metody drzewa klasyfikacyjnego, „odtworzenia” procesu decyzyjnego i wskazania punktów zwrotnych decydujących o kształcie regulacji prawnej oraz o jej efektywności.

Jest oczywiste, że władza decydująca woluntarystycznie, odwołująca się tylko do demokratycznej legitymacji lub korzystająca z innych zasobów (np. przymusu) ma jeśli nie całkowitą, to relatywnie dużą swobodę przy wyznaczaniu i realizacji celów politycznych oraz wykorzystywaniu instrumentów prawnych. Wtedy żadna sprawa nie jest trudna. Skrajnie instrumentalne traktowanie prawa i ignorowanie autonomicznych wartości prawa czyni w obszarze legislacji każdą sprawę łatwą. Jeśli jednak respektuje prawo i standardy legislacji, to zastosowanie bardziej elastycznego schematu wpływu otoczenia normatywnego przy podejmowanych decyzjach jest niezbędne.

3. Model referencyjny badania tworzenia prawa

Metodologiczna koncepcja badania tworzenia prawa jest oparta na zakładanej zależności, a szerzej, oddziaływaniu otoczenia na proces tworzenia prawa, i prowadzi do opracowania narzędzia w postaci „referencyjnego modelu analizy tworzenia prawa”. Jest to jedna z możliwych propozycji badania legislacji, ale jak się wydaje, użyteczna ze względu na zachodzące zmiany społeczne, które doprowadziły do ukształtowania społeczeństwa etapu postmodernistycznego, ze wszystkimi charakterystycznymi cechami.

Model referencyjny jest szczególną postacią modelu analitycznego. W konstrukcji referencyjnego modelu analizy procesu tworzenia prawa zasadnicza rola jest przypisywana korelacji procesów decyzyjnych z normatywnym otoczeniem. Ma to szczególny wymiar w ramach formułowanego paradygmatu prawa w przestrzeni normatywnej, ponieważ normatywne odniesienia są zdeterminowane jej strukturą i wynikającymi z niej konsekwencjami. W proponowanym „referencyjnym modelu analizy tworzenia prawa” istotnym aspektem badawczym jest określenie poziomu korelacji wyróżnionych typów decyzji podstawowych i wspierających w procesie tworzenia prawa, w przedmiotowo określonym zakresie regulacji. Szczegółowe badanie zarówno odniesień normatywnych, jak i stopnia korelacji wyróżnionych typów decyzji charakterystycznych dla poszczególnych etapów tworzenia prawa jest możliwe. W zależności od poszczególnych etapów tworzenia prawa możliwości badania decyzji, zwłaszcza decyzji wspierających, wydają się ograniczone ze względu na dostępność i możliwość wykorzystania źródeł. Dotyczy to zwłaszcza etapu pierwszego, w którym powstaje koncepcja prawnej interwencji. Jeśli jednak do badania tego procesu zastosujemy podejście „referencyjne” i uwzględnimy w analizie możliwe punkty odniesienia normatywnego, szanse na uzyskanie pełniejszego obrazu procesu prawotwórczego wydają się znacznie większe.

Obszar decyzji wspierających na pierwszym etapie, gdzie ustalany jest zakres interwencji prawnej mającej umożliwić realizację zakładanego celu, którym jest stworzenie ram prawnych dla rozwiązania konkretnego problemu, ustalonego w drodze swobodnego wyboru politycznego, obejmuje charakterystykę i ewaluację polityki (ale w znaczeniu *policy* – strategii politycznej) w obszarze regulacji. W części drugiej kwestia normatywnego wymiaru *policy* była dyskutowana, a tak rozumiana polityka, strategia działania, została włączona do *sui generis* elementów przestrzeni normatywnej. Kwestia uzasadnienia tego uznania jest złożonym i szeroko dyskutowanym w literaturze zagadnieniem (Zamboni 2007, 113). Najogólniej rzecz ujmując, ewaluacja strategii politycznego działania w różnych sektorach stosunków społecznych pozwala na wypracowanie w niewielkim stopniu sformalizowanych, niemniej jednak wyraźnie określonych dyrektyw działania, wskazujących na istniejące zależności między konkretnymi decyzjami a realizacją zakładanego celu prawnej regulacji. Ten problem jest dostrzegany w literaturze: „Wydaje się jednak, że warto zwrócić uwagę na możliwości wynikające z doświadczeń i dorobku praktykowanej przez wiele krajów ewaluacji polityk publicznych. Dziedzina ta ma już wypracowane bardzo bogate podstawy teoretyczne i metodologiczne i – co ważne – zostały one już zweryfikowane w praktycznym stosowaniu. Wydaje się, że jej specyfika wprost odpowiada potrzebom ewaluacji prawa *ex post*. Stąd logicznym jest postulat wykorzystania doświadczeń oraz instrumentarium metodologicznego, wynikających z praktykowania ewaluacji polityk publicznych. Tym bardziej, że odczuwanym problemem polskich badań nad prawem jest stosunkowo niskie wykorzystywanie podejścia interdyscyplinarnego. Częstym zjawiskiem jest skupienie się na wąskich aspektach prawnych bez koniecznego kontekstu społecznego i ekonomicznego”. W cytowanym opracowaniu podkreśla się ponadto: „Ewaluacja polityk publicznych jest ściśle związana z koncepcją polityki opartej na dowodach i ma funkcję poznawczą, rozwojową, funkcję rozliczenia oraz egzekwowania odpowiedzialności. Istota takiej ewaluacji polega na koncentracji na efektach, pozwala uruchomić proces uczenia się instytucji publicznych oraz budowanie wiedzy o związkach przyczynowych między interwencjami legislacyjnymi i efektami” (Zielona Księga 2013).

Odwołanie się do konkretnego przykładu pozwala lepiej wyjaśnić omawiany problem decyzji uzupełniających/wspierających, ukierunkowanych na odniesienie się do normatywnych wypowiedzi w ramach strategii. Powiedzmy, że przedmiotem prawnej regulacji jest zidentyfikowany problem społeczny występowania postaw i aktów o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym. Celem jest ich wyeliminowanie, a przynajmniej maksymalne ograniczenie. W tej konkretnej sytuacji państwo powinno mieć opracowaną strategię działania, a ta powinna zawierać wskazania, dyrektywy dotyczące szczegółowego postępowania, w różnym zakresie, adresowane do różnych podmiotów, dyrektywy, które powinny być rozważane przy wprowadzaniu regulacji. Jeśli takiej strategii nie ma, odnaleźć można wiele dokumentów, które: po pierwsze, wskazują na konieczność

przyjęcia takiej strategii, po drugie, wskazują, jaka powinna być ta strategia i jakie dyrektywy powinna zawierać. W dokumencie Biura Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Praw Człowieka zatytułowanym „Rozwijanie krajowych planów działań przeciwko dyskryminacji rasowej” nie tylko postuluje się wprowadzenie takiej strategii³, ale także sformułowane są wyraźnie dyrektywy działania dotyczące zwalczania postaw i działań o charakterze rasistowskim. Dotyczą one zakresu i treści regulacji. Wskazuje się w nich, z zastrzeżeniem, że „dokładna forma tych przepisów będzie zależeć od istniejących przepisów i systemu prawnego każdego państwa”, między innymi na rozwiązania mające na celu „zaradzenie potencjalnym pośrednim skutkom dyskryminacji ze względu na określone ustawodawstwo krajowe, w szczególności ustawodawstwo dotyczące zwalczania terroryzmu, imigracji, narodowości, delegalizowania pobytu lub deportacji osób niebędących obywatelami, jak również ustawodawstwo, które skutkuje karaniem bez uzasadnionych przyczyn członkostwa w pewnych grupach”. Jest to przywołany tylko „przykładowy” dokument, nawet niemający statusu *soft law*, ale zawierający wyraźnie wyartykułowane wyrażenia normatywne. W innych, takich jak np. Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *Walka z rasizmem w policji*, gdzie wychodząc z założenia, że „rasizm nie omija żadnego poziomu społeczeństwa, a żadna instytucja nie jest odporna na rasizm. Policja nie jest wyjątkiem. Rasizm może być obecny w postawach lub zachowaniu funkcjonariuszy policji, w ich interakcji z ludnością lub z innymi funkcjonariuszami. Można go również znaleźć w przepisach i regulacjach stosowanych przez policję, które w tym przypadku kwalifikują się jako instytucjonalny rasizm”, wskazano na wiele dyrektywalnych rozwiązań w omawianym zakresie, np. takich jak: „Ustanowienie, tam, gdzie jeszcze nie istnieją, instytucji niezależnych skarg na policję, przeznaczenie odpowiednich środków na jej funkcjonowanie i zapewnienie nałożenia sankcji na funkcjonariuszy policji w następstwie incydentu na tle rasistowskim”⁴.

Można oczywiście pytać, czy i dlaczego decyzje, które określam mianem wspierających/wspomagających, są potrzebne i jak mają być „technicznie” realizowane. Po pierwsze, takie odwołanie normatywne poszerza pole decyzji. Po drugie, uwzględniając trendy zachodzące w przestrzeni normatywnej, równocześnie

³ „Określanie treści krajowego planu działania przeciwko dyskryminacji rasowej ma zasadnicze znaczenie, ponieważ zobowiązania opisane w nim będą stanowić punkt odniesienia podejmowanych działań. Chociaż nigdy nie będzie dwóch identycznych krajowych planów działania przeciwko dyskryminacji rasowej, to ten dokument zawiera wskazówki dotyczące ich zawartości. Plan powinien uwzględniać zarówno międzynarodowe normy, jak i cechy lokalnej sytuacji. Powinien także zapewnić spójność i być skorelowany z innymi planami, takimi jak krajowe plany działań w zakresie praw człowieka lub krajowe plany rozwoju w krajach, które już opracowały takie plany” (*Developing National Action Plans* 2014).

⁴ Parliamentary Assembly, Resolution 1968 (2014) Final version, Tackling racism in the police.

dokonuje się jej strukturalizacji/standaryzacji, a to determinuje w szerszym zakresie ukierunkowanie tworzenia prawa.

Decyzje wspierające drugiego etapu są, z punktu widzenia konstruowanego modelu, naturalne, a w pewnym zakresie niezbędne, jeśli projektowane prawo ma być koherentne względem istniejących regulacji. Przygotowanie projektu aktu normatywnego wymaga charakterystyki i ewaluacji odniesienia normatywnego wewnątrz systemu prawnego, z uwzględnieniem regulacji prawnych dotyczących procedur tworzenia prawa. Badanie tego typu odniesienia jest powszechnym postulatem. Mniej oczywisty jest postulat badania określającego, w jakim zakresie występuje odniesienie się w tych decyzjach częściowych do systemów prawnych zewnętrznych i elementów normatywnych. W zakresie systemów prawnych wewnętrznych można mówić o formie standardów. W zakresie podejmowanych decyzji częściowych odnoszonych do innych elementów przestrzeni normatywnej istotne jest badanie nie tylko konkretnych treści, ale także dominujących trendów.

W etapie trzecim, gdzie decyzjami wiodącymi są rozstrzygnięcia legislacyjne, sprowadzające się do uchwalenia, podpisania, publikacji aktu normatywnego, decyzje wspierające mają bardzo skomplikowany charakter. Po pierwsze, ze względu na to, że w podmiocie zbiorowym podejmującym decyzje mogą występować różnice dotyczące istotnych elementów i struktury przestrzeni normatywnej, w obrębie której „poruszają się” poszczególne podmioty, najczęściej całe ugrupowania parlamentarne. Po drugie, ze względu na możliwość przywoływania „skumulowanej” wersji decyzji częściowych z etapów wcześniejszych, dołączonych do uzasadnień procedowanych ustaw. Najważniejszy jest jednak aspekt polityczny i uprawnienie organu prawodawczego do podejmowania rozstrzygających decyzji, w ramach których istnieje wprawdzie możliwość odwołania się do argumentacji wykorzystującej elementy przestrzeni normatywnej, ale możliwości ich efektywnego wpływu są wyraźnie ograniczone. Tego typu odwołania wskazują raczej na różnice w ujmowaniu przestrzeni normatywnej przez poszczególne podmioty. Decyzja rozstrzygająca (uchwalić ustawę lub nie i w jakim ostatecznym kształcie) jest działaniem o wymiarze czysto politycznym – wymiarze zbliżonym do politycznego uprawnienia z etapu pierwszego (podejmowania interwencji prawnej dla realizacji celu politycznego lub nie), ale bardziej „odpowiedzialnym”, bo stwarzającym realną rzeczywistość prawną. Dyscyplina partyjna w obszarze głosowania nad konkretnymi projektami ustaw, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z monopartyjną większością parlamentarną, przenosi problem decyzji wspierających i odniesienia normatywnego na inny poziom (praktycznie do punktu wyjścia, tj. do etapu pierwszego).

W szczególnych konfiguracjach polityczny wymiar działania „przenosi” kwestię decyzji wspierających na poziom ewaluacji normatywnych elementów występujących w dyskursie społecznym. Szczególnym aspektem tego dyskursu mogą być utrwalone opinie i wyobrażenia na temat wzorców normatywnych odnoszonych do przedmiotu regulacji. Waloryzuje on polityczny wymiar takiego

odniesienia normatywnego i decyzji wspierających, które są traktowane instrumentalnie, aby przekonać do siebie jak najszerszy krąg wyborców skłonnych oddać głos w najbliższych wyborach. Przykładem takiego odniesienia do opinii na temat treści normatywnych może być zjawisko „populizmu penalnego” (Szafrńska 2015). Decyzje wspierające podejmowane na tym etapie mogą być badane w kontekście oddziaływania społecznych wyobrażeń na temat wzorców normatywnych.

Dla wiodących decyzji kontroli konstytucyjnej decyzje wspomagające obejmują charakterystykę i ewaluację wzorca konstytucyjnego. Problem charakterystyki wzorców konstytucyjnych, a w związku z tym i ich badania, jest niezwykle istotny z punktu widzenia teorii prawa, ponieważ otwiera możliwość doktrynalnego kształtowania wzorców konstytucyjnych.

Referencyjny model badania procesu tworzenia prawa ujawnia złożone i skomplikowane zjawisko potencjalnego oddziaływania przestrzeni normatywnej na tworzenie prawa. Nie wszystkie aspekty tego wpływu były wyraźnie eksponowane w charakterystyce procesu decyzyjnego. Generalnie można powiedzieć, że chodzi o wymiar treściowy, ale współtowarzyszące aspekty mogą ukierunkowywać podejmowane działania. Na dwa należy zwrócić uwagę. Pierwszy to kwestia sformalizowanego oddziaływania zarówno przez przyjęte rozwiązania w organizacji tworzenia prawa, jak i praktykę prawotwórczą polegającą na odwoływaniu się do sformalizowanych normatywnych źródeł. Drugi to oddziaływanie przestrzeni normatywnej w ramach dającego się wyodrębnić trendu i charakterystycznych dla niego instytucji prawnych, rozumianych jako kompleksowe regulacje. Część z nich może być wyjaśniona w ramach przedstawionych poniżej przykładów.

4. Wpływ normatywnych źródeł prawa na tworzenie prawa w wyodrębnionych systemach

4.1. Normatywne źródła prawa w systemie prawnym Unii Europejskiej

Przykładem wpływu sformalizowanych⁵ elementów przestrzeni normatywnej jest tworzenie prawa europejskiego. Generalnie, system prawny UE i proces tworzenia prawa mogą być wiodącym przykładem w charakterystyce problemu wpływu normatywnych źródeł prawa. Cechą szczególną systemu jest to, że na podstawie wielu dokumentów możemy, w miarę precyzyjnie, scharakteryzować

⁵ Jak pisałem w analizie normatywnych źródeł prawa, ich istotną cechą jest zróżnicowany poziom sformalizowania. Są to wypowiedzi normatywne w „mocnym sensie”, o którym decyduje zarówno treść normatywna, jak i sposób jej prezentacji, ze wszystkimi konsekwencjami, począwszy od możliwości identyfikacji źródła, jak i limitowanej możliwości interpretacji treści.

„strukturalizację przestrzeni normatywnej”, a więc to, w jakiej skonkretyzowanej przestrzeni normatywnej funkcjonują instytucje UE, w tym także w ramach działań prawotwórczych. Strukturalizację czy standaryzację przestrzeni normatywnej możemy „ustalić”, odwołując się do Preambuły Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) i przyjętych tam następujących ustaleń: „Inspirowani kulturowym, religijnym i humanistycznym dziedzictwem Europy, z którego wynikają powszechne wartości, stanowiące nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka, jak również wolność, demokracja, równość oraz państwo prawne; potwierdzając swe przywiązanie do zasad wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego”.

Odwołanie do aksjologicznych elementów konstytuujących przestrzeń normatywną jest widoczne także w treści traktatu, a szczególnie w art. 2, który stanowi: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

Wartości, które są podstawą tej strukturalizacji, a także prawa podmiotowe, zostały potwierdzone w Preambule do Karty praw podstawowych: „Niniejsza Karta potwierdza, uwzględniając kompetencje i zadania Wspólnoty i Unii oraz zasadę pomocniczości, prawa wynikające zwłaszcza z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych Państwom Członkowskim, z Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatów wspólnotowych, europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Kart Społecznych przyjętych przez Wspólnotę i Radę Europy oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Korzystanie z tych praw rodzi odpowiedzialność i nakłada obowiązki wobec innych osób, wspólnoty ludzkiej i przyszłych pokoleń. Unia uznaje zatem prawa, wolności i zasady wymienione poniżej”. Z tego dokumentu wynika poszerzenie ramy przestrzeni normatywnej o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i nie zmienia tego spór powstały na gruncie obowiązku przystąpienia UE do europejskiej konwencji praw człowieka (art. 6 ust. 2 TUE) i opinii wydanej w dniu 18 grudnia 2014 roku przez Trybunał Sprawiedliwości UE, który w pełnym składzie uznał, że projekt porozumienia dotyczącego przystąpienia UE do EKPC jest niezgodny z Traktatami. Bez wnikania w istotę sporu stwierdzić można, że na czołowym miejscu w strukturze systemu postawiono ochronę praw człowieka. Jak się podkreśla: „Wartości Unii są więc najistotniejszą, centralną kategorią porządku prawnego, stąd nie sposób zrozumieć, dlaczego Trybunał pominął je w omawianej Opinii. Realizuje je też przystąpienie Unii do EKPC, Konwencji, której normy merytoryczne były od lat stosowane przez WE i UE jako ogólne zasady prawa” (Sozański 2016, 70).

Inny ważny wymiar strukturalizacji przestrzeni normatywnej jest zawarty w tych fragmentach Preambuły TUE, które odnoszą się do realizowanych polityk. „Zdecydowani ułatwić swobodny przepływ osób, przy zapewnieniu bezpieczeństwa swym narodom, poprzez ustanowienie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; wyrażając mocną wolę popierania postępu gospodarczego i społecznego swych narodów poprzez urzeczywistnienie rynku wewnętrznego oraz umacnianie spójności i ochrony środowiska, przy uwzględnieniu zasady zrównoważonego rozwoju oraz prowadzenia polityk, które zapewnią, że integracji gospodarczej towarzyszyć będzie równoczesny postęp w innych dziedzinach”. Przyjęte ustalenia nie tylko określają w sposób ramowy podstawowe cele, ale także wskazują na to, do jakich zewnętrznych normatywnych treści oraz jak ukierunkowanych należy się odwoływać w procesie decyzyjnym. Przyniesione dokumenty pozwalają na zidentyfikowanie struktury przestrzeni normatywnej, a zarazem określenie zakresu potencjalnych normatywnych źródeł stanowionego prawa.

Zmiany wprowadzone traktatem z Lizbony nie naruszyły w sposób zasadniczy charakterystycznej cechy procesu tworzenia prawa wtórnego w UE, którą jest obowiązek uzasadniania aktów prawnych, będący nie tylko istotnym wymogiem proceduralnym, ale i podstawą kontroli legalności aktu. Ścisłe określony formalnie i proceduralnie obowiązek uzasadnienia podejmowanych działań prawotwórczych stanowi istotną różnicę w stosunku do rozwiązań występujących w porządkach prawnych wielu państw członkowskich. Uzasadnienie zarówno stanu prawnego, jak i faktycznego przyjmuje sformalizowaną postać i podlega sądowej kontroli.

Postanowienia art. 296 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 253 TWE) stanowią: „Jeżeli Traktaty nie przewidują rodzaju przyjmowanego aktu, instytucje dokonują wyboru, jakiego rodzaju akt ma w danym przypadku zostać przyjęty, w poszanowaniu obowiązujących procedur oraz zasady proporcjonalności. Akty prawne są uzasadniane i odnoszą się do propozycji, inicjatyw, zaleceń, wniosków lub opinii przewidzianych w Traktatach. Rozpatrując projekt aktu ustawodawczego, Parlament Europejski i Rada powstrzymują się od przyjmowania aktów nieprzewidzianych przez procedurę ustawodawczą obowiązującą w danej dziedzinie”.

Wcześniejsza regulacja, art. 253 TWE, stanowiła: „Rozporządzenia, dyrektywy i decyzje przyjęte wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, jak również takie akty przyjęte przez Radę albo Komisję, są uzasadniane i odnoszą się do wniosków lub opinii, które były wymagane zgodnie z niniejszym Traktatem”. Mimo częściowo zmienionej treści cytowanych wyżej regulacji traktatowych istota rozwiązania nie uległa zmianie. Przepisy wprowadzają obowiązek uzasadniania aktów prawnych, który w praktyce jest realizowany przez poprzedzanie aktów prawnych preambułami, niekiedy bardzo obszernymi. Sposób i zakres

uzasadniania obejmuje elementy obligatoryjne, np. przywołanie przewidzianych w Traktatach opinii, jak i takie, które nie mają obligatoryjnego charakteru, ale są przywoływane w celu faktycznego uzasadnienia przyjmowanych rozwiązań.

Analizując ten problem, również na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), w opracowaniach naukowych podkreśla się, że treść i stopień szczegółowości uzasadnień jest różny w zależności od tego, czy chodzi o akty indywidualne czy akty generalne. W wypadku tych ostatnich wymagane jest, „aby w preambule została wskazana ogólna sytuacja, która doprowadziła do wydania danego aktu, a także generalne cele, jakie zamierza się osiągnąć. Nie jest natomiast potrzebne, aby w preambule organ rozważał dokładnie wszystkie okoliczności faktyczne i zagadnienia prawne. Jeśli zostały przytoczone motywy zasadniczego kierunku unormowania, nie jest wymagane uzasadnianie wszystkich rozwiązań szczegółowych” (S. Biernat 2002, 221).

Tak określone cechy uzasadnienia są istotne z punktu widzenia oceny spełnienia wymagań proceduralnych dokonywanych przez ETS w wypadku skargi na nieważność aktu w trybie art. 263 traktatu lizbońskiego. I w tym wypadku mamy do czynienia z praktycznym powtórzeniem rozwiązań prawnych przyjętych wcześniej w TWE⁶. „Brak uzasadnienia lub też jego niedostateczność mogą być powodem stwierdzenia nieważności aktu ze względu na uchybienie istotnym wymogom proceduralnym” (Mik 2000, 622). W literaturze przedmiotu podkreśla się ponadto, że uzasadnienie aktu prawnego z zakresu prawa wtórnego UE ma duże znaczenie interpretacyjne (Mik 2000, 622).

Pomijając kwestię rygorystycznego traktowania zakresu uzasadnień pod względem formalnym i merytorycznym oraz kontroli sądowej uzasadnień, która już sama w sobie jest istotnym czynnikiem wpływającym na podniesienie jakości prawa, konstrukcja uzasadnień stwarza potencjalną możliwość odwołania się do normatywnych źródeł i uwzględnienia dyskursu legislacyjnego w szerszym zakresie, niż ma to miejsce w tradycyjnych systemach prawnych, zwłaszcza typu kontynentalnego.

Można przyjąć, a potwierdza to praktyka, że uzasadnienia nie tylko stanowią formalny element wyróżniający tryb stanowienia prawa wtórnego w UE, ale także są wyrazem swoistej „filozofii prawotwórczej”, której osnową jest dążenie do

⁶ Artykuł 263 traktatu lizbońskiego (dawny art. 230 TWE): Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich. Kontroluje również legalność aktów organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich.

Artykuł 230 TWE: Trybunał Sprawiedliwości kontroluje legalność aktów uchwalonych wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, aktów Rady, Komisji i EBC, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich.

maksymalnie pełnego wyjaśnienia i usprawiedliwienia podejmowanej interwencji prawnej, przy uwzględnieniu normatywnych treści „już obecnych” w otoczeniu tworzonego aktu prawnego. Dowodzą tego dwie okoliczności. Po pierwsze, uzasadnienia zawarte w preambułach tworzonych aktów prawnych w zdecydowanej większości wykraczają znacznie poza niezbędne, wymagane proceduralnie formalne minimum uzasadnienia. Są często bardzo rozbudowane i zawierają elementy, które stanowią *sui generis* „narrację uzasadniającą”. W uzasadnieniach, poza ściśle określonymi elementami, mamy do czynienia z precyzyjnie wyrażoną identyfikacją problemów/celów i doborem adekwatnego zakresu prawnej interwencji. Po drugie, w preambułach występuje wiele odwołań do wiążących i niewiążących aktów normatywnych, tworzących szczególnego rodzaju system uzasadnień (łańcuch powiązań uzasadnień aż do „pierwotnego źródła”).

Praktycznie w każdej dziedzinie aktywności UE instrumenty prawa miękkiego są wykorzystywane. Niekiedy ich znaczenie jest szczególnie istotne, tak jak w unijnej polityce opieki zdrowotnej. Przypisuje się im szczególną rolę w zakresie realizowanej polityki, wskazując, że pojawienie się miękkiego prawa w odniesieniu do polityki opieki zdrowotnej sprawiło, iż nie tylko polityka ta „wyszła z niebytu”, ale ponadto został określony jej kierunek w wyniku negocjacji między różnymi grupami strategicznych aktorów, reprezentującymi niekiedy sprzeczne interesy (Greer i Vanhercke 2010, 2012). W tym politycznym wymiarze miękkiemu prawu przypisywane są różne funkcje, związane z określonym rodzajem polityki (*policy*). W przypadku polityki opieki zdrowotnej są to „instrumenty sterujące” wykorzystywane dla ustanowienia celu lub nadania impetu w ramach konkretnej polityki i powiązanych obszarów. Są to deklaracje i wnioski, ale *soft law* może również wyznaczać bardziej konkretne działania poprzez zalecenia czy uchwały, które są „używane jako alternatywne wobec prawodawstwa instrumenty, w związku z czym nierzadko można mówić, że spełniają funkcję paraprawa” (Greer i Vanhercke 2010, 2012).

Poza ustalaniem znaczenia aktów *soft law* dla kształtowania określonych polityk nie przeprowadza się głębokich analiz ich roli prawotwórczej, uznając, że stanowią one *sui generis* niewiążące akty prawne, chociaż są najważniejszym elementem przestrzeni normatywnej. W tym zakresie ich rolę można określić jako „dookreślenie przestrzeni normatywnej” odgrywającej istotną rolę w konkretnych działaniach prawotwórczych. W zakresie wskazanej wyżej polityki ilustruje to wprowadzenie jednej z najważniejszych dyrektyw.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z dnia 9 marca 2011 roku w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE 2011/L 88/45) realizuje, jak wskazano w pkt 10 preambuły, cel, którym jest: „ustanowienie zasad ułatwiających dostęp do bezpiecznej transgranicznej opieki zdrowotnej o wysokiej jakości w Unii, zapewnienie mobilności pacjentów zgodnie z zasadami ustalonymi przez Trybunał Sprawiedliwości i promowanie współpracy w zakresie opieki zdrowotnej między państwami

członkowskimi, z pełnym poszanowaniem kompetencji państw członkowskich w zakresie określania świadczeń zdrowotnych z tytułu zabezpieczenia społecznego, organizacji i świadczenia opieki zdrowotnej i medycznej oraz organizacji i udzielania świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego, w szczególności świadczeń chorobowych”. Przyjęcie dyrektywy i wprowadzonych regulacji prawnych zostało „obudowane” aktami *soft law*, które zarówno w sposób ogólny, jak i szczegółowy „komponują normatywne tło”. Najszerszym aktem w tej kompozycji są Konkluzje Rady w sprawie wspólnych wartości i zasad systemów opieki zdrowotnej Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2006/C 146/01). W preambule do tego aktu Rada przypomina o najistotniejszych wartościach, jakimi są powszechność, dostęp do wysokiej jakości opieki, sprawiedliwość oraz solidarność, a także o tym, że celem wszystkich systemów opieki zdrowotnej w UE jest postawienie pacjenta w centrum zainteresowania i odpowiadanie na jego indywidualne potrzeby. Kluczowe znaczenie ma załącznik: *Oświadczenie w sprawie wspólnych wartości i zasad*, i przyjęte stanowisko: „Najistotniejsze wartości, jakimi są powszechność, dostęp do wysokiej jakości opieki, sprawiedliwość oraz solidarność spotykają się z szeroką akceptacją podczas prac różnych instytucji UE. Stanowią one łącznie zbiór wartości wspólnych dla całej Europy. Powszechność oznacza, że nikomu nie zabrania się dostępu do opieki zdrowotnej; solidarność jest ściśle związana z zasadami finansowania naszych krajowych systemów opieki zdrowotnej oraz z potrzebą zapewnienia wszystkim dostępu do nich; sprawiedliwość wiąże się z równym, stosownym do potrzeb, dostępem bez względu na pochodzenie etniczne, płeć, wiek, status społeczny czy zdolność do zapłaty. Systemy opieki zdrowotnej UE zmierzają również do zmniejszenia występujących różnic pod względem stanu zdrowia, które są przedmiotem troski państw członkowskich UE; ściśle z tym związane są prace w ramach systemów państw członkowskich dotyczące zapobiegania chorobom i dolegliwościom, między innymi poprzez propagowanie zdrowego stylu życia”. W dalszej części załącznika rozwinęta została charakterystyka tych wartości.

Bardziej sprecyzowaną „normatywną treść” dotyczącą szczegółowych kwestii z zakresu regulacji odnajdziemy w odniesieniu do innych aktów *soft law*. Opinia Komitetu Regionów „Transgraniczna opieka zdrowotna” (Dz.Urz. UE 2009/C 120/12) w pkt 3 wskazuje, że Komitet przyjmuje z zadowoleniem propozycję Komisji, by pacjenci nie mogli czerpać zysków z transgranicznej opieki zdrowotnej, równocześnie zalecając konkretne unormowanie: „Zaleca, by w przypadku opieki zdrowotnej świadczonej poza granicami kraju zwrot kosztów leczenia przysługiwał pacjentom tylko za takie świadczenia, które obejmują system zabezpieczenia społecznego w państwie członkowskim ubezpieczenia”. Szczegółowe propozycje zawiera także Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie „wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej” (COM(2008) 414 Dz.Urz. UE 2009/C 175/22). Ustosunkowując się do

konkretnych przepisów projektu dyrektywy stwierdzono, że zdaniem EKES lista pracowników służby zdrowia jest niepełna, a Komitet pragnie, by dodano do niej również personel paramedyczny, np. logopedów, ortoptyków itd.

Wskazany system zależności występuje powszechnie⁷. System odwołań pozwala na prześledzenie historii unormowania konkretnego problemu w ważnych z punktu widzenia procesu stanowienia prawa dwóch aspektach. Po pierwsze, *soft law* może być traktowane jako ważny element procesu prawotwórczego, precyzując cele i strategię działania w ramach poszczególnych polityk. Pozwala to na precyzyjne odtworzenie ukierunkowanego działania politycznego, wskazanie przełomowych momentów wyznaczających przyjętą strategię działania. Po drugie, pozwala na identyfikację argumentacji przedstawianej w trakcie dyskursu prawnego nad proponowanymi rozwiązaniami, a w konsekwencji ocenę adekwatności przyjętych rozwiązań prawnych.

4.2. Normatywne źródła prawa w systemie kontynentalnym. Potencjał trendu

Cechą charakterystyczną kontynentalnego systemu prawnego, ściśle związanego z pozytywistyczną wizją prawa, jest pozycja podmiotu prawotwórczego, skumulowanie uprawnień i kompetencji w ramach instytucji władzy politycznej niepokrywające się z idealnym wzorcem separacji władzy ustawodawczej. Typ powiązań i zależności między władzą ustawodawczą a wykonawczą daje synergiczny efekt poszerzenia zakresu dyskrejonalnej władzy podmiotom odgrywającym wiodącą rolę w tworzeniu prawa. Poza tą, jak się wydaje – oczywistą z punktu widzenia przeprowadzanej analizy, konstatacją, warto zauważyć, że ma to również istotny wpływ na kwestię strukturalizacji przestrzeni normatywnej.

W ramach konkretnych systemów prawnych można wstępnie scharakteryzować „strukturę przestrzeni normatywnej”, a więc to, w jakiej przestrzeni normatywnej „poruszają się” podmioty w ramach działań prawotwórczych. Wstępna

⁷ Przykładem może być Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 roku w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym (Dz.Urz. UE C 295/2, 4.12.2009), której preambuła, poza przywołaniem podstawy prawnej, wymaganych konsultacji i opinii oraz określeniem procedury stanowienia, składa się z 45 obszernych punktów uzasadnienia, podczas gdy sama dyrektywa składa się z 13 artykułów. W preambule występuje odwołanie do Rezolucji Rady z dnia 30 listopada 2009 roku dotyczącej harmonogramu działań mających na celu umocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym. W preambule do wymienionej Rezolucji Rady mamy do czynienia z odwołaniem się do innych aktów z zakresu prawa miękkiego, które uzasadniają podjęte działania, np. do Zalecenia Parlamentu Europejskiego dla Rady z dnia 7 maja 2009 roku w sprawie rozwijania przestrzeni sprawiedliwości w sprawach karnych w UE, 2009/2012(INI), Komunikatu Komisji Europejskiej dotyczącego programu sztokholmskiego, COM(2009) 262/4, a także Konkluzji Prezydencji z posiedzenia Rady Europejskiej w Tampere w dniach 15 i 16 października 1999 roku.

charakterystyka jest możliwa przez odwołanie się do przyjętych w konstytucji rozwiązań ustrojowych, przyjmowanych zasad i włączonych do systemu prawnego międzynarodowych aktów prawnych z zakresu ochrony praw człowieka. W praktyce może jednak dochodzić do istotnych „modyfikacji” tak ujmowanego standardu, wyznaczające go zasady i normy podlegają bowiem daleko idącej interpretacji, tak że bez formalnej zmiany konstytucji mamy do czynienia z jej wyraźnie zmienioną treścią. Wyznacza to inną konstrukcję przestrzeni normatywnej, o wyraźnie przesuniętych akcentach. Zabieg ten, uzasadniany zazwyczaj „rolą i pozycją suwerena”, sprowadza się do eksponowania wybranych wartości i wywodzenia z tego postulatów normatywnych. Nie ulega wątpliwości, że zarówno przy respektowaniu przyjmowanych standardów konstytucyjnych, jak i ich odrzucaniu istotną rolę w kształtowaniu przestrzeni normatywnej, jej skonkretyzowanej wersji, odgrywa kultura polityczna i prawna.

Działania prawotwórcze, podejmowane przez uprawnione podmioty „poruszające się” w ramach, przynajmniej wstępnie możliwej do zidentyfikowania, przestrzeni normatywnej wyznaczającej pole decyzji, nie sprowadzają się tylko do możliwości inkorporowania konkretnych normatywnych treści do tworzonego prawa. Napotykać na szerszy problem, którym jest zmierzenie się z charakterystycznym zjawiskiem trendu. Było ono charakteryzowane jako istotny element kształtowania się przestrzeni normatywnej. Gdy mowa o zjawisku trendu, dotykamy bardzo ważnej, a równocześnie trudnej kwestii wpływu na prawo funkcjonujących obok niego treści normatywnych, które współcześnie przybierają różne formy. Część z nich jest, jeśli tak można to określić, *in statu nascendi*, inne stają się motywem wyznaczającym zmiany w prawie w ramach poszczególnych systemów prawnych, przybierają postać konkretnych regulacji prawnych. Ta „skonkretyzowana” forma trendu staje się łatwiejszym do zidentyfikowania punktem odniesienia, który pozwala na pełniejszą charakterystykę typu przestrzeni normatywnej, a równocześnie prowadzi do „zderzenia się” w praktyce tworzenia prawa deklarowanych postaw z konkretnymi decyzjami. Nie jest to tylko problem konfliktu wartości, typowy dla „trudnych spraw”, swego rodzaju *hard cases* legislacji, ale spójności konstrukcji systemu prawnego. Przykładem takiego zderzenia jest kwestia uregulowania w polskim systemie prawnym tzw. związków partnerskich, na tle trendu i wprowadzanych regulacji w innych systemach prawnych państw europejskich.

Bez przeprowadzenia szerokich badań nie ma możliwości odpowiedzi na pytanie, czy i w jakim zakresie zmiany występujące w otoczeniu normatywnym, kształtowanie się określonych standardów przestrzeni normatywnej determinuje proces tworzenia prawa, dyskurs legislacyjny, wpływa na podejmowane decyzje prawotwórcze, wyznacza kierunek zmian w prawie, wprowadzając konkretne treści. Częściową odpowiedź może dać analiza występujących w otoczeniu normatywnym trendów, przyjmowanych w innych systemach regulacji prawnych, a szerzej, instytucji prawnych. Instytucje prawne rozumiane są w tym ujęciu

szeroko, przez odniesienie do zasad prawa, które stanowią podstawę instytucjonalną, a także do skonkretyzowanych rozwiązań w postaci ukierunkowanego i zespolonego sposobu regulacji.

Analizowany w dalszej części rozważań trend jest związany z ochroną praw dziecka. Obejmuje, ściśle ze sobą powiązane, dwa aspekty. W pierwszym kierunku trendu wyznacza normatywny kontekst wynikający z ewolucji odniesienia do wartości, jaką jest godność dziecka, oraz do klauzuli dobra dziecka. W drugim kierunek znajduje odzwierciedlenie w zmieniających się rozwiązaniach prawnych gwarantujących dziecku ochronę przed przemocą. Biorąc pod uwagę szerszy wymiar ochrony praw dziecka, podstawowe znaczenie ma odniesienie aksjologiczne. Dominującym aksjologicznie elementem kształtującym prawa dziecka i ich ochronę jest godność dziecka. Ta wartość pełni kluczową rolę, jeśli weźmiemy pod uwagę zakres zależności podmiotowych, w ramach których dziecko funkcjonuje. Ukierunkowanie dyskusji naukowej i prac nad rozwiązaniem problemów powstałych na tle rozumienia tej wartości wydaje się niezwykle ważne nie tylko z punktu widzenia doktryny, ale przede wszystkim zmian legislacyjnych i stosowania prawa.

Z godności człowieka jako podstawowej wartości wynika jednoznaczne stanowisko dotyczące usytuowania praw dziecka na tle praw człowieka (Stadniczeńko 2015). Nie ma między nimi żadnej ontycznej różnicy. Inaczej jednak jest pozycjonowana wartość godności dziecka na tle relacji podmiotowych. Podmiotowe spojrzenie pozwala na wyjaśnienie relacji między prawami człowieka a prawami dziecka jako kategorii specyficznej z punktu widzenia realizacji praw i ich ochrony. Jeśli na problem ochrony praw dziecka spojrzymy od strony potencjalnych możliwości ich zagrożenia, to najbardziej oczywista wydaje się ich skala. Jest to bezpośrednio związane z tymi relacjami, które mają charakter podmiotowej, asymetrycznej relacji podporządkowania, często przyjmując postać zależności władczych. Z samej istoty etapu i poziomu rozwoju psychofizycznego dziecko jest „wkomponowane” w złożoną sieć tych zależności podmiotowych i, jeśli można tak powiedzieć, „zdane” na takie działania podmiotów, które mogą zarówno chronić jego prawa, jak i je naruszać. Różnica między dzieckiem a osobą dorosłą nie sprowadza się jednak tylko do skali podmiotowego uzależnienia, ale także do możliwości reagowania na potencjalne zagrożenia, tj. podejmowania działań, które mogą zatrzymać, wyeliminować, a w najgorszym razie złagodzić skutki naruszenia jego praw. Dziecko ma wyraźnie ograniczone możliwości takich działań, a w niektórych wypadkach jest ich całkowicie pozbawione. Przyjęte rozwiązania, polegające na „włączeniu” innych podmiotów gwarantujących poszanowanie praw dziecka, niezależnie od słuszności tej idei, powoduje poszerzenie pola zależności podmiotowych generujących potencjalną możliwość naruszenia praw dziecka.

To, co określić możemy jako pozycjonowanie wartości godności dziecka, wykracza wyraźnie poza wyżej wskazane zależności podmiotowe. Z punktu

widzenia tej wartości zakres, obszar i stopień naruszeń praw dziecka zmienia się wyraźnie pod wpływem dynamiki otoczenia, w którym funkcjonuje dziecko. Można to określić mianem naruszenia przez kontekst sytuacyjny. Rozwój technologii informatycznych kształtuje nowy typ obecności dziecka w otoczeniu i wynikających stąd zależności. Realna czy domniemana anonimowość działania, drastyczne treści i formy rozpowszechniania informacji dotyczących konkretnych dzieci, ale także oddziałujących na dzieci, jest faktem, o którym nie można zapominać. Inny szczególny przykład „kontekstu sytuacyjnego”, w którym naruszona jest godność dziecka, to sytuacja „dziecka o statusie uchodźcy”. Przez okoliczności, w jakich się znalazło, nie tylko zostają naruszone jego podstawowe prawa, ale często przy próbach rozwiązania problemu dochodzi też do naruszenia godności dziecka w sposób upokarzający.

Podkreślając znaczenie wartości godności dziecka, a zwłaszcza konfrontując ją z godnością człowieka w ogóle, nie możemy zapominać o konsekwencjach związanych z ich naruszeniem. Są one zróżnicowane z powodów psychologicznych ze względu na rozwój dziecka, a to również powinno wpływać na nadawanie godności dziecka specyficznej rangi. O ile w analizie praw podmiotowych, praw człowieka, uzasadnione jest przyjęcie godności jako wartości zajmującej szczególną, centralną pozycję, to w przypadku charakterystyki praw dziecka ta wartość ma jeszcze większe znaczenie. Jej treściowy wymiar jest szerszy, a wymiar normatywny ma charakter dominującego imperatywu. Waloryzację tej wartości potwierdza zarówno zakres wprowadzanych zmian normatywnych, jak i ich historyczny kontekst.

Pojęcie „godność dziecka” zostało po raz pierwszy wprowadzone w Deklaracji praw dziecka uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1959 roku. Niezależnie od przywołania w preambule odesłania, że narody należące do Organizacji Narodów Zjednoczonych potwierdziły w Karcie ONZ swą wiarę w podstawowe prawa człowieka, w jego godność i wartość, i wyraziły swą gotowość popierania postępu społecznego i stworzenia lepszych warunków bytu w większej wolności, a także że każdy człowiek powinien korzystać ze wszystkich praw i swobód wymienionych w Deklaracji bez względu na różnice rasy, koloru skóry, płci, języka, wyznania, poglądów politycznych i innych, narodowości, pochodzenia społecznego, majątku, urodzenia lub jakiegokolwiek inne różnice, pojęcie to wprowadzono w tekście deklaracji. Zasada 2 stanowi, że dziecko korzysta ze szczególnej ochrony, a ustawodawstwo i inne środki stworzą mu wszelkie możliwości i ułatwienia dla zdrowego i normalnego rozwoju fizycznego, umysłowego, moralnego, duchowego i społecznego, w warunkach wolności i godności (tekst Deklaracji zob. *Prawa dziecka* 2015, 120). W szczególny sposób godność dziecka została wyeksponowana w Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1989 roku. W tym akcie prawa międzynarodowego pojęcie godności pojawia się

nie tylko w preambule⁸, ale konstytuuje też treść konkretnych postanowień. Artykuł 28 ust. 2 przywołuje pojęcie „godności” i wymaga, aby Państwa-Strony (sygnatariusze) „podejmowały wszelkie właściwe kroki i środki gwarantujące, aby dyscyplina szkolna była stosowana w sposób zgodny z ludzką godnością dziecka i zgodnie z niniejszą konwencją”. W art. 40 ust. 1 wskazano, że: „Państwa-Strony uznają prawo każdego dziecka podejrzanego, oskarżonego bądź uznanego winnym pogwałcenia prawa karnego do traktowania w sposób sprzyjający poczuciu godności i wartości dziecka, które umacnia w nim poszanowanie podstawowych praw i wolności innych osób oraz uwzględnia wiek dziecka i celowość sprzyjania jego reintegracji dla podjęcia przez nie konstruktywnej roli w społeczeństwie”. Istotną z punktu widzenia charakteryzowanego problemu jest treść art. 16 Konwencji, który stanowi w ust. 1: „Żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję ani bezprawnym zamachom na jego honor i reputację”. Takie usytuowanie godności dziecka w aktach normatywnych potwierdza nie tylko wagę tej wartości w ochronie praw dziecka, ale również wskazuje na jej szczególną rolę przez przywoływanie jej w określonym kontekście sytuacyjnym i określaniu normatywnych treści.

Drugim poziomem jest zasada dobra dziecka, nie tylko funkcjonująca jako element systemu prawnego, ale i wytyczająca treść regulacji prawnych. W aktach prawa międzynarodowego oraz w aktach normatywnych prawa wewnętrznego zasada dobra dziecka jest eksponowana. Zasada ta i jej zastosowanie w praktyce stosowania prawa ma zasadnicze znaczenie dla wydawanych orzeczeń sądowych i ich uzasadnień, a także decyzji podejmowanych przez podmioty publiczne. Pojęcie to występuje również w wielu dokumentach różnej rangi i jest przedmiotem debaty w doktrynie. Mimo braku jednolitej definicji dobra dziecka można ustalić jego zasadniczy zakres znaczeniowy, który koresponduje z pojęciem nadrzędnego interesu dziecka. Podstawowym aktem międzynarodowym zawierającym nakaz uwzględniania dobra dziecka jest Konwencja o prawach dziecka. Najczęściej jest przywoływany art. 3 Konwencji, który stanowi:

„1. We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka.

⁸ „Państwa-Strony niniejszej konwencji, uważając, że zgodnie z zasadami zawartymi w Karcie Narodów Zjednoczonych uznanie wrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków rodziny ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości oraz pokoju na świecie, mając na uwadze, że ludy Narodów Zjednoczonych potwierdziły w Karcie swą wiarę w podstawowe prawa człowieka oraz w godność i wartość jednostki ludzkiej i postanowiły sprzyjać postępowi społecznemu oraz osiągnięciu lepszego poziomu życia w warunkach większej wolności [...]” (Konwencja o prawach dziecka z 1989 r., w: *Prawa dziecka* 2015, 197).

2. Państwa-Strony działają na rzecz zapewnienia dziecku ochrony i opieki w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra, biorąc pod uwagę prawa i obowiązki jego rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób prawnie za nie odpowiedzialnych, i w tym celu będą podejmowały wszelkie właściwe kroki ustawodawcze oraz administracyjne”.

Sformułowanie „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka” przenosi ciężar dookreślenia pojęcia dobra dziecka jako równoważnego z katalogiem najważniejszych jego spraw. Tak jest np. w postanowieniu polskiego Sądu Najwyższego, który wskazał, że „pojęcie dobra dziecka z jednej strony obejmuje całą sferę najważniejszych jego spraw osobistych, przykładowo takich jak rozwój fizyczny i duchowy, odpowiednie kształcenie i wychowanie oraz przygotowanie do dorosłego życia, z drugiej zaś – ma ono wyraźny wymiar materialny. Polega on na konieczności zapewnienia dziecku środków do życia i realizacji celów o charakterze osobistym, a w wypadku, gdy ma ono swój majątek, także na dbałości o jego interes majątkowy”⁹. Równocześnie, jak wskazano w uchwale Sądu Najwyższego: „Nakaz uwzględnienia dobra dziecka stanowi podstawową regułę interpretacyjną obowiązującą przy wykładni przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulujących stosunki między rodzicami a dziećmi”¹⁰.

Jak każda zasada, zasada dobra dziecka podlega interpretacji, a raczej dookreśleniu jej treści. W standardzie tej zasady mieszczą się wprowadzone do systemu prawnego rozwiązania szczegółowe dotyczące zabezpieczenia prawidłowego rozwoju psychofizycznego, z wyraźnym położeniem nacisku na respektowanie materialnego poziomu życia dziecka. Pod wpływem poszerzanego zakresu wiedzy zwraca się jednak uwagę, a raczej kładzie większy nacisk na te elementy, które obecnie wydają się bardzo ważne. Przykład ilustrujący to zjawisko jest tak opisywany w ramach charakterystyki naturalizacji prawa i relacji między wiedzą prawniczą a wiedzą naukową. „Wedle art. 58 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w wyroku orzekającym rozwód sąd rozstrzyga o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z dzieckiem, biorąc pod uwagę przede wszystkim dobro dziecka. Przez dobro dziecka rozumie się w dogmatyce prawa cywilnego odpowiednie warunki jego psychicznego i intelektualnego rozwoju. Wyobraźmy sobie, że orzekając rozwód, jeden sąd zawsze przyznaje wyłączną władzę rodzicielską matce dziecka (posiłkując się teorią dogmatyczną, która głosi, że dobro dziecka zapewnić może jedynie opieka matki), drugi – temu z rodziców, który może zapewnić dziecku lepsze warunki materialne (powołując się na teorię dogmatyczną wiążącą dobro dziecka wyłącznie z jego sytuacją materialną), a trzeci temu, które zgodnie ze wskazaniem współczesnej psychologii rozwojowej jest w stanie zapewnić dziecku bardziej harmonijny rozwój emocjonalny i intelektualny. Oczywiście to trzeci sąd postępuje zgodnie

⁹ Postanowienie z dnia 11 lutego 1997 roku, II CKN 90/96.

¹⁰ Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 8 marca 2006 roku, III CZP 98/05.

ze standardami wypracowanymi przez współczesną naukę. Tym razem nie powiemy jednak, że w opisanej sytuacji chodzi o naukowe rozstrzyganie *quaestiones facti*; sądy różnią się raczej w swej interpretacji sformułowania «dobro dziecka», a zatem chodzi o *quaestio iuris*. Wykładnia przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, którą przeprowadza trzeci sąd, jest bardziej spójna z ustaleniami psychologii rozwojowej niż wykładnia sądów pierwszego i drugiego” (Brożek 2015, 42–43). Pomijając to, że przytoczony wyżej przykład jest dobrą ilustracją analizowanego w części II zjawiska normatywności doktrynalnej, należy zwrócić uwagę na możliwość rozwinięcia treści zasady w szczegółowych regulacjach prawnych w nawiązaniu do normatywnego źródła.

Problem odniesienia normatywnego na etapie tworzenia prawa jest szczególnie widoczny przy wprowadzaniu do aktu normatywnego, zwłaszcza w wymiarze kodeksowym, zasady prawa. Na etapie tworzenia prawa, a nie tylko przy wykorzystaniu klauzuli generalnej w wykładni operatywnej, występuje problem rozumienia treści zasady prawa, zwłaszcza tej, która jest *explicite* wyrażona w akcie normatywnym w ramach określonej dziedziny. Przyjąć należy, że przy konstrukcji aktu normatywnego zakłada się i uwzględnia możliwe normatywne odniesienia przy operacjonalizacji treści – odniesienia szczególnie ważne, biorąc pod uwagę aksjologiczny pluralizm i relatywizm cechujący postmodernistyczne społeczności. „Połowicznym rozwiązaniem jest założenie, iż każdorazowo prawodawca korzysta z klauzuli generalnej tylko wówczas, jeśli brakuje większych społecznych rozbieżności co do wartości podniesionych w klauzuli. Społeczna dynamika powoduje przecież, iż oceny niegdyś powszechne w danej materii stosunków społecznych z upływem czasu tracą przymiot ocen «jedynie słusznych». Za egzemplifikacje mogą posłużyć gwałtowne przeobrażenia – niemal rewolucja – jakie zaszły w kulturze Zachodu w ciągu zaledwie ostatnich dwóch dekad w dziedzinie moralności i obyczajowości (np. pojęcie małżeństwa i rodziny)” (Leszczyński i Maroń 2013, 87).

Z występujących normatywnych odniesień, o których można powiedzieć, że są „przyjmowane” w procesie tworzenia prawa na etapie przygotowywanego projektu aktu normatywnego, wynika konstrukcja przepisów szczegółowych. I odwrotnie. Z konstrukcji przepisów szczegółowych można wnioskować o przyjmowanych normatywnych odniesieniach. W tym wypadku analiza opiera się na metodzie „odwróconego drzewa klasyfikacyjnego”. W jaki sposób i w jakim zakresie elementy przestrzeni normatywnej wpływają na określenie zakresu treści zasady dobra dziecka i jakie konsekwencje rodzi dookreślenie tej zasady na etapie tworzenia prawa, chciałbym zilustrować konkretnym przykładem prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego przy Rzeczniku Praw Dziecka, w której uczestniczyłem jako członek¹¹. W toku prac Komisji Kodyfikacyjnej dyskutowano

¹¹ Rzecznik Praw Dziecka Marek Michalak powołał 3 lipca 2012 roku Komisję Kodyfikacyjną Prawa Rodzinnego przy Rzeczniku Praw Dziecka. Na kolejną kadencję powołał Komisję w dniu

wiele zagadnień mieszczących się w rozważanej kwestii zakresu treści zasady dobra dziecka i wynikających z tego konsekwencji. Ważnym punktem był normatywny kontekst dyskusji, rozumiany szeroko, uwzględniający fakt, że proces tworzenia prawa powinien być relewantny wobec środowiska normatywnego, uwzględniać dynamikę normatywnych treści i trendy wyznaczające zmiany w środowisku normatywnym. Jednym z ważniejszych punktów było ustalenie podstawowych zasad tworzonego prawa, klauzul generalnych i ich możliwego odniesienia normatywnego wyznaczającego „potencjalnie możliwe treści”.

Spór pojawiał się już na poziomie rozróżnienia zasady oraz klauzuli generalnej i odzwierciedlał problemy teoretyczne tak charakteryzowane: „Trudności w dystynkcji klauzul i zasad prawa są następstwem trudności towarzyszących ustaleniu proveniencji wartości. Jedynie niewielka część wartości prawnych pozostaje obca pozaprawnym porządkom normatywnym. Brak rygoryzmu klasyfikacyjnego w odniesieniu do wartości wynika z tego, że prawo nie istnieje funkcjonalnie dla siebie samego, nie jest autoteliczne. U jego *ratio* znajduje się potrzeba ochrony wartości społecznie cennych. Prawodawca, decydując się na prawną protekcję społecznego dobra, powoduje, iż leżąca u podstaw tego dobra wartość, będąca wartością np. moralną, religijną czy ekonomiczną, staje się jednocześnie wartością prawną” (Leszczyński i Maroń 2013, 89). Ale, jak się podkreśla, nie należy przeceniać rozróżnienia i jednoznacznego binarnego sklasyfikowania przepisu w kategoriach zasady lub klauzuli (Leszczyński i Maroń 2013, 90). Drugim problemem było rozumienie hipotetycznego zakresu treści zasady prawa, klauzuli generalnej, który występuje nie tylko w wykładni operatywnej, ale i na etapie tworzenia prawa. Zakłada się bowiem uwzględnianie możliwych normatywnych odniesień przy operacjonalizacji treści przepisów materialnych. Z założenia o normatywnych odniesieniach, o których można powiedzieć, że są „milcząco przyjmowane” w procesie tworzenia prawa na etapie przygotowywanego projektu aktu normatywnego, wynika konstrukcja przepisów szczegółowych. I odwrotnie. Z konstrukcji przepisów szczegółowych, zarówno materialnych, jak i proceduralnych, można wnioskować o przyjmowanych normatywnych odniesieniach – odniesieniach szczególnie ważnych, jeśli uwzględnimy aksjologiczny pluralizm cechujący współczesne społeczności.

Relatywnie precyzyjne określenie standardu/odniesienia normatywnego było możliwe przy zastosowaniu metody „drzewa klasyfikacyjnego”. Zastosowana

11 października 2013 roku. Jej celem było stałe analizowanie przepisów prawa rodzinnego, wskazywanie obszarów, w których konieczne są zmiany bądź modyfikacje, aby czynić ustawodawstwo bardziej przyjaznym dziecku i chroniącym jego interesy. 28 sierpnia 2018 roku Komisja formalnie zakończyła swoją działalność, a Marek Michalak podsumował efekty jej pracy. W podsumowaniu działalności Komisji Rzecznik Praw Dziecka stwierdził, że wypracowany przez Komisję projekt nowego Kodeksu rodzinnego jest przełomem w myśleniu o dziecku i rodzinie. Projekt Kodeksu zob. <https://brpd.gov.pl/aktualnosci/podsumowanie-prac-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-rodzinnego-przy-rpd> [dostęp 20.09.2018].

metoda polegała na charakterystyce „wyodrębnionej normatywnej całości”, zgodnie z hierarchiczną strukturą i dychotomicznym podziałem wyznaczanym przez możliwe alternatywy w treści szczegółowych regulacji. Metoda zastosowana do podejmowanych decyzji pozwalała na udzielanie odpowiedzi na pytanie, jak, hipotetycznie, zostaną ukształtowane regulacje prawne w określonym obszarze, przy wyborze określonych wariantów – ścieżek normatywnych wyborów. Wybór określonych ścieżek był konfrontowany nie tylko z hipotetycznymi stanami faktycznymi, do których miały się odnosić wprowadzane regulacje, ale także z hipotetycznymi sytuacjami problemowymi, które stanowione prawo może wygenerować. Na poziomie tych wyborów korzystano z normatywnych odniesień zawartych zarówno w zewnętrznych aktach prawnych, jak i w innych normatywnych źródłach (z obszaru *soft law*), co znalazło potwierdzenie również w uzasadnieniu do projektu Kodeksu.

Gdy analizujemy wpływ otoczenia normatywnego na rozwój instytucji prawnych, w tym wypadku wskazanej wcześniej kompleksowej regulacji ochrony dziecka przed przemocą w rodzinie w formie fizycznego karania za przewinienia, widoczne jest też charakterystyczne zjawisko trendu. Uprawnienia podmiotowe rodziców oraz innych podmiotów sprawujących opiekę nad dzieckiem mogą być realizowane jedynie w taki sposób i w takim zakresie, który nie prowadzi do kolizji godności dziecka z dobrem dziecka; wykonywanie tych uprawnień nie może naruszać godności dziecka. Możliwość powstawania sytuacji kolizyjnych jest naturalna, a słuszny postulat łącznego uwzględniania wartości nie zawsze jest możliwy do zrealizowania. Analiza zachowań rodziców, które w konkretnych sytuacjach dają się zdefiniować jako motywowane troską o dobro dziecka, ale które przejawiają się w wykorzystaniu takich środków wychowawczych, jak krzyk, przemoc emocjonalna czy przemoc psychiczna, stanowi tu dobry przykład (Siejak 2016). Jest to szeroko dyskutowany problem stosowania środków wychowawczych. Przepisy zakazujące wprost fizycznego karcenia dzieci zaczęły się pojawiać w państwach europejskich w drugiej połowie XX wieku. Ich wprowadzenie do porządku prawnego poprzedzały regulacje w aktach prawa międzynarodowego.

W licznych opracowaniach przedstawione są zestawienia tych aktów. Wskazuje się w nich na kategorie regulacji, traktując je jako źródła standardów ochrony dzieci przed krzywdzeniem. Źródłem o charakterze globalnym jest, przywoływana wcześniej, Konwencja o prawach dziecka. Jest to podstawowe źródło standardów dotyczących ochrony dzieci przed różnymi formami krzywdzenia i wszelkimi formami przemocy (fizycznej i psychicznej). Grupę drugą stanowią europejskie akty prawne¹².

¹² Podstawową rolę pełnią: (1) Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, wraz z protokołami uzupełniającymi, przyjęta w 1950 roku, która weszła w życie w 1953 roku, a Polska ratyfikowała ją w 1993 roku (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

Z punktu widzenia przeprowadzanej analizy istotne jest odwołanie się do innych aktów i dokumentów zawierających „duży ładunek normatywny”, a niebędących aktami prawa o mocy wiążącej. W tej grupie znajdziemy wiele ważnych dokumentów w formie rekomendacji, zaleceń, raportów i rezolucji. Stanowią one znaczącą część szerzej rozumianego otoczenia normatywnego i odgrywają istotną rolę w kształtowaniu przestrzeni normatywnej. Najlepszym przykładem jest Rekomendacja 1666 (2004) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, w której postulowano wprowadzenie do porządków prawnych państw całkowitego zakazu stosowania kar fizycznych wobec dzieci. W paragrafie 7 wyrażono chęć utworzenia z Europy „strefy wolnej od fizycznych kar stosowanych wobec dzieci”, uznając, że każda kara fizyczna stosowana wobec dzieci łamie ich podstawowe prawa do integralności fizycznej i narusza ich godność. Tego typu aktów, przede wszystkim zaleceń Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, dotyczących ochrony dziecka przed złym traktowaniem jest wiele, a ich zestawienie w układzie chronologicznym wskazuje, że intensyfikuje się ich uchwalanie po 1979 roku (Zalecenie Nr R (79) 17 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące ochrony dzieci przed niewłaściwym traktowaniem). Tylko wspomniane wyżej instytucje przyjmą w następnych latach kilkadziesiąt aktów w zakresie ochrony dziecka przed przemocą. Ich rola jest znacząca. Paweł Jaros podkreśla: „Należy stwierdzić, że konwencje stanowią podstawowy instrument ustanawiania i popularyzacji standardów praw dziecka, zaś przedstawione zalecenia, deklaracje i wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy oraz zalecenia i rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy wypełniają funkcję uzupełniającą i wspomagającą wobec tych konwencji. Mimo że są pozbawione prawnie wiążącej mocy wobec państw członkowskich Rady Europy, mają bardzo duże znaczenie polityczne i mogą oddziaływać mobilizująco na te państwa w dziele podnoszenia standardów ochrony praw dziecka” (Jaros 2013, 17). Jeśli jednak przeanalizujemy działania podejmowane przez poszczególne państwa, to wydaje się uzasadnione mówienie o wywieraniu swoistej presji legislacyjnej, a w jej

Konwencja ta, która określa prawa i wolności gwarantowane przez państwa każdemu obywatelowi, w art. 1 stanowi, że dziecko posiada prawa określone w Konwencji, z których wiele dotyczy ochrony przed krzywdzeniem i przemocą oraz naruszeniem godności osobistej i wolności; (2) Europejska Konwencja o Wykonywaniu Praw Dzieci sporządzona w Strasburgu 25 stycznia 1996 roku (Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128), której celem było dążenie do nadania wiążącej mocy prawnej Konwencji Praw Dziecka Narodów Zjednoczonych; (3) Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (tzw. Konwencja haska) uchwalona 25 października 1980 roku (Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528); (4) Europejska Karta Społeczna uchwalona 18 października 1961 roku, którą Polska ratyfikowała w 1997 roku (Dz.U. z 1999 Nr 8, poz. 67); (5) Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej z 2000 roku (Dz.Urz. UE 2000/C 364/01, 18.12.2000), w której zwraca się uwagę na konieczność poszanowania i ochrony praw człowieka i praw dziecka, a walka z przemocą jest uznawana za element ochrony podstawowych praw.

wyniku wprowadzaniu regulacji prawnych odzwierciedlających normatywne treści zawarte w tych dokumentach.

Wiele wskazuje na to, że regulacje prawne z zakresu ochrony praw dziecka dokonują się pod wpływem oddziaływania trendu normatywnego na decyzje podejmowane w różnych systemach prawnych. Jednym z aspektów potwierdzających tę tezę jest zbieżność czasowa przyjmowanych rozwiązań. Dotyczy to nie tylko państw europejskich, ale także Australii i Stanów Zjednoczonych. Przyjmowane standardy stanowią rozwiązania „wypreparowane” z szeroko rozumianego otoczenia normatywnego i są realizowane, poza jedynym wyjątkiem Szwecji, na przełomie XX i XXI wieku (Tracz-Dral 2009). Stosowane w wielu krajach zakazy są sformułowane w sposób zbliżony do brzmienia odpowiedniego przepisu szwedzkiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego: „dzieci [...] nie mogą być przedmiotem fizycznego karcenia ani innych upokarzających kar”. Należy stwierdzić, że zakres dopuszczalności karcenia małoletnich w państwach europejskich ulega stałemu, powolnemu zawężaniu. Zakres czynności mieszczących się w granicach karcenia wychowawczego ulega znacznym ograniczeniom związanym z coraz większym respektem dla praw dziecka. Dyskutuje się też szeroko nad sposobami oddziaływań wychowawczych, postulując całkowity zakaz naruszania nietykalności fizycznej dziecka (Cieply 2009).

Charakteryzowane zjawisko odzwierciedlało się również w trakcie dyskursu legislacyjnego, którego głównym obszarem był zakres nowelizacji ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹³. Projektowana nowelizacja ustawy była wsparta kampanią społeczną Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, ukierunkowaną na krytykę funkcjonującej normy społecznej przyzwalającej na bicie dzieci. Ten akt prawny w zdecydowanie bardziej szczegółowy sposób niż poprzedni określił działania, jakie wobec zjawiska przemocy w rodzinie i jego przypadków powinny być organizowane i podejmowane, oraz wskazał odpowiedzialne za to instytucje i osoby¹⁴. Znaczenie normatywnego otoczenia dla dyskursu legislacyjnego wyraża następująca opinia: „Z jednej strony, ustawa nowelizująca jest postrzegana jako nowoczesne rozwiązanie prawne, które odwołuje się w swej treści i formułowanych powinnościach do światowych standardów

¹³ W roku 2005 Parlament uchwalił Ustawę o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Jej nowelizacji dokonano w 2010 roku w postaci Ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1493 ze zm.).

¹⁴ Ustawą z dnia 10 czerwca 2010 roku o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw do ustawy z dnia 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy wprowadzono art. 96¹. Przepis ten stanowi, że osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych. Mimo iż przepis ten wprowadzono do KRiO, wywołuje on skutki także na gruncie innych gałęzi prawa, między innymi prawa karnego. Szczególne znaczenie ma rola, jaką zakaz stosowania kar cielesnych wywarł na zakres i obowiązywanie kontratypu pozaustawowego karcenia małoletnich.

z zakresu przeciwdziałania przemocy w rodzinie i do sprawdzonych rozwiązań stosowanych od lat w innych krajach. Z drugiej jednak strony, ustawa wzbudziła liczne kontrowersje i wywołała dyskusję publiczną w zakresie niektórych swych przepisów. Z pewnością znaczące efekty wprowadzenia ustawy w życie staną się widoczne po kilku latach, dopiero wówczas można mieć nadzieję, iż zaowocuje ona ograniczeniem problemu przemocy wobec dziecka w rodzinie” (Jarosz i Nowak 2012, 16).

4.3. Precedens w przestrzeni normatywnej

W drugiej części rozważań, dotyczącej charakterystyki przestrzeni normatywnej, wskazywałem, że jednym z jej istotnych elementów jest precedens. Ten wątek nie był rozwijany, a należy mu poświęcić więcej uwagi ze względu na znaczenie precedensu, który jest nie tylko, jak pisze Leszek Leszczyński (2018, 14), współcześnie uniwersalną kategorią prawną, ale stanowi również ważną przesłankę uzasadniającą koncepcję formułowanego paradygmatu badawczego.

Tradycyjnie punktem wyjścia charakterystyki precedensu jest wskazanie na różnice systemowe między systemem kontynentalnym a systemem *common law*. Podstawowa różnica systemowa związana jest z rolą precedensu w systemie *common law*, w którym precedens jest wiążącym prawem. Precedens to zasada ustanowiona we wcześniejszej sprawie, która jest wiążąca dla sądu przy podejmowaniu decyzji w kolejnych sprawach o podobnych okolicznościach i faktach. Ta systemowa różnica znajduje odzwierciedlenie w stanowiskach wskazujących na dwa podstawowe rozróżnienia precedensów. Pierwszy (*de iure*) odnosi się do formalnie wiążących reguł precedensowych. W drugim znaczeniu precedens (*de facto*) wskazuje na potencjalny wpływ wcześniejszych wyroków na treść wyroków późniejszych (Zych 2017, 30).

Poza tak charakteryzowanymi podstawowymi typami precedensu wskazuje się na inne znaczenia tego pojęcia. W orzecznictwie mówi się o szerszym znaczeniu precedensów, odnosząc się do kategorii wcześniejszej decyzji sądowej, która może odgrywać pewną rolę w ustawowym porządku prawnym. Jest to podstawą szerszej klasyfikacji precedensów. Bardziej rozbudowaną typologię przedstawił Aleksander Peczenik, który oprócz wiążącego precedensu i precedensu posiadającego moc prawną, wprowadza kategorię precedensów, która stanowi dodatkową afirmację decyzji (dalsze wsparcie) i kategorię orzeczeń sądów, które „mają wartość czysto ilustracyjną” (Peczenik 1997, 463).

Jak podkreślałem wcześniej, charakterystyczną cechą przestrzeni normatywnej jest jej dynamika; dotyczy to zarówno pojawiania się nowych źródeł normatywnych, jak i ciągłego dopełniania normatywnej treści. Precedensy, ze swej natury, są zarówno nowymi źródłami, jak i normatywnymi elementami wyrażnie stymulującymi normatywne treści. Ponadto siła oddziaływania jest pochodną „uprzywilejowanej” pozycji precedensów.

Chciałbym wskazać tylko na trzy aspekty tej „uprzywilejowanej pozycji”. Po pierwsze, szczególna pozycja precedensów związana jest z formułą naracyjną precedensów i ich medialnością. W treści orzeczenia i uzasadnienia precedensów przejawia się historia związana z konkretnym wydarzeniem, często wyjątkowo interesującym dla mediów, jak w przykładzie dotyczącym sporu pasażerki z izraelskimi liniami lotniczymi w sprawie o dyskryminację¹⁵. Po drugie, zasada wyrażona w precedensie, przez jej związek z konkretnymi faktami, jest bardziej zrozumiała i jasna niż abstrakcyjna ogólna norma. Po trzecie, we współczesnym świecie pojawienie się nowych form komunikacji masowej daje nieograniczone możliwości upowszechniania treści precedensów. Niekiedy rozpowszechnianie orzeczeń sądowych jest oficjalnie wskazane, jak w dokumencie, który „Podkreśla potrzebę rozpowszechnienia stosownych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) oraz wymiany orzeczeń sądów krajowych zgodnie z orzecznictwem TSUE i orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odnoszącym się do przepisów dyrektywy w sprawie równości zatrudnienia”¹⁶.

Traktując precedensy w szerokim sensie i biorąc pod uwagę wyżej wymienione cechy, wskazać można najbardziej znaczące obszary, w których precedens wpływa na rozwój przestrzeni normatywnej. Jest to szczególnie widoczne, gdy analizujemy prawa człowieka i wpływ precedensów na treść poszczególnych praw, a w rzeczywistości tworzenie treści tych praw. Chciałbym przedstawić ten problem, analizując kwestie równego prawa kobiet do zatrudnienia, które wyraża szersze prawa człowieka w zakresie równości. Problem nie jest nowy i przez

¹⁵ 81-letnia prawniczka pozwała El Al Airlines za dyskryminację po tym, jak została przeniesiona na inne miejsce w samolocie ze względu na sąsiada, ultraortodoksyjnego mężczyznę, podczas lotu ze Stanów Zjednoczonych do Izraela. Sąd w Jerozolimie w dniu 21 czerwca 2015 roku wydał wiodącą decyzję, orzekając, że kobiety na pokładach samolotów nie mogą zostać poproszone przez personel linii lotniczych o zmianę miejsc, aby ultraortodoksyjni mężczyźni mogli uniknąć siedzenia obok nich. Orzeczenie wszczęto na skutek pozwu wniesionego przez Renee Rabinowitz, która na pokładzie samolotu z Newark w stanie New Jersey do Tel Awiwu w 2015 roku została poproszona przez personel pokładowy El Al o zmianę miejsc. Niektórzy ortodoksyjni żydowscy mężczyźni, z zasady, odmawiają siedzenia obok nieznanym kobiet, z obawy, że nawet przypadkowe kontakty między nimi a obcą kobietą byłyby nieprzyzwoite. Zob. J. Sharon, *Israeli Court: haredi calls for women to move seats on El Al now illegal*, The Jerusalem Post, <http://www.jpost.com/Israel-News/Court-Illegal-to-ask-women-to-move-seats-on-flights-due-to-haredi-demands-497608> [dostęp 7.02.2017]. Sprawa znalazła wydźwięk nie tylko w mediach. Komentując wiodące orzeczenie, Izraelskie Centrum Działań Religijnych, które jest powiązane z liberalnym ruchem na rzecz reformowanego judaizmu, oświadczyło, że decyzja sądu stanowi ważny precedens. Zob. P. Beaumont, *Israeli airline can't make woman move seats for religious reasons, court rules*, The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/22/israeli-airline-cant-make-women-move-seats-for-religious-reasons-court-rules> [dostęp 7.02.2017].

¹⁶ Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 roku ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy („dyrektywa o równości zatrudnienia”), 2015/2116 (INI) A8-0225/2016, pkt 92.

wiele lat podkreślano potrzebę jego rozwiązania. „Nie ma logicznego uzasadnienia dla segregacji płciowej w zatrudnieniu. Wyznaczanie przez pracodawców, związki i agencje zatrudnienia wszystkich dobrze płatnych, interesujących miejsc pracy jako «męskich» miejsc pracy, a źle opłacanych, nudnych miejsc pracy jako «kobiecych» miejsc pracy jest okrutnym sposobem utrzymywania kobiet w stanie ubóstwa i degradacji” (Berger 1971, 328). Silna presja na poprawę statusu kobiet w miejscu zatrudnienia, wiele zmian, które następowały w prawie międzynarodowym i w krajowych porządkach prawnych w omawianym obszarze, nie oznacza, że problem został rozwiązany.

Ogólnie rzecz biorąc, równe prawo kobiet do zatrudnienia jest konstytucyjnie ugruntowanym prawem podstawowym, wielokrotnie potwierdzanym w licznych ustawach zasadniczych wielu krajów. Ale powstaje pytanie, czy ta równość jest jedynie formalna czy rzeczywista. Kluczowe znaczenie dla omawianej kwestii ma fakt, że wprowadzone ustawodawstwo, choć znacznie zmienia zakres praw kobiet, nie może zapewnić równości kobiet w rzeczywistości. Akty prawne są jedynie „ogólnymi ramami zwalczania dyskryminacji z różnych przyczyn”. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślił w sprawie *Römer*, że dyrektywa dotycząca równości zatrudnienia sama w sobie nie ustanawia zasady równego traktowania w dziedzinie zatrudnienia i pracy, ale zapewnia ogólne ramy zwalczania dyskryminacji w różnych obszarach¹⁷. W tej sytuacji chodzi o to, jak zapewnić wykonywanie tych praw i jaka jest rola sądownictwa w tym zakresie. Poniższy cytat jest ilustracją problemu: „Przed przystąpieniem do tej dyskusji należy jednak przyznać, że pomimo podejmowanych prób sądownictwa, dyskryminacja kobiet w zakresie zatrudnienia wciąż utrzymuje się na całym świecie. Niemniej jednak jest oczywiste, że świadomość dyskryminacji i konieczność regulacji prawnych oraz sankcji zmierzających do likwidacji dyskryminacji uzyskała wyższą rangę niż kiedykolwiek wcześniej, a działalność sądowa ma znaczny udział w osiągnięciu tego celu. To aktywistyczne zadanie nie ograniczało się jedynie do realizacji określonych i nieodłącznych celów prawa dla wyeliminowania dyskryminacji w zatrudnieniu, ale również spowodowało nadanie dynamiki procesowi zwalczania dyskryminacji. W tym zakresie sądownictwo zapewniło bardzo autorytatywne i ekspansywne stosowanie materialnej równości, wykrywanie i naprawianie praktyk dyskryminacyjnych w miejscu pracy” (Begum 2012, 14).

Zakładając, że wymiar sprawiedliwości odgrywa ważną rolę w określaniu równości praw kobiet w miejscu pracy, należy zwrócić uwagę, że tym przypadkiem występuje skomplikowana współzależność. Podstawą wydawania orzeczeń sądowych jest formalna równość, wyrażona jako jedno z podstawowych praw człowieka. Najważniejsze jest jednak to, że treści orzeczeń wykraczają poza ogólne

¹⁷ Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy Rady 2000/78/WE, pkt 92. Sprawa C-147/08, *Römer* [2011] ECR I-3591.

i formalne rozumienie równości, nadając jej konkretne znaczenie i w ten sposób włączając je do „obiegu normatywnego”. Nie ulega wątpliwości, że w orzecznictwie, a zwłaszcza w precedensach, doprecyzowywana jest szczegółowa treść dotycząca praw kobiet. Jest to ważne zwłaszcza ze względu na występowanie stereotypów, które stanowią barierę w kształtowaniu treści tych praw, a także dodatkową trudność przy podejmowaniu decyzji w sprawach o ich naruszenie. „Formalne równouprawnienie okazało się nieskuteczne w radzeniu sobie z praktycznymi potrzebami i perspektywami kobiet, a ustawowa tolerancja niektórych tradycyjnych poglądów na rolę kobiet wzmacnia ich podporządkowanie w zatrudnieniu. Podejście merytoryczne ma na celu poprawę pozycji kobiet w zatrudnieniu przez eliminację wszelkich form dyskryminacji w zatrudnieniu. Precedensy w wielu krajach pokazują, w jaki sposób wysiłki ustawodawcze i sądowe znacznie odstępowały od tradycyjnej koncepcji «równości» i rozwinęły podejście merytoryczne w celu uwzględnienia szczególnych doświadczeń kobiet w miejscu pracy” (Begum 2012, 2). Przykłady przyjęcia takiego podejścia do równych praw pracowniczych dla kobiet są wyraźnie widoczne w licznych orzeczeniach sądowych, a wyroki i ich uzasadnienia zawierają określoną treść normatywną.

Bez kompleksowej analizy precedensów w określonej sferze trudno w pełni scharakteryzować treść normatywną. W uzasadnieniu omawianego problemu chciałbym wskazać tylko jeden z najbardziej charakterystycznych przykładów odnoszących się do kwestii praw pracowniczych kobiet w kontekście ich nieodłącznych cech fizycznych. W literaturze analizowane są orzeczenia precedensowe z tego zakresu wydawane w różnych państwach. W tych analizach podkreśla się, że ustalenia sądowe mają istotny wpływ na zrozumienie praw pracowniczych kobiet i nadanie im nowej treści. Wskazuje na to kilka przykładów. W sprawie rozpatrywanej przed Sądem Najwyższym (SC) w Bangladeszu *Parveen przeciwko Bangladeszowi* chodziło o prawa pracownicze kobiet. Sprawa dotyczyła konstytucyjności Biman Corporation Employers (Service) Regulation 1979 i jego zmiany z 1995 roku, na podstawie której obniżono wiek przejścia na emeryturę stewardes z 57 do 35 lat, ale dla stewardów wiek emerytalny ustalono na 45 lat. Korporacja twierdziła, że działalność Biman (Airbus) jest konkurencyjna, a „stewardesy pełnią dla linii lotniczych usługi, które mogą być realizowane przez młode i inteligentne stewardessy”. W wydanym orzeczeniu sąd stwierdził naruszenie zakazu dyskryminacji, przyjmując zasadę „ustalania równego wieku emerytalnego” dla kobiet i mężczyzn pełniących podobne role w korporacji (Begum 2012, 9).

Wiodącą sprawą dotyczącą zatrudnienia kobiet w Indiach była głośna sprawa *Nargeesh przeciwko Air India*. Trybunał uznał, że regulamin usługowy w Air India, który traktował ciężę jako barierę w kontynuowaniu służby przez stewardesy, jest niekonstytucyjny i dyskryminujący wobec kobiet. Ponadto stwierdził, że tak określone bariery są naruszeniem praw wynikających z natury, ale także działaniem, będącym „nie tylko bezdusznym i okrutnym aktem, lecz jawną

zniewagą indyjskiej kobiecości, czegoś, co jest najbardziej uświęcone i chronione” (Begum 2012, 15). W sprawie dotyczącej australijskiej Komisji Pocztowej (APC), a konkretnie – pozornie neutralnej polityki zatrudnienia, orzeczenie Sądu Apelacyjnego dotyczyło skargi dwóch kobiet, którym odmówiono stałego zatrudnienia z powodu braku sprawności fizycznej. Istota sporu polegała na tym, że w ACP do określenia sprawności fizycznej posługiwano się ustalonymi wskaźnikami: stosunek masy ciała, wzrostu i płci. W wydanym orzeczeniu Sąd przyznał rację skarżącym, stwierdzając, że wymagania mogą rzetelnie mierzyć umiejętności wszystkich kandydatów, ale nie mogą działać na rzecz dyskwalifikacji kobiet z powodu ich nieodłącznych cech fizycznych (Begum 2012, 15). W analizowanych przykładach chciałem wskazać na szczególną, a w dużym stopniu niedocenianą rolę precedensów w określaniu w sposób szczegółowy treści praw podmiotowych. Podkreślana w drugiej części rozważań dynamika praw człowieka obejmuje również ten wymiar.

Rozważając możliwości badania wpływu precedensów (traktowanych jako normatywne źródła) na tworzenie prawa, podkreślić należy, że w tym zakresie relacje są bardzo złożone i można je rozpatrywać na wielu poziomach. Ogólnie można dyskutować ich wpływ bezpośredni i pośredni. Wpływ bezpośredni wymagałby bardzo obszernych analiz wykraczających poza zakres niniejszego tomu, ponieważ jest to problem stanowienia prawa w konkretnym systemie prawnym. Ten typ wpływu jest przywoływany w literaturze, ale raczej jako ilustracja „potencjału precedensu”. Wpływ pośredni związany jest ze stymulowaniem podejmowanych działań przez precedensy – działań, które odgrywają istotną rolę w kształtowaniu normatywnej rzeczywistości, norm społecznych i norm prawa miękkiego, a także ruchów społecznych zorientowanych na zmianę prawa. Jedną z form omawianego zjawiska jest opisana jako „spór w sprawie wpływu” w następujący sposób: „Celem «sporów dotyczących wpływu» jest strategiczne wybieranie spraw kwalifikowanych do wniesienia przed sądy najwyższe w celu zmaksymalizowania szans na zmianę precedensu prawnego w obszarze prawa ważnym dla dyskryminowanej grupy i jej zwolenników. Ma on [spór] katalityczny wpływ na mobilizację ruchów reformatorskich, aby zmusić rządy do kompleksowej reformy legislacyjnej. Spory dotyczące wpływu, które skutecznie podważają dyskryminujące i niekonstytucyjne przepisy w jednym kraju, mogą wpływać na interpretację i stosowanie przepisów konstytucyjnych przez sądy w innych krajach. Aby ten potencjał mógł zostać zrealizowany, ważne jest, aby sprawa dotyczyła kluczowej kwestii prawnej” (Hallward-Driemeier i Hasan, 2012, 96).

W analizie wpływu pośredniego najważniejszy jest ten aspekt, który wynika ze statusu precedensów w poszczególnych systemach prawnych, przede wszystkim w systemie *common law*, w którym pełni podwójną rolę, znacząc zarówno w tworzeniu prawa, jak i w obszarze strukturalizacji przestrzeni normatywnej. Sądowe tworzenie prawa ma specyficzną cechę, charakteryzowaną następująco: „O ile demokratycznie wybrana legislatura może opierać decyzje prawne na

przesłankach politycznych, ideologicznych, a nawet względach osobistych, stanowienie prawa przez sądy ma być bardziej wyrafinowaną sztuką – taką, która uwzględnia poprzedni precedens prawny i opiera się na spójnej analizie tego, czym jest «prawo», a nie czym «powinno być» (Steinman 2004, 548). Rozwijając tę myśl, można powiedzieć, że w precedensie prawo wyraża i eksponuje „czystą normatywną treść”, bez jej uwikłania w kontekst polityczny i ideologiczny. Z tego względu jest ważnym normatywnym punktem odniesienia w złożonym układzie relacji wewnętrznych i zewnętrznych. Równocześnie tak ujmowany precedens wyznacza linię orzeczniczą, która ugruntowuje kierunek rozwoju prawa, dokonuje waloryzacji zewnętrznych wobec prawa normatywnych treści. W tym procesie istotne jest przekraczanie barier systemowych.

W literaturze dotyczącej argumentacji prawniczej, odnoszącej się do możliwości wykorzystania precedensu występującego nie tylko w określonym systemie prawnym, ale też precedensu zewnętrznego, jest to uzasadniane w następujący sposób: „Jest tak, ponieważ z perspektywy dialektycznej oba rodzaje precedensów należy rozumieć jako autorytatywne wypowiedzi w sensie dialogicznym. To stanowisko wynika z bardziej ogólnego twierdzenia, że powinniśmy odejść od sztywnego podziału między tym, co jest w systemie prawa, a tym, co jest na zewnątrz. Z perspektywy dialektycznej trudno mówić o systemach prawnych pojmowanych jako samodzielne lub rygorystycznie rozdzielone porządki: separacja między różnymi systemami prawnymi jest w najlepszym razie częściowa i względna. W podejściu dialektycznym prawo jest rozumiane jako zjawisko globalne, wzajemnie połączone siecią zasad, polityk i przepisów, które mogą równie dobrze mieć swoje granice wpływające na nieciągłości i lokalne różnice, ale nie w takim stopniu, aby stanowiły kompletnie izolowane całości, bez żadnej komunikacji między nimi. Prawo tak pomyślane jest tylko warunkowo łączone z terytorium, ponieważ domena prawna jest wspólną przestrzenią wypełnianą przez sądy i strony sporu z różnych regionów i tradycji” (Berteau i Sarra 2014, 159).

W dalszej części cytowanej wypowiedzi podkreśla się, iż takie związki nie oznaczają, że lokalna historia, tradycja i kultura nie odgrywają żadnej roli w kształtowaniu prawa. Wręcz przeciwnie, jest to rola znacząca. Ale nie jest prawdą, że krajowe systemy prawne są samowystarczalnymi i wzajemnie nieprzeniknionymi sferami. Jest to twierdzenie ideologiczne, które nie pasuje do rzeczywistości. „Idea ta nie docenia wzajemnych powiązań prawa w świecie, w którym krzyżujące się ekonomiczne, społeczne i polityczne interakcje przekraczają granice państwowe, oraz faktu, że orzekanie musi się dostosować, bo coraz częściej zajmuje się sporami prawnymi, które często odzwierciedlają tę rzeczywistość, z udziałem stron działających w kontekście transnarodowym. Orzecznictwo i podejmowanie decyzji prawnych, podobnie jak system społeczno-ekonomiczny, podlega internacjonalizacji. W rzeczywistości to właśnie jest ten dominujący trend, kształtowany przez wspólne zasady podzielane na poziomie globalnym” (Berteau i Sarra 2014, 159).

Odwołuję się do przedstawionego wyżej stanowiska, które wprowadzie dotyczy roli precedensu w stosowaniu prawa, ale jest w nim uwypuklone zjawisko komunikacyjnej agregacji normatywnych treści, na co zwracałem uwagę przy charakterystyce standaryzacji przestrzeni normatywnej. Ponadto wydaje się uzasadnione, że tak jak w sytuacji dyskursu adjudykacyjnego, normatywne treści zawarte w precedensach mogą mieć istotne znaczenie w dyskursie legislacyjnym i wpływać na treść tworzonego prawa. Stanowisko takie nie budzi wątpliwości w odniesieniu do konkretnych decyzji związanych z ustalaniem wzorca konstytucyjnego, w ramach orzekania sądów konstytucyjnych o zgodności tworzonego prawa z konstytucją. Na innych etapach procesu prawotwórczego i podejmowanych tam decyzji możemy mówić o potencjalnym wpływie precedensów, a wpływ realny może być badany w ramach tworzenia konkretnych aktów prawnych.

5. Przestrzeń normatywna a konwergencja systemów prawnych

Charakteryzowany paradygmat prawa w przestrzeni normatywnej może stanowić podstawę do pogłębionej dyskusji na temat konwergencji systemów prawnych. Problem ma bardzo bogatą literaturę i obejmuje wiele wątków. Ilustracją rozległości tematu jest publikacja zbiorowa *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, będąca pokłosem XIX Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa. W publikacji tej zawarto trzy główne problemy, odnoszące się do analizy poszczególnych płaszczyzn procesów konwergencji i dywergencji systemów i kultur prawnych: problemu tworzenia prawa, fenomenu stosowania prawa oraz aksjologii porządków prawnych. Przedstawione w tej publikacji opracowania są dobrą ilustracją wielu „nieprzezwykłych” problemów, ale i zasadniczych różnic, jakie mogą się pojawiać na tle omawianego tematu. Na plan pierwszy wysuwa się problem charakterystyki używanych pojęć oraz narzędzi badawczych. Podstawowe znaczenie ma pojęcie konwergencji, gdzie wskazuje się na jego wieloznaczność oraz bliskoźnaczność i synonimiczność z innymi pojęciami. „Do nazwy «konwergencja» zbliżony sens mają takie nazwy, jak ujednolicenie, unifikacja, uniwersalizacja, globalizacja, integracja, autopojeza, harmonizacja, zbliżanie, upodabnianie, zrównywanie, koordynacja, standaryzacja, aproksymacja, asymilacja” (Tokarczyk 2012, 4). Rozbieżności dotyczą nie tylko pojęcia konwergencji, ale także tego, co jest przedmiotem konwergencji, gdy odnosimy ją do prawa, a w konsekwencji – co jest przedmiotem badania. Jak przyjmuje się w literaturze, jako przedmiot można wyróżnić: normę prawną lub akt normatywny, instytucję prawną (zespół norm powiązanych), system prawny rozumiany jako zbiór norm obowiązujących w państwie, kulturę prawną, porządek prawny, na który składa się system prawny i kultura prawna, oraz wszelkie działania adresatów norm prawnych (Stawecki 2012, 26–27). Biorąc pod uwagę

istniejące problemy, odwołując się do intuicyjnego i często stosowanego pojęcia konwergencji jako upodabniania się systemów prawnych, a konkretnie systemu prawa stanowionego (kontynentalnego – *civil law*) i systemu prawa anglosaskiego (*common law*). W intuicyjnym rozumieniu pojęcia konwergencji zawiera się teza, że mamy do czynienia ze zjawiskiem, które należy rozpatrywać w kontekście pewnego kontinuum: od sytuacji, którą można określić jako zbliżenie (zbliżanie się systemów prawnych), przez konwergencję, gdzie stopień upodobnienia jest znaczący, aż do unifikacji systemów (w całości lub ich znaczących części – sub-systemów). Takie rozumienie pozwala na analizę wielu aspektów poruszanego problemu, w tym najważniejszego, który w projektowanych badaniach przyjmował postać tezy postępującej konwergencji systemów, ze względu na rolę elementów przestrzeni normatywnej (normatywnych źródeł prawa) i ich wpływu na procesy prawotwórcze.

Dyskutowane zagadnienie obejmuje wiele kwestii szczegółowych, które łączą się z oddziaływaniem elementów przestrzeni normatywnej na proces tworzenia prawa i na konwergencję systemów prawnych. Skupimy się tylko na tych, które łączą się z prezentowaną w tym tomie koncepcją badawczą.

Zjawisko zbliżenia, konwergencji, można rozpatrywać z perspektywy stosowania określonej metody badawczej w prawoznawstwie, komparatystyki prawniczej, uzyskiwanych wyników prowadzonych badań i wysuwanych wniosków. Komparatystyka i badania porównawcze w prawoznawstwie mogą być przykładem referencyjnego odniesienia się do określonego rozwiązania normatywnego i oddziaływania na tworzenie, poprawianie, udoskonalanie rozwiązań prawnych. Sam proces analizy, charakterystyki i ewaluacji określonego rozwiązania normatywnego jest jedynie punktem wyjścia do podejmowanych działań (jeśli takowe są podejmowane), w kierunku zmian w prawie. Taki wpływ jest możliwy, ale ma charakter pośredni: dokonuje się za pośrednictwem badania naukowego i wyprawdzanych z niego wniosków. Część może mieć charakter dyrektywalny, formułując postulaty *de lege ferenda*, lub inny, np. „promocji” określonego rozwiązania prawnego, instytucji prawnej. Do jakiego stopnia można mówić w tym kontekście o wpływie zjawiska, które wcześniej określiłem mianem „normatywności doktrynalnej”, stanowi odrębną kwestię.

W innym wymiarze dyskutowane zjawisko jest rozpatrywane z perspektywy relacji systemowych. Szeroką analizę relacji systemów prawnych w kontekście konwergencji przedstawia Tomasz Stawecki, który odwołując się do wielu stanowisk teoretycznych, rozważa takie kwestie, jak: recepcja i forma prawnego zapożyczenia, prawne przeszczepy i formaty prawne. O ile recepcja jest włączeniem do systemu prawa norm, których treść została ukształtowana w innym systemie prawa, to zapożyczenie ma szersze znaczenie niż recepcja prawa. „Ta ostatnia jest zwykle intencjonalna, ma charakter zamierzonego i formalnego upodobnienia systemów prawnych. Natomiast o zapożyczeniu możemy mówić, gdy instytucje w jednym kraju są kształtowane w fazie tworzenia prawa bądź jego

stosowania, w taki sposób, aby przypominały dobrze oceniane instytucje znane w innym porządku prawnym. Przedmiotem zapożyczenia są więc najczęściej konkretne instytucje, choć może to dotyczyć konkretnych norm (np. reguł proceduralnych, zasad). Zapożyczenie może dotyczyć również podstawowych idei lub wartości (np. równość, niedyskryminacja), pewnych typów argumentów i sposobów wykładni tekstów prawnych, «tropów» itp., a niekoniecznie ściśle jurydycznych rozwiązań. Dlatego niektórzy autorzy nazywają zapożyczenia prawne «migracją idei» i «instytucjonalnym projektowaniem prawa» (*institutional design*)” (Stawecki 2012, 28).

W koncepcji przeszczepów prawnych, które formalnie nie różnią się od recepcji, zwraca się uwagę na fakt, że jest to przeniesienie instytucji prawnej, która pochodzi z innego systemu normatywnego, nie ma odpowiednika w konstrukcjach w ramach importującego porządku prawnego, a jest niezbędna ze względu na potrzeby społeczne i ekonomiczne. „Przeszczepów dokonuje się dlatego, że określone rozwiązania prawne są dobre w sensie pragmatycznym (*good idea*), zaspokajają poszczególne potrzeby ludzi, nawet gdyby oryginalnie takie instytucje rozwinęły się na całkowicie odmiennym gruncie kulturowym” (Stawecki 2012, 30).

Trzecia z prezentowanych koncepcji jest charakteryzowana przez pojęcie formatów prawnych. Przedmiotem recepcji nie są reguły czy systemy reguł, ale pewne zespoły elementów, na które składają się reguły i sposoby ich rozumienia w orzecznictwie sądów, w doktrynie prawniczej, w praktyce. Przenoszenie rozwiązań prawnych nie może pomijać ani kontekstów kulturowych, ani języka, w którym określone koncepcje są wyrażane. „W pewnym zakresie «formaty prawne» przełamują więc dystynkcję między tworzeniem i stosowaniem prawa” (Stawecki 2012, 34).

W świecie współczesnym występuje wiele procesów, które odgrywają istotną rolę zarówno dla kształtowania, jak i funkcjonowania prawa. Nie chodzi tu tylko o zjawisko zbliżania systemów, kultur i tradycji prawnych pod wpływem zewnętrznych czynników ujmowanych bardzo szeroko. Te zjawiska, chociaż należące do różnych dziedzin życia społecznego, politycznego, gospodarczego, sprzyjają procesowi konwergencji systemów prawnych. Z przyczyn obiektywnych, które wpływają na kształt relacji, stosunki między państwami, a także między organizacjami i innymi podmiotami, stają się coraz bardziej intensywne, a w konsekwencji zależne w dużym stopniu od różnych form regulacji. Możliwe konfiguracje tych relacji są praktycznie nieograniczone. Są one odtwarzane w wielu możliwych kombinacjach, zawsze jednak w jakimś stopniu oparte na zespole reguł.

Niezależnie od tego występuje wiele zjawisk wpływających na proces konwergencji. „Współczesna konwergencja kultur i systemów prawnych, przydająca prawu pewnych cech uniwersalistycznych, jest jednak nie tylko zjawiskiem rzeczywistym i powszechnym, ale także atrakcyjnym funkcjonalnie, niezależnie od

tego, czy postrzegana jest z perspektywy «ekspansji Zachodu» czy też «globalizacji zrównoważonej» (Leszczyński 2012, 115). Szczególnym zjawiskiem jest unifikacja polityczno-organizacyjna i powstawanie nowych struktur, takich jak integracja w ramach Unii Europejskiej. W tym wypadku sprawa jest skomplikowana, ponieważ na kanwie funkcjonowania Unii Europejskiej można analizować wiele zagadnień dotyczących wspomnianego wcześniej kontinuum – zbliżenie, konwergencja, unifikacja systemów prawnych – oraz problemów charakterystycznych dla funkcjonowania prawa w przestrzeni normatywnej, jej wpływu na tworzenie prawa. W systemach prawnych państw członkowskich UE występują różne zjawiska, wyraźnie ukierunkowane, chociaż przyjmujące różne formy, takie jak: unifikacja systemów prawnych w wydzielonych sektorowo obszarach; wpływ elementów przestrzeni normatywnej (zwłaszcza *soft law* w ramach konkretnych *policies*) na proces tworzenia prawa w państwach członkowskich; pośredni wpływ i upodabnianie się systemów prawnych pod wpływem funkcjonowania w jednolitym otoczeniu – upodabnianie z wyraźnie określonym kierunkiem: wpływu prawa kontynentalnego na system *common law*.

Wskazuje się na to w literaturze dotyczącej zmian w systemie prawnym Wielkiej Brytanii, podkreślając, że angielskie prawo zaczęło coraz bardziej przypominać europejskie prawo kontynentalne, prawo Unii Europejskiej (Beatson 1997, 292). Wpływ prawa europejskiego i prawa kontynentalnego na angielskie prawo zwyczajowe z biegiem czasu nie tylko się nie osłabił, ale wręcz przeciwnie. Wraz z rozszerzeniem regulacji prawnej, wdrażanej przez normy zawarte w aktach instytucji Unii Europejskiej, proces „europeizacji” prawa angielskiego w wyniku adaptacji wielu norm i instytucji prawa kontynentalnego nasila się. Z tego powodu angielskie prawo stopniowo staje się mniej angielskie zarówno w kategoriach praktycznych, jak i teoretycznych, ale, jak się dodaje, sytuacja ta może się zmienić, gdy Wielka Brytania opuści UE (Simens 2018, 75). W aspekcie teoretycznym najważniejszy wydaje się fakt zmian w statusie systemu prawnego brytyjskiego, w jego wymiarze konstytucyjnym. Zwraca się uwagę, że członkostwo Wielkiej Brytanii w Unii Europejskiej coraz bardziej wpływa na zmianę wyobrażeń o istocie konstytucyjności. Wcześniej teoria prawa angielskiego zdominowana była przez ideę niewątpliwych zalet niepisanej konstytucji w porównaniu do pisanej. Po przystąpieniu Wielkiej Brytanii do Unii Europejskiej, pod wpływem prawa europejskiego, to podejście zostało w dużej mierze zmienione. W prawie angielskim, jak podkreślają eksperci, nastąpiła zmiana poglądów o aktach konstytucyjnych oraz o konstytucjonalizmie. Przykładem może być przyjęcie Human Rights Act w 1998 roku, ustawy, która ograniczyła „suwerenność Parlamentu” i rozszerzyła prerogatywy sądownictwa w zakresie „kontroli konstytucyjnej”. Przed pojawieniem się tego aktu sądowa działalność kontrolna była ograniczona jedynie do sfery przyjęcia i stosowania aktów administracyjnych, teraz w sposób specyficzny obejmuje ona także ustawy. Istotny wymiar kontroli jest teraz bardzo wyraźnie przeniesiony z płaszczyzny administracyjnej na

konstytucyjną. Obejmuje ona przede wszystkim ustawy, które w ramach wprowadzonych regulacji wpływają na prawa człowieka (Lee 2004).

Przeciwny wpływ polega na włączeniu precedensu jako źródła prawa na poziomie prawa Unii Europejskiej, a pośrednio w systemach prawnych państw członkowskich. Wynika to z kompetencji i działalności TSUE. Trybunał wydaje akty o charakterze precedensowym, które zawierają ogólną zasadę lub regułę obowiązującą organy sądowe przy rozpatrywaniu spraw powiązanych merytorycznie z decyzją Europejskiego Trybunału (Gomard 1988). Precedensowy charakter dotyczy przede wszystkim aktów interpretacyjnych (wykładni prawa) i sądowej kontroli zgodności decyzji z prawem pierwotnym. Wynika to z jednej strony z pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w odniesieniu do prawa krajowego państw członkowskich w przypadku sporów prawnych, a z drugiej strony z uprawnień Trybunału w zakresie interpretacji prawa UE. Oprócz aktów TSUE, które mają precedensowy charakter, ważną rolę odgrywają również orzeczenia wydawane na podstawie pytań prejudycjalnych kierowanych przez sądy państw członkowskich. W działalności Trybunału mamy też do czynienia ze szczególnego rodzaju aktami, wydawanymi przez adwokatów generalnych opiniami, w których znajdujemy wiele interesujących i ważnych ustaleń pozwalających nie tylko na szersze spojrzenie na konkretnie analizowany przypadek, ale także na charakterystykę normatywnych źródeł, które są przywoływane.

Wpływ przestrzeni normatywnej na konwergencję systemów prawnych jest istotnym zagadnieniem, ponieważ pozwala wyjaśnić kilka kwestii. Po pierwsze, chodzi o zwrotne oddziaływanie na kształt przestrzeni normatywnej. W sytuacji konwergencji elementy normatywne pochodzące z różnych systemów stają się ekwiwalentne. Mają równy status. Po drugie, sama konwergencja może być wyjaśniana przez rolę elementów przestrzeni normatywnej w kształtowaniu prawa. Konwergencja wynikająca z wpływu przestrzeni normatywnej ma szczególny charakter. Roman Tokarczyk pisze o konwergencji naturalnej, którą uważa za najbardziej skuteczną metodę konwergencji prawa, ponieważ polega ona niemal całkowicie na dobrowolności, unikaniu elementów przymusu (Tokarczyk 2012, 10). Jest poniekąd oczywiste, że „naturalna konwergencja” jest uzależniona od standaryzacji przestrzeni normatywnej, ale w kręgu europejskiej kultury prawnej dominujące standardy, zwłaszcza państw należących do UE, wydają się oczywiste. Nie oznacza to jednak, że nie mogą być podważane w imię partykularnych interesów lub ze względów ideologicznych, często wspartych tęsknotą za pełną suwerennością i izolowanymi systemami prawnymi. Po trzecie, przy postępującej konwergencji systemów prawnych w znacznym stopniu zmienia się ogląd zagadnień stanowiących przedmiot zainteresowania jurysprudencki, a w konsekwencji można podejmować spójne analizy teoretyczne dotyczące zjawisk prawnych, w tym również tworzenia prawa.

Zamiast zakończenia

W eseju *A jeśli powinność nie istnieje?* Jerzy Stelmach pisze, że mniej więcej co dwie lub trzy dekady odżywa spór o „dualizm”, „normatywność” lub „znaczenie normatywne”. Równocześnie zadaje pytanie, czy należy się spodziewać jakiegoś przełomu. Odpowiadając, że raczej nie, podkreśla: „Spór o normatywność jest bowiem sporem ontologicznym (jednym z możliwych rozwinięć sporu o istnienie świata) – i wydaje się, że niczym więcej” (Stelmach 2013, 206). Dokonując krytycznej analizy możliwych stanowisk, zwraca uwagę, że „Dualistyczna wizja świata jest mocno zakorzeniona w myśleniu filozoficznym. Jest z pewnością jedną z najlepiej uzasadnionych oraz najczęściej pojawiających się interpretacji bytu” (Stelmach 2013, 207). Dotyczy to także dualizmu bytu i powinności. Próby rozwiązania wynikających z tego problemów na gruncie filozofii i teorii prawa, uzasadnienia normatywności prawa, często są przedstawiane z wykorzystaniem metafory mostu. Joseph Raz w artykule *Kelsen's Theory of the Basic Norm* podkreśla, że w koncepcji Kelsena tylko norma podstawowa może wyjaśnić normatywność prawa, łącząc dwa odrębne światy, bytu i powinności. „Wydaje mi się – pisze Raz – że teoria Kelsena jest najlepszą istniejącą teorią prawa pozytywnego opartą na koncepcji uzasadnionej normatywności. Istnieje wszakże inna koncepcja normatywności, to normatywność społeczna. Wyjaśnienie prawa opartego na tej koncepcji nie będzie miało zastosowania do koncepcji podstawowej normy. Norma podstawowa jest potrzebna, aby wypełnić lukę między faktami i normami (*to bridge the gap between facts and norms*), między «bytem» a «powinnością» (Raz 1974, 111). Do metafory mostu odwołuje się też Edgar Bodenheimer w artykule *Law as a Bridge Between Is and Ought* (Bodenheimer 1988).

Możliwe jest jednak jeszcze inne użycie metafory mostu w odniesieniu do prawa. Wyraża je zamieszczone na początku książki motto. Ujęcie różniące się wyraźnie od wyżej wskazanego, często przywoływanego w filozofii prawa. W określeniu innego znaczenia metafory mostu odwołuję się do Roberta Covern, który pisał: „Prawo, argumentowałem, jest mostem w przestrzeni normatywnej łączącej [nasze rozumienie] «świata-który-jest» (w tym norm «rządzących» i rozziwku między tymi normami a obecnym zachowaniem wszystkich podmiotów) z naszymi projekcjami alternatywnych «światów-które-mogą-być» (w tym alternatywnych norm, które mogą «rządzić») i zestawieniem alternatywnie wyobrażonych działań z tymi wyobrażonymi systemami norm. W tej teorii prawo nie jest ani całkowicie utożsamiane ze zrozumieniem obecnego stanu rzeczy, ani

z wyobrażonymi alternatywami. To most – zaangażowane zachowanie społeczne, które konstytuuje sposób podejmowanej próby przedostania się z jednej rzeczywistości do drugiej, alternatywnej rzeczywistości, przez grupę ludzi. Prawo łączy «rzeczywistość» z «alternatywnością», tworząc nową rzeczywistość mostem zbudowanym z zaangażowanych zachowań społecznych. Posiadane przez ludzi wizje przyszłości w sposób mniej lub bardziej zdecydowany, w zależności od zaangażowania i organizacji społecznej ludzi determinują most, który jest «prawem» (Cover 1985, 181).

Nawiązuję do tej myśli nie tylko dlatego, że w stanowisku Covera metafora mostu odnosi się do prawa w przestrzeni normatywnej (rozumianej raczej jako sfera normatywna, a nie tak, jak ja ją ujmuję w tym tomie), ale ze względu na intuicje dotyczące zależności występujących w przestrzeni normatywnej (szerzej, w sferze normatywnej). Podlegające własnej dynamice otoczenie normatywne, przestrzeń normatywna, generuje szerszą dyskusję dotyczącą prawa i jego oceny, oceny instytucji prawnych, oceny procedur, dyskusję, która obejmie inne, „niepaństwowe prawo” oraz to, co określam mianem normatywnych źródeł prawa. Dyskusja wykracza więc poza ustalony przez lata i ściśle „zdefiniowany” krąg zależności systemowych. Szczegółowy, ale – moim zdaniem – bardzo istotny problem polega na tym, że w polu dyskursu i sposobie przedstawiania normatywnych treści pojawiają się wypowiedzi nie tylko odnoszące się do poszczególnych elementów przestrzeni normatywnej, ale także mające charakter „normatywnych roszczeń”. W tak charakteryzowanej rzeczywistości prawo jest mostem łączącym „roszczenia normatywne” z normatywnością zewnętrzną wobec prawa.

Bibliografia

- Amsterdamski, Stefan. 1985. „Posłowie”. W: Thomas S. Kuhn, *Dwa bieguny. Tradycja i nowatorstwo w badaniach naukowych*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Baczko, Bronisław. 1994. *Wymagania społeczne. Szkice o nadziei i pamięci zbiorowej*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Barcz, Jan. 2012. *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty prawne działań implementacyjnych*. Warszawa: LexisNexis.
- Bator, Andrzej, Gromski, Włodzimierz, Kaźmierczak, Stanisław, Kozak, Artur. 2003. „Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa”. W: *Filozofia prawa wobec globalizmu*. Red. Jerzy Stelmach. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Bauman, Zygmunt. 1996. *Etyka ponowoczesna*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Beatson, Jack. 1997. „Has the Common Law a Future?”. *The Cambridge Law Journal* 56 (2).
- Begum, Afroza. 2012. „Implementing Women’s Equal Right to Employment in Bangladesh: A Comparative Judicial Approach with Special Reference to India, Canada and Australia”. *Canberra Law Review* 11 (1).
- Bekrycht, Tomasz. 2013. „Tożsamość kultury prawnej a legitymizacja prawa”. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2 (2).
- Bekrycht, Tomasz. 2015. *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, seria Jurysprudencja 6.
- Berger, Caruthers, Gholson. 1971. „Equal Pay, Equal Employment Opportunity and Equal Enforcement of the Law for Women”. *Valparaiso University Law Review* 5.
- Berman, Paul, Schiff. 2007. „A Pluralist Approach to International Law”. *Yale Journal of International Law* 32 (2).
- Berman, Paul, Schiff. 2009. „The New Legal Pluralism”. *GW Law Faculty Publications & Other Works, Annual Review of Law and Social Science* 5.
- Bertea, Stefano, Sarra, Claudio. 2014. „Foreign Precedents in Judicial Argument: A Theoretical Account”. *European Journal of Legal Studies* 7 (2).
- Biernat, Stanisław. 2002. „Tworzenie prawa Unii Europejskiej”. W: *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*. Red. Jan Barcz. Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza.
- Biernat, Tadeusz. 2000. *Legitymizacja władzy politycznej. Elementy teorii*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Biernat, Tadeusz. 2002. *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Biernat, Tadeusz. 2004. „Politics and Law. Towards a Discussion on Legal Decision-Making Process”. W: *Stressing Legal Decisions*. Red. Tadeusz Biernat, Krzysztof Pałeczki, Aleksander Peczenik, Christoffer Wong, Marek Zirk-Sadowski. Kraków: Polpress Publisher.
- Biernat, Tadeusz. 2007. „Miejsce doktryny prawniczej w procesie tworzenia prawa”. W: *Studia Prawnicze: rozprawy i materiały*. Red. Marek Nowak. Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.
- Biernat, Tadeusz. 2008. „Law making policy”. W: *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*. Red. Tadeusz Biernat, Marek Zirk-Sadowski. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Biernat, Tadeusz. 2009. „Complexity of the contemporary relations between legal and political systems. Directions of analysis: metaphors or tools?”. W: *Between Complexity of Law and Lack of Order. Philosophy of Law in the Era of Globalization*. Red. Bartosz Wojciechowski, Marek Zirk-Sadowski, Mariusz J. Golecki. Toruń–Beijing: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Biernat, Tadeusz. 2010. „«Trudne sprawy» w procesie tworzenia prawa. Pole dyskursu legislacyjnego”. W: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*. Red. Agnieszka Choduń, Stanisław Czepita. Szczecin: Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Biernat, Tadeusz. 2014a. „The Complexity of Contemporary Legal Systems – Dilemmas and the Paradoxes of Law’s Legitimacy”. W: *Towards Recognition of Minority Groups. Legal and Communication Strategies*. Red. Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Karolina M. Cern. Aldershot: Ashgate.
- Biernat, Tadeusz. 2014b. *Władze publiczne w demokratycznym państwie prawa. Prawo – Instytucje – Zasoby*, Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.
- Biernat, Tadeusz. 2016a. *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.
- Biernat, Tadeusz. 2016b. „Stabilność versus zmiana. Waloryzacja ochrony praw dziecka jako przykład wpływu otoczenia normatywnego na uzasadnione zmiany w prawie”. W: *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*. Red. Tadeusz Biernat. Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.
- Biernat, Tadeusz. 2017a. „Między polityką a prawem. Problem «upolitycznienia» tworzenia prawa”. *Przegląd Prawa i Administracji* 110: Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej.
- Biernat, Tadeusz. 2017b. „W poszukiwaniu adekwatnego modelu analizy tworzenia prawa”. *Przegląd Prawa Publicznego* 9 (126).
- Biernat, Tadeusz. 2018. „The Impact of the Judicial Precedents on the Normative Content of Human Rights”. *Studia Iuridica Lublinensia* 27 (1).
- Biernat, Tadeusz, Zirk-Sadowski, Marek. 2008. „Politics of law and legal policy. Introduction”. W: *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*. Red. Tadeusz Biernat, Marek Zirk-Sadowski. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Black, Max. 1964. „The Gap Between «Is» and «Should»”. *The Philosophical Review* 73 (2). https://www.collier.sts.vt.edu/5424/pdfs/black_1964.pdf [dostęp 7.02.2018].
- Bodenheimer, Edgar. 1988. „Law as a Bridge Between Is and Ought”. *Ratio Juris* 1 (2).
- Bröstl, Aleksander. 2000. „On Preparation and Impact of Legal Science in Legislation and the Judiciary: Focusing on Slovakia”. W: *Legal Research in Dynamic Society*. Red. Krzysztof Pałeczki, Aleksander Peczenik. Kraków: Ratio.
- Brożek, Bartosz. 2011. „Pewność prawa jako stabilność strukturalna (Legal Certainty as Structural Stability)”. *Forum Prawnicze* 6 (8).
- Brożek, Bartosz. 2012. *Normatywność prawa*. Warszawa: Lex Wolters Kluwer.
- Brożek, Bartosz. 2013. „Pojęcie normatywności”. W: *Fenomen normatywności*. Red. Anna Brożek, Bartosz Brożek, Jerzy Stelmach. Kraków: Copernicus Center Press.
- Brożek, Bartosz. 2015. „O naturalizacji prawa”. W: *Naturalizm prawniczy. Interpretacje*. Red. Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, Łukasz Kurek, Katarzyna Elias. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Capella, Juan, R. 2005. „Globalization: a political and legal dilemma”. W: *Law and Justice in a Global Society*. Red. M. Escamilla, M. Saavedra. Granada: ACFS.
- Chalmers, Damian, Davies Gareth, Monti Giorgio. 2010. *European Union Law. Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chauvin, Tatiana. 1999. „Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha”. *Studia Iuridica* 37.
- Chechłowska-Lipińska, Marta. 2013. „Poprawność czy niepoprawność polityczna – rozważania na temat współczesnego dyskursu w ujęciu Oriany Fallaci”. *Warmińsko-Mazurski Kwartalnik Naukowy. Nauki Społeczne* 3.

- Chmielnicki, Paweł. 2014. „Relacje pomiędzy formalnymi i nieformalnymi elementami ładu aksjonormatywnego w ujęciu empirycznym”. W: *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 2. Red. Małgorzata Król, Adam Bartczak, Monika Zalewska. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, seria Jurysprudencja 3.
- Ciepły, Filip. 2009. „Partnerstwo w rodzinie a prawnokarny kontratyp karcenia małoletnich”. W: *Partnerstwo w rodzinie*. Red. Justyna Truskolaska. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Cover, Robert, M. 1983. „The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative”. *Faculty Scholarship Series*. Paper 2705. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705 [dostęp 7.02.2018].
- Cover, Robert, M. 1985. „The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction”. *Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series*. Paper 2706. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706 [dostęp 7.02.2018].
- Cyrul, Wojciech. 2012. *Wpływ procesów komunikacyjnych na praktykę tworzenia i stosowania prawa*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Czapska, Janina. 2015. „Na czym polega internalizacja normy prawnej?”. W: *Aksjologiczny wymiar prawa*. Red. Michał Dudek, Mateusz Stepień, Kraków: Zakład Wydawniczy Nomos.
- Czarnecka, Agata. 2014. „Pojęcie prawa w nowej teorii prawa naturalnego”. *Studia Iuridica Toruniensia* 14.
- Czerwiński, Marcin. 1988. *Przyczynki do antropologii współczesności*. Warszawa: PIW.
- Developing National Action Plans. Against Racial Discrimination: A Practical Guide*. 2014. New York–Geneva.
- Di Viggiano, Pasquale, Luigi. 2011. „Evolutionary Forms of Law and Social Systems”. *Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique* 45.
- Donlan, Seán, Patrick. 2015. *To Hybridity and Beyond. Reflections on Legal and Normative Complexity*. <http://www.academia.edu/2078759/> [dostęp 7.02.2018].
- Dworkin, Roland. 1998. *Biorąc prawa poważnie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Etzioni, Amitai. 2010. „The Normativity of Human Rights Is Self-Evident”. *Human Rights Quarterly* 32.
- Finnis, John. 2011. *Natural Law and Natural Rights*, Second Edition. New York: Oxford University Press Inc.
- Flores, Imer, B. 2005. „The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”. W: *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*. Red. Luc J. Wintgens, Aldershot: Ashgate.
- Ford, Becky R. 2017. „Political Correctness”. Oxford Research Encyclopaedias. <http://communication.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-441> [dostęp 7.02.2018].
- Gizbert-Studnicki, Tomasz, Klinowski, Mateusz. 2009. „Complexity of the Social Sphere and the Judicial Decision-Making Process”. *Archivum Iuridicum Cracoviense* 42.
- Glos, George E. 1969. „The Normative Theory of Law”. *Wm. & Mary L. Rev.* 11 (1).
- Gomard, Benhard. 1988. „Programme of Legal Policy on Judge-made Law”. *Scandinavian Studies in Law*. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/32-1.pdf> [dostęp 7.02.2018].
- Grabowski, Andrzej. 2009. *Prawnicze pojęcie obowiązku prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Greer, Scott, L., Vanhercke, Bart. 2010. „The hard politics of soft law: The case of health”. W: *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*. Red. Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten, Tamara K. Hervey. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gribnau, J.L.M. 2002. „Legitimacy of the Judiciary”. *Electronic Journal of Comparative Law* 6.4, December. <http://www.ejcl.org/64/art64-3.html> [dostęp 7.02.2018].

- Grzonka, Lesław. 2012. *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*. Poznań: Polskie Wydawnictwo Prawnicze.
- Guś, Janusz, Łokucijewski Krzysztof. 2003. „Globalizacja a jurydyzacja. O wpływie globalizacji na skalę prawotwórstwa w liberalnym państwie demokratycznym”. W: *Filozofia prawa wobec globalizmu*. Red. Jerzy Stelmach. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Hallward-Driemeier, Mary, Hasan, Tazeen. 2012. *Empowering Women: Legal Rights and Economic Opportunities in Africa*. World Bank Publications.
- Herling-Grudziński, Gustaw. 1996. *Godzina Cieni*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Huk Marta, Zuzanna. 2014. „Norma podstawowa w Czystej Teorii Prawa Hansa Kelsena”. *Ethics in Progress* 5 (2).
- Jabłońska-Bonca, Jolanta. 2017. *Prywatna ochrona bezpieczeństwa. Koncepcje – podmioty – zadania – normy – konteksty*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Jarosz, Ewa, Nowak, Anna. 2012. *Dzieci ofiary przemocy w rodzinie. Raport Rzecznika Praw Dziecka. Funkcjonowanie znowelizowanej ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Jaros, Paweł, J. 2013. „Wprowadzenie”. W: *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*. Zbiór i oprac. Paweł J. Jaros. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Kacprzak, Monika. 2012. *Pułapki poprawności politycznej*. Radzymin: Wydawnictwo von Borowiecki.
- Kelley, Patrick, J. 2009. „Theories of Legislation and Statutory Interpretation: Natural Law and the Intention of the Legislature”. *Washington University Jurisprudence Review* 1 (1).
- Kołąkowski, Leszek. 1994. *Obecność mitu*. Wrocław: Wydawnictwo Dolnośląskie.
- Korsgaard, Christine, M. 1992. *The Sources of Normativity. The Tanner Lectures on Human Values*. <https://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/k/korsgaard94.pdf> [dostęp 7.02.2018].
- Korybski, Andrzej, Leszczyński, Leszek, Pieniążek, Antoni. 2003. *Wstęp do prawoznawstwa*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Korycka-Zirk, Milena. 2017. *Filozoficzny wymiar kontroli konstytucyjności*. Toruń: Wydawnictwo Dom Organizatora.
- Kozak, Artur. 2007. „Postponowoczesna koncepcja prawa”. W: *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*. Red. Michał Błachut. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozłowski, Tomasz. 2000. „Współczesne przestrzenie norm prawnych”. W: *Prawo i ład społeczny*. Red. Grażyna Polkowska. Warszawa: Wydawnictwo WPiA UW.
- Kozłowski, Tomasz. 2007. „Polityka prawa”. W: *Prawo a polityka*. Red. Marek Zubik. Warszawa: Liber.
- Kozłowski, Tomasz. 2009. „Gustaw Radbruch jako twórca pozytywizmu aksjonormatywnego”. W: *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*. Warszawa: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodakowskiej.
- Krąpiec, Mieczysław, Albert. 1992. „Prawo naturalne a etyka (moralność)”. W: *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*. Katowice: IWS-OTK. www.ptta.pl/krapiec/teksty_etyka_prawonat.pdf [dostęp 7.02.2018].
- Kustra, Aleksandra. 2006. „Wokół problemu multicentryczności systemu prawa”. *Państwo i Prawo* 7.
- Lamentowicz, Wojciech. 2017. *Status prawny i dynamika porządku prawnego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Lang, Wiesław. 2008. „System prawa i porządek prawny”. W: *System prawny a porządek prawny*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Lee, Natalie. 2004. „The Effect of the Human Rights Act 1998 on Taxation Policy and Administration”. *eJournal of Tax Research*, eJITaxR 8, 2 (2).
- Leszczyński, Leszek. 2012. „Konwergencja w prawie a uniwersalizacja aksjologii prawnej. Przykład recepcji prawa i dialogu orzeczniczego”. W: *Konwergencja czy dywergencja kultur*

- i systemów prawnych?* Red. Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Leszczyński, Leszek. 2018. „Precedens in the Decision-Making Process. Point of Legal Theory and Judicial Practice”. *Studia Iuridica Lublinensia* 27 (1).
- Leszczyński, Leszek, Maroń, Grzegorz. 2013. „Pojęcie i treść zasad prawa i generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze”. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia. Sectio G* 60 (1).
- Lixinski, Lucas. 2008. „In Normative Space”. *European Journal of Legal Studies. Spaces of Normativity* 2 (1).
- Łakomy, Jakub. 2010. „Prawa człowieka w perspektywie interdyscyplinarnej”. *Wrocławskie Studia Erazmianskie. Studia Erasmiana Wratislaviensia* 4: Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka.
- Łętowska, Ewa. 2005. „Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje”. *Państwo i Prawo* 4.
- Marek Aureliusz. 1958. *Rozmyślenia*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- McDonald, Rachel, I., Crandall, Christian, S. 2015. „Social norms and social influence”. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, www.sciencedirect.com [dostęp 7.02.2018].
- Merta, Tomasz. 2010. „Kłopoty z polityczną poprawnością”. *Ius et Lex* 1.
- Mik, Cezary. 2000. *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. 1. Warszawa: C.H. Beck.
- Morawski, Lech. 2000. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Morawski, Lech. 2010. „Dwa pojęcia polityki prawa”. W: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*. Red. Agnieszka Choduń, Stanisław Czepiata. Szczecin: Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Nalaskowski, Filip. 2012. „Poprawność polityczna – ten zły, który nie istnieje”. *Kultura i Edukacja* 2 (88).
- Opalek, Kazimierz. 1986. *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Opalek, Kazimierz. 1997. *Studia z teorii i filozofii prawa*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Pałeczki, Krzysztof. 2003. *Prawoznawstwo: zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*. Warszawa: Difin.
- Pałeczki, Krzysztof. 2013. „Neutralization of Values in Law – Main Concepts”. W: *Neutralization of Values in Law*. Red. Krzysztof Pałeczki. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Pałeczki, Krzysztof. 2015. „Redukcja aksjologiczna jako sposób objaśniania porządku społecznego”. W: *Aksjologiczny wymiar prawa*. Red. Michał Dudek, Mateusz Stępień, Kraków: Nomos.
- Parrish, Richard. 2003. „The Birth of European Union Sports Law”. *Entertainment Law* 2 (2).
- Paunio, Elina. 2009. „Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order”. *German Law Journal* 10 (11).
- Peczenik, Aleksander. 1997. „The binding force of precedents”. W: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Red. D. Neil MacCormic, Robert S. Summers. Dartmouth Company Limited.
- Perry, Stephen. 2006. „Hart on Social Rules and the Foundations of Law”: Liberating the Internal Point of View, *Fordham L. Rev.* 75 (3). <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/3> [dostęp 7.02.2018].
- Pękala, Mateusz. 2016. *Pole decyzyjne ustawodawcy*. Kraków: WAM.
- Pichlak, Maciej. 2014. „Między aksjologią a ontologią dyskursu konstytucyjnego. Obiektywizacja wartości w prawie”. *Przegląd Prawa i Administracji* 96.

- Polanowska-Sygulska, Beata. 2008. *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Policastro, Pasquale. 2002. *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych. Polski przykład*, Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Prawa dziecka. Dokumenty Organizacji Narodów Zjednoczonych*. 2015. Zbiór i oprac. Paweł L. Jaros, Marek Michalak. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Priel, Dean. 2011. „The Place of Legitimacy in Legal Theory”. *McGill Law Journal* 57. http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2127&context=scholarly_works [dostęp 7.02.2018].
- Raz, Joseph. 1974. „Kelsen’s theory of the Basic Norm”. *The American Journal of Jurisprudence* 19 (1).
- Redelbach, Andrzej, Wronkowska, Sławomira, Ziębiński, Zygmunt. 1992. *Zarys teorii państwa i prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Richert, Sebastian. 2010. „Podmiotowość ponowoczesna: wieloznaczność tożsamości czy tożsamość wieloznaczności. Propozycja Zygmunta Baumana”. *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Philosophica* 23.
- Rousseau, Jan, Jakub. 1966. *Umowa społeczna*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Sadowski, Mirosław. 2010. „Prawa człowieka – kilka uwag”. *Wrocławskie Studia Erazmianskie. Studia Erasmiana Wratislaviensia* 4: *Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka*.
- Sarkowicz, Ryszard, Stelmach, Jerzy. 1996. *Teoria prawa*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Savaneli, Bidzina. 2013. „Law and Order or Global Disorder”. *Acta U. Danubius Jur.* 159.
- Schlag, Pierre, J. 1985. „Standards”. *UCLA Law Review* 33.
- Schmidt-Kwiecińska, Katarzyna. 2014. „Multicentryczne spojrzenie na porządek prawny w perspektywie diachronicznej”. W: *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 1. Red. Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Tomasz Bekrycht. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Shils, Edward. 1965. „Charisma, Order, and Status”. *American Sociological Review* 30 (2), April.
- Siejak, Anna. 2016. „Kocham. Nie biję?” – *przemoc wobec dzieci w dyskursie publicznym*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Simens, Mathias. 2018. *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Snyder, Francis, G. 2000. „Introduction”. W: *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*. Red. Francis G. Snyder. Oxford: Hart Publishing.
- Sozański, Jarosław. 2016. „Czy zablokowanie przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest zgodne z normami konstytucyjnymi?”. *Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula* 2.
- Spaak, Torben. 2017. *Legal Positivism, Conventionalism, and the Normativity of Law*. <https://ssrn.com/abstract=2978561> [dostęp 7.02.2018].
- Spaak, Torben. 2018. *The Normativity of Law*. http://www.filosofi.uu.se/digitalAssets/113/a_113664-f_torben-spaak-the-normativity-of-law-ch-7.pdf [dostęp 7.02.2018].
- Stadniczeńko, Stanisław, L. 2015. „Prawa dziecka częścią składową praw człowieka i obywatela”. W: *Konwencja praw dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*. Red. Stanisław L. Stadniczeńko. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Staśkiewicz, Wiesław. 2010. „Stare i nowe modele legislacji”. W: *Dyskrecjonalność w prawie*. Red. Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki. Warszawa: LexisNexis.
- Stawecki, Tomasz. 2012. „Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa”. W: *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?* Red. Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Steinman, Adam, N. 2004. „A Constitution for Judicial Lawmaking”. *University of Pittsburgh Law Review* 65.

- Stelmach, Jerzy. 2012. „Pozytywistyczne mity metody prawniczej”. *Forum Prawnicze* 3 (11).
- Stelmach, Jerzy. 2013. „A jeśli powinność nie istnieje?”. W: *Fenomen normatywności*. Red. Anna Brożek, Bartosz Brożek, Jerzy Stelmach. Kraków: Copernicus Center Press.
- Stelmach, Jerzy, Sarkowicz, Ryszard. 1999. *Filozofia prawa XIX i XX wieku*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Suchman, Mark, C. 1995. „Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”. *The Academy of Management Review* 20 (3), July.
- Szafrńska, Michalina. 2015. *Penalny populizm a media*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Szahaj, Andrzej. 2004. *E pluribus unum? Dylematy wielokulturowości i politycznej poprawności*. Kraków: Universitas.
- Sztompka, Piotr. 2002. *Socjologia*. Kraków: Znak.
- Tokarczyk, Roman. 2000. *Historia filozofii prawa*. Kraków: Zakamycze.
- Tokarczyk, Roman. 2012. „Tworzenie prawa: pomiędzy kulturą prawa stanowionego i kulturą common law”. W: *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?* Red. Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Tracz-Dral, Jagoda. 2009. *Uregulowania prawne dotyczące przemocy w rodzinie na tle wybranych rozwiązań legislacyjnych*. Warszawa: Kancelaria Senatu Biuro Analiz i Dokumentacji. Dział Analiz i Opracowań Tematycznych.
- Twining, William. 2010. „Normative and legal pluralism: a global perspective”. *Duke Journal of Comparative & International Law* 20.
- Walczak, Michał. 2015. „Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych”. *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne* 10 (1).
- Wielka Encyklopedia Prawa*. 2000. Białystok–Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza.
- Wielka Encyklopedia Prawa*, t. 7: *Teoria i filozofia prawa*. 2016. Warszawa: Fundacja Ubi Societas Ibi Ius.
- Wierzbicki, Mikołaj. 2008. „Dobro wspólne jako kategoria normatywna”. W: *System prawny a porządek prawny*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Winczorek, Piotr. 2000. „Instrumentalne wykorzystania prawa w procesie prawotwórczym”. W: *Prawo i ład społeczny*. Warszawa: Wydawnictwo WPiA UW.
- Wintgens, Luc, J. 2005. „Legisprudence as a New Theory of Legislation”. W: *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Red. Luc J. Wintgens. Aldershot: Ashgate.
- Wintgens, Luc, J. 2012. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Aldershot: Ashgate.
- Wojciechowski, Bartosz. 2009. *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Wojciechowski, Bartosz. 2012. „Prawa człowieka jako element polityki wzajemnego uznania i równości szans”. W: *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?* Red. Oktawian Nawrot, Sebastian Sykuna, Jerzy Zajadło. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Woleński, Jan. 2015. „O formule Radbrucha”. *Principia* 61–62.
- Wronkowska, Sławomira. 2000. „Zagadnienia procesu legislacyjnego”. *Przegląd Legislacyjny* 1.
- Wronkowska, Sławomira. 2009. „Proces prawodawczy dwóch dekad – sukcesy i niepowodzenia”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 71 (2).
- Wróblewski, Jerzy. 1985. *Model racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław–Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Zajadło, Jerzy. 2001. *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk: Wydawnictwo Arche.
- Zajadło, Jerzy. 2008a. „Prawo kontra moralność. Uwagi wstępne”. W: *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*. Red. Jerzy Zajadło. Warszawa: LexisNexis.

- Zajadło, Jerzy. 2008b. „Co to są hard cases?”. W: *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*. Red. Jerzy Zajadło. Warszawa: LexisNexis.
- Zajadło, Jerzy. 2009. „Wprowadzenie: rewolucja czy ewolucja w poglądach Gustawa Radbrucha?”. W: *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*. Warszawa: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodakowskiej.
- Zalewska, Monika. 2014. *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zamboni, Mauro. 2007. *The Policy of Law: A Legal Theoretical Framework*, Oxford–Portland, Or: Hart Publishing.
- Zieliński, Adam. 2007. „Procesy standaryzacji prawa – konieczność czy wyzwanie?”. W: *Prawo a polityka*, Red. Marek Zubik. Warszawa: Liber.
- Zieliński, Wojciech. 2001. *Status etyki w kulturze ponowoczesnej. Analiza propozycji Zygmunta Baumana*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Zielona Księga – System stanowienia prawa w Polsce. 2013. Opracowanie w formie elektronicznej dostępne na oficjalnej stronie internetowej Prezydenta RP (prezydent.pl) w zakładce Forum Debaty Publicznej.
- Ziller, Jacques. 2006. *Europeanisation of Law: From the Enlargement of the Areas of European Law to a Transformation of the Law of the Member States* (L'Européisation Du Droit: De L'Élargissement Des Champs Du Droit De L'Union Européenne À Une Transformation Des Droits Des États Membres), EUI Working Paper LAW No. 2006/19. <http://ssrn.com/abstract=965664> [dostęp 7.02.2018].
- Zirk-Sadowski, Marek. 2012. „Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie”. *Analizy Natolińskie* 1 (53).
- Zirk-Sadowski, Marek. 2014. „Flexible Normative Space. Between the European Law and the Member State Law as a Source of Constitutional Identity”. W: *Towards Recognition of Minority Groups. Legal and Communication Strategies*. Red. Marek Zirk-Sadowski, Bartosz Wojciechowski, Karolina M. Cern. Aldershot: Ashgate.
- Zych, Tymoteusz. 2017. *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*. Toruń: Wydawnictwo UMK.