

Tadeusz Biernat

**Prawo
w przestrzeni
normatywnej**

JURYSPRUDENCJA

13/2019



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Tadeusz Biernat

Prawo w przestrzeni normatywnej

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 Krason (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 Zajadlo* (Uniwersytet Gdański)
Wojciech Zaluski (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

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 alterity.

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 – multicytryczność – system prawny europejski	73
2.3.1. Jurydyzacja	73
2.3.2. Multicytryczność 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 Chmieliński, 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 *Rozstrzygnięcie*

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, stanowi 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-objektu”, 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 przeciwstawnych. 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 posłowniu 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