

José Manuel Aroso Linhares  
Uniwersytet w Coimbrze

## Pojęcie dowodu jako otwarta rana prawa: niezmiennie błędna aporia?

Wybrany przeze mnie tytuł stanowi nawiązanie do prowokującego stwierdzenia P. Haldara, w którym postrzega on prawo dowodowe jako ramy (jeśli nie jako „tekst uzupełniający”), które „rozdzielają” i jednocześnie „łączą” „wnętrze sali sądowej” ze „światem zewnętrznym rzeczywistości”<sup>1</sup>. Moim zamiarem nie jest jednak zbada-  
nie<sup>2</sup> możliwości dekonstrukcyjnej krytycznej analizy prawa dowodowego oraz dowodu sądowego, ponieważ taka interpretacja z pewnością potwierdziłaby istnienie swoistego kontinuum między tymi dziedzinami a aporetyczną nieuchronnością związku/podziału między wnętrzem i światem zewnętrznym przez nie tworzonymi (skoro „kategoryzują” i rozpowszechniają one praktyki prawdy). Zmierzam raczej do uargumentowania, że taka aporia, to jest oceny lub świadectwa ją konstruuujące (lub podkreślające jej pozorny impas), jest bardzo daleka od bycia nieuchronną.

Należy dodać, że aporia pojmowana z powyższej perspektywy zdaje się nie być nieuchronna nawet wówczas, gdy (słusznie) przyjmujemy, iż proces dowodzenia – rozumiany jako *swoisty* dyskurs referencyjny, jeżeli nie (posługując się pojęciem wprowadzonym przez P. Ricoeur’a<sup>3</sup>) jako niepowtarzalna „narracyjna refiguracja” (dotycząca reprezentacji i zmiany porządku rzeczywistości) – stawia praktyczny świat prawa przed modelowymi (i modelowo nagłącymi) wyzwaniem komunikacji (obejmującymi zarówno komunikatywność, jak i niekomunikatywność). Obejmuje również światy zewnętrzne (nieprawne) zawierające twierdzenia i nakazy, empirycznie-eksplikujące informacyjne twierdzenia (lub nomologiczne eksplikacje), albo też społecznie konstruowane zdroworozsądkowe znaczenia (możliwe konstrukcje narracyjne, które charakteryzują te znaczenia), obok możliwości wnioskowania, począwszy od wnioskowania indukcyjnego o prawdopodobieństwie (tak jak powody *id quod plerumque accidit*), do etycznych lub etyczno-komunitarnych (partykularnych) argumentów o typowości lub wzorców typo-

<sup>1</sup> P. Haldar, *The Evidencer's Eye: Representations of Truth in the Laws of Evidence*, „Law and Critique” 1991/2, (*Law and Postmodernism*), s. 170 i n.

<sup>2</sup> Szczegółowa analiza tego zagadnienia została już przeze mnie dokonana (przy uczestnictwie takich rozmówców, jak P. Goodrich, C. Douzinas, R. Warrington, M. Weait, D. Milovanovic... i P. Haldar), w: J.M. Aroso Linhares, *Entre a narrativa pós-moderna da juridicidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*, Coimbra 2001, s. 346–507.

<sup>3</sup> P. Ricoeur, *The Narrative Function*, w: P. Ricoeur, J.B. Thompson (red.), *Hermeneutics and the Human Sciences. Essays on Language, Action and Interpretation*, Cambridge 1982, s. 274 i n.; P. Ricoeur, *Temps et récit*, t. 1–3, Paryż 1983–1985.

wości, w których *prawdopodobnie* jawi się jako *cio che è eticamente preferibile*<sup>4</sup>. Oznacza to, że dekonstrukcyjne czytanie stymuluje (i uwodzi) nas pseudoaporią, jak również iż jest przewyższalne nawet (a zwłaszcza) wtedy, gdy uznamy, że rozumowanie o dowodach stawia nas przed nieuchronnym wyzwaniem intradyskursywnej (jurydyczno-normatywnej) instytucjonalizacji interdyskursu (z udziałem zewnętrznych obcych dziedzin).

1. Pierwszy krok, który należy podjąć, wydaje się być stosunkowo łatwy. Można po prostu powiedzieć, że rany, które osłabiają Haldarowską dekonstrukcję „oka obserwatora” (i jego zadania *reprezentacji*) przypominają te, które osłabiają Derridowską dekonstrukcję prawnego procesu decydowania oraz podejmowania decyzji i sekwencji (trzech głównych) aporii<sup>5</sup>. W rzeczywistości oba analizowane twierdzenia nie są w stanie spełnić zadania polegającego na uwzględnieniu „nieograniczonego kontekstu”<sup>6</sup> (tzn. zaskakiwaniu komplementarności lub poboczności, które otwierają formułowanie każdorazowego kontekstu). Inaczej mówiąc, nie są one w stanie wpisać praktyk, które same dekonstruują, w realną interakcję pomiędzy zróżnicowaniem a dyseminacją, a w konsekwencji uznają rekontekstualizację, którą te praktyki stanowią. O ile można stwierdzić, że aporie przypisywane przez J. Derridę prawnym rozstrzygnięciom mogą się ostać (warunkując nasze rozumienie jurydyczności), o tyle możliwości eksperymentowania wybranej reguły prawa zostają zredukowane do formalistycznej interpretacji *in abstracto* i dedukcyjnego zastosowania<sup>7</sup>. Można jednocześnie przyjąć, że Haldarowska dekonstrukcja dowodzenia prawniczego (z uwzględnieniem jego aporetycznych wyzwań stawianych przez zewnętrzne i wewnętrzne ramy) okazuje się istotna jedynie wówczas, gdy problem ten zostaje umiejscowiony w ramach wyraźnych roszczeń i zawężonych możliwości współczesnej koncepcji<sup>8</sup>, jeżeli nie bezpośrednio w określonym kontekście racjonalistycznej tradycji dowodu<sup>9</sup>, z jego ostrymi różnicami między autonomicznymi normami i empirycznymi czynnościami, pytaniami o prawo i pytaniami o fakty (przy założeniu, że pytania o fakty zawierają nie tylko *facta probantia*, ale także *thema probandum*). Dotyczy to również tematycznych i celowych różnic między prawem dowodowym a nauką o dowodach sądowych (to ostatnie pojęcie dotyczy „racjonalnych zasad rozumowania o dowodach”, które starają się być „niezależne od przepisów prawa”<sup>10</sup>), a także jej zainteresowaniem indukcyjnym prawdopodobieństwem („charakterystycznym sposobem rozumowania przypisywanym wnioskowaniu o prawdopodobieństwie jest indukcja”<sup>11</sup>). To z kolei oznacza, że obie te analizy, pomimo pierwotnych założeń, są obarczone ryzykiem (wymownie wskazanym przez samego J. Derridę) „osadzenia” lub „cofnięcia się do systemu” ich dekonstrukcji, a więc „systemu, który był lub pozostaje w procesie dekonstrukcji”<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Mediolan 1961, s. 231.

<sup>5</sup> J. Derrida, *Force de loi. Le «fondement mystique de l'autorité»*, Paryż 1994, s. 50 i n.

<sup>6</sup> J. Derrida, *Force de loi...*, s. 136.

<sup>7</sup> Również jeżeli jest ona odtworzona jako taktyczna implementacja metody środków i celów (pod warunkiem że może być aposteriorycznie uzasadniona i kontrolowana jako wiarygodne, autonomiczne i formalne zastosowanie). Zob. J.M. Aroso Linhares, *Dekonstruktion als philosophische (gegenphilosophische) Reflexion über das Recht. Betrachtungen zu Derrida*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 2007/1, s. 39 i n.; J.M. Aroso Linhares, *O dito do direito e o dizer da justiça. Diálogos com Levinas e Derrida*, „Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” 2007/14, s. 5–56.

<sup>8</sup> A. Giuliani, *Il concetto...*

<sup>9</sup> W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford 1990, s. 32 i n.

<sup>10</sup> F. Bex, *Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Dordrecht–Heidelberg–Londyn–Nowy Jork 2011, s. 1.

<sup>11</sup> W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Londyn 1985, s. 14 (3b).

<sup>12</sup> J. Derrida, *La dissémination*, Paryż 1972, s. 11–12.

2. Czy należy dodać (pozostając przy pojęciach J. Derridy), że dekonstrukcyjne zadanie dowodów, skoro bezkrytycznie zakładają one wyizolowane *quaestio facti* (tj. brak wiarygodnej alternatywy dla towarzyszącego mu roszczenia autonomii), jest obarczone ryzykiem dania „wolnej ręki” „siłom istniejącym”, czyli tym siłom, które „efektywnie i historycznie dominują w przedmiotowych obszarach”<sup>13</sup>? Osobiście prezentuję odmienny pogląd, nie dlatego, że nie ma skutecznej (pasywnej, choć negatywnie ocenianej) współpracy w dekonstruowanym systemie, ale jedynie dlatego, iż wydaje się trudne, po półwiecznym okresie „rehabilitacji” myśli praktycznej (z bardzo znaczącym wpływem w obszarze dyskursu prawnego), aby uznać roszczenie izolacji za dominującą koncepcję lub, co najmniej, koncepcję bez jakiegokolwiek alternatywy.

Brakuje podstaw, aby przywoływać możliwość traktowania *factum probandum* (i *factum probans*, który ma tendencję do jego „uprawdopodobniania” lub „oduprawdopodobniania”) jako realną konfigurację, a nie jako kwestię pozostającą w obszarze kontrowersji (związaną z *conjectura* lub *status coniecturalis*), ale jako kompilację czystych faktów, obiektywnie dostępnych w drodze percepcyjnych, reprezentacyjnych doświadczeń wymagających alternatywnych (teoretycznie indukcyjnych) technik *ratio probabilis* (rzeczywista *arimetica delle prove*<sup>14</sup>). Element ten pozostaje konstytutywnie nieodłączny wobec współczesnej *episteme* i stopniowej redukcji typów racjonalności, to jest wpływających na wszelkie istotne przejawy myśli prawniczej, pojmowane jako upadek, czy też przerwanie autonomicznego doświadczenia *praxis* i *phronêsis*.

Nie jest z pewnością dziełem przypadku to, że przejaw takiej możliwości – zbiegający się z obaleniem argumentatywnie zintegrowanego pojęcia teorii statusu (*rationales* i *legales*) i następującego po nim podziału tezy i hipotezy perspektyw (odpowiednio ogólnoabstrakcyjnego i jednostkowo-konkretnego), z których ten pierwszy (*hypotheses* i *theses renovandas*) jest najistotniejszy – można paradygmatycznie przypisać *De inventione dialectica* (1569) R. Agricoli, ze szczególnym podporządkowaniem tematów i retoryki dialektyce oraz reinwencji dialektyki pozostającej pod wpływem niezbędnych sylogizmów. Nie jest też dziełem przypadku fakt, że dynamiczny szczyt racjonalnej emancypacji nauki prawa dowodowego – analizowanej jako konieczność przewyżczenia „systemu technicznego” w celu ustanowienia „systemu naturalnego” („charakteryzującego się brakiem sztucznych reguł”) – prowadzi nas do *Rationale of Judicial Evidence* J. Benthama (1827) i jego „zasady niewykluczalności”, uwalniającej dowód z prawno-normatywnych ograniczeń, takich jak zasady wykluczenia, fikcji, ciężaru dowodu i niektórych cech kontradiktoryjności procesu. Dopiero dziewiętnastowieczne zmiany *naturhistorische Methode* i jej normatywizmu dogmatycznego – nieustannie odkrywającego wyłączość teoretyczno-epistemicznej racjonalności, jak również (w przeciwieństwie do podstawowego empirycznego kognitywizmu J. Benthama) integracyjne możliwości wewnętrznej perspektywy będącej jurydyczno-analityczną (nie empiryczną) nauką o normach – spowodowały, że kontrapunkt między światem zewnętrznym a światem wewnętrznym (sprowokowany przez emancypację *quaestio facti*) jest wyraźnie i wymownie rozwiązany. Widoczną korzyścią jest dwumianowa organizacja immanentnych norm racjonalności i empirycznych abstrakcyjnych faktów pojmowanych obecnie jako konstytutywny wybór, który naturalnie i bez aporetycznych powiązań dzieli, a zarazem łączy sądowe stosowanie norm prawnych i sądowe

<sup>13</sup> J. Derrida, *La dissémination...*

<sup>14</sup> A. Giuliani, *Il concetto...*, s. 235.

wnioskowanie o dowodach. Zapewnia tym samym teoretyczny (metadogmatyczny) poziom dyskursu, który również wydaje się być odpornym na instytucjonalizację, tzn. jest racjonalnie kompatybilny z różnymi rodzajami ocen mocy dowodowej, w tym teorii prawa i swobodnej oceny dowodów i, jako taki, w pełni przygotowuje do analizy *Das private Wissen des Richters* (1893) F. Steina i jego opisu „wyrokowania o faktach” (określane jako *Erfahrungssätze*). Należy pamiętać, że stawką jest tutaj inherentnie jednolita epistemiczna struktura podmiotu i przedmiotu, a także iż przedmioty w trakcie procesu racjonalizacji są niezmiennie (i nie mniej unitarnie) predeterminowane do bycia określonymi empirycznymi i warunkowo materialnymi faktami, tj. stanami rzeczy w świecie zewnętrznym, których autonomiczna spójność nie ma wartości samej w sobie, a z której to wewnętrznej dynamiki należy wnioskować, że są one odrębnymi lub też niepołączonymi elementami. To założenie umożliwia obu procesom racjonalizacji bycie harmonijnie równoległymi, chociaż bezsprzecznie należą one do odrębnych dziedzin *powinności* i *bytu*, w konsekwencji zachowując własną niezależność (*ex facto non oritur jus!*) bez jakichkolwiek ustępstw. Pewne jest, że na nowo kształtujący schemat, który przekształca surowe niezależne elementy i zapewnia im zewnętrzny niezbędny charakter spójności i wiarygodności – nieuchronnie wskazany w ostatecznym, jednostkowym i autorytatywnym wnioskowaniu (dedukcyjnie uzyskanym lub dedukcyjnie zrjonalizowanym) – jest, w obu obszarach, określane z autonomicznej perspektywy (i z metodologicznym pierwszeństwem) uniwersalnie racjonalnych zdań. Czym są te zdania? Normatywne (dogmatycznie i abstrakcyjnie interpretowane) zdania, które (jako *Rechtsätze* lub „rodzajowe twierdzenia o prawie”) stanowią główne założenia metodycznego systemu stosowania prawa, oraz nienormatywne zdania, które (jako „rodzajowe twierdzenia lub wyrokowania o faktach” ukryte pod maską *Erfahrungssätze*, o bardzo zróżnicowanej strukturze i formie wyrazu) uzasadniają sądową argumentację dowodu (jako nomologiczno-dedukcyjny lub hipotetycznie dedukcyjny wyrok). W konsekwencji pojawia się główne pytanie o to, czy selektywnie zakładane relacje w predeterminowanych rodzajowych twierdzeniach mogą być i są rozpoznawalne w empirycznym materiale, w taki sposób, że materiał ten może się zawierać w tym twierdzeniu, prowadząc do odpowiednich wniosków?

Można nadmienić, że pomimo niezaprzeczalnej jasności konformacji analitycznej to istotnie jedność *episteme* (i wyłączość jej roszczeń) generuje trafne odpowiedzi, w których sfera wewnętrzna i zewnętrzna zostają wyznaczone i wyartykułowane w takim zakresie, w jakim przestaje dziwić fakt, iż relacje te pozostają nienaruszone w koncepcji N. Luhmanna – dzięki zakładanej równowadze poznawczej otwartości i normatywnej bliskości uzasadnianej autopoietyczną funkcjonalną koncepcją normy (*als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung*<sup>15</sup>) – jak również niezmiennie w pragmatycznym materialnym funkcjonalizmie, choć dotyczą różnych żądań, z uwagi na pełną artykulację *epistēmē* i *technē* (z wyraźnym ograniczeniem *praxis* w stosunku do tego ostatniego)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt n. Menem 1993, s. 134.

<sup>16</sup> Zob. J.M. Aroso Linhares, *Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova. Convenções e limites de um possível modelo teórico* (Separata do vol. XXXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito), Coimbra 1988 (w kwestii możliwości inżynierii społecznej), oraz J.M. Aroso Linhares, *A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship*, „Boletim da Faculdade de Direito” 2002/LXXVIII, s. 125 i n.; J.M. Aroso Linhares, *Brauchen wir noch eine kritische Rechtstheorie? Ein Konversationsstück mit Posner und Fish*, w: B. Schünemann, M.T. Tinnfeld, R. Wittmann (red.), *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, Berlin 2005, s. 23 i n. (na temat Posnerowskiej koncepcji dowodów).

3. Nawiązując do trudności, jakie pociąga za sobą dyskusja o dominujących „faktycznych siłach”, powołuję się na myśl praktyczną, która była realizowana w wielu dziedzinach w ciągu ostatnich 50 lat. W tym miejscu odwołuję się do swoistego powrotu do myśli Arystotelesa i do ponownego jej odkrywania pod bardziej lub mniej wyraźnym hasłem *philosophia practica*, którą ten powrót stymulował, łącząc możliwość autonomicznego *praxis-phronêsis* z nowym naciskiem na wielość typów racjonalności. Jest to swoisty opór przed dominującą osią pomiędzy *epistēmē-technē* lub *technē-epistēmē*, co obejmuje również odporność na wyłączenie i jednostronny charakter projektu społecznego będącego regulacyjnym jądrem historycznie nieprzewycięzonego etapu ewolucji. Dał on nam okazję do odkrywania na nowo równowagi arystotelesowskich cnót intelektualnych jako głównego źródła doświadczania pluralizmu (paradygmatyczne uswięcenie pluralizmu typów racjonalności, jeżeli nie wręcz swoiste twierdzenie pluralizmu<sup>17</sup>), a mianowicie jako okazję do kontynuowania przerwanej tradycji *praxis-prattein* (radycznie i ostatecznie uwolnionej od teoretycznej przewagi *sophia*), a także okazję do przeformułowania wyzwania *phronêsis*. Nie budzi wątpliwości fakt, w jak znaczący sposób ten powrót wpłynął na myśl prawniczą, tym samym otwierając tak różne (i trudne do pogodzenia) możliwości jak te, które zostały (bardziej bezpośrednio) zbadane przez nową hermeneutyczną rekontekstualizację i tematyczno-retoryczną (problemową) koncepcję praktycznych argumentów, a także (pośrednio) z jednej strony poprzez komunitariański narratywizm i z drugiej strony przez dekonstrukcję (jako etyka, estetyka, a także polityka, czy nawet hiperpolityka).

Czy powrót filozofii praktycznej (w jej pluralizmie) daje nam możliwość odmiennej pojmowania dowodu i uznania istnienia przekonującej alternatywy dla współczesnej myśli? W celu przedstawienia wiarygodnej odpowiedzi zamierzam od razu wykluczyć metodę dekonstrukcyjną jako tę, która (odkrywając zalety syngularności) paradoksalnie utrwała współczesną percepcję (z intencją przedstawienia jej w najbardziej ponurej i tajemniczej z możliwych postaci). Postanowiłem jednak nie eliminować jednej cechy omawianego podejścia, a mówię tu o narracyjnej racjonalności, którą W. Fisher uznaje za „alternatywny paradygmat” (lub „metaparadygmat”) „komunikacji ludzkiej”<sup>18</sup>. Jest to podyktowane nie tylko faktem, że wspomniany element, choć zupełnie inaczej pomyślany, stanowi swego rodzaju źródło tworzone (mniej lub bardziej autonomicznie) przez współczesne dyskursy prawne i humanistyczne<sup>19</sup>, ale też głównie dlatego, że w obecnych okolicznościach (i w obliczu doświadczania pluralizmu i wielorodności) ta cecha narracji (ze swoistą wewnętrzną zdolnością do „interpretowania praktyk i tekstów zawierających roszczenia wiedzy, prawdy, czy rzeczywistości”<sup>20</sup>) wydaje się korzystnie stymulować powrót koncepcji dowodu jako argumentu, z którym A. Giuliani wymownie konfrontuje współczesną koncepcję. Czy powrót filozofii praktycznej jest okazją do postrzegania pojęcia dowodu na nowo? Spróbujmy przedstawić wiarygodną i wszechstronnie przeanalizowaną odpowiedź, łącząc argumenty i narracje, *conclusion-claims* i *ultima verba*!

<sup>17</sup> W. Welsch, *Unsere postmoderne Moderne*, Weinheim 1991, s. 277–284 (*Aristoteles oder die Selbständigkeit von Vielfalt*).

<sup>18</sup> W. Fisher, *Narration as a Human Communication Paradigm: the Case of Public Moral Argument*, „Communication Monographs” 1984/51, s. 1.

<sup>19</sup> J.M. Aroso Linhares, *Law in/as Literature as an Alternative Humanistic Discourse: the Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or The Fertile Promise of a Communitas Without Law?*, w: M. Paola Mittica (red.), *Law and Literature. A Discussion on Purposes and Method. Proceedings of the Special WS on Law and Literature held at 24th IVR World Conference in Beijing*, netLibrary: <http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS-ESSAYS>, 2010, s. 22–42.

<sup>20</sup> W. Fisher, *The Narrative Paradigm: an Elaboration*, „Communication Monographs” 1985/52, s. 347.

4. Znacznie upraszczając, na początek zaprezentuję trzy przykładowe propozycje, z których wszystkie prowokują argumenty i opowieści. Ponadto, rozważę je nie tylko w świetle aspektu dowodowego, lecz również z perspektywy wyzwań związanych z przewyciężeniem dwóch odrębnych dyskursów: normatywnego i nienormatywnego (z punktu widzenia analizy ich aporii), to jest roszczeń wiarygodności wewnętrznego (intradyskursywnego), jurydycznego odkrycia interdyskursu. Będę argumentować, że pomimo niewątpliwego wielopoziomowego znaczenia propozycje te jawią się jako niewystarczające, aby sprostac temu wyzwaniu w różnym stopniu i z różnych powodów! Ten argument uzasadnia również wybraną przeze mnie metodę wyróżnienia i skonfrontowania pierwszej propozycji (podążającej ściśle za współczesnym pojęciem nauki o dowodach – 4.1) i nawiązania do dwóch pozostałych razem (koncentrując się konsekwentnie na ich wkładzie w obaleniu tego pojęcia – 4.2).

4.1. Pierwszą propozycją (najbardziej współczesną ze wszystkich trzech) jest formalna hybrydowa teoria narracji i argumentacji stworzona przez F. Bex (argumentacyjno-narracyjny model „ustalania faktów w sprawach karnych”<sup>21</sup>). Jak obiecująco zapowiada ta teoria, intencją jej autorki było skonfrontowanie rozumowania z dowodami, łącząc (lub integrując jako niezbędne „naczynia połączone”<sup>22</sup>) „holistyczne” podejście oparte na opowieści, biorąc pod uwagę „bieg wydarzeń” w sprawie traktowanej jako całość (celem odtworzenia „tego, co by było gdyby”), z „atomistycznym” podejściem opartym na argumentacji – dotyczącym określonych „etapów rozumowania”, czyli z wnioskowaniem lub licencją na wnioskowanie, które łączy „przedmiot” („element”) dowodu z odpowiadającą mu „konkluzją”<sup>23</sup>. Mówiąc inaczej, „hybrydowa teoria argumentacyjna oparta na opowieści, która łączy rozumowanie z argumentami i opowieściami”<sup>24</sup>.

Bez względu na swoiste walory i cenne informacje, pewną niedogodnością tej propozycji jest jej pełna integracja z teoretykami nurtu *New Evidence*, a z pewnością z racjonalistyczną tradycją *Evidence Scholarship*<sup>25</sup>. Ten ostatni nurt wydaje się przedstawiać „naturalny” i „racjonalnie dopuszczalny sposób rozumowania”<sup>26</sup>. Jako taki może być on również umiejscowiony w nieproblemowej optymistycznej (nieaporetycznej) sferze rozłamu między obszarem normatywnym i nienormatywnym, to jest pomiędzy jurydycznym i niejurydycznym rozumowaniem<sup>27</sup>. Jest on uzasadniony zarówno przez tra-

<sup>21</sup> F. Bex, *Arguments...*

<sup>22</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 84–85, 95, 225–226, 267. „Bezpośrednie interakcje pomiędzy argumentami i opowieściami to jest sposób, w jaki argumenty mogą bezpośrednio wspierać i negować opowieści, oraz czynniki, zgodnie z którymi kryteria oceny opowieści i jej walorów zależą od argumentów dowodowych, są czymś niezwykłym w teorii hybrydowej i pozwalają na naturalną i racjonalnie uzasadnioną teorię inferencji najlepszego z rozwiązań...”, F. Bex, *Arguments...*, s. 270.

<sup>23</sup> Zob. F. Bex, *Arguments...*, w szczególności rozdział 3 (*Two Approaches to Reasoning with Evidence: Arguments and Stories*), s. 33 i n.

<sup>24</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 7.

<sup>25</sup> „Założenia zawarte w racjonalistycznym modelu dowodu stanowią również podstawę tego dzieła, w którym teoretycy nurtu *New Evidence* zmodyfikowali analizę Wigmore’a, uzupełniając ją o ramy, chronologię i opowieści (...)”, F. Bex, *Arguments...*, s. 1–2. Zob. także w szczególności s. 1–3 (*Rational Theories of the Process of Proof*), s. 33 i n. oraz 240 i n. (*Wigmore and the New Evidence Theorists*).

<sup>26</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 249.

<sup>27</sup> Specyfikacja ta nie jest zbędna z pewnością dlatego, że F. Bex używa terminu „normatywny” (jako synonimu „regulowanego” lub „preskryptywnego”) w ramach ściśle postrzeganych możliwości epistemologicznego procesu (kojarząc go z dwumianowym – opisowo-normatywnym): „Powyższe teorie dotyczące rozumowania z dowodów prawie we wszystkich przypadkach mają zarówno opisową, jak i normatywną cechę: z jednej strony teorie te mają na celu modelowanie tych wzorców rozumowania, które są stosowane w procesie dowodzenia, a z drugiej strony teorie te wskazują na wady ludzkie i błędy, które popełnia się w procesie rozumowania opartym na wielości dowodów, a tym samym wskazują metody, jak unikać tych błędów. W pewien sposób teorie dotyczące rozumowania na podstawie dowodów określają,

dycję (zweryfikowaną pod kątem możliwości proceduralnych ograniczeń<sup>28</sup>), jak i przez interdyscyplinarny wpływ sztucznej inteligencji<sup>29</sup>. Jeżeli to właśnie ta wierność pozwala F. Bex skierować odpowiednie pytania dotyczące wąsko pojmowanego zagadnienia dowodu – w którym „faktyczne rozumowanie”, mimo że przeprowadzone „w kontekście prawnym” „nie przyjmuje formy rozumowania prawniczego, lecz raczej rozumowania zdroworozsądkowego”<sup>30</sup>, mającego za swoją podstawę wiarygodne uogólnienia<sup>31</sup> – to należy przyjąć, że jest to ta sama wierność, którą można rozpoznać zarówno w wyraźnym odniesieniu do schematu wyjaśniania Hempla-Oppenheima (ponownie przeanalizowanego w modelu *Ratio-Begründung* rozumianym jako wyjaśniające uzasadnianie<sup>32</sup>), jak i w odwoływaniu się do kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia (odtworzonego w trzech etapach obejmujących kontekst odkrycia *explananda* i *explanans*, kontekst poszukiwania *probanda* i *proband*, a także kontekstu uzasadnienia wyraźnego dowodu<sup>33</sup>). Ta reorientacja i towarzyszące jej odpowiednie ramy tematyczne nie miałyby takiej doniosłości, gdyby wszystkie te narzędzia stanowiły jedynie wiarygodną metodę analizy (wygodnie dostosowaną do trendów i praktyk), czyli wówczas, gdyby nie zakładały (a istotnie to czynią!) wyraźnego ograniczenia możliwości, naruszając tym samym istotę koncepcji narracji i jasność argumentacyjnego rozumowania, a w konsekwencji w znaczny sposób wpływając na zakładane interrelacje.

Jednym słowem tym, co wydaje się jawić jako problematyczne, jest stronicza niezdolność (nigdy jednak nie uznana za uprzedzenie) rozpoznania autentycznego tematu praktycznej racjonalności w relacji podmiot–podmiot. Przykładowo, celem rozważenia poziomu *noetic*, na którym praktyczny świat może być w pełni zrozumiany jako kontekst i korelacja z autonomicznym *praxis*. To niezdolność, która niewątpliwie w charakterystyczny sposób pogrąża współrozmówców (od Arystotelesa do Toulmina, od Proppa do Schanka i od Wigmore’a do Wagenaara) w bezkrytycznym *continuum*, a także niezdolność, która głównie bezkrytycznie nakłada konieczność ograniczania argumentów i narracji do wszechstronnego horyzontu *epistēmē* (tak, jak gdyby te nie mogły być rozumiane i doświadczane w inny sposób). To oznacza nie tylko ograniczenie typów rozumowań do trójkąta Ch. Peirce’a – w ten sposób, że indukcja i abdukcja (dwa jedynie istotne rodzaje rozumowania niededukcyjnego) mogą być traktowane jako zintegrowane podtypy

jak możemy i jak powinniśmy rozumieć dowody (...)", F. Bex, *Arguments...*, s. 4. Zob. F. Bex, *Arguments...*, s. 73 i n. (*Choosing the Best Explanatory Story for the Evidence*), s. 234 i n. (*The Anchored Narratives Theory*).

<sup>28</sup> „Mówiąc dokładniej, obraną perspektywę racjonalności można scharakteryzować jako ograniczoną racjonalność postępowania (...): przekonanie lub decyzja są racjonalne, jeśli pozostają w zgodzie ze stanem wiedzy, który został wzięty pod uwagę (lub który powinien być zostać wzięty pod uwagę) w odpowiedniej procedurze. Ta racjonalność jest ograniczona z tego względu, że istoty ludzkie są poddane poznawczym i praktycznym ograniczeniom z perspektywy postrzegania wiedzy; proceduralny charakter natomiast polega na tym, iż racjonalność przekonania zależy od walorów procesu, który został przeprowadzony celem utwierdzenia tego przekonania (...)", F. Bex, *Arguments...*, s. 2.

<sup>29</sup> Bagatelizując wkład B. Kosko oraz możliwości powiązania narracji i rozmytej logiki! Zob. w szczególności F. Bex, *Arguments...*, s. 5–7 (*Reasoning with Evidence in Artificial Intelligence and Law*), s. 27–29 (*Causal Reasoning with Evidence*), s. 272 i n. (*Formal Theories of Defeasible Reasoning*).

<sup>30</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 1–2.

<sup>31</sup> W szczególności zob. F. Bex, *Arguments...*, s. 46–53 (*Generalizations and General Knowledge in Evidential Reasoning*).

<sup>32</sup> „Proces dowodzenia nie tylko skupia się na racjonalnym uzasadnianiu powodów, jakie kierowały nami przy wyborze hipotezy, lecz również na wyjaśnieniu tych powodów. W tym względzie Nijboer i Sennef (...) mówią o uzasadnieniu usprawiedliwienia (...)", F. Bex, *Arguments...*, s. 22.

<sup>33</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 20–24 (*The Process of Proof: Discovery, Pursuit and Justification*), s. 53 i n. „*Probands* wraz z przyczynami jego wyboru tworzą dowód. Innymi słowy, dowód jest pojmowany jako wybrana hipoteza (uważana za najbardziej prawdopodobną) i uzasadnienie jej wyboru. (...) Proces dowodowy skupia się nie tylko na racjonalnym uzasadnianiu własnych powodów wyboru hipotezy, lecz również na wyjaśnianiu tych przyczyn (...)", F. Bex, *Arguments...*, s. 21–22.

pewnego *podważalnego, niemonotonicznego lub przesłankowego rozumowania*<sup>34</sup>. Zakłada również, że dialog, a nawet dialektyczne ukierunkowanie (postrzegane jako „bazowy proces argumentacji i kontrargumentacji”) powinno być bezpośrednio weryfikowane albo z formalnie przełożonej *gry dialogu* lub z rozumowania podważalnego, nie zapominając, iż to ostatnie oznacza ograniczenie jego epistemologicznie pomyślanego pytania dialektycznego. Pytania, którego paradygmatem proceduralnym jest nieuchronnie przekierowanie nas do *wspólnoty naukowych* modeli intersubiektywności<sup>35</sup>.

Co więcej, to trudne do zaakceptowania zubożenie także drastycznie wpływa na rozumienie dyskursu narracyjnego. Jeżeli narracyjny dyskurs zostanie zredukowany do *unique language context* (i wyjątkowego doświadczenia koherencji opartego na reprezentatywno-korespondencyjnych twierdzeniach warunkowych), to w rzeczywistości okazuje się on być relewantny tylko jako *przyczynowe rozumowanie* lub jako *abdukcyjno-przyczynowe rozumowanie* („spójność opowieści (...) [zależy] od jej przyczynowej więzi i [od tego], w jakim stopniu jest ono zgodne z całością opowieści (...)”<sup>36</sup>), jak gdyby można było (bez jakichkolwiek wątpliwości) przyznać, że „interrelacje pomiędzy poszczególnymi wydarzeniami w opowieści oraz pomiędzy opowieścią i obserwacją (przykładowo danych dowodowych)” mogłyby (powinny) być „wyrażone w przyczynowej uogólnionej formie «c jest powodem e»”<sup>37</sup>. Zdaje się to również zapewniać, że stany i wydarzenia splatające się w spójną opowieść „są (mogą być) zawsze połączone przez określony (domniemany) łańcuch przyczynowy”<sup>38</sup> (dorozumiane elementy będą określone za pomocą tak zwanego „dążenia do przyczynowości”)<sup>39</sup>.

Jednakże w tej propozycji można zaobserwować powracający wątek, który, choć ograniczony w tych wąskich jednowymiarowych ramach teoretycznych (przykładowo z uwagi na odtworzenie wnioskowania do najlepszego wyjaśnienia – *inference to the best explanation*<sup>40</sup>), dokładnie oddaje dynamikę dowodu w kontekście prawnym lub przynajmniej atomowy i nieredukowalny element tej dynamiki. Przedmiotowym elementem jest istotnie „dialektyka komparatywna” zestawiająca nie tylko różne hipotezy, lecz także alternatywne opowieści (konfrontowane lub holistycznie przeciwstawione)<sup>41</sup>, które mają na celu odkrycie „najlepszej opowieści”<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 24–31, 35 i n., 102 i n., 272 i n.

<sup>35</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 24–25, 41 i n. (*The Dialectical Nature of Argumentation: Attack and Defeat*), s. 98 i n. (*A Game for Inquiry Dialogue*).

<sup>36</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 77. „Opowieści mogą służyć abdukcyjnemu wyjaśnianiu dowodów (...)”.

<sup>37</sup> F. Bex, *Arguments...*, s. 33–34. „Relacja przyczynowa między różnymi stanami i wydarzeniami w opowieści może być wyrażona jako wypowiedź warunkowa, która istotnie stanowi przyczynową generalizację”, F. Bex, *Arguments...*, s. 61.

<sup>38</sup> „W podejściu bazującym na opowieści o rozumowaniu dowodowym głównym celem jest skonstruowanie hipotetycznej opowieści, która reprezentuje i sensownie informuje o tym, «co się stało» w sprawie. Ta historia powinna znajdować swoje pokrycie w dowodach zebranych poprzez przyczynowe wyjaśnienie tych danych dowodowych (...)”, F. Bex, *Arguments...*, s. 69.

<sup>39</sup> „Ze względu na charakter przyczynowy opowieści połączenie wyjaśniającego i predykacyjnego rozumowania jest stosunkowo łatwe, a tak zwane konsekwencje opowieści (przykładowo, konsekwencje, które mogły być przyczynowym następstwem historii) mogą wskazywać na nowe dowody”, F. Bex, *Arguments...*, s. 83.

<sup>40</sup> „Model IBE nie powinien być postrzegany jako jeden etap wnioskowania, ale raczej jako ogólne pojęcie kombinacji kilku sposobów rozumowania z i o hipotezach. Istotnie, IBE obejmuje wszystkie ważne rodzaje wnioskowania w procesie dowodzenia: hipotezy są konstruowane, testowane i porównywane ze sobą, a ostatecznie jest wybierana najlepsza z nich (...)”, F. Bex, *Arguments...*, s. 27.

<sup>41</sup> Zob. F. Bex, *Arguments...*, s. 93–100 (*Assessing and Comparing Stories*), s. 140–141, 147–149 (*Comparing Explanations*), s. 224–225 (*Comparing the Alternatives*).

<sup>42</sup> „Dobra historia nie tylko powinna być zgodna z twierdzeniami dowodowymi, lecz powinna też być poprawnie skonstruowana i prawidłowo opisana jako ogólny wzorzec stanów i wydarzeń, na które spodziewamy się natknąć w świecie (...)”, F. Bex, *Arguments...*, s. 59.



Jak można od razu zauważyć, dwie pozostałe propozycje (rozpatrywane łącznie) są umieszczone w diametralnie innym miejscu pod względem rozumienia autonomii (i nieredukowalności) tej dialektyki nie tylko dlatego, że mają różne kryteria oceny, jak dobra (lub jak wiarygodna i prawdopodobna) jest opowieść, ale także, i przede wszystkim, ponieważ zapewniają różne doświadczenia racjonalności i różne rozumienia narracji, wraz z narzędziami niezbędnymi do obalenia współczesnego pojęcia dowodu lub jego aporetycznego utrwalenia rozumianego jako „otwarta rana w prawie”.

4.2. Jeżeli koncepcja F. Bex bezkrytycznie akceptuje zarówno formalistyczny kontrpunkt pomiędzy prawem i faktami, jak i prawidłowość „korespondencyjnej teorii prawdy”, a w konsekwencji oswaja (i poświęca) argument i narrację na rzecz *epistēmē*, to postrzeganie dowodu w kontekście prawnym, przyjęte zarówno przez B. Jacksona, jak i J. Boyd White’a, zdecydowanie wykracza poza te granice, niezależnie od dzielących je różnic, poprzez badanie, jeżeli nie wręcz otwarcie się na nowe obszary.

Z uwagi na ich odmienne doświadczenia narracji należy zaznaczyć kilka istotnych kwestii.

a) Jak wiemy, B. Jackson pojmuje narrację w zdecydowanie precyzyjny (ale nie mniej kategoriowy) sposób w świetle strukturalnych semiotyk A. Greimasa jako odtworzenie *danych zmysłowych* faktycznie przedstawionych (tzw. *surface level*), których konstrukcja znaczeniowa nie tylko potrzebuje społeczno-środowiskowego zaplecza wiedzy (poziom tematyczny), lecz także *głębokiego* oddziaływania na osi paradygmatycznej i syntagmatycznej. Ta pierwsza dotyczy czystego syntaktycznego horyzontu reguł (lub metareguł) interzastępowalności (definiującej zbiór ograniczeń, które mogą być reprezentowane w „formalnej strukturze”, *le carré sémiotique*), natomiast druga poddaje działania ludzkie semantycznie istotnym algorytmom sekwencji umowy (ustalania celów) i wykonania lub też niewykonania tych celów i uznania lub sankcji tego wykonania<sup>43</sup>.

b) B. White, który z kolei miał swój udział w odkryciu pewnego zwrotu językowego (i klaryfikacji humanistycznej interdyscyplinarności *nowych* obszarów prawa i literatury!), rozumie narrację jako archetypiczną formę *praxis* i *myślenia praktycznego*, których ocena wydaje się niezbędna nie tylko w celu zapewnienia alternatywnych typów dyskursu i racjonalności (uzasadnionych jako produktywne zderzenie *phronēsis* i *aesthesis*, elementu praktyczno-normatywnego i języków kulturowych), ale także w celu otwarcia się na nowe doświadczenie wspólnoty i komunitaryzmu („wspólnota jako (...) grupa ludzi, którzy opowiadają wspólną historię we wspólnym języku”<sup>44</sup>). To doświadczenie jest uwolnione od dogmatycznie ustalonego z góry poszukiwania *niepowtarzalnego* języka (dogmatycznego poszukiwania bezkrytycznie wytyczonego przez osie *epistēmē* i *technē-epistēmē*, będących nienarracyjnym sposobem opowiadania). Jest to również doświadczenie, które, będąc pragmatycznym działaniem albo działaniem interpretacyjnym, daje metodologiczny priorytet nie tyle hermeneutycznej *sytuacji czytania*, co *okolicznościom retorycznym* rozumianym jako możliwość „tworzenia lub utraty wspólnoty”<sup>45</sup>.

Pomimo tych przykładowo różnych perspektyw B. Jackson i J. Boyd White rozumieją *dyskurs narracyjny* w zbliżony sposób, tym samym proponując dwie dobrze sprawdzone metody w celu obalenia tradycyjnej *nauki o dowodzeniu*.

<sup>43</sup> Zob. syntezę przedstawioną przez B. Jacksona, *Making Sense in Law*, Liverpool 1995, s. 143–163.

<sup>44</sup> J. Boyd White, *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison 1985, s. 172.

<sup>45</sup> J. Boyd White, *Heracles' Bow...*, s. 3–5; J. Boyd White, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Imagination*, Michigan 1990, s. 3–4, 101–102.

a') B. Jackson konfrontuje tę tradycję w sposób bardzo bezpośredni i osobliwy. Po pierwsze dlatego, że zakłada on potrzebę zbadania radykalnej alternatywy dla teorii korespondencji i dlatego buduje tę alternatywę przez udoskonalenie rozszczenia koherencji narracyjnej, uwolnienie jej od kompromisów z triadyczną realistycznie-referencyjną epistemologią (a nawet od jej pragmatycznej wersji uzasadnionej przez Ch. Peirce'a). Przywraca jej niczym niezakłócone intencjonalne rozumienie, w którym „znaczenie» jest funkcją relacji w systemie znaczenia poszczególnych nośników sensu, czasami nazywanych znakami, natomiast «odniesienie» jest rozumiane jako to, co istoty ludzkie czynią z już ustalonym «znaczeniem», w tym modyfikują je<sup>46</sup>. Po drugie, postuluje on, by traktować „prawdę” nie jako „funkcję dyskursu”, lecz jako „wypowiedź dyskursu”, co oznacza „narracyjność pragmatyki aktu wypowiedzi” („konstruowanie rozszczenia do prawdziwości”), w sytuacji gdy „zjawiska są rozumowo poznawalne, sensowne i interpretowalne poprzez podstawowe struktury znaczeń, które obejmują «semio-narracyjne» elementy”. Przykładowo, jeżeli „oczekujemy działania polegającego na naśladowaniu wzorców «umowy», «wykonania» i «uznania»”, to takie podstawowe struktury znaczenia powinny dotyczyć zarówno przejrzystości pragmatyki dyskursu, jak i jego semantyki<sup>47</sup>. Po trzecie, dlatego że zmierza on do „systematycznego zastosowania modeli narracyjnych (...) w celu wyjaśnienia budowy rzeczywistości (...) w relacji do konstrukcji i stosowania reguł<sup>48</sup>, które są wystarczające, aby nadać „relacjom pomiędzy «prawem» i «faktami»” (zredukowanymi do „tego samego poziomu” strukturalnej narracji) nową i obiecującą „konfigurację”. Ta konfiguracja bezbłędnie rozpoznaje, że „rozróżnienie pomiędzy faktami i prawem nie jest konieczne ani uniwersalne<sup>49</sup> i w sposób uzasadniony żąda, aby konkretne wykonanie prawa było pojmowane jako proces analogicznego porównania („proces decyzyjny w orzekaniu polega na porównywaniu narracji zbudowanej na faktach sprawy, opartego na narracyjnym wzorze, który jest wyraźny lub możliwy do odczytania ze skonceptualizowanego przepisu prawa<sup>50</sup>).

b') J. Boyd White osiąga swój cel na bardzo ogólnym (jednakże nie mniej istotnym) poziomie, postrzegając prawo *od środka*, jako swoistą *kulturę argumentu* („sposób tworzenia retorycznej społeczności w czasie (...) [i] jako kulturę, która czyni nas członkami wspólnego świata”), a w konsekwencji automatyzując ten typ dyskursu i tendencję do racjonalizacji, która próbuje stawić opór *outsiderom*, to jest zarówno formalizmowi skupionemu na regułach, jak i prawnonaukowemu instrumentalizmowi (rozpatrywanych łącznie jako *kalkulowanie form rozumu*)<sup>51</sup>. Obejmuje to również uznanie, że konstrukcja *narracji dowodowej* w kontekście prawnym (kontekście, który zawsze oferuje swoisty *system tłumaczenia*), powinna odpowiadać zinstytucjonalizowanemu zetknięciu (splo-

<sup>46</sup> B. Jackson, *Making Sense in Jurisprudence*, Liverpool 1996, s. 248.

<sup>47</sup> B. Jackson, *Narrative Models in Legal Proof*, „International Journal for the Semiotics of Law” 1988/3, s. 227 i n. (pkt 2), s. 244 i n. (pkt 6); B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool 1988, s. 33–36, 71 i n., 76 i n., 84–88, 112–129, 143 i n.; B. Jackson, *Making Sense in Law...*, s. 159, 356, 432 i n.

<sup>48</sup> B. Jackson, *Narrative Models in...*, s. 225 i n.; B. Jackson, *Law, Fact and...*, s. 3 i n., 61 i n., 89 i n.; B. Jackson, *Making Sense in Law...*, s. 9 i n., 390 i n.; B. Jackson, *Making Sense in Jurisprudence...*, s. 233.

<sup>49</sup> B. Jackson, *Law, Fact and...*, s. 90.

<sup>50</sup> B. Jackson, *Law, Fact and...*, s. 101.

<sup>51</sup> Formalizm byłby wówczas najwyraźniej pojmowany jako jedynie internalistyczne pojęcie! Jest to swoiste przeformułowanie, które idzie o krok naprzód, łącząc formalistyczno-wewnętrzne i pragmatyczno-zewnętrzne podejścia do tego stopnia, że pozwala to J. Boyd White'owi wypowiedzieć je w dwóch możliwych specyfikacjach zewnętrznego widzenia: „Naturalnie prawo można sobie wyobrazić, niekiedy skutecznie, w każdym z tych sposobów (...) jako zbiór reguł (które się przestrzega lub nie) (...) i jako cele publiczne, w których kwestie prawne są zawarte w kwestiach związanych z naukami społecznymi i politycznymi (...) – (...) zwłaszcza przyjmując zewnętrzny punkt widzenia”, J. Boyd White, *From Expectation...*, s. 103.

towi, ale także integracji) języków (*języka prawnego z językiem potocznym*)<sup>52</sup>. Chodzi mianowicie o zetknięcie, które narażałoby nas na zmienność (*od języka potocznego do języka prawnego i od języka prawnego do języka potocznego*), które byłoby obdarzone cechą zrozumiałości poprzez doskonałą binominalną heterofonię pomiędzy *prawem jako literaturą/literaturą jako prawem*.

W jaki sposób te ścieżki się zbiegają lub też jak należy oceniać ich wkład w rozwiązanie postawionego przez nas pytania? Należy stwierdzić, że *narracyjność pragmatyki* B. Jacksona wskazuje na metodologiczną refleksję nad problemem prawnym dowodów jako niezbędnego kontrapunktu między *opowieścią w procesie* i *opowieścią o procesie* (przykładowo między „wydarzeniami w świecie zewnętrznym, które powinny być osadzone w procesie i w działaniu” oraz „wydarzeniami w procesie, które tworzą sensowne akty wypowiedzi i inne formy zachowań, którym można przypisać znaczenie”). J. Boyd White przedstawia zbliżoną refleksję nie tylko w celu stworzenia równowagi pomiędzy *opowieścią o tym, co wydarzyło się w świecie* i *opowieścią o tym, co wydarzyło się w sądzie* (z uwagi na to, że autorytarne orzeczenie rozstrzygające powinno stać się elementem konstytutywnym innej opowieści<sup>53</sup>), ale także w celu uznania (w swoim świecie praktycznym, ludzkim rezonansie) „procesu, w którym prawo jest lub powinno pozostawać w interrelacji z pozostałymi sferami życia”, co oznacza w praktyce zaproponowanie odpowiedzi na pytanie o wewnętrzną strukturę *interdyskursu*. Podstawowa struktura tego kontrapunktu (wprowadzona przez B. Jacksona) rzeczywiście pozwala nam zwrócić uwagę (dzięki przykładowemu problemowi *przetwarzania faktów w sądzie*) albo na *znarratywizowaną semantykę sprawy*, albo na jej *znarratywizowaną pragmatykę* z możliwością rozważenia dyskursu dowodowego (i używanych przez niego odniesień, w połączeniu z konstytutywnym roszczeniem jurydyczności), będąc swoistą „partycypującą tekstowością”<sup>54</sup>, jako prawnego sporu między przeciwstawnymi opowieściami, a raczej pomiędzy *konkurencyjnymi wersjami jednej i tej samej opowieści* („walczącymi o dominację”)<sup>55</sup>. Z kolei rozszerzona wersja tego stanowiska (uzasadniona przez J. Boyd White’a jako zwrot językowy) akcentuje nadmiernie konstytutywne więzi, które łączą narrację (będącą kulturowym artefaktem) ze „sprawiedliwym procesem” (sprawiedliwy proces zmierza w stronę fikcji<sup>56</sup>) oraz z autentycznym doświadczeniem *Lebenswelt*, mającym swój punkt kulminacyjny w intencji wierności („rozumianej jako narracji, która (...) powinna być wierna faktom natury i kultury (...) będąc jednocześnie artefaktem we własnym kształcie i znaczeniu”)<sup>57</sup>. Oznacza to także celebrowanie prawa (praktycznego świata prawa) albo w formie „tworzenia różnych doświadczeń, konkurencyjnych, jak i pozostających ze sobą w związku”<sup>58</sup>, albo jako komunitarystycznego „publicznego miejsca, w którym

<sup>52</sup> „Prawo zawsze działa przez mówców obecnych w określonym czasie i miejscu, przemawiających do określonego audytorium. Ten język jest kontynuacją języka potocznego: zawsze działa przez narrację, nie jest koncepcyjny w swej strukturze, jest bezustannie potwierdzany lub odrzucany w procesie społecznym i jest on jednocześnie wyposażony w wewnętrzny system przekładu, dzięki któremu może dotrzeć do wielu słuchaczy. Wszystkie te cechy czynią z niego system literacki i retoryczny”, J. Boyd White, *Heracles’ Bow...*, s. 36–37.

<sup>53</sup> Por. przypis poniżej.

<sup>54</sup> Wyrażenie *textura discursiva participable* zostało zaczerpnięte nie od B. Jacksona, lecz od J.G. Calvo, *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madryt 1993, s. 28, 30–34, 39, 52, 77, 87–88, 91–92.

<sup>55</sup> B. Jackson, *Narrative Models in...*, s. 226–227 (pkt 1), s. 232–234; B. Jackson, *Law, Fact and...*, s. 58, 82–88; B. Jackson, *Making Sense in Law...*, s. 390 i n. (rozdział XI), s. 424, 441–442, 445–452.

<sup>56</sup> J. Boyd White, *Heracles’ Bow...*, s. 159–160, 168.

<sup>57</sup> J. Boyd White, *Heracles’ Bow...*, s. 159.

<sup>58</sup> J. Boyd White, *Heracles’ Bow...*, s. 168.

różne wersje tej samej narracji mogą być umiejscowione w otwartym porównaniu i konkurencji”<sup>59</sup>.

Czy te źródła są niezastąpione? Udzieliłiśmy już pozytywnej odpowiedzi, lecz należy uzupełnić, że są one jednocześnie nieadekwatne, pomimo że mają wiele punktów wspólnych. Wiąże się to z uznaniem, że w celu stawienia czoła problemowi dowodowemu powinniśmy być w stanie zmobilizować swoje siły i próbować pozbyć się kontekstów. Jak należy to interpretować? Z jednej strony należy wziąć pod uwagę wspomnianą „partycypację tekstowości”, zakładając autentyczną *wewnętrzną* perspektywę, to jest wolną od *ekwiwokacji* między wewnętrznymi i zewnętrznymi postawami, które pojmują rzeczoną realistyczną tekstowość jako zespół *faktów komunikacyjnych* sugerowanych przez B. Jacksona. Z drugiej strony oznacza to uznanie wewnętrznej perspektywy, postrzeganej w proponowany sposób za przejaw niezależności prawnej, uwolnionej od praktycznego *continuum* sugerowanego przez Boyd White’owską *etykę przekładu* (*diluting Law*). Obydwa argumenty i/lub sekwencje tego konstruktury prowadzą nas bezpośrednio do wiarygodnego rozstrzygnięcia.

5. W tym miejscu pragnę nawiązać do możliwości, które jawią się w momencie obalania postulatu rozłamu w jego wersji pozytywnej lub w świetle rekonstrukcyjnej aporetycznej teorii odtworzenia. Można tu wskazać na *tezy istotne dla metodologicznej jedności* między rozstrzygnięciem dowodowym i osądzeniem *tout court* (między *sądowym rozumowaniem dowodowym* i *orzeczeniem rozumianym jako realizacja prawa*), mając na uwadze, że obrona tego roszczenia nie podważa lub nie zaciemnia specyfiki problemu dowodów. Wręcz przeciwnie, zapewnia specyfikę nowych możliwości rozumienia i doświadczania w bezpośrednim powiązaniu z (wzmoczoną!) potrzebą projektu identyfikacji prawa i jego autonomicznością *praktycznego świata*, pozostających w silnych kulturowych interrelacjach. Należy zaznaczyć, że metodologiczna jedność dotyczy priorytetowej kwestii kontrowersji, będącej zarówno swoistą strukturą roszczenia o wydanie wyroku, jak i konstytutywnym *trzecim porównaniem*, podczas gdy swoistość dowodowa wyroku odpowiada irradiancji powiązania roszczenia i zrozumiałości narracyjnej, która go identyfikuje.

Oba wymiary są nierozłącznie splecione. W momencie gdy konkretny prawnie relevantny problem-*prius* został określony, a pytanie, które przekłada go w wiarygodny *thema probandum* zostało poprawnie sformułowane, *thema probandum*, który koncentruje się na *ultimate probanda*, zostaje następnie przełożony (przefiltrowany) jako *thema decidendum*, a wówczas cały cykl dowodzenia może rozwinąć swoje możliwości (w sekwencji, która jest znacznie bardziej analityczna niż chronologiczna!). Z *perspektywy* kontrowersji między rywalizującymi narracjami, to jest począwszy od możliwości organizowania (przyjmowanych jako bezpośrednie doświadczenie zasady *audiatur altera pars*) relacji pomiędzy różnymi opowiedzianymi wersjami powszechnego zdarzenia lub ograniczonych elementów tego wydarzenia. Czy takie rozumienie jest istotne z metodologicznego punktu widzenia? W mojej opinii pozytywna odpowiedź jest bezsprzeczna.

Przede wszystkim taka perspektywa pozwala nam wyrazić dwie różne argumentacyjne płaszczyzny, tj. intencjonalno-dialogiczną i strukturalno-dialektyczną. Innymi słowy, są to odrębne stany, czy też statusy. Pierwszy (*status rationales*) wytworzony przez *kontrowersje dowodowe* i dotyczący performatywnej reprezentacji-fabuły (*coniectura artificiali*) tego, co *naprawdę się stało* (*aliquid*, które ma roszczenie do bycia *pro aliquo*).

<sup>59</sup> J. Boyd White, *Heracles' Bow...*, s. 190.

Drugi związany z istotną kontrowersją, a mianowicie z praktycznym podłożem *litige*, w którym świadczenie-*tribuere* wzajemnych praw i obowiązków na rzecz równych podmiotów (przyjmując autorytatywną definicję wzajemnych sfer autonomii i odpowiedzialności wzajemnie się uzupełniających) jest priorytetem. Łączenie ich w rzeczywistości oznacza uznanie swoistych interrelacji i specyficznego przeplatane go ruchu powstania i ponownego zawłaszczenia, ruchu, który pozwala nam traktować *kontrowersje dowodów* (*rzeczywistą narrację*) jako specyfikę interpretacyjną będącą częścią powszechnie uzmysławianej kontrowersji, jednocześnie uznając, że znak do uwzględnienia narracyjnego elementu (i odnoszącego się do niego roszczenia), czyli sygnał do odzyskania pełnej zrozumiałości i przejrzystości tej kontrowersji, pochodzi właśnie z czynności ostatecznego orzekania o dowodach. To właśnie ostateczny wyrok godzi spory pomiędzy narracjami lub fragmentami narracji, dlatego że jest (i metodologicznie ma być) postrzegany jako „ostatnie słowo” *trzeciego* (autorytarnego) narratora (czyli tego, który wraca do głównego nurtu i łagodzi spory, tym samym zapewniając definitywną odpowiedź na *status coniecturalis* i pytanie „an sit?”).

Kiedy spór pomiędzy narracjami jest rozumiany jako argumentacyjne centrum (*una controversia dà luogo ad uno status solo quando vi è la possibilità di stabilire un contraddittorio tra due affermazioni opposte e valide*<sup>60</sup>), nie tylko można rozwiązać problem interrelacji poprzez zapewnienie klarownej dynamiki między dwoma *status* i ich normatywnymi roszczeniami lub ich wspólnymi jurydycznymi odniesieniami, ale także daje to podstawę do uznania konkretnej racjonalności prawnego dowodu i *modus operandi* z nim utożsamianego. Twierdzenie, że perspektywa kontrowersji powinna być zachowana jako dynamiczna argumentacyjna siatka, aż do momentu zakończenia procesu przedstawiania fabuły (i w konsekwencji do momentu zaproponowania *iudicium* dowodzenia), jest dalekie od metodologicznej zbędności. W celu przedstawienia tej kwestii zamierzam (jedynie pobieżnie!) odnieść się do sekwencji możliwych implikacji:

- a) możliwość oparcia się na czysto heurystycznej koncepcji problematycznego centrum (pojęcie, które ograniczyłoby to centrum do epistemologicznego *punktu wyjścia*, celem wchłonięcia na ostatecznym etapie odpowiadającym *iter*);
- b) możliwość uznania, że konstrukcja *ostatniej* narracji (zapewnionej przez bezstronną trzecią stronę) powinna zbadać decydujący (strukturalny, a częściowo także samokrytyczny) pragmatyczny wymiar w taki sposób, iż może okazać się możliwe, aby przetworzyć wszystkie dostępne źródła (będące wiarygodnymi *énoncés*) w celu ostatecznego odtworzenia *opowieści w procesie*. Chodzi o opowieść, jako to, co zostało powiedziane, aby odtworzyć minioną rzeczywistość lub odtworzenie bezpośredniej *opowieści o procesie* (opowieści rozumianej jako mówienie, argumentowanie, opowiadanie, zeznawanie, sądowe rozumienie), nawet w jej skutkach *perlokucyjnych*. Mówiąc inaczej, *to, co sędzia/orzeczenie ma na celu, to zakończenie opowieści, która pozostaje nadal otwarta w miarę jak sam proces i wyrok stają się elementami opowieści, może już w sądzie odwoławczym, albo już w bliskim sąsiedztwie*<sup>61</sup>;
- c) zalety ponownego wymyślenia tradycji *praktycznej filozofii*, wymagającej współpracy dogmatyki i teorii prawa w budowaniu (w problematyce kontekstu dowodowego) normatywnie praktycznej istotnej *teorii błędów*;

<sup>60</sup> A. Giuliani, *Il concetto...*

<sup>61</sup> J. Boyd White, *Heracles' Bow...*, s. 186.

- d) potrzeba zrozumienia, że racjonalna integracja różnorodnych elementów użytych w ostatecznej decyzji dowodowej zapewnia dwa nieredukowalne stwierdzenia. Po pierwsze, związanie z *ultima verba narracyjnego użycia języka*, czyli narracyjnego przedstawienia rzeczywistości. Po drugie, poważne jej traktowanie jako autentyczne i prawdziwe *iudicium*.

Należy poczynić w tym miejscu dwie uwagi w celu objaśnienia tych perspektyw i jednocześnie zrozumienia wagi ich bilateralnego stosunku, polegającego na wzajemnie konstytutywnych powiązaniach:

- d') pierwsza z tych dwóch perspektyw jest niezbędna w celu doświadczenia dowodowej kontrowersji, czyli możliwości uzyskania dowodu, a także w celu ponownego jego zgłębienia, po dokonaniu racjonalnej oceny. Klaryfikacja tej kwestii w istocie oznacza odkrywanie hipotetycznego *centrum argumentacji*, które można naturalnie powiązać z „zespołem złożonych kodów i złożoną wielopłaszczyznowością dyskursów”<sup>62</sup>, ale jest także w nie mniej istotny sposób zorientowana na roszczenie do *wierności*<sup>63</sup>. O ile pierwszy z tych elementów bada potencjał narracji (i jego cząstkowe wnioski) pojmowany jako *sposób zeznawania i traktowania* („zapominania”) różnic bez naruszania ich istoty (będąc tym samym zdolnym, dzięki swojej retroaktywności, do wpisywania różnorodnych elementów we wiarygodną *jedność znaczenia*), o tyle drugi uzasadnia szczególne traktowanie narracji lub funkcji narracyjnej jako reprezentację-*représentance* (-*lieutenance*), jeśli nie jako „dyskursywne wzajemne zależności odniesienia i samo-odniesienia”<sup>64</sup>. W odniesieniu do tego roszczenia narracja w kontekście prawnym odbiega od fikcji lub fikcyjnego doświadczenia, zbliżając się zdecydowanie do narracji historycznej. Niejako w reakcji na aporie czasu wprowadzono tutaj „trzeci czas”, będący *wykonywaną pracą*, która przenosi się ze zrozumienia prefiguratywnego poprzez fikcyjną konfigurację (i jej *mise en intrigue*) do refiguracji<sup>65</sup>, przy czym ten ostatni element, mimo stałych wyzwań różnorodnych odniesień, pozwala nam powrócić do praktycznego świata sędziego-historyka<sup>66</sup>;
- d'') jednakże, *ultima verba* także tworzy *iudicium* i będzie w rzeczywistości trwała jako *iudicium*, w konsekwencji powracając do głównej kontrowersji i w ten sposób znacząco ograniczając jej złożoność. Dlaczego te ostatnie słowa traktowane jako wiarygodne narracyjne odpowiedzi na *status coniecturalis* tworzą *iudicium*? Zapewne dlatego, że są w stanie doświadczać i akcentować *nowości* i *osobliwości*, które nieredukowalnie odróżniają konkretny spór *o to, co stało się w rzeczywistości* (ściślej mówiąc te elementy, które „teoria” statusu uwypukla jako *hipotezy*), nie wykluczając jednocześnie jako nieodłącznego wymiaru tego doświadczenia, konstytutywnego zaangażowania w predeterminowane (choć ciągle otwarte) *tertium comparationis*. Dzieje się to przykładowo poprzez brak wykluczania tych *nakazów*, reguł i innych kryteriów (które mogą być uznane za *tezę*), zapewniając tym samym, że *nowe* i *szczególne* stają się (w sposób nieodłączny) *ogólnymi* i *zastanymi*<sup>67</sup>. Zamiast możliwości zachowania problematycznego centrum jako głównej perspek-

<sup>62</sup> H. White, *The Content of the Form. Narrative Discourse and Historical Representation*, Baltimore 1987.

<sup>63</sup> Zob. przypisy 56–57.

<sup>64</sup> W. MacNeil, *Living On: Borderlines – Law/History*, „Law and Critique” 1995/2, s. 19.

<sup>65</sup> P. Ricoeur, *Temps et...*

<sup>66</sup> J.M. Aroso Linhares, *Regras de experiência...*, rozdział II.

<sup>67</sup> „(...) [D]as Neue das Alte ist, aber auf eine Weise, die nicht nur in der einseitigen Perspektive eines dem Zweifel ausgesetzten und nach Verteidigung suchenden Partners als Verbindung von These und Argument gilt, sondern in

tyw, priorytetem jest tutaj stworzenie metodologicznej możliwości traktowania tego centrum jako *analogicznie porównywalnego konkretnego* doświadczenia, które należy odróżnić od czystej, bezwarunkowej i absolutnej szczególności. To właśnie to roszczenie porównywalności umieszcza dowodzenie na *kontekstualnym* horyzoncie i pozwala nam określić je mianem *systemu dowodów*, lub – jeszcze wyraźniej – traktować je jako autentyczną normatywną specyfikację globalnego systemu prawnego. Prawny system dowodów należy pojmować jako wielopłaszczyznowy otwarty zespół *nakazów, swobód wnioskowania i kryteriów* (zasad, polityk, reguł, kanonów, obowiązkowych nakazów i praktycznych przykładów), które odnoszą się do wszystkich możliwych kwestii dopuszczalności, znaczenia, oceny i istotności:

- jako system, który powinien zawierać *zasady niedopuszczalności*, zasadę *audiatur et altera pars* i swobodną ocenę dowodów, zasady wykluczenia i kryteria *ciężaru dowodu*, ale także *maksymy doświadczenia* oraz wszelkie istotne kanony *wiedzy zdroworozsądkowej*, jak również typy narracji (mniej lub bardziej potwierdzone lub przełożone w drodze mediacji naukowych i eksperckich). Wszystkie te „faktyczne” *uogólnienia* wchodzą w relacje z możliwością obiektywizacji i w różnym stopniu wiążącymi domniemaniami, które stanowią podstawę *ustawowych reguł, sądowych precedensów* lub *dogmatycznych kryteriów*, lub przynajmniej stanowią normatywne otwarcie się – w globalnych ramach – na *zasady wolnej oceny* i jej rekonstrukcji dogmatycznych;
- jako system, którego specyfika (z jedynym celem praktycznej prawdy lub praktyczno-normatywnie relewantnej prawdy) powinna być określona przez wyraźnie zapewniony cel racjonalnego warunku, niezbędnego do udzielenia odpowiedzi na kontrowersje dowodowe, tworząc wewnętrznie zbudowany interdyskurs, również na wypadek gdyby ta konstrukcja zakładała *modus operandi* autentycznego systemu dialektyki.

Czy powyższy wniosek narzuca zbieżność narratywizmu i normatywności lub co najmniej istnienie dwóch różnych, trudnych do pogodzenia typów racjonalności? Na to pytanie należy odpowiedzieć negatywnie (po raz kolejny posługując się sformułowaniem W. Fishera). Dzieje się tak dlatego, że narracja lub „paradygmat narracyjny” (wprowadzający „roszczenie do rzeczywistości” lub dynamikę konkurencyjnych perspektyw między „opowieści tworzone z ważnych powodów”<sup>68</sup>) łączą się w tym miejscu nie jako gatunek (lub makroforma) samego dyskursu (ani jako jedyny gatunek, który jest w stanie poradzić sobie z różnorodnością), lecz jako metaparadygmatyczne źródło<sup>69</sup>, to jest jako wiarygodne identyfikowanie się z roszczeniem do reprezentacji i wierności (*dwoma głównymi rozważaniami w narracyjnej racjonalności są koherencja i wierność*<sup>70</sup>). Jest to roszczenie, które jest konstytutywnym wymiarem *autonomicznego świata* prawa, wszędzie tam, gdzie sprawdzone sposoby nadawania znaczenia zakładają niezbędność i konieczność odtworzenia praktyczno-normatywnych ludzkich wydarzeń (i tekstową partycypację w jego odtwarzaniu w procesie).

Nie przez przypadek czyniłem nawiązania do sformułowań W. Fishera, ponieważ to właśnie W. Fisher uczy nas, że „paradygmat narracji” należy rozumieć jako odtworzenie

der Perspektive aller Teilnehmer diesen Vorzug aufweist (...)”, R. Bubner, *Dialektik als Topik. Bausteine zu einer lebensweltlichen Theorie der Rationalität*, Frankfurt n. Menem 1990, s. 64.

<sup>68</sup> W. Fisher, *Narration as...*, s. 2.

<sup>69</sup> W. Fisher, *The Narrative...*, s. 347.

<sup>70</sup> W. Fisher, *Narrative Rationality and the Logic of Scientific Discourse*, „Argumentation” 1994, s. 23.

rozumu i racjonalności zgodnej ze „wszystkimi formami międzyludzkiej komunikacji”<sup>71</sup>. W. Fisher wymownie dowodzi, że „racjonalność narracji”, z uwagi na to, iż „celebruje ludzi” jako „opowiadaczy”<sup>72</sup>, powinna być traktowana jako „próba odtworzenia arystotelesowskiej koncepcji *phronesis*”<sup>73</sup>. Czy można znaleźć bardziej adekwatną konkluzję, która zaproponuje remedium na paradoksy połączenia i podziału oraz immanentnie związane z nimi dylematy?

Tłumaczenie: Bartosz Wojciechowski

### Summary

José Manuel Aroso Linhares

Evidence (or proof?) as law's gaping wound: a persistent false aporia?

In the paper I would like to allude to the possibilities that at last seem recognisable (and can be explored) when, expressly refuting the scission postulate (either in its luminous positive version or in its deconstructive aporetic reproduction), an internally relevant *thesis for methodological unity* between evidentiary adjudication and adjudication tout court (between *judicial reasoning with proof* and *adjudicative reasoning as the realisation of Law*) is advocated – with the certainty that the defence of this claim does not deny (or dilute) the specificity of the evidence problem, but instead provides this specificity with new opportunities for being understood and experienced in direct connection with the (increasing!) need to identify law's specific project and its autonomous *practical world* as an unmistakable cultural acquisition. To condense the argument, I would say that *methodological unity* has to do with the priority of controversy – as a specific practical structure demanding *judgment* and the constitutive entrance of the *comparing Third* – whereas the specificity of evidential judgment corresponds to the irradiance of the referential claim and the *narrative intelligibility* that identifies it.

<sup>71</sup> W. Fisher, *Narration as...*, s. 2.

<sup>72</sup> W. Fisher, *Clarifying the Narrative Paradigm*, „*Communication Monographs*” 1989/56, s. 56.

<sup>73</sup> W. Fisher, *The Narrative...*, s. 350.