

Maciej Pichlak¹

Uniwersytet Wrocławski

Mateusz Wojtanowski²

Uniwersytet Wrocławski

Dawne i obecne poszukiwania *nomosu* prawa. Wprowadzenie

1. Wprowadzenie

Autonomia prawa należy do tych „odwiecznych” problemów nauk prawnych, które zawsze będą generować nowe wyzwania poznawcze i praktyczne. Wydaje się przy tym, że dzisiejsze czasy nadają przynajmniej niektórym z tych wyzwań dodatkowej wagi i ostrości. Warto więc wrócić do tego kluczowego dla prawa pojęcia. Celem niniejszego artykułu jest zatem ekspozycja pojęcia autonomii prawa, wraz ze zróżnicowaną problematyką, jaką pojęcie to implikuje. Jest to jednocześnie cel całego numeru tematycznego „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, w którym artykuł się ukazuje. W niniejszym tekście zebraliśmy kilka uwag wstępnych, które mogą stanowić pomoc w lekturze kolejnych opracowań z tego numeru. Pojęcie autonomii proponujemy przy tym rozumieć jako pochodne względem pojęcia *nomosu* prawa. Można w tym duchu zamiar badawczy tego tekstu i całego zeszytu wyrazić możliwie krótko: jest nim ustalenie, gdzie *nomos* ten się dzisiaj znajduje.

Nie można przy tym zapominać o szczególnym kontekście historycznym, w jakim ukazuje się artykuł i cały numer tematyczny „Archiwum”. Stanowi on pośredni rezultat konferencji poświęconej problematyce autonomii prawa, która odbyła się w Karpaczu we wrześniu 2023 r., a która wpisuje się w cykl spotkań naukowych „Z zagadnień teorii i filozofii prawa”, regularnie organizowanych przez wrocławski ośrodek teorii i filozofii prawa u podnóża Karkonoszy. Temat konferencji w roku 2023 nawiązywał świadomie do tej sprzed niemal dwudziestu pięciu lat, której wyniki zostały pomieszczone w tomie *Autonomia prawa* pod redakcją Włodzimierza Gromskiego³, a także do innych publikacji poświęconych zagadnieniu autonomii prawa (oraz jego instrumentalizacji), jakie wyszły w tamtym czasie z wrocławskiego ośrodka⁴. Dodatkowym celem niniejszego

¹ Numer ORCID: 0000-0001-5113-9537. Adres e-mail: maciej.pichlak@uwr.edu.pl

² Numer ORCID: 0000-0002-5570-9792. Adres e-mail: mateusz.wojtanowski2@uwr.edu.pl

³ W. Gromski (red.), *Autonomia prawa (Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa)*, Wrocław 2001.

⁴ Mamy tu na myśli przede wszystkim takie publikacje jak: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa (Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa)*, Wrocław 2000; W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000; J. Helios (red.), *Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa (Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa)*, Wrocław 2003.

opracowania jest więc przypomnienie tamtych ustaleń, odniesienie ich do współczesnych dyskusji i weryfikacja, na ile pozostają one aktualne w kontekście aktualnych sporów i wyzwań. O ile bowiem zagadnienia autonomii i *nomosu* prawa mają charakter ponadczasowy, o tyle sposób ich interpretacji i możliwości zastosowania zmieniają się w zależności od miejsca, czasu i kontekstu.

W niniejszym artykule najpierw poddajemy analizie pojęcie *nomosu* prawa, wraz z kwestią tego, jak w jego świetle należy postrzegać możliwość autonomii prawa (pkt 2.), a następnie proponujemy typologię zastanych w literaturze sposobów konceptualizowania tak *nomosu* prawa, jak i jego autonomii (pkt 3.). W kolejnym kroku przybliżamy wybrane ustalenia przedstawicieli wrocławskiego ośrodka teorii i filozofii prawa na kwestie autonomii i instrumentalności prawa oraz stawiamy pytanie o aktualność tego dorobku (pkt 4. i 5.). Stanowi to punkt wyjścia dla przybliżenia poszczególnych tekstów zawartych w niniejszym numerze „Archiwum”, których autorzy podejmują różnorodne wyzwania związane z odwiecznym pytaniem o autonomię prawa (pkt 6.).

2. *Nomos* prawa

Źródłostów wyrażenia autonomia jest jasny; pochodzi ono od greckiego *auto-nomos*, czyli „posiadający własny *nomos*” lub precyzyjniej, „używający własny *nomos*”⁵. Pojęcie autonomii pozostaje więc w jakimś istotnym sensie pochodne względem, bardziej pierwotnego, pojęcia *nomosu*⁶. Prawo autonomiczne to zatem takie, które posiada i używa własny *nomos*. Taka perspektywa jest jednak zaskakująco rzadko obecna w rozważaniach nad autonomią prawa, w których zazwyczaj próżno szukać odwołań do owego fundującego ją (przynajmniej w sensie etymologicznym) greckiego pojęcia. Tymczasem na jego wagę i użyteczność dla współczesnego prawoznawstwa zwracał niedawno uwagę m.in. Jerzy Zajadło⁷, dodając przy tym: „Wszystko przemawia za tym, aby także polscy prawnicy nieco więcej uwagi poświęcili pojęciu *nomos*, ponieważ być może pozwala ono na lepsze zrozumienie całej złożoności fenomenu prawa w jego historycznym i współczesnym wymiarze”⁸. Warto zatem przyrzeć się podstawowym znaczeniom tego wyrażenia i zastanowić się, co może z tego wynikać dla kwestii autonomii prawa.

Konieczne są tu trzy uwagi. Pierwsza ma charakter terminologiczny. Grecki termin *nomos* najczęściej tłumaczony jest jako „prawo”. Mówiąc o *nomosie* prawa, mówilibyśmy w takim wypadku o „prawie prawa” (Prawie prawa?). Takie tłumaczenie jest uprawnione, nawiązuje jednak do znaczenia, które ze słowem *nomos* zostało powiązane stosunkowo późno, bo dopiero w tzw. okresie klasycznym starożytnej Grecji. Wyrażenie to pojawia się jednak znacznie wcześniej, bo już w epoce przedhomeryckiej, z tym że nie oznacza ono wówczas prawa. Po pierwsze, pojęcie prawa jako takiego w tym czasie jeszcze nie istniało; po drugie, na określenie reguł, które można uznać za proto-prawne, używano innych niż *nomos* terminów. Z racji na złożoność semantyczną tego wyrażenia,

⁵ O tym, że właściwym czasownikiem łączącym się z wyrażeniem *nomos*, i wskazującym na czynność z tym ostatnim powiązaną, jest czasownik „używać”, pisze Thanos Zartaloudis, powołując się przy tym na ustalenia Giorgio Agambena – T. Zartaloudis, *The Birth of Nomos*, Edynburg 2019, s. XV.

⁶ Termin ten, jako silnie zakorzeniony w literaturze przedmiotu, decydujemy się spolszczyć, zatem również podać deklinacji. Wyjątkiem są te przypadki, w których wprost odnosimy się do wyrażenia języka greckiego, a w których to zapisujemy *nomos* kursywą i nie poddajemy odmianie.

⁷ J. Zajadło, *Nomos – dla prawników pojęcie magiczne*, „Państwo i Prawo” 2020/8, s. 3–20; J. Zajadło, *The Concept of Nomos – Some Remarks*, „Krytyka Prawa” 2020/3, s. 143–161.

⁸ J. Zajadło, *Nomos – dla prawników...*, s. 6.

najwłaściwiej byłoby zrezygnować z prób jego przekładu. Jeśliby jednak chcieć jakoś je tłumaczyć, to możliwie najbliższy oryginalnego znaczenia byłoby chyba „uporządkowanie”, „sposób podziału”, „porządek”. Możemy zatem rozumieć pojęcie *nomosu* prawa jako, w przybliżeniu, „porządek prawa”.

Druga uwaga wstępna wskazuje na to, że jeśli pojęcie autonomii prawa rozumieć jako istotnie zależne od kategorii *nomosu*, od razu staje się widoczne, że nie odnosi się ono wyłącznie do relacji zewnętrznej, polegającej na niezależności prawa od innych systemów normatywnych. Autonomia oznacza oczywiście i to; w pierwszej kolejności wskazuje jednak na wewnętrzne jakości, na swego rodzaju tożsamość („uporządkowanie”) prawa. Mówiąc nieco mniej abstrakcyjnie: prawo autonomiczne to takie, które zachowuje zarazem wewnętrzną integralność, jak i niezależność od innych systemów czy instytucji.

Po trzecie, pojawia się kwestia, czy tak rozumiana autonomia prawa jest pojęciowo możliwa. Pytanie jest o tyle zasadne, o ile najbardziej znana i wpływowa w naukach prawnych interpretacja pojęcia *nomosu* prawa, autorstwa Carla Schmitta⁹, przeczy takiej możliwości. *Nomos* dla C. Schmitta, zgodnie z jego ogólną filozofią prawa i suwerena, to wytwór nieskrępowanego aktu władzy, który jest zewnętrzny i pierwotny względem jakiegokolwiek porządku normatywnego. To akt *nemein* (od którego to terminu pochodzi interesujące nas wyrażenie) dopiero ustanawia własne podstawy i kryteria legalności. Carl Schmitt stwierdza wprost: „*nomos* w pierwotnym sensie oznacza całkowitą bezpośredniość mocy prawnej niezapośredniczonej przez akty prawne; to konstytuujące wydarzenie historyczne, akt prawomocności, który sprawia, że legalność aktu prawnego zyskuje sens”¹⁰. W konsekwencji *nomos* okazuje się względem prawa zewnętrzny, pierwotny i nim nieskrępowany¹¹, a prawna *auto-nomia* okazuje się pojęciem wewnętrznie sprzecznym.

Nie miejsce tu na szczegółowe rozważania stanowiska C. Schmitta ani jego możliwej krytyki. Zauważmy jedynie, że współczesna filologia odrzuca w większości jego tezy, jako oparte na stroniczej i zasadniczo błędnej interpretacji greckich wyrażeń *nemein* i *nomos*¹². Mimo ich semantycznej złożoności, można wskazać ich podstawowe znaczenia, zgodnie z którymi *nomos* oznacza źródłowo (zatem jeszcze w czasach przed-homeryckich) faktyczno-normatywny porządek, spłot zjawisk, które dziś zaliczylibyśmy do religii, rytuału, moralności, obyczaju i prawa, zaś *nemein* – czynność „używania” tego porządku przez grupę czy jednostkę. W języku współczesnych nauk społecznych możemy określić ten złożony z elementów normatywnych i faktycznych porządek po prostu jako instytucję. Jedną z takich instytucji jest niewątpliwie prawo. Zgodnie z taką filologiczną interpretacją, kwestionującą jednostronne propozycje C. Schmitta, prawo jako instytucja społeczna nie tylko może, ale wręcz musi posiadać swój własny *nomos*, wewnętrzny porządek, pozostaje zatem w ścisłym sensie auto-nomiczne¹³.

⁹ Zob. zvl. C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of Jus Publicum Europaeum*, tłum. G.L. Ulmen, Nowy Jork 2006 (wyd. polskie: C. Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym ius publicum Europaeum*, tłum. K. Wudarska, Warszawa 2019).

¹⁰ C. Schmitt, *Nomos ziemi...*, s. 41; cyt. z polskiego wydania za: J. Zajadło, *Nomos – dla prawników...*, s. 11.

¹¹ Zob. także J. Zajadło, *Nomos – dla prawników...*, s. 12.

¹² Korzystamy tu przede wszystkim ze znakomitych prac: T. Zartaloudis, *The Birth of Nomos...*; M. Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oksford 1969.

¹³ Ścisłe rzecz biorąc, rozważania te wykazują jedynie możliwość *nomosu*, nie zaś jego faktyczne istnienie. To drugie pytanie jest domeną badań empirycznych. O współczesnym znaczeniu poczynionych tu ustaleń zob. dalej, przy omówieniu wyzwania polityczności i populizmu.

3. Lokowanie *nomosu*

W poprzednim punkcie podjęliśmy pytanie o możliwość istnienia *nomosu* prawa, udzielając na nie odpowiedzi pozytywnej. Pozostaje do podjęcia kwestia tego, jaki jest charakter tego *nomosu* i gdzie należałoby go poszukiwać – w jakim wymiarze porządku prawnego. Nie jest naszą ambicją udzielenie własnej, autorytatywnej odpowiedzi na to pytanie; cel, jaki stawiamy sobie w tych rozważaniach, sprowadza się raczej do rekapitulacji i uporządkowania dotychczasowych poglądów na tę kwestię.

Do tego celu zastosujemy typologię zaproponowaną swego czasu przez Włodzimierza Gromskiego dla scharakteryzowania autonomii prawa¹⁴. Zdaniem W. Gromskiego najważniejsze teoretyczne interpretacje autonomii dają się uporządkować w cztery główne typy. Są to kolejno interpretacja ontologiczna, epistemiczna, aksjologiczna i funkcjonalna. Pierwsze z tych podejść jest związane z pytaniem o to, jakiego rodzaju bytem jest prawo, oraz w jakim sensie jest to byt samodzielny czy samoistny. Podejście poznawcze odnosi się do relacji pomiędzy podmiotem i przedmiotem poznania prawniczego, a także do swoistości metod ustalania prawa przez prawników. Interpretacja aksjologiczna wiąże się z pytaniem, czy prawo jest wartością samą w sobie lub czy charakteryzują je samoistne, swoiste dla prawa wartości. Wreszcie interpretacja funkcjonalna dotyczy działania prawa rozumianego jako oddziaływanie porządku prawnego lub jego elementów na postawy i postępowanie jednostek oraz na kształt stosunków społecznych.

Jak widać, odpowiedź na pytanie o autonomię prawa jest w ujęciu W. Gromskiego zawsze pochodną rozstrzygnięcia dotyczącego właściwej charakterystyki samego prawa – a zatem, jak możemy powiedzieć w przyjętym przez nas słowniku, określenia *nomosu* prawa. Jak bowiem stwierdza wrocławski autor: „Nawet powszechna zgoda co do tego, że prawo cechuje autonomia, nie musi oznaczać, że między konkretnymi sposobami pojmowania tej tezy brak jest jakichkolwiek istotnych różnic związanych ze sporami o koncepcje prawa”¹⁵. Dlatego proponujemy zreinterpretować rozpatrywaną typologię w sposób, który będzie odnosić ją nie tylko do autonomii, ale także – bardziej podstawowego – problemu *nomosu* prawa. Zgodnie z tą optyką, *nomos* ten może być lokowany w ontologicznym, epistemicznym, aksjologicznym bądź funkcjonalnym wymiarze porządku prawnego. Przyjrzyjmy się pokrótce każdemu z nich. Oczywiście, z racji na związek obu pojęć, niezależnie od dokładnego umiejscowienia *nomosu* będzie on każdorazowo gwarantem autonomii prawa.

Zgodnie z podejściem ontologicznym *nomos* prawa czyni z tego ostatniego szczególny rodzaj bytu, kategoriałnie odmienny od pozostałych bytów. Prawo jest więc autonomiczne o tyle, o ile potrafi wykazać się takim niezależnym bytowaniem. Z koncepcji teoretycznych można tu przywołać oczywiście – zresztą idąc w tym względzie za W. Gromskim – czystą teorię prawa Hansa Kelsena, ugruntowującą autonomię prawa poprzez uznanie go za czysty system normatywny, oparty na formalnych relacjach między hierarchicznie uporządkowanymi normami. Wydaje się jednak, że stanowisko ontologiczne można przypisać szerzej do tradycji pozytywistycznej w ogóle, dla której jedną z podstawowych ambicji jest wszak niezmiennie uzasadnienie odrębności prawa od innych porządków normatywnych, takich jak normy moralne, religijne czy zwyczajowe.

¹⁴ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 22–28.

¹⁵ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 21.

W wariancie epistemicznym prawo jest porządkowane (zapewniona jest nomiczność prawa) przez specyficzne dla niego sposoby poznania i rozumowania. To ogólne założenie może być interpretowane na różne sposoby. Jedną z bardziej radykalnych, a zarazem czysto formalnych interpretacji, proponuje teoria systemów autopojetycznych, zwłaszcza w wersji Niklasa Luhmanna¹⁶. Tym, co pozwala systemowi prawa wyodrębnić się z systemu społecznego jest autonomiczny kod komunikacyjny, oparty o opozycję prawne/bezprawne¹⁷. Kod ten stanowi odpowiednik *nomosu* prawa, bowiem wyznacza wewnętrzny porządek systemu, mając przy tym całkowicie formalny charakter.

Nieco inaczej kwestię autonomii poznawczej ujmuje teoria dyskursu prawnego, a dokładniej mówiąc te jej warianty, które uznają odrębność tego dyskursu w ramach ogólnego dyskursu praktycznego¹⁸. Zazwyczaj bowiem teorie te uznają, że standardy wyznaczające tożsamość tego dyskursu mają zarówno charakter formalny (np. reguły logicznego wnioskowania, doktryna precedensu), jak i materialny (np. toposy prawnicze, zasady podstawowe). Wreszcie, do interpretacji epistemicznych można zaliczyć i te stanowiska, które w poszukiwaniu *nomosu* prawa zwracają się w stronę nauk prawnych, przyjmując założenie o metodologicznej odrębności prawoznawstwa¹⁹.

Ulokowanie *nomosu* prawa na poziomie aksjologicznym można przypisać tym stanowiskom teoretycznym, które tożsamości porządku prawnego upatrują właśnie w przyjmowanych i realizowanych przez ten system wartościach. W pierwszej kolejności należy tu wskazać (ponownie za W. Gromskim) na koncepcję wewnętrznej moralności prawa Lona L. Fullera, w której zestaw ośmiu kluczowych wartości pełni rolę porządkującą cały obszar prawa. Należać tu będą jednak także inne koncepcje uznające istnienie samoistnych wartości prawnych. Wydaje się, że współcześnie najdonioślejszą rolę w tym zakresie odgrywają wartości związane z kategoriami rządów prawa (praworządności) oraz praw człowieka²⁰.

Wreszcie, interpretacja funkcjonalna wiąże się z uznaniem, że *nomos* prawa ujawnia się w *praxis* jego działania. Wymaga to wykształcenia się specyficznych dla prawa praktyk, wzorców postępowania i instytucji. Włodzimierz Gromski wskazuje na socjologię zawodów prawniczych jako autonomicznej profesji (do wykształcenia się której doszło w okresie średniowiecza)²¹ jako na umiarkowany wariant tego podejścia, zaś za jego skrajną odmianę uznaje wspomnianą już teorię systemów autopojetycznych. Jeszcze wyraźniej taki sposób postrzegania *nomosu* prawa jest obecny w różnorodnych instytucjonalnych teoriach prawa.

¹⁶ Włodzimierz Gromski zalicza teorię systemów do interpretacji funkcjonalnych, zakłada jednak słusznie, że poszczególne koncepcje mogą łączyć kilka wymiarów autonomii. Tak właśnie dzieje się w przypadku teorii systemów, przy czym poziom epistemiczny jest tu bardziej podstawowy niż funkcjonalny – mechanizmy poznawcze są bowiem dla systemu bardziej pierwotne niż jego funkcje. Por. w tym względzie N. Luhmann, *Systemy społeczne, Zarys ogólnej teorii*, tłum. M. Kaczmarczyk, Kraków 2007; także J. Winczorek, *Zniknięcie dwunastego wielbłąda: O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*, Warszawa 2009.

¹⁷ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt nad Menem 1993, s. 32–35.

¹⁸ Np. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Nowy Jork 1989; C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, tłum. T. Pajor, Warszawa 1984.

¹⁹ Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 24–33.

²⁰ Obok licznych ujęć z zakresu prawa konstytucyjnego, które kładą nacisk na wymienione wartości, wskazać można np. na teorię krytycznego pozytywizmu prawnego Kaarlo Tuoriego, zaliczającą obie te grupy wartości do tzw. głębokiej struktury nowoczesnego porządku prawnego. Por. K. Tuori, *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002; M. Pichlak, *Krytyczny pozytywizm prawniczy Kaarlo Tuoriego*, „Principia. Pisma koncepcyjne z filozofii i socjologii teoretycznej” 2016/LXI–LXII, s. 69–88.

²¹ Zob. na ten temat H. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1995; T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972, s. 475.

Omówiona tu typologia rzecz jasna nie obejmuje wszystkich możliwych ujęć i stanowisk. Pomija np. cały nurt krytycznych teorii prawa, które *nomos* prawa będą skłonne uznawać za akt polityczny, będący zarazem narzędziem prawnej opresji. W pewnym sensie teorie te pozostają zresztą w orbicie przyciągania schmittowskiego ujęcia kategorii *nomosu*. Wydaje się jednak, że mimo pewnych nieuniknionych ograniczeń, typologia ta stanowi dogodny sposób porządkowania zróżnicowanych poglądów zarówno na temat *nomosu* prawa, jak i jego autonomii. Ten opis pola intelektualnego w oryginale służy przy tym W. Gromskiemu jako dogodny kontekst dla scharakteryzowania własnego stanowiska. Powtarzając niejako tę strategię, wskazujemy, jak na tle szerszych sporów o autonomię prawa prezentują się poglądy autorów związanych z wrocławskim ośrodkiem teorii i filozofii prawa.

4. Autonomia prawa w ujęciu ośrodka wrocławskiego

W odniesieniu do dorobku ośrodka wrocławskiego w obszarze badań nad autonomią prawa, warto zacząć od, przywoływanego już kilkakrotnie, W. Gromskiego. W ramach autorskiej konceptualizacji tytułowego problemu uwypuklił on związek pomiędzy kategorią autonomii prawa oraz problematyką jego instrumentalnego charakteru. Autonomia prawa została ujęta przez W. Gromskiego jako funkcja kultury prawnej danego społeczeństwa, przy czym autor zastrzegł pewną relatywizację niniejszego rozstrzygnięcia teoretycznego do społeczności z obrębu europejskiej kultury prawnej²². Z kolei samo pojęcie kultury prawnej było rozwijane przez W. Gromskiego w perspektywie społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury Jerzego Kmity. Twierdzenie o autonomii prawa jako funkcji europejskiej kultury prawnej opiera się na przekonaniu, że elementy tej kultury regulują działania prawne w taki sposób, iż zapewniają właściwą prawną odrębność funkcjonalną wobec pewnego ustalonego stanu społeczeństwa. Zakres tak rozumianej autonomii jest zawisły względem respektowania odpowiednich przekonań przy podejmowaniu działań prawnych²³.

W kontekście propozycji teoretycznoprawnej referowanego autora należy odnotować odróżnienie instrumentalnego charakteru prawa (co stanowi konstatację w zakresie pojmowania prawa; identyfikację pewnej jego właściwości) od aktów jego instrumentalizacji (co dotyczy użycia prawa jako środka do określonych celów). Intuicje stojące za odnośną dystynkcją podzielali i rozwijali również inni autorzy z ośrodka wrocławskiego, do czego wrócimy w dalszej części tekstu. Ustalenie, że prawo ma charakter instrumentalny stanowi jednocześnie konieczną przesłankę dla mówienia o aktach jego instrumentalizacji, samego ich wyróżnienia. Jak pisze W. Gromski: „Innymi słowy konieczne jest odróżnienie instrumentalnego charakteru (instrumentalności) prawa rozumianego jako jego konstytutywna cecha, wyrażająca się w możliwości celowego jego użycia przez określone podmioty, od samego aktu posłużenia się prawem w charakterze instrumentu”²⁴. Na podstawie powyższego można stwierdzić, że akt instrumentalizacji nie jest czymś o negatywnych konotacjach już ze swej istoty. Na takim tle powstaje jednak pytanie o to, jakie są granice aktów instrumentalizacji prawa. Zdaniem W. Gromskiego należy mówić w tym kontekście o aksjologicznych uwarunkowaniach aktów instrumentalizacji prawa²⁵.

²² W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 9, 40–41.

²³ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, zwłaszcza s. 81–82.

²⁴ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 142.

²⁵ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 158 i n.

Wokół problematyki autonomii prawa ogniskował się także inny wrocławski projekt teoretycznoprawny – juryscentryzm Artura Kozaka. Jego zamysłem była próba znalezienia dla prawa stabilnego fundamentu, wbrew przekleństwu Kirschmanna o trzech słowach ustawodawcy i idących na makulaturę bibliotekach prawniczych. Jednocześnie nie chodziło bynajmniej o inspirację jusnaturalizmem. Twórca juryscentryzmu przyjął pogląd o konwencjonalnym charakterze prawa – paradoksalnie, służący przecież postmodernistycznej formacji intelektualnej do podważenia jego autonomii – i przekonywał, że jest to perspektywa pozwalająca na identyfikację „twardej” ontologii prawa. Nawiązując zarówno do socjologii wiedzy Petera L. Bergera i Thomasa Luckmanna, jak i filozofii transcendentnej w ujęciu Johanna G. Fichtego i interpretacji Marka J. Siemka, A. Kozak skonceptualizował wspólnotę prawniczą jako subświat instytucjonalny²⁶. Wedle wrocławskiego filozofa prawa subświat prawniczy „mówi” prawnikami wykonującymi czynności zawodowe. Twórca juryscentryzmu odwoływał się w tym kontekście między innymi do pojęcia imperatywu instytucjonalnego. O ile norma wiąże się z pewnym stopniem refleksyjności, o tyle wskazany imperatyw przywołuje na myśl raczej przymus generowany przez zwierzęce instynkty²⁷.

W czasie, gdy powszechny w nauce prawa staje się postulat zwiększenia inkluzywności kultury prawniczej względem oczekiwań społecznych jako kontrastujące z obecną tendencją jawią się sugestie A. Kozaka, według których reakcja na kryzys powinna być wręcz odwrotna. Zdaniem twórcy juryscentryzmu prawo zawdzięcza swój autorytet właśnie temu, że stanowi idiom oddalony od tzw. potocznych intuicji (także etycznych) oraz pozaprawnych systemów społecznych, jak polityka czy religia²⁸. Można mówić tutaj wręcz o przekazie normatywnym polegającym na dążeniu do dysponowania w dyskursie prawniczym „czysto prawnymi” i „wolnymi od zanieczyszczeń” wzorcami kulturowymi²⁹. Wedle A. Kozaka, ustawodawca „może sobie stanowić co zechce i co mu jest politycznie wygodne, ale autonomiczne sądy, w tym konstytucyjne, będą i tak stosowały tylko to, co mieści się w akceptowanym, kulturowo ukształtowanym wzorcu”³⁰. Słuszna wydaje się uwaga Andrzeja Batora, wedle której juryscentryzm „bardziej wpisuje się w strategię kulturowego konfliktu z otoczeniem niż konsensu”³¹.

Warto zarysować problem tego, jaki zachodzi związek pomiędzy dorobkiem ośrodka wrocławskiego w zakresie autonomii (i instrumentalizacji) prawa a jego późniejszymi tendencjami badawczymi, związanymi z przejściem w kierunku postanalizycznej filozofii prawa³². W tym kontekście warto przedstawić krytykę autorstwa A. Batora, której poddał on przed laty nielingwistyczną koncepcję normy Kazimierza Opałka i Jana Woleńskiego. Głównym powodem oporu A. Batora wobec tej propozycji teoretycznoprawnej wydaje się być przekaz w zakresie interpretacji prawniczej, który jej przypisuje.

²⁶ Por. P.L. Berger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie rzeczywistości. Traktat z socjologii wiedzy*, tłum. J. Niznik, Warszawa 2010, s. 136 i n.; M.J. Siemek, *Idea transcendentalizmu u Fichtego i Kanta*, Warszawa 1977.

²⁷ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Wrocław 2002, s. 62; A. Kozak, *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, M. Pichlak (red.), Wrocław 2010, s. 174.

²⁸ A. Kozak, *Homeostaza prawa*, w: J. Helios (red.), *Autonomia prawa...*, s. 160.

²⁹ A. Kozak, *Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej*, w: A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa (Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa)*, Wrocław 2006, s. 44.

³⁰ A. Kozak, *Homeostaza prawa...*, s. 155.

³¹ A. Bator, *Wstęp*, w: A. Kozak, *Myslenie analityczne...*, s. 14.

³² Zob. m.in. M. Jabłoński, M. Paździora (red.), „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/102 (tytuł tomu: „Postanalizyczna filozofia prawa”; w jego ramach zob. zvl. A. Bator, *Postanalizyczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*); M. Stambulski, *Wiadomość od cesarza. Pojęcie prawa w teorii analitycznej i postanalizycznej*, Warszawa 2020; W. Zomerski, *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, postanalizyczność*, Wrocław 2023.

Chodzi mianowicie o odebranie prawnikom tytułu do adaptacyjnej interpretacji tekstu prawnego³³. Jak stwierdził autor „W istocie koncepcja ta dla pewnego komfortu metodologicznego samych teoretyków i filozofów prawa (zachowania spójności kategoryjalnej pojęć obecnych w prawoznawstwie oraz pojęć występujących w innych, metodologicznie lepiej wykształconych naukach) podważa w dużej mierze ugruntowany już – i wyrastający z potrzeby zaspokajania prawniczych potrzeb poznawczych – dorobek teorii prawa”³⁴. Daje się wydobyć tutaj przekaz o zagrożeniu związanym z integracją zewnętrzną prawoznawstwa w duchu spełniania metodologicznych rygorów „bardziej zaawansowanych” nauk (zauważmy więc, że groźba wychodzi tutaj nie ze strony postmodernistycznej, a scjentystycznej). Realizowanie tego rodzaju ambicji teoretycznych może dezorganizować dorobek kultury prawniczej i stanowić zagrożenie dla autonomii prawa. Wywód A. Batora zdaje się opierać na postanalitycznym przeświadczeniu, że naukowa refleksja nad prawem nie powinna ograniczać się jedynie do spełniania standardów dyskursu teoretycznego, a raczej winna jest uwzględniać w strukturze swoich rozważań praktyczne potrzeby związane ze stosowaniem prawa.

Niemniej jednak, warto przedstawić również trop, który może zostać odczytany jako idący niejako w przeciwnym kierunku. Nadmieniliśmy wyżej w ramach omówienia stanowiska W. Gromskiego, że w ośrodku wrocławskim przyjęto podział na instrumentalność jako cechę prawa (charakterystyka przedmiotu) oraz akt jego instrumentalizacji (kwestia użycia przedmiotu). Zarówno w pracach A. Batora³⁵, W. Gromskiego³⁶, jak i A. Kozaka daje się dostrzec, że odnośna dystynkcja była kreślona w opozycji do stanowiska Lecha Morawskiego. W kontekście problematyki instrumentalizacji prawa A. Kozak przypisał toruńskiemu autorowi uprawianie raczej refleksji ideologicznej aniżeli teoretycznej; przyjęcie wyraźnej optyki aksjologicznej, uwikłanej w liberalizm³⁷. Jak wrocławski autor ocenił konceptualizację L. Morawskiego: „Używa się jej raczej do ukazywania rozmaitych niebezpieczeństw związanych z koncepcją prawa jako techniki społecznej”³⁸. Krytyka tego rodzaju podejścia – uprawiania teorii od początku w sposób kontekstualnie uwikłany, z myślą o oddziaływaniu w dyskursie praktycznym – może skłonić do interesującego wniosku. Wydaje się, że przedstawiciele ośrodka wrocławskiego przyjęli tutaj postawę analitycznych purystów, podczas gdy stanowisko L. Morawskiego stanowi wyraz bardziej pragmatycznego stylu filozoficznego, przywołującego na myśl perspektywę postanalityczną.

5. Spory o *nomos*. Od wspólnoty prawniczej do wspólnoty politycznej

Kontrowersje i rozbieżność poglądów dotyczących ulokowania *nomosu* prawa nie ominęły także ośrodka wrocławskiego. Ujawniająca się tu różnica zdań dotyczy następującego zagadnienia: przeświadczenia jakiej wspólnoty są najbardziej istotne w kontekście pytania o to, czym jest prawo? Czy sprawczość w tym zakresie przypisywana jest całej

³³ A. Bator, *Autonomia pojęć związanych z prawem a problem integracji prawoznawstwa (na marginesie rozważań nad normą prawną)*, w: W. Gromski (red.), *Autonomia prawa...*, s. 20–21.

³⁴ A. Bator, *Autonomia pojęć...*, s. 24.

³⁵ A. Bator, *Prawna czynność konwencjonalna jako działanie zinstrumentalizowane*, w: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa...*, s. 98–99, s. 71, przyp. 46. Zob. także M. Matczak, *Trzy spotkania z Lechem Morawskim*, <https://marcinmatczak.pl/2018/08/02/trzy-spotkania-z-lechem-morawskim/>, dostęp: 21.05.2024 r.

³⁶ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 124.

³⁷ A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja prawa*, w: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa...*, s. 98–99.

³⁸ A. Kozak, *Instrumentalność a instrumentalizacja...*, s. 99.

wspólnocie politycznej, czy większą wagę ma tutaj raczej sama wspólnota prawnicza? We wrocławskich projektach teoretycznoprawnych można spotkać się z odmiennymi rozstrzygnięciami w odnośnym zakresie. W przypadku juryscentryzmu A. Kozaka to wspólnota prawnicza stanowi czynnik, na który kładzie się nacisk i którego sprawczość jest akcentowana. Kieruje się ona nadto zasadniczo autonomicznym względem przekonani ogólnospołecznych kodem rozmowy. Wedle A. Kozaka zmagając się z rzeczywistością tekstów prawnych operujemy „osobliwą, profesjonalną semantyką”³⁹. Zdaniem tego autora „Istnienie (prawa – dop. M.P. i M.W.) dokonuje się nie tylko przez interpretację tekstu prawnego, w której konstytuuje się prawo, ale również poprzez konstruowanie osobliwego świata instytucjonalnego, struktury przedmiotów, których realność jest oczywista i dostępna jedynie dla podmiotów ukształtowanych w specyficznym reżimie edukacji prawniczej”⁴⁰. Inny zamysł, jak się zdaje, towarzyszył W. Gromskiemu. Chodziłoby tutaj o dostrzeżenie *nomosu* raczej na poziomie społeczeństwa jako takiego⁴¹. Istotny jest w tym kontekście akcent (stanowiący konsekwencję teoretyczną zasadniczej aprobaty dla społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury Jerzego Kmity), który omawiany autor kładzie na to, że kultura prawna ma stanowić zbiór przekonań powszechnie respektowanych w danym społeczeństwie⁴². Warto odnotować jako ilustracje twierdzenia W. Gromskiego, wedle którego prawo w znaczeniu prawniczym (czyli spełniające formalne kryteria obowiązywania) czy sądy doktryny prawnej będą należeć do kultury prawnej danego społeczeństwa tylko wówczas, gdy staną się respektowanymi przekonaniami członków tego społeczeństwa⁴³. Najbardziej sprawcze czy „najsilniejsze ontologicznie” mają być ogólnospołeczne praktyki prawne.

Z osadzeniem *nomosu* na poziomie społeczeństwa jako takiego można łączyć także propozycję teoretycznoprawną autorów należących do kolejnego pokolenia wrocławskich badaczy, mianowicie topografię granic władzy prawniczej Pawła Jabłońskiego oraz Przemysława Kaczmarka. Przytoczeni autorzy wyróżnili cztery granice tej władzy: kulturę polityczno-prawną, tekst prawny, kulturę prawniczą oraz indywidualne wycucie aksjologiczne. Kultura polityczno-prawna, najważniejsza z granic, odnosi się do moralności politycznej danego społeczeństwa, dostarczającej praktykom związanym z prawem pewnych ram aksjologicznych. Z kolei tekst prawny rozumiany jest w ramach omawianej koncepcji jako przepisy prawne (zbiór wszystkich przepisów prawnych obowiązujących w danym miejscu i czasie). Kultura prawnicza, trzecia z granic, stanowi niezbędny do poprawnego stosowania prawa zespół wiedzy i umiejętności. Mowa o wytworze świadomości zbiorowej interpretatorów zmagających się z tekstami prawnymi. Czwarta w końcu granica, indywidualne wycucie aksjologiczne, odnosi się do sądów wartościujących poszczególnych prawników. W obrębie przytoczonej struktury mają

³⁹ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 103.

⁴⁰ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 140.

⁴¹ Warto zauważyć, że chociaż na gruncie projektu W. Gromskiego nacisk kładziony jest na kulturę prawną, to problem prawniczej kultury profesjonalnej jest tutaj obecny. Pojawia się on przykładowo w kontekście rozróżnienia L.M. Friedmana na kulturę prawną „wewnętrzną” – prawników i sędziów – oraz „zewnątrzną”, tj. całej populacji – W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 51. Inny trop stanowi opis działań prawnych, które powinny być regulowane przez przekonania tworzące kulturę prawną. Większość z tych działań wydaje się dotyczyć prawniczego dyskursu eksperckiego – W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 75. Za H. Bermanem podkreślono także znaczenie grupy, która zajmuje się zawodowo administrowaniem instytucjami prawnymi – W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 76–77. Być może więc w istocie projekt W. Gromskiego zawiera furtkę, która pozwala – wbrew interpretacji przyjętej w tekście głównym – na jego juryscentryczne odczytanie.

⁴² W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 72. Por. W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2018/CXIV, s. 105.

⁴³ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 73–74.

zachodzić następujące relacje. Po pierwsze, odpowiednie granice stanowią pierwotną faktyczność dla granic późniejszych, tzn. tworzą ramy dla odbywającej się w ich obrębie pracy interpretacyjnej (relacja dopełnienia). Po drugie, wyjątkowo granica późniejsza może skłonić do przełamania wniosków wynikających z granicy wcześniejszej (relacja korekty)⁴⁴. Jak widać, dokonano tutaj rozróżnienia kultury polityczno-prawnej i kultury prawniczej. Jednocześnie *explicite* przyznano prymat pierwszej z wymienionych kategorii jako – modelowo – pierwotnej faktyczności względem drugiej. Innymi słowy, „ściśle prawnicze” winne jest podporządkować się temu, co „ogólnospołeczne”.

W świetle powyższych rozważań daje się zidentyfikować napięcie w wymiarze wertykalnym, w ramach którego odmienne oferty teoretycznoprawne lokują *nomos* na poziomie społeczeństwa jako takiego (kultura prawna W. Gromskiego oraz kultura polityczno-prawna P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka) albo wspólnoty prawniczej (kultura prawnicza A. Kozaka). Niemniej jednak, warto zauważyć tutaj również napięcie horyzontalne pomiędzy W. Gromskim oraz konceptualizacją P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka. Pierwszy z wymienionych pisze bowiem o kulturze prawnej, podczas gdy w ramach topografii władzy prawniczej prawo i polityka są ujmowane niejako w ramach wspólnego uniwersum – kultury polityczno-prawnej⁴⁵.

Warto skonkludować uwagą dotyczącą kontekstu historycznego, w którym kształtowały się przytaczane wyżej poglądy przedstawicieli ośrodka wrocławskiego (nie licząc P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka). Zauważmy, że najważniejsze teksty, na które się tu powołujemy, powstały zasadniczo na początku pierwszej dekady obecnego stulecia. Jak pisał w tamtym czasie A. Kozak: „Teraz, gdy doświadczenia realnego socjalizmu nie są już tak świeże i bezpośrednio odczuwalne, a emocje aksjologiczne pierwszej połowy lat dziewięćdziesiątych zostały za nami, być może nastał wreszcie dobry czas dla teorii”⁴⁶. Dzisiejsza teoria i filozofia prawa, biorąc pod uwagę trwający kryzys konstytucyjny w Polsce, znajduje się w innej sytuacji, niepozwalającej na nabranie dystansu względem opisywanych wydarzeń. Należy zresztą stwierdzić, że zainteresowanie przedstawicieli ośrodka wrocławskiego problemem autonomii i instrumentalnego charakteru prawa – przypadające na czas budowania demokracji konstytucyjnej – zostało sprowokowane przez patologie, które nie mogą się jednak równać z tymi pożarami, z jakimi zmagamy się od 2015 r. Dlatego też zasadny wydaje się powrót do rozważań nad autonomią prawa w kontekście nowych wyzwań, z którymi mierzą się dzisiaj praktyka prawna i prawoznawstwo. Wyzwanie to podejmują autorzy tekstów zawartych w niniejszym zeszycie, które pokrótce przybliżyliśmy w kolejnym punkcie.

6. Wyzwania wobec *nomosu* i autonomii prawa

Nieodmiennie podstawowym kierunkiem, z którego płyną wyzwania dla autonomii prawa pozostaje świat polityki. Wyzwania związane z relacją prawo – polityka mogą mieć

⁴⁴ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Kraków 2017, s. 15–23. Por. M. Wojtanowski, *Strategiczna litygacja w czasie historycznego pożaru. Przypadek Polski po roku 2015*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2022/41, s. 41–43, gdzie zaproponowano dodanie jeszcze jednej relacji: pierwotnego wyboru.

⁴⁵ Powstaje jednak pytanie, czy oparcie się na nazwach nie doprowadzi nas tutaj do zbyt radykalnych wniosków. Włodzimierz Gromski, jak się zdaje, bronił raczej kategorii kultury prawnej przed czymś w rodzaju „brudnego świata polityki” – W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 71–72. W przypadku P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka nie tyle postuluje się włączenie tego rodzaju wzorców instytucjonalnych (związanych z rozgrywkami partyjnymi) w obręb kultury polityczno-prawnej, co akcentuje się raczej uwikłanie prawa w politykę w rozumieniu Dworbinowskim.

⁴⁶ A. Kozak, *Wstęp*, w: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa...*, s. 8.

przy tym zarówno charakter poznawczy, jak i praktyczny. W pierwszej grupie na szczególną uwagę zasługuje problem statusu twierdzeń prawnych, zwłaszcza w tzw. trudnych przypadkach. Chodzi o dylemat, czy reguły egzegezy wraz z innymi prawniczymi konstrukcjami determinują rezultat interpretacji uwalniając ją od polityki, czy też w takich przypadkach kluczowe okazują się przesłanki polityczne. Nawiązując do typologii W. Gromskiego można mówić tutaj o problemie dotyczącym swoistości metod praktycznego poznania prawa, a więc odnoszącym się do autonomii prawa w ujęciu epistemicznym. W tekście *O różnicy między mocną a słabą wersją idei wewnętrznego punktu widzenia* P. Jabłoński konsekwentnie przekonuje o potrzebie przyjęcia stanowiska kompromisowego. Sprzeciwia się on ujmowaniu pracy interpretacyjnej w ramach *hard cases* jako działalności „czysto politycznej” albo „czysto jurydycznej”. W toku rozstrzygnięcia przynajmniej części spraw nieuchronny jest „wkład” podmiotu, dokonującego wyborów w ramach pozostawionego przez profesjonalną kulturę prawniczą luzu metodologicznego. Tęgo rodzaju aktywność może wiązać się z wkraczaniem w domenę mającą – materialnie rzecz biorąc – charakter polityczny. Jednakże zdaniem P. Jabłońskiego, wbrew hartowskiemu „rozczarowanemu absolutyście”, akceptacja tego stanu rzeczy nie oznacza porażki. Wręcz przeciwnie, ograniczenie roszczeń względem autonomii prawa – reprezentowane w omawianym tekście przez koncepcję słabego wariantu wewnętrznego punktu widzenia – immunizuje praktykę prawniczą przed dekonstrukcyjną krytyką, w ostatniej instancji lepiej przyczyniając się do jej legitymizacji.

Jedną z najdonioślejszych współcześnie form artykulacji *nomosu* prawa jest kategoria rządów prawa. Tematykę tę podejmują w swoim artykule „*Tam i z powrotem*” – *the Rule of Law ujęte od źródeł aż po zastosowanie w orzecznictwie TSUE*, Karolina M. Cern i Barbara Janusz-Pohl, przypominając kluczowe różnice między dwoma historycznymi ujęciami tej idei: anglosaską koncepcją *rule of law* oraz kontynentalną zasadą *Rechtsstaat*. Autorki następnie analizują sposób instytucjonalizacji tej zasady w porządku prawnym Unii Europejskiej, dochodząc do wniosku, że ma ona charakter hybrydowy, czerpiący z obu przywołanych wzorców. Jak jednak podnoszą, niewyartykułowane założenia zaczerpnięte z odmiennych tradycji mogą prowadzić do napięć przy próbach operacjonalizacji tej abstrakcyjnej kategorii w praktyce. Jedną z fundamentalnych różnic dotyczy sposobu, w jaki postrzega się aktywną rolę sądów – to, co z perspektywy anglosaskiej wydaje się oczywiste (niezbędna doza sędziowskiego aktywizmu w ramach urzeczywistniania rządów prawa), z kontynentalnych pozycji jawi się jako co najmniej problematyczne. W ten sposób wraca problem legitymizacji władzy sędziowskiej i praktyki prawniczej.

Problem powyższy okazuje się szczególnie doniosły w kontekście skłonności polityków do ograniczania autonomii prawa i jego instrumentalizacji. Nawiązując do wcześniejszych ustaleń, można powiedzieć, że dążeniem autorytarnej władzy jest ukształtowanie *nomosu* prawa zgodnie z propozycjami Carla Schmitta: normatywny porządek wyznaczający dopuszczalne granice działania zostaje zastąpiony swobodą arbitralnej decyzji władzy, podporządkowującej sobie przestrzeń prawa i kształtująca ją dla własnych celów. O ile tendencja ta wydaje się mieć charakter ponadczasowy, dzisiejsze czasy przynoszą nową odsłonę tych dążeń, związaną z działalnością współczesnych rządów autorytarnych lub quasi-autorytarnych. Kwestie te rozważa w swoim tekście *Goodbye rządy prawa? Diagnoza i perspektywy* P. Kaczmarek.

Jak wskazuje P. Kaczmarek, skala trudności wyzwania wynika m.in. z faktu, że współczesne rządy o skłonnościach autorytarnych rzadko wprost famią zasady rządów prawa

i otwarcie negują autonomię tego ostatniego. Posługują się raczej swoistymi technikami mimikry, maskowania, mylenia tropów, w ramach których, jak pisze autor, „naruszeń rządów prawa można dokonywać za pomocą prawa”. Autor poddaje pod dyskusję w tym kontekście szereg konstrukcji pojęciowych, jakie we współczesnym dyskursie konstytucyjnym stosuje się do opisu tego zjawiska, charakteryzowanego przez niego jako „instrumentalne użycie konstrukcji rządów prawa w celu legitymizacji praktyki, która przeczy interesującej nas idei (rządów prawa – dop. M.P. i M.W.)”. Innymi słowy, rządy prawa są tutaj naruszane – zarówno w wymiarze funkcjonalnym, jak i aksjologicznym – ale jednocześnie stwarza się pozory ich poszanowania.

Hipokryzja rządzących w stosunku do rządów prawa jest jednym z czynników podważających zaufanie do porządku prawnego. To o tyle istotne zagadnienie, o ile bez pewnego stopnia zaufania do prawa niemożliwa byłaby z punktu widzenia społecznej legitymizacji jego autonomia. Związki zaufania do prawa z autonomią pozostają jednak złożone i nieoczywiste. Z jednej strony, autonomia wydaje się warunkiem ufności, że np. spór prawny zostanie rozstrzygnięty bezstronnie i w oparciu o jasne, prawidłowo ustanowione normy. Z drugiej, autonomia względem różnych kontekstów społecznych może osłabiać zaufanie zarówno do prawa, jak i we wzajemnych relacjach między ludźmi. Te skomplikowane i nieraz paradoksalne zależności śledzi w swoim artykule *Strukturalne uwarunkowania postawy nieufności w wykonywaniu roli zawodowej przez przedstawicieli wybranych prawniczych zawodów zaufania publicznego* Maciej Wojciechowski. Autor poddaje analizie samo pojęcie zaufania jako postawy stopniowalnej o charakterze moralnym albo poznawczym, aby następnie postawić pytanie, w jakim zakresie prawo opiera się na zaufaniu, a w jakim na nieufności. Z jednej strony, w złożonych społeczeństwach sieciowych, prawo pełni rolę, jak zauważa autor, „substytutu zaufania”, pozwalając je odbudować na bardziej abstrakcyjnym i uogólnionym poziomie. Z drugiej strony, prawo – zdaniem M. Wojciechowskiego – w znacznym stopniu socjalizuje do nieufności, co widać na przykładzie ról zawodowych pełnomocnika procesowego lub sędziego. Ponieważ zaś ich aktywność profesjonalna nie może być w pełni autonomiczna względem innych obszarów ich życiowego zaangażowania, „interesujące jest pytanie” – pisze M. Wojciechowski – „na ile praktyka prawnicza w zakresie zaufania/nieufności kształtuje (...) postawy jej zawodowych uczestników w odniesieniu do życia prywatnego”.

Wciąż nowe wyzwania dla autonomii prawa wynikają także, paradoksalnie, ze swoich rozumianych „sukcesów” prawa, czyli jurydyzacji kolejnych sfer życia społecznego. Wkraczając na nowe obszary, prawo styka się bowiem z jakościowo nowymi problemami, a zarazem nie może pozostać całkowicie indyferentne (autonomiczne) wobec zastanych w tych obszarach wzorców normatywnych. Przywołując metaforę pasterską obecną w greckim pojęciu *nomos*: zasiedlając nowe pola i porządkując ich przestrzeń zgodnie z własnym *nomosem*, prawo musi jednak mieć na względzie zastane na nich formy życia, porządki i zwyczaje.

Doskonałego przykładu dostarcza w tym względzie problematyka bioetyczna, która od dłuższego już czasu stanowi żywy przedmiot zainteresowania prawa i prawoznawstwa. Jak zauważa Martyna Łaszewska-Hellriegel w artykule *Autonomia prawa wobec problemów bioetycznych*, problemy tego rodzaju stanowią wyzwanie dla autonomii prawa co najmniej z trzech powodów. Po pierwsze, jak już odnotowaliśmy, problemy bioetyczne rodzą się w obrębie praktyk społecznych, które posiadają własne wypracowane wzorce postępowania; ich prawna regulacja musi uwzględniać te wzorce, rezygnując z pełnej autonomii. Po drugie, z natury rzeczy mamy w tym przypadku do czynienia

z dylematami moralnymi – jeśli prawo ma być w stanie pomóc w ich rozwikłaniu, nie może być mowy o jego autonomii względem moralności. Po trzecie wreszcie, refleksja bioetyczna posiada nieusuwalny charakter interdyscyplinarny, sięgając do ustaleń zarówno etyki ogólnej, jak i nauk przyrodniczych, deontologii zawodowych i innych. Ten stan rzeczy jest wyzwaniem dla metodologicznej autonomii nauk prawnych, które w tym wypadku także muszą się wykazać zdolnością do badań interdyscyplinarnych. Autonomia prawa zostaje więc zakwestionowana – a przynajmniej sproblematyzowana – na poziomie funkcjonalnym, aksjologicznym, jak i poznawczym.

Przy podejmowaniu nowych wyzwań związanych z *nomosem* prawa zaskakująco pożyteczne i żywotne mogą okazać się także historyczne propozycje teoretycznego pojmowania prawa i jego autonomii. Stąd też ostatnie dwa teksty z tego numeru proponują właśnie perspektywę historyczną.

W historii refleksji nad prawem poczesne miejsce zajmuje podział na prawo publiczne oraz prawo prywatne, który ma rzymską proveniencję (*ius publicum* oraz *ius privatum*)⁴⁷. W kontekście problematyki niniejszego tomu można zadać pytanie o to, czy w ramach konceptualizacji prawa oraz jego autonomii należy uprzywilejować prawo publiczne albo prawo prywatne (jako metakategorię dla drugiego elementu zestawienia), czy też odnośnie sfery winny raczej uszanować wzajemne autonomie. Innymi słowy, powstaje tu wyzwanie rozegrania napięć pomiędzy prawem publicznym oraz prawem prywatnym w odniesieniu do interpretacji ontologicznej tezy o autonomii prawa. Tekst Rafała Mańko *Problem autonomii prawa w świetle hylemorficznej teorii J.B. Paszukanisa* stanowi głos w niniejszej dyskusji. Celem autora jest zreferowanie poglądów Jewgienija B. Paszukanisa. W odniesieniu do zarysowanego wyżej pola problemowego stanowisko sowieckiego teoretyka prawa nie miało charakteru centrystycznego czy koncyliacyjnego. Jednoznacznie opowiedział się on za prymatem prawa prywatnego, będącego „kolebką jurydyczności”. W hylemorficznej teorii J.B. Paszukanisa, odwołującej się do pojęcia formy oraz materii, geneza formy prawnej wiąże się ze zjawiskiem ekwiwalencyjnej wymiany towarowo-pieniężnej. Rozumiana w ten sposób forma prawna – oparta na „logice prywatnoprawnej” – miała ukształtować także prawo publiczne. Flagowe konstrukcje tego ostatniego w rodzaju publicznego prawa podmiotowego czy kary jako odpłaty za przestępstwo mają być przejawem ekspansji czy przeszczepienia założeń konstrukcyjnych prawa prywatnego. Można uznać za interesujące, że tego rodzaju „prywatnoprawna” czy „handlowa” redukcja *iusuris genesis* zdaje się jednak prowadzić bohatera odnośnego artykułu ku „twardej” ontologii prawa. Sam R. Mańko wskazuje na związki poglądów sowieckiego teoretyka względem juryscentryzmu, skądinąd nie ograniczające się do przypadkowych podobieństw strukturalnych, a związane z zainteresowaniem „wczesnego” A. Kozaka poglądami J.B. Paszukanisa⁴⁸.

Jako wartościowy przyczynek do dyskusji „pozytywizm prawniczy wobec problemu autonomii prawa” może służyć tekst Karola Gregorczyka *Pozytywizm prawno-polityczny – koncepcja Uberta Scarpelliego*. Autor przedstawia poglądy U. Scarpelliego, włoskiego

⁴⁷ Zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978, s. 24–25.

⁴⁸ Wydaje się jednak, że można przypisać sowieckiemu teoretykowi rolę negatywnego punktu odniesienia dla juryscentryzmu, jako teorii stawiającej sobie cel praktyczny w postaci „ochrony” prawniczego dyskursu eksperckiego. Artur Kozak pisał w kontekście myśli J.B. Paszukanisa o „pęknięciu pomiędzy poznawczą ważnością i praktyczną użytecznością jego tezy” oraz o „dysonansie pomiędzy wymogami standardów uprawiania nauk społecznych – z jednej strony – a wymogami praktyki prawniczej – z drugiej” – A. Kozak, *Próba autorekonstrukcji drogi badawczej, czyli Artur Kozak o własnym dorobku*, w: M. Pichlak (red.), *Profesjonalna kultura prawnicza*, Warszawa 2012, odpowiednio s. 185 i 186. Zauważmy, że to analogiczny trop jak w przypadku zreferowanej wyżej krytyki nielingwistycznej koncepcji normy K. Opalka i J. Woleńskiego, dokonanej przez A. Batora.

pozytywisty prawniczego, którego koncepcja nie opiera się jednak bynajmniej na formalistycznym legalizmie. Włoski uczyony poddał ekspozycji taką interpretację pozytywizmu prawniczego, w świetle której prawo jest uwikłane w określone wybory polityczne, związane z afirmacją dla nowoczesnego państwa liberalno-demokratycznego. Podkreślić należy, że w przypadku U. Scarpelliego docenienie tego wymiaru politycznego prawa oznacza nie tyle podporządkowanie woli personalistycznie ujętego suwerena, co wiąże się raczej z położeniem nacisku na konieczność poszanowania aksjologicznego porządku konstytucyjnego⁴⁹. Przekładając powyższe na wizję roli zawodowej prawnika, okazuje się być ona podobna do tej, jaka wyłania się z tekstu P. Jabłońskiego. Włoski pozytywista prawniczy przypisał istotne znaczenie kategorii perspektywy wewnętrznej, związanej z afirmacją organizacji państwowej oraz implikującej pewne zaangażowanie aksjologiczne i polityczne. Na gruncie omawianego projektu dochodzi więc do „docenienia” wymiaru politycznego prawa, jednakże oparcie go na aksjologii konstytucyjnej oraz wspólnocie prawniczej osłabia doniosłość zarzutu, jakoby omawiany wariant pozytywizmu stanowił zagrożenie dla autonomii prawa w ujęciu funkcjonalnym. Artykuł K. Gregorczyka można odczytać również jako głos w debacie dotyczącej tego, czy pozytywizm prawniczy stanowi projekt martwy, czy też – przeciwnie – to właśnie na jego gruncie powstają atrakcyjne oferty teoretycznoprawne, stanowiące adekwatną odpowiedź na rozwój wiedzy oraz zmiany zachodzące w rzeczywistości społecznej⁵⁰.

Classical and Modern Searches for the *Nomos* of Law. Introduction

Abstract: The aim of this article is to expose the concept of the autonomy of law and, the more primary, concept of the *nomos* of law, together with the problems that these concepts imply. Contemporary challenges of legal practice and legal science, such as crises of the rule of law or the juridification of successive spheres of social life, call for re-positioning and rethinking the question of the autonomy of law. As the article points out, the discussions around these challenges can be read as disputes about the *nomos* of law – the possibility of its existence, nature, and place. In this vein, the article analyses the concept of the *nomos* of law and then, referring to Carl Schmitt’s interpretation of this notion, addresses the question of whether the autonomy of law is possible. The article also reconstructs the basic theoretical positions on the nature of the *nomos* of law and the autonomy of the legal order, with particular reference to the output of the Wrocław school of legal theory and philosophy of law in this area. Against this background, selected current challenges to the autonomy of law are considered.

Keywords: autonomy of law, *nomos* of law, Wrocław school of legal theory and philosophy of law, Włodzimierz Gromski, crisis of autonomy of law, Carl Schmitt.

⁴⁹ Takie rozstrzygnięcie przywołuje na myśl opisane wyżej kategorie: kulturę prawną W. Gromskiego oraz kulturę polityczno-prawną P. Jabłońskiego i P. Kaczmarek, ale także przykładowo otoczenie normatywne konstytucji w ujęciu S. Wronkowskiej – w odniesieniu do tej ostatniej kategorii zob. S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, w: M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016; M. Smolak, *Wykładnia otoczenia normatywnego konstytucji*, w: M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji*...

⁵⁰ W kontekście krytyki pozytywizmu prawniczego zob. np. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003/2, s. 319–345; J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze” 2012/6, s. 7–14; A. Sulikowski, *Opresywność pozytywizmu prawnego i jej postmodernistyczna krytyka*, w: Ł. Machaj, P. Kaczmarek (red.), *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, Wrocław 2010, s. 28–35. Obrona pozytywizmu prawniczego ogniskuje się często wokół twierdzenia, że jego przeciwnicy atakują słomianą kukłę. Zob. przykładowo T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze”, 2013/1, s. 19–28; T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 201 i n.; A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010/2, s. 5–36; M. Pichlak, *Pozytywizm praktyczny, pozytywizm teoretyczny, pozytywizm żywy*, „Państwo i Prawo” 2017/5, s. 36–53.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Alexy R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press.
- Bator A. (2000). Prawna czynność konwencjonalna jako działanie zinstrumentalizowane. In A. Kozak (ed.), *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Instrumentalizacja prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Bator A. (2001). Autonomia pojęć związanych z prawem a problem integracji prawoznawstwa (na marginesie rozważań nad normą prawną). In: W. Gromski (ed.), *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Autonomia prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Bator A. (2015). Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?. *Przegląd Prawa i Administracji* 102, 21-44.
- Berge L. van der (2019). Law, king of all: Schmitt, Agamben, Pindar. *Law and Humanities* 3, 198-222.
- Berge L. van der (2022). Ancient Greek Nomos and Modern Legal Theory: A Reappraisal. *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (51)2, 264-276.
- Berger P.L., Luchmann T. (2010). *Społeczne tworzenie rzeczywistości. Traktat z socjologii wiedzy*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Berman H. (1995). *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Dyrda A. (2010). Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu. *Studia Prawnicze* 2(184), 5-36.
- Gizbert-Studnicki T. (2013). Pozytywistyczny park jurajski. *Forum Prawnicze* 1(15), 19-28.
- Górnisiewicz A. (2019). *Wojna i nomos. Carl Schmitt o problemie porządku światowego*. Kraków: Universitas.
- Gromski W. (2000). *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Gromski W. (2018). Akty instrumentalizacji prawa i ich granice. *Przegląd Prawa i Administracji* CXIV, 95-106.
- Gromski W. (ed.) (2001). *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Autonomia*

- prawa. Wrocław: Kolonia Limited.
- Helios J. (ed.) (2003). *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Jabłoński P., Kaczmarek P. (2017). *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*. Kraków: Nomos.
- Kolańczyk K. (1978). *Prawo rzymskie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kozak A. (2000). Instrumentalność a instrumentalizacja prawa. In A. Kozak (ed.), *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Instrumentalizacja prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak A. (2000). Wstęp. In A. Kozak (ed.), *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Instrumentalizacja prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak A. (ed.) (2000). *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. Instrumentalizacja prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak A. (2002). *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak A. (2006). Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej. In A. Sulikowski (ed.), *Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kozak A. (2010). *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kozak A. (2012). Próba autorekonstrukcji drogi badawczej, czyli Artur Kozak o własnym dorobku. In M. Pichlak (ed.), *Profesjonalna kultura prawnicza*. Warszawa: Scholar.
- Luhmann N. (1993). *Das Recht der Gessellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag.
- Luhmann N. (2007). *Systemy społeczne, Zarys ogólnej teorii*. Kraków: Nomos.
- Morawski L. (2003). Pozytywizm “twardy”, pozytywizm “miękki” i pozytywizm martwy. *Ius et Lex* 2, 319-345.
- Ostwald M. (1969). *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*.

- Oxford: Clarendon Press.
- Parsons T. (1972). *Szkice z teorii socjologicznej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Perelman C. (1984). *Logika prawnicza. Nowa retoryka*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Pichlak M. (2016). Krytyczny pozytywizm prawniczy Kaarlo Tuoriego. *Principia. Pisma koncepcyjne z filozofii i socjologii teoretycznej* LXI-LXII, 69-88.
- Pichlak M. (2017). Pozytywizm praktyczny, pozytywizm teoretyczny, pozytywizm żywy. *Państwo i Prawo* 5, 36-53.
- Pietrzykowski T. (2012). *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*. Warszawa: Difin.
- Pospiszyl M. (2019). Anarchista Carl Schmitt. *Znak* 774(11), 103-105.
- Schmitt C. (2006). *The Nomos of the Earth in the International Law of Jus Publicum Europaeum*. New York: Telos Press Publishing.
- Schmitt C. (2019). *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym ius publicum Europaeum*. Warszawa: Biblioteka Kwartalnika Kronos.
- Siemek M.J. (1977). *Idea transcendentalizmu u Fichtego i Kanta*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Smolak M. (2016). Wykładnia otoczenia normatywnego konstytucji. In M. Smolak (ed.) *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stambulski M. (2020). *Wiadomość od cesarza. Pojęcie prawa w teorii analitycznej i postanalitycznej*. Warszawa: Scholar.
- Stelmach J. (2012). Pozytywistyczne mity metody prawniczej. *Forum Prawnicze*, czerwiec, 7-14.
- Stelmach J., Brożek B. (2004). *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*. Kraków: Wolters Kluwer.
- Sulikowski A. (2010). Opresywność pozytywizmu prawnego i jej postmodernistyczna krytyka. In Ł. Machaj, P. Kaczmarek (eds.), *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka

Cyfrowa.

- T. Zartaloudis (2019). *The Birth of Nomos*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Tuori K. (2002). *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate.
- Winczorek J. (2009). *Zniknięcie dwunastego wielbłąda: O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*. Warszawa: Liber.
- Wojtanowski M. (2022). Strategiczna litygacja w czasie historycznego pożaru. Przypadek Polski po roku 2015. *Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne* 41, 31-49.
- Wronkowska S. (2016). O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji. In M. Smolak (ed.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*. Warszawa: Wolters Kluwer, 15-38.
- Zajadło J. (2020). Nomos – dla prawników pojęcie magiczne. *Państwo i Prawo* 8, 3-20.
- Zajadło J. (2020). The Concept of Nomos – Some Remarks. *Krytyka Prawa* 3, 143-161.
- Zomerski W. (2023). *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, postanalizyżność*. Wrocław: Scholar.