

**Stanisław Kaźmierczyk**

---

## **Tezy do zamiaru badawczego nad tożsamością prawa**

### **STRESZCZENIE**

Artykuł zawiera siedem uzasadnionych tez formułujących nowy program badań w naukach prawnych. To program badań nad tożsamością prawa. Autor proponuje m.in. wyodrębnienie mentalnej tożsamości prawa jako odrębnej jakości od tożsamości prawa w jego „fizycznym” wymiarze. Nowy nurt badawczy prawa wymaga nowej samodzielnej metodologii poznania, co może zapowiadać rewizję wielu dotychczasowych sposobów ujmowania prawa.

**Słowa kluczowe:** tożsamość prawa, teoria prawa



**Stanisław Kaźmierczyk**

---

## **Arguments for the research intention on the identity of the law**

### **ABSTRACT**

The article contains seven justified arguments formulating a new programme of research in legal science. It is a programme of research on identity of the law. The author proposes i.a.: separation of the mental identity of the law as a distinct quality from the identity of law in its „physical” dimension. The new research trend requires a new independent methodology of knowledge, which may be a harbinger of a revision of many existing ways of conceiving the law.

**Keywords:** identity of law, theory of law



## 1

Operując tożsamością prawa, używam jej jako kategorii w rozumieniu podstawowego pojęcia. A więc przesądzam, że ona jest podstawowa, a następnie próbuję, przy pomocy tu zapowiedzianych tez, dowieść, że można ją mieć za podstawową. Zresztą już z samego przekonania, że jest mocą kwalifikującą<sup>1</sup> względem prawa, całego prawa, wszelkich jego aktów prawnych oraz w prawie, wynika, że mamy tu do czynienia z jego kategoriałnym charakterem.

Nie zajmuję się definicją tożsamości chociażby dlatego, by się nie krępować wynikającymi z czynności definiowania dyspozycjami znaczeń, czy też dyscypliną przypisywaną definiowaniu, nie mówiąc o poszukiwaniu zgody na definiowany rezultat. Kategoria natomiast, jeśli występuje, daje znacznie większą swobodę badawczą, swobodę refleksji przede wszystkim, rozumiejąc oczywiście, że ma być podstawowa w nauce prawa. Zapewne trzeba będzie wykazać podstawowy charakter tożsamości w obchodzącej nas dziedzinie, a także i sformułować wiążące się z tym zagadnienia, teraz ujmowane w postaci tez, a więc także czegoś podstawowego.

Zacznę od propozycji następujących pytań: po pierwsze, czy tożsamość prawa w rozumieniu mocy kwalifikującej wymaga struktury, a może od swojego początku jest niezbędnie strukturą, czy ta struktura ma charakter empiryczny, empirycznie stwierdzany, czy też występuje w roli założenia badawczego w konieczności dla konceptualizacji tej tożsamości.

Zarówno te pytania, jak i materie ich dotyczące są wyjątkowo złożone. Aby to ujawnić, w szczególności odniosę się do użycia i rozumienia struktury. Gdyż trzeba by się zdecydować, czy strukturę będziemy rozumieli jako wzajemność zagadnień i ich nomologicznych związków, nie mówiąc o pojęciach czy terminach, a dokładniej jako międzyzagadnień odpowiednio skonstruowanych, czy też za podręcznikiem powiemy, że struktura to (...).

Gdy odejdziemy od podręcznikowego traktowania teorii prawa, od razu będzie widać, że obranym tu dążeniem jest proponowanie struktury jako

---

<sup>1</sup> Przyjmuję, że tożsamość prawa jest jego mocą kwalifikującą. Por. S. Kaźmierczyk, *Z rozważań nad rozumieniem tożsamości prawa*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne, księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Z. Maciągowi*, red. M. Grzybkowski, Kraków 2014, s. 23 i n. Por. A. Sulikowski, red., *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006, *passim*; S.T. Kołodziejczyk, *Granice pojęciowe metafizyki*, Wrocław 2006, s. 7 i n.; T. Czeżowski, *Transcendentalia – przyczynek do ontologii*, *Ruch Filozoficzny*, nr 1–2/1978, s. 60.

kategorii problemowej<sup>2</sup>, z problemów skonstruowanej, czyli nie z części, jak dotychczas u teoretyków prawa, fizycznie ujmowanych, w dodatku tak objaśnianych, że aż zamykających, i to znacząco, ruch teorii, czy w ogóle poznania. Wprawdzie może być tak, że te zagadnienia, kwestie, międzyzagadnienia itp. ułożą się np. w typy albo kategorie, ale, co wiadomo, już wtedy będziemy mogli operować jednostkami teorii, zaś przede wszystkim myśleniem właściwym teoretykowi prawa tworzącym się wśród założeń heurystycznych<sup>3</sup>, przede wszystkim.

Do tego można dołączyć jeszcze i to, że owe np. międzyzagadnienia<sup>4</sup> będą mogły mieć zdolność generowania, ujawniającą się we wspomnianym myśleniu, do permanentnego generowania nowości, a nie ograniczania się, że coś się składa z (...) czyli do „gołego” faktu<sup>5</sup>. W związku z tym chcę uniknąć w patrzeniu na strukturę jakiejś jej naczelnej cechy<sup>6</sup>, do której mają być dopasowane części składowe. W rezultacie można też zauważyć, że te „faktyczne struktury” w teorii prawa są najczęściej na poziomie języka bez metafor. Natomiast przy powyższej propozycji jej język może się odnaleźć na poziomie też kognitywizmu, gdzie abstrakcyjne pojęcia są z reguły metaforyczne<sup>7</sup>.

Tu chodzi też o to, że takie jak tu podejście do struktury ma w sobie zdolność do rozwijania teorii prawa. Zaś jak ono w dyskursie nad strukturyzowaniem, może się mieć do wewnątrzności jako mocy kwalifikującej,

<sup>2</sup> A. Grobler, *Metodologia nauk*, Kraków 2006, s. 87 i n.; T. Khun, *Struktura rewolucji naukowych*, Warszawa 1968, *passim*; R. Wójcicki, *Teorie w nauce*, cz. 1, Warszawa 1991, *passim*; K. Szaniawski, *O nauce, rozumowaniu i wartościach. Pisma wybrane*, Warszawa 1994, s. 359 i n.

<sup>3</sup> Por. L. Nowak, *Koniec historii czy jej powtórka?*, [w:] *Świat jako proces*, red. W. Heller, Poznań 1996, *passim*; J. Such, *Miejsce procesów w strukturze rzeczywistości*, [w:] *ibidem*, s. 13 i n.; A.E. Szołtysek, *Filozofia myślenia*, Kraków 2011, roz. III; O. Bogucki, *O sposobach pojmowania twórczego charakteru interpretacji*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, nr 1/2013, s. 28 i n.

<sup>4</sup> S. Kaźmierczyk, *O związku wykładni prawa z teorią prawa*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 265 i n.; M. Pazdan, *Zagadnienie luk w prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *ibidem*, s. 677–690, *passim*.

<sup>5</sup> T. Czeżowski (choć z innego punktu widzenia), *Dwojake normy, Etyka*, nr 1/1966, s. 150; por. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 89 i n.; P. Winczorek, *Stażność i zmienność prawa, Rzeczpospolita*, 11 października 2000; J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 30 i n.

<sup>6</sup> M. Araszkievicz, *Koherencyjny model rozumowań prawniczych*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, nr 1/wrzesień 2010, s. 22–25; K. Płeszka, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996, s. 37 i n.

<sup>7</sup> Por. B. Brożek, *Granice interpretacji*, Kraków 2014, roz. I; por. J. Stelmach, *Co to jest hermeneutyka?* Wrocław 1989, s. 50 i n.; por. B. Brożek, M. Hohol, *Umysł matematyczny*, Kraków 2014, 78 i n.

jest już następną (II) bardzo ważną tezą, do której wrócę w refleksji nad tezami czyli metatezami.

## 2

Wracam do pytań z tezy pierwszej, a więc po drugie na mnogość pytań w ramach pierwszego, a teraz drugiego oraz na to, że również ich konsekwencją będą zapewne następne, kolejne pytania z nadzieją, że problemowe, składa się wiele przyczyn i nie chcę ich tłumaczyć brakiem gruntownego zbadania tożsamości. Wśród nich za przyczynę zasadniczą obieram założenie, że punktem wyjścia będzie tu tożsamość prawa, a nie prawo. W szczególności najbardziej mi chodzi o ową nomologiczną przestrzeń liczoną od tożsamości do prawa. Rzecz jasna ta przestrzeń jest kolejnym założeniem badawczym (hipotezą), bez której nie da się (myślę) wyodrębnić tożsamości jako osobnego przedmiotu badawczego, zwłaszcza że ona, nie tylko potocznie, jest traktowana jako jedno z tym, czego ma być tożsamością.

Już w tym miejscu można mieć pytanie, czy nie jest tak, wzięwszy powyższe założenie, iż tożsamość prawa staje się sprawą myślenia o prawie, czyli ujawniania przy nim intelektu<sup>8</sup> teoretyka nad prawem w jego refleksji, czy też nieodrodnie miarą jestestwa prawnego. To jest ważne, bo przedmiotowość prawa nie może zwalniać jego strony mentalnej, którą biorę za rodzaj kategorii bardziej, aniżeli to gdzie jest, co jest i pod jaką nazwą ograniczającą, w rzeczy samej, samą rzecz.

Ponadto propozycja co do kolejności wzięła się z przekonania, że prawo jest już dostatecznie rozpoznane i z tego powodu, gdyby wyjść od niego, należałoby zatem przenosić z tego rozpoznania, i tak się zwykle robi w teorii prawa, „co się da” na tożsamość. Takie postępowanie nie jest znowu (jak widać) rzadkie, utożsamiając tożsamość z rozwojem prawa<sup>9</sup>, nie bacząc przy tym na to, czy każdy jego rozwój nadaje się do zaliczenia na rzecz tożsamości. Gdyby powiedziano, że tylko dany, w dany sposób wyodrębniony,

<sup>8</sup> J. James, *Nowa filozofia francuska*, Warszawa 2014, roz. VII; A. Dyrda, Czy pojęcie prawa jest pojęciem z istoty spornym?, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, nr 1/czerwiec 2013, 60 i n.

<sup>9</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, Tożsamość konstytucyjna a prawo europejskie, *Analizy Natolińskie*, nr 1/2012, *passim*.

wtedy już mogłaby się rodzić wcale niepłytką dyskusją o tożsamości, tworząc zarazem jej nowoczesny dyskurs. Nie wchodzę w to (bo mam przedstawić tylko tezy), jakie błędy popełniono przy tej okazji z tautologią na czele. Rezultat tego byłby niewielki. Po prostu tłumaczono prawo prawem i w następstwie tego, tożsamość prawa.

Wychodząc od niej jako mocy kwalifikującej, wówczas (od razu) pojawia się pytanie o rodzaj kwalifikacji, a następnie, czy ona, w swoim rodzaju, jest kwalifikacją bezpośrednią i następnie, czy jej skutek jest empiryczny, a sam przebieg – jaki? Pytań w tym miejscu mogłoby być więcej i pewnie tak będzie w momencie opracowywania tych tez.

### 3

Jednakże już teraz, przynajmniej dla rozumienia następnych tez, ważna wydaje się być kwestia, ku czemu te pytania zmierzają, czy do teorii prawa, jej rozwoju, czy też do tożsamości? A więc czy mają one rozwojową tezę? Aby na to odpowiedzieć, trzeba, jak sądzę, najpierw zorientować tożsamość, co nie oznacza podzielić, na prawo jako wytwór faktów prawnych<sup>10</sup>, czyli na jego walor empiryczny, charakter empiryczny<sup>11</sup>, bo to nie jest to samo. Otóż tożsamość, w związku z tym charakterem, może być tożsamością prawa w jego ujęciu empirycznym, czyli że każdy akt prawny, nawet czynność prawna i wszystko inne, byleby prawne, będą miały walor prawa, przynależny do niego jako tożsame prawu. To zorientowanie tożsamości zdaje się nie wychodzić poza formułę  $a = a$ . Wszystko, co należy do prawa, jest tożsame prawu.

Ale oprócz tego badawczo, w gruncie rzeczy, niewiele ważącemu na tożsamości prawa proponuję wyodrębnić tożsamość prawa w znaczeniu

<sup>10</sup> Por. R. Piłat, *Natura refleksji*, [w:] *Funkcje umysłu*, red. M. Urbański, P. Przybysz, Poznańskie Studia z Filozofii Humanistyki, Poznań 2009, s. 120 i n.; R. Ferber, *Podstawowe pojęcia filozoficzne*, Kraków 2008, roz. III; Z. Ziemiński, *Teoria prawa a filozofia prawa i jurysprudencja ogólna*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992, *passim*.

<sup>11</sup> R.A. Tokarczyk, *Filozoficzna systematyzacja doktryn prawa natury*, *Studia Filozoficzne*, nr 2–3/1985, s. 160 i n.; J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, roz. II; M. Kordela, *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań 2001, roz. III; S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki*. Podstawowe problemy, *Acta Univ. Wra.*, No. 117, Prawo CLXX, Wrocław 1988, roz. II.

mentalnym, mentalną tożsamość prawa. Przyjmując to, od razu pojawia się zastrzeżenie, czy chodzi tu o tożsamość, tożsamość prawa, jego tożsamość jako występowanie teorii prawa, czy też ma być tak, że ona jako mentalna kwalifikuje prawo i też kwalifikuje teorię jako teorię prawa, a za jej pośrednictwem (poprzez nią) prawo. Rozumiem, że kwestie te są wyjątkowo złożone, graniczące nawet z pytaniem o ich uprawnienie. Na razie nie będę się tym zajmował, chociaż nie da się zaprzeczyć temu, że tak zwane przed-prawo to przestrzeń, tak – przestrzeń, bez której wszak nie ma prawa, przestrzeń o walorach intelektualnych łącznie z racjonalnością mierzonych, nie mówiąc o wykładni, interpretacjach<sup>12</sup> i o wielu jeszcze różnych zabiegach na materiale prawnym. Kto wie, czy nie jest tak, że tożsamość, ta empiryczna, empirycznych walorów prawa, nie jest tylko tożsamością *prima facie* – bez potrzeby wgłębiania się.

Tożsamość zwykli jesteście brać w związku z materialnością rzeczy, z którą ma łącznie występować. Mimo tych przyzwyczajęń przyjmuję, że też tożsamość (samej) mentalności prawa, jako prawa, jest tożsamością. Nawiazanie tutaj do przed-prawa byłoby mylące, chyba mylące, zwłaszcza co do tego, czy tylko przed-prawem daje się użyć mentalnej tożsamości prawa. Zapewne będzie to jedno z zagadnień, zagadnienie wchodzenia tożsamości na prawo czyli stawania się prawa prawem, co znowu nie znajduje swojego miejsca w literaturze i nie jest tak, że „stawać się” jest zawsze kategorią historyczną. Jest nią niewątpliwie co do faktu i zdecydowanie inaczej co do mentalności. Zdaje się, że już choćby ta różnica przemawia za wyodrębnieniem i osobno wyodrębnieniem się tej tożsamości. Ta mentalna nie ma szans zejść na poziom wspomnianego *prima facie*. A to jest dla badania (w szczególności) roli związanej z tożsamością bardzo ważne. Bo nie jest obojętne, badawczo rzecz biorąc, czym jest sama tożsamość, bardziej wywodliwa z filozofii aniżeli z teorii prawa, a oprócz tego, jakie role ona pozwala ze sobą wiązać. Kwestia ta zasługuje (mniemam) na oddzielną tezę tytułowych założeń.

Tożsamość mentalności prawa również występuje w permanencji i to niezależnie od tego, czy mentalnie jest zaniedbaniem teorii prawa. Przyśługuje jej bowiem miano potencjalności jako odrębne zagadnienie związane z tą tożsamością. Przy czym to, jak ona się ma (mieć) w związku z teorią prawa – i czy tylko z tą teorią oraz odwrotnie: teoria prawa do mentalnej tożsamości – jest założeniem niewątpliwie doniosłym, jakby zapowiadającym

---

<sup>12</sup> Por. B. Brożek, *op. cit.*

nowe możliwości zajęcia się teorią prawa i samą teorią bez pytania, czy ona istnieje. I dalej, założenie to może sprawić niespotykane dotychczas dochodzenie do nowej mocy wyjaśniającej prawa.

Na pewno dotykam kwestii spornych, ale na tle aktualnej literatury, która, jeśli się da ją zawiesić, przestanie mieć moc dystrybutywną, a tożsamość nabierze waloru nowej przestrzeni. Tak, ona jest dystrybutywna i nie trzeba odwoływać się do postmodernizmu, aby to udowodnić, zwłaszcza, że w nim dystrybutywność jest znacznie głębszym zagadnieniem aniżeli u naszych niektórych tzw. postmodernistów.

Zostawmy to na później, gdy niniejsze założenia (tezy) będą rozwijane. Niemniej już teraz zdaje się, że powyższe wspomnienie istnienia węzła problemowego<sup>13</sup> w badaniach tożsamości prawa, nakładającego potrzebę zbudowania w tej tożsamości jej właściwą metodologię, bardziej dochodzenia do problemów i chyba mniej do samych rozwiązań. Gdyby to zostało rozwinięte, rozwinięłaby się też, pod tym wpływem, nauka o prawie, a w niej teoria prawa odnalazłaby właściwą pozycję.

Aby to nie wyglądało na slogan, spróbujmy zauważyć bogactwo problematyki badawczej uwzględniającej przestrzeń między tu wyodrębnionymi tożsamościami prawa już choćby w związku z pytaniem, czy to „między” kształtowałyby, mogłoby kształtować immanencję tych tożsamości, a w ślad za nią ich transcendencję<sup>14</sup>.

Byłby to zupełnie nowy kierunek badań nad prawem z zaznaczającą się immanencją choćby dogmatyki z teorią prawa, co mogłoby prowokować też nową wizję nauki prawa, a nie rozbijania jej, z powodu „umiłowanego” pytania, co ta dogmatyka daje tej teorii i odwrotnie, ale już z mniejszym powodzeniem. Dzisiaj jedno i drugie może być co najwyżej odniesieniem się do teorii jako gotowego produktu. Gdy tymczasem on nigdy (w swej istocie) nie jest gotowy, zawsze rozwijający się na gruncie jakichś zagadnień względnie materii badawczo wziętych pod uwagę, m.in. także dogmatyczno-prawnych. To wszystko jest teraz zacieśniane. I choć też rozwijające się, ale bardziej przez dodawanie nowego pomysłu, niemniej nie z powodu innej,

---

<sup>13</sup> Por. S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, *passim*. Problematykę tę rozwinął B. Wolniewicz, *Ontologia sytuacji. Podstawy i zastosowania*, Warszawa 1985, s. 13, 76 i n. S. Sarnowski, *Remitologizacja*, [w:] S. Sarnowski, M. Korzeniowska, M. Chlewicki, *O metafizologii jako filozofii filozofii*, Warszawa 2007, s. 15 i n.

<sup>14</sup> J. James, *op. cit.*; L. Nowak, The Methodological Status of the Rationality Assumption, *Studia Metodologiczne*, z. 11/1974, s. 121. Por. T. Biernat, *Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*, Warszawa 2008, *passim*.



metodologicznie ukazanej podstawy, lecz z tego, że jest, że się pojawiło i, że należy go dodać. Oczywiście to wchodzi do postępu wiedzy, jednakże w tej postaci nie jest ruchem teorii, choć mamy to za teorię i nazywamy jej rozwojem. Sądzę, że to może być zupełnie inaczej skonceptualizowane zwłaszcza z powodu tożsamości mentalnej. My, będąc przy tej fizycznej, bo też sprowadzającej prawo do fizyczności, choć ono fizyczne nie jest, zasadniczo nie jesteśmy w stanie wyjść wyżej tego dodawania i powiedzieć, że to się nie kończy. A na drodze tego dodawania skończyło i wyczerpało się wiele tematów, np. norma prawna, sankcja, nawet stosunek prawny, nie mówiąc, że kończy się zasada prawna.

Przecież to, że np. dogmatyka prawa daje albo nie daje jego teorii, może prowadzić i prowadzi, jak to wynika z naszej literatury, do niewiele znaczących egzemplifikacji, nierzadko układających się w coś, co nie stwarza przesłanek rozwoju podejścia badawczego. Nie chcę przez to powiedzieć, że nasza teoria jest aż tak płytka, że nie ma w niej prac problemowych i kategorii, czy nawet odkrytych dziedzin. Są. Niemniej w poszukiwaniu podstawy badawczej, a może lepiej współczesnego fundamentu, pod warunkiem że branego w ruchu<sup>15</sup>, tożsamość prawa pierwsza i druga zdaje się być tą podstawą. Przy tej okazji czynię następujące zastrzeżenia: idzie tu nie tyle o rozwój teorii prawa, mimo że (dokładnie mówiąc) nie wiadomo jak go na tle dzisiejszej prawniczej literatury konsekwentnie rozumieć, lecz także o prawo w istotnościowym determinowaniu prawa, ale w ujęciu doktryny *autopoiesis*, czy jakiegoś postmodernizmu nazywanego prawniczym, ale w podmiotowym stawianiu się prawa prawem. Nie, nie o świadomość prawa tu chodzi, czy też o czyjeś własne (wewnętrzne) prawo i związane z tym zagadnienia tutaj ma chodzić.

To podmiotowe stawianie się może być ujmowane: raz, przez to, że ktoś stał się z mocy prawa podmiotem oraz dwa, gdy prawo, samo prawo, jest podmiotem, a w ślad za tym – podmiotowe, jednakże w sensie innym niż podręcznikowo-podmiotowe. O ile to pierwsze daje się zarezerwować do sfery doświadczenia prawnego, wyjaśniania w doświadczaniu, o tyle to drugie zdaje się rezerwować, w swej podstawie, do wyjaśniania, wyjaśniania<sup>16</sup> w tożsamości mentalnej prawa. W tym miejscu łatwo o zarzut, że w zasadzie wszystko jest mentalne. Tak. Ale też nie wszystko jest tożsamością mentalną.

<sup>15</sup> Piszę tak pod wpływem oryginalnych propozycji badawczych M. Gołębia, *Muzyczna moderna w XX wieku*, Wrocław 2011, s. 9 i n.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Problematyka rekonstruowania tej rezerwacji będzie (jak sądzę) osiłą rozważań, co oznacza, że może się nią stać jako osiowa problematyka tożsamości prawa, brana następnie w całości konsekwencji poznawczych związanych z tą tożsamością, no i z prawem. Nie przesądzając, mógłby to być zatem nowy nurt badawczy prawa, też na gruncie jego praktyki, już rozumianej inaczej niż w dotychczasowej postaci, postaci głównie wydoświadczanej.

## 4

Zachowując kolejność podstawowych pytań – założeń – teraz będzie po trzecie. Biorąc pod uwagę powyższe propozycje i ustalenia, drogi ku tożsamości prawa są zgoła niejednakowe. Nowe w tych drogach wydaje się być dążenie w poszukiwaniu problemowej złożoności tożsamości prawa. Właśnie – wszystko zależy od myślenia nad tą tożsamością. Najpierw nad samą tożsamością i następnie dopiero nad prawem, by z kolei szukać związków tożsamości z prawem. Wreszcie trzeba będzie upatrywać w nich wniosłości zdolnych do sterowania badaniem prawa. Oczywiście to wymaga rozwinięcia na głębszym poziomie, zwłaszcza w rekonstruowaniu, z tego co tu wymieniłem, całej tożsamości prawa jako jednego, ewentualnie (teraz nie przesądzając) mentalnej tożsamości prawa jako osobnej, prowadząc nią do typów omawianej tożsamości. Nie przesądzam, jednakże próbuję odejść od praktykowanej mentalności jako swoistego instrumentarium do podejmowania prób, np. myślenia w związku z tożsamością prawa, na rzecz mentalności w prawie traktowanej jako jego tożsamość. To jest możliwe, ale dopiero w dalszych etapach studiów nad tą tożsamością. Widać z tego, że prawdopodobne jest wyłanianie się, przy takim podejściu, nowej i chyba samodzielnej metodologii poznania tożsamości prawa, która zdaje się zapowiadać rewizję wielu dotychczasowych sposobów ujmowania prawa w jego badaniu. Tożsamość wszelako jest uniwersalna, gdyż kwalifikuje każdy szczegół prawa jako prawo, nie-prawo. Niemniej, czy to kwalifikowanie jest „bezmyślne”, musi uchodzić za podstawowe pytanie i jako takie ma znaleźć odpowiedź w dalszych rozważaniach, odrywając się od współczesnego zacieśniania tematów<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Por. B. Brożek, *op. cit.*, roz. V.

Centralnym miejscem tożsamości jest kwalifikowanie. Jednakże tu nie chodzi o czynność kwalifikowania<sup>18</sup>. Tożsamość nie jest bowiem tą daną, która się dzieje za sprawą np. prawnika. Ona, przynajmniej z pozoru, pojawia się zewnątrz. A to, co jest kwalifikowane jako tożsame tożsamości prawa, bierze się z posiadanego przez nas wizerunku prawa wykształconego w dziejach naszego gatunku. Teraz nie przesądzam, ile w tym jest prawa, a ile jego natury. Natury, co nie musi oznaczać, że prawa naturalnego. Prawo ma swoją naturę choćby już w tworzeniu prawa, wykształconą i utrwaloną, inaczej aniżeli to w naturze wziętej. Przy tej okazji przypomnę, że czym innym jest prawo, całe prawo będące odpowiednio (nie)zinternalizowane zdaje się głównie za pośrednictwem kultury<sup>19</sup>, a w podręcznikach za pośrednictwem głosu, idei, wartości<sup>20</sup> prawa, a czym innym jego akty, które łącznie z prawem i na gruncie jego tożsamości stają się jako prawo.

To „stają się” biorę za ową kwalifikację, więc kwalifikację „stawania się”. Od razu też dodaję, że ono nie ma charakteru decyzji<sup>21</sup>, choć tak by mogło wyglądać. Ta kwalifikacja czyni się wewnątrz tożsamości, natomiast decyzja musi mieć postać aktu zewnętrznego. Pomijam inne różnice. „Na gruncie” zaś traktuję, w pewien sposób, tak jak mechanizm, który daje się rozumieć bardziej w metodologii aniżeli w teorii prawa. Wszystko ma swoją tożsamość. Niemniej już z tej nazwy wynika, że też wszystko jest zróżnicowane na mocy przybrania swojej tożsamości, każdej oddzielnie. Jednakowe zdaje się być jedynie to, że w niej się dokonuje stawanie i co do tego tylko, że taki mechanizm działa. Czy to „stawanie” jest zależne od woli prawnika, legislatora, podmiotu prawnego itp.? Nie jest zależne. I to właśnie zdaje się kategorialnie wyróżniać tożsamość prawa od innych tożsamości chyba, że ktoś stanie na stanowisku, że w prawie, i dalej przy jego tożsamości, można dokonywać odkryć względnie zmian gatunkowych. Co można? Można natomiast „zadawać” powyższemu stawaniu się na gruncie, rzecz jasna, tożsamości, zmiany prawa, w których przecież kryją się rozmaite ich przyczyny, cele, założenia etc.

<sup>18</sup> S. Czepita, *op. cit.*; A. Pomieciński, S. Sikora red., *Zanikające granice. Antropologizacja nauki i jej dyskursów*, Poznań 2009, s. 48 i n.

<sup>19</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar interpretacji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, *passim*.

<sup>20</sup> M. Kordela, *op. cit.*; por. J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2000, roz. III.

<sup>21</sup> Filozoficzną problematykę decyzji rozwinął J. Woleński, *Pojęcie decyzji w świetle filozofii*, *Kwartalnik Filozoficzny*, z. 3/2014, *passim*. Por. też. idem, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa–Kraków 1980, roz. I.

Ale można uczynić coś znacznie więcej. To „zadać” nie jest wcale przypadkiem świadczącym o głębi na wykorzystywaniu tożsamości. Właśnie teraz najlepsze jest miejsce ku temu, aby na tle powyższych tez powiedzieć: czym innym staje się określanie tożsamości prawa, a w tym dążenie do tego określenia jako pracy o charakterze zdecydowanie intelektualnym i to w jej wymiarze heurystycznym, a czym innym przecież, jaki użytek w poznaniu prawa robi się z tego określenia na tle siatki pojęciowo-terminologicznej z obecnie widoczną tendencją, aby była wąska i ukonkretyzowana i ponadto, jaki z tego możemy mieć użytek w operowaniu prawem, odróżniając w szczególności stosowanie od jego operowania oraz operowania prawem w prawie. Nie trzeba dowodzić, że to jest złożone w różnorodności podejście do powyższej tożsamości prawa, która, być może, okaże się z pewnego punktu widzenia dominującą. Myślę, że gdyby to wziąć za transcendentnie otwarte podejście badawcze, wtedy dotychczasowa nasza teoria, która wydaje się być nie-teoretycznie skrupulatną i wewnątrznie niejednorodną, okaże się też nieprzydatną w teorii tożsamości prawa, jednocześnie sądząc, że teorii prawa mamy więcej aniżeli jedną.

W obrębie tej tezy – piątej – mieści się tożsamość, nazwijmy ją, zgodnie z tym, co już napisałem, pierwszą, zadowalającą się prawem w jego fizycznym (cokolwiek by to miało znaczyć) wyrazie, rzecz można przykładowo w działalności prawodawczej, stosowaniu prawa itp. Ona jest po prostu stwierdzalna. Można ją stwierdzić i ustalić, ustalić, że coś zakwalifikowała jako prawo. Do tego (w zasadzie) nie potrzebuje sobie właściwego języka. Wystarczy jej język używany przez prawnika, dodajmy – dogmatyka prawa.

Ale, to byłoby zbyt proste i wątpliwe, czy przy takim tylko podejściu, tożsamość zasługiwałaby na uwagę. Ona z pewnością na nią zasługuje, jeśli w tym właśnie miejscu przypomnimy mentalną tożsamość prawa. To miejsce wydaje się być odpowiednie, ponieważ w nim spotykają się obydwie tożsamości po to, by pierwsza kwalifikująca, sięgając do tej drugiej, miała zapewniony rozwój, intelektualny wymiar tego kwalifikowania, mentalnego kwalifikowania czegoś jako mentalności prawnej, dając się też przełożyć na humanistyczny wymiar prawa<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Na kwestie te zwraca uwagę M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja w moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003, zwłaszcza roz. III.; S. Wronkowska, *Czy Rzeczpospolita Polska jest państwem prawnym?*, [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. eadem, Warszawa 1995, roz. VI; P. Winczorek, *Konstytucja i wartości*, [w:] *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1997, s. 60 i n.; S. Kaźmierczyk, W metodologiczno-dyskusyjnym sposobie zajmowania się kryzysem, *Studia z Nauk Społecznych*, z. 6/2013, *passim*.

Jak wspominałem, prawo bez tego wymiaru jest trudne do wyobrażenia i jeszcze trudniejsze do zaakceptowania. Jednakże chcąc zrobić z tej mentalnej tożsamości użytek, trzeba by powiedzieć, czy jest to kategoria metodologiczna czy też ontologiczna i co więcej przesądzić, w jakim sensie będzie tu używana. Na pewno jest jednym i drugim. Ale w tych rozważaniach aspekt metodologiczny będzie podstawowy jako drogi czynionej z tożsamości do teorii prawa, pamiętając, że nie ma tylko jednej tej teorii. Właśnie, być może, że ta teoria rozwijana na wspomnianej drodze ma szansę stać się teorią dominującą w prawie, tym bardziej że, jak do tej pory, dystynkcja dominowania nie jest spotykana, a przez to nasza teoria pojawia się bardziej jako coś akcesoryjnego, „ozdoby” pisanego tekstu aniżeli sposobów jej użycia czy też wydzielenia z teorii takiej, która byłaby w danej problematyce znacząco rozwojowa tak dla siebie, jak i rozpoznawanej problematyki.

## 5

Wyjaśniając prawo tożsamością, a do tego dążę, należy przy odpowiednich założeniach stworzyć w rekonstruowaniu tożsamość w tożsamości, czyli dojść do tożsamości prawa jego tożsamością, a właściwie jej złożonością. Myślę, że dokonanie tego metodologicznego zabiegu, może się stać pomocne w ujawnianiu i rozwijaniu zarazem mentalnej tożsamości prawa. Słowem wiąże z nią (na poły intuicyjnie) duże możliwości nawet poznania prawa. Trzeba zauważyć, że tożsamość także prawa widziana bez zastanawiania się nad jej ewentualnymi typologiami, przedstawia się prosto, gdzie  $a = a$ , niemniej ta droga od jednego do drugiego  $a$  jest złożona i w tej złożoności zdaje się objawiać bogactwo możliwości z mentalną tożsamością prawa. Prostoty nie neguję, ale też nie godzę się z tym, by ona zamykała potrzebę zajęcia się tożsamością. I chociaż to (co piszę) wygląda na gmatwaninę w tau-tologii, tożsamość ma swój wewnętrzny wymiar i wewnętrzne złożoności.

Po czwarte, w czym wraża się jednolitość i złożoność mocy kwalifikującej tożsamości prawa, zwłaszcza gdy złożoności mamy mierzyć wypełniającymi je problemami łącznie z ich strukturą, no i genezą. A już to, że problemami tej kwalifikacji zajmuje się nauka, uwzględniając w tych problemach występujące układy graniczne, całość wydaje się być doniosła. Od nich z kolei mogą być uzależnione wyjaśnienia zarówno omawianej tożsamości, jej użycia, a w tej kolejności – prawa. Co to znaczy „użycie tożsamości” w jej mocy

kwalfikującej, stanowi ważne pytanie. Od niego, w dużej mierze, będzie zależało odrzucenie traktowania tożsamości tylko z tego powodu, że „jest bo jest”. Wreszcie też od niego będzie zależało rozumienie samej „kwalfikacji”. Czy w tym wypadku mamy ją rozumieć tak jak w nauce o stosowaniu prawa? Otóż nie. Gdyby wyszło tak, jak wychodzi w związku z tym stosowaniem, to wtedy nie miałoby większego sensu zajmowanie się tożsamością. „Kwalfikacja” wzięta i następnie spetryfikowana zarówno w stosowaniu prawa, jak i w jej ogólnym używaniu przede wszystkim w prawie administracyjnym i w jego doktrynie upowszechniła się, co do jej rozumienia, w stopniu zamykającym refleksje nad nią samą i samym prawem na (moim zdaniem) niskim poziomie. Toteż przy jej pomocy, w przyjętym dla niej rozumieniu i w wyznaczanym przez nią poziomie refleksji niewiele daje się wyjaśnić, co najwyżej uparcie powtarzać, czym ona jest. Na pewno pozostaje w niezgodności do powyższych tez. Ale tak przy okazji, dobrze by było zawiesić te pojęcia (terminy) teorii prawa, które mocą swoich znaczeń (rozumień) układają tę teorię w zamknięte rewiry i poziomy. I nie jest to zagadnienie tylko tego, co jest, a co nie jest konkluzywne, lecz przede wszystkim kwestii, jak teoria prawa reaguje na swoją siatkę pojęciowo-terminologiczną i dalej na całą doktrynę nauk prawnych? Gdyby to pytanie znalazło swoje monograficzne ujęcie, dzisiaj rola teorii byłaby już inna, a jej moc wyjaśniająca, w granicach przysługiwania prawu, czyniłaby prawo w swej naturze inne aniżeli obecne, tworzone bardziej z powodu technik tworzenia aniżeli ducha XXI w.

Wiadomo, że ten problem jest złożony<sup>23</sup>. Prawo też nie może nie być tradycyjne, z tym że w tej tradycji rozwijające się w ślad za współczesnością. Można przypuszczać, że ono, przy proponowanych tu tezach, a zwłaszcza przy ich ujęciach, może dać inny pogląd, głębszy, na badanie prawa. To nie oznacza, że nie ma takich podejść i postulatów. Są. One jednak się najczęściej „urywają”, czyli jakby bez starań o wprowadzanie nowej metodologii badawczej<sup>24</sup>. A przecież „badawcza” to nie samo co metodologia samego prawa. I tak jest, że my posługujemy się tą drugą, bez głębszego współdziałania z pierwszą. Toteż dotychczasowe myślenie o tożsamości, jakoś wzięte z tej drugiej i tylko z niej, nie odegrało większej roli w nauce prawa.

<sup>23</sup> S. Kaźmierczyk, *Inter (prawo)*, [w:] *Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 27 i n.

<sup>24</sup> Sytuacja ta może być w wielu wypadkach traktowana jako przypadek charakterystyczny.

## 6

Też jest, zdaje się, ważnym pytaniem, czy prawo „mieści” się w tożsamości i przez to ona go kwalifikuje i czy, będąc w niej, wciąż egzystuje? Są to problemy filozofii prawa i chociaż nie zostaną tu podjęte, będą się przypominały w podjętych rozważaniach. Wszelako nie sądzę, by można było je rozwiązać z powołaniem się na *communis opinio*. Niemniej będą takie miejsca, w których trzeba będzie do nich nawiązywać, wskazując na odpowiedni postulat.

Czyli tożsamość przy tym pytaniu może nie mieć waloru zewnętrznego wobec prawa. Tu niewątpliwie spotykamy się z odwiecznym problemem, czym jest prawo, zwłaszcza że ono, co do istoty, musi mieć, i to rozliczne, legitymacje zewnętrznego „zasilania”. Takie pytanie, kolokwialnie postawione, nie ma pełnej odpowiedzi. Ale, w kontekście tożsamości będąc, powinno znaleźć odpowiednie dla niej umożliwienie. Pójście drogą zewnętrznego punktu widzenia, a więc hartowską<sup>25</sup>, nic nie da poza przypomnieniem znanych już zagadnień<sup>26</sup>.

Tożsamość zakłada odrębności. Trudno się z tym nie zgodzić, ale też nie zapytać, jakie mogą być możliwe ich zastosowania. Czy zawsze w ujęciu ontologicznym, czy też w ujęciu epistemologicznym. Na naszych wyobrażeniach o prawie, gdzie występują zwłaszcza konkluzywności, zdaje się ciążyć podejście z wyraźnym akcentem na ontologię. W rezultacie przy tym ciężeniu i prostym używaniu „ontologii”<sup>27</sup> tożsamość zdaje się być przede wszystkim gwarantem prawa w odrębności do nie-prawa. Też gwarantem, że to co jemu zaanektowano pod postacią rozmaitych legitymizacji, zasad, funkcjonalności itp., przy nim zostaje. Tu nie może być miejsca na jakąś „herezję”. A nowe to jest to, co przychodzi do prawa i mocą aneksji przy nim zostaje. Taka nowość nie na długo okazywała się nowością. Była nią do czasu, gdy nie wyczerpano jej w opisie. Obawiam się, że podobny los spotka kognitywizm, z którego to kierunku wybieramy odpowiednio to, co może być przydatne prawu. Czy to się na tym skończy?

<sup>25</sup> Rozwija to J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, roz. II. Por. M. Dybowski, *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007, część III, roz. I.

<sup>26</sup> J. Oniszcuk, *Koncepcja prawa*, Warszawa 2004, roz. I.

<sup>27</sup> Por. J. Woleński, *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina*, [w:] R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. XVIII.

Zobaczmy. Podobny los spotkał postmodernizm prawniczy. On się już skończył. A to obecnie uprawiane odgrzebywanie nie ma już związku z głębokim postmodernizmem. Jedno wydaje się być pewne: przy dotychczasowych wypowiedziach o ontologii prawa, funkcja dodawania do prawa, czyniąc zadość formule, że prawo to jest „to a to” spycha tożsamość na tę formułę, zarazem uznając, że z tego nie ma wyjścia na jakieś różnorodne i współczesne pola badawcze prawa.

Można więc przyjąć w tym programie jako tezę badawczą, że pozostanie przy takim jak teraz „sztywnym” nastawieniu do ontologii prawa sprawi, iż zajmowanie się jego tożsamością nie posunie naszych wyobrażeń o prawie jako dziedzinie badawczej. Przecież czym innym jest ona jako ta dziedzina, a czym innym jako np. dziedzina przepisów prawnych, czy lewoskrętów. Natomiast przy odejściu od tej „sztywności” może się zmienić, rozwinąć itp. już sama potrzeba poszukiwań związków między tą ontologią a tą tożsamością. Z tego będą wynikały dalsze korzyści, mianowicie: rozluźnienie wewnętrznego napięcia teorii prawa i wyjścia z niego na zewnątrz. Sądzę, że wtedy dałoby się też ograniczać widoczne dążenia w potrzebie rozróżniania między zewnętrznym a wewnętrznym punktem widzenia, czy chociażby co do granic między dogmatyką a teorią prawa.

Oczywiście przy podejściu poznawczym (epistemologicznym) wiele zależy od przyjętych założeń badawczych. Podkreślam, że o badawczość tu chodzi oraz o propozycje metodologiczne w potrzebie tworzenia dla tożsamości jej metodologii. Temu celowi służy wykaz powyższych tez. Wtedy, gdy dojdziemy do rekonstruowania miejsca dla badania prawa przez jego tożsamość, może się okazać, że daje się również wyznaczać nowe postulaty nowej teorii prawa. Bo z tego, że tożsamość kwalifikuje, w sensie ontologicznym, prawo jako prawo, trzeba będzie na tę kwalifikację inaczej spojrzeć aniżeli jak na proste zagadnienie kwalifikowania<sup>28</sup>.

Na tle tych tez, a zwłaszcza tezy o mentalnej tożsamości prawa jako odrębnej od tożsamości prawa w jego fizycznym (jak nazwałem) wymiarze, rodzi się zasadniczo podstawowe pytanie, jak do tożsamości ma się mieć rozwój prawa też w rozumieniu rozwoju doktryny prawnej? Stojąc na stanowisku o kwalifikującej mocy tożsamości, rozwój ten nie będzie do niej należał. Ale tę tezę odłożę na później, na bardziej dojrzałą porę teoretycznej

---

<sup>28</sup> Przyznaję, że określenie „prostego” jest na tyle niepewne, iż lepiej niech zostanie jako coś bardziej perswazyjnego.



refleksji nad tożsamością prawa. Bo o ile w obrębie pierwszej tożsamości (fizycznej), co nie oznacza, że wyższej, szeroko rozumiany rozwój prawa, może być „pieczętowany” tożsamością, o tyle przy mentalnej tożsamości prawa rola tego rozwoju znacząco przekracza owe „pieczętowanie”. Kwestie te, wyjątkowo fundamentalne dla tożsamości, mogą się nadawać na poprzednio wspomniany jej węzeł, z którego, w moim zamiarze, powinny wypływać postulaty co do metodologicznego namysłu nad przejściem do „wyższej” teorii prawa. Niemniej zanim dojdę do tego węzła, potrzebna będzie inna jeszcze refleksja nad omawianą tożsamością. Myślę tu o pytaniu, czy te dwie tożsamości mogą ułożyć się w immanencję prawa, czyli w coś bardziej bogatszego aniżeli wewnętrzny punkt widzenia, w dodatku o takiej jej wewnętrzności, a więc niebanalnej, której konsekwencją byłaby (mogłaby się stać) transcendencja<sup>29</sup> tożsamości, i jako taka, zdolna do rozwijania wspólnie potrzebnej teorii prawa, gdyż ta obecna, pod względem jej używania, nie jest użyciem teorii. Słowem można mieć przekonanie o tożsamości prawa jako (rzecz ujmując metodologicznie) drodze (na razie mówiąc eufemistycznie) poznawczo bogatej w wywiązywania się z niej problemów badawczych prawa.

---

<sup>29</sup> Nowe spojrzenia i zastosowania transcendencji patrz: J. James, *op. cit.*, *passim*.