

Rozdział I. Proces kodowanie prawa, katafatyczny kod prawa i konteksty

§ 1. Wprowadzenie do teorii

I. Pojęcie katafatyczności

Nazwa przedmiotowej teorii została zaczerpnięta z teologii. Charakterystyczne dla nurtu, jakim jest teologia katafatyczna, jest aprobatą założenia, że człowiek jest w stanie pozytywnie wypowiadać się o tym, „jaki Bóg jest”. Stąd nurt ten określany jest także mianem teologii pozytywnej. Jest to przeciwieństwo teologii apofatycznej, której naczelną tezą jest to, że pomimo faktu, iż ludzie są w stanie wypowiadać wiele prawdziwych twierdzeń o Bogu, to jednak pozostaje on wielką tajemnicą¹. Na tej podstawie skonstatować można, że katafatyczny kod prawa to taki kod, co do którego można powziąć wiążące konkluzje, niebędące źródłem wątpliwości. Odnoszenie tego pojęcia do interpretacji tekstów wiąże się z aprobowaniem lokowania nadawcy komunikatu i jego adresata na pozycji równorzędnej. Włączanie terminologii teologicznej do terminologii naukowej może być poczytywane za pewną niestosowność, jednak wypada się tutaj zgodzić ze stwierdzeniem *Domique’a Lamberta*, który stwierdza, że konflikty pomiędzy nauką i teologią przyczyniają się do zmiany spojrzenia na pewne istotne „pytania towarzyszące interpretacji danych i praktyk naukowych”. Taką funkcję spełniać mogą także konflikty lub innowacje terminologiczne².

Artur Nowak-Far w tekście zatytułowanym „Katafatyczny kod prawa”, sięgając po zasygnalizowane już pojęcie z dziedziny teologii, zwrócił uwagę na to, że zrozumiałość prawa stanowi pierwszy i podstawowy warunek jego efektyw-

¹ G. O’Collins, E. Farrugia, Leksykon pojęć teologicznych i kościelnych z indeksem angielsko-polskim, Kraków 2002, s. 350–351.

² D. Lambert, Ryzykowne spotkanie teologii z nauką, Kraków 2018, s. 7.

ności³. Słyszac termin „efektywność prawa”, większość spośród osób posiadających wykształcenie prawnicze z pewnością posiada liczne asocjacje. Bez wątplenia takie skojarzenia posiadają także osoby, które wykształcenia prawniczego nie posiadają, a jedynie są w sposób dość luźny zainteresowane sytuacją prawną i silnie z nią skorelowaną sytuacją polityczną w kraju. Można zakładać, że wielość zapytanych osób funkcjonujących w polskiej rzeczywistości prawnej byłaby wprost proporcjonalna do stanowisk reprezentowanych przez te osoby, a zatem mogłyby pojawić się różne i niekoniecznie spójne ze sobą zdania na ten temat. Wszystko to uzależnione jest w pierwszej kolejności od tego, jaki sposób rozumienia prawa przyjmiemy za punkt odniesienia dla konkretnych rozważań poświęconych efektywności – w ten konkretny sposób – rozumianego prawa.

W tym miejscu należy sobie uzmysłowić, że zrozumiałość prawa wynikająca z jasności i przystępności jego języka może stać się podstawą do oceny jego efektywności.

Nie sposób nie zgodzić się z powołaną powyżej tezą i zaprzeczyć istnieniu ścisłego związku zrozumiałości prawa i jego efektywności, jednakże warto zapytać o to, co dokładnie należy rozumieć przez pojęcie efektywności prawa. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę na to, że efektywność prawa może być rozpatrywana na następujących poziomach:

- 1) w ujęciu systemowym (które może być także określane jako ujęcie holistyczne), a zatem w odniesieniu do systemu prawa rozumianego jako zespół wielu rozproszonych norm, którego to systemu naczelną zasadą jest jego hierarchiczny ustrój, który odnosi się zarówno do hierarchii samych norm, jak i do hierarchii aktów prawnych;
- 2) w ujęciu częściowo-systemowym, a więc w sytuacji, w której za kontekst rozważań przyjmuje się nie całe prawo funkcjonujące na określonym terytorium w określonym czasie, lecz tylko jego wskazany za pomocą określonych kryteriów i/lub ram fragment. Dla przykładu można tutaj mówić np. o szeroko pojmowanym prawie cywilnym i za punkt odniesienia dla oceny efektywności tego szeroko rozumianego prawa cywilnego przyjmować zarówno kodeksowe regulacje materialnoprawne, jak i prawo cywilne pozakodeksowe, czy wreszcie ogół regulacji procesualistycznych, które są w znacznym stopniu skodyfikowane, nie jest to jednak jedyny akceptowalny sposób selekcjonowania materiału stanowiącego przedmiot analizy;

³ A. Nowak-Far, *Katafatyczny kod*, s. 5.

- 3) w relacji do praktyki kontraktowej, a więc skupić należy się na badaniu ogółu regulacji, które wpływają na to, jak np. wygląda praktyka kontraktowa w danej dziedzinie prawa (szerszej lub węższej) – np. przedmiotem takich badań mogą stać się:
 - a) akty notarialne, które obejmują umowy dotyczące nieruchomości;
 - b) umowy gospodarcze w sensie szerokim, niezależnie od tego, w jakiej formie zostały zawarte;
- 4) w relacji do przepisów skupionych w ramach pojedynczych aktów prawnych, niezależnie od tego, której dziedziny komponentami byłyby te akty prawne, jak również niezależnie od tego, czy badacz miałby do czynienia z aktami w randze ustawy, czy też regulacjami objętymi unormowaniami niższego rzędu.

Powyższy sposób przeprowadzania analiz, którego punktem wyjścia są treści przepisów zawartych w określonych aktach normatywnych, a w szczególności w ustawach, jest najbliższy autorowi niniejszego opracowania, jednakże ma on świadomość tego, że nie jest to jedyne podejście zasługujące na całkowitą aprobatę. Wynika to przede wszystkim z tego, że efektywność prawa, która jest ostatecznym i ważnym celem badań takich jak te, może przejawiać się na różnych poziomach, w których jawi się byt systemu prawa lub byt jego pojedynczych komponentów. Przekonanie to wynika z tego, że faktem jest, iż złożoność systemu prawa przekłada się w bezpośredni sposób na to, że niekiedy to już modyfikacja pojedynczych przepisów, zorientowana na taką ich językową optymalizację, która będzie miała na uwadze również dobro, a w szczególności (we właściwy sposób rozumiane) odciążenie funkcjonującego – w zależności od interpretacji – na uboczu systemu prawa stanowionego bądź też jako istotny i nieodzowny korelat tego systemu – aparatu administracyjnego, sądowego i prawniczego, może okazać się rzeczywiście przełomowa.

W tym miejscu należy podkreślić jednak, że badanie zrozumiałości prawa, które w ostatecznym rozrachunku służyć ma czynieniu prawa bardziej zrozumiałym i zoptymalizowanym w taki sposób, by mogło być bardziej efektywne, nie powinno ograniczać się wyłącznie do badania ustaw, lecz powinno dotyczyć także sfer praktyki sądowej, a przy tej okazji standardów obowiązujących w redagowaniu pism procesowych, jak również – co nie mniej ważne – badania tego rodzaju powinny dotyczyć także tego, jak wygląda rzeczywista praktyka w odniesieniu do języka, którym kształtowane są umowy regulujące całość życia gospodarczego na określonym terytorium. W tym miejscu okazuje się więc, że katafatyczność nie jest tylko wyimaginowanym postulatem, który w największym zakresie skupia się na logomachii, będącej – w ślad za de-

finicją słownikową – tylko i wyłącznie jałową dyskusją, której umyka rzeczywista istota problemu⁴. Istota problemu polega na tym, że sygnalizowany tutaj i omawiany problem jest uchwytny dla każdej świadomej osoby, która w jakikolwiek sposób zaangażowana jest w praktykę prawniczą lub okołoprawniczą. Naczelna maksyma katafatyczności dotyczy właśnie powielania dobrych praktyk prawniczych i okołoprawniczych, a wyrażać się ona może przede wszystkim w dbałości o nośnik prawa, który pozostaje niezmienny niezależnie od sposobu pojmowania tego prawa, a jest nim język naturalny.

Objaśnienia wymaga, jak powinna być rozumiana powyżej powołana pozycja równorzędna. Równorzędność może być rozumiana literalnie i funkcjonować jako synonim określenia sytuacji dwóch różnych od siebie podmiotów jako sytuacji identycznej. Jednakowoż mieć należy na względzie także i to, że mówienie o identyczności sytuacji dwóch podmiotów *in abstracto*, a zatem bez posługiwania się określeniem precyzującym, a najlepiej całym szeregiem określeń precyzujących, może być uznane za co najmniej niestosowne, gdyż czynność polegająca na dokonywaniu takiej oceny w istocie nie posiada w odniesieniu do rozpatrywania kwestii zrozumiałości jakichkolwiek sensów tak istotnego waloru jasności. Brak waloru jasności to nic innego jak niewystarczająca przystępność poznawcza. Należy jednak zwrócić uwagę, że brak waloru jasności w przedmiotowym kontekście uznać należy za stopniowalny, natomiast krańcowym punktem na kształtowanej przez niego skali jest nieprzystępność poznawcza. Analizując dalej, sytuacja dwóch różnych od siebie podmiotów, spośród których każdy realizuje w sytuacji komunikacyjnej sobie właściwą funkcję, która jest funkcją odmienną od funkcji drugiego spośród uczestników tej sytuacji komunikacyjnej, powinna dokonywać się z uwzględnieniem do pewnego stopnia zrozumiałych i – w pewnym znaczeniu – także naturalnych odmienności. Analiza taka powinna jednak zakładać także to, że równorzędność, o której tu powiedziano, przy uwzględnieniu szeregu okoliczności, o których mowa będzie dalej, może być jedynie równorzędnością pozorną bądź też równorzędnością jedynie konwencjonalną. Autor niniejszej analizy zakłada, że dokonywanie takiego rozróżnienia ma swoje głębokie uzasadnienie faktyczne, o czym również dalej.

⁴ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/logomachia.html> (dostęp: 23.12.2020 r.).

II. Pojęcie czytelnika tekstów aktów prawnych

Pojęcie czytelnika aktów prawnych może być uznane za istotne w odniesieniu do pojęcia katafatyczności, które – co trafnie podkreśla autor przedmiotowej teorii – jest pojęciem znacznie bardziej abstrakcyjnym niż pojęcie zrozumiałości⁵. Wprowadzenie w ten kontekst pojęcia czytelnika aktów prawnych sprowadza przedmiotową teorię na poziom konkretności, dlatego że konstrukcja, jaką stanowi czytelnik aktu prawnego, może być najzwęższej ujęta jako twór antropologiczno-filozoficzny, a zatem, w odróżnieniu od konstrukcji legislatora, jest tworem myślowym, którego każdy człowiek w swoim życiu doświadcza, i to niezależnie od tego, czy za główny punkt odniesienia zostanie tutaj przyjęty człowiek rozpatrywany jako byt ściśle biologiczny, jako byt w sensie szerokim, który może zostać tutaj roboczo nazwany sensem antropologiczno-metafizycznym, czy też jako byt społeczny, jednostka społeczna, której rozpatrywanie staje się nasyczone całym spektrum wyjątkowych znaczeń dopiero wtedy, kiedy zostanie umieszczona w kontekście innych jednostek, podobnych (niezależnie od tego, jakie kryteria tego podobieństwa przyjmujemy) do niej samej.

Pojęcie czytelnika tekstów prawnych jest doniosłe także ze względu na to, że dobitnie demonstruje, na czym polega fenomen równorzędności w sytuacji komunikacyjnej, który nie jest równie łatwo dostrzegalny, gdy za przedmiot analizy uczyni się rodzaj i jakość relacji, która łączy legislatora z adresatem regulacji prawnej. Być może taka percepcja tego fenomenu jest rezultatem tego, że bycie legislatorem w żadnym razie nie jest typowym składnikiem ludzkiej codziennej egzystencji. Autor niniejszego opracowania jednocześnie ma świadomość, że z powyższą tezą można się nie zgadzać ze względu na to, że człowiek jest odbiorcą różnego rodzaju norm od samego początku swojej ziemskiej egzystencji, że choć normy, które są komponentem egzystencji człowieka w początkowych okresach jego życia, najczęściej nie są normami prawnymi, lecz stanowią innego rodzaju normy społeczne, które najczęściej przybierają postać nakazów lub zakazów, a ich moc wynika nie z faktu ich ogłoszenia w konkretnym publikatorze, takim jak np. Dziennik Ustaw, lecz są rezultatem ich powszechnej akceptacji. Roztrząsanie zagadnienia powszechnej akceptacji określonych norm implikuje pewną niewyartykułowaną wprost możliwość uznawania czy też traktowania norm zaakceptowanych, czasem nawet zaakceptowanych milcząco, jako norm stworzonych przez osoby, które je akceptują. Należy tutaj wyraźnie zaakcentować, że proces polegający na akcep-

⁵ A. Nowak-Far, *Katafatyczny kod*, s. 6.

towaniu określonych norm przez wspólnotę jest procesem kreacji, która dokonuje się w istocie rzeczy kolegalnie. Wynika z tego, że swoiście rozumiane doświadczenie bycia legislatorem lub – inaczej – twórcą systemu wartości jest wpisane w cały horyzont ludzkiej egzystencji, jest elementem zarówno bycia człowiekiem, jak i stawania się nim. Przez doświadczenie stawania się człowiekiem można tutaj rozumieć stan rzeczy, który polega na dojrzewaniu jednostki ludzkiej do pewnego rodzaju poświęceń czy też wyrzeczeń po to, by dać tym wyraz pełnej akceptacji dla sposobu organizacji społeczeństwa, w którym się uczestniczy i – ostatecznie – osiągnąć harmonię.

Powołane wyżej słowo „harmonia” wymaga silniejszego zaakcentowania. Pojęcie to stanowi konieczny komponent zarówno doświadczenia bycia legislatorem, jak i doświadczenia bycia czytelnikiem tekstu aktu prawnego. Dążenie do lepszego zrozumienia tego, czym jest harmonia w odniesieniu do aktów prawnych i – szerzej – systemu prawa, przekłada się na lepsze zrozumienie (i w ostatecznym rozrachunku także silniejszą akceptację) dla tezy, w myśl której również świadome łączenie roli legislatora (i szerzej normodawcy) z rolą czytelnika aktów prawnych (i szerzej także z rolą odbiorcy różnych norm) pozwala na lepsze zrozumienie tego, że efektywność systemu prawa wiąże się równie silnie z dbałością o jego zrozumiałość (wynikającą z przystępności poznawczej prawa pisanego), co z doskonaleniem w sobie tych cech, które są istotne z punktu widzenia postawy odbiorcy norm (czytelnika tekstów aktów prawnych) jak i z punktu widzenia postawy reprezentowanej przez autora tekstów przepisów, składających się dalej na normy prawne, autora różnorodnych rekomendacji i wzorców postępowania, czy w ostatecznym rozrachunku – postawy legislatora.

Ryszard Sarkowicz zauważa, że analiza tekstów aktów prawnych, jak też egzegeza „Pisma Świętego” umiejscawiają adresata na odmiennej, niższej pozycji aniżeli nadawca komunikatu. Zdaniem badacza z tym stanem rzeczy wiąże się fakt, że w kontekście tekstów aktów prawnych (podobnie jak w kontekście Biblii) adresata nie określa się mianem czytelnika⁶. Odrzucanie pojęcia czytelnika wiąże się z tym, że relacja nadawczo-odbiorcza, jaką kształtują teksty aktów prawnych, wiąże się z silnym eksponowaniem stosunku władczości⁷. Można więc dostrzec, że przedmiotowa teoria dąży do istotnej reorientacji, zbyt silne akcentowanie stosunku władczości stara się zastąpić sytuacją dialogiczną.

⁶ R. Sarkowicz, *Pozioma interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995, s. 43.

⁷ Tamże, s. 43–44.

III. Zasada traktowania adresata regulacji prawnej po partnersku

Zakłada się, że osiągnięcie zrozumiałości prawa może być osiągnięte tylko poprzez traktowanie adresata regulacji po partnersku⁸. Dążenie do traktowania adresatów regulacji w taki sposób jest ważne także przez wzgląd na to, że normy prawne, pomimo swojego abstrakcyjnego charakteru, często stosowane są do załatwiania spraw, których charakter uznać można za ściśle osobisty⁹. Traktowanie adresata tekstów prawnych po partnersku jest istotne, gdyż konsekwencje tego mogą ujawniać się na poziomach różnych stosunków prawnych, zarówno publicznoprawnych, jak i prywatnoprawnych. Należy zwrócić uwagę na to, że gdy skutek zawierania jakiegokolwiek stosunku prawnego wpisującego się w ramy relacji prywatnoprawnych dojdzie do nieporozumienia, w przeważającej większości wypadków rozwiązanie sporu odbywa się za pośrednictwem reprezentanta władzy państwowej – może być to np. sąd, natomiast w przypadku konieczności odwołania od rozstrzygnięcia decyzji kończącej sprawę w postępowaniu administracyjnym szansa innego rozstrzygnięcia – podobnie – uzależniona jest od organu administracji, najczęściej organu wyższej instancji¹⁰. Należy dostrzec, że sytuacja, w której to adresat regulacji prawnej niezadowolony z jego aktualnej pozycji prawnej czy też nieaprobujący rozstrzygnięcia jego sprawy nie rozumie podstawy prawnej takich stanów faktycznych, uznana być może za sytuację kuriozalną, lecz – niestety – sytuacje tego rodzaju nie należą do rzadkości. Prawo, które traktuje adresatów po partnersku, jest w stanie nie tylko finalnie rozwiązać ich problem, ale także zmotywować ich do podjęcia właściwie ukierunkowanych działań. Adresat regulacji rozumiejący jej sens widzi także sens dalszego uczestniczenia w postępowaniu mającym na celu doprowadzenie do zakończenia sprawy zgodnego z istotą regulacji (istotą zrekonstruowaną samodzielnie przez bezpośrednio zainteresowanego adresata).

Powyżej powołana została zasada traktowania adresata regulacji prawnej po partnersku, która to zasada unaoczniała, że związane z dążeniem do czynnie-

⁸ Problematyka partnerstwa w komunikacji doczekała się wielu opracowań, wśród których można wymienić np. pracę: A. Kalisz, E. Tyc (red.), *Partnerstwo w komunikacji*, Katowice 2020. W większości opracowań jednak problematyka partnerstwa w języku prawa jest pomijana.

⁹ M. Rutkowski, *Rozmowa urzędowa. Analiza konwersacyjno-dyskursywna*, Warszawa 2015, s. 26.

¹⁰ Por. tamże.

nia prawa możliwie najbardziej zrozumiałym aspirację sytuują pojęcie zrozumiałości jako niezbędny i konieczny korelat, mający status swoistego prekursora w odniesieniu do stanu umysłu, jakim jest zrozumienie określonego stanu rzeczy, ale też jego przesłanek i – wreszcie – pojmowanej w sposób abstrakcyjny zasadności.

Rozróżnienie pojęcia, jakim jest zrozumiałość (traktowana jako punkt wyjścia), od pojęcia, jakim jest zrozumienie (traktowane jako punkt dojścia), pozwala na czynienie bardziej realnymi dążeń ukierunkowanych na wyraźne zarysowanie linii, która miałaby rozgraniczać od siebie stan rzeczy, który może zostać określony jako więź będąca równorzędnością pozorną (czysto konwencjonalną) w sytuacji komunikacyjnej. W rozpatrywanej sytuacji po jednej stronie znajduje się legislator, a po drugiej zaś odbiorca tekstu prawnego, dla którego to odbiorcy ów tekst prawny wygląda bardziej tajemniczo aniżeli zrozumiale. Stan ów odróżnić należy od stanu, gdzie normy prawne wytworzone przez legislatora spotykają się z rzeczywistym i pełnym zrozumieniem. W pierwszej sytuacji mamy do czynienia z jedynie pozorną równorzędnością komunikacyjną, w drugim zaś jest to równorzędność rzeczywista (faktyczna).

W odniesieniu do zaprezentowanej tutaj zasady traktowania adresata regulacji przepisu prawnego po partnersku szczególnego znaczenia nabiera zaprezentowana już wcześniej idea, zgodnie z którą czytelnik tekstów aktów prawnych jawi się jako desygnat posiadający wyjątkowy status na tle innych komponentów systemu prawa. Jest tak przede wszystkim dlatego, że idea czytelnika tekstów aktów prawnych jest ideą szczególnie bliską ludzkiemu doświadczeniu, bo jest przez każdego człowieka w określony sposób przeżywana. Można nie zgadzać się z tym, że idea ta jest rzeczywiście przeżywana przez każdego człowieka, jednak zgodnie z zaprezentowanym powyżej schematem antropologicznym rozwijanie życiowego doświadczenia, w tym także percepcja uobecniających się w tym doświadczeniu części systemu prawa, skutkuje omalże automatycznym nabieraniem stosunku do różnych fenomenów ogólnoludzkich i społecznych, a dzięki temu przestrzeganie narzuconych nakazów i zakazów jawi się jako coś całkowicie normalnego, zrozumiałego i w pełni akceptowalnego, nie jest natomiast traktowane jako działanie w wykonaniu określonego, z góry narzuconego nakazu, jak też nie jest traktowane bezpośrednio jako obowiązek.

IV. Sposoby interpretacji teorii katafatycznego kodu prawa

Teoria katafatycznego kodu prawa może być interpretowana różnorodnie. Trudno podać w wątpliwość tezę, że w pierwszej kolejności tyczy się ona procesu komunikowania się, szczególnie mając na względzie, że wpisuje się ona w nurt teorii zajmujących się analizą dyskursu. Jest jednak teorią zajmującą się analizą dyskursu w sposób swoisty, gdyż różni się ona od teorii konkurencyjnych tym, że może być skutecznie aplikowana do analizowania kodu prawa jako dyskursu swoistego, który zajmuje się normowaniem zarówno sytuacji typowych, jak i nietypowych. Legislacja nadzwyczajna to tworzenie prawa, które odpowiada na szczególnego rodzaju potrzeby, które niekiedy mogą być potrzebami wymuszonymi nadzwyczajnymi okolicznościami, a czasami nawet okolicznościami, które mogą być wprost uznane za okoliczności kryzysowe.

Legislacja w czasach kryzysu nie jest czymś zupełnie nowym. Historia Polski zna przecież kryzysy zdeterminowane różnego rodzaju klęskami żywiołowymi czy też nieurodzajami, to jednak dopiero rok 2020 i kryzys związany z epidemią COVID-19 (spowodowaną wirusem SARS-CoV-2) przyniósł potrzebę wprowadzania specjalnych rozwiązań legislacyjnych związanych ze zwalczaniem kryzysu, którego zasięg i skala są bardzo szerokie. Pojawia się więc pytanie, jaka może i powinna być pierwsza nauka dla legislatorów, która mogłaby stanowić swoistą dyrektywę wspierającą efektywne zarządzanie przez legislację kryzysami o podobnej skali jak i kryzysami mniejszymi.

Koncepcja katafatycznego kodu prawa oprócz tego, że skupia się na rozważaniu problematyki zrozumiałości prawa i oferuje różne rozwiązania w zakresie procesu dostrajania prawa do potrzeb odbiorców, przede wszystkim w zakresie jego przystępności, to równie dużo miejsca poświęca właśnie organizowaniu i rozwijaniu dyrektyw, które służyć mają ostrożnej legislacji. Należy w tym miejscu przypomnieć, że problem zrozumiałości prawa, chociaż jest stale obecny w kontekście działalności legislacyjnej, to jednak powraca ze zwiększoną siłą, zwłaszcza gdy pojawia się potrzeba uregulowania zagadnień, które uznać można za technicznie lub społecznie skomplikowane¹¹. Regulacje dotyczące sytuacji kryzysowych to bez wątpienia regulacje dotyczące problematyki społecznie skomplikowanej.

¹¹ A. Nowak-Far, Katafatyczny kod, s. 5.

W miejscu tym warto odwołać się do kwestii podniesionej w pkt II niniejszego paragrafu, dotyczącej doświadczenia „bycia legislatorem”, rozumianego jako jeden z powszechnych elementów codziennego ludzkiego doświadczenia. Rozważając proces legislacji, lokując go w otoczeniu społecznym, którego wiodącym komponentem jest sytuacja kryzysowa, warto w sposób szczególny zastanowić się nad tym, jakie piętno na byt systemu prawa, stabilność unormowań wynikających z jego przepisów wywiera – rozumiana szeroko – sytuacja geopolityczna i jak sytuacja ta może wpływać na standardy dobrej legislacji. Pierwsze co się narzuca, to problem funkcjonowania w percepcji społecznej i następczego stosowania przez społeczeństwo maksymy, która określana jest w doktrynie jako tzw. idea wolności pierwotnej, która mówi, że „to, co nie jest przez prawo zabronione, jest dozwolone”. Rozważanie tej problematyki rozpocząć należy od refleksji nad tym, jak szeroki jest zasięg powołanej zasady (1) w przestrzeni prawnej oraz (2) w przestrzeni społecznej¹².

Rozważając obecność powołanej zasady w przestrzeni prawnej, można powołać się np. na przepis art. 8 ustawy z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹³, który posiada następujące brzmienie: „Przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa”. Gdy zaś przyjdzie rozważać obecność tej zasady w przestrzeni społecznej, można i powinno się rozważyć funkcjonujące w kontekście powołanej wyżej idei wolności pierwotnej orzecznictwo. I tak np. WSA w Warszawie w wyr. z 22.1.2013 r., V SA/Wa 2215/12¹⁴, zauważa, że dla sprawnego funkcjonowania państwa jest istotny nie tylko podział władz, ale również sprawne funkcjonowanie instrumentów prawnych, dzięki którym możliwe staje się wzajemne kontrolowanie się władz. Powołane wyżej orzeczenie jako podstawowy gwarant właściwego realizowania się powołanych uprawnień kontrolnych wskazuje zasadę legalizmu, która wyznacza swoiste granice właściwego działania władzy publicznej i jej organów. Zasada ta wskazuje, że władza publiczna może działać tylko na podstawie i w granicach prawa, widać więc, że treść zasady legalizmu nie pozwala na wykraczanie poza granice zdeterminowane przepisami prawa i nie stwarza domniemań, których konsekwencją byłoby rozszerzanie kompetencji organów władzy publicznej

¹² Por. J. Zajadło, Wolność a prawo, w: J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2017, s. 362–366.

¹³ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162.

¹⁴ Legalis.

o wszystko to, co nie zostało przez ustawodawcę tym organom literalnie zabronione.

Podobne konkluzje nasuwają się w rezultacie analizy wypowiedzi doktryny związanych z powoływaną wyżej zasadą prawną. I tak np. *Katarzyna Kokocińska* w komentarzu do art. 8 Pr Przed stwierdza, że zasadę „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone”, należy rozumieć jako zasadę zakładającą powstrzymywanie się od nieuzasadnionej ingerencji w stosunki gospodarcze przez organy administracji publicznej¹⁵. Analizując tę wypowiedź, należy zastanowić się szerzej nad pojęciem nieuzasadnionej ingerencji, które jest pojęciem niedookreślonym, a zatem może implikować różnego rodzaju wątpliwości interpretacyjne, które powinny być usuwane przede wszystkim przez analizę literalnego brzmienia przepisów wskazujących uprawnienia organów władzy publicznej czy też ściśle wskazanych organów administracji. Jednocześnie nie można w sposób całkowity wykluczyć sytuacji wykraczania przez organy poza zapisane w ustawie katalogi uprawnień, jednakże tego rodzaju odstępstwa powinny dokonywać się tylko wtedy, gdy nie są one co prawda dopuszczone przez prawo wprost, lecz ich byt wynika z interpretacji przepisów, która wskaże, że w określonym (zaistniałym) stanie faktycznym aktualizują się konkretne przesłanki, zezwalające na zmianę reguły postępowania mającej zastosowanie do typowych stanów faktycznych.

V. Problematyka analizy dyskursu

Stwierdzić należy, że problematyka zrozumiałości prawa jest silnie skorelowana z zestawem zagadnień dotyczącym problematyki komunikacji międzyludzkiej *sensu largo*. Zrozumiałość prawa wiąże się więc z fenomenem zrozumiałości w codziennej komunikacji międzyludzkiej. Można z tego wnioskować, że droga do konstruowania wytycznych, które w ostatecznym rozrachunku mają stać się ogólnymi prawidłami, pozwalającymi na czynienie prawa bardziej przystępnym, to droga do zrozumiałości prawa oparta w pierwszej kolejności na ogólnym filtrze antropologicznym. Innymi słowy, lepsze zrozumienie procesu, który można skrótowo opisać jako wyjaśnianie tego, jak „przeciętny człowiek” dociera do sensu konkretnego przepisu, do jego znaczenia, pojmowanego w sposób dokładny i precyzyjny, to w pierwszej kolejności pochodna lepszego rozumienia tego, jak „przeciętny człowiek” rozumie jego

¹⁵ K. Kokocińska, w: M. Wierzbowski (red.), *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX, art. 8 Pr Przed.

własną komunikację z innym „równie przeciętnym człowiekiem”. Należy jednak wyjaśnić, że termin „przeciętny człowiek”, jak też i wszelkie zabiegi związane nawet z czysto konwencjonalnym określaniem i porównywaniem ludzkiej przeciętności lub innych ludzkich cech, w tym również w odniesieniu do ludzkich zdolności poznawczych, mogą być przedmiotem krytyki z tego powodu, że są one obarczone dużą dozą subiektywizmu i oceny wydawane w oparciu o nie mają taki właśnie, subiektywny charakter.

W związku z powyższym nie może i nie powinno ani trochę dziwić, że w nauce podejmowane są próby opisu całego ogólnego i jakże szerokiego fenomenu, jakim jest system prawa, przez pryzmat procesu ludzkiej komunikacji czy wręcz przez pryzmat dialogu rozumianego jako zupełnie podstawowy budulec dyskursu. Próbę usystematyzowania tak zorientowanego namysłu nad systemem prawa podejmuje w swojej rozprawie zatytułowanej „Dialogiczna koncepcja prawa” *Anna Rossmannith*¹⁶. Jej propozycja jest o tyle interesująca, że aspirując do bycia propozycją systemową, stanowi jednocześnie rozwiązanie eklektyczne, stawiające na połączenie jako równoprawnych komponentów zaczerpniętych z systemów filozoficznych tworzonych przez filozofów zainteresowanych budowaniem systemu filozoficznego w klasycznym rozumieniu (*Hegel*), jak też komponentów, które będąc typowymi dla Hegłowskiej filozofii spekulatywnej, mogą być jednocześnie uznane za problemy o dużej doniosłości praktycznej, która wynika przede wszystkim z możliwości aplikowania części omawianej problematyki w życiu jako swoistych drogowskazów moralnych. Tego rodzaju doniosłość należy niewątpliwie przypisywać rozważaniu dialogu, jako naczelnego komponentu do budowania porozumienia z drugim człowiekiem, w konsekwencji dialog może być widziany jako droga do unikania sporów tam, gdzie nie są one niezbędne, co w rezultacie może i powinno prowadzić człowieka nie tylko do lepszego zrozumienia innych osób – a więc partnerów w dialogu, lecz także do lepszego zrozumienia samego siebie.

Zgłębianie problematyki analizy dyskursu dla potrzeb edukacji prawniczej powinno przede wszystkim ukierunkowywać na poszukiwanie rzetelnej odpowiedzi na pytanie, co znaczy, że spór jest niezbędny. Abstrahując w tym momencie od definiowania tego, czym jest spór i jakie warunki powinny być spełnione, aby o dialogu o określonej, co do zasady wysokiej temperaturze powiedzieć można było, że jest on sporem, stwierdzić należy, że spór w nauce prawa istnieje wówczas, gdy wokół jakiegokolwiek zagadnienia brak jest pełnego kompromisu. W tym miejscu należy skoncentrować się na słowie

¹⁶ A. Rossmannith, *Dialogiczna koncepcja prawa*, Warszawa 2019, s. 13 i n.

„pełny”, które posłużyło za przydawkę klasyfikującą w odniesieniu do rzeczownika „kompromis”, i objaśnić, że za pełny można uznać taki kompromis, który nie może osiągnąć już większego poziomu. Z niniejszej tezy wynika więc, że spór w nauce, a w szczególności spór w nauce prawa, istnieje tak długo, jak długo jakieś konkretne zagadnienie może zostać zaprezentowane w sposób wzbudzający jeszcze mniej wątpliwości aniżeli w momencie, w którym dochodzi do eskalacji sporu, jak też o sporze można mówić dopóty, dopóki można *explicite* wskazać wątpliwości lub sferę niepewności związaną z bytem określonego przepisu w porządku prawnym.

Z powyższej analizy wynika, że problematyka pewności w kontekście analizowania bytu poszczególnych przepisów prawa to zestaw zagadnień, który jest w istocie rzeczy zestawem trudnym do jasnego, wyczerpującego i satysfakcjonującego z punktu widzenia badacza określenia. W szczególności problematyka nieuchwytności, o której wstępnie powiedziano, ujawnia się w sposób jeszcze intensywniejszy, gdy oprócz rozważania „typowego dialogu”, ukierunkowanego na zredukowanie nieporozumień, rozpocznie się analizę tego, co określić można jako dialog z samym sobą.

Niekwestionownie dialog z samym sobą jest w nauce prawa potrzebny. Żywość tej potrzeby wynika przede wszystkim z tego, że każda nauka – w tym także nauka prawa, a więc i również studia poświęcone szczegółowemu zagadnieniu, jakim jest zrozumiałość poszczególnych przepisów – powinna przejawiać dążenia i skłonności ukierunkowane na to, by na możliwie wczesnym etapie wyeliminować z poziomu komunikacji naukowej różnego rodzaju truizmy i oczywistości. Jednak i nad tym problemem należy pochylić się nieco bardziej, gdyż wymiar tego problemu jest – w istocie rzeczy – bardzo praktyczny.

Otóż – objaśniając dalej – stwierdzić wypada, że miejsce dla bytu i szerokiego funkcjonowania w przestrzeni dyskursu publicznego rozważań poświęconych określonym zagadnieniom, które mogą dla pewnych osób wydawać się zagadnieniami oczywistymi, kończy się dopiero wtedy, kiedy kończy się zapotrzebowanie na czytanie komentarzy do tych, pozornie oczywistych, kwestii i innego rodzaju objaśnień tychże.

Widąc więc w tym miejscu, że pojmowanie prawa jako dialogu to proces o tyle intrygujący, co ujawniający inherentne komponenty etyczne na różnych obszarach studiowania go. Należy przez to rozumieć, że zbliżoną wartość etyczną czy też zbliżony dodatni ładunek aksjologiczny może znajdować odzwierciedlenie zarówno w działaniach, które wprost prowadzić mają do objaśniania „przeciętnemu człowiekowi”, tego co jest jasne tylko pozornie, a więc jest jasne tylko dla osób posiadających szeroki zasób wiedzy specjalistycznej,

jak i w działaniach ukierunkowanych na czynienie bardziej zrozumiałymi wąskich, wysoce specjalistycznych wycinków wiedzy prawniczej, nawet wtedy, gdy ów wąski i specjalistyczny wycinek wiedzy wydaje się (1) nadzwyczaj zrozumiały lub wprost oczywisty, lub (2) użyteczny jedynie w minimalnym zakresie lub nieużyteczny prawie wcale.

Powyższe tezy powinny zwracać uwagę na to, jak doniosłe dla czynienia prawa bardziej zrozumiałym jest postrzeganie zarówno porady prawnej, jak i szerszego fenomenu poradnictwa, jako ważnego komponentu etosu prawnika. Celowo autor posługuje się tutaj określeniem „etos prawnika” i unika precyzowania, w którym to dokonywałoby się wiązanie tych jakże istotnych komponentów prawniczej aktywności indywidualnej z którąkolwiek z korporacji prawniczych, gdyż – zdaniem autora – dokonywanie tego rodzaju bardzo ścisłych powiązań stanowiłoby rodzaj zawłaszczania, w konsekwencji noszący znamiona pewnego rodzaju nadużycia, które określić można by mianem ekskluzywizmu.

Refleksja nad problematyką sensowności analizowania dyskursu prawniczego otwiera pytanie o to, czy i w jakich okolicznościach prawo potrzebuje ekskluzywizmu, od którego to pytania zdecydowanie i stanowczo odróżnić powinno się pytanie o to, czy ekskluzywizmu potrzebuje nauka prawa.

Posługując się pierwszym ze znaczeń przyjętych przez „Słownik języka polskiego PWN”¹⁷ należy wskazać, że ekskluzywizm oznacza tyle co „niedostępność dla ogółu”. Prawo stanowi system skupiający substrat wielu tysięcy przepisów, których zrozumienie jest konieczne i niezbędne, aby „zwykły człowiek” mógł z powodzeniem, stosownie do swoich własnych potrzeb rekonstruować kształt poszczególnych norm prawnych. Warunkiem powodzenia tych zabiegów rekonstrukcyjnych jest bardzo wysoka staranność w doborze leksyki i szeroko rozumianej warstwy językowej. Powołana bardzo wysoka staranność oznacza posługiwanie się językiem możliwie jak najdalszym od ekskluzywizmu i dbałość o to, by przystępność poznawcza języka prawa była dokładnie zaprzeczeniem idei ekskluzywizmu. Analizując jednak język nauki prawa, należy być dużo bardziej ostrożnym w dokonywaniu zupełnie analogicznych ocen, gdyż język dyskursu prawniczego ma prawo w pewnych momentach być rzeczni-kiem idei ekskluzywizmu językowego. Wydaje się, że jest tak przede wszystkim dlatego, że język debaty prawniczej winien być językiem wyjątkowo starannym, bo tylko używanie starannego języka może w ostatecznym rozrachunku

¹⁷ <https://sjp.pwn.pl/sjp/ekskluzywizm;2456502.html> (dostęp: 22.12.2020 r.); por. hasło „ekskluzywny”, w: *L. Drabik i in. (red.), Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2020, s. 187.

prowadzić do mówienia o skomplikowanych zagadnieniach w taki sposób, by ich objaśnienie faktycznie pozwalało na uniknięcie w przyszłości niepokojów związanych z brakiem konsensusu wobec znaczenia określonego zwrotu, którego zrozumienie lub zinterpretowanie rzutuje nie tylko na rozumienie pojedynczego przepisu, ale w skrajnych wypadkach wpływać może na rozumienie całych instytucji typowych dla poszczególnych dziedzin prawa. W ostatecznym rozrachunku to właśnie dbałość o te instytucje, o ich integralność i kompletność powinna przemawiać za akceptowaniem form językowych typowych dla prawniczego profesjolektu (podkreślić należy, że mówi się tutaj o profesjolekcie prawniczym, gdyż niniejsza analiza w dużym stopniu dyskredytuje odrębności języka prawnego, czyli języka aktów prawnych, jako niesłużące najbardziej optymalnemu rozwojowi prawa, które ma najbardziej optymalne warunki do rozwoju wtedy, gdy przepisy stanowiące jego główny substrat wyrażane są językiem, który w „zwykłym człowieku” nie wzbudza niepokojów semantycznych tak długo, jak to tylko możliwe). Język prawa w odróżnieniu od profesjolektu prawniczego powinien wykazywać się skłonnością do swojego rodzaju autorefleksji i na tej zasadzie prowadzić do poprawiania samego siebie. Widać tu więc, że zarówno język prawa, jak i język prawniczy żyją i mogą żyć własnym życiem, należy jednak dostrzec, że każdy z tych języków może sobie pozwolić na zupełnie inne standardy.

Wreszcie należy mieć na względzie to, że analiza dyskursu prawniczego, która miałaby być analizą ukierunkowaną na czynienie tego dyskursu bardziej przystępnym dla nieprofesjonalistów, mogłaby narazić się na – co należy zdecydowanie podkreślić – trafione i zasadne zarzuty sztuczności, natomiast analityczna analiza, ukierunkowana na identyczne cele, mająca za przedmiot język prawa, broni się przed tak sformułowanymi zarzutami i pod dużym znakiem zapytania stawia ich zasadność.

1. Krytyczna analiza dyskursu: ogólny zarys problematyki

Piśmiennictwo potwierdza, że analiza dyskursu polega na analizowaniu „rozbudowanych aktów mowy i tekstów pisanych w relacji do ich kontekstów społecznych”¹⁸. Swoistość analizy dyskursu, jaka może być uprawiana w ramach aplikowania przedmiotowej teorii katefaticznego kodu prawa, polega przede wszystkim na wykorzystywaniu jej do pomiaru właściwości, jaką jest

¹⁸ N. Fairclough, A. Duszak, Krytyczna analiza dyskursu – nowy obszar badawczy, w: N. Fairclough, A. Duszak (red.), Krytyczna analiza dyskursu. Interdyscyplinarne podejście do komunikacji społecznej, Kraków 2008, s. 9.