

ZMIANY TRADYCJI I POSTĘPU W PRAWIE*

Roman Tokarczyk

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

„Wszystkie rzeczy mają swój czas
i swym zamierzonym biegiem
przemija wszystko pod słońcem”.
Eklezjasta, 3, 1

Streszczenie. Pojęcia „tradycja” i „postęp” używane są dość często, zarówno w języku potocznym, jak i naukowym, szczególnie historyków, filozofów, socjologów, antropologów i teologów. W języku potocznym pojęcia te używane są nierzadko bez dostatecznego uzasadnienia z powodu braku właściwego rozumienia ich sensu. Pojęcia „tradycja” i „postęp” mają duże znaczenie poznawcze i praktyczne dla jurysprudencki i prawa, ale są podejmowane w badaniach naukowych rzadziej niż na to zasługują¹. Podejmując tutaj rozważania z tego zakresu, pragnę zaznaczyć, że mają one bardzo ogólny charakter – tez i hipotez – bardziej wskazujących na wielość różnorodnych zagadnień niż pretendujących do ich pogłębionego i wyczerpującego omówienia. Wszelkie rozważania dotyczące tradycji i postępu nie mogą być proste i łatwe, ponieważ pojęcia te obciążone są szeregiem niejasnych znaczeń powiązaniach ze znaczeniami innych pojęć. Niejednoznaczne są przeto treści pojęć „tradycja” i „postęp” w prawie, ich wzajemne związki i rola w prawie, jak też oddziaływanie na pozaprawne dziedziny życia społecznego. Mając na celu przezwyciężenie owych niejasności i niejednoznaczności, należy zauważyć, że w ujęciu aksjologicznym tradycja bywa oceniana różnie, dobrze bądź źle, zależnie od światopoglądu oceniających, natomiast postęp ma wprawdzie dość jednoznaczne pozytywne zabarwienie etymologiczne, ale niekoniecznie także aksjologiczne.

Słowa kluczowe: tradycja, postęp, prawo, zmiany

CELE ROZWAŻAŃ

Pojęcia „tradycja” i „postęp” używane są dość często, zarówno w języku potocznym, jak i języku naukowym, szczególnie historyków, filozofów, socjologów, antropologów i teologów. W języku potocznym pojęcia te używane są nierzadko bez dostatecznego uzasadnienia z powodu braku właściwego rozumienia ich sensu. Pojęcia „tradycja” i „postęp” mają duże znaczenie poznawcze i praktyczne dla jurysprudencki i prawa, ale są podejmowane w badaniach naukowych

□ Tekst niniejszy powstał dzięki inspiracji i zachęce Pana prof. Mieczysława Sawczuka. Dziękuję za to bardzo uprzejmie.

¹ Do nielicznych opracowań podejmujących wprost to zagadnienie należą: J. Gernhuber (red.), *Tradition und Fortschritt im Recht*, Tübingen 1977; *Tradycja i postęp w prawie*, pod red. R. Tokarczyka, Lublin 1983.

rzadziej niż na to zasługują. Podejmując tutaj rozważania z tego zakresu pragnę zaznaczyć, że mają one bardzo ogólny charakter – też i hipotez – bardziej wskazujących na wielość różnorodnych zagadnień niż pretendujących do ich pogłębionego i wyczerpującego omówienia.

Świadome uczestnictwo każdego rozumnego człowieka w życiu publicznym musi się opierać na znajomości i ocenach źródeł, treści i kierunków zmian społecznych, uwarunkowanych w znacznym stopniu przez prawo. Źródła tych zmian, osadzone w przeszłości, zaprzatają uwagę historyków, szczególnie historyków prawa, natomiast ich kierunki, istotne dla wszystkich żyjących ludzi, są domeną badań nauk zainteresowanych współczesnością, tutaj przede wszystkim politologów i prawników. Treści i kierunki zmian społecznych regulowanych prawem mają charakter kompleksowy, co przejawia się nie tylko we wzajemnych powiązaniach i współdziałaniach prawodawstwa, praktyki prawniczej i nauki prawa, ale i ich kulturowych uwarunkowaniach. Zadaniem nauki prawa jest –

nie tylko usystematyzowanie danego materiału prawnego i jego dogmatyczne wyjaśnienie, lecz przede wszystkim przedstawienie tych tendencji rozwojowych, które zmierzają do dotychczasowego tradycyjnego rozumienia prawa².

Wszelkie rozważania dotyczące tradycji i postępu nie mogą być proste i łatwe, ponieważ pojęcia te obciążone są szeregiem niejasnych znaczeń powiązaniach ze znaczeniami innych pojęć. Niejednoznaczne są przeto treści pojęć „tradycja” i „postęp” w prawie, ich wzajemne związki i rola w prawie, jak też oddziaływanie na pozaprawne dziedziny życia społecznego. Mając na celu przezwyciężanie owych niejasności i niejednoznaczności, należy zauważyć, że w ujęciu aksjologicznym tradycja bywa oceniana różnie, dobrze bądź źle, zależnie od światopoglądu oceniających, natomiast postęp ma wprawdzie dość jednoznaczne pozytywne zabarwienie etymologiczne, ale niekoniecznie także aksjologiczne.

Pojęcie „tradycja” łączy się ze spojrzeniem retrospektywnym, zaś pojęcie „postęp” – z perspektywnym [...] zarówno ogólne, jak i konkretne rozważania nad zagadnieniami tradycji i postępu w prawie znajdują uzasadnienie. Rozważania ogólne zmierzają do określenia pewnych tendencji rozwojowych prawa o cechach typowości i trwałości. Rozważania natomiast konkretne przyjmują za główny cel ukazanie, w jaki sposób te ogólne tendencje wypełniane są bardziej szczegółową treścią³.

Rozważania ogólne ograniczam tutaj do przytoczenia treści pojęć „tradycja” i „postęp” oraz pojęć z nimi związanych w ich odniesieniach do prawa. Rozważania zaś bardziej konkretne dotyczą ścierania się tradycji z postępu w ramach kultury, czy też tradycji prawa europejskiego, a tej z kolei z procesami globalizacji prawa.

² F. Baur, *Współczesne przemiany w procesie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 3, s. 60.

³ *Tradycja i postęp w prawie*, R. Tokarczyk, *Wstęp*, s. 8 i nast.

Wprawdzie pojęciami kluczowymi naszych rozważań są pojęcia „tradycja” i „postęp”, jednakże pozostają one w tak ścisłych, synonimicznych związkach z innymi pojęciami, że współtworzą z nimi niejako swoistą rodzinę pojęć. Dla wyjaśnienia przeto pojęć „tradycja” i „postęp” niezbędne jest przynajmniej ogólne określenie pojęć z nimi związanych. Z pojęciem „tradycja” związane są takie pojęcia jak „tradycjonalizm”, „stałość”, „niezmiennność”, „ciągłość”, „kultura”, „kontynuacja”, „relatywizm” i „wieloznaczność”. Wszystkie te pojęcia mają bezpośrednie odniesienia do prawa.

POJĘCIE TRADYCJI

Sens wyrazów „tradycja” i „tradycjonalizm” pochodzi od łacińskiego wyrazu *traditio* – przekazywanie. W naukach społecznych ukształtowało się przynajmniej pięciorakie pojmowanie owego przekazywania, wskazujące na jego przedmiot⁴. Po pierwsze, tradycja to przekazywanie wielopokoleniowego, całościowego dorobku kulturowego określonej wspólnoty będącego wyrazem jej tożsamości i odrębności. Po drugie, tradycja to ideały, wzory, symbolika, normy różnego rodzaju (obyczajowe, zwyczajowe, religijne, moralne, prawne), przekazywane ustnie albo (i) pisemnie z pokolenia na pokolenie danej społeczności, uznawane w niej za szczególnie cenne, niepowtarzalne, wzmacniające więzi społeczne i umożliwiające jej przetrwanie. Po trzecie, tradycja to całokształt myśli, dorobku i doświadczeń w pewnej sferze ludzkiej aktywności, będący punktem odniesienia dla jej następców i kontynuatorów; wówczas mówi się o tradycji – filozoficznej, literackiej, prawnej etc. Po czwarte, tradycja to podtrzymywanie akceptowanego sposobu zachowania, opartego na szacownych wartościach w małej grupie społecznej, np. tradycja rodzinna. Po piąte, tradycjonalizm francuski to nurt myśli konserwatywnej końca XVIII i początku XIX w.

Pojęcie „stałość” i „niezmiennność” są synonimami mającymi swoje przeciwieństwa w pojęciach „niestałość” i „zmiennność”. Sens tych pojęć jest dość oczywisty, toteż można poprzestać tylko na ich odniesieniu do pojęcia „tradycja”. Otóż, wskazują one na współwystępowanie w tradycji treści sobie przeciwstawnych, ścieranie się ze sobą stałości z niestałością, a niezmienności ze zmiennością, tyle że dla tradycji decydujące znaczenie odgrywa to, co stałe i niezmiennie, ponieważ zapewnia jej trwałą ciągłość. Pojęcie „tradycja” aczkolwiek znajduje wciąż jeszcze szerokie zastosowanie w języku potocznym i nauce, od przełomu XIX i XX w. napotyka poważnego konkurenta w pojęciu „kultura”, obecnym już na stałe w świecie wiedzy filozoficznej i naukowej. Dzięki szybkiemu rozwojowi filozofii kultury i nauk o kulturze oraz braku czegoś po-

⁴ Tezaurus definicji pojęcia „tradycja” (*tradition*), opracowany przez językoznawców, obejmujący synonimy i antonimy, zawiera w sumie kilkaset, jego znaczeń, [http://thesaurus, reference.com/browse/tradutuib](http://thesaurus.reference.com/browse/tradutuib).

dobnego w odniesieniu do tradycji, obecnie łatwiej i lepiej już można charakteryzować wspólny przedmiot tradycji i kultury za pomocą pojęć kulturoznawstwa niż pojęć dość rozproszonej wiedzy o tradycji⁵.

Ogromna rozległość obszarów przypisywanych tradycji czyni ją niemal równoznaczną z historią kultury, a w zakresie zjawisk polityczno-prawnych – z kulturą polityczną. Toteż spotkać można pogląd, że kultura to „całość społecznej tradycji”, a kultura polityczna wyrasta z całości tradycji polityczno-prawnej. W tym sensie cała przeszłość jest potencjalnie tradycją, a cała historia państwa i prawa jest tworzywem tradycji politycznej. Tak szeroko rozumiana tradycja wskazuje na całokształt rozlicznych związków współczesności z przeszłością będących kulturowym nośnikiem ciągłości rozwoju procesów społecznych. Wyraża ludzką potrzebę odnajdywania własnych korzeni w przeszłości, ułatwiających poruszanie się po labiryntach teraźniejszości i wskazujących kierunki rozwoju społecznego w przyszłości. Potrzeba ta widoczna jest wyraźnie w zakresie poszukiwania historycznego rodowodu koncepcji i instytucji prawnych w celu właściwego zrozumienia ich sensu i stawianych przed nimi funkcji społecznych⁶.

Wśród wielu różnych klasyfikacji tradycji, zwraca uwagę doniosły dla tradycji prawnej podział na tradycję w sensie czynnościowym, przedmiotowym i podmiotowym. W pierwszym przypadku, mówi się o tradycji jako procesach przekazywania wartości odgrywających doniosłą rolę dla dobra określonej społeczności, np. wartości prawnych. W drugim przypadku, uwaga przesuwana się z tego, jak dane wartości są przekazywane na same te wartości, utożsamiane z godnym szacunku dziedzictwem społecznym. Wreszcie, w trzecim przypadku, na plan pierwszy wysuwa się przedmiot przekazujący te wartości z przeszłości pokoleniom mu współczesnym, z nadzieją zachowania ich w przyszłości⁷.

POJĘCIE POSTĘPU

Znaczenie etymologiczne wyrazu „postęp” wywodzi się od łacińskiego wyrazu *progressus* – kroczenie naprzód, mającego swoje przeciwieństwo w wyrazie *regressus* – cofanie się. Pojęcie postępu jest bardziej szczegółowym przejawem ogólniejszego pojęcia rozwoju, które w odniesieniu do zjawisk biologicznych nosi nazwę ewolucji, a w naukach społecznych nazwę właśnie postępu albo rozwoju społecznego⁸. Wszystkie te pojęcia charakteryzuje cecha zmiany, wyrażanej koncepcją czasu, wpływającego jednokierunkowo, linearnie, od przeszłości poprzez teraźniejszość ku przyszłości. Koncepcja idei czasu ma decydu-

⁵ Na temat ogólnej charakterystyki kultury, w kontekście kultury prawnej, por. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, wyd. 7, Warszawa 2008, Rozdział pierwszy i podana tam *Wybrana literatura*.

⁶ *Tradycja i postęp w prawie*, Wstęp, s. 11 i nast.

⁷ Por. J. Szacki, *Tradycja. Przegląd problematyki*, Warszawa 1971.

⁸ Współcześnie znaczną popularność zyskała koncepcja zrównoważonego rozwoju. Na ten temat por. np. A. Papuziński, *Zrównoważony rozwój. Od utopii do praw człowieka*, Bydgoszcz 2005; Także J. Machowski, *Ochrona środowiska. Prawo i zrównoważony rozwój*, Warszawa 2003.

jące znaczenie dla idei postępu, ponieważ istnieją koncepcje czasu niestwarzające dla niej żadnej podstawy myślowej, np. czasu wielokierunkowego, cyklicznego, czy też biegnącego od teraźniejszości ku przeszłości⁹. Narodzinom i obecności idei postępu stawiają opór idee skrajnego subiektywizmu, kołowrotu dziejów i zachętę powrotu do minionego, ale doskonałego raju, stanu natury, „złotego wieku” etc.

W najbardziej radykalnych wyobrażeniach postęp jest identyfikowany ze zrywaniem wszelkich więzów z przeszłością. Wyobrażenia takie podzielali wielokrotnie ci wszyscy, którzy występowali w obronie nowych ustrojów społecznych. Ale także odmienny pogląd znajduje zwolenników: „Ideały, które wszelki ruch reformacyjny pragnie zastąpić istniejące normy społeczne – pisał Kelles Krauz – podobne są zawsze do norm bardziej lub mniej oddalanej przeszłości” [...] idea postępu liczy sobie co najmniej dwa tysiące pięćset lat. Zrodzona w filozofii greckiej, znalazła uznanie w myśli chrześcijańskiej, aby następnie powiązać się najściślej i najtrwalej z nauką. Nigdy nie miała jednego znaczenia, nawet w wieku XVIII, kiedy w przesyconej optymizmem myśli encyklopedystów francuskich osiągnęła swoje apogeum. Dla encyklopedystów była [...] zarówno formą zmian w przyrodzie, [...] jak i formą zmian społecznych [...] Wolter natomiast ubolewa, że za postępem wiedzy nie podąża postęp moralny¹⁰.

Uwzględniając różne opinie o postępie, za główne jego atrybuty można uznać: zmianę, rozwój, kontynuację, relatywizm i wieloznaczność.

Jeżeli w pewnym systemie czy układzie społecznym powstają nowe elementy składowe lub zanikają elementy dotychczas występujące, lub jeżeli powstają nowe stosunki między tymi elementami czy zanikają stosunki dotychczas istniejące – wtedy mówimy, że system ten ulega zmianie¹¹.

Kumulatywne narastanie zmian powoduje przechodzenie od zmian ilościowych do zmian jakościowych. Rozwój polega na różnicowaniu i wzbogacaniu elementów pewnego systemu albo układu społecznego, zbliżającym go do określonego ideału, przez co staje się postępem.

W odróżnieniu od pojęcia rozwoju, które jest kategorią opisową, pojęcie postępu zawiera więc nieodłącznie element wartościowania¹².

Kontynuacja w postępie wyraża się przede wszystkim istnieniem pewnych ogólnych idei przewodnich, zawierających trwałe wartości danej społeczności, wzbogacone nowymi wartościowymi treściami, które zachowują ciągłość, mimo przejściowych regresów historycznych. Relatywizm postępu zaznacza się w zmienności ocen, osłabiających albo nawet eliminujących pretensje absolutystyczne, uniwersalistyczne, globalistyczne, powszechności. Jako pojęcie wieloznaczne, postęp najczęściej przybiera formy postępu społecznego, ekonomicznego, politycznego,

⁹ Szerzej por. R. Tokarczyk, *Metodologia relacji czas a trwanie idei politycznych i prawnych* [w:] pracy zb. z Ogólnopolskiej Konferencji Katedr Historii Doktryn Politycznych i Prawnych w Krakowie w 2007 r.

¹⁰ *Tradycja i postęp w prawie, Wstęp*, s. 21 i nast.

¹¹ J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970, s. 505.

¹² Tamże.

moralnego, prawnego, technicznego i łączącego je wszystkie – postępu kulturowego. Jak trafnie zauważył Antoine de Saint-Exupery, pisarz francuski, „Nie ma postępu bez uznania tego, co jest. I od czego trzeba wychodzić”.

Podsumowując te ogólne uwagi o postępie można stwierdzić, że jest to

proces składający się z ciągu ukierunkowanych przemian, w trakcie których dochodzi do doskonalenia się określonych układów. Terminem postęp określa się także rezultat owego procesu. W biologii: proces, który współtworzą przeobrażenia ewolucyjne [...] W filozofii społecznej i socjologii: postęp społeczny – kategoria służąca do oznaczania stopniowego rozwoju społeczeństwa, od faz niższych do wyższych (doskonalszych). Podjęcie problemu postępu społecznego pociąga za sobą konieczność podania kryteriów tego postępu oraz stwierdzenia czy ma on charakter ciągły, czy też w pewnych okresach następują fazy regresu [...] Obecnie termin „postęp społeczny” jest coraz częściej zastępowany pojęciem „zmiana społeczna”. Nowy termin nie jest już wartościujący i nie sugeruje stworzenia jakiegoś ogólnego schematu rozwoju społecznego¹³.

Zważywszy na bogate doświadczenia ludzkości i potrzeby terażniejszości, cztery kryteria postępu spełniają wspólnie najpoważniejszą rolę. Dwa o charakterze przedmiotowym – mówiące o tym, czego postęp dotyczy i dwa o charakterze podmiotowym – stwierdzające, kogo postęp obejmuje swym zasięgiem. Przedmiotowy sens postępu mówi najczęściej o poprawie warunków życia, czyli jego jakości, oraz o treści i charakterze współżycia społecznego w małych i dużych społecznościach ludzkich. Natomiast podmiotowy sens postępu obejmuje swoim zainteresowaniem społeczne usytuowanie poszczególnych grup ludzkich z punktu widzenia wyobrażeń o równości i sprawiedliwości w świetle problematyki faktycznej demokracji, wskazującej, jakie siły społeczne są twórcami postępu społecznego oraz w jaki sposób realizują i kontrolują jego przebieg¹⁴.

TRADYCJE PRAWA

Rozważania o zmianach tradycji prawa w naszych czasach należy rozpocząć od wzmianki o samych nazwach, pretendujących swym zasięgiem do całościowej i wszechstronnej charakterystyki prawa określonego czasu, miejsca i kręgu kulturowego. Wcześniej bowiem, na ogół, nazwa „tradycja prawa” była dominującą nazwą opisywania i oceniania największych jednostek prawa, bardziej jednak w jego odizolowanych retrospektywach niż perspektywach komparatystycznych. Później zaczęły się pojawiać inne synonimiczne nazwy prawa, pretendujące do charakterystyki prawa w makroskali, zwłaszcza takie jak „typ prawa”, „system prawa”, „rodzina prawa”, „styl prawa” i przede wszystkim najbardziej odpowiednia dla owego celu, nazwa – „kultura prawa”. W owych makrojednostkach ujmowania prawa nieco inaczej rozkładane są akcenty dotyczące pojęcia, treści materialnych i proceduralnych, źródeł, funkcji, powiązań z religią i moralnością, uwarunkowań kulturowych, szczególnie filozoficznych, teoretycznych, ideologicznych, pragmatycznych prawa. Jednakże wszystkie one mają

¹³ *Mała encyklopedia filozofii*, (red.) J. Dębowski, J. Gawor, S. Jedynak, K. Kasior, J. Zdybel, L. Zdybel, Bydgoszcz 1996, s. 361 i nast.

¹⁴ *Tradycja i postęp w prawie, Wstęp*, s. 28. Istnieje szereg nauk mających na celu kontrolowanie zmian społecznych i – o ile to możliwe – zarządzanie zmianami.

za główny cel możliwie całościowy i wszechstronny opis i ocenę prawa w określonej makroskali¹⁵.

Tytuł niniejszych rozważań zobowiązuje do posługiwania się nazwą „tradycja prawa”, jednakże dla wyrażenia tożsamy z nią treści bardziej doskonała jest nazwa „kultura prawna”. Nazwa „kultura prawna”, poprzez wprowadzenie prawa do świata kultury, czyli tego wszystkiego, co stworzył człowiek, w odróżnieniu od tego, co stworzyła sama natura, skłaniać musi do posługiwania się dużymi osiągnięciami filozofii kultury i nauk o kulturze dla opisywania i oceniania makrojednostek prawa.

Zważywszy na to, że kultura normatywna, zwłaszcza interesująca nas tutaj, kultura prawna, kształtuje się głównie poprzez wielorakie związki religia – moralność – prawo, związki te przyjmuję za podstawowe kryterium wyodrębnienia kultur prawnych świata [...] Tożsamości kultur prawnych, uwarunkowane tożsamością normatywną określonych zakresów norm religijnych, moralnych i prawnych, logicznie prowadzą do trzech możliwości: a) redukcji moralności i prawa do religii – sakralizacji moralności i prawa, b) redukcji prawa i religii do moralności – moralizacji prawa i religii, c) redukcji moralności i religii do prawa – legalizacji moralności i religii [...] Przykładem tych pierwszych są: judaizm, chrześcijaństwo i islam. Tych drugich – animizm, konfucjanizm, buddyzm i hinduizm. Tych trzecich zaś – *common law* i kultura prawa stanowionego¹⁶.

Tak oto nazwą i pojęciami kultury prawnej możemy opisywać i oceniać to, co nazywane jest tradycją prawa.

Tradycja prawa w zasadzie nie przesądza o treściach szczegółowych norm prawnych, jakkolwiek normy te zawsze odzwierciedlają ducha określonej tradycji prawa. Jest ona przede wszystkim zespołem głęboko zakorzenionych, historycznie uwarunkowanych ogólnych ujęć genezy, istoty i funkcji prawa, poglądów na temat stosunku prawa do polityki, ekonomiki i całej organizacji życia społecznego, przekonań o właściwych drogach legislacji, stosowania, udoskonalania i nuczania prawa. Tradycja prawa sytuuje należące do niej systemy prawa w przeszłości i przyszłości kulturowej, której sama jest jednocześnie współtwórcą i wyrazem. Tradycja ta jako część kultury ukazuje trwałe związki wzajemne między prawem i innymi składnikami kultury, odzwierciedlając niesłychaną kompleksowość zjawisk społecznych. Jakkolwiek odznacza się na zewnątrz cechami jednorodności, wewnątrz daleka jest od monolitu, a nadto stale ulega przeobrażeniom¹⁷.

Zmiany tradycji prawa można poznać poprzez poznawanie ich dziejów, ukazujących całościowy kształt związków teraźniejszości prawa z przeszłością prawa. Każda kultura prawna, tutaj utożsamiana z tradycją prawa, ma swoje początki, zmienny rozwój, zaznaczony okresami postępu i rozwoju, regresu i stabilizacji, oraz, jeżeli jest nadal żywa, jakiś jej stan obowiązujący współcześnie¹⁸. Początki

¹⁵ W tytułach dzieł poświęconych zarysom całości tej problematyki najczęściej występują nazwy „tradycja prawa” i „kultura prawna”, uznawane za synonimy. Wykazy tytułów tych dzieł zawierają dołączane do nich bibliografie. Por. np. *Wybrana literatura* do każdego rozdziału książki R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*; tenże, *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 9, Warszawa 2008.

¹⁶ R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, s. 934 i nast.

¹⁷ *Tradycja i postęp w prawie*, Wstęp, s. 18.

¹⁸ Propozycja podziału tradycji prawa na okres prawa prymitywnego, prawa dawnego i prawa nowoczesnego jest już bardzo archaiczna i zbyt ogólnikowa. Wysunął ją W. Uruszczyk, *Tradycja*

kultury prawnej animizmu, obowiązującej w społeczeństwach pierwotnych, są trudne do wyraźnego określenia, jak trudne jest określenie początków wspólnot ludzkich. Jednocześnie jest to kultura o największej trwałości norm, wśród wszystkich innych kultur prawnych, mimo że opiera się na ustnym przekazywaniu ich z pokolenia na pokolenie. Głębsze zmiany w sakralnych kulturach prawnych mogą budzić niepokój, jeśli ich podstawa – religia – rości sobie pretensje do niezmienności. Zmiany takie jednak występują, o czym świadczą najbardziej dzieje kultury prawnej judaizmu i kultury prawnej chrześcijaństwa, a nawet, chociaż w mniejszym stopniu, kultury prawnej islamu. W moralistycznych kulturach prawnych – hinduizmie, buddyzmie, konfucjanizmie – zmiany wynikały głównie z poddawania ich procesom akulturacji w okresach najpierw imperialnych podbojów, a później innych wpływów kultur Zachodu i procesów globalizacji. Najbardziej spektakularne są jednak zmiany w legalistycznych kulturach prawnych, przede wszystkim, kulturze prawa stanowionego, która obecnie w synkretycznych powiązaniach z bardziej stabilną kulturą *common law* współtworzy zupełnie nowy fenomen kultury prawnej – kulturę prawną Unii Europejskiej. Zmiany w tradycjach prawa są jednakże najbardziej widoczne nie w całości tych tradycjach, lecz ich mniejszych jednostkach, zwłaszcza niektórych normach i instytucjach prawnych.

Wydawać się pozornie może, że najgłębszy sens funkcji spełnianych przez prawo zamyka się w kręgu tradycji o tyle, o ile niemal wszelkie prawo wykazuje tendencje konserwatywne, broniąc każdorazowo uregulowanego społecznego *status quo*. Prawo, obracając się przeciwko siłom burzycieli porządku społecznego i porywczym reformatorów, służy siłom zachowawczym w takim stopniu, w jakim domaga się, aby ludzie „szli ku przyszłości w porządku i słuchając lekcji przeszłości”. Ta funkcja prawa może być jednakże wzmacniana przez utrwalanie w jego rozwiązaniach wartości dojrzałych w tradycji, a przydatnych dla teraźniejszości. Zwracając się w swoich rozwiązaniach ku przeszłości, prawo nabierać może nawet charakteru reakcjonistycznego, ale nie jest to przypadek typowy. Typowe funkcje prawa [...] polegają na kształtowaniu nowych stosunków społecznych¹⁹.

POSTĘP W PRAWIE

W rozważaniach postępu niezbędne jest odróżnianie praw jurydycznych od praw ludzkiego postępu. Te drugie, jako nieodłączne od ludzkiej natury, oczekującej spełnienia jej potrzeb fizycznych, intelektualnych i emocjonalnych, powinny być przyjmowane za podstawę, źródło i kryterium oceny tych pierwszych. W prawach ludzkiego postępu potrzeby podstawowe odróżniane są od potrzeb wyrastających ponad ten poziom. Znane wszystkim kulturom świata potrzeby podstawowe są traktowane jako punkt wyjścia dla oceny postępu w zaspokajaniu

w *historii prawa*, „Zagadnienia Naukoznawstwa” 2002, nr 3(153), s. 429–438.

¹⁹ *Tradycja i postęp w prawie*, Wstęp, s. 12.

potrzeb wyższego rzędu²⁰. Dążenie do zaspokojenia ludzkich potrzeb jest niewątpliwie głównym motorem postępu, w którym postęp w prawie spełnia jedynie rolę środka, a nie autonomicznego celu. Jak wynika z dziejów ludzkości, dążenie do postępu w zaspokajaniu potrzeb człowieka jest procesem ciągłym i nigdy w pełni zrealizowanym, ponieważ na gruncie już zaspokojonych potrzeb wyrastają nowe potrzeby, oczekujące dopiero na zaspokojenie. Nadto, owo permanentne niespełnienie utrudniają procesy wielce zróżnicowanej indywidualizacji potrzeb ludzkich, aprobowane w społeczeństwach liberalnych.

Postęp w prawie opiera się na czynnikach ciągłości, toteż nawet rewolucje nie były w stanie doprowadzić do natychmiastowego i wielkiego w nim postępu. Rewolucje zwykle szermują wzniosłymi hasłami ogromnego postępu, nowoczesności i powszechnej szczęśliwości poprzez zaspokojenie wszystkich potrzeb ludzkich, jednakże w konfrontacji z rzeczywistością okazuje się to jedynie propagandowym złudzeniem. Podczas wielkiej rewolucji francuskiej usiłowano zrealizować ideę Woltera – „Chcecie mieć dobre prawa? Spalcie wszystkie, jakie macie, i napiszcie nowe”. Gdy opracowano takie prawa oparte na pryncypach wyidealizowanego prawa naturalnego, z jego hasłami wolności, równości, sprawiedliwości i wolności, okazały się one tylko zbiorami abstrakcyjnych powinności niemożliwych do zrealizowania w rzeczywistości społecznej²¹. Z tego względu Napoleon bezpośrednio po przejęciu władzy, dzięki pracy starych doświadczonych sędziów – praktyków *ancien régime*, wiążących dawne prawo zwyczajowe z prawem rewolucyjnym, mógł stworzyć wiekopomny Kodeks Napoleona, opierający się z wielkim powodzeniem burzom dziejowym. Radykalne odrzucenie prawa wcześniejszego w czasie rosyjskiej rewolucji październikowej doprowadziło do nihilizmu prawnego i następnie stopniowego przywracania elementów kultury prawa stanowionego. Podobnie katastrofalne skutki dla kultury prawnej spowodowała rewolucja w Chinach Ludowych.

Postęp w prawie polega na doskonaleniu treści i formy prawa, tego, co prawnicy nazywają z jednej strony prawem materialnym, z drugiej zaś strony prawem procesowym albo proceduralnym. Przedstawiciele każdej gałęzi prawa materialnego i prawa procesowego skrupulatnie odnotowują w nich postęp, mierzony przede wszystkim kryteriami sprawiedliwości i słuszności, czyniąc z tego przedmiot swojej profesjonalnej dumy. Ze względu na wielką rozległość tej problematyki, poprzestaję tutaj tylko na ogólnych uwagach i w odniesieniu jedynie do niektórych gałęzi prawa.

²⁰ Do potrzeb podstawowych, ujmowanych w katalogach praw naturalnych i praw człowieka, zaliczane są potrzeby komunikowania się, konsumpcji, prokreacji, poznawania, samorealizacji, ładu i porządku.

²¹ Por. R. Tokarczyk, *Historia filozofii prawa*, wyd. III, Kraków 2000, s. 223 i nast.; tenże, *Treści uniwersalne w idei prawa natury* [w:] *Czy jest możliwa etyka uniwersalna*, pod red. J. Sekuły, Siedlce 1994.

W gałęziach prawa materialnego społeczeństw liberalnych i demokratycznych, zmierzających do pogodzenia wolności z równością, w ich dążeniach do sprawiedliwości, jako głównej wartości wszelkiego prawa, postęp charakteryzowany jest poziomem sprawiedliwości jako zgodności wolności z równością. Współcześnie dość wpływowa jest koncepcja sprawiedliwości opracowana przez amerykańskiego filozofa Johna Rawlsa. Wyraża się ona w dwóch zasadach:

1) równego prawa każdej jednostki do wolności porównywalnej z wolnością innych, 2) społeczne nierówności powinny być tak rozwiązywane, aby nikomu nie hamowały szans rozwoju. W polityce społecznej pierwsza zasada ma przewagę nad drugą, czyli że równość może być ograniczana tylko w trosce o zachowanie wolności. Natomiast żądanie poszerzenia równości społecznej i ekonomicznej jest uzasadnione tylko wtedy, gdy nie ogranicza zakresu istniejącej wolności²².

W moim przekonaniu, koncepcja Rawlsa zbyt autonomizuje prawo, ponieważ w samej sprawiedliwości upatruje główną jego wartość, jakby nie dostrzegając instrumentalnego charakteru prawa wobec innej wartości, zawsze przecież pozostającej jego celem. Tę inną, rzeczywiście autonomiczną i najwyższą, wartość dostrzegam w życiu, które traktuję równocześnie jako prewartość – źródło wszystkich innych wartości i prenomrę – źródło wszystkich innych norm. Szerzej rozwinąłem mój pogląd w koncepcji, którą nazwałem biojursprudencją w sensie najnowszego nurtu jursprudencki przewyciężającego większość głównych słabości dotychczasowych jej nurtów. Biojursprudencja, inspirowana osiągnięciami bioetyki, odpowiada na potrzeby ludzi czasów nam współczesnych, podkreślając, że najważniejsze przesłanie wszystkich gałęzi prawa wyraża się w powinności ochrony życia i dążeniu do podnoszenia poziomu jego jakości. Przesłanie to powinny mieć na uwadze wszystkie gałęzie prawa, realizując je w odniesieniu do należących do nich sferach życia osobistego, prywatnego i publicznego²³.

Za postęp w treści prawa uważają zwolennicy myśli radykalnej takie jego rozwiązania, które prowadzą do wzrostu równości w stosunkach społecznych. Za postępowe uznawano kolejno prawa: z jednej strony zwalczające niewolnictwo, z drugiej zaś utrwalające feudalizm, eliminujące feudalizm, a umacniające kapitalizm, godzące w kapitalizm, a budujące socjalizm. Na tych przykładach prawa poszczególnych formacji społeczno-ekonomicznych widać wyraźnie stopniowe przechodzenie od nierówności ekonomicznej i politycznej do równości w obu tych płaszczyznach.

²² R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, wyd. 10., Lublin 2005, s. 207. Koncepcja J. Rawlsa została opublikowana w jego głównym dziele *Theory of Justice*, Harvard University Press 1971, w Polsce jako *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

²³ Koncepcję biojursprudencki przedstawiłem najpierw na Światowym Kongresie Filozofii Prawa i Myśli Społecznej, w sierpniu 1997 r. w Buenos Aires. Zawiera je książeczka w pięciu językach – polskim, rosyjskim, francuskim, niemieckim i angielskim zatytułowana *Biojursprudencka. Nowy nurt jursprudencki*, Lublin 1997. Pogłębiony i poszerzony tekst *Biojursprudencka. Podstawy prawa dla XXI wieku*, Lublin 2008; *Biojursprudence. Foundations of law for the twenty-first century*, Lublin 2008. Kilkadziesiąt innych artykułów na temat biojursprudencki opublikowałem w różnych językach w zagranicznych i polskich czasopismach naukowych. Otworzyły one międzynarodową dysputę, która trwa, przyczyniając się do rozwoju tej koncepcji. Pełny wyraz tych publikacji można znaleźć na moich stronach Internetu.

Narastanie równości społecznej za pośrednictwem prawa, uznawane za postęp, łączyło się równoległe ze wzrostem stopnia wyzwolenia ludzi ze skrępowań ekonomicznych i politycznych; hasło wolności kojarzono zawsze z duchem zmian postępowych²⁴.

Taki pogląd zwolenników lewicowego radykalizmu uległ poważnej dewaluacji po przewrocie dziejowym datowanym na 1989 r. Od tego czasu triumfujący liberalizm poprzestaje na deklaracjach postępu w prawnej równości szans, ale nie faktycznych osiągnięć i zaspokajania potrzeb. Coraz szersze uznanie w świecie zyskuje również opinia, że zastępowanie okrutnych kar czy represji – łagodniejszymi jest wyrazem postępu w humanitaryzmie prawa.

Do postępu wszelkiego prawa, zwłaszcza zaś prawa procesowego, odnoszą się ogólne postulaty zebrane przez Lona L. Fullera, amerykańskiego filozofa prawa. Są to następujące postulaty: tworzenia, promulgacji, perspektywności, jasności, niesprzeczności, możliwości realizacji, stabilności i zgodności praktyki prawniczej z treścią obowiązującego prawa²⁵. Postęp wyraża się tutaj w przechodzeniu od zaprzeczenia tych postulatów poprzez niezadowolające spełnienie oraz do ich jakiejś pełni. Interesującą konkretyzacją tych ogólnych postulatów, wyrażających dążenia do postępu w prawie, są przemiany w procesie cywilnym. Wyrażają się one w zasadach procesu cywilnego, mających głównie na celu uproszczenie, przyspieszenie, ograniczenie formalizmu, zapewnienie równości stron w dostępie do sądu, zmniejszenie kosztów i pojednawcze kształtowanie stosunków prawnych przez sąd²⁶. Należy zaznaczyć, że wypracowano już liczne formy pojednawczego kształtowania stosunków prawnych, również poza sądem, dlatego utrzymała się ich nazwa „alternatywne rozstrzygnięcie sporów”, w języku zaś angielskim – *Alternative dispute resolution (ADR)*²⁷.

Należy zauważać ogromny postęp w tworzeniu, stosowaniu, egzekwowaniu i badaniu prawa dzięki stosowaniu najnowszych osiągnięć techniki, szczególnie komputerów i ogólnosięciowej sieci przesyłania informacji zwanej Internetem. Na tej podstawie rozwinęła się odrębna dyscyplina wiedzy prawniczej – informatyka prawnicza i takie gałęzie prawa jak prawo informatyczne i prawo autorskie. Osiągnięcia techniki komputerowej, poza oczywistymi korzyściami,

²⁴ *Tradycja i postęp w prawie, Wstęp*, s. 29 i nast.

²⁵ L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1981; tenże, *Anatomia prawa*, Lublin 1994. Por. również R. Tokarczyk, *Prawa wierne naturze. Krytyka doktryny Lona Luvois Fullera*, Lublin 1980; R.S. Summers, *Fuller*, London 1984.

²⁶ Do pionierów tych przemian należą współautorzy opracowań z kolokwium w Budapeszcie w październiku 1968 r. zebranych w tomie *Colloquium internationale de rebus processibus vicilis*, „Anales Univ. Sci. Budapestensis, Sec. Iuridica”, 1969, t. X, zwłaszcza profesorowie węgierski – L. Névai i polski – M. Sawczuk, autorzy i współautorzy wielu prac komparatystycznych z zakresu krajowych regulacji procesu cywilnego. Por. np. L. Névai, M. Sawczuk, *Les décisions judiciaires selon la procédure, viviles hongroise et polonaise*, „Ann. Univ. Mariae Curie-Skłodowska”, 1970, vol. XVII, 2, sec. G.

²⁷ Na temat dużego znaczenia ADR w Stanach Zjednoczonych Ameryki por. R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, wyd. 9, Warszawa 2007, Rozdział dwudziesty drugi, s. 340–348.

stwarzają jednak również nowe zagrożenia, w kodeksach karnych określane jako przestępstwa komputerowe i przestępstwa telekomunikacyjne²⁸.

Biojurisprudencja ocenia korzyści i zagrożenia, wynikające ze spektakularnych osiągnięć biotechnologii i biomedycyny. Łączy się to nieuchronnie z koniecznością trudnego rozstrzygnięcia dylematów aksjologicznych w świecie wielości religii, moralności i ideologii. Uwzględniane są przy tym regulacje prawa medycznego i etyki prawniczej, jednocześnie swoimi komparatystycznymi ujęciami przygotowując dla nich odpowiedni grunt myślowy²⁹. Osiągnięcia bioetyki, jako inspiracji dla biojurisprudencji, tworzą podstawy prawodawstwa ochrony i poprawy jakości życia człowieka – bioprawa. Wyrażają to następujące zasady normatywne, zyskujące coraz bardziej powszechną aprobatę jako prawa człowieka: poszanowania godności istoty ludzkiej od początku jej istnienia, nieutożsamianego jednak z absolutną ochroną embrionu i płodu; nienaruszalności, integralności i niemajątkowego statusu ludzkiego ciała; integralności gatunku ludzkiego w kontekstach możliwych zmian genomu ludzkiego; poszanowania wolności, autonomii i godności ludzkiej³⁰.

Współcześnie, podobnie jak w czasach wcześniejszych, prawo nadal służy za jedno z najważniejszych narzędzi programowania, planowania, kierowania, zarządzania, sterowania procesami rozwoju społecznego. Wiadomo, że niezbędne jest przy tym szczególnie precyzyjne określanie kryteriów postępu społecznego, wszak chodzi jakby o próby wyprzedzania naturalnego biegu historii. Chodzi szczególnie o to,

by wiedzieć, w jakich warunkach zmiany stają się postępowaniem, w jaki sposób prawnicy, lub szerzej, siły społeczne mogą uczestniczyć w przeobrażeniach społecznych i je kontrolować, w jaki sposób mogą bronić się przed arbitralnością i zastępować wymagowane bądź narzucane wymogi racjonalności przed otwartą debatą nad celami i środkami rozwoju³¹.

Taka otwarta debata możliwa jest w warunkach demokratycznego państwa liberalnego, będącego przeciwieństwem niedemokratycznych państw totalitarnych.

²⁸ Por. np. W. Cieślak, M. Górtowski, *Postęp w informatyce a prawo karne*, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 1.

²⁹ O znaczeniu komparatystyki prawniczej dla postępu w jurysprudencji i prawie por. szerzej np. R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*.

³⁰ Por. M. Safjan, *Rozwój nauk biomedycznych a granice ochrony prawnej* [w:] *Współczesne problemy bioetyki w obszarze regulacji prawnych*, Dział Wyd. Kancelarii Senatu, Warszawa 2001, s. 41 i nast. Także R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, wyd. 9, Warszawa 2008.

³¹ A. Touraine, *La société postindustrielle*, Paris 1960, s. 102.

KULTURY PRAWNE ZACHODU

Zmiany tradycji i postępu w prawie należy postrzegać, opisywać i oceniać poprzez pryzmat ścierania się stabilności ze zmianami w poszczególnych tradycjach prawa świata, współcześnie częściej jednak określanym synonimiczną nazwą kultur prawnych³². Oczywiście, zarówno stabilność, jak i zmiany dopiero po ocenie ich rezultatów mogą być uznawane za zgodne z określoną tradycją albo (i) postępowe. Zatem nie każda stabilność współtworzy określoną tradycję, jak nie każda zmiana jest postępową. Owo ścieranie się stabilności ze zmianami jest najbardziej widoczne w kulturach prawnych Zachodu w sensie wspólnych cech, przede wszystkim kultury prawa europejskiego i kultury prawa amerykańskiego. Ograniczając nasze rozważania do czasów nam współczesnych, należy przypomnieć, że kultura prawa europejskiego obecnego okresu to kultura prawa Unii Europejskiej³³.

W każdej kulturze, czy też tradycji prawnej, istnieje stabilny, trwały, niezmienny jej rdzeń, bez którego nie mogłaby ona istnieć i zachowywać swojej tożsamości. Rdzeń ten współtworzy paradygmat podstawowych i niezmiennych poglądów na temat istoty, źródeł, legitymizacji i stosowania prawa, wynikający z aprobowanego światopoglądu, zasadniczo albo sakralnego, albo moralistycznego, albo legalistycznego. Ów paradygmat może ulegać tylko niewielkim zmianom w długich przedziałach czasu, natomiast jedynie poszczególne jego normy i instytucje mogą zmieniać się szybko – z dnia na dzień. Współcześnie wszakże zmiany tego rodzaju następują szybciej niż w przeszłości, ponieważ przyspiesza je, dzięki mediom, niemal natychmiastowy obieg informacji w skali globalnej. Informacje te służą komparatystyce kulturowej, szczególnie zaś komparatystyce prawniczej, za tworzywo dla akulturacji, konwergencji, harmonizowania, unifikacji i temu podobnych procesów zbliżania do siebie, a nawet całkowitego ujednolicenia, elementów różnych kultur prawnych. W perspektywie więc wyobrażenia może rozważać obowiązywanie jakiejś jednej, ogólnoswiatowej, kosmopolitycznej, postępowej kultury prawnej, godzącej jednak w różnorodność kulturową, uznawaną przecież za wielką wartość ludzkości.

Wiedza o współczesnych kulturach prawnych świata pozwala już określać główne cechy kultur prawnych Zachodu, które ujmuję tutaj zwięźle w kilku punktach. Po pierwsze, szybkie zmiany prawa powodowane spektakularnymi odkryciami naukowymi wynalazkami technicznymi. Po drugie, eksplozja potrzeb ludzkich, narzucająca prawu niewdzięczne zadanie ukazywania ograniczonych możliwości ich zaspokajania. Po trzecie, instrumentalna legitymizacja prawa, przedkładająca względy empiryczne i pragmatyczne ponad względy spekulatywne i sakralne. Po czwarte, silny indywidualizm prawny, uzasadniany liberalnym

³² Tak trafnie np. A. Watson, *Legal Culture v. Legal Tradition* [w:] M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004.

³³ Szerzej na ten temat por. np. V. Gessner, et. Al., *European Legal Cultures*, Aldershot 1996.

przekonaniem o prymacie wolności i autonomii jednostek ludzkich, kierowanych własnymi interesami nad interesami ogółu. Po piąte, mnogość tytułów prawnych, kreowanych przez liczne koncepcje praw człowieka i obywatela, wzmagających roszczenia silnego indywidualizmu prawnego, przy jednoczesnym pomniejszaniu znaczenia zobowiązań, obowiązków i odpowiedzialności. Po szóste, rozległa kazuistyka prawa, wynikająca nie tylko z pojawiania się wielu nietypowych spraw, ale i wkraczania normowania prawnego w coraz to nowe sfery życia, nawet intymnego i prywatnego. Po siódme, profesjonalizm polegający na przekazywaniu nauczania, tworzenia i stosowania prawa w ręce fachowców – prawników. Po ósme, deprecjacja procesu sądowego przez konkurencyjne wobec niego alternatywne sposoby rozstrzygania sporów. Po dziewiąte, wspomniane już procesy – akulturacji, konwergencji, harmonizowania, unifikacji – osłabiające tożsamość kultur prawnych³⁴.

Wspomniane cechy kultur prawnych Zachodu pozwalają na stwierdzenie, że naruszają one ich stabilność, ponieważ wszystkie polegają na zmianach. Jednakże pytanie, czy są to zmiany w całości lub części postępowe, pozostaje bez zdecydowanie jednoznacznej odpowiedzi. Za ich oceną jako postępowe nie przemawiają same zakresy i głębokość aprobaty społecznej. Trwały sceptycyzm wynika z niepewnych zawsze skutków dokonań dzisiejszych w przyszłości. Przechodząc już wyłącznie na grunt kultury prawnej Unii Europejskiej, odnotujmy przynajmniej najważniejsze obecnie w niej napięcia, występujące w ścieraniu się stabilności ze zmianami. Napięcia te dotyczą głównie ścierania się kultury prawa stanowionego z kulturą *common law*, prawa prywatnego z prawem publicznym, prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej, prawa materialnego z prawem procesowym, prawa socjalnego z liberalizmem wolnego rynku³⁵.

Do czasu utworzenia Unii Europejskiej kultura prawa stanowionego kontynentu europejskiego pozostawała w izolacji i różniła się, niemal w każdym względzie, od kultury *common law* wysp brytyjskich. Przeto, od czasu bezpośredniego spotkania się ze sobą tych dwóch kultur w Unii Europejskiej muszą pojawiać się między nimi różne napięcia, zarówno w jej prawie, jak i prawach należących do niej krajów.

Prawo Unii Europejskiej odznacza się połączeniem cech kultury prawa stanowionego z cechami kultury *common law*. Dominują cechy kultury prawa stanowionego, zaś obecność cech kultury *common law* objawia się głównie w przyjęciu angielskich zasad spornego procesu sądowego (*adversary system*), wysłuchiwanie drugiej strony (*audi alteram partem*), odformalizowania dialogu sądowego i preferowania pozasądowych sposobów rozstrzygania sporów³⁶.

Źródłem *common law* jest orzecznictwo sądowe, a prawa stanowionego prawotwórstwo parlamentu.

³⁴ Szerzej por. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, s. 195 i nast.

³⁵ Tak zasadnie M. Van Hoecke, *European Legal Cultures in Context of Globalization* [w:] *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007, s. 84 i nast.

³⁶ R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, s. 191.

Skoro obie te przeciwstawne sobie dotychczas kultury prawne zgodziły się na współtworzenie nowej kultury, nieuchronnie związane z ustępstwami i kompromisami wobec własnej kultury, przeważało przekonanie o wyższej wartości, a więc być może i postępowości, tej nowej kultury Unii Europejskiej w porównaniu do wiekowych kultur prawnych. Przekonanie to uzasadnia zgodę na tworzenie, interpretację i stosowanie takich norm prawnych Unii Europejskiej, które „mają sens” (*make sense*) we wszystkich kulturach prawnych krajów do niej należących i dają się pogodzić z ich lokalnymi tradycjami prawnymi. Z powodu ścierania się kultury prawa stanowionego z kulturą *common law* w kulturze Unii Europejskiej, zmieniła się zasadniczo pozycja sądów zarówno na kontynencie europejskim, jak i wyspach brytyjskich. W tej pierwszej kulturze sędziowie przestają być już jedynie „ustami prawa” (*la bouche de la loi*), a parlamenty tracą wyłączność prawotwórstwa, ponieważ są kontrolowane przez sędziów obdarzonych kompetencjami prawotwórczych orzeczeń.

Natomiast w tej drugiej kulturze wzrasta znaczenie prawotwórstwa parlamentarnego, często w nader typowej dla kultury prawa stanowionego formie kodeksów. Bez wątpienia sądy Unii Europejskiej mają zdecydowanie większy wpływ na tworzenie jej prawa niż parlamentarni prawodawcy:

Oznacza to, dzisiaj, że układ sił między prawodawcą, sędzią i doktryną prawną staje się podobny po obu stronach Kanału, wbrew oczywistym rozbieżnościom, które głównie są reliktem przeszłości podlegającej obecnie szybkim zmianom³⁷.

W kulturze prawnej Unii Europejskiej słabnie, a nawet zaciera się zupełnie ostra granica między prawem publicznym a prawem prywatnym, charakterystyczna dla prawa krajów kontynentu europejskiego. Oto całe prawo pracy, regulowane wcześniej umowami prawa prywatnego, obecnie przeszło do regulacji o charakterze prawa publicznego, aby chronić pracowników przed możliwymi nadużyciami pracodawców. Oto prawo konsumentów zostało wyjęte spod samowoli prawa prywatnego producentów i handlowców i poddane kontroli prawa publicznego, przede wszystkim instytucjami prawnymi gwarancji i rękojmi. Oto wzrosło ogromnie znaczenie prawa publicznego w normowaniu wcześniej wyłącznie prywatnych stosunków między małżonkami, rodzicami i dziećmi pochodzącymi zarówno z małżeństwa, jak i spoza małżeństwa. Tak oto tradycyjne prawo publiczne, ulegając zmianom, sięga po rozwiązania tradycyjnego prawa prywatnego, a zmieniające się tradycyjne prawo prywatne nabiera cech tradycyjnego prawa publicznego. W tym ścieraniu się tradycyjnego prawa publicznego z tradycyjnym prawem prywatnym chodzi z jednej strony o zrównoważenie wolności jednostki ludzkiej z ochroną interesów publicznych i (lub) interesów innych jednostek z drugiej strony. Na tym też m.in. polega chyba obecnie postęp w kulturze prawa Unii Europejskiej.

³⁷ Van Hoecke, s. 93.

Kultura prawa Unii Europejskiej silnie oddziałuje na kultury prawne krajów członkowskich, poprzez jednoczesne obowiązywanie w nich jej prawa i Europejskich Praw Człowieka. To silne oddziaływanie powoduje duże napięcia między tymi kulturami prawnymi, widoczne najwyraźniej w tradycji brytyjskiego *common law*, z których nie bez dużych trudności wyłania się nowe prawo zgodne z prawem Unii Europejskiej. Trudności wynikają z tego, że normy prawa Unii Europejskiej są włączane do prawa krajowego, bez wcześniejszego odpowiedniego przygotowania do właściwego zintegrowania ich z jego całością. Powoduje to zmiany w krajowych kulturach prawnych w dwojaki sposób. Po pierwsze, krajowe kultury prawne zmieniają się pod wpływem oddziaływania akceptowanych nowych norm i zasad prawnych. Po drugie, zacierają się tradycyjne różnice między krajowymi kulturami prawnymi, a w konsekwencji między kulturą prawa stanowionego a kulturą *common law*. Wyłania się nowa wspólna dla wszystkich krajów członkowskich Unii Europejskiej kultura prawna.

Różnice między kulturami prawnymi niekiedy łatwiej dostrzec w prawie procesowym niż prawie materialnym³⁸. Jaskrawe różnice występują w kompetencjach Sądu Najwyższego. Izba Lordów, spełniająca w Wielkiej Brytanii m.in. rolę Sądu Najwyższego, rozstrzyga rozpatrywane przez nią sprawy ostatecznie. W krajach, w których obowiązuje system kasacji, np. we Francji, gdzie funkcjonuje Cour de Cassation, Sąd ten bada tylko legalność materialną i proceduralną wpływających do niego spraw, osądzonych przez niższe instancje sądowe. Nie ocenia więc stanu faktycznego sprawy, lecz po skasowaniu orzeczenia sądu niższej instancji, odsyła sprawę do ponownego rozpoznania przez ten sam lub inny sąd niższej instancji. System kasacyjny ujednolica wprawdzie interpretację prawa w granicach kraju, ale powoduje zróżnicowanie ocen faktów tej samej sprawy sądowej, rozpatrywanej przez różne sądy. W krajach, w których nie obowiązuje system kasacyjny, istnieją poważne trudności dla podsądnych w dostępności do Sądu Najwyższego.

W jednych kulturach prawnych preferowane są skrócone procedury sądowe, w innych zaś procedury zwykłe, długotrwałe i kosztowne, co ma wpływ na zakres zastosowania prawa materialnego. Napięcia między prawem procesowym a prawem materialnym niekiedy wynikają również z tego, że prawo materialne obowiązuje tylko na papierze, ponieważ brak prawa procesowego umożliwiającego jego stosowanie w praktyce, albo stwarzanie przez prawo procesowe większych możliwości niż przewiduje to prawo materialne. Przed kulturą prawną

³⁸ Wiele doniosłych myśli z tego zakresu zawiera dzieło zbiorowe M. Sawczuk (red.), *Unity of Civil Procedural Law and its National Divergences*, Lublin 1994. Por. również liczne publikacje K. Lubińskiego, np. *Civil Litigation Without Frontiers: Harmonisation and Unification of Procedural Law*, „Comparative Law Rev.”, vol. 9–10, 1999 i przytaczana tam bogata literatura przedmiotu. [Od redakcji: por. także M. Sawczuk, *Harmonisation, europeisation, unity, amendments (reform) of civil procedural law* [w:] *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. 1, Milano 2005, s. 577–58; oraz M. Cappelletti, *Towards a United States of Europe?* [w:] *Unity of Civil...*, s. 25–38].

pretendującą do miana kultury postępowej, jak kultura prawna Unii Europejskiej, wyłania się zatem dylemat zrównoważenia statyczności prawa materialnego z dynamiką prawa procesowego.

Krajowe systemy prawne Europy XIX w. przeniknięte były silnie treściami liberalizmu, faworyzującego wolny rynek. W XX stuleciu, wraz z powstaniem europejskich państw socjalistycznych, z owym liberalizmem stał się socjalnie zorientowany światopogląd, będący podstawą regulacji prawnych chroniących w stosunkach pracy stronę słabszą, czyli pracowników³⁹. Owo ścieranie się przetrwało w Unii Europejskiej do dzisiaj, ponieważ akceptuje ona pluralizm orientacji ideologicznych. Przeto nie ustają w niej dyskusje na temat równoważenia tego, co liberalne, z tym, co socjalne. Dla zdecydowanych liberałów w prawie Unii Europejskiej wciąż „za dużo socjalizmu”, gdy zaś dla ich ideologicznych oponentów, zdecydowanych socjalistów wręcz odwrotnie – wciąż „za dużo liberalizmu”. W toczących się dyskusjach przeważa jednak pogląd, że w sprawach całej Unii Europejskiej powinna obowiązywać konkurencja zasad wolnego rynku, a w sprawach socjalnych i kulturalnych powinny decydować władze poszczególnych krajów i regionów.

KONTEKSTY GLOBALIZACJI

Nowe wątki do problematyki zmian tradycji i prawa wnoszą procesy globalizacji prawa. Globalizacja prawa polega na wzajemnym oddziaływaniu wcześniej wyłącznie autonomicznych tradycji, czy też kultur prawnych w kierunku ujednolicania ich składników w skali ogólnoswiatowej. Reakcja autonomicznych dotychczas kultur prawnych przeciwko ogólnoswiatowej globalizacji objawia się poprzez ochronę najtrwalszych składników ich tradycji⁴⁰. Ponadnarodowe struktury, w rodzaju Unii Europejskiej w Europie, MERCOSUR w Ameryce Łacińskiej i ASEAN w Azji, mają, m.in., na celu ochronę tradycji lokalnych przed ogólnoswiatową globalizacją. Gdy w Europie XIX w. dominował monizm prawny w ramach scentralizowanych państw, to od połowy XX stulecia rozwija się w niej już zdecydowanie pluralistyczna kultura prawna. Z trudem natomiast podąża za takim pluralizmem edukacja prawnicza, w której wciąż dominuje krajowy, monistyczny, a nie ogólnoeuropejski, pluralistyczny i policentryczny punkt widzenia⁴¹.

Obecnie pluralizm prawny ma dwa konteksty, z jednej strony obejmowanie zakresami władzy państwowej podległych jej struktur i struktur ponadpaństwo-

³⁹ Tak R. Tokarczyk, *Współczesne doktryny polityczne*, Wyd. 14. poszerzone, Kraków 2006, s. 59 i nast.

⁴⁰ Por. W. Twining, *Globalization and Legal Theory*, London 2000; J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris 2005; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma – Bari 2006.

⁴¹ Por. H. Petersen, H. Zahle (eds.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot 1995.

wych, z drugiej zaś strony obejmowanie prawem organizacji niepodlegających władzy państwowej, takich jak np. międzynarodowe organizacje sportowe lub wspólnoty imigrantów. Prawnicy napotykają poważne trudności w rozstrzyganiu spraw z zakresu pluralizmu prawnego, przede wszystkim dotyczących ścierania się treści sakralnych różnych religii z treściami różnych ideologii świeckich.

Dla kultury prawnej Unii Europejskiej główny cel objawia się w europeizacji prawa państw członkowskich, najpierw przynajmniej na poziomie harmonizacji, a następnie, być może, pełniejszego jego ujednoczenia. Zadanie to realizowane jest na ogół bez większych oporów w krajach postsocjalistycznych, które weszły do Unii Europejskiej, ponieważ chętnie otrząsają się one z dotychczasowej marginalizacji prawa prywatnego i przesycenia prawa ideologią. Wszystkie zaś kraje członkowskie Unii Europejskiej, w jakimś stopniu ulegają skutkom globalizacji prawa, w szczególności w stosunkach rodzinnych i dylematach skutków stosowania nowych odkryć naukowych i wynalazków technicznych. Powoduje to ścieranie się starych, tradycyjnych idei normatywnych z nowymi ideami, pretendującymi do rangi postępowych. Nowe idee normatywne muszą być wyrażane nowym językiem prawa, wymagającym uzgodnienia go z tradycyjnym językiem prawa danej kultury. Wydaje się przy tym, że przede wszystkim rozwój wspólnej doktryny prawnej mógłby być głównym i najlepszym instrumentem harmonizacji prawa w ramach Unii Europejskiej⁴².

Kultury prawne państw europejskich zdominowały większość systemów prawnych świata dzięki kolonializmowi i dobrze rozwiniętej doktrynie prawnej. Z tych względów udział tych kultur w globalizacji prawa jest nadal znaczny, jednakże obecnie ustępuje już coraz bardziej przemożnemu oddziaływaniu w świecie prawa amerykańskiego. Potęga ekonomiczna Stanów Zjednoczonych, dominujących w ekonomice świata, ma decydujący wpływ na przodującą pozycję regulujących ją amerykańskich gałęzi prawa, szczególnie prawa handlowego, umów, deliktów, spółek i własności intelektualnej. Nadto, znakomite uniwersytety amerykańskie wykształciły wielu wybitnych prawników swoich i z innych krajów, mających duży wpływ na procesy globalizacji prawa. Można więc mówić o amerykańskiej prawnej akulturacji w świecie, utożsamianiu, w znacznych zakresach, procesów globalizacji prawa z jego amerykańską. Powoduje to oczywiście ścieranie się europeizacji prawa z amerykańską w tych przypadkach, gdy Unia Europejska nie recypuje dobrowolnie nierzadko doskonałych amerykańskich rozwiązań prawnych.

Europeizacja, amerykańskizacja i globalizacja prawa, konkurujące ze sobą o przodownictwo postępu prawa, rzuciły poważne wyzwania edukacji prawniczej wielu krajów świata. Wyzwania te wyrażają następujące pytania:

Jakiego rodzaju edukacji potrzebujemy w kontekście wzrastania europeizacji i globalizacji? Do jakiego stopnia edukacja powinna pozostawać narodową, a do jakiego stopnia powinna być

⁴² Tak F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effect of European Integration*, Oxford 2000.

bardziej europejska, z jej podkreśleniem tradycyjnych „narodowych” gałęzi prawa? Czy nauczanie przyzna przewagę teorii, czy też szkoleniu praktycznemu profesji prawniczych? Czy studenci mają się uczyć głównie metod i wprawy, czy też w centrum edukacji prawniczej powinna się znajdować znajomość norm prawnych, koncepcji prawa, instytucji prawnych, ważnych autorów i poszczególnych spraw? Czy przeciętny prawnik potrzebuje edukacji „prawa w kontekście”, czy bardziej tradycyjne pozytywistyczne szkolenie powinno być preferowane w celu przekazywania praktyce prawniczej technicznie dobrze wyszkolonych prawników, gdzie też większość z nich znajdzie dla siebie pracę?⁴³

Zależnie od odpowiedzi na te pytania kształtować się będą kultury prawne świata, szczególnie zaś kultura prawna Unii Europejskiej, poprzez uzgadnianie elementów niezmiennych tradycji z elementami postępu w prawie⁴⁴.

TRADYCJA A POSTĘP

Poznanie treści pojęć „tradycja” i „postęp” wskazuje, że to pierwsze, obejmując swoim zakresem trwanie i zmiany, jest szersze i zwykle zawiera się w nim to drugie – polegające na zmianach. Wartościowanie tych pojęć jest tylko jednostronne, jeżeli są one sobie przeciwstawiane. Czynią tak, w oderwaniu od rzeczywistego rozwoju procesów społecznych, utopiści, z jednej strony doceniając wyłącznie niezmiennie trwanie, z drugiej zaś strony trwałą zmienność. Zarówno jednak trwanie, jak i zmiany mogą powodować skutki zarówno pozytywne, jak i negatywne, ale zawsze z punktu widzenia określonych celów. Zatem te same składniki tradycji – trwałości i zmiany – dla jednych celów są pozytywne, dla innych negatywne, a dla jeszcze innych mogą być zupełnie obojętne. Wspólną ramą trwania i zmian w tradycji jest czas.

Jak trafnie ujął to jeden z badaczy czasu

przeszłość jest jednocześnie tym, co już minęło, a przecież jeszcze jakoś trwa; teraźniejszość jest tym, co trwa, a jednocześnie przemija; przyszłość jest tym, czego jeszcze nie ma, a przecież istnieje potencjalnie w postaci wielu możliwych wariantów tego, co nadejdzie⁴⁵.

Jednostronne przecenianie trwania w idei czasu musiałoby prowadzić zarówno do niedoceny znaczenia zmian, rozwoju, postępu, jak i niedostrzegania źródeł tego, co zasługuje na trwanie wśród tego, co ulega zmianom. Z kolei jednostronne przecenianie zmiany pozbawiałoby czas rzeczywistego, trwalszego znaczenia, sugerując, że zmiany tożsame z przeszłością są niebytem, ponieważ już jej nie ma, teraźniejszość jest jedynie nietrwałym, bezwymiarowym punktem przeobrażającym się w przeszłość w momencie pojawienia się, a przyszłość jest również niebytem, gdyż jeszcze jej nie ma⁴⁶.

⁴³ Van Hoecke, dz. cyt., s. 98.

⁴⁴ Ścieranie się tradycji z postępowaniem w prawie dotyczyć może nawet, tak marginalnej, na pozór, sprawy jak rola pedli sprawujących tradycyjnie ważną, wręcz inwigilacyjną rolę w kontrolowaniu studentów angielskiego Oxford University, co pozostaje w sprzeczności z obowiązującym tam od 1998 r. *Human Rights Act*. Por. G. Walford, *When Tradition Meets Modern Law: Changing the Role of the Oxford University Proctors*, „Res. and Education” 2004, vol. 72, s. 103–114.

⁴⁵ A. Nowicki, *Człowiek wobec czasu* [w:] *Czas w kulturze*, praca zb. pod red. A. Nowickiego, Lublin 1983, s. 10.

Tradycja i postęp występują jako kategorie idealne i realne miary osiągnięć ludzkich, w obu przypadkach przydatne do wartościowania zjawisk społecznych. Jako kategorie idealne są obecne w ideach, ideologiach, programach, doktrynach i opartych na nich wzorach instytucji społecznych, szczególnie politycznych i prawnych. Jako zaś kategorie realne mogą istnieć, gdy przedmiot trwania i postępu jest mierzalny, a więc głównie w sferze ekonomiki. To, co idealne, i to, co realne w tradycji i postępie usiłuje harmonijnie kojarzyć ze sobą myśl konserwatywna. Opierając się na idei ciągłości, myśl konserwatywna uzasadnia trwanie najbardziej wartościowych składników tradycji, czy też kultury z jednocześnie zachętą do unikania zbyt szybkich i całościowych zmian. W świetle pełnej racjonalnego umiaru myśli konserwatywnej zachowywanie najbardziej wartościowych składników tradycji przesądza o jej przetrwaniu, a postęp może wynikać tylko ze stopniowego rozwoju rodzących się dopiero treści wartościowych, ale nigdy chyba idealnych.

Jako kategorie idealne „tradycja” i „postęp” służą rozważaniom nad procesami dziejowymi ujmowanymi w wymiarach najogólniejszych. Wiążą się z poglądami o istnieniu pewnej całości w sensie procesu dziejowego, do której można przykładać miary tradycji i postępu. Całość taka miałaby być czymś w rodzaju historii ludzkości, a w odniesieniu do prawa miałaby ucieleśniać jakieś uniwersalne wzory doskonałego prawa [...] wszelkie dotychczasowe próby sformułowania uniwersalnego systemu prawa o cechach ideału kończyły się na ogół niepowodzeniem [...] Idee tradycji i postępu odniesione do procesów dziejowych zakładają możliwość kształtowania, przynajmniej do pewnego stopnia, kierunków tego rozwoju [...] z punktu widzenia wartości aprobowanych przez siły społeczne je realizujące. Rozwój wartości wnoszących doskonalsze rozwiązania społeczne to właśnie postęp [...] Stwierdzenia te komplikuje jednakże możliwość wyodrębnienia takich składników tradycji, które harmonizują z postępem lub też wprost wspierają jego rozwój⁴⁷.

Wszystkie te ogólne uwagi znajdują bardziej szczegółowy wyraz w zmianach tradycji i postępu w prawie. Współcześnie dotychczasowe tradycje prawa pozostają pod silną presją procesów ich unifikacji w skali kontynentalnej, jak zwłaszcza w Unii Europejskiej i w skali globalnej, gdzie przodownictwo należy do Stanów Zjednoczonych Ameryki. Głównym wyróżnikiem i podstawą trwałej tożsamości określonej tradycji, czy też kultury prawnej są typowe dla niej źródła prawa. Do źródeł tych należy zwyczaj, umowa, orzecznictwo sądowe i prawo stanowione. Jeśli zatem słabną źródła prawa danej tradycji, czy też kultury prawnej słabnie cała ta tradycja albo kultura. Pomiędzy skrajnością obrony ortodoksji, tradycji, czy też kultury prawnej i skrajnością unifikacji istnieje możliwość kształtowania tradycji prawa międzykulturowego⁴⁸. Trzeba jednak pamiętać, jak przypomina Lope Felix de Vega, pisarz hiszpański, że „Postęp to znaczy lepsze, a nie tylko nowe”.

⁴⁶ R. Tokarczyk, *Metodologia relacji...*

⁴⁷ *Tradycja i postęp w prawie*, Wstęp, s. 32 i nast.

⁴⁸ Por. G. Drosterij, M. Hildebrand, E. A. Huppers-Cluysenaer (eds.), *The Possibility of Inter-cultural Law*, The Hague 2006. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa wobec XXI wieku* [w:] *Filozofia wobec XXI wieku*, pod red. L. Gawora, Lublin 2004.

CHANGES TRADITION AND PROGRESS IN LAW

Summary. Tradition and progress as words are using very often in every day and scholarly language by historians, philosophers, sociologists, anthropologists and theologians. In every day language are using sometimes without enough rationalization. Tradition and progress have important meaning theoretical and practical for jurisprudence and law but are analyzing rarely in science. My analyze has very general character, waiting for more deep and broader comments. All research devoted to tradition and progress is not easy because it has many contextual different meanings. Different are contents words "tradition" and "progress" in law and its interrelations and influences on different sectors of social life. From axiological point of view tradition has many different evaluations, good and bad contrary to progress evaluated good.

Key words: tradition, progress, law, change