

JANUSZ CABAJ



CRITICAL LEGAL STUDIES
A LIBERALNA KONCEPCJA PRAWA

Geneza. Jedną z ważniejszych przyczyn, która miała wpływ na wyłonienie się ruchu pod nazwą CLS, były niemalże rewolucyjne nastroje społeczne przełomu lat 60. i 70. Ten intelektualny ferment opanował znaczną część zachodniego społeczeństwa, a w Stanach Zjednoczonych okazał się na tyle silny, że w latach 70. i 80. XX wieku doprowadził do rozkwitu CLS¹.

Nastroje, o których tu mowa, ujawniły się na tle wydarzeń kulturowych, co zaowocowało zmianami amerykańskiego klimatu społecznego. Wprawdzie szeroko rozumiane liberalne ramy polityczne i ekonomiczne pozostawały nienaruszone², ale atmosfera społeczna zaczęła nabrzmiewać konfliktem rasowym, roszczeniami mniejszości seksualnych i feministycznymi oraz coraz wyraźniej rysującym się konfliktem pokoleniowym. Zjawiskom tym towarzyszyły: polaryzacja polityczna społeczeństwa, demonstracje przeciwko wojnie w Wietnamie, walka o poszanowanie praw obywatelskich, w szczególności praw mniejszości pod przewodnictwem Martina Luthera Kinga, a politycy dołożyli do tego skandale korupcyjne i afery typu *Watergate*³. Z drugiej strony, należy zauważyć – szczególnie w kontekście lewicowych inklinacji CLS – że zimna wojna zbliżała się do swej szczytowej fazy. MaCarthy już co prawda nie żył, ale amerykański strach przed komunizmem, jeżeli się zmniejszył, to niewiele⁴. W takich warunkach *status quo* wypracowany w ramach doktryny liberalnej musiał stawić czoło nowym wyzwaniom.

Wskazanie nastrojów społecznych za jedną z najważniejszych przyczyn wyłonienia się nowej formacji krytycznej przesłania pewne konkretne fakty, które miały istotny wpływ na genezę CLS. W późnych latach 60. ubiegłego stulecia Duncan Kennedy, który z czasem stał się jednym z czołowych reprezentantów

¹ M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2001, s. 1040.

² Szerzej: M.J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870–1960: the crisis of legal orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

³ W. Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 2000, s. 455.

⁴ J.G. Riddall, *Jurisprudence*, Oxford University Press, 2005, s. 260.

ruchu, opublikował artykuł ujawniający stosunki panujące na wydziale prawa (*Yale Law School*), na którym odbywał studia prawnicze⁵. Stosunki te – w jego ocenie – charakteryzowały się wrogością, niepewnością i cynizmem. Artykuł Kennedy’ego nie przeszedł bez echa, a w ogólności został uznany przez kadre profesorską za kalający własne gniazdo. Niestety, podobne doświadczenia z *Yale Law School* mieli także inni studenci. *Fajerwerki próżności* (*Bonfire of the Vanities*) – tytuł książki Toma Wolfe’a⁶ jest wymownym przykładem oceny stosunków panujących w Yale. Jak autor zauważa z przekąsem: „Yale może być [miejscem] wspaniałym do robienia wszystkiego co chcesz, o ile tylko nie angażuje się tam ludzi w adidasach, z bronią, narkotykami, lubieżnych czy gnuśnych (*lust or sloth*)⁷. Wybiórcza tolerancja, autorytaryzm i inne praktyki na wydziale prawa sprawiły, że dla wielu potencjalnych studentów studiowanie prawa nie było już tak atrakcyjnym zajęciem, jak w przeszłości. Guyora Binder przyrównuje studia prawnicze w późnych latach 60. do obowiązku uczęszczania do szkoły letniej, podczas gdy inni w tym czasie zajmują się grą w piłkę⁸. Stosowane metody nauczania sprawiały, że studenci postrzegali profesorów jako ludzi, którzy chcą ich skrzywdzić, a w opinii Kennedy’ego krzywda ta często była realna i głęboka⁹. Dosadność sformułowań Kennedy’ego musiała zmącić dobre samopoczucie niektórych nauczycieli akademickich, kiedy przeczytali o studentach przepełnionych strachem przed „...nauczycielską dezaprobatą, akceptujących swój własny status nie-osoby, [o punkcie], w którym żadna miara korzyści intelektualnej nie przewyżczy... strachu i wstrętu do widowiska, w którym profesor, uśmiechając się do siebie łagodnie, przygotowuje się aby raz jeszcze, po ojcowsku, wywalić twoje bebechy na podłogę”¹⁰.

Jak dowodzi Ellen Coughlin: „Pod wpływem politycznego podniecenia lat 60. [radykalni studenci prawa, którzy później staną się zwolennikami CLS] byli zjednoczeni, z początku, w bezkompromisowym niezadowoleniu ze wzrastających konserwatywnych skłonności wielu swych profesorów i w bolesnej świadomości, jak marnie, do realnego życia pasuje koncepcja prawa przekazywana studentom...”¹¹. „CLS zrodziło się z rozdźwięku pomiędzy politycznymi doświadczeniami

⁵ D. Kennedy, *How the Law Schools Fails: A Polemic*, (1970) 1 *Yale Review of Law and Social Action* 71–90.

⁶ T. Wolf, *The Bonfire of the Vanities*, London: Picador, 1988.

⁷ Wolf, *The Bonfire...*, op. cit., s. 417; za: N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 2001, s. 422.

⁸ G. Binder, *On Critical Legal Studies As Guerrilla Warfare*, (1987) 76 *Georgetown Law Journal* 1–36, s. 24; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422, przypis 4.

⁹ D. Kennedy, *How the Law...*, op. cit., s. 73; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422.

¹⁰ D. Kennedy, *How the Law...*, op. cit., s. 80; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 422.

¹¹ E.K. Coughlin, *The Crits v. the Legal Academy: Arguing the Case Against the Law* (17 VII 1985) *The Chronicle of Higher Education*, 5–6, s. 6, kolumna 3; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 436, przypis 74.

studentów lat sześćdziesiątych i programem nauczania na wydziałach prawa w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych”¹².

Pomijając formę przekazywania wiedzy prawniczej studentom, należy podkreślić poważne zastrzeżenia co do jej treści, a pojęcia, które najlepiej charakteryzują sposób postrzegania prawa przez konserwatywną kadre profesorską, to tradycjonalizm i formalizm.

Przeciwko tradycyjnemu (w tym znaczeniu – formalistycznemu) rozwojowi prawa już od lat dwudziestych XX wieku protestowali amerykańscy realiści prawnicy. Nie zgadzali się na obraz ewolucji prawa kształtowany przez ówczesne analizy doktrynalne. Zarzut realistów, najogólniej rzecz biorąc, opierał się na przeświadczeniu, że główny nurt doktryny prawniczej traktował prawo jako kompletny i autonomiczny system logicznie niesprzecznych reguł, zasad i pojęć prawnych. Stosowanie tak rozumianego prawa nie wymagało żadnego większego wysiłku. Metodologia orzecznicza była wolna od prywatnych poglądów sędziego i neutralna społecznie. Wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia sprowadzało się do ustalenia faktów i oznajmienia, adekwatnego do nich, prawa. W rzeczywistości ostateczna decyzja jawiła się jako nieuchronna konieczność, a nie jako owoc takich czy innych wyborów. Realisci dowodzili, że taki model stosowania prawa powinien być zastąpiony modelem, który będzie uwzględniał społecznie pożądane rezultaty¹³.

CLS, jako ruch, jest zasadniczo uważany za kontynuację myśli realistycznej, choć z drugiej strony zwraca się uwagę na postmodernistyczny i poststrukturalistyczny charakter tego przedsięwzięcia¹⁴. Kwestionując przydatność idei uprawnień, różnią się od innych nurtów krytycznych, jakimi są krytyczna teoria rasowa oraz feminizm prawniczy, choć w kwestionowaniu istniejącego podziału władzy znajdują wspólny cel¹⁵. Różni ich także to, że kiedy CLS kwestionuje model edukacji prawniczej, przedstawiciele *outsider jurisprudence*¹⁶ skarżą się, że w nauce prawa punkt widzenia kobiet i kolorowych jest w ogóle niedostrzegany, a w najlepszym wypadku – dostrzegany i ignorowany¹⁷. Dodajmy, że niektórzy dopatrują

¹² G. Binder, *On Critical Legal Studies As Guerrilla Warfare*, (1987) 76 *Georgetown Law Journal* 1–36, s. 23; za: N. Duxbury, *Patterns of...*, op. cit., s. 437.

¹³ W. Morrison, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 455.

¹⁴ H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1998, s. 180.

¹⁵ D.L. Rhode, *Feminist Critical Theories*, (1990) 42 *Stanford Law Review* 617, s. 619; za: R.E. Rhodes, Jr, *Schools of Jurisprudence*, Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 2011, s. 176.

¹⁶ Pojęcie proponowane przez niektórych przedstawicieli jursprudenncji krytycznej. Obejmuje ono jursprudenncje feministyczną i krytyczne teorie rasowe; M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, (1989) 87 *Michigan Law Review* 2320, s. 2323; M. Coombs, *Outsider Scholarship: The Law Review Stories*, (1992) 63 *University of Colorado Law Review*, 683, s. 683–684; za: B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 221, przypis 24.

¹⁷ H. Barnett, *Introduction to...*, op. cit., s. 202–204.

się podobieństw między poglądami CLS a autopojetyczną teorią prawa. Zakres tego podobieństwa wydaje się jednak bardzo ograniczony¹⁸.

Stosunek CLS do koncepcji u p r a w n i eń zasługuje na szerszą analizę, na którą nie ma tu miejsca. Aby nie pozostawiać jednak tego zagadnienia bez żadnego komentarza, przywołajmy opinię Richarda Delgado: „[J]ednym z wyjaśnień postawy CLS wobec uprawnień może być fakt, że przeciętny *Crit*, osobnik rasy białej, płci męskiej, nauczyciel akademicki, zasadniczo na wydziale prawa, rzadko korzysta z uprawnień. Ci, z którymi się styka w swym codziennym życiu – wynajmujący, pracodawcy, przedstawiciele władz publicznych – w ogólności traktują go z poszanowaniem i estymą. Rzadko jest ofiarą przemocy, znieważania czy pogardy”¹⁹.

Jednakże u źródła sceptycyzmu wobec uprawnień leży wpływ ideologii marksistowskiej. Marks co prawda nie odrzucał całkowicie koncepcji uprawnienia, ale wskazywał, że przynosi ono jedynie polityczną emancypację, nie dając prawdziwej wolności, jaka przysługuje istocie ludzkiej. Uprawnienia w istocie mają charakter egoistyczny – są „uprawnieniami człowieka oddzielonego od innych ludzi i od społeczności”, chronią wolność „wyizolowanej i zamkniętej w sobie monady”²⁰.

Te marksistowskie inklinacje, w polemice z E.P. Thompsonem²¹, pośrednio potwierdza Morton Horowitz, kiedy pisze: „Nie mogę zrozumieć, jak człowiek lewicy może opisywać rządy prawa jako «niekwestionowane ludzkie dobro»! Niewątpliwie rządy prawa ograniczają władzę, ale także uniemożliwiają dobroczynne wykonywanie tej władzy... Sankcjonują i legitymują sporną, konkurencyjną i atomistyczną koncepcję ludzkich relacji”²². Podkreślmy jednak, że sama koncepcja uprawnień nie jest wolna od wewnętrznych sprzeczności. I wyeksponowanie tych właśnie sprzeczności bywa uznawane za ważny wkład CLS w dyskurs dotyczący uprawnień, tym bardziej że toczy się on nie tylko w kontekście typowo prawnym, ale ma miejsce również w debatach politycznych²³.

Dokonuje się niekiedy, raczej tytułem wprowadzenia, analizy podobieństw i różnic między amerykańskim realizmem prawniczym a CLS, przy czym charakter sukcesji bywa określany nader obrazowo. Uznając realizm prawniczy za *jazz*, klasykę amerykańskiej jurysprudenencji, dla CLS rezerwuje się etykietę sukcesora

¹⁸ R. Nobles, D. Schiff, *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, s. 166–173.

¹⁹ R. Delgado, *The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?*, (1987) 22 Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review 301, s. 305–306; za: D. Meyerson, *Understanding Jurisprudence*, Routledge Cavendish, s. 115.

²⁰ K. Marks, *On the Jewish Question*, (w:) K. Marx, F. Engels, *Collected Works*, vol 3, London: Lawrence and Wishart, 1975 (1843), 146–174, s. 162; za: D. Meyerson, *Understanding...*, op. cit., s. 113.

²¹ Chodzi o obronę przez Thopsona koncepcji uprawnień w: E.P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London: Allen Lane, 1975, w szczególności s. 266–267.

²² M. Horowitz, *The Rule of Law: An Unqualified Human Good?*, (1977) 86 Yale Law Journal 561, s. 566; za: D. Mayerson, *Understanding...*, op. cit., s. 114.

²³ A. Hunt, *Marxist theory of law*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd., 2003, s. 357.

spod znaku zbuntowanego i bardziej dynamicznego *rock*²⁴. Dworkin w swej krytycznej i nieco przesadzonej ocenie CLS²⁵ widzi jedynie dwie różnice pomiędzy realistami a CLS. Jak zauważa z przekąsem: „...z wyjątkiem świadomej lewicowej pozy, i osobliwego doboru dyscyplin uznawanych za najważniejsze [CLS] przypomina starszy ruch amerykańskiego realizmu prawniczego i jest jeszcze zbyt wcześnie, by ocenić [chodzi tu o ocenę dokonywaną przez Dworkina nie później niż w roku 1986] czy jest to coś więcej niż anachroniczna próba wskrzeszenia tego przestarzałego ruchu... W swej najlepszej i najbardziej obiecującej wersji krytyczne studia prawnicze przekraczają jednak ograniczenia realizmu prawniczego, sięgając do... globalnej postaci wewnętrznego sceptycyzmu”²⁶. Dworkin zdaje się nie dostrzegać innych różnic, a pośród nich zasadnicza jest ta, że realisci byli zwolennikami liberalizmu, natomiast zwolennicy CLS – zdecydowanie go odrzucali. Ponadto, o ile realisci postrzegali decyzje sędziowskie jako podejmowane pod wpływem różnorodnych czynników zewnętrznych, o tyle dla przedstawicieli CLS były one „czysto polityczne”²⁷. Że o ile dla CLS całe prawo było nieokreślone, o tyle dla realistów tylko ta jego mała część, która w danym momencie miała stanowić podstawę rozstrzygnięcia sprawy sądowej i to zazwyczaj już w sądzie apelacyjnym²⁸. Ponadto inspiracji dla CLS dostarczają filozofowie głównie spoza Stanów Zjednoczonych – J. Habermas, R. Marcuse, J. Derrida czy M. Foucault²⁹, choć także niektórzy filozofie amerykańscy, jak R. Rorty³⁰.

A zatem tradycyjna (a może lepiej – tradycjonalistyczna) nauka prawa kreowała wyobrażenie ówczesnego stanu rzeczy i systemu prawnego, który stanowił podporę społeczeństwa jako funkcjonalnej, rozwijającej się całości. Tego poglądu nie podzielała znaczna część studentów prawa, która z czasem zasiła szereg CLS³¹. Wizja prawa, a raczej, co należy podkreślić – nauki prawa, którą przedstawia się jako „...naukę autonomiczną, która jest samowystarczalna w tym znaczeniu, że poszczególne decyzje mogą być wywiedzione z zasad prawnych, precedensów i procedur bez odnoszenia się do wartości, celów społecznych czy też politycznego lub ekonomicznego kontekstu”³² jest wyobrażeniem wypaczo-

²⁴ D. Kennedy, P. Gable, *Roll over Beethoven*, (1984) 36 Stanford Law Review 1, za: R. Wacks, *Understanding Jurisprudence. An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, 2009, s. 338.

²⁵ Na krzywe stanowisko Dworkina w stosunku do CLS zwraca także uwagę: H. Barnett, *Introduction to...*, op. cit., s. 108.

²⁶ R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa: Wolter Kluwer, 2006, s. 273.

²⁷ J.S. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, (w:) J. Coleman, S. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, s. 691.

²⁸ B. Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, (w:) tenże, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, s. 19–20.

²⁹ R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 342.

³⁰ J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Oxford University Press, 2004, s. 110.

³¹ W. Morrison, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 456.

³² L. Schwartz, *With gun and camera through darkest CLS-land*, (1984) 36 Stanford Law Review 413, s. 431; za: J.E. Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, 2008, s. 155.

nym. Swe stanowisko wyjściowe CLS określa jasno i dobitnie: *Law is politics, pure and simple*³³. Czy to hasło należy przyjmować dosłownie? Czy polityką jest rzeczywiście całe prawo? Czy odnosi się jedynie do sytuacji, kiedy uwzględnienie zasad prawnych jest niezbędne do przyjęcia jakiegoś rozstrzygnięcia. Istnieje przecież cała masa spraw, tzw. *easy cases*, w których rozstrzygnięcia nie budzą kontrowersji. Zarzut Posnera, że CLS ignorują istnienie takich spraw świadczy o tym, że powyższe hasło traktuje dosłownie³⁴. Należy zgodzić się, że dla CLS całe prawo jest uwikłane ideologicznie, co nie stoi w sprzeczności z faktem, że rozstrzygnięcia w *easy cases* nie budzą kontrowersji. Problem polega na tym, że znaczenie wyrażen składających się na reguły, stanowiące podstawę rozstrzygnięć, także *easy cases*, nie jest egzogenne, ale „ukonstytuowane społecznie i podlegające zmianom z uwagi na określoną politykę”³⁵. Podobne stanowisko zajmuje Thomas Morawetz, wskazując, że dla CLS „każda kwestia prawna jest rozstrzygana politycznie, a ci, którzy twierdzą, że prawo w ogólności ucieleśnia pewien konsens moralny i/lub neutralność pod względem wartości, oszukują sami siebie”³⁶.

Wizja prawniczego rozumowania, której uczono na wydziałach prawa, jest, oczywiście, dla przedstawicieli CLS wizją fałszywą, to po pierwsze. Ale po drugie, jest ona również tym aspektem nauki prawa, który jest utożsamiany z szeroko i miękko rozumianym formalizmem. A przy takim rozumieniu, jaki proponuje nam Roberto Unger, atak CLS jest prowadzony na bardzo szerokim froncie.

Jak wyjaśnia Unger: „Przez formalizm nie mam na myśli tego, jak zazwyczaj termin ten jest opisywany: wiary w dostępność dedukcyjnej, czy też *quasi*-dedukcyjnej metody, zdolnej do wskazania określonego rozwiązania konkretnego problemu związanego z dokonaniem prawniczego wyboru. Tym co rozumiem przez formalizm w tym kontekście [to znaczy w kontekście rozumowania prawniczego], jest zobowiązanie wobec, a zatem także wiara w możliwości, metody uzasadnienia prawnego, którą w sposób oczywisty można przeciwstawić sporom bez końca, dotyczącym podstawowych kategorii życia społecznego, sporów, które ludzie zwykli określać ideologicznymi, politycznymi czy wizjonerskimi”³⁷.

Krytyka CLS wymierzona w liberalny legalizm zasadza się na kilku tezach, z których za podstawowe można uznać:

³³ Ch. Tomlins, *Law and History*, (w:) K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Calderia, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010, s. 723.

³⁴ R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, London & Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990, s. 154.

³⁵ Jako przykład, Brest analizuje wyrażenie *interesy* (*interests*): P. Brest, *Interpretation & interest*, (1982) 34 *Stanfor Law Review* 765; za: W.N. Eskridge, Jr, *Interpretation of statutes*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 205.

³⁶ T. Morawetz, *Law and literature*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 458.

³⁷ R.M. Unger, *The critical legal studies movement*, (1983) 96 *Harvard Law Review* 563, s. 564; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 156.

1. Edukacja studentów prawa przebiegała w taki sposób, aby zaszczepić i utrwalić w nich ideał rządów prawa, liberalnego legalizmu³⁸ czy liberalnej demokracji.
2. Wartości stanowiące podstawy powyższych pojęć i uprawnienia z nich wynikające często pozostają w kolizji. Kolizje te są rozstrzygane przez sądy.
3. Proces sądowy jest sprowadzony przez akademików do modelu wyidealizowanego; odzwierciedla ideę rządów prawa (a nie ludzi).
4. Prawo w ogóle, a w szczególności w pojęciu *rządów prawa*, posiada walor neutralności, obiektywizmu, określoności. Prawo jest spójne, konieczne, racjonalne.
5. W procesie sądowym w szczególności, a w analizach prawnych w ogólności, prawnicy posługują się swoistą metodologią (inną aniżeli, przykładowo, w dyskursach etycznych), która często występuje pod nazwą rozumowania prawniczego. Jest to rozumowanie wolne od wartościowania i politycznych osądów, neutralne, obiektywne – posiada zatem takie same przymioty jak samo prawo. Stosując to rozumowanie, sądy dokonują m.in. prawidłowego doboru precedensów i ważenia zasad prawnych.

W dalszej części artykułu tezy powyższe zostaną poddane analizie krytycznej. Krytyka ta odzwierciedla stanowisko CLS, a jest to stanowisko radykalne, nie do negocjacji. Zapewne mało kto podpisze się dziś pod tak radykalną krytyką. Rzecz jednak w czym innym. Analizy CLS dostarczają pewnych, mniej lub bardziej użytecznych narzędzi intelektualnych i skłaniają do przemyślenia powyższych tez w świetle stawianych zarzutów. Ponadto CLS na trwale wpisało się już w anglosaskie podręczniki do jurysprudencki³⁹, choć wywołało tak ostrą i szeroką reakcję oponentów, że niektórzy zaczęli zadawać sobie pytanie, czy nie jest to aby reakcja nazbyt alergiczna, na zasadzie „uderz w stół, a nożyce się odezwą”. I chociażby z tego powodu można powątpiewać, czy – jak twierdzi Brian Tamanaha – CLS to sprawa stracona (*dead horse*)⁴⁰.

Fundamentalne sprzeczności. Doktryna legalizmu prawniczego konserwuje fundamentalne sprzeczności, które są inherentne dla prawa w ujęciu systemowym – konflikt między indywidualistycznymi regułami a altruistycznymi zasadami. Idea uprawnień maskuje permanentny konflikt społeczny. W konsekwencji prawo jest hamulcem zmian społecznych.

Prawo, posługując się pojęciami, pośród których królują takie, jak *prawa* (w rozumieniu – uprawnienia) i *wolności*, pozwala ludziom myśleć o tym, co

³⁸ Krótką charakterystykę „liberalno-legalistycznego paradygmatu” przedstawiają Galanter i Trubek w: W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, s. 344–345.

³⁹ Wiele podręczników poświęca osobny rozdział temu zjawisku, przykładowo *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, jedna ze sztandarowych pozycji z zakresu jurysprudencki, posiadająca kilkanaście wznowień (od roku 1959), rezerwuje dla CLS osobny rozdział, tak jak przykładowo dla H. Kelsena czy marksistowski teorii państwa i prawa.

⁴⁰ M.D.A. Freeman, *Lloyd's...*, op. cit., s. 1055.

w rzeczywistości jest politycznym i ekonomicznym uzależnieniem, jak o samorealizacji jednostki, dokonującej wolnych wyborów. Czy przykładowo wolny wybór dokonany w ramach realizacji uprawnienia do posiadania broni: kupić pistolet automatyczny czy strzelbę, służy podstawowym celom kapitalizmu czy samorealizacji jednostki? Powyższy przykład, zapewne nazbyt uproszczony, może ilustrować korzyści jednostki wynikające z gospodarki wolnorynkowej. Korzyści te są opisywane jako wolności a odstąpienie od realiów wolnorynkowych byłoby utratą wolności. W ten sposób są bagatelizowane społecznie niepożądane aspekty wolnego rynku. Jak zauważa Duncan Kennedy: „Przynajmniej część ludzi wierzy w takie teorie, ponieważ myślą, że są one prawdziwe, nawet jeżeli im się wydają zbyt złe aby były prawdziwe... Dla wielu ludzi... teorie które ukazują racjonalizm, konieczność i skuteczność... służą jako rodzaj mechanizmu obronnego. Teorie te są... sposobem przymykania oczu na okropieństwa rzeczy, jakimi one są w swej istocie”⁴¹.

W swej książce, *A Guide to Critical Legal Studies*, Mark Kelman identyfikuje, w kolejnych rozdziałach, trzy podstawowe sprzeczności liberalnej myśli prawniczej⁴²:

1. Sprzeczność między zobowiązaniem do mechanicznego stosowania reguł (ponieważ są właściwym instrumentem rozwiązywania sporów) a zobowiązaniem do stosowania standardów (niekiedy sformułowanych *ad hoc*), które pozwalają w należyty sposób uwzględnić specyfikę danej sytuacji⁴³.
2. Sprzeczność między zaangażowaniem w tradycyjną liberalną ideę (wartości czy też pragnienia są arbitralne, subiektywne i zindywidualizowane, podczas gdy fakty i przyczyny mają charakter obiektywny i uniwersalny) a zaangażowaniem w ideę (możemy poznać obiektywnie społeczne i etyczne prawdy albo też towarzyszy nam nadzieja, że jest możliwe, w celu poszukiwania prawdy moralnej, wyjście poza klasyczne odróżnienie tego, co obiektywne i tego, co subiektywne)⁴⁴.
3. Sprzeczność między zobowiązaniem do dyskursu intencjonalistycznego, w którym ludzkie działania są postrzegane jako przejaw wolnej woli a dyskursem zdeterminowanym, w którym działanie podmiotu jednostkowego nie może zasługiwać ani na szacunek ani na potępienie, ponieważ jest traktowane jako oczekiwany rezultat istniejących układów⁴⁵.

Sprzecznością bodaj najczęściej analizowaną jest sprzeczność wymieniona jako pierwsza. Kelman w swej analizie odwołuje się do piśmiennictwa Duncana

⁴¹ D. Kennedy, *Cost-reduction theory as legitimation*, (1981) 90 Yale Law Journal 1275, s. 1283; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 154.

⁴² M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press & London, 1987, s. 3.

⁴³ M. Kleman, *Rules and Standards*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 15–63.

⁴⁴ M. Kelman, *The Subjectivity and Value*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 64–85.

⁴⁵ M. Kelman, *Intentionalism and Determinism*, (w:) tenże, *A Guide to...*, op. cit., s. 86–113.

Kennedy'ego.⁴⁶ Kennedy analizuje sprzeczność związaną ze stosowaniem przez sądy reguł i zasad w kontekście sprzeczności postaw, odpowiednio: indywidualistycznej i altruistycznej. Jak konkluduje: „Altruizm neguje sędziowskie prawo do stosowania reguł, bez oglądania się przez ramię na skutki swego działania. Altruizm ponadto zaprzecza, jakoby jedyną alternatywą dla pasywnej postawy było domaganie się totalnej sędziowskiej dyskrekcji... Altruizm zapewnia, że możemy zrozumieć wartości ludzi uwikłanych w swe partykularne relacje oraz zrozumieć motywy moralne, którymi się kierują. Takie zrozumienie pozwala czasami sędziemu podjąć decyzję... na podstawie wszelkich okoliczności, bardziej z perspektywy członka społeczeństwa aniżeli jednostki”⁴⁷. Postulat większego zrozumienia dla społecznych postaw i zachowań zgłasza również Unger, dla którego społeczeństwo jest „strefą podwyższonej wzajemnej wrażliwości”⁴⁸.

Poglądy Kennedy'ego zdają się ukazywać jedynie sędziowskie rozterki, które mogą pojawić się w procesie orzeczniczym. W późniejszej publikacji⁴⁹ Kennedy jednak dowodzi, że rozterki sędziowskie są niejako czubkiem góry lodowej, w tym znaczeniu, że ilustrują jedynie to, czym przesiąknięte jest całe liberalne społeczeństwo. Tak rozumiane i wszechobecne sprzeczności zostają uznane przez niego za sprzeczności fundamentalne (*fundamental contradiction*).

„Sprzeczność fundamentalna – polegająca na tym, że relacje z innymi są zarówno konieczne dla, i nie do pogodzenia z naszą wolnością – nie jest jedynie intensywna. Jest wręcz przenikająca. Po pierwsze jest aspektem różnorodnych przeżyć, których doświadczamy w każdej formie życia społecznego. Ujawnia się w relacjach zakochanych, małżonków, rodziców i dzieci... partnerów w interesach, kolegów itp. Po drugie, w przypadku prawa, przynajmniej takiego prawa jak je się powszechnie definiuje, [fundamentalna sprzeczność] nie jest już jakimś tam aspektem, ale prawdziwym sednem problemu”⁵⁰.

Podobną analizę, choć może jeszcze bardziej obszerną i złożoną, przedstawia Unger. Fundamentalne sprzeczności wynikają z naszej tęsknoty do funkcjonowania w grupie społecznej z jednoczesnym przeświadczeniem, że często w takiej grupie społecznej doznajemy wielu przykrości. Jednostki do pełnej samorealizacji potrzebują siebie wzajemnie. Szukając akceptacji innych, przeżywają jednocześnie niepokój, a niekiedy wręcz strach przed brakiem tej akceptacji, przed instrumentalnym traktowaniem przez innych. Jednostki mają świadomość, że

⁴⁶ W szczególności do: D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, (1976) 89 Harvard Law Review 1685.

⁴⁷ D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, (w:) D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory. An Anthology*, Blackwell Publishing Ltd., 2006, s. 240.

⁴⁸ R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, s. 66; za: J. McGowan, *Postmodernism and Its Critics*, Ithaca & London: Cornell University Press, 1994, s. 223.

⁴⁹ D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, (1979) 28 Buffalo Law Review 209.

⁵⁰ D. Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, (w:) A.C. Hutchinson, *Critical Legal Studies*, Totowa: Rowman & Littlefield Publishers, 1989, s. 140.

grupa społeczna nie jest monolitem, i że znajdują się w niej tacy, którzy wykorzystają jej słabe punkty. Z drugiej strony kontaktów społecznych nie można uniknąć, a za bezsporny przykład mogą posłużyć relacje rodzinne czy interakcje wynikające z zaspakajania podstawowych potrzeb życiowych. Proces wymiany dóbr czy stosunek pracy często służy ujarzmieniu jednostki przez tych, których z uwagi na swą pozycję w strukturze władzy lub status majątkowy uzurpują sobie prawo do wykorzystywania innych⁵¹.

Prawo nie jest obiektywne ani neutralne ani określone. Prawo legitymizuje hierarchię i strukturę władzy, maskuje i utrwala sprzeczności. Poprzez kategoryzacje podmiotów prawa – tłumii indywidualności a poprzez reifikację pojęć i idei – indoktrynuje. Generalnie rzecz biorąc, jest głęboko niesprawiedliwe.

Pomimo swej destruktywnej roli, prawo nie jest dla przedstawicieli CLS instrumentem wyzysku i ucisku w rozumieniu marksistowskim. Warto o tym wspomnieć, ponieważ powszechnie uznaje się CLS za lewicową spuściznę realizmu amerykańskiego, tak jak szkołę *Law & Economics* za pravicową. Nie przyjmują oni czysto instrumentalistycznego punktu widzenia, choć pewne bardziej wyrafinowane powiązania między tym, co marksiści nazywają bazą, a tym, co nazywają nadbudową mogą być wyczuwalne⁵². „[P]rawo nie może być użytecznie rozumiane przez kogoś, kto ma z nim do czynienia, przy całej jego złożoności, jako nadbudowa. Reguły prawne, egzekwowane przez państwo i pojęcia prawne, które przenikają wszelkie aspekty myśli społecznej konstytuują kapitalizm równie dobrze jak i służą interesom prowadzonym wewnątrz systemu. Prawo jest aspektem całokształtu społecznego a nie jakimś psim ogonem”⁵³. Przedstawiciele CLS nie prorokują również, tak jak to czyni klasyczny marksizm, wyzwolenia się spod jarzma ciemności prawa. W tym znaczeniu – jak uważa Harris – nie wykazują takiego optymizmu jak marksiści⁵⁴.

Ze szczególną uwagą należy potraktować jeden z najbardziej solidnych fundamentów liberalnego prawa – jego neutralność i obiektywizm. Chodzi tu przede wszystkim o neutralność wobec wartości, tylko co to właściwie oznacza? Przede wszystkim nie chodzi tu o odniesienie do jakiegoś konkretnego systemu prawa, ale do prawa ujmowanego w kategoriach abstrakcyjnych. System prawa, w którym przepisy prawa karnego zakazują zabójstwa czy kradzieży, nie jest moralnie

⁵¹ R.M. Unger, *Passion: An Essay on Personality*, New York: Free Press, 1984, s. 96; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 197.

⁵² A. Thompson, *Critical...*, op. cit., s. 6, za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 153.

⁵³ D. Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy*, (w:) D. Kairys (ed), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York: Pantheon Books, 1990, s. 47.

⁵⁴ J.W. Harris, *Legal...*, op. cit., s. 110.

neutralny. Nie jest nim także taki system prawa, który „zakazuje, tak samo bogatym jak i biednym, spać pod mostami, żebrać na ulicach i kraść chleb”⁵⁵.

Liberalny ideał prawa, zdaniem liberałów, odnosi się bardziej do formy aniżeli do treści. Treść prawa może być uwarunkowana politycznie, podczas gdy jego forma pozostaje zasadniczo neutralna. Nie zgadzają się z tym przedstawiciele CLS. Duncan Kennedy w artykule *Form and Substance in Private Law Adjudication*⁵⁶ wskazuje na dwa formalne rodzaje prawa (artykuł Kennedy’ego dotyczy prawa prywatnego) – reguły i standardy.

„Są dwa przeciwstawne tryby dotyczące kwestii formy, która powinna być zastosowana dla rozwiązania materialnoprawnych problemów. Jeden tryb formalny faworyzuje wykorzystanie jasno zdefiniowanych, wygodnych w stosowaniu (*highly administrable*), reguł ogólnych; drugi wspiera wykorzystanie godziwych standardów znajdujących zastosowanie w tworzeniu rozstrzygnięć *ad hoc*, ale mających względnie niewielką wartość jako precedens”⁵⁷.

Reguły mogą być stosowane niemalże mechanicznie i – jak dowodzi Kennedy – ich najważniejszą cechą charakterystyczną jest formalna możliwość ich urzeczywistnienia (*formal realizability*). Pojęcie to Kennedy zapożycza od Rudolfa von Iheringa a ma ono „...opisywać stopień, w jakim prawna dyrektywa posiada cechę powtarzalnej reguły zdolnej do rządzenia społeczeństwem (*ruleness*)”⁵⁸. Przeciwnieństwem reguł są standardy, które podobnie jak Dworkin, Kennedy dzieli na *principle* i *policy*⁵⁹. Sędziowie, stosując standardy, wini nie tylko ustalić istotne w danej sprawie fakty, ale także oceniać je, biorąc pod uwagę wartości wyznawane przez dane społeczeństwo, których wyrazem są właśnie standardy. Jako przykład standardów Kennedy podaje: „dobrą wiarę, należyta staranność, słuszność, brak świadomości, niesłuszne wzbogacenie i racjonalność”⁶⁰.

Kennedy dowodzi, że bezosobowe reguły lepiej wspierają indywidualizm, któremu towarzyszy m.in. wiara we własne możliwości. Dla Kennedy’ego istotą indywidualizmu jest wytyczenie „ostrego rozróżnienia pomiędzy własnymi interesami i interesami innych, połączone z wiarą, że uzasadnione i słuszne jest uznanie pierwszeństwa własnych interesów, ale powinno się wykazywać gotowość do przestrzegania reguł, które czynią możliwym współistnienie z innymi jednostkami, w podobny sposób uwarunkowanymi do realizacji swych własnych

⁵⁵ A. France, *Czerwona lilia*, Czytelnik, 1962; cytat zaczerpnięty z: J.A. Baer, *Feminist Theory and the Law*, (w:) K.E. Whittington, R. Keleman, G.A. Caldeira, *The Oxford...*, op. cit., s. 439.

⁵⁶ D. Kennedy, *Form and Substance...*, op. cit., (w:) D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law...*, op. cit., s. 193–253; pierwotnie opublikowany w (1976) 89 *Harvard Law Review* 1685–1778.

⁵⁷ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 193.

⁵⁸ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 194.

⁵⁹ Przeciwwstawianie sobie reguł i zasad bywa kwestionowane. Jak dowodzi MacCormick, nie jest możliwe ustalenie w wielu sprawach znaczenia reguły bez uwzględnienia zasad czy wartości. „Standardy nie są czymś odrębnym od reguły, ale jednym z możliwych jej komponentów”; N. MacCormick, *Reconstruction after Deconstruction*, (w:) A. Norrie (ed.), *Closure or Critique. New Direction in Legal Theory*, Edinburgh University Press, 1993, s. 145.

⁶⁰ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 194.

interesów”⁶¹. Standardy z kolei lepiej odzwierciedlają postawy altruistyczne. Co prawda retoryka liberalnego indywidualizmu zdominowała prawniczy dyskurs, nie mniej jednak możliwe jest także zdefiniowanie etyki innego rodzaju. Zdaniem Kennedy’ego, istotą altruizmu jest „wiara, że nie powinno się dogadzać nałogowi uznawania wyraźnego pierwszeństwa własnych interesów przed interesami innych. Altruizm nakazuje nam poświęcanie się, dzielenie się i bycie miłosiernym”⁶².

Standardy pozwalają zatem sądom dostosowywać prawo, do tego, co uznają za słuszne rozstrzygnięcie z uwzględnieniem zarówno sytuacji stron jak również dobra ogólnospołecznego. Ani reguły ani standardy nie są, w odniesieniu do wartości, neutralne. Pojęcie *rozsądna osoba* może co innego oznaczać z perspektywy mężczyzny a co innego z perspektywy kobiety. Pojęcie *słuszne wynagrodzenie* – co innego z perspektywy pracodawcy a co innego – pracownika. Jednostka może być wolna w kierowaniu się takimi czy innymi wartościami ale prawo takiej wolności nie ma. Koncepcja, że liberalny system wartości polega po części na tym, że deklaruje wolność wobec wartości – w ocenie Kairysa – maskuje istnienie konfliktów społecznych⁶³.

Przykładem krytyki dotyczącej pozornej neutralności pojęć prawnych – jak wskazuje Brian Bix – może być rozróżnienie na sferę prywatną i publiczną⁶⁴. Problem wspomnianej dychotomii jest także obecny w jurysprudencji feministycznej. Podejmuje go, między innymi Frances Olsen, zastępując pojęcia prywatne/publiczne pojęciami rodzina/rynek. Rozważania Olsen, silnie zabarwione poglądami marksistowskimi, ukazują, że „...rodzina nie jest uznawana za byt zintegrowany ze strukturą liberalizmu”, choć inni mogą nadawać jej większe znaczenie, to niekiedy „uświęcają ją jako socjalistyczną wspólnotę”⁶⁵. Carl Degler powoływany przez Olsen dowodzi, że najbardziej znany slogan komunizmu „«od każdego stosownie do jego zdolności, każdemu stosownie do jego potrzeb» jest podstawową zasadą życia rodzinnego”⁶⁶.

Dychotomią publiczne/prywatne zajmowali się również realiści amerykańscy. Jednym z podstawowych argumentów przeciwko utrzymywaniu neutralnej dychotomii sfery prywatnej i publicznej, autorstwa duetu: Robert Hale (ekonomista) i Morris Cohen (filozof) – jak wskazuje Brian Leiter⁶⁷ – jest sposób kreacji sfery prywatnej. Argumentowi temu z czasem nadali rozgłos przedstawiciele CLS, ukazując przewrotność tej konstrukcji. Sformułowany jest następująco: „od

⁶¹ D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 207.

⁶² D. Kennedy, *Form...*, op. cit., (w:) D. Patterson, *Philosophy of...*, op. cit., s. 209.

⁶³ D. Kairys, *Introduction*, (w:) tenże, *The Politics...*, op. cit., s. 6.

⁶⁴ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 220.

⁶⁵ F. Olsen, *The family and the market: A study of ideology and legal reform*, (w:) F. Olsen (ed.), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory within the Law*, New York: New York University Press, 1995, s. 511. Artykuł pierwotnie opublikowany w (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497.

⁶⁶ Olsen, *The Family...*, op. cit., (w:) F. Olesen (ed), *Feminist...*, op. cit., s. 512.

⁶⁷ B. Leiter, *Legal Realism*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to...*, op. cit., s. 278.

kiedy to decyzje władzy publicznej (*governmental*) tworzą i strukturyzują tzw. sferę prywatną, to nie powinno się zakładać nie-interwencjonizmu w tą domenę prywatności (przykładowo, wolnego rynku czy stosunków rodzinnych), ponieważ w swej istocie jest to twór publiczny⁶⁸.

Argument CLS nie jest wolny od krytyki, na której analizę nie ma tu miejsca⁶⁹, ale należy uznać, że prawo społeczeństw liberalnych ani nie jest neutralne pod względem wartości, ani nie jest klarowne ideologicznie. Można by powiedzieć, posługując się metaforą zawodów, że między bezosobową i abstrakcyjną regułą z jednej strony i standardem, którego stosowanie często jest związane z dyskrejonalną władzą sądu – z drugiej, trwa nieustanne przeciąganie liny. I jest to walka mająca zapewnić określoną (w danym miejscu i czasie) hierarchię wartości politycznych.

Prawo liberalne nie jest także wystarczająco określone. Choć koncepcji nieokreśloności jest wiele, to większość z nich ma charakter lingwistyczny. Postulat całkowitej określoności zdaje się być nieosiągalnym ideałem. Z drugiej strony – totalna nieokreśloność, gdzie „wszystko staje się dyskursem”⁷⁰ jest koncepcją, pod którą podpisze się tylko Derrida i jego zwolennicy. Pomiędzy tymi skrajnościami znajdziemy koncepcję *open texture* Harta⁷¹, koncepcję wspólnoty interpretacyjnej Fisha⁷², propozycję Lyotarda odwoływania się do autorytetu tych, którzy wiedzą (*the knowers*)⁷³, i wiele innych. Idzie więc raczej o to, czy prawo jest wystarczająco określone. W kwestii nieokreśloności prawa teoretycy CLS przedstawiają różnorodne koncepcje. Odnoszą się one zarówno do przyczyn, jak i do skutków owej nieokreśloności. Swych zarzutów nie ograniczają jedynie do braku precyzji wyrażen danego języka. Problem nieokreśloności prawa ma głębsze uzasadnienie i wynika z „fundamentalnych różnic dotyczących zasad (*policies and principles*), na których prawo powinno być oparte”⁷⁴. Jednakże w ich ocenie prawo nie jest wystarczająco określone. Jedną z bardziej wyrazistych wersji nieokreśloności prawa zaproponował James Boyle⁷⁵:

„Nic, co jest dla języka czynnikiem wewnętrznym, nie wymusza określonego rezultatu. W każdej sprawie sądowej sędzia może wydać szeroki zakres decyzji, które zgodnie z kanonami prawniczego rozumowania byłyby formalnie poprawne. Oczywiście, przyjmowane powszechnie znaczenie, oczekiwania spo-

⁶⁸ B. Leiter, *Legal...*, op. cit., s. 278.

⁶⁹ Dokonuje jej między innymi: C. Sunstein, *Lochner's Legacy*, (1987) 87 Columbia Law Review 873–919, s. 917–19.

⁷⁰ J. Derrida, *Positions*, London: Althona Press, 1981, s. 280.

⁷¹ H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998, s. 171–186.

⁷² B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, 2004, s. 104

⁷³ F. Lyotard, *The postmodern conditions: a report on knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1997, s. 19.

⁷⁴ H. Collins, *Laws as Politics: Progressive American Perspective*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory. Commentary and Materials*, Oxford University Press, 2005, s. 287.

⁷⁵ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 219.

łeczne, zwyczaje, a także inne czynniki mogą stwarzać wrażenie, że właśnie taka decyzja jest nieunikniona, choć dzieje się tak dużo rzadziej niż myśli wielu ludzi. Ale nawet w takich przypadkach, to nie słowa danej reguły decydują o treści rozstrzygnięcia, ale mnóstwo innych czynników, których najbardziej znaczącą cechą jest to, że posiadają one przymioty: powszechny, racjonalny czy obiektywny. Od reguł prawnych oczekuje się nie tylko, aby były określone (...), ale także, aby stwarzały stan określoności poprzez stosowanie określonych metod interpretacji. Jednakże same metody interpretacyjne są źródłem niejasnych rezultatów i nie mogą być w wystarczający sposób uzupełnione, aby doprowadzić do bezspornych rezultatów bez jednoczesnego obalenia jakości, których się od nich oczekuje, a którymi są obiektywizm oraz polityczna i moralna neutralność⁷⁶.

Zakres nieokreśloności prawa mógłby zostać ograniczony – tak jak to postuluje Kennedy – poprzez wprowadzenie precyzyjnych metazasad, które rozstrzygałyby kolizje między konkurującymi zasadami⁷⁷.

Czy całe prawo jest niedookreślone? Ci, którzy dosłownie interpretują hasło CLS – *law is politics* – powinni przyznać, że całe. Jednakże Lawrence Solum, powołując się na Kairysa i Tushnet, dochodzi do wniosku, że niekoniecznie. W wersji najbardziej powściągliwej byłyby to jedynie „ważne kwestie w ważnych sprawach”, przykładowo takie jak *Roe v. Wade*⁷⁸, ewentualnie „wszystkie sprawy rozstrzygane przez Sąd Najwyższy”⁷⁹. Sprawy kwalifikowane jako *easy cases* należy uznać wówczas za pozbawione znaczenia.

W najszerszym rozumieniu teza CLS dotycząca nieokreśloności prawa (*indeterminacy thesis*) jest twierdzeniem, które neguje koncepcję, że klasyczny liberalizm, odwołując się do idei rządów prawa, może zagwarantować prawdziwą wolność. Jest to twierdzenie nawet dalej idące, a mianowicie, że żaden system rządów takiej wolności nie jest w stanie zagwarantować. Jednakże – jak wskazuje Guyora Binder – „twierdzenie to jest bardziej prawdziwe niż nowe”⁸⁰.

Rozumowanie prawnicze. Rozumowania prawnicze, szczególnie te w procesach sądowych, nie są neutralne a często są wyborami politycznymi (w szerokim znaczeniu), ukrytymi pod płaszczykiem swoistości rozumowania, wspierane głoszeniem poglądów, że obiektywne ważenie zasad jest w ogóle możliwe. W swej istocie CLS za zadanie podstawowe uznawało dekonstrukcję liberal-

⁷⁶ J. Boyle, *Introduction*, (w:) *Critical Legal Studies*, J. Boyle (red.), New York University Press, 1994, s. xx; za: B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 219.

⁷⁷ D. Kennedy, *Form and substance in private law adjudication*, (1976) 89 *Harvard Law Review*, 1685–1778, s. 1723–4; za: K. Kress, *Coherence*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 542.

⁷⁸ Dotyczy kwestii dopuszczalności aborcji; [410 U.S. 113 (1973)]; zob.: *Roe v. Wade* (stanowisko jednego z sądów apelacyjnych), (w:) D.K. Weisberg, *Application of Feminist Legal Theory to Women's Lives. Sex, Violence, Work, and Reproduction*, Philadelphia: Temple University Press, 1996, s. 953–961.

⁷⁹ L.B. Solum, *Indeterminacy*, (w:) D. Patterson, *A Companion to...*, op. cit., s. 499.

⁸⁰ B. Binder, *Critical Legal Studies*, (w:) D. Patterson (ed.), *A Companion to...*, op. cit., s. 281.

nych zasad, które z taką wyrazistością ujawniają się w szeroko rozpowszechnionej czołobitności wobec procesu sądowego⁸¹.

Jak należy rozumieć koncepcję wyidealizowanego procesu – wyjaśnia David Kairys. Przede wszystkim do ukonstytuowania się tego modelu orzeczniczego muszą być spełnione określone warunki. Pośród nich za najważniejszy należy uznać wizję samego prawa – autonomicznego i wolnego od wszelkich wpływów, czy to z jednej strony politycznych, czy z drugiej – osobistych przekonań sędziego. Sędzia z kolei ma posiadać określoną pozycję, w szczególności ma być niezawisły i podlegać jedynie Konstytucji i ustawom (dodajmy, że w systemie *common law* – także *precedensom*). Powinien ponadto posiadać (jak również prawnicy występujący przed sądem) stosowną biegłość, zaś sama analiza prawna – naturę obiektywną⁸². Spełnienie tych warunków umożliwia rozstrzyganie sporów w procesie, w którym:

1. Prawo dotyczące konkretnych kwestii istnieje uprzednio. Jest dostępne, a dla każdego kto posiada stosowne prawnicze umiejętności – w pełni zrozumiałe.
2. Postępowanie dowodowe jest obiektywne i gwarantuje ujawnienie prawdy dotyczącej faktów.
3. Prawo jest stosowane do tak ujawnionych faktów.
4. Sędzia, działając w duchu słuszności, jest w stanie wydać poprawne orzeczenie, z wyjątkiem rzadkich przypadków, kiedy jego decyzja jest błędna⁸³.

Jeżeli pojawiają się głosy krytyczne dotyczące przebiegu procesu, a takie głosy, od czasu do czasu pojawiają się, to koncentrują się na uchybieniu standardom procesu idealnego, który w swej formie naszkicowanej powyżej nadal pozostaje wzorcem⁸⁴.

Również na płaszczyźnie krytyki rozumowania prawniczego przedstawiciele CLS nie utożsamiają się z podejściem marksistowskim. Nie próbują przekonać nas, że rozumowania sędziowskie są w prosty sposób zdeterminowane bazą, czy też stosunkami ekonomicznymi. Stosunki ekonomiczne mają wpływ na decyzje sędziowskie, ale w ramach jednego kolektywnego czynnika zewnętrznego, który jest bardziej polityczny niż ekonomiczny (przy czym także po części społeczny, czy osobisty). W zakresie dokonywanych wyborów, w gruncie rzeczy – politycznych, sędziowie mają – jak powiada Allan Hunt – „względną autonomię”⁸⁵. Wnikliwa analiza czynników zewnętrznych nie jest dla przedstawicieli CLS sprawą istotną. Ważne jest, że to one mają wpływ na sędziowskie rozstrzygnięcia, że nie są one rezultatem bezstronnego rozumowania prawniczego. Dlatego zatem sędziow-

⁸¹ S.R. Foster, R.A. Lenhardt, *The Racial Subject in Legal Theory*, (w:) K.E. Whittington, R.D. Keleman, G.A. Caldeira, *The Oxford Handbook...*, op. cit., s. 456.

⁸² D. Kairys, *Introduction*, (w:) tenże, *The Politics...*, op. cit., s. 1.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem, s. 2.

⁸⁵ A. Hunt, *The theory of critical legal studies*, (1986) 6 Oxford Journal Legal Studies 1, s. 28–29, za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 157.

skie decyzje są w miarę zgodne i konsekwentne? Jest to związane z faktem, że dzielą oni pewną wspólną środowiskową ideologię, która umacnia liberalny porządek, a ten zaś odpłaca im możliwością pełnienia prestiżowej funkcji i zapewnienia godziwych środków utrzymania.⁸⁶ Nie oznacza to jednak, że sędziowie postępują tak z wyrachowania. W znacznej części głęboko wierzą w swoją apolityczność i neutralność. Wierzą także, że ich decyzje są rezultatem zdeterminowanym jedynie regułami prawnymi. Ponadto wypracowali już pewne schematy ujmowania zagadnień, logikę rozwiązywania problemów⁸⁷, co sprawia, że ogół ich decyzji posiada to, co Dworkin określiłby pojęciem *integrity*. Zatem CLS nie kwestionują określonej przewidywalności rozstrzygnięć sędziowskich, ale dworkinowskie pojęcie *integrity* uznają za iluzję, ponieważ „obejmuje ono marginalizację tych zasad, które nie pasują. Co więcej... wizja tych zasad, które pasują, które przez sędziów są uprzywilejowane, to wizja, która ucieleśnia raczej polityczno-prawicowe przekonania”⁸⁸. Niekiedy jednak sędziowie przeżywają rozterki moralne; zdają sobie sprawę, że – jak nieco wieloznacznie twierdzi Kairys – mogliby zrobić coś naprawdę dobrego, ale mogącego zaszkodzić ich karierze, czy sądownictwu w ogóle⁸⁹. Jeżeli jednak – jak utrzymują przedstawiciele CLS – nie ma żadnej odrębnej formy prawniczego rozumowania, to prawniczy dyskurs staje się po prostu debatą polityczną, w którym argumenty wspierane esencjalnie sprzecznymi poglądami doktryny nie mogą doprowadzić do żadnego wiążącego rezultatu⁹⁰.

Równie krytycznym recenzentem procesu orzekania jest Unger. Jego stanowisko nie dziwi, od kiedy zidentyfikujemy jeden z podstawowych celów jego teorii politycznoprawnej. Celem tym jest – jak wskazuje Susan Moller Okin – ukazanie i zlikwidowanie „napięcia pomiędzy liberalnym poświęceniem się formalnej równości prawa i rzeczywistymi relacjami dominacji i zależności, które charakteryzują współczesne społeczeństwa liberalno-kapitalistyczne”⁹¹. W ocenie Ungera orzecznictwo (ujmowane kolektywnie) jest uwarunkowane politycznie, a jego celem jest przede wszystkim ułatwienie realizacji określonych politycznych potrzeb lub motywowanie społeczeństwa do pożądanego zachowania. Wszelkie zmiany są hamowane, a utrwalanie *status quo* odbywa się w zgodzie z neutralnymi i jedynie słusznymi zasadami liberalnego prawa⁹². Zresztą większość teorii politycznych i społecznych ma rutynowo wkomponowany element determinizmu, który znacznie ogranicza możliwość zmian. Teorie te starają się kształtować – jak to ujmuje Unger – społeczną „fałszywą konieczność” (*false necessity*) i znacznie

⁸⁶ J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 157.

⁸⁷ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 6.

⁸⁸ H. Collins, *Laws as Politics: Progressive American Perspectives*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles (eds), *Introduction to Jurisprudence...*, op. cit., s. 288.

⁸⁹ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 8.

⁹⁰ R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 341 (prawdopodobnie są to poglądy Trubeka).

⁹¹ S.M. Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, Inc, 1989, s. 117.

⁹² R. Unger, *Passion: An Essay on Personality*, New York: Free Press, 1984, s. 47; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 166.

ograniczają możliwości objaśnienia rzeczywistości z pozycji bardziej ogólnej czy historycznej⁹³.

Dlatego też problem nie polega na tropieniu odstępstw od procesu idealnego, w tym także odstępstw od kanonów rozumowania prawniczego. Problem polega na tym, że takiego odrębnego rozumowania prawniczego po prostu nie ma. Dlaczego jednak tego nikt nie dostrzega? Zdaniem Davida Kairysa, związane jest to z tym, że prawnicy, szczególnie ci, którzy żyją swoją pracą, wypracowali własny sposób komunikowania się i prowadzenia dyskursu, o którym myślą, że jest szczególnym prawniczym rozumowaniem. Nawet więcej, to co robią, jak się ubierają, wszelkie prawnicze gadżety, atmosfera sądów, kancelarii prawniczych, kształtują sposób życia tak odrębny, że „ich zachowanie może być dla ich małżonków i przyjaciół nie-prawników niezrozumiałe”⁹⁴. Co ciekawsze, sami prawnicy często między sobą dyskutują o nieprzewidywalności rozstrzygnięć sędziowskich, a w dowcipach typu: gdzie dwóch prawników, tam trzy opinie prawne, potrafią dostrzec głębszy problem.

Prawnicy w kontaktach z klientami, w swych rozumowaniach, przeżywają często swoiste rozdwojenie jaźni. Z jednej strony starają się zachować obiektywizm, zaś z drugiej – zaczynają wierzyć, że stanowisko, które przyjmują – najczęściej na korzyść klienta – jest uzasadnione szczególnym trybem rozumowania prawniczego. Ostatecznie, kiedy dochodzi do sytuacji, w której to oni mają być stroną procesową we własnej sprawie, tracą wiarę w obiektywizm swego rozumowania i decydują się na ustanowienie pełnomocnika. Ta „schizofrenia” zaczyna się ujawniać w prawniczych interpretacjach, pozornie obiektywnych, kiedy to z wiarą (nie wiadomo czy prawdziwą) zaczynają wypowiadać opinie, bywa, że nedorzeczne, na korzyść klienta, kwestionując jednocześnie wszystko, co powie przeciwnik. W Stanach Zjednoczonych profesja ta jest uznawana za jedną z najbardziej agresywnych, a jej wykonywanie przynosi często negatywne skutki uboczne⁹⁵.

Problem dotyczący rozumowań prawniczych ujawnia się również w procesie nauczania. Student, kiedy od wykładowcy słyszy inną interpretację prawa, niż ta, dokonana przez sąd, z komentarzem, że sąd nie miał racji – czuje się zagubiony. W innym przypadku, kiedy sam ma dokonać interpretacji, sugeruje mu się, że powinien trzymać się ustalonej linii orzecznictwa. Okazuje się ostatecznie, że każdy może „rościć sobie pretensje do prawdziwości swych twierdzeń”⁹⁶, a student i tak nie jest w stanie tego zweryfikować. Kennedy zwraca jednak uwagę, że równie fatalne skutki przynosi bezrefleksyjne przyjmowanie przeważającej większości reguł prawnych bez uzasadnienia. Aplikowanie takich reguł studentowi,

⁹³ R. Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task*, Cambridge University Press, 1987, s. 145; za: J. McGowan, *Postmodernism and Its Critics*, Ithaca & London: Cornell University Press, 1994, s. 57.

⁹⁴ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 4.

⁹⁵ Ibidem, s. 7.

⁹⁶ Ibidem, s. 4.

który nie ma żadnych instrumentów do oceny krytycznej, jest dla Kennedy'ego chrztem ideologicznym (*ideological immersion*)⁹⁷.

Dekonstrukcja prawa. Należy dokonać dekonstrukcji prawa i języka prawniczego, które utrwalają strukturę władzy, nie posiadającej zasadniczo legitymacji. Metodą odpowiednią do przeprowadzenia tego procesu ma być *trashing* i delegitymizacja.

Dekonstrukcji w najszerszym ujęciu podlegają prawdy liberalnego legalizmu. Niestety, i należy do powiedziec już na wstępie, przedstawiciele CLS, stosując własną aparaturę pojęciową, nie są w stanie przedstawić teorii liberalnym żadnej konkretnej, w miarę spójnej alternatywy (*the alternative*) (może z wyjątkiem nieco naiwnej koncepcji superliberalizmu Ungera), a jedynie alternatywę w ogóle (*an alternative*)⁹⁸.

Dekonstrukcji poprzez *trashing*, czy też *debunking*, poświęca swój artykuł Mark Kelman⁹⁹. Ponieważ tradycyjne metody nauczania prawa stały się jednym z ważniejszych celów krytyki CLS, również Kelman podejmuje ten wątek w swojej analizie, zwracając uwagę, że *trashing* może być szczególnie użyteczny w demaskowaniu rzeczywistych hierarchii i struktury władzy w relacjach lokalnych, przykładowo, na uniwersyteckich *law schools*. Sposób nauczania, retoryka akademicka – dla Kelmana – jawią się jako brednie, które należy zdemaskować. Zaś cały demaskatorski projekt zaczyna nabierać charakteru – jak powiada – politycznego anarchosyndykalizmu¹⁰⁰. Przedmiotem *trashing'u* może być i był sam proces rozumowania prawniczego. Po ukazaniu jego prawdziwego oblicza okazywał się jedynie wyborem – nieświadomym, nieuzasadnionym i powierzchownym. Collins porównuje *trashing* do czerwonej płachty na byka, gdzie w roli byka występują profesorowie prawa, którym odmawia się zachowywania „jakichkolwiek użytecznych czy intelektualnych rygorów służących nauczaniu adeptów prawa”¹⁰¹.

Jak wskazuje Penner, krytyka metod nauczania prawa przyniosła pewne pozytywne rezultaty. Do programów amerykańskich i brytyjskich uniwersytetów (choć nie wszystkich) włączono elementy koncepcji głoszonych przez CLS¹⁰².

⁹⁷ D. Kennedy, *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, wykład wygłoszony w lutym, 1980 na University of Victoria, Kanada; za: M. O'Brien, S. McIntre, *Patriarchal Hegemony and Legal Education*, (w:) F.E. Olsen (ed), *Feminist Legal Theory II: Positioning Feminist Theory Within the Law*, New York University Press, 1995, s. 31.

⁹⁸ J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 154.

⁹⁹ M. Kelman, *Trashing*, (1984) 36 *Stanford Law Review* 293.

¹⁰⁰ M. Kelman, *Trashing*, op. cit., (w:) A.C. Hutchinson, *Critical...*, op. cit., s. 216.

¹⁰¹ H. Collins, *Law as Politics: Progressive American Perspective*, (w:) J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence...*, op. cit., s. 302.

¹⁰² J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 160.

Deligitymizacja jest zabiegiem innego rodzaju. W pierwszej kolejności należy wyłowić istotę tego, co uznawane jest za najważniejszą funkcję liberalnego prawa. Jest to funkcja legitymizująca dany system ekonomiczno-społeczny. „CLS... postrzega wszelkie zadania [tradycyjnej] jurysprudencji... jako funkcjonujące tak aby nadawać fałszywą legitymację prawu i prawnym systemom”¹⁰³. Legitymacja ta, niczym cienka powłoka zabezpiecza system przed destrukcją a zarazem ukrywa jego prawdziwe oblicze. Zerwanie tej cienkiej powłoki ukazuje prawdziwe oblicze systemu, który w gruncie rzeczy jest zepsuty i ma jedynie zabezpieczać ukształtowane relacje władcze, które niewiele mają wspólnego z równością czy sprawiedliwością, przed politycznymi, ideologicznymi czy materialnymi wyzwaniami.

Prawna legitymacja – jak dowodzi Kairys – „przyznaje systemowi i ideologii bardziej ogólną legitymację..., które pomimo swych roszczeń do panowania wynikającego z natury, nauki, albo Bożego nadania, najlepiej mogą być scharakteryzowane jako dominacja bardzo małej, zasadniczo kolektywnej elity. Tak postrzegana legitymacja jest pierwotnie oparta na pojęciu technicznej biegłości, obiektywizmie i wyidealizowanym modelu procesu sądowego... Ale legitymacja prawa jest ponadto znacznie wzmocniona, ponieważ w niektórych przypadkach prawo jest sprawiedliwe i niekiedy służy ograniczaniu władzy”¹⁰⁴.

Kategoryzacja i reifikacja. Należy także dokonać dereifikacji prawa (zabieg ten jest uznawany również za formę dekonstrukcji¹⁰⁵). Reifikacja¹⁰⁶ bowiem prowadzi do wypaczenia rozumienia pewnych procesów społecznych, natomiast kategoryzacja prowadzi do alienacji członków społeczeństwa.

Poznanie otaczającego nas świata, jego zrozumienie, a także zakomunikowanie wyników naszych badań nie będzie efektywne, o ile w ogóle możliwe, przy zastosowaniu metody deskryptywnej, w odniesieniu do każdego jednostkowego przedmiotu poznania. Nawet gdyby zastosować tę metodę, to sam opis będzie zawierał pewne pojęcia, które można określić jako *kategorie*. Nie odnoszą się one do jakiegoś realnego bytu czy elementów jego opisu; tworzą raczej jego ogólne wyobrażenie. Także w życiu codziennym nieustannie posługujemy się takimi kategoriami i dla wielu jest oczywiste, że są to kategorie abstrakcyjne. Podobnie jest w przypadku języka prawnego, który w znacznej części posługuje się kategoriami. Naukowcy spod znaku CLS stoją na stanowisku, że to

¹⁰³ A. Thompson, *Critical approaches to law: who needs legal theory?* (w:) I. Grigg-Spall, P. Ireland, *The Critical Lawyers' Handbook*, London: Pluto Press, 1992, s. 2; za: J.E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 152.

¹⁰⁴ D. Kairys, *Introduction*, (w:) idem, *The Politics...*, op. cit., s. 7.

¹⁰⁵ J. E. Penner, *McCoubrey...*, op. cit., s. 160.

¹⁰⁶ Pojęcie to używane już było przez Marksa a rozwinięte zostało w piśmiennictwie węgierskiego marksisty, György Lukács'a; R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 339–340. Przejrzysty przykład dekonstrukcji pojęcia prywatność (*privacy*) został zaprezentowany w: H. Collins, *The Decline of Privacy in Private Law*, (1987) 14 *Journal of Law and Society* 91–103, s. 92–96.

nieustanne posługiwanie się kategoriami, w szczególności w przypadku prawa, powoduje, że zaczynamy o tych kategoriach myśleć jak o rzeczach istniejących realnie. Traktowanie pojęć czy idei jak rzeczy istniejących fizycznie jest określane jako reifikacja. Zjawisko to, w szczególności jako forma prawniczego myślenia, dostrzegane już było przez amerykańskich realistów prawniczych, przykładowo przez Felixa Cohena (1907–1953). Cohen na potrzeby swych badań zaproponował nawet neologizm, *thingification*¹⁰⁷. Należy jednak zauważyć, że posługiwanie się kategoriami jest nieuniknione, jeżeli zgodzimy się, że prawo jest środkiem wdrażania ideału sprawiedliwości nie tylko prawnej (*justice according to law*), ale pośrednio także etycznej, czyli po prostu realizacji postulatu sprawiedliwego prawa (*justice of the law*). Nawet więcej, dzisiaj efektywne dążenia do osiągnięcia stanu sprawiedliwości społecznej (jakkolwiek rozumianej) nie jest możliwe bez korzystania ze środków prawnych¹⁰⁸.

Jak dochodzi do reifikacji, wyjaśnia Robert Gordon: „Wymyślamy skrótowe określenia, takie jak *modernizacja*, jako sposób podsumowania tego, co się wydarzyło w danym społeczeństwie, a następnie usiłujemy dokonać generalizacji dotyczących konkretnych społeczeństw. Poprzez tę intelektualną sztukę dokonujemy reifikacji naszej etykiety w odniesieniu do procesu, który m u s i a ł przebiegać w taki sposób, w jaki przebiegał. Następnie całą przypadkową zbieraninę współczesnych praktyk społecznych (w szczególności praktyk nieprzyjemnych i dokuczliwych) zaczynamy wyjaśniać jako n a t u r a l n y skutek modernistycznego procesu. Ale jeżeli nie ma żadnego takiego pojedynczego procesu, to także nie może istnieć żaden zbiór funkcjonalnych reakcji na ten proces”¹⁰⁹.

Gordon przedstawił nam swój opis reifikacji pewnego ewolucyjnego procesu, ale reifikacji podlegają również kategorie osób. Nie będziemy wówczas Kowalskim kupującym pralkę, ale konsumentem, ani Nowakiem pożyczającym pieniądze od Wiśniewskiego, ale pożyczkobiorcą itd. (kategoryzacja). Jednostki w ten sposób zatracają swoją indywidualność, zostają zaszufladkowane zgodnie z przypadającym im ogółem praw i obowiązków, stają się podmiotami traktowanymi w pewien stereotypowy sposób. Gdyby teraz spytać prawnika, co może powiedzieć o Nowaku pożyczającym pieniądze od Wiśniewskiego, to zapewne ustaliłby jego sytuację prawną na podstawie art. 720–724 KC. Tak też zacznie myśleć o sobie również Nowak. Z czasem sam dla siebie przestanie być indywiduum, a zacznie postrzegać siebie jako aktora występującego w różnych rolach: pożyczkodawcy, kupującego czy najemcy. Kiedy jednak zacznie o tych rolach myśleć, choćby nieświadomie, jak o bytach realnie istniejących, dojdzie do ich reifikacji.

¹⁰⁷ B. Bix, *Jurisprudence...*, op. cit., s. 185

¹⁰⁸ J. Balkin, *Transcendental deconstruction, transcendental justice*, (1994) 92 Michigan Law Review, 1131–1186, s. 1149–1154; za: R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2003, s. 248.

¹⁰⁹ R. Gordon, *Critical Legal Histories*, (1984) 36 Stanford Law Review 57–127; za: J. Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth Aldershot, 1992, s. xxiii; za: R. Wacks, *Understanding...*, op. cit., s. 341.

Czy do takiej reifikacji dojdzie czy nie, to już sama tak daleko posunięta kategoryzacja deprecjonuje osobowość jednostki i marginalizuje znaczenie indywidualnych relacji wzajemnych. Naukowcy z CLS nazywają taki stan rzeczy alienacją. Jest o nią oskarżany zarówno liberalizm, jak i kapitalizm. Dla Gabela alienacja wyraża się w traumatycznym i nieuświadomionym braku łączności wzajemnej pomiędzy członkami społeczeństwa. Jak dowodzi:

„Źródłem tego braku wzajemnej łączności jest pasywność, niemoc i izolacja wynikająca ze struktury grup, które same są zorganizowane na bazie przepływów kapitału. W grupach tych nikt w normalnych warunkach nie jest świadomy poczucia swego braku powiązania z innymi, swej pasywności, niemocy i izolacji, ponieważ takie poczucie rzeczywistości jest wypierane przez społecznie komunikowaną rzeczywistość. Każda osoba zaprzecza wobec drugiej, że cierpi, dlatego że takie zbiorowe odrzucenie cierpienia zostało uczynione warunkiem tego, czym są relacje społeczne”¹¹⁰.

Dla przedstawicieli CLS nieprzekonujące będą zapewnienia tak zindoktrynowanych osób, że wcale nie odczuwają one swojej alienacji. Raczej powiedzą, że jest to dowód na to, że ich indoktrynacja jest całkowita, że zostali zsocjalizowani do myślenia w określony sposób. Nie odczuwają z tego powodu żadnego dyskomfortu albo też nie dopuszczają do siebie myśli, że zostali odarci ze swej niepowtarzalności, skoro całe społeczeństwo wokół też tego tak nie odczuwa. Jest to rodzaj presji społecznej, która póki co skutecznie tłumi niepokoje jednostek. Siła tej presji jest tym większa, im większa jest zbieżność w odczuwaniu rzeczywistości przez jednostki. Mamy zatem przedsmak marksistowskiej rewolucji. Jeżeli świadomość alienacji będzie udziałem większej części społeczeństwa, to presja pozostałych będzie mniejsza i już niewystarczająca dla stłumienia realnego cierpienia wyalienowanych jednostek.

Jak już nadmieniono, techniki dekonstrukcji mogą być różne. Można jednak zasadnie pytać o jej granice, tak jak pytamy o granice wykładni funkcjonalnej. Czy, przykładowo, artykuł II Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zgodnie z którym prezydentem Stanów Zjednoczonych może być osoba po ukończeniu 35 lat, może być interpretowany, tak jak próbują to czynić niektórzy przedstawiciele CLS, że chodzi tu nie o wiek biologiczny, ale o dojrzałość mentalną przeciętnego 35-latka?¹¹¹ Teoretycznie sama propozycja nie jest bezsensowna. Gorzej, kiedy próbuje się dowodzić, że wiek 35-letniej osoby, urodzonej 29 lutego w roku przestępnym, to p r a w n i e rzecz biorąc 8 lat¹¹².

Należy podkreślić, że ostrze krytyki CLS, choć wymierzone bezpośrednio w ideał rządów prawa, czy liberalnego legalizmu jest również krytyką ówczesnego

¹¹⁰ P. Gable, *Reification in Legal Reasoning*, (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 25–46, s. 28 (w: M.D.A. Freeman, *Lloyd's...*, op. cit., s. 1075).

¹¹¹ R. Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, London & Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988, s. 219.

¹¹² R. Posner, *Law and...*, op. cit., s. 219, przypis 14.

systemu edukacyjnego i to krytyką, która na tym obszarze przyniosła pozytywne zmiany. Wpajanie studentom – a jesteśmy już na naszym rodzimym podwórku – różnorodnych zasad prawnych, czy to wywiedzionych przez TK z Konstytucji czy to uchwalonych przez SN, bez rozważenia, wyjaśnienia i podania kontrargumentów można równie dobrze nazwać nauką prawa jak i indoktrynacją. A zatem aplikacja wiedzy, przykładowo, z zakresu prawa kontraktowego powinna być poprzedzona ewentualnie zwieńczona pewną refleksją teoretyczną, czy doktrynalną, jak postrzegana jest natura kontraktu zgodnie z taką czy inną postawą polityczną czy filozoficzną. Odnosząc się do rozumowań prawniczych, warto byłoby ujawnić studentowi tajemnicę, „przy pomocy jakiej to logiki wyprowadził on [tzn. Trybunał Konstytucyjny], z kilku słów zawartych w art. 1 [Konstytucji, po noweli grudniowej 1989 – zasada państwa prawa] taki ogrom zasad o tak zróżnicowanych zakresach zastosowania i normowania, a przy tym uzasadnił tyle wyjątków od nich”¹¹³. Jest więc prawo uwarunkowane politycznie czy nie jest? Powoływanie się na „wątpliwą logikę i mętne interpretacje” świadczą o braku odwagi aby uczciwie powiedzieć, że „pozytywistyczna idea państwa prawnego jest dzisiaj już martwa, a wszelkie próby jej reanimacji albo prowadzą do nadużyć, albo w najlepszym razie do śmieszności”¹¹⁴.

STRESZCZENIE

W artykule autor starał się zidentyfikować i dokonać analizy podstawowych tez, podanych przez CLS krytyce, przyjmując stanowisko nie tyle aprobujące ile refleksyjne i mające na celu przemyślenie owych tez w otoczeniu społecznym, w którym doktryna liberalna ciągle oczekuje na rzetelną i merytoryczną ocenę krytyczną, wolną od sympatii czy antypatii politycznych. Analizowane tezy można w skrócie ująć następująco: (1) edukacja prawnicza jest zabarwiona zapatrywaniami politycznymi kadry akademickiej, w przypadku CLS były to zapatrywania o charakterze liberalnym; (2) wartości leżące u podstaw wspomnianych zapatrywań są czynnikiem mającym istotny wpływ na treść uprawnień, które często pozostają w sprzeczności – sprzeczności te rozstrzygają sądy; (3) proces sądowy jest modelem wyidealizowanym i odzwierciedla ideę rządów prawa; (4) prawo posiada walor neutralności, obiektywizmu, określoności, racjonalności itd.; (5) stosując prawo w procesach sądowych (i nie tylko) prawnicy posługują się swoistą metodologią, zwaną rozumowaniem prawniczym; (6) w rzeczywistości wydziały prawa, same posiadające hierarchię „równoległą”, ukrywają prawdziwe oblicze prawa, legitymizują ukrytą strukturę władzy, utrwalają niesprawiedliwości społeczne i indoktrynują studentów.

¹¹³ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 4, s. 12.

¹¹⁴ *Ibidem*.

SUMMARY

The author tries to identify and analyze basic theses criticized by CLS. He adopts a reflexive rather than approving attitude that aims at considering those theses in a social surrounding in which the liberal doctrine is still waiting for a fair and substantial critical assessment that will be politically unbiased. The analyzed theses can be shortly presented as follows: (1) legal education is influenced by the political opinions of the academic staff; in case of CLS, these were liberal attitudes; (2) basic values of those attitudes are a key factor having influence on the contents of rights that are often contradictory; those contradictions are examined and solved by courts; (3) a court proceeding is an idealized model and it reflects the idea of the rule of law; (4) law is neutral, objective, definite, rational and the like in its character; (5) using law in court proceedings (but not only there) lawyers use specific methodology called legal reasoning; (6) in reality, law departments, having their own “parallel” hierarchy, hide the true character of law, legitimize the hidden structure of governance, strengthen social injustice and indoctrinate students.

RÉSUMÉ

Dans l'article l'auteur essaie d'identifier et analyser des questions principales qui ont été déjà critiquées par CLS et dans ce contexte il présente son attitude non seulement approbative mais plutôt méditative parce qu'il a pour but de montrer la réflexion sur les questions surtout dans l'entourage sociale où la doctrine libérale attend toujours pour une évaluation critique mais aussi honnête et fondamentale, libre de sympathie ou d'antipathie politique. En résumant, on peut présenter ces questions de la manière suivante: (1) l'éducation juridique reste toujours influencée par les opinions politiques du cadre académique – dans le cas de CLS c'était toujours des idées du caractère libéral; (2) les éléments qui forment la base de ces opinions ont une influence décisive sur les législations qui peuvent être contradictoires – et ces contradictions sont décidées par des tribunaux; (3) le procès juridique est un modèle idéal et présente l'idée du gouvernement de droit; (4) le droit possède la valeur de neutralité, d'objectivité, de définition, de rationalité etc.; (5) en appliquant le droit dans des procès juridiques (et non seulement dans ce contexte) les juristes appliquent une méthode spécifique appelée le raisonnement juridique; (6) en réalité, les facultés de droit possèdent une hiérarchie „parallèle” et ainsi cachent la vraie image du droit, rendent vraisemblable la structure cachée du pouvoir, font maintenir l'injustice sociale et propager les idées parmi des étudiants.

РЕЗЮМЕ

Автор статьи делает попытку идентифицировать и провести анализ основных тезисов, подвергнутых критике CLS, принимая позицию не столько одобрения, сколько рефлексии и имея целью обсуждение этих тезисов в социальной среде, в которой либеральная доктрина по-прежнему нуждается в солидной и основательной критической оценке, независимой от политических симпатий либо антипатий. Анализируемые тезисы можно кратко резюмировать следующим образом: (1) юридическое образование приобретает оттенки политических взглядов профессорско-преподавательского состава; в случае CLS это были взгляды либерального характера; (2) категории, служащие основанием упомянутых взглядов, оказывают существенное влияние на определение полномочий, которые часто входят в противоречия – противоречия эти разрешают суды; (3) судебный процесс является идеализированной моделью и отражает идеи верховенства права; (4) праву присущи такие качества, как нейтральность, объективность, определённая рациональность и т.д.; (5) применяя право в судебных процессах (и не только), юристы используют свою методологию, называемую правовым обоснованием; (6) в действительности, специальности права, сами обладающие параллельной иерархией, скрывают настоящий облик права, узаконивают базовую структуру власти, упрочняют социальную несправедливость и индоктринируют студентов.