

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

Jan Winczorek

Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia.

W mainstreamowym piśarstwie prawniczym poczyniono ostatnio istotne odkrycie. Odkryto mianowicie pluralizm prawny, teorię zgodną z którą prawo nie jest jednolitym systemem norm a przeciwnie, składa się ze współistniejących, niekiedy konfliktujących ze sobą a zwykle odmiennych pod względem pojęciowym i kulturowym porządków i podsystemów. W poważnych publikacjach prawniczych pisze się na przykład (i to nie tylko w polskim, a nawet zwłaszcza w niepolskim, kontekście) o multicytryzmie, policentryzmie, europejskim i globalnym pluralizmie prawnym, soft law przeciwstawionym hard law, wielości źródeł prawa, prawie internetowym, różnych porządkach prawa prywatnego, forum shopping, międzynarodowym dialogu między sądami¹. Wiąże się z tym dość powszechne przekonanie o osłabieniu, czy może nawet dysfunkcyjności dawniejszych doktryn prawnych, szczególnie tych wersji pozytywizmu prawnego, które opierają się na wizji wewnętrznie niesprzecznego systemu prawnego. Także prawnicy dążą dziś, jak się wyraził Neil MacCormick pisząc o suwerenności w kontekście prawa europejskiego, do „zaakceptowania pluralizmu”², to znaczy do takiego zweryfikowania swoich poglądów, teorii i doktryn, aby uwzględniały fakt zróżnicowania prawa. Podobnych argumentów używa się także gdy chodzi o konflikty występujące między niektórymi organami orzeczniczymi na poziomie europejskim³. Idea pluralizmu w prawie robi więc dziś niewątpliwie istotną karierę.

Widząc to socjolog prawa może się zżymać czy nawet irytować, bo owo wiekopomne odkrycie jest w istocie odkryciem zjawiska dawno odkrytego i odbywa się najczęściej bez powołania na źródła w których zostało po raz pierwszy przedstawione, a niekiedy wynika z interesującej ewolucji doktryn prawnych, które sprzeciwiały się idei pluralizmu u jej zarania⁴, albo odbywa się to wyłącznie w celu odróżnienia własnego stanowiska⁵. W przypadku cytowanego wyżej MacCormicka można odwołać się do obserwacji M. La Torre, który zauważył, że odwołanie do "instytucji prawnych", za pomocą którego często odbywa się dziś przejście od monistycznych do pluralistycznych koncepcji prawa, odbywa się kosztem istotnych zniekształceń znaczeniowych w podstawowych terminach. Instytucje

-
- 1 Tylko w sprawie prawniczego wykorzystania pojęcia "pluralizm prawny" zob. W. W. Burke-White, "International legal pluralism", *Michigan Journal of International Law*, t. 25, nr 3, s. 963-979., J. B. Cruz, "The legacy of the maastricht-urteil and the pluralist movement", *European Law Journal*, t. 14, nr 4, 2008, s. 389-422, M. P. Maduro, "Interpreting european law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism", *European Journal of Legal Studies*, t. 1, nr 2, 2007, M. La Torre, "Legal pluralism as evolutionary achievement of community law", *Ratio Juris*, t. 12, nr 2, 1999, s. 182-195, F. Snyder, "Global economic networks and global legal pluralism", *EUI Working Papers in Law*, t. 99/6, 1999, F. Snyder, *Governing economic globalisation: global legal pluralism and european law*, F. Snyder, (red.). Oxford; Portland, Or. Hart Pub. 2002, s. 1-48. R. Stith, "Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative law", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, t. 35, nr 3, 2008, s. 401.
 - 2 N. MacCormick, *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the european commonwealth*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1999, s. 103.
 - 3 M. Kumm, "The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty", *European Law Journal*, t. 11, nr 3, 2005, s. 262, M. P. Maduro, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, N. Walker, (red.). Oxford: Oxford University Press, 2003, J. Komarek, "European constitutional pluralism and the european arrest warrant: Contrapunctual principles in disharmony", *Jean Monnet Working Paper*, t. 10/05, 2005.
 - 4 Jak zauważa M. Chiba, jeśli w filozofii prawa rozważano problem pluralizmu prawnego, to bez powoływania się na to pojęcie. Niekiedy, co interesujące, nawet przywołanie obfitej literatury na temat pluralizmu nie skłania autora do odniesienia się do niej w jakiś bardziej zasadniczy sposób. Por. N. W. Barber, "Legal pluralism and the european union", *European Law Journal*, t. 12, nr 3, 2006, s. 306-329.
 - 5 Por. M. La Torre, "Legal pluralism as evolutionary achievement of community law", *Ratio Juris*, t. 12, nr 2, 1999, s. 182-195 lub N. Walker, "The idea of constitutional pluralism", *Modern Law Review*, t. 65, nr 3, 2002, s. 336 i n.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

są tu definiowane jako fakty i pojęcia prawne, i w tym sensie zbliżają się do pozytywizmu prawnego, nie zaś, jak to miało miejsce w oryginalnych teoriach instytucjonalnych (zwłaszcza w pracach Santi Romano we Włoszech, czy Maurice'a Hariou we Francji), rozumiane są jako siły społeczne⁶. W jakimś sensie, uwagi te dotyczą także innych teorii reprezentowanych współcześnie w prawoznawstwie, starających się analizować w prawo kategoriach pluralistycznych, zwłaszcza jeśli opierają się one na tezie o rzekomej ewolucji prawa i teorii prawa w stronę pluralizmu⁷ albo próbach dopasowywania teorii pomyślanych jako monistyczne do nowych potrzeb⁸.

Należy zatem podkreślić, że teksty definiujące pojęcie pluralizmu prawnego – w jego współczesnej wersji – pojawiały się w socjologii prawa i zwłaszcza w antropologii prawa już co najmniej od ostatnich trzydziestu lat. Sama problematyka opisywana tym pojęciem jest natomiast znana od lat z górą stu. Co więcej, jak w przypadku wielu podobnych pojęć, źródła pojęcia „pluralizm prawny” są dość podejrzane. Historyk zajmujący się problematyką kolonializmu⁹ twierdzi, że zjawisko to pojawiło się na oznaczenie praktyki polegającej na hierarchizowaniu porządków prawnych i wykorzystywaniu prawa zwyczajowego kolonizowanych ludów jako narzędzia władzy przez kolonizatorów, niekiedy prowadzącego do wytwarzania "prawa tradycyjnego" zgodnie z ich wyobrażeniami¹⁰. Bez jasnego wskazania co właściwie ma się na myśli mówiąc o pluralizmie prawnym łatwo popaść w takie użycie tego pojęcia, które będzie przydawało wypowiedziom na ten temat nieoczekiwanego sensu.

Do podobnych wniosków może doprowadzić także analiza współczesnej socjologii prawa i antropologii prawa, które posługują się pojęciem pluralizmu prawnego w innym znaczeniu niż prawnicy i co często bywa niezauważane, nawet jeśli dojdzie już do powołania na odpowiednią literaturę¹¹. Konieczność dokonywania manewrów semantycznych i groźbę nieostrości pojęciowych warto więc sobie uświadamiać. Dla uprzedzenia możliwych nieporozumień związanych z wykorzystywaniem pojęcia pluralizmu prawnego w nowych kontekstach warto też zastanowić się nad jego genealogią, jego zmieniającymi się sensami i nad wariantami w jakich współcześnie teorie te bywają rozwijane. Można też zadać sobie pytanie, czy istnienie pluralistycznego dyskursu w prawoznawstwie - w wersji do jakiej odnoszą się przywołane wyżej prace, ma w ogóle rację bytu z przyczyn czysto logiczno-pojęciowych. Niniejszy rozdział, choć nie ma ambicji wyczerpania tego szerokiego zagadnienia, ma służyć właśnie temu celowi.

Dla pełnej jasności wypada dodać, że niniejsze rozważania dotyczą pluralizmu prawnego jako zjawiska jedynie w minimalnym zakresie. W szczególności nie zmiernają one do udzielenia bezpośredniej odpowiedzi na pytanie, czy określoną teorię lub określone teorie pluralizmu prawnego można uznać za trafną (trafne), czy nie. Referując rozmaite prace teoretyczne odwołujące

6 M. La Torre, "Institutionalism old and new", *Ratio Juris*, t. 6, nr 2, 1993, s. 190-201. Por. też N. Walker, "The idea of constitutional pluralism", *Modern Law Review*, t. 65, nr 3, 2002, s. 338 przypis 83

7 Por. np. pracę S. Haack, "The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism", *Ratio Juris*, t. 21, nr 4, 2008, s. 453-480.

8 Por. próby tego samego M. La Torre wykorzystania w tym celu koncepcji reguły uznania - M. La Torre, "Legal pluralism as evolutionary achievement of community law", *Ratio Juris*, t. 12, nr 2, 1999, s. 182-195.

9 L. A. Benton, *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*. Cambridge University Press, 2002.

10 Por. też np. K. von Benda-Beckmann, "Globalization and legal pluralism", *International Law Forum*, t. 4, 2002, s. 19-27.

11 F. von Benda-Beckmann, "Who's afraid of legal pluralism", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 47, 2002, s. 41.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) *Pluralizm prawny*, Toruń 2009.

się *explicite* i *implicite* do figury pluralizmu prawnego autor ma nadzieję, że będą one same świadczyć o swojej empirycznej trafności lub przeciwko niej. W niniejszym tekście chodzi natomiast o wyjaśnienia natury pojęciowej.

Antropologia prawa

Jak to zostało powiedziane, pojęcie pluralizmu prawnego wywodzi się z czasów kolonialnych. Było ono związane z techniką władzy wykorzystywaną przez władze kolonialne, polegającą na rozdzieleniu istniejących lokalnych porządków prawnych (lub takich, których istnienie tylko sobie wyobrażano) od prawa europejskiego, w tym także na wydzieleniu osobnych sądów właściwych dla prawa "tubylczego" i europejskiego. Dzięki temu zabiegowi możliwe było zachowanie wygodnego dla administracji systemu, w którym skodyfikowane prawo europejskie mogło odnosić się wyłącznie do Europejczyków natomiast tubylcy podlegali lokalnemu prawu zwyczajowemu, jedynie w ograniczonych sytuacjach dostosowywanemu przez sąd do prawa państwa-kolonizatora. Jak sądzono¹², był to system bardziej efektywny niż forsowanie ujednoczenia systemu, bardzo trudne do realizacji w praktyce. W tym znaczeniu, na obszarze podlegającym panowaniu władz kolonialnych istniał więcej niż jeden porządek prawny a kryterium podziału miało charakter personalny.

Oczywiście, ten sposób myślenia miał także swoją negatywną stronę, przede wszystkim dla grup ludności poddanych kolonialnemu panowaniu. W literaturze antropologicznej podejmującej to zagadnienie zwraca się uwagę, że w praktyce pluralizm prawny najczęściej wiązał się z przekształceniem prawa lokalnego w taki sposób, aby nadawało się do zastosowania w sądach zorganizowanych na wzór europejski, a więc poprzez jego formalizację i dekontekstualizację. Często miało miejsce także manipulowanie relacją między obydwoma porządkami, tak aby uzyskiwać pożądane efekty gdy chodzi o strukturę społeczną lub produkcję gospodarczą¹³. Można więc sądzić, że w kontekście kolonialnym określenie "pluralizm prawny" było w jakimś stopniu oksymoronem, bo nawet jeśli nie zakładało wprost dostosowania prawa tubylczego do kolonialnego to takie dostosowanie odbywało się poprzez kontekst instytucjonalny stosowania prawa.

Pojęcie pluralizmu prawnego miało zatem początkowo sens bardziej polityczno-praktyczny niż naukowy a określenie "pluralizm" przyjmowało w nim sens nieco metaforyczny i raczej niezbyt ścisły. Deskryptywne, mało teoretyczne użycie tego terminu dominowało także w pracach naukowych rozważających interakcje między prawem zwyczajowym i kolonialnym, i to przynajmniej do lat sześćdziesiątych¹⁴. Należy jednak odróżniać opis zjawiska pluralizmu, zwłaszcza w bardziej abstrakcyjnych kategoriach teoretycznych, i samo to pojęcie. Choć więc to ostatnie nie pojawiało się w dawniejszej literaturze naukowej zajmującej się prawem, to myśl, że prawo nie jest zjawiskiem jednolitym była obecna zarówno w klasycznej "socjologicznej socjologii prawa", w pracach prawników zainteresowanych "uspołecznieniem" teorii prawa jak i w antropologii prawa. Leopold Pospisil, klasyk tej ostatniej dyscypliny i autor zasłużony dla

12 L. A. Benton, *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*. Cambridge University Press, 2002, s. 127 i n.

13 S. E. Merry, "Law and colonialism", *Law and Society Review*, 1991, s. 889-922, L. A. Benton, *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*. Cambridge University Press, 2002, s. 22.

14 Por np. L. Fallers, "Customary law in the new African states", *Law and Contemporary Problems*, t. 27, 1962, s. 605, D. V. Cowen, "African legal studies. a survey of the field and the role of the united states", *Law and Contemporary Problems*, t. 27, nr 4, 1962, s. 545-575.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

konceptualizacji prawa jako zjawiska pluralistycznego twierdził w drugiej połowie lat sześćdziesiątych XX wieku, że ideę pluralizmu można wywodzić już od Otto von Gierke z jego zainteresowaniem stowarzyszeniami i tworzonym przez nie prawem obejmującym ich członków¹⁵. Inni z kolei autorzy przedstawili pogląd, że wizja prawa zbliżona do idei pluralizmu prawnego pojawiała się nawet u Monteskiusza, wraz z przekonaniem że prawo jest zjawiskiem ściśle związanym z społeczno-geograficznym podłożem na którym się pojawia i jest zróżnicowane wraz z nim¹⁶.

Nawet jeśli takie poszukiwanie prekursorów może wydawać się przesadne, faktem pozostaje, że w antropologii prawa problematyka pluralizmu prawnego (choć nie określana tym mianem) pojawiała się niemal od początku jej istnienia jako dyscypliny. Bronisław Malinowski, powszechnie wskazywany jako jeden z twórców idei pluralizmu prawnego, poświęcił dużą część "Zwyczaju i zbrodni..." polemice z istniejącymi wówczas przekonaniem na prawo pierwotne, twierdząc, że nieuprawniony jest zarówno pogląd, że społeczeństwa takie są w ogóle pozbawione prawa, jak i ten, że można ich prawo opisywać za pomocą pojęć i koncepcji pochodzących z tradycji zachodniej¹⁷. Przychylał się raczej do poglądu, że możliwe jest działanie odwrotne: dzięki ogólniejszemu zdefiniowaniu tego pojęcia, w taki sposób aby obejmowało ono zjawiska prawne należące do obydwu kategorii, możliwe jest postawienie zachodniej jurysprudencji w nowym świetle. Był więc przekonany, że za prawo można uznać wszelkie dwustronne więzi między jednostkami, opierające się na współistniejących zobowiązaniach i uprawnieniach (dających się wyrazić za pomocą zasady *do ut des*), i że nie ma żadnych konceptualnych barier które by uniemożliwiały opisywanie za pomocą tych środków konfliktujących ze sobą porządków prawnych¹⁸. Tak rozumiany pluralizm był jednak dlań, w tym sensie, rzeczą jedynie kontyngentną, a nie normalnym stanem rzeczy każdego porządku normatywnego, wynikał ze zróżnicowania samego życia społecznego¹⁹. W odróżnieniu jednak od myślenia prawniczego nie był też wykluczany na poziomie pojęciowym: Malinowski dał tego przykład, rozważając w przedostatnim rozdziale "Zwyczaju i zbrodni..." konflikty "systemów prawnych".

Za pluralistyczną można również uznać koncepcję przedstawioną nieco później przez Llewellyna i Hoebela, którzy badając prawo Czejenów doszli do wniosku, że niemożliwe jest empiryczne postrzeganie prawa bez odwołania się do jego wymiaru grupowego, co z kolei doprowadziło ich do wniosku, że niemożliwe jest również jego postrzeganie jako zjawiska w jakimś sensie jednolitego. W zależności od zainteresowań badacza, jego obiektem mogą stać się różne grupy w tym samym szerszym społeczeństwie, a każda z nich dysponuje swojego rodzaju prawem²⁰. Tak w ich przypadku, jak i w przypadku Malinowskiego, zachwianiu ulega prawniczy podział na prawo "w ścisłym sensie" a innymi zjawiskami normatywnymi, na jego miejsce pojawia się zaś przekonanie, że także przynajmniej część tego, co w naukach prawnych uznawane jest za "zwyczaj" jest właśnie

15 L. Pospisil, "Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies", *Journal of Conflict Resolution*, t. 11, nr 2, 1967,

16 R. A. Macdonald, M.-M. Kleinhaus, "What is a "critical" legal pluralism?", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 12, nr 2, 1997, s. 25-46.

17 B. Malinowski, *Crime and custom in savage society*. Patterson, N.J.: Littlefield, Adams, 1959, s. 10 i n.

18 B. Tamanaha, "The folly of the "social scientific" concept of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, t. 20, nr 2, 1993, s. 203.

19 B. Dupret, "Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification", *European Journal of Legal Studies*, t. 1, nr 1, 2007,

20 K. N. Llewellyn, A. E. Hoebel, *The Cheyenne way; conflict and case law in primitive jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press, 1941, s. 27—28.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

prawem. Ten sposób myślenia prowadzi także niechybnie do wniosku, że za pluralistyczne można uznać także prawo zachodnie, bowiem obok prawa stanowionego istnieje w nim wielka różnorodność innych zjawisk prawnych.

Idąc tym tropem, wspomniany wyżej Leopold Pospisil dokonał, od połowy lat pięćdziesiątych, swoistej rekapitulacji i uzupełnienia wątków pluralistycznych pojawiających się we wcześniejszych pracach. Na podstawie prowadzonych przez siebie badań nad ludem Kapauku dowodził, że także w społeczeństwach przedpaństwowych istnieją względnie jednolite pojęciowo, choć powiązane z poszczególnymi grupami, systemy normatywne, które jednak są elastycznie dostosowywane do zmiennego kontekstu społecznego w którym są stosowane. Ten proces dostosowywania ma, jego zdaniem, charakter polityczny i może być metaforycznie opisywany jako przecinanie się pól zwyczaju (rozumianego jako wyrażający ogólne normy) i politycznej kontroli społecznej (sprawowanej bez odwołania do takich ogólnych reguł)²¹. Szczególną rolę przypisywał tu zjawisku przywództwa, twierdząc, że liderzy opinii i inne osoby dysponujące władzą i prestiżem w poszczególnych grupach społecznych mogą uchylać lub modyfikować "normy" które teoretycznie powinny mieć zastosowanie w danym przypadku²². W ten sposób dochodził do wniosku, że w zależności od rodzaju grupy i istniejących w niej form przywództwa można mówić o wielopoziomowych, przecinających się i zmiennych w czasie porządkach prawnych, które pozostają ze sobą w ciągłym napięciu, rozstrzyganym casu ad casum. Jego teoria prowadziła zatem do wniosku, że pluralizm prawny stanowi konieczną cechę prawa jako takiego, bo nie istnieje ono poza takimi interakcjami.

Socjologia prawa i socjologizująca jurysprudencja

Tradycja antropologiczna w rozważaniach nad pluralizmem prawnym, choć niewątpliwie najważniejsza, nie jest jednak jedyna, a gdy chodzi o idee teoretyczne nie pojawiła się też jako pierwsza. Postrzeganie prawa w kategoriach pluralistycznych, należy mianowicie wiązać, obok zainteresowania prawem pierwotnym, z pojawieniem się krytycznego nurtu w jurysprudencji, wskazującego że nieuprawnione jest zawężanie pojęcia prawa do prawa stanowionego przez państwo i poprzedzającego prace Malinowskiego i Hoebbla oraz Llewellyna o przynajmniej kilkanaście lat. Taki pogląd głosił, jak wiadomo, Leon Petrażycki, wyróżniając cztery kategorie składające się na razem na pojęcie prawa, a wynikające z przecięcia dwóch rozróżnień: dychotomii prawa oficjalnego i nieoficjalnego oraz opozycji prawa stanowionego i intuicyjnego²³. Punktem wyjścia dla tej dystynkcji była idea prawa jako dwustronnej relacji uprawnienia i obowiązku, umożliwiająca jednocześnie odróżnienie prawa od moralności i na tyle ogólna, by dopuszczała wprowadzenie zróżnicowania różnych typów prawa²⁴. Pogląd o wielości form prawa był tu konsekwencją zainteresowania psychicznymi motywacjami działania i ich historyczną ewolucją, jest też z nią nierozzerwalnie związany: idea typów prawa odnosi się do klas zjawisk w ramach

21 L. Pospisil, *Kapauku Papuans and their law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1958, s. 254.

22 L. Pospisil, "Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies", *Journal of Conflict Resolution*, t. 11, nr 2, 1967,

23 L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*. Warszawa: Oficyna Naukowa, 2002, s. 44 i n.

24 Warto zauważyć, że idea ta została upowszechniona w anglojęzycznej literaturze przedmiotu przez Malinowskiego bez przywołania jej głównego autora i jest najczęściej w tej literaturze do dziś utożsamiana właśnie z nim. Por. A. Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa*. Warszawa: Interart, 1998, s. 220.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) *Pluralizm prawny*, Toruń 2009.

szerszej klasy psychicznych motywacji, jaką jest prawo²⁵.

Do pewnego stopnia podobny pogląd wyrażał drugi z klasycznych autorów, uznanych następnie za prekursora socjologii prawa²⁶, Eugen Ehrlich, który wprowadzał rozróżnienie trzech współlistniejących typów prawa: prawa żywego, prawa prawniczego i prawa stanowionego²⁷. Prawo stanowione i prawo prawnicze (wytwarzane przez wyspecjalizowaną grupę zawodową, ale nie opierające się na legislacji) są tutaj formami historycznie i genetycznie wtórnymi²⁸. Podstawową postacią prawa jest natomiast prawo żywe, które Ehrlich utożsamiał z empirycznie identyfikowalną więzią grupową²⁹, i którego przestrzeganie było, jego zdaniem, sankcjonowane i gwarantowane za pomocą rozmaitych sankcji rozproszonych. Jest to też zjawisko powszechne i niemożliwe do wyeliminowania: wszelkie "odgórne" regulacje, jeśli mają być efektywne, musiały, jego zdaniem, pozostawać w zgodzie z prawem żywym. Jeśli chce się pozostawać w kręgu pojęć określonych przez autora "Grundlegung der Soziologie des Rechts" nie można też, inaczej niż u Petrażyckiego, sensownie posługiwać się rozróżnieniem prawa i innych form zjawisk normatywnych, a jedynie rozróżniać różne typy tych pierwszych³⁰.

Socjologia prawa, a więc druga z dziedzin które aspirują niekiedy do miana prekursora w tej dziedzinie była w posługiwaniu się pojęciem pluralizmu prawnego mniej konsekwentna niż antropologia³¹. Niemniej, także w niej uznawano od początku, że prawo nie ma charakteru jednolitego. Jak twierdzi Pospisil, podobny pogląd można znaleźć nawet u Webera, który definiował prawo jako pochodną przymusu, nie wiążąc go jednak z państwem a z grupami społecznymi i organizacjami jako takimi. Z tego względu także jego teorię można uznać za pluralistyczną, bowiem prawo-wytwór grup społecznych nie może, ze swojej natury, podlegać koordynacji. Za klasycznego autora w tym obszarze jednogłośnie uznaje się natomiast Georgesa Gurvitcha³², który, w ruchu dość podobnym do zastosowanego przez Ehrlicha uznawał prawo za przejaw grupowych definicji tego co właściwe ("jural postulates"), wytwarzanych w ramach szerzej definicji więzi grupowej ("relacja my"). Obserwację tę uzupełniał wprowadzeniem bardzo szerokiej, wielostopniowej klasyfikacji grup społecznych, co doprowadziło go do wniosku, że możliwe jest wyróżnienie ponad stu rozmaitych typów grup społecznych i odpowiedniej liczby

25 Jest więc nieporozumieniem wprowadzanie opozycji koncepcji pluralistycznych i idei Petrażyckiego, pojawiające się niekiedy w polskiej literaturze J. Kowalski, "O więzi prawoznawstwa z innymi, a zwłaszcza społecznymi naukami", *Studia Iuridica*, t. XLII, 2003, s. 107

26 Por. A. Kojder, *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa*, A. Flis, (red.). Kraków: Universitas, 2006, s. 125-146.

27 E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1913,

28 K. A. Ziegert, "The sociology behind Eugen Ehrlich's sociology of law", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 7, 1979, s. 252.

29 E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1913, s. 31 i n.

30 Rozróżnienie to jest uznawane za inspirowane wspomnianymi pracami Gierkego. Można jednak zauważyć, że podobne poglądy pojawiały się częściej w tym czasie i podobnie jak w przypadku Ehrlicha odwoływały się do (rozmaicie pojmowanej) więzi grupowej. W tym sensie za prekursora pluralizmu prawnego można uznać, obok wspomnianych już klasycznych instytucjonalistów i Ehrlicha także Leona Duguit.

31 N. Rouland sądzi, że socjologia prawa, jako dziedzina z zasady bardziej teoretyczna niż antropologia prawa, bardziej przyczyniła się do rozwoju teorii pluralizmu prawnego, które dopiero w drugiej kolejności zostały rozwinięte w antropologii. Pogląd ten można przyjąć jedynie zastrzegając, że Rouland ma na myśli jedynie bardzo wczesne prace socjologiczne, wśród których zresztą nie rozróżnia dzieł prawników-prekursorów socjologii prawa i reprezentantów socjologii prawa w ścisłym sensie. Zob. N. Rouland, P. Planel, *Legal anthropology*. 1994, s. 49 i n.

32 R. Banakar, "Integrating reciprocal perspectives: on gurvitch's theory of immediate jural experience", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 16, nr 1, 2001, s. 67-91.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeński (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

typów prawa. Kategorie te mogły pozostawać ze sobą w interakcjach, a jednostki należące do wielu grup jednocześnie mogły podlegać różnym typom prawa w tym samym czasie³³, stąd też u Gurvicha idea "pluralizmu jurydycznego" ("jural pluralism"). Odmienne jednak niż Ehrlich, Gurvitch zmierzał także do wypracowania jakościowej, fenomenologicznej koncepcji prawa, nie ograniczając się do jedynie zewnętrznego jego rozumienia, związanego z kontrolą społeczną³⁴.

Zainteresowanie problematyką wielości prawa utrzymywało się także w powojennej socjologii prawa. Przyjmowało jednak formę charakterystyczną dla orientacji teoretycznych i metodologicznych akceptowanych w tej dziedzinie, zorientowanej w owym okresie przede wszystkim empirycznie, a w mniejszym stopniu zainteresowanej budowaniem systemów pojęciowych, w szczególności abstrakcyjnym definiowaniem pojęć tak trudnych do zdefiniowania jak prawo. Także dominujące do lat siedemdziesiątych orientacje teoretyczne w socjologii w ogóle, zwłaszcza strukturalny funkcjonalizm, nie były kompatybilne z ideą pluralizmu prawnego. Nawet jednak na tym etapie rozwoju niezbędne było poszukiwanie narzędzi teoretycznych pozwalających na uporanie się z wielością empirycznych manifestacji prawa i zależności między funkcjonowaniem prawa a jego społecznym kontekstem³⁵.

Do swojego rodzaju pluralizmu przychyliły się więc, choćby nolens volens, te teorie, które zakładały wielość czynników oddziałujących na praktykę stosowania prawa. Można twierdzić, że nawet w teoriach socjologicznych stojących stanowisku skrajnego empiryzmu i redukcjonizmu (jak na przykład w teorii Theodora Geigera lub później Donalda Blacka) - które zazwyczaj sprowadzają prawo do określonych, powtarzalnych, wzorów zachowania - zjawisko pluralizmu prawnego było na swój sposób odzwierciedlane przez przekonanie, że prawo (konceptualizowane jako narzędzie scentralizowanej kontroli społecznej) może obowiązywać "do jakiegoś stopnia", w zależności od tego, w jakim stopniu jest realizowane w konkretnych typach sytuacji. Sugeruje się nawet, że teoria Blacka (a więc zapewne także i inne teorie zasadzające się na zbliżonych założeniach) może zostać utrzymana jeżeli uda się zmodyfikować jej założenia w taki sposób, by odpowiadała założeniom pluralizmu³⁶.

Zjawisko wielości i różnorodności prawa w ramach tego samego szerszego systemu prawnego próbowano też opisywać, w sposób zresztą dość niedoskonały, za pomocą pojęcia kultury prawnej³⁷. Próbowano tu, między innymi, wyjaśnić obserwowane rozbieżności we niektórych wskaźnikach korzystania z prawa (np. *litigation rates*) przez poszukiwanie bardziej ogólnych, hipotetycznych kultur prawnych zorganizowanych wokół bardziej abstrakcyjnych zasad (np. skłonności do publicznego rozstrzygnięcia sporów). Pojęcie kultury prawnej dawało się jednak w socjologii prawa

33 G. Gurvitch, *Sociology of law*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1947,

34 Por. G. Gurvitch, *Sociology of law*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1947, s. 120—122.

35 Obrazowego przykładu może tu dostarczyć praca E. Blankenburga na temat kradzieży sklepowych, pokazująca, że stosowanie sankcji wobec osób dopuszczających się takich kradzieży jest zależy od ich pozycji społeczno-demograficznej i typu sytuacji w jakiej takie zdarzenie miało miejsce. Płyńcie stąd wniossek, że mimo jednolitości formalnego prawa w tej dziedzinie, w rzeczywistości taka jednolitość wcale nie ma miejsca. E. Blankenburg, "The selectivity of legal sanctions: an empirical investigation of shoplifting", *Law & Society Review*, t. 11, nr 1, 1976, s. 109-130.

36 K. C. Wong, "Black's theory of the behavior of law revisited ii: a restatement of Black's concept of law", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 26, 1998, s. 75-119 oraz K. C. Wong, "Black's theory of the behavior of law revisited iii: law as more or less governmental social control", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 26, 1998, s. 365-392.

37 Zob. np. L. M. Friedman, "Legal culture and social development", *Law & Society Review*, t. 1, nr 1, 1969, s. 30-44.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

stosować także do poszczególnych grup w ramach danego społeczeństwa, prowadząc do wniosku o możliwości konfliktów międzykulturowych jego obszarze³⁸.

Powyższą obserwację można też rozciągnąć na znaczącą, w teoretycznej panoramie w socjologii prawa, koncepcję autorstwa Adama Podgóreckiego. Jednym z jego podstawowych zainteresowań było pytanie o efektywność i opresywność prawa a zainteresowanie wielością form prawa, choć stanowiące podstawowe narzędzie teoretyczne, nie stanowiło celu badawczego samego w sobie a jedynie narzędzie. I tak, wychodząc z założeń bliskich koncepcji Petrażyckiego, Podgórecki pisał o podkulturach prawnych i zróżnicowanych orientacjach prawnych, zwracając uwagę na interakcje między nimi a dominującą kulturą prawną, a w późniejszej swojej pracy wskazując zresztą na współbieżność tej pierwszej myśli i koncepcji pluralizmu prawnego³⁹.

Powiązanie dyskursów i radykalizacja teorii

Z wyjątkiem pracy Georgesa Gurvitcha, w żadnym z wymienionych dotąd nurtów badawczych nie posługiwano się jednak, w szerszym zakresie, pojęciem pluralizmu prawnego. Nawet Pospisil używał raczej określenia "wielość prawa" niż "pluralizm prawny", a wzmianki o pojęciu pluralizmu, które można odnaleźć w innej literaturze w pierwszej połowie XX wieku można uznać za epizodyczne lub (jak u Norberto Bobbio) stanowiące refleks rozważań nad problemem pluralizmu politycznego. Warto też zauważyć, że aż do lat siedemdziesiątych problematyka zróżnicowania prawa nie stanowiła bezpośredniego czy podstawowego tematu rozważań, a stanowiła raczej efekt uboczny poszukiwań alternatywnej wobec prawniczej definicji prawa, względnie potrzeb związanych z empirycznymi badaniami prowadzonymi przez konkretnego badacza i wynikała z obserwacji, że społeczeństwa rzadko bywają zintegrowane w takim stopniu, jak by to sugerowała standardowa teoria prawa czy teoria polityczna lub bywała wykorzystywana (jak w przypadku Podgóreckiego) jako narzędzie wyjaśniające, a nie obiekt wyjaśniany⁴⁰. Tak było w przypadku klasycznej antropologii, ale także socjologii prawa.

Jakościowa zmiana tego stanu rzeczy, polegająca jednocześnie na mocniejszym powiązaniu pojęcia "pluralizm prawny" z ideą wielości porządków prawnych czy zróżnicowania prawa w naszkicowanym wyżej sensie związanym z grupami społecznymi i na podjęciu badań nad tym zagadnieniem jako *sui generis* przedmiotem zainteresowania - albo, inaczej mówiąc, na uznaniu pluralizmu prawnego za program badawczy - nastąpiła dopiero w latach siedemdziesiątych XX wieku⁴¹. Jeszcze w połowie tej dekady M.B. Hooker, referując, w często cytowanej pracy, wyniki badań nad prawem zwyczajowym posługiwał się pojęciem pluralizmu prawnego tylko w kontekście kolonializmu i neokolonializmu⁴². Także w innych pracach z tego okresu interesowano się raczej sytuacjami wymuszonych kolizji między porządkami prawnymi a nie pluralizmem prawnym jako naturalnym stanem rzeczy.

38 L. M. Friedman, *The legal system*. London: Sage, 1975, s. 223, por. też L. M. Friedman, *Republika wyboru : prawo, autorytet, kultura*. Warszawa: Verba, 1993,

39 A. Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa*. Warszawa: Interart, 1998, s. 220.

40 B. Dupret, "Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification", *European Journal of Legal Studies*, t. 1, nr 1, 2007,

41 Zob. szeroko na ten temat S. E. Merry, "Legal pluralism", *Law & Society Review*, t. 22, 1988 oraz G. Woodman, "Ideological combat and social observation", *Journal of Legal Pluralism*, t. 42, 1998, s. 21-59.

42 M. B. Hooker, "Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial laws", *Oxford: Clarendon Press*, 1975.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

Jednak już w drugiej połowie lat siedemdziesiątych teorie pluralizmu prawnego uległy radykalizacji a zakres tego pojęcia został rozszerzony w taki sposób, aby objąć nim wielość reguł prawnych odnoszących się do tej samej sytuacji a wynikających z ukształtowania struktury społecznej, to znaczy aby objąć tym określeniem w pierwszej kolejności, prawo niepaństwowe, zwyczajowe, niekoncesjonowane w żaden sposób przez zinstytucjonalizowaną władzę polityczną, a dopiero w drugiej kolejności, niejako przy okazji, także prawo stanowione czy wytwarzane przez prawników⁴³. Ten sposób myślenia można odnaleźć, wyrażony modelowo, w koncepcji prawa jako semi-autonomicznego pola społecznego, autorstwa S.F. Moore opierającej się na wcześniejszych pracach Pospisila⁴⁴ i zakładającej nieustanne przenikanie się różnych porządków społecznych, i wraz z nimi, różnych porządków prawnych.

Jak to na początku lat 1990 określił F. von Benda-Beckmann, w tym czasie rozszerzone określenie "pluralizm prawny" stało się też znakiem rozpoznawczym nowej odmiany antropologii prawa, która obrała sobie za obiekt zainteresowania złożone społeczeństwa nowoczesne⁴⁵, ale oczywiście także wykorzystywane było w bardziej tradycyjnych kontekstach⁴⁶. Dziś można zresztą sądzić (co Benda-Beckmann dopiero postulował) że paradygmat pluralistyczny jest uznawany za własny także w dużej części socjologii prawa. Za klasyczny dla tego nurtu uznawany jest tekst J. Griffithsa, który w połowie lat osiemdziesiątych dokonał rekapitulacji dotychczasowych badań nad pluralizmem prawnym, i, wyrażając często cytowany pogląd iż „pluralizm prawny jest faktem, zaś centralizm prawny mitem, postulatem i ideologią”⁴⁷. Wychodząc z takiego punktu widzenia, Griffiths starał się wypracować możliwie precyzyjną ale i jak najszerszą definicję pluralizmu prawnego i kładł nacisk na odwrócenie relacji między prawem państwowym a zwyczajowym, twierdząc że ograniczenie pojęcia prawa do prawa państwowego jest błędem a wypracowana w ten sposób wizja pluralizmu - fałszywa. Prawdziwy pluralizm prawny jest możliwy - a teoria pluralizmu trafna - tylko wtedy, gdy zaakceptuje się autonomię spontanicznie powstających porządków prawnych. Ostatecznie uznał, że pluralizm prawny jest zjawiskiem "współbieżnym z pluralizmem społecznym" i że pod tym pojęciem należy rozumieć każdą "różnorodność prawa, związaną z faktem, że działanie społeczne ma miejsce zawsze w kontekście wielości nakładających na siebie >pół-autonomicznych pól społecznych<"⁴⁸.

Już ten pobieżny przegląd koncepcji może prowadzić do wniosku o istnieniu dwóch grup poglądów w sprawie pluralizmu prawnego. Po pierwsze, co byłoby myślą zapoczątkowaną przez Leona Petrażyckiego i kontynuowaną w pewnej mierze przez Malinowskiego oraz bez wątpienia przez Podgóreckiego (a także w jakimś stopniu znajdującą swoje odwierciedlenie u Gurvitcha), prawo daje się zdefiniować za pomocą jednolitych kryteriów jako zjawisko istniejące intersubiektywnie, ale niekoniecznie stanowiące przejaw kontroli czy więzi grupowej, a odwrotnie, zjawisko, które tę

43 S. F. Moore, "Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology: 1949-199", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, t. 7, 2001, s. 95-116.

44 S. F. Moore, "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, t. 7, nr 4, 1973, s. 719-746.

45 F. von Benda-Beckmann, "Unterwerfung oder distanz: rechtssoziologie, rechtsanthropologie und rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer sicht", *Zeitschrift fuer Rechtssoziologie*, t. 12, nr 1, 1991, s. 99.

46 Zjawisko miało to także częściowo wymiar instytucjonalny, i wiązało się ze zmianą nazwy głównego czasopisma zajmującego się tą problematyką (*Journal of African Law Studies* został przemianowany w 1981 r na *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*) oraz utworzeniem Komitetu Badawczego ds Pluralizmu Prawnego

47 J. Griffiths, "What is legal pluralism ?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 24, nr 1, 1986, s. 4.

48 J. Griffiths, "What is legal pluralism ?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 24, nr 1, 1986, s. 38.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

więź wytwarza. W tym sensie, pluralizm jest immanentną cechą prawa. Po drugie, co byłoby zgodne z wizją Ehrlicha, klasycznej socjologii i antropologii, Pospisila i klasycznych zwolenników instytucjonalizmu i solidaryzmu (i co czasem, w innym kontekście, bywa nazywane *mirror theory of law*), pluralizm prawny uznaje się za wynik naturalnego powiązania prawa z grupami społecznymi w których powstaje i obowiązuje a więc za refleks czy produkt bardziej zasadniczych więzi społecznych i kontroli grupowej, w dodatku istniejących quasi-obiektywnie, niezależnie od jednostek wchodzących w skład tych grup.

Można sądzić, że istotną różnicą między tymi grupami poglądów na pluralizm prawny jest stosunek do kontroli społecznej, zwłaszcza władzy i państwa. W tym pierwszym przypadku, problem ten pojawia się niejako wtórnie, przy okazji bardziej szczegółowych analiz, natomiast nie podkreśla się w nim niezbywalnego związku między prawem a władzą. W drugim przypadku, do idei pluralizmu dociera się zadając pytanie o granice władzy państwowej, dochodząc do wniosku, że nie jest ona jedyną formą władzy i że tam gdzie występuje odmienna jej postać tam występuje również odmienna postać prawa. Jeżeli zaś o współwystępowaniu władzy i norm nie można mówić, nie da się także mówić o prawie.

Można byłoby więc twierdzić, że tradycja Petrażycjańska jest bardziej radykalna niż związana z Ehrlichem i klasyczną socjologią, bowiem definiuje prawo - a razem z nim problem wielości porządków normatywnych - w jego istocie, a nie odwołuje się do dalszych zjawisk dla uzyskania takiego opisu. Mówiąc nieco inaczej, można sądzić, że teoria Petrażyckiego nie wiąże w sposób jednoznaczny prawa z integracją społeczną i w konsekwencji nie postrzega pluralizmu prawnego jako zjawiska wynikającego z przygodnej lub fundamentalnej niemożności ostatecznego zintegrowania społeczeństwa.⁴⁹

Z powyższym podziałem przecina się drugi, wprowadzony przez J. Griffithsa we wspomnianym wyżej tekście. Zgodnie z nim pluralizm w wąskim sensie (sytuację wielości norm na jakimś terytorium, zwłaszcza państwowym, uzgodnionych albo uzgadnianych za pomocą jakichś norm kolizyjnych – czego sztandarowym przykładem może być wspomniane wykorzystanie pluralizmu prawnego przez europejskie państwa kolonialne) należy odróżnić od pluralizmu w szerokim (niekiedy nazywanym również głębokim) znaczeniu, to znaczy właśnie w zacytowanym przed chwilą sensie antropologicznym, opierającym się na uznaniu podstawowej roli prawa niepaństwowego i faktu wielości nakładających się porządków prawnych⁵⁰. Ten pierwszy pogląd jest najczęściej w literaturze antropologicznej i socjologicznej krytykowany jako w istocie wspierający państwową, centralistyczną wizję prawa i w związku z tym, jako teoria pluralizmu, wewnątrznie sprzeczny. W tym drugim zaś, teoria pluralizmu prawnego jest radykalizowana: pluralizm nie może być konsekwencją określonej doktryny prawa ani osobliwością praktyki prawniczej, wynikać z państwowego zadekretowania czy koncesjonowania, ale jedynie stanowić

49 Trudno się, w związku z tym, zgodzić z B. de Sousa Santosem, który twierdzi, że pojęcie pluralizmu prawnego było od samego początku polityczne, bo wiązało się ze sprzeciwem przeciwko idei pozytywizmu prawnego. Nie tylko pomija Sousa Santos "bezinteresowną" tradycję w ramach teorii pluralizmu prawnego, ale także idzie zbyt daleko gdy chodzi o powiązanie polityki i kontroli społecznej. Choć prawdą jest, że większość teorii pluralistycznych zainteresowanie integracją społeczną jest dobrze widoczne, to nie można powiedzieć by było to jednoznaczne z zainteresowaniem polityką. Z tego samego powodu nie można zgodzić się z definicją pluralizmu prawnego proponowaną przez Souse Santosa, zgodnie z którą jest to wielość porządków prawnych w ramach jednego systemu politycznego.

50 J. Griffiths, "What is legal pluralism ?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 24, nr 1, 1986, s. 2-55.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

cechę prawa wytwarzanego spontanicznie, konsekwencję prostego faktu, że każdy przypadek i każda zastosowana norma podlega społecznym wpływom wynikającym z przynależności grupowej, więzi społecznych, dynamiki przekonań i jest za ich sprawą definiowana itd.

Można byłoby sądzić, że doktryna pluralizmu prawnego nazywana przez Griffithsa słabą jest w jakiejś mierze powiązana z koncepcją wiążącą prawo z kontrolą społeczną, a więc jedną ze zidentyfikowanych wyżej historycznych doktryn w antropologii prawa i socjologii prawa, choć opiera się na jej skrajnej wersji (przekonaniu że państwo może skutecznie kontrolować prawo) i uznaniu, że możliwe jest wytworzenie zjawiska pluralizmu poprzez taką kontrolę - lub jej brak. Za prawdziwie pluralistyczne w szerokim sensie można natomiast uznać takie teorie pluralizmu, które albo w ogóle nie poszukują pojęciowego związku między prawem a kontrolą społeczną, albo takie, które uznają, *explicite* lub *implicite*, że scentralizowanie kontroli społecznej przez państwo nie jest możliwe, a pluralizm jest normalnym, naturalnym stanem rzeczy.

Współczesne warianty teorii

Historia teorii pluralizmu prawnego jest więc dość skomplikowana, a samo to pojęcie nie jest jednoznaczne. Z jednej strony, można sądzić, że na przestrzeni drugiej połowy XX w. miała miejsce ewolucja w stronę radykalizacji tego pojęcia i uznania prawa zwyczajowego i prawa wytwarzanego przez sądy i administrację za równoprawne elementy porządku prawnego, równorzędne prawu stanowionemu oraz, w niektórych teoriach, za pierwszorzędny obiekt zainteresowania. Z drugiej jednak, widać także dość istotne czynniki różnicujące poszczególne teorie. Powyższe, skrótowe przedstawienie tej ewolucji w żadnym razie nie wyczerpuje jednak wszystkich wariantów pojęcia pluralizmu prawnego. Już tylko gdy chodzi o pluralizm prawny w szerokim sensie można wyróżnić kilka dalszych jego wersji czy strategii definicyjnych. Pokrywają się one do pewnego stopnia z fazami rozwoju tej problematyki przedstawionymi wyżej bo przynajmniej niektóre z historycznych stanowisk mają dziś swoich epigonów i są reprezentowane także współcześnie. Można, w związku z tym, wyróżnić przynajmniej pięć nurtów czy strategii definicyjnych w ramach teraźniejszych teorii pluralizmu prawnego.

Po pierwsze, jest to strategia zbliżona do klasycznych koncepcji prawa z początków XX wieku. Opiera się ona na przekonaniu, że prawnicza definicja prawa jest zbyt wąska i że należy ją uzupełnić o prawo tworzone spontanicznie, oddolnie. Prowadzi ona najczęściej do próby wypracowania bardziej ogólnej definicji prawa i szerszej, związanej z nią klasyfikacji typów norm prawnych, podobnej do znanych z prac Petrażyckiego, Ehrlicha czy Gurvitcha. Współczesny przykład takiego sposobu myślenia może stanowić rozwijana konsekwentnie teoria R. Cotterrella, opierająca się na bliskim klasycznym koncepcjom w socjologii prawa przekonaniu, że podstawową jednostką analizy powinna być "społeczność" (community).

Czerpiąc inspiracje z Webera i Durkheima, Cotterrell wyróżnia cztery typy idealne społeczności, opierające się na odmiennych typach więzi: społeczności tradycyjne, przekonań, interesów i uczuć⁵¹. Prawo uznaje za istotny mechanizm podtrzymywania więzi, przyczyniający się do wytwarzania interpersonalnego zaufania ale i sam od niego zależny. Jednocześnie sądzi, że prawo poszczególnych grup jest dla nich specyficzne, opiera się na znaczeniach i praktykach tej właśnie grupy i z tego powodu nie może być bezstratnie "przetłumaczone" na prawo pozostałych. Sprawia

⁵¹ R. Cotterrell, "A legal concept of community", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 12, nr 2, 1997, s. 75-93.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

to, że z punktu widzenia innych grup prawo takie może być jedynie uznane za "outsidera". Dotyczy to zwłaszcza prawa państwowego, które nie może, z racji odwoływania się do stosunkowo słabo określonej wspólnoty narodowej i państwowej adekwatnie uchwycić natury więzi międzyludzkich w poszczególnych realnych społecznościach które się na nie składają. W konsekwencji, Cotterrell uznaje, że pluralizm prawny jest zjawiskiem naturalnym, przynajmniej w takim zakresie, w jakim chodzi o prawo przekraczające granice konkretnych społeczności. Jest to też, jak się zdaje, istotna bariera zmian społecznych i kontroli społecznej poprzez prawo.

Po drugie, co wydaje się dziś dominującą tendencją, są to analityczne koncepcje antropologiczne pojawiające się od lat 70 XX wieku w ramach wspomnianego nurtu pluralistycznego w pracach licznych autorów amerykańskich, brytyjskich, francuskich czy holenderskich. Charakterystyczne wydaje się w nich przyjęcie sceptycznej postawy wobec prób stworzenia abstrakcyjnych, substancjalnych definicji prawa, kultury prawnej i w konsekwencji, także abstrakcyjnych i substancjalnych definicji pluralizmu prawnego. Sprawia to, że dla potrzeb opisywania konkretnych zjawisk prawnych i konkretnych relacji między konkretnymi porządkami prawnymi przyjmowane są potoczne, społecznie podzielane definicja prawa. w ich naturalnym zróżnicowaniu⁵². Jednocześnie, uznaje się w nich, jak zauważa von Benda-Beckmann, że ostateczny cel badań nad prawem i pluralizmem prawnym to cel porównawczy. Stąd niezbędne jest wprowadzanie rozmaitych analitycznych rozróżnień, pochodzących od badacza, porządkujących otrzymany materiał⁵³.

Taka ugruntowana (*grounded*) strategia teoretyczna, oprócz bardziej zasadniczych przyczyn metodologicznych i teoretycznych, wypływa z obserwacji, że interakcje między prawem pochodzącym z różnych społecznych źródeł rodzą problemy nie tylko praktyczne, ale także pojęciowe. Są one tego rodzaju, że nie daje się ich rozwiązać poprzez rozszerzenie definicji prawa, a tylko poprzez odrzucenie nadziei na sformułowanie takiej powszechnie wiążącej definicji. Nie tylko treść, ale i pojęcie prawa jest bowiem zakorzenione w praktykach konkretnych grup i konkretnych kultur, co sprawia że próby zrekonstruowania jego bardziej abstrakcyjnej definicji mogą przynieść jedynie sztuczne i nieodpowiadające rzeczywistości rezultaty.

Dla przykładu, Masaji Chiba, autor jednej z lepiej rozwiniętych koncepcji należących do tej kategorii, podkreśla, że nie istnieje jeden pluralizm prawny, ale wiele jego "struktur" czy "faz": przejawiających się za sprawą różnych jakościowo interakcji między prawem zwyczajowym a państwowym, prawem nowoczesnym a tradycyjnym, religijnym i świeckim, subiektywnym i obiektywnym itd. W konsekwencji proponuje wprowadzenie trzech dystynkcji, które pozwolą na uporządkowanie fenomenów opisywanych za pomocą pojęcia pluralizmu prawnego. Są to opozycje prawa oficjalnego i nieoficjalnego, rodzimego i przeszczepionego oraz reguł prawnych i prawnych postulatów (tzn. roszczeń i poglądów formułowanych przez jednostki, ale nie uznawanych za

52 Przekonanie o potrzebie skontekstualizowanego rozważania prawa dobrze ilustruje dyskusja w sprawie możliwości posługiwania się pojęciem pluralizmu prawnego na oznaczenie sytuacji konfliktu między prawem o różnej treści w ramach domniemanego szerszego "systemu prawnego". Według niektórych autorów, takie użycie tego terminu jest niewłaściwe, bowiem przyjmuje w sposób kontrfaktyczną wizję prawa (jego "systemowość") Por. S. E. Merry, "Legal pluralism", *Law & Society Review*, t. 22, 1988, G. Woodman, "Ideological combat and social observation", *Journal of Legal Pluralism*, t. 42, 1998, s. 21-59.

53 F. von Benda-Beckmann, "Who's afraid of legal pluralism", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 47, 2002, s. 42—44.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

powszechnie i ogólne reguły)^{54, 55}. Teorię tę Chiba wykorzystuje dla opisywania pluralizmu prawnego (i kultur prawnych jako określonej konfiguracji tych czynników) w swoich empirycznych badaniach w Japonii i Sri Lance.

Po trzecie, w ramach teorii pluralizmu prawnego rozwijane są także koncepcje postmodernistyczne. Najbardziej znany przykład takiej koncepcji prawa zawierają prace portugalskiego autora Boaventury de Sousa Santosa, który wykładając swoją koncepcję „interlegalności” czy „porowatej legalności” wskazuje, że prawo składa się współcześnie z wielu nakładających się na siebie obszarów, które można próbować uporządkować za pomocą metafory „mapy”^{56, 57}. Zjawisko to wiąże z panującą współcześnie globalną wersją kapitalizmu i związanym z nią selektywnym wycofywaniem się państwa z poszczególnych obszarów swojej tradycyjnej działalności, w tym z ograniczaniem działalności prawotwórczej⁵⁸. Te okoliczności powodują też, zdaniem Sousa Santosa, że relacje pomiędzy państwami układają się, w ramach systemu światowego, zgodnie ze skutecznością strategii deregulacji, pozwalając na skuteczne realizowanie swoich interesów tym państwo, które w lepszy sposób korzystają ze strategii deregulacji. Jednocześnie sprawia to, że opuszczoną przestrzeń zajmują spontanicznie powstające, niepaństwowe, ale - paradoksalnie - zainicjowane przez wycofujące się państwo, porządki prawne.

Wydaje się, że, z metodologicznego punktu widzenia, postępowanie tego autora zbliża się do ugruntowanych teorii w antropologii: wylicza on kilkanaście różnych typów prawa, i „stref przejściowych” między nimi, zastrzegając, że nie jest to wyliczenie wyczerpujące. Jednocześnie posługuje się on niezwykle szeroką definicją prawa. Zauważa jednak przy tym, że koncepcja prawa musi opierać się na pewnych twierdzeniach o charakterze uniwersalistycznym, min. musi odpowiadać określonej koncepcji praw człowieka. Co jednak najbardziej charakterystyczne, i co przesądza o postmodernistycznym charakterze tego podejścia, Sousa Santos odrzuca potrzebę ostrego określania granic pomiędzy poszczególnymi obszarami na mapie prawa. Przeciwnie, wyróżnienie poszczególnych typów prawa nie opierające się na żadnym kryterium podziału i podkreślanie płynności granic między nimi ma służyć pokazaniu, że materia pluralizmu prawnego ucieka dziś, wraz z materią prawa w ogóle, próbom definiowania. Choć więc pluralizm prawny jest w jakiejś mierze narzędziem władzy, to zamiast przeciwstawiać się jej poprzez walkę z tym zjawiskiem należy raczej zaakceptować ten fakt z dobrodziejstwem inwentarza. Wykorzystanie „porowatości” współczesnego prawa może mianowicie, zdaniem Sousa Santosa zostać wykorzystane dla zrealizowania projektu „oddolnej globalizacji”, wciąż jednak istniejącej bez jakiegoś, dysponującego nadmierną władzą, centrum decyzyjnego.

Twórca czwartej dającej się rozpoznać koncepcji pluralistycznej, Brian Tamanaha, próbuje natomiast uzasadnić konwencjonalistyczno-pragmatyczną teorię prawa. Twierdzi w niej, że za prawo można uznawać tylko to, co poszczególne społeczeństwa i grupy za takie uznają i co w ten

54 M. Chiba, *Legal pluralism : toward a general theory through Japanese legal culture*. Tokyo: Tokai Univ. Press, 1989, s. 173 i n.

55 M. Chiba, "Other phases of legal pluralism in the contemporary world", *Ratio Juris*, t. 11, nr 3, 1998, s. 228-245.

56 B. D. S. Santos, "Law: a map of misreading. toward a postmodern conception of law", *Journal of Law and Society*, t. 14, nr 3, 1987, s. 279-302.

57 B. de Sousa Santos, *Toward a new legal common sense : law, globalization, and emancipation*. London: Butterworths, 2002.

58 B. de Sousa Santos, *Law : a map of misreading: toward a postmodern conception of law*, R. Cotterrell, (red.). Dartmouth: Aldershot, 2001, s. 88 i n.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

sposób wykorzystują na mocy pewnej dorozumianej konwencji, wypracowywanej w ramach swoich "praktyk społecznych"⁵⁹. Od podejścia klasycznego w antropologii (które zresztą ostro krytykuje jako esencjalistyczne) odróżnia go przekonanie, że możliwe jest sformułowanie płaszczyzny, na której da się wyeksplikować uniwersalną koncepcję prawa. Wprawdzie koncepcja taka nie będzie wskazywać istoty prawa (bo takie próby okazały się, jego zdaniem, historycznie rzecz biorąc niemożliwe do skutecznego zrealizowania) ale będzie określać "nieesencjalne" warunki społecznego uznawania jakichś zjawisk za prawo. Tamanaha twierdzi więc, że odróżnianie prawnych od pozaprawnych porządków normatywnych jest rzeczą celową i wskazaną, jednocześnie uznaje jednak, że nawet ten zabieg nie powoduje uchylecia głównej tezy ruchu pluralistycznego jaką jest przekonanie o wielości porządków prawnych.

Wreszcie, piąta teoria pluralizmu, teoria autopoiesis Gunthera Teubnera - prawdopodobnie najbardziej wpływowa poza wąskimi kręgami teoretyków zainteresowanych socjologią i antropologią prawa - opiera się na założeniu, że niemożliwe jest postrzeganie prawa jako zintegrowanego, niesprzecznego systemu pojęciowego lub normatywnego, a jedynie jako funkcjonalnie określony, ale wewnętrznie zróżnicowany podsystem komunikacji. W znanym eseju pt. „Global Bukovina” Teubner twierdzi, że współcześnie system prawny ma charakter globalny i że nie istnieją żadne przesłanki pozwalające twierdzić, że jest on w jakiś sposób zintegrowany⁶⁰. Można jedynie sądzić, że komunikacja w podsystemie prawnym reprodukuje kod binarny prawne/bezprawne, co jednak nie stanowi żadnej gwarancji jednolitości tego podsystemu. Przeciwnie, hierarchiczny model komunikacji prawnej, wynikający z historycznego powiązania prawa z polityką jest współcześnie zastępowany refleksyjnym modelem organizacji podsystemu prawnego, co prowadzi do pojawiania się paradoksów komunikacyjnych. Co więcej, w związku ze zjawiskiem polikonteksturalizacji (tzn. zaniku centrum) na poziomie całego społeczeństwa światowego, pojawia się tendencja do wytwarzania niejednorodnych i nieskoordynowanych sprzężeń strukturalnych między prawem a innymi podsystemami społecznymi niż polityka, co prowadzi do hybrydyzacji prawa i jego dalszego różnicowania się. Próby zunifikowania systemu wbrew takiemu stanowi rzeczy będą jego zdaniem, szkodliwe i przeciwnie skuteczne⁶¹.

Każda z tych strategii ma swoje ograniczenia i z każdą wiążą się pewne zagrożenia. Strategia klasyczna prowadzi do zniesienia ostrych granic między różnymi zjawiskami o charakterze normatywnym a jednocześnie reifikuje podstawowe kategorie na których się opiera. W przypadku koncepcji R. Cotterrella, na przykład, przyjmowana jest pewna substancjalna definicja związków społecznych w ramach których powstaje prawo. Druga z wymienionych strategii, antropologiczna, prowadzi do wątpliwości, czy w ogóle można mówić o istnieniu takiego zjawiska jak „prawo”, i w konsekwencji, "pluralizm prawny". Skoro bowiem można mówić o prawie w dowolnym znaczeniu, to co łączy wszystkie jego definicje ? Prowadzi to ostatecznie do następującego paradoksu: im więcej chce się powiedzieć na temat prawa przy założeniu koncepcji pluralistycznych, tym mniej można o nim powiedzieć.

Teorie należące do pozostałych wymienionych strategii (oprócz tego, że pozostają stosunkowo

59 B. Tamanaha, "A non-essentialist version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, t. 27, nr 2, 2000, s. 313.

60 G. Teubner, *Global bukovina: legal pluralism in the world society*, G. Teubner, (red.). Aldershot: Dartmouth, 1997, s. 3-31.

61 Por. G. Teubner, "Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies", *Modern Law Review*, t. 61, nr 1, 1998, s. 11-34.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

blisko granicy między socjologią prawa a teorią prawa) mają do siebie to, że opierają się, każda na swój sposób, na radykalnych założeniach teoretycznych. W przypadku teorii Sousa Santosa są to dość trudne do zaakceptowania przesłanki metodologiczne. W przypadku koncepcji Tamanahy, wątpliwości może budzić to, czy rzeczywiście udało się wyeksplikować "nieesencjalną" teorię prawa i pluralizmu prawnego, zwłaszcza wobec wykorzystywania dla tych celów zupełnie nieneutralnej teorii społecznej. Wreszcie, w przypadku teorii Teubnera, problematyczny wydaje się sposób wykorzystania koncepcji autopoiesis. Odwołanie do teorii zróżnicowania funkcjonalnego i koncepcji polikontekstury wcale nie prowadzi bowiem w sposób konieczny do wniosku o hybrydyzacji prawa⁶².

Można też zastanawiać się, czy przynajmniej dwie z wymienionych teorii, teoria postmodernistyczna i teoria autopoiesis w wydaniu Teubnera, osiągają poziom "szerokiego" pluralizmu prawnego. Trudno jest się mianowicie pozbyć wrażenia, że zarówno jedna jak i druga opiera się na przekonaniu o pozaprawnych, przygodnych i historycznych źródłach współczesnego pluralizmu. Zakładają one mianowicie, że istniejący współcześnie stan pluralizmu prawnego wynika z procesów globalizacyjnych, w szczególności z osłabienia roli państwa na rzecz rynku (Sousa Santos mówi tu wprost o "trzeciej fazie pluralizmu"⁶³). Na tej podstawie można sądzić, że w świetle tych teorii idea centralizmu prawnego nie jest błędna co do zasady, a jedynie nietrafna gdy odnieść ją do współczesnych realiów. W tym sensie prawo nie jest pluralistyczne *par excellence*, a jedynie takie się staje w określonych sytuacjach. Wreszcie, co jest najistotniejsze, można podejrzewać że akceptacja teorii pluralizmu prawnego ma tu sens nie tylko naukowo-opisowy, ale także polityczny. Teorię tę należy przyjmować jeśli jest się zdania, że pluralizacja prawa jest z jakichś powodów korzystna: w przypadku Sousa Santosa, pluralizm jest postrzegany i oceniany pozytywnie jako mechanizm "oddolnej globalizacji", przeciwstawianej "hegemonii rynku", w przypadku Teubnera, odpowiada on poglądom liberalnym. Na tym tle, teoria Tamanahy wydaje się w tym kontekście o tyle interesująca, że nawiązuje jednocześnie do podejścia Petrażycjańskiego i programu ruchu pluralizmu prawnego, wyrażonego przez J. Griffithsa.

Pluralizm prawny jako pojęcie prawnicze

Wszystko to może utwierdzać w przekonaniu, że pluralizm prawny jest jako figura myślowa zjawiskiem dość skomplikowanym, że nie ma łatwej odpowiedzi na pytanie o właściwą, paradygmatyczną teorię pluralizmu prawnego, a raczej należy mówić o teoriach pluralizmu. Z drugiej strony, istnieją racje, które przekonują, że dla celów opisowych rzeczą pożądaną jest zajęcie radykalnego stanowiska i zaakceptowanie raczej pluralizmu w sensie szerokim, a nie wąskim. Potrzeba ta wynika to przede wszystkim z powszechności zjawiska pluralizmu prawnego. Daje się je bowiem zidentyfikować w dowolnych systemach czy porządkach prawnych, nie tylko w kontekście europejskim, ale na przykład w prawie islamskim⁶⁴, chińskim⁶⁵, japońskim⁶⁶ czy

62 Por. uwagi na ten temat w J. Winczorek, *Zagnięcie dwunastego wielbłąda. o socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*. Warszawa: Liber, 2009 - w druku. s. 320.

63 B. de Sousa Santos, *Toward a new legal common sense : law, globalization, and emancipation*. London: Butterworths, 2002, s. 93.

64 L. al-Zwaini, M. Berger, B. Dupret, *Legal pluralism in the Arab world*. Dordrecht: Kluwer, 1999,

65 S. B. Lubman, *Bird in a cage: Legal reform in China after Mao*. Stanford University Press, 1999,

66 M. Chiba, *Legal pluralismus : toward a general theory through Japanese legal culture*. Tokyo: Tokai Univ. Press, 1989,

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

indyjskim⁶⁷. Po drugie, współcześnie daje się wyróżnić wiele rozmaitych czynników, które wpływają na tak postrzegany pluralizm prawny, i które sprawiają, że można uznać teorie pluralizmu za przekonujące na poziomie opisowym. Jaskrawych przykładów dostarczają choćby sytuacje konfliktu kulturowego, w których próbuje się stosować reguły prawa karnego wobec imigrantów pochodzących z obcych środowisk religijnych, na przykład kultuwujących tradycje wielożenstwa albo elementy szariatu w krajach europejskich, ujawniające zresztą całkowitą nonsensowność prób przenoszenia europejskich metod kontroli prawnej na obcy grunt^{68, 69}, albo problemy przeszczepów prawnych, nie tylko w kontekście kolonialnym⁷⁰ czy problemy z własnością ziemi w krajach postkolonialnych. We wszystkich takich przypadkach koncepcje etatystycznego, wąskiego, słabego, koncesjonowanego czy sztucznie wytworzonego pluralizmu okazują się bezradne albo istotnie zniekształcają rzeczywistość: pluralizm ten trudno jest bowiem uznać za zjawisko przez kogoś pożądane lub zaplanowane. W żadnym razie nie chodzi też o sytuację konfliktu różnych państwowych systemów prawnych.

Z drugiej strony, przykładów nie trzeba jednak szukać daleko, wystarczy bowiem zastanowić się nad ujawnianym w polskich statystykach sądowych, statystycznie istotnym zróżnicowaniem częstości korzystania z niektórych instytucji prawnych. Zastosowanie teorii pluralizmu prowadzi również, oczywiście, do zbliżonych wniosków gdy chodzi o prawo produkowane i praktykowane w kontekstach instytucjonalnych, jak prawo wytwarzane przez administrację czy prawo sędziowskie. Teoria ta daje się więc zastosować (i jest stosowana) do opisywania zjawisk opisywanych we wspomnianych prawniczych użytkach, na przykład do problematyki europejskiej, praw człowieka i praktyki międzynarodowych organizacji pozarządowych czy globalizacji, ale także prawa państwowego. O ile więc teorie antropologiczne i zbliżone do nich socjologiczne są w stanie opisywać *także* problemy interesujące o tyle teorie prawnicze wyjmują najczęściej problematykę z jego naturalnego kontekstu i wykorzystują go jedynie do rozważania problemu, który za wspomnianym M. Chibą można określić jako opozycja prawa oficjalnego i nieoficjalnego.

To wszystko nie uchyla to jednak pytania, czy pluralizm prawny jest rzeczywiście potrzebny prawnikom i czy wspomniane, dokonywane z niejakim wysiłkiem próby przeszczepienia tej doktryny na grunt jurysprudencji przyniosą spodziewane efekty. Pozostają one przecież, jak pokazuje bardzo przekonująca analiza pojęcia słabego pluralizmu, dokonana przez Griffithsa, na granicy paradoksu, bo usiłują powiązać ze sobą przeciwstawne pomysły: centralizmu i pluralizmu. Nie przesądzając w tym miejscu odpowiedzi do końca, a nawet akceptując ograniczony zakres prawniczych zainteresowań pluralizmem prawnym, można w tej sprawie zgłosić pewne wątpliwości. Po pierwsze, można odwołać się do historycznego przykładu doktryny prawnej, która usiłowała wdrażać praktykę pluralizmu, szkoły wolnego orzecznictwa, inspirowana pracami Ehrlicha, która sromotnie poległa w starciu z doktrynami prawniczymi. Ten przykład prowadzi do wniosku, że istnieją pewne brzegowe warunki akceptacji nowych koncepcji w jurysprudencji. Takim warunkiem jest niewątpliwie możliwość względnie gładkiego przeformułowania istniejących teorii i praktyk. To zaś, o czym była już mowa, wcale nie wydaje się rzeczą oczywistą.

67 M. Galanter, *Competing equalities: Law and the backward classes in India*. Berkeley: University of California Press,

68 A. D. Renteln, *The cultural defense*. New York: Oxford US, 2004,

69 P. Shah, *Legal pluralism in conflict: Coping with cultural diversity in law*. Cavendish Pub Ltd, 2005,

70 W. Twining, "Diffusion of law: A global perspective", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 49, 2004, s. 11—12.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

Po drugie, warto odnotować odmienną metodologiczną między opisywanym ruchem teoretycznym w antropologii prawa i socjologii prawa, a praktyką prawniczą czy nawet teorią prawa (która to odmienną bywa trafnie odnotowywana w wielu wspomnianych pracach prawniczych poświęconych pluralizmowi). Różnica ta sprowadza się do tego, że w przypadku tych pierwszych dyscyplin głównym celem tworzenia konstrukcji teoretycznych jest adekwatny opis rzeczywistości, a jej ewentualna zmiana odbywa się poprzez ten opis i ma charakter drugorzędny. W tym drugim zaś, chodzi także, czy może nawet głównie o realizację celu praktycznego (wypracowanie metod rozstrzygania sporów czy optymalizację istniejących sposobów orzekania lub tworzenia prawa). Nie istnieje bowiem konieczny związek między praktykowaniem czegoś a opisywaniem własnej praktyki w sposób zgodny z określoną empiryczną teorią. Nie ma potrzeby tworzenia pluralistycznej teorii prawa, jeżeli wydaje się to wątpliwe, a możliwe jest zrealizowanie celów stojących przed tą dziedziną w inny sposób.

Po trzecie, pojawia się tu zasygnalizowany wyżej problem związków między polityką a słabą wersją pluralizmu. Można mianowicie mieć obawy, czy wykorzystywane przez prawników pojęcia pluralizmu prawnego i jego mutacji nie ogranicza się, wobec trudności pojęciowych i zasadniczej sprzeczności między koncepcjami centralistycznymi a głębokim pluralizmem, do jego płytkiej, koncesjonowanej wersji. O ile oczywiście trudno jest wskazać pojęcia prawne które nie miałyby jakiegoś znaczenia politycznego (nawet niezależnie od woli swoich autorów) o tyle bezpośrednio odwoływanie się do określonych koncepcji z przyczyn politycznych jawi się jako kiepska jursprudencja.

Zamiast podsumowania można zadać sobie pytanie na czym, jeśli nie na pluralizmie prawnym, mieliby polegać dziś prawnicy, zwłaszcza wobec faktu, że jakaś zmiana wydaje się niezbędna w związku z przemianami globalizacyjnymi i zmianą roli państwa. Odpowiedź na to pytanie, oczywiście, przekracza zakres niniejszego tekstu i można ją tu tylko zasygnalizować. W tym celu można rozbić problem na dwa bardziej szczegółowe zagadnienia. Po pierwsze, wydaje się, że praktyczny kontekst odwołań do problematyki pluralizmu prawnego jest dość określony. Takich odwołań dokonuje się zwłaszcza w związku z konfliktami kompetencyjnymi między organami stosującymi i tworzącymi prawo: tak jest w przypadku wspomnianych na wstępie teorii "pluralizmu konstytucyjnego" czy "kontrapunktów prawnych" albo rodzimej idei "multicentryzmu". Warto więc zauważyć, że czym innym jest pluralizm instytucjonalny, w tym nawet pluralizm formalnych źródeł prawa, a czym innym pluralizm prawny w ścisłym sensie. Dla potrzeb prawniczych możliwe jest przecież (czysto logiczno-analityczne) rozróżnienie, z jednej strony, „policentryzmu” i „monocentryzmu” tzn. takich sytuacji w których instytucjonalny wymiar prawa jest zintegrowany lub nie (to znaczy istnieje hierarchia organów orzeczniczych i ustawodawczych), oraz, z drugiej strony, pluralizmu prawnego i monizmu (centralizmu) prawnego. Zachowanie ścisłości pojęciowej i wskazywanie, co właściwie ma się na myśli, mówiąc o pluralizmie jest nie tylko pożądane⁷¹ i nie tylko pozwoli na uniknięcie groźby popadnięcia w słabą wersję pluralizmu, ale także na rozważanie problemu w rzeczywistej, a nie w przerysowanej skali: zagadnienia stosunków między instytucjami prawnymi, a nie pytania o relacje między porządkami prawnymi, które przynależy do bardziej fundamentalnego poziomu rozważań.

Po drugie, nawet jeśli pierwsza uwaga jest niewystarczająca, można rozróżnić pluralistycznie

71 B. Tamanaha, "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", *Sydney Law Review*, t. 30, 2008, s. 387.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

zorientowane teorie prawa a przychylną wobec instytucjonalnego policentryzmu praktykę prawniczą. Gdzie, wobec oczywistych problemów teoretycznych przed jakimi stoją współcześnie prawnicy, można upatrywać źródeł dla takiej praktyki ? Można sądzić, że współcześnie istnieją co najmniej trzy czynniki sprzyjające istnieniu pluralizmu prawnego, a które jednocześnie mogą przeciwdziałać upowszechnieniu się teorii pluralizmu. Po pierwsze, jest to pojawienie się techniki „elastyczności” (J. Arnaud⁷²) czy "nieostrości" (M. Delmas-Marty⁷³) polegającej na posługiwaniu się takimi konstrukcjami pojęciowymi, które pozwalają na uzgodnienie praktyki stosowania i tworzenia prawa bez konfliktu – za przykład mogą służyć tu prawa człowieka, niektóre techniki interpretacji prawa czy niestandardowe metody podejmowania decyzji. Po drugie, jest to upowszechnienie elektronicznych technik przetwarzania danych, pozwalających na rozstrzygnięcie problemów w sposób nieodwołujący się do narzędzi pojęciowych a zatem na kategoryzowanie rozstrzygnięć w podobnych sprawach jako rozstrzygnięć odmiennych. To zaś pozwala na unikanie bezpośrednich sporów gdy nie są one potrzebne i jednocześnie na uruchomienie procesów wzajemnego uczenia się instytucji od siebie. Po trzecie, co jest ogólniejszym trendem cywilizacyjnym, jest to wypieranie prawa przez zautomatyzowane techniki kontroli społecznej. Można mianowicie zasadnie twierdzić, że wiele z upowszechniających się dziś takich narzędzi, nawet jeśli zawiera odwołanie do jakichś uzasadnień prawnych ma w istocie niewiele wspólnego z prawem jako mechanizmem społecznym. W tym kontekście pisze się, na przykład, o "kryminologii aktuarialnej" i "surveillance" czy, odwołując się do prac Foucault czy N. Rose'a, biowładzy. W ich przypadku potrzeba uzgadniania i koordynowania swoich działań przez instytucje wydaje się mniejsza niż w przypadku prawa.

Oczywiście, te uwagi należy potraktować wyłącznie jako wstęp do dalszych badań. Trudno też wyrokować in abstracto o powodzeniu lub niepowodzeniu teorii pluralizmu w jurysprudencji, bowiem o tym może przesądzić jedynie nieprzewidywalna ewolucja doktryn i praktyk prawniczych. Pewne jest natomiast, że w antropologii i socjologii prawa pojęcie pluralizmu prawnego, jak i pluralistyczne teorie nie posługujące się tym pojęciem będą wciąż wykorzystywane, podobnie jak to miało miejsce w ciągu ostatnich stu lat rozwoju tych dyscyplin.

72 A. Arnaud, *Legal interpretation and sociology of law at the beginning of the post-modern era*, A. Arnaud, (red.), *Sociology of law, splashes and sparks*, Onati: Onati, 1990.

73 M. Delmas-Marty, *Towards a truly common law: Europe as a laboratory for legal pluralism*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2002.

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

Bibliografia

- al-Zwaini, L., M. Berger, B. Dupret, (red.) *Legal pluralism in the Arab world*, Dordrecht: Kluwer, 1999,
- Arnaud, A. "Legal interpretation and sociology of law at the beginning of the post-modern era", w: Arnaud, A. (red.), *Sociology of Law. Splashes and Sparks*, Onati: Onati, 1990,
- Banakar, R. "Integrating reciprocal perspectives: on gurvitch's theory of immediate jural experience", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 16, nr 1, 2001, s. 67—91.
- Barber, N. W. "Legal pluralism and the European union", *European Law Journal*, t. 12, nr 3, May 2006, s. 306—329.
- von Benda-Beckmann, F. "Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht", *Zeitschrift fuer Rechtssoziologie*, t. 12, nr 1, 1991, s. 97—119.
- von Benda-Beckmann, F. "Who's afraid of legal pluralism", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 47, 2002, s. 37—82.
- von Benda-Beckmann, K. "Globalization and legal pluralism", *International Law Forum*, t. 4, 2002, s. 19—27.
- Benton, L. A. *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400-1900*. Cambridge University Press, 2002,
- Blankenburg, E. "The selectivity of legal sanctions: an empirical investigation of shoplifting", *Law & Society Review*, t. 11, nr 1, 1976, s. 109—130.
- Burke-White, W. W. "International legal pluralism", *Michigan Journal of International Law*, t. 25, nr 3, s. 963—979.
- Chiba, M. *Legal pluralismus : toward a general theory through japanese legal culture*. Tokyo: Tokai Univ. Press, 1989,
- Chiba, M. "Other phases of legal pluralism in the contemporary world", *Ratio Juris*, t. 11, nr 3, 1998, s. 228—245.
- Cotterrell, R. "A legal concept of community", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 12, nr 2, 1997, s. 75—93.
- Cowen, D. V. "African legal studies. a survey of the field and the role of the United States", *Law and Contemporary Problems*, t. 27, nr 4, 1962, s. 545—575.
- Cruz, J. B. "The legacy of the maastricht-urteil and the pluralist movement", *European Law Journal*, t. 14, nr 4, 2008, s. 389—422.
- Delmas-Marty, M. *Towards a truly common law : europe as a laboratory for legal pluralism*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2002,
- Dupret, B. "Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, critiques, and praxiological re-specification", *European Journal of Legal Studies*, t. 1, nr 1, 2007,
- Ehrlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1913,
- Fallers, L. "Customary law in the new African states", *Law and Contemporary Problems*, t. 27, 1962, s. 605.
- Friedman, L. M. "Legal culture and social development", *Law & Society Review*, t. 1, nr 1, 1969, s. 30—44.
- Friedman, L. M. *The legal system*. London: Sage, 1975,
- Friedman, L. M. *Republika wyboru : prawo, autorytet, kultura*. Warszawa: Verba, 1993,
- Galanter, M. *Competing equalities: Law and the backward classes in India*. Berkeley: University of California Press,

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

- Griffiths, J. "What is legal pluralism ?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 24, nr 1, 1986, s. 2—55.
- Gurvitch, G. *Sociology of law*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1947,
- Haack, S. "The pluralistic universe of law: Towards a neo-classical legal pragmatism", *Ratio Juris*, t. 21, nr 4, 2008, s. 453—480.
- Hooker, M. B. "Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial laws", *Oxford: Clarendon Press, 1975*. 1975,
- Kojder, A. "Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa", w: Flis, A. (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40- lecia pracy naukowej*, Kraków: Universitas, 2006, s. 125—146.
- Komarek, J. "European constitutional pluralism and the European arrest warrant: Contrapunctual principles in disharmony", *Jean Monnet Working Paper*, t. 10/05, 2005,
- Kowalski, J. "O więzi prawoznawstwa z innymi, a zwłaszcza społecznymi naukami", *Studia Iuridica*, t. XLII, 2003, s. 105—111.
- Kumm, M. "The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty", *European Law Journal*, t. 11, nr 3, 2005, s. 262.
- La Torre, M. "Institutionalism old and new", *Ratio Juris*, t. 6, nr 2, 1993, s. 190—201.
- La Torre, M. "Legal pluralism as evolutionary achievement of community law", *Ratio Juris*, t. 12, nr 2, 1999, s. 182—195.
- Llewellyn, K. N., A. E. Hoebel, *The Cheyenne way; conflict and case law in primitive jurisprudence*,. Norman: University of Oklahoma Press, 1941,
- Lubman, S. B. *Bird in a cage: Legal reform in China after Mao*. Stanford University Press, 1999,
- MacCormick, N. *Questioning sovereignty: Law, state, and nation in the european commonwealth*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1999,
- Macdonald, R. A., M.-M. Kleinhans, "What is a "critical" legal pluralism?", *Canadian Journal of Law and Society*, t. 12, nr 2, 1997, s. 25—46.
- Maduro, M. P. "Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action", w: Walker, N. (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Oxford University Press, 2003,
- Maduro, M. P. "Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism", *European Journal of Legal Studies*, t. 1, nr 2, 2007,
- Malinowski, B. *Crime and custom in savage society*.. Patterson, N.J.: Littlefield, Adams, 1959,
- Merry, S. E. "Legal pluralism", *Law & Society Review*, t. 22, 1988, s. 869.
- Merry, S. E. "Law and colonialism", *Law & Society Review*, 1991, s. 889—922.
- Moore, S. F. "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, t. 7, nr 4, 1973, s. 719—746.
- Moore, S. F. "Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology: 1949-199", *Journal of the Royal Anthropological Institute*, t. 7, 2001, s. 95—116.
- Petrażycki, L. *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*. Warszawa: Oficyna Naukowa, 2002,
- Podgórecki, A. *Socjologiczna teoria prawa*. Warszawa: Interart, 1998,
- Pospisił, L. *Kapauku Papuans and their law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1958,
- Pospisił, L. "Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies", *Journal of Conflict Resolution*, t. 11, nr 2, 1967,
- Renteln, A. D. *The cultural defense*. New York: Oxford US, 2004,
- Rouland, N., P. Planel, *Legal anthropology*. 1994,
- Sousa Santos, B. de, "Law: a map of misreading. toward a postmodern conception of law", *Journal*

Tekst udostępniony na prawach rękopisu ! Ukaże się w: D. Bunikowski i, K. Dobrzeniecki (red.) Pluralizm prawny, Toruń 2009.

of Law and Society, t. 14, nr 3, 1987, s. 279—302.

Sousa Santos, B. de, *Toward a new legal common sense : law, globalization, and emancipation*. London: Butterworths, 2002,

Shah, P. *Legal pluralism in conflict: Coping with cultural diversity in law*. Cavendish Pub Ltd, 2005,

Snyder, F. "Global economic networks and global legal pluralism", *EUI Working Papers in Law*, t. 99/6, 1999,

Snyder, F. "Governing economic globalisation: global legal pluralism and European law", w: Snyder, F. (red.), *Regional and Global Regulation of International Trade*, Oxford; Portland, Or. Hart Pub. 2002, s. 1—48.

Stith, R. "Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative law", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, t. 35, nr 3, 2008, s. 401.

Tamanaha, B. "The folly of the "social scientific" concept of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, t. 20, nr 2, 1993, s. 192—217.

Tamanaha, B. "A non-essentialist version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, t. 27, nr 2, 2000, s. 296—321.

Tamanaha, B. "Understanding legal pluralism: past to present, local to global", *Sydney Law Review*, t. 30, 2008, s. 375—411.

Teubner, G. "Global bukovina: legal pluralism in the world society", w: Teubner, G. (red.), *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997, s. 3—31.

Teubner, G. "Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergencies", *Modern Law Review*, t. 61, nr 1, 1998, s. 11—34.

Twining, W. "Diffusion of law: A global perspective", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, t. 49, 2004, s. 1.

Walker, N. "The idea of constitutional pluralism", *Modern Law Review*, t. 65, nr 3, 2002, s. 317—361.

Winczorek, J. *Zagnięcie dwunastego wielbłąda. o socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*. Warszawa: Liber, 2009 - w druku.

Wong, K. C. "Black's theory of the behavior of law revisited ii: a restatement of Black's concept of law", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 26, 1998, s. 75—119.

Wong, K. C. "Black's theory of the behavior of law revisited iii: law as more or less governmental social control", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 26, 1998, s. 365—392.

Woodman, G. "Ideological combat and social observation", *J. of Legal Pluralism*, t. 42, 1998, s. 21—59.

Ziegert, K. A. "The sociology behind Eugen Ehrlich's sociology of law", *International Journal of the Sociology of Law*, t. 7, 1979, s. 225—273.