

ANDRZEJ KOJDER  
Uniwersytet Warszawski

## Sprawcze siły racjonalizacji prawa. Zarys socjologii prawa Maxa Webera

Max Weber jest powszechnie uznawany za jednego z najwybitniejszych klasyków myśli socjologicznej. Jego twórczość stanowi całą epokę w dziejach socjologii i wielu jej dyscyplin szczegółowych, a wśród nich socjologii prawa<sup>1</sup>. Nie ma żadnej przesady w twierdzeniu, że „Max Weber to magiczne nazwisko współczesnej myśli społecznej. Jego prace służą uczonym jako źródło autorytatywnej wiedzy i inspiracji i nawet surowi krytycy nie zaprzeczają wartości jego wkładu do nauki”<sup>2</sup>. Żadnemu socjologowi nie poświęcono o tyle prac co Weberowi, żaden nie był tłumaczony na tak wiele języków, żaden też nie przyciągał tak wielkiej uwagi nie tylko socjologów, lecz także ekonomistów, religioznawców, politologów, prawników i historyków<sup>3</sup>. Ponadto, jaką cieszy się twórczość Webera w większości udostępniona dopiero po jego śmierci, począwszy od 1922 r., jest tym bardziej znacząca, że lektura jego prac jest trudna, żmudna i czasochłonna, w żadnym razie nie daje się porównać z lekkością pióra Durkheima, Simmla czy nawet Spencera. Weber, podobnie jak w działach literackich Hermann Broch czy Max Frisch, to mistrz w formułowaniu długich zdań warunkowych, niezwykle ostrożnie wypowiadający swoje sądy i zarazem wykazujący predylekcję do dygamy i podejmowania wątków pobocznych. Wszystkie te cechy stylu, języka i niezwykłej erudycji Webera wydatnie utrudniają śledzenie toku jego wywodów. Częściowo jest to zapewne spowodowane przez fakt, że większość swoich prac Weber pozostawił w manuskryptach, bez autorskiego szlif i korekty, a nawet niekiedy bez zaznaczenia kolejności poszczególnych fragmentów. Niezależnie od tych wszystkich okoliczności spuścizna naukowa Webera ma – jak powszechnie się uważa – trwałą wartość w dziejach socjologii.

<sup>1</sup> Istnieją obszerne słowniki terminologii Weberowskiej oraz książkowe wydania bibliografii poświęconych mu prac. Zob. np. R. Swedberg, *The Max Weber Dictionary: Key Words and Central Concepts*, Stanford University Press, Stanford 2005; A. Sica, *Max Weber: A Comprehensive Bibliography*, Transaction Publishers, New Brunswick 2004.

<sup>2</sup> R. Bendix, *Max Weber. Portret uczonego*, Warszawa 1975, s. 1.

<sup>3</sup> W internetowej wyszukiwarce Google w odpowiedzi na zapytanie „Max Weber” otrzymujemy 1 960 000 stron; odpowiednio: „Emile Durkheim” 1 140 000, „Herbert Spencer” 724 000, „Georg Simmel” 471 000, „Robert K. Merton” 81 000, „August Comte” 34 500, „Florian Znaniecki” 24 600 itd. (dane z 1 marca 2009 r.).

Zasadniczym celem tego tekstu jest przedstawienie (opis, ekspozycja, a nawet w pewnym zakresie możliwie wierne streszczenie) głównych wątków Weberowskiej socjologii prawa, które są zawarte w jego podstawowym dziele *Gospodarka i społeczeństwo*. Nie ma przeto tutaj odniesień do niezwykle bogatej literatury światowej poświęconej socjologii prawa Webera<sup>4</sup>. Nie została też podjęta próba usytuowania Webera na tle współczesnych problemów poruszanych w literaturze socjologiczno-prawnej. Wreszcie, nie ma analizy metodologicznych założeń, które są fundamentem refleksji Webera na temat przemian prawa. Ambicje tego tekstu są więc w istocie dość skromne. Ich usprawiedliwieniem jest brak w literaturze polskojęzycznej rudymenarnego bodaj wykładu Weberowskiej socjologii prawa.

Trzeba też zwrócić uwagę, że intensywna recepcja spuścizny Webera spowodowała, że niektórzy socjologowie zaczęli się zastanawiać, czy w poświęconych jej opracowaniach mowa jest o jednym i tym samym autorze, czy też może „Weberów jest wielu”<sup>5</sup>. Wizerunek Webera i jego koncepcyj w ostatnich choćby dziesięcioleciach wydatnie się zmienił, zwłaszcza w amerykańskiej

<sup>4</sup> Wpływ twórczości Maxa Webera na socjologię prawa w różnych krajach jest przedstawiony w książce P. Lascoumes (red.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris 1995 (także 1998). Z prac w językach angielskim, francuskim, hiszpańskim i włoskim, poświęconych Weberowskiej socjologii prawa, można dla przykładu wymienić następujące: S. Andriani, *Max Weber's Sociology of Law as a Turning Point of his Methodological Approach*, „International Review of Sociology” 14, 2004, nr 2, s. 143–158; S. Ewing, *Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law*, „Law and Society Review” 21, 1987, nr 3, s. 487–511; J. Petersen, *Max Weber's Sociology of Law and Legal Methodology*, Walter de Gruyter 2008; E. Shils, M. Rheinstein, *Max Weber on Law in „Economy and Society”*, Harvard University Press, Cambridge 1954; J.R. Sutton, *Law/Society Origins, Interactions, and Change*, University of California, Santa Barbara 2001; H. Treiber, „Elective Affinities” between Weber's Sociology of Law and Sociology of Law, „Theory of Society” 14, 1985, s. 809–861; D. Trubek, *Reconstructing Max Weber's Sociology of Law*, Stanford University Press, Stanford 1985; I.M. Zeitlin, *Max Weber's Sociology of Law*, „University of Toronto Law Journal” 35, 1985, s. 183–214; J.Ph. Heurtin, N. Molfessis, *La sociologie du droit de Max Weber*, Daloz-Sirey 2006; G. Rocher, *La réception de l'oeuvre de Max Weber dans la sociologie du droit aux Etats-Unis*, „Droit et Societé” 1988, nr 9, s. 269–300; H. Treiber, *La place Max Weber dans la sociologie du droit allemande*, „Droit et Societé” 1988, nr 9, s. 211–268; J.F. Dulce, *La sociologia del derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid 1991; G. Munné, *Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico*, „Insonomia” (Argentina) 2006, nr 25, s. 69–100; R. Pérez, J. Enrique, *La sociologia del derecho en Max Weber*, Gráficos de Trejos Hermanos, Tallares (Costa Rica) 1975 (także w: Oficina Publicaciones, Jan José 1980); S. Breuer, H. Treiber (red.), *Zur Rechtssoziologie Max Weber: Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1984; M. Rehbinder, K.P. Tieck, *Max Weber als Rechtssoziologie*, Berlin 1987; R. Marra, *Max Weber: sociologia del diritto e scienza giuridica*, „Sociologia del diritto” 15, 1988, nr 3, s. 117–131; G. Rebuffa, *Nel crepuscolo Della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello stato*, Il Mulino 1991; R. Treves (ed.), *Max Weber e il diritto*, Franco Angeli Editore, Milano 1981.

<sup>5</sup> Zob. I.-P. Sahni, *The Many Max Weber*, „Journal of Classical Sociology” 3, 2003, nr 3, s. 315–334; R. Swedberg, *The Changing Picture of Max Weber's Sociology*, „Annual Review of Sociology” 29, 2003, s. 283–306.

socjologii. Początkowo, jak dowodzi Richard Swedberg<sup>6</sup>, za najdonioślejsze dokonania Webera w socjologii uważano jego studia nad wpływem etyki protestanckiej na rozwój kapitalizmu oraz nad władzą i jej prawomocnością. Potem eksponowano Weberowski postulat nauki wolnej od wartościowania i metodologię „rozumienia (*verstehen*) działań”. Był też okres, kiedy za główny wkład Webera do socjologii uznawano jego studia nad biurokracją. Współcześnie wydaje się, że twórczość autora *Gospodarki i społeczeństwa* jest przede wszystkim charakteryzowana i analizowana w ramach szczegółowych dyscyplin socjologii: socjologii polityki, socjologii religii, socjologii prawa itd., niezależnie, oczywiście, od jej niejako obowiązkowego przedstawiania w podręcznikach socjologii i historii myśli społecznej.

W wielce rozbudowanym, wielotematycznym i ciągle bardzo wpływowym systemie naukowym stworzonym przez Webera rozważania poświęcone prawu zajmują znaczące miejsce. To za ich sprawą jest on zaliczany do najznakomitszych klasyków socjologii prawa.

„Dla pojęcia »prawa«, twierdzi Weber, rozstrzygającym jest w naszym rozumieniu istnienie pewnego wymuszającego sztabu” (s. 25, podkr. autora)<sup>7</sup>. Oznacza to, że porządek społeczny, który nie jest gwarantowany przez wymuszający sztab, nie jest porządkiem prawnym. To, jakie środki przymusu są w dyspozycji sztabu prawnego, nie ma istotniejszego znaczenia. W ciągu dziejów posługiwanie się środkami przymusu wydatnie się zmieniało, a ich stosowanie nie decydowało i nie decyduje o tym czy zachowanie, które ich zastosowanie wywołało, należy do domeny prawa<sup>8</sup>. Zdaniem Webera obowiązujący „porządek prawny” może odnosić się „wyłącznie do pewnego konkretnego stanu rzeczy” (s. 27) i ta właśnie kwestia stanowi przedmiot socjologii prawa<sup>9</sup>. Zwraca zarazem uwagę na różnicę między prawniczym i socjologicznym ujęciem takich pojęć, jak „prawo”, „porządek prawny”, „zasada prawna”<sup>10</sup>. W ujęciu prawniczym chodzi o ustalenie, co obowiązuje jako prawo, jaki sens normatywny powinno się nadać wypowiedzi uznanej za normę prawną. W ujęciu

<sup>6</sup> R. Swedberg, *op. cit.*

<sup>7</sup> Numer strony podany w nawiasie odsyła do dzieła Webera *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej* (przeł. D. Lachowska, Warszawa 2002).

<sup>8</sup> Już w tym punkcie przyjęte przez Webera kryterium „prawności” różni się z typowym ujmowaniem prawa przez dawniejszych i współczesnych prawników.

<sup>9</sup> Nie jest oczywiste, czy to stwierdzenie Webera odnosi się do jego własnych rozważań, które w *Gospodarce i społeczeństwie* przedstawia, czy zostało wyrażone jako postulat ogólny dotyczący każdego sposobu uprawiania socjologii prawa.

<sup>10</sup> „Z prawniczego punktu widzenia – pisze Weber – nowoczesne prawo składa się z »zasad prawnych«, czyli abstrakcyjnych norm mówiących, że pewien stan rzeczy powinien pociągnąć za sobą określone skutki prawne. Najpowszechniejszym sposobem odróżniania zarówno »zasad prawnych«, jak i wszelkich porządków, jest ich podział na »nakazujące«, »zakazujące« i »zezwalające« zasady prawne, z których wynikają subiektywne prawa jednostek, nakazania innym pewnego czynu, zakazania go lub zezwolenia nań” (s. 503, podkr. autora).

natomiast socjologicznym poszukuje się odpowiedzi na pytanie, co uczestnicy danej wspólnoty *subiektywnie* uznają i w praktyce traktują jako obowiązujące prawo, porządek prawny i zasadę prawną. Logicznie uporządkowane zasady prawne, wraz z ich znaczeniem i stanami faktycznymi, które regulują, tworzą „porządek prawny” w sensie prawniczym. „Fakt, że pewni ludzie zachowują się w określony sposób, *ponieważ* uznają to nakazane przez zasady prawne, stanowi [...] istotny komponent realnego *empirycznego* wchodzenia w życie, a także trwania danego »porządku prawnego«” (s. 240, podkr. autora).

Zachowanie zgodne z porządkiem prawnym może być spowodowane przez rozmaite czynniki: aprobatę otoczenia czy przyzwyczajenie, nie zaś przez poczucie obowiązku prawnego. Przestrzeganie norm uznawanych za normy prawne, działania „zorientowane” na te normy to oznaki tego, że mamy do czynienia z porządkiem prawnym. „»Prawem«, pisze Weber, jest dla nas »porządek« z pewnymi szczególnymi gwarancjami szansy jego empirycznego obowiązywania” (s. 240–241). Owymi gwarancjami jest „aparat przymusu” powołany wyłącznie do zapewnienia porządku prawnego za pomocą specjalnie do tego celu stworzonych środków przymusu fizycznego i psychicznego, bezpośredniego i pośredniego itp. Porządek prawny obowiązuje wtedy, kiedy istnieje prawdopodobieństwo, że w wypadku jego naruszenia działania (interwencję) podejmie aparat przymusu. A zatem, jak proponuje Weber, „dla uproszczenia przyjmijmy, że, gdy mowa jest o »prawie«, to mamy na myśli *a priori* normy gwarantowane bezpośrednio przez przymus prawny” (s. 241). Przymus ten nie zawsze oznacza zastosowanie lub groźbę zastosowania fizycznej dolegliwości, bowiem w repertuarze środków, którymi dysponuje, znajdują się nie tylko środki karzące, ale i inne (takie jak np. odszkodowanie, zadośćuczynienie). Ponadto przymus prawny, zwłaszcza państwowy przymus prawny, by zastosowany nie tylko wtedy, gdy naruszony został obowiązujący porządek prawny, lecz również z innych powodów, aby np. zapobiec jakiemuś zjawisku (np. rozprzestrzenianiu się choroby zakaźnej) lub by stworzyć jakiś stan rzeczy (np. opuszczenie przez mieszkańców zagrożonego powodzią terenu).

„Zasada prawna” obowiązuje niezależnie od tego, z jakiego powodu jest przestrzegana, albowiem „[...] motywy podporządkowania się zasadzie prawnej mogą być najrozmaitsze. W większości – w zależności od okoliczności – mają one raczej utylitarny lub raczej etyczny, albo też subiektywnie konwencjonalny charakter (unikanie dezaprobaty otoczenia). Dominujący w danej sytuacji typ tych motywów ma olbrzymie znaczenie dla sposobu i szans obowiązywania samego prawa” (s. 242). W tym miejscu Weber czyni uwagę, która w kontekście powyższego ogólnego stwierdzenia, może budzić

<sup>11</sup> „Dziś odwołujący się do przemocy przymus prawny – zauważa Weber – jest monopolem instytucji państwa” (s. 242).

zdziwienie. Twierdzi mianowicie, że dla „formalnego socjologicznego pojęcia” prawa motyw (a więc fakty psychologiczne) podporządkowania się prawu są nieistotne, ważne jest tylko to – w wypadku prawa gwarantowanego, a więc chronionego przymusem i innymi środkami prawnymi – że „mamy faktycznie do czynienia z dostatecznie realną szansą ingerencji kręgu osób powołanych”, czyli we współczesnym słownictwie socjologiczno-prawnym – z możliwą ingerencją kontrolerów prawnych, czyli praktyków prawa (*Rechtspraktiker*), jak ich nazywa Weber. Z socjologicznego punktu widzenia fakt posiadania prawa do czegoś (np. rozporządzania dobrami ekonomicznymi) oznacza gwarantowaną faktycznie szansę, że w urzeczywistnieniu tego prawa uzyska się pomoc „aparatu przymusu” (organu prawa, praktyków prawa itp.). Możliwość zaistnienia tak rozumianej pomocy prawnej oznacza, że obowiązuje odpowiadająca jej zasada prawna<sup>12</sup>. Nie tylko wspólnota polityczna (państwo) posiada uprawnienie do stosowania przymusu fizycznego, lecz dysponują nim współcześnie, choć nie zawsze z aprobatą wspólnoty państwowej, np. władze religijne, związki zawodowe czy korporacje zawodowe. „Słowiańska *zadruga*<sup>13</sup> w Austrii – pisze Weber – nie tylko nie miała państwowych gwarancji prawnych, lecz jej porządki po części sprzeczne były z oficjalnym prawem. Jednakże skoro konstytuujące ją zgodne działanie strzegło swych porządków dzięki własnemu aparatowi przymusu, były one mimo wszystko »prawem«, które jedynie w przypadku wezwania państwowego aparatu przymusu nie było przezeń uznawane, lecz eliminowane” (s. 214). Przymus państwowy bywa częstokroć wzmacniany, jak zauważa Weber, przez przymus związków niepaństwowych (np. przez organizacje kredytodawców czy właścicieli domów), które rozciągają swe władztwo na niegwarantowane przez państwo roszczenia, sposoby rozstrzygnięcia sporów itp.<sup>14</sup>

Na oddziaływanie państwa istotny wpływ wywierają obyczaje i konwencje (zachowania ukierunkowane przez aprobatę lub dezaprobatę otoczenia). Zdaniem Webera, co notabene w świetle współczesnych doświadczeń jest tezą

<sup>12</sup> Weber pisze jednoznacznie: „odrzuca myślenie o «prawie» jedynie tam, gdzie na mocy gwarancji władzy politycznej istnieje możliwość posłużenia się przymusem prawnym. [...] Uznajemy raczej, że z »porządkiem prawnym« mamy do czynienia wszędzie tam, gdzie możliwe jest posłużenie się jakimikolwiek, fizycznymi lub psychicznymi, środkami przymusu, stosowanymi przez pewien *aparat* przymusu, czyli jedną lub wiele osób, [...] gdzie zatem istnieje swoisty rodzaj stosunków stowarzyszenia w celu stosowania »przymusu prawnego«” (s. 244, podkr. autora).

<sup>13</sup> *Zadruga* to patriarchalna wspólnota rodzinna u południowych Słowian. Tworzyła ją przeważnie ludność rolnicza, a także rzemieślnicza i pasterska. Składała się przeważnie z 20–30, a nawet 50–100 osób – synów jednego ojca wraz ze swoimi żonami i dziećmi, którzy żyli i pracowali w jednym gospodarstwie.

<sup>14</sup> „[...] stanowe związki i grupy – pisze Weber – z ich środkami przymusu [...] wymuszają [...] wywiązywanie się z niechronionych lub odrzucanych przez instytucję państwa [...] zobowiązań (długi karciane, obowiązek pojedynku)” (s. 245).

dyskusyjną, „[...] przymus prawny tam, gdzie czyni z »obyczaju« (na przykład przez powołanie się na to, co »przyjęte«) »obowiązek prawny«, nierzadko nie zwiększa wcale oddziaływania, zaś gdy zwraca się przeciwko niemu, jego próby kształtowania faktycznego działania bardzo często kończą się porażką” (s. 247). Następnie autor *Gospodarki i społeczeństwa* przedstawia ideę, która – jako żywo – przypomina koncepcję emocjonalnego zarażenia Leona Petrażyckiego<sup>15</sup>. Pyta mianowicie, jak w świecie, który jest nastawiony na to, co „regularne”, a tym samym „obowiązujące”, powstają jakiegokolwiek „nowości” (m.in. zmiany w prawie, w porządku prawnym, w zasadach prawnych itp.). Przemiany zewnętrznych warunków życia nie są – jak twierdzi – czynnikiem koniecznym i wielekroć nie są nawet czynnikiem współkształtującym. Cóż więc jest takim czynnikiem? Dość katoryczna odpowiedź jest następująca: „[...] według wszelkiej [? – przyp. A.K.] wiedzy etnologicznej najistotniejszym źródłem nowych porządków zdaje się być wpływ indywiduów [...]” (s. 248). Ich przeżycia uchodzące za „nowe” i nierzadko za „anormalne”, wpływają na innych ludzi „przewyciężając – jak widać u Webera – »bezwładność« przyzwyczajenia” (*ibid.*). Dwie takie psychologiczne formy tego wpływu są: *inspiracja*, czyli wyobrażenie, że pewne działanie jest powinnością, oraz *wczucie się*, tj. współprzeżywanie stanów psychicznych (w terminologii Webera „wewnętrzne zachowanie”) osoby wywierającej wpływ. Skutkiem takich oddziaływań jest – bardzo często – „masowe »działanie wspólnotowe«” (s. 248). Utrwała się one tym bardziej, im jest lepiej dostosowane do zewnętrznych warunków życia.

Oddziaływanie „wzucia” a zwłaszcza „inspiracji” – łączonych zwykle pod wieloznacznym mianem „sugestii” – należy do najistotniejszych źródeł umożliwiających wprowadzenie w życie faktycznych innowacji, zaś ich „przyswojenie” jako regularności wspiera znów poczucie ich „wiążącego” charakteru, które im (ewentualnie) towarzyszy. Lecz samo to „poczucie wiążącego charakteru” może bez wątpienia – o ile tylko mamy do czynienia z rudymentami takiej sensownej koncepcji – stanowić także w przypadku innowacji to, co źródłowe i pierwotne, zwłaszcza jako psychologiczny element „inspiracji” (s. 249).

Zagadnienie rozwoju racjonalizmu prawniczego i jego znaczenie dla powstania nowożytnego państwa stanowi główny problem socjologiczno-prawnych refleksji Webera. Rozwój racjonalnego prawa uznawał on za jeden z najważniejszych czynników sprzyjających kształtowaniu się cywilizacji zachodniej. Notabene, w tekstach Webera termin „racjonalność” nie jest jednoznaczny. Jak np. wykazuje Reinhard Bendix: „Termin »racjonalność« miał dla Webera przynajmniej trzy różne znaczenia. Racjonalność [...] stanowiła przejaw wolności jednostki [...]. Po drugie, racjonalność była dla Webera synonimem »jasności intelektualnej« [...]. Po trzecie [...], uważał [na przykład – przyp. A.K.]

<sup>15</sup> Zob. L. Petrażycki, *Emocjonalne zarażenia*, [w:] *idem, O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, wybór J. Licki, A. Kojder, oprac. A. Kojder, Warszawa 1985, s. 441–453.

systematyzację idei religijnych za aspekt racjonalizacji religijnej [...], uznawał redukcję poszczególnych rozstrzygnięć procesowych do systemu ustalonych zasad za aspekt racjonalności prawnej [...]"<sup>16</sup>.

Zdaniem Webera

ogólny rozwój prawa i postępowania sądowego, podzielony na teoretyczne „szczeble rozwoju”, prowadzi od charyzmatycznego objawiania prawa przez „proroków prawa” do empirycznego tworzenia i stosowania prawa przez *notabli* prawnych (kautelarne i precedensowe tworzenie prawa), dalej do narzucania prawa przez świeckie *imperium* i władze teokratyczne, a w końcu do systematycznego ustanawiania prawa i do fachowego, opierającego się na literackim i formalnologicznym wykształceniu, „wymiaru sprawiedliwości” należącego do osób o prawniczym *wykształceniu* (fachowych prawników). Formalne znamiona prawa ewoluują przy tym od kombinacji uwarunkowanego magicznie formalizmu i wnoszącej przez objawienia irracjonalności w prymitywnym postępowaniu sądowym [...] do coraz większego logicznego wysublimowania i dedukcyjnego rygoryzmu prawa oraz coraz bardziej racjonalnej techniki postępowania sądowego (s. 639).

Oczywiście nie zawsze i nie wszędzie na świecie rozwój racjonalnego prawa odbywał się w takim właśnie porządku i nie zawsze w stosowały wszystkie cztery wymienione etapy<sup>17</sup>. Opis przedstawiony przez Webera ma bowiem charakter teoretyczny (uogólniający), a nie ściśle empiryczny. Chodziło mu przede wszystkim o wyróżnienie zasadniczych etapów tworzenia prawa i wskazanie na główne siły przyczyniające się do jego racjonalizacji i rozwoju panowania legalnego.

Charyzmatyczne „objawianie prawa”, a więc *profetyzm prawny* (proroctwa prawne), było w pewnym okresie dziejów – jak dowodzi Weber – powszechnym sposobem poznawania prawa. Uważano powszechnie, że prawo można poznać tylko przez objawienie, przy pomocy wyroczeni i uroczystych formuł albo sądu bożego. Takie prawnodawstwo – „wykrywane” przez duchownych i innych proroków prawnych – było bardzo rozpowszechnione w starożytnym Egipcie, Babilonii, Grecji, Galii, w krajach północnoeuropejskich i afrykańskich.

Decyzje prawne podejmowali charyzmatyczni „prorocy” prawni, którzy byli specjalistami od „właściwego” zadawania pytań bóstwu. Proroctwa prawne musiały być przekazywane według skomplikowanego rytuału, którego magiczna moc była – jak wierzano – najskuteczniejsza. Prorocy prawa posługiwali się magicznymi środkami objawiania prawa, ale nie dysponowali siłą przymusu (mogli się nią posługiwać, w późniejszym czasie, urzędnicy polityczni). W epoce objawiania prawa

<sup>16</sup> R. Bendix, *op. cit.*, s. 250, przyp. 33.

<sup>17</sup> To jest od charyzmatycznego objawiania prawa przez proroków prawa, poprzez tworzenie i wykrywanie prawa przez *notabli* prawnych oraz narzucanie prawa przez władze duchowne i świeckie do ustanowienia prawa przez państwo i rozwijanie go stosowanie przez uczonych prawników mających odpowiednie przygotowanie zawodowe.

każda podjęta decyzja ujmowana jest z natury, bez względu na to, jak do niej doszło, jako emanacja, a więc albo jako wyraz, albo element, jedynie, a zatem zawsze, słusznej tradycji, i staje się przez to schematem co najmniej pretendującym do trwałego obowiązywania. [...] Bowiem ich „prawomocne” istnienie opiera się, z jednej strony, na absolutnej świętości określonych przyzwyczajęń jako takich, od których odchylenie może sprowadzić złe czary lub wywołać niepokój duchów czy gniew bogów. Uznawane są one za „tradycję” i przez to przynajmniej teoretycznie za niezmiennie. Muszą być rozpoznane i właściwie, zgodnie z przyzwyczajeniami, interpretowane, ale nie można ich stworzyć. Ich interpretacja należy do tych, którzy znają je najdłużej, a zatem fizycznie „najstarszych ludzi” lub do starszyny rodowej, albo – i szczególnie często – do czarowników i kapłanów, bo wyłącznie oni, na mocy swej fachowej wiedzy o magicznych siłach, znają, i muszą znać, określone reguły: reguły sztuki obcowania z nadprzyrodzonymi mocami (s. 564 i 565).

Zdaniem Webera to właśnie od starożytnych rytuałów „objawiania prawa” rozpoczął się długi proces *formalizacji procedury prawnej* oraz oddzielanie sądownictwa od instytucji przymusu<sup>18</sup>.

Drugi etap rozwoju prawa to jego *wykrywanie przez notabli prawnych*. Charyzmatyczni prorocy prawa najpierw byli autorytetami: mędrcami, czarownikami, starszyna lub kapłanami, którym przypisywano szczególne umiejętności (moce) magiczne. Później byli to „notable prawni” i funkcjonariusze pochodzący z wyboru lub nominacji (najczęściej rzymskiej), którym przypisywano „charyzmę mądrości prawnej”. Zawsze najwywodzili się z wybitnych rodów, a ich urząd stawał się dziedziczny.

Tymi biegłymi w prawie – pisze Weber – byli jednak pierwotnie zawsze magicznie kwalifikowane osoby, do których zwracano się z racji ich charyzmatycznego autorytetu jedynie w konkretnym przypadku – podobnie jak kapłani [...], albo za sprawą wyboru uznani za autorytety notable prawni [...]. Charyzmatyczny rzecznik prawa stał się później uprawnionym przez okoliczne wybory, a w końcu również przez faktyczne mianowanie, urzędnikiem [...]. Leż za tym leżała zasada, że to nie zwierzchność jako taka, ale wyłącznie osoba kwalifikowana przez swoją charyzmę mogła wskazywać prawo. [...] Zawsze należał on [...] do wyróżniającej się rodziny i z natury rzeczy szczególnie urząd ławnika bardzo często związany był z rodem, wedle zasady charyzmy rodowej (s. 572).

Z czasem notable – powoływani do wykrywania prawa – przeobrazili się w stałych urzędników, którzy raz w roku mieli obowiązek zgromadzonej społeczności przedstawiać zasady, wedle których będą „wykrywać” i „głosić” prawo. Nie mogli oni jednak tworzyć nowych praw, albowiem tradycję uważano za niezmienną, a prawo za obowiązujące na mocy uświęconego zwyczaju. Werdykty prawne wydawane przez „charyzmatycznie kwalifikowanego mędrca», znającego tradycję starca, członka starszyny rodowej, rzecznika prawa

<sup>18</sup> „[...] kwestia – pisze Weber – jakie pytanie właściwie należy zadać magicznym instancjom, stanowi pierwszy krok prowadzący do tworzenia technicznych »pojęć prawnych«. [...] Od charyzmatycznego objawiania nowych nakazów przez *imperium* droga rozwoju prowadzi w sposób najbardziej bezpośredni do tworzenia prawa dzięki »ustanowieniu«, wynikającemu z porozumienia lub narzucenia” (s. 569 – podkr. A.K.).



czy kogoś podobnego nie były uzasadniane, co najwyżej ogłaszano, że zawsze tak postępowano, że jest wolą bożą, by to a to uczynić etc.

Trzecim etapem w rozwoju prawa było jego *narzucanie przez władze świeckie i teokratyczne*. Dokonywało się to dzięki sekularyzacji myślenia o tym, jakie nakazy i zakazy powinny ludzi obowiązywać. Głowa rodu, czarownik czy notable ogłaszali nową regułę prawną lub dokonywali nowej interpretacji świętej tradycji i w ten sposób „ustanawiali” prawo.

W epoce panowania książąt patrymonialnych racjonalność prawa miała charakter materialny. Celem regulacji prawnej nie były precyzyjne formalno-prawnicze rozwiązania, lecz dostosowanie ich do praktyczno-uitylitarnych potrzeb. Elementy sakralne i rytualne były wymieszane ze świeckim prawem. „powstawała powikłana mieszanina etycznych i prawnych obowiązków, moralnych napomnień i nakazów prawnych, wyzbyta formalnej ostrości, a więc swoiście *nieformalne* prawo” (s. 594, podkr. autora). Ponadto „dawne prawo ujmuje »dowód« nie jako »obowiązek«, lecz przynajmniej w dużej mierze jako nadane stronie prawo do niego. [...] Nie inaczej się zachowują w całym traktowaniu działalności procesowej. Na mocy »załody rozprawy« sędzia czeka na wnioski stron. To, czego strony nie wnioskiują lub nie przedkładają, nie istnieje dla niego; podobnie i to, co nie zostało ustalone przy pomocy ogólnie uregulowanych, irracjonalnych czy racjonalnych, środków dowodowych” (s. 595)<sup>19</sup>.

Czynnikami, które sprzyjały sekularyzacji prawa, były długotrwałe wojny oraz zaburzenia społeczne. Aby uporać się z ich skutkami, konieczne było narzucenie odmiennego prawa od tego, które wcześniej obowiązywało. Zwłaszcza wojny stanowiły wyzwanie dla tradycji, zmniejszały znaczenie proroków prawnych, „sędziów” i kapłanów, zwiększały natomiast kompetencje wodzów-zdobywców. Wojny rodziły także nowe problemy polityczne, społeczne i prawne: podziału podbitych ziem, jeńców i łupów, utrzymania dyscypliny, porządku publicznego i bezpieczeństwa. „Wódz wojenny i wojsko – dowodzi Weber – rozporządzają jeńcami, łupami, a przede wszystkim podbitymi ziemiami, co prowadzi do tworzenia zarówno nowych praw jednostek, jak i czasem obowiązujących reguł. A z drugiej strony wódz wojenny, w interesie bezpieczeństwa wszystkich, musi dysponować także o wiele większymi pełnomocnictwami odnoszącymi się do łamania dyscypliny i wywoływania wewnętrznych niepokojów niż jakiś »sędzia« czasów pokoju” (s. 574). W tych nowych warunkach konieczne było weryfikowanie starych przepisów i tworzenie nowego prawa. Na skutek dokonujących się zmian prestiż tradycji i magii ulegał osłabieniu.

<sup>19</sup> Problematykę materialnej racjonalizacji prawa Weber przedstawia szczegółowo na przykładzie prawa sakralnego, indyjskiego, chińskiego, islamskiego, perskiego, żydowskiego i kanonicznego (zob. s. 598–611).

Tworzenie i stosowanie prawa, pod wpływem zniewalającej potrzeby zabezpieczenia przed zewnętrznymi i wewnętrznymi wrogami, przybierają wtedy zwykle bardziej racjonalną postać. [...] Jeśli związek polityczny powstały w rezultacie wojny i gotowości wojennej zachowuje trwale militarny charakter, to także związek militarny jako taki zachowuje decydujący wpływ na łagodzenie sporów jego członków i przez to również na dalszy rozwój prawa. Zmniejsza się zwykle wtedy prestiż wieku, a w pewnym zakresie też prestiż magii (s. 574–575).

Zaczął się tym samym kształtować czwarty etap w rozwoju prawa, tj. *stanowienie prawa* przez organy władzy państwowej oraz rozwijanie i stosowanie prawa przez uczonych prawników. Podstawą prawa stanowionego było to – jak dowodzi Weber – że wódz-zdobycyca nie chciał albo nie mógł (z różnych powodów) sprawować władzy bez aprobaty armii i dążył dla uzyskania dla swych decyzji publicznej aklamacji. To, co proponował, nabywało mocy obowiązującej w inny sposób niż w procedurach objawiania i wykrywania prawa:

formalnie rozwinięte w jakiejś mierze „prawo”, jako kompleks świadomych maksym rozstrzygnięcia, nie pojawiło się nigdy i nigdzie bez zdecydowanego współdziałania wyszkolonych, biegłych w prawie osób. [...] Razem z urzędowymi nosicielami wymiaru sprawiedliwości, „notable prawni”: rzecznicy praw, rachimburgowie, lawicy, ewentualnie kapłani, tworzą zajmującą się stosowaniem prawa warstwę „praktyków prawa” [...] Rosnąca potrzeba prawniczej wiedzy fachowej stworzyła zawodowego adwokata. Te zwiększające się wymagania dotyczące doświadczenia i wiedzy fachowej praktyków prawa, a przez to i bodźce racjonalizacji prawa jako takiego, wynikają jednak niemal zawsze ze wzrostu znaczenia obrotu dobrami i tych interesantów prawa, którzy biorą w nim udział. Bo rodzi on stale coraz to nowe problemy, których rozwiązanie wymaga niechrylności fachowego, czyli racjonalnego wyszkolenia” (s. 577–578).

Ustanawianie praw przez publiczną aklamację, a więc zgodę zgromadzenia ludowego, które składało się z armii obywatelskiej, było początkiem feudalizmu. Oznaczało również początek decentralizacji władzy. Według dawnego prawa niemieckiego posiadacze ziemi, mający prawo noszenia broni, mieli obowiązek brania udziału w rozprawie i publicznie wyrażali zgodę na wyrok proroka prawnego. Do najwcześniejszych przykładów prawa stanowionego Weber zalicza: 1) ustawy królewskie w państwie merowińsko-karolińskim (tak zwane kapitularze) zmieniające prawo zwyczajowe; 2) procesy inkwizycyjne Kościoła katolickiego, w których sędzia obowiązany był ustalać fakty; 3) wprowadzenie sądu przysięgłych w Anglii w drugiej połowie XII wieku.

Wszystkie te procesy powodowały stopniowe ograniczanie i eliminowanie wpływu niezależnych proroków i wyroczni prawnych. Wydając zarządzenia prawne o powszechnym zasięgu, władze świeckie i teokratyczne przyczyniały się do racjonalizacji prawa. Najpierw była to *racjonalizacja materialna*. Kwestie prawne były traktowane z punktu widzenia korzyści politycznych (militarnych) i/albo sprawiedliwości materialnej – z pominięciem ograniczeń proceduralnych i wnioskowań logicznych. Racjonalność ta zaczęła z czasem przekształcać się w *racjonalność formalną*. System prawa jest formalny, jeżeli uwzględnia się w nim tylko te cechy stanu faktycznego, które można

jednoznacznie podporządkować wyraźnie sformułowanym przepisom prawa materialnego i regułom prawa procesowego. Cechą formalizmu prawnego jest posługiwanie się przez dłuższy czas pojęciami prawnymi o ścisłej treści, które określają ogólne reguły postępowania. Formalizm prawny oznacza między innymi, że proces sądowy jest pokojową rozgrywką odbywającą się według ustalonych „reguł gry”. Sprawę wszczynają zainteresowane strony, które są obowiązane do przestrzegania procedury wypracowanej przez specjalistów prawników. Jeśli jakieś fakty nie zostaną ujawnione w trakcie postępowania sądowego, to z punktu widzenia sędziego one nie istnieją. Sędzia nie dąży do ustalenia prawdy absolutnej, lecz prawdy względnej, to jest takiej, którą w danych okolicznościach można uzyskać.

Formalna racjonalność procedury prawnej zyskiwała na znaczeniu, jak dowodził Weber, w historii kultury zachodniej i przyczyniła się do stworzenia systemu panowania legalnego. Wiodącą rolę w tym postępującym procesie formalizacji prawa odgrywały Kościół i państwo, a ściślej: interesy władzy teokratycznej i władzy świeckiej.

Już w republice rzymskiej, kiedy pełne panowanie zdobyła świecka arystokracja, od prawa świeckiego zostały w znacznej mierze oddzielone przepisy religijne i rytuały. Nieco później sekularyzacja prawa ułatwiał wczesny Kościół chrześcijański, który odrzucał angażowanie się w sprawy prawa i państwa. Własne zaś prawo kanoniczne kościoła było nasycone dużą dozą racjonalności formalnej. Prawo to „przybrało przede wszystkim w znacznych jego częściach zdecydowanie bardziej racjonalną i w większej mierze formalną prawniczą postać niż inne święte prawa” (s. 608). Zdaniem Webera tworzenie przez Kościół zachodni prawa przez racjonalne ustanowienia spowodowały takie okoliczności, jak: 1) dążenie Kościoła do oparcia stosunków z władzami świeckimi na stoickich ideałach sprawiedliwości; 2) wykorzystanie w prawie kanonicznym wzorów prawa rzymskiego i rozumowań logicznych starożytnych filozofów; 3) stworzenie systemu praw pokutnych; oddzielenie nauki prawa kościelnego od nauki teologii i prawa świeckiego; 4) wydawanie orzeczeń przez prawników kościelnych na podstawie oficjalnych dekretów i uchwał soborów; 5) kształtowanie się hierarchicznej organizacji Kościoła potrzebującej formalizmu prawnego.

W średniowieczu – jak pisze Weber – zachodnie kształcenie uniwersyteckie oddzieliło później nauczanie teologii, z jednej strony, i świeckiego prawa, z drugiej, od nauki prawa kanonicznego i zahamowało przez to powstanie teokratycznych tworów mieszanych, które pojawiły się wszędzie indziej. Ścisłe logiczna i fachowa prawnicza metodyka, wykształcona zarówno na antycznej filozofii, jak i na antycznej jursprudencji, musiała oddziaływać również w dużej mierze na sposób ujmowania prawa kanonicznego. [...] I jeśli nawet prawo kanoniczne w licznych przypadkach szczególnych nie mogło się mimo wszystko zaprzeczyć swoistych znamion teokratycznego tworzenia prawa [...], to jednak z wszystkich świętych praw ono właśnie kierowało się w największej mierze ściśle formalną prawniczą techniką (s. 608–609).

Ponadto Kościół sprzyjał pogładowi, że sądenie polega na stosowaniu praw stanowionych, a tym samym popierał prawodawstwo, kwestionując tym samym koncepcję „wykrywania” prawa. To dzięki kanonicznemu prawu prawo świeckie zaadaptowało ideę uznawania nieoficjalnych umów, swobodę rozporządzania spadkiem (aby ułatwić donacje religijne) i prawa korporacji. Wraz z powstaniem około 1215 roku Sanctum Officium została rozbudowana procedura ustalania stanu faktycznego i wprowadzone zostało postępowanie dowodowe. Z czasem na Zachodzie „[...] »proces inkwizycyjny« przejął po-tem świecki wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych” (s. 610).

W sumie więc – konkluduje Weber – Kościół zachodni przyczynił się do odrzucenia praktyk „objawiania” prawa oraz starszych form wymiaru sprawiedliwości. Oddzielenie prawa kościelnego od jurysdykcji świeckiej torowało drogę formalizmowi prawnemu, między innymi dlatego, że władze świeckie – król i zgromadzenia stanowe – mogły narzucać swe prawa władzy duchownej. Równocześnie następowało rozszerzanie prawno-kanonicznej i prawno-cywilnej władzy panującego, który nie tylko strzegł poddanych przed nieprzyjacielem, lecz także zapewniał pokój wewnętrzny. Jurysdykcja sądów ludowych i panów feudalnych została podporządkowana sądom królewskim (wyrazem tego było znoszenie sądów bożych, co na przykład we Francji nastąpiło w XIII wieku). Krokiem zasadniczym w odchodzeniu od prawa objawionego i dawnych magiczno-irracjonalnych środków dowodowych było wprowadzenie przez króla angielskiego Henryka II (1154–1189) zasady mówiącej, że skargi odnoszące się do posiadania ziemi powinny być rozstrzygane pod przysięgą dwunastu sąsiadów (zob. s. 567). Sąd przysięgłych wyłonił się wtedy, gdy strony dobrowolnie, a wkrótce pod przymusem, godziły się – we wszystkich typach sporów – podporządkować werdyktowi dwunastu sędziów przysięgłych, a nie stwierdzać winy i braku za pomocą starych, irracjonalnych sposobów przeprowadzania dowodu. Ale – jak zastrzega się Weber – sąd przysięgłych w średniowieczu przypominał pod wieloma względami wyrocznie, nie odwoływał się bowiem do żadnej *racjonalnej* argumentacji w uzasadnianiu swych werdyktów.

Władcy patrymonialni (rodowi, dziedziczni), stabilizując pod swoimi rządami centralnie kontrolowany aparat administracyjny i ograniczając arbitralność decyzji, wydatnie przyczynili się do stabilizacji i systematyzacji prawa i jego proceduralnej racjonalności. Powstające finansowe i polityczne grupy interesów domagały się, jak pisze Weber,

jednoznacznego, jasnego prawa, nie ulegającego zarówno irracjonalnej, arbitralnej woli administracji, jak i irracjonalnym ingerencjom konkretnych przywilejów, przede wszystkim jednak gwarantującego niezawodnie prawnie wiążącą moc kontraktów, i w konsekwencji wszystkich tych zmian funkcjonującego w sposób *poddający się kalkulacji*. Sojusz interesów książęcych i interesów warstw mieszczańskich należał dlatego do najistotniejszych sprawczych sił formalnej racjonalizacji prawa (s. 618, wyróżnienie autora).

*Prawodawstwo notabli prawnych* zaczęło się kształtować wtedy, kiedy wiara w magię stawała się coraz słabsza i coraz rzadsze było praktykowanie „objawiania” prawa. Podstawą rozwiązywania sporów między ludźmi nie było już wzajemne porozumienie stron, bez uprzedniego wyraźnego określenia warunków tego porozumienia i bez odwoływania się do władzy zwierzchniej (zewnętrznego autorytetu), lecz decyzje podejmowane przez sędziów świeckich. Prawo, które tworzyli sędziowie i inni notable, mogło być przedmiotem dyskusji. Strony miały interes w tym, aby umowa między nimi była uznawana – z prawnego punktu widzenia – za ważną. Decyzje sędziów w indywidualnych sprawach wywoływały skutki wykraczające poza ramy tych spraw. Kolejne pokolenia sędziów poszukiwały względnie trwałych, ogólnych podstaw, na których można by oprzeć wyroki bez posądzenia o stronniczość. Z czasem ustanawiane przez sędziów normy utrwały się, stawały się częścią obowiązującego prawa. Podsumowując, notable prawni odegrali istotną rolę w tworzeniu prawa i jego racjonalizacji. Mogło do tego dojść dopiero wtedy, kiedy zawód prawniczy uniezależnił się od magii i świętej tradycji.

Zajmując się wpływem notabli prawnych na prawodawstwo, Weber podjął także badania nad historią nauczania prawa, które doprowadziło do jego profesjonalizacji. Zdaniem Webera specjalizacja prawna zaczęła się rozwijać już w średniowiecznej Francji. Rozprawy odbywały się tam przed zgromadzeniem ludowym, sędzia na żądanie wyznaczał adwokata, który występował w imieniu strony oraz uczestniczył w wyroczaniu wyroku. Jeszcze nie istniało wtedy wyraźne rozróżnienie między sędzią a adwokatem, nie była też znana instytucja pełnomocnika, który zbierał dowody i przygotowywał sprawę.

W krajach Europy kontynentalnej nauczaniem prawa zajmowały się specjalne szkoły, natomiast w Anglii – głównie praktycy. Angielscy adwokaci (*barristers*), którzy przedstawiali sprawę przed sądem, należeli do gildii (stowarzyszeń, zrzeszeń, „cechów”). Byli z nich wybierani wszyscy sędziowie. Kandydaci na adwokatów musieli odbyć czteroletni staż. Praktyczną wiedzę o prawie można było zdobyć tylko przez gildię. Sprawy zaś prowadzono na podstawie precedensów i opartych na nich analogiach.

Na kontynencie europejskim gildie prawników nie zyskały znaczenia. Status prawników określały rozporządzenia państwowe. Bardzo ograniczały one autonomię zawodową. Ponadto do praktyki prawniczej byli dopuszczani tylko absolwenci szkół prawniczych. Z czasem edukację prawniczą zmonopolizowały uniwersytety. Zdaniem Webera to dzięki nim w średniowiecznej Europie odrodziło się prawo rzymskie i na wiele wieków zdominowało myśl prawniczą<sup>20</sup>. Stopniowo odrywało się ono od kontekstu historycznego, w któ-

<sup>20</sup> „[...] literackie produkty rzymskich praktykujących prawników [...] nie miały charakteru racjonalnego systemu prawnego, jaki wykształca akademickie nauczanie, lecz stanowiły najczęściej względnie racjonalnie uporządkowane zbiory poszczególnych orzeczeń” (s. 589).

rym funkcjonowało, było przekształcane w zbiór ogólnych zasad, a następnie systematyzowane. Najwyższy stopień metodyczno-logicznej racjonalności prawa wyrażają – zdaniem Webera – następujące postulaty:

1) że każda konkretna norma prawna jest „zastosowaniem” pewnej abstrakcyjnej zasady prawnej do konkretnego „stanu faktycznego”; 2) że z obowiązujących abstrakcyjnych zasad prawnych z pomocą logiki prawnej można wywieść rozstrzygnięcie każdego konkretnego stanu faktycznego; 3) że zatem obowiązujące obiektywne prawo musi być „pozbawionym luk” systemem zasad prawnych lub potencjalnie zawierać go w sobie, albo też przynajmniej musi być tak traktowane w sferze stosowania prawa; 4) że to, czego nie można w racjonalny sposób „skonstruować” prawnie, nie jest też prawnie istotne; 5) że wspólnotowe działanie ludzi interpretować trzeba zawsze jako „zastosowanie” lub „urzeczywistnienie” zasad prawnych albo, przeciwnie, jako «naruszenie» zasad prawnych [...] (s. 502).

Odrodzenie prawa rzymskiego, to jest upowszechnienie się pojmowania prawa jako logicznie niesprzecznego systemu norm ogólnych, nie dopuszczających wyjątków, dokonało się w dużej mierze – jak twierdzi Weber, dzięki stanowej grupie zawodowych notabli prawnych. „Reakcja prawa rzymskiego stworzyła – i na tym opierała się w socjologicznym wymiarze jej władza – warstwę notabli prawnych nowego typu: uczonych w prawie, w rezultacie *literackich* prawniczych studiów obdarzonych przez uniwersytety dyplomami doktorów. Znaczenie tego zjawiska dla formowania znamion prawa było bardzo duże. [...] pod wpływem nawet i powierzchnowego, filozoficznego wykształcenia antycznych prawników i lewicowników zwiększyło się znaczenie czysto logicznego elementu myślenia prawnego” (s. 623). Oznacza to, że w kontynentalnych krajach Europy Zachodniej czynnikiem decydującym dla kształtowania się *racjonalnego* prawa nie był rozwój kapitalizmu, lecz upowszechnianie się w średniowiecznych uniwersytetach studiów prawa rzymskiego.

Wytworem procesów racjonalizacji prawa – postępującej stabilności i przewidywalności wyniku procedury prawnej – był system panowania legalnego. Jak wiadomo, Weber wyróżniał trzy „czyste” typy prawomocnego panowania: tradycyjne, charyzmatyczne i legalne.

Podstawą *panowania tradycyjnego* jest wiara w prawomocność władzy, która „istniała od zawsze”. W systemie panowania tradycyjnego władza osobista jest dziedziczona. Rozkazy władcy są prawomocne, bo pozostają w zgodzie ze zwyczajami i historycznymi precedensami. W stosunku do władcy (czy przywódcy) podwładni są poddanymi lub zwolennikami, darzącymi swego pana sakralną cziągą. Aparatem władzy jest w tym systemie osobista świta panującego (dworzanie, krewni, faworyci), albo – jak w feudalizmie – osobisci sojusznicy władcy (wasale, lennicy itp.). „W czystym typie tradycyjnego panowania – pisze Weber – nie jest możliwe rozmyślnie »stworzenie« nowego prawa czy zasad administrowania w drodze ustanowienia. Rzeczywiście nowe ustanowienia mogą zostać potraktowane jako prawomocne jedynie jako obowiązujące od zawsze i tylko *potwierdzone* przez »pouczenie o prawach«. Jako

punkty orientacyjne stosowania prawa wchodzą tu w grę wyłącznie dokumenty tradycji: »precedensy i prejudykаты« (s. 169, wyróżnienie autora).

Z kolei *panowanie charyzmatyczne* polega na tym, że władzę rozkazodawczą sprawuje przywódca – bohater, prorok, święty – który posiada charyzmę (szczególne właściwości niedane zwykłemu śmiertelnikowi) przejawiającą się w jego mocy magicznej, bohaterstwie czy innych nadzwyczajnych umiejętnościach<sup>21</sup>. Poddanymi charyzmatyka są jego wyznawcy lub uczniowie, którzy uwierzyli w jego nadzwyczajne, nadludzkie cechy. Charyzmatyczny przywódca wybiera swoich urzędników ze względu na ich osobiste oddanie. Panowanie charyzmatyczne jest w tym sensie irracjonalne, że „[...] obce są mu wszelkie reguły” (s. 183). Ponadto „[...] ma swoiście *niepowszedni* charakter i stanowi ściśle osobisty stosunek społeczny, związany z potwierdzonym dowodami uznawaniem pewnych cech osobistych za charyzmatyczne” (s. 185). Panowanie charyzmatyczne trwa dopóty, dopóki jest uznawana osobista charyzma władcy, wodza czy bohatera wojennego i wiara w jego nadprzyrodzoną skuteczność. „Spowszednienie charyzmatu jest pod istotnym względem tożsame z dostosowaniem do warunków gospodarki, stanowiącej stale oddziałującą władzę powszechności. [...] Osiąga się to w największej mierze do przekształcenia charyzmy w działość publiczną czy urzędową, jako środka *uprawomocnienia* istniejących lub nabytych praw rozporządzania” (s. 191 – wyróżnienie A.K.).

Trzecim typem panowania jest *panowanie nielegalne*. Występuje ono wtedy, gdy wszystkich członków społeczności obowiązuje określony system praw, które są stosowane zgodnie z ustalonymi zasadami. Ci, którzy sprawują władzę, są typowymi przełożonymi, wybieranymi lub mianowanymi, zgodnie z ustaloną procedurą prawną. „W świetle prawa poddani są takimi samymi obywatelami jak ich zwierzchnicy, organ władzy państwa ma charakter ciągły, ważność czynnościom urzędowym nadaje im pisemna forma. Jak dowodzi Weber,

nowoczesne państwo jest związkiem panowania o charakterze instytucji, któremu w ramach pewnego terytorium udało się skutecznie zmonopolizować prawomocne posługiwanie się fizyczną przemocą jako środkiem panowania i który w tym celu zjednoczył w rękach swych kierowników rzeczowe środki działalności, wywłaszczył wszystkich stanowych funkcjonariuszy, uprawnionych wcześniej na mocy samoistnego prawa do rozporządzania nimi, i sam, w postaci swego najwyższego gremium, zajął ich miejsce. [...] Nowoczesne państwo, z punktu widzenia nauk społecznych, jest „przedsiębiorstwem” tak samo jak fabryka, i to właśnie stanowi jego historyczną swoistość” (s. 1026 i 1027).

<sup>21</sup> „Charyzmą nazywamy – pisze Weber – uznawaną za niepowszednią (pierwotnie, zarówno w przypadku proroków, jak i mędrców biegłych w terapii czy prawie, albo wodzów polowań lub bohaterów wojennych, uchodzącą za magiczną) cechę jakiejś osoby, z racji której uważana jest ona za obdarzoną nadprzyrodzonymi, nadludzkimi lub przynajmniej rzeczywiście niezwykłymi, nie każdemu dostępnymi siłami czy właściwościami, albo przez osobę posłaną przez Boga, za wzorzec i dlatego za »przywódcę« (s. 181 – wyróżnienie A.K.).

Cechy panowania legalnego staną się wyrazistsze, jeśli porównamy je z panowaniem patrymonialnym, które łączy w sobie cechy panowania tradycyjnego i charyzmatycznego.

Cechy	Panowanie patrymonialne	Panowanie legalne
Sposób prowadzenia działalności administracyjnej	Czynności urzędowe zależą od arbitralnej decyzji panującego i mają charakter okresowy	Przepisy prawne określają zakres czynności urzędowych i są to czynności stałe
Zakres władzy i kompetencje urzędowe:	Decyzje panującego są arbitralne, ogranicza je tradycja i/lub zwyczaj, ale ograniczenia te nie są spisane	Uprawnienia i obowiązki urzędowe są rozgraniczone, obowiązuje zasada kompetencji
Nadzór nad działalnością urzędową	W gestii panującego pozostaje delegowanie władz, powoływanie zaś „urzędników” odbywa się według kryteriów osobistych – zaufania i lojalności	Obowiązuje zasada hierarchii urzędowej: urzędnicy niższych szczebli są odpowiedzialni przed urzędnikami wyższej instancji
Relacje między urzędem a osobą urzędnika	Urzędnicy są częścią gospodarstwa domowego panującego i jego majątku prywatnego	Urząd jest oddzielony od osoby urzędnika, który za swoje czynności otrzymuje ustalone wynagrodzenie
Charakter stanowisk urzędowych	Urzędnicy są osobistymi sługami panującego	Urzędnicy nie są właścicielami środków administracyjnych (stanowisk urzędowych)
Profesjonalizacja działalności urzędowej	Czynności urzędowe są wykonywane jako zajęcie dodatkowe, na zasadzie osobistych kontaktów z panującym i porozumienia słownego	Prowadzenie działalności urzędowej wymaga nabycia odpowiednich kwalifikacji i uzyskania specjalizacji, a ponadto odbywa się przez prowadzenie dokumentacji

W konkretnych warunkach historycznych wyróżnione i scharakteryzowane przez Webera trzy „czyste typy” panowania występują zawsze w jakichś połączeniach, skomplikowanych odmianach, stadiach przejściowych i kombinacjach (zob. s. 1024). Każdy typ panowania opiera się jednakże na wierze w jego prawomocność. Tak na przykład władza charyzmatyczna istnieje tak długo, jak długo boskość czy też niezwykłość jest uznawana za „autentyczną”. Podobnie jest w wypadku panowania legalnego. Jego podstawą jest społeczne przekonanie, że tylko takie prawo jest prawomocne, które zostało ustalone według przyjętej procedury, że prawo należy uznawać i postępować zgodnie z tym, co ono nakazuje i zakazuje.

Panowanie legalne najpełniej rozwinęło się w państwie nowoczesnym (nowożytnym) i „[...] istnieje [ono] tam, gdzie społeczność polityczna ma nastę-



pujące cechy: 1) porządek administracyjny i polityczny, który podlega zmianie w drodze ustawodawstwa; 2) aparat administracyjny działający zgodnie z ustanowionymi przepisami prawnymi; 3) przymusowa władza zwierzchnia nad wszystkimi osobami – które zyskują obywatelstwo dzięki swemu urodzeniu – nad większością działań mających miejsce w obszarze objętym jego jurysdykcją; 4) prawo do użycia siły na tym obszarze, jeżeli przymus jest albo dozwolony lub też zalecony przez legalnie ustanowiony rząd, tj. pozostaje w zgodzie z prawem stanowionym”<sup>22</sup>.

Podsumowując, nowoczesne państwo charakteryzuje się sformalizowanym porządkiem prawnym, któremu podlega centralna władza, przymusową jurysdykcją na danym terytorium, monopolizacją prawomocnego użycia siły i biurokracją.

Jeszcze jeden wątek w socjologiczno-prawnych rozważaniach autora *Gospodarki i społeczeństwa* zasługuje na zasygnalizowanie, dlatego zwłaszcza, że Weber jest uznawany za prekursora i głównego przedstawiciela kierunku, który od niedawna zyskał miano „ekonomicznej socjologii prawa”<sup>23</sup>. Istotnie, relacjom między prawem a gospodarką Weber poświęcił wiele uwagi. Podkreśla, że prawo jest gwarantem ekonomicznych interesów, lecz nie wyłącznie ich, chroni bowiem także status i hierarchię społeczną, bezpieczeństwo, a także „czysto idealne dobra” (jak np. honor). Jednakże „[...] interesy ekonomiczne [...] należą do najpotężniejszych czynników wpływających na tworzenie prawa [...]” (s. 258). Przymus prawny ma wszelako ograniczony wpływ na podejmowanie lub niepodejmowanie przez ludzi konkretnej działalności gospodarczej i częstokroć w tej dziedzinie zawodzą nawet najbardziej drastyczne środki przymusu. „Skłonność do poświęcania szans ekonomicznych, by tylko działać legalnie, jest natury nieludzkiej, gdy jakaś naprawdę żywotna konwencja nie dezaprobuje za wyjątkiem obchodzenia formalnego prawa, a sytuacja taka nie pojawia się raczej tam, gdzie jakaś ustawodawcza innowacja godzi w interesy rzeczywiście wielu osób. Obchodzenie jakiejś ustawy zwłaszcza w domenie ekonomicznej często można łatwo zataić” (s. 259).

Radykalna zmiana stosunków gospodarczych nie zawsze musi powodować zmianę porządku prawnego. Podobnie, zróżnicowanie porządku prawnego nie musi wpływać w znaczący sposób na stosunki gospodarcze. Stwierdzenia

<sup>22</sup> R. Bendix, *op. cit.*, s. 372.

<sup>23</sup> R. Swedberg, *The Case for an Economic Sociology of Law*, „Theory and Society” 32, 2003, nr 1, s. 1–37; *idem*, *Max Weber’s Contribution to the Economic Sociology of Law*, „Annual Review of Law and Social Science” 2, 2006, s. 61–81; *idem*, *Die Neue Wirtschaftssoziologie und das Erbe Max Weber*, [w:] A. Maurer (ed.), *Handbuch der Wirtschaftssoziologie*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, s. 45–61; S. Frerichs, *Constitutionalizing Markets without Borders. Explorations in the Economic Sociology of Law*. Referat przedstawiony w trakcie 34. Kongresu Niemieckiego Towarzystwa Socjologicznego w Jenie, w październiku 2008 r. (zob. <http://wirtssoz-dgs.mpifg.de/dokumente/frerichs.pdf> z 8 marca 2009 r.).

te prowadzą Webera do wniosku, że nie można ustalić w sposób generalizujący wpływu prawa na gospodarkę, lecz jedynie w odniesieniu do konkretnych sytuacji. Na przykład, im bardziej przejrzysty jest rynek, tym większe prawdopodobieństwo, że oddziaływanie przymusu prawnego będzie skuteczniejsze. Weber twierdzi też, że państwowa ochrona prawna (a zwłaszcza „proklamacyjne” gwarancje państwowe) niektórych zjawisk ekonomicznych (np. zobowiązań dłużnych czy własności) nie jest konieczna, by stosunki gospodarcze funkcjonowały poprawnie. Wyprowadza stąd wniosek, że „[...] z czysto »pojęciowego« punktu widzenia, »państwo« nigdzie nie jest nieodzowne dla gospodarki. Lecz zwłaszcza porządku gospodarczego nowoczesnego typu z pewnością nie można wprowadzić w życie bez porządku prawnego o pewnych szczególnych właściwościach, które w praktyce mogą znamionować jedynie porządek »państwowy«” (s. 260). W innym kontekście zwraca natomiast uwagę, że „[...] nowoczesny kapitalizm rozwija się równie dobrze i zarazem w ekonomicznym wymiarze objawia w istocie podobne znamiona nie tylko w prawnych porządkach odznaczających się z punktu widzenia, zdecydowanie odmiennymi normami i instytucjami prawnymi – nawet rzekomo tak fundamentalne pojęcie, jak »własność«, pokrewne kontynentalnej instytucji noszącej to miano, nie istnieje w anglosaskim prawie do dziś – lecz także różniących się diametralnie swymi statecznymi formalnymi zasadami strukturalnymi” (s. 645).

Na rozwój nowoczesnego państwa prawa wpłynęły nie tylko zmiany w gospodarce, lecz także, między innymi, jak dowodzi Weber, przekonanie, że istnieje jakieś „prawo praw” – to jest odwieczne zasady, które powinny konstytuować prawo pozytywne. To „prawo praw” zwykle nazywa się „prawem naturalnym”. Przez długi czas stanowiło ono kryterium orzekania o sprawiedliwości i służyło za prawo pozytywne. W XIX i XX wieku idee „prawa naturalnego” były z różnych stron podważane i kwestionowane. Jednakże przekonanie o „mocy pewnych zasad prawa”, o „prawomocności” maksym prawnych wywodzi się prostą drogą z idei „prawa naturalnego” (*lex naturae*). Istotę i znaczenie tego prawa Weber przedstawia następująco:

„Prawo naturalne” jest kwintesencją norm obowiązujących niezależnie od wszelkiego pozytywnego prawa i mających wobec niego prymat, które swej godności nie zyskują dzięki arbitralnemu ustanowieniu, lecz przeciwnie, uprawomocniają dopiero jego wiążącą moc. A więc norm, które są prawomocne nie dzięki swemu wywodzeniu się od prawomocnego prawodawcy, ale swym czysto immanentnym znamionom: swoista i jedyna konsekwentna forma uprawomocnienia prawa, która może trwać i wtedy, gdy znikły religijne objawienia i autorytarna świętość tradycji i jej nośników. Dlatego prawo naturalne jest swoistą formą uprawomocnienia *rewolucyjnie* stworzonych porządków. Odwołanie się do „prawa naturalnego” zawsze było tą formą, za pomocą której klasy występujące przeciw istniejącemu porządkowi nadawały prawomocność swemu dążeniu do stworzenia prawa, o ile nie traktowały jako wsparcia pozytywnych norm religijnych i objawień (s. 630).

Z porządkiem gospodarczym jest powiązane „czysto formalne prawo naturalne”, które powstało w XVII i XVIII w. w postaci m.in. „teorii umowy społecznej”. Teoria ta uzasadniała ustanowione prawomocne prawo przez powołanie się na racjonalne porozumienie „umawiających się stron”. „»Prawa gwarantujące wolność« stanowią istotny element takiego prawa naturalnego, a przede wszystkim *wolność umów*. Dobrowolny racjonalny kontrakt, albo jako rzeczywista historyczna podstawa wszelkich stosunków stowarzyszenia, łącznie z państwem, albo przynajmniej jako regulatywne kryterium oceny, stał się jedną z uniwersalnych formalnych zasad naturalno-prawnych konstrukcji” (s. 631, wyróżnienie autora).

Materialnym kryterium prawomocności prawa naturalnego jest „natura” i „rozum” oraz wywiedzione z nich powszechnie obowiązujące (wiążące) reguły i normy. „Rozum” ujawnia „naturę rzeczy”, „logikę zdarzeń”, a więc to, co powinno obowiązywać w porządku prawnym jako zgodne z wolą natury. Tak jest uzasadniana np. niewzruszoność praw nabytych, wolności umów, świętości własności, *iustum pretium* i inne zasady prawne, które są wyrażone w łacińskich paremiach<sup>24</sup>.

Prawo naturalne, zarówno w jego postaci formalnej, jak i materialnej, miało, jak twierdzi Weber, silne powiązania klasowe. „Wolność umów i wszelkie twierdzenia dotyczące prawomocnej własności, jakie z niej wywodzono, były oczywiście prawem naturalnym stron zainteresowanych rynkiem, czyli także ostatecznym zawłaszczeniem środków produkcji” (s. 633). Odwoływanie się do prawa naturalnego umożliwiało również przekształcanie zasad etycznych i formuł prawnych w reguły etyczne i techniczne.

pojawienie się socjalizmu – pisze Weber – oznaczało wprawdzie początkowo rosnące zdominowanie myślenia mas przez materialne naturalno-prawne dogmaty, a w jeszcze większym stopniu myślenia intelektualistów należących do warstwy intelektualistów. Ale te materialne naturalno-prawne dogmaty nie mogły zyskać bezpośredniego wpływu na wymiar sprawiedliwości, już choćby dlatego, że zanim stały się w ogóle do tego zdolne, zostały znów obalone przez rosnący szybko pozytywistyczny i relatywistyczno-ewolucjonistyczny sceptycyzm właśnie tych warstw intelektualistów. Oddziaływanie tego antymetafizycznego radykalizmu sprawiło, że eschatologiczne oczekiwania mas szukało oparcia w prorocत्वach, a nie w postulatach. W rezultacie w sferze rewolucyjnych teorii prawa doktryna naturalno-prawna została rozsadzona przez ewolucjonistyczną dogmatykę marksizmu. W domenie nauki oficjalnej została ona unicestwiona po części przez Comte’owskie schematy rozwoju, a po części przez „organiczne” teorematy rozwojowe historycyzmu (s. 635).

Wprawdzie praktyka prawna jest nasycona naturalno-prawnymi aksjomatami, ale stosunek do niej „pełen jest dziś [tj. w drugiej dekadzie XX w. – przyp.

<sup>24</sup> Zob. *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, pod red. W. Wołodkiewicza i J. Krzynówka, Warszawa 2001; M. Korolko, *Thesaurus albo Skarbiec łacińskich sentencji, przysłów i powiedzeń w literaturze polskiej*, Warszawa 2004.

A.K.] nieufności. W każdym razie utraciła ona swą nośność jako fundament prawa. [...] W konsekwencji ekspansja pozytywizmu prawniczego jest, na razie, niepowstrzymana. Zamknięcie dawnych naturalnoprawnych przedstawień wyrugowało w zasadzie możliwość wyposażenia prawa jako takiego, na mocy jego immanentnych znamion, w ponadempiryczną godność: objawia się ono dziś w nazbyt uchwytny sposób w większości swych przepisów, i to właśnie w wielu o zasadniczym znaczeniu, jako produkt i techniczny środek kompromisu interesów” (s. 636).

Notabene ta opinia Webera bynajmniej się nie zdezaktualizowała po blisko dziewięćdziesięciu latach. Pozytywizm prawny, zarówno w Polsce, jak i w wielu innych państwach, ma się zupełnie dobrze i stanowi główny składnik prawniczej ideologii i ontologii, które skutecznie się opierają retroakcji prawa naturalnego, ideom pluralizmu prawa i innym antypozytywistycznym nurtom. Jeśli onegdaj

Zawodowy obowiązek strzeżenia istniejącego prawa właściwy, jak się zdaje, praktyków prawa zasadniczo do grona „konserwatywnych” sił (s. 636), to dzisiaj ten sam pogląd można powtórzyć bez Weberowskiego zastrzeżenia i będzie to równie prawdziwe. O przenikliwości analiz Webera świadczy również i takie stwierdzenie: „O ile stan prawników objawia dziś w ogóle typowe ideologiczne nastawienia wobec władz społecznych, to sytuuje się – w porównaniu zarówno z prawnikami okresu rewolucji angielskiej i francuskiej, jak i całej epoki oświecenia, [...] w o wiele większej mierze – niejedynie odwieki przedtem po stronie „porządku”, a to oznacza w praktyce: panujących w danym momencie, „prawomocnych” autorytarnych władz politycznych” (s. 637).

Niezależnie od nacechowanego krytycyzmem stosunku Webera do stanu prawniczego był on zdania, że do działalności politycznej, zwłaszcza w roli zawodowych polityków, współcześnie są predestynowani przede wszystkim prawnicy. Ich zarobki nie zależą od stałej pracy, mogą wygospodarować dostatecznie dużo czasu na zajmowanie się polityką, a po wycofaniu się z niej nadal mają zapewnioną dobrze płatną pracę. Ponadto dysponują wykwalifikowanym personelem biurowym, zazwyczaj sprawnie posługują się piórem, są dobrymi mówcami, cechuje ich na ogół wysoka kultura osobista, potrafią prowadzić skomplikowane pertraktacje i, oczywiście, znają się na prawie, co w pracy parlamentarnej ma bardzo duże znaczenie. Trudno nie zgodzić się z tą Weberowską oceną potencjalnych kwalifikacji politycznych świata prawniczego. Ocena ta rodzi wszakże pytanie, dlaczego w wiekach XX i XXI w wielu państwach, a wśród nich także w Polsce, nastąpiła dejurydyzacja parlamentu i polityki, nie zaś ich jurydyzacja, która dla rozwoju i utrwalania się formalnej racjonalności prawa wydawała się Weberowi niezbędna albo nawet konieczna. Odpowiedzi na to m.in. pytanie powinny przede wszystkim poszukiwać – w duchu Weberowskiej analizy – zarówno współczesna politologia, jak i socjologia prawa.