

WOJCIECH CYRUL

WPŁYW PROCESÓW
KOMUNIKACYJNYCH
NA PRAKTYKĘ TWORZENIA
I STOSOWANIA PRAWA



™ LEX

a Wolters Kluwer business

WOJCIECH CYRUL

WPŁYW PROCESÓW
KOMUNIKACYJNYCH
NA PRAKTYKĘ TWORZENIA
I STOSOWANIA PRAWA



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2012

Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne
Katarzyna Rybczyńska

Łamanie
Andrzej Gudowski

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2012

ISBN: 978-83-264-3793-9

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	9
Wprowadzenie	11
Rozdział 1	
Nauka o komunikacji	21
1.1. Transmisyjna koncepcja komunikacji	23
1.2. Konwergencyjna koncepcja komunikacji	29
1.3. Epistemologiczne założenia koncepcji komunikacyjnych	34
1.4. Analiza komunikacyjna.....	36
1.4.1. Metodologiczny status analizy komunikacyjnej	37
1.4.2. Analiza komunikacyjna jako metoda interpretacji prawa.....	43
1.5. Wnioski	45
Rozdział 2	
Zagadnienie komunikacji w prawoznawstwie	49
2.1. Wstęp.....	49
2.2. Komunikacja a argumentacja	55
2.2.1. Retoryka i analiza retoryczna w prawie	59
2.2.2. Proceduralno-formalna teoria argumentacji prawniczej.....	66
2.3. Komunikacja a socjologiczna jursprudenceja	73
2.3.1. Geneza kierunku.....	74
2.3.2. Komunikacyjny zwrot w socjologii prawa.....	77
2.4. Komunikacja a hermeneutyka	85
2.4.1. Hermeneutyka a problem zarządzania wiedzą	92
2.4.2. Poznanie a technologia zarządzania wiedzą.....	98
2.5. Wnioski	111

Rozdział 3

Dyskurs jako zdarzenie komunikacyjne	116
3.1. O pojęciu dyskursu.....	116
3.2. Dyskurs a kod komunikacji	119
3.2.1. Pojęcie języka	119
3.2.2. Język a kontekst	121
3.2.3. Język prawny i prawniczy	126
3.3. Dyskurs a technologia komunikacji.....	132
3.3.1. Technologia komunikacji a struktura dyskursu	134
3.3.2. Technologia komunikacji a język.....	135
3.3.3. Technologia komunikacji a uczestnicy dyskursu	136
3.3.4. Technologia komunikacji a kontekst	139
3.3.5. Technologia komunikacji a racjonalność dyskursu.....	141
3.4. Dyskurs a tekst	142
3.4.1. Pojęcie tekstu	145
3.4.2. Tekst jako produkt dyskursu a tekst jako proces	147
3.4.3. Forma podawcza tekstu	148
3.4.4. Spójność i koherentność tekstu.....	152
3.4.5. Intencjonalność tekstu	158
3.4.6. Informacyjność tekstu	162
3.4.7. Intertekstualność tekstu	163
3.5. Tekst prawa jako produkt dyskursów prawnych.....	167
3.5.1. Spójność i koherentność tekstu prawa.....	170
3.5.2. Intertekstualność tekstu prawa	173
3.5.3. Intencjonalność tekstu prawa.....	178
3.5.4. Informatywność tekstu prawa	181
3.6. Cel i struktura dyskursu	183
3.6.1. Warunki skuteczności komunikacyjnej dyskursu	185
3.6.2. Struktura dyskursów	187
3.6.3. Cel i struktura dyskursów transmisyjnych	187
3.6.4. Cel i struktura dyskursów konwergencyjnych	190
3.6.5. Spójność i koherentność dyskursu	191
3.7. Racjonalność dyskursu	194
3.7.1. Racjonalność komunikacji transmisyjnej.....	197
3.7.2. Racjonalność komunikacji konwergencyjnej.....	200

3.8. Dyskursy prawne	205
3.8.1. Prawo jako dyskurs a dyskurs o prawie	206
3.8.2. Prawo a technologia komunikacji	210
3.9. Wnioski	219

Rozdział 4

Tworzenie prawa w ujęciu komunikacyjnym	222
4.1. Cel i struktura dyskursów prawodawczych	222
4.2. Modele tworzenia prawa	229
4.2.1. Decyzyjne modele tworzenia prawa	231
4.2.2. Komunikacyjne modele tworzenia prawa	234
4.2.3. Model informacyjny tworzenia prawa	236
4.3. Komunikacja a model racjonalnego tworzenia prawa	237
4.3.1. Modele racjonalnego tworzenia prawa	242
4.3.2. Dyskurs jako racjonalny ustawodawca	244
4.4. Akt prawny w ujęciu komunikacyjnym	248
4.4.1. Pojęcie aktu prawnego	248
4.4.2. Tekst aktu prawnego	249
4.4.3. Systematyka tekstów aktów prawnych	251
4.4.4. Budowa tekstu aktu prawnego w świetle przepisów prawa	253
4.4.5. Tekst jednolity aktu prawnego a tekst ujednolicony aktu prawnego	255
4.5. Tekst prawa jako system informacji prawnej	256
4.5.1. Technologiczne uwarunkowania tworzenia prawa	256
4.5.2. Status prawny elektronicznej formy tekstów aktów prawnych	259
4.5.3. Technologiczne uwarunkowania komunikacji aktu prawnego	261
4.5.4. Metryka aktu prawnego	263
4.5.5. Tworzenie prawa w schemacie XML	263
4.5.6. Tekst prawa jako hipertekst	269
4.6. Prawo w sieci	275
4.7. Wnioski	277

Rozdział 5

Stosowanie prawa jako praktyka komunikacyjna	279
5.1. Cel i struktura dyskursów w procesie stosowania prawa.....	279
5.2. Sądowe i administracyjne stosowanie prawa	280
5.3. Modele stosowania prawa	283
5.3.1. Krytyka decyzyjnych modeli stosowania prawa.....	284
5.3.2. Krytyka informacyjnego modelu stosowania prawa	288
5.3.3. Krytyka funkcjonalnego modelu stosowania prawa	291
5.4. Stosowanie prawa w ujęciu komunikacyjnym	292
5.4.1. Cybernetyczne ujęcie stosowania prawa	293
5.4.2. Dyskursywne ujęcie stosowania prawa.....	297
5.5. Epistemologiczny status dyskursów w procesie stosowania prawa.....	301
5.5.1. Stosowanie prawa a dyskurs teoretyczny	302
5.5.2. Stosowanie prawa a ogólny dyskurs praktyczny.....	307
5.5.3. Stosowanie prawa a dyskurs aplikacyjny	314
5.5.4. Stosowanie prawa jako dyskurs <i>sui generis</i>	317
5.6. Racjonalność stosowania prawa.....	319
5.6.1. Racjonalność decyzji stosowania prawa	319
5.6.2. Racjonalność rozstrzygnięcia a racjonalność rozwiązywania sporu	322
5.7. Technologiczne uwarunkowania procesu stosowania prawa	326
5.7.1. Cele i struktura elektronicznych procesów stosowania prawa	328
5.7.2. ICT a uczestnicy postępowania.....	329
5.7.3. ICT a wytwarzanie i obieg informacji w procesie stosowania prawa.....	331
5.7.4. ICT a decyzje walidacyjne i dowodowe	333
5.8. ICT a zmiany w polskim postępowaniu sądowym i administracyjnym.....	335
5.9. Wnioski	338
Zakończenie.....	341
Bibliografia.....	347

Wykaz skrótów

AGH	– Akademia Górniczo-Hutnicza
ADR	– <i>alternative dispute resolution</i> (alternatywne sposoby rozwiązywania sporów)
CBKE	– Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
EADP	– Edytor Aktów Prawnych EADP
k.p.a.	– ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
IBL	– Instytut Badań Literackich
ICT	– <i>Information and Communication Technologies</i> (elektroniczne technologie komunikacyjne)
IT	– <i>Information Technology</i> (technologia informatyczna)
UMK	– Uniwersytet Mikołaja Kopernika
PWN	– Państwowe Wydawnictwo Naukowe
PIW	– Państwowy Instytut Wydawniczy
PAU	– Polska Akademia Umiejętności
SGH	– Szkoła Główna Handlowa
TK	– Trybunał Konstytucyjny
UAM	– Uniwersytet Adama Mickiewicza

Wprowadzenie

Niespełna pół wieku temu, w pracy pt. *Pojęcie prawa*, Hart postawił tezę, że to, co współcześnie nazywamy prawem, nie mogłoby w ogóle istnieć, gdyby nie dało się zakomunikować ogólnych wzorców postępowania w sposób zrozumiały dla rzesz jednostek¹. Same jednak zagadnienia, co czyni prawo komunikowalnym oraz jak konkretna koncepcja prawa związana jest z określonym sposobem komunikacji, nie były już w jego pracy przedmiotem pogłębionych analiz. Badając problem skuteczności procesu komunikacji prawa, oxfordzki filozof założył jedynie, że pewien stopień jego niepewności jest nieuchronną konsekwencją wewnętrznych ograniczeń języka, ludzkiej niewiedzy o zdarzeniach mogących zaistnieć w przyszłości, a tym samym również niedookreślonego charakteru celów regulacji prawnych². Hart wprawdzie zwrócił uwagę na to, że świadomość tych ograniczeń powoduje przyjmowanie w systemach prawnych pewnych instytucji lub sposobów regulacji, mających przeciwdziałać niepewności, nie zauważył jednak, że pewne regulacje powstają z powodu braku technicznych możliwości innego rozwiązania problemu. Umnęło więc jego uwadze to, że skuteczność prawa w znacznym stopniu zależy również m.in. od sprawności, przewidywalności, wiarygodności i bezpieczeństwa samego procesu jego komunikacji. Spełnienie tych warunków może wymagać nie tylko określonych typów dyskursu lub form podawczych tekstu, ale także określonych sposobów zarządzania systemem udostępnianych informacji prawnych i odpowiednich technologii komunikacyjnych³.

¹ Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN: Warszawa 1998, s. 171.

² Należy jednak zaznaczyć, że Hart odrzuca koncepcję jurysprudencji mechanicznej, H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 176 i n.

³ Np. korzystanie z technik legislacyjnych do skutecznego komunikowania reguł postępowania wyrażonych za pomocą ogólnych form językowych wymaga pisma. Por. J. Goody,

Kwestia ta nie byłaby może istotna, gdyby nie to, że każda z metod komunikacji zakłada nieco inny kontekst realizacji dyskursu, a tym samym odmienne źródła niepewności oraz różne sposoby jej przeciwdziałania. W rezultacie u podstaw każdej z nich leżą różne założenia co do sposobów skutecznego przekazywania wiedzy oraz kształtowania praktyk społecznych.

Ograniczenie problemu skuteczności komunikacyjnej reguł prawa do wymiaru językowego czyni teorię Harta podatną na krytykę jeszcze z jednego powodu. U jej podstaw leży bowiem ukryte założenie, zgodnie z którym w przypadku, gdy w danej grupie społecznej, w określonej dziedzinie, funkcjonuje wspólny system pojęciowy, to te same informacje językowe dostarczają wszystkim członkom grupy nie tylko tą samą ilość wiedzy, ale również wiedzę wystarczającą do podjęcia właściwych działań przez różne osoby w różnych sytuacjach. Rzecz w tym, że tak nie jest i to nie tylko dlatego, że reguły prawne nie określają precyzyjnie wszystkich przypadków swoich zastosowań, ale również dlatego, że język nie jest zdolny do komunikowania wielu umiejętności praktycznych. Ponadto skuteczność komunikatu zależy nie tylko od jego treści, ale również od jego formy i metody udostępniania. Tym samym należy uznać, że problem warunków skutecznej komunikacji prawa jest znacznie bardziej złożony niż zakładał to Hart.

Powyższe uwagi stanowią punkt wyjścia dla rozważań prowadzonych w niniejszej pracy. Uzasadniają one twierdzenie, że uznanie społecznej natury prawa pośrednio lub bezpośrednio uzależnia je od problematyki warunków skuteczności procesów komunikacyjnych. Można zatem zasadnie przypuszczać, że dyskursy prawne oraz wytwarzane w nich teksty, pomimo swojej specyfiki, podlegają takim samym ograniczeniom, jakim poddane są wszystkie zdarzenia komunikacyjne. Oznacza to w szczególności, że różne metody lub cele komunikacji stawiać będą dyskursom prawnym, a w szczególności dyskursom związanym z tworzeniem i stosowaniem prawa, odmienne wymogi co do warunków ich skuteczności.

The Logic of Writing and the Organization of Society, Cambridge University Press: Cambridge 1986, s. 127–171; tenże, *The Interface Between the Written and Oral*, Cambridge University Press: Cambridge 1987, s. 258–290 i n. Z kolei praktyczne wykorzystanie precedensów sądowych do komunikowania reguł prawa wymaga technologii druku; por. E. Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press: New York, Oxford 1989, s. 36 i n.; W. Cyrul, *Rede und Schrift. Die Informationsmedien im Recht* (w:) J. Stelmach, R. Schmidt (red.), *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien: Information als Gegenstand des Rechts*, Zakamycze: Kraków 2006, s. 11–25.

Mając powyższe na uwadze, w niniejszej pracy podjęta zostaje próba odpowiedzi na pytanie, czy, i ewentualnie jak, zmiany w procesach komunikacyjnych, wynikające w szczególności z rozwoju technologii komunikacyjnych, wpływają na praktykę tworzenia i stosowania prawa. Jednocześnie poniżej podjęta zostaje próba obrony tezy (T1), że zmiany w procesach komunikacyjnych nie są neutralne ani dla praktyki tworzenia i stosowania prawa, ani dla samego prawa. Uwzględniając sposoby oddziaływania technologii komunikacyjnych na procesy komunikacyjne, powyższą tezę można będzie uznać za uzasadnioną, o ile uda się w szczególności wykazać błędność poniższych twierdzeń szczegółowych. Zgodnie z pierwszym (T2) procesy tworzenia i stosowania prawa są niezależne od zmian zachodzących w sposobach udostępniania informacji prawnej, wywołanych postępowaniem technologicznym. Zgodnie z drugim (T3) zmiany, zachodzące w obrębie form podawczych tekstu związane z pojawieniem się nowych technologii informatycznych, nie mają wpływu ani na ilość, ani na jakość, ani na dostępność informacji zawartych w tekstach prawnych. Zgodnie z trzecim (T4) technologia komunikacji tekstów prawnych nie wpływa ani na percepcję tekstu prawa, ani na sposób tworzenia i interpretacji tekstów aktów prawnych, a tym samym jest neutralna dla procesu rozumienia zawartych w nich informacji. Ostatecznie, zgodnie z piątym twierdzeniem (T5), te same cele i wartości można równie skutecznie realizować w dyskursach o różnej strukturze lub przy wykorzystaniu różnych technologii komunikacyjnych.

Biorąc pod uwagę przedmiot oraz cel niniejszej rozprawy, rozważania nad tworzeniem i stosowaniem prawa prowadzone będą przy pomocy metodologii analizy komunikacyjnej. W konsekwencji oba te procesy traktowane będą jako szczególne formy zdarzeń komunikacyjnych związanych z określonymi sposobami wytwarzania, przetwarzania i komunikacji wytworzonej w nich wiedzy⁴. Oba będą więc analizowane pod kątem odpowiedzi na pytanie o to, kto jest w nich nadawcą i odbiorcą, jak determinują one status oraz wzajemne relacje uczestników, jakie informacje oraz jakimi kanałami są w nich komunikowane, a także co ogranicza ich skuteczność. Sama analiza będzie prowadzona przy wykorzystaniu dwóch konkurencyjnych modeli komunikacji, tj. modelu transmisyjnego i modelu konwergencyjnego. Na tej podstawie podjęta będzie próba wykazania związków między dyskursami prawnymi i kodem komunikacji, między dyskursami prawnymi i formą

⁴ Szerzej o analizie komunikacyjnej zob. rozdział 1.3.

podawczą informacji prawnej, między dyskursami prawnymi i technologią komunikacji, między strukturą dyskursów prawnych i ich celami oraz próba określenia relacji między strukturą dyskursów i kryteriami oceny ich racjonalności. Należy przy tym podkreślić, że jeśli uda się wykazać, że technologia komunikacji oddziałuje na strukturę i skuteczność dyskursu, to trzeba będzie zweryfikować tradycyjne modele dyskursu prawnego, które całkowicie pomijają ten aspekt rozważań. Ostatecznie przecież, co nie jest możliwe, nie może być obowiązkiem.

Mając powyższe na uwadze, problem, z jakim przychodzi się nam zmierzyć, sprowadza się do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy istnieje związek między pojęciem komunikacji a procesem tworzenia i stosowania prawa oraz jaki jest wpływ procesów komunikacji na skuteczność dyskursów w obu procesach. Oba te zagadnienia odpowiadają dwóm głównym płaszczyznom analizy szczegółowych problemów w dalszej części pracy. Pierwsza to teoretyczna płaszczyzna rozważań, druga – empiryczna. Celem tej pierwszej jest pokazanie, że określone koncepcje regulacji procesów tworzenia i stosowania prawa uzależnione są od przyjęcia pewnych założeń na temat warunków skuteczności komunikacyjnej. W pracy podjęta jest więc próba wykazania, że struktura i racjonalność obu procesów zależą zarówno od celów, jakie mają realizować, jak i od dostępności oraz możliwości zastosowania w nich określonych technologii komunikacyjnych. Celem drugiej płaszczyzny rozważań jest zobrazowanie i zweryfikowanie trafności dokonanych ustaleń teoretycznych w oparciu o wybrane przykłady konkretnych instytucji prawnych.

Zarówno związki różnych teorii dyskursu prawnego z konkurencyjnymi koncepcjami komunikacji, jak i wpływ procesów komunikacyjnych na tworzenie i stosowanie prawa analizowane będą za pomocą kilku podstawowych pojęć, wykorzystywanych współcześnie zarówno w badaniach nad prawem, jak i w badaniach nad komunikacją. W szczególności chodzi o pojęcie dyskursu, praktyki i technologii, stanowiących oś, wokół której koncentrować się będą dalsze rozważania. Przy ich pomocy sformułowane są trzy podstawowe założenia na temat dyskursów prawnych definiowanych w kategoriach zdarzeń komunikacyjnych. Zgodnie z pierwszym założeniem dyskursy prawne są zinstytucjonalizowaną formą komunikacji. Zgodnie z drugim założeniem dyskursy prawne mają charakter praktyczny, a zgodnie z ostatnim są związane z technologią zarządzania i komunikacji wiedzy. Założenia te stanowią podstawę prowadzonych w pracy analiz i umożliwiają

zastosowanie instrumentarium teorii komunikacji do badań nad tworzeniem i stosowaniem prawa.

Przyjęcie pierwszego założenia uzasadnia fakt, że dyskursy prawne przybierają formę ściśle skonwencjonalizowanych interakcji komunikacyjnych. Pozwala to analizować je nie tylko jako sposoby realizacji kompetencji określonych jednostek, związane ze społecznymi mechanizmami agregacji i przekazywania wiedzy, ale również jako procesy racjonalne. Przy czym racjonalność tych procesów można oceniać zarówno z punktu widzenia efektywności kodowania, dekodowania i transmisji informacji, jak i z punktu widzenia mechanizmów wytwarzania wypowiedzi intencjonalnie skutecznych w określonych kontekstach. Odpowiednio szerokie ujęcie komunikacji pozwala przy tym traktować dyskursy prawne zarówno jako szczególne procesy komunikacyjne, jak i jako efekty konstytuujących się w procesie ich przebiegu stosunków. Dzięki temu możliwe jest przedyskutowanie ograniczeń określonych koncepcji tworzenia i stosowania prawa w kontekście relacji pomiędzy regułami definiującymi określone, idealne typy obu tych procesów a czynnikami zewnętrznymi determinującymi ich skuteczność w realizacji określonych funkcji. Komunikacyjne ujęcie dyskursów prawnych zmierza przy tym do wyjaśnienia i zrozumienia, jak przebiegają procesy komunikacji w praktyce społecznej, związanej z tworzeniem i stosowaniem reguł prawnych. W rezultacie, komunikacyjna analiza dyskursów prawnych dąży w szczególności do ustalenia reguł, jakich przestrzeganie gwarantuje instrumentalną skuteczność określonych typów dyskursów prawnych z perspektywy ich celów i wartości oraz zmierza do ustalenia związków zachodzących pomiędzy określoną formą regulacji procesów komunikacyjnych, związanych z tworzeniem i stosowaniem prawa, a czynnikami ograniczającymi w praktyce skuteczność konkretnych dyskursów w obu procesach.

Przyjęcie założenia o praktycznym charakterze dyskursów prawnych jest przynajmniej do pewnego stopnia konsekwencją założenia pierwszego. Jako forma komunikacyjnej praktyki społecznej, związana z określonym kontekstem realizacji, w którym pełni określoną rolę, dyskurs prawny jest procesem opartym na wiedzy, zmierzającym do sformułowania decyzji regulującej określone zagadnienie. Podkreśla to teleologiczną naturę dyskursów prawnych i umożliwia analizowanie ich różnych typów nie tylko pod kątem celów ich uczestników, ale przede wszystkim pod kątem celów, którym służą. Przyjęcie założenia o praktycznym charakterze dyskursów prawnych zmierza do określenia ograniczeń prawa wynikających z intencjonalnej i instrumen-

talnej natury komunikacji. Powoduje to jednocześnie zwrot rozważań w kierunku praktycznej filozofii prawa, negującej przeciwstawianie teorii praktyce i upatrującej rolę teorii prawa we wspieraniu i rozwijaniu jakości praktyki jego tworzenia i stosowania⁵. Tym samym koncentrują się one na pytaniu, co należy czynić, a nie nad problemem, jak jest lub jak być powinno⁶.

Trzecie założenie dotyczy związku prawa z technologią przetwarzania i komunikacji wiedzy. W dyskursach prawnych wiedza jest nie tylko komunikowana, ale także przetwarzana, tzn. tworzona i stosowana. Ponieważ metody komunikowania, przetwarzania i zarządzania wiedzą są formami praktyk społecznych, oddziałującymi w ogromnym zakresie na jej percepcję oraz na zachowania jednostek, pojawia się pytanie, czy mogą one mieć wpływ również na proces tworzenia i stosowania tekstów aktów prawnych. Za przyjęciem takiego założenia przemawia fakt, że technologia komunikacji jest elementem kultury społecznej. Każda zmiana zachodząca w obrębie technologii komunikacji zmienia język danej społeczności, sposoby przechowywania, przetwarzania i udostępniania wiedzy, a w rezultacie oddziałuje na percepcję wiedzy przekazywanej w procesie komunikacji. Zmiany te wpływają z kolei na reguły samego dyskursu oraz na status i funkcje tekstów w nim wytwarzanych. Przeciw przyjęciu powyższej hipotezy przemawia realistyczna tradycja epistemologiczna, traktująca prawo jako wiedzę obiektywną, niezależną od medium informacji oraz od doświadczenia jednostki. Wstępne przyjęcie założenia o potencjalnym wpływie technologii komunikacyjnych na dyskursy prawne ma na celu ustalenie ich wzajemnych relacji oraz określenie sposobów ewentualnego oddziaływania technologii komunikacyjnych zarówno na procesy tworzenia i stosowania prawa, jak i na ich efekty.

Przyjęcie powyższych założeń uzasadnia także fakt, że definiowanie prawa za pomocą pojęcia reguły nie wystarcza do wyjaśnienia problemów praktyki jego tworzenia i stosowania. W szczególności jest tak dlatego, że im bardziej wyczerpujące są regulacje i im jest ich więcej, tym trudniej jest je spójnie zakomunikować w sposób umożliwiający ich właściwe stosowanie. Ponadto im bardziej złożony staje się system informacji o wzorcach powinnego zachowania, tym mniejsza jest jego zdolność do spójnego zarządzania

⁵ Szerzej o praktycznej roli teorii P. Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press: New York 1977, s. 20, 72.

⁶ O różnicy między obydwoma podejściami w filozofii praktycznej szerzej B. Brożek, *Rationality and Discourse. Toward a Normative Model of Applying Law*, Wolters Kluwer Polska: Warszawa 2007, s. 75 i n. oraz cyt. tam lit.

zachowaniami różnych jednostek i grup społecznych w różnych kontekstach. Z jednej strony rośnie ryzyko nieprzewidzianych skutków wprowadzania nowych regulacji do systemu prawnego, a z drugiej wzrasta niepewność w procesach stosowania prawa związana z odszukaniem i wyborem informacji oraz z oceną trafności uzyskanych rezultatów.

Wykazanie, że ograniczenia, związane z konkretnymi mechanizmami zarządzania wiedzą oraz metodami wykorzystywanymi do jej komunikacji, warunkują zdolność prawa do realizowania określonych funkcji i celów, w zgodzie z przyjętymi wartościami, oraz determinują jego skuteczność i znaczenie, wymaga przeanalizowania genezy komunikacyjnych ograniczeń tworzenia i stosowania prawa oraz metod ich przełamania lub neutralizacji. Biorąc pod uwagę fakt, że różnego typu dyskursy służą zazwyczaj realizacji różnych celów oraz zakładają różne sposoby tworzenia, utrwalania i przekazywania wiedzy, można słusznie przypuszczać, że stosować będą one odmienne mechanizmy gwarantujące ich skuteczność. Analiza struktur podstawowych typów dyskursu prawnego pozwoli więc stwierdzić, czy i ewentualnie jak różnią się one na poziomie założeń dotyczących skuteczności komunikacji oraz mechanizmów przeciwdziałania niepewności. W szczególności umożliwi to ustalenie wpływu struktury dyskursu i technologii komunikacji na pewność lub zaufanie do informacji prawnej. Na tej podstawie można przeanalizować problem ewentualnego wpływu ograniczeń komunikacyjnych na strukturę dyskursów prawnych, a tym samym pośrednio lub bezpośrednio na konkretny kształt oraz sposób funkcjonowania instytucji prawnych. Zasadne jest bowiem twierdzenie, że założenia na temat celów komunikacji, jak i wiedza o mechanizmach ich skutecznego osiągnięcia, stanowią istotny powód pojawiania się oraz określonego funkcjonowania regulacji prawnych.

Niniejsza praca składa się z pięciu rozdziałów. Zadaniem pierwszego jest omówienie pojęcia komunikacji oraz dwóch podstawowych modeli komunikacji, tj. transmisyjnego i konwergencyjnego. Następnie przedstawiona jest koncepcja analizy komunikacyjnej, jej status metodologiczny oraz atrakcyjność tej metody badawczej w badaniach nad prawem. Rozdział drugi pokazuje znaczenie teorii komunikacji we współczesnej teorii i filozofii prawa. Na podstawie krytycznej analizy trzech wybranych tradycji w filozofii prawa, tj. teorii argumentacji prawniczej, hermeneutyki prawniczej i socjologicznej jurejurisprudencji, przedstawione zostają zalety badania tworzenia i stosowania prawa przy wykorzystaniu teorii komunikacji. Skoncentrowanie się na tych właśnie nurtach refleksji nad prawem nie jest przypadkowe. Wprowadzie

można zasadnie twierdzić, że większość współczesnych teorii prawa gotowa byłaby przyjąć komunikacyjny wymiar prawa, to jednak do problemu komunikacji wprost odwołują się właśnie te trzy wybrane. Co więcej, biorąc pod uwagę założenia i metodologię przyjętą w pracy, taki wybór pozwala na przeprowadzenie poprawnych analiz porównawczych oraz wyjaśnienie powodów uzasadniających przyjęcie teorii komunikacji jako podstawy badań prowadzonych w niniejszej pracy. Trzeci rozdział poświęcony jest, po pierwsze, wyjaśnianiu zmian zachodzących w procesach komunikacyjnych w związku z rozwojem technologii komunikacyjnych, a po drugie, służy wprowadzeniu centralnego dla pracy odróżnienia pojęcia dyskursu i pojęcia tekstu. Omawiany jest w nim także wpływ technologii na podstawowe kategorie definiujące zdarzenie komunikacyjne oraz związki między celem i strukturą dyskursu a oceną jego racjonalności. Rozdział czwarty podejmuje zagadnienie tworzenia prawa. Na podstawie krytycznej analizy tradycyjnych modeli tworzenia pokazana zostaje komunikacyjna specyfika tego procesu oraz omawiany jest wpływ IT na tradycyjne mechanizmy tworzenia tekstów prawnych, na zarządzanie informacją w tekstach prawnych oraz na sposoby udostępniania i przetwarzania informacji prawnej. Piąty, ostatni rozdział poświęcony jest komunikacyjnej analizie procesu stosowania prawa. Kolejno omówiona zostaje relacja między celem i strukturą dyskursów w procesie stosowania prawa. Następnie na podstawie krytyki tradycyjnych modeli stosowania prawa przedstawione jest komunikacyjne ujęcie tego procesu oraz analizowany jest problem epistemologicznego statusu dyskursów w procesie stosowania prawa. Na końcu omówiono różnego rodzaju racjonalności stosowania prawa oraz zaprezentowano technologiczne uwarunkowania tego procesu.

Książka, jaką niniejszym oddaję Państwu pod osąd, nie powstałaby bez ludzi, którzy przez wiele lat wspierali i inspirowali mój rozwój oraz studia w dziedzinie teorii i filozofii prawa.

Szczególne podziękowania kieruję do profesora Jerzego Stelmacha za wyrozumiałość i pouczające dyskusje, a przede wszystkim za umożliwienie mi realizacji projektu w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Słowa wdzięczności kieruję również do profesora Tomasza Gizberta-Studnickiego oraz profesora Bartosza Brożka za czas poświęcony na

prze czytanie manuskryptu pracy oraz za cenne uwagi i komentarze. Za dyskusje nad zagadnieniami poruszonymi w pracy oraz za wsparcie w chwilach zwątpienia dziękuję również profesor Janinie Czapskiej, profesorowi Andrzejowi Grabowskiemu, profesorowi Peterowi Jonesowi, profesor Beacie Polanowskiej-Sygułskiej, profesorowi Markowi van Hoecke, profesorowi Lucowi Wintgensowi, profesorowi Wojciechowi Załuskiemu, doktor Urszuli Kosielińskiej-Grabowskiej oraz doktor Marcie Soniewickiej.

Jednocześnie chciałbym podziękować całej mojej Rodzinie, a w szczególności Mamie oraz Żonie, za cierpliwość i pomoc, której udzielały mi w trakcie prac nad książką.

Rozdział 1

Nauka o komunikacji

Najogólniej rzecz ujmując, nauka o komunikacji zajmuje się zagadnieniem zarządzania informacją, jej tworzeniem, przesyłaniem, gromadzeniem, przetwarzaniem i odbiorem. Jej celem jest opracowanie teorii naukowych zawierających ogólne zasady pozwalające wyjaśnić zjawiska związane z wytwarzaniem, przetwarzaniem i działaniem symboli oraz systemów sygnalizacyjnych⁷. Do tej pory nie ma jednak jednej, powszechnie przyjętej definicji komunikacji, więc można co najwyżej mówić o pewnych nurtach rozważań o komunikacji lub o jej określonych koncepcjach. Niemniej, pomimo różnych istniejących pomiędzy nurtami badań nad komunikacją, wszystkie teorie posługują się zbiorem kilku wspólnych pojęć, pozwalających określić dziedzinę tej dyscypliny nauki⁸. Różnice pomiędzy poszczególnymi ujęciami, jakkolwiek doniosłe, wynikają w głównej mierze z rozłożenia akcentów oraz z przyjętych założeń metodologicznych i epistemologicznych. W każdym jednak przypadku, w bardziej lub mniej wyraźny sposób, ich problem badawczy związany jest z zagadnieniem kodowania i dekodowania informacji przy użyciu pewnego systemu znaków oraz jej skutecznej transmisji od nadawcy do odbiorcy przy pomocy określonego medium. W zależności od znaczenia, jakie poszczególni autorzy nadają tym pojęciom, wpisują się oni albo w nurt cybernetycznych i informatycznych badań komunikacji, albo w nurt badań społecznych. Pierwszy koncentruje się głównie na procesach zautomatyzowanego sterowania i prze-

⁷ C.R. Berger, S.H. Chaffee, *The study of communication as a science* (w:) C.R. Berger, S.H. Chaffee (red.), *Handbook of Communication Science*, SAGE: Beverly Hills 1987, s. 17.

⁸ Historyczny przegląd różnych teorii komunikacji zawiera praca A. Mattelart, M. Matelart, *Theories of Communication. A Short Introduction*, SAGE Publications: London 2004.

tworzenia informacji przy użyciu metod formalnych. Ujęcia cybernetyczne kładą przy tym nacisk na problemy związane z automatycznymi procesami komunikacji, kontroli i sterowania⁹, a ujęcia informatyczne koncentrują się bardziej na problemach związanych ze zautomatyzowanymi procesami wyszukiwania i przetwarzania różnych typów informacji¹⁰. Natomiast w nurcie badań społecznych, odwołującym się do metod badawczych wypracowanych w obrębie socjologii, antropologii i psychologii oraz ogólnie rozumianej humanistyki, akcent położony jest na wymiarze praktycznym, symbolicznym lub perswazyjnym komunikacji oraz na jej konstytutywnych i konwergencyjnych funkcjach w systemie społecznym¹¹.

Powszechna zgoda co do elementów definiujących proces komunikacji umożliwia nie tylko mówienie o pewnej ogólnej idei komunikacji, ale również o komunikacji jako odrębnym przedmiocie badań. Jednocześnie różnice co do istoty i funkcji procesów komunikacyjnych w poszczególnych teoriach powodują, że można mówić o dwóch zasadniczo różnych koncepcjach komunikacji. W przypadku tzw. koncepcji konwergencyjnej proces komunikacji definiuje się jako proces dwustronny, cyrkularny i ze swej istoty konwergencyjny, natomiast w tzw. koncepcji transmisyjnej jako proces jednostronny i transmisyjny, do opisu którego nie ma konieczności uwzględniania kwestii wymiany ról komunikacyjnych pomiędzy uczestnikami. Odpowiednio, w pierwszym przypadku komunikacja jest wynikiem aktywnej kooperacji i interakcji pomiędzy różnymi uczestnikami, a w drugim jest powtarzalną sekwencją czynności nadawcy, zmierzających do wywołania określonej reakcji odbiorcy i dostosowujących się do osiągniętego rezultatu. Innymi słowy, w ujęciu konwergencyjnym komunikujące się jednostki są jednocześnie nadawcami i odbiorcami wzajemnie nakierowanych, intencjonalnych działań komunikacyjnych. Dzięki temu np. milczenie może komunikować gotowość słuchania. Co więcej, w przeciwieństwie do ujęcia transmisyjnego, w którym to nadawca jednostronnie ustala zarówno cele, jak i treść komunikacji, w ujęciu konwergencyjnym obie kwestie uczestnicy komunikacji ustalają razem. W ujęciu transmisyjnym reakcje odbiorcy są efektem działań nadawcy, a nie

⁹ N. Wiener, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, MIT Press: Cambridge 1965, s. 11 i n.

¹⁰ J. Petzel, *Informatyka prawnicza. Zagadnienia teorii i praktyki*, Liber: Warszawa 1999, s. 24.

¹¹ Szerzej D.R. Roskos., J.L. Monahan (red.), *Communication and Social Cognition. Theories and Methods*, Lawrence Erlbaum Associates Inc.: Mahwah 2007.

działaniami komunikacyjnymi. W konsekwencji ich wartość informacyjna dla nadawcy zależy nie tyle od ich znaczenia, co od przewidywanego prawdopodobieństwa ich zaistnienia.

1.1. Transmisyjna koncepcja komunikacji

W ujęciu transmisyjnym komunikacja przedstawiona jest jako proces przebiegający od źródła informacji do źródła przeznaczenia¹². Proces komunikacji jest liniowy i sprowadza się do jednokierunkowego zarządzania odbiorcami przy pomocy wysyłanych wiadomości¹³, co zakłada jego uporządkowany przebieg. Zaczyna się on od kodowania informacji lub sekwencji informacji, jakie mają zostać zakomunikowane odbiorcy przez źródło informacji, a następnie transmitter, odpowiedzialny za produkcję sygnału właściwą do jego transmisji przez określony kanał komunikacji, transmituje sygnał. Sam kanał komunikacji jest sprowadzony do medium użytego do transmisji sygnału z nadajnika do odbiornika i mogą nim być m.in. dźwięk, światło, fale radiowe lub akustyczne. Zakodowana w formie sygnałów informacja jest następnie odbierana i dekodowana przez odbiornik, który dokonuje operację odwrotną do nadajnika i udostępnia informację źródłu przeznaczenia¹⁴.

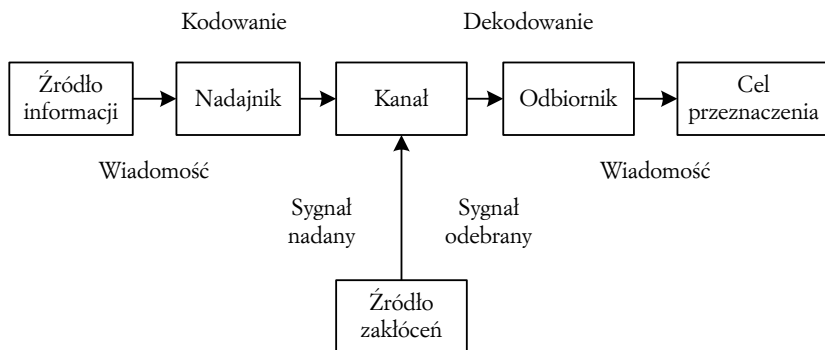
Biorąc pod uwagę powyższy model, należy podkreślić, że transmisyjna koncepcja komunikacji wymaga, aby niesiona przez komunikat informacja była wyróżniana zarówno przez nadawcę, jak i przez odbiorcę. Oznacza to, że transmitowana informacja musi mieć *stricte* obiektywny charakter, tzn. że jest ona niezależna od obserwatora¹⁵. Obiektywny charakter informacji zakłada więc, że jest ona cechą fizyczną lub strukturalną jakiegoś obiektu lub pewną miarą. Nie oznacza to jednak, że musi mieć ona zawsze takie samo znaczenie dla różnych odbiorców. Informacja jest realna, chociaż ma niematerialny status.

¹² Transmisyjna koncepcja komunikacji jest niewątpliwie znacznie starsza niż koncepcja cybernetyczna, ale ta ostatnia stanowi jej najbardziej rozwiniętą formę. O genezie i rozwoju cybernetyki szerzej zob. N. Wiener, *Human use of Human Beings. Cybernetics and Society*, Da Capo Press: New York 1988, rozdz. 1.

¹³ Por. N. Wiener, *Human use of Human Beings...*, s. 16 i n.

¹⁴ Por. C.E. Shannon, *A Mathematical Theory of Communication*, <http://cm.bell-labs.com/cm/ms/what/shannonday/shannon1948.pdf> (przedruk z poprawkami z: *The Bell System Technical Journal* (27) 1948, s. 379–423, 623–656), s. 2.

¹⁵ B. Stefanowicz, *Informacja*, SGH: Warszawa 2004, s. 17.



Rys. 1. Model Shannona

Przekazywana wiadomość może być analizowana na różnych poziomach¹⁶, jednak koncepcje transmisyjne komunikacji koncentrują się głównie na jej poziomie formalnym. Z inżynierskiego punktu widzenia uwzględnienie jej aspektu semantycznego i pragmatycznego nie jest bowiem konieczne do transmisji formalnej reprezentacji wiedzy¹⁷. Abstrahowanie od pozostałych wymiarów analizy wiadomości pozwala przy tym uniknąć trudności związanych z ich formalizacją¹⁸. W przypadku dyskursu takie podejście powoduje wprawdzie kłopoty z wyjaśnieniem motywacyjnego i sprawczego aspektu wiadomości¹⁹, niemniej podkreśla wpływ zagadnienia formalnej reprezentacji wiedzy oraz technologii jej udostępniania na percepcję i interpretację przekazanej wiedzy przez jednostkę.

Dotychczasowe rozważania pozwalają na stwierdzenie, że w ujęciu transmisyjnym pojęciu informacji nadaje się czysto formalną interpretację. Informacja to nie opis jakiegoś stanu rzeczy sformułowany w systemie pojęciowym języka naturalnego, ale pewna formalna cecha lub wielkość, która

¹⁶ Tradycyjnie wyróżnia się formalny, semantyczny i pragmatyczny poziom interpretacji informacji. Por. W.R. Wiewiórkowski, G. Wierczyński, *Informatyka prawnicza. Technologia informacyjna dla prawników i administracji publicznej*, Wolters Kluwer Polska: Warszawa 2008, s. 30.

¹⁷ Por. C.E. Shannon, *A Mathematical Theory...*, s. 1.

¹⁸ Szerzej B. Abbott, *The formal approach to meaning: Formal semantics and its recent developments*, *Journal of Foreign Languages* 119 (1) 1999, s. 2–20 (<https://www.msu.edu/~abbottb/formal.htm>).

¹⁹ F. Studnicki, *Wprowadzenie do informatyki prawniczej*, PWN: Warszawa 1978, s. 57 i n.

może być przechowywana, przetwarzana i przesyłana w układzie oraz stosowana do sterowania nim²⁰. Innymi słowy, informacją może być każdy czynnik zmniejszający stopień niewiedzy o danym zjawisku lub stopień niepewności jego wystąpienia w układzie, umożliwiającą jednocześnie instrumentalnie skuteczne nim zarządzanie. Przez pojęcie układu rozumie się przy tym pewien wyodrębniony fragment rzeczywistości, będący przedmiotem badania, a więc np. maszynę, żywy organizm albo zespół jednych lub drugich²¹. Mając to na uwadze, transmisyjna koncepcja komunikacji zakłada, że informacja jest nie tylko obiektywna, ale również mierzalna. W takim ujęciu informacja może być po prostu miarą zorganizowania układu, przy czym ilość informacji jest tym większa, im większa jest liczba alternatyw, jakie ma do wyboru nadawca. Innymi słowy, im mniejsze jest prawdopodobieństwo wystąpienia danej informacji, tym większa jest jej wartość informacyjna. Biorąc to pod uwagę, należy stwierdzić, że w transmisyjnym ujęciu dyskursu wartość informacyjna reakcji odbiorcy na działania nadawcy zależy do stanu niewiedzy nadawcy na temat zachowań odbiorcy. Wielkość niewiedzy odpowiada w tym przypadku niepewności, jak zachowa się odbiorca w wyniku określonego działania nadawcy. Zatem, jeśli reakcja odbiorcy na działanie nadawcy jest pewna, to jej informacyjna wartość jest dla nadawcy równa zeru, natomiast w innym przypadku wartość informacyjna reakcji jest dla nadawcy tym większa, im mniejsze jest prawdopodobieństwo jej wystąpienia. Warto przy tym zaznaczyć, że w przypadku różnych odbiorców prawdopodobieństwo wystąpienia określonej reakcji może być różne.

Zastosowanie formalnych kryteriów oceny efektywności układów sterowania umożliwia wzbogacenie ocen skuteczności prawa o kryteria niezwiązane z funkcją użyteczności społecznej²². Ocena tekstu prawa może np. zostać uzależniona od ilości operacji, jakie trzeba wykonać, aby znaleźć wszystkie relewantne informacje, konieczne do jednoznacznej odpowiedzi

²⁰ Por. J. Petzel, *Informatyka prawnicza...*, s. 38.

²¹ W cybernetyce odróżnia się jednak wyraźnie układy o charakterze względnie odosobnionym i bezwzględnie odosobnionym. W tym pierwszym przypadku układ wchodzi z otoczeniem w interakcję, tzn., że układ jednocześnie pozostaje pod wpływem otoczenia i może oddziaływać na otoczenie. W drugim przypadku między układem a środowiskiem nie ma żadnych połączeń. Szerzej Z. Wojnicki, *Informacja i informowanie* (w:) J. Wróblewski (red.), *Wstęp do informatyki prawniczej*, PWN: Warszawa 1985, s. 7 i n.

²² Szerzej W. Załuski, *Über zwei mathematische Definitionen von Information und deren Nutzen für juristische Erwägungen* (w:) J. Stelmach, R. Schmidt (red.) *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien: Information als Gegenstand des Rechts*, Zakamycze: Kraków 2006, s. 75 i n.

na określone pytanie prawne²³. Co więcej, kwantyfikowalne ujęcie informacji umożliwia również wzbogacanie analiz jakościowych tekstu analizami ilościowymi. Dzięki temu możliwe jest ustalenie wartości informacyjnej każdego pojęcia użytego w dowolnej jednostce redakcyjnej oraz ustalenie wartości informacyjnej poszczególnych jednostek redakcyjnych tekstu aktu prawnego²⁴. Posiadanie tej wiedzy pozwala w precyzyjny sposób oceniać efektywność zarządzania wiedzą prawną w systemie informacji, a poprzez obniżenie redundancji informacji podnosić skuteczność informacyjną całego systemu.

Odwołanie się do cybernetyki w kontekście badań nad dyskursami prawnymi może wydawać się prawnikowi zabiegiem nie do końca zrozumiałym, bowiem dotychczas źródeł problemów związanych z prawem upatrywano w jakości treści informacji zawartej w tekstach prawnych, a nie w jej ilości i formie udostępniania. Myślenie o dyskursach prawnych w kategoriach układów sterowania nie jest jednak obce teorii prawa, a rozważania na ten temat są wciąż aktualne²⁵. Ciągły wzrost liczby przepisów prawnych sprawia, że coraz trudniejsze staje się nie tylko wyszukiwanie i selekcja informacji prawnej, ale również jej ocena²⁶. Generuje to naturalną tendencję do stosowania rozwiązań umożliwiających zautomatyzowanie wielu procesów związanych m.in. z tworzeniem tekstów aktów prawnych oraz z wyszukiwaniem informacji prawnej. Zresztą twierdzenie, że do wyjaśnienia zmian, jakie zachodzą w procesach zarządzania wiedzą prawną w wyniku zastosowania narzędzi informatycznych, potrzebne jest zrozumienie, jak bardzo różnią się one od narzędzi stosowanych dotychczas, nie wymaga dowodu. Odwołanie się w tym zakresie do ustaleń cybernetyki i informatyki niewątpliwie stanowi

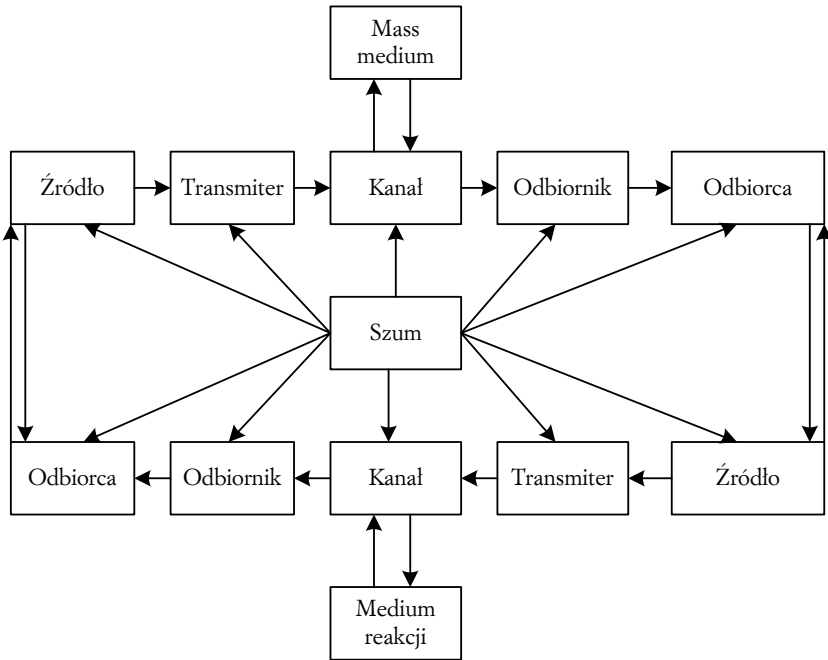
²³ O miarach skuteczności systemów informatycznych wyszukiwania informacji szerzej zob. J. Petzel, *Informatyka prawnicza...*, s. 175 i n.

²⁴ Por. A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Lexis Nexis: Warszawa 2006, s. 206 i n.

²⁵ Pod wpływem prac F. Studnickiego (m.in. *Cybernetyka a prawo*, Warszawa 1969 oraz *Wprowadzenie do informatyki prawniczej*, PWN: Warszawa 1978) w polskiej teorii prawa doszło dość wcześnie do wyodrębnienia cybernetycznej płaszczyzny badań nad prawem. Takie podejście do prawa znajdziemy m.in. już w pracach A. Kisza, *Model cybernetyczny powstawania i działania prawa*, Ossolineum: Wrocław 1970; H. Rota, *System prawa – model cybernetyczny*, Państwo i Prawo (1) 1965; A. Malinowskiego, *Wstęp do badań cybernetycznych w prawoznawstwie*, PWN: Warszawa 1977.

²⁶ O kryzysie informatycznym w dziedzinie prawa szerzej F. Studnicki, *Wprowadzenie do informatyki prawniczej...*, s. 15 i n.

krok w dobrym kierunku. W znacznym stopniu ułatwia to również wyjaśnienie związków zachodzących między medium dyskursu i mechanizmami zarządzania wiedzą prawną. Dzięki temu możliwe jest lepsze wyjaśnienie powodów uzasadniających tezę, że prawo związane jest z technologią komunikacji, co czyni praktyki jego tworzenia i stosowania wrażliwymi na wszelkie zmiany zachodzące w tym obszarze.



Rys. 2. Model De Fleura

Uwzględniając przyjętą w pracy metodę, polegającą m.in. na analizie porównawczej wpływu różnych struktur komunikacji na status dyskursów prawnych oraz wytwarzanych w nich tekstów, nawiązanie do cybernetycznej koncepcji komunikacji pozwala wyjaśnić wiele teoretycznoprawnych problemów, a w szczególności problemy wynikające z próby łączenia w określonych dyskursach reguł gwarantujących komunikacyjną skuteczność przesyłanych informacji z regułami determinującymi ich legalność.

Nie ma wątpliwości, że kwestia intencjonalnej skuteczności komunikacji wykracza poza zagadnienie skutecznej transmisji formalnej reprezentacji

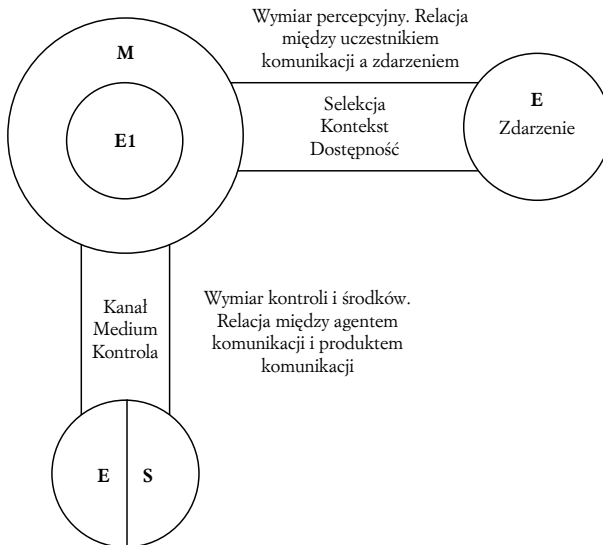
wiedzy. Nauka praktyczna zajmuje się problemem warunków komunikacji, gwarantujących porozumiewanie się uczestników dyskursu, a nie problemem izomorfizmu formy informacji zakodowanej i odkodowanej. Ponadto, w przypadku analizy dyskursów ich jakość jest oceniana nie tylko przez pryzmat ich wartości informacyjnej lub zdolność do generowania u adresatów określonych zachowań, ale także ze względu na ich zdolność do ochrony pewnych wartości. W przeciwieństwie jednak do ujęcia konwergencyjnego, podkreślającego ten praktyczny i pragmatyczny wymiar komunikacji, ujęcie transmisyjne komunikacji redukuje interakcje komunikacyjne do sekwencji etapów kodowania, transmisji i dekodowania informacji pomiędzy jej uczestnikami, co przedstawia model De Fleura (rys. 2)²⁷. Uzasadnia to przyjęcie twierdzenia, że obie koncepcje komunikacji odwołują się do zasadniczo różnych kryteriów oceny jej skuteczności. Tym samym pojawia się wątpliwość, czy oba modele komunikacji są w ogóle porównywalne. Mając na uwadze tą kwestię, model transmisyjny komunikacji służyć będzie w niniejszej pracy głównie do uwypuklenia technologicznych uwarunkowań komunikacji. Zastosowanie tego narzędzia do interpretacji dyskursu ma jednak na celu również wyjaśnienie konsekwencji przyjęcia jednokierunkowego modelu dyskursu prawnego. Patrzenie na dyskurs prawny przez pryzmat założeń transmisyjnego modelu komunikacji pozwala wyjaśnić w szczególności wpływ struktury dyskursu na cel komunikacji oraz na jej przedmiot, a w konsekwencji wykazać tezę przeciwną do T5, poprzez pokazanie, że skuteczność komunikacyjna dyskursów prawnych zależy nie tylko od celów ich uczestników, ale przede wszystkim od celów, do jakich realizacji dyskursy te służą. Umożliwia to wykazanie nie tylko zależności skuteczności procesów tworzenia i stosowania prawa od ich komunikacyjnej struktury, ale także od zastosowanych w nich metod i technologii zarządzania i udostępniania wiedzy. Co więcej, pozwala to analizować strukturę dyskursów prawnych oraz zastosowane w nich technologie komunikacyjne pod kątem ich zdolności do realizacji określonych wartości lub celów²⁸.

²⁷ Za D. McQuail, S. Windahl, *Communication Models*, Longman: London, New York 1993, s. 18.

²⁸ Zasadność takich badań potwierdzają m.in. analizy statystyczne języka prawnego pod kątem jego zrozumiałości. Określony sposób redagowania przepisów może nie tylko naruszać zasady techniki legislacyjnej, ale również uniemożliwiać realizację celów prawodawcy. Szerzej A. Malinowski, *Polski język prawny...*, s. 200 i n.

1.2. Konwergencyjna koncepcja komunikacji

Z oczywistych powodów zrozumienie roli mechanizmów komunikacyjnych w dyskursach prawnych wymaga objęcia analizą kwestii wykraczających poza zagadnienia ilościowe, związane z oceną ich komunikacyjnej lub instrumentalnej skuteczności. Równie ważna jest możliwość oceny dyskursów zarówno pod kątem ich zdolności do realizacji formalnych wartości prawa, jak i zdolności do spełniania pewnych funkcji społecznych. Dyskursy prawne nie ograniczają się przecież do zarządzania konfliktami interesów, ale są również formą praktyki społecznej mającej za zadanie m.in. realizację funkcji wychowawczej, integracyjnej, dystrybucyjnej i organizacyjnej. Mając powyższe na uwadze, dobrym punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest ogólny model komunikacji Gebnera (rys. 3)²⁹.



Rys. 3. Ogólny model komunikacji Gebnera: M (człowiek lub maszyna) postrzega E jako E1.

Istotną zaletą modelu Gebnera jest to, że umożliwia on wprowadzenie rozróżnienia między zdarzeniem będącym przedmiotem percepcji a per-

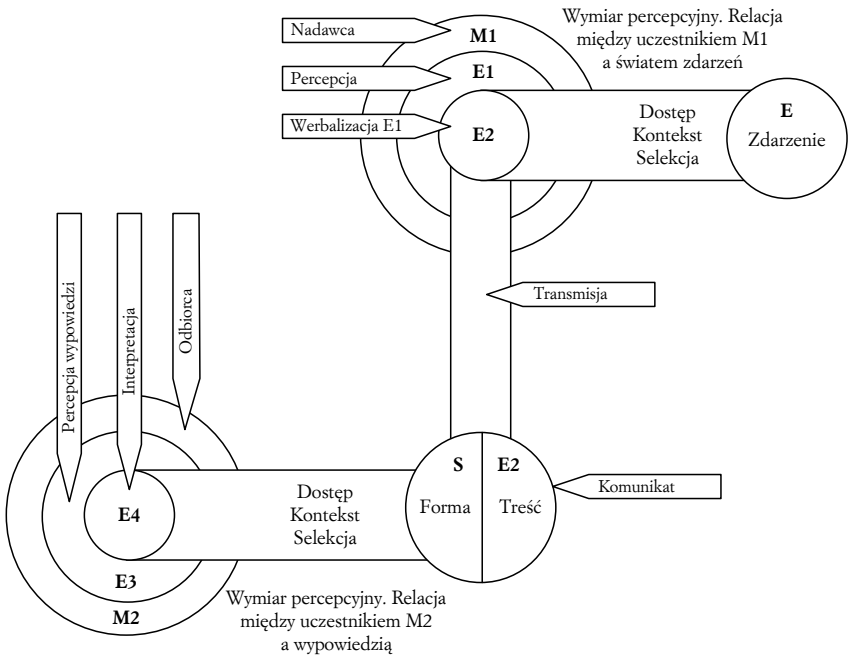
²⁹ Źródło: D. McQuail, S. Windahl, *Communication Models...*, s. 24.

cepcją tego zdarzenia przez uczestnika komunikacji. Omawiany model wyraźnie zakłada, że percepcja zdarzenia przez jednostkę jest uzależniona od kontekstu oraz od jej kognitywnych możliwości. Te ostatnie determinowane są jednak nie tylko psychosomatycznie, ale również przez mechanizmy determinujące selekcję informacji, w tym przez kategorie samego języka komunikacji. Chociaż model Gebnera wprost o tym nie mówi, to selekcja informacji dokonująca się w procesach percepcyjnych uwarunkowana może być również przez mechanizmy preselekcji związane z ograniczeniami określonych technologii komunikacyjnych. W rezultacie treść i forma informacji uzależniona jest nie tylko od czynników określanych tradycyjnie pojęciem kontekstu, ale również od możliwości technicznych użytej technologii do kontrolowania transmisji informacji. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy stwierdzić, że informacja nadana nie jest tożsama z obiektem lub zdarzeniem, o którym komunikuje.

Powyższa teza ma istotne znaczenie z punktu widzenia dyskursów o prawie. Jeśli informacja nie jest tożsama z obiektem/zdarzeniem, które komunikuje, to możliwe staje się odróżnienie prawa od ustawy lub normy od przepisu. Podobne rozróżnienie w ujęciu transmisyjnym jest dość kłopotliwe, ponieważ, jak już wspomniano wcześniej, w tym przypadku ani problem semantycznego znaczenia informacji, ani problem jej subiektywnego sensu nie odgrywa istotnej roli. W rezultacie konwergencyjne ujęcie komunikacji zakłada, że prawo jest szczególnym rodzajem wiedzy, a jego tworzenie i stosowanie jest szczególną praktyką związaną ze sposobami zarządzania wiedzą oraz z metodami jej przetwarzania i komunikacji. Dodatkowo, w ujęciu konwergencyjnym wiedza nie jest redukowana do jej językowej reprezentacji, ale jest również umiejętnością praktyczną nabywaną w dyskursie i wymagającą od jednostki rozwijania określonych zdolności.

Jeśli informacja nadana nie jest tożsama z obiektem lub zdarzeniem, o którym informuje, to jako przedmiot percepcji odbiorcy jest czymś innym niż zdarzenie będące przedmiotem percepcji nadawcy. Przedmiotem percepcji nadawcy jest albo formalna reprezentacja wiedzy, albo obiekt należący do rzeczywistości pozadyskursywnej. Przedmiotem percepcji odbiorcy jest natomiast zawsze zespół informacji tworzących w jego świadomości formalnie wyodrębnioną całość, tworzącą komunikat nadawcy. W tym kontekście konwergencyjny model dyskursu powinien uwzględniać nie tylko zmianę, jaka wynika z relacji pomiędzy uczestnikiem komunikacji a światem zdarzeń, ale również jaką wywołuje werbalizacja lub uznakowanie percepcji. Sam

proces werbalizacji percepcji pewnego obiektu, w celu komunikacji informacji na jego temat, wymaga dokonania wielu wyborów interpretacyjnych. Prawdopodobnie tego procesu może wymagać znajomości reguł kwalifikowania określonych zdarzeń w określony sposób. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że umiejętność kwalifikowania określonych zdarzeń, jako zdarzeń wywołujących skutki prawne, nie jest identyczna z umiejętnością interpretacji reguł prawnych. Potwierdza to powszechnie akceptowane w teorii prawa odróżnienie wykładni doktrynalnej od wykładni sądowej. Ta pierwsza ogranicza się do analizy pojęciowej, podczas gdy ta druga wymaga dodatkowo umiejętności podciągania określonych stanów faktycznych pod informację zawartą w przepisach prawa.



Rys. 4. Model ogólny dyskursu: adaptacja modelu Gebnera

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należy stwierdzić, że E (zdarzenie/obiekt) nie jest tożsame z E1 (percepcją zdarzenia/objektu), podobnie jak E1 nie jest tożsame z E2 (interpretacją percepcji w kategoriach systemu pojęciowego). Metaforycznie można więc powiedzieć, że podmiot ani nie

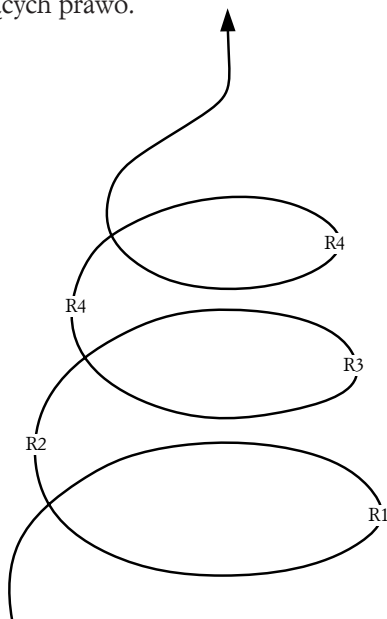
doświadcza, ani nie komunikuje rzeczywistości jako takiej, ale nieuchronnie nadaje jej znaczenie w granicach wyznaczanych przez swoją percepcję oraz narzucanych przez system pojęciowy, jakiego używa do jej zoperacjonalizowania. Tym samym interpretacja E2 zależy nie tyle od cech doświadczanego obiektu, co od sposobu ich ujawniania się doświadczeniu jednostki oraz od możliwości ich wpasowania w kategorie systemu pojęciowego, jakim jednostka się posługuje.

Podsumowując, konwergencyjne koncepcje komunikacji zakładają, że rozumienie (interpretacja) ma percepcyjną naturę. Percepcja może zależeć od relacji między obiektem i podmiotem, od przyjętego punktu widzenia, od komunikacyjnych i językowych kompetencji podmiotu, a także od szeroko rozumianego kontekstu społeczno-kulturowego, w jakim ten funkcjonuje. Wszystkie te elementy wpływają również na ocenę i wybory interpretacyjne jednostki, które znajdują swoje odzwierciedlenie zarówno w formie i treści nadanego komunikatu, jak i w sposobie jego odczytania. Powyższe rozważania ilustruje rys. 4.

Rysunek 4 w sposób schematyczny i uproszczony ilustruje przebieg dyskursu ograniczony do jednej wypowiedzi, dotyczącej jakiegoś zdarzenia komunikacyjnego lub obiektu w rzeczywistości pozajęzykowej³⁰. Warto przy tym pamiętać, że w przypadku rzeczywistego dialogu lub konwersacji, a więc dyskursów charakteryzujących się bezpośrednią i skierowaną reakcją zwrotną odbiorcy na wypowiedź nadawcy, przedmiotem percepcji odbiorcy jest wypowiedź nadawcy, a nie tylko semantyczno-syntaktyczny aspekt zdania wypowiedzianego przez tego ostatniego. Dlatego model dyskursu konwergencyjnego należałoby przedstawić w trzech wymiarach. W wyniku tego zabiegu kolejne moduły podstawowe tworzyłyby pnącą się ku górze spiralę, w której percepcja wypowiedzi wcześniejszej warunkuje kształt wypowiedzi późniejszej (rys. 5). W takim modelu każda kolejna wypowiedź jest uwarunkowana zarówno poprzez dotychczasowe reakcje odbiorcy na wypowiedzi wcześniejsze, jak i przez oczekiwane przez nadawcę reakcje na kolejną wypowiedź. Innymi słowy, każda wypowiedź determinuje przynajmniej w pewnym stopniu zbiór potencjalnych odpowiedzi, a założenia dotyczące możliwych odpowiedzi wpływają jednocześnie na treść i formę każdej kolejnej wypowiedzi. W tym sensie konwergencyjny charakter dyskursu jest

³⁰ W przypadku gdy przedmiotem komunikacji jest wypowiedź lub tekst, a nie obiekt należący do rzeczywistości pozajęzykowej, interpretacja zastępuje proces werbalizacji.

wynikiem dwustronnego oddziaływania na jego przebieg jednocześnie przez wszystkich jego uczestników. Przy czym fakt, że wszyscy uczestnicy dyskursu jednocześnie oddziałują na kształt i przebieg dyskursu nie oznacza od razu, że każdy z uczestników musi mieć taki sam lub ten sam wpływ na przebieg dyskursu. Konwergencyjny model komunikacji podkreśla jedynie, że dyskurs jest determinowany jednocześnie przez komunikacyjne działania nadawcy i odbiorcy. Tym samym prawo w ujęciu konwergencyjnym nie zależy wyłącznie ani od indywidualnej woli prawodawcy, ani od nieskrępowanej interpretacji organów stosujących prawo.



Rys. 5. Spirala konwergencji

W ujęciu konwergencyjnym, zarówno oczekiwania prawodawcy na temat możliwych interpretacji jego wypowiedzi, jak i konkretne interpretacje organów państwa są pochodną ich historycznego doświadczenia o skutkach wcześniejszych interakcji komunikacyjnych zachodzących między nimi. Prawo w takim ujęciu jest więc wynikiem dynamicznego procesu poszukiwania stanu równowagi w systemie, w obrębie którego zachodzą interakcje komunikacyjne.

Konwergencyjna koncepcja komunikacji uwzględnia nie tylko instrumentalno-techniczny, ale również szerszy, teleologiczno-aksjologiczny wymiar komunikacji. Uwzględnienie tego aspektu komunikacji pozwala na objęcie analizą mechanizmów przyjętych w konkretnych typach dyskursu, służących do korygowania ich przebiegu pod kątem realizacji określonych zadań z punktu widzenia ochrony określonych wartości. Tym samym konwergencyjna koncepcja komunikacji zakłada związek struktury dyskursu z jego celem, co powoduje, że skuteczność i racjonalność określonego dyskursu nie jest oceniana na podstawie apriorycznych i transcendentalnych warunków idealnej sytuacji mowy, lecz na podstawie stopnia realizacji warunków racjonalności związanych z przynależnością do określonego typu dyskursu, wyróżnionego ze względu na cel, do którego realizacji on służy.

1.3. Epistemologiczne założenia koncepcji komunikacyjnych

U podstaw obu powyżej omawianych koncepcji komunikacji leżą zasadniczo różne założenia epistemologiczne. W przypadku ujęć transmisyjnych komunikacja dokonuje się za pomocą obiektywnych informacji, a jej celem jest skuteczne zarządzanie jakimś układem. W przypadku ujęć konwergencyjnych komunikacja ma charakter dynamicznej interakcji między podmiotami, a jej celem jest osiągnięcie między nimi porozumienia³¹. Ujęcie konwergencyjne nawiązuje więc do etymologii słowa „komunikować”, a więc do łacińskiego czasownika *communicare* – czynić wspólnym – i dopuszcza konstytutywny charakter komunikacji dla rzeczywistości, natomiast koncepcja transmisyjna nawiązuje do sensu łacińskiego czasownika *transmittere* – przesyłać, przerosić, przekazywać – ograniczając rozważania o komunikacji do zagadnienia procesów kodowania, dekodowania i transmisji informacji, a więc formalnego aspektu komunikatu.

W koncepcji konwergencyjnej akcent rozważań kładzie się na percepcji wiadomości i na wpływie jej rozumienia na przebieg procesu komunikacji oraz na jego efekty³². Inaczej niż koncepcja transmisyjna, która zasadni-

³¹ Por. D. McQuail, S. Windahl, *Communication Models...*, s. 5.

³² Szerzej W. Schramm, *How Communication Works* (w:) W. Schramm (red.), *The Process and Effects of Mass Communication*, University of Illinois Press: Urbana 1954, s. 51–64;

czo pomijając problematykę sensu oraz rodzaju komunikowanej wiedzy, koncentruje się jedynie na wpływie komunikatu na zachowania odbiorców, koncepcja konwergencyjna podkreśla doniosłość obu tych zagadnień. Ujęcie transmisyjne akcentuje problem transmisji informacji niesionej przez język komunikatu, podczas gdy ujęcie konwergencyjne stara się objąć również wiedzę cichą, związaną z doświadczeniem i umiejętnościami indywidualnego podmiotu.

Konwergencyjne ujęcie komunikacji kwestionuje pogląd ograniczający komunikację do wymiaru językowego, ponieważ – jak słusznie zauważa Polanyi – ludzie wiedzą i komunikują więcej niż mogą powiedzieć³³. Wiele informacji, jakie wpływają na indywidualne rozumienie istnieje przecież jedynie względem konkretnej jednostki. Sens i znaczenie informacji nie są w tym ujęciu obiektywnymi elementami rzeczywistości, lecz nadawane są przez jednostkę w procesie percepcji informacji, dzięki czemu mogą być wykorzystywane przez nią do urzeczywistnienia określonych celów. Koncepcja konwergencyjna komunikacji akcentuje szczególnie mocno jeszcze dwie dodatkowe kwestie. Pierwsza dotyczy roli języka w tworzeniu, przekazywaniu oraz utrwalaniu paradygmatów kulturowych i społecznych, związanych ze społecznymi relacjami władzy, a druga związana jest z funkcją struktury komunikacji. Przedstawiciele ujęcia konwergencyjnego, a w szczególności w nurcie teorii krytycznej, w strukturze komunikacji, a więc regulach rządzących jej przebiegiem, upatrują zarówno lekarstwa przeciwko instrumentalnej roli języka, jak i drogi do prawdy i sprawiedliwości.

Koncepcja transmisyjna koncentruje się na instrumentalnej skuteczności komunikacji, a koncepcja konwergencyjna skupia się na wpływie procesów komunikacyjnych na ludzkie poznanie i ludzką wiedzę. Z tego też powodu oba ujęcia odwołują się do zasadniczo różnych metod interpretacji. Założenia epistemologiczne oraz przedmiot zainteresowania koncepcji transmisyjnej komunikacji sprawiają, że w naturalny sposób nawiązuje ona do analiz statycznych i ilościowych, podczas gdy w przypadku ujęć konwergencyjnych dominującą rolę odgrywają analizy dynamiczne i jakościowe, odnoszące pewne zjawiska społeczne do wartości przyjmowanych w określonej grupie.

F.E.X. Dance, *A Helical Model of Communication* (w:) F.E.X. Dance (red.), *Human Communication Theory*, Holt, Rinehart and Winston: New York 1967, s. 296.

³³ Szerzej M. Polanyi, *The Tacit Dimension*, Routledge & Kegan Paul Ltd.: London 1966, s. 4.

Powyższa analiza pozwala sformułować dwie tezy szczegółowe, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia trafności tezy T5. Pierwsza teza głosi, że określone reguły dyskursu są funkcjonalnie związane z jego celami, co pozwala mówić o różnych typach dyskursu. Inne reguły są konieczne lub wystarczające dla skuteczności dyskursów o charakterze transmisyjnym, a inne w przypadku dyskursów skierowanych na konwergencję. Druga teza głosi, że opisywanie i wyjaśnianie praktyk komunikacyjnych, służących osiągnięciu założonych celów, wymaga analizowania komunikatów w kontekście reguł zarządzania wiedzą w dyskursie. Dla prawnika oznacza to zanegowanie istnienia jednego, uniwersalnego modelu dyskursu prawnego oraz potrzebę uwzględniania w badaniach nad prawem zagadnień dotyczących komunikacyjnej skuteczności dyskursów prawnych i ich wytworów.

1.4. Analiza komunikacyjna

Celem analizy komunikacyjnej jest ocena dyskursów lub tekstów pod kątem zdolności ich struktury do osiągnięcia określonych celów. W konsekwencji koncentruje się ona na badaniu ich wewnętrznej struktury, tzn. relacji ich reguł i celów w założonym kontekście realizacji. Polega to w szczególności na badaniu konkretnych typów dyskursów lub tekstów w kontekście określonych w nich założeń na temat nadawcy i odbiorcy, przekazywanej wiedzy, mechanizmów i form użytych do jej komunikacji oraz kryteriów skuteczności. Dzięki takiej analizie możliwe jest porównanie i ocena konkretnych przykładów zdarzeń komunikacyjnych pod kątem ich przynależności do określonego typu i ewentualnie ustalenie, jakie wewnętrzne i zewnętrzne czynniki mogły zadecydować o ich skuteczności lub nieskuteczności. Główną zaletą tego podejścia jest jego analityczno-empiryczny charakter, dzięki czemu pozwala ono uwzględnić w badaniach nad dyskursem prawa kwestie rzeczywistych warunków komunikacji. W rezultacie możliwe staje się także przeanalizowanie pytania, czy modele racjonalnego dyskursu prawnego uwzględniają empiryczne warunki komunikacyjnej skuteczności procesów tworzenia i stosowania prawa, tzn. czy nie są one zbyt wyidealizowane, żeby stanowić kryterium oceny dyskursów prawnych w obu procesach?

W przeciwieństwie do klasycznych analiz strukturalistycznych, analiza komunikacyjna obejmuje nie tylko problem wpływu struktury komunikacji na treść komunikatu, ale również na warunki i ocenę jego skuteczności. Tym

samym analiza komunikacyjna dyskursów prawnych oraz tekstów prawnych nie koncentruje się na pytaniu, czym jest prawo, ale jak prawo determinowane jest przez strukturę i przebieg procesu komunikacji³⁴. Jej celem jest opis i wyjaśnienie działania określonych typów dyskursów lub tekstów prawnych z perspektywy ich funkcji i celów. Analiza komunikacyjna odstępuje przy tym od tradycyjnego podejścia, w którym dominuje założenie, że aby poznać system, trzeba go najpierw dokładnie opisać i poznać podstawowe jego elementy. Przyjmuje ona założenie zasadniczo odwrotne, zgodnie z którym sens i znaczenie elementu systemu jest determinowane przez dynamiczne relacje, w jakich ten element pozostaje z innymi elementami, które tworzą system. W przypadku dyskursów i tekstów prawnych wyabstrahowanie i wyizolowanie ich poszczególnych elementów oraz rozpatrywanie ich poza zbiorem wzajemnych odniesień i oddziaływań, prowadziłyby do utraty możliwości opisanie nie tylko ich funkcji, ale również wpływu ich wzajemnych relacji na status komunikowanej w nich wiedzy, co przyjęta tu metoda stara się uwzględnić.

1.4.1. Metodologiczny status analizy komunikacyjnej

Analiza komunikacyjna ma charakter analityczno-empiryczny. Jej istota polega na badaniu konkretnych dyskursów lub tekstów prawnych przy pomocy pojęć definiujących konkurencyjne modele komunikacji, w celu ich adekwatnego opisu oraz wyjaśnienia. Ogranicza to jej „filozoficzny konstrukttywizm” w doborze tez, a jednocześnie chroni przed subiektywizmem zarzucanym analizom psychologicznym i hermeneutycznym. Dzięki temu z jednej strony można uciec od zarzutów formułowanych pod adresem wszelkich teorii konstruktywistycznych, a z drugiej unika się mocnych ontologicznych założeń co do natury analizowanego zjawiska, nie popadając jednocześnie w skrajny poststrukturalizm, odrzucający możliwość wiedzy naukowej.

Analiza komunikacyjna, dzięki odwołaniu się do konkurencyjnych koncepcji komunikacji oraz różnych modeli tekstu, pozwala pokazać ograniczenia teorii realistycznych, nie zakładając przy tym konieczności kolektywnego

³⁴ W terminologii Wróblewskiego takie podejście przyjmuje postawę afilozoficzną. Szerzej zob. J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna i postawa afilozoficzna we współczesnej teorii prawa*, Studia Prawnicze (13) 1966, s. 60–89.