



ZASTOSOWANIE ETNOGRAFII W BADANIU PLURALIZMU PRAWNEGO

Pluralizm prawny stanowi szeroko dyskutowaną propozycję zmiany perspektywy w teorii prawa. Jest to reakcja na postępującą współcześnie globalizację, przejawiającą się w zacieraniu wyraźnych granic państwowych – zarówno tych fizycznych, jak i znajdujących odzwierciedlenie w zakresie władzy, jaką sprawować mogą nad jednostkami oraz zbiorowościami współczesne państwa. Wszystkie odmiany pluralizmu łączy pogląd, że współlistnieje ze sobą wiele różnorodnych porządków prawnych, istnieje jednakże szereg rozbieżności między autorami reprezentującymi ten nurt.

Przez pluralizm prawny należy rozumieć sytuację, w której obok przestrzeni wyznaczonej przez oficjalny system prawny danego państwa, niezależnie od oficjalnego prawa stanowionego (określanego często jako *municipal law*) funkcjonuje szereg innych systemów prawnych¹. Można wyróżnić mocny i słaby aspekt pluralizmu prawnego². W sensie słabym, pluralizm oznacza uznawanie przez prawo państwowe norm przynależących do systemów w tradycyjnej teorii prawa nie uznawanych za prawo (religijnych, etycznych, zwyczajowych itp.), za obowiązujące na równi z mocą przepisów *municipal law*. W takim ujęciu jednak nie obowiązują one poza granicami oficjalnego prawa stanowionego i tylko dzięki niemu posiadają status norm powszechnie obowiązujących.

W sensie mocnym pluralizm oznacza, że nie istnieje jedna reguła, czy jeden suweren, państwo, albo system, który regulowałby relacje między pozostającymi w konflikcie systemami prawnymi. W efekcie dochodzi do ciągłych konfliktów między nimi, a stała hierarchia nie jest w żaden

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ul. Bracka 12, 31-005 Kraków, e-mail: radoslaw.palosz@uj.edu.pl.

¹ M. Davies, *Legal Pluralism* [w:] *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, red. P. Cane, H.M. Kritzer, OUP 2012, s. 13.

² Zob. J. Griffiths, *What is legal pluralism?*, JLP, nr 24, s. 8 i n.

sposób ustalona. W takiej sytuacji prawo państwowe traci monopol na powszechne obowiązywanie, a rolę przypisywaną mu przez tradycyjną teorię prawa pełnić zaczynają również inne zbiory regul. Sytuacja utraty dominującej pozycji nie oznacza konieczności, że organy państwa będą za wszelką cenę walczyły z takim stanem. Nieraz okazać się może, że go ignorują, czy to z wyboru, czy przez nieświadomość istnienia alternatywnego porządku prawnego³. W niniejszym artykule analiza skupi się na pluralizmie w mocnym rozumieniu.

Linie podziału w ramach pluralizmu można też poprowadzić zgodnie z kryterium nastawienia wobec pojęcia prawa – wówczas wylaniają się dwie główne jego gałęzie⁴. Pierwszą z nich jest pluralizm esencjalistyczny, który zakłada, że należy badać funkcjonujące dziś porządki prawne w oparciu o pewne założone pojęcie prawa, które określać będzie jego istotę. To, co różni go od metod przyjętych w analitycznej teorii prawa, które wiążą się z oparciem analizy prawa z przyjęciem pewnych założeń go dotyczących, to uniezależnienie treści tego pojęcia od konkretnej kultury, a próba skonstruowania go w oparciu o założenia, które będą łączyć koherentnie rozmaite zjawiska, które niekoniecznie są w danej kulturze traktowane jako prawo⁵.

Przeciwnie pluralizm antyesencjalistyczny, który zgodnie z postulatem B. Tamanaha unika jakichkolwiek przedzałożeń wiążących się z rozumieniem pojęcia prawa. Przedmiot badań ma wyznaczać jedynie etykieta „prawo” przypisywana pewnej kategorii zachowań społecznych w danej kulturze. Ma to zapobiec nakładaniu przez badacza na pojęcie prawa wzorców kulturowych, do których przywykł. Ta druga odmiana pluralizmu wiąże się z zasadniczym problemem w postaci faktycznej niemożliwości odróżnienia tego, co rozumiemy jako prawo od innych praktyk społecznych – brak nam będzie kryteriów, aby przeprowadzić taką dystynkcję. Należy bowiem pamiętać, że dwie kultury mogą mieć zupełnie

³ M. Davies, *Legal...*, s. 13.

⁴ Zagadnienie to zostało dokładnie omówione w: A. Dyrda, T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii praw*, Kraków 2016, s. 147 i n. Autorzy bazują na rozróżnieniu B. Tamanahy, baczniejszą uwagę przykładając do pluralizmu antyesencjalistycznego.

⁵ Tamże, s. 147.

odmienne wyobrażenie o tym, czym jest prawo, przypisując ten termin kompletnie odmiennym przejawom działalności społecznej człowieka. Nie przyjmując założeń dotyczących koniecznych własności prawa, nie będziemy w stanie zdecydować, któremu z badanych zjawisk społecznych należy przydać walor prawa, a któremu nie. Możemy też przyjąć ekstremalnie inkluzywne rozumienie prawa, zaliczając do zbioru sprzeczne ze sobą koncepcje, ale wówczas nie doprowadzi nas ono do żadnych interesujących wniosków, uniemożliwiając dalszą konstruktywną analizę.

Pierwsza część niniejszego tekstu poświęcona będzie próbie przybliżenia wybranych koncepcji pluralizmu prawnego, w ich aspekcie metodologicznym. Analiza oprze się na koncepcji Tamanaha oraz G. Teubnera, który proponuje różnorodne systemy prawne badać nie w oparciu o analizę funkcjonujących w nich norm, a raczej traktować je jako złożone systemy komunikacyjne. Pluralizm będzie przy tym rozumiany jako pewne zjawisko faktycznie występujące, pewna koncepcja normatywna odnosząca się do tego, jak powinno wyglądać prawo.

W drugiej części nastąpi przedstawienie propozycji zastosowania do badania zjawiska pluralizmu prawnego bazującego na założeniach antyesencjalistycznych metody etnograficznej. Etnografia jako metoda badań jakościowych, pozwala lepiej niż większość innych metod badań stosowanych w naukach społecznych poznać analizowany fenomen z perspektywy osób żyjących w danej społeczności. Odbywa się to jednakże kosztem potencjalnie daleko idącej subiektywizacji badań, co zdaje się nie do uniknięcia w sytuacji, w której badacz świadomie zmniejsza dystans między sobą, a badaną społecznością. Wydaje się jednak, że mimo to etnografia może być metodą wyjątkowo skuteczną dla celów, jakie przed teorią prawa stawia Tamanaha – aby przeanalizować zachowania określone mianem „prawo” bez czynienia wstępnych założeń. Oczywiście zastosowanie etnografii nie spowoduje, że problemy istniejące w założeniach pluralizmu antyesencjalistycznego przestaną istnieć. Wydaje się jednak, że użycie tej metody zbliżyć może badacza do przyjęcia możliwie jak najmniejszej liczby założeń zanim przystąpi on do analizy. Skłaniający się ku etnografii naukowcy bowiem co do zasady modyfikują w toku badań przyjmowane początkowo hipotezy w miarę uzyskiwania wcześniej

niedostępnych informacji z życia badanej społeczności. Wobec tego, zastosowanie metody etnograficznej, zwłaszcza zaś w jej ramach obserwacji uczestniczącej, mogłoby pomóc w określeniu przedmiotu badań pluralisty antyesencjalistycznego.

1. Pluralizm prawny

Jak zostało już wspomniane, pluralizm prawny jest poglądem, zgodnym z którym w obrębie danej przestrzeni geopolitycznej znajduje się więcej niż jeden system prawny⁶. Definicja wygląda na nieskomplikowaną, jednakże budzi szereg wątpliwości. Nie jest to zjawisko nowe. Historycznie wielość porządków prawnych była wyraźnie widoczna w czasach średniowiecza, kiedy osią podziału były przynależność stanowa jednostki (oddzielne prawo dla chłopstwa, mieszczan i rycerstwa/szlachty) oraz to, jaka instytucja ustanowiła dany porządek prawny (czy był to król, czy władze kościelne, albo rady miejskie)⁷. Nowożytność przyniosła zmianę w tej mierze i postępującą centralizację prawa, aż do ujednoczenia systemu i skupienia władzy w rękach jednego suwerena. Ewolucja ta doprowadziła do współcześnie dominującego rozumienia prawa i jego monistycznego pojmowania – inne niż prawo państwowe systemy normatywne nie mogą być traktowane jako prawo, o ile prawo oficjalne nie przyda ich normom takiego waloru. Problem pluralizmu prawnego powrócił na nowo w czasach, gdy ludy podległe państwom kolonialnym po części w dalszym ciągu stosowały się do tradycyjnie używanych przez siebie zasad, podczas gdy obowiązywały je narzucone przez Europejczyków przepisy⁸. Niejednokrotnie oznaczało to wyrwanie ich z kontekstu, a co za tym idzie, odjęcie skuteczności ich działaniu. Nie zawsze też państwo kolonialne było w stanie rozciągnąć swoją jurysdykcję na całość rzeczywistości społecznej, przez co ustanowione przez nie normy nie były *de facto* powszechnie obowiązujące.

⁶ M. Davies, *Legal...*, s. 13.

⁷ B.Z. Tamanaha, *Understanding legal pluralism – past to present, local to global*, LSRPS 2008, s. 6.

⁸ Tamże, s. 11–18.

Podstawowym, sygnalizowanym we wstępie, problemem koncepcji pluralistycznych w ujęciu antyesencjalistycznym jest to, że stają się one zbyt inkluzywne, jeśli nie zdołają podać definicji prawa, która byłaby użyteczna i pozwalala wiarygodnie oddać jego charakter. Wówczas rozważania oparte na pluralizmie przestają być interesujące. Pytanie „czy jest prawo” jest bowiem zagadnieniem nierozstrzygniętym ostatecznie przez wieki namysłu filozoficznego i zdaje się nie posiadać definitywnej odpowiedzi. Jednak umiejąc definitywnie określić, jakie cechy przydajemy prawu, byłibyśmy w stanie bez wątpliwości wskazać, który system jest prawem, a który nie – wówczas ambitne przedsięwzięcie pluralizmu prawnego stałoby się niepotrzebne. Jak na razie zwolennicy pluralizmu nie byli w stanie sprostać owemu zadaniu w tradycyjny sposób, mimo, że podejmowany był szereg prób na poradzenie sobie z tym problemem, który jednakże okazuje się na tyle poważny, że w jego obliczu John Griffiths, największy do pewnego czasu orędownik pluralizmu prawnego uznał, że używanie tego terminu jest nieuzasadnione i należy mówić raczej o pluralizmie normatywnym, tudzież pluralizmie środków kontroli społecznej⁹. Zanim posunął się do tej deklaracji, stał na stanowisku, że prawo jest tożsame z tym, co Sally F. Moore określiła mianem pół-autonomicznego pola społecznego (*semi-autonomic social field*, SASF), przez co należy rozumieć przestrzeń społeczną zdolną do tworzenia i egzekwowania norm. Koncepcja Moore podkreśla powstawanie reguł jako praktyki działania danej wspólnoty – zarówno osób związanych z przemysłem odzieżowym w Nowym Jorku, jak i rdzennej ludności zamieszkującej okolice Kilimandżaro, postępujących wedle reguł zgodnych z prawem, niezgodnych z nim i od niego niezależnych. Praktyka wykonywanych przez nie czynności doprowadziła do powstania samodzielnego zbioru reguł, który w najszerszym stopniu wpływał na ich działania¹⁰.

Griffiths uznał, że propozycja SASF odpowiada lansowanej przez niego, pluralistycznej koncepcji prawa. Teza ta została jednakże skrytykowana przez samą twórczynię tej konstrukcji, która stanęła na stanowisku, że takie potraktowanie prawa nie pozwoliłoby go odróżnić od ogromnej

⁹ Tamże, s. 34.

¹⁰ M. Davies, *Legal...*, s. 9.

większości aktywności społecznych, w które zaangażowany jest człowiek¹¹. W środowisku entuzjastów koncepcji pluralizmu prawnego socjologiczne podejście, traktujące prawo jako proces jest jednak bardzo żywe. Źródłem wytwarzania norm prawnych jest nie jakiś zewnętrzny organ państwowy, a to działanie poszczególnych jednostek wyznacza, które reguły traktują one jako prawo i w jaki sposób reguły te są stosowane w praktyce życiowej. Prawo więc staje się bytem płynnym, dynamicznym i podlegającym ciągłym zmianom, silnie zakorzenionym w działaniach jednostek wchodzących w skład zbiorowości¹².

1.1. Perspektywa G. Teubnera

Jednym z popularniejszych przykładów erozji *municipal law* jest tu status *lex mercatoria* – reguł stosowanych w międzynarodowym obrocie handlowym służących do ugodowego rozwiązywania sporów niezależnie od systemu prawnego danego państwa. Na wyjątkowy charakter *lex mercatoria* zwraca uwagę G. Teubner¹³. System ten jest często bardziej skuteczny niż droga sądowa, nie wiąże się bowiem dla przedsiębiorców z tak wysokimi kosztami, chroniąc przy tym ich reputację¹⁴. Innym przykładem może być społeczność nowojorskich handlarzy diamentów, dla których spór sądowy jest tak dalece niepożądany, że stworzyli oni sprawnie działający system wewnętrznego rozstrzygania sporów, w którym główną i skuteczną sankcją jest narażenie ich reputacji na szwank¹⁵. *Lex mercatoria* jest przejawem wciąż pogłębiającego się procesu globalizacji – dotyczy nie tylko prawa, ale też wszelkich innych dziedzin ludzkiej działalności, jak służba zdrowia, wojskowość, czy transport¹⁶. Zjawisko działania „ponad” strukturami państw jest katalizowane przez opisane przez K. Mannheim

¹¹ Najważniejsze argumenty dyskusji zostały zwięźle przedstawione w: B.Z. Tamanaha, *Understanding...*, s. 32–33

¹² M. Davies, *Legal...*, s. 19–21.

¹³ G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society* [w:] *Global Law Without a State*, red. G. Teubner, Dartmouth 1997, s. 3–8.

¹⁴ B.Z. Tamanaha, *Understanding...*, s. 22.

¹⁵ System ten opisuje L. Bernstein, *Opting out of the legal system: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, JLS 1992, nr 21, s. 115–157.

¹⁶ G. Teubner, *Global...*, s. 6.

provincje kulturalne (*cultural provinces*), to jest autonomiczne sektory społeczeństwa¹⁷. To przede wszystkim one są odpowiedzialne za wprowadzanie zmian w funkcjonowaniu życia społecznego w skali globalnej, państwowe systemy polityczne bowiem działają wciąż w oparciu o model odizolowanych od siebie bytów prawnych, tylko w ograniczonym stopniu wchodzących między sobą w interakcję. Dążenie do realizacji swych interesów przez poszczególne społeczności peryferyjne, prowadzi do kształtowania się wielkiej różnorodności „mikro-społeczeństw”, które działają niezależnie od państwowej przynależności ich członków. Ze względu na intensywność i różnorodność interakcji między ludźmi w tych społecznościach, poszczególne dziedziny życia rozwijają się w dynamiczny sposób, za którym prawo państwowe nie nadąża, nie posiadając często aktualnych rozwiązań na aktualnie występujące problemy. Teubner wywodzi, że wobec prężnego funkcjonowania *social peripheries*, to jest społeczności, które działają niezależnie od organizmów państwowych¹⁸, to w ich ramach rozwija się *living law*, które uzupełnia, ale niejednokrotnie i zastępuje prawo stanowione przez państwa, odpowiadając na aktualne problemy tworzących je grup.

W związku z powyższym, Teubner proponuje zmianę nacisku w badaniu pluralizmu prawnego z samych grup społecznych na dyskursy i sieci komunikacyjne, które wytwarzają się między ludźmi – to one wszak stanowią podstawę dla dynamicznej, międzynarodowej działalności. Ze względu na to, szczególnie przydatną do tego zadania metodą jest jego zdaniem zastosowanie obserwacji drugiego rzędu, to znaczy obserwowanie obserwacji na temat praktyki prawniczej, które dokonywane są z perspektywy interesującego nas porządku normatywnego, co ma umożliwić określenie, gdzie znajdują się właściwe ośrodki powstawania norm prawnych¹⁹. Badając systemy prawne z perspektywy pluralistycznej, powinniśmy według Teubnera skupić się nie tyle na normach, co na „samoorganizującym się procesie wzajemnego ustanawiania aktów prawnych i struktur

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Tamże, s. 7.

¹⁹ Tamże, s. 11.

prawnych²⁰. Pluralizm prawny staje się więc zjawiskiem funkcjonowania koło siebie różnorodnych procesów komunikacyjnych, powołane są w celu identyfikacji danej sytuacji jako legalnej albo nielegalnej²¹.

1.2. Koncepcja B. Tamanaha

Brian Tamanaha zajmuje stanowisko korespondujące z przyjętym przez Teubnera, odmawiając udzielenia z góry odpowiedzi na to, czym jest prawo i odwołując się do konieczności pozostania przy konwencjonalnym rozumieniu słowa „prawo” w danej społeczności. Podkreśla przy tym, że należy unikać skrajności między przyznawaniem *municipal law* wyłącznej kompetencji do legitymizowania norm prawnych danej społeczności a uznaniem, że jego rola nie jest wcale większa w kreowaniu złożoności różnych porządków prawnych. Potraktowanie jako punktu odniesienia praktyki społecznej pozostaje jednak zasadniczym punktem jego odpowiedzi na pytanie o to, co traktować jako prawo w rozumieniu pluralizmu²².

Zdaniem Tamanaha, prawo stanowi pojęcie potoczne (*folk concept*), nie zaś kategorię naukową. Nie jest możliwe jego zdaniem naukowe opisanie pojęcia prawa, ze względu na to, że jego znaczenie zależy ściśle od czasu i miejsca, w którym ludzie posługują się tym słowem, opisując inne zjawisko społeczne zależnie od sytuacji. Owych różnych przejawów prawa nie sposób sprowadzić do pewnego wspólnego zestawu własności, który wykraczałby poza roszczenie do reprezentacji pewnego autorytetu normatywnego – co powoduje, że nie mogą one stanowić jednego przedmiotu namysłu naukowego²³. Tamanaha wskazuje, że porządkowanie życia społecznego odbywa się wedle 6 systemów normatywnych, tj. oficjalnego systemu prawnego, systemu zwyczajowego, systemu religijnego, systemu ekonomicznego/kapitalistycznego, systemu funkcjonalnego, systemu społecznego²⁴. Systemy te wchodzą między sobą w różnorakie

²⁰ Tamże, s. 12.

²¹ Tamże, s. 13.

²² B.Z. Tamanaha, *Understanding...*, s. 59–63.

²³ Tamże, s. 35.

²⁴ Dokładny opis systemów zob. tamże, s. 37–42.

konflikty – zarówno w ramach danego typu norm, jak i pomiędzy różnymi systemami – które napędzane są przez interesy poszczególnych grup, z których każda kieruje się wskazaniem różnych z tych systemów w różnym stopniu. Co ma duże znaczenie, grupy te są w pełni świadome, że każdy z tych systemów przyznaje sobie autorytet dla kierowania ludzkim zachowaniem, ma możliwość wywierania wpływu w ramach danej sfery społecznej, a także są świadome niespójności podstawowych norm i procedur istniejących w ramach tych systemów. Wobec tego normy poszczególnych systemów stają się dynamicznie zmieniającym się narzędziem w rękach poszczególnych grup społecznych chcących zrealizować swoje interesy – w takiej sytuacji nie jest możliwe określenie jakiejś istoty prawa, jako bytu podlegającego ciągłym zmianom²⁵.

Wobec powyższego, badanie prawa winno oprzeć się, zdaniem Tamanaha, na każdorazowym opisanu aktualnego układu norm należących do rozmaitych systemów normatywnych, które stanowią prawną podstawę działania danej grupy. Granice tak rozumianego prawa mają być określone w oparciu o to, do których norm członkowie danej społeczności odnoszą się jako do prawa. Oczywiście, podejście to, jakkolwiek kuszące, wiąże się z doprowadzeniem do sytuacji, że nie będzie możliwe skonstruowanie bardziej generalnej teorii bez przyjęcia generalnych założeń do tego, czym jest prawo – co dynamiczna koncepcja Tamanaha uniemożliwia, jak kryterium przyjmując jedynie perspektywę danej społeczności.

Opisywanych wyżej niejasności prowadzących do chaosu pojęciowego można uniknąć poniekąd odwołując się do stanowiska Tomasza Gizberta-Studnickiego i Adama Dyrdy, wedle których przydawanie przez teorię analityczną miana prawa innym systemom normatywnym niż *municipal law* jest zbędne, gdyż można badać współlistniejące i często kolidujące z nim systemy normatywne, porównując je do prawa państwowego, co może pomóc w odpowiedzi na pytanie, co odróżnia je od prawa, a tym samym, jakie cechy prawa nie przysługują (albo przysługują w odróżnieniu od innych systemów normatywnych). Traktowanie zaś jako punktu wyjścia prawa tradycyjnego jest z wielu względów uzasadnione, zwłaszcza

²⁵ Szczegółowy opis zależności i technik walki między systemami zob. tamże, s. 42–58.

przez to, że pomaga usystematyzować określoną teorię²⁶. Przyjęcie jednakże tego typu założenia spowodowałoby w konsekwencji przyjęcie esencjalistycznej koncepcji pluralizmu, co zasadniczo zmieniloby rolę, jaką może w jego badaniu odegrać metoda etnograficzna. Celem niniejszego tekstu jest zaś analiza tego, w jaki sposób obserwacja uczestnicząca może przyczynić się do osłabienia negatywnych konsekwencji, jaką niesie za sobą założenie pluralizmu antyesencjalistycznego o unikaniu przyjmowania konkretnej interpretacji pojęcia prawa u początku badań.

2. Badania jakościowe

Obserwacja uczestnicząca jest jedną z metod prowadzenia badań jakościowych, stąd wypada przedstawić ich ogólną charakterystykę. Zgodnie z popularną definicją, badania jakościowe są wykorzystywanym przede wszystkim w naukach społecznych rodzajem badań i opierają się w zasadniczym stopniu na obserwacji pewnych zjawisk społecznych poprzez bezpośredni kontakt z ludźmi oraz zrozumienie i przyjęcie ich perspektywy na dany temat badawczy. Uznaje się, że do typowych cech badań jakościowych należą: odbywanie się w warunkach naturalnych, a nie laboratoryjnych, dążenie do opisu całości czynników, które wpływają na określone zachowania jednostek w danej grupie, a także aktywna rola badanych osób w procesie badawczym²⁷. Poza obserwacją uczestniczącą do tej grupy należą też takie metody jak obserwacja bezpośrednia, analiza dokumentów, wywiady, czy analiza przypadków.

Obserwacja uczestnicząca jest z niechęcią traktowana przez naukowców reprezentujących pozytywistyczny nurt w socjologii. Odnosi się to w pewnym zakresie również do pozostałych metod jakościowych. Pozytywizmowi bliższe są metody badań ilościowych, jako zakładające dążenie do obiektywnie weryfikowalnych faktów, niezależnych od subiektywnego obrazu świata czy to osób badanych, czy to samego badacza. Warto więc prześledzić podstawowe różnice między badaniami jakościowymi i ilościowymi.

²⁶ T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, *Czy systemowość jest konieczną cechą prawa [w:] Systemowość prawa*, red. Z. Pulka, AUWPPA 2016, nr 104, s. 19–37.

²⁷ J. Kirk, M.L. Miller, *Reliability and Validity in Qualitative Research*, Newbury Park 1986, s. 9.

Badania jakościowe służą temu, aby określić, czy jakiś fakt społeczny zachodzi, czy nie i opisać wszelkie jego aspekty w jak najdokładniejszy sposób. Nie są w stanie odpowiedzieć jednak na pytanie jak kształtuje się dystrybucja danego faktu w społeczeństwie – to znaczy ile osób reprezentuje jakieś stanowisko, czy zgadza się z danym poglądem. To jest już zadanie badań ilościowych²⁸.

Zasadniczą odmiennością, która wpływa na kształt metod zaliczanych do każdej z tych grup, są różne założenia epistemologiczne i ontologiczne leżące u ich podstaw. Podczas gdy metody ilościowe opierają się na rozumowaniach dedukcyjnych, nakazując przed podjęciem badań skonstruowanie teorii, która ma zostać zweryfikowana w ich toku, metody jakościowe preferują rozumowania indukcyjne, teorię tworząc dopiero w oparciu o zdobyte dane. Podąża za tym kolejna odróżniająca obie szkoły cecha, to znaczy wspomniane już dążenie do obiektywnego ujęcia rzeczywistości w badaniach ilościowych z jednej strony, a z drugiej koncentracja nie tyle na poznaniu faktów obiektywnie weryfikowalnych, co tych, które istnieją tylko o tyle, o ile dana społeczność przydaje im cechę istnienia w przypadku badań jakościowych²⁹.

Z powyższych względów, to znaczy postulowanego obiektywizmu badań ilościowych oraz przyjmowania do pewnego stopnia perspektywy subiektywnej przez prowadzących badania jakościowe, paradygmat pozytywistyczny często nie jest przyjmowany przez tych ostatnich. Starają się oni podążać ścieżką interpretywistyczną, to znaczy przyjmują, że ludzie są zarówno produktem środowiska, w którym przyszło im żyć, jak i modyfikują je przez sposób, w jaki się do niego odnoszą. Z tego względu, aby zrozumieć daną grupę ludzi, należy postarać się zrozumieć środowisko takim, jakim się im ono wydaje³⁰.

Powyższe różnice nie powodują jednak, że zastosowanie jednej z metod wyklucza zastosowanie innej, a wręcz przeciwnie – mogą się one nieraz uzupełniać. Zwykle się przyjmować, że badania jakościowe służą

²⁸ L. Webley, *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research* [w:] red. P. Cane, H.M. Kritzer, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP 2012, s. 3.

²⁹ Tamże, s. 5.

³⁰ Tamże.

z reguły do wstępnego rozeznania się w danym temacie, a ich wyniki mogą być przydatne do stworzenia teorii pod dalsze ilościowe badania empiryczne. Niektórzy badacze uważają, że badania jakościowe z powodzeniem mogą być prowadzone zgodnie z wytycznymi pozytywizmu, gdyż zasady rozumowania, które są w nich wykorzystywane są takie same³¹. Inni uważają, jak wspomniany już Danny Jorgensen, że ograniczając się do pozytywizmu, nie wykorzystuje się ich pełnego potencjału. Podkreślić też warto możliwość przeprowadzenia badań zgodnie ze schematem „ilościowej kanapki” (*quant sandwich*), to znaczy rozpoznanie terenu przez badania jakościowe, stworzenie solidnej bazy danych w wyniku badań ilościowych i pogłębienie uzyskanych w ten sposób wyników przy pomocy kolejnej serii badań jakościowych³².

Z powyższego wynika, że badania jakościowe są w stanie dostarczyć informacji na temat sfer niedostępnych dla badań ilościowych. Te ostatnie bowiem nie są przeznaczone do badania samych cech zjawisk społecznych, które raczej opisuje się w teorii poprzedzającej przeprowadzenie samego badania, w oparciu o dane z innych źródeł, bądź też przyjęte jako założenia przez badacza. Z kolei dobrze przeprowadzone badania jakościowe są niezastąpione, dla opisu danego zjawiska z wielu perspektyw – oceny, jak postrzegają je osoby, których ono bezpośrednio dotyczy, jak jest ono przez nie oceniane, ale też w jaki sposób same przyczyniają się do jego występowania³³. W istocie jest dyskusyjnym, czy metodologia zakładająca opis danego zjawiska w świetle z góry przyjętej teorii pozwoli na holistyczne opracowanie danej problematyki. Trudno, o ile to w ogóle możliwe, opisać rzeczywistość społeczną jak przyrodniczą, nie starając się równocześnie zrozumieć i uwzględnić opinii badanych poprzez modyfikację, uzupełnienie, bądź ograniczenie zbioru przyjętych założeń.

W metodologii badań jakościowych to badacz jest przede wszystkim narzędziem gromadzenia danych, ze wszystkimi tego zaletami i wadami³⁴.

³¹ G. King, R.O. Keohane, S. Verba, *Designing Social Inquiry Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton 1994, s. 3.

³² H. Genn, *Hazel Genn and Patos to Justice [w:] Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*, red. S. Halliday, P. Schmidt, CUP 2009, s. 231.

³³ L. Webley, *Qualitative...*, s. 10.

³⁴ Tamże, s. 11.

Oznacza to też, że konkretne metody utrwalania informacji pozostawione są jego uznaniu. Taka sytuacja wymaga od prowadzącego badania wyjątkowej dokładności, skrupulatności, przygotowania i umiejętności improwizacji. Istnieje więc większe ryzyko obarczenia badań wadami już na etapie gromadzenia danych. W zamian jednakże otrzymuje możliwość swobodnego dopasowania stosowanych metod gromadzenia danych tak, aby były one jak najbardziej adekwatne do charakteru badanej społeczności.

Różnorodną postawę można zająć również wobec metody analizy danych zgromadzonych podczas badań. L. Weber w swojej publikacji opisuje 3 główne metody opracowywania danych zgromadzonych w toku prowadzenia badań. Są to kodowanie, analiza dyskursu, a także teoria ugruntowana. Pierwsza z metod opiera się w czystej postaci na przypisaniu poszczególnym słowom pewnych symboli kodowych, aby usystematyzować zgromadzone dane. W następnej kolejności następuje analiza częstości występowania danych sformułowań, tego, w jakich miejscach występują i z jakimi słowami się łączą. Istnieje też zmodyfikowana wersja tej metody polegająca nie tyle na kodowaniu słów, co pewnych fraz i wypowiedzi niosących za sobą podobną jakościowo informację. Ma to pozwolić na uchwycenie kontekstu i sytuacji, w których używane są dane wypowiedzi. Z kolei analiza dyskursu również bazuje na kodowaniu, jednakże wykorzystuje je w inny sposób. Kodowane są pewne zjawiska ujmowane z perspektywy badanego, zaś każdy opis danego zjawiska łączony jest z pewnym wartościowaniem, które przypisuje. Analiza ta opiera się na założeniu, że język jest zarówno konstruowany przez użytkowników, jak i konstruuje ich rzeczywistość, stąd badania te są bardzo drobiazgowo i stawiają dużo większy nacisk na strukturę wypowiedzi niż kodowanie. Kładziony jest też nacisk na te elementy opisu, które w wypowiedzi zostały pominięte, lub nie uwzględnione. Posługując się analizą dyskursu, pozwala się też badaniem zweryfikować ustalenia poczynione przez badacza. Z kolei teoria ugruntowana nie może być traktowana jedynie jako forma opracowania zgromadzonych danych, stanowiąc całościową koncepcję prowadzenia badań. Opiera się ona na ciągłej weryfikacji skąpej z początku teorii i jej rozbudowywaniu w ciągu trwania projektu w oparciu o gromadzone dane. Na każdym etapie badań, prowadząca je osoba

systematyzuje w uznany przez siebie za właściwy sposób dane, które służą do ciągłej weryfikacji hipotez stawianych w trakcie badań. Każda kolejna faza projektu skutkuje coraz to bardziej abstrakcyjnymi teoriami, a efektem jest taka teoria, która nie wymaga dalszych modyfikacji, potwierdzają ją bowiem gromadzone dane³⁵.

Między dwoma pierwszymi, a ostatnią metodą istnieje podstawowa różnica polegająca na roli teorii w ich funkcjonowaniu. Kodowanie oraz analiza dyskursu przyjmują pewną teorię wyjściową, która ma w wyniku analizy danych ulec weryfikacji bądź obaleniu. Teoria ugruntowana dąży do tworzenia teorii *ad hoc* i jej doskonalenia w trakcie badań. W kontekście wszystkiego, co zostało dotychczas powiedziane, stanowi to znaczący problem z perspektywy podejścia do nauk społecznych. Teoria ugruntowana może wydawać się o tyle kusząca, że pozwala na modyfikację błędnych ustaleń poczynionych z góry bez znajomości danej grupy badawczej. Bieżąca modyfikacja teorii na podstawie zgromadzonych danych zdaje się obiecywać jej większą zgodność z rzeczywistością nawet wobec zweryfikowanej teorii przyjętej przed rozpoczęciem badań. Może to jednak być tylko wrażenie pozorne, wiele czynników bowiem wpłynąć może na rzetelność gromadzenia i oceny danych. Nie ma gwarancji, że istotne informacje nie zostały pominięte, albo potraktowane jako mniej ważne niż są w rzeczywistości. Co więcej, występuje pokusa badacza do takiego modyfikowania toku badań, aby powstała teoria pasowała do przyjętych przezeń u ich początku założeń. W przypadku badań, które dążą do weryfikacji z góry przyjętej teorii, te zagrożenia wydają się mniej realne, istnieje bowiem konkretny punkt odniesienia, który ogranicza samowolę badacza.

3. Specyfika metody etnograficznej

Etnografia, której najbardziej znaną formą jest obserwacja uczestnicząca (z tego względu pojęcia te używane będą zamiennie), zdaje się w najbardziej jaskrawym stopniu realizować specyficzne cechy metod jakościowych. Wiąże się z uwzględnianiem subiektywnej perspektywy

³⁵ Tamże, s. 16–21.

członków badanej społeczności. Z tego względu, jeśli mowa o badaniu pewnej zbiorowości pod kątem pytania stawianego przez pluralistów, należy określić, co dana zbiorowość traktuje jako prawo? A jeśli uznaje również jakiś inny porządek normatywny, niż oficjalne prawo państwowe, to czy powinniśmy przydać mu znaczenie prawa, zwłaszcza uwzględniając perspektywistyczne bardziej niż pozytywistyczne zabarwienie omawianej metody? Etnografia otwiera przed badaczem szczególnie obiecującą możliwość wskazania możliwych sposobów na rozstrzygnięcie tej kwestii.

W polskiej literaturze z trudem odnaleźć można publikacje poświęcone etnografii i obserwacji uczestniczącej, a pozycje polskojęzyczne są zwykle tłumaczeniami zachodnich. Metoda ta nie cieszy się najlepszą opinią wśród badaczy ze względu na panujący od XIX w. paradygmat pozytywistyczny, nakazujący stosowanie metody naukowej charakterystycznej dla nauk przyrodniczych również w stosunku do nauk społecznych³⁶. Rzeczywiście, jeśli do oceny danej metody przyjąć kryteria pozytywistyczne, obserwacja uczestnicząca daleka będzie od ideału. Wynika to z faktu, że przyrządy obiektywnie rejestrujące rzeczywistość odgrywają w niej rolę drugorzędą, a do badań podchodzi się często bez wyraźnie określonych założeń konstytuujących teorię, która ulec ma weryfikacji. Najważniejsze zadanie przypada samemu badaczowi, który poza oczywistą koniecznością bezpośredniego gromadzenia informacji, powinien ponadto być w stanie wzbudzić zaufanie członków społeczności, do której postanowił dołączyć w celu przeprowadzenia badań. Prowadzi to do sytuacji, w której sposoby prowadzenia badań w konkretnym projekcie będą opracowywane na jego specyficzne potrzeby i modyfikowane w jego trakcie, a co gorsza całość może zakończyć się porażką ze względu na niedostatki umiejętności społecznych czy interpersonalnych badacza, które przy innych metodach nie mają znaczenia. Brak jednolicie określonych sposobów prowadzenia obserwacji uczestniczącej w połączeniu z fundamentalną rolą cech osobistych badacza jest bowiem czymś niespotykanym, a ponadto niepożądanym w naukach przyrodniczych dążących do jak największego oddzielenia efektów badań od osobistych cech badacza. Z tych powodów Jorgensen proponuje, aby omawianą metodę

³⁶ D.L. Jorgensen, *Participant Observation*, USFSSW 1989, s. 7.

sklasyfikować jako mieszczącą się w kategorii metod nie pozytywistycznych, a humanistycznych. Nie wyklucza jednak, że może być ona również użyteczna jako część badań pozytywistycznych, jednakże wówczas nie zostanie wykorzystany jej pełny potencjał³⁷.

Obserwacja uczestnicząca jest zasadniczo kojarzona z naukami społecznymi, takimi jak socjologia czy etnologia, a pierwszym skojarzeniem, które przychodzi na myśl, kiedy poruszany jest jej temat, to *Życie seksualne dzikich* Bronisława Malinowskiego³⁸. Pozycja ta stanowi swego rodzaju *pars pro toto* zastosowania omawianej metody. Kiedy jednak mowa o badaniach nad prawem, obserwacja uczestnicząca wydaje się metodą zupełnie nieprzydatną – wszak namysł prawniczy to namysł normatywny, a omawiana metoda służy opisaniu praktyk społecznych, relacji międzyludzkich i tego, jak te społeczności funkcjonują. Daleko salom sądowym, kancelariom adwokackim, czy biurom notariusza do wiosk ludów Melanezji. Badanie samego prawa podlega zwykle analizie językowej, czy to przy pomocy utrwalonych reguł wykładni, czy też z teoretycznoprawnego punktu widzenia przez analizę pojęciową. Jest to nic dziwnego – prawnicy przyjmują, że podstawą, a może całością funkcjonowania prawa jest właśnie rzeczywistość językowa określająca nie fakty, a normy.

Aby więc uznać obserwację uczestniczącą za narzędzie użyteczne do badania prawa, należy przyjąć, że wiedzę na jego temat można osiągnąć badając również społeczne zachowania ludzi na co dzień z nim obcujących. Podobną perspektywę przyjmuje John Flood, który uczynił z obserwacji uczestniczącej i ustnych wywiadów podstawę swojej działalności naukowej. Powołując się na badania prowadzone wśród *barrister clerks*³⁹ argumentuje, że jest ona metodą pozwalającą dotrzeć do informacji

³⁷ Tamże, s. 9.

³⁸ B. Malinowski, *Życie seksualne dzikich w Północno-Zachodniej Melanezji: miłość, małżeństwo i życie rodzinne u krajowców z Wysp Trobriandzkich brytyjskiej Nowej Gwinei*, Warszawa 1938.

³⁹ *Barristers' clerk* to w systemie anglosaskim urzędnik niższego szczebla prowadzący administracyjną obsługę spraw prowadzonych przez *barristers*, negocjujący z klientami stawki za reprezentację, a także wykonujący wszelkie czynności, które wiążą się z prowadzeniem obsługi prawnej, jednak nie dotyczą problematyki *stricte* prawnej. Wyjaśnienie roli jaką pełni, a także opis badań prowadzonych przez J. Flooda, zob. J. Flood, *Barristers' Clerks: The Law's Middlemen*, Manchester 1983.

o funkcjonowaniu zawodów prawniczych, które będą niemożliwe do zdobycia z pomocą innych metod.

Powyższe założenie budzić może jednakże szereg uzasadnionych kontrowersji. W jaki bowiem sposób zachowania ludzkie mogą dostarczać wiedzy o prawie? Czy same są prawem? To niemożliwe do zaakceptowania, gdyż fakt, że prawo stanowi pewien zbiór norm, a nie faktów, jest niezaprzeczalny. Nonsensem jest stwierdzić na przykład, że codzienne mycie zębów jest samo w sobie prawem. Prawem może być co najwyżej reguła nakazująca codzienne mycie zębów. Znamy jednakże niezliczoną liczbę reguł, a tylko niektóre z nich nazywamy regułami prawnymi. Etnografia umożliwia określenie, do których z norm, którymi ludzie kierują się w życiu codziennym, odnoszą się jako do norm prawnych. Obserwując konkretne działania i poznając motywacje wykonujących je osób można dotrzeć do tego, że robią coś w oparciu o pewne reguły. Dzięki zastosowaniu różnorodnych metod badania etnograficznego, możliwe staje się określenie z wiarygodnym przybliżeniem, które z tych reguł i na jakiej podstawie członkowie danej społeczności identyfikują jako reguły prawne. Oczywiście wyniki niekoniecznie muszą być reprezentatywne dla całej grupy, stanowiąc jedynie wgląd w wycinek życia danego społeczeństwa. Mimo to jednak, nie jest wykluczone, że przyczynią się one do uzyskania wstępnej odpowiedzi na pytanie, co dana społeczność rozumie jako prawo?

Odpowiedź na postawione wyżej pytanie oczywiście nie jest prosta, co więcej może doczekać się wielu krytyków, a to ze względu na mnogość podejść prezentowanych w stosunku do etnografii. Michael Angrosino przedstawia szeroki wachlarz nurtów nauk społecznych, które odwołują się do metod etnograficznych. Poczynając od tradycyjnie ukierunkowanego funkcjonalizmu strukturalnego, który zakłada, że społeczeństwo da się opisać w obiektywny sposób przez odkrywanie podstawowych zasad nim rządzących, przez interakcjonizm symboliczny, wedle którego życie społeczne opiera się na korzystaniu przez jego aktorów z symboli, którymi muszą się sprawnie posługiwać, aby brać udział w życiu zbiorowości, kończąc na nurtach związanych z teorią krytyczną, takich jak feminizm czy postmodernizm, wedle których badacz musi zerwać z tradycyjnie

przypisywaną mu rolę obiektywnego obserwatora, a badania prowadzi z uwzględnieniem perspektywy, jaką przyjmuje będąc ukształtowanym przez konkretną kulturę i sytuację społeczną⁴⁰.

Kontrowersje wzbudza też fakt, że obserwacja uczestnicząca w największym stopniu ujawnia kłójące się z pozytywizmem elementy badań jakościowych. Jest bowiem metodą wyjątkowo płynną, uzależnioną od umiejętności (a także cech osobowości) badacza, która wymaga gotowości do ciągłej modyfikacji prowadzonych badań w celu nie tylko poprawienia ich efektów, ale też ich ostatecznego sukcesu. Co więcej, w literaturze daje się zauważyć niechęć znacznej części badaczy praktykujących tę metodę do teorii pozytywistycznej w naukach społecznych, co jednak nie wyklucza, że i osoby przyjmujące tego typu perspektywę stosują omawianą metodę. Niechęć do opierania się w badaniu etnograficznym na rozbudowanej teorii wyraża John Flood⁴¹ uznając, że prowadzi ona do ograniczenia perspektywy badacza, który narzuca sobie z góry schemat myślenia, uniemożliwiający mu zwrócenie należytej uwagi na mniej rzucające się w oczy szczegóły, które jednakże miewają duży wpływ na wynik samych badań. Według niego, właśnie ta niedookreśloność metody, jaką jest obserwacja uczestnicząca, stanowi jej główny walor, pozwalając na przelamywanie utartych schematów funkcjonujących w powszechnej świadomości. Warto też wspomnieć o radykalnym podejściu prezentowanym przez Waltera Fernandes, który uważa, że pryncypia obserwacji uczestniczącej powinny być gruntownie zmodyfikowane, metoda ta wywodzi się bowiem z czasów kolonialnych i została, wedle opinii autora, skonstruowana w sposób, który miał umożliwić wykorzystaniu ciekawości badaczy przez państwa kolonialne do lepszej kontroli ludności tubylczej, nie zaś do realnego poznania ich kultury. Przyjęcie pozytywistycznego paradygmatu prowadzić ma do odebrania badanej ludności potęgi, jaką jest wiedza, która ma być transferowana do krajów rozwiniętych

⁴⁰ Zob. M. Angrosino, *Badania etnograficzne i obserwacyjne*, przeł. M. Brzozowska-Brywczyńska, Warszawa 2010, s. 26–43.

⁴¹ J. Flood, *Socio-Legal Ethnography* [w:] *Theory and Method in Socio-Legal Research*, red. R. Banakar, M. Travers, Hart Publishing 2005, s. 35.

i pozwolić im na narzucenie swojej dominacji gorzej rozwiniętym społeczeństwom⁴².

Jak widać, z niewielkiego stopnia sformalizowania omawianej metody wynika również mnogość sporów na temat jej wiarygodności – przy czym krytykę widać zarówno ze strony tradycyjnie ukierunkowanych badaczy, jak i tych, którzy reprezentują podejście krytyczne. Niżej zostaną więc przedstawione te elementy, które stanowią rdzeń tego rodzaju badań, co do którego zasadniczo nie toczą się spory.

Istotą etnografii jest bezpośredni kontakt z członkami badanej społeczności połączony z aktywnym braniem udziału w jej życiu codziennym. Badacz nie może być jedynie obserwatorem niezależnym od obserwowanych, ale też wchodzić z nimi w interakcje ściśle powiązane z charakterem wykonywanych przez nich czynności⁴³. Musi więc przekonać do siebie uczestników badania, aby poznać jak najwięcej aspektów ich codzienności niedostępnych obserwatorom znajdującym się poza daną grupą. Chodzi nie tylko o oczywiste w tym kontekście dotarcie do wypowiedzi i zachowań celowo ukrywanych przed obcymi. Równie mocno liczą się wszelkie nieświadome gesty, słowa i zwyczaje, z których sami obserwowani nie zdają sobie sprawy. Kluczowa jest relacja między uczestnikiem jako obserwatorem, osobami badanymi, a umiejscowieniem konkretnej sytuacji w szerszym kontekście interakcji społecznych. Prowadzący badanie musi przy tym starać się znaleźć w jak największej liczbie ról społecznych występujących w danej grupie, aby być w stanie zaznajomić się z danym stanem faktycznym z różnych perspektyw⁴⁴.

Możliwość uczestnictwa w codzienności badanych nie tylko dostarcza surowych informacji na temat ich funkcjonowania, ale pozwala badaczowi poznać ich perspektywę na interesujący go temat. Jest to niezaprzeczalny atut obserwacji uczestniczącej, tym bardziej jeśli przyjąć perspektywę interpretywistyczną, zgodnie z którą rzeczywistość społeczna

⁴² W. Fernandes, *Participant observation or participatory research? A critical search for alternatives*, JILI 1983, nr 2/3 (24), s. 692–711.

⁴³ D. Jorgensen, *Participant...*, s. 14.

⁴⁴ Tamże, s. 20–21.

zależy w zasadniczym stopniu od osób, które są jej częścią⁴⁵. Nie dążąc do określenia obiektywnego stanu rzeczy, interpretywizm nie zmierza do weryfikacji przyjętych założeń, a bardziej do krytyki istniejących teorii i powszechnie przyjętego stanu wiedzy. Przez prowadzenie badań w formie obserwacji uczestniczącej i poznanie perspektywy osób, których dotyczy istniejąca teoria, możliwe jest wskazanie jej luk i miejsc, w których różni się ona z rzeczywistością⁴⁶. Jorgensen wskazuje, że obserwacja uczestnicząca charakteryzuje się „logiką otwartą” (*open-ended logic*)⁴⁷, która wymaga gotowości do ciągłej zmiany przyjętej tezy badawczej, którą dostosować należy do faktów, o których wystąpieniu przekonał się badacz w toku prowadzenia obserwacji. Owa otwarta logika nie oznacza tylko gotowości do modyfikacji prowadzonych już badań, lecz również konieczność zaprojektowania każdego badania z osobną zależnie od postawionego pytania i środowiska, w jakim będą one prowadzone. W każdym przypadku bowiem mogą wystąpić odmienne warunki, wymagające różnorodnych sposobów zdobycia zaufania osób badanych, a także pozwalające szerszą lub węższą gamę środków rejestracji danych⁴⁸.

Obserwacja uczestnicząca jest metodą niezwykle wszechstronną – pozwala poznać procesy, relacje, zdarzenia, organizację ludzi i zdarzeń, a także rozwój wydarzeń podczas trwania badań. Z tego powodu metoda ta przydaje się zwłaszcza, gdy mało jest wiadomo o danej społeczności, społeczność ta znajduje się poza zasięgiem tradycyjnych metod badawczych, a także gdy powszechna opinia na temat jej funkcjonowania jest niezgodna z prawdą i należy porównać ją ze stanem faktycznym⁴⁹. Przydatna jest szczególnie w przypadku *case studies*, kiedy wymagane jest wszechstronne i pogłębione poznanie danego tematu. Badania tego typu

⁴⁵ Tamże, s. 14.

⁴⁶ Jorgensen podaje wiele przykładów badań, które pozwoliły na ujawnienie wad istniejących teorii, zob. tamże, s. 17–18.

⁴⁷ Należy jednak poddać w wątpliwość, czy określenie to jest odpowiednio użyte. Logika opisuje prawidłowe reguły wnioskowań i przyjęty system logiczny z istoty swojej musi być spójny. Prowadząc badania, które zakładają ciągłą modyfikację założeń, nie sposób modyfikować przyjętego sposobu rozumowania u jego fundamentów i wciąż utrzymywać, że pozostaje to ten sam system logiczny.

⁴⁸ Tamże, s. 18–19.

⁴⁹ Tamże, s. 12–13.

powinny następować po badaniach ilościowych i służyć do głębszego zrozumienia zjawisk opisywanych przez te pierwsze⁵⁰. Zostało już dokładnie opisane, z jakich przyczyn to wynika.

Omawiana metoda spośród pozostałych metod badań jakościowych wyróżnia się też aspektem etycznym. W przeciwieństwie do nich, dalece wyraźniejsze jest napięcie między skutecznością, a poziomem świadomości badanej społeczności na temat tego, że jest ona przedmiotem badań. W przypadku, gdy badani zdają sobie sprawę z tego, że są obserwowani, mogą dążyć do ukrycia pewnych zachowań, aby nie zostać przedstawionymi w niekorzystnym dla siebie świetle. Sytuacja odwrotna, pełnej niewiedzy obserwowanych, co prawda pozwala zyskać większą pewność co do wiarygodności wyników badania, jednakże stawia znaczący problem etyczny – czy osoba podlegająca badaniu może o tym nie wiedzieć? Poza problemem aksjologicznym, wzrasta też inne ryzyko – jeśli naukowiec zostanie zdemaskowany przez jednego z obserwowanych, istnieje duże prawdopodobieństwo klęski całości projektu, gdyż zdradzone zostałoby zaufanie całej grupy do badacza, kwestia podstawowa dla sukcesu omawianej metody. Okazuje się bowiem wówczas, że osoba, którą badana społeczność miała za swojego członka, jest jej częścią przede wszystkim ze względu na chęć opisanie jej jako przedmiotu badań⁵¹. Istnieją 3 metody odniesienia się do powyższego problemu. Pierwszą z nich jest pełna transparentność – badani wiedzą, że są obserwowani, a efekty tych badań zostaną opublikowane. Drugą jest poinformowanie tylko niektórych członków społeczności o prowadzonych badaniach. Powinny to być osoby o znaczącym autorytecie, aby mogły stanowić należytą reprezentację całej grupy. Zmniejsza to ryzyko fiaska przedsięwzięcia. Dopuszczalne jest wreszcie zatajenie przed członkami społeczności celów badacza, powinno to jednak być usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami

⁵⁰ Tamże, s. 20.

⁵¹ Na temat etycznych problemów związanych z obserwacją uczestniczącą zob. L. Weber, *op.cit.*, s. 13. Rozwinięcie tej problematyki w wyczerpujący sposób występuje w monografii poświęconej etycznym problemom związanym z prowadzeniem badań społecznych *incognito*, zob. *Social Research Ethics*, red. M. Bulmer, Macmillan Press Ltd 1982. Zagadnienia dotyczące *stricto* obserwacji uczestniczącej, zob. M. Bulmer, *Ethical Problems in Social Research: the case of covert participant observation*, s. 3–13, a także M. Bulmer, *The Merits and Demerits of Covert Participant Observation*, s. 217–251.

(jak zagrożenie życia badacza w przypadku jego wykrycia), pozostaje ono bowiem rozwiązaniem kontrowersyjnym, jako dalece naruszającym prawo do prywatności⁵². Co do zasady, badacz nie powinien posługiwać się fałszywą tożsamością, aby dotrzeć do niedostępnej bez tego strefy życia. Nie może też świadomie podawać fałszywych założeń dotyczących prowadzonych badań⁵³.

To, na ile badacz zdecydował się zdradzić z intencją opracowania wyników życia w danej społeczności w formie naukowej, jest przejawem szerszego zagadnienia, jakim jest pozycja nadawana drugiej osobie. Obecnie coraz większy nacisk kładziony jest na partnerstwo w relacjach między badaczem, a badanymi, którzy mają mieć wpływ na ostateczny wynik analizy. Ma to być przejawem uznania równorzędności członków badanej społeczności i prowadzi również do ograniczenia absolutnej kontroli naukowca nad podjętym przezeń projektem. Powraca tu temat obiektywizmu obserwacji uczestniczącej, gdyż zrównanie pozycji biorących w niej udział może dodatkowo, w zbyt daleko posuniętym stopniu, subiektywizować jej wynik. Michael Angrosino stoi na stanowisku, że jedyną receptą jest tu właściwa ocena badacza, który powinien odpowiednio dobrać formę publikacji badań⁵⁴.

Przy okazji omawiania etyki prowadzenia badań z pomocą obserwacji uczestniczącej, warto zasygnalizować wystąpienie możliwych problemów instytucjonalnych wynikających z jej wymykania się z kategorii tradycyjnych badań naukowych. W Stanach Zjednoczonych na uniwersytetach działają komisje etyczne, które muszą zatwierdzić projekt badawczy, zanim zostanie on zaakceptowany. W znakomitej większości sytuacji przyjmuje się obowiązek poinformowania badanych o tym, że badania są prowadzone i jaki jest ich cel oraz założenia. W przypadku obserwacji uczestniczącej w niejednym przypadku nie jest to możliwe, gdyż dla sukcesu przedsięwzięcia może być konieczne zupełne ukrycie faktu prowadzenia obserwacji. Uniwersytety amerykańskie nie zawsze korzystają z możliwości wyłączenia badań etnograficznych ze ścisłych reguł skrojonych na

⁵² D. Jorensen, *Participant...*, s. 20.

⁵³ M. Angrosino, *Badania...*, s. 121–124.

⁵⁴ Tamże, s. 159–161.

miarę przyrodniczych badań empirycznych, badania z zakresu nauk społecznych traktując przy tym wedle schematów nieprzystających do ich specyfiki⁵⁵. Podobna sytuacja stanowi kolejny przejaw braku uznania dla obserwacji uczestniczącej przez naukowy *mainstream*.

Powyższe ustalenia wskazują, że obserwacja uczestnicząca niesie ze sobą z jednej strony duże nadzieje, ale z drugiej równie dużo niebezpieczeństw. Jak żadna inna metoda badań jakościowych pozwala wniknąć w istotę danego zjawiska społecznego i poznać je z perspektywy wewnętrznej, co w połączeniu z wiedzą zgromadzoną w wyniku chociażby badań ilościowych, zbierających dane niewymagające poznania perspektywy badanych, umożliwia holistyczny ogląd danej tematyki. Jednakże ze stosowaniem niniejszej metody wiąże się równie dużo zagrożeń. Opieranie się na ogólnych dyrektywach prowadzenia badań, połączone z faktem, że podstawą dla ich sukcesu jest umiejętne wykorzystanie osobistych cech i zdolności społecznych badacza, stawia pod poważnym znakiem zapytania poziom nie tylko ich obiektywizmu, ale również rzetelności. Przy przyjęciu perspektywy interpretywistycznej subiektywizm rezultatów można potraktować jako walor przedsięwzięcia, pozwalający na zgłębienie całego spektrum zjawisk związanych z postawionym pytaniem badawczym. Obiektywizację można (o ile uzna się, że jest to konieczne), przeprowadzić w oparciu o inne metody. W ten sam sposób nie można jednak podważyć zarzutu co do rzetelności, rozumianej jako przeprowadzenia badań z uwzględnieniem wszelkich istotnych danych zinterpretowanych w sposób umożliwiający uzyskanie całościowej odpowiedzi na postawione pytanie badawcze, która nie będzie przedstawiała zniekształconego obrazu danej społeczności. Poprzez ścisłe związanie się z życiem codziennym badanych, badacz musi zmniejszyć dystans istniejący między nim, a członkami społeczności. Powoduje to, że może on nie być w stanie ocenić zachodzących procesów w sposób na tyle zdystansowany, aby rzetelnie ocenić ich wagę i znaczenie, albo też przedstawić je w sposób nie naznaczony jego osobistymi sympatiami i antypatiami. Sytuacja taka kładzie dużą odpowiedzialność na barki prowadzącego badania. Powinien on, zachowując bliskie relacje z badanymi, potrafić zawsze odnieść

⁵⁵ Tamże, s. 155–159.

się z dystansem do zdobytych informacji. Prowadzący badania musi więc zdawać sobie sprawę z istniejących zagrożeń dla ich rzetelności i rozróżnić między uwzględnianiem perspektywy badanych na dane zagadnienie, a przyjęciem jej jako własnej, co mogłoby odbić się negatywnie na ostatecznym wyniku projektu.

4. Specyfika metody w pluralizmie prawnego

Jak wynika z rozważań przedstawionych w artykule, etnografia stanowić może pożyteczny sposób badania socjologicznych aspektów prawa dla badaczy wywodzących się z różnych nurtów prawoznawstwa. Każdy z nich jednakże wykorzysta ją w węższym lub szerszym zakresie – zależnie od przyjętych założeń.

Podstawową kwestią do rozstrzygnięcia jest, czy pozytywizm w podejściu do badań socjologicznych implikuje pozytywistyczne podejście do samego prawa, a także czy na tej samej zasadzie podejście interpretywistyczne wymusza pluralistyczny stosunek do tego, czym jest prawo (nie różniąc między różnymi propozycjami pluralistycznymi). Wydaje się, że nie – stanowiska socjologiczne odnoszą się do sposobu prowadzenia badań społecznych i tego, na ile dążyć do niepodważalnego obiektywizmu w toku ich prowadzenia. Nie wymusza to samo z siebie konieczności opowiedzenia się za tym, czy za prawo uznaje się jedynie *municipal law*, czy też rozumie się je dynamicznie, jako wypadkową rozmaitych zmiennych. Można, przyjmując, że dana społeczność kieruje się mnogością reguł, z których nie wszystkie są zgodne lub wynikają z prawa państwowego, walor prawa przyznawać jedynie tym posiadającym sankcję państwową. Z kolei przyjęcie, że rolą nauk społecznych jest dążenie do niepodważalnych wyników na kształt nauk przyrodniczych nie oznacza, że badacz musi uznać, że występuje tylko jeden system prawa, który wyznacza jego bezwzględne granice. Oczywiście, sama perspektywa, przez jaką patrzy się na naturę społecznych relacji, sprzyja przyjęciu stanowiska pluralistycznego przez interpretyistów oraz monistycznego przez pozytywistów. Pluralizm zakłada bowiem jako źródło prawa nie tylko państwo, ale również dany kontekst społeczny, podczas gdy monizm stawia jasne granice wyznaczane przez prawników przyjmujących wewnętrzną perspektywę na prawo.

Tak więc niezależnie czy prowadzący obserwację uczestniczącą przyjmie pozytywistyczne podejście do socjologii, czy nie, dalej będzie miał możliwość scharakteryzowania prawa na wybrany przez siebie sposób. Jeśli jednak chodzi o rolę i przydatność danej metody, przyjęte stanowiska mają zasadnicze znaczenie. W najpełniejszym zakresie obserwacja uczestnicząca spełni swoją rolę, jeśli przyjmą perspektywę interpretywistyczno-pluralistyczną. Wówczas trudno znaleźć bardziej odpowiednią metodę dla przeprowadzenia wszechstronnych badań prawa, traktowanego w tym przypadku jako dynamiczny konstrukt społeczny. Poznanie motywacji, dążeń i poglądów samych badanych na to, czym jest prawo w najpełniejszym zakresie będzie mogło przedstawić jego obraz jako zjawiska społecznego. Fakt, że miałoby to znaczenie jedynie dla konkretnej społeczności nie miałoby większego znaczenia – wszak rolą badań jakościowych jest analiza danego zjawiska, nie zaś jego dystrybucji w społeczności.

W przypadku badacza o inklinacjach pozytywistyczno-monistycznych obserwacja uczestnicząca pełnić może co najwyżej rolę pomocniczą. Mogłaby służyć jako eksploratoryjne studium przypadku tego, w jaki sposób dana społeczność odnosi się do prawa stanowionego i jak traktuje ona inna porządki normatywne. W oparciu o to skonstruowałby teorię, która uległaby weryfikacji przez badania ilościowe na próbie członków podobnych społeczności. Teoria ta mogłaby zostać przetestowana kolejną obserwacją (lub, co bardziej prawdopodobne, inną formą badań jakościowych, bardziej tolerancyjną dla sztywnej teorii wyjściowej). Warto podkreślić, że w tym wypadku trudno mówić o badaniach samego prawa – bardziej tego, w jaki sposób jest ono stosowane. Prawo stanowione bowiem, może być z pozytywistycznego punktu widzenia analizowane przede wszystkim z perspektywy wewnętrznej – urzędników państwowych, których motorem działania winien być jedynie jasno określony zbiór przepisów i norm wyznaczonych czy to przez hartowską regułę uznania, czy to przez kelsenowską *Grundnorm*. Analizie tej poddać się ono może jedynie na poziomie konceptualnym.

Badanie prawa jako dynamicznego zjawiska socjologicznego byłoby też wykluczone przez interpretywestę, który uznaje jednak, że tylko *municipal law* uznać można za prawo. Wówczas możliwe byłyby krytyczne

badania dotyczące wybranej teorii monistycznej, aby albo znaleźć jej luki wynikające z praktyki społecznej (której interpretywista zdaje się przydać większą rolę niż pozytywista), albo określić, czy w świetle tej teorii określona społeczność posiada prawo, którego w powszechnej opinii się jej nie przypisuje. Byłoby to możliwe przez interpretywistyczne założenie, że nauki społeczne winny być otwarte na dialog z badanymi i gotowe do ciągłej weryfikacji teorii ze względu na subiektywne spojrzenie rozmaitych grup na dany temat.

Wreszcie pozytywista-pluralista przeprowadzi badania na podobnej zasadzie jak pozytywista-monista, dopuści jednak możliwość przyznania waloru prawa większej liczbie systemów normatywnych. W efekcie teorii, które będzie badał mogą być inne, na przykład może uwzględnić teorie powstawania prawa niezależnie od państwa. Będą one jednak weryfikowane w oparciu o czynniki obiektywne, sztywno określone u początku badań. Obserwacja uczestnicząca może tu pomóc określić, w jaki sposób określić kryteria, aby zwiększyć prawdopodobieństwo weryfikacji teorii.

5. Podsumowanie

Obserwacja uczestnicząca jest metodą nietypową dla badania prawa, jeśli przyjmiemy jego tradycyjne, monistyczne rozumienie, jednakże dla badania zjawiska pluralizmu prawnego, zwłaszcza przy założeniach pluralizmu antyesencjalistycznego wydaje się niezwykle użyteczna. Jej specyfika powoduje, że w najszerszym zakresie sprawdza się ona w przypadku badań interpretywistycznych, przyznających zasadniczą rolę postawom zajmowanym wobec pytania badawczego przez członków obserwowanej społeczności. Metoda ta bowiem zakłada, w swej najpełniejszej formie, dużą dozę improwizacji – zarówno w sferze działania naukowca toku badań, jak i na poziomie teorii, która powinna być ciągle modyfikowana i dopracowywana. Pozwala to na wnikliwą eksplorację postaw zajmowanych przez członków danej społeczności wobec tego, co jest dla nich prawem – i nakreślenie interesującej mapy norm, które przyjęło się w danej społeczności uznawać za normy prawne. Rola obserwacji uczestniczącej zależy bowiem ściśle od tego, w jaki sposób odnosimy się do pozycji prawa w społeczeństwie.

W każdym przypadku jest to metoda, która może dostarczyć ciekawych i niedostępnych w inny sposób informacji, które w znaczący sposób mogą przyczynić się do rozwoju dyscypliny. Jak żadna inna bowiem jest w stanie przedstawić analizowane zagadnienia w oparciu o odbiór tych, których one bezpośrednio dotyczą. Nierzadko daje się zauważyć zbyt liczne teoretyzowanie w pismach prawniczych, wynikające często z tego, że teoria przestała mieć związek z rzeczywistością, stając się podstawą dla może i ciekawych, ale jednak rozmiijających się z realiami dociekań. Na przesadę w generowaniu teorii i zbyt długie myślenie w ich ramach narzeka John Flood, który uznaje obserwację uczestniczącą za wartościową metodę badania rzeczywistości prawnej⁵⁶. Co więcej, etnografia zdaje się odpowiadać na sygnalizowaną przez Teubnera potrzebę zmiany nacisku w badaniu prawa z badania norm prawnych na analizę dynamiki dyskursu i sieci komunikacyjnych. Bezpośrednie poznanie funkcjonowania owych sieci w ramach danej społeczności pozwoli na określenie dynamiki i rozkładu akcentów w ramach złożonego układu opisywanego przez Tamanahę – tego, w jaki sposób wygląda realizacja swoich interesów przez jednostki w ramach danej grupy przy użyciu norm należących do poszczególnych systemów.

Wydaje się, że mimo poważnej wady u założeń nieesencjalistycznej wersji pluralizmu prawnego, obserwacja uczestnicząca jest metodą, która zdaje się obiecywać możliwość prowadzenia interesujących badań również przy przyjęciu owej radykalnej wersji pluralizmu. Należy jednakże pamiętać, że nie unikniemy przez to problemów na poziomie interpretacji wyników – mając informacje na temat tego, co stanowi prawo dla danej zbiorowości, w dalszym ciągu, posługując się samą obserwacją uczestniczącą, nie będziemy w stanie generalizować wyników badań, co w dalszym ciągu pozostawia otwartym problem konieczności przyjęcia jakichś założeń przez pluralistę, jeśli chce on uzyskać wynik, który nie będzie banalny. Mając jednakże ogólny pogląd na temat pojmowania prawa przez społeczność, założenia takie można skonstruować w oparciu o pewne dane empiryczne, które nie byłyby dostępne w przypadku uprawiania czysto konceptualnej analizy, sprzeczne bowiem mogłyby być z teoretycznymi

⁵⁶ J. Flood, *Barristers' Clerks...*, s. 34.

intuicjami. Metoda ta pozwala na wyrwanie się ze schematów przesadnego teoretyzowania i pozwala oprzeć badania na założeniach zakorzenionych w rzeczywistości. Jakkolwiek więc nie jest to ideał, do którego zmierzają antyesencjaliści, zdaje się to stanowić przynajmniej częściowe spełnienie postulatów stawianych przez przedstawicieli tego nurtu.

Streszczenie

Pluralizm prawny stanowi zjawisko szeroko dyskutowane w ramach współczesnej teorii i filozofii prawa. Pojęcie to oznacza, że w ramach danego państwa czy społeczeństwa występować może obok oficjalnego systemu prawa, szereg innych porządków prawnych, których istnienie jest determinowane przez dynamikę stosunków społecznych. Etnografia stanowi metodę badawczą, która najbardziej spośród wszystkich metod badań jakościowych stosowanych w naukach społecznych, przelamuje granicę między badaczem, a badanym, umożliwiając wnikliwie poznać perspektywę, jaką członkowie badanej społeczności przyjmują na dane zagadnienie. Dzięki temu, stanowi ona obiecującą metodę dla badania pluralizmu, pozwalając na dokładniejsze określenie, które z norm, którymi się kierują, członkowie danej społeczności traktują jako normy prawne. Pomaga to osłabić do pewnego stopnia problemy antyesencjalistycznej koncepcji pluralizmu prawnego, która zdaje się nie być w stanie uniknąć problemu zbyt dużej inkluzywności.

Słowa kluczowe: teoria prawa, pluralizm prawny, etnografia, obserwacja uczestnicząca, metodologia

Use of Ethnography in Researching Legal Pluralism

S u m m a r y

Legal pluralism is widely discussed within contemporary theory and philosophy of law. This notion means that within a particular country or society, variety of legal others other than official legal system can exist. Their existence is determined by the dynamics of social relations. Ethnography is a research method that breaks the borders between researcher and researched wider than other qualitative methods used in social sciences. It provides detailed knowledge on the perspective which members of researched society have on the interesting issue. Thanks to that, it proves to be a promising method for researching legal pluralism because of its ability to assess more precisely which norms members of society treat as legal norms. It helps weakening to some extent problems of anti-essentialist version of legal pluralism that happens to be unable to avoid the problem of far to wide inclusivity.

Key words: legal theory, legal pluralism, ethnography, participatory observation, methodology

Radosław Pałosz

Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration,
ul. Bracka 12, 31-005 Kraków, Poland,
e-mail: radoslaw.palosz@uj.edu.pl.