

A R T Y K U Ł Y I R O Z P R A W Y

MAGDALENA KRYSIŃSKA-KAŁUŻNA
Uniwersytet Wrocławski

**W POSZUKIWANIU PRAWA:
MALINOWSKI POMIĘDZY ZWYCZAJEM I ZBRODNIĄ**

Bronisław Malinowski był przekonany, że antropologia — koncentrująca się na funkcjach zwyczajów, wierzeń i instytucji — ma ważne zadanie do spełnienia i by mogła je spełnić, należy wpięrow stworzyć „ogólną teorię kultury ludzkiej i mechanizmu społeczeństwa ludzkiego”, jak pisał w tekście *Prawo i zwyczaj* (2000a, s. 240–241¹). Teoria ta miała umożliwić efektywne zajmowanie się przez naukę różnymi dziedzinami kultury, między innymi prawem. Antropolog uważał bowiem, że żadna z dziedzin „kultury pierwotnej” nie była bardziej zaniedbywana aniżeli prawo (2000a, s. 241). Swoje poglądy dotyczące między innymi tego, czym prawo jest, jak powinno być badane, jakie błędy popełniają antropolodzy, którzy nim się zajmują, przedstawił w kilku znaczących publikacjach, między innymi w pracy *Crime and Custom in Savage Society* (wyd. pol.: *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich* [1984]²). Publikację tej książki w 1926 roku poprzedził wykład w Royal Institution of Great Britain wygłoszony w 1923 roku

Adres do korespondencji: magdalena.krysinska-kaluzna@uwr.edu.pl; ORCID: 0000-0003-0489-7620

¹ W całym tekście odwołując się do prac Malinowskiego, pomijam nazwisko autora.

² Oprócz publikacji poświęconych *stricte* prawu wątek ten pojawia się w wielu innych tekstach. Należy też pamiętać, że w latach 1940–1941 Malinowski prowadził na Yale University — ważnym ośrodku realizmu prawnego — seminarium z prawa prymitywnego i prymitywnej jursprudenccji.

i opublikowany w „Proceedings of the Royal Institution of Great Britain” w 1925 roku pt. *The Forces of Law and Order in a Primitive Community*. Wraz z dwoma artykułami, które ukazały się w „Nature” w latach 1925 i 1926, wykład ten stał się podstawą do powstania książki niewielkiej objętościowo, lecz o wielkim znaczeniu dla antropologii (zob. np. Hoebel 1954), jaką jest *Crime and Custom in Savage Society*.

Książka oparta była na przeprowadzonych przez Malinowskiego badaniach wśród „dzikich” zamieszkujących Wyspy Trobrianda. Czytelnik, który oczekiwałby — sugerując się tytułem — że dowie się wiele na temat zbrodni popełnianych na wyspach Mórz Południowych, może poczuć się zawiedziony. W *Crime and Custom...* (Zwyczaju i zbrodni... [1984]) jest niewiele na temat *crime*, dominującym tematem jest *custom*. Na dodatek z kolejnego tekstu Malinowskiego poświęconego „prawu prymitywnemu”³ dowiadujemy się, iż „dziki” w „rzeczywistości nie jest dziki, ani też nie jest bardziej dziki aniżeli ktokolwiek z nas”⁴ (2000a, s. 237). O czym więc pisze Malinowski, nie pisząc ani o dzikich, ani o zbrodni?

To, co możemy nazwać wkładem badacza w rozwój antropologii prawa, jest wielowątkowe i wielowymiarowe. Zacznijmy od jego krytyki prowadzonych wówczas badań.

UWAGI MALINOWSKIEGO DOTYCZĄCE KONCEPCJI INNYCH BADACZY NA TEMAT BADANIA PRAWA TUBYLCZEGO

W rozważaniach Malinowskiego na temat prawa istotną rolę odgrywa polemika z innymi badaczami. Krytykuje on zarówno tych, dla których „stan dzikości zdawał się być synonimem bezprawia lub co najmniej braku prawa i jakichkolwiek ograniczeń” (2000a, s. 241–242), jak i tych, którzy z „dzikiego” zrobili „wzór posłusznego prawa obywatela”, który nakazom poddaje się „automatycznie” i „niewolniczo” (1984, s. 17)⁵. Kultury tworzą bowiem — zdaniem Malinowskiego (1984, s. 89) — idealne reguły,

³ Opublikowanego w 1934 roku jako *Wstęp* („Introduction”) do książki H. Iana Hogbina, *Law and Order in Polynesia*, który w Polsce ukazał się w tomie 8 *Dzieł* jako *Prawo i zwyczaj*.

⁴ Malinowski przedstawiał taką opinię również w innych swoich pracach.

⁵ W kontekście dokonywanej przez Bronisława Malinowskiego krytyki współczesnych mu koncepcji Mateusz Stępień (2016, s. 44–46) wyróżnia pięć głównych „dogmatów”, z którymi Malinowski polemizował, a które zakładały: 1) unikalność Zachodu pod względem posiadania prawa i posługiwania się nim; 2) dominację grupy nad jednostką w społeczeństwach „prymitywnych”; 3) całkowite zdeterminowanie zachowań tubylców tradycją, zwyczajami i normami; 4) słuszność perspektywy kładącej nacisk na badanie przypadków łamania prawa i porządku; 5) definiowanie prawa jako mechanizmu wymierzania sprawiedliwości w przypadkach wykroczeń (zob. też np. Bielarczyk 2003, s. 28–35).

których przestrzegania wymaga prawo, a uczestnicy tych kultur wypracowują sposoby, by te idealne reguły omijać bądź naciągać⁶. Malinowski uważał, że antropologom łatwiej badać deklaratywną stronę prawa przedstawianą badaczowi przez krajowca niż faktyczny stan przestrzegania reguł dostępny tylko badaczowi w terenie (1984, s. 90). Prawdziwy obraz funkcjonowania prawa wśród „dzikich” daje dopiero połączenie dwóch podejść: dawnej wizji „nieokiełznanego dzikiego” stworzonej przez badaczy, którzy zdawali sobie sprawę z zawichości i nieprawidłowości postępowania tubylców, i współczesnych Malinowskiemu badań prowadzonych przez antropologów biorących za dobrą monetę opowiadania przedstawiane przez krajowców-informatorów. Dopiero te dwie uproszczone wersje dają obraz faktycznego, „bardzo skomplikowanego stanu rzeczy” (1984, s. 90–91)⁷.

Autor *Życia seksualnego dzikich* stwierdzając, że *de facto* nie możemy mówić o podziale ludzkości na dzikich i nie-dzikich, krytykował te koncepcje antropologiczne, które prawo kojarzyły jedynie z rozwiniętymi instytucjami czy skodyfikowanymi przepisami (2000a, s. 242) i zakładały, że nie ma ciągłości pomiędzy naszym systemem prawnym a funkcjonowaniem instytucji pierwotnych (2000a, s. 249). Krytykował więc między innymi Alfreda Reginalda Radcliffe-Browna uznającego, że „niektóre społeczeństwa pierwotne nie mają prawa”⁸ (2000a, s. 244). Malinowski (2000a, s. 251–250) twierdził, że antropolog musi wykryć wspólny mianownik rządzący regułami w świecie prawa zachodniego i „prymitywnego”⁹. Już w 1914 roku

⁶ Tak twierdzi Malinowski w *Zwyczaju i zbrodni*. W *Prawie i zwyczaju*, krytykując Radcliffe-Browna, Malinowski wyróżnia naturalne zwyczaje (sposób budowania chat lub jedzenia posiłków), które „nie są łamane, gdyż nikt nie pragnie ich łamać” (2000a, s. 247), i innego rodzaju reguły, które są regułami prawnymi, powiązаныmi z sankcjami. Rozróżnienie pomiędzy obydwojema typami reguł nie jest jednak precyzyjne (2000a, s. 247–248).

⁷ Jeśli chodzi o krytykę Edwina Sidneya Hartlanda i Williama Halse’a R. Riversa, zob. np. 1984, s. 18. Krytykując Leonarda T. Hobhouse’a Malinowski zauważa, iż niekoniecznie autorytet jakiejś instytucji musi sprawiać, że „całokształt reguł” rozumianych jako prawo będzie odczuwany jako wiążący, a powodować to mogą motywy, interesy i złożone postawy uczuciowe ludzi (1984, s. 19).

⁸ W okresie międzywojennym debaty antropologiczne dotyczyły przede wszystkim definicji prawa i metody, która miała być używana do jego badania. Dyskusje na ten temat prowadzili między innymi Malinowski i Radcliffe-Brown. Ten ostatni definiował prawo prymitywne jako kontrolę społeczną działającą poprzez systematyczne stosowanie siły przez społeczeństwo politycznie zorganizowane (zob. np. Comaroff, Roberts 1986, s. 6). Z faktu, że nie wszystkie społeczeństwa mają władzę zorganizowaną politycznie, wynikało, iż nie wszystkie mają prawo. Zarówno w przypadku Durkheima, jak i Radcliffe-Browna Malinowski krytykował także ignorowanie jednostki i eliminowanie biologicznego elementu z funkcjonalnej analizy kultury (2000a, s. 258).

⁹ Jako pozytywny przykład takiej praktyki antropologicznej podaje Malinowski badania Cornelisa van Vollenhovena. W czasie gdy Bronisław Malinowski prowadził badania na

pisał do Sidneya Hartlanda o „potrzebie unikania przenoszenia zachodnich pojęć prawa na instytucje regulujące życie krajowców” (Young 2008, s. 470). Malinowski uważał też jednak, że bez względu na to, czy jakąś regułę nazwiemy prawem, czy zwyczajem, trzeba zbadać, czy jest ona rzeczywiście przestrzegana, w jakich warunkach „nabiera mocy obowiązującej i jakie są społeczne mechanizmy, które zmuszają do podporządkowania się jej”¹⁰ (2000a, s. 245). Twierdzeniem tym antycypował więc poniekąd „kontrowersję Gluckman–Bohannan” i po części ją rozstrzygał¹¹.

Zarówno Max Gluckman, jak i Paul Bohannan zakładali, że — podobnie jak ma to miejsce w społeczeństwach zachodnich — prawo jest zawsze zjawiskiem, które daje się wyodrębnić jako osobna dziedzina. Obydwaj stosowali metodę analizy przypadku, jednak różnili się znacząco w sposobie prezentowania wyników badań. Paul Bohannan (1957, 1965, 1969), który prowadził badania wśród ludu Tiv, uważał, iż dla sensownego opisu systemu prawnego danej kultury niezbędne jest użycie tubylczej terminologii. Krytykował Maxa Gluckmana, który opisując prawa ludu Barotse stosował kategorie zachodnie (Gluckman 1955; 1969). Ten z kolei komentował podejście Bohannana jako zbyt ostrożne i uniemożliwiające dokonywanie analiz porównawczych. Jedynie bowiem kategorie tubylcze, opisane i przetłumaczone tak, by można było znaleźć ich zachodnie odpowiedniki, umożliwiały jego zdaniem międzykulturowe studia porównawcze (Gluckman 1969; zob. też: Comaroff, Roberts 1986). Dwadzieścia lat wcześniej Malinowski pisał w *Prawie i zwyczaju*, że bez względu na to, czy zajmujemy się prawem współczesnym, czy pierwotnym, powinniśmy badać „przede wszystkim działanie, a nie formę prawa” (2000a, s. 288)¹². Badacz powi-

Wypach Trobrianda, holenderski prawnik van Vollenhoven kładł podwaliny pod antropologiczną szkołę prawną *adat* (Adat Law School). Wprowadził on — przed Eugenem Ehrlichem i Georgesem Gurvitchem — ideę pluralizmu prawnego, a w 1937 roku jego koncepcja o mniej więcej dwadzieścia lat wyprzedzała także postulat w dyskusji prowadzonej przez Gluckmana i Bohannana, by antropologia prawna przyjęła tubylcze rozumienie prawa (Rouland 1994, s. 86).

¹⁰ Podobnie więc jak przedstawiciele amerykańskiego realizmu prawniczego, o których będzie mowa w dalszej części artykułu, Malinowski kładł nacisk na „prawo w działaniu”.

¹¹ Mateusz Stępień (2014, s. 419) pisze na ten temat: „Patrząc z tej perspektywy na próby definicyjne Malinowskiego trzeba zauważyć, że wpisywały się one w obydwaj podejścia. «Bronio» chciał połączyć stanowiska, które później zostały, inna rzecz czy trafnie, uznane za niemożliwe do pogodzenia”.

¹² „Metoda funkcjonalna wymaga, by reguły prawne były badane w ich istotnym wpływie na zachowanie się ludzi” (2000a, s. 262). Pisał też: „Czy użyjemy słowa «prawo», czy zastąpimy je jakimś innym wyrażeniem, jest rzeczą małej wagi. Nasze własne prawo jest niczym innym, jak zwyczajem o zasadniczej mocy obowiązującej, zwyczajem, który zabezpiecza sprawne funkcjonowanie naszych instytucji [...]. Sądzę, że pod tym względem nie ma

nien więc skupić się na funkcji, nie na formie. Był to ten kierunek myślenia, który rozwinęli później — zagłębiający się w rozpoznawanie roli aktorów i kontekstu społecznego — zwolennicy myślenia o prawie jako procesie.

Pisząc *Zwyczaj i zbrodnię...* Malinowski uważał, że podejście badaczy, których uwagę przyciągają wyjątki, a więc „pozorne złamanie prawa naturalnego”, nie jest właściwe. Z wyjątków badacze tworzą reguły, „ponieważ nauka buduje świat idealnie uporządkowany, oparty na powszechnie obowiązujących prawach” (1984, s. 55). Za kolejny błąd uznawał zainteresowanie antropologów przypadkami „prawa karnego”, „zbrodniami ścinającymi krew w żyłach i pociągającymi za sobą krwawą pomstę” (1984, s. 56). Za takie podejście do prawa pierwotnego, jako prawa kryminalnego, krytykował między innymi Edwina Sidneya Hartlanda (2000a, s. 243). Sam interesował się głównie „prawem cywilnym”, a przynajmniej wielokrotnie postulował, że w badaniach to ono powinno wysunąć się na plan pierwszy¹³ (choć zdaniem Andrzeja Palucha [1981, s. 95], rozróżnienie prawa cywilnego i karnego w społeczeństwie pierwotnym nie było u Malinowskiego zupełnie jasne). Następnym więc polem badań, które Malinowski (1984, s. 47) wyznaczał antropologom zajmującym się prawem, było badanie mechanizmu zapobiegającego łamaniu zwyczajów plemiennych. Badania, które przeprowadził w Melanezji, miały być modelem kolejnych, przeprowadzanych wśród innych społeczności tubylczych. U Trobriandczyków prawo cywilne było, zdaniem Malinowskiego (1984, s. 53–54, 57, 92), wysoko rozwinięte i uważał, że należy założyć, iż gdzie indziej jest podobnie. Widząc kulturę i społeczeństwo jako funkcjonalny mechanizm, Malinowski chciał, by ten krytykowany przez niego trend badawczy zmienił się i by zainteresowano się prawem cywilnym, „prawem słuchanym, a nie łamanym” (1984, s. 97).

Czy tylko własne przemyślenia Malinowskiego, czy także wnioski z badań przeprowadzonych przez zwolenników realizmu amerykańskiego, jakimi byli antropolog E. Adamson Hoebel i prawnik Karl Nickerson Llewellyn, doprowadziły do modyfikacji części poglądów Malinowskiego na temat badania „prymitywnego prawa”? Tego nie wiemy, lecz zmiany te są widoczne w wydanej na krótko przed śmiercią publikacji (2006b). Co prawda, Malinowski uważał nadal, że badania antropologiczne powinny się skupiać na prawie cywilnym i na regułach, które są przestrzegane,

zasadniczego braku ciągłości pomiędzy naszym społeczeństwem a społeczeństwem ludów pierwotnych” (2000a, s. 250).

¹³ „[...] prawo cywilne, składające się z pozytywnych zarządzeń, jest znacznie bardziej rozwinięte aniżeli całokształt zakazów, i że badanie samego tylko prawa karnego u dzikich pomija najważniejsze zjawiska ich życia prawnego” (1984, s. 31).

lecz bardzo pozytywna opinia, jaką wyrażał wobec wydanej w 1941 roku *The Cheyenne Way*, książki Llewellyna i Hoebela (2002), musiała iść w parze z pozytywną opinią na temat *trouble case method*, czyli metody badania przypadków kłopotliwych. Recenzję tej książki zamieścił Malinowski w artykule *A New Instrument for the Study of Law — Especially Primitive*. Został on opublikowany w „Lawyers Guild Review” w 1942 roku, a później — już po śmierci Malinowskiego — ponownie w „The Yale Law Journal”.

Nim dokładniej poznamy zdanie Malinowskiego na temat książki zawierającej analizę badań przeprowadzonych wśród Czejenów (nadal przywoływanej zarówno przez prawników, jak i antropologów), zastanówmy się, czym dla Malinowskiego było prawo.

DO UT DES I PRAWO JAKO SANKCJA, CZYLI „SKUTECZNY ZWYCZAJ”

Malinowskiemu łatwiej było powiedzieć, czym prawo nie jest, niż czym ono jest, bo choć twierdził, że „problem, który musi być postawiony i rozwiązany przez badacza terenowego, uczonego zajmującego się prawnawstwem porównawczym i socjologa”, to „ściśła definicja prawa i jego stosunku do zwyczaju, reguł etycznych, norm obyczajowych i etykiety” (2000b, s. 295), to tej jedynej definicji prawa nie przedstawił. Twierdził, że „prawo pierwotne nie jest jednorodnym [...] zespołem reguł, opartych na jednej zasadzie rozwiniętej w konsekwentny system” (1984, s. 76). Jego wypowiedzi na temat prawa przywodzą na myśl grę z cieniem — prawo pojawia się w wielu mechanizmach i instytucjach kultury, z którymi jest związane, ale nie daje się uchwycić. Ten brak jasnego sformułowania, czym jest dyskutowane zjawisko, może być postrzegany jako wada jego teorii, lecz okazywał się też zaletą. Nie proponując jednoznacznej definicji Malinowski mógł łatwiej dokonywać reinterpretacji swojej koncepcji przedstawianej w kolejnych publikacjach.

Czytelnik *Zwyczaju i zbrodni...* dowiaduje się, że prawo obejmuje „całą kulturę i cały ustrój plemienny krajowców” (1984, s. 42) i że struktura społeczeństwa trobriandzkiego opiera się na zasadzie stanu prawnego (1984, s. 40), a badanie prawa pierwotnego to badanie różnych sił, „które przyczyniają się do porządku, jedności i spójności dzikiego plemienia” (1984, s. 13). Malinowski stwierdza tam, że reguły prawa „wyodrębniają się od reszty reguł pod tym względem, że odczuwa się je i uważa za zobowiązania jednej osoby oraz uprawnione roszczenia innej. Reguły te znajdują swoją sankcję nie tylko w motywach natury psychologicznej, ale także w określonym społecznym mechanizmie wiążącej siły, opartym [...] na wzajemnej zależności i wyrażającym się w równoważącym się szeregu wzajemnych

usług, a także w połączeniu takich roszczeń w spłoty wielostronnego stosunku” (1984, s. 45)¹⁴.

Reguły prawne, a więc te, które określają wiążące zobowiązania, to nie są po prostu reguły zwyczaju, któremu na dodatek krajowiec miałby być mechanicznie posłuszny. Prawo nie jest jedynie mechanizmem wymierzania sprawiedliwości w przypadku popełnienia przestępstwa. „Czynnik, czy moment prawa” (skuteczny przymus społeczny), wiąże się ze „skomplikowanymi urządzeniami” powodującymi, że ludzie dotrzymują swoich zobowiązań. Przede wszystkim jest to zasada wzajemności, *do ut des*, która przenika życie plemienne, przejawiając się zarówno w „aktach religijnych”, jak i na przykład w prawie małżeńskim. Malinowski odrzuca pogląd, że to „zbiorowa odpowiedzialność” ma moc czynienia prawa ze zwyczaju, odnosząc się krytycznie do poglądów Williama Halse Riversa, Sidneya Hartlanda i Émile’a Durkheima. Zauważa też, odnosząc reguły postępowania do motywów i sankcji, iż istnieją takie reguły, których z prawem nie należy mylić (1984, s. 42–45).

W opisie reguł, które będąc odmiennymi od innych stają się regułami prawa, Malinowski przywołuje specyficzne dla nich elementy, które — w różnych konfiguracjach — powtarzają się w kolejnych opracowaniach: zobowiązania, sankcje i mechanizm wzajemności. We wszystkich stosunkach społecznych działa ten sam mechanizm prawny nadający wiążącym zobowiązaniom charakter specjalnej kategorii (1984, s. 35). Zasada wzajemności zawiera się w każdym akcie (1984, s. 28)¹⁵. Jako że niewywiązywanie się z zobowiązań stawia człowieka w sytuacji nie do zniesienia, okrywa hańbą (1984, s. 37), prowadzi do utraty prestiżu (1984, s. 30), więc zdecydowanie krytyczna dla przestrzegania prawa jawi się opinia wspólnoty, przymus społeczny nieodzowny dla sprawnego funkcjonowania instytucji (1984, s. 29). Prawo jest tu przedstawione jako specyficzny wynik konfiguracji zobowiązań, „czyniącej dla krajowca rzeczą niemożliwą zrzucenie z siebie odpowiedzialności bez odcierpienia tego w przyszłości” (1984, s. 48)¹⁶. Jawi się jako siła, która wymusza posłuch. Okazuje się

¹⁴ „«Prawo cywilne», prawo pozytywne, rządzące wszelkimi stronami życia plemiennego, składa się więc z zespołu wiążących zobowiązań, uważanych przez przywilej za jedną stronę i uznawanych za obowiązek przez drugą, utrzymywanych w mocy przez specyficzny mechanizm wzajemności i jawności, właściwy strukturze społeczeństwa pierwotnego” (1984, s. 48).

¹⁵ Choć, jak już zostało wspomniane, istnieją też inne bodźce psychiczne skłaniające do wywiązywania się z zadań (1984, s. 29).

¹⁶ Malinowski (1984, s. 36) przyznaje się do błędu popełnionego w *Argonautach*, gdy pisał tam o „czystym darze”.

jednak, że nie jest to posłuch bezwzględny. Kilka stron dalej dowiadujemy się bowiem, że prawo ma swoje formy idealne, które są przestrzegane lub nie (1984, s. 61). Jeśli krajowiec może zignorować swoje zobowiązania bez utraty prestiżu lub przewidywanych zysków, robi to, podobnie jak cywilizowany biznesmen (1984, s. 30).

Prawo cywilne u tubylców, podobnie jak i u nas — mówi Malinowski — dotyczy przede wszystkim własności i bogactwa. Obowiązki i zobowiązania (np. dotyczące użytkowania czółna) łączą grupę w zespół roboczy (1984, s. 23). By właściwie zrozumieć reguły prawne (np. dotyczące własności czółna) w danym społeczeństwie, trzeba opisywać prawny stan rzeczy w terminach „faktów konkretnych”, unikając uogólnień i sprowadzania pewnych zjawisk do innych, znanych nam, zjawisk (1984, s. 24). W tym wypadku własność jest definiowana przez wypadkową obowiązków, przywilejów i wzajemnych świadczeń, które wiążą współwłaścicieli między sobą. Podobnie jak w przypadku czółna, tak i w przypadku wymiany produktów, strona prawna jest definiowana przez system wzajemnych zobowiązań (1984, s. 25). Ale strona prawna istnieje także w każdej innej dziedzinie życia plemiennego niż tylko własność i bogactwo. Przejawia się na przykład w żałobie i opłakiwaniu zmarłych, w bardzo ważnej dla antropologii prawa instytucji małżeństwa¹⁷ czy w magii (1984, s. 32, 66).

Malinowski zwrócił uwagę, że oprócz reguł wyposażonych w społeczną moc działania, a nie sankcjonowanych ponadnaturalnie, opisywane przez niego społeczności mają też normy oparte na tego rodzaju sankcjach (1984, s. 43–45). Szczególną uwagę zwrócił na czarownictwo, które w Melanezji, było środkiem sprawowania władzy. „Tak więc czarna magia działa zazwyczaj jako prawdziwa siła prawna, gdyż stosowana jest w wykonywaniu reguł prawa plemiennego, zapobiega użyciu gwałtu i przywraca równowagę” (1984, s. 66). Zdaniem Malinowskiego również samobójstwo¹⁸, podobnie jak czarownictwo, jest siłą konserwatywną i „silną podporą prawa i porządku” (1984, s. 75). I choć obydwie te zjawiska — wraz

¹⁷ Zdaniem Malinowskiego (2000a, s. 266), małżeństwo trzeba rozpatrywać jako transakcję prawną, czego wcześniej nie robiono. Uważa on, że dopatrywanie się w obrzędowym akcie małżeństwa jedynie minionych czasów, symboliki tego, co minęło, „to szczególnie przypadek antykwarycznego opętania”. „Etnografia jak dotychczas nie odkryła jeszcze żadnego rytuału małżeńskiego symbolizującego cerowanie skarpetek” (2000a, s. 267). Zgodnie z opinią Malinowskiego, łatwo wykazać, „że cała struktura społeczeństwa trobriandzkiego opiera się na zasadzie stanu prawnego” (1984, s. 40).

¹⁸ „Tak więc samobójstwo, podobnie jak czarownictwo, jest narzędziem, które zmusza tubylców do skrupulatnego przestrzegania prawa, które powstrzymuje ludzi od krańcowych i nietypowych sposobów zachowania się” (1984, s. 74–75).

z władzą wodza, magią, konsekwencjami tabu i osobistymi aktami zemsty — są praktykami, z których wywodzą się metody wymierzania kary, to autor *Crime and Custom* zauważa, że nie natrafił „na żadne urządzenia lub zwyczaje, które można by zakwalifikować jako formy «wymiaru sprawiedliwości» na podstawie kodeksu i za pomocą ustalonych metod” (1984, s. 75). Instytucje, które poznał, służą do przecięcia nieprawego stanu rzeczy i przywrócenia równowagi. Co więcej, najbardziej określone zakazy są elastyczne, bo istnieją metodyczne systemy omijania ich. Malinowski (2000a, s. 278) przyznawał, że czarownictwo mogło służyć do celów kryminalnych, stając się przestępstwem, jednak zdecydowanie bardziej interesowało go czarownictwo używane dla poparcia ustalonego porządku społecznego, w tym jako mechanizm, w którym znajduje swoją sankcję nie prawo karne, lecz cywilne. Czarna magia jest „na ogół czynnikiem dobroczynnym o olbrzymiej wartości dla prymitywnej kultury” (1984, s. 71).

W *Prawie i zwyczaju*, opublikowanym w 1934 roku, Malinowski informuje czytelnika, iż szuka teorii, która by określiła ściśle miejsce prawa w ogólnym systemie cywilizacji ludzkiej¹⁹, „która by ujmowała prawo jako część ogólnego kodeksu reguł zachowania się, która by dała nam dokładne kryteria dla określenia mechanizmów zmuszających ludzi do spełnienia nakazów prawa [...] pozwoliłaby nam znaleźć najważniejszy współczynnik dla prawa pierwotnego i naszego własnego” (2000a, s. 250–251). Zaraz też stwierdza jednak, że nie jest w stanie przedstawić „pretensjonalnej” teorii prawnego aspektu kultury (w tym — jak pisze — „krótkim wstępie”) (2000a, s. 251). Kultura wciela się w instytucje, a prawo jest jednym z zasadniczych prerekwizytów wszystkich procesów kulturowych (2000a, s. 253). Chociaż deklaruje niedefiniowanie prawa, to nazywa je „skutecznym zwyczajem” (2000a, s. 250)²⁰, po raz kolejny zamazując granicę między prawem a zwyczajem, której wytyczenia domaga się od innych autorów, a w szczególności od Radcliffe-Browna²¹. Odpowiadając na krytykę, antropolog stwierdza, że jest niewinny zbrodni pochopnej generalizacji — w *Zwyczaju i zbrodni...* wnioski ogólne mają najwyżej charakter tez,

¹⁹ W polskim wydaniu prawdopodobnie wkradła się literówka: „która by określiła ściśle miejsce prawa o ogólnym systemie cywilizacji ludzkiej” (2000a, s. 250).

²⁰ „Nasze własne prawo jest niczym innym, jak zwyczajem o zasadniczej mocy obowiązującej, zwyczajem, który zabezpiecza sprawne funkcjonowanie naszych instytucji [...] Niezależnie od tego wszystkiego musimy jeszcze szerzej rozwinąć teorię prawa pierwotnego czy skutecznego zwyczaju [...]” (2000a, s. 250).

²¹ „Główną dziedziną prawa pierwotnego jest mechanizm społeczny, który odnaleźć można u podłoża wszystkich rzeczywistych zobowiązań i który ze zwyczajem pokrywa się w znacznej części, chociaż nigdy, jak to już wiemy, całkowicie” (1984, s. 50).

mogących być punktem wyjścia do dalszej dysputy, ukazywał tam bowiem jedynie ogólne zasady odnoszące się do prawa pierwotnego (2000a, s. 276–277)²².

PRAWO W CZTERECH ODSŁONACH

W artykule *Nowe narzędzie interpretacji prawa, zwłaszcza pierwotnego* Malinowski (2000b) decyduje się jednak na dookreślenie swojego rozumienia prawa, a jako główny postulat przedstawia zamiar, by termin „prawo” był stosowany w ściśle określonym znaczeniu. Sam wyróżnia cztery takie znaczenia: 1) prawo jako zasada determinizmu (np. prawo nauki); 2) prawo jako zasada postępowania (np. konwencje); 3) prawo jako regulator postępowania w relacjach między jednostkami i grupami (m.in. zasady dotyczące własności, władzy, chroniące życie, określające reguły relacji seksualnych); 4) prawo jako mechanizm uruchamiany, gdy ma miejsce konflikt roszczeń lub łamane są społeczne reguły zachowania. Malinowski zaznacza, że ta klasyfikacja nie jest pełna, a jej celem jest wyeliminowanie dwuznaczności w używaniu określenia „prawo”. Dla niego istotna jest przede wszystkim różnica w między prawem jako porządkiem społecznym (3) a prawem „karzącym i przywracającym porządek działaniem społecznym” (4) (2000b, s. 302–303). To ostatnie zaczyna działać, gdy przestaje funkcjonować wersja oznaczająca porządek (2000b, s. 302–304)²³.

Malinowski wraca tu też do swoich wcześniejszych myśli przedstawiających ludzkie działania — w tym prawo „jako element porządku i składnik harmonijnego działania” (2000b, s. 304) — jako zjawiska zdeterminowane przez kulturę, a w szczególności przez jej instytucje²⁴. Powraca też kwestia sankcji i ich związku (bądź jego braku) z prawem. Tym razem Malinowski stwierdza, iż przymus społeczny w postaci sankcji odróżnia prawo od innych reguł (2000b, s. 305). Bardzo ciekawe jest jego stwierdzenie, że „każdy element prawa pierwotnego, każde poszczególne prawo określane jest przez potrzebę zachowania tożsamości grupy” (2000b, s. 304). Myśli tej jednak autor nie rozwija.

²² Na temat zmieniającej się koncepcji prawa przedstawianej przez Bronisława Malinowskiego w jego kolejnych publikacjach zob. np. Bielarczyk 2003, s. 35–41.

²³ O powiązaniu rozróżnienia pomiędzy prawem (3) i (4) z koncepcjami Leona Petrażyckiego zob. np. Kurczewski 2009, s. 51.

²⁴ „Zasadniczą funkcją prawa jest branie w ryzy pewnych naturalnych skłonności ludzkich, hamowanie i kontrolowanie ludzkich instynktów i narzucanie niespontanicznych przymusowych zachowań — innymi słowy, zapewnianie takiego rodzaju współdziałania, które opiera się na wzajemnych ustępstwach i poświęceniach dla wspólnego celu” (1984, s. 51).

Najistotniejsze fragmenty *Nowego narzędzia...* odnoszą się jednakże bezpośrednio do pracy Karla N. Llewellyna i E. Adamsona Hoebela *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (2002), czasem przyjmując formę komentarza wyjaśniającego własne stanowisko teoretyczne Malinowskiego. Pomimo iż stwierdza on, że jego uwagi wynikają z silnej identyfikacji ze stanowiskiem przyjętym przez autorów (2000b, s. 316), a także z tego, iż książka Llewellyna i Hoebela jest doskonała (2000b, s. 314) i docenia jej doniosłość²⁵, to w tekście pojawia się również szereg uwag krytycznych wobec autorów. Artykuł *Nowe narzędzie interpretacji prawa, zwłaszcza pierwotnego* jest ostatnim tekstem Malinowskiego dotyczącym prawa. By zrozumieć, co chce w nim przekazać, należy przypomnieć, o czym traktuje *The Cheyenne Way*.

Według Llewellyna i Hoebela (2002, s. 20–21) można mówić o trzech podejściach do badania prawa: poprzez normy kontrolujące wzorce (ideologiczne), poprzez rzeczywiste wzorce zachowania (deskryptywne) oraz poprzez przykłady problemów i tego, jak sobie z nimi poradzono. To właśnie norma, która poradzi sobie z trudnym przypadkiem (mającym miejsce, gdy pomiędzy dającymi się zastosować normami zachodzi rozbieżność), jest w danej kulturze prawem (Llewellyn, Hoebel 2002, s. 23). To te normy, których nieprzestrzeganie wiąże się z konsekwencjami, stanowią prawo. Różnią się więc one istotnie od pozostałych norm. Legitymizacja przejawia się w działaniu (Llewellyn, Hoebel 2002, s. 24–25). Technika użycia określonej formy, bądź reguły prawnej, jest ważniejsza niż one same. O znaczeniu normy dowiadujemy się dzięki skoncentrowaniu się na „kłopotliwych przypadkach”. „Serce prawa” leży raczej w imperatywnym niż normatywnym charakterze zjawisk (Llewellyn, Hoebel 2002, s. 283). „U Czejenów przewód sądowy przejawiał się przez działanie, był jak «ruch pionków na szachownicy»” (Llewellyn, Hoebel 2002, s. 325). Z tych posunięć Llewellyn i Hoebel odczytywali reguły gry (zob. Krysińska-Kałużna 2017).

Malinowski (2000b, s. 312) zarzucał Llewellynowi i Hoebelowi między innymi brak klarowności. Czytając uwagi antropologa, momentami możemy odnieść wrażenie, że krytyka wymierzona w amerykańskich badaczy mogłaby być — przynajmniej w części — samokrytyką. Jest tak, gdy mowa na przykład o wspomnianym braku klarowności, czy też braku analizy wpływu administracji kolonialnej i kontaktu ze społeczeństwami narodowymi na badane przez antropologów kultury (jak naciski „białego

²⁵ Malinowski (2000b, s. 295) pisze między innymi, że tworzy ona teorie prawa w ogóle, zarówno pierwotnego, jak i rozwiniętego.

człowieka” wpłynęły na „pierwotną sprawiedliwość” i „prymitywny proces sądowy”) (2000b, s. 294)²⁶. Malinowski stwierdza też, że analizowanie przez Llewellyna i Hoebela jedynie kłopotliwych przypadków nie wystarcza do zrozumienia całego obrazu. Zajmując się prawem karnym, badacze zaniedbują tak istotne dla Malinowskiego prawo cywilne, którego wagi wśród Indian nie mogą tym samym rozpoznać i określić (2000b, s. 314). Poza tym zauważa, że autorzy *The Cheyenne Way* pomijają dokonania wielu autorów zajmujących się prawem z perspektywy nauk społecznych (co ciekawe, pojawia się wśród nich nazwisko Leona Petrażyckiego, o którym będzie jeszcze mowa) (2000b, s. 311).

Pomimo krytycznych uwag Malinowski pozostawia pod dużym wrażeniem dokonania Llewellyna i Hoebela i przyjętej przez nich koncepcji badawczej. Stwierdza, iż problem postawiony przez autorów, jakim jest „rozdzielenie między tradycyjną ewolucją obyczajów i norm z jednej strony, a dynamicznymi interesami jednostek i grup z drugiej”, jest jednym z najbardziej istotnych zagadnień prawoznawstwa (2000b, s. 313). Uważa, że amerykańscy badacze są całkowicie świadomi konieczności traktowania problemu prawa z zastosowaniem zasad determinizmu kulturowego. Są też w pełni świadomi, że przestrzeganie prawa i porządku, wraz z naruszeniami prawa i naprawą ich następstw, stanowi najistotniejszy problem badawczy prawoznawstwa (2000b, s. 313).

W zgodzie z poglądami Llewellyna i Hoebela pozostają w szczególności stwierdzenia Malinowskiego (2000b, s. 308–309), że: 1) tam, gdzie nie ma ksiązek, istnieje jedynie prawo w działaniu; 2) w prawie w działaniu możemy rozróżnić prawo porządku i mechanizmy eliminacji jego naruszeń; 3) trudno jest rozróżnić przestrzeganie prawa od złamania prawa w społeczności, w której nie ma kodeksów, sądów, policji; 4) prawo to dynamiczny proces ciągłego dostosowywania się, a nie reakcji „wszystko albo nic”; 5) dotyczy to wszystkich instytucji — władzy lokalnej, rodu, zespołu myśliwych, żeglarzy czy rybaków.

MYŚLI NIEDOKOŃCZONE

Gdy czytamy prace Malinowskiego, czasem ważniejsze od jasno sformułowanych koncepcji i definicji wydają się myśli, których nie rozwinął, a także pytania, które postawił. W *Zwyczaju i zbrodni...* (1984, s. 59) autor zapowiedział, że poznamy charakter analizowanych czynów przestępczych

²⁶ W tekstach dotyczących prawa Malinowski napomyka o tych wpływach jedynie kilkakrotnie, nie poddając ich głębszej analizie (zob. 2000a, s. 242, 259; 1984, 66–67, 70, 71, 87).

i procedury karnej, a także ich stosunek do prawa cywilnego, główne czynniki przyczyniające się do przywrócenia zburzonej równowagi oraz związku, a także możliwe konflikty, między kilkoma systemami tubylczego prawa. Choć ta zapowiedź była na wyrost, to — podobnie jak w kolejnych tekstach — problemy badawcze zostały sformułowane. Malinowski wielokrotnie powtarzał, iż należy zbadać, jaki mechanizm kulturowy powoduje, że przymus prawny się urzeczywistnia. W tym celu postulował analizę stosunków społecznych, a przede wszystkim — stosunków wiążących jedną instytucję z drugą (2000a, s. 281). Pisał, że trzeba korelować fakty w terenie w sposób dokładnie określony, konkretny i szczegółowy, badać dynamiczne związki pomiędzy zjawiskami, wykrywać ich wzajemne zależności (2000a, s. 282). I choć analizując jego teksty dotyczące prawa nie dostrzeżemy wielu postulowanych analiz, to można się z Malinowskim zgodzić, że skierował na drogę wykonania tego „pozytywnego i konkretnego programu pracy” (2000a, s. 282) wielu badaczy.

Już pisząc *Zwyczaj i zbrodnię...* Malinowski (1984, s. 92) stwierdza, że prawo nie jest „niezmiennym zlepkiem zwyczajów” wywierających „trwały nacisk życia plemiennego na jednostkę”. Robi to jakby mimochodem, pomimo akcentu, jaki kładzie na zasadę wzajemności i konieczność obserwowania reguł zapewniających porządek, a więc przestrzegania „prawa cywilnego” dominującego w społeczeństwie „dzikich”. Prawo wyrasta bowiem z procesów, którymi rządzi. Co więcej, jest wynikiem ścierania się jednych zasad prawnych z innymi. Malinowski deklaruje, że ważniejsze niż wyliczanie reguł prawa jest obserwowanie, w jaki sposób są one wcielane w życie, obserwowanie skutków przestrzegania prawa i skutków jego lekceważenia. Reguły prawa powinny być badane poprzez obserwacje ich funkcjonowania w życiu. Wtedy bowiem dowiadujemy się, że istota nakazów prawa polega na „licznych rozgałęzieniach, które zapuszczają one w kontekst życia społecznego” (1984, s. 94). Od tego wniosku jest już bardzo blisko do stwierdzenia, że analizie należy poddać konflikt norm, badać spór, przypadki „kłopotliwe”. Lecz tu Malinowski zatrzymał się w pół kroku. Ten krok wykonali za niego Hoebel i Llewellyn, pisząc *The Cheyenne Way*, a on mógł im już wtedy tylko przyklasnąć.

Podobnie niedokończony — ze współczesnego punktu widzenia — pomysł znajdujemy w *Zwyczaju i zbrodni...* akapit wcześniej, gdy czytamy: „Mieliśmy również możliwość zaproponowania nowej klasyfikacji reguł zwyczaju i tradycji; dania nowej definicji prawa, jako specjalnej klasy reguł zwyczajowych i naszkicowania dalszego podziału na poszczególne typy prawa w obrębie jego pełnego systemu. W tej ostatniej sprawie doszliśmy do wniosku, że oprócz zasadniczego podziału na prawo quasi-cywil-

ne i quasi-kryminalne należy przeprowadzić rozróżnienie między różnymi stopniami prawa, dającymi się uszeregować w pewną hierarchię [...]. Musielibyśmy również przeprowadzić rozróżnienie między szeregiem różnych systemów, które razem tworzą pełny system prawa plemiennego” (1984, s. 93). Ten pomysł rozwinął Leopold Pospisil²⁷, a wcześniej niż Malinowski o pluralizmie prawnym i pluralizmie prawa pisał Leon Petrażycki, postulujący dychotomię prawa oficjalnego i nieoficjalnego oraz prawa pozytywnego i intuicyjnego²⁸. Należy tu zauważyć, że Bronisław Malinowski znał prace zarówno Leona Petrażyckiego, jak i Eugena Ehrlicha²⁹, lecz nie przywoływał ich nazwisk, odnosząc się do idei pluralizmu prawnego oraz do idei prawa jako uprawnienia i obowiązku³⁰. Co więcej, Jacek Kurczewski (2009) dowodzi, że koncepcja relacji pomiędzy uprawnieniami i obowiązkami odczuwanymi jako obowiązujące jest *de facto* koncepcją Petrażyckiego zaadaptowaną przez Malinowskiego, a krytyka Hoebela wobec Malinowskiego jest nieświadomie czynioną przez Amerykanina krytyką myśli Petrażyckiego. „Bardzo często — pisze Kurczewski (2009, s. 50) —

²⁷ Prowadząc badania wśród Kapauku na holenderskiej Nowej Gwinei oraz wśród Innuitów, Pospisil zauważył brak władzy centralnej. Każda społeczność składała się z podgrup z własnymi liderami: rodziny, rodziny poszerzonej, lineażu, konfederacji. Pospisil stwierdził, że jednostka podlega regulacjom prawnym w każdej podgrupie, do której należy. Podgrupy te, według badacza, można ułożyć w pewną hierarchię, tworząc jednocześnie hierarchię systemów prawnych. Ostatecznie doszedł on do wniosku, że istnieje tyle systemów prawnych, ile jest poziomów prawa. „Nie ma prawa społeczeństwa Kapauku — pisał — lecz jest prawo w... społeczeństwie Kapauku (org.: „There is no law of the Kapauku society but there is law within... Kapauku” (Pospisil 1958, s. 277; zob. też: Goodale 1998).

²⁸ „Istotnym aspektem teorii prawa Petrażyckiego jest pluralizm prawa: rozróżnienie prawa pozytywnego (jego cechą główną jest heteronomiczne wyobrażenie faktów normatywnych) i prawa intuicyjnego (mającego charakter autonomicznych przekonań prawnych), a także prawa oficjalnego (czyli takiego, które ma poparcie ze strony władzy państwowej) i prawa nieoficjalnego (niepopieranego przez władzę państwową), a także prawa zwyczajowego i prawa międzynarodowego” (Kojder 2018, s. 157). „Zróżnicowanie ma dwa wymiary. Pierwszym jest pluralizm prawa, a mianowicie współwystępowanie prawa intuicyjnego i prawa pozytywnego, prowadzące z jednej strony do nieustannych konfliktów (choćby z racji większej podatności na zmiany, charakterystycznej dla emocji prawa intuicyjnego), z drugiej zaś do wzajemnego uzgadniania, więcej nawet, do przechodzenia emocji prawa pozytywnego do uproszczonej, pozbawionej wsparcia tetycznego emocji prawa intuicyjnego. Drugie istotne zróżnicowanie (pluralizm prawny) stanowi konsekwencję odróżnienia prawa oficjalnego od nieoficjalnego (to jest takiego, którego przedstawiciele państwa ani nie stosują, ani nie wspierają)” (Cywiński 2018, s. 113). Zob. też np. Petrażycki 2002; Motyka 1999.

²⁹ Eugen Ehrlich, jeden z prekursorów socjologii prawa, wprowadził podział na prawo żywe, prawnicze i stanowione (zob. np. Ehrlich 1913).

³⁰ W *Nowym narzędziu interpretacji prawa, zwłaszcza pierwotnego* Malinowski (s. 311) wypomina Hoebelowi i Llewelynowi, że sprawiają wrażenie, jakby nie słyszeli o niektórych ważnych pracach z zakresu socjologii prawa, wymieniając między innymi Ehrlicha i Petrażyckiego.

nowo zaproponowana teoria lub koncepcja tak wyraźnie pasuje do potrzeb innych pisarzy i badaczy, że jest odbierana jedynie jako stwierdzenie tego, o czym myśleli już od dawna” (zob. też: Kojder 2017, s. 27)³¹.

Malinowski — podobnie jak Hoebel i Llewellyn — uważał, że posłuch dla prawa nie jest czymś oczywistym, a konsekwencją tego faktu była konieczność przeprowadzenia badań „empirycznych”, które wykazywałyby, jakie z braku przestrzegania norm wynikają następstwa. Za konieczne dla poznania prawa uznawał jednak także między innymi badanie relacji społecznych w ich kulturowym kontekście. Jego podejście łączyło więc to, co w przyszłości rozwinęło się w dwa odmienne paradygmaty antropologii prawa — paradygmat normatywny i paradygmat procesualny (aczkolwiek wielu badaczy za znaczący uważa przede wszystkim wkład Malinowskiego w rozwój drugiego z tych podejść (zob. np. Sierra, Chenaut 2002, s. 124–125).

PODSUMOWANIE

Bronisław Malinowski spojrzał na prawo z perspektywy sankcji społecznych, których nie należało jednak utożsamiać z tym, co odpowiadałoby sankcjom karnym w świecie zachodnim. Autor *Zwyczaju i zbrodni* nie przedstawił jasnej definicji prawa, lecz — jak pisze Mateusz Stępień (2014, s. 412) — jego zasadniczą myślą było, że prawo jest „zjawiskiem wielopłaszczyznowym: psychicznym, choć manifestującym się w działaniach i wspartym złożoną infrastrukturą społeczną, spełniającym funkcje względem innych elementów kultury oraz wobec całości”. Prawo miało więc dla Malinowskiego swój wymiar biologiczny, społeczny i psychologiczny (Stępień 2016).

Malinowski (1984, s. 21) sprzeciwił się pogładowi, jakoby „tubylcy” byli posłuszni nakazom prawa „dzięki tajemniczej skłonności dzikiego do słuchania ich”, którą przypisywali im niektórzy badacze. Przestrzeganie prawa wynikało według niego z kilku reguł rządzących społeczeństwem. Pierwszą z nich była siła systemu wzajemnych zobowiązań. Nie określone władze i powiązane z nimi instytucje, lecz — jak uważał — właśnie wymóg wzajemności w relacji ze statusem prawnym jednostki determinował stosowanie prawa. *Eo ipso*, tym, na co w badaniach należy zwrócić szczególną uwagę, są procesy społeczne. Wśród zasług Malinowskiego dla antropologii prawa trzeba więc wymienić przede wszystkim fakt, że nie pozostawił

³¹ Na temat wpływu innych polskich badaczy, Lotara Darguna i Karola Estreichera, na Malinowskiego i jego koncepcje dotyczące prawa zob. np. Dudek 2016; Pałeczki 2016.

żadnych wątpliwości, iż prawo należy badać w terenie, w kontekście innych zjawisk kulturowych. Reguły nie istnieją bowiem nigdy w izolacji. Ich istota polega na „licznych rozgałęzieniach, które zapuszczają one w kontekst życia społecznego” (1984, s. 94).

Kolejnym niezwykle ważnym założeniem, które zmieniło myślenie o prawie tubylczym, było stwierdzenie, że wszyscy jesteśmy tak samo dzicy albo dziki nie jest nikt, a prawo człowieka dzikiego nie różni się w swej istocie od prawa człowieka nie-dzikiego. „Malinowski rozszerzył definicję terminu «prawo» poza sferę, do której zwykle się je sprowadza — społeczeństw posiadających kodeksy, sądy i policję. Chciał w ten sposób dać do zrozumienia, że wszystkie sankcje, którym podlega zachowanie ludzkie, powinno się traktować jako całość, toteż stosował słowo «prawo» do wszelkich norm wykraczających poza «neutralny zwyczaj»” (Goody 2006, s. 192–193).

Zdecydowanie nie we wszystkim zgadzający się z Malinowskim E. Adamson Hoebel stwierdził, pisząc o autorze *Zwyczaju i zbrodni...*: „Rozbił skorupę formalizmu prawnego w antropologii i dał nowy impuls antropologii prawa. I za tę zasługę nauki społeczne mają wobec niego dług” (Hoebel 1954, s. 208). Malinowski postawił pytania i określił problemy badawcze, które dla antropologii prawa pozostają znakami drogowymi wciąż wyznaczającymi jej szlak.

BIBLIOGRAFIA

- Bielarczyk Piotr, 2003, *Antropologia prawa Bronisława Malinowskiego*, „Studia Iuridica”, t. 41, s. 27–57.
- Bohannan Paul, 1957, *Justice and Judgment among the Tiv*, Oxford University Press, London.
- Bohannan Paul, 1965, *The Differing Realms of Law*, „American Anthropologist”, t. 67(6), s. 33–42.
- Bohannan Paul, 1969, *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*, w: Laura Nader (red.), *Law in Culture and Society*, Aldine, Chicago, s. 401–418.
- Brozi Krzysztof J., 1983, *Antropologia funkcjonalna Bronisława Malinowskiego. Problemy metodologiczne*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin.
- Comaroff John L., Roberts Simon, 1986, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, The University of Chicago, Chicago–London.
- Cywiński Zbigniew, 2018, *Tradycja petrażycjańska w polskiej socjologii prawa albo o tym, co zyskaliśmy, nie odwołując się do Ehrlicha*, „Studia Iuridica”, t. 74, s. 99–133 (https://wuw.pl/data/include/cms/Studia_Iuridica_74_2018.pdf [dostęp: 11.11.2023]).
- Dudek Michał, 2016, *Not So Long Time Ago before Malinowski: The Puzzle of Lotar Dargun's Influence on Bronislaw Malinowski*, w: Mateusz Stępień (red.), *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*, Springer International Publishing, Switzerland, s. 3–20.
- Ehrlich Eugen, 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Verlag von Duncker & Humblot, München–Leipzig.

- Gluckman Max, 1955, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, University of Manchester Press, Manchester.
- Gluckman Max, 1969, *Concepts in the Comparative Study of Tribal Law*, w: Laura Nader (red.), *Law in Culture and Society*, Aldine, Chicago.
- Goodale Mark, 1998, *Leopold Pospisil a Critical Reappraisal*, „Journal of Legal Pluralism”, t. 40, s. 123–149.
- Goody Jack, 2006, *Logika pisma a organizacja społeczeństwa*, tłum. Grzegorz Godlewski, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Hoebel E. Adamson, 1954, *The Trobriand Islanders: Primitive Law as Seen by Bronislaw Malinowski*, w: E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge Mass.
- Hogbin H. Ian, 1934, *Law and Order in Polynesia*, Harcourt, Brace and Co., New York.
- Kojder Andrzej, 2017, *Podstawy socjologii prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa.
- Kojder Andrzej, 2018, *Idee naukowe Leona Petrażyckiego, które przetrwały próbę czasu*, „Studia Iuridica”, t. 74, s. 155–161.
- Krysińska-Kałużna Magdalena, 2017, *Prawo jako mit. Relacja pomiędzy tubylczym prawem zwyczajowym a prawem stanowionym*, Nomos, Kraków.
- Kurczewski Jacek, 2009, *Bronislaw Malinowski Misunderstood or How Leon Petrażycki's Concept of Law Is Unwittingly Applied in Anthropology of Law*, „Societas/Communitas”, nr 1(7).
- Kurczewski Jacek, 2012, *Petrażycki in Melanesia — Where Pospisil and Malinowski Meet*, w: Tomáš Ledvinka i in., *Towards an Anthropology of the Legal Field: Critique and Case Studies*, Fakulta humanitních studií Univerzity Karlovy v Praze, Prague.
- Llewellyn Karl Nickerson, Hoebel E. Adamson, 2002, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, William S. Hein & Co., Buffalo, New York.
- Malinowski Bronisław, 1925a, *The Forces of Law and Order in a Primitive Community*, „Proceedings of the Royal Institution of Great Britain”, t. 24, s. 529–547.
- Malinowski Bronisław, 1925b, *Review of: Primitive law, by E. Sidney Hartland*, „Nature”, t. 116, s. 230–235.
- Malinowski Bronisław, 1926, *Primitive Law and Order*, „Nature”, t. 117, s. 9–16.
- Malinowski Bronisław, 1984, *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich*, w: Bronisław Malinowski, *Dzieła*, t. 2, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa.
- Malinowski Bronisław, 2000a, *Prawo i zwyczaj*, w: Bronisław Malinowski, *Dzieła*, t. 8, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, s. 237–293.
- Malinowski Bronisław, 2000b, *Nowe narzędzie interpretacji prawa, zwłaszcza pierwotnego*, w: Bronisław Malinowski, *Dzieła*, t. 8, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, s. 294–316.
- Motyka Kazimierz, 1999, *Beyond Malinowski: Petrażycki's Contribution to Legal Pluralism*, w: K. von Benda-Beckmann, Harald W. Finkler (red.), *Papers of the XIth International Congress of Folk Law and Legal Pluralism: Societies in Transformation*, Institute of Ethnology and Anthropology, Moscow.
- Paluch Andrzej K., 1981, *Malinowski*, Wiedza Powszechna, Warszawa.
- Pałeczki Krzysztof, 2016, *Stanisław Estreicher: The Forgotten Master of Bronislaw Malinowski*, w: Mateusz Stępień (red.), *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*, Springer International Publishing, Switzerland, s. 21–36.
- Petrażycki Leon, 2002, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa.

- Pospisil Leopold, 1958, *Kapauku Papuans and Their Law*, Yale University Publications in Anthropology, No. 54, New Haven.
- Rouland Norbert, 1994, *Legal Anthropology*, Stanford University Press, Stanford.
- Sierra María Teresa, Chenaut Victoria, 2002, *Los debates recientes y actuales en antropología jurídica: las corrientes anglosajonas*, w: Esteban Krotz (red.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, s. 113–170.
- Stępień Mateusz, 2014, *Bronisława Malinowskiego potyczki z prawem (prymitywnym)*, w: Janina Czapska, Michał Dudek, Mateusz Stępień (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń, s. 401–424.
- Stępień Mateusz, 2016, *Malinowski's Multidimensional Conception of Law: Beyond Common Misunderstandings*, w: Mateusz Stępień (red.), *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*, Springer International Publishing, Switzerland, s. 39–54.
- Young Michael W., 2008, *Bronisław Malinowski — odyseja antropologa 1884–1920*, tłum. Piotr Szymor, Wydawnictwo Książkowe „Twój Styl”, Warszawa.

IN SEARCH OF LAW: MALINOWSKI BETWEEN CUSTOM AND CRIME

Magdalena Krysińska-Kałużna
(University of Wrocław)

Abstract

Along with the development of ethnology and sociology, researchers' interest deepened in one of the most important elements of culture: law. Bronisław Malinowski was one of the founding fathers of social anthropology, who studied law as a phenomenon functioning in a cultural context. The researcher emphasised the importance of law for social institutions, and although this phenomenon was a rather fluid category according to Malinowski, he declared the need to present its clear definition. The text deals with the ways Malinowski conceptualised law, including his reference to the assumptions presented by other researchers, and how his observations, conclusions and postulates contributed to the development of anthropology of law as a field of research.

key words: Bronisław Malinowski, history of anthropology, Malinowski's definition of law

słowa kluczowe: Bronisław Malinowski, historia antropologii, Malinowskiego definicja prawa