

Rafał Mańko

**W stronę
krytycznej filozofii
orzekania**

**Polityczność, etyka
legitymizacja**

**W stronę
krytycznej filozofii
orzekania**

**Polityczność, etyka
legitymizacja**



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Rafał Mańko

W stronę krytycznej filozofii orzekania

**Polityczność, etyka
legitymizacja**

Rafał Mańko – Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, Uniwersytet Wrocławski
50-145 Wrocław, ul. Uniwersytecka 22/26

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)
Bartosz Wojciechowski (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Malgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki)
Grzegorz Leszczyński (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), [*Lech Morawski*] (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski), *Marek Smolak* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Sylvia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki)
Jerzy Zajadlo (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Zahuski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENCI

Adam Sulikowski, Wioletta Jedlecka

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Izabela Baran

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

Niniejsza książka powstała w ramach realizacji projektu badawczego
Narodowego Centrum Nauki nr 2016/21/D/HS5/03912

© Copyright by Rafał Mańko, Łódź 2018

© Copyright by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2018

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.08631.18.0.M

Ark. wyd. 21,5; ark. druk. 18,5

ISBN 978-83-8142-090-7

e-ISBN 978-83-8142-091-4

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

90-131 Łódź, ul. Lindleya 8

www.wydawnictwo.uni.lodz.pl

e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl

tel. (42) 665 58 63

Spis treści

Wstęp	7
Rozdział I. Tożsamość, presupozycje i założenia metodologiczne jurysprudencji krytycznej	21
1. Tożsamość prawoznawstwa krytycznego	21
2. Historia krytycznego prawoznawstwa jako szkoły naukowej	29
3. Presupozycje ontologiczne krytycznej filozofii prawa	37
4. Rola ideologii i jej związki z prawem	47
5. Ontologia prawa w ujęciu krytycznej teorii prawa	62
6. Presupozycje epistemologiczne krytycznej filozofii prawa	67
7. Założenia metodologiczne krytycznej filozofii prawa	75
8. Aspekty etyczne krytycznej filozofii prawa	83
9. Pojęcie orzekania w perspektywie jurysprudencji krytycznej	92
Rozdział II. Orzekanie a granice prawniczej władzy dyskrejonalnej	95
1. Problem granic prawniczej władzy dyskrejonalnej i jej determinant	95
2. Tekst prawa	99
3. Wspólnota interpretacyjna prawników	107
4. Metodyka prawnicza	110
5. Inne subświaty	118
6. Hegemoniczna ideologia	130
7. Czy hierarchia granic?	143
Rozdział III. Orzekanie a polityczność	147
1. Pojęcie polityczności	147
2. Koncepcja orzeczniczej decyzji politycznej	151
3. Uwagi podsumowujące	169
Rozdział IV. Orzekanie a etyka	171
1. Uwagi wprowadzające	171
2. Przegląd wybranych modeli etyki prawniczej w polskiej filozofii prawa	176
3. W stronę modelu politycznej etyki orzekania	188
4. Uwagi podsumowujące	213
Rozdział V. Legitymizacja orzekania	221
1. Uwagi wprowadzające	221
2. Pojęcia prawomocności (legitymności) i uprawomocnienia (legitymizacji)	224
3. Legitymizacja orzekania w ujęciu krytycznej filozofii prawa	237
4. Uwagi podsumowujące	251
Zakończenie	255
Bibliografia	277

Wstęp

Według dowcipnego sformułowania czeskiego krytycznego filozofa prawa Martina Škopa „po świecie krąży widmo – widmo postmodernizmu”¹. Do polskiej teorii i filozofii prawa widmo to przywołał przed prawie dwiema dekadami śp. Lech Morawski słynnym esejem *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*² Najwyraźniej poirytowany tradycyjną analityczną teorią prawa, której część określił pejoratywnym mianem „buchalteryjnej”, toruński filozof prawa ostrożnie podkreślał, że postmodernizm „jest (...) jedną z ofert, wprawdzie nie zawsze najlepszą, ale (...) czasami wartą rozważenia”³. Raz wypuszczony z butelki, dżin postmodernizmu zaczął jednak siać spustoszenie w pozytywistycznym „parku jurajskim”⁴. Adam Sulikowski spostmodernizował prawo konstytucyjne⁵ i szerzej – teorię konstytucjonalizmu⁶ – pomimo sprzeciwów tradycyjnie nastawionej części badaczy⁷. Na grunt rodzimy przeszczepiono jursprudencję feministyczną⁸,

¹ M. Škop, *Stát jako hegemon symbolických nástrojů*, [w:] *Budoucnost státu?*, red. P. Agha, Academia, Praha 2017, s. 91.

² L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, TNOiK, Toruń 2001.

³ *Ibidem*, s. 12.

⁴ Określenie to nawiązuje oczywiście do polemicznego artykułu T. Gizberta-Studnickiego, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, z. 2. Gwoli ścisłości dodam, że określenia „park jurajski” autor użył jako figury retorycznej, podkreślając, że pozytywiści, z którymi polemizują J. Stelmach i B. Brożek (z którymi z kolei polemizuje T. Gizbert-Studnicki), być może nigdy nie istnieli, a jeżeli „istnieli, to wymarli już dawno temu, a zatem J. Stelmach i B. Brożek, o ile nie walczą z mitycznym smokiem, to co najwyżej z wymarłym już dinozaurem” (*ibidem*, s. 20). Nie włączając się tu w polemikę pomiędzy krakowskimi teoretykami a filozofami prawa, pozwałam sobie zapożyczyć barwne określenie, które – jak sądzę – dobrze oddaje nie tylko „słomianą kukłę”, implikowaną przez T. Gizberta-Studnickiego, ale także stan potocznego myślenia o prawie, obecnego szczególnie w dogmatykach i orzecznictwie.

⁵ A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 12.

⁶ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008; idem, *Konstytucjonalizm a nowoczesność: dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego – Złota Seria, Wrocław 2012.

⁷ Zob. np. J. Jaskiernia, *O znaczeniu postmodernizmu dla nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 4.

⁸ H. Dębska, *Pleć i władza. Kobiety w Trybunale Konstytucyjnym*, „Studia Podlaskie” 2014, t. 22; L. Rodak, *Structural Violence and Its Gender Dimension in Polish Law*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016; H. Dębska, T. Warczok, *The Social*

zaczęto też otwarcie stawiać pytania o relacje prawa, ideologii i polityczności⁹. Gdy więc w czternaście lat później L. Morawski usiłował zapędzić postmodernistycznego dzina z powrotem do butelki, było już za późno. Ubolewał zatem, że „Polityzacja to (...) poważny problem nauk prawnych. (...) W epoce ponowoczesnej (...) polityzacja przestała być uważana za aberrację czy też patologię w rozwoju nauki, ale została uznana za jedną z cech definicyjnych nauki instytucjonalnej. Zwróćmy tylko uwagę na podstawowe kierunki postmodernistycznej [*nomina sunt odiosa!* – R.M.] jurysprudencji. Nieomal wszystkie (...) deklarują, że istnieją właśnie po to (...), by bronić określonych interesów politycznych lub zwalczać swoich przeciwników politycznych. Mianowicie teoria feministyczna broni interesów kobiet, teorie etniczne żądają szczególnych praw dla mniejszości, teorie ekologiczne (...) otwarcie atakują kapitalistyczny establishment”¹⁰. Tymczasem diagnozowane przez Morawskiego zjawiska wpisują się w podejście postanalityczne, w ramach którego, jak wskazuje Andrzej Bator, preferuje się postawę filozoficzną „zakładającą zaangażowanie po stronie badacza, odrzucającą dystans towarzyszący wszelakim nomologiczno-empirycznym modelom wyjaśniania”¹¹.

Nawiązując do postmodernistycznego manifestu Lecha Morawskiego, Michał Paździora i Michał Stambulski zaproponowali zbudowanie „politycznej teorii prawa”¹², rozumianej jako wyciągnięcie wniosków, jakie z pojęcia polityczności

Construction of Feminity in the Discourse of the Polish Constitutional Court, [w:] Law and Critique in Central Europe: Questioning...; W. Jedlecka, J. Helios, *Wpływ feminizmu na sytuację społeczno-prawną kobiet*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2016; A. Sulikowski, *Prawo i pleć: kilka uwag o potencjale krytycznym feministycznej jurysprudencji*, „Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze” 2017, z. 8. Zob. także: A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013, s. 170–171; J. Helios, W. Jedlecka, *Urzeczywistnienie idei feminizmu w ogólnościowym dyskursie o kobietach*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2018.

⁹ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do dalszych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, z. 1; A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 4; D. Minich, *Polityczny kontekst orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, z. 7–8.

¹⁰ L. Morawski, *Przyczyny kryzysu teorii prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 50. Odrębną kwestią jest oczywiście pytanie, czy posługując się wieloznacznym przymiotnikiem „polityczny”, autor miał na myśli politykę partyjną czy polityczność. O tym kluczowym rozróżnieniu zob. rozdział III niniejszej monografii. W swym podręczniku natomiast Morawski pisał jeszcze dosadniej, twierdząc, że „Ekstremizm polityczny i bełkotliwy język były (...) zawsze wyróżniającymi cechami CLS [*critical legal studies* – R.M.] (...). Analizując sposoby argumentowania stosowane przez CLS, większość ruchów feministycznych i *Gender Studies*, nie sposób dojść do innego wniosku niż ten, iż ruchy te są ideowymi spadkobiercami totalitarnych ideologii marksizmu, leninizmu i maoizmu i fakt ten całkowicie dyskwalifikuje je jako ruchy naukowe” (L. Morawski, *Filozofia prawa*, TNOiK, Toruń 2014, s. 353).

¹¹ A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 28.

¹² M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 65.

wynikają dla prawoznawstwa. Jak sami jednak przyznali, „fragmenty (...) mówiące o tym, jak miałyby wyglądać polityczno-praktyczna teoria prawa, są krótsze niż pozostałe”¹³. Niniejszą monografią wpisuję się, jak sądzę, w postulowany przez nich program badań. Poza postmodernistyczną krytyką konstytucjonalizmu¹⁴ oraz retoryki praw człowieka¹⁵ konieczne jest bowiem bliższe przyjrzenie się filozofii orzekania. Ostatnim znaczącym monograficznym opracowaniem tego problemu była praca Duncana Kennedy’ego *A Critique of Adjudication*¹⁶, wydana w 1997 r. Osadzona w realiach dość specyficznej kultury prawnej amerykańskich sądów federalnych nie jest ona jednak łatwo przyswajalna w naszych warunkach, a zawili styl pisania autora też z pewnością nie przyczynił się do popularności jego prac w naszym kręgu kulturowym.

W tych okolicznościach uznałem za celowe przedstawienie autorskiej wizji krytycznej filozofii orzekania, rozumianej jako szczegółowy wkład w rozwój krytycznej filozofii prawa. Do głównych zagadnień szczegółowych, jakie postanowiłem w tak określonych ramach opracować, należą problemy granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej (rozdział II), relacje orzekania i polityczności (rozdział III), etyczne aspekty orzekania (rozdział IV) oraz legitymizacja orzekania rozumiana w sposób właściwy krytycznej filozofii prawa (rozdział V). Samo pojęcie orzekania zdefiniuję w szerszym kontekście presupozycji i założeń metodologicznych krytycznej filozofii prawa rozdziale I (par. 9 – „Pojęcie orzekania w perspektywie jurysprudencki krytycznej”). Tu chciałbym wstępnie zasygnalizować, że w niniejszej pracy pojęcie „orzecanie” będzie rozumiane szeroko, obejmując zjawiska określane przez analityczną filozofię prawa jako, po pierwsze, operatywna wykładnia prawa, oraz, po drugie, jako sądowe stosowanie prawa¹⁷. Tak rozumiane orzekanie (*adjudication*) stanowi praktykę społeczną istotowo odrębną od tworzenia generalnych i abstrakcyjnych norm prawnych przez ustawodawcę (*legislation*), nawet jeżeli orzecznictwo jest *de facto*, a nawet *de iure* (jak w krajach kultury *common law*) źródłem prawa¹⁸.

Jak zwraca uwagę Andrzej Bator, w dyskursie naukowym polskiej filozofii prawa, poczynając od lat dziewięćdziesiątych XX w., kryterium naukowej

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, passim; idem, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, passim; idem, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność...*, passim.

¹⁵ A. Sulikowski, *Prawa a ideologia: prawa jednostki z perspektywy krytycznej myśli prawniczej i społecznej (wybrane zagadnienia)*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2015, t. 4; idem, *Prawa człowieka a „śmierć boga”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 107.

¹⁶ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997.

¹⁷ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 7–10, 43. Rozróżnienie to jest współcześnie kwestionowane na gruncie hermeneutyki prawniczej. Zob. S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Routledge, Abingdon 2012, s. 6–7.

¹⁸ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 1.

doniosłości przesunęło się z pozycji abstrakcyjnych na pragmatyczne: „Problem naukowo doniosły to już nie ten, który spełnia warunki narzucone przez poprawną metodologię badań, jest spójny z zastanym porządkiem wiedzy czy daje się konceptualizować językiem danej teorii, ale ten, który jest społecznie doniosły”¹⁹. Niniejsza praca wpisuje się niewątpliwie w ten właśnie nurt, wszak o społecznej doniosłości zjawiska orzekania trudno wątpić, a diagnozowane w różnych kulturach prawnych, w tym polskiej i unijnej, zjawisko *gouvernement des juges* (aktywizmu sędziowskiego)²⁰ jedynie utwierdza w konieczności podjęcia pogłębionych, teoretycznych oraz empirycznych badań nad tą problematyką, poprzedzonych wypracowaniem adekwatnych narzędzi badawczych z zakresu filozofii prawa.

Opracowanie niniejsze zmierza zatem do wypełnienia istotnej luki w literaturze naukowej zarówno rodzimej, jak i obcej. Gdy idzie o badania filozoficzno-prawne nad związkami praktyki orzekania z politycznością i ideologią, a także nad legitymizacją sądowej wykładni i stosowania prawa, należy wyraźnie oddzielić od siebie prace należące do nurtu jurysprudencki krytycznej, z jednej strony, oraz prace należące do innych nurtów prawoznawstwa, szczególnie analitycznych, z drugiej. Niewątpliwie bowiem problematyce wykładni prawa i jego sądowego stosowania poświęcono ogromną liczbę monografii i artykułów naukowych, jako że problematyka ta znajdowała się w centrum uwagi polskiej teorii prawa okresu powojennego.

Odrębnego podkreślenia wymagają badania nad granicami prawniczej władzy dyskrejonalnej, zapoczątkowane w Polsce przez Artura Kozaka²¹. Badania te są dziś kontynuowane przez przedstawicieli ośrodka wrocławskiego, a problem granic prawniczej dyskrejonalności stał się jednym ze znaków rozpoznawczych tej szkoły w polskim prawoznawstwie²². Nie ulega też wątpliwości, że zagadnienia wykładni i sądowego stosowania prawa znalazły się w centrum uwagi przedstawicieli czołowych szkół głównego nurtu w zachodniej teorii prawa. Wszak słynne w anglosaskiej teorii prawa debaty Herberta Harta²³ z Ronaldem

¹⁹ A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa...*, s. 30.

²⁰ A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 96; A. Czarnota, L. Rodak, *Epistemologia, aktywizm sędziowski i dwie tradycje prawa*, [w:] *Dyskrejonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010; S. Saurugger, F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law*, Palgrave, London 2017, s. 3, 73 i n. Zob. też J. Helios, *Sędziokracja w Unii Europejskiej? Uwagi w kontekście działalności interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, red. A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2014.

²¹ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

²² P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Nomos, Kraków 2017.

²³ Warto podkreślić za Costasem Douzinasem i Adamem Geareyem, że koncepcje Harta są w istocie „wizją uporczywego trwania czy też spójności angielskiego *common law*. Ta »ogólnak

Dworkinem i Ronalda Dworkina ze Stanleyem Fishem²⁴ ogniskowały się właśnie na tej problematyce, a szczegółowy przegląd literatury tzw. głównego nurtu dotyczącej wykładni i stosowania prawa zająłby objętość całej monografii.

Wypada zatem przejść do literatury zaliczanej do kręgu prawoznawstwa krytycznego, do którego zaliczona być pragnie także niniejsza praca. Nurt ten, o czym będzie jeszcze mowa w rozdziale I, wyłonił się w latach siedemdziesiątych XX w. i z miejsca poświęcił znaczącą uwagę problemom polityczności prawa, jego wykładni i stosowania, a także kwestiom legitymizacji i ideologii w prawie. Czołową pracą w tym zakresie pozostaje po dziś dzień monografia Kennedy'ego poświęcona krytyce orzekania „u schyłku wieku”²⁵. Niemniej jednak w ostatnich trzech dekadach problematyka wykładni i stosowania prawa, w dalszym ciągu pozostająca w kręgu zainteresowań głównego nurtu zachodniego prawoznawstwa, przestała być, jak się wydaje, zasadniczym obiektem badań anglosaskich *critical legal studies*. Przedstawiciele jurysprudencki krytycznej po obu stronach Atlantyku znaleźli bowiem dla siebie subiektywnie bardziej interesujące problemy, takie jak sprawiedliwość, stosunek prawa do innych systemów normatywnych w społeczeństwie, estetyka prawa, problemy podmiotowości, prawo a psychoanaliza, prawo a literatura czy wreszcie etyczne problemy prawa²⁶. Oczywiście, problematyka orzekania pojawia się niejednokrotnie w takich rozważaniach, ale bardziej jako pochodna innych problemów badawczych niż jako główny problem. W zasadzie od opublikowania pracy Kennedy'ego w 1997 r. jedynym monograficznym opracowaniem poświęconym w całości orzekaniu napisanym w kręgu krytycznej jurysprudencki

teoria jest, mówiąc najściślej, teorią reprodukcji instytucji *common law*. Można nawet sugerować, że sam przypadek *Rex I* i *Rex II*, miejsca, gdzie wprowadzone zostaje słynne rozróżnienie pomiędzy regułami pierwotnymi i wtórnymi, jest reminiscencją jedyne go momentu, gdy Anglia była republiką. (...) Tak jak w sensie gospodarczym i ekonomicznym Imperium »ocaliło« i utrwaliło angielską hegemonię, tak teoria Harta jest formą rozumienia tego, jak *common law* albo *commonwealth* podtrzymuje swoje istnienie jako ekipa ekspertów, połączonych swoim kulturalnym przywiązaniem do historii i tradycji” (C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 160). Zakorzenie teorii Harta w praktyce i etosie angielskiej kultury prawnej, na które zwracają uwagę Douzinas i Gearey, powinno – przy uważniejszym namyśle – stanowić przeszkodę entuzjastycznej i nieraz bezrefleksyjnej recepcji jego teorii w rodzimym kręgu kulturowym. *Mutatis mutandis*, oczywiście, odnosi się to do recepcji krytycznej myśli Duncana Kennedy'ego, na co cały czas zwracam uwagę, starając się odróżnić to, co przygodne, od tego, co istotne i wspólne dla różnych kultur prawnych.

²⁴ O debacie Dworkina z Fishem zob. np. J.M. Shelly, *Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)*, „California Law Review” 1985, t. 73; J. Łakomy, *Spory wokół wykładni prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością. Na przykładzie debaty Dworkina z Fishem*, [w:] *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012.

²⁵ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, passim.

²⁶ C. Douzinas, *Krótką historią brytyjskiej Krytycznej Konferencji Prawniczej albo o odpowiedzialności krytyka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, z. 1, s. 7 i n.

anglojęzycznej jest monografia Susanny Lindroos-Hovinheimo o sprawiedliwości i etyce wykładni²⁷, do której jeszcze przyjdzie mi powrócić w rozdziale IV poświęconym etycznym aspektom orzekania. W tym miejscu podkreślę jedynie, że praca Lindroos-Hovinheimo, choć niewątpliwie ważna, poświęcona jest problematyce wykładni na dość wysokim poziomie abstrakcji, skupionym nie tyle na tym, co naprawdę robią sędziowie i co powinni robić, ile raczej na filozoficznych dociekaniach inspirowanych myślą Wittgensteina, Lévinasa i Derridy. Filozoficzna erudycja autorki, dobitnie ukazana w pracy, jest z pewnością wartością samą w sobie, jednakże zestawiając jej pracę z monografią Kennedy'ego *A Critique of Adjudication* czy innymi jego pracami, trudno oprzeć się wrażeniu, że dociekania Lindroos-Hovinheimo oddalają się od problemów życia prawnego w takim stopniu, iż aplikacja jej koncepcji w praktyce orzekania wydaje się dość trudna do wyobrażenia²⁸.

Nie odmawiając poruszonym przez przedstawicieli jurysprudencji krytycznej problemom badawczym doniosłości, należy jednak zauważyć, że zajęcie przez nie miejsca głównego przedmiotu zainteresowań badawczych anglosaskich *crits* zepchnęło na plan dalszy problemy polityczności i ideologiczności orzekania oraz jego legitymizacji. Tym samym, pomimo znaczącego potencjału teoretycznego w postaci filozofii krytycznej i ogólnej krytycznej filozofii prawa, nie doszło do istotnego rozwinięcia koncepcji krytycznej filozofii orzekania w literaturze anglojęzycznej poza to, co wypracował Duncan Kennedy.

Co warte odnotowania, w literaturze polskiej problematyką krytycznej filozofii orzekania na odcinku sądownictwa konstytucyjnego zajmuje się od kilku lat wrocławski filozof prawa Adam Sulikowski. Autor ten u progu XXI w. podjął się całościowej przebudowy nauki prawa konstytucyjnego, opierając się na dorobku filozoficznym francuskiego postmodernizmu. Szeroko odwołując się do prac Foucaulta, Derridy i innych, Sulikowski zaproponował nowatorskie ujęcia podstawowych zagadnień konstytucjonalizmu, nie wyłączając problematyki interesującej nas w niniejszej pracy, tj. polityczności i legitymizacji orzekania przez sądy konstytucyjne²⁹. Także w nowszych pracach, będących reakcją na ewolucję pozycji ustrojowej Trybunału Konstytucyjnego w Polsce, Sulikowski podjął niezwykle istotne z perspektywy niniejszej pracy zagadnienia polityczności

²⁷ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*

²⁸ Mam tu na myśli w szczególności dość mętną koncepcję polegającą na przyjęciu, z jednej strony, że tekst jest pozbawiony znaczenia („postsemantyczność”), że nie jest on nośnikiem niczych intencji, a z drugiej strony, na postulowaniu, by interpretator był wierny tekstowi i sprawiedliwości. Widać, że autorce przypadła do gustu retoryczna figura aporii, tak droga Derridzie; inna sprawa, że aporie Derridy otwierały nowe horyzonty myślenia o sprawiedliwości, czego trudno dopatrzeć się w ujęciu fińskiej badaczki. Zob. szerzej rozważania zawarte w rozdziale IV niniejszej pracy.

²⁹ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, passim; idem, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, passim.

orzekania³⁰. Nie powinno więc dziwić, że w swoich rozważaniach szeroko będę nawiązywał do jego prac.

Należy wreszcie podkreślić, że niniejsza książka jest pierwszą polską pracą rekonstruującą poglądy Duncana Kennedy’ego, Costasa Douzinas’a i Adama Geareya na problematykę orzekania. Kennedy – ten niewątpliwie czołowy przedstawiciel amerykańskich *critical legal studies* – był, jak dotąd, w naszej literaturze jedynie wzmiankowany³¹. Rekonstrukcja jego poglądów na orzekanie zawartych w głównych pracach: *A Critique of Adjudication* oraz w zbiorze tekstów poświęconych rozumowaniu prawniczemu *Legal Reasoning: Collected Essays* nie była dotąd podejmowana w polskiej literaturze naukowej³². Mam nadzieję, że

³⁰ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność...*, passim.

³¹ Jest smutnym paradoksem, że chociaż wydano w przekładzie na język polski przedstawicieli anglosaskiej filozofii prawa głównego, liberalnego nurtu (jak choćby Hart i Dworkin), z krytycznej filozofii prawa ukazała się jedynie praca R. Mangabeiry Ungera (*Ruch krytycznych studiów nad prawem*, tłum. P. Maciejko, ABC, Warszawa 2005), która nie znalazła, niestety, jak dotąd większego oddźwięku w polskiej filozofii prawa, a także jeden artykuł Costasa Douzinas’a (C. Douzinas, *Krótką historia...*). Wypada wyrazić w tym miejscu nadzieję, że tak jak myśl teoretyków krytycznych w obszarze filozofii polityki, filozofii społecznej czy teorii kultury jest w Polsce szeroko publikowana (Mouffe, Žižek, Agamben, Laclau), dojdzie też do analogicznej recepcji czołowych przedstawicieli krytycznej filozofii prawa. Przybliżenie i krytyczne opracowanie wybranych wątków z ich piśmiennictwa w niniejszej pracy z pewnością nie zastąpi bowiem niezbędnych wydań źródłowych.

³² W dotychczasowych pracach naukowych w polu polskiej filozofii prawa poglądy Kennedy’ego były przytaczane jedynie marginalnie. W zasadzie tylko w publikacjach Adama Sulikowskiego, Marka Smolaka, a także w podręcznikach Jerzego Oniszczyka oraz Jerzego Stelmacha i Ryszarda Sarkowicza można odnaleźć syntetyczną charakterystykę poglądów tej szkoły, jednakże – z konieczności – nie stanowiła ona głównego przedmiotu tych prac. Zob. A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 178–188; R. Sarkowicz, [w:] J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999, s. 175–184 (fragment ten odpowiada wstępowi R. Sarkowicza do polskiego wydania *Krytycznych studiów nad prawem* R. Mangabeiry Ungera); J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, LEX, Warszawa 2011, s. 113–117 (jednakże, paradoksalnie, brak odwołań do twórców szkoły amerykańskiej, Kennedy’ego, i brytyjskiej, Douzinas’a). Marek Smolak przybliżył z kolei stanowisko Alana Hunta i Petera Goodricha na problematykę uzasadnienia decyzji sędziowskiej i neutralności sądów (M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, LEX, Warszawa 2012, s. 21–22), pogląd Emiliosa Christodoulidisa na istotę obywatelstwa, sferę publiczną i sprawiedliwość tranzycyjną (*ibidem*, s. 150, 158, 198). Uwagę cytowanych badaczy skupiła jednak amerykańska, a nie brytyjska szkoła jurysprudencki krytycznej, wskutek czego nie przybliżyli oni (poza Smolakiem, który wspominał Hunta, Goodricha i Christodoulidisa) poglądów takich autorów, jak Costas Douzinas, Adam Gearey, Bob Fine czy Peter Fitzpatrick. Nadto Sulikowski powołał się na pracę Kennedy’ego dotyczącą edukacji prawniczej w kontekście dyscyplinowania interpretatorów tekstów prawnych (A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 205), a także przytoczył charakterystykę Roberta Mangabeiry Ungera dotyczącą formalizmu (*ibidem*, s. 185–186). Marcin Matczak wspominał o Kennedy’ego definicji formalizmu oraz rozróżnieniu norm prawnych na reguły i standardy (M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa

przybliżenie polskiemu czytelnikowi poglądów czołowych przedstawicieli amerykańskiej (Kennedy) i brytyjskiej (Douzinas) krytycznej filozofii prawa pozwoli na wprowadzenie ich poglądów do głównego nurtu badań filozoficznoprawnych w naszym kraju. Niewątpliwą wartością dodaną prowadzonych przeze mnie rozważań jest tylko przybliżenie koncepcji filozoficznoprawnych przedstawicieli *critical legal studies*, ale także podjęcie refleksji nad tym, na ile te wyrosłe na gruncie kultury prawnej *common law* modele teoretyczne nadają się do opisu zjawisk prawnych w kulturze prawa kontynentalnego (stanowionego). Jak bowiem trafnie zauważa Roberto Mangabeira Unger, „Ruch krytycznych studiów nad prawem był epizodem w amerykańskim życiu. To Amerykanie byli zasadniczo odpowiedzialni za inaugurację tego ruchu. Ruch odnosił się do amerykańskich okoliczności i obejmował stanowiska wyrażone w kategoriach dyskursu, który – o ile nie był wyłączni amerykański – to jednak był wyrażony w sposób, który Amerykanie mogli łatwo zrozumieć i uznać za

2007, s. 63, 67), a także przytoczył definicję formalizmu R. Mangabeiry Ungera (*ibidem*, s. 63). Jerzy Leszczyński przybliżył niektóre koncepcje Mangabeiry Ungera (J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Universitas, Kraków 2010 s. 51–52, 75–76). Wreszcie Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek wspomnieli o *critical legal studies* na ostatniej stronie swojej pracy o metodach prawniczych, pisząc o „upadku tego projektu”, który jednak „wciąż trwa i na nim obecnie koncentruje się uwaga większości filozofów prawa i filozofów współczesnych” (J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika, analiza, argumentacja, hermeneutyka*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. 280).

Co paradoksalne, skądinąd programowo, wydawałoby się, otwarci na wpływy postmodernizmu (przynajmniej do czasu) Lech Morawski i Artur Kozak w swoich pracach w ogóle nie odwoływali się do dorobku *crits’ów*. W tym kontekście nie dziwi, że nie odwoływali się w ogóle do krytycznej jurysprudenencji autorzy czołowych polskich prac z zakresu filozofii interpretacji prawa ostatnich lat, jak: Ryszard Sarkowicz (*Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Prace Habilitacyjne UJ, Kraków 1995), Jerzy Stelmach (*Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, WPiA UJ, Kraków 1995), Marek Zirk-Sadowski (*Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998), Bartosz Wojciechowski (*Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004), Tomasz Spyra (*Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer – Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007), Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek (*Metody prawnicze...*), Jerzy Leszczyński (*Pozytywizacja prawa...*), Krzysztof Płeszką (*Wykładnia rozszerzająca*, Oficyna. Wolters Kluwer business, Warszawa 2010), Mariusz Jerzy Golecki (*Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, LEX, Warszawa 2011), Bogusław Banaszak i Michał Bernaczyk (*Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012), Zygmunt Tobor (*W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013), chociaż równocześnie obszernie korzystali z prac anglosaskich badaczy kojarzonych z szeroko rozumianym pozytywizmem (obowiązkowi: Hart i Dworkin, ale też MacCormick, Bix, Raz, Solum, Sunstein, Aarnio itd.). Tytułem samokrytyki mogę dodać, że również we współredagowanej przeze mnie pracy zbiorowej *Law and Critique in Central Europe: Questioning...* nie znalazły się istotniejsze odwołania do dorobku amerykańskiej czy brytyjskiej jurysprudenencji krytycznej. Mam nadzieję, że niniejszą monografią nadrabiam ówczesne zaniedbanie.

atrakcyjny. Pomimo to, zagadnienia, które są istotne dla dawnych i przyszłych kontekstów (...) nie są wyłączone dla *Stano w Zjednoczonych*; występują w całym świecie. (...) Niezdolność pozostania wiernym wyższemu powołaniu myśli prawnej (*greater vocation of legal thought*) jest niezdolnością ogólnoswiatową, która ma globalne konsekwencje³³. Z poglądem Mangabeiry Ungera trudno się nie zgodzić. Idzie więc o to, by rozwijając krytyczną jurysprudencję oddzielić to, co przygodne, bo powstałe na gruncie specyficznego kontekstu (amerykańskiego, brytyjskiego czy francuskiego), od tego, co rzeczywiście istotne i wspólne różnym kulturom prawnym, w tym nie tylko polskiej, ale także Unii Europejskiej, która od ponad dekady oddziałuje na naszą kulturę prawną. Zamyśłem niniejszej pracy jest bowiem opracowanie i uzasadnienie teoretycznych narzędzi filozoficznoprawnych, które będą mogły następnie posłużyć do krytycznej analizy orzecznictwa nie tylko sądów polskich, ale również europejskich.

Dobrym zwyczajem autorów prac naukowych jest prezentowanie już na wstępie głównych tez, jakich będą chcieli w pracy bronić. Tezy te zrekapitulowałem syntetycznie i wyczerpująco w Zakończeniu, które stanowi równocześnie synopsę całej pracy. Tu chciałbym tylko zasygnalizować je w sposób maksymalnie syntetyczny, aby uniknąć powtórzeń.

Po pierwsze więc, praca wychodzi od założeń krytycznej filozofii (teorii) prawa, które zostaną szczegółowo przedstawione w rozdziale I. Oznacza to przede wszystkim przyjęcie podejścia krytycznego do zjawisk prawnych, a więc podejścia opartego na hermeneutyce podejrzeń, krytyce ideologii, w tym ideologii prawnej i dążeniu do celu emancypacyjnego. Świat społeczny postrzegam jako konstrukt (społeczne tworzenie rzeczywistości), a do podstawowych założeń z zakresu ontologii społecznej zaliczam występowanie antagonizmów (polityczność) i związanych z tym hierarchii oraz przemocy. Kluczowym elementem o charakterze epistemologiczno-ontologicznym jest dla mnie ideologia, której poświęcam osobny paragraf w rozdziale I.

Po drugie, praca zakłada, że prawnicy zajmujący się orzekaniem – zazwyczaj sędziowie – dysponują określonym marginesem swobody, którego zewnętrzne krańce wyznaczone są przez granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej. Omawiam pięć takich granic w rozdziale II. Stawiam tezę, że żadna z nich nie jest absolutna, jednak największe znaczenie w praktyce mają, w moim odczuciu, oczekiwania wspólnoty interpretacyjnej prawników i hegemoniczna ideologia.

Postawienie problemu granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej, *ergo* skonstatowanie, że sędziowie dysponują szerokim zakresem swobody przy orzekaniu, pozwala mi przejść do kolejnego problemu, jakim jest relacja orzekania i polityczności. Czynię to w rozdziale III. Podstawową tezę tego rozdziału jest stwierdzenie, że sędziowie często podejmują decyzje w *polu polityczności*, tzn.

³³ R. Mangabeira Unger, *Another Time, a Greater Task*, [w:] idem, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, Verso, London–New York 2015, s. 4 [podkr. R.M.].

że podejmują decyzje, które mają konkretny wpływ na antagonizmy społeczne. Wykonują tym samym władzę. Nie twierdzę, że każda decyzja sędziowska jest *eo ipso* decyzją polityczną. Uznaję, że zdarzają się sytuacje, w których swoboda sędziego jest na tyle zredukowana, iż podejmuje on decyzję w sposób niemal zautomatyzowany, powielając cudzą decyzję polityczną. Dlatego w rozdziale III wprowadzam pojęcie *orzeczniczej decyzji politycznej* na oznaczenie tych decyzji sędziowskich, które faktycznie mają charakter polityczny.

Uznając wagę władzy sędziowskiej i jej polityczny wymiar, przechodzę – w rozdziale IV – do problemów etyki orzekania. Podstawową tezą bronioną w tym rozdziale jest stwierdzenie, że sędziowie ponoszą etyczną odpowiedzialność za swoje decyzje i że nie jest to tylko odpowiedzialność wobec prawa czy wobec wspólnoty prawniczej, ale odpowiedzialność wobec całego społeczeństwa – odpowiedzialność za dążenie do usuwania przejawów niesprawiedliwości (dominacji, przemocy) i dążenia do emancypacji (ciągłego poszerzania pola wolności) i do sprawiedliwości, rozumianej jako dekonstrukcja prawa. Sędzia powinien być przede wszystkim krytykiem prawa, dążącym do jak najsprawiedliwszego rozstrzygnięcia każdego przypadku. W rozdziale IV omawiam, na tle koncepcji etyki sędziowskiej w polskiej filozofii prawa, trzy koncepcje zaliczane do kręgu krytycznej filozofii prawa, przedstawione przez Kennedy’ego, Douzinasa i Lindroos-Hovinheimo. Pomimo znaczących odrębności staram się odnaleźć ich wspólny rdzeń i na tej podstawie zaproponować własne ujęcie, które określam mianem *politycznej etyki orzekania*.

Ostatni, V rozdział poświęcam problemom legitymizacji orzekania. Wycho-dzę w nim od pojęcia legitymizacji, w tym zwłaszcza legitymizacji prawa. Pojęcie to rozumiem w sposób ocenny i krytyczny, a nie w sposób socjologiczny i empiryczny. Jest to więc szczególnie rozumienie legitymności i legitymizacji, właściwe krytycznej filozofii prawa, które wyrasta nie z chęci wyjaśnienia, dlaczego ludzie przestrzegają prawa, ani z troski o zapewnienie prawu i władzy prawniczej legitymizacji, ale z krytycznego dążenia do dekonstrukcji i delegitymizacji w imię sprawiedliwości i emancypacji. Tezy stawiane w tym rozdziale stanowią rozwinięcie i konsekwencję tez postawionych w rozdziałach wcześniejszych.

Jeśli chodzi o metodologię pracy, ma ona podwójny charakter – z jednej strony rekonstrukcyjny (rekonstrukcja i syntetyczne ujęcie poglądów przedstawicieli krytycznej filozofii prawa, w szczególności Duncana Kennedy’ego i Costasa Douzinasa), a z drugiej – projektujący, przejawiający się w konstruowaniu własnej, autorskiej koncepcji krytycznej filozofii orzekania, której tezy staram się wywodzić zarówno z założeń przyjmowanych przez krytyczną filozofię prawa, jak też czerpiąc inspirację z pewnych nurtów z zakresu filozofii polityki, w szczególności z koncepcji polityczności Carla Schmitta i Chantal Mouffe, z których wyciągam określone wnioski dla orzekania.

Chciałbym zdecydowanie podkreślić fakt świadomego ulokowania niniejszej pracy w obrębie krytycznej jurysprudencji (krytycznej filozofii prawa). Przyjmuję więc podejście zdecydowanie postanalityczne, czego przejawem jest już

choćby sformułowanie problemów badawczych, łączące elementy krytyki ideologii, filozofii polityki, etyki i prawoznawstwa (nieraz rozpatrywane w odniesieniu do kontekstu socjologicznego i historycznego) w ramach podejścia, które Bator określa mianem „postanalitycznej syntezy”³⁴. Celem pracy jest przeto nie tylko sformułowanie teoretycznego modelu krytyki orzekania, dającego się zastosować do badania materiału empirycznego, ale także, w duchu postanalitycznym, „uwrażliwienie odbiorców [tu: prawników – R.M.] na zjawiska, które ich bezpośrednio dotyczą, a które nierazdo bezrefleksyjnie przyjmują jako oczywiste i wskutek tego bezkrytycznie się im poddają”³⁵. Pracę moją kieruję zatem nie tylko do teoretyków i filozofów prawa, którym pragnę zaproponować krytyczne spojrzenie na zjawisko orzekania przez pryzmat dorobku anglosaskich *critical legal studies*, ale także do socjologów prawa, dogmatyków i praktyków, którzy, mam nadzieję, spojrzą na orzecznictwo poszczególnych sądów i składające się na nie konkretne akty orzekania przez inny niż dotychczas pryzmat poznawczy.

Podkreślając postanalityczność pracy, nie mogę jednak pominąć jej „metaanalitycznego” charakteru względem samej krytycznej filozofii prawa. Szczególnie w tych partiach, gdzie referuję, omawiam i podejmuję próbę syntezy poglądów klasyków jurysprudenencji krytycznej, podejmuję wysiłek analityczny, który „sprzyja rozjaśnieniu i precyzji w wyrażaniu (...) wiedzy, którą mniej lub bardziej intuicyjnie wyrażoną w języku potocznym (lub w zastanym języku nauki) już znamy”³⁶. Odnosi się to *par excellence* do prób uporządkowania i poddania większemu intelektualnemu rygorowi nieraz „nieuczesanej” myśli Kennedy’ego, piszącego w dość specyficznym stylu³⁷, z którym samemu przyszło mi się zmagać nie tylko jako czytelnikowi, ale też przy okazji tłumaczenia przytaczanych fragmentów jego pism.

Pisanie pracy w paradygmacie zasadniczo odmiennym niż dotychczas przyjmowany przez zdecydowaną większość polskich filozofów prawa (poza, właściwie, jedynie Adamem Sulikowskim oraz kilkoma ujęciami przeglądowymi) niesie za sobą szczególne wyzwania. Po pierwsze, odpowiedzialność wobec czytelnika i wobec samych autorów za wierne odtworzenie ich poglądów, o ile w ogóle jest to możliwe na podstawie samych tekstów, gdy – jak mówi Kozak – autor jest

³⁴ Por. A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa...*, s. 23.

³⁵ *Ibidem*, s. 27.

³⁶ *Ibidem*, s. 29.

³⁷ Styl Kennedy’ego jest w pewnym sensie nieuchwytny. Nie jest to uczona, nieco napuszona, zawilgość, właściwa tradycji francuskiej czy niemieckiej filozofii, ani też erupcyjny, erudycyjno-popisowy styl Žižka, obfitujący w paradoksy i nagłe „zwroty akcji” w środku jednego zdania, trzymający czytelnika „w fotelu” niczym najlepsze kino akcji. Styl Kennedy’ego jest raczej gawędziarsko-wykładowy, obfitujący w powtórzenia, nieśpiesznie prowadzący czytelnika przez meandry wyobraźni jego autora. Równocześnie używa on, jako *termini technici*, niełatwo przetłumaczalnych określeń zaczerpniętych wprost z języka potocznego, jak choćby *legal work*, dosł. „praca prawnicza”, w istocie jedno z kluczowych pojęć hermeneutyki tego autora, obfitujące w niuanse znaczeniowe.

nieobecny, by wyjaśnić wątpliwości czytelnika. Po drugie, odpowiedzialność za podejmowane w pracy próby syntezy i adaptacji poglądów zrodzonych na gruncie systemu *common law* do naszych warunków – polskich, a szerzej: kontynentalno-europejskich. Przekładanie choćby sposobu pojmowania związania sędziego prawem w skomplikowanym systemie precedensowym na kategorie mające znaczenie w systemie prawa pisanego jest, samo w sobie, doniosłym wyzwaniem intelektualnym. Po trzecie wreszcie, pracując w obszarze, który jest – na gruncie literatury polskiej – praktycznie polem dziewiczym (gdy chodzi o anglosaską krytyczną filozofię prawa), miałem wybór między podejściem ograniczającym dyskusję z zastaną literaturą polską do absolutnego minimum, tj. tylko do tych autorów, którzy pisali w tym samym paradygmacie, a podejściem dążącym do maksymalnego poszukiwania punktów styecznych, nawet za cenę swoiście pojmowanej dekonstrukcji poglądów przedstawicieli nurtów obecnych w polskim dyskursie teorii i filozofii prawa. Stając pomiędzy Scyllą zawieszenia mojej pracy niemal w próżni (na polskim gruncie) a Charybdą uczynienia z niej pracy ze swej istoty niemal wyłącznie rekonstrukcyjno-porównawczej, o charakterze dzieła encyklopedycznego (zarówno co do objętości, jak i treści), wybrałem, o ile to możliwe, *via media*. Zasadniczy nurt rozważań ograniczyłem więc do krytycznej filozofii prawa, szerzej odwołując się, w ramach tego zasadniczego nurtu, do literatury spoza paradygmatu *critical legal studies* jedynie wówczas, gdy wydawało się to szczególnie uzasadnione, zwłaszcza gdy moje rozważania miały charakter projektujący (rozdział II – granice władzy prawniczej) albo gdy dana tematyka wciąż pozostaje mało rozpoznana w polskiej literaturze (rozdział IV – etyka orzekania). Natomiast na poziomie równoległej narracji, prowadzonej czy to w ramach okazjonalnych wtrąceń do głównego toku wywodów, czy to na poziomie przypisów, starałem się odnieść treść zasadniczych rozważań do najważniejszych prac z polskiej filozofii prawa ostatnich lat tematycznie odnoszących się do funkcjonalnie analogicznych problemów badawczych. Z konieczności dokonany wybór był nie tylko subiektywny, ale też selektywny, tak by nie przesłonić naczelnego celu pracy, jakim jest zaproponowanie określonego modelu krytycznej filozofii orzekania, nie zaś polemika z innymi nurtami badawczymi, które postrzegają prawo w zupełnie innej płaszczyźnie (np. wyłącznie językowej, a nie ideologicznej, politycznej czy etycznej).

Na koniec chciałbym poczynić pewne zastrzeżenie terminologiczne. Otóż wychodząc z założenia, że prezentowane w pracy ujęcie wpisuje się, niejako programowo, w nurt określany jako krytyczna filozofia prawa, którego podstawowe założenia określłam w rozdziale I, do innych nurtów teorii i filozofii prawa, a także prawoznawstwa w ogólności odnosił się będę, stosując określenie „niekrytyczna filozofia prawa” bądź „niekrytyczne teorie prawa”. Taka konwencja terminologiczna³⁸ podyktowana jest potrzebą, w niektórych miejscach pracy, zbiorczego

³⁸ Por. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 12, gdzie autorzy piszą (co prawda, w cudzysłowie) o „niekrytycznej teorii prawa”.

przywołania innych niż krytyczne filozoficznoprawnych nurtów badających interesującą mnie problematykę orzekania (w języku analitycznej teorii prawa: sądowego stosowania prawa, włączając w to jego operatywną wykładnię). Zdaję sobie sprawę z heterogeniczności tych nurtów, do których zaliczam w szczególności pozytywizm prawniczy (który pozostaje nurtem hegemonicznym) w jego różnych odmianach³⁹, jak też inne ujęcia filozoficznoprawne odzęgające się od założeń klasycznego pozytywizmu, zwłaszcza postpozytywizm⁴⁰, hermeneutykę prawniczą⁴¹, holizm interpretacyjny⁴², nurty dyskursywno-argumentacyjne⁴³, integralną filozofię prawa⁴⁴, jusnaturalizm⁴⁵, juryscentryzm⁴⁶ czy kognitywistykę prawniczą⁴⁷ i inne formy naturalizmu prawniczego⁴⁸, a także ekonomiczną analizę prawa⁴⁹, które jednak nie mogą być określone jako stanowiące część krytycznej filozofii prawa, gdyż nie podzielają w całości jej założeń ontologicznych, epistemologicznych i metodologicznych (które przybliżam w rozdziale I), a w szczególności nie dzielą jej celu emancypacyjnego i ściśle z nim powiązanej hermeneutyki podjętej. Ujęcie tych jakże różnorodnych nurtów pod zbiorczą etykietką nurtów „niekrytycznych” oznacza jedynie podkreślenie

³⁹ L. Morawski, *Pozytywizm »twardy«, pozytywizm »miękki« i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003, t. 2, z. 1; T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park...*; M. Pichlak, *Krytyczny pozytywizm prawniczy Kaarlo Tuorio*, „Principia” 2015, t. 61–62; idem, *Pozytywizm praktyczny, pozytywizm teoretyczny, pozytywizm żywy*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 5. Zob. także szeroki przegląd stanowisk w pracy: T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie...*, passim.

⁴⁰ V. Villa, *A Definition of Legal Positivism*, [w:] *Challenges to Law at the End of the 20th Century: Legal Systems and Legal Science*, red. M. Pavčnik, G. Zanetti, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1997; V. Villa, *Legal Theory and Value Judgments*, „Law and Philosophy” 1997, t. 16; N. McCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 278–279; K. Petroski, *Is Post-Positivism Possible?*, „German Law Journal” 2011, t. 12, z. 2; A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3337, „Prawo” 2011, t. 312.

⁴¹ T. Stawecki, *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Liber, Warszawa 2005.

⁴² M. Mateczak, *Summa iniuria...*

⁴³ M. Zirk-Sadowski *Prawo...*

⁴⁴ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.

⁴⁵ J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. K. Lossmann, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006.

⁴⁶ A. Kozak, *Granice...*; idem, *Myślenie analityczne...*

⁴⁷ S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2003; I. Witzak-Plisiecka, S. Wojtczak, R. Augustyn, *Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

⁴⁸ T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Difin, Warszawa 2012; *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, red. K. Eliaś, J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, Wolters Kluwer, Warszawa 2015; *Naturalizm prawniczy. Interpretacje*, red. K. Eliaś, J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, Wolters Kluwer, Warszawa 2015; *Naturalizm prawniczy. Granice*, red. J. Stelmach, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

⁴⁹ *Ekonomiczna analiza prawa*, red. T. Giaro, Liber, Warszawa 2015.

ich odrębności od przyjętego w niniejszej pracy podejścia (krytycznej filozofii prawa, zwłaszcza orzekania) i nie przesądza w żadnym razie wzajemnych relacji pomiędzy tymi nurtami, które wychodzą z bardzo różnych założeń i proponują bardzo różne opowieści o prawie. Część z nich z pewnością można określić jako afirmatywne, inne raczej jako deskryptywno-interpretacyjne. Co więcej, możliwe jest nawet, że przyjmują one *n i e k t ó r e* spośród założeń ontologicznych, epistemologicznych czy też metodologicznych krytycznego prawoznawstwa (co będzie sygnalizowane w rozdziale I), nie podzielają jednak innych założeń, które uznają za kluczowe, a zatem *d y s t y n k t y w n e* dla krytycznej filozofii prawa. Jak bowiem trafnie podkreślają Tomasz Gizbert-Studnicki i Adam Dyrda, nurty krytyczne w prawoznawstwie cechują „specyficzne cechy i specyficzne zadania badawcze, które sobie stawiają, co powoduje, że *i s t o t n i e* odbiegają one od paradygmatu uprawiania »niekrytycznej« teorii prawa”⁵⁰.

⁵⁰ T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie...*, s. 12 [podkr. R.M.].

Rozdział I

Tożsamość, presupozycje i założenia metodologiczne jurysprudencji krytycznej

1. Tożsamość prawoznawstwa krytycznego

Tomasz Pietrzykowski zaproponował niedawno wprowadzenie podziału na „naukę prawa” oraz „nauki o prawie”¹. Ten pierwszy termin stanowi odpowiednik niemieckiego *Rechtslehre* czy francuskiego *doctrine juridique*, drugi natomiast – odpowiednik *Rechtswissenschaft* czy *science juridique*. Nauka prawa oznacza w takim podziale naukę o normach prawa pozytywnego, a więc stanowi odpowiednik zastanego w naszym prawoznawstwie pojęcia „dogmatyki prawniczej” (*Rechtsdogmatik*)². Status naukowy *Rechtslehre* i *Rechtswissenschaft* jest, oczywiście, zgoła odmienny. W przypadku dogmatyk był i jest on przez wielu autorów kwestionowany³. Natomiast *Rechtswissenschaften* stosują określoną metodologię naukową, która pozwala im na niebudzące wątpliwości pretendowanie do roli nauk, obok nauk społecznych, nauk politycznych czy innych dziedzin nauki, których naukowość wątpliwości nie budzi. Ta konwencja terminologiczna, jak też stojące za nią dystynkcje pojęciowe, są raczej obce prawoznawstwu anglosaskiemu. Tam pojęcie *science* (*Wissenschaft*) jest bez oporów stosowane do nauk społecznych (*social science*) czy politycznych (*political science*), ale już do prawoznawstwa czy, szerzej, nauk humanistycznych⁴ używa się określeń unikających terminu *science*. Mówi się więc ogólnie o *humanities*

¹ T. Pietrzykowski, *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, LexisNexis, Warszawa 2017, s. 69 i n.

² O pojęciu dogmatyki prawniczej zob. J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Universitas, Kraków 2010, s. 20 i n.

³ Z piśmiennictwa zob.: Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1980, s. 40–42; T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 69 i n.

⁴ Prawoznawstwo powszechnie zalicza się do nauk humanistycznych (*sciences humaines, humanities*) w takich krajach, jak Francja, Wielka Brytania czy Stany Zjednoczone. Zob. M.M. Bogusławski, *Humanistyka i jej przedmiot z perspektywy ontologii kulturowej*, niepubl. rozprawa doktorska, Wydział Filozoficzno-Historyczny Uniwersytetu Łódzkiego, 2016, s. 9, <http://dspace.uni.lodz.pl:8080/xmlui/bitstream/handle/11089/18098/M.%20Boguslawski%20Humanistyka%20i%20jej%20przedmiot%20repozytorium.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 27 II 2018 r.].

(nauki humanistyczne), a w odniesieniu do prawoznawstwa o *legal scholarship*, co można by przetłumaczyć jako „prawnicza uczoność”, bądź też o *legal studies* (studia prawne) czy *legal research* (badania prawne). Z kolei określenie *jurisprudence* (jurisprudencja) wprost nawiązujące do rzymskiej *iuris prudentia*, zarezerwowane jest w anglosaskiej siatce terminologiczno-pojęciowej dla ogólnej refleksji nad prawem i obejmuje zarówno naszą teorię i filozofię prawa, jak i socjologię czy antropologię prawa. Pojęcie dogmatyki prawniczej jest w anglosaskiej terminologii nieznane (autorzy spoza tego kręgu kulturowego, np. Niemcy, piszą oczywiście o *legal dogmatics*, a nawet o *legal science*, co jednak dla samych Anglosasów brzmi co najmniej dziwnie, jeżeli w ogóle jest komunikatywne). W praktyce używa się takich określeń jak *doctrinal legal research*⁵, albo po prostu *legal doctrine*⁶ względnie *technical legal analysis*⁷. W tym kontekście nie dziwi, że krytyczna filozofia prawa znana jest w kręgu kultury anglosaskiej nie pod nazwą *critical legal science*, ale jako *critical legal studies*, co przetłumaczono u nas niezbyt fortunnie jako „krytyczne studia nad prawem” bądź „szkoła krytycznego prawa”⁸.

W odniesieniu do podziału na naukę prawa i nauki o prawie, proponowanego przez Pietrzykowskiego, należy z całą stanowczością opowiedzieć się za uznaniem krytycznego prawoznawstwa za część nauk „o prawie”, a nie nauk „prawa”. Prawoznawstwo krytyczne bowiem z całą pewnością nie może być zaliczone do dogmatyki prawniczej, z którą w zasadzie nie dzieli żadnych założeń badawczych poza faktem częściowego pokrywania się przedmiotu badań (przepisy prawa pozytywnego i ich wykładnia). Jurysprudencji krytycznej zdecydowanie bliżej jest natomiast do pozostałych nauk o prawie. Powstaje jednak pytanie, czy jurysprudencję krytyczną należy uznać za jeden z nurtów w obrębie powszechnie uznanych nauk o prawie, takich jak teoria prawa, filozofia prawa⁹ czy socjologia

⁵ Zob. np. T. Hutchinson, N. Duncan, *Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research*, „Deakin Law Review” 2012, t. 17, z. 1.

⁶ J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 21.

⁷ Na przykład D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997, s. 15.

⁸ J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 485. Przekład ten jest o tyle błędny, że nie chodzi tu o żadne „krytyczne prawo” (cokolwiek by to miało znaczyć), ale o krytyczny namysł nad prawem.

⁹ O różnych sposobach rozumienia pojęć „teoria prawa” i „filozofia prawa” we wzajemnych relacjach zob. P. Jabłoński, *Polskie spory o miejsce filozofii w teorii prawa*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2014, s. 33 i n. Nie próbując przeciąć tych sporów, w niniejszej pracy (o ile nie będzie wskazane inaczej) będę posługiwał się najpopularniejszym chyba znaczeniem tych terminów, tj. rozumieniem teorii prawa przede wszystkim jako jurysprudencji analitycznej (badającej językową stronę prawa, uogólniającej badania dogmatyk w płaszczyźnie terminologii, pojęć, językowej strony normatywności), a filozofię prawa – jako filozofowanie o prawie, zarówno przebiegające „od filozofii do prawa”, jak i *vice versa*, a więc tym, co Douzinas określa mianem „jurysprudencji ogólnej” (*general jurisprudence*).

prawa¹⁰, czy też za nurt przekrojowy (występujący w wielu naukach o prawie), czy wreszcie za odrębną naukę o prawie, istniejącą niejako obok teorii, filozofii czy socjologii prawa. Problem ten jest dosyć istotny, od jego rozstrzygnięcia zależy bowiem nie tylko status dyscyplinarny¹¹ krytycznej filozofii prawa, ale także wiele zagadnień metodologicznych. Każda bowiem ze wspomnianych dyscyplin naświetla fenomen jurydyczny z właściwego sobie punktu widzenia, stosując właściwe sobie metody badawcze. I tak, teoria prawa pojmując siebie jako dyscyplinę uogólniającą naukową refleksję o prawie, a zatem jako „ogólną naukę o prawie” (*allgemeine Rechtslehre*), starającą się wypracować pojęcia nadrzędne względem szczegółowych pojęć, jakimi posługują się i jakie wypracowują dla własnych potrzeb poszczególne dogmatyki¹². W zasięgu tak rozumianej teorii prawa znajdują się m.in. teorie dotyczące obowiązywania prawa, jego wykładni i stosowania, a także badania nad pojęciami wspólnymi dla wszystkich dogmatyk, takimi jak norma prawna i jej budowa, kompetencja, sankcja, relacje pomiędzy normami prawnymi (np. problem norm sprzężonych) i tym podobne. Teoria prawa w takim ujęciu nie potrzebuje, w zasadzie, korzystać z ustaleń innych nauk, gdyż jej zadaniem jest uogólniona refleksja nad prawem jako takim, a dokładniej – nad prawem pozytywnym, bez żadnych odniesień filozoficznych¹³. Tak rozumiana teoria prawa jest więc dyscypliną „niewątpliwie o zabarwieniu antyfilozoficznym i scjentyistycznym, i z pewnością apolitycznym”, jak zauważa

¹⁰ W odróżnieniu od spornego użycia terminów „teoria prawa” i „filozofia prawa” (zob. przypis poprzedni) domena socjologii prawa jest dość łatwa do zdefiniowania jako badanie prawa metodami socjologii (jursprudencja socjologiczna). W takim też znaczeniu termin ten będzie używany w niniejszej pracy.

¹¹ Zdaję sobie sprawę z trafnej krytyki pojęcia dyscypliny naukowej, płynącej z kręgów krytycznej humanistyki (zob. np. J. Sowa, *Fantomowe ciało króla. Peryferyjne zmagania z nowoczesną formą*, Universitas, Kraków 2011, s. 30). Krytykę tę co do zasady podzielam, a nawet sądzę, iż jest ona częścią presupozycji metodologicznych krytycznej filozofii prawa. Niemniej pozostaje faktem socjologicznym, że instytucjonalnie uprawiana nauka zakłada określoną specjalizację, a co za tym idzie – rozczłonkowanie. Co więcej, metodologia badawcza poszczególnych wyspecjalizowanych dziedzin jest, oczywiście, różna. Stąd też dalsze rozważania o statusie krytycznej filozofii prawa („krytycznej nauki o prawie”) należy przyjmować *cum grano salis*.

¹² Por. Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 50–54; J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 3, 20–25; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, LEX, Warszawa 2011, s. 18. Węższe są natomiast zadania badawcze analitycznej teorii prawa, która skupia się wyłącznie na badaniu języka prawnego i prawniczego. Zob. A. Bator, *Analityczna teoria prawa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 13–15; idem, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 24. Por. A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003, s. 9.

¹³ L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, TNOiK, Toruń 2001, s. 19.

Marek Zirk-Sadowski¹⁴. Jeżeli jednak teoria prawa korzysta z dorobku innych nauk, będą to w zasadzie nauki formalne, takie jak logika czy językoznawstwo ogólne. Z ich pomocą konstruowane są m.in. teorie wykładni czy logika norm. Nie są natomiast tak rozumianej teorii prawa potrzebne ustalenia nauk filozoficznych, historycznych czy społecznych. W przeważającej mierze jest to więc nauka odwołująca się w konstruowaniu własnego aparatu pojęciowego przede wszystkim do własnego przedmiotu badań, kreująca własne problemy badawcze, odrywająca się od badań przedmiotowych¹⁵.

Zupełnie odmiennie ma się rzecz z filozofią prawa, która programowo jest formą ogólnej refleksji nad prawem mającą charakter filozoficzny. Przy czym, jak trafnie ujął to Zirk-Sadowski, filozofowanie przez filozofa prawa może przebiegać „od prawa do filozofii” bądź też „od filozofii do prawa” w zależności od tego, czy filozof prawa czerpie inspiracje filozoficzne z fenomenu jurydyczności¹⁶, czy też czerpie inspirację z filozofii ogólnej lub jej szczegółowych działów (np. filozofii politycznej bądź społecznej) do prowadzenia ogólnej refleksji nad prawem o charakterze filozoficznym¹⁷. Wydaje się zresztą, że oba te podejścia pozostają ze sobą w relacji dialektycznej, a najwartościowsze prace filozoficzno-prawne opierają się na syntezie obu tych podejść, nie tracąc z pola widzenia ani fenomenu prawnego w jego konkretnych przejawach, ani też dorobku ogólnej refleksji filozoficznej¹⁸. W takim właśnie nurcie dialektycznego przeplatania filozofowania „od filozofii do prawa” i „od prawa do filozofii” jest, w zamierzeniu, utrzymana niniejsza praca.

Wreszcie, przechodząc do socjologii oraz historii prawa – dwóch kolejnych, powszechnie uznanych co do swej dyscyplinarnej odrębności dziedzin ogólnej refleksji nad prawem – należy zauważyć, że cechują się one przede wszystkim

¹⁴ M. Zirk-Sadowski, *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawnoznawstwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 51.

¹⁵ A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa...*, s. 29.

¹⁶ Pojęciem „jurydyczność” (*the juridical*) posługuję się na oznaczenie całokształtu fenomenu prawnego, a więc zarówno form prawnych (*legal form*), jak też treści uznawanej w danym miejscu i czasie za obowiązujące prawo, wreszcie działań aparatu prawnego. Por. podobne użycie w pracy: C.S. Cercel, *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018, s. 10. Szerzej o jurydyczności i polityczności w rozdziale III niniejszej pracy. Pojęcie jurydyczności, jakim się tu posługuję, jest więc zdecydowanie szersze od pozytywistycznego ujęcia pojęcia „zjawiska prawne” (zob. np. Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 74–75), gdzie są one *a limine* zredukowane do „wytworzenia się w określonym układzie społecznym określonych norm postępowania” (*ibidem*, s. 75). Bliższe jest mi zdecydowanie stanowisko Alexandre’a Kojève’a, wedle którego jurydyczność (*le juridique*) rozumiana jako pewna forma relacji społecznej (relacji sądenia) wyprzedza ontologicznie, ale i historycznie normatywność, rozumianą jako tworzenie abstrakcyjnych norm postępowania i ich następcze „stosowanie” (A. Kojève, *An Outline of the Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007, s. 174).

¹⁷ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie...*, s. 19 i n.

¹⁸ Przykładem takiej pracy jest D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, passim.

stosowaniem metod innej nauki (socjologii, historii) do badań nad prawem. W odróżnieniu od filozofii prawa, gdzie w wielu przypadkach zachodzi dialektyczna relacja pomiędzy kierunkami inspiracji, w tym także na płaszczyźnie fundamentalnych presupozycji oraz założeń metodologicznych, w wypadku socjologii i historii prawa wydaje się, że kierunek ten jest wyłącznie jednostronny – od socjologii bądź historii do prawa. W ujęciu Artura Kozaka byłyby to więc przykłady tzw. zewnętrznych teorii prawa, badających fenomen jurystyki z perspektywy programowo zewnętrznej¹⁹.

Powracając do problemu klasyfikacji krytycznej nauki o prawie oraz jej relacji ze wskazanymi tu dziedzinami ogólnej refleksji nad prawem²⁰ oraz dogmatykami prawniczymi, należy, jak się wydaje, sięgnąć do istoty²¹ tej nauki w celu dookreślenia jej statusu dyscyplinarnego. Istota ta leży, co jest już widoczne w samej nazwie, w aspekcie k r y t y c z n o ś c i, którym krytyczna jurysprudencja zdecydowanie odróżnia się od jurysprudencji analitycznej, opartej „na założeniu, że jedyną funkcją nauki jest funkcja poznawcza, [co] prowadzi do eliminowania krytycznego zaangażowania badacza we własną dziedzinę badawczą”²².

Samo określenie „krytyka” wywodzi się z języka greckiego, pochodząc od czasownika *krinein* oznaczającego tyle co „rozdzielać”, „rozdzielać”. Krytyka to sztuka oddzielania i rozróżniania. Dobra od zła, prawdy od fałszu, zjawisk autentycznych od zjawisk pozornych. Dalszym znaczeniem *krinein*, metaforycznie wywiedzionym z powyższych, jest „osądzać”. Krytyka to sztuka osądu i oceny²³.

Pojęcie krytyki do dyskursu naukowego w XVIII w. wprowadził Immanuel Kant, posługując się nim w tytułach swoich głównych dzieł oraz traktując jako nadrzędną determinantę metodologiczną. Dla tego filozofa krytyka oznaczała odrzucanie sądów i poglądów danych przez tradycję czy współczesność, była więc przeciwieństwem dogmatyczności. Oznaczała też poddanie badanych zjawisk osądowi rozumu, a więc osądowi chłodnemu, zdystansowanemu, stosującemu

¹⁹ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 60–64.

²⁰ Rozważania poniższe mają charakter projektujący. Historyczna szkoła prawoznawstwa krytycznego w Stanach Zjednoczonych odżegnywała się bowiem od zamiaru stworzenia odrębnego nurtu refleksji nad prawem (R. Mangabeira Unger, *Another Time, a Greater Task*, [w:] idem, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, Verso, London–New York 2015, s. 4). Faktem jednak pozostaje, że jurysprudencja krytyczna w międzyczasie okrzepła, wytworzyła własne struktury dyskursywne i społeczne, i nie widzę powodów, by nie uznać jej za odrębną formę ogólnej refleksji nad prawem, czemu daję wyraz w dalszych rozważaniach.

²¹ Pojęciem „istota” posługuję się tu w znaczeniu potocznym, nie zajmując stanowiska w sporze o tzw. esencjonalizm. Mówiąc o „istocie” danej dyscypliny czy nurtu, mam na myśli po prostu zespół cech, który pozwala nam dane zjawisko zaklasyfikować. Jest to więc funkcja porządkująca, bez żadnych implikacji ontologicznych.

²² A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa...*, s. 27.

²³ Por. C. Douzinas, *Krótką historią brytyjskiej Krytycznej Konferencji Prawniczej albo o odpowiedzialności krytyka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, z. 1.

z góry założone, abstrakcyjne kryteria²⁴. W tym więc sensie nauka krytyczna była przede wszystkim przeciwieństwem teologii, jako nauki opartej na przyjęciu określonych tez i założeń bezdyskusyjnie i z wyłączeniem ich spod osądu rozumu. Dalszego rozwinięcia koncepcji nauki krytycznej, jako przeciwieństwa nauki tradycyjnej, dokonał Max Horkheimer w słynnym eseju *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*²⁵. Ten czołowy przedstawiciel pierwszego pokolenia szkoły frankfurckiej wskazał na dodatkowy element odróżniający teorię krytyczną, a mianowicie na jej cel emancypacyjny. Teoria krytyczna to taka, która nie tylko zmierza do opisu, jakkolwiek krytycznego, rzeczywistości, ale przede wszystkim taka, która pragnie rzeczywistość społeczną zmienić. Oprócz więc teorii analitycznej, badającej prawo jako zjawisko językowe²⁶, i teorii empirycznej, badającej prawo jako zjawisko społeczne, można by mówić o teorii krytycznej, badającej prawo z perspektywy emancypacyjnej²⁷.

Emancypacja to – w swoim najgłębszym etymologicznym znaczeniu – wyjęcie spod cudzego władztwa, usamodzielnienie. Emancypacyjny cel teorii krytycznej rozumieć więc należy jako dążenie do usamodzielnienia, uwolnienia podmiotów społecznych spod władztwa innych, a więc jako dążenie do zapewnienia im maksymalnej wolności. Powstaje oczywiście pytanie, jakie podmioty powinny być przedmiotem emancypacyjnych dążeń teorii czy też nauki krytycznej. W przypadku krytyki prawa z pewnością chodzi tu o wszelkie podmioty, które doświadczają określonej formy przemocy ubranej w szatę prawa. Mowa tu przede wszystkim o przemocy strukturalnej i symbolicznej. Poszczególne nurty krytycznej nauki o prawie rozmaicie konkretyzują tożsamość podmiotów, których emancypacja ma być ich strategicznym celem. Ujęcia nawiązujące do klasycznych nurtów marksizmu skupiają się na przemocy ekonomicznej, badają więc fenomen prawny, krytycznie poszukując aspektów umacniania istniejących podziałów klasowych i warstwowych. Wiele nurtów późniejszych, w szczególności jursprudencja feministyczna (*feminist jurisprudence*)²⁸ i krytyczna teoria

²⁴ Por. I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, tłum. R. Ingarden, Antyk, Kęty 2001.

²⁵ M. Horkheimer, *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*, „Colloquia Communia” 1983, t. 7, z. 2. Zob. także P. Skuczyński, *Typy myśli krytycznej w prawoznawstwie. Od krytyki poznania do walki o uznanie*, [w:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, red. M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.

²⁶ Por. Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000, s. 97. Por. M. Zirk-Sadowski, *Metodologie teorii prawa...*, s. 56.

²⁷ P. Skuczyński, *Typy myśli krytycznej...*

²⁸ Por. A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013, s. 170–171. Zob. J. Helios, W. Jedlecka, *Urzeczywistnianie idei feminizmu w ogólnoswiatowym dyskursie o kobietach*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2018. Warto odnotować, że od początku feminizm łączył w sobie dwa elementy: jurydyczność (nacisk na równość praw) i emancypację (por. *ibidem*, s. 23 i n.). Ze swej istoty przynależą więc

rasowa (*critical race theory*)²⁹ w obrębie prawoznawstwa skupiło się na poszukiwaniu i krytyce form przemocy strukturalnej i symbolicznej wobec kobiet i osób o innym kolorze skóry niż biały. Podejście takie wynika z ogólniejszej tendencji niektórych postmarksistowskich myślicieli lewicowych, związanej z przejściem od tzw. marksizmu ekonomicznego do tzw. marksizmu kulturowego. Stąd skupianie uwagi na rozmaitych mniejszościach i podejmowanie, w ramach określonych dyskursów, w tym dyskursu prawoznawstwa, prób ich emancypacji. Z kolei ukute przez Edwarda Saída pojęcie orientalizmu³⁰ pozwoliło na rozwój nowego nurtu krytycznego prawoznawstwa, poddającego krytyce prawne formy dominacji Zachodu nad szeroko pojętym Orientem oraz podejmującego próby podważenia tej dominacji³¹. Można więc mówić o recepcji teorii postkolonialnej w obrębie krytycznego prawoznawstwa³². Podejmowane są też próby podobnego artykułowania interesów Europy Środkowej i Wschodniej jako peryferyjnych wobec Zachodu³³.

Możliwe jest jednak zgoła inne podejście do uprawiania krytycznej filozofii prawa, które zamiast skupiać uwagę na emancypacji określonych grup (co prowadzi do ich dyskursywnego uprzywilejowania na gruncie dyskursu jursprudence krytycznej), nacisk kładą na przemoc strukturalną i symboliczną prawa jako takiego (jurydyczność, formę prawną), dążąc świadomie do demystyfikacji dyskursów prawniczych, np. dyskursów sądów konstytucyjnych³⁴, najwyższych czy międzynarodowych. Niezależnie bowiem od konkretnej wizji świata, wyborów politycznych czy przesłanek ideologicznych stojących za hegemonią dyskursów prawniczych istnieje problem samej tej hegemonii³⁵ jako takiej, w ramach której elity prawnicze sprawują nierozpoznaną władzę symboliczną nad

on do szeroko rozumianej krytycznej analizy prawa, a pojawienie się wyspecjalizowanego nurtu w postaci jursprudence feministycznej (*feminist jurisprudence*) było tylko kwestią czasu.

²⁹ Por. A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 174–175.

³⁰ E.W. Said, *Orientalizm*, Zysk i S-ka Wydawnictwo, Warszawa 2018.

³¹ Zob. np. A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007; B.S. Chimni, *Capitalism, Imperialism and International Law in the Twenty-first Century*, „Oregon Review of International Law” 2012, t. 14. Por. D. Kukovec, *Hierarchies as Law*, „Columbia Journal of European Law” 2014, t. 21, z. 1, s. 137–141.

³² Por. A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 173–174.

³³ D. Kukovec, *Law and the Periphery*, „European Law Journal” 2015, t. 21, z. 3; R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, *Law and Critique in Central Europe: Laying the Cornerstone*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016; R. Mańko, M. Škop, M. Štěpáníková, *Carving Out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality?*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2016 [2018], t. 6, z. 1.

³⁴ Zob. np. A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 4.

³⁵ O pojęciu hegemonii zob. E. Laclau, *Tożsamość i hegemonia: rola uniwersalności w ustanawianiu logiki politycznej*, [w:] J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Przygodność, hegemonia, uniwersalność*, tłum. A. Czarnacka, M. Kropiwnicki, S. Królak, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014.

społeczeństwem, a nawet nad jego elitami politycznymi i gospodarczymi. Nurty takie nawiązują np. do tez Pierre'a Bourdieu, zgodnie z którymi prawnicy są „strażnikami hipokryzji zbiorowej”³⁶, ukazując przedziwny splot konformizmu i przemocy symbolicznej właściwy wspólnocie prawniczej³⁷. Tego typu badania naukowe mogą stanowić swego rodzaju rachunek sumienia subświata prawniczego³⁸, a równocześnie przywracają wiarę we własną sprawczość przedstawicielom innych subświatów, wobec których prawo powinno być – z założenia – służebne, a nie hegemoniczne. Jeszcze inne nurty współczesnej krytycznej filozofii prawa zwracają uwagę na przemoc symboliczną zawartą w określonych postaciach prawa, np. w prawie technokratycznym, które stanowi w istocie instrument w rękach elit technokratycznych (kierujących się racjonalnością technologiczną³⁹), co w efekcie prowadzi do zapoznania fundamentalnych dla prawa wartości, takich jak sprawiedliwość⁴⁰, a także wyparcia poza obręb prawa pojęcia polityczności⁴¹. O ile prawo jest w takim podejściu traktowane jako instrument symbolicznej przemocy, a jej podmiotem są technokraci, o tyle destynatariuszem wysiłków emancypacyjnych staje się osoba ludzka jako taka, a nadrzędnym celem – humanizacja prawa, odczłowieczonego w wyniku jego technokratyzacji⁴², a także przywrócenie polityczności należnego jej miejsca, czyli umożliwienie społeczeństwu wpływanie na kształt prawa⁴³.

Przyjmując, że prawoznawstwo krytyczne w podziale na naukę prawa i naukę o prawie jest po stronie tej drugiej (*Rechtswissenschaft*, a nie *Rechtslehre*), będą jednak posługiwał się określeniami „prawoznawstwo krytyczne”, „krytyczna filozofia prawa”, „jurysprudencja krytyczna” albo „krytyczna teoria

³⁶ P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, [w:] *Normes juridiques et régulation sociale*, red. F. Chazel, J. Commaille, LGDJ, Paris 1991. Por. J. Zajadło, *Postawy sędziów w świetle socjologii refleksyjnej*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 120.

³⁷ A. Sulikowski, *Postmodernistyczne tropy w juryscentryzmie*, [w:] *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.

³⁸ Por. D. Kukovec, *Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo*, [w:] *Europe's Justice Deficit?*, red. D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams, Bloomsbury Publishing, Oxford 2015, s. 321–322, gdzie autor stawia wprost pytanie, na ile działania prawników-europeistów przyczyniają się do zdominowania peryferii UE (np. Grecji, Węgier) przez państwa centrum UE (np. Niemcy, Holandia).

³⁹ S. Kaźmierczyk, *Założenia metodologiczne rozważań o relacjach między prawem w znaczeniu instrumentalnym a prawem w znaczeniu pozainstrumentalnym*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 23.

⁴⁰ Zob. np. R. Mańko, *Symbolic Violence in Technocratic Law and Attempts at Its Overcoming: Politicisation Through Humanization?*, „*Studia Erasmiانا Wratislaviensia*” 2017, t. 11.

⁴¹ M. Bartl, *Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political*, „*European Law Journal*” 2015, t. 21, z. 5.

⁴² Tak np. R. Mańko, *Symbolic Violence...*, s. 36.

⁴³ Por. M. Bartl, *The Way We Do Europe: Subsidiarity and the Substantive Democratic Deficit*, „*European Law Journal*” t. 21, z. 1.

prawa” (traktowanymi, dla potrzeb niniejszej pracy, jako synonimy⁴⁴), nie zaś określeniem „krytyczna nauka o prawie”, by podkreślić krytyczny, antyestablishmentowy wymiar tego postanalitycznego podejścia do uprawiania ogólnej refleksji o prawie i szczegółowej krytyki jego poszczególnych działów, dogmatyk i instytucji.

2. Historia krytycznego prawoznawstwa jako szkoły naukowej

Patrząc z perspektywy historii idei, krytyczne prawoznawstwo pojawiło się jako przejaw recepcji filozofii poststrukturalizmu i postmodernizmu na gruncie nauki o prawie⁴⁵. Najważniejszymi szkołami krytycznej jurysprudencji były, jak dotąd, szkoła amerykańska, która istniała w zinstytucjonalizowanych formach od 1977 do 1994 r., oraz szkoła brytyjska, która ukonstytuowała się w 1985 r. i trwa nieprzerwanie do dziś⁴⁶. Oficjalnym początkiem amerykańskiej jurysprudencji krytycznej była I Konferencja Krytycznych Badań nad Prawem (*Ist Critical Legal Studies Conference*) w 1977 r.⁴⁷ Wyrażany jest też pogląd, że za początek amerykańskiej szkoły uznać należy ukazanie się pracy R. Mangabeiry Ungera *Knowledge and Politics* w 1975 r.⁴⁸

Jak zauważa Adam Sulikowski, był to okres, „kiedy kariery naukowe na amerykańskich uczelniach robili lewicujący uczestnicy kontrkulturowych ruchów lat 60., prominentni działacze ruchów antywojennych, ludzie, którzy jeszcze w latach studiów angażowali się w »odczarowywanie« amerykańskiego liberalizmu przez ukazywanie pozorności obywatelskiej i wolnościowej retoryki, maskującej wpływy kapitalizmu”⁴⁹. Nowy ruch stanowił więc „wyraz niezgody o charakterze politycznym grupy młodych naukowców w stosunku do poglądów zajmowanych także przez starsze pokolenie naukowców”⁵⁰. Na znaczenie szerszego kontekstu społeczno-politycznego, w którym zrodziła się jurysprudencja

⁴⁴ Nie zajmuję zatem stanowiska w sporze o relację pojęć „teoria prawa” i „filozofia prawa”, gdyż z perspektywy prowadzonych przeze mnie badań nie jest on istotny. Krytyczna filozofia/teoria prawa, ze względu na swoją metodę i przedmiot badań, łączy w sobie zarówno elementy teoretyczne, jak i filozoficzne, a także praktyczne.

⁴⁵ C. Douzinas, *Krótką historią...*, s. 11.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 12. O ile Douzinas ściśle wskazuje, że amerykańska szkoła *Critical Legal Studies* uległa rozpadowi na swej ostatniej konferencji w Georgetown w 1994 r., o tyle Kennedy w 1997 r. pisał, iż szkoła ta „rozpadła się pod koniec lat 80. XX w.” (D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 9).

⁴⁷ Zob. stronę *Critical Legal Studies Movement*, <https://cyber.harvard.edu/bridge/CriticalTheory/critical2.htm> [dostęp: 27 II 2018 r.].

⁴⁸ Tak J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 489.

⁴⁹ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 178.

⁵⁰ J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 487.

krytyczna w Stanach Zjednoczonych, wskazuje także jednoznacznie Ryszard Sarkowicz⁵¹.

Jej głównymi przedstawicielami byli harwardzcy profesorowie prawa: Amerykanie Duncan Kennedy i David Trubek oraz Brazylijczyk Roberto Mangabeira Unger⁵². Nie budzi wątpliwości, że szkoła ta przestała istnieć, ale sporne jest, czy nastąpiło to już pod koniec lat osiemdziesiątych XX w.⁵³, czy też dopiero w latach dziewięćdziesiątych (podawany jest rok 1992⁵⁴ i 1994⁵⁵ jako moment kończący działalność szkoły). Główne tezy amerykańskiej szkoły krytycznych studiów nad prawem można sprowadzić do czterech podstawowych postulatów badawczych: (1) orzekanie nie jest zdeterminowane prawem (teza o nieokreśloności prawa); (2) istnieje potrzeba tropienia wpływu rozmaitych interesów grupowych i indywidualnych na treść prawa i orzecznictwa; (3) istnieje potrzeba ujawniania mistyfikacyjnych i legitymizacyjnych właściwości nauki prawa; (4) następuje emancypacja dotychczas pomijanych w dyskursie prawnym interesów i wartości⁵⁶. Z kolei Douzinas charakteryzuje amerykańską szkołę prawnoznawstwa krytycznego następująco: „CLS był politycznym ruchem z małą dozą polityki. Jego główna aktywność intelektualna sprowadzała się do krytyki instytucji władzy sądowniczej i rozumowania sędziowskiego, polityczne zaś aspekty ruchu zasadniczo wyczerpywały się w intrygach akademickich i nieustającym poszukiwaniu zainteresowania mediów”⁵⁷. Zdaniem rumuńskiej badaczki Dany Neacșu amerykańska szkoła jurysprudencki krytycznej „zdołała wytworzyć spójny dyskurs prawniczy dotyczący społecznej niesprawiedliwości i roli, jaką odgrywa wspólnota prawnicza”⁵⁸. Niemniej jednak istotną słabością amerykańskich *critical legal studies* było, jej zdaniem, odcięcie się od marksistowskich analiz społecznych, marginalizacja bipolarnego modelu antagonizmu klasowego, pomniejszanie roli państwa, eksponowanie roli tzw. klasy średniej oraz ukazywanie społeczeństwa jako mającego tzw. diamentową strukturę licznych, odrębnych od siebie, „komórek”⁵⁹.

⁵¹ R. Sarkowicz, *Wstęp*, [w:] R. Mangabeira Unger, *Ruch krytycznych studiów nad prawem*, tłum. P. Maciejko, ABC, Warszawa 2005, s. XI–XII.

⁵² Jak wskazuje R. Sarkowicz, Unger urodził się w Rio de Janeiro i w Brazylii ukończył studia prawnicze, by w wieku lat 22 rozpocząć pracę naukową na Uniwersytecie Harvarda (*ibidem*, s. VII).

⁵³ Tak D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 9.

⁵⁴ Tak na stronie *Critical Legal Studies Movement*, <https://cyber.harvard.edu/bridge/CriticalTheory/critical2.htm>.

⁵⁵ Tak C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 12.

⁵⁶ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 178–179.

⁵⁷ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 240.

⁵⁸ E.D. Neacșu, *CLS Stands for Critical Legal Studies, If Anyone Remembers*, „Journal of Law and Policy” 2000, t. 8, s. 453.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 435–436. Por. J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 487.

Sukcesorką amerykańskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego stała się szkoła jurysprudencji humanistycznej (*law and humanities*)⁶⁰, która jednak skupia się przede wszystkim na „miękkich” badaniach z pogranicza prawoznawstwa i literaturoznawstwa, nawiązując do nurtu *law and literature*⁶¹ (czy nawet stapiając się z nim), który – co ciekawe – wyprzedza historycznie *critical legal studies*⁶², z czasem uzupełnionych wszakże o psychoanalizę prawniczą, teorię sztuki oraz teorię queer⁶³. Środowisko amerykańskiej jurysprudencji humanistycznej skupione jest wokół czasopisma „Law, Culture and the Humanities”⁶⁴ i od 1997 r. zbiera się na corocznych konferencjach pod tym samym tytułem⁶⁵. Zdaniem Douzinasa prawoznawstwo humanistyczne nie może stanowić alternatywy dla prawoznawstwa krytycznego, choćby dlatego, że badania są podejmowane wyłącznie z zewnętrznego, nieprawniczego punktu widzenia, głównie literaturoznawczego, co prowadzi do przenikania właściwego temu ostatniemu formalizmu do uprawianej, w ramach omawianej szkoły, filozofii prawa⁶⁶. Równocześnie jednak z klasycznej amerykańskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego wypączkowało tzw. CLS drugiej fali, a więc szczegółowe nurty emancypacyjne, takie jak wspomniane już

⁶⁰ O relacjach nauk prawnych i nauk humanistycznych zob. np. A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 167 i n.

⁶¹ Zob. ogólną charakterystykę szkoły prawa i literatury w pracy: Ł. Mirocha, *Law and literature jako niedoceniony nurt jurysprudencji*, „Societas et Ius” 2013, z. 1. Co ciekawe, nurt prawa i literatury bujnie rozwija się za naszą południową granicą, w Czechach, gdzie jego prężnym ośrodkiem jest Wydział Prawa Uniwersytetu im. Masaryka w Brnie (główni przedstawiciele nurtu: Martin Škop, Markéta Štěpáníková). Z publikacji zob. m.in.: M. Škop, *Milan Kundera and Franz Kafka – How Not to Forget Everydayness*, „Creative and Knowledge Society” 2011, t. 1, z. 2; M. Škop, *Pluralism of Values in Contemporary Law and Possibility of Their Cognition*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. 90 (analiza przez pryzmat Franza Kafki, Roberta Musila i Milana Kundery); M. Klusoňová, *Is Hamlet a Scandinavian Crime Fiction?*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2014, t. 5, z. 1; M. Škop, *Law and Literature – a Meaningful Connection*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2015, t. 4, z. 1; T. Smejkalová, M. Škop, *A Concept of a Reader in Legislation Drafting*, [w:] *Argumentation 2017*, red. M. Štěpáníková, M. Malanik, M. Hanych, M. Škop, Masaryk University, Brno 2017; M. Klusoňová, *The Role of Václav Havel in Czech Critical Legal Thought*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*

⁶² O ile za pionierską pracę *critical legal studies* uznaje się wydaną w 1975 r. pracę Roberta Mangabeiry Unger *Knowledge and Politics*, o tyle początku *law and literature* można upatrywać już w 1973 r., gdy ukazała się praca Jamesa Boyda White’a o wyobraźni prawniczej (J. Boyd White, *The Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago 1973), następnie wielokrotnie wznawiana.

⁶³ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 12.

⁶⁴ Tak C. Douzinas (*ibidem*).

⁶⁵ Zob. <http://lawculturehumanities.com/overview/> [dostęp: 12 IV 2018 r.]. W marcu 2018 r. na Uniwersytecie Georgetown odbyła się już XXI Konferencja Prawa, Kultury i Humanistyki.

⁶⁶ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 12.

wielokrotnie: jurysprudencja feministyczna⁶⁷, postkolonialna teoria prawa⁶⁸ czy teoria queer⁶⁹.

Szkoła brytyjska, która ukonstytuowała się nieco później, skupiona jest wokół czasopisma „Law and Critique” i corocznych Krytycznych Konferencji Prawniczych (*Critical Legal Conferences*), które odbywają się nieprzerwanie od 1986 r.⁷⁰ Głównymi przedstawicielami szkoły są: Costas Douzinas, Ronnie Warrington, Alan Hunt, Peter Goodrich, Adam Gearey, Bob Fink, Angus McDonald, a ostatnio także przedstawiciele drugiego pokolenia *BritCrits* – Illan Rua Wall, Conor Gearity, Andreas Mihalopoulos-Philippopoulos, Tarik Koçi czy Matthew Stone. W historii brytyjskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego Douzinas wyróżnił trzy następujące po sobie etapy: etap estetyczny (do połowy lat dziewięćdziesiątych), etap etyczny (od połowy lat dziewięćdziesiątych do ok. 2010 r.) i etap polityczny (od ok. 2010 r.)⁷¹. Na etapie pierwszym, estetycznym, główny nacisk kładziono na szeroko pojęte związki prawa i estetyki, w tym na estetyczny wymiar prawa jako tekstu⁷²; na etapie etycznym program badawczy szkoły *BritCrits* zdominowało

⁶⁷ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 181–184.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 184 i n.

⁶⁹ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 244 i n.; A. Gearey, *Law and Aesthetics*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2001, s. 86 i n.

⁷⁰ Jubileuszowa, XXX Krytyczna Konferencja Prawnicza odbyła się na Uniwersytecie Wrocławskim, a jej tematem przewodnim było „Prawo, przestrzeń, polityczność”. Jak zauważa Katarzyna Sadowa: „Celem tak sformułowanego tematu było (...) powiązanie trudnej historii naszego regionu Europy z aktualnymi wyzwaniami, stawianymi przez trwający kryzys. Potrójny wymiar (prawo, przestrzeń, polityka) tematu miał być ponadto zaproszeniem do refleksji nad napięciami występującymi w europejskiej »przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości«, jak i nad wszelkimi innymi, możliwymi aspektami, poczynając od przestrzennego wymiaru sprawiedliwości po proksemikę prawniczą” (K. Sadowa, *Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji The Critical Legal Conference – Law, Space and the Political, Wrocław 3–5 września 2015 roku*, „Acta Erasmiana” 2016, t. 12, s. 104). Zob. także W. Zomerski, *The 30th Critical Legal Conference on „Law, Space and the Political”, University of Wrocław, Faculty of Law, Administration and Economics, 3–5 September 2015*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2016, nr 13. Pozostałe konferencje odbywały się głównie w Wielkiej Brytanii. Zob. sprawozdania konferencyjne z lat 2013–2017: J. Łakomy, R. Mańko, *Critical Legal Conference, Belfast, Irlandia Północna, 5–7.09.2013 r.*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1; P. Snopek, *Critical Legal Conference 2014 „Power, Capital Chaos”, University of Sussex, Brighton, Wielka Brytania, 4–6 września 2014*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015, nr 2; K. Kobyliński, R. Mańko, *XXXI Krytyczna Konferencja Prawnicza University of Kent, Canterbury, Wielka Brytania (1–3 września 2016 r.)*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017, nr 2; R. Mańko, M.M. Sadowski, P. Świącicka, *XXXII Krytyczna Konferencja Prawnicza, Uniwersytet Warwick, Coventry, 1–3 września 2017 r.*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2017, t. 11.

⁷¹ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 8–13.

⁷² Zob. np. C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, London–New York 1991; C. Douzinas, *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, University of Chicago Press, Chicago 1999.

pojęcie sprawiedliwości⁷³ i etyka Innego; na etapie politycznym, będącym w istocie reakcją na kryzys ekonomiczny 2008 r. i jego polityczne reperkusje (polityka drakońskiej *austerity*, rządy technokratów), przedstawiciele szkoły krytycznej zaangażowali się, w ramach uprawianej przez siebie praktyki teoretycznej, w demaskowanie rzeczywistego charakteru prawa jako składnika pandominacji i narzędzia biowładzy⁷⁴. Do nurtów brytyjskiej szkoły jurysprudencji krytycznej należy specyficznie rozumiana metoda hermeneutyczna, która polega na tym, by „zawiesić uroszczenia prawa i poddać je badawczemu spojrzeniu. Podejście hermeneutyczne (...) próbuje zaproponować program intelektualny, zorganizowany wokół tematu »(nie)sprawiedliwości praw«⁷⁵. Na wczesnym etapie rozwoju brytyjskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego wspólnym mianownikiem była inspiracja marksizmem⁷⁶. Stopniowo jednak okazało się, że wyjaśnienie zjawisk władzy i dominacji wymaga analizy bardziej pogłębionej, wykraczającej poza reifikację i fetyszyzację władzy, analizującej poszczególne momenty składające się na sytuację dominacji, w tym w ujęciu językowym i psychoanalitycznym⁷⁷. Można więc powiedzieć, że dla *BritCrits* marksizm był zasadniczo wspólnym punktem wyjścia, ale już nie punktem dojścia. Co charakterystyczne, brytyjscy prawnicy krytyczni nie szukali inspiracji ani w egzystencjalizmie, ani w szkole frankfurckiej, preferując myśl Nietzschego, Freuda, Foucaulta, Derridy, Lacana i Lévinasa⁷⁸. Wedle słów Douzinas: „Teoretyczne i metodologiczne zasoby post-strukturalizmu były integralną częścią ruchu od samego początku. Europejczycy zwrócili się swego czasu ku Freudowi, Derridzie lub Foucaultowi, nie traktując ich dorobku jako czegoś, co ma zastąpić Marksa lub stanowić alternatywę wobec polityki, ale traktując ich dorobek jako najbardziej zaawansowane ujęcia teoretyczne mogące pomóc w wypełnieniu luki powstałej po klęsce tradycyjnie rozumianej radykalnej teorii i polityki”⁷⁹.

O doniosłości brytyjskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego najdobitniej świadczy fakt, że istnieją tam co najmniej trzy wydziały prawa o wyraźnej orientacji krytycznej (Birkbeck, Kent i Warwick), a w innych ośrodkach prężnie działają centra badawcze poświęcone jurysprudencji krytycznej oraz pojedynczy przedstawiciele omawianej szkoły. Wpływy brytyjskiej szkoły obejmują też niektóre inne kraje, w szczególności Australię⁸⁰, Republikę Południowej Afryki⁸¹

⁷³ C. Douzinas, *Critical Jurisprudence...*; idem, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Oxford 2000.

⁷⁴ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 12–13.

⁷⁵ C. Douzinas, *Critical Jurisprudence...*, s. 241.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 240, przyp. 28.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 242–244.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 242.

⁷⁹ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 11.

⁸⁰ C. Douzinas, *Critical Jurisprudence...*, s. 247–252.

⁸¹ *Ibidem*, s. 253–257.

(Jacques de Ville⁸²), Brazylię (Ricardo Sanin-Restrepo⁸³), Indie, Szwecję (Leif Dahlberg⁸⁴) i Finlandię (Panu Minkkinen⁸⁵, Susanna Lindroos-Hovinheimo⁸⁶). Nie doszło natomiast do wyodrębnienia się trwałych szkół prawoznawstwa krytycznego w innych krajach Europy Zachodniej, z wyjątkiem Francji, gdzie analogiczna szkoła, skupiona wokół czasopisma „Procès”, funkcjonowała w latach 1978–1990⁸⁷.

Jak widać, przełom roku 1989 – Fukuyamowskiego rzekomego „końca historii” – był istotnym punktem zwrotnym w rozwoju szkół prawoznawstwa krytycznego, prowadząc do zmiękczenia szkoły amerykańskiej i francuskiej oraz przejścia szkoły brytyjskiej z etapu estetycznego do etycznego. Również kryzys ekonomiczny 2008 r. i jego polityczne skutki w całym świecie demoliberalnego kapitalizmu wpłynęły na kondycję szkół prawoznawstwa krytycznego. Jak zauważa Jerzy Oniszczyk, „postępujący niepokój i poczucie płynności ponowoczesnej związane jest z wynaturzeniem liberalizmu, jakim stała się pod koniec XX w. religia neoliberalna na Zachodzie. Zaś szczególnie katastroficzno-kryzysowe poczucie zagrożenia pojawiło się w poglądach różnych myślicieli Zachodu w początkach globalnego kryzysu finansowo-gospodarczego w 2008 r. Wspomniany kryzys (...) wywołał w zachodnich centrach świata wiele niepewności i zagrożeń charakterystycznych wcześniej dla świata peryferyjnego”⁸⁸.

Reakcją na zjawiska globalizacji stało się powstanie nowej szkoły badawczej, będącej kolejną już sukcesorką amerykańskich *critical legal studies*, w postaci ekonomii politycznej prawa (*law and political economy*, LPE). Nurt ten znajduje się *in statu nascendi*, jego załączkami są ośrodki badawcze w Uniwersytecie Harvarda, Uniwersytecie Yale i Uniwersytecie Duke. Głównym przedstawicielem nowego nurtu jest harwardzki profesor David Kennedy (niespokrewniony z Duncanem Kennedym), twórca i dyrektor Institute for Global Law and Policy (IGLP) na tym uniwersytecie⁸⁹. W 2017 r. doszło do opublikowania półoficjalnego

⁸² Zob. np. J. de Ville, *Jacques Derrida: Law as Absolute Hospitality*, Routledge, Abingdon 2011.

⁸³ R. Sanin Restrepo, *Decolonizing Democracy: Power in a Solid State*, Rowman & Littlefield, London 2016.

⁸⁴ L. Dahlberg, *Visualising Law and Authority. Essays on Legal Aesthetics*, De Gruyter, Berlin 2012.

⁸⁵ P. Minkkinen, *Thinking Without Desire: A First Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford 1999; idem, *Sovereignty, Knowledge, Law*, Routledge, Abingdon 2009.

⁸⁶ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Routledge, New York 2012.

⁸⁷ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 187–188.

⁸⁸ J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 877.

⁸⁹ Zob. D. Kennedy, *Law and the Political Economy of the World*, „Leiden Journal of International Law” 2013, t. 26, z. 1; idem, *A World of Struggle How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, Princeton 2016.

manifestu ruchu⁹⁰. Jako podstawowe zadanie badawcze przedstawiciele ruchu wskazują udzielenie odpowiedzi na pytania: „W jaki sposób prawo tworzy i reprodukuje globalny kapitalizm? W jaki sposób prawo stwarza specyficzne wzorce mobilności kapitału, »elastyczności« pracy w obrębie państw i regionów, przy równoczesnym unieruchomieniu pracy w aspekcie transgranicznym, a także wzorce dystrybucji bogactwa i przychodów (...)? W jaki sposób globalne rynki i państwa narodowe wchodzą w interakcję z rolami i hierarchiami płci oraz z rasowo zdefiniowanymi: podziałem i podporządkowaniem (...)?”⁹¹. Nowa szkoła prawoznawstwa krytycznego jest niewątpliwie reakcją na zjawiska globalizacji i wyzwania, jakie z nich wynikają.

Tymczasem w naszej części Europy w okresie realnego socjalizmu, pomimo deklarowanych inspiracji myślą marksistowską, nie doszło do recepcji nurtów prawoznawstwa krytycznego. Podejmowano, co prawda, pewne wątki krytyczne w odniesieniu do systemów prawa państw kapitalistycznych, jednakże w filozofii i teorii prawa dominowały podejścia pozytywistyczne i analityczne⁹². Dopiero po około dwóch dekadach od transformacji ustrojowej rozpoczęła się recepcja idei prawoznawstwa krytycznego w Europie Środkowej i Wschodniej, następująca łącznie z recepcją koncepcji poststrukturalistycznych i postmodernistycznych⁹³, zapoczątkowanych – jak wspominałem we Wstępie do niniejszej pracy – słynnym manifestem programowym Lecha Morawskiego z 2001 r.⁹⁴

⁹⁰ D. Singh Grewal, A. Kapczynski, J. Purdy, *Law and Political Economy: Toward a Manifesto*, 6 XI 2017, <https://lpeblog.org/2017/11/06/law-and-political-economy-toward-a-manifesto/> [dostęp: 27 II 2018 r.].

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² A. Sulikowski, *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.

⁹³ Por. A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 178. Do polskich filozofów prawa sięgających do dorobku poststrukturalistycznego i postmodernistycznego należą w szczególności: L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, J. Stelmach, B. Wojciechowski, S. Oliwniak i A. Sulikowski.

⁹⁴ L. Morawski, *Co może...*, passim. Morawski twierdził, że w chwili gdy pisał swój manifest (2001), nie było jeszcze ani jednej polskiej pracy z zakresu teorii i filozofii prawa podejmującej wątki postmodernizmu (*ibidem*, s. 6). Nie jest to jednak ściśle. Do Jacques’a Derridy nawiązywał bowiem już w 1999 r. łódzki filozof prawa Bartosz Wojciechowski (B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja między prawem a sprawiedliwością*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, red. L. Leszczyński, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999). Po pracy Morawskiego pionierskie dokonania w popularyzowaniu postmodernizmu na gruncie prawoznawstwa miał Adam Sulikowski (A. Sulikowski, *O ponowoczesnej teorii prawa*, [w:] *W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006; idem, *Nowoczesność i ponowoczesność w pojmowaniu prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2006, z. 2). W kolejnym roku ukazała się pierwsza monografia zbiorowa poświęcona postmodernizmowi w prawie – *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Postmodernizm*, red. M. Błachut, Kolonia Limited, Wrocław 2007. Do postmodernizmu nawiązywał też w swoich publikacjach białostocki filozof prawa Sławomir Oliwniak (S. Oliwniak, *Transgresja*,

Wpływy te nie doprowadziły jednak, z oczywistych przyczyn, do włączenia krytycznych prawników z naszego regionu do szkoły brytyjskiej, lecz zapoczątkowały formowanie się nowego nurtu, uwzględniającego specyfikę kultury prawnej i naukowej regionu⁹⁵. Czas pokaże, czy dojdzie do rzeczywistego wykształcenia się wyodrębnionej szkoły naukowej, podobnej do tej amerykańskiej bądź brytyjskiej, czy też wpływy prawoznawstwa krytycznego staną się jednym z wielu źródeł inspiracji dla krytycznie zorientowanych przedstawicieli nauk o prawie, wpisując się w szerszy nurt oddziaływania postmodernizmu i poststrukturalizmu na prawoznawstwo. Z pewnością jednym z obiecujących kierunków potencjalnego rozwoju prawoznawstwa krytycznego w naszym regionie mogłaby być przemyślana recepcja i adaptacja istniejących wątków w zakresie postkolonialnej teorii prawa⁹⁶ i teorii peryferyjności, jako że sama teoria postkolonialna i teoria peryferyjności stały się już z powodzeniem przedmiotem recepcji w naukach humanistycznych, w tym socjologii w zakresie badań nad naszym regionem⁹⁷. W dalszej kolejności mogłaby nastąpić ekspansja wątków poststrukturalistycznych i postmodernistycznych także na nauki prawne (dogmatyki), albowiem „często (...) bywało tak, że wątki podejmowane początkowo przez filozofów-prawników trafiały z czasem do dogmatycznego mainstreamu i wywierały głęboki wpływ na orzecznictwo”⁹⁸, co nastąpiło m.in. w Stanach Zjednoczonych⁹⁹.

dyskurs, prawo w ujęciu Michela Foucaulta, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003; idem, *Michel Foucault a potrzeba nauczania filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa w życiu i nauczaniu*, red. M. Szyszkowska, Temida 2, Białystok 2004; idem, *Etyka siebie. Dokończony projekt oświecenia Michela Foucaulta*, [w:] *Człowiek wobec systemów wartości*, red. T. Kozłowski, K. Kuźmicz, Temida 2, Białystok 2006; idem, *Biopolitics and the Rule of Law*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2009, t. 32). Autor ten sięgnął też do myśli krytycznego filozofa Giorgia Agambena (S. Oliwniak, *Giorgio Agamben: biopolityka i „pusta” forma prawa*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010; idem, *Foucault and Agamben: Law As Inclusive/ Exclusive Discourse*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2011, t. 39).

⁹⁵ Zob. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, *Law and Critique in Central Europe: Laying...*

⁹⁶ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 185–186.

⁹⁷ Zob. w szczególności pracę zbiorową: *Polska jako peryferie*, red. T. Zarycki, Scholar, Warszawa 2017. Zob. także T. Zarycki, *Polska i jej regiony a debata postkolonialna*, [w:] *Oblicze polityczne regionów Polski*, red. M. Dajnowicz, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania, Białystok 2008. Pionierskie badania w zakresie socjologii prawa uwzględniającej aspekt peryferyjności podjęła ostatnio Hanna Dębska (H. Dębska, *Prawo jako pole (ujęcie modelowe)*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 9, gdzie na s. 36 *explicite* powiada, że stosuje teorię peryferyjności I. Wallersteina; eadem, *Strategia wielopozycyjności w półperyferyjnym polu prawnym. Homo academicus na rynku*, [w:] *Polska jako...*

⁹⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 188.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 180.

3. Presupozycje ontologiczne krytycznej filozofii prawa

Przejdę obecnie do próby przedstawienia podstawowych założeń badawczych krytycznej filozofii prawa, które omówię w podziale na trzy grupy: presupozycji ontologicznych, presupozycji epistemologicznych oraz założeń metodologicznych. Ze względu na wpisujący się w ducha postmodernizmu pluralizm krytycznej jurysprudencji pod względem założeń i ich realizacji uwagi zawarte w tym i kolejnych paragrafach mają z konieczności charakter rekonstrukcyjno-projektujący. Tego ostatniego, projektującego, elementu nie da się bowiem uniknąć ze względu na wspomniany już pluralizm, prowadzący do przyjmowania przez poszczególnych autorów sprzecznych nawet założeń. Poniższe rozważania należy zatem odczytywać zarówno jako próbę przedstawienia założeń dotychczasowego dorobku krytycznego prawoznawstwa w sposób syntetyczny, jak i jako moją własną propozycję jego odczytania i uporządkowania.

Pojęcie presupozycji ontologicznych jest tu rozumiane jako zespół założeń w przedmiocie ontologii społecznej, a więc aksjomatycznych dla danej formy refleksji naukowej założeń o tym, co „jest” w społeczeństwie, jakie byty uznajemy za istniejące, a co za tym idzie, jakie przyjmujemy za punkt wyjścia prowadzonych rozważań naukowych, formułowanych teorii i hipotez badawczych itp. W nauce ontologii społecznej podkreśla się jej relatywistyczny¹⁰⁰, czy wręcz arbitralny charakter¹⁰¹. Innymi słowy, przyjęcie istnienia tych lub innych bytów jest – na gruncie ontologii społecznej – czymś konwencjonalnym, niedowodliwym, kwestią konstrukcji społecznej¹⁰². Wskutek tego wybór takiego lub innego katalogu bytów społecznych staje się kwestią polityczną. Jeżeli bowiem przyjmujemy istnienie np. klas społecznych, *eo ipso* formułowane twierdzenia popchną

¹⁰⁰ L. Wahlberg, *Legal Ontology, Scientific Expertise and the Factual World*, „Journal of Social Ontology” 2017, t. 3, z. 1, s. 51.

¹⁰¹ Por. B. Epstein, *A Framework for Social Ontology*, „Philosophy of the Social Sciences” 2016, t. 46, z. 2, który co prawda nie formułuje tego twierdzenia wprost, jednak posługuje się kategoriami ontologii społecznej w sposób *implicite* uznający jej arbitralność.

¹⁰² Por. rozważania Andrzeja W. Nowaka, który nawiązując do myśli Pierre’a Bourdieu i Immanuela Wallersteina, przestrzega przed nomotetycznością, idiograficznością i reifikacją; dochodzi on do wniosku, że postulowany przez badacza konstrukt może istnieć jedynie jako kategoria naukowa, o ile wypracowane kategorie są stosowane do projektowania alternatywnych wizji rzeczywistości (A.W. Nowak, *Tajemnicze zniknięcie Drugiego Świata. O trudnym losie półperyerii*, [w:] *Polska jako...*, s. 96–97). Z kolei w myśli Deleuze’a naukowe „pojęcie nie jest ani istniejącą wcześniej ramą teoretyczną, nakładaną na materiał empiryczny i pozwalającą na jego interpretację, ani też pojęciem, które powstaje w wyniku badań empirycznych (choćby zapewne bliżej mu do tego ostatniego). Raczej to p o j ę c i a c z y n i ą r z e c z y. Rozumienie pojęć jako c z y n o ś c i jest, zasadniczo, rozumieniem pojęć jako stawania się. Deleuze podkreśla, że pojęcia mają potencjał wynalazczy” (R. Coleman, J. Ringrose, *Introduction: Deleuze and Research Methodologies*, [w:] *Deleuze and Research Methodologies*, red. R. Coleman, J. Ringrose, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013, s. 8).

nas w kierunku dyskursu walki klas, natomiast jeżeli zamiast klas rozpatrywać będziemy liczniejsze grupy lub warstwy, antagonizm ten może nie zostać wyartykułowany¹⁰³. Nie wchodząc w tym miejscu w rozważania, na ile ontologia społeczna jest dowodliwa, tj. na ile empiryczne badania socjologiczne mogą być pomocne przy weryfikacji bądź falsyfikacji presupozycji ontologicznych w obszarze ontologii społecznej, w dalszych rozważaniach zostaną syntetycznie ujęte te założenia o świecie społecznym, które wydają się niezbędne dla uznania badań prowadzonych w oparciu o te założenia za dające się zaliczyć do nurtu krytycznej filozofii prawa. Równocześnie, jak wskazałem wyżej, będą to założenia leżące u podstaw teorii proponowanej w niniejszej pracy.

W ścisłym związku z celem emancypacyjnym krytycznej filozofii prawa jest założenie, że świat społeczny jest społecznym konstruktem, tzn. że jest on społecznie wytwarzany (w tym przez prawo¹⁰⁴), a nie dany raz na zawsze czy to z woli czynników nadprzyrodzonych (prawo naturalne w ujęciu tradycyjnym) albo ogólnego, ponadczasowego ładu (współczesne nurty prawa natury), czy to ze względu na samą naturę człowieka (współczesne ujęcia naturalizacyjne w prawoznawstwie, kładące nacisk na ustalenia takich nauk, jak psychologia czy kognitywistyka)¹⁰⁵. Dla krytycznej filozofii prawa świat społeczny, a konkretnie jego wycinek – subświat prawniczy – poddawany jest krytyce właśnie dlatego, że możliwa jest jego zmiana. Nie chodzi przy tym o to, że konstrukcjonizm jest implikowany przez emancypacyjne założenia krytycznej filozofii prawa, ale raczej o to, że przyjęcie jako realnego celu emancypacyjnego, tj. dążenia do przebudowy świata społecznego w kierunku uwolnienia grup i jednostek zdominowanych spod ciężącej na nich dominacji (ekonomicznej, kulturowej, etnicznej itp.), byłoby niemożliwe bez przyjęcia, choćby milczącego, presupozycji o konstrukcjonizmie społecznym. Jak wskazuje Zbigniew Pulka, „W marksistowskiej koncepcji dialektyki jako samowiedzy rewolucyjnej praktyki, jedność teorii i praktyki oznacza, że przez poznanie i przekształcanie bytu są jednym procesem, a metoda poznania jest jednocześnie metodą przekształcania bytu. Poznanie prawdy jest jednocześnie z tworzeniem bytu prawdziwego, poznanie fałszu tworzy jedność z praktycznym aktem znoszenia ontycznych źródeł fałszywej świadomości”¹⁰⁶.

¹⁰³ Projektowane przez naukę kategorie z zakresu ontologii społecznej, o ile zostaną zinternalizowane przez samych członków takich projektowanych grup, mogą, oczywiście, wpłynąć na ich zachowania – klasa w sobie może stać się klasą dla siebie właśnie pod wpływem zinternalizowania teorii o walce klas. Na tym m.in. polega dialektyczna relacja pomiędzy teorią a praktyką.

¹⁰⁴ D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 133.

¹⁰⁵ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność: dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego – Złota Seria, Wrocław 2012, s. 204: „naukowe i orzecznicze »prawdy« są konstruktami społecznymi uwikłanymi w struktury władzy i dominacji”.

¹⁰⁶ Z. Pulka, *Instrumentalizacja prawoznawstwa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja...*, s. 38.

Założenie takie jest niewątpliwie bliskie krytycznej filozofii prawa, która postrzega się jako praktyka teoretyczna zmierzająca do zmiany rzeczywistości.

Oczywiście, nie oznacza to bynajmniej, że samo przyjęcie tezy o konstrukcjonizmie społecznym implikuje zaliczenie danego badacza czy pracy do nurtu teorii krytycznej. Należy z całym naciskiem podkreślić, że przyjmowanie tej tezy może być powiązane jedynie z zamiarem zrozumienia świata społecznego, a niekoniecznie jego zmiany. Papierkiem lakmusowym teorii krytycznej jest bowiem, zgodnie z formułą Horkheimera, dążenie do emancypacji, w duchu XI tezy o Feuerbachu, iż „Filozofowie rozmaicie tylko interpretowali świat; idzie jednak o to, aby go zmienić”¹⁰⁷. Jak trafnie powiada Damjan Kukovec, „Prawnicy w sposób zasadniczy tworzą rzeczywistość społeczną, a ciężar jej przebudowy w dużym stopniu spoczywa w ich rękach”¹⁰⁸.

Omawiane założenie odróżnia krytyczną naukę prawa w sposób zdecydowany od dogmatyk prawniczych (ufundowanych wszak na podstawowych założeniach pozytywizmu prawniczego¹⁰⁹), dla których tekst prawny stanowi zasadniczy punkt odniesienia i nie jest on traktowany jako coś, co sama nauka mogłaby zmienić, lecz jako coś, co pragnie ona zrozumieć, zakładając, w ujęciach tradycyjnych, że ma ono jedno prawidłowe znaczenie (o które mogą się toczyć „spory w doktrynie”)¹¹⁰. Założeniem metodologicznym dogmatyk jest bowiem poznawczy, a nie kreacyjny charakter ich dociekań¹¹¹. Odmienne na problem spoglądają, oczywiście, rozmaite nurty filozofii prawa. W szczególności zwolennicy tzw. miękkiego pozytywizmu programowo uznają fakt współtworzenia prawa przez jego naukę¹¹². Dogmatyki uznają wprawdzie, że tekst prawny jest tworem ustawodawcy (a zatem produktem społecznym pochodzącym od organu posiadającego kompetencje prawodawcze), jednakże w odróżnieniu od krytycznej filozofii prawa, nauki te traktują rzeczony tekst prawa jako „dogmat”, a zatem niejako wypierają jego konstruktywistyczny charakter, traktując społeczny konstrukt jako aksjomat, a nie plastyczny przedmiot krytyki. Przyznają więc, że: „Tworzenie

¹⁰⁷ K. Marks, *Tezy o Feuerbachu*, Studenckie Koło Filozofii Marksistowskiej (Uniwersytet Warszawski), Warszawa 2004, s. 4, <http://www.filozofia.uw.edu.pl/skfm/publikacje/marks01.pdf> [dostęp: 11 III 2018 r.].

¹⁰⁸ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 336. Por. idem, *Hierarchies...*, s. 133.

¹⁰⁹ A. Sulikowski, *Konstytucja – system – hegemonia. „(Anty)polityczna” funkcja argumentów systemowych w orzecznictwie konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104, s. 252.

¹¹⁰ J. Łakomy, *Spory wokół wykładni prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością. Na przykładzie debaty Dworkina z Fishem*, [w:] *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012, s. 215.

¹¹¹ J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] idem, *Pisma wybrane*, red. M. Zirk-Sadowski, T. Bekrycht, Warszawa 2015, s. 47–48. Por. T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 70.

¹¹² M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998; J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*

prawa jest działalnością polityczną, lecz w momencie powstania normy prawnej genetyczna polityczność takiej normy zostaje tajemniczo zapomniana”¹¹³.

Drugim istotnym założeniem krytycznej filozofii prawa w obszarze ontologii społecznej jest presupozycja polityczności, tj. przyjęcie, że w każdym społeczeństwie istnieją określone antagonizmy, które nie mogą zostać wyeliminowane, albowiem mają charakter strukturalnie inherentny. Pojęcie polityczności w tym znaczeniu zostanie szerzej omówione w rozdziale III, już teraz jednak należy podkreślić, że przedstawiciele krytycznej filozofii prawa nie przyjmują za dobrą monetę twierdzeń o harmonijnym społeczeństwie czy o możliwości znalezienia, w drodze inkluzywnej debaty, rozwiązań dla wszystkich satysfakcjonujących. Przeciwnie, dla prawoznawstwa krytycznego każde rozwiązanie prawne, czy to legislacyjne, czy to przyjęte w sądowym rozstrzygnięciu, ma swoich wygranych i przegranych (czasem – zbyt często! – wygranym jest tylko sąd i wspólnota prawnicza). Zgodnie ze swym emancypacyjnym celem krytyczna filozofia prawa programowo staje po stronie przegranych, poszukując dyskursywnych sposobów niesienia im pomocy, czyli uwolnienia ich spod przemocy strukturalnej, symbolicznej, ale i czysto fizycznej¹¹⁴, narzucanej przez prawo.

Ontologia społeczna przyjmowana przez krytyczną naukę o prawie, kładąc nacisk na moment antagonizmu, a nie zgody i harmonii, przeciwstawiona może być zarówno nauce prawa (dogmatyce), jak i wielu nurtom nauki o prawie, które albo istnienie konfliktów pomijają, skupiając się na postanowieniach prawa pozytywnego (dogmatyka), albo też zakładają, że istniejące ramy instytucjonalne subświata prawniczego są wystarczające dla ich rozładowania. Krytyczna filozofia prawa „w pełni akceptuje – jak pisze Adam Sulikowski – fundamentalną dla CLS tezę o polityczności prawa nie tylko w jego skodyfikowanej »statutowej« wersji, lecz także polityczność rozproszoną w spetryfikowanych sposobach postępowania z przepisami”¹¹⁵. Niewątpliwie, idzie tu w pierwszej kolejności o polityczność orzekania, który to problem zostanie szerzej naświetlony w rozdziale III.

W refleksji naukowej nad pojęciem przemocy wyróżniono wiele jej rodzajów, w tym zwłaszcza – jak zauważa Lidia Rodak – „przemoc psychologiczną, symboliczną, strukturalną, hermeneutyczną, jak też estetyczną”¹¹⁶. Z kolei

¹¹³ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do dalszych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1, s. 65.

¹¹⁴ Szerzej: R. Cover, *Violence and the Word*, „Yale Law Journal” 1985/1986, t. 95. Por. A. Bator, *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104, s. 84: „Prawo zawsze zawierało opresję jako istotny składnik swojej narracji i, zapewne, w mniejszym lub większym stopniu, zawsze takim będzie”.

¹¹⁵ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 205.

¹¹⁶ L. Rodak, *Structural Violence and Its Gender Dimension in Polish Law*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*, s. 133. Można też mówić o przemocy lingwistycznej, na co zwraca uwagę czeski krytyczny filozof prawa Martin Škop (M. Škop, *The Importance of*

Joanna Helios i Wioletta Jedlecka wyróżniają przemoc fizyczną, psychiczną (emocjonalną), seksualną, ekonomiczną, ukrytą (w postaci zaniedbania), strukturalną, instrumentalną oraz symboliczną¹¹⁷.

Pojęcie przemocy symbolicznej, wyróżnione przez obie cytowane filozofki prawa, może wydawać się *prima facie* wewnętrznie sprzeczne, bowiem przemoc (zazwyczaj kojarzona z przemocą fizyczną) doznaje kwalifikacji za pomocą określenia „symboliczny”, odwołującego się do porządku symbolicznego. Zdaniem Pierre’a Bourdieu i Jean-Claude’a Passerona przemocą symboliczną jest „narzucanie znaczeń jako legitymnych poprzez ukrywanie relacji władzy, które leżą u podstaw ich siły”¹¹⁸. Jak podkreślał Bourdieu, przemoc symboliczna jest „przemocą łagodną, niedostrzegalną i niewidzialną nawet dla jej ofiar, zadawaną zazwyczaj w obrębie czysto symbolicznych kanałów komunikacji i poznania (a dokładniej, błędnego rozpoznania), uznania, a nawet odczuwania”¹¹⁹. W istocie można więc stwierdzić, że przemoc symboliczna jest „zasadniczo narzucaniem kategorii myślenia i postrzegania. (...) Stanowi ona inkorporację nieświadomych struktur, które prowadzą do utrwalenia struktur działania podmiotów dominujących”¹²⁰. Co istotne, podmioty zdominowane pozostają pod błędnym wrażeniem spoglądania z perspektywy uniwersalnej, która jednak w rzeczywistości jest jedynie projekcją interesów podmiotów dominujących, wyrażoną wszak językiem uniwersalizmu¹²¹. Przemoc symboliczna sprowadza się więc do „narzucania podmiotom życia społecznego określonych schematów myślenia”¹²². Co się tyczy relacji pomiędzy przemocą symboliczną a przemocą fizyczną, podkreśla się, że przemoc symboliczna może być skuteczniejsza, „ponieważ jest ona inkorporowana w sposoby działania i w struktury wiedzy jednostek, narzucając spektrum legitymizacyjne porządku społecznego”¹²³. Pojęcie przemocy symbolicznej pozostaje zatem w ścisłym związku z Heglowskim pojęciem uznania

Being a Linguist: Critical Legal Thought in Central Europe, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*, s. 32 i n.).

¹¹⁷ J. Helios, W. Jedlecka, *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2017, s. 15–30; W. Jedlecka, *Formy i rodzaje przemocy*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2017, t. 11.

¹¹⁸ P. Bourdieu, J.C. Passeron, *Reproduction in Education. Society and Culture*, SAGE, London 1990, s. 4.

¹¹⁹ P. Bourdieu, *Masculine Domination*, Stanford University Press, Stanford 2001, s. 1.

¹²⁰ C. Nicolaescu, *Bourdieu – Habitus, Symbolic Violence, the Gift: »You give me / I give you« Principle*, „Euromentor Journal” 2010, t. 1, z. 3, s. 6.

¹²¹ H. Dębska, *Legal Doxa as a Form of Neutralization of Values in the Law. The Case of Constitutional Tribunal Judgments*, [w:] *Neutralization of Values in Law*, red. K. Pałeczki, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 310.

¹²² H. Dębska, T. Warczok, *The Social Construction of Fertility in the Discourse of the Polish Constitutional Court*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*, s. 118.

¹²³ C. Nicolaescu, *Bourdieu...*, s. 6.

(*Anerkennung*)¹²⁴, gdyż przemoc symboliczna może być ujęta jako „akt nieuznania (*act of non-recognition*), który pozostaje poza zasięgiem świadomości i woli, i następuje w ramach praktycznych schematów habitusu”¹²⁵. Jak zauważa Ivana Radačić, przemoc symboliczna odnosi się do „niedostrzeganego kształtowania specyficznych wizji świata. Przemoc symboliczna aktualizuje się poprzez narzucone kategorie postrzegania i oceny. Jej działanie jest trudno wykrywalne dla jednostek, ponieważ w istocie stanowi ona uniwersalizację określonego partykularyzmu, którego arbitralność jest błędnie rozpoznawana ze względu na specyficzne procesy społeczne”¹²⁶. W sferze jurydyczności pojęcie przemocy symbolicznej jest ściśle powiązane z możliwością reprezentacji (w sensie dosłownym i metaforycznym) interesów poszczególnych podmiotów (należących do określonej grupy, wyznających określony światopogląd) w ramach dyskursu prawnego. Sytuacją przemocy symbolicznej będzie więc taka sytuacja, w której dyskurs prawny, a ściślej rzecz ujmując, dominujące w nim pojęcia, kategorie czy schematy rozumowania, czynią wyartykułowanie interesów określonej grupy niemożliwym. Przykładem takiej sytuacji jest wskazywany przez Damjana Kukovca brak pojęć „rdzeń” i „peryferie” w dyskursie prawnym UE, wskutek czego dyskurs ten jest agnostyczny na to jakże istotne rozróżnienie¹²⁷. Także np. abstrakcyjne kategorie prawne, oderwane od rzeczywistych stosunków społecznych i sytuacji podmiotowych, programowo agnostyczne na sytuację klasową, są przejawami ukrytej w głębokiej strukturze prawa przemocy symbolicznej. Klasycznym tego przykładem jest cywilistyczna koncepcja autonomii woli i jej pochodnych, m.in. swobody umów, oparta na ideologicznej fikcji wolności i równości podmiotów stosunków cywilnoprawnych. Zastosowana do pracownika, któremu pracodawca narzuca niekorzystne warunki zatrudnienia, uniemożliwia mu artykulację swoich interesów, bo wszak *vigilantibus iuria scripta sunt, a pact sunt servanda*. To samo dotyczy przemocy symbolicznej wobec konsumentów w okresie sprzed wprowadzenia szczegółowych uregulowań prawnych chroniących ich interesy. Niemniej wskazane fikcje prawa cywilnego wciąż pozostają regułą ogólną i wciąż wyrządzają krzywdę, np. drobnym przedsiębiorcom w relacjach z ponadnarodowymi korporacjami (klasycznym przykładem są skrajnie nierówne warunki kontraktowania narzucane podwykonawcom robót budowlanych, producentom podzespołów czy dostawcom produktów do sklepów wielkopowierzchniowych). Przemoc symboliczna polega na tym, że te same abstrakcyjne kategorie prawa umów stosują się do obu stron relacji kontraktowej, choć jest oczywiste, że jedna

¹²⁴ Por. V. Burke, *Hegel's Concept of Mutual Recognition: The Limits of Self-Determination*, „The Philosophical Forum” 2005, t. 36, z. 2.

¹²⁵ C. Nicolaescu, *Bourdieu...*, s. 7.

¹²⁶ I. Radačić, *Feminist Legal Education in Croatia: A Question of Fundamentalism or a Fundamental Question?*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*, s. 109.

¹²⁷ D. Kukovec, *Law...*, s. 406–428. Por. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, *Law and Critique in Central Europe: Laying...*, s. 4.

ze stron ma gigantyczną przewagę ekonomiczną nad drugą. Strona zdominowana nie dysponuje, w dyskursie prawa cywilnego, adekwatnymi narzędziami (pojęciami, zasadami, regułami itp.) pozwalającymi jej wyartykułować swój interes. Narzędziem takim mogłaby być np. zasada materialnej równości stron i weryfikacji przez sąd *ex officio* rzeczywistej ekonomicznej ekwiwalentności świadczeń i uczciwego rozkładu praw i obowiązków umownych.

Przemoc symboliczna przybiera też formę opresji kulturowej, w ramach której klasy panujące trzymają w ryzach resztę społeczeństwa nie tylko za pomocą narzędzi prawnych i ekonomicznych, ale także poprzez podtrzymywanie ekskluzywistycznej „kultury wysokiej”, z której wykluczone są pozostałe grupy społeczne, automatycznie postrzegające się jako niższe¹²⁸. Można w tym kontekście zadać pytanie o opresyjność profesjonalnej kultury prawniczej, szczególnie tam, gdzie z założenia jest ona kulturą „wysoką”, wymagającą wyrafinowanych kompetencji interpretacyjnych, znajomości orzecznictwa czy źródeł prawa z odległych wieków¹²⁹. Także technokratyczna kultura prawna, cechująca się takimi zjawiskami jak hiperregulacja, inflacja legislacyjna¹³⁰ oraz instrumentalizacja prawa¹³¹, ma charakter ekskluzywistyczny, choć trudno byłoby ją nazwać kulturą „wysoką” w pozytywnym tego słowa znaczeniu.

Interesującego przeformułowania zasadniczych założeń teleologicznych krytycznej filozofii prawa dokonuje ostatni uczeń Duncana Kennedy’ego, słoweński badacz Damjan Kukovec, wprowadzając, jako kluczowe jego zdaniem, pojęcia hierarchii (*hierarchy*) oraz krzywdy (*injury*). Jak wyjaśnia Kukovec, „Społeczeństwo jest strukturyzowane przez hierarchie i przez nieustanną walkę o hierarchie

¹²⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 88.

¹²⁹ Z założenia takimi kulturami prawnymi są systemy *common law* oraz systemy prawa mieszanego (*mixed jurisdictions*). Wyrafinowana kultura prawna tych krajów z zasady jest niedostępna dla laika. Natomiast kultury prawne *civil law* wyrastają z oświeceniowych mitów emancypacji od tradycji i – w założeniu – źródła prawa miały być w nich powszechnie dostępne i zrozumiałe. Niestety, z upływem czasu nawet pisane przystępnym językiem kodeksy (jak francuski *Code civil* czy szwajcarskie kodyfikacje prawa prywatnego) obrosły jednak tak grubymi warstwami doktryny i orzecznictwa, że potraktowanie ich nagiego tekstu jako pewnego źródła poznania prawa byłoby dla obywatela zwyczajnie niebezpieczne.

¹³⁰ P. Chmielnicki, *Podejmowanie decyzji w warunkach prawnego i prawniczego potopu informacyjnego*, „Roczniki Administracji i Prawa. Teoria i Praktyka” 2012, t. 12.

¹³¹ Por. B. Sitek, *Od antropocentryzmu prawniczego do ekonomizacji prawa*, [w:] *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn–Bari 2008, s. 66–78; M. Ziętek, *Europejskie prawo konsumenckie jako wyraz technokratycznej koncepcji prawa umów*, [w:] *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego*, red. M. Jagielska et al., C.H. Beck, Warszawa 2012; M. Bartl, *The Way We Do Europe...*, s. 29–30; B. Sitek, *Prawo jako wartość. Rozważania o autonomii i ponadczasowości prawa w świetle zjawiska ponowoczesności*, [w:] *Człowiek – Prawo – Państwo. Księga jubileuszowa prof. Stanisława Leszka Stadniczenki*, red. J. Jeżewski, A. Pawlak, Wydawnictwo WSFiZ, Warszawa 2017, s. 899; R. Mańko, *Symbolic Violence...*, s. 33–37, 42–44.

(*hierarchical struggle*). Hierarchii nie da się usunąć. Można nimi zarządzać i można je restrukturyzować, ale nie można ich wymazać. Stosunki hierarchiczne ustanawiają nas jako podmioty, a hierarchie tworzone są przez krzywdy (*injuries*) – decyzje, które podejmujemy w każdym momencie. Pojęcie szkody (*harm*) czy krzywdy (*injury*) miało i ma kluczowe znaczenie dla rozumienia prawa. Współcześni juryści uznali, że znaczącą część systemu prawa tworzą normy (*rules*), które pozwalają ludziom krzywdzić innych. Pomimo to współczesna myśl prawna nie dostrzega, że hierarchiczność i pokrzywdzenie są stałymi i wszechobecnymi elementami systemu społecznego¹³². Następnie Kukovec wskazuje, że większość badaczy, która zwracała uwagę na hierarchiczność, dostrzegała jedynie hierarchie oparte na tożsamości, w szczególności tożsamości rasowej i płciowej¹³³. W innym miejscu pisze: „Lubimy myśleć, że zostaliśmy stworzeni jako równi, ale w świecie, który zamieszkujemy, ludzie znajdują się w bardzo licznych sytuacjach hierarchicznych, spośród których niektóre są bardziej trwałe, a inne zmienne. Podczas gdy niektóre hierarchie w naszym życiu mogą być uznane za usprawiedliwione (*justified*), np. hierarchie oparte na zasługach, nowatorstwie czy ciężkiej pracy, wiele spośród nich nie może być za takie uznanych. Liczne hierarchie oparte są na okolicznościach, w jakich dana osoba się urodziła (takich jak klasa, region czy rodzina), na wykształceniu, na preferencjach kulturowych, starszeństwie czy szczęściu (*luck*) i są one umacniane przez fakt, że osoby znajdujące się w strukturalnie hierarchicznej pozycji mają lepsze możliwości zawłaszczania i wyzysku pracy, zasług (*merit*), nowatorstwa i myślenia tych, którzy są im strukturalnie podporządkowani. Istniejący zestaw kompromisów, wolności, jak też zakazów albo uprawnień przyznanych przez prawo tworzy te hierarchie, i to właśnie te niezliczone konstelacje postrzegamy jako »niesprawiedliwość«, której należy zaradzić. Sprawiedliwość, tj. zmiana, powinna być rozumiana jako odmienny zestaw uprawnień nadanych przez prawo (*legal entitlements*), strukturyzujący inne hierarchie, i to [my] prawnicy w naszej pracy prawnej (*legal work*) powinniśmy dokonywać tej zmiany układu hierarchicznego”¹³⁴.

Zdaniem Kukovca hierarchie są przedmiotem ciągłej walki: „Jest faktem – pisze słoweński filozof prawa – że istniejące hierarchie są rezultatem walki o władzę, a co za tym idzie, są one narzucone. Niemniej jednak nie można uznać relacji hierarchicznych wyłącznie jako narzuconych jednej grupie przez drugą; są one raczej ontologiczne. Hierarchie i walka o hierarchię są stanem naszego bytowania (*state of our being*). Nasze codzienne zmagania, w obrębie

¹³² D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 145–146. Por. E. Inglot-Brzęk, *Rywalizacja o obsadzenie najdogodniejszej pozycji społecznej. Rodzaje i sposoby osiągnięcia pozycji dominującej w zbiorowości*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 104.

¹³³ D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 146.

¹³⁴ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 321. Por. idem, *Hierarchies...*, s. 132.

nas samych i pomiędzy nami, nie są oparte na tożsamości seksualnej czy jakiegokolwiek innej formie tożsamości. Są one nieusuwalne (*ineradicable*)¹³⁵. W tym zakresie można dostrzec nawiązania zarówno do poglądów Hegla (walka o uznanie), jak i do Schmitta (stan walki jako stan normalny, naturalny dla człowieka).

Pojęcie krzywdy (*injury*) jest dla Kukovca kluczowe zarówno dla tworzenia hierarchii, jak i dla konstruowania podmiotów społecznych. Nawiązując do myśli Georga W.F. Hegla, Michela Foucaulta, Gilles'a Deleuze'a, Felixa Guattariego oraz Jeana-Paula Sartre'a, słoweński badacz następująco określa wzajemną relację tych pojęć: „Jesteśmy równocześnie ustanawiani jako podmioty i ustanawiamy innych jako podmioty w ramach płynnej współzależności (*fluid interplay*) aktów skrzywdzenia i aktów uznania innych (*injuries and recognitions of others*). (...) Każdy z nas jest równocześnie niezależny, jak i zależny od innych, albowiem wzajemnie się ustanawiamy. (...) Każda decyzja, jaką podejmujemy, jest aktem dominacji albo poddaństwa”¹³⁶. Co się tyczy samego pojęcia krzywdy, Kukovec rozumie ją następująco: „Krzywda ma charakter nie tylko ekonomiczny, także równocześnie polityczny i duchowy (*spiritual*). Różnica pomiędzy wartościami materialnymi i duchowymi jest nieustannie przekraczana, przez co przedmioty są jedynie środkami podporządkowania. Zawsze i nieustannie jesteśmy ustanawiani decyzjami innych. (...) Nie jesteśmy wolni, ale jesteśmy zdeterminowani przez innych, przez strukturę decyzji podejmowanych przez innych, które wciąż umieszczają nas w określonej sytuacji hierarchicznej, a także przez ideologię, która reprodukuje tę sytuację”¹³⁷. Tym, co – zdaniem samego Kukovca – różni jego oryginalne podejście od liberalnej filozofii politycznej, jest założenie, że elementu krzywdy (*element of injury*) nie można wyeliminować, albowiem „relacje hierarchiczne nie tylko rozrywają społeczeństwo, ale równocześnie je tworzą”¹³⁸. Istnieją wyraźne analogie pomiędzy podejściem Kukovca a pojęciem polityczności w rozumieniu Chantal Mouffe, które zostanie omówione w rozdziale III. Rozkład akcentów jest jednak nieco inny, choć, jak się wydaje, oba podejścia są komplementarne.

Rozważania Damjana Kukovca o krzywdzie współgrają ze znaczeniem, jakie Adam Sulikowski przypisuje aktom przemocy. Pisze on: „U podstaw współczesnych porządków prawnych leżą akty przemocy (...) związane z ustalaniem i interpretowaniem podstawowych standardów legalności i wykluczeniem tego, co do nich nie pasuje. Dla uzasadnienia przemocy stosuje się opowieści o zapośredniczeniu prawa w wyższym porządku (Bogu, rozumie, naturze, autorytacie prawodawcy). Uzasadnienie ma na celu zrównoważenie i zablokowanie poczucia

¹³⁵ D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 146.

¹³⁶ *Ibidem*, s. 147.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 148.

sprawiedliwości jako źródła potencjalnych argumentów przeciwko prawu. Przemoc ta ma miejsce zarówno w skali makro – w wielkich opowieściach o prawie, jak i w skali mikro – w legitymizacji poszczególnych decyzji¹³⁹. Współgra to również z tym, co pisał ponad trzydzieści lat temu Robert Cover: „Wykładnia prawa odbywa się w polu bólu i cierpienia. Jest to prawdą na wielu płaszczyznach. Akty wykładni prawa sygnalizują i wywołują przemoc wobec innych: sędzia formułuje swoją wykładnię tekstu, a w rezultacie – ktoś traci wolność, majątek, dzieci, nawet życie. Interpretacje prawa stanowią też uzasadnienie dla przemocy, jaka miała już miejsce, lub przemocy, która ma dopiero nastąpić. Gdy interpretatorzy kończą swą pracę, pozostawiają za sobą ofiary, których życia zostały rozdarte przez zorganizowane, społeczne praktyki przemocy”¹⁴⁰. Także wykładnia dokonana wcześniej może być umoczone we krwi: „Niektóre interpretacje – pisze Cover – są pisane krwią i są gwarantowane krwią, która jest częścią ich mocy walidacyjnej”¹⁴¹.

Konkludując tę zwięzłą prezentację koncepcji hierarchii i krzywdy w krytycznej filozofii prawa Damjana Kukovca, należy jeszcze wskazać, w jaki sposób wiąże on wprowadzone przez siebie pojęcia z celami krytycznego prawoznawstwa. Krytyczny filozof prawa pisze następująco: „Każda decyzja, jaką podejmujemy, jest aktem dominacji. Ale artykulacja krzywdy jest kluczową częścią pracy prawniczej. Artykulacja prawnicza wymaga pracy, która przekształca nieobecne w obecne. Przekształca krzywdę w roszczenie prawne poprzez jego wyartykułowanie w ramach naszego rozumienia legalności, które to pojęcie zazwyczaj dotyczy obecnego, a nie nieobecnego. (...) Jednak tylko wybrane krzywdy są artykułowane jako roszczenia prawne, podczas gdy niezliczone krzywdy nie są”¹⁴². Dyskurs prawny jest tym, który pewne krzywdy dopuszcza (legalizuje), a inne piętnuje, traktując jako podstawę roszczeń¹⁴³. Można powiedzieć, że polityczny wymiar prawa polega właśnie na rozróżnianiu między krzywdami uznanymi i krzywdami nieuznanymi, co każdorazowo pociąga za sobą konieczność mniej lub bardziej arbitralnego wyboru, w którym zawsze będą wygrani (ci, których krzywdę uznano za prawnie relewantną) i przegrani (ci, których krzywdy nie uznano za prawnie relewantną). Jest tak dlatego, że samo pojęcie krzywdy jest względne, zależne od punktu widzenia¹⁴⁴.

¹³⁹ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 185. Por. idem, *Opresywność pozytywizmu prawnego i jego postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, red. P. Kaczmarek, Ł. Machaj, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010, s. 30.

¹⁴⁰ R. Cover, *Violence and the Word...*, s. 1601.

¹⁴¹ R. Cover, *Nomos and Narrative*, „Harvard Law Review” 1983, t. 117, z. 4, s. 46.

¹⁴² D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 148–149.

¹⁴³ *Ibidem*, s. 149.

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 148.

4. Rola ideologii i jej związki z prawem

Według klasycznych ujęć ideologia to nic innego jak „fałszywa świadomość”, stan błędu epistemologicznego, a nie zjawisko z zakresu ontologii bytu społecznego. Niemniej najnowsze ustalenia krytyków ideologii, w szczególności Slavoja Žižka, ukazują, że ideologia to zjawisko z zakresu nie tyle społecznej świadomości co społecznego działania. Ideologia organizuje, determinuje zachowanie podmiotów społecznych nawet w sytuacji, gdy są one przekonane o jej fałszywości, wedle formuły „doskonale wiedzą, co czynią, a mimo to – czynią to”. Do ideologii przyjdzie mi jeszcze wielokrotnie powrócić na kartach niniejszej pracy, w szczególności w rozdziale II, gdy będę rozważał jej rolę jako jednej z najważniejszych granic prawniczej władzy dyskrejonalnej. W tym miejscu chciałbym przybliżyć pojęcie ideologii i wskazać na jej związki z prawem. Nie będę natomiast rozwijał problematyki interpelacji ideologicznej, tj. tworzenia podmiotów przez ideologię, które to zagadnienie wyczerpująco przedstawiłem, z odniesieniem do roli prawa jako środka interpelacji ideologicznej, w dwóch artykułach¹⁴⁵, które nie są jednak bezpośrednio związane z tematyką niniejszej pracy, tj. orzekaniem.

Pojęcie ideologii wprowadził w XVIII w. francuski filozof Destutt de Tracy¹⁴⁶; rozumiał on ideologię jako „naukę o ideach”, nowe pole wiedzy empirycznej, które miało, w jego założeniu, zastąpić metafizykę¹⁴⁷. De Tracy opierał się przy tym na ścisłym, modernistycznym przeciwstawieniu sobie podmiotu (człowieka) i przedmiotu (świata), a równocześnie pominął w swojej koncepcji tak istotny element jak stosunki społeczne¹⁴⁸. Pojęcie ideologii podjął francuski dyktator Napoleon Bonaparte, który posługiwał się nim w sposób krytyczny, uznając je za synonim niepraktycznej teorii lub abstrakcyjnej iluzji¹⁴⁹. To użycie pojęcia ideologii zaważyło, być może, na jego wykorzystaniu we wczesnych pracach Marksa i Engelsa¹⁵⁰. W słynnym fragmencie *Ideologii niemieckiej* autorzy ci porównali ideologię do *camera obscura*, w której rzeczywistość społeczna jest odwrócona do góry nogami¹⁵¹. Pozostając w kręgu imaginarium modernistycznego, Marks i Engels przeciwstawiali (fałszywą) ideologię (prawdziwej) nauce; podkreślali,

¹⁴⁵ R. Mańko, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, t. 8; idem, „Reality is for Those Who Cannot Sustain the Dream”: *Fantasies of Self in Legal Texts*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2015, t. 5, z. 1.

¹⁴⁶ P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 110.

¹⁴⁷ R. Williams, *Marxism and Literature*, Oxford University Press, Oxford 1978, s. 56.

¹⁴⁸ *Ibidem*, s. 57.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 57–58.

¹⁵¹ K. Marx, F. Engels, *The German Ideology* [1845], <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/german-ideology/ch01a.htm> [dostęp: 20 III 2018 r.].

że ideologia nie ma własnej historii, lecz jej rozwój jest zdeterminowany przez materialne warunki ludzkiego życia¹⁵². Dla Marksa ideologia była przejawem fałszywej świadomości; sądził on, że ludzie poddają się istniejącym stosunkom opresji i dominacji dlatego, że nie mają wiedzy o tym, jak wyglądają rzeczywiste stosunki; wystarczy więc ukazać podmiotom fałszywość ideologii, by wyzwolić je spod jej wpływu¹⁵³.

W zasadzie poza epistemologiczne ujmowanie ideologii nie wyszedł Karl Mannheim¹⁵⁴. Istotny wkład w rozwój pojęcia ideologii wniósł natomiast francuski marksistowski strukturalista¹⁵⁵ Louis Althusser. W swym eseju zatytułowanym *Marksizm i humanizm* sproblematyzował on to pojęcie, wychodząc poza samo tylko zagadnienie fałszywej świadomości. Dla tego przedstawiciela wyrafinowanego marksizmu¹⁵⁶ ideologia była systemem przedstawień, odrębnym od nauki ze względu na wysunięcie na plan pierwszy jej praktyczno-społecznej funkcji, przed funkcję teoretyczną¹⁵⁷. Podkreślał, że ideologia, należąca do nadbudowy¹⁵⁸, nie jest patologią, lecz przeciwnie – jest strukturą niezbędną dla historycznego bytu społeczeństw¹⁵⁹. Można więc powiedzieć, że Althusser w pewien sposób zrehabilitował ideologię, przenosząc ją ze sfery patologii (fałszywa świadomość) do sfery normalności – najlepiej świadczy o tym to, że jego zdaniem nawet społeczeństwo komunistyczne potrzebowałoby ideologii, która by je podtrzymywała¹⁶⁰; tym samym podkreślił nieodzowność ideologii dla dowolnego społeczeństwa¹⁶¹. Według Althussera ideologia nie służy już tylko fałszowaniu świadomości klasy uciskanej, ale także jest niezbędna samej klasie panującej, gdyż ją konstytuuje¹⁶².

¹⁵² Por. R. Williams, *Marxism...*, s. 67.

¹⁵³ A.G. Anderson, *Ideology: From Marx to Žižek (via Althusser and... Pascal?)*, „Sublime Objects” 11 IX 2012, <http://sublimeobjects.wordpress.com/2012/09/11/ideology-from-marx-to-zizek-via-althusser-and-pascal/> [dostęp: 20 III 2018 r.].

¹⁵⁴ Por. K. Mannheim, *Ideology and Utopia. An Introduction to the Sociology of Knowledge* [1929], tłum. L. Wirth, E. Shils, Routledge & Kegan Paul, London 1979, s. 36: „Pojęcie »ideologii« stanowi refleks odkrycia, które wynikło z konfliktu politycznego, a mianowicie że interes grup rządzących może, w ich sposobie myślenia, być tak powiązany z określoną sytuacją, że wprost nie są w stanie dostrzegać pewnych faktów, które podważałyby ich poczucie dominacji. W wyrazie »ideologia« zawarte jest *implicite* twierdzenie, że w pewnych sytuacjach zbiorowa nieświadomość pewnych grup zaciemnia rzeczywiste warunki społeczne zarówno dla tej grupy, jak i dla innych grup, a tym samym warunki te stabilizuje”.

¹⁵⁵ Odnośnie do klasyfikacji myśli Althussera jako należącej do marksizmu strukturalistycznego zob. np. A. Stewart, *Althusser's Structuralism and a Theory of Class*, „Journal of Socialist Theory” 2008, t. 36, z. 3.

¹⁵⁶ Określenie za: A. Sulikowski, *Konstytucja – system – hegemonia...*, s. 252.

¹⁵⁷ L. Althusser, *Marxism and Humanism*, [w:] idem, *For Marx*, Verso, London 2005, s. 231.

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 232.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*, s. 235.

¹⁶² *Ibidem*.

Drugą innowacją wprowadzoną przez Althussera do Marksowskiego pojęcia ideologii, podjętą pod wyraźną inspiracją teorii psychoanalitycznej¹⁶³, było przesunięcie ideologii ze sfery świadomości (choćby fałszywej) do sfery nieświadomości¹⁶⁴, wpływającej na świadomość poszczególnych jednostek¹⁶⁵, ich postawy i postępowanie¹⁶⁶. Wreszcie trzecim wkładem Althussera w rozwój pojęcia ideologii była jego „aktywizacja”. O ile u Marksa ideologia była czymś biernym – przekręconym odbiciem rzeczywistości, u Althussera stała się czymś zasadniczo aktywnym¹⁶⁷, zespołem struktur narzucanych podmiotom¹⁶⁸ w sposób dla nich nieuchwytny¹⁶⁹, kształtującym społeczeństwo¹⁷⁰. Paradoksem ideologii, na który Althusser zwrócił uwagę, był fakt, że ci, którzy pragną się nią posługiwać jako narzędziem, sami zostają schwytni w jej sidła, i to pomimo iż są przekonani, że nad nią panują¹⁷¹.

Odnosząc pojęcie ideologii do rejestrów psychoanalizy Lacanowskiej – symbolicznego, wyobrażeniowego i realnego¹⁷², Althusser umiejscawiał ideologię w rejestrze wyobrażeniowym¹⁷³. W konsekwencji takiego ujęcia przyjmował, że w ideologii ludzie nie wyrażają rzeczywistych stosunków panujących pomiędzy nimi, ale swoje wyobrażenie o tych stosunkach¹⁷⁴. Jak zauważył Joe Valente, Althusser „zrekonceptualizował ideologię jako modalność pragmatyczną, a nie kognitywną, jako ostateczny *locus* wszelkiej praktyki społecznej i politycznej”¹⁷⁵. Althusserowska ideologia nie jest więc kwestią świadomości społecznej – prawdziwej czy fałszywej – lecz jest nieświadomą strukturą leżącą u podstaw wszelkich praktyk społecznych.

¹⁶³ Por. J. Valente, *Lacan's Marxism, Marxism's Lacan (from Žižek to Althusser)*, [w:] *The Cambridge Companion to Lacan*, red. J.M. Rabaté, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 160.

¹⁶⁴ L. Althusser, *Marxism...*, s. 233.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 235.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 234.

¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 233.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, s. 235.

¹⁷¹ *Ibidem*, s. 234.

¹⁷² Por. J. Valente, *Lacan's Marxism...*, s. 160. O trzech rejestrach Lacana zob. np.: R. Mańko, *Koncepcja...*, s. 43–44; C.S. Cercel, *Law out of Bounds: Legal Picnolepsy, Intellectual Austerity, and Romania's Legal Past*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning...*, s. 45, przyp. 4. Warto także sięgnąć do książki: J. Sowa, *Fantomowe ciało króla...*, gdzie Lacanowską triadę uczyniono jedną z podstawowych osi reinterpretacji historii Polski (co, oczywiście, nie wzbudziło entuzjazmu etatowych historyków).

¹⁷³ L. Althusser, *Marxism...*, s. 234.

¹⁷⁴ *Ibidem*, s. 233.

¹⁷⁵ J. Valente, *Lacan's Marxism...*, s. 161.

W eseju z 1969 r. zatytułowanym *Ideologia i państwowe aparaty ideologiczne* Althusser dokonał dalszego rozwinięcia swej teorii ideologii¹⁷⁶. Wychodząc z założeń już obecnych w *Marksizmie i humanizmie*, w szczególności że ideologia przedstawia wyobrażeniowy stosunek jednostek do stosunków produkcji¹⁷⁷, Althusser wprowadził nowe pojęcie¹⁷⁸ interpelacji ideologicznej, obrazujące sposób, w jaki ideologia zwraca się do jednostek jako do konkretnych podmiotów¹⁷⁹.

Kolejnym aspektem, podjętym przez Althussera w eseju o państwowych aparatach ideologicznych, jest samo pojęcie takich aparatów i wskazanie ich jako *locus* istnienia ideologii. Choć zdaniem Althussera każdy aparat państwowy działa zarówno represyjnie, jak i ideologicznie, należy wyróżnić aparaty represyjne i aparaty ideologiczne w zależności od tego, który element w nich przeważa¹⁸⁰. Do państwowych aparatów ideologicznych zalicza Althusser związki wyznaniowe, system szkolnictwa, rodzinę, aparat prawny, system polityczny, związki zawodowe, środki przekazu oraz aparat kulturalny¹⁸¹. Co istotne, aparat prawny ma, dla tego autora, charakter zarówno ideologiczny, jak i represyjny.

Z mojej perspektywy ujęcie ideologii zaproponowane przez Louisa Althussera stanowić może dobry punkt wyjścia do koncepcji zaproponowanej przez Slavoję Žižka, odznaczającej się oryginalnością zarówno na tle tradycji marksistowskiej, jak i niemarksistowskiej¹⁸², która stanowi, w mojej ocenie, optymalne ujęcie tego problemu z perspektywy krytycznej filozofii prawa. Kluczową innowacją teoretyczną słoweńskiego filozofa jest powiązanie pojęcia ideologii z pojęciem fantazji czy fantazmatu (*fantasy*). Wychodząc z Lacanowskiego założenia, że w ramach przeciwstawienia pomiędzy marzeniem (*dream*) a rzeczywistością (*reality*) fantazmat należy umiejscowić po stronie rzeczywistości¹⁸³, Žižek stwierdza, że „rzeczywistość jest dla tych, którzy nie mogą znieść marzenia” (*reality is for those who cannot support the dream*¹⁸⁴). W klasycznym fragmencie *Wzniosłego obiektu ideologii* wskazuje, że „ideologia nie jest iluzją podobną do snu,

¹⁷⁶ L. Althusser, *Ideology and Ideological State Apparatuses: Notes Towards an Investigation*, [w:] idem, *Lenin and Philosophy and Other Essays*, tłum. B. Brewster, Aakar Books, Delhi 2006, s. 85–126.

¹⁷⁷ *Ibidem*, s. 111.

¹⁷⁸ Por. J. Valente, *Lacan's Marxism...*, s. 169.

¹⁷⁹ L. Althusser, *Ideology...*, s. 117.

¹⁸⁰ *Ibidem*, s. 100.

¹⁸¹ *Ibidem*, s. 96. Ralph Miliband wyraził pogląd, że lista aparatów zaproponowana przez Althussera „wydaje się nieco zbyt obszerna (*superfluous*), albowiem trudno jest wyobrazić sobie cokolwiek, co zostałyby pominięte” (R. Miliband, *Marxism and Politics*, Oxford University Press, Oxford 1986, s. 54).

¹⁸² R. Pfaller, *Interpassivity and Misdemeanors: The Analysis of Ideology and the Žizekian Toolbox*, „International Journal of Žizek Studies” 2007, nr 1, s. 36.

¹⁸³ S. Žižek, *The Sublime Object of Ideology*, Verso, London 2008, s. 44.

¹⁸⁴ *Ibidem*, s. 45.

którą tworzymy, aby uciec z rzeczywistości nie do wytrzymania. W swoim podstawowym wymiarze jest ona konstrukcją fantazmatyczną, która służy za podporę naszej »rzeczywistości«. Jest »iluzją«, która strukturyzuje nasze faktyczne, rzeczywiste relacje społeczne i w ten sposób maskuje trudne do zaakceptowania przez nas rzeczywiste, niemożliwe jądro (...). Funkcja ideologii nie polega na tym, że daje nam ona możliwość ucieczki z rzeczywistości, ale na tym, że oferuje nam samą rzeczywistość społeczną jako ucieczkę z pewnego traumatycznego, rzeczywistego jądra¹⁸⁵. Mówiąc inaczej, fantazja jest „mechanizmem obronnym *ego*, scenariuszem, według którego organizuje i interpretuje ono rzeczywistość na własny, sprawiający przyjemność sposób”¹⁸⁶. W istocie, „rzeczywistość, by była znośna, jest (...) zawsze filtrowana i deformowana przez mechanizm fantazji”¹⁸⁷. Ideologia daje więc podmiotowi „złudne wrażenie, że (...) przejął on kontrolę nad samym sobą i jest (...) przez to w stanie w pełni świadomie kierować swoimi wyborami”¹⁸⁸. W wymiarze politycznym ideologia służy utrzymaniu *status quo* – „maskuje rzeczywistość (...) tworząc fantazmat, który pozwala, by system nadal funkcjonował”¹⁸⁹, a to poprzez „uciszenie antagonizmu społecznego”¹⁹⁰. Ideologiczny fantazmat pełni, zdaniem Žižka, funkcję „ramy” (*frame*), którą nakładamy na surowe fakty rzeczywistości w celu jej zrozumienia (interpretacji)¹⁹¹.

Odnosząc teorię ideologii do rejestrów psychoanalitycznych Jacques’a Lacana (symbolicznego, wyobraźniowego i realnego), Žižek wywodzi, że interpelacja odbywa się łącznie w rejestrze wyobraźniowym (*the Imaginary*) i symbolicznym (*the Symbolic*), z przewagą tego ostatniego. Przypomnijmy, że dla Lacana rejestr wyobraźniowy to tyle co „porządek tego, co jawi się na powierzchni, złudnych, dających się obserwować zjawisk, które skrywają znajdującą się pod nimi strukturę”¹⁹²; rejestr ten „powiązany jest z naszym obrazem siebie (*our self-image*), obrazem tego, kim i czym jesteśmy”¹⁹³. Ja idealne (*ideal ego*) w porządku wyobraźniowym to identyfikacja podmiotu z pożądanym wyobrażeniem

¹⁸⁵ *Ibidem* – przekład polski (nieco zmieniony) za: S. Žižek, *Wzniosły obiekt ideologii*, tłum. J. Bator, P. Dybel, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001, s. 62.

¹⁸⁶ M. Burzyk, *Psychoanaliza a polityka: stawka podmiotu*, „Diametros” 2013, t. 35, s. 11–12.

¹⁸⁷ *Ibidem*, s. 12, przyp. 48.

¹⁸⁸ *Ibidem*, s. 12.

¹⁸⁹ D. Marrani, *Althusser in 'Avatar'*, [w:] *Althusser and Law*, red. L. de Sutter, Routledge, Abingdon 2013, s. 105.

¹⁹⁰ G.I. Garcia, C.G. Aguilar Sanchez, *Psychoanalysis and Politics: The Theory of Ideology in Slavoj Žižek*, „International Journal of Žižek Studies” 2008, nr 3, s. 9.

¹⁹¹ S. Žižek, *The Sublime Object...*, s. 138; podobnie H. Collins, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 39.

¹⁹² D. Evans, *An Introductory Dictionary of Lacanian Psychoanalysis*, Routledge, London–New York 1996, s. 82.

¹⁹³ B. Fink, *A Clinical Introduction to Lacanian Psychoanalysis: Theory and Technique*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, s. 24.

siebie¹⁹⁴, natomiast ideał Ja (*ego-ideal*) w porządku symbolicznym to identyfikacja podmiotu z punktem widzenia, z którego obserwuje on siebie samego¹⁹⁵, czy też – by użyć sformułowania Mateusza Burzyka – „instancja, której spojrzeniu staram się zaimponować”¹⁹⁶. Odnosząc to rozróżnienie do konkretnej sytuacji społecznej, można za Henrym Kripsem podać przykład żołnierza, od którego oczekuje się identyfikacji z naczelnym wodzem jako ideałem Ja, a zatem przyjęcia jego punktu widzenia na siebie samego, ale nie naśladowania tegoż wodza jako konkretnego wzorca osobowości¹⁹⁷. Naczelnny wódz jest dla żołnierza ideałem Ja w tym sensie, że żołnierz chce patrzeć na siebie samego oczami naczelnego wodza i wypaść w tych oczach dobrze. Natomiast Ja idealnym, z którym żołnierz zidentyfikuje się w porządku wyobraźniowym, będzie wizerunek bohatera żołnierza.

Obie te formy identyfikacji – wyobraźniowa i symboliczna – są ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się uzupełniają, albowiem, jak wskazuje Žižek, identyfikacja wyobraźniowa (z Ja idealnym) zawsze odbywa się pod okiem Wielkiego Innego, a zatem Ja idealne jest zawsze konstruowane z punktu widzenia określonego ideału Ja¹⁹⁸, przy czym zdaniem Žižka rejestr symboliczny (ideał Ja) dominuje nad rejestrem wyobraźniowym (nad Ja idealnym)¹⁹⁹. Splot identyfikacji symbolicznej i wyobraźniowej skutkuje *retroversion* (retrowersją), tj. złudzeniem, że podmiot ma charakter autonomiczny, co maskuje jego fundamentalną zależność od Wielkiego Innego, będącego jego rzeczywistością – choć zdecentrowaną – przyczyną²⁰⁰. Skutkiem działania ideologii jest zatem symboliczna identyfikacja podmiotu z określonym elementem znaczącym (*signifying feature*) w Wielkim Innym, tj. w porządku symbolicznym²⁰¹.

Žižek stanowczo podkreśla o b i e k t y w n y raczej niż subiektywny charakter ideologii, odcinając się definitywnie od wczesnego Marksowskiego jej rozumienia jako „fałszywej świadomości”, według klasycznej formuły „robią to, ale o tym nie wiedzą”²⁰² (*they do not know it, but they are doing it*)²⁰³. W jej miejsce słoweński teoretyk proponuje formułę rozumu cynicznego Petera Sloterdijka – „bardzo dobrze wiedzą, co robią, a mimo to nadal to robią”²⁰⁴ (*they know very*

¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 116.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ M. Burzyk, *Psychoanaliza...*, s. 8.

¹⁹⁷ H. Krips, *Interpellation, Populism, and Perversion: Althusser, Laclau and Lacan*, „Filozofski Vestnik” 2006, t. 27, z. 2, s. 88.

¹⁹⁸ S. Žižek, *The Sublime Object...*, s. 117.

¹⁹⁹ *Ibidem*, s. 123.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 116.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Przekład polski za: S. Žižek, *Wzniosły obiekt...*, s. 42.

²⁰³ S. Žižek, *The Sublime Object...*, s. 24.

²⁰⁴ Przekład polski za: S. Žižek, *Wzniosły obiekt...*, s. 44.

well what they are doing, but still, they are doing it)²⁰⁵. Swoją tezę opiera on na obserwacji, że we współczesnych społeczeństwach określony element demonstrowanego dystansu wobec hegemonicznej ideologii jest częścią samej ideologicznej gry²⁰⁶. Co istotne, dystans ten nie tylko nie osłabia hegemonii panującej ideologii, ale wręcz ją umacnia, albowiem przyczynia się do zamaskowania roli, jaką fantazmat ideologiczny odgrywa w strukturyzowaniu społecznej rzeczywistości²⁰⁷. Obiektywność ideologii w ujęciu Žižka wynika także z faktu, że jej *locus* stanowi nie świadomość poszczególnych jednostek, ale praktyki społeczne, w których ideologia się materializuje²⁰⁸.

Pojęcie ideologii w ujęciu Slavoja Žižka stanowi niewątpliwie istotny, filozoficzny punkt wyjścia do rozważań nad rolą ideologii w orzekaniu. Wskazane wydaje się wszakże skonfrontowanie rozumienia tego pojęcia u słoweńskiego filozofa krytycznego z rozumieniem go przez Duncana Kennedy'ego, czołowego przedstawiciela amerykańskiej szkoły prawoznawstwa krytycznego. Za takim krokiem przemawia choćby fakt, że to właśnie słynna praca Kennedy'ego *A Critique of Adjudication* stanowi jedno z głównych dzieł poświęconych relacjom pomiędzy ideologią a orzekaniem, ujętych z perspektywy krytycznej filozofii prawa. Co prawda, niewątpliwie podejście Kennedy'ego – o czym będzie jeszcze nieraz mowa – ma swoje inherentne ograniczenia, spośród których najistotniejsze jest świadome konstruowanie przez tego autora modelu teoretycznego w oparciu o praktykę amerykańskich sądów federalnych – sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego²⁰⁹, jednakże ze względu na miejsce dorobku Kennedy'ego w prawoznawstwie krytycznym jego koncepcje nie mogą zostać pominięte w niniejszej pracy. Jest tak również dlatego, że w brytyjskim nurcie prawoznawstwa krytycznego, którego głównymi przedstawicielami są Douzinas, Warrington i Gearey²¹⁰, problemowi ideologii nie poświęcono takiej uwagi jak w pracach Kennedy'ego, zasadniczo poprzestając na przyjęciu koncepcji interpelacji ideologicznej Althussera²¹¹. Z kolei Hugh Collins, który we wczesnej fazie swojej twórczości naukowej uprawiał prawoznawstwo krytyczne (choć nie należał do szkoły *critical legal studies*), poświęcił problemowi ideologii sporą część swojej rozprawy *Law and*

²⁰⁵ S. Žižek, *The Sublime Object...*, s. 30.

²⁰⁶ *Ibidem*, s. 24.

²⁰⁷ *Ibidem*, s. 30.

²⁰⁸ *Ibidem*, s. 31, 33.

²⁰⁹ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 1, 5, 28; idem, *Introduction*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008, s. 1; idem, *Freedom and Constraint*, [w:] idem, *Legal Reasoning...*, s. 12.

²¹⁰ C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence...*; C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*

²¹¹ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 219–222. Douzinas odniósł się także – niezwykle krytycznie – do rozważań H. Collinsa o ideologii. Zob. C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern jurisprudence...*, s. 120–123.

Marxism, jednakże nie wyszedł poza ramy tradycyjnego ujmowania tego pojęcia wyłącznie w sferze epistemologicznej.

Pojęcie ideologii rozumie Kennedy jako „projekt uniwersalizacyjny inteligencji ideologicznej, która stara się postrzegać siebie samą jako działającą »na rzecz« grupy, której interesy znajdują się w konflikcie z interesami innych grup”²¹². Definicja ta zawiera dwa kolejne pojęcia właściwe dla siatki teoretycznej Kennedy’ego, a mianowicie: projekt uniwersalizacyjny (*universalization project*) oraz inteligencja ideologiczna (*ideological intelligentsia*). Pojęcie projektu Kennedy definiuje jako „ciągłą, zorientowaną na cel działalność praktyczną opartą na określonego rodzaju analizie (wyposażoną w tradycję tekstualną i ustną), przy czym cele i analiza niekoniecznie są wewnątrznie spójne lub zgodne w dłuższym czasie”²¹³. Pojęcie uniwersalizacji (*universalization*) denotuje, dla Kennedy’ego, „dyskurs normatywny takiego rodzaju, jaki Habermas nazywa »rozumem praktycznym«, co (...) dobrze opisuje argumentację prawniczą”²¹⁴. Wydaje się, że nawiązanie do Habermasa należy rozumieć w ten sposób, iż uniwersalizacja zakłada roszczenie do intersubiektywnej słuszności²¹⁵, jak też element zaangażowania w zmianę rzeczywistości²¹⁶, wobec czego pojęcie projektu uniwersalizacyjnego należy rozumieć jako ciągłą, celową i zaangażowaną działalność opartą na analizie, mającą roszczenia do intersubiektywnej (tj. uniwersalnej) słuszności. Z kolei drugie pojęcie, do którego odsyła definicja ideologii Kennedy’ego, to pojęcie inteligencji ideologicznej (*ideological intelligentsia*), które rozumie on, w sposób socjologiczny, jako „osoby, które zawiadują daną ideologią (*who operate the ideology*), które ją rozwijają, stosują i, w miarę upływu czasu, modyfikują, nieraz w sposób zasadniczy”²¹⁷. W późniejszej pracy Kennedy podał następującą definicję ideologii: „jest to »projekt uniwersalizacyjny« (Habermas), oznaczający głoszenie (*assertion*) kontrowersyjnego rozumienia sprawiedliwości, co do którego niektórzy twierdzą, że jest jedynie racjonalizacją interesów grupowych (*partisan interests*), ale który jest broniony przez jego adeptów jako służący interesom ogółu – j a k r ó w n i e ż i n t e r e s o m, co do których jego oponenti twierdzą, że są

²¹² D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 39.

²¹³ *Ibidem*, s. 6.

²¹⁴ *Ibidem*, s. 382, przyp. 1.

²¹⁵ Por. P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 282.

²¹⁶ Por. W. Torzewski, *Hermeneutyka a kwestia rozumu*, „Filo-Sofija” 2010, nr 11, s. 34–35.

Nie należy, oczywiście, utożsamiać zaangażowania, o którym tu mowa, z bezpośrednim uczestnictwem w bieżącym życiu politycznym i czynić z prawoznawstwa „instrumentu walki politycznej, co z punktu widzenia istoty i etosu nauki nie wydaje się ani właściwe, ani pożądane” (J. Zajadło, *Prawoznawstwo – polityczność nauki czy nauka polityczności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 45). Zob. także J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 3, s. 29. Kluczem do odróżnienia obu form zaangażowania nauki krytycznej jest właśnie Mouffe’owskie przeciwstawienie sobie polityczności (*the political*) i polityki (*politics*). Zob. szerzej rozdział III, pkt 1.

²¹⁷ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 41.

jedynie grupowe (*partial*) (Mannheim)²¹⁸. W tej drugiej definicji – pochodzącej z roku 2004²¹⁹, a zatem późniejszej – Kennedy wprowadza pojęcie sprawiedliwości, które nie było obecne w poprzedniej, a nadto twierdzi, że propagatorzy ideologii utrzymują, iż służą interesom ogółu. Pominięto natomiast element inteligencji ideologicznych. Nie mogą jednak zgodzić się z elementem nowo wprowadzonym w 2004 r., tj. tezą, jakoby propagatorzy ideologii twierdzili, że służą ogółowi; wiele znanych ideologii otwarcie utrzymywało i utrzymuje, że służy tylko swoim „destynatariuszom”, jak choćby: socjalizm i komunizm (ideologie klasy robotniczej), nacjonalizm (ideologia danego narodu), rasizm (ideologia danej rasy) itp. Oczywiście, są też ideologie, które twierdzą, że służą wszystkim (np. liberalizm, choć w istocie służy jedynie burżuazji), ale nie można tego uogólniać.

Ontologia społeczna ideologii w ujęciu Kennedy’ego zakłada więc występowanie dwóch podmiotów: (1) inteligencji ideologicznej, czyli operatorów ideologii, (2) grupy destynatariuszy, tj. osób, których interesy dana ideologia ma reprezentować (np. klasa robotnicza, Afroamerykanie, kobiety itp.). Kennedy sam podkreśla, że „ideologia jest niezależna od interesów, z którymi jest ona »powiązana« (*associated*), chociaż nie aż tak niezależna, by być od nich całkiem odrębna. Zależność i niezależność operują zarówno na poziomie idealnym, jak i na poziomie społecznym. Na poziomie idealnym korpus idei, tradycja tekstualna, gdy zostanie już ustanowiona, »żyje własnym życiem«, w tym znaczeniu, że ludzie, którzy się nią posługują, doświadczają jej [tj. tradycji – R.M.] jako zdolnej do przeciwstawienia się interesom [grupy – R.M.], a nawet ich przekształcenia”²²⁰. Odrębność inteligencji ideologicznej od grupy destynatariuszy danej ideologii oznacza, że inteligencja ta ma własne, odrębne interesy, które mogą niekiedy nawet znaleźć się w konflikcie z interesami grupy destynatariuszy²²¹.

Cechą dystynktywną ideologii jest dla Kennedy’ego jej głęboka sporność (*deeply contested character*), oznaczająca, że postulowany przez daną ideologię stan rzeczy jest przedmiotem sporów zarówno *in concreto*, w odniesieniu do konkretnych sytuacji (w tym sporów sądowych), jak i na płaszczyźnie bardziej

²¹⁸ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, [w:] idem, *Legal Reasoning...*, s. 162. W przypisach do tego fragmentu Kennedy powołuje następujące prace Habermasa i Mannheima: J. Habermas, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*, Boston 1984, s. 16–19; K. Mannheim, *Ideology and Utopia...*

²¹⁹ Cytowany esej *A Left/Phenomenological...* ukazał się, jak podaje sam Kennedy, w 2005 r. w wydanej w Meksyku monografii zbiorowej *Problemas contemporaneas de la filosofía del derecho*, UNAM, Mexico City 2005, a wcześniej jeszcze został opublikowany w przekładzie na język holenderski w 2004 r. jako: D. Kennedy, *Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingsstheorie van Hart en Kelsen*, „Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie” 2004, nr 3. Por. D. Kennedy, *Introduction*, s. 9.

²²⁰ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 41.

²²¹ *Ibidem*, s. 41–42.

ogólnej²²². Co więcej, sporność ta na poziomie dyskursywnym ma charakter nieustającego konfliktu (*interminable conflict*)²²³. Etapami tego nieustającego konfliktu są poszczególne starcia, mające miejsce w obrębie organów regulacyjnych, władzy ustawodawczej oraz sądów apelacyjnych, w których przedmiotem walki jest zdefiniowanie norm prawnych (*rule definition*), a wynik, o który toczy się walka, Kennedy określa mianem „stawki” (*stake*)²²⁴. Ideologie pozostają ze sobą w konflikcie, a nie, jak w ujęciach konsensualistycznych (np. Jürgena Habermasa), w sokratycznym dialogu; stawkami są kolejne zwycięstwa, a nie przekonanie oponenta do własnych racji²²⁵. Mówiąc metaforycznie, inteligencje ideologiczne są jak sztaby wrogich sobie armii, które prowadzą długą, pozycyjną wojnę, w ramach której to jedna, to druga armia wygrywa albo ponosi porażkę. Końca wojny jednak nie widać.

Konfrontując koncepcję ideologii Duncana Kennedy’ego z zaprezentowaną wyżej koncepcją ideologii Slavoj’a Žižka, należy stwierdzić, że są one ze sobą kompatybilne, choć niewątpliwie jakościowo odrębne. O ile ujęcie Žižka koncentruje się na elementach podmiotowych (zarówno dotyczących świadomości, jak i działania) oraz odsyła do relacji z wielkim Innym jako metaforyczną personifikacją porządku symbolicznego, o tyle do problemu ideologii Kennedy podchodzi w sposób na wskroś socjologiczny, pomijając jednostki, a koncentrując się na grupach – grupie operatorów ideologii (inteligencji ideologicznej) oraz grupie destynatariuszy, a także wyakcentowuje element permanentnego konfliktu ideologicznego, na którego szlaku znajdują się kolejne zwycięstwa i przegrane poszczególnych opcji ideologicznych.

Wydaje się, że dla potrzeb skonstruowania krytycznej filozofii orzekania oba te ujęcia mogą okazać się pomocne pomimo ich pozornej rozłączności. Krytyczna filozofia orzekania ma bowiem w zamierzeniu łączyć zarówno element podmiotowy orzekania (ontologiczny i epistemologiczny status sędziego), jak i jego szersze usytuowanie w ramach porządku społecznego (polityczne i ideologiczne uwarunkowania orzekania). Z tych względów celowe wydaje się zsyntetyzowanie obu tych ujęć. Tym, co szczególnie istotne w ujęciu Žižkowskim, a co u Kennedy’ego wprawdzie się pojawia, ale jednak na marginesie²²⁶, jest fakt sterowania podmiotu przez ideologię w sytuacji nieświadomego realizowania projektu ideologicznego przez podmiot działający w dobrej wierze i w głębokim przekonaniu o swej ideologicznej neutralności. Sędzia, odwołując się do zdrowego rozsądku czy też do standardów ujętych w klauzulach generalnych (zasady współżycia, dobre obyczaje, państwo prawne), może *bona fide* zakładać, że działa poza ideo-

²²² *Ibidem*, s. 42–43.

²²³ *Ibidem*, s. 43.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*, s. 43–44.

²²⁶ *Ibidem*, s. 14.

logią, chociaż właśnie wtedy jego działanie jest *par excellence* ideologiczne²²⁷. Ten moment wydaje się umykać analizie Kennedy’ego, który – zapatrzony w model amerykański – buduje swoją teorię wokół figury sędziego-aktywisty, działającego celowo i metodycznie na rzecz realizacji określonego projektu ideologicznego²²⁸. Takie pojmowanie roli sędziego, w tym także na płaszczyźnie samoświadomości sędziowskiej, jest jednak właściwe przede wszystkim kulturze prawnej Stanów Zjednoczonych²²⁹, a co za tym idzie, nie nadaje się do skonstruowania teorii o zasięgu uniwersalnym. Nie oznacza to wszakże, że koncepcje Kennedy’ego są całkowicie bezużyteczne poza kontekstem amerykańskim, na gruncie którego wyrosły. Wręcz przeciwnie, rozumienie ideologii jako uniwersalizacyjnego projektu, położenie nacisku na sporność ideologii, wreszcie wpisanie poszczególnych sporów sądowych jako „stawek”, o które toczy się permanentna ideologiczna wojna pozycyjna, jest niewątpliwie wartościowym wkładem nestora amerykańskiej jurysprudencji krytycznej w ogólną teorię ideologii, która stanowić będzie punkt wyjścia dla prowadzonych w niniejszej pracy rozważań.

Posługując się siatką pojęciową Slavoja Žižka w odniesieniu do ideologii prawnej, możemy stwierdzić, że teksty prawne – kodeksy, ustawy, wyroki, pisma doktryny – stanowią wyraz porządku symbolicznego, tj. wielkiego Innego. Przekazują one bowiem określoną wizję społeczeństwa, będącą ideologicznym fantazmatem, która to wizja tworzy i podtrzymuje naszą rzeczywistość społeczną. Takie koncepcje, jak suwerenność narodu, równość wobec prawa, autonomia woli czy odpowiedzialność na zasadzie winy, stanowią w istocie ideologiczne fantazmaty z perspektywy psychoanalizy. Mają one charakter fikcji – wszak ogół obywateli nie może stanowić „zbiorowego suwerena”, bo może nim być tylko jednostka; ludzie nie są w rzeczywistości równi wobec prawa (np. bogatsi są „równiejsi”); pomioty prawa cywilnego, co oczywiste, nie są w pełni wolne i autonomiczne²³⁰, a pojęcie winy w prawie karnym jest tylko pewnym konstruktem, dalekim od psychologicznej rzeczywistości²³¹. Mimo to, chociaż wszyscy zdajemy sobie sprawę, że te fundamentalne założenia ideologii prawnej są fikcjami, upieramy się przy nich, traktując je jako fundament praworządności. Listę takich pojęć można by zresztą mnożyć, dołączając do niej powtarzaną *ad nauseam* (tak-

²²⁷ Por. L. Althusser, *Ideology...*

²²⁸ D. Kennedy, *Freedom...*, s. 12–18; idem, *A Critique of Adjudication...*, s. 183, gdzie jako sędziego-aktywistę definiuje się sędziego, który „ma »pozasądowy« motyw, mianowicie osiągnięcie sprawiedliwego rezultatu (*just outcome*), dla preferowania jednego rezultatu zamiast innego w szerokim spektrum spraw i pracuje, aby uczynić ten rezultat prawem”.

²²⁹ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 29–30.

²³⁰ Por. J. Kaczor, *Odczarowywanie swobody umów (o przewrotnym uroku postmodernizmu)*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Kolonia Limited, Wrocław 2007.

²³¹ Przykładem takiej konstrukcji, niemającej pokrycia w wiedzy psychologicznej, jest *dolus eventualis* w prawie karnym.

że przez polski Sąd Najwyższy) tezę, że sędziowie prawo „stosują”, ale go nie „tworzą” (choć prawo nie jest młotkiem czy śrubokrętem, wobec czego każde jego „zastosowanie” jest *nolens volens* aktem twórczym)²³², fikcją powszechnej znajomości prawa (która nabrała, w naszych czasach ustawodawczej hiperinflacji, charakteru nie tyle fikcji, co wręcz absurdu), fikcją rzekomo „racjonalnego” prawodawcy, choć wiadomo powszechnie, że autorzy ustaw czy dyrektyw dalecy są od idealizacyjnych założeń składających się na tę ideologiczną figurę²³³. Tych kilka przykładów dobitnie pokazuje, jak bardzo trafne są słowa Costasa Douzinas o głęboko ideologicznym charakterze prawa.

Nawiązując do koncepcji Žižka, można stwierdzić, że fantazmaty składające się na ideologię jurystyki nie są „ucieczką od naszej rzeczywistości”, ale w istocie „oferują nam rzeczywistość społeczną *jak o t a k*”. Jest tak dlatego, że społeczne praktyki kultury prawnej – to, co prawnicy robią jako prawnicy, czyli społeczna treść jurystyki – dokonywane są *t a k*, *jak b y* fantazmaty ideologii jurystycznej były prawdziwe. Sąd karny skazuje zatem, przyjmując kontrfaktyczną konstrukcję „winy”; sąd cywilny zakłada, że podmiot prawa cywilnego był „autonomiczny”; każdy sąd przyjmuje zasadę *ignorantia iuris nocet*, choć nawet najlepiej wykształcony sędzia nie zna wszystkich przepisów prawa, i tak dalej. To, co istotne z punktu widzenia teorii ideologii Žižka, to fakt, że podmioty praktyk społecznych zachowują się *t a k*, *jak b y* ideologia była prawdziwa; to właśnie w ten sposób ideologia w istocie *kształtuje rzeczywistość społeczną*, całkiem niezależnie od tego, że obiektywnie rzecz ujmując, jest ona „fałszywa”. Ta „fałszywość” ideologii nie ma bowiem nic do rzeczy, nie wpływa ujemnie na jej skuteczność. Prawnicze dogmaty o autonomii woli, winie czy znajomości przepisów – noszące wszelkie znamiona *fictiones iuris* – mogą być dalekie od rzeczywistości na płaszczyźnie epistemicznej, ale są istotne na płaszczyźnie pragmatycznej, efektywnie strukturyzując postępowanie aktorów społecznych. Na tym właśnie zasadza się kluczowa rola ideologii jako jednego z fundamentów ontologii społecznej. Ideologia prawnicza kształtuje zatem rzeczywistość społeczną – w pierwszej kolejności subświat prawniczy, ale w dalszej, ze względu na jego pozycję i władzę, także inne subświaty, wobec których subświat prawniczy dysponuje odpowiednimi środkami perswazji, do uwięzienia (albo nawet kary śmierci) włącznie.

²³² Por. D. Kennedy, *Freedom...*, s. 82: „norma (*rule*) nie jest przedmiotem materialnym, a decydowanie o tym, jak ją zastosować, związane jest z procesem społecznym, co zaś za tym idzie, w pewnym sensie, procesem subiektywnym”.

²³³ Jak zauważa Adam Sulikowski, założenia o racjonalnym ustawodawcy polegają na przypisywaniu mu „nadludzkich (hiperhumanistycznych) kompetencji, mają charakter idealizacyjny i nie podlegają empirycznej weryfikacji” (A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 70–71). Zob. także P. Chmielnicki, *Podstawowe strategie działania w celu zaspokojenia potrzeb, [w:] Pochodzenie...*, s. 104.

Zakładając, że ideologia – a więc porządek symboliczny – to w istocie zestaw fantazmatów, należy postawić pytanie o to, co te fantazmaty maskują (zakrywają). Celem krytyki ideologii prawnej musi być ujawnienie Realnego – „niemożliwe jądra” (*impossible kernel*), skrytego za parawanem fantazmatu. Ujawnienie Realnego ukrytego za ideologią stanowi, jak się wydaje, pierwszy krok krytyki ideologii prawnej. Drugim krokiem jest poszukiwanie symptomów w ramach ideologii prawnej jako takiej, a zatem analiza tejże ideologii i składających się na nią fantazmatów w poszukiwaniu pęknięć, niespójności i innych punktów załamania się narracji ideologicznej. Oba cele pozostają zresztą ze sobą ściśle sprzężone, albowiem w punktach ideologicznego pęknięcia przeziiera Realne.

Należy jednak mieć na względzie, że jak wielokrotnie powtarzał Žižek, „w naszej rzekomo »postideologicznej« epoce ideologia funkcjonuje coraz bardziej na sposób fetyszystyczny, a nie w tradycyjny sposób symptomalny”²³⁴. Žižek wyjaśnia, że w sposobie symptomalnym „ideologiczne kłamstwo, które strukturyzuje nasze postrzeganie rzeczywistości, zagrożone jest symptomami jako »powrotem wypartego« – pęknięciami materii ideologicznego kłamstwa”²³⁵. Jest tak dlatego, że w symptomalnym sposobie funkcjonowania ideologii, który Žižek określa jako „tradycyjny” i który jest typowy dla „ideologicznej epoki” moderny, podmioty społeczne wciąż traktowały ideologie na poważnie, a wystawienie na symptomy, to jest „pęknięcia” ideologii, „wyjątki, które naruszają powierzchnię fałszywych wrażeń”²³⁶, mogły, w tamtej epoce, podważyć skuteczność ideologii²³⁷.

Współcześnie natomiast ideologia funkcjonuje w modelu fetyszystycznym, co pozostaje w ścisłym związku z cynicznym podejściem do ideologii, w ramach którego podmioty są całkowicie świadome tego, że ich świadomość (ideologiczna) jest fałszywa. Obstawanie zatem przy koncepcji ideologii wyłącznie w jej wymiarze epistemicznym, rozumianym jako fałszywa świadomość, tak jak rozumieli ją Marks, a później Mannheim, pozbawione jest współcześnie sensu²³⁸. Fałszywość ideologii jest bowiem notoryjna, także wśród samych jej zwolenników. Stąd koncepcja fetyszystycznego ujęcia ideologii, w ramach której podmioty uznają jej fałszywość, a mimo to podtrzymują praktyki społeczne z tej ideologii wynikające – ideologia staje się w tym ujęciu właśnie fetyszem, „ucieleśniającym kłamstwo, które pozwala nam udźwignąć nieznośną prawdę”²³⁹, jak pisze Žižek.

²³⁴ S. Žižek, *First as Tragedy, Then as Farce*, Verso, London 2009, s. 65.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Por. J. Sowa, *Fantomowe ciało króla...*, s. 259 i n.

²³⁸ Por. cenne uwagi Jerzego Zajadły o (ukrytym) pojęciu ideologii w socjologii krytycznej Pierre’a Bourdieu – J. Zajadło, *Postawy sędziów...*, s. 115–116. Zob. także H. Dębska, *Law’s Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2015, t. 5, z. 1.

²³⁹ S. Žižek, *First as Tragedy...*, s. 65.

O ile w przypadku symptomu reakcją podmiotu jest wyparcie, w przypadku fetysza jest odwrotnie – podmiot fetyszystyczny jest na wskroś realistyczny; tylko akceptując (ideologiczny) fałsz w pełni świadomie, jest w stanie zmierzyć się z nieznośną skądinąd rzeczywistością²⁴⁰. Odnosząc to do ideologii prawnej, możemy powiedzieć, że sędzia, w pełni świadom tego, że skazywany przez niego przestępca jest tak naprawdę zdeterminowany przez warunki opresji klasowej, które go ukształtowały, a następnie pchnęły do zbrodni, będąc w pełni świadomym fałszywości koncepcji odpowiedzialności na zasadzie winy, fetyszyzuje jeszcze bardziej tę koncepcję, bo tylko to pozwala mu znieść ciężar orzekania. Podobnie sędzia cywilny, który wie, że autonomia podmiotu i swoboda umów to *fictiones iuris*, tym bardziej trzyma się tych fikcji, bo tylko w ten sposób może znieść fakt, że orzekając, umacnia struktury ekonomicznej dominacji właściwe neoliberalnemu kapitalizmowi. Odejście od ideologii traktowanej jako fetysz jest, co oczywiste, znacznie trudniejsze niż odejście od ideologii traktowanej jako symptom. Nie wystarczy uświadomienie sobie jej fałszywości; wręcz przeciwnie, im bardziej podmiot jest świadom fałszywości ideologii, tym mocniej w nią „wierzy”, pozwalając jej strukturyzować swoje działanie.

Zdaniem Costasa Douzinas: „Prawo jest przede wszystkim praktyką ideologiczną, sposobem rozumienia świata, a twierdzenie o jego aksjologicznej neutralności jest najbardziej bodaj wpływowym ideologicznym kuglarstwem naszej epoki”²⁴¹. Co zaś dotyczy interakcji pomiędzy prawem a ideologią oraz politycznością, Andrew Halpin wskazuje, że w literaturze wyrażane były cztery odmienne stanowiska: (1) twierdzenie, że ideologia jest nieistotna z punktu widzenia prawa; (2), że polityczność jest nieistotna z punktu widzenia prawa; (3), że ideologia jest istotna z punktu widzenia prawa; (4), że polityczność jest istotna z punktu widzenia prawa, ale ideologia jest nieistotna²⁴². Pierwsze stanowisko, zdaniem Halpina, zajmuje Brian Z. Tamanaha; drugie – pozytywiści,

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ C. Douzinas, *Krótką historią...*, s. 6 [podkr. R.M.]. Por. M. Škop, *Pluralism of Values...* (gdzie zwraca się uwagę na heteronomiczny charakter aksjologii prawa). Odmienne A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 1987, Prawo CCLX, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997, s. 95, który akceptując aksjologiczny charakter prawa, kładł nacisk na ich autonomię („prawo jest strukturą prawną i jej cełami i wartościami autonomicznymi” [podkr. R.M.]). Podobnie w analitycznej teorii prawa, gdzie akceptując znaczenie wartości w wykładni, podkreśla się jednak, iż „nie mają [one] charakteru poza- czy ponadpozytywnego, a jeżeli nawet taki status pierwotnie mają, to ich rola w tworzeniu i stosowaniu prawa jest zdeterminowana uprzednim spełnieniem kryterium »przynależenia do wartości prawodawcy«” (M. Kordela, *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. 90, s. 157). Por. R. Piszko, *Granice decyzji sądowych*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, Szczecin 2015, s. 280, który postuluje, by decyzja sądowa uwzględniała te wartości, które wyrażono w tekście prawnym.

²⁴² A. Halpin, *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” 2006, t. 11, z. 2, s. 156–159.

tacy jak Joseph Raz czy Herbert L.A. Hart, a także jusnaturaliści²⁴³; trzecie, według którego ideologia jest relewantna dla prawa, to stanowiska krytyków prawa, w szczególności Kennedy’ego; wreszcie stanowisko czwarte właściwe jest tzw. integralnej filozofii prawa Ronalda Dworkina²⁴⁴. Niniejsza praca przyjmuje, co oczywiste, stanowisko trzecie, zgodnie z którym ideologia jest istotna dla prawa – ideologiczność praktyk społecznych jest bowiem, jak to już zostało wskazane, jedną z istotnych presupozycji ontologicznych krytycznej filozofii prawa. Nie można sobie wyobrazić krytyki prawa bez uznania roli ideologii, która – jako pojęcie – jest kluczowa dla zrozumienia interakcji pomiędzy prawem a politycznością. Modele ujmujące problematykę polityczności w prawie z pominięciem pojęcia ideologii, tak jak ma to miejsce – zgodnie ze stanowiskiem Halpina – w tzw. integralnej filozofii prawa Ronalda Dworkina, same stanowią w istocie określony projekt ideologiczny, który mniej lub bardziej celowo zmierza do zamaskowania rzeczywistych mechanizmów funkcjonowania fenomenu juretyczności. Co charakterystyczne, ujęcia, takie jak Dworkina czy Habermasa, dopuszczające polityczność, ale negujące ideologiczność prawa, oparte są na określonych fikcjach, których wspólnym fundamentem jest, jak się wydaje, teza o harmonijnym społeczeństwie, w którym po wysłuchaniu wszystkich racji w racjonalnej debacie (Habermas) czy też po zważeniu wszystkich reguł, zasad i polityk (Dworkin) możliwe jest znalezienie rozwiązania satysfakcjonującego wszystkich. Tymczasem, jak trafnie zauważa Damjan Kukovec, takiego rozwiązania nie ma i być nie może – każde rozstrzygnięcie prawne (czy to ustawodawcze, czy to orzecznicze) zawsze będzie stanowić krzywdę (*injury*) dla jednych i korzyść dla drugich, rozstrzyga bowiem o hierarchii, która zawsze jest pionowa, a nie „multicentryczna” czy pozioma.

Abstrahując od problematyki ideologii prawnej (ideologii juretyczności), wydaje się, że można wskazać cztery możliwe konfiguracje relacji pomiędzy ideologią a prawem. Po pierwsze, ideologia może determinować treść norm prawnych²⁴⁵, czego doświadczamy codziennie czy to przy okazji likwidacji ochrony pracowniczej (w imię ideologii neoliberalnej), czy w przypadku przyjmowania określonych rozwiązań dyktowanych ideologią konserwatywną bądź nacjonalistyczną. W okresie sprzed 1989 r. z kolei ogromna liczba rozwiązań i instytucji

²⁴³ *Ibidem*, s. 164 (z odwołaniem do Arystotelesa i Finnisia).

²⁴⁴ Jak wskazuje Halpin, wedle Dworkina „trudne przypadki nie są kontrowersyjne ideologicznie, ale szczególnie wymagające intelektualnie. Herkules nie musi angażować się w argumenty ideologiczne, ale posiadać nadludzki intelekt, który pozwoli mu opracować prawidłowe odpowiedzi, które wynikają z wartości, jakie przyjęto w danym społeczeństwie” (*ibidem*, s. 157). Por. J.M. Balkin, *Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique*, „UMKC Law Review” 1987, t. 55, z. 3, s. 392–433.

²⁴⁵ J. Novkov, *Law and Political Ideologies*, [w:] *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Kelement, K.E. Whittington, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 627.

inspirowana była ideologią marksizmu-leninizmu, poczynając od przedsiębiorstw państwowych, a na przewodniej roli Partii kończąc. Po drugie, treść norm prawnych może przyczyniać się do kształtowania hegemonii ideologicznej²⁴⁶, co ma w szczególności miejsce wówczas, gdy społeczeństwo przyjmuje, że to, co prawem nakazane, jest dobre i właściwe, a to, co zakazane – złe i niewłaściwe²⁴⁷. Wynika to, oczywiście, z autorytetu i prestiżu prawa w społeczeństwie. Prawo bierze też udział w interpelacji ideologicznej, co następuje w ten sposób, że formy podmiotowości sugerowane przez prawo (np. podmiotowość konsumencka) są akceptowane i internalizowane przez aktorów społecznych²⁴⁸. Po trzecie, subświat prawniczy dysponuje zazwyczaj także własną „ideologią profesjonalną”, której zadaniem jest usprawiedliwianie władzy tego subświata w społeczeństwie²⁴⁹. Zarysowane tu trzy możliwe konfiguracje dotyczą fenomenu prawnego w ogólności, a więc zarówno ustawodawstwa i orzecznictwa, jak też poglądów doktryny prawniczej. W istocie bowiem, jak zauważa Adam Sulikowski, „wielopiętrowe prawnicze konstrukcje, na jakich wspierają się dogmatyczne dyskursy, jawią się jako spetryfikowana ideologia wykorzystująca autorytet nauki, sądów, mitu prawodawcy, lecz niewiele różniąca się od zabobonu, od którego moderna obiecywała człowieka bezpowrotnie uwolnić. Traktowanie spetryfikowanych konstrukcji jako ersatzu rzeczywistości prowadzi do reifikacji sztucznych oraz podejrzanych struktur władzy i dysseminacji”²⁵⁰.

5. Ontologia prawa w ujęciu krytycznej teorii prawa

Czym jest prawo, czy też szerzej – fenomen jurydyczności, w ujęciu krytycznej filozofii prawa? Najlepszą chyba odpowiedź daje Duncan Kennedy, twierdząc, że prawo jest swego rodzaju „medium”, w którym poruszają się prawnicy realizujący swoje cele, stawiającym opór i plastycznym zarazem²⁵¹. Istnienie prawniczej władzy dyskrecjonalnej jest w takim ujęciu oczywistością²⁵². Na klasyczne, nie tylko dla anglosaskiej filozofii prawa, pytanie, czy prawnik jest związany normami prawnymi czy też nie, odpowiedź Kennedy’ego brzmi następująco: „W moim

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 251–253.

²⁴⁸ M.W. Hesselink, *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, „European Review of Private Law” 2017, t. 15, z. 3, s. 323–348; R. Mańko, *Koncepcja...*, s. 52.

²⁴⁹ A. Halpin, *Ideology...*, s. 159. Przykładem ideologii legalizmu jest chociażby juryscentryzm Artura Kozaka.

²⁵⁰ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 186.

²⁵¹ D. Kennedy, *Introduction*, s. 6–7; idem, *Freedom...*, s. 18–19, 25.

²⁵² D. Kennedy, *Introduction*, s. 8.

przekonaniu zasadniczym elementem sytuacji sędziego jest podejmowanie działań w celu osiągnięcia określonego rezultatu. Nie jest to kwestia bycia związanym czy też bycia wolnym. Można powiedzieć, że sędzia jest wolny i związany z a r a z e m – wolny, aby podjąć działania w dowolnym kierunku, ale ograniczony pseudoobiektywnością normy, tak jak jest ona stosowana, którą może albo której nie może pokonać²⁵³. Fenomenologiczne ujęcie orzekania w pracach Kennedy’ego jest, oczywiście, związane ściśle z doświadczeniem prawa w anglosaskiej kulturze prawnej²⁵⁴, gdzie kluczowymi bytami ontologii społecznej prawa są precedensy, ich rozstrzygnięcia (*holdings*) zapadłe na tle konkretnych stanów faktycznych, czy wreszcie praktyka uchylania precedensów (*overruling*). Sposób, w jaki Kennedy ukazuje myślenie prawnicze, jest niewątpliwie odzwierciedleniem realiów funkcjonowania anglosaskiej kultury prawnej, a ściślej – kultury prawnej amerykańskich sądów federalnych²⁵⁵. To głębokie uwikłanie myśli amerykańskiego krytycznego filozofa prawa w realia konkretnej kultury prawnej może być przeszkodą w jej recepcji, a na pewno jest elementem, który musi zostać wzięty pod uwagę przy ewentualnej adaptacji koncepcji Kennedy’ego na gruncie kontynentalnej, czy też *in concreto* – środkowoeuropejskiej, postsocjalistycznej kultury prawnej, która cechuje się silnym przywiązaniem do ujęć modelowych tradycyjnego pozytywizmu²⁵⁶, przynajmniej w warstwie ewokacyjnej²⁵⁷. Żaden sędzia nie przedstawi zatem swojej roli zawodowej jako realizacji określonego projektu politycznego (emancypacyjnego czy konserwatywnego) i nie powie otwarcie, że prawo jest dla niego jedynie „medium”, w ramach którego projekt taki realizuje. Dominować raczej będą, w sposobie ujmowania społecznej ontologii prawa, ujęcia reifikujące prawo i jego normy, ukazujące sędziego jako podmiot jeśli nie oddany jedynie „stosowaniu prawa”, to przynajmniej realizujący ponadczasową ideę „sprawiedliwości”, nie zaś realizujący konkretny projekt ideowo-polityczny zawierający w sobie konkretyzację idei sprawiedliwości w ramach jej określonej wizji (np. sprawiedliwość społeczna w ujęciu socjaldemokratycznym). Co więcej, mówienie o roli sędziego w tych ostatnich kategoriach będzie rodziło raczej skojarzenia z okresem realnego socjalizmu, a dokładnie stalinizmu, gdy

²⁵³ D. Kennedy, *Freedom...*, s. 18.

²⁵⁴ D. Kennedy, *Introduction*, s. 1–2.

²⁵⁵ D. Kennedy, *Freedom...*, s. 12.

²⁵⁶ Z piśmiennictwa zob. E. Łętowska, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, t. 11, z. 1; Z. Kühn, *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of European Enlargement*, „American Journal of Comparative Law” 2004, t. 52, z. 3; T. Milej, *Europejska kultura prawna a kraje Europy Środkowej i Wschodniej*, „Przegląd Legislacyjny” 2008, t. 15, z. 1; A. Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition?*, „Supreme Court Law Review” 2010, t. 49; Z. Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation*, Martinus Nijhoff, Leiden–Boston 2011; R. Mańko, *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Synthome*, „Pólemos” 2013, t. 7, z. 2.

²⁵⁷ Por. B. Zupančič cytowany w pracy: Z. Kühn, *The Judiciary...*, s. 230.

sądy istotnie, przynajmniej w warstwie ewokacyjnej, uznawały się za wykonawców projektu politycznego partii rządzącej²⁵⁸.

Niemniej właśnie te zjawiska, typowe dla naszej kultury prawnej, które Duncan Kennedy określa mianem reifikacji prawa i fetyszyzmu prawnego, stoją na przeszkodzie realizacji celów emancypacyjnych krytycznego prawoznawstwa²⁵⁹. Reifikacja oznacza „nasilanie się wrażenia, że instytucje będące dziełem człowieka istnieją niczym rzeczy i są od człowieka niezależne”²⁶⁰. Fetyszyzm prawny to z kolei pojęcie zaczerpnięte z tradycji marksistowskiej (Jewgienij Paszukanis), swego rodzaju analog opisywanego przez Marksa fetyszyzmu towarowego. Jak wyjaśnia Michael Head, „fetyszyzm prawny (...) postrzega formę prawną jako niezależną czy autonomiczną względem władzy lub woli podmiotów ludzkich, które pierwotnie wprowadziły prawo w ruch”²⁶¹. Oba te elementy są ze sobą ściśle powiązane, tzn. reifikacja jest warunkiem koniecznym fetyszyzmu, a sam fetyszyzm zwrotnie umacnia reifikację. Rzetelnie ujęte doświadczenie prawa, także na kontynencie, nie może uciec od elementu plastyczności, w ramach którego występuje zjawisko prawniczej władzy dyskrecjonalnej. Tym, o co zapytuje krytyczna filozofia prawa, jest kierunek, w jakim prawnicy wykorzystują swoją władzę dyskrecjonalną. Pytanie to jest, jak się wydaje, kluczowe dla krytycznej filozofii orzekania.

Założenia ontologiczne o subświecie prawniczym, sformułowane przez krytyczną jursprudencję, mają zdecydowanie postmodernistyczny charakter, negują bowiem trzy fundamentalne założenia właściwe dla moderny, tj. założenie o tym, że „sędzia jest (powinien być) związany apriorycznie istniejącym, racjonalnym prawem”, że „sędzia jest (powinien być) bezstronny i apolityczny” oraz że „wiedza sędziego wpisuje się w spójną mozaikę ogólnej, niesprzecznej i obiektywnej wiedzy o świecie, która stanowi trwały punkt odniesienia dla sformułowanych orzeczeń”²⁶². Chciałbym w tym miejscu jeszcze raz stanowczo podkreślić, że sformułowane przeze mnie tezy dotyczące ontologii społecznej, presuponowanej przez krytyczne prawoznawstwo, w tym ontologii prawa, mają charakter ontologii miękkiej, relatywnej, w której byty są kreowane w dyskursie i dopiero po ich wykreowaniu mogą stać się narzędziami zmiany społecznej²⁶³.

Zasadne jest postawienie pytania o relację pomiędzy ujęciem krytycznej jursprudencji a ujęciami zaliczanymi do szeroko rozumianej hermeneutyki

²⁵⁸ Por. Z. Kühn, *The Judiciary...*, s. 103–107.

²⁵⁹ D. Kennedy, *Introduction*, s. 5.

²⁶⁰ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008, s. 113, przyp. 357.

²⁶¹ M. Head, *Evgeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*, Routledge-Cavendish, Abingdon 2008, s. 35.

²⁶² A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 63–64.

²⁶³ Por. B. Epstein, *A Framework...*

prawniczej²⁶⁴. Douzinas wprost wskazał, że hermeneutyka jest jedną z metod wykorzystywanych przez jurysprudence krytyczną²⁶⁵. Szczególnie bliskie perspektywie hermeneutyki prawniczej jest niewątpliwie ujmowanie prawa jako medium, w którym odbywa się „praca prawnicza” w ujęciu Kennedy’ego²⁶⁶. Jak zauważa Zirk-Sadowski, „Metafora koła hermeneutycznego ma naprowadzać na tezę, że nie ma początku ustalania znaczeń, punktu wyjściowego, a każdy fragment tekstu ma sens tylko wtedy, gdy jest odniesiony do całości sytuacji i kultury, momentu dziejowego, w którym się go odczytuje. Hermeneutyka nie czyni zatem z języka fetyszu, stanowi on tylko punkt wyjścia”²⁶⁷. Tak rozumiana hermeneutyka z pewnością wpisuje się w szerszy kontekst zasobów metodologicznych prawoznawstwa krytycznego. Tym, co jednak wyróżnia krytyczne prawoznawstwo od hermeneutyki prawniczej, jest, po pierwsze, krytyczny stosunek do opowieści o politycznej neutralności prawa, a po drugie, dążenie do zmiany stosunków społecznych z wykorzystaniem w tym celu prawa. O ile więc hermeneuci chcą zrozumieć, jak działa interpretacja prawnicza, i ustalić zakres twórczej roli interpretatora, trafnie podkreślając relatywną jedynie rolę tekstu²⁶⁸, o tyle krytyczna jurysprudence chce prawo zmienić w pożądanym przez siebie kierunku, przyjmując ustalenia hermeneutyczne nie za punkt dojścia, ale za punkt wyjścia w realizacji określonego projektu emancypacyjnego.

W innych jeszcze nurtach krytycznej filozofii prawa, traktujących prawo jako obraz (*law as image*) podkreślano, że „Za obrazem prawa kryje się nagość władzy klasowej. Prawo jako obraz jest synonimem fałszywej świadomości. Prawo kapitalistyczne, nawet w jego liberalnych przejawach, może być traktowane jako zaćmienie (*obfuscation*), jako sztuczka budząca zaufanie (*confidence trick*), która ukrywa rzeczywistość wyzysku”²⁶⁹. W ujęciach

²⁶⁴ Zob. w szczególności M. Zirk-Sadowski, *Prawo...*, rozdz. 5. Por. zwięzłą definicję Jerzego Oniszczyka: „W ujęciu (...) hermeneutyki prawniczej rozumienie tekstu prawnego oznacza, że pojawia się (...) element twórczy. Do procesu interpretacji wnosi go zawsze podmiot interpretujący. Każdy podmiot do rozumienia tekstu wnosi bowiem to, że został uformowany przez pewną kulturę, że kieruje się jakimś systemem wartości czy wreszcie że istnieje w »określonej sytuacji historycznej«” (J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 536–537).

²⁶⁵ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 241. Z kolei Robert Cover wręcz używa pojęć hermeneutyki i wykładni zamiennie, pisząc: „Problem »znaczenia« w prawie – hermeneutyki prawniczej (*legal hermeneutics*) albo wykładni (*interpretation*) – jest zazwyczaj kojarzony z dość wąskim problemem, przed którym stają urzędnicy (*officials*) i ci, którzy pragną przewidywać, kontrolować lub skorzystać z zachowania urzędników (*official behaviour*)” (R. Cover, *Nomos...*, s. 6).

²⁶⁶ D. Kennedy, *Introduction*, s. 6–7; idem, *Freedom...*, s. 18–19, 25.

²⁶⁷ M. Zirk-Sadowski, *Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104, s. 162.

²⁶⁸ Zob. szerzej rozważania w rozdziale II, paragraf 2: „Tekst prawa”.

²⁶⁹ A. Gearey, *Law...*, s. 30, przyp. 13. Zob. także: Z. Bańkowski, G. Maugham, *Images of Law*, Routledge, London 1976; D. Kennedy, *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities*, „The American University Law Review” 1985, t. 34.

takich pojęcie obrazu w istocie traktowane było synonimicznie z pojęciem ideologii (prawo jako ideologia), co wpisuje się niewątpliwie w klasyczne ujęcia marksistowskie, w których prawo traktowane jest jako część nadbudowy i jako forma ideologii zarazem, a reifikacja instytucji prawnych dokonywana w dyskursie traktowana jest jako forma fetyszyzmu, analogicznie do fetyszyzmu towarowego²⁷⁰.

Zderzając ontologię prawa w optyce jurysprudencji krytycznej z ontologią właściwą tzw. integralnej filozofii prawa Dworkina, Kennedy wywodzi: „Tezą CLS było, *à la* Dworkin, że zasady, polityki i prawa, a nawet światopoglądy, wszystkie stanowią część powszechnie stosowanych źródeł prawa ale, *contra* Dworkin, że pozostają one ze sobą w nieusuwalnym konflikcie zarówno w każdym z nas, jak i pomiędzy nami. Ich skonfliktowana obecność jest odzwierciedlana w bardziej konkretnych »ważnych normach prawnych należących do systemu«, które CLS, idąc pod tym względem za realizmem prawniczym, z a w s z e uważa za złożone kompromisy w ramach tych konfliktów. Ponieważ normy (*rules*) są kompromisami, a nie efektem spójnego wypracowania w oparciu o tę czy inną ogólną zasadę, są one dużo bardziej otwarte na destabilizację rozmaitego rodzaju, niż przyznają autorzy uznający spójność systemu prawnego (*coherentist writers*)”²⁷¹. W istocie więc prawo nie jest „zestawem instytucjonalnych reguł i zasad, zestawem polityk i mechanizmów kontroli społecznej, lecz pryzmatem narracyjnym, przez który obserwujemy i filtrujemy świat prawości i nieprawości, ważności i nieważności, dobra i zła”²⁷², jak ujął to Julen Etxabe, nawiązując do słynnego eseju Roberta Covera. Prawoznawstwo krytyczne podziela przy tym, diagnozowane także w obrębie innych nurtów teorii i filozofii prawa, założenie, że prawo jest „faktem interpretacyjnym”²⁷³.

Podsumowując rozważania o społecznej ontologii prawa w ujęciu prawoznawstwa krytycznego, należy stwierdzić, że jest ono niczym innym jak p l a s t y c z n y m m e d i u m, w ramach którego działają prawnicy, będąc przez to medium jednocześnie ograniczeni i upodmiotowieni. Tym, co najbardziej interesuje krytyczną filozofię orzekania, jest sposób, w jaki sędziowie z tego medium korzystają, a także formułowanie wskazówek etycznych, w jaki sposób korzystać powinni. Przedtem jednak należy dookreślić, w jakim zakresie rzeczywiście dysponują swobodą poruszania się, tj. dookreślić granice prawniczej władzy dyskrecyjnej (rozdział II).

²⁷⁰ Zob. w szczególności J. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa i marksizm*, PWN, Warszawa 1985.

²⁷¹ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 168.

²⁷² J. Etxabe, *The Legal Universe after Robert Cover*, „Law and Humanities” 2010, t. 4, z. 1, s. 116.

²⁷³ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 8. Por. M. Zirk-Sadowski, *Problemy wyboru...*, s. 162.

6. Presupozycje epistemologiczne krytycznej filozofii prawa

Oprócz presupozycji o charakterze *stricte* ontologicznym, tj. odnoszących się do bytów występujących w świecie społecznym, każda nauka, w tym krytyczna filozofia prawa, obejmuje określone presupozycje epistemologiczne, dotyczące tego, w jaki sposób możliwe jest poznanie świata społecznego. I tak, przykładowo, tradycyjna dogmatyka prawnicza zakłada, że prawo można poznać za pomocą języka (analiza językowej warstwy prawa pojmowanego w istocie jako korpus tekstów²⁷⁴), z kolei realizm prawniczy jako modernistyczny²⁷⁵ nurt ogólnej refleksji nad prawem w Stanach Zjednoczonych zakładał, że prawo można poznać przede wszystkim poprzez analizę rzeczywistych praktyk społecznych, podejmowanych przez aktorów subświata prawniczego (tzw. prawo w działaniu, jako przeciwstawione prawu w książkach). Powstaje wobec tego pytanie, jakie założenia epistemologiczne można uznać za właściwe krytycznej nauce o prawie i należące do elementów wyznaczających jej tożsamość.

Wydaje się, że do takich założeń można zaliczyć przede wszystkim paninterpretacjonizm, tj. pogląd głoszący, iż wszelkie poznanie jest zrelatywizowane do perspektywy podmiotu poznającego²⁷⁶. Oznacza to w konsekwencji, że wszelkie poznanie – w tym poznanie zjawisk społecznych i prawnych – jest z konieczności interpretacją, albowiem nie ma poznania, które byłoby w jakiś sposób „bezpośrednie”, wolne od czynnika interpretacyjnego²⁷⁷. Pogląd taki jest, jak się wydaje, co najmniej *implicite* zakładany przez zdecydowaną większość prac zaliczanych do nurtu krytycznej filozofii prawa. *Explicite* formułowany jest w pracach badaczy reprezentujących nurt pragmatyzmu filozoficznego, takich jak w szczególności Richard Shusterman²⁷⁸ czy Stanley Fish²⁷⁹. Nie stronią od

²⁷⁴ Por. krytykę takiego stanowiska, określanego pejoratywnie jako „tekstocentryzm”, w pracach Ewy Łętowskiej (zob. np. E. Łętowska, *Kilka uwag...*).

²⁷⁵ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 65. Pozostałymi nurtami modernizmu prawniczego są: pozytywizm i racjonalistyczny jusnaturalizm (*ibidem*, s. 66).

²⁷⁶ Por. A. Szahaj, *Paninterpretacjonizm, czyli nie ma niczego w tekście, czego by pierwszej nie było w kontekście (odpowiedź krytykom)*, „Teksty Drugie” 1998, nr 4. Zob. także idem, *Granice anarchizmu interpretacyjnego*, „Teksty Drugie” 1997, nr 6.

²⁷⁷ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 131. W terminologii Jerzego Wróblewskiego należałoby więc powiedzieć, że krytyczna teoria prawa uznaje, iż wszystko podlega interpretacji *sensu largissimo*, co obejmuje w sobie oczywiście interpretację *sensu largo* (tekstów) oraz *sensu stricto* (tekstów, których zrozumienie nastęrcza subiektywnie odczuwanych trudności). Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 112 i n. Por. R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Prace Habilitacyjne UJ, Kraków 1995, s. 22 i n.

²⁷⁸ R. Shusterman, *Estetyka pragmatyczna. Żywe piękno i refleksja nad sztuką*, tłum. A. Chmielewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998, s. 115 i n.

²⁷⁹ S. Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism*, „Critical Inquiry” 1982, nr 9, s. 204.

niego także niektórzy współcześni pozytywiści, jak choćby Arthur Kaufmann²⁸⁰. Krytycznemu prawoznawstwu bliskie jest też niewątpliwie stanowisko Louisa Althussera, który reinterpreting Marksę, wskazywał na specyficzny status wiedzy (teorii) jako produktu „praktyki teoretycznej”, a nie jako wiernego opisu rzeczywistości²⁸¹. Jak stwierdza bowiem Zbigniew Pulka, „Marksizm neguje pozytywistyczne żądanie neutralności aksjologicznej humanistyki na rzecz tezy, że możliwy jest taki punkt widzenia, w którym interes praktyczny tworzy jedną całość z myśleniem teoretycznym. Prowadzi to do odrzucenia pozytywistycznego zakazu metawartościowania. (...) W procesie tworzenia wiedzy teoretycznej przedmiot poznania postrzegany jest zawsze wewnątrz perspektywy określonej przez praktyczne zadania, co powoduje, że poznanie nie może się nigdy uwolnić od praktycznego kontekstu, w jakim odbywa się działalność teoretyczna”²⁸².

Możliwe i celowe jest podjęcie rozważań nad wpływem założenia o paninterpretacjonizmie na presupozycje w zakresie ontologii społecznej. W szczególności można zadać pytanie, czy założenie o paninterpretacjonizmie przypadkiem nie podważa ontologii bytu społecznego, prowadząc do „zmiękczenia” samego pojęcia istnienia. Wydaje się, że wręcz przeciwnie – presupozycja epistemologiczna o paninterpretacjonizmie i presupozycje ontologiczne o konstrukcjonizmie i polityczności są względem siebie nie tylko komplementarne, ale nawet współzależne. Otóż przyjęcie, że ogląd świata społecznego możliwy jest tylko z konkretnego punktu widzenia, np. przedstawiciela klasy pracującej czy przedstawiciela zawodu prawniczego, oznacza, że właśnie z tego punktu widzenia dostrzegalny będzie antagonizm społeczny (wymiar polityczności), w którym grupa, do której zalicza się podmiot poznający stosunki społeczne, pozostaje względem członków innej grupy. Także społeczne konstruowanie rzeczywistości zawsze odbywa się z określonego punktu widzenia, który konstruuje wokół siebie „kokon rzeczywistości”. Subświat prawniczy to wszak nic innego jak świat widziany z perspektywy wspólnoty prawniczej²⁸³, subświat polityczny oparty jest na punkcie widzenia polityków operujących kodem przyjaciel–wróg, zaś subświat ekonomiczny

²⁸⁰ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, WPiA UJ, Kraków 1995, s. 7. Zob. także J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 187–188 (z nawiązaniem do J. Derridy i A. Kauffmana).

²⁸¹ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 97.

²⁸² Z. Pulka, *Instrumentalizacja...*, s. 37–39 [podkr. R.M.].

²⁸³ Czy też, mówiąc inaczej, świat interpretowany w świetle normatywności. Por. R. Cover, *Nomos...*, s. 8: „dany czyn oznacza coś nowego i potężnego, gdy rozumiemy ten czyn w odniesieniu do normy. (...) Zdolność prawa do nadawania działaniu znaczenia nie jest ograniczona do oporu lub nieposłuszeństwa. Prawo stanowi zasób tworzenia znaczeń (*resource in signification*), które pozwala nam poddawać się, radować, walczyć, wybaczać, wyśmiewać, hańbić, poniżać lub dodawać powagi. (...) Tworzymy znaczenia w naszym świecie normatywnym, posługując się ironią jurysdykcji, komedią manier, stanowiących *malum prohibitum*, surrealistyczną epistemologią należytego procesu (*due process*)”.

– przedsiębiorców operujących kodem binarnym zysk–strata. Punkt widzenia – wewnętrzny albo zewnętrzny – jest najistotniejszy zarówno do poznania (interpretacji), jak i do tworzenia samego świata społecznego oraz dostrzegania występujących w nim antagonizmów. Jak metaforycznie powiada amerykański filozof Thomas Nagel, nie jest możliwe uzyskanie „widoku znikąd”²⁸⁴. Widok – punkt widzenia na świat społeczny – jest zawsze zrelatywizowany do pozycji podmiotu poznającego w ramach jego struktur, takich jak klasy, warstwy czy inne grupy (np. prawnicy, artyści, duchowni), i z perspektywy takiej właśnie struktury świat ten jest zarazem oglądany, jak i tworzony (nawet jeżeli sama grupa czy klasa jest naukowym konstruktem mającym tę perspektywę wyjaśnić).

Koncepcje paninterpretacjonizmu w ujęciu amerykańskich pragmatystów dobrze współgrają z tradycyjnymi ujęciami filozofii krytycznej, odwołującymi się do hermeneutyki podejrzeń. U źródeł takiego podejścia znajduje się krytyka poznania naukowego przez Fryderyka Nietzschego, który – jak ujął to Adam Sulikowski – „głośno i dobitnie wyartykułował podejrzenie, które później w wyniku badań (...) przerodziło się w poparte solidnymi dowodami oskarżenie nauki o ideologiczność, perspektywiczność, petryfikację zastanych też metafizycznych jako neutralnych scjentystycznych konstatacji, a także o stronniczość i służebność wobec »zewnętrznych« struktur władzy”²⁸⁵.

Co istotne, z perspektywy krytycznego prawoznawstwa „tradycyjne destrukcyjno-dedukcyjne (pozytywistyczne) spojrzenie na prawo, emfaticznie nakierowane na poszukiwanie obiektywnego znaczenia przepisów jest tyleż błędne, co niebezpieczne. (...) Według ponowoczesnych krytyków jest błędem, bo antyesencjalizm i antyfundacjonizm (...) wykluczają dotarcie do właściwego rozumienia, gdyż takiego po prostu nie ma (...). Niebezpiecznie jest zaś dlatego, że subiektywne, świadome bądź nieświadome przesądzania interpretatora przedstawiane jako naukowa prawda ułatwiają legitymację struktur dominacji przez przydanie im etykiety naukowej prawdy”²⁸⁶.

Modernistyczna wiara w obiektywność języka jako nośnika obiektywnych i pewnych znaczeń obca jest krytycznej nauce o prawie. Jak pisze Sulikowski, powołując się na Jacques’a Derridę, „logocentryczne poszukiwanie (meta)języka idealnie racjonalnego, który w doskonały sposób przedstawia świat rzeczywisty, języka, który byłby rękoiemą obecności świata dla obserwującego go podmiotu, okazało się niebezpieczną mrzonką możliwą do realizacji tylko poprzez stłumienie tego, co nie pasuje”²⁸⁷. W ujęciu teorii krytycznej, w tym krytycznej teorii

²⁸⁴ T. Nagel, *Widok znikąd*, tłum. C. Cieśliński, Aletheia, Warszawa 1997. Por. H. Dębska, *Iluzje prawniczego rozumu. O społecznych warunkach praktyk (bez)refleksyjnych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, t. 92, s. 14; J. Jabłońska-Bonca, „Efekt aureoli” i „efekt uczestnictwa” a niezależność prawników-naukowców, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 146–147.

²⁸⁵ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 174.

²⁸⁶ *Ibidem*, s. 204.

²⁸⁷ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 30.

prawa, „Badacz nie jest apriorycznym *cogito*, lecz konstruktem miejsca, czasu i wielu innych niełatwo dostrzegalnych czynników. (...) przedmioty poznawane są za pośrednictwem pojęć, które są wynikiem przygodnych oddziaływań kolektywnej *praxis* (...). Teoria krytyczna postrzega historyczność i przygodność zarówno przedmiotu teorii, jak i powiązanego z przedmiotem podmiotu”²⁸⁸.

Stanowisko paninterpretacjonistyczne w odniesieniu do prawa podziela także holizm interpretacyjny. Jak ujmuje to czołowy polski przedstawiciel tego nurtu jurysprudencji Marcin Matczak²⁸⁹, „Istotną konsekwencją przyjęcia stanowiska holizmu jest akceptacja twierdzenia, że tekst prawny jest permanentnie niejasny, a zatem zawsze wymaga interpretacji. Ta niejasność wynika z dwupoziomowej struktury komunikatów prawnych. Pierwszym poziomem jest zbiór komunikatów nadanych przez prawodawców realnych, a więc – w terminologii derywacyjnej koncepcji wykładni – zbiór przepisów prawnych. (...) Drugim poziomem jest poziom komunikatu prawodawcy idealnego – poziom jednej wypowiedzi, którą buduje się poprzez wykorzystanie wszystkich komunikatów prawodawców realnych, wzajemne ich skonfrontowanie, zmodyfikowanie i uzupełnienie”²⁹⁰. Jak wskazuje Przemysław Kaczmarek, holizmowi interpretacyjnemu Matczaka obca jest koncepcja „jednego prawidłowego rozstrzygnięcia”²⁹¹, a interpretator może zostać postawiony przed dylematem, „którą praktykę językową i którą rzeczywistość pozajęzykową, do której tekst odnosi, wybrać”²⁹². Można jednak zastanawiać się, na ile metafora wykładni prawa jako tygła, w którym stapiają się przepisy prawne pochodzące od różnych ustawodawców i u dołu którego jurysta-interpretator „odkręca kurek, pobiera z niego określoną masę stopionego złota i formuje nowy, złoty przedmiot, który symbolizuje normę prawną, znajdującą zastosowanie do danego przypadku”²⁹³, rzeczywiście wpisuje się w konsekwentny paninterpretacjonizm, jaki przyjmuje się w krytycznej nauce o prawie. Jeżeli bowiem zestawimy metaforę tygła Marcina Matczaka z metaforą prawa jako medium Duncana Kennedy’ego²⁹⁴, możemy dojść do wniosku, że akcenty są odmiennie rozłożone. W szczególności metafora Kennedy’ego ukazuje dialektyczny

²⁸⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 87.

²⁸⁹ Nie oceniam przy tym, na ile określenie przyjęte przez Matczaka dla jego propozycji filozoficznoprawnej jest adekwatne, tzn. na ile model ten jest w rzeczywistości „holistyczny”. Problem ten nie jest dla mnie istotny, gdyż proponowany przeze mnie model jest z założenia modelem krytycznym, podczas gdy model holistyczny, juryscentryczny, dyskursywny i inne formy „wyrafinowanego” bądź „miękkiego” pozytywizmu przynależą, w ramach mojej propozycji filozoficznoprawnej, do zbiorczej kategorii niekrytycznych teorii prawa.

²⁹⁰ M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa 2007, s. 187.

²⁹¹ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 103.

²⁹² M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 33.

²⁹³ *Ibidem*, s. 104.

²⁹⁴ D. Kennedy, *Introduction*, s. 6–7; idem, *Freedom...*, s. 18–19, 25.

charakter hermeneutyki strategicznej, która cały czas pozostaje w dynamice teza-antyteza-synteza (teza: prawo *prima facie*; antyteza: cel strategiczny interpretatora; synteza: norma zastosowana *in casu*, będąca punktem wyjścia kolejnej triady), podczas gdy metafora Matczaka ma charakter statyczny (interpretator nie wrzuca swojego przedmiotu, po jego zastosowaniu, z powrotem do tygła), nie zaś dialektyczno-cykliczny, a także jednokierunkowy (od ustawodawców do interpretatora, ale nie na odwrót). Chociaż holizm interpretacyjny dostrzega moment podmiotowy interpretacji, jego tezy są jednak dużo mniej radykalne niż tezy *critical legal studies*. Prawnik w dalszym ciągu, jak w pozytywizmie, pozostaje bowiem odtwórcą, zlokalizowanym na końcu „ciągu technologicznego” – sędzia jest „przy kurku”, nie miesza w tygłu, bo to ostatnie zadanie zastrzeżone jest dla „prawodawców realnych”, którzy wrzucają do tygła „złote przedmioty”, metaforycznie odpowiadające przepisom. Co więcej, jeżeli Kaczmarek prawidłowo odczytuje intencję Matczaka, należałoby przyjąć, że w myśl holizmu interpretacyjnego „prawnikowi nie stawia się zadania (...) rozstrzygania” dylematów aksjologicznych, ponieważ „prawo jest systemem normatywnym niezależnym od moralności”, a „odejście od obrazu interpretatora jako ust ustawy nie oznacza zwiększenia jego dyskreacji”, albowiem „prawnik związany jest imperatywami instytucjonalnymi. Będąc członkiem wspólnoty komunikacyjnej, stosuje się do zastanej struktury i to ona ogranicza jego działalność”²⁹⁵. Wszelkich złudzeń pozbawia nas natomiast metafora interpretatora jako strażnika (pracownika ochrony), który „zobowiązany jest obchodzić chroniony obiekt, przykładając w ściśle określonych miejscach kartę magnetyczną do elektronicznego czujnika”²⁹⁶. Jak trafnie interpretuje tę metaforę Kaczmarek, „należy uznać, że tożsamość prawnika wyznaczana jest przez strukturę imperatywów instytucjonalnych”²⁹⁷.

Metaforycznie można zatem powiedzieć, że holista interpretacyjny to ktoś, kto co prawda wybił już otwór w suficie i wygląda przez ten otwór na świat, niemniej jednak nogami i resztą ciała wciąż tkwi w zadymionym pomieszczeniu, czyli w klasycznym pozytywizmie. Można też, parafrazując Kozaka, powiedzieć, że holizm interpretacyjny to „niedokończona rewolucja” antypozytywistyczna²⁹⁸. Idzie zatem o to, aby odciąć ostatnie strzępy pepowiny łączącej z pozytywizmem i podkreślić, że prawnik nie tylko operuje przy kurku, ale też miesza w tygłu, a wykonane przez niego przedmioty, po ich jednorazowym wykorzystaniu (jako jednorazowe rozstrzygnięcia) wracają do tygła. Co więcej, możemy domagać się od prawnika, by wrzucał do tegoż tygła konkretne rodzaje metalu, tak by stop był

²⁹⁵ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 105 [podkr. R.M.].

²⁹⁶ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 210.

²⁹⁷ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 105.

²⁹⁸ Kozak pisał szeroko o „niedokończonej rewolucji antykartezjańskiej”. Zob. np. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

coraz doskonalszy – i wcale niekoniecznie chodzi tu o czyste złoto (prawo elitarne, tworzone przez elity dla elity), ale o metal twardy, praktyczny i użyteczny (prawo ludowe, tworzone przez zaangażowanych prawników dla klas ludowych). Możliwe też, by odnieść się do metafory interpretatora jako pracownika ochrony, że konieczny jest po prostu rewolucyjny bunt strażników.

Założenie o paninterpretacjonizmie pozostaje w ścisłym związku z założeniem o konstrukcjonizmie społecznym – zarówno poznanie, jak i tworzenie świata społecznego zrelatywizowane są do określonego punktu widzenia, który możliwy jest tylko z perspektywy danej wspólnoty interpretacyjnej. Wspólnoty te należą więc zarówno do sfery ontologii społecznej (jako subświaty instytucjonalne), jak i do sfery epistemologii (jako wspólnoty interpretacyjne czy też epistemiczne). Teza o wspólnotach interpretacyjnych jako o nośnikach znaczeń (sensów) jest kluczowa dla krytycznej filozofii prawa. Do tego problemu przyjdzie jeszcze powrócić w rozdziale II, gdzie tezy te zostaną rozwinięte w szczególności w aspekcie postrzegania wspólnoty, do której należy dany podmiot (*in casu*, wspólnoty prawniczej), jako źródła determinant granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej (rozdział II, pkt 4).

Podobnie jak w przypadku paninterpretacjonizmu, tak i w przypadku presupozycji o roli wspólnot interpretacyjnych w procesach poznawczych przedstawiciele krytycznej filozofii prawa zazwyczaj zakładają tę tezę *implicite*, natomiast pełen wyraz znalazła ona w pracach filozoficznych pragmatystów. W szczególności problematyce wspólnot interpretacyjnych poświęcił sporo uwagi cytowany już Stanley Fish, którego zdaniem „znaczenia nie są własnością ani ustalonych i trwałych tekstów, ani też niezależnych czytelników, ale wspólnot interpretacyjnych, które są odpowiedzialne zarówno za kształt działań czytelnika, jak i za teksty powstałe w ich wyniku”²⁹⁹. Założenie o kluczowej roli wspólnot interpretacyjnych wiąże się też z neopragmatystycznym pojęciem prawdy w specyficznym ujęciu nadanym jej przez Richarda Rorty’ego³⁰⁰. Wedle tego ujęcia „prawdy są kreowane wspólnotowo, a dzielenie ich wymaga współuczestniczenia we wspólnocie. Kreacja prawd wiąże się z praktycznym funkcjonowaniem wspólnoty, z dialogicznie kształtowanymi reakcjami na bodźce, z instrumentalnym podejściem do wiedzy w toku rozwiązywania konkretnych, stawiających opór problemów”³⁰¹.

Podkreślanie roli wspólnot interpretacyjnych czy epistemicznych stanowi niewątpliwie echo klasycznych marksistowskich tez, lapidarnie ujętych

²⁹⁹ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*, red. A. Szahaj, tłum. K. Abriszewski et al., Universitas, Kraków 2008, s. 81.

³⁰⁰ Poza zakresem moich rozważań pozostaje kwestia relacji neopragmatystycznej definicji prawdy Rorty’ego i definicji klasycznego pragmatyzmu. Problem ten bowiem wydaje mi się nierelevantny z perspektywy projektowanego w niniejszej pracy modelu krytycznej filozofii orzekania.

³⁰¹ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 124. Zob. także R. Rorty, *Przygodność, ironia i solidarność*, tłum. W.J. Popowski, Wydawnictwo Spacja, Warszawa 1996; A. Szahaj, *Ironia i miłość. Neopragmatyzm R. Rorty’ego*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2012.

w haśle-zawołaniu „byt określa świadomość”. Jak trafnie wskazuje Adam Sulikowski, „Przekonujące ukazanie [przez Karola Marksa] głębokiego wpływu, jaki na scjentyistyczną świadomość i rezultaty działalności naukowej wywierają warunki »bytu« naukowców i instytucji produkcji wiedzy, a ściślej mówiąc wpływu, jaki na naukę wywiera bezpośrednio (korupcja oraz determinowany racjonalnością instrumentalną rozdział funduszy naukowych, wpływający na status całych dyscyplin) czy pośrednio (premiowanie poglądów naukowych wygodnych dla dysponentów środków, gombrowiczowskie »upupianie« niewygodnych radykałów) pieniądź, niewątpliwie wymaga uwzględnienia w samopostrzeganiu nauki niewygodnych dla niej, ale niezbędnych uwarunkowań”³⁰².

Uwikłanie prawników-naukowców i prawników-praktyków we wspólnoty interpretacyjne, a następnie uwikłanie tychże wspólnot w struktury władzy politycznej i ekonomicznej wywiera określone skutki w obszarze wyników badań naukowych³⁰³ czy kierunków orzekania. Jak wskazuje Sulikowski, „można naukom prawnym zarzucić mniej lub bardziej świadome uwikłania w dominujące władcze struktury, krzewienie normalizacji oraz wspieranie określonych stosunków ekonomicznych i nierównościowych relacji społecznych, a wszystko to skrzętnie ukryte pod płaszczykiem obiektywizmu, dyscypliny, neutralności itp.”³⁰⁴.

W rodzimej filozofii prawa za głównego propagatora koncepcji wspólnoty prawniczej jako wspólnoty interpretacyjnej, na zasadzie lokalnej, prawniczej aplikacji Rorty’owskiego etnocentryzmu³⁰⁵, uznawany był Artur Kozak i jego oryginalna koncepcja juryscentryzmu³⁰⁶, stanowiąca niewątpliwie jedno z ciekawszych osiągnięć środkowoeuropejskiej filozofii prawa po 1989 r.³⁰⁷ Próba kompleksowego odniesienia się do koncepcji juryscentryzmu z perspektywy krytycznego prawoznawstwa wykraczałaby poza ramy niniejszej pracy, można jednak zasygnalizować pewne podstawowe elementy wspólne i różnice pomiędzy juryscentryzmem a *critical jurisprudence*. Tym, co niewątpliwie łączy oba podejścia, jest zaakcentowanie elementu paninterpretacjonizmu poznawczego

³⁰² A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 174–175.

³⁰³ Por. J. Jabłońska-Bonca, „Efekt aureoli”..., passim.

³⁰⁴ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 176.

³⁰⁵ Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 127.

³⁰⁶ Zob. w szczególności: A. Kozak, *Granice...*, passim; idem, *Myślenie analityczne... Z piśmiennictwa o juryscentryzmie* zob. zwł.: *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., oraz *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Scholar, Warszawa 2012.

³⁰⁷ Oczywiście, sama teza, że prawnicy tworzą odrębną, spetryfikowaną wspólnotę, która stanowi jakoby wartość samą w sobie, nie jest nowa i łączy przedstawicieli wielu nurtów filozofii i socjologii prawa, jak choćby H.L.A. Harta, R. Dworkina, R. Aleksego, G. Teubnera, N. Luckmanna czy N. MacCormicka (A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 127). Tym, co wyróżnia projekt juryscentryzmu Kozaka, jest oryginalny sposób uzasadnienia tej tezy, łączący koncepcję etnocentryzmu Rorty’ego z konstrukcjonizmem społecznym Bergera i Luckmanna oraz innymi wątkami teoretycznymi (jak antropologia kulturowa A. Gehlena czy socjologiczne teorie instytucjonalizacji).

i kluczowej roli wspólnoty interpretacyjnej w poznaniu, które jest zawsze zrelatywizowane do danej wspólnoty. Różnica polega natomiast na tym, że stwierdzenie, iż subświat prawniczy jest odrębny od pozostałych, daje asumpt krytycznej filozofii prawa do krytycznej analizy jego dyskursów, tropienia przejawów autotelicznej samolegitymizacji za pomocą lokalnych ideologii (takich jak pozytywizm prawniczy, „integralna teoria prawa”, czy nawet sam juryscentryzm) oraz poszukiwania dróg emancypacji poprzez prawo, czyli instrumentalizacji dyskursu prawnego dla realizacji projektów emancypacji społecznej, ekonomicznej i politycznej³⁰⁸. Kozak natomiast w autonomii subświata prawniczego widzi wartość samą w sobie, polegającą w zasadzie na tym, że inne subświaty mogą powierzyć mu swoje konflikty do rozwiązania³⁰⁹, czyli tak naprawdę oddać nad sobą władzę. Co jednak charakterystyczne, tym, co oferuje juryscentryczna wspólnota interpretacyjna innym subświatom, jest „kot w worku”; odmiennie bowiem od ujęcia choćby Alexandre’a Kojève’a³¹⁰, Kozak celowo eliminuje wszelką treść, choćby najbardziej ogólną (jak „sprawiedliwość”) z tego, co wspólnota prawnicza może dać reszcie społeczeństwa. Przy bliższej analizie okazuje się, że rzeczywistą treścią juryscentryzmu Kozaka jest prawniczy autorytaryzm, w ramach którego „Ustawodawca (...) [m]oże sobie stanowić, co zechce [sic!] i co jest mu politycznie wygodne, ale autonomiczne sądy – w tym konstytucyjne – będą i tak stosowały tylko to, co mieści się w akceptowalnym, kulturowo ukształtowanym wzorcu”³¹¹. Przy czym, co istotne, Kozakowi nie chodzi o wzorzec kultury społeczeństwa, gdyż „prawo nie będzie autorytetem dla postronnych, jeżeli sędziowie, adwokaci i urzędnicy kierować się będą w swych działaniach wskazaniem polityki, religii czy wzorcami wartościowania preferowanymi przez myślenie potoczne”³¹². Prawo, zdaniem Kozaka, nie może być „czymś wtórnym wobec polityki, religii czy obyczajów”³¹³. Jest ono po prostu „inne co do istoty (...), opiera się na innych podstawach, odwołuje się (...) do czysto formalnych wartości”, zaś „jedyne, czego (...) potrzebuje (...), to autorytet”³¹⁴. Juryscentryzm więc, pomimo pewnych atrakcyjnych dla krytycznej filozofii prawa założeń, okazuje się niczym innym niż „wewnętrzna ideologia prawa”, narracją obliczoną na budowę legitymizacji władzy prawników w społeczeństwie, nieodwołującą się jednak do żadnych założeń bliskich teorii krytycznej, w szczególności niepodzielającą ani hermeneutyki podejrzeń, ani celu emancypacyjnego, które dla postawy krytycznej są podstawowe. Jak barwnie podsumował poglądy Kozaka Adam Sulikowski, „można traktować juryscentryzm jako efekt krystalizacji myśli, iż prawnicy »w obliczu

³⁰⁸ Zob. w szczególności D. Kennedy, *Legal Reasoning...*, passim.

³⁰⁹ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 155–156.

³¹⁰ A. Kojève, *An Outline of the Phenomenology...*, s. 233–276.

³¹¹ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 149.

³¹² *Ibidem*, s. 155.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*.

postmodernistycznej nawały» mogą, niczym Sienkiewiczowski Zagłoba w *Po-topie*, oddać »wrogowi« Niderlandy, ale bronić muszą, jak lwy, każdej »piędzi własnej ziemi«³¹⁵.

Relatywizacja poznania, będącego zawsze interpretacją, do wspólnot interpretacyjnych każe krytycznej jurysprudencji przyjąć za własną wynikającą z prac Derridy tezę, że „tym, co istnieje, nie jest świat znaczonego, lecz znaczące – sam tekst, wypowiedź, która bytuje niezależnie od autora i znaczonego. (...) O znaczeniu decyduje przygodny kontekst – praktyczne odczytanie tekstu przez jednostkę lub grupę. Nie ma przy tym obiektywnie lepszych i gorszych odczytań, są tylko odczytania lokalnie mniej lub bardziej akceptowalne”³¹⁶. Metodologiczną konsekwencją takich założeń jest, oczywiście, dekonstrukcja, o której będzie mowa w paragrafie 7 poniżej.

Znaczenie wspólnot interpretacyjnych dla wykładni i stosowania prawa, czyli mówiąc językiem niniejszej pracy – dla orzekania, podkreśla się nie tylko w juryscentryzmie Artura Kozaka, ale także w modelu holistycznej interpretacji Marcina Matczaka. Ten drugi autor posługuje się pojęciem „wspólnoty komunikacyjnej”, której przypisuje zasadniczą rolę w dekodowaniu znaczeń zawartych w tekście prawnym. Interpretując pogląd Matczaka, Przemysław Kaczmarek podkreśla, że holizm interpretacyjny „zwraca uwagę na kontekstowy i konwencjonalny (...) charakter [pojęć zakodowanych w tekście prawnym – R.M.], ustalany w ramach wspólnoty komunikacyjnej”³¹⁷, zaś „ustalanie znaczenia wyrażen tekstu prawnego polega na badaniu sposobów użycia danych terminów we wspólnocie komunikacyjnej”³¹⁸.

7. Założenia metodologiczne krytycznej filozofii prawa

Swojego rodzaju wizytówką metodologicznych założeń prawoznawstwa krytycznego jest programowy synkretyzm i innowacyjność. Synkretyzm oznacza tu postawę, w której nadrzędnym i miarodajnym wskaźnikiem dla krytycznego prawoznawstwa są hermeneutyka podejrzeń i cel emancypacyjny, natomiast dobór środków prowadzących do tego celu jest już kwestią swobodnego wyboru poszczególnych badaczy³¹⁹. Aspekt innowacyjności podkreśla nestor brytyjskiej szkoły krytycznego prawoznawstwa Costas Douzinas, pisząc, że w ramach corocznych spotkań tej szkoły – Krytycznych Konferencji Prawniczych (*Critical Legal Conferences*) – „w sposób pionierski podejmowano dorobek rozmaitych

³¹⁵ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 132.

³¹⁶ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 110.

³¹⁷ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 104.

³¹⁸ *Ibidem*, s. 103. Por. M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 143–145.

³¹⁹ Por. C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 241.

szkół krytycznych, takich jak postmodernizm, fenomenologia, postkolonializm, krytyczna teoria rasowa, feminizm, teoria queer, teoria i historia sztuki, etyka Innego (...), ontologia mnogiej pojedynczości (...), krytyka biopolityki i postpolityki, przyczyniając się do powstania nowego i silniejszego związku pomiędzy teorią a praktyką. Konferencje te były jedynymi w świecie akademickim przestrzeniami, gdzie takie tematy były dyskutowane na wiele lat przed tym, jak zyskały uznanie i włączono je do dominującego nurtu badań naukowych³²⁰. Prawoznawstwo krytyczne było i jest więc tym prądem w nauce prawa, który jako pierwszy angażuje zasoby nowatorskich nurtów humanistyki, wpisujących się w szeroki nurt poststrukturalizmu, postmodernizmu czy też ostatnio także psychoanalizy.

Jednym z fundamentalnych aspektów metodologicznych krytycznej filozofii prawa jest przyjęcie za punkt wyjścia hermeneutyki podejrzeń, co przejawia się m.in. w nawiązywaniu do trzech wielkich twórców „szkoły podejrzeń”, jak Paul Ricoeur określił łącznie Marksa, Freuda i Nietzschego³²¹. Zdaniem Sulikowskiego dorobek właśnie tych trzech myślicieli można określić jako podstawę źródeł krytycznej filozofii prawa³²². W tej optyce krytyczne prawoznawstwo jest po prostu lokalną (prawniczą) aplikacją ogólniejszych dyskursów emancypacyjnych³²³. Zdaniem amerykańskiego filozofa prawa Briana Leitera „Marksa, Nietzschego i Freuda należy przede wszystkim rozumieć jako myślicieli naturalistycznych, to jest myślicieli, którzy postrzegają dociekania filozoficzne jako pozostające w ścisłym związku z poprawnym empirycznym rozumieniem świata naturalnego i sił sprawczych, które w jego obrębie działają. Pojmowanie świadomego życia na sposób naturalistyczny, w kategoriach jego rzeczywistych przyczyn, przyczynia się do krytyki treści świadomości – jest to, mówiąc krótko, istota hermeneutyki podejrzeń”³²⁴. Zdaniem Leitera odwoływanie się do myśli Marksa, Nietzschego i Freuda pozwala uczynić filozofię „relevantną, ponieważ świat – napędzany hipokryzją i skrytością – koniecznie potrzebuje hermeneutyki podejrzeń, która go zdemaskuje”³²⁵. Jak wskazuje Tomasz Pietrzykowski, tym, co wspólne dla rozmaitych nurtów krytycznej jurysprudencji, jest „ogólna postawa badawcza i pojmowanie przez jej zwolenników zadań prawoznawstwa. Powinno być ono zorientowane na ujawnianie rzeczywistej genezy, funkcji społecznej i ekonomicznego, politycznego i kulturowego uwikłania konkretnych rozwiązań prawnych, rozumowań i argumentacji, jak i legitymizujących je ideologii i teorii prawniczych.

³²⁰ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 8 (przekład zmodyfikowany). O biopolityce por. S. Oliwniak, *Giorgio Agamben...*

³²¹ P. Ricoeur, *Freud and Philosophy*, Yale University Press, New Haven 1970, s. 32.

³²² A. Sulikowski, *Prawa a ideologia...*, s. 19.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ B. Leiter, *The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche and Freud*, „The University of Texas School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper” 2005, nr 75, s. 150–151, <http://ssrn.com/abstract=691002> [dostęp: 20 III 2018 r.].

³²⁵ *Ibidem*, s. 153.

Zadaniem badacza prawa jest więc dokonanie ich krytycznej dekonstrukcji ujawniającej kulturowo-społeczną genezę i funkcję, jaką faktycznie pełnią³²⁶.

Co oczywiste, szczegółowe strategie metodologiczne, przyjmowane przez przedstawicieli krytycznej filozofii prawa są nie tylko heterogeniczne, ale wręcz – jak trafnie zauważył Sulikowski – jawnie sprzeczne ze sobą³²⁷. Pomimo to wydaje się, że w obrębie różnych podejść możliwe jest wyodrębnienie wspólnego rdzenia, który sprowadzałby się do dwóch aspektów:

- 1) hermeneutyka podejrzeń (aspekt epistemologiczny);
- 2) cel emancypacyjny (aspekt prakseologiczny).

Takie założenie jest zbieżne z tezą Pawła Skuczyńskiego, którego zdaniem, „Jeśli (...) nauki podzielić ze względu na konstytuujące je interesy poznawcze, to można wyróżnić dyscypliny empiryczno-analityczne realizujące interes techniczny, historyczno-hermeneutyczne realizujące interes praktyczny oraz krytyczne nauki społeczne realizujące interes emancypacyjny. Polega on na tym, że wiedza o zasadach działania społeczeństwa i podmiotu »wzbudza proces refleksji w świadomości tych, o których prawa te mówią« [J. Habermas]. W konsekwencji wspomniana wiedza jest warunkiem możliwości odrzucenia takich zasad lub ich przekształcenia. W tym sensie praktyka społeczna staje się niezależna od zasad ją konstytuujących, a więc następuje jej emancypacja. Do nauk takich należą ekonomia, socjologia czy politologia³²⁸. W tym ujęciu można mówić o krytycznej nauce o prawie jako o projekcie rozwijania prawoznawstwa o charakterze programowo emancypacyjnym³²⁹.

Podejście krytyczne w prawoznawstwie można rozumieć, za amerykańskim klasykiem *critical legal studies* Kennedym, „zarówno w znaczeniu atakowania istniejących instytucji społecznych i kulturalnych (*social and cultural arrangements*), jak i wewnętrznej krytyki tekstów i praktyk³³⁰. Krytyczny dyskurs³³¹ o prawie jest więc przejawem objęcia jego tekstów przedmiotem zainteresowania krytyki ideologii rozumianej – za Žiżkiem – jako wykrywanie punktów załamania się pola ideologicznego, które jednak (będąc symptomami) są równocześnie niezbędnymi elementami tego pola³³². Ryszard Sarkowicz wskazuje zaś trzy cechy radykalizmu krytycznego prawoznawstwa: antypozytywizm, antylegalizm i antyformalizm³³³. Krytyczna filozofia prawa ma więc nie tylko

³²⁶ T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 127. Por. J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 490.

³²⁷ A. Sulikowski, *Prawa a ideologia...*, s. 19.

³²⁸ P. Skuczyński, *Typy myśli krytycznej...*, s. 133.

³²⁹ Por. *ibidem*, s. 134.

³³⁰ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 5.

³³¹ Pojęcie „dyskurs” rozumiem tu jako użycie języka stanowiące formę praktyki społecznej – por. N. Fairclough, *Critical Discourse Analysis*, Pearson, Boston 1995, s. 7.

³³² S. Žižek, *The Sublime Object...*, s. 16.

³³³ R. Sarkowicz, [w:] J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999, s. 178–179. Por. J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 490.

funkcję deskryptywną (w duchu hermeneutyki podejrzeń), ale też otwarcie deklaratywną funkcję normatywną, co odróżnia ją zdecydowanie od analitycznej teorii prawa³³⁴. Przy czym, jak trafnie zauważa Andrzej Bator, teoria krytyczna „uświadamia, że zjawiska proste mogą być bardziej skomplikowane, niż się nam (także prawnikom) wydaje z perspektywy własnych habitusów i pragmatyk zawodowych”³³⁵. Fakt świadomego i otwartego zaangażowania badacza (w realizację celów emancypacyjnych) odróżnia jurysprudencję krytyczną od nurtów niekrytycznych, włączając w to postpozytywizm³³⁶. Dla krytycznej nauki o prawie – podobnie jak dla realizmu prawniczego – nie do przyjęcia są „dogmatyzm i formalizm badań nad tekstami prawnymi”, gdyż zakładają „każdorazowo akceptację decyzji podejmowanych przez ośrodek władzy politycznej, co czyni nauki prawne niezdołnymi do krytyki rzeczywistości”³³⁷.

Na pytanie, czy krytyka prawa w rozumieniu prawoznawstwa krytycznego jest lokalnym, prawniczym zastosowaniem krytyki w ogólności (zwłaszcza w rozumieniu teorii krytycznej), czy też jest specyficznie prawniczym zjawiskiem, które z krytyką w ogólności dzieli jedynie termin, można, jak sądzę, udzielić tylko jednej odpowiedzi: krytyka prawnicza jest aplikacją założeń teorii krytycznej w polu prawnym. Odwołując się do terminologicznej propozycji Marka Zirk-Sadowskiego, krytyczne prawoznawstwo można więc określić jako podążające „od krytyki do prawa”.

Emancypacja ma na celu przede wszystkim usunięcie przejawów przemocy strukturalnej, generowanej przez hierarchie wpisane w sam dyskurs (polityczny, ekonomiczny czy prawny). Jak podkreśla Damjan Kukovec, przedstawiciele grup doświadczających przemocy i dominacji strukturalnej sami umacniają tę moc, gdyż „mogą zgadzać się na rozwiązania i sytuacje tylko z uwagi na ich podporządkowaną pozycję. Niezależnie od deklarowanych możliwości uwypuklenia

³³⁴ Ta ostatnia, w ujęciu Tomasza Gizberta-Studnickiego, ufundowana jest bowiem na trzech założeniach: (1) analiza pojęciowa jako główna metoda; (2) deskryptywność, a nie normatywność; (3) formułowanie tez odnoszących się do ogółu porządków prawnych (T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 18–19). Prawoznawstwo krytyczne na pewno opiera się na negacji pierwszych dwóch cech analitycznej teorii prawa, a ze względu na swój cel emancypacyjny – także cechy trzeciej, albowiem poddaje krytyce nie tylko prawo w ogólności, ale też konkretne porządki prawne i ich funkcjonowanie.

³³⁵ A. Bator, *Systemowość...*, s. 85. Bator sądzi jednak, że „Taką krytyczną i demistyfikującą nie może być już jednak zawodowa postawa prawnika oraz budowana wokół praktyki prawniczej nauka prawa” (*ibidem*). Z powodów, które przedstawiam szerzej w rozdziale IV (w odniesieniu do postawy prawnika), nie mogę się z tym poglądem zgodzić.

³³⁶ Por. A. Grabowski, *W stronę...*, s. 159: „Postpozytywistyczna teoria prawa uznaje za *stansowany, bezstronny punkt widzenia*, wychodzący poza tradycyjny spór o związki prawa z moralnością, za właściwe podejście badawcze do prawa”.

³³⁷ Z. Pulka, *Stanisława Ehrlicha wersja realizmu prawnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, t. 40, z. 3–4, s. 38.

krzywd (*harms*), jak np. poprzez realizację zasady partycypacji demokratycznej, krzywdy (*injuries*) podporządkowanych pozostają w sferze prywatnej. Jest zadaniem prawników, by takie uciszone krzywdy zidentyfikować i opracować strategie prawne, mające na celu zaradzenie im³³⁸. Jedną z form kontestacji przemocy jest ujawnianie ukrytych struktur władzy³³⁹, zgodnie z założeniem Michela Foucaulta, że już samo wyjście takich struktur na światło dzienne jest pierwszym krokiem do emancypacji³⁴⁰. Przemoc taka, uniemożliwiająca samorealizację jednostki, może tkwić nie tylko w strukturach prawnych i jawnie dyscyplinarnych, ale także w strukturach świata pracy czy konsumpcji, które zniewalają człowieka i poddają go logice racjonalności instrumentalnej³⁴¹. Powstaje naturalnie pytanie, kto ma być adresatem dyskursów emancypacyjnych, tj. kogo (jakie jednostki lub grupy) pragnie wyemancypować krytyczny dyskurs o prawie. Wspominałem już o najbardziej oczywistym adresacie w postaci podmiotów zdominowanych ekonomicznie (klasy pracowniczej), a także kobiet (jurysprudencja feministyczna), osób o odmiennym niż biały kolorze skóry (krytyczna teoria rasowa), państw peryferyjnych (jurysprudencja postkolonialna, globalna ekonomia polityczna prawa). Warto odnotować także pojawienie się coraz silniejszych dyskursów prawnych, niekoniecznie wywodzących się z tradycji *critical legal studies*, uznających za dogodny obiekt emancypacji także zwierzęta³⁴².

Krytyczne prawoznawstwo przejmując z innych zaangażowanych emancypacyjnie nurtów postmodernizmu i poststrukturalizmu tzw. etykę Innego³⁴³, rozumianą jako otwarcie na podmiotowości poddane dominacji i dążenie do ich grupowej, tożsamościowej emancypacji. Obszar prawa jest w tym zakresie kluczowy, gdyż, na co zwraca uwagę Sulikowski, „prawnicza moderna wkracza na scenę, kiedy panujący w głównonurtowych dyskursach model człowieka-podmiotu (...) postrzega w nim białego mężczyznę (...), w dostatecznym stopniu zamożnego, co miało zapewnić jego rozumność, roztropność i przewidywalność”³⁴⁴. Dążenie do emancypacji – nadania praw i uznania specyficznej podmiotowości – innych

³³⁸ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 335.

³³⁹ Tu ujawnia się kolejna zbieżność pomiędzy krytyczną nauką o prawie a realizmem prawnym Stanisława Ehrlicha, który postulował, by nauki prawne były równocześnie naukami politycznymi, tj. badały „to, co polityczne w rzeczywistości społecznej” (Z. Pulka, *Stanisława Ehrlicha...*, s. 39).

³⁴⁰ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 157.

³⁴¹ *Ibidem*, s. 158.

³⁴² W. Jedlecka, J. Helios, *Ochrona zwierząt w polskim prawie administracyjnym i karnym*, „Prawo i Więź” 2017, z. 6; J. Helios, W. Jedlecka, *Okrucieństwo wobec zwierząt z punktu widzenia psychologii i filozofii: zarys problemu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 108; J. Helios, W. Jedlecka, *Współczesne oblicza przemocy...*, s. 123 i n.; T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 210 i n.

³⁴³ Do problematyki etyki Innego przyjdzie jeszcze powrócić w rozdziale IV dotyczącym etycznych wymiarów orzekania.

³⁴⁴ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 77.

jednostek było i jest jednym z głównym zadań stawianych przed krytyczną nauką prawa i krytyczną (radykałną) praktyką prawniczą (*radical lawyering*). Prekursorką tych dążeń może być Francuzka Olimpia de Gouges, która „uzyskawszy oficjalną wykładnię rządową, iż Deklaracja Praw Człowieka [w oryginale francuskim „Mężczyzny” – R.M.] i Obywatela (...) dotyczy tylko mężczyzn, wystąpiła z projektem Deklaracji Praw Kobiety i Obywatelki”³⁴⁵.

Ujmując krytykę prawa od strony jej założeń metodologicznych, nie sposób nie postawić kwestii o jej przedmiot, a dokładniej, czy jest nim treść prawa (konkretna treść normatywna zarówno norm generalnych i abstrakcyjnych, jak i orzecznictwa) czy sama forma prawa, tj. specyficzny dyskurs prawniczego subświata, czy też oba te elementy. Jeżeli zaś oba, to w jakiej relacji pozostają do siebie: krytyka formy prawnej i krytyka treści prawa³⁴⁶.

Treść prawa to zresztą nie tylko sama treść normatywna, wysłowiona w przepisach i orzecznictwie³⁴⁷, ale też skutki, jakie prawo wywiera na inne subświaty, w szczególności polityczny i ekonomiczny³⁴⁸. Tę ostatnią problematykę bada socjologia prawa, jednak zbyt często uchodzi ona uwadze filozofów i teoretyków prawa, skupionych na generalno-abstrakcyjnych normach i ich sądowej wykładni i stosowaniu. Z kolei krytyka formy prawnej może obejmować nie tylko formę prawną jako taką³⁴⁹, ale też jej konkretne postaci, w szczególności relację praw podmiotowych do prawa przedmiotowego i uprawnień proceduralnych względem prawa materialnego. Jak wiadomo, tę samą *prima facie* treść normatywną można ująć na różne sposoby, podobnie jak te same skutki w subświatach pozaprawnych można osiągnąć za pomocą rozmaitych instytucji prawnych. Krytyka konkretnej formy prawnej, np. formy praw człowieka, może przebiegać na płaszczyźnie teoretycznej (filozoficznej) albo może odwoływać się do empirii³⁵⁰. Podsumowując, należy podkreślić, że przedmiot krytyki prawa obejmuje zarówno treść, jak i formę prawa, które są analizowane zarówno w płaszczyźnie teoretycznej, jak też empirycznej.

Należy także postawić pytanie, czy krytyczna jurysprudencja przyjmuje punkt widzenia zewnętrzny czy wewnętrzny³⁵¹. Filozofia prawa głównego nurtu, np. Hart

³⁴⁵ *Ibidem*, s. 78.

³⁴⁶ Por. R. Mańko, *Form and Substance of Legal Continuity*, „Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 17, z. 2.

³⁴⁷ Por. T. Pietrzykowski, *Naturalizm...*, s. 31–32.

³⁴⁸ Zob. np. D. Šulmane, *Versatility of Effects of Legal Provisions*, [w:] *The Quality of Legal Acts and Its Importance in Contemporary Legal Space*, red. J. Rozenfelds, University of Latvia Press, Riga 2012. O pojęciu skuteczności we współczesnej socjologii prawa zob. D. Šulmane, „*Legislative inflation*”: *An Analysis of the Phenomenon in Contemporary Legal Discourse*, „Baltic Journal of Law & Politics” 2011, t. 4, z. 2, s. 88–91.

³⁴⁹ Por. R. Mańko, *Form and Substance...*, s. 221–223.

³⁵⁰ Por. C. Douzinas, *The End of Human Rights...*

³⁵¹ Por. Z. Pulka, *Hart–Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1999, t. 42.

czy Dworkin, optuje oczywiście za wewnętrzną perspektywą (wewnętrznym punktem widzenia), podobnie jak juryscentryzm Artura Kozaka. Kozak wprowadził słynne przeciwstawienie pomiędzy wyznawcą prawa (traktującego je jako zjawisko niemal religijne, tego bowiem wymaga wewnętrzny punkt widzenia) i znawcą prawa (przyjmującego zewnętrzny, *ergo* sceptyczny wobec prawniczej ideologii punkt widzenia)³⁵². Sam Kozak optował naturalnie za opcją wyznawcy prawa, uważając – swoją drogą słusznie – że przyjęcie postawy znawcy (zewnętrznej) podważa legitymizację prawa w społeczeństwie. Taką właśnie postawę, co oczywiste, programowo przyjmuje krytyczna teoria prawa.

W tym sensie jurysprudencja krytyczna należy więc do tzw. teorii zewnętrznej prawa w rozumieniu Kozaka, obok socjologii czy politologii. Z drugiej jednak strony, nadal pozostając w kręgu Kozakowej terminologii, należałoby niewątpliwie krytyczną teorię prawa zaliczyć do tego, co Kozak nazywał filozofią, a więc sztuką zadawania kłopotliwych pytań (przypomnijmy tu metaforę „wioskowego głupka”, za pomocą której Kozak barwnie opisał rolę filozofii). Krytyczna filozofia prawa chętnie, oczywiście, wciela się w tę rolę po to, by podważać, dekonstruować i delegitymizować prawo i obsługującą je, wraz z całą ideologiczną otoczką, samozadowoloną wspólnotę prawniczą. By jednak rolę tę wypełniać skutecznie, a zatem by krytyka ideologii prawnej była efektywna, konieczne jest – jak przypomina James Bohmann – zadbanie, by miała ona charakter „immanentny”, tj. odwoływała się do „norm i wartości” ideologii poddanej krytyce, ocenianych „względem ich historycznej realizacji w konkretnych instytucjach”³⁵³. Stąd, oczywiście, nacisk na pojęcie sprawiedliwości i pytanie o jego rzeczywistą realizację w prawie, ale też konieczność rozumienia – z wewnętrznego (poznawczo, nie aksjologicznie) punktu widzenia, na czym polega funkcjonowanie kultury prawnej. Internalizacja perspektywy wewnętrznej nie może pójść daleko, przed czym przestrzega Alan Hunt³⁵⁴. Mówiąc więc językiem Kozaka, krytyczny filozof prawa powinien zasadniczo łączyć perspektywę znawcy (włączając w to zrozumienie postawy wyznawcy), jednakże musi pozostać sceptykiem, jeśli chodzi o wiarę w prawo. Mówiąc inaczej, przedstawiciel jurysprudencji krytycznej jest więc niejako heretykiem w subświecie prawa: doskonale zna je od wewnątrz (aspekt znawcy), ale nie podziela jego dogmatów (negacja aspektu wyznawcy). Jak zauważa Douzinas, „Krytyk musi (...) w pewnym zakresie

³⁵² A. Kozak, *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa*, [w:] *Dyskrecjonalność...*, s. 68.

³⁵³ J. Bohman, *Critical Theory*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition)*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/critical-theory/> [dostęp: 20 III 2018 r.].

³⁵⁴ A. Hunt, *The Critique of Law: What is „Critical” About Critical Legal Theory?*, „Journal of Law and Society” 1987, t. 14, z. 1, s. 10.

zachowywać zewnętrzny punkt widzenia, a określony stopień niezrozumienia musi być elementem formułowanych przezeń opisów i ocen³⁵⁵.

Przedmiotem krytyki prawa uprawianej przez krytycznie zorientowaną jurysprudencję jest nie tylko treść prawa (treść norm prawnych) i forma (jurydyczność) jako taka, ale także – w obrębie prawniczej formy – argumentacje prawnicze. Jak wskazuje Sulikowski, „Poststrukturalizm podważa ideologiczną podstawę wszelkiego prawniczego formalizmu oraz obiektywizmu – tezę o wyższości, większej racjonalności, apolityczności neutralnej profesjonalnej postawy prawniczej względem jawnie politycznych i ideologicznych dążeń. (...) W drodze (...) argumentacji poststrukturalistów zakwestionowana zostaje (...) legitymacja społecznej instytucji i tak zwanej »wewnętrznej« perspektywy poznawczej w praktyce prawniczej i prawoznawstwie³⁵⁶. Krytyka ta przybiera konkretną postać krytyki wewnętrznej ideologii prawa, czyli mówiąc inaczej, ideologii jurydycznej.

Kolejnym istotnym problemem metodologicznym jest pytanie o relację pomiędzy teorią a empirią. Hunt twierdził, że „dowody empiryczne odgrywają istotną rolę w projekcie krytycznym, ponieważ nie tylko mogą zwrócić naszą uwagę na braki w istniejących teoriach, ale także otworzyć konstruktywne kierunki badań i konceptualizacji, które mogą przyczynić się do bardziej zadowalającego zrozumienia określonych elementów prawa³⁵⁷. Podczas gdy konwencjonalną dekonstrukcję można uprawiać jako *armchair philosophy*, krytyczne prawoznawstwo miałyby zbyt wiele do stracenia, gdyby ograniczyło się tylko do czysto teoretycznych badań, bez analizy rzeczywistego „prawa w działaniu”. Stąd potrzeba nie tylko badań nad empirią rozumianą jako dyskurs prawniczy (piśmiennictwo doktryny, orzecznictwo), ale także badań socjologicznych (terenowych), prowadzonych oczywiście z określonej, krytycznej perspektywy³⁵⁸. Interesujące wydają się próby posługiwania się w tym celu koncepcjami Pierre’a Bourdieu, co czynią polscy socjologowie krytyczni Tomasz Warczok i Hanna Dębska³⁵⁹.

³⁵⁵ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 11. Por. T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna...*, s. 25–27 (o przyjmowaniu wewnętrznego punktu widzenia przez teoretyka prawa). Odmienne jednak niż analityczny teoretyk prawa, krytyczny filozof prawa opiera swoją metodę właśnie na zaangażowaniu określonych wartości politycznych (niekoniecznie podzielanych przez uczestników praktyki prawniczej) do konstruowania krytyki. Sytuacja jest więc niejako odwrotna niż w przypadku teoretyka analitycznego.

³⁵⁶ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 185–186.

³⁵⁷ A. Hunt, *The Critique of Law...*, s. 16.

³⁵⁸ Formułowany tu postulat jest zresztą również zgłaszany w odniesieniu do wszelkiej teorii prawa, która odrywając się od dyskursów prawniczych, traci żywotność i staje przed ryzykiem marginalizacji. Por. A. Bator, *Systemowość...*, s. 81. Siłą krytycznej filozofii prawa D. Kennedy’ego jest jej fenomenologiczność; jest też jej słabością, bo fenomen jurydyczności w Stanach Zjednoczonych jest – na tle praktyki sądów polskich czy unijnych – dość specyficzny.

³⁵⁹ Por. H. Dębska, T. Warczok, *Sacred Law and Profane Politics. The Symbolic Construction of the Constitutional Tribunal*, „Polish Sociological Review” 2014, nr 4(188), s. 465–478; H. Dębska, T. Warczok, *The Social Construction...*, s. 106–130.

Znaczący potencjał metodologiczny tkwi także w krytycznej analizie dyskursu (tzw. KAD³⁶⁰), teorii metafor pojęciowych (konceptualnych)³⁶¹, czy też metodach inspirowanych narzędziami psychoanalizy³⁶². Wspólne dla krytycznej nauki o prawie i realizmu prawnego (w wersji Stanisława Ehrlicha) jest położenie akcentu na podejście „interdyscyplinarne i wielopłaszczyznowe, które w badaniu zjawisk prawnych integruje dorobek wszystkich nauk społeczno-humanistycznych”³⁶³.

8. Aspekty etyczne krytycznej filozofii prawa

W brytyjskiej szkole krytycznego prawoznawstwa wysunięto na czołowe miejsce aspekt etyczny uprawiania tak zorientowanej jurysprudenencji i praktyki prawniczej³⁶⁴. Nestor *British Critical Legal Studies* Costas Douzinas wskazuje, że „Intelektualnym i moralnym obowiązkiem akademików jest, ściśle rzecz ujmując, ochrona prawości uniwersytetu i własnej dyscypliny naukowej przed prywatyzacją, komercjalizacją i duszącą kulturą audytu. Odpowiedzialność ta, spoczywająca na wszystkich ludziach nauki, była głównym przedmiotem zaangażowania prawników krytycznych, którzy stanowią sumienie zawodów prawniczych”³⁶⁵. Douzinas przeciwstawia intelektualistę-krytyka figurze eksperta³⁶⁶. Zauważa, że eksperci są na usługach rządów i przemysłu informacyjnego, wykonując „to, co J. Lacan nazwał »dyskursem uniwersytetu«. Rzekome skomplikowanie sprawowania współcześnie władzy i wyżyny naukowej złożoności oznaczają, że właściwe, obiektywne rady udzielane twórcom polityk (*policy-makers*) mają pomagać w rozwiązywaniu problemów. Rolą intelektualistów-akademików jest oferowanie narzędzi, stawanie się narzędziami rządu. Ekspercka wiedza ekonomiczna

³⁶⁰ A. Sulikowski, *Perspektywy zastosowań metod Krytycznej Analizy Dyskursu w badaniach nad prawem. Kilka uwag*, „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” 2014, t. 8.

³⁶¹ Zob. np. I. Wiczak-Plisiecka, S. Wojtczak, R. Augustyn, *Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017. Z klasycznych opracowań zob.: G. Lakoff, M. Johnson, *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago 2003; Z. Kövecses, *Metaphor: A Practical Introduction*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 2010.

³⁶² Zob. np. M. Stambulski, *Edukacja prawnicza na poziomie Wyobraźniowym, Symbolicznym i Realnym*, „Krytyka Prawa” 2016, t. 8, z. 3.

³⁶³ Z. Pulka, *Stanisława Ehrlicha...*, s. 35–36. Zob. także: S. Ehrlich, *Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 11; idem, *O tak zwanej dogmatyce prawa*, [w:] *Studia z teorii prawa*, red. S. Ehrlich, PWN, Warszawa 1965, s. 59 i n.

³⁶⁴ Odmienne w prawoznawstwie analitycznym (Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 97; A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa...*, s. 42).

³⁶⁵ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 8. Na etyczny aspekt nauki prawa wskazywał też Andrzej Bator, podkreślając jej rolę w sytuacji konfrontacji jednostki z państwem (A. Bator, *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność...*, s. 40).

³⁶⁶ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 14.

i naukowa nie jest przedmiotem dyskusji i głosowania. W istocie wszelka partycypacja i mobilizacja demokratyczna jest kosztowna, kontrproduktywna i daje wrażenie, że może istnieć więcej niż jedno rozwiązanie problemów, na które istnieją obiektywnie prawidłowe odpowiedzi³⁶⁷. Jak zauważa z kolei Sulikowski, „Ekspert to szczytowe osiągnięcie humanistycznej paidei w wydaniu nowoczesnym – człowiek dzięki rozumowi uwolniony od tego, co przyziemne, i choć powszechne, to niegodne – podmiot, przez który przemawia władza. Korelatem wzrostu roli ekspertów jest jurydyzacja wielu sfer społecznej i gospodarczej aktywności, u podstaw której (...) leży modernistyczny kult sterowania i związana z nim instrumentalizacja prawa³⁶⁸. Jak zauważa Leszek Koczanowicz, „Decyzje zarezerwowane dla »woli ludu« podejmowane są przez administrację wspieraną przez ekspertów i mogą dotyczyć (...) także indywidualnych praw jednostki³⁶⁹. Skrajnymi przykładami rządów ekspertów-technokratów było zastąpienie demokratycznie wybranych rządów w Grecji i Włoszech narzuconymi przez technokratyczną centralę „rządami fachowców”, mającymi jedno zadanie – wdrożyć (w „prawnych” formach, w istocie noszących znamiona stanu wyjątkowego³⁷⁰) wskazania ekonomicznych technokratów bez względu na społeczne koszty³⁷¹.

Wysługującemu się panującemu establishmentowi ekspertowi Douzinas przeciwstawia figurę etycznego i zaangażowanego krytyka: „Ten typ intelektualisty porzucił odpowiedzialność wiedzy lub władzy na rzecz nieodpowiedzialności walki. (...) Jest się odpowiedzialnym, gdy odpowiada się na żądanie (moralne). Żądanie to może pochodzić od władzy lub od Innego. (...) Z kolei odpowiedzialność moralna odpowiada żądaniom biopolitycznie wykluczonych, pozbawionych demokratycznych praw, pracowników prekaryjnych i osób bezrobotnych. W okresach intensywnego kryzysu pojawia się paląca potrzeba opowiedzenia się po którejś ze stron, potrzeba, która przelamuje neutralność. Uroszczenia do obiektywizmu, zawsze nieco problematyczne, nie dają się dłużej utrzymywać, same stając się polem konfrontacji³⁷². Podobnie formułował wysokie oczekiwania moralne wobec intelektualistów Zygmunt Bauman, pisząc, że „Być intelektualistą to sprawa decyzji moralnej: odpowiadam za coś więcej niż dobre wykonywanie roboty, jaką mi w społecznym podziale pracy przydzielono³⁷³.

³⁶⁷ *Ibidem*, s. 15.

³⁶⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 65.

³⁶⁹ L. Koczanowicz, *Polityka dialogu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2015, s. 205.

³⁷⁰ Por. D. Kivotidis, *The Form and Content of the Greek Crisis Legislation*, „Law and Critique” 2018, t. 29, z. 1.

³⁷¹ Por. M. Everson, *The Fault of (European) Law in (Political and Social) Economic Crisis*, „Law and Critique” 2013, t. 24, z. 2; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, wyd. 4, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 621.

³⁷² C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 16.

³⁷³ Z. Bauman, *Prawodawcy i tłumacze*, tłum. A. Ceynowa, J. Giebułtowski, IFiS PAN, Warszawa 1998, s. 258.

Można też spojrzeć na sprawę emancypacji z perspektywy ponadczasowej wartości, jaką jest sprawiedliwość. Jak zauważa Ernesto Laclau, pojęcie sprawiedliwości jest pustym znaczącym – jest ono bowiem definiowane w opozycji do niesprawiedliwości, a trudno jest wskazać sytuację całkowicie wolną od tej ostatniej³⁷⁴. W istocie więc dążenie do sprawiedliwości może być po prostu rozumiane jako dążenie do stworzenia lepszego świata, bardziej zgodnego z pożądanym stanem rzeczy i akceptowanymi wartościami³⁷⁵. Wyraźny akcent na pojęcie sprawiedliwości jako element konstytutywny krytycznej filozofii prawa kładzie Douzinas, określając wręcz prawoznawstwo krytyczne jako „filozofię polityczną sprawiedliwości” (*political philosophy of justice*).

Inspiracji dla krytycznej jurysprudenencji w zakresie pojęcia sprawiedliwości dostarczył niewątpliwie czołowy francuski poststrukturalista Jacques Derrida³⁷⁶. Jego esej *La Force de la Loi* utożsamiał nieustanną dekonstrukcję prawa z dążeniem do sprawiedliwości, co jest nęsem krytycznego prawoznawstwa w Wielkiej Brytanii Costas Douzinas określił mianem motta tej szkoły³⁷⁷. Warto więc teraz pochylić się nad tym słynnym esejem, zaznaczając, że do problematyki sprawiedliwości przyjdzie jeszcze powrócić zwłaszcza w rozdziale IV poświęconym etyce orzekania oraz w rozdziale V dotyczącym legitymizacji.

Esaj Derridy *Moc prawa. Mistyczny fundament władzy* został napisany po francusku, a następnie przetłumaczony na język angielski i w tej wersji odczytany przez jego autora na konferencji zorganizowanej przez środowisko amerykańskich krytycznych filozofów prawa w Szkole Prawa im. Benjamina Cardoza (Cardozo Law School) w październiku 1989 r.³⁷⁸ Przekład angielski ukazał się w roku 1990³⁷⁹, a oryginał francuski – w roku 1994. Składa się on w istocie z dwóch esejów: *Od prawa do sprawiedliwości* oraz *Imię Benjamina*. Interesującej nas problematyki dotyczy pierwszy z nich, *Du droit à la justice*. Pierwsza część eseju poświęcona jest relacjom pomiędzy prawem a przemocą. Nawiązując do eseju Waltera Benjamina *Zur Kritik der Gewalt*, Derrida zapytuje: „W jaki sposób można odróżnić siłę prawa (*force de loi*) władzy prawowitej od przemocy jakoby pierwotnej, która miała ustanowić tę władzę i która sama z siebie nie mogła się autoryzować na podstawie żadnej wcześniejszej prawowitości, chociaż jest ona, w momencie początkowym, ani legalna ani nie legalna, a inni szybko dodaliby

³⁷⁴ E. Laclau, *On Populist Reason*, Verso, London 2005, s. 96–97. Podobnie C. Douzinas, *Adikia: On Communism and Rights*, [w:] *The Idea of Communism*, red. C. Douzinas, S. Žižek, Verso, London 2010, s. 90, który kładzie nacisk na łatwość odczuwania niesprawiedliwości przy równoczesnej trudności sformułowania powszechnie akceptowalnej teorii sprawiedliwości (jako programu pozytywnego).

³⁷⁵ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 319.

³⁷⁶ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 167.

³⁷⁷ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 9.

³⁷⁸ *Avertissement*, [w:] J. Derrida, *Force de loi. Le „Fondement mystique de l’autorité”*, Gallilée, Paris 1994, s. 9.

³⁷⁹ *Ibidem*, s. 10.

– ani sprawiedliwa, ani niesprawiedliwa?”³⁸⁰. Następnie, nawiązując do myśli Blaise’a Pascala i Michela Montaigne’a, prowadzi rozważania w celu ustalenia, czym jest ów tytułowy mistyczny fundament władzy, dochodząc zasadniczo do wniosku, że fundamentem tym jest sam kredyt zaufania, jakim obdarzamy władzę i prawo, nie pytając, skąd pochodzi³⁸¹. W istocie więc okazuje się, że cały autorytet prawa spoczywa na ustawowych fikcjach (*fictions legitimes*)³⁸². Prowadzi to do wniosku, że „Skoro pochodzenie władzy, podstawy albo fundamentu czy pozycji ustawy (*loi*) można z definicji oprzeć w ostatecznym rozrachunku tylko na nich samych, stają się one same przemocą bez podstawy. Nie znaczy to, by były one jako takie niesprawiedliwe, w znaczeniu »bezprawne« czy »nieprawomocne«. Nie są one ani legalne, ani nielegalne w momencie swojego ustanowienia. Przekraczają one opozycję podstawności i bezpodstawności, jak też wszelkiego fundacjonizmu i antyfundacjonizmu”³⁸³.

Stwierdzenie powyższe stanowi dla Derridy punkt wyjścia do zasygnalizowania przeciwstawienia pomiędzy prawem a sprawiedliwością, którego upatruje on w fakcie, że prawo poddaje się dekonstrukcji (gdyż pozbawione jest podstawności), podczas gdy sprawiedliwość „jako taka, jeżeli coś takiego istnieje poza lub ponad prawem, nie podlega dekonstrukcji. Nie bardziej niż dekonstrukcja jako taka, jeżeli coś takiego istnieje. D e k o n s t r u k c j a j e s t s p r a w i e d l i w o ś c i ą”³⁸⁴. Stwierdzenie to jest kluczowe dla całego problemu postrzegania sprawiedliwości przez Derridę, a także – o czym będzie mowa szerzej w rozdziale IV – dla modelu etyki sędziowskiej postulowanego przez Costasa Douzinasa i Adama Geareya. Konstatację, że sprawiedliwość jest dekonstrukcją, należy, jak sądzę, rozumieć w ten sposób, że jest ona nieustannym wyzwaniem etycznym skierowanym pod adresem prawa pozytywnego, poszukiwaniem możliwości jego przeformułowania i zreinterpretowania. Jak wyjaśnia bowiem Lotar Rasiński, „Biorąc pod uwagę stwierdzenie Derridy, iż »nie istnieje nic poza tekstem«, dekonstrukcję można przyrównać do »pracy tekstualnej« w formie »dwukrotnej lektury«. Pierwsze czytanie ma podążać linią dominującej interpretacji tekstu, jego założeń, pojęć i argumentacji. Drugie czytanie natomiast polega na śledzeniu wykluczanej, represjonowanej, uznawanej za gorszą interpretacji, formującej pewien ukryty nurt tekstu. Ustanowienie owej tekstualnej hierarchii pomiędzy dwiema interpretacjami pokazuje, że interpretacja dominująca jest zależna od tego, co wyklucza. W ten sposób relacja między tymi dwiema interpretacjami staje się ważniejsza niż sama interpretacja dominująca. Derrida stwierdza, że spowodowane jest to »uzupełniającym« charakterem dru-

³⁸⁰ J. Derrida, *Du droit à la justice*, [w:] idem, *Force de loi...*, s. 19.

³⁸¹ *Ibidem*, s. 30.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*, s. 34.

³⁸⁴ *Ibidem*, s. 35.

giej interpretacji, która zapełnia pierwotny brak w interpretacji dominującej³⁸⁵. Co interesujące, samo pojęcie dekonstrukcji (ukute, jako termin techniczny filozofii, przez Derridę) jest metaforą pojęciową³⁸⁶, nawiązującą do domeny źródłowej lingwistyki, gdzie – jak wyjaśnia Andrzej Miś – jest to „czynność przemieszczania słów w jakimś zdaniu napisanym w jednym języku, aby je ułożyć w takim porządku, jaki jest właściwy dla jakiegoś innego języka – a to po to, by łatwiej wytłumaczyć sens owego zdania. Na przykład zdanie łacińskie: *Tuas ego hodie accepi litteras* przekształca się poprzez dekonstrukcję w zdanie *Ego accepi hodie tuas litteras* – i tłumaczy się je w tym samym porządku na francuski: *J'ai reçu aujourd'hui ta lettre*³⁸⁷. Warto zwrócić uwagę na elementy domeny źródłowej, jakimi są przestawienie kolejności i możliwość odczytania w innym języku. Jak wskazuje cytowany A. Miś, „W filozoficznej dekonstrukcji także chodzi o dekonstrukcję istniejących konstrukcji myślowych i – ewentualnie – złożenie z użytych w ten sposób elementów na oczyszczonym w ten sposób terenie (na którym nie wiążą nas już zasady pierwotnego dyskursu) nowej całości”³⁸⁸. Spośród trzech typów dekonstrukcji – analizy semiotycznej, genealogicznej i funkcjonalnej³⁸⁹ – z perspektywy krytyki prawa (w imię sprawiedliwości) szczególnie interesujące wydają się dwie ostatnie. Analiza genealogiczna to taka, która „zmierza do tego, by ukazać ukryty sens jakiejś teorii czy pojęcia przez odkrycie jej pochodzenia. Wśród myślicieli stosujących taką operację można wymienić Platona, św. Augustyna, Montaigne’a, Pascala, Burke’a, de Maistre’a, Marksa, Nietzschego, Freuda, Foucaulta, Althussera, Derridę. (...) U Derridy analiza genealogiczna przybiera postać specyficzną – mianowicie analizy tego, co »poza ramą«, co jest *parergon*”³⁹⁰, co umożliwia np. w wypadku dekonstrukcji pojęcia podmiotu zakwestionowanie takich jego przymiotów, jak „zamkniętość, autonomia, jedność i homogeniczność”³⁹¹. Niewątpliwie, dekonstrukcja prawa – prowadzona w ramach metody genealogicznej – należy do istotnych metod krytycznego prawnoznawstwa, pozwala bowiem, poprzez dotarcie do genezy danej instytucji, ukazać jej przygodność i związek z konkretnym kontekstem, w jakim taka instytucja powstała, co pozwala na jej zakwestionowanie współcześnie czy też naświetlenie

³⁸⁵ L. Rasiński, *Pojęcie »dyskursu« w poststrukturalizmie: Derrida, Lacan, Foucault*, „Teoria i Praktyka – Człowiek – Edukacja” 2009, nr 3, s. 11.

³⁸⁶ O teorii metafor pojęciowych (*conceptual metaphor theory*) zob. ostatnio: M. Zalewska, *Znaczenie metafor pojęciowych na przykładzie prawa autorskiego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1; I. Wiczak-Plisiecka, S. Wojtczak, R. Augustyn, *Metafory konceptualne...*

³⁸⁷ A. Miś, *Humanizm – antyhumanizm – postmodernizm – dekonstrukcjonizm*, „Sztuka i Filozofia” 1990, z. 2, s. 31. O pojęciu dekonstrukcji zob. także B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja...*

³⁸⁸ A. Miś, *Humanizm...*, s. 31–32.

³⁸⁹ *Ibidem*, s. 32–35.

³⁹⁰ *Ibidem*, s. 33.

³⁹¹ *Ibidem*.

jej aspektów zazwyczaj ukrywanych przez narracje legitymizacyjne. I tak np. prowadzone w niniejszej pracy rozważania o relacjach pomiędzy orzekaniem a ideologią, orzekaniem a politycznością czy też orzekaniem a etyką mają charakter dekonstrukcyjny w tym znaczeniu, że kwestionują autonomię i zamkniętość pojęcia orzekania, ukazują jego porowaty charakter, fakt, że orzekanie nie jest jedynie suchym i mechanicznym „stosowaniem prawa”, ale że istotne są także inne jego aspekty, pomijane w narracjach głównego nurtu³⁹².

Również druga postać dekonstrukcji, wyróżniona przez Misia, jest niezwykle istotna dla krytyki prawa. Idzie o analizę funkcjonalną, która „ma na celu dyskredytację określonych teorii czy pojęć poprzez wykazanie, że są one jedynie wyrazem partykularnych interesów, że służyć mają ich ochronie, a więc że ogólna ich ważność jest złudzeniem – bądź też że są one jedynie wyrazem określonego momentu historycznego i jako takie mogą obowiązywać tylko w tym momencie”³⁹³. Zdaniem Misia przykładami badaczy stosujących tę metodę są w szczególności Marks, a współcześnie Bourdieu. Dekonstrukcja rozumiana jako sprawiedliwość i sprawiedliwość rozumiana jako dekonstrukcja wydają się więc przynależać do samej istoty krytycznej filozofii prawa, rozumianej jako dążenie do „przywrócenia prawa na łono sprawiedliwości”³⁹⁴, jak ujęli to Douzinas i Gearey.

Wreszcie można mówić o dekonstrukcji rozumianej jako odwrócenie hierarchii pojęciowych w obrębie przyjętych i utrwalonych dychotomii. Jak zauważa Damian Kałużny, „Centrum problematyki tekstów Derridy stanowi nierzadko analiza opozycyjnych względem siebie koncepcji. Celem krytyki nie jest tu ani uzgodnienie ich na gruncie trzeciego stanowiska, ani ich polemiczna antagonizacja, lecz wskazanie na źródłowość konstytuującej je różnicy. Dla Derridy dekonstrukcja musi wytwarzać się zawsze w zdarzeniu lektury konkretnych tekstów. Zdarzenie to nosi na sobie znamiona jednocześnie uniwersalności (jako lektura przeprowadzana na poziomie filozoficznego języka) i jednostkowości (jako wytwarzane w konkretnej sytuacji konkretnych koncepcji)”³⁹⁵. Jak wskazuje

³⁹² Z kolei genealogiczne badania nad orzekaniem w ramach nurtu historycznego, kładącego nacisk na aspekt pochodzenia, mogłyby – opierając się na narodzinach orzekania np. w prawie rzymskim (proces legisakcyjny, później formułkowy) – naświetlić krytycznie samo pojęcie, a tym samym poddać je dekonstrukcji. Interesujące byłoby np. naświetlenie ekonomicznych aspektów orzekania jako narzędzia dominacji właścicieli środków produkcji nad resztą społeczeństwa.

³⁹³ *Ibidem*, s. 33–34.

³⁹⁴ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 170.

³⁹⁵ D. Kałużny, *Levinas, Derrida i eschatoteologia człowieka*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2017, t. 6, z. 1, s. 91. Por. A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 184–185: „takie działanie [tj. dekonstrukcja – R.M.] powinno opierać się na strategii tropienia w opozycjach filozoficznych i językowych ukrytych hierarchii, relacji dominacji i przemocy po to, by hierarchie te «odwrócić», dostrzec, co za nimi stoi, i pytać, co byłoby, gdyby relacje dominacji przebiegały inaczej. Dekonstrukcja odbywa się w obrębie określonego systemu pojęciowego, ale przy jednoczesnym myślowym zakwestionowaniu hierarchicznych i genealo-

Douzinas, przedstawiciele jurysprudencji krytycznej badają teksty prawne „nie tylko w poszukiwaniu ich spójności, ale także w poszukiwaniu pominięć, tego, co wyparte i przeinaczone, znaków opresyjnej władzy i symptomów traum wywołanych przez instytucję. Jeżeli istnieje rasizm, patriarchy lub wyzysk ekonomiczny, zostanie on także wykryty w tekście, w jego retoryce i obrazach, pewnikach i pominięciach, które następnie można prześledzić poza tekstem, w życiorysach ludzi i historii dominacji”³⁹⁶. Dekonstrukcja ma zatem silny potencjał emancypacyjny³⁹⁷, co jest kluczowe w perspektywie wskazanych wyżej celów krytycznego prawoznawstwa.

Złożone relacje pomiędzy prawem a sprawiedliwością ujął Derrida w formie słynnych trzech aporii³⁹⁸. Pierwsza z nich, którą określił mianem „*epoche* normy”, polega na napięciu pomiędzy aspektem stosowania i ustanawiania prawa w orzekaniu. „Mówiąc krótko – wyjaśnia Derrida – aby orzeczenie (*décision*) było sprawiedliwe i odpowiedzialne, powinno ono, we właściwym dla siebie momencie, o ile on nastąpi, być zarazem poddanym regule i nieuregulowanym, powinno zachowywać ustawę i w wystarczającym stopniu niszczyć lub zawieszać ustawę, aby konieczne było, w każdym przypadku, jej ponowne wynalezienie, ponowne uzasadnienie, a przynajmniej jej ponowne wynalezienie w aspekcie reafirmacji i potwierdzenia na nowo i w sposób wolny leżącej u jej podstaw zasady”³⁹⁹. Jak wskazuje Sulikowski, Derrida kładzie nacisk na fakt, że napięcie między normą generalno-abstrakcyjną a wymogiem czynienia sprawiedliwości w danej sprawie poprzez zastosowanie normy indywidualno-konkretnej jest napięciem twórczym i wartym pielęgnowania⁴⁰⁰. Do aspektu tego przyjdzie powrócić w rozdziale IV poświęconym etyce orzekania, gdzie będę zastanawiał się nad problemem dialektyki pomiędzy prawem (poprzedzającym orzeczenie) a sprawiedliwością (jako jego negacją w postaci konkretnego przypadku) i wynikającą stąd syntezą w postaci orzeczenia.

gicznych założeń tego systemu. To zakwestionowanie wiąże się ze wskazaniem ideologicznych, kulturowych i społecznych uwikłań opozycji przyjmowanych w ramach systemu. (...) Dekonstrukcja prawa ujawnia, że o znaczeniu tekstów prawnych decydują kapilarne struktury władzy oraz dysseminacja, czyli przypadkowe rozplenianie się znaczeń. Interpretacyjna narośl nad prawem nie tworzy przy tym żadnych zobiektywizowanych kryteriów odczytań – władza i przygodność kreują akceptowalne rozumienia”.

³⁹⁶ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 9.

³⁹⁷ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 111.

³⁹⁸ J. Derrida, *Du droit...*, s. 50 i n. Należy przy tym pamiętać, że „to, co wyróżnia pogląd Derridy (...) jest uznanie samej aporii za cenną wartość, wyznacznik pożądanych postaw, warty pielęgnowania czynnik uwrażliwiający, a nie problem, który domaga się jednoznacznego rozstrzygnięcia przez sformułowanie reguł nakazujących preferować prawo bądź sprawiedliwość, ewentualnie budować między nimi takie czy inne kompromisy” (A. Sulikowski, *Derridańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, z. 1, s. 171).

³⁹⁹ J. Derrida, *Du droit...*, s. 51.

⁴⁰⁰ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 166.

Rozwinięciem problematyki ujętej w pierwszej aporii jest aporia druga, którą sam Derrida określił mianem „obsesji nierozstrzygalności” (*la hantise de l'indécidable*)⁴⁰¹. Wskazuje on, że orzeczenie, by mogło być sprawiedliwe, musi zarazem opierać się na regule, a także musi tę regułę stwarzać, przy czym w sytuacji, gdy jest ono oparte na regule, nic nie gwarantuje, że jest ona *in casu* słuszna⁴⁰². Pozwala to Derridzie na pewne przybliżenie pojęcia sprawiedliwości ponad to, co wskazał wcześniej, a mianowicie stwierdzenie, że „jeżeli dekonstruuje się wszelkie domniemanie rozstrzygającej pewności istniejącej sprawiedliwości, dokonuje się ona z punktu wyjścia w postaci nieskończonej »idei sprawiedliwości«, nieskończonej, ponieważ nieredukowalnej, nieredukowalnej, ponieważ należnej innemu – należnej innemu przed jakąkolwiek umową, ponieważ sprawiedliwość ta n a d e s z ł a, nadeszła od strony innego jako wciąż odmiennej jednostkowości. Niezwycięzalna dla wszelkiego sceptycyzmu (...), ta »idea sprawiedliwości« wydaje się niezniszczalna w swoim afirmatywnym charakterze, w swoim wymogu daru bez wymiany, bez obrotu, bez uznania, bez cyklu gospodarczego, bez kalkucji i bez reguły, bez rozumu lub bez racjonalności teoretycznej”⁴⁰³. Derrida stwierdza więc, że sprawiedliwość nigdy nie może być dana w apriorycznej regule; jako idea jest bowiem nieskończona i stanowi w istocie konsekwencję relacji ontologicznej: ja–inny. Jak zauważa Kałużny: „Z jednej strony absolutne domknięcie horyzontu prawa jest niemożliwe ontologicznie, ponieważ równałoby się zniesieniu konstytutywnego dla niego wykluczenia jednostki ludzkiej. Z drugiej strony prawo nie powinno zostać domknięte, ponieważ równałoby się to przekreśleniu transcendencji Innego”⁴⁰⁴. Sulikowski wskazuje, że w drugiej aporii Derrida w istocie podejmuje krytykę myślenia pozytywistycznego, albowiem „pozytywistyczna wierność regule zabija sens prawa, którym jest sprawiedliwość – z definicji niemożliwe do zaklęcia w regułę, właśnie ze względu na opresywność tejże, wpisaną niejako w jej strukturę”⁴⁰⁵.

Trzecia wreszcie aporia dotyczy napięcia pomiędzy koniecznością czynienia doskonałej sprawiedliwości (która wymaga nieograniczonych zasobów czasowych) a czasowymi ramami, w jakich sędzia musi podjąć decyzję w danej sprawie⁴⁰⁶.

Sprawiedliwość według Derridy jest więc „pojmowana jako nieskonkretyzowana idea [która jest] zawsze płynna i nigdy nie może zostać w pełni zrealizowana. Nie może być skryształizowana czy spetryfikowana w określonym pojęciu. Jest ciągłym zadaniem otwierania się na Innego”⁴⁰⁷. Dlatego rację ma Kukovec, gdy wska-

⁴⁰¹ J. Derrida, *Du droit...*, s. 52.

⁴⁰² *Ibidem*, s. 54.

⁴⁰³ *Ibidem*, s. 55–56.

⁴⁰⁴ D. Kałużny, *Levinas, Derrida...*, s. 92.

⁴⁰⁵ A. Sulikowski, *Opresywność...*, s. 32.

⁴⁰⁶ J. Derrida, *Du droit...*, s. 57 i n.

⁴⁰⁷ A. Sulikowski, *Opresywność...*, s. 32.

zuje, że „Celem przekształcenia społeczeństwa nie może być żadne rozwiązanie ostateczne, żaden doskonały porządek społeczny, teoria sprawiedliwości, wszechobecne afirmacje względów »społecznych« czy stabilny stan sprawiedliwości, lecz raczej ciągłe dążenie do »sprawiedliwości«. Jedyne, czego możemy być pewni, to to, że jeżeli kiedykolwiek uznamy, iż zadanie to zrealizowaliśmy, ponieważ odnaleźliśmy »sprawiedliwość« w tej czy innej formie (...), oznaczać to będzie, że utraciliśmy poczucie sprawiedliwości”⁴⁰⁸. Według słów Douzinas: „»Istnieją dwa typy sprawiedliwości« – twierdziliśmy (...). Pierwsze pojęcie sprawiedliwości rozumianej immanentnie pozwala na zadośćuczynienie – przekierowanie prawa, gdy zapomina ono o swych własnych obietnicach. Ale właściwa sprawiedliwość, zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz prawa, ocenia całokształt prawa w imię opartej na Innym zasady transcendentnej. Musimy marzyć lub śnić o prawie lub społeczeństwie wolnym od pogardy wobec człowieka, opresji i dominacji, tak by przyjmując ten niemożliwy, ale zarazem konieczny punkt widzenia, oceniać sytuację tu i teraz”⁴⁰⁹. Sprawiedliwość jawi się więc jako utopijny cel, w zasadzie niemożliwy do realizacji (przedmiot marzenia), ale z drugiej strony konkretyzuje się w dialektyce krytyki prawa obowiązującego i praktyki jego wykładni. Zarówno więc sprawiedliwość, jak i dekonstrukcja (które są pojęciami poniekąd zamiennymi) to procesy „ze swej istoty niemożliwe do zakończenia”⁴¹⁰.

Trudno jest zresztą mówić o dążeniu do sprawiedliwości w czasach, gdy praca sędziego upodobniła się do pracy w fabryce. Jak obrazowo ukazuje to Sulikowski, „sędziowie marzą o tak zwanych fajkach, czyli szybko zakończonych sprawach; są zresztą oceniani niemal ekonometrycznie na podstawie ilości »fajek« i braku »uchyłek«, czyli spraw zakwestionowanych w wyższych instancjach. W ten sposób praca sędziego nie różni się wiele od pracy w fabryce. Również jednostki są postrzegane i czują się konsumentami rozstrzygnięć prawnych, oczekują od sądów i organów prostych decyzji, które będą instrumentalnie wykorzystywane (...). Krytyczna refleksja o wartościach w prawie, o sprawiedliwości schodzi na plan dalszy – w obliczu skolonizowanej przez władzę i pieniądz maszyny prawniczej wydaje się wręcz śmiesznie naiwna”⁴¹¹. Co gorsza, mechanizm ten ma tendencję do samosterującej się reprodukcji. Jest tak dlatego, że kryteria awansu sędziowskiego uzależnione są „od liczby tzw. spraw odfajkowanych w danym czasie oraz od braku tzw. uchyłek. Ten ostatni warunek ma zapewnić nie tylko formalną poprawność orzeczeń (...), ale też zgodność wyroków z liniami orzeczniczymi, ich odtwórczość, wierność zastanym i uznanym (czasem przygodnie) punktom odniesienia”⁴¹².

⁴⁰⁸ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 336.

⁴⁰⁹ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 11.

⁴¹⁰ A. Sulikowski, *Derridiańska...*, s. 168.

⁴¹¹ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 188.

⁴¹² A. Sulikowski, *Opresywność...*, s. 31.

W dążenie do sprawiedliwości wpisany jest, co oczywiste, pewien element idealizmu, czy wręcz utopizmu. Jak pisze Douzinas, „Krytyka musi zawsze obejmować element utopijny, w przeciwnym bowiem wypadku pozostanie służebnicą dominujących sposobów rozumienia świata”⁴¹³. Duncan Kennedy wyraźnie odróżnia od siebie prawo i sprawiedliwość. Pisząc o sędziach, stwierdza: „Wybierają oni strategię pracy [interpretacyjnej – R.M.], ponieważ rozumieją swoje przedsięwzięcie jako związane ze »sprawiedliwością« pojmowaną jako coś, co nie jest tożsame ze stosowaniem prawa (*law application*). Rozumieją oni też obowiązek osiągnięcia sprawiedliwości (*duty to achieve justice*) jako »podporządkowany« prawu (*‘subordinate’ to law*)”⁴¹⁴. Rober Cover natomiast zauważył, że świat prawa – *nomos* – „zakłada stosowanie ludzkiej woli do istniejącego stanu rzeczy, jak również do naszych wizji alternatywnych przyszłości. *Nomos* to teźniejszy świat, konstytuowany przez system napięcia pomiędzy rzeczywistością a wizją”⁴¹⁵. Tym więc, co kluczowe dla świata prawniczego, jest pytanie o to, jaka ma być ta wizja (ideologia), w imię której prawo ocenia rzeczywistość, daje i odbiera uprawnienia, uwalnia i karze.

9. Pojęcie orzekania w perspektywie jurysprudencji krytycznej

W niniejszej pracy pojęcie „orzekanie” (jako odpowiednik anglosaskiego *adjudication*) będzie rozumiane szeroko, obejmując zjawiska określane przez analityczną filozofię prawa jako, po pierwsze, operatywna wykładnia prawa oraz, po drugie, jako sądowe stosowanie prawa⁴¹⁶. Tak rozumiane orzekanie (*adjudication*) stanowi praktykę społeczną istotowo odrębną od tworzenia generalnych i abstrakcyjnych norm prawnych przez ustawodawcę (*legislation*), nawet jeżeli orzecznictwo jest *de facto*, a nawet *de iure* (jak w krajach kultury *common law*) źródłem prawa⁴¹⁷. Dla anglosaskiej krytycznej filozofii prawa rozróżnienie na *adjudication* i *legislation* nie jest zresztą oparte na elemencie prawotwórczości (tworzenia nowości normatywnej), ale na różnicach podmiotowych (sądy *versus* parlamenty) oraz proceduralnych (rozstrzyganie na kanwie konkretnych stanów faktycznych *versus* programowo polityczne tworzenie generalnych i abstrakcyjnych aktów legislacyjnych). Podczas gdy oba działania świadomie zmierzają, szczególnie w przypadku anglosaskich sądów najwyższych, do tworzenia

⁴¹³ C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 11.

⁴¹⁴ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 161.

⁴¹⁵ R. Cover, *Nomos...*, s. 9.

⁴¹⁶ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 7–10, 43. Rozróżnienie to jest współcześnie kwestionowane na gruncie hermeneutyki prawniczej. Zob. S. Lindroos-Hovineimo, *Justice and the Ethics...*, s. 6–7.

⁴¹⁷ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 1.

generalnych i abstrakcyjnych norm prawnych, sądy czynią to na kanwie konkretnych stanów faktycznych i zakodowują normy w uzasadnieniu rozstrzygnięcia (a ściślej – w jego *ratio decidendi*), podczas gdy ustawodawcy zakodowują normy w abstrakcyjnie i generalnie sformułowanych przepisach prawa.

W rodzimej kulturze prawnej, głęboko zakorzenionej w tradycji kontynentalnej, różnica pomiędzy orzekaniem a legislacją zazwyczaj jest ujmowana jako różnica pomiędzy tworzeniem a stosowaniem prawa. W stosunku do koncepcji anglosaskich *crits*, takich jak Duncan Kennedy, nie mamy tu do czynienia jedynie z przesunięciem akcentów. Różnica w postrzeganiu *adjudication* w naszej kulturze prawnej i w kulturze anglosaskiej, szczególnie w jej samorozumieniu na gruncie (modernistycznego) realizmu prawniczego i (postmodernistycznej) krytycznej filozofii prawa, jest diametralna i prawdziwie istotowa. Powstaje wobec tego pytanie, w jaki sposób należy ująć pojęcie orzekania dla potrzeb tworzonej w niniejszej pracy krytycznej filozofii orzekania, biorąc pod uwagę, że celem pracy jest stworzenie teorii ogólnej, dającej się zastosować zarówno w Polsce, jak i za granicą, zarówno do Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i do polskiego SN czy TK bądź amerykańskiego Supreme Court. W tej sytuacji należy z definicji usunąć wszystko to, co lokalne i uwikłane w partykularną kulturę prawną, a pozostawić to, co uniwersalne i wspólne doświadczeniu prawnemu różnych epok i krajów.

Stąd też nie będzie możliwe ani mechaniczne przejście rozumienia *adjudication* na gruncie anglosaskiej literatury naukowej, ani też proste utożsamienie pojęcia orzekania z zastanymi na gruncie rodzimej teorii prawa pojęciami wykładni operatywnej i sądowego stosowania prawa. Konieczne będzie sformułowanie definicji, która wyjdzie poza skonkretyzowane doświadczenie określonych wspólnot prawniczych i dotrze do istoty fenomenu orzekania w jego ponadczasowym wymiarze. Odwołać się przy tym można chociażby do doświadczenia prawnego starożytnych Rzymian, którzy niewątpliwie fenomen orzekania znali, nawet jeżeli przebiegał on w zgoła odmiennym układzie instytucjonalnym niż współcześnie. W szczególności w okresie klasycznego prawa rzymskiego faza wykładni operatywnej (faza *in iure* – przed urzędnikiem jurysdykcyjnym) oddzielona była ściśle od fazy oceny stanu faktycznego i będącego jej rezultatem efektywnego zastosowania prawa do danego wypadku (faza *apud iudicem*). Nadto rolę prawotwórczą przypisywano, i to w pewnym momencie *explicite* oraz *ex lege*, jurysprudencji, czyli mówiąc współcześnie, doktrynie prawniczej, która nieraz formułowała swe rozstrzygnięcia na kanwie rzeczywistych stanów faktycznych, choć juryści zazwyczaj nie byli ani sędziami, ani urzędnikami jurysdykcyjnymi, lecz po prostu uczonymi prawnikami. O ile wszystkie trzy funkcje (uczonego jurysty, urzędnika jurysdykcyjnego i sędziego prywatnego) pełni dziś, w systemie anglosaskim, ten sam podmiot (sąd), o tyle w systemie kontynentalnym podział ról wygląda inaczej. W duchu tradycji rzymskiej doktryna prawnicza odgrywa olbrzymią rolę, chociaż nie przyznaje się jej formalnego statusu źródła prawa. Niemniej jednak

np. w niemieckiej kulturze prawnej pojęcie *herrschende Meinung*, odpowiednik dawnego *communis opinio doctorum*, ma ogromne znaczenie, a sąd nie tylko ma obowiązek odnieść się do poglądów doktryny, ale wręcz w przypadku zamiaru odejścia od *herrschende Meinung* musi taki krok przekonująco uzasadnić. Mówiąc językiem anglosaskiej teorii źródeł prawa, doktryna ma w Niemczech na w pół oficjalnie status *persuasive authority*. U nas sytuacja wygląda nieco inaczej, choć niewątpliwie znaczenie doktryny prawniczej jest ogromne, nieporównanie większe niż w modelu anglosaskim.

Powracając do głównego wątku rozważań, należy zatem przyjąć, że orzekanie powinno być rozumiane w sposób ponadczasowy, i co za tym idzie – odpowiednio szeroki, a jednocześnie pozbawiony elementów przygodnych i lokalnych. Wydaje się, że przesłanki takie spełnić może definicja, zgodnie z którą orzekaniem określać będziemy społeczną praktykę wydawania decyzji indywidualnych w sprawach spornych przez wyspecjalizowany organ, niezależny od stron sporu. W ramach takiej definicji zmieści się zarówno rzymski *iudex privatus* oraz *magistratus*, jak i dawne kolegium ds. wykroczeń w PRL czy współczesny trybunał arbitrażowy w sprawach inwestycyjnych. Równocześnie w skład definicji nie wejdą organy działające w sprawach bezspornych, jak też wydające decyzje *in causa sua*, czyli organy administracji decydujące z pozycji władzy w stosunku do podmiotów prywatnych. Pojęcie „sprawy spornej” należy rozumieć możliwie szeroko, a zatem nie tylko jako spór cywilnoprawny, ale także jako spór pomiędzy oskarżycielem a oskarżonym co do winy tego ostatniego, właściwy sprawie karnej. W sytuacji braku sporu trudno bowiem mówić o orzekaniu, a fakt wydawania np. przez polskie sądy postanowień w sprawach niespornych z zakresu prawa rodzinnego nie powinien przesłaniać istoty pojęcia *adjudication*. W tych bowiem wypadkach sąd zbliża się raczej do organu administracyjnego, a pojęcia sporności i niesporności na gruncie procesu cywilnego nie powinny rzutować na filozoficznoprawną definicję orzekania jako określonego zjawiska społecznego.

Rozdział II

Orzekanie a granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej

1. Problem granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej i jej determinant

Pojęcie „granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej” spopularyzował w polskim dyskursie filozoficznoprawnym twórca jurscentryzmu¹ Artur Kozak², chociaż oczywiście pojęciem posługiwano się już wcześniej³. Tym, co odróżniło ujęcie kładące nacisk na granice od innych sposobów patrzenia na władzę dyskrecjonalną sędziego, czy szerzej – prawnika, jest przyjęcie perspektywy podmiotowej (z punktu widzenia sędziego) i stawianie pytania o to, co go w działalności orzeczniczej ogranicza. Innymi słowy, chodzi o udzielenie odpowiedzi na pytanie, gdzie leżą granice jego władzy, jak daleko może się posunąć w kierowaniu się własnym poczuciem słuszności czy sprawiedliwości, a gdzie ta swoboda się kończy i dlaczego. W bardziej konwencjonalnym bowiem patrzeniu na dyskrecjonalność, szczególnie w tradycji pozytywistycznej, postrzegano to zjawisko nie w kategorii granic (aspekt negatywny), ale w kategorii „luzów decyzyjnych” (aspekt pozytywny) i pytano przede wszystkim o podstawy tych luzów, już to *explicite* ustanowionych w prawie pozytywnym, już to wynikających z właściwości prawa jako takiego i jego norm. Wynikało to, jak sądzę, z faktu, że ograniczenie prawnika przepisami prawa pozytywnego było czymś tak oczywistym, szczególnie w klasycznym pozytywizmie, że nie było trzeba problemu tego osobno podnosić. Granica tego, co uważano za prawo (tekstu ujmującego wolę prawodawcy) była wręcz konstytutywna dla wyobrażenia o sędzim jako podmiocie. Stąd problem ten niejako nie powstawał. Dopiero wraz z erozją wiary w dogmaty klasycznego pozytywizmu odejście od mitu automatu subsumcyjnego i „ust ustawy” mogło zaktualizować problem granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej jako problem badawczy.

¹ O pojęciu jurscentryzmu zob. np. M. Pichlak, *Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. 3, z. 1.

² A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

³ Zob. np. H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Scholar, Warszawa 1997.

Początkowo jednak, jak już wspomniałem, dostrzegano raczej pozytywny aspekt świeżo „odkrytej” wolności, pisząc o klauzulach generalnych czy luzach decyzyjnych, i to nie bez obawy, traktując wspomniane klauzule jako zagrożenie dla państwa i prawa⁴. Wydaje się jednak, że w początkowej fazie nie zwracano raczej uwagi na perspektywę podmiotu wykładni, konstruując przedmiotowe, a nie podmiotowe modele jej funkcjonowania⁵. Jerzy Wróblewski wprowadził następnie pojęcie ideologii sądowego stosowania prawa, wyróżniając ideologie: związanej, swobodnej oraz praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej, gdzie uwzględnił takie zagadnienia jak prawotwórstwo sądowe⁶. Dostrzegał więc stronę podmiotową wykładni, a w modelowym rozwiązaniu praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej wskazywał, iż wiąże się ona „z koncepcją sędziego, którego postawa oceniająca jest tego rodzaju, że internalizuje on wartości wewnętrzne prawa socjalistycznego. Chodzi tu o to, by sędzia nie ograniczał się do pozytywistycznie ujmowanej legalności, lecz by charakteryzowała go aktywna akceptacja. (...) Nie chodzi tutaj więc o rodzaj »*Kadawergehorsam*« (...), ale o posłuszeństwo prawu jako systemowi wyrażającemu wartości i ideologie”⁷. Problem granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej – w postaci, jak byśmy to ujęli dzisiaj, hegemonicznej ideologii w załączku już się pojawiał, jednakże nie był wciąż *explicite* wyartykułowany. W literaturze zachodniej głównego nurtu tematyzowano natomiast problem prawniczej władzy dyskrecjonalnej albo w odniesieniu do otwartej semantyki tekstów prawnych (Hart)⁸, albo też w odniesieniu do potrzeby rekonstruowania normy nie tylko w oparciu o reguły, ale także o ważenie zasad i polityk przez

⁴ J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr, Tübingen 1933. Obawy Hedemanna okazały się, niestety, niebezpieczne, bo faszystowski aparat sądowy III Rzeszy chętnie korzystał z klauzul generalnych, by nadawać formalny pozór legalności orzeczeniom jawnie rasistowskim. Zob. szeroko: B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, wyd. 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

⁵ Przykładem takiego podejścia jest pierwsza w okresie powojennym istotna monografia o teorii wykładni – J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959. Choć autor nawet uwzględnił wpływ kontekstu społeczno-politycznego na wykładnię (s. 396–397), a także zwraca uwagę na swobodę interpretatora w zakresie wyboru pomiędzy rezultatami wykładni celowościowej i systemowej (s. 401), to jednak problemu luzów decyzyjnych *explicite* jeszcze nie podejmuje.

⁶ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 334 i n. Problem prawotwórstwa sądowego wciąż pozostaje jednak w polskiej nauce kontrowersyjny. Przykładowo, Bartosz Wojciechowski broni tezy, że wykładnia sądowa jest zawsze deklaratoryjna, a nie konstytutywna, ponieważ „Rolą sądów jest (...) raczej wydobywanie czy odnajdywanie prawa z funkcjonujących już w określonej kulturze prawnej i tradycji politycznej zasad czy standardów, a nie ich tworzenie dla potrzeb jednostkowego rozstrzygnięcia” (B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004, s. 216).

⁷ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 394–395.

⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 171 i n.

sędziogo usytuowanego w obrębie wspólnoty interpretacyjnej prawników i wspólnoty politycznej (Dworkin)⁹. Problem granic władzy sędziowskiej się tu w mniej lub bardziej wyraźny sposób oczywiście pojawia, jednak w odróżnieniu od ujęcia Kozaka, nie jest perspektywą, w której się na dyskrecjonalność sędziowską patrzy. Innymi słowy, można te granice na podstawie poglądów cytowanych autorów zrekonstruować, nawet jeśli oni sami takiego pytania *explicitie* nie stawiają.

Na tle toczących się debat naukowych poświęconych dyskrecjonalności sędziowskiej oryginalnym wkładem Kozaka było więc zwrócenie uwagi na moment granicy władzy dyskrecjonalnej, a więc na to, co – mówiąc metaforycznie – „stawia opór” interpretatorowi prawa¹⁰. Co charakterystyczne, Kozak odrzucił w tym kontekście możliwość, by „opór” ten stawiał sam tekst. Podążając w tym zakresie za ustaleniami XX-wiecznej filozofii języka, wrocławski filozof prawa był zdania, że brzmienie przepisów jest akurat najśłabszym ogniwem w systemie granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej. Tym, co jego zdaniem

⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.

¹⁰ Zasadniczo debaty o granicach władzy dyskrecjonalnej prawników dotyczą władzy sędziów, którzy posiadają realną władzę nad prawem i nad podsądnymi, realizowaną w procesie orzekania. *Mutatis mutandis* można, oczywiście, wnioski dotyczące granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej przenieść także na naukę prawa, pytając o granice swobody badaczy prawa i odnosząc kategorię granic zarówno do dogmatyk, jak i do dziedzin ogólnej refleksji nad prawem. W ostatecznym rozrachunku zapewne trzeba by skonstatować, że najważniejszymi granicami są wspólnota naukowa (i jej oczekiwania zarówno co do wyboru tematyki, jak i sposobu jej opracowania, składające się na naukowe mody, trendy i kanony) oraz – mniej może uchwytna, ale wciąż obecna – hegemoniczna ideologia. Nie można by też pomijać roli praktyki (jako odrębnego subpola) i jej oczekiwania, a także subświata politycznego i ekonomicznego, dysponujących materialnymi bodźcami wpływania na tematykę badań (polityka grantowa). Przesłanką przemawiającą za łącznym ujmowaniem dyskursu dogmatyk prawniczych i dyskursu sądowego przy omawianiu granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej jest koncepcja „dyskursu dogmatycznego” w specyficznym rozumieniu tego pojęcia nadanym mu przez Jerzego Leszczyńskiego, według którego jest to „dyskurs pozytywizujący prawo, odróżniony od dyskursu tworzenia prawa”, który „obejmuje dogmatyki prawnicze i praktykę prawniczą związaną ze stosowaniem prawa. (...) Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym jest procesem wyłaniania i ugruntowywania wzorów rozstrzygnięć problemów prawnych poprzez argumentację, która odwołuje się do dwóch typów *z e w n ę t r z n o ś c i a r g u m e n t a c y j n e j*: pierwszym jest specyficznie rozumiana *s t r u k t u r a p r a w a*, drugim zaś sam dyskurs dogmatyczny, a zwłaszcza jego historia. Na strukturę prawa składają się pewne właściwości tekstu, języka oraz systemowo uporządkowanych norm prawnych, które służą uzasadnieniu używanych w dyskursie dogmatycznym *r e g u ł m e t o d y p r a w n i c z e j*, przez co ma się osiągnąć poczucie wysokiego stopnia obiektywizacji formułowanych w tym dyskursie wzorów rozstrzygnięć problemów prawnych” (J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Universitas, Kraków 2010, s. 14). Mówiąc prościej i bardziej socjologicznie, koncepcja Leszczyńskiego ma na celu stworzenie modelu uzasadniającego, na gruncie panującego (post)pozytywizmu prawniczego, istnienie prawa sędziowskiego (*Richterrecht*) i profesorskiego (*Professorenrecht*), co jest faktem europejskiej kultury prawnej od wielu wieków, ale fakt ten trudno było uzasadnić na gruncie klasycznego pozytywizmu, gdzie prawo miało powstawać jedynie w wyniku działań ustawodawcy.

mogłoby prawnikowi stawić rzeczywisty opór, było *ius*, rozumiane przez niego, jak się wydaje, jako całość tradycji prawniczej¹¹, wyznaczającej w sposób autorytatywny obowiązujące w danej wspólnocie prawniczej metody wykładni i stosowania prawa. Wspólnota prawnicza nie byłaby więc, jak twierdził Kozak, ograniczona wolą ustawodawcy (tj. wspólnoty politycznej, działającej poprzez swą demokratycznie wybraną reprezentację)¹², ani też wymogami bazy ekonomicznej (jak twierdził Fryderyk Engels i za nim teoria marksistowska¹³), lecz własną, wsobnie wytworzoną tradycją prawniczą. To właśnie, w ujęciu juryscentrycznym, stanowić miało o wyjątkowości subświata prawniczego i *eo ipso* legitymizować ten subświat względem pozostałych.

Choć wydaje się, że Kozak nieco przejawiał swoje twierdzenie, niewątpliwie chcąc zwrócić uwagę na aspekt tradycji prawniczej, to jednak jego ponadczasowym wkładem w rozwój filozofii prawa jest wskazanie, po pierwsze, na sam problem granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej (a nie tylko na istnienie, umocowanie i zasady wykonywania tej władzy) oraz, po drugie, że jednym z jej istotnych determinant jest podtrzymywana instytucjonalnie tradycja prawnicza. Innymi słowy, głównym osiągnięciem Kozaka, jeśli chodzi o problem dyskrecjonalności, było postawienie problemu i zaproponowanie oryginalnej siatki pojęciowej, pozwalającej poddać go analizie w nowej perspektywie. Rewizji natomiast wymaga zbyt radykalna, jak się wydaje, teza merytoryczna stawiana przez tego autora.

Rozwinięcia myśli Artura Kozaka dotyczącej granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej dokonali ostatnio dwaj badacze z ośrodka wrocławskiego, Paweł Jabłoński i Przemysław Kaczmarek¹⁴. Zaproponowali oni wyróżnienie czterech granic, które pozostają ze sobą w kaskadowej relacji dopełniania i korekty, tj. wcześniejsze granice tworzą ramy, w których władzę dyskrecjonalną prawnika dalej zwęża granica kolejna (relacja dopełniania), natomiast w wyjątkowych i mocno uargumentowanych przypadkach możliwe jest nie tylko zawężenie palety potencjalnych rozwiązań, ale dodatkowo ich modyfikacja (relacja korekty)¹⁵.

¹¹ Interesujące jest w tym kontekście rozumienie pojęcia tradycji prawnej przez Roberta Covera, który również – podobnie jak Kozak – nawiązywał do Bergera i Luckmanna. Cover pisał: „Tradycja prawna jest zatem częścią składową złożonego świata normatywnego. Tradycja obejmuje nie tylko *corpus iuris*, ale także język i *mythos* – opowieści, w których *corpus iuris* jest umiejscawiany przez tych, którzy działają, mocą swej woli, w oparciu o ten *corpus* (*whose wills act upon it*). Mity te ustanawiają paradygmaty postępowania” (R. Cover, *Nomos and Narrative*, „Harvard Law Review” 1983, t. 117, z. 4, s. 9).

¹² A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 149.

¹³ H. Collins, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 47 i n., 77 i n.

¹⁴ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Nomos, Kraków 2017.

¹⁵ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, [w:] P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice...*, s. 16.

Ze względu na kaskadowy układ granic i zachodzące pomiędzy nimi relacje dopełniania i korekty kolejność wyróżnionych przez Jabłońskiego i Kaczmarka granic jest oczywiście kluczowa. Są to: (1) kultura polityczno-prawna – rozumiana jako „funkcjonująca w danym społeczeństwie moralność polityczna, dostarczająca podstawowego kośćca ideologicznego”; (2) tekst prawny – rozumiany jako „zbiór wszystkich przepisów prawnych, obowiązujących w danym miejscu i czasie”; (3) kultura prawnicza – rozumiana jako „wypracowany przez pokolenia jurystów i związany ze społecznym podziałem pracy zespół wiedzy i umiejętności niezbędnych do poprawnego stosowania prawa”; (4) indywidualne wyczucie aksjologiczne stosującego prawo, odwołujące się do sądów etycznych i estetycznych¹⁶. Spośród granic wyróżnionych przez Jabłońskiego i Kaczmarka tylko jedna – kultura prawnicza – odpowiada koncepcji Kozaka, który tę ostatnią (określaną jako *ius*) uznawał w zasadzie za jedyną i, w jego ocenie, wystarczającą granicę prawniczej władzy dyskrejonalnej. W zaproponowanej przez wrocławskich filozofów prawa topografii zabrakło natomiast niezwykle istotnej, z perspektywy krytycznej nauki o prawie, granicy w postaci innych subświatów, w szczególności politycznego, ekonomicznego i religijnego, które przecież w istotny sposób ograniczają prawnicze pole manewru już to przez naciski bezpośrednie, już to przez *capitonnage*¹⁷ pustych znaczących prawa, takich jak „słuszność”, „sprawiedliwość” czy „dobra wiara”.

2. Tekst prawa

Czy tekst prawa – będący wszak niczym innym jak ciągiem grafemów wyświetlanych w postaci cyfrowej na ekranie albo wykonanych farbą bądź tuszem na papierze – może w jakikolwiek sposób ograniczać prawniczą władzę dyskrejonalną? Pogląd taki najwyraźniej przyświecał autorom aktualnej polskiej

¹⁶ *Ibidem*, s. 15–16, 21.

¹⁷ Por. D. Evans, *An Introductory Dictionary of Lacanian Psychoanalysis*, Routledge, London–New York 1996, s. 149. Jak wskazuje Mateusz Burzyk, Lacanowska metafora guza tapicerzkiego (fr. *point de capiton*) „odnosi się do specjalnego rodzaju mocowania, które sprawia, że guzik i wypełnienie fotela trzymają się nawzajem, natomiast nie są przyłączone do ramy mebla, co znaczy, że nie mają stałego zewnętrznego punktu odniesienia. W przestrzeni politycznej oznacza to, że nie ma żadnej pozadyskursywnej rzeczywistości, w konsekwencji czego nie może istnieć w jej ramach żadne neutralne kryterium” (M. Burzyk, *Psychoanaliza a polityka: stawka podmiotu*, „Diametros” 2013, t. 35, s. 15). „Punkt przyszywania” (*point de capiton*) jest więc metaforycznym odpowiednikiem interpelacji ideologicznej, łącznikiem pomiędzy podmiotem a znaczącym-mistrzem (ang. *master signifier*). Jak wyjaśnia Slavoj Žižek, znaczące (*signifiers*), swobodnie unoszące się w przestrzeni ideologicznej, retroaktywnie uzyskują określone znaczone (*signified*) dopiero po uzupełnieniu łańcucha przez znaczące-mistrza (S. Žižek, *The Sublime Object of Ideology*, Verso, London 2008, s. 113).

konstytucji, którzy w art. 178 ust. 1 uznali, że sędziowie są ograniczeni przez tekst – „p o d l e g a j ą tylko konstytucji oraz ustawom”¹⁸. Andrzej Bator podkreśla jednak, że koncepcja ujmująca „tekst prawny jako wyraz jakiejś »rzeczywistości prawnej«, np. tzw. woli prawodawcy (...) jest nieadekwatna wobec współczesnej, wielokulturowej rzeczywistości. (...) Jest zresztą charakterystyczne, że chętniej nawiązuje do niej dogmatyka i praktyka prawnicza aniżeli teoria prawa. Z empirycznego punktu widzenia mamy tu do czynienia po prostu z wygodną fikcją umiejętnie zakrywaną przez konstrukcję racjonalności prawodawcy”¹⁹.

Pojęcie „tekstu” rozumiem tu wężiej niż niektórej ujęcia postmodernistyczne, dla których tzw. tekstem kultury jest w zasadzie każdy rozumny wytwór kultury ludzkiej, a zatem dzieło muzyczne, architektoniczne, audiowizualne itp. Rozumiem więc „tekst” wąsko, jako pisemną wypowiedź sformułowaną w określonym języku. Tekstami prawnymi są, w tym ujęciu, wszelkie teksty uważane w danej kulturze prawnej za źródło prawa. Stąd przyjmuję, co do zasady, że w Polsce są to przepisy prawne²⁰, ale zastrzegam, że np. w kulturze *common law* będą to również teksty orzeczeń wyższych sądów (z których należy wydedukować normę generalną i abstrakcyjną), a np. w kulturze prawnej RPA będą to także pisma jurystów rzymsko-holenderskich, a nawet sam *Corpus Iuris Civilis*²¹. Jak zauważa Bator, w ujęciu postmodernistycznych „Znak (tekst prawny) nie tylko nie jest traktowany jako odbicie rzeczywistości (woli prawodawcy, suwerena), ale zaczyna ją przesłaniać, maskuje brak związku z rzeczywistością, wreszcie, może utracić wszelki związek z rzeczywistością”²². Szerokie użycie pojęcia tekstu, choć oczywiście uzasadnione w świetle założeń o paninterpretacjonizmie, niweczyłoby, jak sądzę, odrębność analityczną tej granicy prawniczej władzy dyskrecyjnej, a w szczególności jej odrębność od takich granic, jak wspólnota interpretacyjna, metodologia wykładni czy hegemoniczna ideologia. Dlatego pojęcie tekstu rozumiem tu ściśle i tradycyjnie, za Ryszardem Sarkowiczem przyjmując, że „tekstem jest wypowiedź mówiona lub pisana, stanowiąca pewną całość, będąca do pewnego stopnia zupełna (...), koherentna i spójna”²³. Nie przesądzam tu kwestii, czy prawem są tylko teksty prawa, czy też jest ono czymś odrębnym od

¹⁸ Na ten aspekt zwraca uwagę B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 203–204. Zob. także A. Rakowska-Trela, *Niezależność, niezawisłość, swoboda a dowolność. Granice wymierzania sprawiedliwości*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 44–45.

¹⁹ A. Bator, *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Kolonia Limited, Wrocław 2007, s. 48–49.

²⁰ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 15.

²¹ Zob. szerzej: R. Mańko, *Prawo rzymskie jako źródło prawa w Afryce Południowej*, „Zeszyty Prawnicze” 2003, t. 3, z. 1.

²² A. Bator, *Debaty prawnicze...*, s. 50.

²³ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Prace Habilitacyjne UJ, Kraków 1995, s. 29–30.

tekstu, co powstaje w oparciu o tekst, czy też w związku z tekstem, ale nie jest z nim tożsame²⁴. Już polski międzywojenny filozof prawa Sawa Frydman podkreślał rozdział pomiędzy tekstem prawa (znaki na papierze) a prawem, czyli ogółem obowiązujących norm postępowania²⁵. W ślady Frydmana poszła niewątpliwie derywacyjna koncepcja wykładni, wprowadzając jako jedno ze swoich centralnych założeń dychotomię: przepisy prawne – normy prawne²⁶. Dychotomię tę można zresztą naświetlić od strony polityczności i uznać, wraz z towarzyszącym jej pojęciem racjonalnego ustawodawcy, za polityczne przedsięwzięcie mające na celu pacyfikację władzy politycznej i zapobieżenie próbom ingerencji w subświat prawniczy. Skoro bowiem tekst prawny nie zawiera norm, lecz tylko przepisy, a normy prawne obowiązują z woli „racjonalnego ustawodawcy” będącego marionetką w ręku prawników, to jasne się staje, że teatrem prawa zawiadują prawnicy, nie zaś politycy. Niezależnie więc od wszelkich poznawczych, filozoficznych czy praktycznych aspektów teorii derywacyjnej ma ona także interesujący potencjał subwersyjny, wywracając do góry nogami porządki klasycznego pozytywizmu, gdy rozkaz ustawodawcy był jednak rozkazem. Stąd o krok już tylko do juryscentrycznych deklaracji Kozaka, według którego ustawodawca „może sobie stanowić, co zechce”²⁷, ale i tak prawnicy będą orzekać według reguł własnego subświata.

Tekst jako granica prawniczej władzy dyskrecyjnej jest niewątpliwie mocno problematyczny. Wielu autorów wyznających tzw. radykalną tezę o niezdeterminowaniu (*radical indeterminacy thesis*)²⁸ twierdzi, że nie jest on w ogóle żadną granicą, sugerując, iż w obrębie całego korpusu tekstów prawnych i ich możliwych znaczeń sędzia rozstrzygający sprawę (czy też pełnomocnik reprezentujący klienta) ma w istocie możliwość żonglerki tekstami i argumentami na poparcie określonego, pożądanego z innych względów, rezultatu wykładni. Z takim pojęciem, jako zbyt daleko idącym, nie mogę się zgodzić. Bliższe jest mi stanowisko Kennedy’ego, który podkreśla względny charakter związania sędziego korpusem tekstów (przepisów i precedensów), które w pewnych sytuacjach dyktują określone rozwiązanie, z którym trudno polemizować (*easy case*), a w innych dają sędziemu znacznie większą swobodę ze względu na niezdeterminowanie (*hard*

²⁴ Por. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 20, 298.

²⁵ K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Oficyna. Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 69.

²⁶ K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych, z. 20, Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1984.

²⁷ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 149.

²⁸ Por. np. L.B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, „The University of Chicago Law Review” 1987, t. 54; idem, *Indeterminacy*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, wyd. 22, Wiley-Blackwell, Oxford 2010.

case)²⁹. Tym, co odróżnia oba typy przypadków, jest tak naprawdę nakład pracy niezbędny, by przekonać wspólnotę prawniczą do preferowanego rozwiązania, o ile odbiega ono od tego, co się zazwyczaj w danym typie spraw rozstrzyga. Jednak z samej perspektywy tekstu nie ma rzeczy niemożliwych, jest on skazany na kontekst, a miarą „prawidłowego” odczytania „jego” znaczenia (w istocie będącego pochodną kontekstu – tekstualnego i pozatekstualnego) będzie wspólnota interpretacyjna, o której piszę szerzej w dalszej części rozdziału. Kennedy ujmuje problem związania prawnika tekstem na dwa sposoby³⁰. W pierwszym modelu sędzia jest związany normą prawną, ponieważ jej treść nie budzi żadnych wątpliwości ani sędziego, ani stron sporu, a całość postępowania skupia się na ustaleniu stanu faktycznego. Gdy to nastąpi, norma zostanie po prostu zastosowana do faktów na zasadzie dedukcji czy też subsumcji. Jak zauważa Kennedy, w takim wypadku sędzia nawet nie odczuwa, by tekst prawa (zawierający normę) stawiał mu opór, dlatego nazywa on taką sytuację „nieuświadomionym stosowaniem normy” (*unselfconscious rule-following*)³¹. Drugi model natomiast to taki, w którym sędzia stara się nadać normie prawnej odmienne znaczenie, jednakże zdaje sobie sprawę, że nadanie jej innego, pożądanego przez siebie znaczenia byłoby „działaniem w złej wierze, czy też nieposłuszeństwem lub unikaniem”³². Sędzia poddaje się więc normie, choć nie zgadza się z jej treścią, uznając ją za niesprawiedliwą. Opór stawiany przez prawo jest przez niego boleśnie odczuwany³³. Trzeba jednak pamiętać, że opór stawia nie tyle sam tekst, co tekst w jego odczytaniu przez daną wspólnotę.

Jak wskazuje Tomasz Gizbert-Studnicki, teksty prawne są wieloznaczne co najmniej z dwóch powodów – po pierwsze, jako teksty sformułowane w języku naturalnym, dzielą z nim nieuchronnie takie zjawiska, jak „homonimia i polisemia, niewyraźność znaczeniowa i wieloznaczność składniowa. (...) Niektóre z tych zjawisk, a zwłaszcza niewyraźność znaczeniowa i pewne odmiany nieostrości (w tym tzw. otwarta tekstowość), są zasadniczo nieusuwalne, a zatem nawet staranne sformułowanie tekstu nie pozwala na ich eliminację”³⁴. Natomiast druga z rozpoznanych przez Gizberta-Studnickiego przyczyn wieloznaczności tekstów prawnych jest już specyficzna dla prawa i polega na tym, że „nieprecyzyjność pewnych fragmentów tekstów prawnych jest objawem pewnej niedookre-

²⁹ Zob. D. Kennedy, *Freedom and Constraint*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008; idem, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997, s. 160–161.

³⁰ D. Kennedy, *Freedom...*, passim; idem, *A Critique of Adjudication...*, s. 160–161.

³¹ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 160.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 161.

³⁴ T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych, z. 26, Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1986, s. 107.

śloności intencji prawodawcy. Prawodawca, nie mogąc przewidzieć wszystkich przyszłych stanów faktycznych z ich zawiłymi splotami okoliczności, pozostawia często przez rozmyślnie nieprecyzyjne sformułowanie tekstu prawnego pewien luz decyzyjny dla organów stosujących prawo³⁵.

Sławomir Tkacz z kolei zwraca uwagę na występowanie sytuacji, w których niewątpliwie trudno byłoby uznać, że tekst prawa jest wyraźną granicą władzy sędziowskiej – w szczególności wówczas, gdy przepisy „dostarczają więcej niż jedną hipotezę interpretacyjną (...), co wymaga dokonania wyboru i uzasadnienia tej hipotezy”³⁶, gdy przepisy „nie wyznaczają określonego wzoru zachowania – prawodawca w tych wypadkach pozostawia sędziemu swobodę podjęcia decyzji w indywidualnej rozpatrywanej sprawie według jego własnej oceny”³⁷, wreszcie sytuację, gdy co prawda, „nie ma wątpliwości odnośnie do wzoru zachowania, którego dostarczają w danej sytuacji [przepisy], przy czym w indywidualnej rozpatrywanej sprawie ten wzór zachowania nie zyskuje akceptacji sędziego w kategoriach akceptowanych przezeń reguł sprawiedliwości”³⁸. Odnosząc się do tej ostatniej sytuacji, którą trafnie określa jako najbardziej problematyczną, Tkacz zauważa, że „odrębną kwestią jest to, czy podjęcie przez sędziego rozstrzygnięcia »wychodzącego« poza tekst przepisów można uzasadnić ze względu na przeprowadzone przezeń czynności w sferze interpretacyjnej”³⁹. To ostatnie, niezwykle trafne, zastrzeżenie przenosi rozważania o tekście prawa jako granicy prawniczej władzy dyskrecjonalnej w stronę dwóch innych granic, które omówię dalej, a mianowicie wspólnoty interpretacyjnej prawników (paragraf 3) i metodyki prawniczej (paragraf 4).

Na malejącą rolę tekstu prawnego jako granicy prawniczej władzy dyskrecjonalnej zwracają też uwagę zwolennicy holizmu interpretacyjnego. Marcin Matczak, charakteryzując ten nurt filozofii wykładni, wskazał, że jest on „podejściem do interpretacji prawa, które: a) zakłada nieoczywistość (niesylogistyczność) i wysoki poziom skomplikowania procesu interpretacji, związany z wielością i różnorodnością poszczególnych komunikatów składających się na prawo; b) postuluje maksymalizację przesłanek interpretacyjnych stosowanych w procesie ustalania znaczenia tekstu prawnego, c) podkreśla podstawową rolę standardów i zasad ogólnych (zawartych w konstytucjach i aktach prawa ponadnarodowego oraz w kodeksach) w procesie ustalania znaczenia danego komunikatu prawnego”⁴⁰. W podobnym duchu wypowiadają się, charakteryzując filozoficznoprawną pod-

³⁵ *Ibidem*, s. 107–108.

³⁶ S. Tkacz, *Sędzia jako osoba sprawująca „wymiar sprawiedliwości”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 187.

³⁷ *Ibidem*, s. 188.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, s. 192.

⁴⁰ M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa 2007, s. 182.

budowę aktywizmu sędziowskiego, Paweł Skuczyński i Marek Zirk-Sadowski, wskazując, że „prawo ma wiele źródeł, a ustawa jest tylko jednym z nich, prawo jest uzasadnione autorytetem narodu, a zatem wola legislatora może być dla sędziego tylko jednym z punktów odniesienia. Tekst prawny tylko uściśla prawo, które jednak w samym przepisie prawnym się nie wyczerpuje, a sędzia jest gwarantem tak szeroko rozumianego prawa przeciwko arbitralności ustawodawcy”⁴¹. Także Artur Kozak podkreślał, że pojęcia wykładni prawa nie można ograniczać do językowego rozumienia znaczeń tekstów prawnych, wskazując, że „Kulturowy sens prawa jest (...) pierwotny (...) wobec językowych znaczeń wypowiedzi prawodawcy”⁴². Niewątpliwie, położenie akcentu na wielokanałowość komunikacji oraz dopuszczenie innych, pozatekstowych przesłanek interpretacyjnych (Matczak), a nawet pójście o krok dalej i wskazanie, że istnieją pozatekstualne źródła prawa (Skuczyński i Zirk-Sadowski), osłabia rolę samego tekstu prawa. Inaczej ma się sprawa w kulturach prawnych, gdzie przeważa tekstualizm, ponieważ należący do niego „nakaz koncentracji na tekście (...) ogranicza (...) zakres narzędzi, dzięki którym sędzia może »uciec od zwykłego znaczenia ustawy« w obszar sędziowskiej legislacji”⁴³. Jednakże, jak twierdzą, jego funkcję jako granicy prawniczej władzy dyskrecyjnej przejmują: wspólnota interpretacyjna prawników, inne subświaty i wreszcie hegemoniczna ideologia.

Oczywiście, istotną rolę odgrywają różnice pomiędzy poszczególnymi kulturami prawnymi. Przykładowo, nawet w obrębie anglosaskiej kultury prawnej można wskazać na daleko idące różnice pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, z jednej strony, a Wielką Brytanią, z drugiej. W tej ostatniej, jak dowiedli tego Patrick S. Atiyah i Robert Summers⁴⁴, kultura orzekania jest dużo bardziej formalistyczna, wobec czego można rozsądnie przyjąć, że znaczenie precedensów (czyli tekstów – formalnych źródeł prawa) jest większe. Nadto, o ile Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych cieszy się ogromną swobodą interpretacyjną, nie można tego samego powiedzieć o wszystkich innych sądach w tym państwie. Mówiąc obrazowo, swoboda interpretacyjna sądu konstytucyjnego jest nieporównywalnie większa niż sądu rejonowego. Zasadne jest więc np. zadanie pytania o to, w jakim stopniu dany sąd (np. SN, TK, ETPC czy ETS) jest związany tekstami, które formalnie stanowią dla niego „źródła prawa”, na podstawie których ma rozstrzygać przedłożone mu spory i zagadnienia prawne. Istotne znaczenie mogą tu mieć sposoby redagowania tekstów (szafowanie zwrotami niedookreślonymi,

⁴¹ P. Skuczyński, M. Zirk-Sadowski, *Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2012, nr 1, s. 14.

⁴² A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1987, Prawo CCLX, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997, s. 71. Por. S. Tkacz, *Sędzia...*, s. 187.

⁴³ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 59 (z powołaniem się na poglądy W.N. Eskridge’a).

⁴⁴ P.S. Atiyah, R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford 1987.

normami otwartymi, świadome statuowanie przepisów pozostających ze sobą w konflikcie, jak np. poszczególnych praw podstawowych, który należy następnie *in casu* ważyć itp.), ale przede wszystkim – i do tego jeszcze powrócę – oczekiwania wspólnoty interpretacyjnej i inne, pozatekstowe, a nawet pozaprawnicze czynniki (jak oczekiwania innych subświatów).

Tekstu prawa jako granicy nie należy więc fetyszyzować. Derrida, dekonstruując samo pojęcie tekstu, wskazywał, że „tym, co istnieje, nie jest świat znaczonego, lecz znaczące – sam tekst, wypowiedź, która bytuje niezależnie od autora i znaczonego. (...) Sam tekst, żyjąc własnym życiem, czerpie więcej z innych tekstów niż z czegoś, do czego ma się odnosić. O przyznanym tekstowi znaczeniu decyduje przygodny (nieprzewidywalny) kontekst – praktyczne odczytanie tekstu przez jednostkę lub grupę”⁴⁵. Takie koncepcje, jak *clara non sunt interpretanda* (albo *interpretatio cessat in claris*), czy też klasyczny, nawiązujący jeszcze do prawa rzymskiego trójpodział na rozstrzyganie *secundum, praeter* i *contra legem*, mocno zakorzeniony w potocznym myśleniu praktyków prawa, mają dziś ograniczoną moc eksplikacyjną. Wyrażają raczej życzeniowe myślenie prawników o tym, czym w istocie jest *lex*, względem której formułuje się ocenę aprobującą *secundum*, warunkowo aprobującą *praeter* czy krytyczną *contra*. Jest więc bardziej strategią argumentacyjną (stawianiem się interpretatora po stronie *lex*, a przeciwko tym, co stoją *contra legem*) niż opisem jakiegokolwiek rzeczywistości. Trudno w tej sytuacji zgodzić się np. z Krzysztofem Pleszką, który twierdzi, że „zastąpienie zasady *clara sunt interpretanda* zasadą *omnia sunt interpretanda* oraz odrzucenie domniemania języka potocznego niweczy (...) etyczne ograniczenie władzy sędziów i pogłębia wątpliwości co do dostępności tekstu prawnego dla obywateli”⁴⁶. Podzielając troskę autora o potrzebę ograniczenia władzy sędziów i przywrócenia etyce właściwego miejsca w ich horyzoncie myślowym, nie sędzę, by wiara w tekst mogła tu być szczególnie pomocna.

Podobnie ze sceptycyzmem odnoszę się do niedawno przeszczepionej na nasz grunt niemieckiej koncepcji *Wortlautgrenze* (granica brzmienia), według której o wykładni prawa (*Auslegung*) można mówić jedynie wtedy, gdy interpretator porusza się w granicach możliwego brzmienia ustawy⁴⁷. Pozostając w obrębie *Wortlautgrenze*, sędzia działa *iuris scripti adiuvandi gratia*, dokonuje wykładni *secundum legem*. Jak podkreśla jednak Zbigniew Pulka, „w wielu przypadkach znaczenie terminów występujących w języku ma charakter okazjonalny, co oznacza, że jest ono uzależnione od językowego i pozajęzykowego kontekstu użycia

⁴⁵ A. Sulikowski, *Derridiańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, z. 1, s. 169.

⁴⁶ K. Pleszka, *Wykładnia...*, s. 234.

⁴⁷ Niemiecką koncepcję *Wortlautgrenze* rekonstruuje: T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer – Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007.

określonych wyrażen⁴⁸. Oznacza to, że w oderwaniu od kontekstu (w tym pozajęzykowego⁴⁹) trudno byłoby tekstowi czy poszczególnym wyrażeniom przypisywać stabilne znaczenia. Konteksty zaś są nieskończenie bogate, a do tego zmienne.

Podkreślić jeszcze raz należy, że teksty mają pewne znaczenia tylko dla określonych wspólnot interpretacyjnych, istniejących w danym miejscu i czasie. Jako takie stanowią niewątpliwie istotną determinantę prawniczej władzy dyskrecjonalnej, jednak nie jako takie, ale raczej w związku z kontekstem, i to w ramach ich odczytania przez daną, przygodną wspólnotę interpretacyjną. Zawrotna kariera prawa rzymskiego w okresie niemal tysiąclecia zamkniętego między odkryciem *Corpus Iuris Civilis* w Bolonii w XI w. a wejściem w życie niemieckiego kodeksu cywilnego w 1900 r. jest chyba najlepszym historycznym dowodem na to, czym może być tekst w kontekście i jak bardzo jego znaczenie może się zmieniać w zależności od tego, kto, kiedy i w jakim celu do niego sięga. Z drugiej jednak strony nie można by sobie wyobrazić bogatej historii *ius commune* bez samego tekstu *Corpus Iuris Civilis*. Dziedzictwo prawa rzymskiego jednak nie tyle dawało gotowe odpowiedzi, co strukturyzowało dyskurs, podpowiadało, jak tematyzować problemy obrotu, dostarczając siatki pojęciowej i toposów argumentacyjnych. Wiele z nich weszło na trwałe do współczesnej kultury prawnej dzięki ich recepcji w XIX- i XX-wiecznych kodyfikacjach⁵⁰, od czasu których – jak trafnie diagnozuje Joanna Helios, „w istocie nie wymyślono nic nowego w cywilistyce”⁵¹.

Mówiąc językiem filozofii psychoanalitycznej Žižka, można stwierdzić, że składające się na język prawny znaczące (*signifiers*) pozostają w stanie „pływającym” (*floating*), dopóki nie zostaną zakotwiczone w określonym znaczącym-mistrzu (*master signifier*). Takie zakotwiczenie prowadzi do ustalenia ich znaczenia, tj. do powiązania określonych znaczących z określonymi znaczonymi.

⁴⁸ Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000, s. 95.

⁴⁹ M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, LEX, Warszawa 2010, s. 69 i n.

⁵⁰ O znaczeniu prawa rzymskiego dla współczesnej kultury prawnej zob. m.in.: M. Ząbłocka, *Ustawa XII Tablic źródłem zasad współczesnego prawa*, [w:] *Honeste vivere... Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, TNOiK, Toruń 2001; eadem, *U źródeł współczesnego prawodawstwa*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej. Studia ofiarowane Profesorowi Juliuszowi Bardachowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin*, Liber, Warszawa 2004; M. Kuryłowicz, *The Importance of Roman Law in Shaping European Legal Culture*, [w:] *European Integration Through Education*, red. R. Kucha, UMCS, Lublin 2014; idem, *Prawo rzymskie: historia – tradycja – współczesność*, Wydawnictwo UMCS, wyd. 2, Lublin 2014; B. Sitek, *Unifikować czy synchronizować prawo w Europie? Studium przypadku od prawa rzymskiego do prawa europejskiego*, „Journal of Modern Science” 2016, nr 2.

⁵¹ J. Helios, *Prawo prywatne Unii Europejskiej ze stanowiska teorii prawa*, seria Jurysprudence, t. 5, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, s. 143.

Innymi słowy, w wyniku interwencji znaczącego-mistrza następuje stabilizacja, konkretyzacja znaczeń określonych wyrażen języka prawnego. Zjawisko dotyczy, oczywiście, w sposób najbardziej wyraźny (a więc dostrzegalny dla prawniczego mainstreamu) klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych, których „pływający” charakter widoczny jest gołym okiem, ale nie znaczy to, by pozostałe fragmenty tekstów prawnych, pozornie pewne, były spod niego wyjęte. Pewność tekstu jest bowiem tylko pewnością określonej wspólnoty interpretacyjnej w określonym miejscu i czasie. To ona jest bowiem, jak się wydaje, rzeczywistą granicą prawniczej władzy dyskrecyjnej, o czym będzie mowa w następnym paragrafie.

3. Wspólnota interpretacyjna prawników

Jednym z pierwszych filozofów prawa, którzy zwrócili uwagę na rolę wspólnoty interpretacyjnej (epistemicznej) prawników jako źródło determinant prawniczej władzy dyskrecyjnej, był Carl Schmitt⁵². W swej wczesnej pracy *Gesetz und Urteil*⁵³ postawił tezę, że „prawidłowe” rozstrzygnięcie sędziowskie to takie rozstrzygnięcie, które wydałby inny sędzia należący do tej samej prawniczej wspólnoty, gdyby przyszło mu rozstrzygnąć ten sam przypadek. Oczywiście, tak sformułowana definicja „prawidłowości” rozstrzygnięcia jest mocno hipotetyczna, jednakże niewątpliwie zwraca uwagę na istotny moment, który nie jest pozbawiony znaczenia w praktyce. Wiadomo przecież, że sędziowie sądów niższych instancji starają się wydać takie orzeczenie, którego nie uchyli sąd wyższej instancji, z kolei sądy wyższej instancji oglądają się na Sąd Najwyższy. Ten ostatni natomiast śledzi rozwój doktryny i stara się rozwijać swoją linię orzeczniczą w dialogu z nauką prawa. Oczywiście, trudno jest tu mówić o „twardych” granicach, jednakże nie ulega kwestii, że oczekiwania (czy nawet hipotetyczne oczekiwania) wspólnoty prawniczej są istotnym czynnikiem wpływającym na sposób dokonywania wykładni prawa oraz na sposób jego stosowania. Intuicje Schmitta potwierdzają empiryczne badania prowadzone przez przedstawicieli nowej dyscypliny, jaką jest tzw. kognitywistyka prawnicza, będąca lokalną aplikacją kognitywistyki (*cognitive science*) – multidyscyplinarnej dziedziny nauki badającej procesy poznawcze – w obrębie prawoznawstwa. Jej czołowy przedstawiciel, Steven L. Winter, posunął się wręcz do utożsamienia fenomenu jurydycznego z przekonywaniem (perswazją), twierdząc, że jego istotę można sprowadzić do sztuki przekonywania innych (np. sędziów) do swoich

⁵² O filozofii prawa Carla Schmitta zob. w szczególności: J. Zajadło, *Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta?*, [w:] Schmitt, red. J. Zajadło, Arche, Sopot 2016.

⁵³ C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C.H. Beck, München 2009.

argumentów⁵⁴. Podobnie jak w tezie Kozaka o roli *ius*, tak i w poglądzie Wintera można doszukać się elementów argumentacyjnej hiperboli, jednakże nie sposób odmówić temu autorowi, że zwrócił uwagę na niezwykle istotny aspekt fenomenu prawnego. Wszak przekonywanie do swoich racji jest jednym z głównych motywów przewodnich wszelkich pism prawniczych – glos, artykułów, monografii, powództw, wyroków, apelacji itd. Każdy z autorów stojących za pismami doktrynalnymi, procesowymi czy rozstrzygnięciami sądowymi chce przekonać do swoich racji określone audytorium: czy to innych badaczy prawa, sąd, czy też wspólnotę prawniczą w ogólności. Z perspektywy retorycznej, na którą kładł nacisk Chaïm Perelman⁵⁵, istotne jest określenie, do jakiego audytorium odwołuje się dany tekst prawny, innymi słowy – kogo pragnie on przekonać do zawartych w nim racji. W przypadku pism procesowych sprawa jest z pozoru prosta: adwokat czy radca prawny zmierza do przekonania składu orzekającego w danej sprawie do racji swojego klienta. Jednakże możliwe są sytuacje, w których tak naprawdę pełnomocnik ma na względzie szersze audytorium, np. wówczas, gdy pisząc skargę do sądu konstytucyjnego czy międzynarodowego trybunału, zdaje sobie sprawę z nikłości szans na wygranie sprawy, liczy natomiast na medialny rozgłos, jaki sam fakt wniesienia skargi przyniesie jego klientowi i bronionym przez niego racjom. Zjawisko takie występuje m.in. w Stanach Zjednoczonych, gdzie wyspecjalizowane organizacje, np. obrony praw człowieka (jak American Civil Liberties Union) regularnie wnoszą skargi do Sądu Najwyższego, licząc na stopniową zmianę jego linii orzeczniczej na korzyść bronionych przez siebie interesów i racji. Sam fakt przytoczenia podniesionych w piśmie procesowym argumentów w uzasadnieniu wyroku jest już wartością.

Podobnie w przypadku wyroków sądów wyższych instancji problem audytorium nie jest oczywisty. Z jednej strony adresatami uzasadnień są strony sporu⁵⁶, jednakże jest pewne, iż sąd zdaje sobie sprawę z tego, że wyrok zostanie opublikowany, a następnie będzie wpływał, nawet jeżeli tylko perswazyjnie (*persuasive precedent*) na orzecznictwo innych sądów, a także na doktrynę prawniczą⁵⁷. Jak pisze Sławomir Tkacz, uzasadnienie orzeczenia „stanowi również przedmiot dyskursu między wspólnotą sędziów a nauką prawa”⁵⁸. Można więc przyjąć, że

⁵⁴ S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2003, s. 309 i n.

⁵⁵ C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, PWN, Warszawa 1984.

⁵⁶ W rzeczywistości jednak, jak podnosi Anna Machnikowska, jakość uzasadnień jako komunikatów adresowanych do nieprawników (stron sporu) budzi uzasadnione wątpliwości (A. Machnikowska, *W krzywym zwierciadle? Kilka uwag o relacjach między sądami i obywatelami*, [w:] *Legitymizacja władzy...*, s. 178–179; eadem, *Zasada niezawisłości sędziów a wykładnia prawa*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016).

⁵⁷ Por. D. Kennedy, *Freedom...*, s. 27.

⁵⁸ S. Tkacz, *Sędzia...*, s. 193.

np. polski Sąd Najwyższy czy Naczelny Sąd Administracyjny zwracają się do audytorium w postaci całej polskiej wspólnoty prawniczej. Ale czy tylko do niej? Można postawić pytanie, na ile mniej lub bardziej uświadomionymi adresatami sędziowskich rozstrzygnięć są także prawnicy w innych krajach. Przykładowo, niektóre sądy – jak polski TK czy łotewski SN – publikują wybór swoich wyroków w języku angielskim, co świadczy o szeroko założonym audytorium czytelniczym. Powstaje oczywiście kolejne pytanie, a mianowicie o to, jaki skutek miałyby lektura tekstu wyrzucić na rozmaitych kręgach audytorium. O ile strony mają zostać przekonane do słuszności rozstrzygnięcia, a przynajmniej do jego niearbitralności, o tyle cała wspólnota prawnicza czy też prawnicy z zagranicznych wspólnot interpretacyjnych już niekoniecznie.

Każdy sąd, o ile nie jest sądem ostatniej instancji, pisząc uzasadnienie wyroku, ma też na względzie obawę o uchylene wyroku w wyższej instancji⁵⁹, co może wpływać zarówno na prestiż, jak i na samą karierę sędziego i jego możliwy awans⁶⁰. Nadto sędzia ma na względzie reakcję całej wspólnoty prawniczej, nie tylko sędziów sądu sprawującego nad nim nadzór judykacyjny⁶¹. Nawet jeżeli sędzia świadomie tworzy prawo, pragnie, aby jego decyzja „u c h o d z i ła z a »stosowanie«, a nie »tworzenie« prawa”⁶². Wpływa to nie tylko na dobór argumentacji, ale także niejednokrotnie na sam kierunek rozstrzygnięcia. Odrębną kwestią, na którą zwracają uwagę badacze z ośrodka śląskiego⁶³, jest problem „szczerości sędziowskiej”, a zatem tego, na ile „treść uzasadnienia decyzji sędziowskiej oddaje rzeczywiste argumenty, które wpłynęły na rozstrzygnięcie”⁶⁴.

Należy też postawić pytanie, w jakim stopniu oczekiwania i oceny określonej wspólnoty interpretacyjnej rzeczywiście wpływają na granice prawniczej władzy dyskrecyjnej. Związanie to można rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, na płaszczyźnie wewnętrznej, tj. w odniesieniu do zakresu, w jakim socjalizacja danego podmiotu jako prawnika wpływa na jego uposażenie podmiotowe, a zatem na wyznawane wartości, imaginarium i inne predyspozycje do wydawania takich, a nie innych rozstrzygnięć. W tym sensie opór stawiany

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ A. Sulikowski, *Opresywność pozytywizmu prawnego i jego postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, red. P. Kaczmarek, Ł. Machaj, E-Wydawnictwo. Prawnictwo i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010, s. 31.

⁶¹ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 161. Por. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 5; K. Schmidt, *Uzasadnienia sądowe jako impuls zwrotny dla teorii*, „Acta Erasmiana” 2004, t. 4. Zob. także I. Rzucidło-Grochowska, *Strategie i techniki formułowania uzasadnień orzeczeń sądowych*, „Ruch Prawnictwo, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, t. 79, z. 2.

⁶² D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 161.

⁶³ Z. Tobor, *To do a great thing, do a little wrong – rzecz o sędziowskich kłamstewkach*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 6; S. Tkacz, *Sędzia...*, s. 194–199.

⁶⁴ S. Tkacz, *Sędzia...*, s. 194.

przez wspólną prawniczą konkretnemu jej przedstawicielowi może być całkowicie nieświadomy, a co za tym idzie – dużo bardziej skuteczny. Właśnie na ten moment kładł nacisk Kozak, gdy mówił o imperatywach instytucjonalnych i ich wpływie na praktykę prawniczą⁶⁵. Prawnik „myśli po prawniczemu” dlatego, że jest prawnikiem, tj. dlatego, iż został zsocjalizowany jako prawnik (w wyniku edukacji, ale też funkcjonowania w ramach wspólnoty prawniczej, przyjęcia na jej członka, awansu w jej strukturach itd.). Pisząc w 2015 r. o sędziach TK w okresie III RP, Hanna Dębska wskazywała, że pomimo bardzo różnych ścieżek wcześniejszej kariery, nierzadko o charakterze politycznym, nowi sędziowie po przekroczeniu murów Trybunału ulegali wpływom imperatywów instytucjonalnych wytworzonych przez sam Trybunał i zaczęli zachowywać się „jak sędziowie”, ze wszystkimi tego konsekwencjami⁶⁶.

Przykład ten każe jednak pochylić się także nad aspektem zewnętrznym wpływów wspólnoty interpretacyjnej na jej członka, polegających na tym, że dostosowuje się on w sposób świadomy do rzeczywistych lub projektowanych oczekiwań, ocen i wartości danej wspólnoty. Niezależnie od tego, co dany sędzia myśli lub czuje osobiście, będzie się starał podjąć taką decyzję interpretacyjną i tak ją uzasadnić, by znalazła ona uznanie we wspólnocie interpretacyjnej, w ramach której działa.

Oba te momenty wpływu wspólnoty „interpretacyjnej” na sędziego – wewnętrzny i zewnętrzny – są ze sobą sprzęgnięte, pozostają jednak analitycznie odrębne. Co więcej, w określonych sytuacjach mogą pozostawać ze sobą w konflikcie, np. gdy sędzia był socjalizowany w innej epoce, a przyszło mu orzekać w innej, albo gdy wywodzi się z jednej (krajowej) wspólnoty interpretacyjnej, a powołany został na stanowisko w sądzie międzynarodowym czy ponadnarodowym.

4. Metodyka prawnicza

W swoim modelu granic prawniczej władzy dyskrecyjnej Kozak przypisywał metodologii wykładni – obok wspólnoty interpretacyjnej – kluczową rolę. „Pomiędzy momentem ustanowienia prawa i chwilą wyrokowania – pisał twórca juryscentryzmu – tworzy się społeczna przestrzeń dla aktywności praktyki prawniczej. (...) Prawo kreuje się w tej przestrzeni permanentnie i wciąż na nowo, ale stale według tych samych reguł. O ile cały mechanizm pracuje prawidłowo, konwencje te ograniczają arbitralność indywidualnych decyzji. (...) Można zgodzić

⁶⁵ Zob. A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 170 i n. Por. M. Pichlak, *Artura Kozaka...*, s. 229–231.

⁶⁶ H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 176–177.

się z twierdzeniem sceptyków, iż tekst prawa nie wiąże nas w sposób dostateczny. Ale wiążą nas konwencje, wedle których ustalamy znaczenie tego tekstu. I nie są to konwencje przygodne. Są one produktem wielowiekowych doświadczeń naszej kultury prawnej⁶⁷. Co jednak charakterystyczne, autor nie wskazywał bliżej, o jaką metodologię mu chodzi, ani też nie precyzował, czy każda metodologia ma taki sam wpływ na zakres swobody interpretacyjnej prawników⁶⁸. Można chyba jednak przyjąć, że miał na myśli metodologię wykładni rozwiniętą przez szkołę poznańsko-szczecińską, a zatem stanowiącą zbiór skodyfikowanych wskazówek, reguł i zasad wykładni ujętych w systemową całość, wyrosłych na gruncie polskiej teorii wykładni ostatnich dekad⁶⁹. Podobne zestawy kanonów wykładni spotyka się też w innych kulturach prawnych, np. w Stanach Zjednoczonych opracował go czołowy przedstawiciel tzw. tekstualizmu⁷⁰, sędzia SN Antonin Scalia⁷¹. Niewątpliwie, kanony takie, o ile zostaną dostatecznie szczegółowo sformułowane, a ich wzajemne relacje dostatecznie dookreślone, mogą stanowić swego rodzaju „instrukcję obsługi” tekstów prawnych. Trzeba jednak pamiętać, że – jak trafnie podkreślił Zirk-Sadowski – „teorie wykładni najczęściej opisują tylko praktykę interpretacyjną i rekonstruują z niej ideologię wykładni lub opisują konkurowanie różnych ideologii wykładni w danym orzecznictwie”⁷². Już choćby z tego powodu traktowanie metodyki prawniczej (w postaci zespołu konkretnych dyrektyw, reguł i wskazówek wykładni) jako „twardej” granicy prawniczej władzy dyskrecyjnej wydaje się mocno problematyczne.

⁶⁷ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 63.

⁶⁸ We wcześniejszej pracy Kozak zdawał się upatrywać autonomii praktyki prawniczej w autonomii wartości składających się – w jego ujęciu – na prawo (A. Kozak, *Pojmowanie...*, s. 95).

⁶⁹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

⁷⁰ Jak lapidarnie ujmuje to Izabela Górna: „Tekstualizm zamyka się w twierdzeniu, że wszelkie próby wychodzenia poza wynik wykładni językowej są sądowym prawotwórstwem” (I. Górna, *O ograniczeniach holistycznego ujmowania etyk zawodów prawniczych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2016, t. 77, s. 41). Z kolei Marcin Matczak definiuje tekstualizm jako „twierdzenie, że przepisy ustawowe lub konstytucyjne powinny być interpretowane zgodnie z ich zwykłym znaczeniem (...), a nie zgodnie z celami, które stały u podstaw ich wydania, czy też intencjami ich autorów (gdyby to drugie, celowościowe podejście miało prowadzić do innych wyników)” (M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 14), albowiem tekstualizm „jak się zdaje, odmawia jakiegokolwiek roli intencji prawodawczej” (*ibidem*, s. 55). Autor ten podkreśla, że stanowisko tekstualistyczne w filozofii interpretacji jest „powiązane ściśle z twierdzeniem o autonomii prawa” (*ibidem*, s. 54).

⁷¹ Manifest tekstualistycznej filozofii interpretacji sędziego Scalii zawarty jest w pracy: A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1997. Z kolei praktyczny wykład tekstualistycznej teorii interpretacji można znaleźć w: A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thompson West, Saint Paul 2012.

⁷² M. Zirk-Sadowski, *Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104, s. 168.

Niemniej jednak potrzeba oddzielenia metodyki wykładni od samej wspólnoty jako odrębnych granic prawniczej władzy dyskrejonalnej wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, oczekiwania wspólnoty prawniczej wobec jej poszczególnych członków działających jako interpretatorzy (w szczególności: sędziów) są szersze niż tylko stosowanie się do określonej metodyki. Metodyka zresztą odgrywa zasadniczą rolę przede wszystkim w kontekście uzasadnienia. Natomiast oczekiwania wspólnoty mogą dotyczyć też kwestii pozametodycznych, w tym aksjologicznych, politycznych, ekonomicznych czy ideologicznych. Wspólnoty prawnicze dwóch krajów o podobnej kulturze prawnej mogą oczekiwać tego samego, gdy idzie o metodykę, a czego innego, gdy idzie o treść orzeczeń. Z drugiej strony metodyka wykładni jest czymś trwalszym i bardziej uniwersalnym niż poszczególne narodowe wspólnoty prawnicze. Przyjęte dyrektywy wykładni, czy też szerzej – style orzecznictwa, kształtują się bowiem w długim, nieraz bardzo długim czasie⁷³. Metodyki przynależą do szerszego pojęcia tradycji prawnej (obejmującego także kształt instytucji prawnych, a więc treść tekstów prawnych) i mają się tak do konkretnej wspólnoty prawniczej istniejącej *hic et nunc* jak w ogólności tradycja do społeczeństwa. Choć tradycja nie może istnieć bez społeczeństwa, które ją podtrzymuje, to społeczeństwo może istnieć bez danej tradycji (którą może zamienić na inną, albo też w ogóle porzucić tradycje). Tradycja jest zresztą czymś częstokroć mimowolnym, co społeczeństwo przyjmuje bezrefleksyjnie, nie pytając o jej genezę, lecz po prostu postępując zgodnie z nią. Tak też rzecz się ma z metodyką prawniczą.

Metodyka prawnicza, obejmująca w szczególności metody (dyrektywy) wykładni⁷⁴ jako granice prawniczej władzy dyskrejonalnej, ma jednak charakter względny. Zwraca na to uwagę Kennedy, wskazując trzy typy tzw. zachowania strategicznego w wykładni (*strategic behavior in interpretation*)⁷⁵. Pierwszym z nich jest poszukiwanie argumentów prawnych tworzących „efekt prawnej konieczności danego rozstrzygnięcia”, drugim – próba przedstawienia sytuacji, która *prima facie* wydawała się należeć do sędziowskiej dyskrejonalności (Hartowska otoczka, Kelsenowska rama), jako należąca jednak do rdzenia (poza Kelsenowską ramą); trzecim – próba podważenia wrażenia, iż sprawa podlega oczywistej normie prawnej poprzez dostarczenie argumentów, że sąd jednak ma wybór między różnymi normami. Jak podsumowuje Kennedy: „W każdym

⁷³ Por. J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 152 i n. Zob. także T. Spyra, *Granice wykładni prawa...*, s. 40 i n. – o historycznej genezie zasady *interpretatio cessat in claris*.

⁷⁴ Ze względu na przyjmowanie przeze mnie szerokiego rozumienia pojęcia wykładni (interpretacji) w konsekwencji pod pojęciem metodologii czy metod wykładni rozumiem całokształt tego, co Jerzy Leszczyński określa mianem „reguł metody prawniczej”, którą w jego ujęciu „tworzą zbiory reguł operujących w trzech obszarach: jako dyrektywy wykładni, dyrektywy ustalania konsekwencji norm oraz jako reguły kolizyjne” (J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 219).

⁷⁵ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, [w:] idem, *Legal Reasoning...*, s. 159.

z tych wypadków interpretator pracuje, by stworzyć lub zniwelować określoność (*determinacy*), a nie odbiera lub postrzega [określoność lub nieokreśloność] jako coś danego w określonej sytuacji”⁷⁶. Oczywiście, nie można pominąć faktu, że narracja Kennedy’ego powstała w wyniku obserwacji bardzo specyficznej kultury prawnej, jaką jest kultura prawna Stanów Zjednoczonych, a wręcz wąskiego wycinka tej kultury, tj. orzecznictwa wyższych sądów federalnych, który jest jeszcze bardziej specyficzny, nawet na tle ogólnej kultury prawniczej USA czy krajów *common law*. Zasadne jest więc pytanie, które pojawia się tu nie po raz pierwszy, na ile koncepcje Kennedy’ego (czy szerzej: anglosaskiej jurysprudencji krytycznej) mają walor uniwersalny, a *in casu*, na ile nadają się do opisu polskiej czy unijnej rzeczywistości prawnej. W jakimś zakresie tezy te oddają, jak się wydaje, także naszą kulturę prawną, przynajmniej w ogólnym zarysie. Wiadomo przecież, że tym samym stanom faktycznym przypisywane są diametralnie różne opisy prawne (będące w istocie prawniczymi interpretacjami zdarzeń zaszłych w innych subświatach) – opisy takie formułowane są w pismach procesowych stron, a następnie w orzeczeniach, skargach apelacyjnych i kasacyjnych itd. Juryści formułujący te pisma, orzeczenia czy środki odwoławcze z pewnością podejmują zbliżone operacje myślowe. Nawet jeżeli ich tok myślenia nie przebiega, jak w systemie *common law*, od wyroku do wyroku, to jednak np. na gruncie prawa cywilnego zawsze możliwa jest próba „ucieczki w klauzule generalne”, jeżeli nic „nie pomaga” (zarzucenie drugiej stronie nadużycia prawa – art. 5 k.c.), możliwa jest próba „ucieczki w Konstytucję” i próba włączenia tego aktu prawnego i zawartych w nim zasad do oceny prawnej stanu faktycznego⁷⁷. Także prawo UE bywa wykorzystywane do formułowania argumentów mających znamiona uników prawnych w sytuacji, gdy *prima facie* prawnik argumentujący na rzecz jednej ze stron stoi na przegranej pozycji.

Wynika stąd, że postrzeżenie dyrektyw wykładni jako stawiających opór, ale jednak miękkie, które zdaje się przezierać przez prace Kennedy’ego, wydaje się adekwatne także w odniesieniu do naszego systemu prawnego. Nie znaczy to oczywiście, by reguły wykładni nie stanowiły żadnej bariery dla poszukiwania pożądanego rozstrzygnięcia. Wręcz przeciwnie. Sztywność dyrektyw wykładni trzymanyh w korbach przez dyrektywy II stopnia (np. preferencja wykładni językowej⁷⁸) tworzy zgoła odmienną sytuację od „komfortu”, w jakim pracuje ETS,

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Szczególnie możliwość odwoływania się do różnych prawodawców realnych podkreśla się w holizmie interpretacyjnym Matczaka. Zob. M. Matczak, *Summa iniuria...* Z kolei w bardziej tradycyjnych ujęciach spod znaku szkoły poznańsko-szczecińskiej odwołania do innych porządków prawnych (np. unijnego, konwencyjnego) ujmują się w kategoriach wykładni systemowej. Zob. np. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 298.

⁷⁸ Jest ona właściwa zarówno ujęciu klaryfikacyjnemu, jak i derywacyjnemu, choć oczywiście w ujęciu klaryfikacyjnym jest ona znacznie silniejsza ze względu na dyrektywę *clara non sunt interpretanda*, która lepiej chroni rezultat wykładni językowej przed destabilizacją. Nie znaczy

dobierając sobie dyrektywy wykładni *a casu ad casum*⁷⁹. Podobnie w systemie ścisłego przestrzegania zasady *stare decisis* próba ucieczki od jawnie wiążącego precedensu wymaga znaczących wysiłków argumentacyjnych (tak jak w naszej kulturze prawnej przełamanie wykładni językowej przez celowościową⁸⁰), podczas gdy w systemie, gdzie precedensu nie ma albo traktowany jest w sposób swobodny, proklamowanie nowej *ratio decidendi* w trybie *overruling* czy wręcz *underruling*⁸¹ nie wymaga argumentowania „w pocie czoła”.

Innymi słowy, kwestia zdeterminowania rezultatu wykładni brzmieniem przepisów czy innych norm mających zastosowanie w danym systemie prawnym jest nie tyle kwestią absolutną, co – jak trafnie podkreśla Kennedy – kwestią nakładu pracy interpretatora⁸². Oczywiście, ponieważ nie uznaję metodologii wykładni czy nawet tekstu prawa za jedyne granice prawniczej władzy dyskrecyjnej, ale włączam tu również oczekiwania wspólnoty interpretacyjnej, oczekiwania innych subświatów, a nade wszystko hegemoniczną ideologię, w pełni uznaję fakt, że sędzia, choćby i miał zastosować słynny art. 1 szwajcarskiego k.c., dający mu, formalnie rzecz biorąc, nieograniczone uprawnienia prawodawcze⁸³, i tak zazwyczaj zdecyduje w sposób mocno przewidywalny, jeśli nie dla całego społeczeństwa, to już na pewno dla innych członków prawniczej wspólnoty. Odstępstwa pojawiają się rzadko i nawet jeżeli przybierają formę spektakularnych zwrotów orzecznictwa, jak likwidacja segregacji rasowej w wyroku

to jednak, by w ujęciu *omnia sunt interpretanda* przełamanie rezultatu wykładni językowej było czymś prostym i oczywistym. Por. *ibidem*, s. 290–302, gdzie Zieliński wymaga wykazania, że rezultat wykładni językowej jest sprzeczny z „którąś z wartości zasadniczych przypisywanych prawodawcy lub którąś z wartości instrumentalnych stanowiącą warunek konieczny dla zasadniczej” (*ibidem*, s. 302), co w jego ujęciu uzasadnia przyjęcie wykładni rozszerzającej albo zwężającej. Spod tej operacji wyłącza on jednak m.in.: definicje legalne, przepisy kompetencyjne, przepisy statuujące prawa nabyte, a w szczególności nie pozwala na tej podstawie wyjść poza zasadę *exceptiones non sunt extendendae* (*ibidem*).

⁷⁹ Szerzej: G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford 2013; idem, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning During the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, „European Public Law” 2014, t. 2, z. 3; idem, *The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case—Law as the Continuation of Politics by Other Means*, „European Law Review” 2014, nr 2.

⁸⁰ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, z. 3–4, s. 61–64.

⁸¹ Określenie *underruling* jest skrótem myślowym od *under the table overruling*, czyli „odstępowanie od wcześniejszego precedensu »pod stołem«, a więc w sposób ukryty, bez ujawniania tego faktu. Zob. np. C.J. Peters, *Under-the-Table Overruling*, „Wayne Law Review” 2008, t. 54, s. 1067 i n.

⁸² D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 160–162.

⁸³ „W przypadkach nieprzewidzianych przez ustawę sędzia rozstrzyga na podstawie zwyczaju, a w braku tegoż, na podstawie reguły, którą sam przyjąłby jako ustawodawca”.

*Brown v Board of Education*⁸⁴, to i tak odpowiadają długo formułowanym oczekiwaniom innych subświatów i przemianom w hegemonicznej ideologii. Najlepszym na to dowodem jest fakt, że wyrok *Brown v Board of Education* zapadł dopiero w 1954 r., a nie np. w 1857 czy 1896, tj. w czasach, gdy ten sam Sąd Najwyższy – zgodnie z ówczesnie hegemoniczną w Stanach Zjednoczonych ideologią rasizmu i oczekiwaniami białego establishmentu – orzekł, że człowiek, którego skóra ma akurat kolor czarny i został porwany do USA przez handlarzy niewolników – nie może zostać nigdy obywatelem tego państwa (wyrok *Dredd Scott v Sanford* z 1857 r.⁸⁵) czy że segregacja rasowa jest czymś zupełnie normalnym (wyrok *Plessy v Ferguson* z 1896 r.). Doprawdy, trudno o lepsze przykłady tego, jak bardzo wykładnia prawa uzależniona jest w praktyce od oczekiwań innych subświatów i hegemonicznej ideologii, a nie od treści tekstów prawnych (to samo brzmienie Konstytucji Stanów Zjednoczonych). Z kolei metody wykładni – sięganie do pierwotnej intencji (oryginalizm⁸⁶), opieranie się na dosłownym brzmieniu (tekstualizm) czy kierowanie się aktualnymi preferencjami aksjologicznymi społeczeństwa (tzw. żywy konstytucjonalizm, *living constitutionalism*⁸⁷) – dobierane są przez interpretatora pod z góry upatrzony rezultat interpretacyjny i są raczej wypadkową relacji między tekstem a oczekiwanym wynikiem⁸⁸ (jeżeli tekst odpowiada wynikowi – preferuje się tekstualizm⁸⁹; jeżeli oczekiwany wynik jest

⁸⁴ Wyrok SN Stanów Zjednoczonych z 19 maja 1954 r. w sprawie *Oliver Brown et al. przeciwko Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483.

⁸⁵ Wyrok SN USA z 6 marca 1857 r. w sprawie *Dred Scott przeciwko Johnowi F. A. Sandfordowi*, 60 U.S. 393.

⁸⁶ Mateczak wskazuje, że istotą oryginalizmu jest „nadanie priorytetu historycznej intencji prawodawcy, który wprowadził (...) przepis do systemu prawa” oraz „uchwycenie znaczenia terminów użytych w tekście prawnym w momencie ich wprowadzenia do systemu prawa i odmowa przyznania, że znaczenie to może ewoluować” (M. Mateczak, *Summa iniuria...*, s. 186).

⁸⁷ Zob. np. H. Gillman, *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the „Living Constitution” in the Course of American State-Building*, „Studies in American Political Development” 1997, t. 11; J.M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, „Northwestern University Law Review” 2009, t. 103, z. 2. Przykładami wyroków, które zapoczątkowały ten nurt myślenia w amerykańskim konstytucjonalizmie, były orzeczenia SN akceptujące nowe prawo gospodarcze epoki tzw. Nowego Ładu – m.in. *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Steward Machine Co. v Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Wickard v Filburn*, 317 U.S. 111 (1942). Żywy konstytucjonalizm oznaczał zatem przejście na pozycje dynamicznej wykładni konstytucji USA.

⁸⁸ Por. J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 214: „W orzecznictwie można znaleźć dowody na to, że sąd oprze się na tej dyrektywie [zakazu przeprowadzania wykładni funkcjonalnej wobec jednoznaczności tekstu – R.M.], mimo że jednoznaczność tekstu prawa jest wątpliwa”.

⁸⁹ Jak zauważa Mateczak: „przedstawiciele formalizmu prawniczego, w szczególności tekstualiści, podnoszą często w argumentacji prawniczej argument zwykłego znaczenia tekstu, który polega na utrzymywaniu, jakoby pierwsze, intuicyjne rozumienie tekstu, lub też bliżej niedookreślone rozumienie go przez racjonalnego czytelnika, rozstrzygało o treści reguły prawnej wyinterpretowanej z tego tekstu. Wydaje się, że można wykazać podobieństwo argumentu zwykłego znaczenia tekstu do twierdzenia o sylogistyczności procesu stosowania prawa. Polega ono na tym,

zgodny z tym, co myśleli twórcy tekstu – preferuje się oryginalizm; jeżeli zaś chce się osiągnąć zgoła odmienny rezultat interpretacyjny – preferuje się żywy konstytucjonalizm, czyli mówiąc w języku polskiej teorii prawa, „wykładnię dynamiczną”, pod który można podłożyć praktycznie dowolne treści⁹⁰.

W polskiej teorii prawa problem dyrektyw wykładni stanowił od dawna przedmiot żywego zainteresowania badaczy. Podsumowując dyskusję w naszej nauce, a także odnosząc się do nauki anglosaskiej (aczkolwiek z wyłączeniem krytycznej teorii prawa), Marek Smolak zrekonstruował trzy zasadnicze stanowiska w zakresie dyrektyw wykładni II stopnia (zwanymi też dyrektywami preferencji)⁹¹. Pierwsze z nich, określone przez niego jako podejście heteronomiczne, zakłada, że dyrektywy preferencji są ukształtowane przez kulturę prawną. Wymaga ona, by dać pierwszeństwo wykładni językowej przed innymi metodami wykładni. Drugie z nich, określone przez Smolaka mianem podejścia holistycznego bądź kompleksowego, zakłada, że dyrektywa II stopnia zrównuje różne dyrektywy wykładni I stopnia co do ich hierarchii, a więc nakazuje zastosować wszystkie metody wykładni przed określeniem jej rezultatu. Wreszcie podejście trzecie, zwane przez Smolaka autonomicznym, zakłada, że „interpretator wbrew przyjętej w zachodniej kulturze wykładni zasadzie pierwszeństwa wykładni językowej nie jest zobowiązany do stosowania dyrektyw wykładni językowej. Interpretator powinien zastosować wykładnię funkcjonalną, pomijając dyrektywy wykładni językowej, o ile jej rezultaty prowadzą do osiągnięcia, jego zdaniem, określonych celów społecznych czy politycznych”⁹². W polskiej kulturze prawnej dominuje podejście pierwsze, uzupełniane niekiedy drugim. Jak wynika z badań empirycznych Smolaka, SN odwołuje się do wykładni celowościowej w 1% orzeczeń, NSA – w 2% orzeczeń, a TK w 20% orzeczeń⁹³.

Oczywiście, mówiąc o wykładni językowej jako o preferowanej w naszym kontekście kulturowym metodzie wykładni, należy wyjaśnić, co jest w tej kulturze traktowane jako źródło znaczenia „językowego”, przypisywanego tekstowi. W tym miejscu rozważania o metodzie wykładni zająć się z wcześniejszymi rozważaniami o tekście prawa jako samodzielnej granicy (pkt 2 powyżej). Smolak wskazuje, że możliwych jest tu aż pięć podejść: po pierwsze, oparcie się na akontekstualnym znaczeniu słownikowym; po drugie, oparcie się na równie

że w jednym i drugim przypadku interpretator zamyka dyskusję nad znaczeniem danego tekstu i nie ujawnia procesu myślowego, który doprowadził go do takiej decyzji interpretacyjnej. Takie podejście uniemożliwia podnoszenie kontrargumentacji merytorycznej, ponieważ twierdzenie, że rozumienie X jest zwykłym rozumieniem danego tekstu, jest nieweryfikowalne” (M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 60).

⁹⁰ Charakterystyczny jest tu dobór strategii argumentacyjnych w SN USA w poszczególnych fazach ewolucji jego orzecznictwa, a także – u poszczególnych sędziów.

⁹¹ M. Smolak, *Wykładnia celowościowa...*, s. 55 i n.

⁹² *Ibidem*, s. 61.

⁹³ *Ibidem*, s. 12–13.

akontekstualnym znaczeniu dosłownym, jednakże niekoniecznie słownikowym; po trzecie, znaczenie intencjonalne, tj. takie, jakie nadał tekstowi prawa ustawodawca; po czwarte, znaczenie zwykłe, tj. takie, jakie nadają danemu zwrotowi członkowie określonej społeczności; wreszcie po piąte, znaczenie wynikające z użycia danego zwrotu w konkretnym stanie faktycznym⁹⁴. Autor ten podkreśla rolę kontekstu pozajęzykowego przy ustalaniu znaczenia tekstu⁹⁵. Rozważania te pokazują, że metodologia wykładni jako rzeczywista granica prawniczej władzy dyskrecyjnej ma moc dosyć względną, bowiem nawet przy założeniu o prymacie wykładni językowej odpowiednio szerokie odwołanie się do kontekstu pozajęzykowego przy ustaleniu znaczenia tekstu może doprowadzić do przemycenia elementów wykładni celowościowej. Znaczenie tekstu przestaje być czymś stabilnym, stawiającym jednoznaczny opór, a staje się czymś zależnym od kontekstu, którego wybór i ocena mogą już być – w odróżnieniu od definicji słownikowych – sprawą sporną. Otwiera się też, w konsekwencji, na hegemoniczną ideologię, o której będzie mowa osobno w paragrafie 6 jako o granicy stawiającej opór prawniczej władzy dyskrecyjnej.

Podsumowując, stawiam tezę, że metodologia wykładni – w tym konieczność odwołania się do konkretnej metody wykładni, takiej jak wykładnia językowa, systemowa, teleologiczna czy też ważenie – stawia prawnikowi opór, ale jest to opór względny, determinowany w hermeneutycznym kole strategicznej argumentacji⁹⁶. Nie znaczy to jednak, że opór stawiany przez poszczególne metody jest jednakowy. Oporność materiałów prawnych jest *in casu* wypadkową dwóch czynników: po pierwsze, tego, na ile pożądanym strategicznie wynik jest już ujęty w tekście poddanym właściwym w danej kulturze prawnej metodom wykładni oraz, po drugie, tego, ile zasobów argumentacyjnych należy poświęcić na to, aby już to osiągnąć pożądanym wynikiem na gruncie przyjętej na danym etapie metody wykładni (np. językowej), już to tak przetworzyć sytuację w drodze działań argumentacyjnych, by zastosowanie miała inna metoda wykładni (np. celowościowa albo ważenie). Opór stawiany przez odesłanie zawarte w klauzuli generalnej, czy też przez *explicite* ujęcie konfliktujących zasad w systemie prawa będzie niewątpliwie mniejszy (przy założeniu, że nie ma wiążącego precedensu) niż opór stawiany przez dającą strategicznie niepomysłny rezultat lekturę *prima facie* przepisu poddanego wykładni językowej. Dlatego proponuję *via media* – nie twierdzą, że metoda wykładni, a szczególnie skodyfikowane dyrektywy wykładni II stopnia są w stanie całkowicie ograniczyć prawniczą swobodę interpretacyjną, ale też nie wydaje mi się, by były one całkowicie obojętne. Zgadzam się bowiem z tezą Kennedy’ego, że wszystko jest kwestią nakładu pracy interpretacyjnej. Sprawa, która jest „łatwym przypadkiem

⁹⁴ *Ibidem*, s. 63–65.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 69 i n.

⁹⁶ Por. D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 166.

w konwencjonalnym znaczeniu, jest trudnym przypadkiem z punktu widzenia stratega ideologicznego⁹⁷. Nakład pracy interpretacyjnej niezbędnej do uzyskania strategicznie pożądanego rezultatu, gdy wykładnia literalna idzie dokładnie w przeciwnym kierunku, jest największy. I na odwrót, „trudny przypadek w rozumieniu typologii prawników jest łatwym przypadkiem dla stratega ideologicznego, ponieważ w trudnym przypadku są dwie akceptowalne normy do wyboru, a nie jedna oczywista norma”⁹⁸, jak w przypadkach łatwych. Wspominana wielokrotnie przez Kennedy’ego możliwość „zmiany poziomu” interpretacji, tj. przejścia od przepisu szczegółowego do ogólnej zasady, z poziomu ustawowego na konstytucyjny itp., z pewnością adekwatnie opisuje także naszą kulturę prawną. Jak bowiem zauważa Matczak, współcześnie „typowa sytuacja stosowania prawa polega na wielokanałowości komunikacji, i to nie ze względu na występujące często zbiegi przepisów, ale przede wszystkim ze względu na konstytucjonalizację współczesnych systemów prawnych. Konstytucjonalizacja jest tu rozumiana w ten sposób, że prawodawca, oprócz szczegółowych komunikatów »zwykłych«, a więc np. szczegółowych regulacji na poziomie ustawy czy rozporządzeń, kieruje do adresatów komunikaty ogólniejszej natury. (...) Współcześnie większość gałęzi prawa ma akty grupujące tzw. zasady – regulacje o charakterze ogólnym, kierunkowym czy programowym”⁹⁹. Podsumowując, w pewnych przypadkach pracy interpretacyjnej potrzeba więcej, w innych – mniej. Do tego sprowadza się, w ostatecznym rozrachunku, opór stawiany zarówno przez tekst, jak i metodologię wykładni postrzegane jako granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej.

5. Inne subświaty

Elementem, do którego nie odnieśli się jako do granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej ani Artur Kozak, ani Przemysław Kaczmarek i Paweł Jabłoński w swojej koncepcji topografii granic, jest wpływ, jaki na prawników wywierają inne subświaty instytucjonalne. Przemilczenie to może być zresztą świadome, bowiem podkreślanie wpływów tego rodzaju podważa mit o autonomii prawa, będący podstawą projektu legitymizacyjnego wpisanego w juryscentryzm; z drugiej strony subświat polityczny jest niejako wpisany w samą definicję prawa w ujęciu pozytywistycznym, gdyż organ prawodawczy jest organem politycznym *par excellence* (np. parlamentem)¹⁰⁰. Niemniej jednak

⁹⁷ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 166.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 183.

¹⁰⁰ W takim ujęciu subświat polityczny jako granica prawniczej władzy dyskrecjonalnej może być tematyzowany jako ustawodawca. Jednakże w celu przełamania jego woli teoria prawa

tw. pozytywizm wyrafinowany prowadzi do pogłębienia rozziewu między subświatami poprzez położenie nacisku na kulturowy wymiar wykładni prawa, zapośredniczony przez wspólnotę komunikacyjną¹⁰¹. Jak wskazuje Andrzej Bator, „Językowa autonomia prawa prowadzi do środowiskowej autonomii prawników. Prawodawca-suweren odsunięty zostaje na inny, polityczny plan, który oceniany jest przez prawnika jako obcy, a nawet wrogi mu wymiar. Prawnik reprezentować ma zobiektywizowaną naukę i kulturę prawną”¹⁰². Oczywiście, podobnie jak konstrukcja racjonalnego prawodawcy, także i będący jej pochodną rzekomy ostry rozdział na linii prawo–polityka jest fikcją służącą dopiero konstruowaniu autonomii prawa w dyskursie. W rzeczywistości jednak prawo pozostaje w dużej mierze zależne od innych subświatów w stopniu większym, niż sami prawnicy skłonni są przyznawać¹⁰³.

Do subświatów, których wpływ na subświat prawny jest najbardziej widoczny, należą w szczególności: subświat ekonomiczny, subświat polityczny czy subświat religijny. Wyróżnienie takich subświatów – obok subświata prawniczego – właściwe jest nie tylko twórcom teorii społecznego konstruowania rzeczywistości, Bergerowi i Luckmannowi, ale także pozostaje niejako kanonem wszelkich teorii socjologicznych starających się w pewien sposób sklasyfikować poszczególne dziedziny czy pola aktywności społecznej. Niezależnie od głębokich różnic teoretycznych, jakie dzielą Bergera i Luckmanna z jednej strony, i takich teoretyków społecznych jak C. Schmitt, A. Kojève¹⁰⁴, P. Bourdieu¹⁰⁵

wprowadziła rozróżnienie na tzw. prawodawcę realnego (czyli z grubsza – subświat polityczny, mówiący ustami parlamentu) i prawodawcę idealnego (racjonalnego), który jest już tworem prawniczym. Relacja tych dwóch „prawodawców” – obu będących w istocie *fictiones iuris* – jest jedną z osi debat o wykładni. Por.: A. Kozak, *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997 (opowiadający się za utożsamieniem racjonalnego prawodawcy z kulturą prawniczą, a nie subświatem polityki); Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013, s. 39 i n. (proponujący jednak poszukiwanie rzeczywistej intencji rzeczywistego prawodawcy). Zob. także B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 148–149. Bator zwrócił uwagę na interesującą, paradoksalną konsekwencję tego fikcyjnego rozróżnienia, gdy w postępowaniu przed TK rzeczywisty prawodawca (Sejm) musi bronić konstytucyjności przepisów przed konsekwencjami ich rozumienia przez „racjonalnego prawodawcę”, którego ustami „przemawiają” sędziowie TK (A. Bator, *Debaty prawnicze...*, s. 49).

¹⁰¹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 28, 33.

¹⁰² A. Bator, *Debaty prawnicze...*, s. 50.

¹⁰³ Można się tu dopatrywać pewnych analogii z oficjalną narracją elit z krajów peryferyjnych, które również niechętnie podkreślają swoje uzależnienie od centrum, a na ich niekwestionowane przejawy reagują zaprzeczaniem.

¹⁰⁴ A. Kojève, *An Outline of the Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007.

¹⁰⁵ Zob. zwięzłą prezentację koncepcji Bourdieu w pracy: H. Dębska, *Prawo jako pole (ujęcie modelowe)*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 9.

czy N. Luhmann¹⁰⁶ z drugiej, co niezwykle charakterystyczne, katalog dziedzin (pól) ludzkiej aktywności, na jakie dzielą oni społeczną rzeczywistość, pozostaje w dużym stopniu niezmienny. Dzieje się tak pomimo faktu, że proponowane przez nich kategorie, w ramach których dokonują oni swoich klasyfikacji, są istotowo odmienne. „Świat instytucjonalny” Bergera i Luckmanna, „pole” Bourdieu, „system” Luhmanna czy „fenomen” albo „sytuacja” Alexandre’a Kojève’a¹⁰⁷, nie mogą być traktowane ani jako synonimy, ani nawet jako pojęcia funkcjonalnie zamiennie. Przyjęcie określonej perspektywy, czy to konstrukcjonizmu społecznego (Berger i Luckmann), czy to socjologii krytycznej (Bourdieu), czy to teorii systemów (Luhmann), czy wreszcie fenomenologii (Kojève), implikuje zgoła odmienne sposoby postrzegania mechaniki świata społecznego i rządzących nimi prawideł. W jednych teoriach kluczowa będzie cyrkulacja metaforycznie rozumianych „kapitałów” (Bourdieu), w innych komunikacja (Luhmann), w jeszcze innych kluczowe będzie zdefiniowanie typowej „sytuacji” właściwej danemu fenomenowi (Kojève). Pomimo tych głębokich różnic, których nie da się pominąć, wszystkie te koncepcje wykazują wiele zadziwiających podobieństw, wśród których najbardziej doniosłe wydaje się istnienie wspólnego zestawu dziedzin, które powtarzają się w każdej z tych teorii. Z grubsza można przyjąć, że należą do nich następujące pola ludzkiej aktywności: prawo, polityka, ekonomika¹⁰⁸, religia. Dalsze elementy katalogu mogą być odmienne, np. jedni będą wyróżniać dziedzinę kultury (Bourdieu i jego pole kultury), inni etykę (fenomen etyczny u Kojève’a); możliwe są też ujęcia, w których dziedzina „społeczna” *sensu stricto* przeciwstawiana będzie dziedzinie politycznej i ekonomicznej¹⁰⁹.

Dla potrzeb rozważań prowadzonych w niniejszej pracy wystarczające będzie, jak sądzę, skupienie się na tych dziedzinach, które są dla przywołanych wyżej teorii wspólne, a zatem dziedzinach prawa, polityki, ekonomiki i religii. Relacje te są zresztą wzajemnie powiązane¹¹⁰, a wzajemne stosunki poszczególnych sfer niejednokrotnie zapośredniczane przez inne sfery, co pogłębia złożoność

¹⁰⁶ N. Luhmann, *Introduction to Systems Theory*, Polity Press, Cambridge 2013; idem, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford 2004.

¹⁰⁷ A. Kojève, *An Outline...*, s. 191.

¹⁰⁸ Pojęciem „ekonomiki” posługuję się tu, za Stanisławem Kaźmierczykiem, „głównie w rozumieniu ekonomicznej rzeczywistości – zjawisk i procesów ekonomicznych” (S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1113, Prawo CLXXVII, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1988, s. 3).

¹⁰⁹ Por. pojęcie „funkcji społecznej *sensu stricto*” instytucji prawnych – R. Mańko, *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, t. 16, z. 2, s. 26. Por. idem, *Legal Survivals: A Conceptual Tool for Analysing Post-Transformation Continuity of Legal Culture*, [w:] *Tiesību efektivitāte postmodernā sabiedrībā*, red. J. Rozenfelds et al., LU Apgards, Rīga 2015, s. 23.

¹¹⁰ Por. S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, s. 4, 50.

tych relacji¹¹¹. Przyjmując za punkt wyjścia koncepcje Bergera i Luckmanna¹¹² oraz podążając za terminologią Kozaka, dziedziny te będą określane mianem „subświatów instytucjonalnych”¹¹³. W filozofii prawa do Bergera i Luckmanna *explicite* nawiązywał już w 1983 r., a więc na długo przed Kozakiem, Robert Cover, pisząc: „Zamieszkujemy *nomos* – uniwersum normatywne. Wciąż tworzymy i podtrzymujemy świat prawości i nieprawości (*right and wrong*), legalności i nielegalności (*lawful and unlawful*), ważności i nieważności (*valid and void*). (...) Żaden zestaw instytucji prawnych czy przepisów (*prescriptions*) nie może istnieć w oddzieleniu od opowieści (*narratives*), które lokują je i nadają mu znaczenie. (...) Gdy zostanie pojęte w kontekście opowieści, które nadają mu znaczenie, prawo staje się nie tylko systemem norm (*system of rules*), których należy przestrzegać, ale światem, w którym żyjemy”¹¹⁴. Oczywiście, w odróżnieniu od ujęcia Kozaka, Cover nie zamierzał na podstawie konstrukcji świata-*nomosu* budować narracji legitymizującej wspólnotę prawniczą. Wręcz przeciwnie, jako krytyczny filozof prawa zmierzał przede wszystkim do tego, by podkreślić pluralizm normatywny (wielość *nomosów* w społeczeństwie) oraz – o czym była już mowa – poddać krytyce przemoc, jaką wywiera *nomos* na inne subświaty.

Przejdźmy teraz do zasadniczego problemu, jakim jest wpływ subświatów: politycznego, gospodarczego i religijnego na subświat prawniczy. Różne są też koncepcje dotyczące wyodrębnienia się poszczególnych subświatów w rozwoju historycznym. Przykładowo, w Habermasowskiej koncepcji działania komunikacyjnego wyodrębnienie się prawa nastąpiło w momencie przejścia od etapu przedkonwencjonalnego do etapu konwencjonalnego, gdy nastąpiło „odczarowanie praw i moralności” i ich wyodrębnienie ze świata magiczno-religijnego¹¹⁵. Jednak pełną autonomię zyskuje prawo, wedle Habermasa, dopiero na etapie postkonwencjonalnym, gdy staje się ono „urefleksyjnionym porządkiem prawowitym”¹¹⁶, pośrednikiem pomiędzy światami polityki i ekonomii¹¹⁷. Dla wielu historyków prawa momentem wyodrębnienia się subświata prawnego jest moment pojawie-

¹¹¹ *Ibidem*, s. 35–36.

¹¹² P. Berger, T. Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin, London 1991.

¹¹³ Berger i Luckmann posługiwali się pojęciem „światów instytucjonalnych”, natomiast Kozak, omawiając i przyjmując za własne ich koncepcje, preferował termin „subświatów instytucjonalnych”, podkreślając, że są one częściami jednego całościowego „świata społecznego”. Termin Kozaka wydaje się trafniejszy, gdyż podkreśla już za pomocą samego brzmienia (przedrostek „sub-”) relacje komplementarności i interakcji pomiędzy tymi dziedzinami społecznej rzeczywistości.

¹¹⁴ R. Cover, *Nomos...*, s. 4–5.

¹¹⁵ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008, s. 110–111.

¹¹⁶ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 97.

¹¹⁷ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 111.

nia się grupy zawodowych prawników – rzymskich *pontifices*, a następnie *iuris prudentes*.

Jednym ze znaków rozpoznawczych klasycznego pozytywizmu, a także Kelsenowskiego normatywizmu, było ściśle rozgraniczanie subświata prawniczego od innych subświatów. Teza o rozdzielności prawa i moralności, prawa i ekonomiki, prawa i moralności czy prawa i religii stanowi jeden z fundamentów pozytywizmu prawniczego. Odmienne na sprawę patrzą natomiast przedstawiciele innych nurtów filozofii prawa. W szczególności tradycyjny jusnaturalizm postrzega prawo pozytywne jako jakościowo podporządkowane prawu naturalnemu, które w wielu ujęciach wywodzi się z religii lub moralności. Zależnie od ujęcia, może to być moralność religijna albo świecka, jak w koncepcjach Gustava Radbrucha. Carl Schmitt z kolei w swojej filozofii politycznej decyzyonizmu i konkretnego porządku podkreślał ścisły związek prawa z polityką. W swojej wczesnej twórczości, określanej jako decyzyjonistyczna, Schmitt uznawał prawo za efekt decyzji politycznej, natomiast w późniejszej fazie, gdy w centrum twórczego przez niego systemu filozoficzno-politycznego znalazło się myślenie kategoriami porządku konkretnego (*konkretes-Ordnungs-Denken*) prawo stało się „schronieniem wspólnoty”, a normatywność wyprowadzana była nie tyle z decyzji (jak w ujęciu decyzyjonistycznym), co z normalności, właściwej danemu porządkowi konkretnemu¹¹⁸.

Gdy chodzi o klasyczny pozytywizm, to pomimo ostrego przeciwstawienia sobie prawa i innych subświatów, równocześnie zakładano zdecydowane podporządkowanie prawa prawodawcy, będącemu wszak emanacją subświata politycznego¹¹⁹.

Odczarowanie autonomii prawa znamionowało też od początku myśl marksistowską. Dla Karola Marksa i Fryderyka Engelsa, uznających pierwotność i nadrzędność relacji ekonomicznych nad innymi relacjami społecznymi, prawo stało się – wraz z polityką, religią, kulturą i moralnością – częścią tzw. nadbudowy

¹¹⁸ Por. J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 3, s. 20: „dla C. Schmitta ustrojodawcza decyzja suwerena była przejętym od T. Hobbesa momentem początkowym, punktem wyjścia, momentem startowym. Później naturalnym otoczeniem prawa stawała się normalność”.

¹¹⁹ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 128: „Pozytywizm powstał przecież niejako przeciw prawnikom, których chciał uczynić prostymi wykonawcami kształtowanego przez prawodawcę prawa. W uproszczeniu, prawodawca stanął po stronie jednostek uznających się za ofiary prawniczych nadużyć i zamknął prawników w ryzach przepisów”. Historycznie rzecz ujmując, klasyczne nurty pozytywizmu, takie jak francuska *Ecole d'exegese*, rzeczywiście powstały jako reakcja na nadmierną władzę przedrewolucyjnych prawników, orzekających w osławionych *parlements*. Nowy, przejrzysty i zupełny *code civil* oraz inne kodeksy miały tę samowolę ukrócić. Podobnie podejrzliwie do prawników podchodził Fryderyk Wielki, który w Landrechcie wprost zakazał dokonywania wykładni jego przepisów. Z kolei Bator podkreśla, że „mit (...) o nieograniczonej władzy państwa dającej się realizować poprzez stanowienie prawa” był właściwy pierwotnej wersji pozytywizmu (A. Bator, *Debaty prawnicze...*, s. 41).

(*Überbau*), podlegającej determinacji „w ostatniej instancji” przez bazę (*Basis*). Dialektyka¹²⁰ *Basis* i *Überbau* stanowi fundament marksistowskiej filozofii prawa, rozwijanej przez kolejnych myślicieli. Szczególnie doniosły wkład w jej rozwój wniósł francuski poststrukturalista Louis Althusser, który wprowadził pojęcie „państwowych aparatów ideologicznych” (*appareils ideologiques de l'Etat*) oraz „państwowych aparatów represyjnych” (*appareils repressifs de l'Etat*), przy czym fenomen prawa zaliczył równocześnie do obu tych aparatów¹²¹. Althusser był świadom faktu, że dialektyki bazy i nadbudowy nie można traktować zbyt mechanistycznie, że konieczne jest wobec tego zniuansowanie ich wzajemnych relacji oraz położenie akcentu na problem wytwarzania i odtwarzania stosunków produkcji i że dopiero w kontekście odtwarzania warunków produkcji możliwe jest ujęcie problemu relacji bazy i nadbudowy w sposób prawdziwie dialektyczny.

Do dorobku myśli marksistowskiej nawiązują, mniej lub bardziej bezpośrednio, przedstawiciele krytycznej filozofii prawa. Hasłem przewodnim amerykańskich *critical legal studies* lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. było zawołanie *law is politics*¹²², sygnalizujące w syntetycznej formule, że zdaniem przedstawicieli owego nurtu subświat prawniczy zdeterminowany jest przez subświat polityczny. Z pozoru takie ujęcie odcinało się od myśli marksistowskiej, zgodnie z którą subświatem nadrzędnym jest subświat ekonomiczny, a subświaty polityczny i prawny łącznie wchodzą w skład zdeterminowanej przezeń nadbudowy, jednakże bliższa analiza poglądów wyrażanych przez klasyków krytycznej filozofii prawa zza oceanu pokazuje, że choć odrzucili oni nazbyt mechanistyczne rozumienie dialektyki bazy i nadbudowy, to jednak ich ujęcie nie różni się w sposób zasadniczy od klasycznego marksizmu. Można co najwyżej mówić o odmiennym rozłożeniu akcentów, a w szczególności o dowartościowaniu roli subświata politycznego przy jednoczesnym utrzymaniu istotnej roli stosunków produkcji, a więc subświata ekonomicznego w ramach formułowanej przez tę szkołę filozofii prawa koncepcji. Innymi słowy, subświat polityczny – podobnie jak w klasycznym ujęciu marksistowskim – pozostaje zależny od innych subświatów i wtórny wobec nich, a formułowane przez prawników teksty prawne i rozstrzygnięcia sądowe zdeterminowane są układem sił politycznych i ekonomicznych w danym społeczeństwie¹²³. Oczywiście, nie wyklucza to toczenia sporów politycznych i ekonomicznych na gruncie prawa, jednakże nie prowadzi to bynajmniej

¹²⁰ Również w okresie realnego socjalizmu rozpoznawano zjawisko oddziaływania nadbudowy na bazę – zob. S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, rozdz. V: „Prawo a ekonomika w aspekcie oddziaływania nadbudowy na bazę społeczno-ekonomiczną”.

¹²¹ L. Althusser, *Ideology and Ideological State Apparatuses: Notes Towards an Investigation*, [w:] idem, *Lenin and Philosophy and Other Essays*, tłum. B. Brewster, Aakar Books, Delhi 2006.

¹²² J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 486.

¹²³ Por. P. Chmielnicki, *Miejsce norm prawnych w porządku instytucjonalnym*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 134.

do przypisania samemu prawu roli sprawczej. Prawo pełni co najwyżej funkcję *formy*, w której spory polityczne czy ekonomiczne są artykułowane¹²⁴.

Próby konceptualizacji relacji pomiędzy subświatami przełamujące twardą tezę klasycznego pozytywizmu o bezwzględnej autonomii prawa podejmowano także w głównym nurcie współczesnej filozofii prawa. I tak, Ronald Dworkin, poprzez wprowadzenie kategorii zasad (*principles*) i polityk (*policies*) jako podstaw rozstrzygnięcia uwzględnianych obok reguł (*rules*) otworzył tym samym subświat prawniczy na politykę i ekonomikę. Wszak polityki formułowane są przez polityków, a zasady niejednokrotnie uwzględniają prawa życia gospodarczego.

Na zgoła innych zasadach problem interakcji subświata prawniczego i gospodarczego pojmują przedstawiciele ekonomicznej analizy prawa (*economic analysis of law*), zwanej także nurtem prawa i ekonomii (*law and economics*)¹²⁵. Co paradoksalne, choć wychodzą oni z ideologicznych przesłanek lokujących się na antypodach myśli lewicowej, to jednak dzielą z klasycznym marksizmem-leninizmem tezę o zdeterminowaniu prawniczej bazy przez ekonomiczną nadbudowę, przy czym ich wysiłki *de lege ferenda* skupiają się na tym, by prawna nadbudowa jak najwierniej odpowiadała potrzebom ekonomicznej bazy (można to określić, za Kaźmierczykiem, mianem „ekonomizacji prawa”¹²⁶). Stąd wprowadzane przez nich kryterium „efektywności” rozwiązań prawnych, które, ich zdaniem, jeżeli zanadto oddalają się od wymogów bazy, mogą jej szkodzić. Skrajnym przejawem tej szkoły jest nurt określany jako „teoria początków prawnych” (*legal origins theory*)¹²⁷, zgodnie z którą rozwój społeczeństw i systemów gospodarczych przyjmujących rozwiązania znane z systemu anglosaskiego (*common law*) jest dużo wyższy niż tych krajów, które hołdują kulturze prawa kontynentalnego, wyrosłej z prawa rzymskiego i *ius commune*. Pozwala to przedstawicielom owej teorii formułować wnioski *de lege ferenda* adresowane do państw rozwijających się, które mają kopiować modele prawa amerykańskiego jako rzekomo „lepsze” dla gospodarki.

Istotnym zjawiskiem w zakresie wzajemnych relacji subświata prawniczego i innych subświatów jest zjawisko jurydyzacji, polegające na ekspansji regulacji prawnej na coraz to nowe obszary życia społecznego, wcześniej wolne od

¹²⁴ Por. R. Summers, *Form and Function in a Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

¹²⁵ Zob. D. Kennedy, *Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, red. P. Newman, Macmillan Reference Limited, 1998, <http://duncankennedy.net/documents/Law%20and%20Economics%20from%20the%20Perspective%20of%20cls.pdf> [dostęp: 23 III 2018 r.].

¹²⁶ S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, s. 74–75.

¹²⁷ D. Kennedy, *Political Ideology and Comparative Law*, [w:] *The Cambridge Companion to Comparative Law*, red. M. Bussani, U. Mattei, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 51–53.

interwencji prawa¹²⁸. Według opinii Marka Safjana jurydyzacja „przenika coraz silniej wszystkie sfery życia, w których wcześniej nikomu nie przychodziło na myśl stawianie pytań o prawo”¹²⁹. Z kolei Ryszard Piotrowski formułuje diagnozę, zgodnie z którą „Demokracja konstytucyjna jest (...) ustrojem jurydyzacji życia codziennego i jurydyzacji polityki, ukształtowanym przez potrzebę efektywnej kontroli nad legalnością działania władzy politycznej i związanym z funkcjonowaniem kontroli konstytucyjności prawa”¹³⁰. Równocześnie jednak wraz z jurydyzacją następuje sprzężenie zwrotne, polegające na wzroście uwikłania samego subświata prawniczego w rozumienie innych subświatów, które to rozumienie zapośredniczają eksperci-nieprawnicy. Jak zauważa Sulikowski, „gros decyzji identyfikowanych jako decyzje sądów podejmuje się na podstawie opinii i ekspertyz nieprawników. Dyskursy prawnicze pod wpływem moderny dość łatwo stały się kodeksami dyscyplin, narzędziami działania »kapilarnych« struktur normalizujących”¹³¹. Niezwykle krytyczny wobec jurydyzacji jest także Costas Douzinas, który wiąże ją z upadkiem jakości prawa, prowadzącym nawet do zaprzeczenia samej idei praworządności: „W miarę jak następuje proliferacja prawa w społeczeństwie, przybiera ono coraz bardziej szczegółową i coraz mniej spójną formę, jego źródła stają się rozmaite i porozrzucane, jego cele niejasne, nieznane lub sprzeczne, jego skutki nieprzewidywalne, zmienne i nierówne. Skutkuje to osłabieniem wszystkich ważniejszych aspektów praworządności – miejsce reguł zajmują regulacje, miejsce normatywności – normalizacja, miejsce ustawodawstwa – przepisy wykonawcze, miejsce zasad – swobodne uznanie, miejsce osobowości prawnej – role i kompetencje przydzielane w trybie administracyjnym. Regulacja i normalizacja są wszechobecne i niewidzialne, pochodzą zarazem zewsząd i znikąd, prowadząc do stosowania taktyki niepunitywnej, odroczeń i opóźnień, wnoszenia kolejnych środków odwoławczych, prowadzenia

¹²⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013, s. 65–66. Por. P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 123, który ujmuje jurydyzację jako „kolonizację świata życia przez powolne ingerowanie ustawodawcy w każdą sferę życia społecznego”. O jurydyzacji ekonomiki na gruncie realnego socjalizmu zob. S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, s. 72 i n.

¹²⁹ M. Safjan, *Rola prawnika we współczesnym świecie*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2004, s. 23. Por. C. Douzinas, *Krótką historią brytyjskiej Krytycznej Konferencji Prawniczej albo o odpowiedzialności krytyka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, z. 1, s. 13: „Szczegółowe regulacje, pochodzące od lokalnych, krajowych, ponadnarodowych i międzynarodowych źródeł, przenikają wszelkie sfery i aspekty życia, od najbardziej intymnych i domowych stosunków, aż po globalne procesy gospodarcze i komunikacyjne. Wskutek tego żaden obszar nie jest wolny od interwencji państwa lub rynku. Wszystko, od składu konserw po tortury, znalazło swoje miejsce w prawie (publicznym lub prywatnym)”.

¹³⁰ R. Piotrowski, *Zagadnienie legitymizacji władzy sądowniczej w demokratycznym państwie prawnym*, [w:] *Legitymizacja władzy...*, s. 14.

¹³¹ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 66.

medialnych zabiegów i usidlenia. Zakładają i sankcjonują dopuszczalną korupcję i wybacalne naruszenia jako integralne komponenty polityki, działalności gospodarczej i finansów. Porządek biopolityczny normalizuje i korumpuje, a korupcja jest jego normalnym składnikiem¹³².

Powracając do zasadniczej kwestii relacji pomiędzy subświatem prawniczym a innymi subświatami, w szczególności politycznym, gospodarczym i religijnym, należy chyba przyjąć umiarkowaną tezę, zgodnie z którą relacje te opierają się na wzajemnym, dialektycznym wpływie¹³³. Oznacza to, że na treść norm prawnych, na ich wykładnię doktrynalną i operatywną, a także na ich sądowe stosowanie wpływ mają pozostałe subświaty: polityczny, gospodarczy i religijny¹³⁴. Nie miejsce tu na przywoływanie przykładów, wystarczy wskazać, że problem jest doskonale znany i w dużym stopniu zbadany zarówno przez socjologię prawa¹³⁵, jak i politologię. Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że wpływ odwrotny również występuje: socjologia prawa udokumentowała, iż i treść przepisów prawa, i praktyka organów stosujących prawo mają wpływ na zachowania podmiotów z pozostałych subświatów. Przykładowo, przepisy prawa prywatnego, prawa publicznego gospodarczego czy prawa podatkowego niewątpliwie wpływają na postępowanie przedsiębiorców, a przepisy prawa konstytucyjnego mają określony wpływ na postępowanie polityków. Nie oznacza to oczywiście, że wszelkie dzia-

¹³² C. Douzinas, *Krótką historia...*, s. 12.

¹³³ Nawet w warunkach realnego socjalizmu, gdzie teoretycznie subświat polityczny dominował nad ekonomicznym, „władza może przekształcać stosunek polityki do ekonomiki w instrument władzy, ale też może być od niego zależna także i w tym sensie, iż sprawując jej wykonanie będzie, przynajmniej w niektórych sferach, po prostu go realizowała” (S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, s. 30 [podkr. R.M.]). Odnosnie do relacji prawa, ekonomiki i polityki w ustroju realnego socjalizmu zob. B. Schönfelder, *The Evolution of Law Under Communism and Postcommunism: A System-Theory Analysis in the Spirit of Luhmann*, „Financial Theory and Practice” 2016, nr 2. Należy zgodzić się z poglądem Kaźmierczyka, że nawet w ustroju o gospodarce centralnie planowanej, pomimo prymatu polityki nad ekonomiką, ta ostatnia sfera nie ulegała tym samym zredukowaniu do polityki – czy też, mówiąc metaforycznie, wchłonięciu przez politykę (zob. S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki...*, s. 42). Inna sprawa, że w systemie socjalistycznym rola prawa (a co za tym idzie – stosunku prawa do ekonomiki) była znacznie mniejsza (*ibidem*, s. 56).

¹³⁴ Por. P. Chmielnicki, *Miejsce norm prawnych...*, s. 133–134.

¹³⁵ Zob. przykładowo próbę analizy wzajemnego wpływu subświatów prawniczego, politycznego i gospodarczego w okresie polskiej transformacji ustrojowej w pracy: R. Mańko, *Law, Politics and the Economy in Poland's Post-Socialist Transformation: Preliminary Notes Towards an Investigation*, [w:] *25 Years After Transition in Central and Eastern Europe: Understanding the Transition from an Internal Perspective*, red. B. Fekete, F. Gardosz-Oros, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2017. Zob. także badania dotyczące zmiany funkcji społeczno-gospodarczych instytucji prawnych pod wpływem przeobrażeń w subświecie ekonomii: K. Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Routledge, London–Boston 1976 (pierwsze wydanie 1904); R. Mańko, *Wybrane relikty prawne epoki socjalizmu realnego w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” 2016, t. 56.

łania lub zaniechania jednej czy drugiej grupy, należących odpowiednio do subświata gospodarczego i subświata politycznego, są w całości i wyłącznie zdeterminowane tym, czego domaga się od nich subświat prawniczy, ani też, by zawsze przestrzegały wszelkich nakazów i zakazów prawa. Nawiasem mówiąc, gdyby w istocie miała miejsce ta ostatnia sytuacja, sam subświat prawniczy w dużej mierze straciłby rację bytu, a na pewno znacząca jego część. Niemniej jednak fałszywa wydaje się zarówno teza, zgodnie z którą subświat prawniczy funkcjonuje w całkowitej izolacji od pozostałych subświatów, jak i teza mówiąca, że jest on w całości tymi subświatami zdeterminowany (tym bardziej że chodzi o wiele różnych subświatów, które formułują pod adresem subświata prawniczego sprzeczne nieraz dążenia), jak też teza głosząca, że subświat prawniczy zajmuje jakąś nadrzędną pozycję wobec pozostałych, determinując postępowanie polityków, przedsiębiorców i duchownych. Z perspektywy filozofii prawa trzeba zadowolić się twierdzeniem, że wszystkie te subświaty pozostają ze sobą w dialektycznych relacjach wzajemnego wpływu, a tropienie jego konkretnych przejawów jest już zadaniem socjologii prawa.

Przechodząc do problemu, na ile inne subświaty, czy też mówiąc dokładniej – formułowane przez nie żądania lub oczekiwania, mogą stanowić determinanty granic prawniczej władzy dyskrejonalnej, w szczególności władzy sędziowskiej realizowanej w społecznej praktyce orzekania, należy więc na wstępie przyjąć jako całkowicie realną możliwość takiego właśnie wpływu. Innymi słowy, nie jest możliwe *a limine* wykluczenie sytuacji, w której sędzia będzie uwzględniał racje polityczne, ekonomiczne i religijne (moralne, etyczne) w swoim rozstrzygnięciu. Tego typu uwzględnienie jest przy tym całkowicie niezależne od tego, na ile sędzia fakt ten zwerbalizuje w treści uzasadnienia podjętego rozstrzygnięcia, a nawet od tego, na ile fakt ten sobie wręcz uświadomi. Chodzić tu bowiem może o wpływ nie tylko nieuświadomiony, ale nawet celowo bądź mimochodem wyparty. Nie jest wszak sytuacją dla sędziego komfortową, gdy uświadamia sobie, w jakim stopniu jego decyzje zależą od czynników pozaprawnych. Cała konstrukcja kulturowa *officium iudicis* kładzie bowiem nacisk na autonomię prawa i na jego samowystarczalność w zakresie racji rozstrzygnięcia. Wedle tradycyjnego modelu kontynentalnego sędzia kieruje się przepisem ustawy, której jest „ustami” (*bouche de la loi*)¹³⁶, a według modelu anglosaskiego stosuje się do istniejących precedensów, które z kolei stanowią, w skali dłuższego procesu dziejowego, efekt kodyfikacji już to prawa zwyczajowego, już to jakiejś *naturalis ratio*. Nie ma tu miejsca na realizowanie „zamówień” subświata politycznego czy ekonomicznego; byłoby to postrzegane jako sprzeniewierzenie się *officium iudicis*, jako korupcja ekonomiczna czy polityczna, jako zaprzeczenie niezawisłości i niezależności sędziowskiej, a nawet zamach na rządy prawa jako takie.

¹³⁶ Por. R. Piotrowski, *Zagadnienie legitymizacji...*, s. 13.

Tymczasem jednak w teorii społecznej podejmowane były już w latach siedemdziesiątych XX w. próby sformułowania modelu, który pogodziłby pragnienie zachowania określonego stopnia autonomii i odrębności ze strony subświata prawniczego z koniecznością wyjścia naprzeciw oczekiwaniom i żądaniom pozostałych subświatów. Chodzi tu o koncepcję tzw. responsywności prawa, sformułowaną przez Philipa Selznicka i Philippe'a Noneta¹³⁷. Autorzy ci, pod wyraźnym wpływem dialektycznych relacji pomiędzy amerykańskim subświatem prawniczym, zwłaszcza zaś jego aktywistycznym Sądem Najwyższym z jednej strony a subświatami polityki i ekonomiki Stanów Zjednoczonych z drugiej¹³⁸, sformułowali ogólny model teoretyczny, który można, z pewnymi zastrzeżeniami, uznać za aktualny do dziś. Selznick i Nonet zaproponowali bowiem trzy możliwe warianty relacji pomiędzy subświatem prawniczym a pozostałymi subświatami, które określili jako: model represyjny, model autonomiczny oraz model responsywny. Już z samego wyboru terminologii można się domyślić, jaka była ocena poszczególnych modeli przyjęta przez autorów oraz to, że uszeregowali je oni od ich zdaniem najgorszego (model represyjny) do ich zdaniem najlepszego (model responsywny). Można jeszcze dodać, że teoretyczne modelowanie Selznicka i Noneta, sformułowane, jak zostało to już podkreślone, na kanwie ewolucji systemu *common law* ze szczególnym uwzględnieniem prawa USA, miało mieć w ich zamierzeniu nie tylko wartość teoretyczną, ale także historiozoficzną, tj. interpretować ewolucję miejsca prawa w społeczeństwie w rozwoju historycznym. Nie wdając się w tym miejscu w dyskusje co do historycznoprawnej trafności ścieżki rozwoju „od prawa represyjnego do prawa responsywnego” oraz możliwości rozwoju w kierunku odwrotnym (od responsywności do represyjności), warto przybliżyć w tym miejscu istotne elementy każdego z modeli, tak jak ujęli je cytowani autorzy.

W modelu r e p r e s y j n y m prawo podporządkowane jest w całości interesom władzy, w ręku której jest narzędziem represji. Takie ujęcie zbieżne jest, jak się wydaje, zarówno z klasycznymi ujęciami marksistowskimi, jak i z post-strukturalistycznym ujęciem Althussera, który prawo zaliczył do państwowych

¹³⁷ P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Transaction Publishers, New Brunswick–London 2009 [1978]. Zob. także J. Srokosz, *Komunitariańska wizja prawa responsywnego a koncepcja państwa prawa*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawnego*, red. M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak, Temida 2, Białystok 2015.

¹³⁸ Chodzi tu w szczególności o aktywistyczną politykę SN USA pod prezesurą Earla Warrena, kiedy to sąd ten przyczynił się w znacznym stopniu do przebudowy społeczeństwa amerykańskiego, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom społecznym, nawet jeżeli nie były one instytucjonalnie formułowane przez właściwe w tym celu, acz niedrożne kanały demokratycznej reprezentacji (np. Kongres). I tak, orzeczeniami Sądu Najwyższego zniesiono segregację rasową czy zalegalizowano aborcję, co w innych kulturach prawnych następowało równoległe, ale w drodze decyzji ustawodawcy bądź referendum, a nie w wyniku decyzji sędziowskich, formalnie ubranych w szatę „wykładni” liczącego sobie wówczas już niemal dwieście lat tekstu Konstytucji.

aparatów represyjnych. Przy czym dla Selznicka i Noneta jest ono tylko punktem wyjścia historycznego rozwoju, a nie jedynym możliwym ujęciem. W drugim modelu, a u t o n o m i c z n y m, subświat prawniczy uzyskuje autonomię wobec władzy, nie jest już tylko instrumentem represji, ale realizuje własne cele. Selznick i Nonet ujmują w ten sposób zjawisko wyłaniania się odrębnej, mającej własne interesy i realizującej własne wartości grupy prawników. Problemu tego nie dostrzegały wczesne ujęcia marksistowskie, ale jest ono obecne np. w myśli Hugh Collinsa, który podkreślał rolę autonomicznej grupy zawodowej prawników jako istniejącej niejako na uboczu antagonizmów klasowych. Wreszcie trzeci model – r e s p o n s y w n y – oparty jest na założeniu, że subświat prawniczy wsłuchuje się uważnie w potrzeby i życzenia pozostałych subświatów i wychodzi im naprzeciw, niejako odpowiada (ang. *respond* – stąd „responsywność”) na ich potrzeby.

Model Selznicka i Noneta jest tyleż ciekawy, co jednak ograniczony określonym paradygmatem postrzegania społeczeństwa, w ramach którego został sformułowany. O ile bowiem autorzy ci dostrzegają konflikty pomiędzy władzą a społeczeństwem (co jest typowe w ujęciu liberalnym, widzącym w państwie zagrożenie dla ludzkiej wolności) oraz pomiędzy wspólnotą prawniczą a pozostałymi grupami społecznymi, to pomijają w swoim ujęciu fakt istnienia antagonizmów wewnątrz społeczeństwa. Model responsywności zasadniczo operuje na ontologii społecznej zakładającej trzy podmioty zbiorowe: władzę, wspólnotę prawniczą i społeczeństwo. To ostatnie rozumiane jest jako homogeniczny zbiór jednostek zdolny artykułować swoje kolektywne interesy względem pozostałych dwóch podmiotów (tj. władzy i wspólnoty prawniczej), jednakże w ujęciu tych autorów jest on wewnętrznie jednolity, pozbawiony konfliktów, pęknięć, antagonizmów. Z zasadniczych względów z taką wizją zgodzić się nie sposób. Wynika to zarówno z fundamentalnych presupozycji ontologicznych, leżących u podstaw formułowanej w niniejszej pracy teorii (por. rozdział I), jak i z elementarnej nieadekwatności proponowanego modelu w stosunku do istniejącej i empirycznie doświadczanej rzeczywistości społecznej. By odwołać się do najprostszego przykładu: znacząca większość spraw sądowych to nie spory na linii społeczeństwo–władza (rozstrzygane przede wszystkim przez sądy administracyjne¹³⁹), ale spory powstałe wewnątrz społeczeństwa (spory pracowników z pracodawcami, konsumentów z przedsiębiorcami itp.), a zatem spory będące emanacją polityczności (antagonizmu społecznego), o którym szerzej będzie mowa w kolejnym rozdziale. W tym miejscu można jedynie dodać, że zaproponowane przez Selznicka i Noneta uproszczenie prowadzi do eliminacji z pola widzenia niezwykle doniosłego elementu, jakim jest polityczność

¹³⁹ Co nie znaczy, że w tle sporów administracyjnych nie znajdują się w istocie spory podmiotów prywatnych, kwestionujących rozstrzygnięcie organu administracji ze względu na naruszenie ich interesów (np. w sprawach dotyczących planowania przestrzennego).

„pozioma”, spory pomiędzy różnymi grupami społecznymi i ich przedstawicielami, na rzecz wyakcentowania jedynie polityczności „pionowej”, i to rozumianej ze specyficznej, liberalnej perspektywy w filozofii polityki, gdzie głównym zagrożeniem dla społeczeństwa jest władza – już to polityczna (model represyjny), już to prawnicza (model autonomiczny).

Z tym, niewątpliwie dość istotnym, zastrzeżeniem, można jednak przyjąć za modelem Selznicka i Noneta pojęcie *responsywności* prawa jako jego otwarcia się na wymogi i oczekiwania formułowane przez inne subświaty. Przy czym o ile dla tych amerykańskich teoretyków społecznych *responsywność* była stanem pożądanym i postulowanym, o tyle wydaje się, że jest to po prostu stan typowy. Inna sprawa, w potrzeby której grupy społecznej (klasy, warstwy itp.) prawo się wsłuchuje bardziej, a które pomija. O tym jednak powiem więcej w rozdziale III dotyczącym roli i znaczenia polityczności w orzekaniu.

6. Hegemoniczna ideologia

Od wpływu subświatów na granice władzy prawniczej należy odróżnić wpływ hegemonicznej ideologii. Pojęcie to zostało bliżej określone w rozdziale I, gdzie zostaną też szczegółowo przeanalizowane związki pomiędzy ideologią, prawem i orzekaniem, tu obecnie więc wystarczy wskazać, że ideologia niewątpliwie wpływa zawężająco na zakres tego, co prawnik może zrobić z tekstem w konkretnej sprawie. Odnosząc się do koncepcji przedstawionej niedawno przez Jabłońskiego i Kaczmarka, należałoby przyjąć, że ideologia odpowiada ich pojęciu „kultury polityczno-prawnej” czy też „moralności politycznej” jako granicy¹⁴⁰. Autorzy ci przyznają tej granicy znaczenie pierwszorzędne, plasując ją nawet przed tekstem prawa. Jest to posunięcie zgoła jusnaturalistyczne, a sami autorzy przyznają się do analogii proponowanego ujęcia z Hartowskim twierdzeniem o „minimum prawa naturalnego” i Dworkinowskimi „pierwotnymi uprawnieniami”¹⁴¹. Jabłoński i Kaczmarek tematyzują „moralność polityczną” jako granicę prawniczej władzy dyskrecyjnej w duchu filozofii polityczno-prawnej liberalizmu, w sposób głęboko antydemokratyczny, a co za tym idzie – nie do przyjęcia dla krytycznego prawoznawstwa, nastawionego na radykalną przebudowę układu stosunków społecznych w duchu demokratycznym i egalitarnym. „Moralność polityczna” w ujęciu tych autorów, stawiana przed tekstem prawa, ma w istocie pełnić funkcję „nadkonstytucyjnego” prawa naturalnego, którego depozytariuszem ma być, jak się wydaje, wspólnota prawnicza, która przejmuje funkcję kolektywnego depozytariusza mądrości ponadpokoleniowej

¹⁴⁰ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 15–18.

¹⁴¹ *Ibidem*, s. 17. Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 261–269; R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 333–369.

w duchu Sieyèsowskim. Autorzy stawiają ograniczenia nawet możliwości nowelizacji konstytucji, twierdząc, że prawo demokratycznie wybranej władzy do jej nieograniczonego zmieniania byłoby „sprzeczne z podstawowymi intuicjami na temat tego, czym jest prawo”¹⁴². Argumentacja Jabłońskiego i Kaczmarka zmierza w istocie do petryfikacji, reifikacji, czy wręcz fetyszyzacji zastanego ustroju konstytucyjnego¹⁴³. Wynosi przygodne urządzenia ustrojowe, takie jak Monteskiuszowski trójpodział władzy (który zresztą ma wiele wersji¹⁴⁴, a np. w UE w ogóle nie występuje¹⁴⁵), pojęcie godności ludzkiej¹⁴⁶, czy tak krytykowaną przez wielu filozofów prawa¹⁴⁷ koncepcję *rule of law* – zasady „z istoty

¹⁴² P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 17.

¹⁴³ *Ibidem*, s. 18.

¹⁴⁴ Por. D. Minich, *Polityczny kontekst orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, z. 7–8, s. 14. Zob. także interesujące uwagi Andrzeja Sylwestrzaka, postulującego wprowadzenie nowego trójpodziału na władzę rządzącą, opozycyjną i neutralną (A. Sylwestrzak, *Władza trzecia „neutralna”*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, t. 11, z. 4, s. 55 i n.).

¹⁴⁵ Władzę ustawodawczą mają bowiem łącznie: Komisja (mająca monopol inicjatywy ustawodawczej), Parlament i Rada (jako organ reprezentujący rządy państw członkowskich); Trybunał Sprawiedliwości jest zaś negatywnym ustawodawcą typu Kelsenowskiego (skarga o stwierdzenie nieważności). Z kolei władzę wykonawczą sprawują łącznie: Komisja, zdecentralizowane agencje unijne oraz organy administracyjne państw członkowskich. Sądową kontrolę administracji sprawują zaś sądy krajowe oraz ETS. Trudno tu mówić o jakimkolwiek trójpodziale. Nawet system amerykański, uchodzący za wzorzec „trójpodziału władzy”, bynajmniej nie realizuje koncepcji Monteskiusza, lecz zasadę „szachowania i przeciwwagi” (*checks and balances*), władzę prawotwórczą wykonuje, zupełnie otwarcie, Sąd Najwyższy itd.

¹⁴⁶ Por. J. Penney, *Ethics. Murder for Mercy: Žižekian Ethics and the Latimer Case*, [w:] *The Žižek Dictionary*, red. R. Butler, Acumen Publishing, Durham 2014, s. 86: „W rzeczywistości ludzkie życie pozbawione jest czegokolwiek, co można by określić jako przyrodzoną godność (*inherent dignity*), godność dającą się oddzielić od nienaturalnego porządku znaczącego. Tak jak Antygona czyni to w odniesieniu do swego brata poprzez jego pochówek, ludzka godność musi zostać s t w o r z o n a za pomocą etycznego, znaczącego aktu”.

¹⁴⁷ Zob. np. pogląd Douzinas: „Rządy prawa przedstawia się jako panowanie norm prawnych i przeciwstawia rządowi ludzi, prezentując rządy prawa jako przedsięwzięcie aksjologicznie neutralne. Konflikty społeczne można jakoby załagodzić, tłumacząc je na język norm prawnych i powierzając ich rozstrzygnięcie »technikom« w osobach adwokatów i sędziów. To jednak złudzenie. Prawo stanowione promuje bowiem wartości właściwe porządkowi, który podtrzymuje, a wykładnia prawa nie tylko odbywa się na obszarze »bólu i cierpienia«, by użyć pamiętnych słów R. Covera, lecz jest również przesycona właściwymi danej epoce przekonaniem. (...) Prawo jest przede wszystkim praktyką ideologiczną, sposobem rozumienia świata, a twierdzenie o jego aksjologicznej neutralności jest najbardziej bodaj wpływowym ideologicznym kuglarstwem naszej epoki” (C. Douzinas, *Krótką historią...*, s. 6). Nawet Brian Tamanaha, który sam deklaruje się jako zwolennik filozofii politycznej liberalizmu, przyznaje, że idea „rządów prawa” prowadzi do narzucania neoliberalnych rozwiązań gospodarczych, w szczególności państwom z peryferii kapitalistycznego systemu-swiata. Zob. B.Z. Tamanaha, *The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism*, „New York University Journal of Law and Liberty” 2008, t. 3, s. 546.

spornej¹⁴⁸ – do rangi nienaruszalnej istoty prawa, tym samym usiłując zamknąć możliwość twórczego eksperymentowania¹⁴⁹ w duchu demokratycznym¹⁵⁰. O ile nie mogę, oczywiście, zgodzić się z ich konserwatywno-liberalnym (w znaczeniu konserwowania liberalnego *status quo*) podejściem na polityczno-prawnej płaszczyźnie normatywnej, o tyle podzielam w dużej mierze ich stanowisko na płaszczyźnie czysto deskryptywnej. To, co nazywają oni moralnością polityczną, jest w istocie hegemoniczną ideologią. Tradycja ujmowania ideologii jako granicy władzy sędziowskiej jest jednak w naszej nauce dłuższa. Postulowana przez Jerzego Wróblewskiego tzw. ideologia praworządnej decyzji sądowej także wskazywała, że sędzię wiąże aksjologia systemu społeczno-politycznego, a zatem¹⁵¹ – hegemoniczna ideologia.

Rola ideologii w orzekaniu jest problemem trudnym do uchwycenia na gruncie podejść właściwych klasycznemu pozytywizmowi czy analitycznej teorii prawa. Autorzy tworzący w ramach tych nurtów prawoznawstwa albo pomijają w ogóle znaczenie ideologii w orzekaniu, albo traktują ją jako głęboką patologię, na równi z korupcją czy „prawem telefonicznym”. Z perspektywy takich ujęć nie tylko tezy Kennedy’ego o roli ideologii w orzekaniu, ale nawet głównonurtowy przekaz dotyczący funkcjonowania sądownictwa w Stanach Zjednoczonych rodzą głęboki dysonans poznawczy. Ukazywanie, w rodzimym dyskursie,

¹⁴⁸ A. Dyrda, *Zasada rządów prawa: zasada z zasady sporna?*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia...*, s. 215.

¹⁴⁹ Por. L. Koczanowicz, *Polityka dialogu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2015, s. 204: „Demokracja jest wielkim eksperymentem i tylko w toku politycznej debaty i obywatelskiego negocjowania znaczeń może dojść do stworzenia odpowiednich instytucji”. Zob. także S. de Charentenay, *Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l’experimentation*, niepubl. referat konferencyjny, dostępny: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/CharentenayTXT.pdf> [dostęp: 4 III 2018 r.]. Zdaniem de Charentenaya „Eksperymentowanie wpisuje się (...) w dynamikę prawa postmodernistycznego (*droit post-moderne*). Przechodzi ono od dobrze ugruntowanej ustawy (*loi*), wydawanej *a priori*, w kierunku skuteczności ocenianej *a posteriori*, która nie podlega dyskusji w aspekcie faktyczności (*factuellement indiscutable*)” (*ibidem*, s. 21). Por. jednak A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, s. 213, który co prawda zgadza się, że „trudno wpisać eksperymentowanie w fundamentalną dla europejskiej politycznej moderny wizję kierowania jako urzeczywistniania wymogów abstrakcyjnego rozumu”, jednakże dodaje, że „niekoniecznie trzeba to interpretować jako przejaw postmodernizacji”, albowiem „stojący za eksperymentowaniem »empiryczny zadaniowy pragmatyzm« (...) jest charakterystyczny dla całkiem nowoczesnego myślenia amerykańskiego”. Niemniej Sulikowski przyznaje, że „dla kontynentalnej europejskiej moderny [eksperymentowanie prawne] jest to *novum*”. Warto odnotować, że eksperymentowanie zyskało sankcję konstytucyjną we Francji na mocy ustawy konstytucyjnej z dnia 28 marca 2003 r. (zob. *ibidem*, s. 212).

¹⁵⁰ Jak zauważa S. Humphreys, dla Agambena idea rządów prawa to nic innego jak „ideologiczna zaporę przed rewolucyjną przemocą” (S. Humphreys, *Theatre of the Rule of Law: Transnational Legal Intervention in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 102).

¹⁵¹ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 383 i n. Por. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 205.

ideologicznych uwikłań orzekania, np. przez Trybunał Konstytucyjny, traktowane było jako forma krytyki zmierzająca do podważenia legitymizacji danej instytucji. W panującym u nas ujęciu modelowym orzekanie i ideologia nie mają żadnych punktów styecznych.

Zaznaczyć wypada *a limine*, że rozważania poniższe dotyczyć będą wszelkich form oddziaływania ideologii na orzekanie – od całkowicie nieświadomego, poprzez wyparte, uświadomione, aż do całkowicie celowego. Na skali tej, która wydaje się bezstopniowa, mieszczą się wszelkie formy podmiotowo odczuwanej przez sędziego interakcji pomiędzy ideologią a jego, sędziowskim rozumowaniem i wynikiem tegoż ujętym w sentencji orzeczenia oraz w jego uzasadnieniu. Należy też od razu poczynić istotne zastrzeżenie dotyczące konieczności odróżnienia, za Wróblewskim, kontekstu odkrycia od kontekstu uzasadnienia. Kontekst odkrycia, mówiąc ogólnie, to rzeczywiste procesy myślowe, które doprowadziły konkretnego sędziego do konkretnego uzasadnienia. Kontekst uzasadnienia z kolei to rozumowanie prawnicze, ujęte zazwyczaj w tekście uzasadnienia orzeczenia, które ma wyjaśnić audytorium, dlaczego przyjęto takie, a nie inne rozstrzygnięcie. Uzasadnienie pełni więc funkcję legitymizacyjną wobec rozstrzygnięcia, podczas gdy kontekst odkrycia ma funkcję heurystyczną. Problem polega na tym, że do kontekstu odkrycia badacz prawa zazwyczaj dostępu nie ma; można oczywiście przeprowadzać z sędziami wywiady, ale nie mamy pojęcia, czy treści przez nich wypowiedzane nie będą również wtórnym uzasadnieniem (nawet jeśli treściowo odmiennym od tego, jakie zawarli w oficjalnym uzasadnieniu wyroku); można też, jak Duncan Kennedy, podjąć próbę „wcielenia się” w rolę sędziego i hipotetycznej rekonstrukcji jego toku myślenia na sposób, który sam autor określił jako fenomenologiczny¹⁵².

Żaden z tych sposób badawczych nie zostanie jednak zastosowany w niniejszej pracy; zamiast tego podążę za metodologią analizy pojęciowej, podejmując się wysnucia odpowiedzi na pytanie o rolę ideologii w orzekaniu z *prima principia*, wytkniętych wcześniej, a zatem z konkluzji rozważań o granicach prawniczej władzy dyskrejonalnej (paragrafy 1–5 powyżej) oraz z założeń o istocie ideologii oraz o relacjach pomiędzy prawem a ideologią (rozdział I, par. 4). Korzyścią z przyjęcia takiego właśnie podejścia badawczego jest uniezależnienie rozważań od psychologizujących hipotez (jakie występują w wypadku modelowania proponowanego przez Kennedy’ego), a zarazem poznawczy uniwersalizm wytworzonych w ten sposób tez naukowych (co byłoby utrudnione w przypadku przyjęcia socjologicznej metody indukcyjnej, konstruującej teoretyczny model orzekania oparty na interpretacji wywiadów z sędziami). Dodatkową trudnością tej ostatniej metody byłaby, oczywiście, niemożliwa w praktyce do zrealizowania konieczność wzięcia poprawki na mechanizmy wypierania czy też instytucjonalnego cynizmu sędziów, którzy odpowiadając na pytania badacza, podtrzymywaliby

¹⁵² D. Kennedy, *Freedom...*, s. 12–85.

ideologiczną narrację o bezstronnym stosowaniu prawa, nie podejmując lub nie chcąc podjąć wątków ideologiczności w orzekaniu, co ze względu na hegemoniczną ideologię apolityczności orzekania byłoby wielce prawdopodobne.

Jak zauważa Kennedy, „przesłanką liberalno-demokratycznej teorii o podziale władz (*separation of powers*) jest [założenie], że ideologia nie jest domeną władzy sędziowskiej (albo nie jest domeną jurysty), lecz raczej jest domeną demokratycznie wybranej władzy ustawodawczej”¹⁵³. Nie byłoby ścisłe twierdzenie, że ideologia jest całkowicie pomijana w należących do głównego nurtu teoretycznych modelach orzekania. Co prawda, nazwa „ideologia” się tam nie pojawia, albo też pojawia się na oznaczenie teoretycznych modeli związania sędziego prawem („ideologia swobodnej decyzji sędziowskiej” i „ideologia związanej decyzji sędziowskiej” u Wróblewskiego), to jednak przyjmując za punkt wyjścia nie nazwę, ale samo pojęcie, tak jak jest ono rozumiane w niniejszej pracy w nawiązaniu do Althussera, Žižka i Kennedy’ego, można w modelach tych odnaleźć słabo zamaskowane odniesienia do niej.

Kluczem do rozważań o ideologii w ujęciach głównego nurtu jest mityczna figura racjonalnego ustawodawcy¹⁵⁴, zasadniczo nieznaną w innych kulturach prawnych, która stanowi – mówiąc obrazowo – zwornik czy też kliniec szczytowy całego systemu teoretycznego. Michał Stambulski trafnie porównał figurę racjonalnego ustawodawcy do Lacanowskiego wielkiego Innego (*grand Autre*), którym się zasłania i legitymizuje prawnik-interpretator¹⁵⁵. Oczywiście, konstrukt racjonalnego ustawodawcy jest *per se* ideologiczny¹⁵⁶, ale tym, co nas będzie tu szczególnie interesować, jest maskowanie za pomocą tej figury roli ideologii w orzekaniu, a dokładniej – roli w tym zakresie ideologii hegemonicznej. Chodzi tu konkretnie o tzw. założenie o konsekwencji ocen prawodawcy¹⁵⁷, które

¹⁵³ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 162.

¹⁵⁴ Należy podkreślić, że koncepcja „racjonalnego ustawodawcy” jest specyficznym wytworem polskiej kultury prawnej, a jej twórcą jest Leszek Nowak (M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, red. L. Leszczyński, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999, s. 41; A. Borowicz, *Argument interpretacyjny odwołujący się do woli rzeczywistego prawodawcy*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2009, t. 79, s. 9–10). Por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973. Przyjmowanie tej koncepcji prowadzi w polskiej kulturze prawnej do minimalizacji roli ustawodawcy (rzeczywistego), co odróżnia ją np. od kultury prawnej niemieckiej czy amerykańskiej (A. Borowicz, *Argument...*, s. 11). Jak zauważa Adam Borowicz, „W istocie (...) założenia o racjonalności prawodawcy składające się na [koncepcję racjonalnego prawodawcy] nie tyle służą ustaleniu intencji prawodawcy rzeczywistego, co wyrażają wszystkie i tylko takie sposoby interpretowania tekstów prawnych, które w pewnym okresie historycznym są na gruncie danej kultury prawnej akceptowane” (*ibidem*, s. 13).

¹⁵⁵ Por. M. Stambulski, *Pod okiem wielkiego Innego. Prawo i film*, „Krytyka Prawa” 2014, t. 6.

¹⁵⁶ A. Sulikowski, *Posthumanizm...*, s. 71.

¹⁵⁷ W. Gromski, *Założenie o konsekwencji ocen prawodawcy*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 332–333.

nakazuje sędziemu, w wypadku wątpliwości interpretacyjnych czy też – jak powiedziałby Kennedy – „gdy prawo się wyczerpie”¹⁵⁸, odtworzyć normę prawną taką, jaką stworzyłby sam ustawodawca, opierając się na własnych ocenach, gdyby miał dany przypadek na względzie. Co charakterystyczne, zalecenie formułowane przez teorię prawa głównego nurtu jest radykalnie przeciwne normie art. 1 szwajcarskiego k.c., który nakazuje w takiej sytuacji, by sędzia stworzył normę, jaką sam by stworzył, gdyby był ustawodawcą, a nie taką, jaką sądzi, że stworzyłby ustawodawca.

W założeniu o konsekwencji ocen prawodawcy pobrzmiewa zresztą Dworkinowska koncepcja zasad i polityk, zgodnie z którą sędzia powinien zrekonstruować ideologię polityczną leżącą u podstaw systemu prawa obowiązującego, a następnie, w razie luk lub wątpliwości interpretacyjnych, system ten rozwijać, właśnie opierając się na zrekonstruowanej w ten sposób ideologii politycznej¹⁵⁹. W takim ujęciu sędzia staje się już nie tylko „ustami ustawy”, jak w klasycznym, twardym pozytywizmie, ale także „ustami hegemonicznej ideologii”, która ma zrekonstruować, a następnie na jej podstawie usuwać wątpliwości interpretacyjne (działając *secundum legem*) i dotwarzać normy (*praeter legem*) w wypadku luki w prawie. Jak jednak trafnie zauważa Douzinas, „Wydawać by się mogło, że Dworkin ponownie wprowadza względy moralne do prawa. Ale jego teoria jest ostatnim krokiem do jurydyzacji moralności i w podtrzymywaniu moralnej prawomocności legalizmu – oba te zjawiska są zaś głównymi symptomami deetykalizacji prawa. (...) Ale dla tych, którzy chcą przeciwstawić się dominującej teorii politycznej, dla tych, którzy są niereprezentowani, niereprezentowalni i wykluczeni ze »zintegrowanej« wspólnoty, dla tych, którzy doświadczają prawa nie jako racjonalności, praw i uzasadnień, ale doświadczają go jako ofiary wykonywania władzy i jako cele legalnej siły – dla tych wszystkich »innych« w imperium prawa nie ma miejsca”¹⁶⁰. Trudno o bardziej trafną denuncjację rzeczywistego (realnego) przesłania kryjącego się za Dworkinowską „integralną” teorią prawa, będącą w istocie tylko bardziej wyrafinowaną od pierwotnego pozytywizmu próbą podtrzymania *status quo* i obrony pozycji establishmentu, w tym prawniczego.

Dyskurs głównego nurtu maskuje jednak problem obligatoryjnego zaangażowania sędziów w podtrzymywanie hegemonicznej ideologii poprzez unikanie terminów i pojęć „ideologia” czy „hegemonia” i zastępowanie ich pozytywnie brzmiącymi terminami, takimi jak: „aksjologia” (wszak „wartości” są czymś dobrym, podczas gdy ideologia – złym), „konsekwencja” („konsekwencja ocen prawodawcy” – być „konsekwentnym” to pozytywna cecha, „podtrzymywać

¹⁵⁸ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 35.

¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 34–37. Zob. także R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1985, s. 147.

¹⁶⁰ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 138.

hegemonię” – już nie), czy też „spójność” (*coherence*)¹⁶¹. Dla krytycznego dyskursu o prawie takie stawianie sprawy ma samo w sobie postać ideologii i jako takie musi zostać poddane krytyce w celu ujawnienia rzeczywistych mechanizmów wpływu ideologii na orzekanie.

Dla jurysprudencki krytycznej ideologia w orzekaniu jest faktem, a sędzia, który twierdzi, że jest „nieideologiczny”, postępuje w złej wierze i dopuszcza się zaprzeczenia (*denial*) w znaczeniu psychoanalitycznym¹⁶². Jurysprudencja krytyczna wyrasta, patrząc od strony historii idei, z realizmu prawniczego¹⁶³ (podobnie jak postmodernizm, do którego przynależy, wyrasta dialektycznie z modernizmu¹⁶⁴), przyjmując tym samym socjologiczny punkt widzenia na fenomen jurydyczności. Tym, co krytyczna filozofia prawa nadbudowuje ponad i poza projekt realizmu prawniczego, jest hermeneutyka podejrzeń i cel emancypacyjny. O ile więc realisci chcieli funkcjonowanie jurydyczności opisać takim, jakie ono jest, *crits* chcą ponadto je zmienić. Punktem wyjścia do zmiany, a zatem pierwszym etapem analizy krytycznej, jest jednak ogląd realistyczny, socjologiczny danego zjawiska. Dotyczy to także problemu roli ideologii w orzekaniu.

Głównym celem ataku realistów prawniczych był zespół mitów fundujących amerykańskie prawoznawstwo końca XIX w., obejmujących twierdzenia o dedukcyjności i pewności rozumowań prawniczych, o pewności pojęć prawnych i możliwości ich stosowania, o systemowości i spójności porządku prawnego¹⁶⁵. Mitom tym realisci przeciwstawili rzeczywistość orzekania, kładąc nacisk na rzeczywiste (w tym polityczne, ekonomiczne czy etyczne) motywy decyzji sędziowskich, ukazując prawotwórczy charakter orzeczeń, a także chaos i nieprzewidywalność porządku prawnego. Wprowadzili do ogólnej refleksji nad prawem zdrowo pojęty empiryzm, który przeciwstawili panującemu za sprawą Christophera Langdella konceptualizmowi. Podobny atak na XIX-wieczną jurysprudencję pojęciową (*Begriffsjurisprudenz*) w Europie przypuścili pionierzy socjologii prawa spod znaku szkoły wolnego prawa, ale – w odróżnieniu od kolegów zza oceanu – ponieśli klęskę¹⁶⁶. Stąd też badania nad rolą ideologii w orzekaniu są znacząco zaawansowane w Stanach Zjednoczonych, gdzie ich ustalenia przeniknęły nawet do świadomości potocznej¹⁶⁷, podczas gdy w Europie mają one w dalszym ciągu charakter swego rodzaju ikonoklazmu.

¹⁶¹ Nacisk na spójność (*coherence*) przy sędziowskim prawotwórstwie w kulturze *common law* kładą m.in. Neil MacCormick i Ronald Dworkin. Por. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 36–37.

¹⁶² D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 163.

¹⁶³ Por. J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 486.

¹⁶⁴ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 150–152.

¹⁶⁵ Por. T.C. Gray, *Judicial Review and Legal Pragmatism*, „Wake Forest Law Review” 2003, t. 38.

¹⁶⁶ Szeroko pisze o tym: M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2002.

¹⁶⁷ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 29–30.

Pomijając zagadnienie inkorporacji rozwiązań ideologicznych wprost w dyspozycjach norm prawnych, gdy sędzia *volens nolens* realizuje projekt ideologiczny ustawodawcy, furtką pozwalającą ideologii wkraczać w obszar orzekania są wszelkiego rodzaju zwroty niedookreślone oraz klauzule generalne zawarte w brzmieniu przepisów prawnych. Rozróżnienie na zwroty niedookreślone i klauzule generalne jest mocno zakorzenione w polskiej teorii prawa, choć niekoniecznie obecne w nauce światowej. W literaturze zagranicznej częściej mowa jest po prostu o „otwartych normach” (*open norms*) albo „normach o otwartej teksturze” (*open-texture norms*); w obu przypadkach zastosowana metafora pojęciowa ma się odwoływać do otwartości (w pierwszej sytuacji norma jako „otwarte naczynie”, które może zostać napełnione treścią; w drugiej – norma „uszyta” z materiału o „otwartej teksturze”, a zatem porowata, oddychająca, dopuszczająca treści z zewnątrz). Takich metaforycznych odniesień brak w polskich terminach: zwrot niedookreślony i klauzula generalna, które nie anonsują możliwości ich mniej lub bardziej dowolnego wypełnienia. Ten zabieg lingwistyczny wydaje się zresztą spójny z dominacją klasycznego pozytywizmu w polskim prawoznawstwie.

Rozróżnienie na zwroty niedookreślone i klauzule generalne bywa uzasadniane tym, jakoby klauzule generalne odsyłały do jakiegoś „pozaprawnego systemu”, najlepiej systemu normatywnego (składającego się z norm), np. obyczajowego, etycznego czy moralnego¹⁶⁸. Taki sposób postrzegania klauzul generalnych zdradza jurydyczną perspektywę, skłoną postrzegać zjawiska pozaprawne na modłę prawa (moralność czy obyczaje jako zespół norm). Samo określenie „odesłanie pozasystemowe” nasuwa zaś nieodparte skojarzenie z odesłaniem (*renvoi*) w prawie prywatnym międzynarodowym, gdy prawo jednego państwa odsyła do prawa drugiego. Przeniesienie tego pojęcia na grunt teoretycznoprawnych rozważań o normach otwartych ma sugerować, że normy te działają podobnie jak prawo prywatne międzynarodowe, tzn. że sędzia, mając do czynienia z „odesłaniem”, ma po prostu ustalić treść norm systemu, do którego prawo go odsyła, a następnie normę taką zastosować. Stąd pomysł na ustalanie konkretnych „zasad współżycia społecznego” czy „zasad dobrych obyczajów”, pokutujący w orzecznictwie i niektórych ujęciach doktrynalnych¹⁶⁹. Takie pojmowanie otwartych norm ma stwarzać pozory obiektywizmu i przewidywalności, a tym samym wpisuje się

¹⁶⁸ Por. L. Leszczyński, *Generalne klauzule odsyłające*, Zakamycze, Kraków 2001, *passim*.

¹⁶⁹ Zob. np. ostatnio wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 maja 2017 r., V ACa 476/16, LEX nr 2376960: „Aby zarzut naruszenia art. 5 k.c. odniósł skutek, strona musi wyraźnie wskazać, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego naruszyła osoba, której stawia się taki zarzut. (...) Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, należy wyjaśnić, że pozwany, mimo że był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, podnosząc powyższy zarzut, nie sprecyzował, jaką konkretną zasadę współżycia społecznego naruszył powód, żądając od pozwanego zapłaty kary umownej. W świetle powyższego Sąd Apelacyjny uznał, że pozwany nie zdołał dowieść zasadności wywiedzonego zarzutu”.

w ogólną tendencję ideologii jurydycznej, maskującej prawniczą władzę dyskrecyjną i struktury prawniczej dominacji nad innymi subświatami.

Krytycznej jurysprudencji bliższe jest z pewnością realistyczne ujęcie problematyki zwrotów niedookreślonych i klauzul generalnych, zgodnie z którym nie są one żadnymi odesłaniami do pozaprawnych systemów normatywnych, lecz po prostu normami kompetencyjnymi, pozwalającymi sędziom tworzyć prawo¹⁷⁰. Ilekroć więc prawo mówi o „ważnych względach”, „dobru dziecka” czy „zasadach współżycia społecznego” albo „dobrych obyczajach”, należy rozumieć to jako oficjalne usankcjonowanie prawniczej, *in casu* sędziowskiej władzy dyskrecyjnej. Klauzule generalne są więc nie tylko „klapami bezpieczeństwa”¹⁷¹, jak opisywał je metaforycznie Andrzej Stelmachowski, ale także „ustnikami”, przez które sędziowie ogłaszają nowe normy prawne, jak widzi to Hesselink¹⁷². W takich wypadkach, gdy „prawo się wyczerpuje”, i to jeszcze w sposób całkowicie oficjalny, i zamiast konkretnej dyspozycji norma prawna zawiera normę otwartą, czyli *de facto* pustą, do głosu dochodzi ideologia. Jest tak dlatego, że klauzule generalne i normy niedookreślone w ogólności stanowią tzw. puste znaczące, których treść jest *in casu* determinowana przez znaczące-mistrza, zgodnie z modelem opisanym m.in. przez Žižka i Laclau. Oczywiście, w polu jurydyczności toczą się spory o hegemonię ideologiczną, zgodnie z modelem ideologii Kennedy’ego. Każdy taki spór w wypadku pustych znaczących prawa (klauzul generalnych i innych zwrotów niedookreślonych) jest w istocie sporem o to, które znaczące-mistrz powinno zdeterminować znaczenie pustego znaczącego (*capitonnage*), a więc jaka konkretnie ideologia powinna *in casu* odpowiedzieć, co jest „dobre” dla dziecka, co jest zgodne z „zasadami współżycia”, czego wymagają „dobre” obyczaje itp. Ideologie nie są, oczywiście, zespołami gotowych recept normatywnych. Prawo nie „odsyla” do ideologii, jak chcieliby teoretycy pozytywizmu prawniczego. Ideologie stanowią natomiast pewne całościowe uniwersalizujące wizje wzorcowej rzeczywistości społecznej, co do których podmiot interpretujący prawo odczuwa powinność ich realizacji jako czegoś „normalnego” i „właściwego”. Powinność ta może być w pełni zinternalizowana (gdy sędzia stosuje „własną” ideologię, tj. taką, którą osobiście wyznaje) lub może być wynikiem presji zewnętrznej (gdy realizuje ideologię, o której sądzi, iż wyznaje ją społeczeństwo albo zreififikowany konstrukt – „ustawodawca”). W ujęciu Kennedy’ego sędzia częstokroć świadomie realizuje określony projekt ideologiczny, tj. uświadamia sobie własny cel i konsekwentnie go realizuje, modelując „medium prawa” po myśli określonej ideologii. Oddaje to zapewne działanie części sędziów

¹⁷⁰ Takiej tezy od lat broni holenderski filozof prawa i cywilista Martijn Hesselink. Zob. np. M.W. Hesselink, *The Concept of Good Faith, [w:] Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hartkamp et al., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.

¹⁷¹ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 120.

¹⁷² M.W. Hesselink, *The Concept...*, s. 645.

amerykańskich, jednak jak sam Kennedy przyznaje, ideologia jurydyczna w Europie jest inna. Dotyczy to też Polski, gdzie sędziowie są socjalizowani raczej w duchu bezosobowego mitu o obiektywności niż realizowania konkretnych projektów ideologicznych w medium prawa. Wolno sądzić, że taka socjalizacja przekłada się na postrzeganie roli przez samego sędziego, który nawet w ramach „kontekstu odkrycia” będzie się zastanawiał, w razie wątpliwości, nad obiektywnymi przesłankami rozumienia otwartych norm, niż celowo realizował projekt ideologiczny, który jest mu osobiście bliski. Uwzględniając tę lokalną specyfikę, co do której wolno sądzić, że jest właściwa ogólnie kulturom prawa kontynentalnego, należy ideologię w orzekaniu lokować nie tyle w realizacji celowych projektów (ujęcie Kennedy’ego), co raczej przede wszystkim w bezrefleksyjnych odruchach myślowych zmierzających do ustalenia, co „jest słuszne” w danej sytuacji. Te bezrefleksyjne odruchy będą odwoływały się do wzorców normalności przyswojonych przez sędziego w toku jego socjalizacji jako obywatela i jako wykonawcy roli zawodowej i będą one zazwyczaj powielały hegemoniczną ideologię. Orzekanie na tle norm otwartych będzie więc, w naszych warunkach, nie tyle polem do „popisu ideologicznego”, ile raczej próbą robienia tego, co się robić powinno, a co w istocie będzie działaniem *par excellence* ideologicznym, umacniającym *status quo*. Jest to pochodną pasywnego ujęcia *officium iudicis* w naszej kulturze prawnej, gdzie sędzia jest całkowicie zdominowany przez figurę wielkiego Innego – ustawodawcy, w imieniu którego ma orzekać nawet wówczas, gdy „prawo się wyczerpie”.

Rozwój zachodnioeuropejskich kultur prawnych po II wojnie światowej ukierunkowany był m.in. na rozplenienie się nowej formy rozumowania prawniczego, określanej jako „ważenie” (*balancing*) bądź „test proporcjonalności” (*proportionality test*), bądź też „analiza polityczna” (*policy analysis*)¹⁷³. Przedmiotem ważenia mogą być „konfliktujące ze sobą prawa, kompetencje, zasady lub cele instrumentalne dotyczące jakoby interesu wspólnego, jak również interesy administracyjne (...), jak też interesy dotyczące architektury systemowej”¹⁷⁴. Protagonistami owej metody były tworzone w tamtym okresie nowe sądy konstytucyjne (szczególnie niemiecki), a także Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Konieczność ważenia wynikała z samej natury tekstów prawnych, na tle których sądy te orzekały. Europejska Konwencja czy Ustawa Zasadnicza RFN umieszcza na równym poziomie pozostające z sobą w prakseologicznej sprzeczności prawa podstawowe, takie jak choćby prawo do wizerunku czy dobrego imienia, z jednej strony, i prawo do wolności wypowiedzi, z drugiej. Nadto kwestia ingerencji władzy publicznej w prawa podstawowe, takie jak prawo do własności czy do wolności działalności gospodarczej, ograniczona została *explicite*

¹⁷³ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 156–157; idem, *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, „Law and Critique” 2015, t. 25, z. 1, s. 96–98.

¹⁷⁴ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 157.

formułowanymi testami proporcjonalności. Oznaczało to, że przepisy takie nie mogą być ze względu na swoją strukturę zastosowane w drodze subsumcji. Nie da się bowiem dokonać subsumcji stanu faktycznego dotyczącego ujawnienia faktów z życia prywatnego polityka i równocześnie podciągnąć go pod dwie normy – o ochronie życia prywatnego i o prawie do informacji. Nie da się też w prosty sposób podciągnąć przepisów z zakresu regulacji rynku pod normę konstytucyjną o proporcjonalności ingerencji w prawa podstawowe. Zastosowanie tych przepisów wprost wymusza na sędzim operację ważenia, a co za tym idzie – dokonanie ocen, w tym ocen porównawczych (ważenia). Jak zauważa Damjan Kukovec, argument „z ważenia racji” stanowi „paradygmatyczny sposób rozumowania we współczesnej myśli prawnej”, który „typizuje konfliktową sytuację i odzwierciedla uznaną ambiwalentność relacji pomiędzy prawem a polityką”¹⁷⁵.

Sytuacja taka jest jakościowo odmienna od stosowania klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych, choć wykazuje pewne podobieństwo. W sytuacji ważenia sędzia ma dać *in casu* odpowiedź zero-jedynkową: przeważa prawo A a l b o prawo B; lub ingerencja państwa w prawo A jest dopuszczalna a l b o niedopuszczalna. Ważenie czy też test proporcjonalności mają *in casu* charakter rozumowania *aut-aut*, gdzie *tertium non datur*. Natomiast w przypadku klauzul generalnych czy zwrotów niedookreślonych zakres swobody sędziowskiej, gdy idzie o dookreślenie skutków normy prawnej *in casu*, jest dużo większy; sędzia ma tu większą swobodę manewru.

Patrząc natomiast na problem w ujęciu diachronicznym, tj. na tle dłuższej ewolucji orzecznictwa, można chyba uznać zakres władzy dyskrecjonalnej w obu wypadkach za zbliżony. Kolejne stany faktyczne dotyczące kolizji określonych praw czy dóbr¹⁷⁶ (jak choćby wolności słowa i ochrony prywatności) różnią się od siebie, a sąd może, z zastosowaniem dobrze znanych metod z kultury *common law*, jak rozróżnianie stanów faktycznych (*distinguishing*), rozstrzygać je na jedną lub drugą stronę. Nawet jeśli z czasem swoboda ta może się zawężać (przy założeniu, że sąd jest związany swym wcześniejszym precedensem), z pewnością orzekanie przebiega pod przemożnym wpływem ideologii.

W rodzimej kulturze prawnej zasadniczo dopuszcza się sięganie do wykładni teleologicznej w wypadku niejednoznaczności wyników wykładni językowej i systemowej albo w wypadku niezgodności tych ostatnich z zasadniczymi ocenami, jakie można przypisać prawodawcy. Mówiąc językiem niniejszej pracy, chodzi o niezgodność rezultatów wykładni językowej i systemowej z ideologią, jaką przypisuje się prawodawcy. W praktyce może to zresztą być ideologia

¹⁷⁵ D. Kukovec, *Hierarchies as Law*, „Columbia Journal of European Law” 2014, t. 21, z. 1, s. 136.

¹⁷⁶ Pojęcie „dobra” rozumiem tu, za Tomaszem Gizbertem-Studnickim, jako „wszystko to, co ludzie cenią i chcą mieć” (T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, t. 51, z. 1, s. 1). W tym znaczeniu pojęcie „wartości” jest właściwie synonimiczne z pojęciem „dobra”.

hegemoniczna w społeczeństwie niezależnie od tego, czy ustawodawca rzeczywiście się nią kierował. W takich wypadkach sięga się do wykładni teleologicznej, zwanej też celowościową. W założeniu ma ona odwoływać się do celów – czy to danego przepisu, instytucji, działu lub gałęzi prawa, czy nawet całego systemu prawa. Wydaje się, że rekonstrukcja celu zakłada również daleko idące operacje ideologiczne, szczególnie w sytuacji, gdy cel nie jest dookreślony w samych przepisach czy w preambule. W takich wypadkach, oczywiście, interpretator może sięgać do historii legislacyjnej (*travaux préparatoires*), jednak w naszej kulturze prawnej (odmiennie niż chociażby w skandynawskiej) nie są to miarodajne źródła wiedzy o celu danego uregulowania. Stąd też istotna rola ideologii, która niejako automatycznie podpowiada, „po co” dany przepis został wydany.

Trudno ocenić *in abstracto*, czy rola ideologii w przypadku wykładni teleologicznej jest mniejsza, większa czy też taka sama jak w dwu omówionych wyżej sytuacjach, tj. wykładni klauzul generalnych oraz wazeniu. W praktyce stosowania wykładni teleologicznej sędzia ma często możliwość wyboru spośród bardzo wielu wariantów interpretacyjnych, a wybór ten jest nierzadko podyktowany ideologicznie.

Ideologia może kierować sędziem także w innych wypadkach rozszerzonego luzu decyzyjnego, w szczególności wówczas, gdy przepis daje mu *explicite* wybór spośród wielu możliwych dyspozycji, co jest np. cechą wielu przepisów prawa karnego materialnego, nie tylko części szczegółowej (gdzie w zasadzie wszystkie przepisy zawierają tzw. widełki), ale i znacznej liczby przepisów części ogólnej¹⁷⁷. Władza sędziego karnego zawiera w sobie w sposób immanentny ogromną dozę dyskrecjonalności. To samo dotyczy licznych aspektów orzecznictwa cywilnego, szczególnie przy obliczaniu zadośćuczynienia za krzywdę, przy ocenym wyliczaniu odszkodowania, a także w prawie rodzinnym. Nadto w praktyce każdego sędziego instancji merytorycznych występuje spory margines swobodnego uznania przy ocenie materiału dowodowego i jego prawnej kwalifikacji. Jak wskazuje się w literaturze, ilekroć przepisy prawa nie dają sędziemu wystarczającej (z jego perspektywy) dyskrecjonalności, „ucieka on” w stan faktyczny, by w drodze jego odpowiedniego modelowania powiększyć zakres swojej władzy¹⁷⁸.

Kennedy wskazał też, że poszerzaniu luzu decyzyjnego może służyć tzw. metoda indukcyjno-dedukcyjna (*inductive/deductive method*)¹⁷⁹, która w naszej kulturze prawnej zaliczona być powinna do dyrektyw wykładni systemowej. Szczególnie interesujące jest zjawisko przesuwania problemu prawnego na wyższy poziom (zasady prawnej lub prawa podstawowego), by następnie wygenerować normę szczegółową na tej podstawie (co Kennedy nazywa dedukcją).

¹⁷⁷ Por. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 170 i n.

¹⁷⁸ Problem ten jest powszechnie znany praktykom prawa, którzy zwrócili mi na niego uwagę. Odmiennie B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 154.

¹⁷⁹ D. Kennedy, *The Hermeneutic...*, s. 92–95.

Druga postać rozumowania polega na wyindukowaniu z wielu norm szczegółowych normy ogólnej, by następnie z tej normy ogólnej wydedukować nową normą szczegółową. Poszerzanie pola dyskrecjonalności w przypadku tej metody polega nie na odmowie zastosowania normy szczegółowej, która istnieje, lecz na stwierdzeniu istnienia luki prawnej lub sprzeczności norm w celu przeniesienia problemu prawnego na wyższy poziom abstrakcji, na którym interpretator ma już znacznie szerszą władzę dyskrecjonalną niż w wypadku prostej subsumcji pod normę szczegółową.

Podsumowując rozważania o ideologii jako granicy prawniczej władzy dyskrecjonalnej, konieczne jest, z jednej strony, odwołanie się do pojęcia ideologii, tak jak zostało ono zdefiniowane w poprzednim rozdziale, a z drugiej – powiązanie rozważań o ideologii z rozważaniami o innych granicach władzy prawniczej. Chodzi więc o zestawienie, z jednej strony, ideologii, a z drugiej – tekstu, wspólnoty prawniczej, metodyk prawniczych i innych subświatów i zadanie fundamentalnego pytania o przenikanie ideologii w ramach tych pozostałych granic. Gdy idzie więc o tekst, jest poza sporem (na gruncie krytycznej filozofii prawa), że ideologia wpływa na nadawanie mu znaczeń, bowiem stanowi jeden z istotnych elementów kontekstu. Następnie, przechodząc do wspólnoty prawniczej, nie ulega kwestii, że ona sama także funkcjonuje w określonej ideologii, przy czym możliwe jest tu współwystępowanie ogólnie hegemonicznej ideologii w danym społeczeństwie (np. neoliberalizm, neokonserwatyzm) ze specyficznie prawniczą, lokalną ideologią (np. pozytywizm prawniczy, juryscentryzm). Metodyki prawnicze też nie są ideologicznie neutralne, jak mogłoby się *prima facie* wydawać. Są one bowiem niejako przefiltrowane przez ideologię. Preferencja dla tej czy innej metody może być ideologicznie uwarunkowana, a z drugiej strony – może mieć wpływ na ideologiczne uwikłania praktyki prawniczej¹⁸⁰. Problem jest jednak, niewątpliwie, złożony, mamy tu bowiem do czynienia z interakcją ideologii hegemonicznej o charakterze ogólnospołecznym z ideologią prawniczą, a także interakcją obu powyższych z metodykami prawniczymi. Trudno jest więc formułować oceny o charakterze abstrakcyjnym, oderwane od konkretnego miejsca i czasu, gdyż sojusze ideologiczno-metodyczne mogą być mocno uwikłane w przygodne układy jurydyczno-polityczne. Sprawa wymaga niewątpliwie dalszych badań odwołujących się szeroko do danych socjologiczno-historycznych.

¹⁸⁰ Przykładowo, dobrze rozpoznana preferencja ETS dla wykładni funkcjonalnej nie może być rozpatrywana w oderwaniu choćby od rezultatów, jakie dałyby inne metody wykładni, w szczególności językowa, a to w kontekście ideologicznych preferencji Trybunału. Z drugiej strony, preferencja polskiego sądownictwa dla wykładni językowej, także w okresie realnego socjalizmu, nie może być rozpatrywana w oderwaniu od złożonych relacji na linii wspólnota prawnicza–elity polityczne w tym okresie.

7. Czy hierarchia granic?

W odróżnieniu od czterech granic wyróżnianych przez Jabłońskiego i Kaczmarka zaproponowałem w powyższych rozważaniach pięć granic. W szczególności oddzieliłem od siebie aspekt wpływu wspólnoty interpretacyjnej i aspekt metodologii wykładni, które autorzy ci potraktowali łącznie jako kulturę prawniczą i które również dla Kozaka były, jak się zdaje, kategorią jednolitą, tworząc swoiście pojęte *ius*. Dokonując takiego rozróżnienia, oparłem się na ustaleniach Kennedy’ego, który w artykule *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought* wyraźnie wskazał na znaczenie metody wykładni dla zakresu swobody sędziowskiej, podkreślając, że w wypadku ważenia (*balancing*) swoboda ta jest niewątpliwie największa, a do tego jeszcze oficjalnie usankcjonowana przez tekst¹⁸¹. W odróżnieniu od Jabłońskiego i Kaczmarka uznałem też za właściwe uwzględnienie wpływu innych subświatów. Być może pominięcie tego aspektu wynikało z idealizacyjnych założeń obu autorów o „współczesnych społeczeństwach Zachodu”, a wpływ polityki, ekonomii czy religii na prawo uznali oni za możliwy do wystąpienia jedynie „w kulturach polityczno-prawnych innego typu”, takich jak „systemy autorytarne lub prawo islamskie”¹⁸². W moim przekonaniu tak nie jest. Być może dla Jabłońskiego i Kaczmarka wpływy innych subświatów ulegają przefiltrowaniu przez „moralność polityczną”. Trudno jednak uznać, by podejmowane *ad hoc* rozstrzygnięcia, w których trybunały uginają się pod presją władzy wykonawczej w imię wyższych racji ratowania gospodarki czy finansów publicznych, były przejawem jakiejś skonkretyzowanej kultury polityczno-prawnej, a już na pewno nie tej, o której piszą Jabłoński i Kaczmarek (tj. opartej na trójpodziale władzy i tzw. rządach prawa). Wyroki takie są raczej zasad tych zaprzeczeniem, stanowiąc jaskrawy przykład *gouvernement des juges*, niecofającym się przed orzekaniem *contra legem*.

Drugą istotną różnicą pomiędzy zaproponowanym przeze mnie ujęciem a ujęciem Jabłońskiego i Kaczmarka jest pominięcie aspektów podmiotowych, czyli wyróżnionego przez nich indywidualnego wyczucia aksjologicznego, obejmującego zarówno subiektywną ocenę dobra (sąd etyczny), jak i dobrego smaku (sąd estetyczny)¹⁸³. W mojej ocenie nie są one bowiem granicą jego władzy dyskrejonalnej, lecz determinują jego projekt, realizowany w medium prawa, który doznaje ograniczeń ze strony czynników będących granicami (tekst, ideologia hegemoniczna, wspólnota interpretacyjna itd.). To zatem, co Jabłoński i Kaczmarek widzą jako ostatnią granicę prawniczej władzy dyskrejonalnej, dla Kennedy’ego i krytycznego prawoznawstwa jest główną siłą sprawczą

¹⁸¹ D. Kennedy, *The Hermeneutic...*

¹⁸² P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 18.

¹⁸³ *Ibidem*, s. 21–22.

działania zaangażowanego jurysty¹⁸⁴, która to siła ulega ograniczeniu wskutek innych czynników; sama natomiast nie może być jako granica konceptualizowana. Mówiąc jeszcze inaczej, granice władzy prawniczej są z natury rzeczy czymś wobec prawnika zewnętrznym (nawet jeśli zaakceptowanym i zinternalizowanym). Metafora granicy wyraźnie zakłada, że władza dyskrecjonalna jest wewnątrz, podczas gdy granice otaczają ją od zewnątrz. Indywidualne poczucie sprawiedliwości nie może przecież być uznane za znajdujące się na zewnątrz podmiotu – w takim wypadku będzie częścią ideologii czy, mówiąc językiem Jabłońskiego i Kaczmarka, częścią moralności politycznej. A skoro tak, to nie ma sensu wyróżniać w jej obrębie osobnej kategorii, lecz należałoby mówić o jednej granicy.

Odrębną sprawą jest zagadnienie ewentualnej hierarchii pomiędzy poszczególnymi granicami prawniczej władzy dyskrecjonalnej. Problem ten nie występował w ujęciu Kozaka, gdyż autor ten wyróżniał tylko jedną granicę – *ius* rozumiane jako wspólnota prawnicza i jej kultura profesjonalna traktowane łącznie¹⁸⁵. W obrębie tej kategorii Kozak nie wprowadzał dalszych wyraźnych podziałów, nie zachodził więc problem hierarchizacji.

Odmienne ma się rzecz w koncepcji Jabłońskiego i Kaczmarka, którzy w sposób wyraźny tworzą kaskadowy czy też hierarchiczny system granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej, gdzie każda kolejna jest, co do zasady, subsydiarna wobec wcześniejszej. Powstaje oczywiście pytanie, na ile system ten jest przez samych autorów traktowany jako opis rzeczywistości, a na ile jako postulat. Aspektu tego *explicite* nie wyjaśniają. Wydaje się, że podobnie jak w narracjach Kozaka, także u tych wrocławskich autorów opis jest zarazem postulatem, tzn. mamy do czynienia z opisem przypadku typowego czy też modelowego, który zarazem wyznacza kanon tego, co zdaniem autorów jest prawidłowe. Można tu notabene odnaleźć pewne analogie do tego, co Alexandre Kojève nazywał w swoich pracach ujęciem fenomenologicznym, nastawionym na uchwycenie istoty danego zjawiska¹⁸⁶.

W moim przekonaniu występuje jednak konieczność rozdzielenia od siebie narracji normatywnej, postulującej określony stan rzeczy, od narracji opisowej. Ta ostatnia powinna, w miarę możliwości, czerpać inspirację z danych empirycznych, niekoniecznie *sensu stricto* socjologicznych, ale jednak odwołujących się do praktyki prawniczej, choćby z pomocą narzędzi krytycznej analizy dyskursu. Z kolei wywody o charakterze normatywnym (postulatywnym) powinny

¹⁸⁴ Por. D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 158, gdzie definiuje on „pracę prawniczą” jako „przekształcenie przez aktora, który dąży do celu lub ma wizję co do tego, czego po winny wymagać materiały prawne, pierwszego wrażenia (...) na temat tego, co materiały prawne składające się na jego system wymagają”.

¹⁸⁵ Przemysław Kaczmarek definiuje Kozakowe *ius* jako „strukturę instytucjonalną stworzoną przez wspólnotę prawniczą” (P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 108).

¹⁸⁶ A. Kojève, *An Outline...*

być legitymizowane w drodze dedukcji z jakichś przyjętych uprzednio założeń względnie obserwacji, np. ugruntowanych historycznie. Koncepcja nadrzędności kultury polityczno-prawnej (moralności politycznej) nad prawem pozytywnym, będąca w istocie próbą reaktywowania określonej koncepcji prawa naturalnego, nie jest przez Jabłońskiego i Kaczmarka niczym uzasadniona. Podobnie może budzić wątpliwości lokowanie kultury prawniczej dopiero na trzeciej pozycji w hierarchii granic, tj. po moralności politycznej i po tekście prawa. Kozak, gdyby uznał tekst prawa za wyznacznik granic władzy prawniczej, zapewne umieściłby kulturę prawniczą przed tekstem prawa. Być może nawet przed moralnością polityczną, której jednak nie uważał za granicę. Wreszcie co do umieszczonej na ostatnim miejscu przez Jabłońskiego i Kaczmarka podmiotowej aksjologii wyraziłem już pogląd, że nie jest ona granicą, lecz sama doznaje ograniczeń, wobec czego debatę nad jej miejscem uważam za bezprzedmiotową.

Kolejnym problemem ujęcia Jabłońskiego i Kaczmarka jest brak wyraźnych odniesień do prawa prawniczego (*Juristenrecht*) zarówno sędziowskiego, jak i doktrynalnego (*communis opinio*). Nie jest jasne, czy traktują je oni jako część szeroko pojętej kultury prawniczej (zapewne tak), bo na pewno nie jako część tekstu prawa, który *explicite*, idąc w tym zakresie za szkołą poznańsko-szczecińską, ściśle ograniczają do tekstów przepisów. Ujęcie to nie tylko nie pozwala odnieść się do systemów, gdzie precedens jest formalnie uznany za źródło prawa, ale też nie daje dostatecznych narzędzi w celu odniesienia się do sytuacji w rozwiniętych kulturach prawa kontynentalnego, gdzie przynajmniej utrwalona linia orzecznicza z pewnością stawia opór interpretatorowi¹⁸⁷. Opór taki – na pewno względny – stawiają też powszechnie przyjęte poglądy w dogmatyce prawniczej. Autorzy zdają się chyba wszystko umieszczać w jednolitej kategorii kultury prawniczej, którą, jak sądzę, należałoby jednak rozbić na mniejsze.

Odnosząc się do granic wyróżnionych przeze mnie, uważam, że poszczególne granice są ze sobą sprzężone na tyle, iż nie sposób uszeregować ich w sposób kaskadowy, jak czynią to Jabłoński i Kaczmarek. Jest tak dlatego, że zjawiska, z którymi utożsamiamy poszczególne granice, przenikają się, a nawet przechodzą płynnie jedno w drugie. Cytowani autorzy dostrzegli zresztą ten

¹⁸⁷ W moim ujęciu dogmatykę zaliczam do wspólnoty interpretacyjnej, którą tworzą nie tylko sędziowie, ale też przedstawiciele innych zawodów prawniczych oraz nauka prawa (doktryna prawnicza). Swoją drogą, właśnie myśląc o doktrynie jako granicy prawniczej władzy dyskrecyjnej, zauważamy, jak celowe było wprowadzenie kategorii „granicy” i przejście od dyskusji nad zero-jedynkowym problemem „źródła prawa”, który w odniesieniu do praktyki orzekania jest jałowy, do dyskusji nad rzeczywistymi granicami, o różnej oporności i kolejności, które krępują swobodę interpretatora. Dyskusja o granicach w sensie funkcjonalnym zastępuje bowiem pozytywistycznie ujmowaną dyskusję o źródłach prawa, nie tylko zmieniając perspektywę (interpretator jako podmiot znajdujący się w centrum naszej uwagi), ale i pozwalając na wprowadzenie niuansów, które są trudne do wyrażenia w języku źródeł prawa, szczególnie tak, jak jest ona prowadzona na kontynencie.

problem w odniesieniu do kodyfikacji zasad moralności politycznej w prawie pozytywnym¹⁸⁸. Jeśli jednak miałbym wskazać (na płaszczyźnie deskryptywnej) jedną granicę, która jest chyba najistotniejsza i determinuje zakres wszystkich pozostałych (a może nawet je w sobie zawiera), to byłyby to *o c z e k i w a n i a* w s p ó ł n o t y i n t e r p r e t a c y j n e j. To wspólnota, która w pierw socjalizuje, a następnie też kontroluje i sankcjonuje jurystę, rozstrzyga o tym, jakie metody wykładni są dopuszczalne (nie reguluje tego tekst prawa, z pewnymi wyjątkami¹⁸⁹), jakie miejsce wśród granic prawniczej władzy dyskrejonalnej powinien mieć tekst (akceptowalne reguły przełamывania *Wortlautgrenze* czy odstępowania od precedensów), jak bardzo wykładnia powinna być responsywna wobec oczekiwań subświata politycznego, ekonomicznego czy religijnego. Wreszcie można nawet zaryzykować twierdzenie, że ideologia hegemoniczna wpływa na wspólnotę prawniczą w stopniu, w jakim wspólnota albo tę ideologię przyjmuje jako własną, albo przynajmniej się na nią godzi. Z drugiej strony zarówno fakt powierzenia wspólnocie prawniczej określonych kompetencji (władzy), jak i tolerowanie tej władzy jest wynikiem określonej, mniej lub bardziej świadomej, decyzji czy choćby wpływu subświatów politycznego i gospodarczego, a także odbywa się w ramach określonej ideologii. Są bowiem takie ideologie, jak np. polityczny liberalizm, które władzę prawników hołubią i propagują, a są takie, które ją ograniczają, a nawet wykluczają. Nie trzeba bynajmniej sięgać do ustrojów totalitarnych, wystarczy wspomnieć sceptycyzm wobec władzy prawniczej zarówno absolutysty Fryderyka Wielkiego, jak i demokratów w okresie I Republiki Francuskiej. Wreszcie chęć subświatów do powierzenia subświatowi prawniczemu swoich politycznych, gospodarczych czy osobistych sporów jest też jedną z determinant tego, jaki jest zakres władzy prawniczej, a skrajne przykłady niezwykle „sądowospornego” społeczeństwa (*litigious society*) amerykańskiego czy skrajnie niechętnego procedurom prawnym społeczeństwa japońskiego pokazują, że o rzeczywistej roli prawa decydują także inne subświaty.

¹⁸⁸ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Wprowadzenie*, s. 16–17.

¹⁸⁹ Por. np. dawny art. 2 k.c., który nakazywał interpretować przepisy Kodeksu zgodnie z celami PRL. Nie stanowił on jednak o miejscu wykładni teleologicznej wśród innych dyrektyw wykładni, chociaż niewątpliwie formułował ustawową dyrektywę wykładni I stopnia.

Rozdział III

Orzekanie a polityczność

1. Pojęcie polityczności

Pojęcie polityczności (*das Politische, le politique, the political*) jest pojęciem stosunkowo nowym, choć oczywiście modelowane z jego pomocą zjawisko jest niewątpliwie tak stare jak społeczeństwa ludzkie¹. Pojęcie to do współczesnego dyskursu naukowego teorii polityki i filozofii prawa wprowadził Carl Schmitt, który rozumiał je jako szczególną intensywność antagonizmu, powstałą na podłożu określonego konfliktu, w ramach którego wrogość osiągnęła najwyższe stadium – dążenie do fizycznego zniszczenia wroga². Wedle Schmitta cechą dystynktywną polityczności jest intensywność konfliktu, a nie jego przedmiot³. Każdy rodzaj konfliktu może stać się konfliktem z zakresu polityczności, o ile osiągnie odpowiednio intensywne stadium.

Jak zauważa belgijska filozofka polityki Chantal Mouffe, w Schmittowskim ujęciu polityczności, opartym na polaryzacji przyjaciel/wróg, kluczowe znaczenie mają „zbiorowe formy identyfikacji, ukształtowanie jakiegoś »my« w opozycji do jakiegoś »oni«⁴. Polityczność nie ma więc charakteru indywidualistycznego, lecz charakter zbiorowy (kolektywny)⁵. Schmittowska polityczność, jak dalej wywodzi Mouffe, „wiąże się z konfliktem i antagonizmem i dlatego mieści się nie w sferze swobodnej dyskusji, lecz w obszarze decyzji”⁶. Samo pojęcie decyzji, do którego wrócimy dalej, oznacza u Schmitta rozstrzygnięcie, które nie jest zdeterminowane istniejącym prawem materialnym⁷. Tylko takie rozstrzygnięcie jest aktem suwerennym i politycznym.

¹ Rozważania zawarte w niniejszym rozdziale stanowią rozwinięcie tezy, jakie przedstawiłem w artykule: R. Mańko, *Orzekanie w polu polityczności*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, nr 1.

² C. Schmitt, *Pojęcie polityczności*, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012, s. 253–255.

³ Por. M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do dalszych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.

⁴ C. Mouffe, *Polityczność*, Krytyka Polityczna, Warszawa 2008, s. 26.

⁵ C. Schmitt, *Pojęcie...*, s. 255; Ł. Święcicki, *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Von Borowiecky, Warszawa 2015, s. 189.

⁶ C. Mouffe, *Polityczność*, s. 26.

⁷ C. Schmitt, *Teologia polityczna*, [w:] idem, *Teologia polityczna...*, s. 45–46, 49, 52.

Nie sposób ukryć, że Schmittowskie rozumienie pojęcia polityczności jest dosyć wąskie, a traktowanie go jako istotnego przy konstruowaniu krytycznej filozofii orzekania mogłoby nasuwać uzasadnione wątpliwości. Wszak nieczęsto orzecznictwo sądowe musi zmagać się z problemem publicznej wrogości „na śmierć i życie”, która wydaje się istotą rozumienia pojęcia polityczności przez Schmitta. Oczywiście, tego typu sytuacje się zdarzają, zwłaszcza w sytuacjach wojennych (orzecznictwo sądów doraźnych i wojennych) czy rewolucyjnych, a także w ustrojach autorytarnych i totalitarnych, opartych na permanentnym stanie wyjątkowym, gdzie określona grupa społeczna zostaje określona przez decydentów jako „wróg publiczny” czy „wróg ludu”. Choć bywa, że w procesie zwalczania takich mniej lub bardziej wyimaginowanych wrogów uczestniczą organy sądowe bądź *quasi*-sądowe i jest stosowana procedura mniej lub bardziej zbliżona do klasycznego postępowania karnego, to jednak nie o tym problemie traktuje niniejsza praca. Stąd też, po wyjaśnieniu genezy pojęcia polityczności w niewątpliwie oryginalnej myśli filozoficznoprawnej i politycznej Carla Schmitta, konieczne jest przejście do dalszej ewolucji tego pojęcia, w szczególności do formy, jaką nadała mu Chantal Mouffe.

We własnej koncepcji agonistyki Mouffe wprowadza bowiem niezwykle doniosłą korektę do koncepcji Schmitta, w miejsce polityczności antagonistycznej (przyjaciel–wróg) proponując *polityczność agonistyczną*, opartą na relacji „przeciwnika”, ale nie „wroga”, możliwą do utrzymania w ryzach jednej wspólnoty politycznej⁸. W relacji agonistycznej celem przestaje być zniszczenie wroga, a staje się nim pokonanie przeciwnika i narzucenie własnej hegemonii⁹, czego bynajmniej nie należy utożsamiać z przekonaniem czy wypracowaniem kompromisu w duchu koncepcji Hannah Arendt¹⁰. Mouffe, jak trafnie wskazują Michał Paździora i Michał Stambulski, „co prawda przejmuje kategorię C. Schmitta, lecz nie zgadza się z jego wizją demokracji”¹¹. Postulowana przez nią koncepcja demokracji agonistycznej zakłada, że w obrębie *polis* konieczne jest stworzenie odpowiedniego forum dla artykulacji konfliktów politycznych, przy czym wyraźnie preferuje ona formy partyjnej demokracji parlamentarnej¹². Nie wszystkie jednak konflikty zostają rozstrzygnięte na poziomie ustawodawstwa, a wskutek niedookreśloności prawa oraz istniejących luzów decyzyjnych wiele z nich przeniesionych zostaje na salę sądową, gdzie również podejmowane bywają decyzje polityczne – o czym będzie jeszcze mowa dalej.

⁸ C. Mouffe, *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*, Krytyka Polityczna, Warszawa 2015, s. 22–23.

⁹ *Ibidem*, s. 17–18, 23.

¹⁰ Por. M. Zirk-Sadowski, *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawnictwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 57–58. Por. H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Aletheia, Warszawa 2000.

¹¹ Por. M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 58.

¹² C. Mouffe, *Polityczność*, s. 36–40.

Wracając do koncepcji Mouffe, należy podkreślić, że przeciwstawia ona pojęcie polityczności pojęciu polityki, wskazując, iż polityczność to tyle co „wymiar antagonizmu leżący u podstaw każdego ludzkiego społeczeństwa”, podczas gdy polityka to „zestaw praktyk i instytucji, które w obliczu wprowadzanego przez polityczność konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”¹³. Polityczność jest więc „cechą immanentną życia w społeczeństwie, czy też samego społeczeństwa”¹⁴, stanowi „istotę stosunków międzyludzkich”¹⁵ albo, mówiąc inaczej, „przynależy do samego rdzenia egzystencji ludzkiej, rozumiana jako obecność. Kto jest obecny, jest tym samym zaangażowany w polityczność”¹⁶.

Tak rozumiany antagonizm odpowiada w zasadzie pojęciu „sprzeczności w procesie społecznym” w ujęciu Stanisława Ehrlicha, definiowanej przez niego jako „taka sytuacja społeczeństwa lub grupy, którą cechuje obiektywna bądź subiektywna niemożność pogodzenia różnych wartości i interesów w ramach tych całości (systemów) albo między nimi”¹⁷. Przy czym o ile Ehrlich uznawał, że „podmiotami tak rozumianych sprzeczności” są nie tylko „klasy, warstwy i grupy”, ale „także jednostki”¹⁸, to, jak sądzę, należy wyłączyć z przyjętej tu definicji polityczności i antagonizmu sprzeczności czysto jednostkowe, jeśli nie są wyrazem sprzeczności grupowych.

Wydaje się celowe dalsze rozróżnienie pojęciowe, a mianowicie wyróżnienie w obrębie pojęcia polityki (w rozumieniu Mouffe) dwóch pojęć bardziej szczegółowych¹⁹, tj.: (1) „polityki” (*politics*) – rozumianej jako walka o zdobycie i utrzymanie władzy²⁰ oraz związane z nią instytucje (w szczególności partie polityczne i organy przedstawicielskie, do których opanowania dążą partie); (2) „polityk” (*policies*) – rozumianych jako tematyczne obszary „praktyk (...) tworzących porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” (np. polityka społeczna, polityka gospodarcza, polityka rolna, polityka zagraniczna itd.)²¹, będących „politykami

¹³ *Ibidem*, s. 24.

¹⁴ F. Rakoczy, *Autonomia prawa a problem jego polityczności*, [w:] *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*, red. B. Krzysztan et al., ATUT, Wrocław 2016, s. 213.

¹⁵ T. Buksiński, *Trzy teologie polityczne Carla Schmitta*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. 3, z. 1, s. 39.

¹⁶ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 57.

¹⁷ S. Ehrlich, *Dynamika norm*, PWN, Warszawa 1988, s. 218.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Proponowany dwupodział nawiązuje do dwóch rozumień polityki jako działań politycznych (tj. polityk publicznych) i jako stosunków politycznych (tj. polityki partyjnej) – K. Opałek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, PWN, Warszawa 1986, s. 238–239.

²⁰ Por. A. Wielomski, P. Bala, *Wstęp do nauki o państwie, prawie i polityce. Wybrane zagadnienia*, Arte, Warszawa 2011, s. 108.

²¹ Por. XIX-wieczne pojęcie „policji” w znaczeniu przedmiotowym, rozumianej jako „działania praktyczne dla utrzymania porządku, ale niemające nic wspólnego z walką o zdobycie i utrzymanie się przy władzy” (*ibidem*), którym odpowiada, przynajmniej w części, proponowane tu pojęcie polityk publicznych. Nauka policji była z kolei rozumiana jako „badanie zagadnień związanych z wewnętrzną administracją państwa, sfery polityk administracyjnych i działalności urzędników” (M. Gałędek, *Juridification as an Ideology of Polizeiwissenschaft in 18th Century*, „Journal on European History of Law” 2017, t. 8, z. 1, s. 81).

cząstkowymi”, które są „wtórne i często pasożytnicze wobec polityczności”²². Dla jasności i uniknięcia nieporozumień terminologicznych można posługiwać się pojęciem „polityki partyjnej” (*Parteipolitik, party politics*) oraz „polityk publicznych” (*öffentliche Politiken, public policies*)²³, przeciwstawiając je polityczności (*das Politische, the political*).

Relacja pomiędzy tymi trzema pojęciami, choć niewątpliwie ścisła, nie prowadzi jednak do zatarcia ich istotowej odrębności. Polityczność pozostaje określonym wymiarem zbiorowego konfliktu. Konflikty pomiędzy partiami politycznymi (w toku kampanii wyborczych, czy też w toku sporów parlamentarnych) mogą, ale nie muszą dotyczyć sfery polityczności (politycy mogą reprezentować rzeczywiste konflikty społeczne albo mogą jedynie dążyć do zdobycia władzy i zaspokojenia interesów czysto osobistych). Z kolei poszczególne polityki publiczne są niewątpliwie przedmiotem wpływu polityki, albowiem partie polityczne pozostające u władzy wpływają na kształt poszczególnych polityk. Określony kształt poszczególnych polityk publicznych niewątpliwie przynależy do sfery polityczności, gdyż opowiedzenie się za takim lub innym ukształtowaniem danej polityki publicznej oznacza zazwyczaj faworyzowanie interesów tej lub innej klasy lub grupy społecznej kosztem innej.

W prezentowane przeze mnie ujęcie dobrze wpisuje się koncepcja demokracji niekonsensualnej, zaprezentowana niedawno przez wrocławskiego filozofa polityki Leszka Koczanowicza. Autor ten podziela diagnozę Mouffe, iż nie jest możliwe pogodzenie sprzecznych interesów w obrębie wspólnoty politycznej²⁴. Zauważa jednak, że „transformacja antagonizmu w agonizm, a wroga w adwersarza jest też wyzwaniem etycznym”²⁵. Istotą demokracji niekonsensualnej upatruje on w dialogu, który rozumiany jest „jako medium umożliwiające poprawę rozumienia, a nie jako sposób dochodzenia do konsensu. Dialog nie służy więc rozstrzyganiu sporów ani znajdowaniu jednego rozwiązania”²⁶. Myślę, że w koncepcji Koczanowicza tkwi interesujący potencjał także dla filozofii prawa, w tym filozofii orzekania. Powrócę do tego wątku w kontekście rozważań nad legitymizacją orzekania, gdzie postawię tezę, że pełna reprezentacja interesów w postępowaniu sądowym może i powinna być uznana za jeden z elementów pogłębionej

²² T. Buksiński, *Trzy teologie...*, s. 39–40.

²³ Por. M. Zamboni, *Law and Policy*, <https://ssrn.com/abstract=929253> [dostęp: 4 I 2018 r.]; idem, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Springer, Berlin 2008, s. 7–8, 71, 79. Zamboni proponuje jednak odmienną siatkę pojęciową („porządek polityczny”, „materiał polityczny”) (*ibidem*, s. 16–18), które nie będą tu stosowane. Pojęciem „polityki” w tym właśnie znaczeniu posługuje się m.in. S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1113, Prawo CLXXVII, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1988, s. 49.

²⁴ L. Koczanowicz, *Polityka dialogu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2015, s. 193.

²⁵ *Ibidem*, s. 194.

²⁶ *Ibidem*, s. 197.

legitymizacji orzekania, za czym przemawia właśnie koncepcja demokracji nie-konsensualnej i rola dialogu w obrębie tej koncepcji. W odróżnieniu od koncepcji liberalnych typu habermasowskiego podzielam diagnozę Mouffe, że konsensus jest niemożliwy, a jakkolwiek kompromis (ujęty w rozstrzygnięciu sędziowskim) będzie raczej niekonsensualny²⁷. Niemniej sam fakt dialogicznego skonfrontowania ze sobą pozostających w antagonizmie stron (interesów, wartości, praw, grup itd.) może mieć wartość jako taki.

Pojęciu polityczności jako wymiarowi egzystencjalnemu subświata politycznego można przeciwstawić pojęcie jurydyczności jako wymiaru egzystencjalnego subświata prawniczego. Jurydyczność w tym rozumieniu jest niczym innym jak całokształtem fenomenu prawnego. Konflikty polityczne i ekonomiczne, należące do siebie właściwych sfer, są jednak częstokroć artykułowane w sferze jurydyczności. Jest tak dlatego, że każda zbiorowość pozostająca w antagonizmie (np. klasa, grupa społeczna) „ma swoją własną wizję praw, wprawdzie zakorzenioną w *a priori* materialnych warunkach życiowych, jednakże zasadniczo nieprzewidywalną w swoich fluktuacjach”²⁸. Walka o realizację interesów poszczególnych klas, warstw czy też centrum i peryferii odbywa się m.in. w sferze jurydyczności, a dokładniej – we właściwych jej praktykach społecznych, tj. ustawodawstwie (zjawisko lobbingu), orzekaniu (o czym będzie mowa w paragrafie 3), ale też w nauce i nauczaniu prawa, gdzie nurty prawoznawstwa krytycznego starają się wpłynąć zarówno na obecnych prawników (jako krytyczna doktryna), jak i na przyszłych (krytyczna edukacja prawnicza), by ukształtować ich w sposób, który umożliwi dokonanie pożądanej społecznej transformacji.

2. Koncepcja orzeczniczej decyzji politycznej

2.1. Wprowadzenie

Władza prawników jest polityczna choćby z tego powodu, że – jak zauważa Damjan Kukovec – „prawnicy rozdzielają (*distribute*) wartości materialne i duchowe”²⁹. Władza prawników to władza dokonywania aktów dystrybucji, aktów realizacji określonej wizji sprawiedliwości dystrybucyjnej (rozdzielczej). Od polityczności (i powiązanych z nią: polityki partyjnej i polityk publicznych) odróżnić należy „jurydyczność” („to, co prawne”), rozumianą, przez analogię do

²⁷ *Ibidem*, s. 191.

²⁸ A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013, s. 68.

²⁹ D. Kukovec, *Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo*, [w:] *Europe's Justice Deficit?*, red. D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams, Bloomsbury Publishing, Oxford 2015, s. 321.

polityczności, jako fenomen prawny, będący jedną ze sfer (pól) życia społecznego, znacznie szerszą niż sam system prawny (zespół norm prawa pozytywnego³⁰). Jurydyczność różni się od innych fenomenów społecznych z jednej strony swoistym kodem binarnym (legalny/nielegalny)³¹, a z drugiej – specyficzną konfiguracją trójstronnego stosunku orzekania łączącego strony toczące spór (powoda i pozwanego, oskarżyciela i oskarżonego) oraz stronę trzecią, z założenia niezależną i bezstronną³², spór ten rozstrzygającą³³. Tak rozumianej jurydyczności nie można utożsamiać z politycznością, od której różni się ona nie tylko konstytuującym ją kodem binarnym i trójstronną relacją (sytuacja jurydyczna), ale także ideą sprawiedliwości, której realizacja jest siłą napędową jurydyczności³⁴. Przy czym nie chodzi tu o abstrakcyjną, ponadczasową sprawiedliwość prawa naturalnego, ale o konkretną sprawiedliwość danej wspólnoty i epoki³⁵.

Nie można przy tym tracić z oczu, że jurydyczność jako taka zrodzona jest z konfliktu; jak pisał Jewgienij Paszukanis, „podstawową przesłanką regulacji prawnej jest (...) sprzeczność interesów prywatnych”³⁶, a co więcej, większość, a przynajmniej znaczna część konfliktów ma charakter społeczny, tzn. stanowi wyraz społecznego antagonizmu w rozumieniu Mouffe. Może to prowadzić do wniosku, że prawo jest ze swej istoty polityczne³⁷. Przyjmując nawet taki punkt widzenia, nie musimy jednak od razu zakładać, że każde pojedyncze rozstrzygnięcie sądowe ma *eo ipso* charakter polityczny, tzn. że przynależy do sfery polityczności³⁸. Zdaniem Kukovca „Każda czynność prawnicza tworzy zwycięzcę i przegranego. Pytanie zawsze brzmi: kto jest wykluczonym, a czyja sprawiedliwość jest realizowana?”³⁹.

³⁰ Zob. np. T. Bekrycht, *Prawo. O wieloznaczności pojęcia*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, z. 1, s. 59.

³¹ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 57.

³² Problematyką bezstronności sędziego zajmowali się teoretycy prawa z ośrodka śląskiego. Zob. w szczególności: Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003; Z. Tobor, *Bezstronność sędziego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 6; S. Tkacz, *Sędzia jako osoba sprawująca „wymiar sprawiedliwości”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 182–185.

³³ Por. A. Kojève, *An Outline of the Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007, s. 173–174.

³⁴ *Ibidem*, s. 182–183.

³⁵ *Ibidem*, s. 205–207.

³⁶ J. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa i marksizm*, PWN, Warszawa 1985, s. 68.

³⁷ M.G. Salter, *Carl Schmitt: Law as Politics, Ideology and Strategic Myth*, Routledge, Abingdon 2012, s. 30.

³⁸ Tezy o polityczności wszelkich rozstrzygnięć sądowych bronią m.in.: J. Łakomy, *Hermetic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation*, [w:] *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, red. A. Bator, Z. Pulka, Peter Lang 2018 (w druku); F. Rakoczy, *Autonomia prawa...*, s. 216.

³⁹ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 331.

Co więcej, wydaje się, że postawienie znaku równości pomiędzy rozstrzygnięciem jurydycznym a politycznym doprowadziłoby nie tylko do zanegowania odrębności fenomenu jurydyczności od fenomenu polityczności (z istotną szkodą dla dalszej egzystencji tego pierwszego), ale także uniemożliwiłoby sensowną i efektywną krytykę orzeczeń (lub określonych ich aspektów), które do sfery polityczności nie przynależą, a które powinny być poddane analizie w perspektywie czysto jurydycznej⁴⁰. Mrzonką bowiem jest twierdzenie, że eliminacja jurydyczności i jej zastąpienie „nagą polityką” w dyskursie mogłoby się przyczynić do lepszej artykulacji interesów podmiotów wykluczonych i zdominowanych⁴¹. Stąd też celowe – z punktu widzenia efektywnej krytyki prawa – wydaje się wypracowanie kryteriów, które pozwolą wyodrębnić kategorię *orzeczniczej decyzji politycznej* i odróżnić ją od decyzji apolitycznych oraz orzeczeń niezawierających w sobie elementu decyzyjności. Pojęcie orzekania (*adjudication*) rozumiane jest tu szeroko, jako praktyka wydawania decyzji w sferze jurydyczności, a więc, posługując się tradycyjną terminologią teorii prawa, jako akty operatywnej wykładni prawa oraz akty stosowania prawa⁴² rozstrzygające rzeczywiste konflikty (jednostkowe bądź grupowe).

2.2. Kiedy decyzja orzecznicza należy do sfery polityczności?

Należy zatem postawić pytanie, czy i kiedy decyzja orzecznicza w znaczeniu przedstawionym powyżej może zostać uznana za należącą do sfery polityczności, czy też, mówiąc inaczej, kiedy praktyka społeczna z zakresu fenomenu jurydyczności może zostać uznana za należącą równocześnie do fenomenu polityczności. Pytanie o polityczność orzekania jest pytaniem o przynależność danego aktu orzeczniczego do sfery polityczności⁴³, a nie jedynie do

⁴⁰ Por. w tym kontekście rozważania Marka Smolaka o relacji między sądownictwem konstytucyjnym a polityką, prowadzone jednak z wykorzystaniem paradygmatu Luhmannowskiej teorii systemów, a zatem niedające się symetrycznie zestawić z modelem proponowanym w tej pracy. Zob. M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 203 i n.

⁴¹ D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 333–334. Ograniczenia strukturalne właściwe dyskursowi prawnemu mogą bowiem w równym stopniu występować w dyskursie politycznym, który także może blokować artykulację określonych interesów za pomocą analogicznych mechanizmów. W szczególności zaś ideologia, która wpływa na treść prawa, jest zazwyczaj tą samą ideologią, która ma status hegemoniczny także w odniesieniu do innych subświatów, np. politycznego. Podobnie, zdaniem Kukovca, ma się sprawa z przeniesieniem sporu na grunt dyskursu ekonomicznego. Zob. D. Kukovec, *Hierarchies as Law*, „Columbia Journal of European Law” 2014, t. 21, z. 1, s. 132.

⁴² Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988, s. 7–10, 43.

⁴³ Por. D. Minich, *Polityczny kontekst orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, z. 7–8, s. 15: „skoro »polityczność« związana jest z podziałem, zachowaniem lub przejściem władzy, to sądy (a w szczególności sądy/trybunały konstytucyjne) są władzą. Tym samym nie można im odmówić cechy »polityczności«. Skoro źródłostw terminu »polityka« odnosi się do organizacji społeczeństwa pozostającego pod jakimś panowaniem, to tym samym można to odnieść do zdolności sądenia”.

sfery polityki czy do sfery polityk publicznych. Związki jurystyczności z polityką partyjną i politykami publicznymi stanowią bowiem zgoła odmienny problem badawczy⁴⁴. O związkach polityki partyjnej z jurystycznością możemy mówić w przypadku upartyjnienia sądów, tj. wpływu partii politycznych na obsadę stanowisk sędziowskich, a także pośrednio bądź bezpośrednio – na poszczególne orzeczenia sądowe⁴⁵, a także *vice versa* w przypadku wpływu sądów na bieżącą politykę, w tym np. na obsadę najwyższych urzędów państwowych⁴⁶. O związkach jurystyczności z politykami publicznymi możemy natomiast mówić, ilekroć dane orzeczenie przyczynia się do kształtowania tych polityk, poprzez ich dookreślanie, ograniczanie bądź modyfikację. W literaturze zwraca się uwagę na szczególną rolę sądów konstytucyjnych w tym zakresie⁴⁷, ale również sądy cywilne czy karne współkształtują określoną politykę publiczną, np. konsumencką czy kryminalną.

Przechodząc do zasadniczego problemu, wydaje się celowe wprowadzenie pojęcia orzeczniczej decyzji politycznej na oznaczenie decyzji orzeczniczej (a zatem należącej do sfery jurystyczności), która równocześnie wykazuje cechy przynależności do sfery polityczności. Zasadniczą tezą niniejszej pracy, która zostanie rozwinięta w dalszych wywodach, jest twierdzenie, że decyzja orzecznicza będzie orzeczniczą decyzją polityczną wtedy i tylko wtedy, gdy łącznie spełnione będą dwie przesłanki: po pierwsze, decyzja będzie zawierała w sobie element dyskrecjonalności (tj. będzie decyzją *sensu stricto*) oraz, po drugie, gdy taka decyzja będzie rozstrzygała, choćby w wymiarze jednostkowym, konflikt o charakterze politycznym, tj. należący do sfery określonego antagonizmu społecznego.

2.3. Element decyzyjności

Jak pisał Lech Morawski, jeżeli „sąd działa w warunkach luzu decyzyjnego i jego decyzja dotyczy spraw ustroju politycznego, ekonomicznego i społecznego państwa, to jego decyzja jest decyzją polityczną. Jeśli natomiast decyzja sądu »wynika« z przepisów prawa, to wtedy sąd jedynie realizuje wolę ustawodawcy

⁴⁴ Dane orzeczenie może, oczywiście, należeć równocześnie nie tylko do jednej z powyższych sfer, ale także do dwóch albo wszystkich trzech.

⁴⁵ Zob. np. A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 4, s. 5–7. Por. D. Minich, *Polityczny kontekst...*, s. 20: „Aktywizm [TK] koreluje z aktywnością polityczną zwłaszcza w sytuacji, gdy rząd realizuje zmianę polityki i politycznie pokonuje opozycję, a ona odwołuje się do trybunałowej kontroli jako »broni«, którą dysponuje w tej walce”.

⁴⁶ Interesujące przykłady podaje R. Uitz, *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?*, „Juridica International” 2007, t. 13.

⁴⁷ Zob. np. B. Bugarič, *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*, „Harvard International Law Journal” 2001, t. 42, z. 1.

i trudno jest mówić o jego zaangażowaniu politycznym⁴⁸. Konieczne jest zatem oddzielenie od siebie tych decyzji orzeczniczych, które choć stanowią w przedmiocie antagonizmu społecznego, to jednak powielają jedynie kierunek rozstrzygnięcia wskazany przez inny ośrodek decyzyjny we wspólnocie politycznej, od decyzji, w których to rzeczywiście sąd dokonuje rozstrzygnięcia samodzielnie, nie będąc w danym zakresie związany materiałami prawnymi, czyli – jak ujmuje to Mouffe – decydując „w polu nierozstrzygalności”⁴⁹. Takie decyzje „samoistne” należy odróżnić od decyzji „pochodnych”, w których sąd w pełni realizuje rozstrzygnięcie podjęte już przez ustawodawcę – w sytuacji, gdy sąd porusza się ściśle w obrębie *Wortlautgrenze* (możliwego, językowego znaczenia przepisów⁵⁰), a brzmienie tychże przepisów nie pozostawia mu *explicite* luzów decyzyjnych. Przykładowo, jeżeli ustawodawca rozstrzygnął już w określony sposób dany typ konfliktu pomiędzy konsumentem a przedsiębiorcą, ściśle określając termin na zwrot wadliwego towaru, sąd, stosując ten termin w danym stanie faktycznym, co prawda działa w sferze określonego antagonizmu (*in casu* konsument *versus* przedsiębiorca), lecz jego orzeczenie ma charakter pochodny – realizuje bowiem jedynie decyzję podjętą już przez ustawodawcę. Orzeczenie pozostaje wówczas, oczywiście, w sferze polityczności, jednakże polityczność sądu nie jest s p r a w c z a ze względu na brak aspektu decyzyjności. Tomasz Bekrycht podkreśla natomiast, że „tekst prawa nie da się bezpośrednio zastosować do rozstrzygnięć podmiotów prawo realizujących”, wobec czego „pojawia się (...) konieczność wyboru, a w konsekwencji i konieczność podjęcia decyzji przez organ rozstrzygający w procesie stosowania prawa”⁵¹. Można zasadnie zadać pytanie o to, ile jest tak naprawdę orzeczeń sądowych, w których margines decyzyjności byłby rzeczywiście tak wąski, by całkowicie wykluczyć polityczność. Zapewne w pewnej liczbie naprawdę „prostych przypadków” tak będzie. Nie zmienia to wszakże faktu, że można zasadnie postawić pytanie o polityczność samej instytucji prawnej czy wchodzącej w jej skład normy, które jednak nie są skutkiem decyzji sędziego, lecz są przez niego pasywnie stosowane⁵².

Jednakże gdy sąd dokona wykładni rozszerzającej bądź zwiężającej na korzyść konsumenta bądź przedsiębiorcy albo wybierze jedną spośród kilku alternatyw przewidzianych w przepisie, będziemy mogli mówić o podjęciu przez niego w tym zakresie s a m o i s t n e j d e c y z j i, która – o ile rozstrzyga w przedmiocie antagonizmu – jest równocześnie decyzją polityczną. Dla ustalenia decyzyjności

⁴⁸ L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, TNOiK, Toruń 2014, s. 223.

⁴⁹ C. Mouffe, *Agonistyka...*, s. 19. Por. C. Schmitt, *Teologia polityczna...*, s. 49.

⁵⁰ O pojęciu *Wortlautgrenze* w niemieckiej kulturze prawnej zob. np. T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer – Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007.

⁵¹ T. Bekrycht, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015, s. 190.

⁵² Por. M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 58.

orzeczenia kluczowe jest odwołanie się do panujących w danej wspólnocie prawniczej reguł dotyczących wykładni prawa, przeprowadzania wnioskowań prawniczych, oceny stanu faktycznego, dokonywania subsumcji itp. O tym, czy mamy do czynienia z decyzją samoistną czy jedynie pochodną, rozstrzyga to, w jaki sposób w danej wspólnocie postrzegana jest rola sędziego i stopień jego związania określonymi „materiałami” prawnymi (przepisami prawa, precedensem, intencją ustawodawcy ujawnioną w materiałach legislacyjnych itp.). Nie ulega kwestii, że stopień tego związania jest różny zarówno w odniesieniu do różnych typów materiałów, jak i w określonych kulturach prawnych na przestrzeni wieków. Są kultury prawne, gdzie sąd jest ściśle związany precedensem (np. angielska), i takie, gdzie związania takiego brak (np. polska). W jednych kulturach prawnych przyjmuje się prymat wykładni językowej, uznając odstępianie od niej w imię racji wykładni teleologicznej za coś wyjątkowego⁵³, w innych natomiast zakłada się prymat wykładni teleologicznej, dopuszczając nawet pominięcie wykładni językowej, a już na pewno swobodne odstępianie od niej⁵⁴. Przykłady różnic można by mnożyć; rzecz w tym, że o zakresie dyskrecjonalności (swobody uznania) możemy mówić jedynie na tle określonej, konkretnie istniejącej kultury prawnej⁵⁵, która jako taka również jest dodatkowo zmienna w czasie. Zapropozowane tu ujęcie mieści się przy tym pomiędzy dwiema skrajnościami: pomiędzy tezą o samoistnej decyzyjności k a ż d e g o rozstrzygnięcia sędziowskiego (radykałna teza o niezdeteminowaniu⁵⁶) a tezą o radykalnym związaniu praw-

⁵³ Jest tak np. w polskiej kulturze prawnej. Zob. np.: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 72–92; A. Bielska-Brodziak, *O rodzajach argumentów interpretacyjnych*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 326; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 343–344.

⁵⁴ Podejście takie obecne jest choćby w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zob. np.: T. Stawecki, *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Liber, Warszawa 2005, s. 108; E. Paunio, S. Lindroos-Hovineimo, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, „European Law Journal” 2010, t. 16, z. 4, s. 399; O. Łachacz, R. Mańko, *Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2013, t. 34, s. 82–83; P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, LEX, Warszawa 2015, s. 115 i n.

⁵⁵ O granicach sędziowskiej dyskrecjonalności decyduje przede wszystkim konkretna wspólnota prawnicza, a nie natura samych tekstów prawnych. Por. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997, s. 161; S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2003, s. 318; A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 166–169.

⁵⁶ Zob. np. L.B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, „University of Chicago Law Review” 1987, t. 54. Por. W.E. Scheuermann, *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham 1999, s. 137–139.

nika imperatywami instytucjonalnymi⁵⁷, właściwą m.in. dla juryscentryzmu⁵⁸. Mówiąc inaczej, nie każdy „przypadek” jest „trudny”⁵⁹, a działalność orzecznicza sądów obejmuje wiele spraw rutynowych („łatwych” czy też „typowych”⁶⁰ przypadków), gdy (pochodna) decyzja sądu jawi się jako oczywista zarówno dla orzekającego, jak i dla podsądnego⁶¹.

Jak zauważa Kennedy, tym, co łączy pozytywizm Harta i normatywizm Kelsena jest posługiwanie się przestrzenną metaforą na przekazanie tezy, że w ramach każdej normy prawnej występuje klasa zjawisk czy zdarzeń, co do których sędzia nie dysponuje dyskrecjonalnością (Hartowski „rdzeń pewności”), jak też klasa zjawisk, w odniesieniu do których wykładnia normy wiąże się z określonym marginesem władzy dyskrecjonalnej (Hartowski „cień wątpliwości” czy też „obszar otwartej tekstury”, Kelsenowska „rama, obejmująca wiele możliwości zastosowania”)⁶². Jak podkreśla Kennedy, teza ta odnosi się do każdej bez wyjątku normy prawnej, a w sytuacji zdeterminowania poznanie i zastosowanie normy nie budzi wątpliwości interpretatora (w języku polskiej analitycznej teorii prawa byłoby to zjawisko izomorfii). Hart i Kelsen natomiast odrzucają tezę

⁵⁷ Por. M. Pichlak, *Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. 3, z. 1, s. 230–231.

⁵⁸ Zob. A. Kozak, *Granice...*, s. 14–15; idem, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 63. Por. M. Paździora, *Racjonalność praktyki prawniczej w projekcie juryscentryzmu Artura Kozaka*, [w:] *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011, s. 145–146, 149–150; P. Kaczmarek, *W trosce o zapewnienie poczucia pewności. Próba rekonstrukcji idei juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej Artura Kozaka*, [w:] *Perspektywy...*, s. 167; M. Pichlak, *Artura Kozaka cierpliwość...*, s. 236.

⁵⁹ B. Wojciechowski, *Rozstrzyganie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004, t. 70, s. 11: „Trudny przypadek w najogólniejszym ujęciu występuje, gdy sędzia nie dysponuje jednoznaczną normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników”. Por. J. Zajadło, *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2010, s. 37; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004, s. 38–39. Zob. także W. Jedlecka, J. Helios, *Dysocjacja jako »hard case« w systemie prawa*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2015, s. 11–20.

⁶⁰ M. Paździora, *Racjonalność...*, s. 148.

⁶¹ Jerzy Wróblewski mówił o „sytuacji izomorfii”, w której „występuje pełna odpowiedniość między przepisem w jego bezpośrednim rozumieniu przez organ państwa a sytuacją wymagającą rozstrzygnięcia, czy też faktu, o którego konsekwencjach ma się orzec” (J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 45). Uogólniając, można mówić o izomorfii także w systemie prawa precedensowego, gdy istniejący, wiążący precedens w sposób oczywisty odnosi się do stanu faktycznego.

⁶² D. Kennedy, *A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008, s. 154–155.

Friedricha Carla von Savigny'ego, właściwą *Begriffsjurisprudenz*, zgodnie z którą dotworzenie do normy w sytuacji stwierdzenia luki odbywa się bez udziału władzy dyskrecjonalnej, po prostu poprzez przesunięcie się na wyższy poziom (np. zasady ogólnej), z której następuje dedukcja brakującej normy⁶³. Kelsen i Hart uznają natomiast, że w takim przypadku występuje sędziowskie prawotwórstwo, którego jurysprudencja pojęciowa nie uznawała, pokładając przesadną wiarę w spójność systemu prawa⁶⁴. Dla Harta właściwą metodą jest wówczas ważenie⁶⁵. Kennedy'ego natomiast dużo bardziej interesuje, w jaki sposób odróżnić przypadki należące do „rdzenia” od przypadków leżących na jego peryferiach, gdzie ważenie okazuje się konieczne⁶⁶.

Podobnie jak Kelsen, Hart i Kennedy, uważam, że element decyzyjności może pojawić się w przypadku interpretacji każdego typu normy prawnej – niezależnie od tego, czy jest ona sformułowana jako tzw. norma-reguła (dająca się zrealizować całkowicie albo wcale) czy też jako tzw. norma-zasada, czy też, w terminologii Kennedy'ego, jako standard. Oczywiście, zakres decyzyjności przy stosowaniu norm zawierających standardy będzie znacznie większy, bowiem wówczas granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej zakreślone są znacznie szerzej już *a limine*. Nie mogę jednak zgodzić się z poglądem Gizberta-Studnickiego, że sąd podejmuje decyzję polityczną (o preferencji określonego dobra nad innym) tylko w sytuacji kolizji zasad, gdyż w wypadku kolizji reguł rozstrzygnięcie osiąga się już *in abstracto*, poprzez zastosowanie reguł kolizyjnych⁶⁷. Może być bowiem

⁶³ *Ibidem*, s. 156. O problemie tym pisze też szeroko Kennedy w pracy *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought* („Law and Critique” 2015, t. 25, z. 1), określając ją jako „metodę indukcyjno-dedukcyjną” rozumowania prawniczego.

⁶⁴ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 156. Nawiasem mówiąc, jak wiadomo, jurysprudencja pojęciowa wyrosła na gruncie prawa rzymskiego, które – pomimo jego ewidentnego chaosu, przemieszania różnych warstw historycznych i oczywistej nieadekwatności do współczesności – było traktowane jako źródło prawa żywego, dostosowującego się do zmieniających się okoliczności. Prawo jurysprudencjalne pandektyści tworzyli właśnie poprzez przyjęcie fikcji, iż *Corpus Iuris Civilis* jest systemem, wobec czego w wypadku brakującej normy należy indukcyjnie stworzyć normę ogólniejszą, by potem wydedukować z niej brakującą normę bardziej szczegółową. Historia *ius commune* na przestrzeni wieków zna mnóstwo takich uogólnień rzymskich instytucji, jak choćby ogólnych zasad odpowiedzialności deliktowej czy zasady otwartości systemu kontraktowego, powstałych poprzez uogólnienie poszczególnych instytucji szczegółowych (poszczególnych deliktów, poszczególnych umów nazwanych) (zob. szeroko: R. Zimmermann, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996, passim). Kelsen, Hart czy Kennedy mogą, z pozycji filozoficznoprawnych, atakować rekonstrukcje teoretyczne pandektystów jako nieadekwatne, jednak nie można wykluczyć, iż stanowiły one wyraz samoświadomości jurystów pracujących nad *heutiges römisches Recht*.

⁶⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2, Clarendon Press, Oxford 1994, s. 126–130; D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 157.

⁶⁶ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 157.

⁶⁷ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, t. 51, z. 1, s. 3–4.

tak, że dana reguła jest wysłowiona w sposób, który pozostawia wątpliwości co do jej zakresu, a ich rozstrzygnięcie będzie oznaczało preferencję jednej strony (np. konsumenta) albo drugiej (np. przedsiębiorcy), pomimo iż nie dochodzi tu w ogóle do kolizji norm. Nie zgadzam się też z poglądem cytowanego autora, iżby do zaistnienia konfliktu dóbr (o charakterze antagonistycznym) zawsze konieczna była kolizja norm prawnych⁶⁸ – wystarczy „kolizja interpretacji”, możliwość wyinterpretowania z danego przepisu prawa czy danego precedensu (w systemie *common law*) rozstrzygnięć odmiennych, z których pewne będą korzystne dla jednej strony antagonizmu (np. dla pracowników), a inne dla strony przeciwnej (np. dla pracodawców). Oczywiście, poglądu Gizberta-Studnickiego można by bronić, twierdząc, że system prawa zawiera normy (kolidujące ze sobą) chroniące obie strony antagonizmu (i pracodawców, i pracowników), a spór o wykładnię szczegółowego przepisu na korzyść jednej albo drugiej strony jest tak naprawdę wycinkiem szerszej kolizji norm-zasad chroniących obie strony sporu. Sądzę jednak, że w sporze o wykładnię konkretnej, szczegółowej normy prawnej to właśnie jej wykładnia jest przedmiotem sporu, wokół którego ogniskuje się wymiana argumentów stron, a nie wykładnia ogólnych zasad. Co innego, rzecz jasna, w sytuacji, gdy dany stan faktyczny jest oceniany w świetle np. kolidujących ze sobą praw podstawowych ujętych w konstytucji czy Konwencji europejskiej – wówczas niewątpliwie mamy do czynienia z konfliktem dóbr i kolizją norm.

Odnoszę się sceptycznie do możliwości wypracowania abstrakcyjnych schematów rozstrzygnięcia kolizji dóbr, jakie np. usiłował zaproponować Robert Alexy⁶⁹. Bliższe jest mi zdecydowanie stanowisko Kennedy’ego, wedle którego w takiej sytuacji, określanej przez niego mianem ważenia (*balancing*), sędzia w istocie kieruje się ideologicznymi preferencjami dla jednego albo drugiego dobra spośród dóbr pozostających w kolizji. Oczywiście, rozstrzygnięcie takie musi zostać w określony sposób uzasadnione, szczególnie w systemach nawiązujących do precedensu bądź ściśle (*common law*), bądź nieco bardziej liberalnie (ETPC, ETS, sądy krajowe). Gizbert-Studnicki zaproponował tu pewne

⁶⁸ Tak T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, s. 2: „konflikt dóbr, który ma być rozstrzygnięty przez organ stosujący prawo, j e s t z a w s z e przejawem kolizji norm prawnych. Organ stosujący prawo może bowiem uwzględniać tylko takie dobra, które mają charakter prawny. Prawny charakter dobra sprowadza się zaś do tego, że w danym systemie prawa obowiązuje norma nakazująca realizację lub ochronę danego dobra”.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 5–7. Jak zauważa Robert Piszko, proponowane przez Roberta Alexy’ego i Ralfa Sieckmanna koncepcje ważenia mają „polegać na formułowaniu reguł preferencji, co oczywiście rodzi potrzebę uzasadniania wyboru takich reguł. (...) Takie argumentacyjne ujęcie ważenia wartości od razu zwraca uwagę na to, że konieczny jest wybór argumentów, co musi wywołać różnice poglądów. Stąd granica »argumentacyjna« niewątpliwie także nie będzie granicą o b i e k t y w n ą. Paradoksalnie coraz bardziej doskonałe pod względem formalnym koncepcje muszą opierać się na coraz to większej ilości założeń, które oddalają ich twierdzenia od rzeczywistości” (R. Piszko, *Granice decyzji sądowych*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, Szczecin 2015, s. 35 [podkr. R.M.]).

minimum dotyczące uzasadnienia decyzji o preferencji określonego dobra, sprowadzające się do trzech elementów: po pierwsze, zidentyfikowania dóbr pozostających w konflikcie i ustalenia, że mają one charakter prawny; po drugie, prawidłowego ustalenia relacji hierarchicznych pomiędzy dobrami, w miarę możliwości z odwołaniem się do argumentów opartych na tekstach prawnych; po trzecie, wskazania kryteriów zastosowanych do oszacowania poszczególnych dóbr⁷⁰. Do koncepcji tej można zgłosić istotne zastrzeżenie oparte na tym, na co zwrócił uwagę Kukovec. Otóż „dobra” ujmowane w sposób niezwykle abstrakcyjny, jak np. „ochrona uzasadnionych oczekiwań”, „naprawienie szkody majątkowej”, „swoboda wypowiedzi”, mogą w istocie mieć radykalnie odmienną treść społeczno-gospodarczą. Nawet takie z pozoru „prospołeczne” uregulowania, jak ochrona najemcy czy kupującego, mają charakter abstrakcyjny – w realnym konflikcie sądowym może dojść do tego, że to potężna międzynarodowa korporacja będzie korzystać z ochrony dla kupujących czy ochrony zaufania, a poszkodowanym będzie np. drobny przedsiębiorca dostarczający jej komponentów⁷¹. Nawet ochrona konsumenta – ujmowana jako, wydawałoby się, oczywista kolizja dóbr w postaci ochrony konsumenta i ochrony przedsiębiorcy może *in casu* prowadzić do sytuacji, gdy abstrakcyjne reguły doprowadzą do preferencji bogatego kamienicznika, akurat występującego jako nabywca, i pokrzywdzenia drobnego chałupnika sprzedającego swoje rękodzieło w Internecie, akurat występującego jako „ten zły” sprzedawca-przedsiębiorca, niezasługujący na ochronę⁷²; albo, jak pyta Damjan Kukovec, „Czy konkretne roszczenie podniesione przez British Petroleum czy Nestlé przeciwko swojemu pracownikowi lub dystrybutorowi byłoby roszczeniem słabszej strony tylko dlatego, że (...) byłoby ono ujęte przy użyciu języka wzajemnej zależności i altruizmu, jako poleganie [na drugiej stronie umowy]?”⁷³. Wreszcie, co zauważa Kennedy, w przypadku argumentacji z ważenia dóbr (praw, interesów) zawsze możliwa jest „żonglerka poziomem”, tj. przesuwanie uwagi na niższy lub wyższy poziom abstrakcji w celu uzyskania pomyślnego dla danej strony rezultatu wykładni⁷⁴, a także odwoływanie się do różnych podstaw argumentacji, włączając w to orzecznictwo, argumenty językowe, poglądy doktryny itp.⁷⁵ Podsumowując, twierdę, że w sytuacji rozstrzygania konfliktu dóbr niekoniecznie zachodzi kolizja norm, natomiast na pewno sąd dysponuje ogromnym marginesem władzy dyskrecjonalnej, którą wszelkie schematyczne i abstrakcyjne formuły, w rodzaju tych zaproponowanych przez Alexy’ego czy Gizberta-Studnickiego,

⁷⁰ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, s. 13–14.

⁷¹ Por. D. Kukovec, *Taking Change Seriously...*, s. 329.

⁷² Por. *ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ D. Kennedy, *The Hermeneutic...*

⁷⁵ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 159–160.

w istocie nie ograniczają⁷⁶. Jak stwierdza Kennedy, „Powiedzieć, że wykładnia normy (*rule*) była zdeterminowana (*determinate*) to tyle, co powiedzieć, że na końcu procesu pracy interpretator nie był w stanie osiągnąć strategicznie pożądaną reinterpretację początkowo oczywistego znaczenia normy (*norm*), tak jak stosuje się ona do stanu faktycznego. Mówiąc inaczej, krytyczne studia nad prawem, tak jak je rozumiem, w pełni akceptują pozytywistyczną ideę, że prawo jest czasami zdeterminowane, a czasami niezdeterminowane. CLS odrzuca zarówno ideę globalnego niezdeterminowania (*global indeterminacy*), jak i ideę, że zawsze istnieje prawidłowa interpretacja, jakkolwiek ukryta (*obscure*) lub trudna do osiągnięcia. Ale również odrzuca ideę, że zdeterminowanie i niezdeterminowanie są »właściwościami« czy »atributami« inherentnymi dla danej normy, niezależnie od pracy interpretatora”⁷⁷.

Element decyzyjności może się więc pojawić tam, gdzie się go nie spodziewano. Pojmowane na sposób krytycznej filozofii prawa koło hermeneutyczne oznacza, że przy odpowiednim nakładzie „pracy prawniczej” (Kennedy) możliwe jest nie tylko wypełnienie przez sędziego (podejmującego decyzję polityczną) obszaru, który *prima facie* uchodził za część Hartowskich „obszarów granicznych”⁷⁸, ale także tam, gdzie wydawało się, że o wszystkim przesądzi mechaniczny sylogizm. Jak powiada Kennedy, „nawet gdy określona wykładnia ma utrwalony charakter, praca [prawnicza] może ją zdestabilizować. Oznacza to, że praca może »odmieniać« lub »przemieszczać« rdzenie i ramy. Mamy tu do czynienia z dynamiką »idącą z dołu do góry«, która w tym czy innym zakresie przeciwstawia się Hartowskiej i Kelsenowskiej dynamice idącej z góry do dołu, od abstraktu do konkretności. (...) A zatem praca czyni więcej, niż tylko wypełnia ramę czy obszar graniczny za pomocą strategicznie zdeterminowanych wyborów norm. Ideologia odmienia pracę, która odmienia ramy i rdzenie, które z kolei dostarczają, z perspektywy koherencyjnej, środków do dalszej destabilizacji kolejnych rdzeni i ram”⁷⁹.

Co istotne, postawa Kennedy’ego jest głęboko hermeneutyczna (można by ją określić jako „hermeneutykę strategiczną”), w odróżnieniu od „słomianej kukły” *critical legal studies* konstruowanej dla potrzeb polemiki przez anglosaskich pozytywistów głównego nurtu, jak Brian Bix czy Lawrence Solum. Kennedy przytacza fragment wypowiedzi Bixa, w której ten charakteryzuje nurt krytyczny

⁷⁶ Także sam Gizbert-Studnicki jest sceptyczny co do konkluzywnego charakteru ujęcia argumentacji w ramy, które proponuje, pisząc: „jest rzeczą oczywistą, że spełnienie sformułowanych tu wymagań nie wyznacza jednoznacznie, jaka decyzja o rozstrzygnięciu konfliktu dóbr winna zostać podjęta” (T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, s. 14), a główną funkcją zaproponowanego przez niego schematu jest tak naprawdę ustrukturyzowanie dialogu między organem podejmującym decyzję a organem ją kontrolującym.

⁷⁷ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 160.

⁷⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 176.

⁷⁹ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 165.

w następujących słowach: „w szczególności teoretycy CLS bronili tezy o radykalnym niezdeterminowaniu prawa – twierdzili, że materiały prawne nie przesądzą wyników poszczególnych spraw. Teoretycy CLS zasadniczo zgadzali się, że wynik większości spraw jest przewidywalny, ale ma to miejsce nie ze względu na przewidywalność prawa, ale dlatego, że sędziowie mieli znane lub dające się przewidzieć uprzedzenia. Materiały prawne, same przez się, miały być niezdeterminowane, ponieważ język jest niezdeterminowany albo ponieważ normy prawne (*legal rules*) mają tendencję do obejmowania sprzecznych zasad, które pozwalają sędziom uzasadnić dowolny rezultat”⁸⁰. Na taką prezentację własnych poglądów Kennedy reaguje wskazaniem, że w ramach CLS przyjmuje się, iż „materiały prawne przesądzą albo nie przesądzą wyniku spraw jedynie w interakcji z argumentacyjnymi strategiami jurystów, którzy dążą do osiągnięcia celów w ramach ograniczonego czasu i zasobów. Materiały stanowią jedną część determinacji, ale jedynie w połączeniu z aktywnością interpretacyjną, która nie ma charakteru poznawczego, ale ma charakter świadomie albo nieświadomie strategiczny”⁸¹.

Kennedy podkreśla, że to, co Bix określa mianem „uprzedzeń” (*biases*) sędziów, jest relewantne, ponieważ ukierunkowuje pracę sędziów i innych prawników mającą na celu hermeneutyczne przekształcenie tego, co prawo *prima facie* wymaga w pożądanym kierunku⁸². Nie oznacza to jednak bynajmniej, zdaniem Kennedy’ego, że taka strategiczna praca hermeneutyczna zamierzony skutek osiągnie. W moim przekonaniu jedyną barierą, jaka tak naprawdę hamuje sędziego przed osiągnięciem celu, do którego zmierza, nie jest ani tekst prawa, ani metodologia wykładni, lecz jedynie albo wspólnota prawnicza (o ile sędzia nie stoi na jej czele, lub stojąc na jej czele, jednak się jej obawia), albo – co wydaje się bardziej prawdopodobne – subświat polityczny zdolny w każdej chwili sędziego usunąć. Swoją drogą, aktualne spory pomiędzy władzą polityczną a władzą sądowniczą są interesującą ilustracją napięć, jakie są możliwe między oczekiwaniami wspólnoty prawniczej, z jednej strony, i subświata politycznego, z drugiej. Pozostawiając na boku ideologiczne narracje o konstytucji i rządach prawa, problem sprowadza się w istocie do tego, czy sędzia powinien bardziej baczyć na oczekiwania własnego subświata (szczególnie, jeśli postrzega go jako trwalszy) czy aktualnie panującego kierownictwa subświata politycznego (które w demokracji parlamentarnej *ex definitione* jest zmienne). Nie dziwi w tym kontekście preferencja większości sędziów dla tego pierwszego.

Co ciekawe, Kennedy nie uważa, by ideologia była bardziej determinującym czynnikiem w odniesieniu do sędziowskich decyzji niż samo prawo (przepisy

⁸⁰ B. Bix, *Law as an Autonomous Discipline*, [w:] *The Oxford Handbook of Legal Studies*, red. P. Cane, M. Tushnet, Oxford University Press, New York 2003, s. 983.

⁸¹ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 166.

⁸² *Ibidem*, s. 168.

prawa). Jego zdaniem „Ideologie są tak samo niezdeteminowane jak porządek prawny. Działa tu koło hermeneutyczne, w którym niezdeteminowania na każdym poziomie zostają rozwiązane poprzez odwołanie się do głębszego poziomu z jego własnymi niezdeteminowaniami i tak dalej, aż powróci się do punktu wyjścia, w którym idee prawne wpływają na ideologię i *vice versa*”⁸³. Tu z poglądem nestora amerykańskiej szkoły jurysprudenckiej krytycznej zgodzić się nie mogę. O ile nie ulega wątpliwości, że w państwie demokratycznym porządek prawny odzwierciedla rozmaite, sprzeczne ze sobą interesy i wartości, a wobec tego samo „prawo” nie może być uznane za konkluzywne w procesie orzekania, o tyle jednak ideologie rozwijają się w zupełnie odmiennych warunkach, nie są poddane rygorowi kompromisu, reprezentują określony, zazwyczaj klasowy, punkt widzenia, dlatego stopień niezdeteminowania rezultatów analizy ideologicznej jest, w moim przekonaniu, zdecydowanie niższy niż analogiczny stopień w przypadku analizy prawnej. Oczywiście, jest socjologicznym faktem, że za ideologie odpowiadają tzw. inteligencje ideologiczne, jednakże pomimo wszelkich strukturalno-instytucjonalnych uwarunkowań ich pracy presja na pozorną jednolitość i kompromis jest zdecydowanie niższa w przypadku pracy ideologicznej niż pracy prawniczej. Stąd też zrównanie stopnia niezdeteminowania rezultatu w sytuacji zaangażowania zasobów ideologicznych i prawnych wydaje mi się oceną niezasadną. Nie wykluczam, rzecz jasna, że na gruncie określonej ideologii mogą występować spory co do szczegółowych rozstrzygnięć, jednakże w odróżnieniu od prawa, ideologia nacechowana jest aksjologiczną homogenicznością, co bez wątplenia redukuje margines niepewności.

2.4. Decyzja a metody i rezultaty wykładni

Można postawić tezę, że istnieje określony związek pomiędzy stosowaną przez sędziego metodą wykładni prawa a zakresem jego władzy dyskrecyjnej⁸⁴, co pozwala uszeregować te metody: od tych, które pozostawiają sędziemu najmniej swobody (wykładnia literalna, w sytuacji izomorfii⁸⁵, gdy sąd pozostaje w obrębie *Wortlautgrenze*⁸⁶), poprzez te, które dają mu nieco więcej swobody (wykładnia systemowa, wykładnia celowościowa⁸⁷), po te, które dają mu najwię-

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ D. Kennedy, *The Hermeneutic...*; R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, t. 1, red. K. Torgans, University of Latvia Press, Riga 2016, s. 121–123.

⁸⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 122.

⁸⁶ Co oczywiste, pozostanie sędziego w obrębie wykładni literalnej oznacza przerzucenie politycznej sprawczości na inne gremium decyzyjne – ustawodawcę.

⁸⁷ O ile, rzecz jasna, rozumiana jest jako poszukiwanie rzeczywistej intencji ustawodawcy, dostępnej na podstawie obiektywnych materiałów (por. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013, s. 224 i n.; A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego*.

cej swobody, a co za tym idzie – także władzy (wykładnia zasad, w szczególności zasady proporcjonalności, ważenie praw i interesów). Niewątpliwie, przyjęcie podejścia opartego na tzw. „wykładni kompleksowej”, w ramach której nie odróżnia się wykładni językowej, systemowej i celowościowej i nie przyznaje prymatu wykładni językowej, lecz stosuje wszystkie metody równocześnie⁸⁸, prowadzi w praktyce do znaczącego zwiększenia władzy dyskrecjonalnej sędziego⁸⁹. Uwagi powyższe odnoszą się przy tym do kontekstu odkrycia, a nie tylko uzasadnienia: zakłada się (w sposób idealizacyjny), że sędzia *bona fide* stosuje poszczególne metody interpretacji, a nie tylko przykrywa nimi czysty decyzyjizm⁹⁰. Jeżeli jednak tak jest (i można to wykazać, porównując rezultat wykładni z przedstawionym uzasadnieniem), orzeczenie będzie miało niewątpliwie charakter decyzyjny⁹¹.

Odnosząc pojęcie samoistnej decyzji do konkretnie istniejącej aktualnej polskiej kultury prawnej, należałoby przede wszystkim nałożyć je na przyjęte w naszej teorii i praktyce wykładni podziały i klasyfikacje. Jednym z przyjętych i ugruntowanych podziałów rezultatów wykładni jest podział na wykładnię *secundum, praeter* i *contra legem*, który odnosi rezultat wykładni do sensu językowego przepisów poddawanych interpretacji⁹². Wykładnia *secundum legem* jest tożsama z brzmieniem przepisów; wykładnia *praeter legem* jest z nimi niesprzeczna, jednakże zawiera w sobie treści, które nie były w tych przepisach

Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa, Wolters Kluwer, Warszawa 2017), a nie jako swobodne przypisywanie normom prawnym celów, które nie wynikają ani z ich brzmienia, ani z intencji ich twórców (por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 142, gdzie autor w odniesieniu do wykładni teleologicznej zwraca uwagę, że „rozbieżności dotyczą tego, o c z y j e c e l e chodzi – czy prawodawcy, czy interpretatora, czy jeszcze o jakieś inne cele”). Przykładowo, zwraca się uwagę, że ETS przyjął „kreatywne podejście teleologiczne (...) w razie braku jakichkolwiek relewantnych postanowień traktatów lub powiązanych materiałów kontekstualnych” (G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford 2012, s. 208), a tym samym „upodobnił orzecznictwo do prawodawstwa, promulgującego generalne reguły, mające być stosowane ze względu na władzę, od której pochodzą” (P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa...*, s. 131).

⁸⁸ Zob. A. Bielska-Brodziak, *O rodzajach argumentów...*, s. 335.

⁸⁹ Twierdzi się, że podejście ETS pozbawione jest dyrektyw wykładni drugiego stopnia oraz nacechowane wybiórczym i selektywnym stosowaniem poszczególnych metod wykładni. Zob. G. Beck, *The Legal Reasoning...*, s. 437 i n.

⁹⁰ Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 164.

⁹¹ Przykładowo, kontrowersyjny wyrok ETS w sprawie *Pringle*, zapadły ewidentnie *contra legem* Traktatu, uzasadniony został kontrfaktyczną wykładnią językową. Zob. szerzej G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning During the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, „European Public Law” 2014, t. 2, z. 3.

⁹² L. Morawski, *Zasady...*, s. 95. Przykładowo, w niemieckiej kulturze prawnej jest to „możliwe znaczenie językowe”, traktowane jako granica oddzielająca wykładnię od rozwijania prawa (T. Spyra, *Granice wykładni prawa...*, s. 267).

wprost wysłowione⁹³; wykładnia *contra legem* przełamuje dosłowne brzmienie przepisów, w szczególności kierując się względami wykładni teleologicznej (brzmienie przepisu zostaje uznane za sprzeczne z celem ustawodawcy) bądź też dynamicznej (brzmienie przepisu zostaje uznane za nieodpowiadające aktualnym preferencjom ustawodawcy). O decyzyjności orzeczenia będziemy mogli z pewnością mówić w przypadku wykładni *praeter* oraz *contra legem*, gdyż w obu tych sytuacjach treść rozstrzygnięcia ma charakter samoistny w stosunku do brzmienia przepisów.

Także wykładnia *secundum legem* może zawierać w sobie elementy decyzji samoistnej. Po pierwsze, samo brzmienie przepisów może pozostawiać sędziemu *explicite* określony zakres swobodnego uznania (fakultatywność bądź alternatywność dyspozycji normy prawnej, występowanie klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych itp.). Po drugie, nawet jeżeli brzmienie przepisów z pozoru wydaje się nie pozostawiać sędziemu zakresu swobodnego uznania, możliwe jest, że sąd i tak będzie podejmował określoną decyzję (nawet nieświadomie), co wynika z charakteru języka prawnego – każde pojęcie prawne ma określony zakres semantyczny niewątpliwy (w danym miejscu i czasie), ale wokół tego zakresu pozostaje „szara strefa” cienia semantycznego, wynikająca z „otwartej tekstowości” języka naturalnego⁹⁴. Podejmując decyzje w zakresie cienia semantycznego, sąd nie powiela w sposób automatyczny rozstrzygnięcia ustawodawcy, lecz zmuszony jest odtworzyć normę prawną, co wprowadza niewątpliwie element decyzyjności, nawet jeśli bezrefleksyjnej i zautomatyzowanej. Decyzyjność rozumiana jest tu w sposób obiektywny: sam podmiot orzekający może, ze względu na swoje usytuowanie we wspólnocie interpretacyjnej prawników, która go „odciąża”⁹⁵, działać w sposób subiektywnie zautomatyzowany pod wpływem imperatywów instytucjonalnych, a także, ze względu na swoje usytuowanie w określonym społeczeństwie, działać pod wpływem nieuświadomianych imperatywów ideologicznych⁹⁶ i nie odczuwać (w sensie przeżycia psychologicznego) aspektu „decyzyjności”. Niemniej jednak obserwator zewnętrzny porównujący brzmienie interpretowanych przepisów (w ich dominującym rozumieniu na gruncie danego języka) i obiektywnie poznana intencję prawodawcy historycznego może zrekonstruować, opierając się na tym porównaniu, zakres decyzyjności, w jakim *in casu* poruszał się podmiot orzekający.

⁹³ Obejmuje to zarówno kategorię „interpretacyjnych konsekwencji” przepisów u Wróblewskiego (J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 97), jak i dalej idącą *Rechtsfortbildung*, o ile nie pozostaje w logicznej sprzeczności z *Wortlautgrenze*.

⁹⁴ Zob. np. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 43.

⁹⁵ A. Kozak, *Granice...*, s. 166. Por. ujęcia zwracające uwagę na „akceptowalność” rozstrzygnięcia przez wspólnotę prawniczą: C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C.H. Beck, München 2009, s. 83; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 168; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 161; S.L. Winter, *A Clearing in the Forest...*, s. 311.

⁹⁶ Por. H. Collins, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 67; R. Mańko, *Ideology...*, s. 120, 123.

2.5. Element polityczności

Drugim elementem oprócz decyzyjności, który musi koniecznie wystąpić, aby można było mówić o orzeczniczej decyzji politycznej, jest przynależność do sfery polityczności, a zatem istotność decyzji z punktu widzenia określonego antagonizmu społecznego.

Antagonizmy można scharakteryzować poprzez odwołanie się do kategorii „interesu”, rozumianego jako pożądany stan rzeczy, czy też kierunek, w jakim stan rzeczy powinien w pożądany sposób ewoluować⁹⁷. Analizując antagonizmy, możemy mówić o wartościach i interesach co najmniej trzech typów. Po pierwsze, mamy do czynienia z antagonizmami ekonomicznymi, dotyczącymi w szczególności podziału istniejących dóbr i dochodu wypracowywanego przez społeczeństwo. W ujęciu jurydycznym będą to zwłaszcza konflikty na linii pracownicy–pracodawcy oraz przedsiębiorcy–konsumenci, jak też konflikty dotyczące redystrybucji publicznoprawnej (wysokość podatków i innych ciężarów z jednej strony, wysokość świadczeń społecznych z drugiej strony, a także ich względne rozłożenie)⁹⁸. Po drugie, mamy do czynienia z szeroką sferą antagonizmów o charakterze ideologiczno-symbolicznym, włączając w to spory o uznanie oraz konflikty kulturowe (spory o aborcję, eutanazję, związki partnerskie, prawne uznanie określonej mniejszości etnicznej itp.). Po trzecie wreszcie, możliwe są antagonizmy „interpolityczne” (pomiędzy różnymi *poleis*)⁹⁹, dotyczące sfery relacji między poszczególnymi wspólnotami politycznymi bądź to o charakterze poziomym, bądź to pionowym¹⁰⁰. Występują one w szczególności w państwach o charakterze federalnym oraz w integracyjnych wspólnotach o charakterze ponadnarodowym, gdzie toczą się spory o zakres kompetencji przynależnych „centrum”¹⁰¹. Sporami politycznymi są też spory horyzontalne o charakterze międzypaństwowym czy międzystanowym.

⁹⁷ Por. T.M. Benditt, *The Concept of Interest in Political Theory*, „Political Theory” 1975, t. 3, z. 3.

⁹⁸ Kukovec trafnie nawołuje do radykalnego realizmu przy ocenie kierunku polityczności podnoszonych roszczeń, przestrzegając przed formalizmem, symbolizmem i konceptualizmem, które mogłyby zaciemnić obraz. Tym, co się liczy przy ocenie kierunku polityczności, jest rzeczywista tożsamość podmiotów, na które wpłynie rozstrzygnięcie (choćby formalnie nie były podmiotami postępowania, jak lotwscy robotnicy w sprawie *Laval*), oraz kierunek, w jaki rozstrzygnięcie wpłynie na ich rzeczywiste interesy, niezależnie od rodzaju argumentacji prawnej użytej czy to przez strony, czy to przez sąd. Zob. D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 144–145.

⁹⁹ Już w starożytnej Grecji, gdzie narodziło się pojęcie polityczności, do sfery tej zaliczano nie tylko relacje wewnątrz *polis*, ale także pomiędzy *poleis*. Zob. C. Meier, *Powstanie polityczności u Greków*, Teologia Polityczna, Warszawa 2012, s. 36.

¹⁰⁰ Por. S. Ehrlich, *Dynamika...*, s. 222.

¹⁰¹ Por. np. wydany co najmniej *praeter legem* i z pewnością wbrew dobrze znanej sędziom intencji państw-sygnatariuszy Traktatu o EWG wyrok ETS z dnia 5 lutego 1962 r. w sprawie 26/62

Dane orzeczenie będzie stanowić orzecznictwem decyzję polityczną wówczas, gdy będzie rozstrzygać w przedmiocie jednego z tak zdefiniowanych antagonizmów, w sytuacji gdy sprzeczność przekształciła się w konflikt (tj. „uświadomioną i zdynamizowaną sprzeczność społeczną”¹⁰²), który został przedstawiony do rozstrzygnięcia sądowi. Zazwyczaj decyzja orzecznicza dotyczyć będzie, oczywiście, sporu dwóch konkretnych stron, jednakże istotne jest, że spór pomiędzy tymi stronami stanowi jednostkowy przejaw bardziej ogólnego i abstrakcyjnego sporu zbiorowego (antagonizmu). Przykładowo więc, sąd, interpretując prawo pracy na korzyść pracodawców, podejmować będzie orzecznictwem decyzję polityczną faworyzującą właścicieli środków produkcji¹⁰³, podobnie jak sąd, rozstrzygając sprawę konsumencką, może przychylić się albo do interesu konsumentów, albo przedsiębiorców (w sytuacji gdy przepisy są niejasne lub dają się interpretować na różne sposoby)¹⁰⁴. *A contrario* natomiast wyrok w sprawie o zabójstwo nie będzie decyzją polityczną, ponieważ brak jest przeciwstawnych sobie grup społecznych „zwolenników zabójstw” i „przeciwników zabójstw”. Jednakże w sytuacji, gdy zabójstwo będzie miało uwarunkowania powiązane z określonym antagonizmem, choćby ideologiczno-symbolicznym, ocena może być odmienna.

Niewątpliwie, szczególnie jaskrawym przykładem orzecznictwem decyzji politycznej są aktywistyczne decyzje sądów konstytucyjnych¹⁰⁵ (na kontynencie) i najwyższych (w systemie anglosaskim)¹⁰⁶, jednakże orzecznictwem decyzje po-

Van Gend en Loos. Zob. szerzej: M. Rasmussen, *Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment*, „International Journal of Constitutional Law” 2015, t. 12, z. 1.

¹⁰² S. Ehrlich, *Dynamika...*, s. 219.

¹⁰³ Zob. np. wydany *contra legem* wyrok ETS z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-426/11 *Alemo Herron*, z głosem krytyczną: M. Bartl, C. Leone, *Minimum Harmonization After Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review*, „European Constitutional Law Review” 2015, t. 11. Por. także R. Mańko, *Symbolic Violence in Technocratic Law and Attempts at Its Overcoming: Politicisation Through Humanization?*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2017, t. 11, s. 60.

¹⁰⁴ Przykładem wyroku wydanego *praeter legem* na korzyść konsumentów jest wyrok ETS z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-415/11 *Aziz*. Por. R. Mańko, *The Use of Extra-Legal Arguments in the Judicial Interpretation of European Contract Law: A Case Study on Aziz v Catalunya-caixa (CJEU, 14 March 2013, Case C-415/11)*, „Law and Forensic Science” 2015, t. 10.

¹⁰⁵ Określanych zresztą jako „trzecia izba” parlamentu – zob. np. D. Minich, *Polityczny kontekst...*, s. 19.

¹⁰⁶ Por. definicję „aktywizmu sędziowskiego” w pracy: B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012, s. 45–46. Analizowany przez autorów fenomen niewątpliwie przynależy do problematyki orzecznictwem decyzji politycznych, jednakże jej nie wyczerpuje. Zob. także: T. Stawecki, *Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014; W. Stańkiewicz, *Wykładnia konstytucji w kręgu ideologii*, [w:] *Wykładnia konstytucji...*, s. 334–342.

lityczne mogą pojawiać się na każdym szczeblu instancyjnym, nawet w sądzie powszechnym I instancji, orzekającym w sporze między przedsiębiorcą a konsumentem czy pracownikiem a pracodawcą, o ile występuje element samoistnej decyzyjności. Należy jednak zgodzić się z Adamem Sulikowskim, że polityczność orzeczeń może być *prima facie* ukryta (i zazwyczaj jest), ujawniając się w okresach konfliktów politycznych, np. między sądem konstytucyjnym a władzą ustawodawczą czy wykonawczą¹⁰⁷. Niemniej polityczność „potencjalna, częściowo zakryta” jest nie mniej „realna”¹⁰⁸.

Na koniec należy też zastrzec, że element polityczności rozstrzygnięcia powinien być rozpatrywany w jego aspekcie temporalnym. Rozstrzygnięcie o tej samej treści podjęte w czasie t_1 może być apolityczne, a podjęte w czasie t_2 może być polityczne, w ślad za powstaniem (pomiędzy czasem t_1 i t_2) nowego antagonizmu. I na odwrót, coś, co było polityczne w czasie t_1 , w dalszej kolejności może stać się apolityczne, gdy antagonizm już wygasi¹⁰⁹. Antagonizm może narastać na tle istniejących od dawna norm prawnych albo może być wywołany przez nowe normy, generując konflikty dotyczące ich wykładni i stosowania¹¹⁰. Podobnie zresztą aspekt temporalny może wpływać na element decyzyjności, szczególnie w tych kulturach prawnych, gdzie silne są imperatywy instytucjonalne związane z przestrzeganiem precedensu, linii orzeczniczej wyższych sądów czy też *communis opinio* doktryny.

Spór przynależący do sfery polityczności jest ze swej natury sporem nierozstrzygalnym, tzn. niedającym się rozwiązać na drodze konsensualnej¹¹¹. Nie znaczy to jednak, by – jak obawia się Andrzej Bator¹¹² – miało to doprowadzić do podważenia sensu istnienia prawników, którzy te spory rozstrzygają. Rozstrzygnięcie następuje wszak nie w formie osiągnięcia konsensusu, ale w drodze Schmittowskiej *Ent-scheidung*, decyzji, czyli przecięcia sporu, rozdzielenia (łac. *decernere* – od *de-* i *cernere*, rozdzielać; podobnie franc. *trancher le litige* – dosł. przecięcie sporu). To przecięcie sporu jest, oczywiście, aktem politycznym, a więc ma charakter samolegitymizującego się, ufundowanego – w przypadku

¹⁰⁷ A. Sulikowski, *Konstytucja – system – hegemonia. „(Anty)polityczna” funkcja argumentów systemowych w orzecznictwie konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104, s. 256–258.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 257.

¹⁰⁹ Przykładowo, cytowane orzeczenie w sprawie *Van Gend en Loos* było polityczne w latach sześćdziesiątych XX w., jednakże od tego czasu państwa członkowskie UE zaakceptowały zasadę nadrzędności prawa UE, w związku z czym kolejne wyroki ETS potwierdzające tę zasadę nie są już polityczne, gdyż zanikł przedmiotowy antagonizm. W przyszłości, w miarę jak państwa będą na nowo odkrywać wartość swej suwerenności, kwestia nadrzędności prawa UE może znów stać się przedmiotem żywego antagonizmu.

¹¹⁰ S. Ehrlich, *Dynamika...*, s. 233–234.

¹¹¹ Por. A. Bator, *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 43.

¹¹² *Ibidem*.

sędziego – nie na rozumowaniu prawniczym, ale na jego autorytecie. Rzeczą krytycznej filozofii prawa jest fakt ten podkreślać, stawiając pytania o podstawy tego autorytetu i o sposób korzystania z władzy z nim związanej. Aspekty te zostaną rozwinięte odpowiednio w rozdziale IV. Orzekanie a etyka oraz V. Legitymizacja orzekania.

3. Uwagi podsumowujące

Celem rozważań bieżącego rozdziału było podjęcie filozoficznoprawnych rozważań na temat relacji pomiędzy jurystycznością a politycznością, a dokładniej – związków pomiędzy podstawową praktyką jurystyczności, jaką jest orzekanie, a sferą polityczności. Aby wyodrębnić spośród ogółu sądowych orzeczeń te, które zawierają w sobie element decyzji politycznej, zaproponowano pojęcie orzeczniczej decyzji politycznej rozumianej jako orzeczenie, które łączy w sobie dwa elementy: po pierwsze, stanowi samoistną decyzję, która nie jest w pełni zdeterminowana wiążącymi materiałami prawnymi, oraz po drugie, przynależy do sfery polityczności, tj. rozstrzyga w przedmiocie sporu, który można uznać za należący do określonego antagonizmu społecznego, mającego charakter kolektywny i strukturalny, a nie tylko jednostkowy.

Zaproponowana koncepcja orzeczniczej decyzji politycznej ma istotną doniosłość dyskursywną. Pozwala bowiem wyodrębnić te decyzje orzecznicze, które mogą i powinny zostać poddane krytyce nie tylko przez przedstawicieli krytycznej filozofii prawa (*critical legal studies*), ale także przez przedstawicieli innych dyscyplin (w szczególności filozofów, socjologów, ekonomistów), a ponadto przez obywateli – przy założeniu, że prawo traktować będziemy agonistycznie jako „wspólne, łączące nas reguły demokratycznej gry, które (...) odzwierciedlają naszą wolę do pokojowego rozstrzygnięcia sporów”¹¹³. Uznanie zaś polityczności części orzeczeń również przez samych sędziów pozwoliłoby, w dalszej perspektywie, przebudować kulturę prawniczą w kierunku wytworzenia „sądu zaangażowanego w bieżące sprawy obywatelskie, jednocześnie rozumiejącego zasadność istnienia konfliktu pomiędzy stronami”¹¹⁴, którego działanie oparte byłoby „na zasadzie dostrzegania podmiotowości (...) całych grup społecznych”¹¹⁵. Sąd, ilekroć staje przed koniecznością podjęcia orzeczniczej decyzji politycznej, powinien zatem „przedstawić swoje decyzje jako wynik głębokiego namysłu, także w sensie politycznym, jako rezultat nie tylko analiz norm, ale także możliwości politycznej reprezentacji (...) interesów różnych grup społecznych”¹¹⁶. Skoro bo-

¹¹³ F. Rakoczy, *Autonomia prawa...*, s. 215.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 223.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 224.

¹¹⁶ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność...*, s. 14.

wiem z wielu względów dotyczących samej natury wykładni prawa niemożliwa jest ucieczka od polityczności części decyzji orzeczniczych, konieczne jest uznanie tego faktu przez naukę oraz samych sędziów i wyciągnięcie stąd daleko idących konsekwencji, szczególnie w zakresie krytycznej analizy orzecznictwa sądowego.

Nadto zwrócenie uwagi na jednostkową polityczność konkretnego rozstrzygnięcia jest o tyle istotne, że – jak podkreśla Kukovec – istnieje tendencja do kładzenia nacisku na zmianę prawną jako na modyfikację „istniejących hierarchii pomiędzy ideami i pojęciami”, pomija się natomiast „hierarchie codzienności” (*daily hierarchies*), które niewątpliwie są reprodukowane przez prawo¹¹⁷. Ujawniając polityczność rozstrzygnięć sądowych – preferencje dla jednych interesów p r z e d i n n y m i – interpretujemy teksty orzeczeń „pod włos”, szczególnie w czasach, gdy normą retoryki prawniczej stał się dyskurs inkluzywności i brania interesów wszelkich podmiotów zainteresowanych pod uwagę, ważenia sprzecznych interesów itp.¹¹⁸ Dokonując krytyki orzeczeń w perspektywie proponowanej tu teorii, ujawniamy, że za tą retoryką inkluzywności w istocie stoją formy dominacji, przybierające nieraz postać przemocy strukturalnej i symbolicznej.

¹¹⁷ D. Kukovec, *Hierarchies...*, s. 132.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 142.

Rozdział IV

Orzekanie a etyka

1. Uwagi wprowadzające

Jak zwrócił uwagę Robert Cover w głośnym eseju *Violence and the Word* (*Przemoc i słowo*) opublikowanym w 1986 r.¹, za wszelkimi aktami operatywnej wykładni prawa stoi przemoc – dokonana lub mająca się dokonać. „Nie chcę, abyśmy udawali – pisze Cover – że samą rozmową skłaniamy naszych osadzonych do udania się do zakładu karnego. »Interpretacje« czy »konwersacje«, które są warunkami wstępnymi siłowego pozbawienia wolności, są same w sobie realizacją przemocy. Ukrywać ten fakt byłoby dokładnie analogiczne do ignorowania dochodzących z tła wrzasków lub widocznych instrumentów tortur podczas przesłuchania przez inkwizytora. Doświadczenie więźnia jest, od samego początku, doświadczeniem bycia zdominowanym przy użyciu przemocy i jest ono zabarwione od samego początku łękiem przed byciem potraktowanym z użyciem przemocy”². Cover zwraca też uwagę na znaczenie przemocy dla konstytuowania społecznej roli sędziego. Pisze on: „Sędziowie rozdają ból i śmierć. To nie wszystko, co czynią. Być może nie czynią tego zwykle. Ale faktem pozostaje, że rozdają i śmierć, i ból. Od Johna Winthropa aż do Warrena Burgera siedzieli na szczycie piramidy przemocy (...). Tym różnią się od poetów, od krytyków, od artystów”³. Innymi słowy, „wykładnia prawa jako praktyka jest niekompletna bez przemocy, ponieważ polega ona na przemocy dla swojej skuteczności”⁴.

Świadomość tego faktu zbyt często nam umyka, szczególnie przy uprawianiu cywilistyki czy teorii prawa, dziedzin – zdawałoby się – odległych od nagiej przemocy prawa karnego. Jednakże zawsze na końcu „ciągu technologicznego” prawa znajduje się przemoc – zarówno fizyczna, jak i symboliczna; zawsze wyznikiem interpretacji prawa, orzeczenia sądowego, czyni przemoc jednym w imię udzielania ochrony prawnej innym. Taka jest podstawowa właściwość jurydyczności.

¹ R. Cover, *Violence and the Word*, „Yale Law Journal” 1985/1986, t. 95.

² *Ibidem*, s. 1608.

³ *Ibidem*, s. 1609.

⁴ *Ibidem*, s. 1613 [podkr. R.M.].

Wynika z niej wszakże istotna etyczna⁵ konstatacja, podjęta w krytycznej filozofii prawa – sędzia, orzekając, nie może udawać moralnie neutralnego albo centrysty, ciąży na nim zobowiązanie czynienia sprawiedliwości, a więc brania w obronę tych, którzy są zdominowani i doznają przemocy: fizycznej, ekonomicznej, symbolicznej. Na tym właśnie polega związek sędziego z politycznością.

Jak słusznie zauważył Walter Benjamin, przemoc jest nie tylko skutkiem prawa (*rechtserhaltende Gewalt*), co jest powszechnie widoczne, ale też leży u jego źródeł (*rechtsetzende Gewalt*)⁶. Każda niemal norma prawna, czy to zawarta w kodeksie, czy zakodowana jako *ratio decidendi* w precedensie, jest rezultatem określonej walki, zmagają – klas, grup, narodów, jednostek. W każdej normie prawnej tkwi więc, ukryta przed pobieżnym obserwatorem, historia przeszłej przemocy. Walka ta może przybierać formy krwawe (jak normy o samostanowieniu narodów w prawie międzynarodowym), ale też bezkrwawe, parlamentarne, lobbystyczne, jak wiele norm współczesnego prawa technokratycznego. Niemniej wspólną cechą norm prawnych jest to, że nie tylko legitymizują one przemoc „na wyjściu”, ale też są efektem, zamrożonym w idealnej formie normy, wcześniejszych zmagają. Cecha ta należy, jak sądzę, do samego rdzenia jurydyczności, której nie wyczerpuje prosty binarny kod „legalne-nielegalne” ani Kojève’owska figura neutralnego sędziego, ani żadna inna formalistyczna formuła w rodzaju tych proponowanych przez Harta, Dworkina *et consortes*. O ile politycy pierwotni mieli niewątpliwie rację, brutalnie i bez ogródek nazywając prawo „rozkazem państwa”, o tyle krytyczna filozofia prawa ukazuje, kto – czyje walki, starcia i zmagania – stoi za tym rozkazem, z a n i m zostanie on wydany

⁵ Jak trafnie zauważają Joanna Helios i Wioletta Jedlecka, „Należy zaznaczyć, że termin »etyka« często jest używany zamiennie z terminem »moralność«. Traktuje się je synonimicznie. W literaturze poświęconej tej tematyce sugeruje się jednakże odróżnianie tych dwóch pojęć i posługiwanie się terminem »moralności« na oznaczenie zjawiska społecznego obejmującego rzeczywiście przyjmowane oraz praktykowane oceny i normy moralne istniejące w danych społecznościach, a terminem »etyka« na określenie istniejących doktryn moralnych, argumentacji, zbiorów, zaleceń i wskazówek co do tego, jak postępować »słusznie«. Propozycja ta nawiązuje do tradycji filozoficznej, sięgającej Arystotelesa, w której to termin »etyka« oznacza filozoficzną refleksję nad moralnością, rozumianą jako próba rozumowego uzasadnienia takich czy innych poglądów moralnych” (J. Helios, W. Jedlecka, *O równości w relacji terapeutycznej ze stanowiska etyki*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2016, t. 10, s. 275). Tomasz Pietrzykowski z kolei wskazuje, że „Etyką (...) tradycyjnie nazywana jest uporządkowana refleksja nad zjawiskiem moralności. Może ona przybierać postać etyki opisowej (...) lub normatywnej. W tym drugim ujęciu (...) etyka stanowi zbiór mniej lub bardziej usystematyzowanych i spójnych doktryn oraz argumentacji moralnych mających wskazywać, w jaki sposób należy postępować, jakie oceny czy normy moralne powinno się uznawać i respektować” (T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 29). Rozważania prowadzone w niniejszym rozdziale prowadzone są w duchu tak określonej etyki normatywnej.

⁶ W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, [w:] idem, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Suhrkamp, Berlin 1999, s. 117. Por. J. Derrida, *Prénom de Benjamin*, [w:] idem, *Force de loi. Le „Fondement mystique de l’ autorité”*, Galilée, Paris 1994, s. 79.

i stanie się podstawą dalszych, tym razem już „legalnych”, aktów przemocy (czyli Benjaminowskiej *rechtserhaltende Gewalt*). W obliczu tej przemocy sędzia – jako podmiot etyczny – nie może zachowywać bierności już to „dwubiegunowej”, już to „centrystycznej”. Musi zająć stanowisko. Krytyczna teoria prawa stawia tu szczególnie wysoką poprzeczkę wymagań etycznych – chodzi bowiem o zajęcie stanowiska po stronie tych, którzy doznają przemocy, a nie tych, którzy przemoc zadają – zatem o zajęcie stanowiska po stronie sprawiedliwości p o d w ł o s prawa⁷.

Alain Badiou sformułował ogólną maksymę etyki w krótkim haśle: „Nie ustawaj!”⁸. Tłumaczy to zawołanie następująco: „Nie przestawaj być »jednostką«, ludzkim zwierzęciem podobnym do innych, ale daj się p o r w a ć przez wydarzeniowy proces prawdy. Nie przestawaj być częścią podmiotu prawdy, którym przyszło nam się stać”⁹. Przeciwnością tej etyki prawdy jest Zło, które może mieć, zdaniem Badiou, trzy postaci: „p o z ó r (terroryzująca wierność wobec fałszywego wydarzenia), z d r a d a (rezygnacja z prawdy w imię własnego interesu) oraz forsowanie nienazywalnego, czyli k a t a s t r o f a (wiara w totalną moc prawdy)”¹⁰. Dla Badiou kluczowe jest pojęcie wierności. „Skoro proces prawdy jest wiernością – pisze – jeśli »nie rezygnuj« stanowi maksymę spójności (...) możemy stwierdzić, że chodzi o to, by »jednostka« była w i e r n a w i e r n o ś c i”¹¹. Odnosząc myśl Badiou do etyki orzekania, możemy z pewnością powiedzieć, że powołaniem sędziego, jako podmiotu orzekającego, jest wierność sprawiedliwości i nieustawanie w dążeniu do jej realizacji. Sam Badiou ostro przeciwstawiał pojęcie sprawiedliwości pojęciu prawa (pozytywnego), głosząc konieczność przeciwstawienia się temu ostatniemu, a dokładnie jego formie¹². Ideałem byłoby więc, jak interpretuje myśl Badiou Bruno Bosteels, osiągnięcie stanu, w którym „siłę prawa” zastąpi „siła nieprawa jako prawa” (*force of nonlaw as law*)¹³, czyli sprawiedliwość w czystej postaci. Zanim to jednak nastąpi, tzn. zanim forma prawa zostanie przewyciężona i ulegnie samozniesieniu¹⁴, właściwą treścią

⁷ „Pod włos”, a nie „wbrew”, zgodnie z koncepcją strategicznej hermeneutyki Duncana Kennedy’ego, wedle której materiały prawne poddają się reinterpretacji. Idzie o to, aby zaangażowany sędzia c h c i a ł się tej reinterpretacji podjąć. Oto samo sedno etycznego przesłania jursprudenencji krytycznej.

⁸ A. Badiou, *Etyka*, tłum. P. Mościcki, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2009, s. 101.

⁹ *Ibidem*, s. 101.

¹⁰ *Ibidem*, s. 102.

¹¹ *Ibidem*, s. 63.

¹² Por. B. Bosteels, *Force of Nonlaw: Alain Badiou’s Theory of Justice*, „Cardozo Law Review” 2008, t. 29, z. 5.

¹³ *Ibidem*, s. 1925–1926.

¹⁴ Jak zauważa Žižek, „czysta forma zostaje »pogodzona« ze swoją treścią w postaci pozabawionej formy nadwyżki treści, która stanowi formę jako taką” (S. Žižek, *Less Than Nothing: Hegel and the Shadow of Dialectical Materialism*, Verso, London 2012, s. 964). Tą nadwyżką

orzekania pozostaje dialektyka prawa i sprawiedliwości, rozpoznana już w aporiach Derridy. Realizacją nakazu etycznego „nie ustawaj!” jest więc permanentna krytyka i samokrytyka prawa¹⁵. Jak powiada Slavoj Žižek, „rozdzielenie pomiędzy poziomem zerowym pustego miejsca i jego wypełnieniem przez pozytywny projekt musi zostać odrzucone jako fałszywe – poziomowi zerowego nigdy nie ma, może on zostać doświadczony jedynie wstecznie, jako presupozycja nowej politycznej interwencji, narzucającej nowy porządek”¹⁶. Sądzę, że to stwierdzenie dobrze oddaje sytuację dialektyczną orzekania, gdzie możliwość pełniejszej realizacji sprawiedliwości jest postrzegalna jedynie na tle niesprawiedliwości konkretnego rozwiązania prawnego czy to przyjętego w ustawodawstwie, czy zastosowanego *in casu* przez sędziego. Jak powiada Costas Douzinas, paradoksem sprawiedliwości jest to, że „podczas gdy zasada skrywa się w niepewności i sporach, niesprawiedliwość zawsze odczuwana była z jasnością, przekonaniem i poczuciem pilności. Wiemy, kiedy mamy do czynienia z niesprawiedliwością, jej prawdę się czuje”¹⁷.

Jacques Lacan podsumował etykę psychoanalizy jednym stwierdzeniem: „Nie wyrzekaj się swojego pragnienia”, co można też przetłumaczyć jako: „Nie ustępuj, gdy chodzi o Twoje pragnienie”. Tym pragnieniem, które leży u podstaw tożsamości jednostki jako sędziego, jest pragnienie czynienia sprawiedliwości¹⁸. Tymczasem, w sytuacji rozmaitych, mniej lub bardziej abstrakcyjnych teorii sprawiedliwości, pogłębiająca się niesprawiedliwość we współczesnym świecie jest bolesnym faktem¹⁹. Nie tylko pozytywiści, ale też przedstawiciele większości niekrytycznych nurtów filozofii prawa stawiają jednak opór krytyce prawa w świetle sprawiedliwości²⁰. Także w naszej literaturze nie brak podobnych głosów, a problem sprawiedliwości praktycznie nie pojawia się w dyskursie dydaktyki prawniczej²¹. Wojciech Załuski, analizując relację *epieikeia* (prawości)

w przypadku prawa jest, oczywiście, przemoc, a samozniesienie się formy prawnej polegałoby na przewyciężeniu formy prawa (zorganizowana, podtrzymywana przez państwo przemoc) przez jego autentyczną treść (prawość, sprawiedliwość, słuszność). Innymi słowy, prawo, pozbawione wówczas swojej formy, uległoby samouchyleniu, co jednak równałoby się nie bezprawności, ale pełnej realizacji ideału sprawiedliwości albo, mówiąc językiem Badiou, mocy nieprawa jako prawa. Por. C.S. Cercel, *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018, s. 92–93.

¹⁵ Por. S. Žižek, *Less Than Nothing...*, s. 966.

¹⁶ *Ibidem*, s. 967.

¹⁷ C. Douzinas, *Adikia: On Communism and Rights*, [w:] *The Idea of Communism*, red. C. Douzinas, S. Žižek, Verso, London 2010, s. 90.

¹⁸ A. Kojève, *An Outline of the Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007, s. 173 i n.

¹⁹ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 106.

²⁰ *Ibidem*, s. 134–135, wraz z przeglądem stanowisk.

²¹ Co charakterystyczne, w obszernym leksykonie prawniczym przeznaczonym dla studentów brak w ogóle hasła „sprawiedliwość” (*Wprowadzenie do nauk prawnych...*), podobnie jak

i sprawiedliwości formalnej (*dikaiosyne*)²², stwierdza: „Istnieją, jak się wydaje, dobre argumenty za tym, aby nie traktować prawości jako nadrzędnego celu, do jakiego winni dążyć sędziowie, lecz wyłącznie jako cel poboczny, podporządkowany sprawiedliwości formalnej. (...) W szczególności, nacisk na prawość jako cel działań sędziowskich stanowi poważne zagrożenie dla (...) ideału, jakim jest sprawiedliwość formalna. Prawość może być celem decyzji etycznych, a więc decyzji podejmowanych przez osoby prywatne, ale nie decyzji prawnych, a więc podejmowanych przez osoby publiczne”²³. Cytowana wypowiedź jest zresztą reprezentatywna dla pozytywizmu prawniczego²⁴ i jego zaplecza z zakresu filozofii polityki i teorii społecznej, jakim jest liberalizm.

Tymczasem Tomasz Bekrycht trafnie konstatuje, że ze względu na rosnącą świadomość rzeczywistej władzy sędziów (o której była mowa w rozdziałach II i III) „rola prawników, a w szczególności sędziów (...) powinna ulec zmianie (...). Powinni oni przejść z roli formalnego arbitra do postawy czynnego uczestnika dyskursu prawnego (i etycznego) oraz nauczyciela i autorytetu. Coraz częściej społeczeństwo oczekuje (...), że sędzia nie pozostanie obojętnym w obliczu złego prawa, to znaczy, społeczeństwo domaga się od sędziów zabrania określonego stanowiska w obliczu niesprawiedliwości”²⁵.

Wychodząc naprzeciw postulatом zgłoszonym przez Bekrychta, w dalszych rozważaniach przedstawię bliżej dwa ujęcia etyki sędziowskiej charakterystyczne

w innej popularnej pomocy naukowej w postaci kompendium wykładni prawa szkoły poznańsko-szczecińskiej (M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2017).

²² Odmienne objaśnia pojęcie *dikaiosyne* Piotr Juchacz, który wskazuje, że i ono ma treść materialną, a nie formalną, i jest synonimem prawości. Zob. P.W. Juchacz, *Dikaiosyne – sprawiedliwość. Genealogia pojęcia*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, z. 2. Ujęcie Załuskiego jest tym bardziej zaskakujące, że jak podkreśla Juchacz, powołując się na Ernesta Barkera, „z pojęciem *dikaiosyne* nie łączy się wymiar prawny: to nade wszystko cnota moralna” (*ibidem*, s. 62). W tym świetle inaczej przedstawia się znaczenie fragmentu *Etyki nikomachejskiej* Arystotelesa, w którym przeciwstawia on *epieikeia* (słuszność) i *dikaiosyne* (zob. W. Załuski, *O granicach wykładni prawa w kontekście sporu między sprawiedliwością (dikaiosyne) i prawością (epieikeia)*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 4–5). Co ciekawe, tradycyjny przekład tych pojęć na angielski jest jeszcze inny – *dikaiosyne* to „sprawiedliwość prawna”, a *epieikeia* to „sprawiedliwość naturalna”, co przemawiałoby za słusznością interpretacji Załuskiego (zob. J. Vega, *Aristotle’s Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*, „Journal of Ancient Philosophy” 2010, t. 4, z. 2). Nie miejsce tu jednak na rozstrzygnięcie sporu z pogranicza filologii i historii filozofii.

²³ W. Załuski, *O granicach...*, s. 16.

²⁴ Jak zauważają Adam Sulikowski i Jacek Srokosz, pozytywizm „jest w znacznej mierze afilozoficzny – uwalnia od namysłu nad istotą dobra i zła, nad tym, co słuszne i sprawiedliwe” (J. Srokosz, A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2015, s. 12).

²⁵ T. Bekrycht, *Demokratyczna legitymizacja prawa – tworzenie i stosowanie prawa (zarys problemu)*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1, s. 7.

i, jak sądzę, reprezentatywne dla dwóch nurtów krytycznej filozofii prawa, które wątki te od pewnego już czasu podejmują. Pierwsze z nich, bardziej ogólne i kładące przemożny nacisk na sygnalizowaną wcześniej dialektykę prawa i sprawiedliwości, to stanowisko Douzinasa. Drugie, bardziej konkretne, kładące nacisk na rolę ideologii w orzekaniu, to stanowisko Kennedy'ego. Uprzedzając szczegółowe analizy, uważam, że stanowiska te nie stanowią przeciwieństw, lecz przeciwnie, pozostają ze sobą w szczególnej relacji dopełniania. Podejście Douzinasa jest bardziej filozoficzne i można by rzec – idealistyczne (w potocznym tego słowa znaczeniu), a podejście Kennedy'ego bardziej konkretne i pragmatyczne (zarówno w potocznym, jak i filozoficznym znaczeniu). Być może te różnice oddają nie tylko różnice między myśleniem kontynentalnym (Douzinasa jest w końcu Grekiem) a anglosaskim, szczególnie amerykańskim (które uosabia Kennedy, liberalny, ale jednak *WASP* ze Wschodniego Wybrzeża).

Przed przejściem do ujęć etyki sędziowskiej na gruncie krytycznej filozofii prawa przedstawię pokrótce wybrane jej ujęcia w rodzimej filozofii prawa. Pozwoli to skonfrontować przedstawioną przeze mnie propozycję z istniejącymi poglądami w tej materii.

2. Przegląd wybranych modeli etyki prawniczej w polskiej filozofii prawa

Jak zauważa Paweł Skuczyński, w polskich dyskusjach o wykładni prawa „dominuje perspektywa nakierowana na jego językowe aspekty. Prawo, co do zasady, traktowane jest jako tekst posiadający swoje granice oraz wewnętrzną strukturę, a w konsekwencji będący nośnikiem znaczeń. W niewielkim zakresie uwzględnia się aspekty etyczne i polityczne interpretacji”²⁶. Niemniej problem wykładni prawa pojawia się w pewnym zakresie w obrębie poszczególnych modeli etyki sędziowskiej, które przedstawię poniżej. Ma jednak rację Skuczyński, że etyka wykładni nie jest w tych ujęciach zagadnieniem pierwszoplanowym. Odmiennie podchodzi do tego zagadnienia prawoznawstwo krytyczne, którego dwa reprezentatywne ujęcia (Douzinasa i Kennedy'ego) omówię dalej. Należy podkreślić, że próby formułowania etyki interpretacji czy też, bardziej szczegółowo, etyki sędziowskiej są przedsięwzięciem stosunkowo nowym, co wiąże się z faktem, konstатовanym jeszcze w 1995 r. przez Ryszarda Sarkowicza, o „niepomiernej mniejszym zainteresowaniu wśród teoretyków interpretacji” osobą interpretatora niż samym tekstem lub jego autorem²⁷. Konstatacja ta była praw-

²⁶ P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa? Uwagi na tle książki Susanny Lindroos-Hovineho pt. Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, [w:] *Wykładnia prawa...*, s. 357.

²⁷ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Prace Habilitacyjne UJ, Kraków 1995, s. 43.

dziwa dla ujęć głównego nurtu, bowiem w nurcie krytycznej filozofii prawa osobie interpretatora (sędziego) poświęcano od początku dużo uwagi. Faktem jest jednak, że czołowe dzieło Kennedy’ego *A Critique of Adjudication* ukazało się dopiero dwa lata po wydaniu cytowanej wyżej pracy Sarkowicza.

2.1. Etyka prawnicza pozytywizmu

Przegląd modeli etyki prawniczej wypada zacząć od klasycznego pozytywizmu, w którym właściwie problem etyki orzekania czy, szerzej, etyki interpretacji w zasadzie nie występuje. Jak trafnie wskazują bowiem Skuczyński i Zirk-Sadowski, „Sądzenie, jako autonomiczna czynność kulturowa, charakteryzuje się w pozytywistycznym tekstualizmie niezależnością prawa od polityki, legitymizowaniem władzy państwowej przez prawo, kontrolą przymusu i jego ograniczeniem, akceptacją pluralizmu moralności tworzących tło aksjologiczne prawa, istnieniem testu legalności aktów tworzenia i stosowania prawa oraz uzasadnianiem decyzji prawnych na podstawie formalnej zgodności z prawem. Istotą osądzania staje się w pozytywizmie budowanie przez sędziów sensu normatywnego z tekstu prawnego. Pozytywizm zakłada, że treść prawa poznaje się tylko dzięki poprawności językowej tekstu, który sam zapewnia jego odczytanie w sposób zgodny z intencją prawodawcy. Doprowadza więc do instrumentalizacji czynności sądenia”²⁸. Analizując etyczne aspekty pozytywizmu, Skuczyński formułuje tezę, że w modelu pozytywistycznym głównym etycznym „przedmiotem odpowiedzialności prawników jest nieustanne podążanie systemu prawnego za systemem społecznym, który powołał go do życia, i owo dążenie do adekwatności byłoby jego podtrzymywaniem i rozwijaniem”²⁹. Choć Skuczyński nie czyni tego *explicite*, warto zapytać o miejsce ideologii i polityczności w trzech wyróżnionych przez niego modelach. W modelu pozytywistycznym, gdzie prawnicy mają zapewniać, by system prawny „nieustannie podążał (...) za systemem społecznym”, zadanie prawników sprowadza się w zasadzie do wiernej realizacji marksistowskiej koncepcji prawa jako nadbudowy. Zgodnie zaś ze słynną formułą Engelsa cała nadbudowa – w tym prawo – jest w ostatniej instancji determinowana przez bazę. Zadanie prawników polegałoby tu na wspieraniu tego procesu. Ujmując rzecz w kategoriach granic prawniczej władzy dyskrejonalnej, w pozytywistycznym ujęciu etyki prawniczej główną determinantą są pozostałe subświaty, za którymi subświat prawniczy ma podążać. Jest to więc pewna odmiana modelu responsywnego w ujęciu Selznicka i Noneta.

Etykę prawniczą pozytywizmu Przemysław Kaczmarek z kolei tematyzuje jako tożsamość prawnika jako wykonawcy poleceń. Źródłem poleceń jest,

²⁸ P. Skuczyński, M. Zirk-Sadowski, *Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2012, nr 1, s. 14.

²⁹ P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 306–307.

oczywiście, ustawodawca, a zadaniem prawnika jest (w zasadzie bezrefleksyjne, a nawet cyniczne) posłuszeństwo³⁰. Prawnik staje się więc „trybikiem w maszynie”, a „takie kształtowanie tożsamości prawnika w roli zawodowej w czasach, które charakteryzuje wzrost znaczenia systemów eksperckich”, Kaczmarek uważa za „niebezpieczne. Pozwala bowiem racjonalizować działanie jako niewłasne, co w wymiarze systemowym może przekładać się na zorganizowaną nieodpowiedzialność”³¹. Prawnik-cynik jako model roli zawodowej, zdaniem Kaczmarka, jest niebezpieczny z innego powodu: „rodzi obawę, ponieważ pod płaszczem wykonywania roli mogą się ukrywać niebezpieczne praktyki, w tym również te, które prowadzą do rozstrzygania pojawiających się dylematów i wątpliwości według własnego uznania”³². Krytyka przedstawiona przez wrocławskiego filozofa prawa współgra z historyczno-socjologicznymi ustaleniami Zdenka Kühna, który wskazuje, że ukrywanie się sędziów za parawanem skrajnego formalizmu orzeczniczego, ograniczonego do argumentacji językowej, w istocie pozwala im poszerzyć (i zamaskować) swoją ukrytą, acz rzeczywistą władzę dyskrecyjną³³. Na element cynizmu, kryjący się za maską skrajnego formalizmu, zwrócił też uwagę Boštjan Zupančič, pisząc: „Formalizm może być wykorzystywany cynicznie jako gra językowa (...). Końcowym rezultatem jest schizofreniczne rozszczępienie pomiędzy wypowiedzią a rzeczywistą intencją. (...) Prawniczy formalizm staje się, w jednym ekstremum, sztuką wysoce inteligentnego udawania albo w drugim (mniej inteligentnym) ekstremum, formą samooszukiwania się”³⁴. Wreszcie Robert Piszko trafnie zauważa, że w koncepcjach pozytywistycznych „etos, etyka czy moralność jest bez znaczenia”³⁵, a to ze względu na dominację (czy wręcz monopol) językowego wymiaru pojmowania prawa.

2.2. Etyka prawnicza aktywizmu

Etyce prawniczej pozytywizmu Skuczyński i Zirk-Sadowski przeciwstawiają etykę aktywizmu sędziowskiego, wskazując, że „Dopiero odrzucenie pozytywistycznego tekstualizmu i opowiedzenie się za aktywizmem sędziowskim zmienia sytuację poznawczą sędziego i daje mu możliwość ponoszenia etycznej

³⁰ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, LexisNexis, Warszawa 2014, rozdział II.

³¹ *Ibidem*, s. 90.

³² *Ibidem* [podkr. R.M.].

³³ Z. Kühn, *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of European Enlargement*, „American Journal of Comparative Law” 2004, t. 52, z. 3.

³⁴ Cyt. za: Z. Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation*, Martinus Nijhoff, Leiden–Boston 2011, s. 204.

³⁵ R. Piszko, *Granice decyzji sądowych*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, Szczecin 2015, s. 226.

odpowiedzialności za treść prawa. Na bazie antypozytywistycznego aktywizmu zadaniem sędziów i nauki prawa jest poszukiwanie jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury. W ten sposób władza sądownicza staje się realna, bo sędziowie poprzez osądzanie mają władzę nad integracją znaczeń normatywnych w kulturze³⁶. Co warto podkreślić, w opinii Skuczyńskiego i Zirka-Sadowskiego, sędzia „nie musi (...) opowiadać się za (...) poglądem większości”, jednakże równocześnie „sędzia ustala prawa podmiotowe stron, biorąc pod uwagę moralne tradycje społeczeństwa. Jest zaangażowany aksjologicznie³⁷. W efekcie więc tym, co wyznacza według cytowanych autorów granice prawniczej władzy dyskrejonalnej, są „moralne tradycje społeczeństwa”. Bynajmniej nie pozwala to, jak sądzę, uznać sędziego za podmiot samodzielnie odpowiedzialny moralnie; jako depozytariusz owych „moralnych tradycji”, sędzia w ujęciu Skuczyńskiego i Zirka-Sadowskiego jawi się jako czynnik konserwatywny, odpowiadający nie tyle przed większością (która mogłaby chcieć od „moralnych tradycji” odstąpić na rzecz np. emancypacji), ile przed bliżej niedookreśloną „tradycją”. Przechodząc do problematyki etyki sędziowskiej, przywołani autorzy konstatują co prawda, że w kulturach prawnych *civil law* postępuje erozja etyki sędziowskiej opartej na ścisłym trójpodziale władzy, gdzie rola sędziego jest czysto aplikacyjna, a wobec tego cnotą referencyjną jest powściągliwość, lecz mimo uznania zjawiska aktywizmu sędziowskiego i jego wpływu na etykę sędziowską nie podejmują wątku polityczności etyki sędziowskiej³⁸.

2.3. Etyka prawnicza juryscentryzmu

Według ujęcia juryscentrycznego „odpowiedzialność prawnika polega na podejmowaniu herkulesowego wysiłku w celu uwzględnienia jak najszerszego zakresu punktów widzenia na sprawiedliwość i słuszność wyrażonych w zasadach oraz wybranie rozwiązania, które będzie najlepiej realizować ową integralność, a takie rozwiązanie jest zawsze jedno. Jest to więc dążenie do ideału stosowania prawa w sposób integrujący wspólnotę polityczną (...). Odpowiedzialność prawników mogłaby też polegać na podtrzymywaniu i rozwijaniu kultury prawnej stanowiącej fundament prawa jako instytucji i dokonywaniu w ten sposób samoograniczenia swojej władzy dyskrejonalnej³⁹. W modelu juryscentrycznym, który ewidentnie nawiązuje do filozofii prawa Ronalda Dworkina⁴⁰, etyczny sędzia-Herkules ma poszukiwać „jednego właściwego” rozwiązania, będącego w istocie pewnego rodzaju kompromisem pomiędzy interesami grup

³⁶ P. Skuczyński, M. Zirk-Sadowski, *Dwa wymiary...*, s. 15.

³⁷ *Ibidem* [podkr. R.M.].

³⁸ *Ibidem*, s. 21–22.

³⁹ P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 307.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 257–258.

społecznych. Polityczność zostaje tu programowo wyparta, zgodnie z tendencjami liberalnej filozofii prawa. Konflikty, owszem, występują, ale sędzia-Herkules zawsze znajdzie kompromisowe rozwiązanie. Dodatkowo – tu z kolei widoczny jest ukłon w stronę koncepcji Artura Kozaka – subświat prawniczy ma się zasklepić poprzez „podtrzymywanie i rozwijanie kultury prawnej” (w istocie: prawniczej). Miałyby to służyć rzekomemu ograniczeniu prawniczej władzy dyskrecyjnej. Jak bowiem wskazuje Kaczmarek, jeżeli przyjąć, że wybór spośród możliwych rozstrzygnięć „jest dokonywany za pomocą imperatywów instytucjonalnych, które nie pozostawiają miejsca dla interpretatora, to osiągniemy zakładaną pewność kosztem zmarginalizowania roli prawnika”⁴¹. Ujmując tę koncepcję w języku granic prawniczej władzy dyskrecyjnej, widoczne jest postawienie głównego nacisku na wspólnotę interpretacyjną i metodologię wykładni oraz minimalizacja roli innych subświatów. Główną troską etyczną staje się natomiast koherencja: „Orzekając, sędziowie włączają się w pewien łańcuch wypowiedzi orzeczniczych (...), w ramach którego muszą wydać najlepsze orzeczenie, w którym będą zintegrowane zarówno poglądy na temat prawa zawarte w orzeczeniach innych sędziów, jak i indywidualna koncepcja prawa orzekającego sędziego”⁴². Wyparta poza nawias polityczność powróci, oczywiście, w formie wierności hegemonicznej ideologii jako podstawy rzekomych kompromisów. Jak bowiem inaczej można rozumieć postulaty, by orzeczenie było „nie tylko oparte na najlepszych przesłankach, ale także (...) najbardziej wartościowe z punktu widzenia danej wspólnoty politycznej”⁴³?

Z kolei Przemysław Kaczmarek, rekonstruując model etyczny właściwy dla juryscentryzmu, wskazuje, że w modelu tym „mamy do czynienia z przejściem od założenia racjonalnego prawodawcy, jako czynnika względem prawnika zewnętrznego, na rzecz odczytywania racjonalnego prawodawcy, jako elementu związanego z kulturą prawną (...) która determinuje sposób pojmowania prawnika. Z jednej strony, wyznacza obraz prawnika w strukturze społecznej, z drugiej zaś sposób jego działania, poznawania prawa”⁴⁴. Jak podkreśla Andrzej Bator, juryscentryczna koncepcja prawnika „Wyrasta z troski o prawo i praktykę prawniczą”, której opoką ma się stać „zintegrowana z praktyką ogólna nauka o prawie”⁴⁵. Jak wskazuje Kaczmarek, troska o prawo przejawia się w juryscentryzmie w dwóch wymiarach: instytucjonalnym („budowanie zaufania do prawa jako instytucji oferującej wiedzę pewną”⁴⁶) oraz społecznym (juryscentryzm „dostarczyć ma prawnikowi algorytm postępowania, a więc zapewnić poczucie pewności

⁴¹ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 103.

⁴² P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 259.

⁴³ *Ibidem*, s. 262, por. s. 264.

⁴⁴ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 106–107.

⁴⁵ A. Bator, *Czy prawo może być praktyką partykularną? W związku z koncepcją juryscentryzmu*, [w:] *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Scholar, Warszawa 2012, s. 39.

⁴⁶ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 108.

działania⁴⁷). W ujęciu juryscentrycznym instytucjonalne *ius* „niczym gorset odciąża [prawnika] od jednostkowego rozstrzygania pojawiających się w działalności zawodowej dylematów moralnych i poznawczych⁴⁸, jak ujmuje to Kaczmarek. Etyczne konsekwencje przyjęcia Kozakowej wizji juryscentryzmu uważam nie tylko za poznawczo błędne, ale też za zwyczajnie niebezpieczne. Jak trafnie ostrzega Kaczmarek, skutek przyjęcia założeń tzw. twardej ontologii prawa w wersji juryscentrycznej „sytuacja konfliktu pomiędzy poszczególnymi racjami, a w konsekwencji konieczność dokonania wyboru [podkr. R.M.], zostaje niejako zasłonięta, w sposób zupełny lub częściowy. Pod zasłoną tą mogą ukrywać się niepożądane praktyki polegające na wyjściu z przypisanej roli, które racjonalizowane będą działaniem na podstawie struktury instytucjonalnej, kierowania się jej imperatywami⁴⁹. Bator słusznie w tym kontekście zauważył, że koncepcja juryscentryzmu „może sprzyjać powstawaniu (...) mitu – prawnika kierującego się żelaznymi, niedyspozytywnymi regułami narzucającymi mu jakiś konieczny rezultat⁵⁰. W istocie wizja taka ma charakter zideologizowany⁵¹, a co więcej – można przypuszczać, że jest ideologią równie cyniczną co ideologia pozytywizmu. Różnica polega jedynie na tym, że miejsce wielkiego Innego, za którym skrywa się prawnik, zajmuje kultura prawna (*ius* jako instytucja), a nie racjonalny ustawodawca. W obu jednak podejściach – zarówno pozytywistycznym, jak i juryscentrycznym – mamy do czynienia z etyką ucieczki od odpowiedzialności poprzez chowanie się już to za prawodawcę, już to za rzekomo żelazną logikę instytucji.

2.4. Etyka prawnicza modelu dyskursywnego

Wreszcie model dyskursywny to taki, w ramach którego „w przypadku sędziów zasada odpowiedzialności oznacza podtrzymywanie i rozwijanie prawa poprzez uzasadnianie orzeczeń tak, aby wpisywało się ono w całość praktyki i było przekonujące dla innych prawników, a w innym ujęciu odpowiedzialność za podtrzymywanie i rozwijanie prawa poprzez urzeczywistnianie etyki dyskursu będzie polegać na umożliwianiu społeczeństwu wolnego i równego uczestnictwa w dyskursach prawniczych⁵². Model dyskursywny kładzie nacisk na materialną reprezentację antagonizmów w dyskursach, będąc najbliższą rzeczywistego uznania roli polityczności. Podkreśla, w nawiązaniu do Chaïma

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem* [podkr. R.M.].

⁴⁹ *Ibidem*, s. 111.

⁵⁰ A. Bator, *Czy prawo może być...*, s. 46.

⁵¹ *Ibidem*, s. 47.

⁵² P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 307.

Perelmana, osobistą odpowiedzialność prawnika za podjętą decyzję interpretacyjną⁵³. Oczywiście, nie jest to jeszcze etyka sędziego zaangażowanego, uprawiającego hermeneutykę strategiczną, bowiem rola podmiotowa sędziego nie zostaje tu stematyzowana w odniesieniu do polityczności jako takiej, lecz nacisk położony jest na bierne udostępnienie sądu jako miejsca dla skonfliktowanych grup interesów. Niemniej spośród trzech wizji zaprezentowanych przez Skuczyńskiego ta ostatnia jest najbliższa krytycznej filozofii prawa.

2.5. Etyka prawnicza modelu holistycznego

Przemysław Kaczmarek diagnozuje, że tradycyjnie dominującym modelem tożsamości prawnika jest tożsamość wykonawcy poleceń, która może być przyjmowana na dwa sposoby – bezrefleksyjny albo cyniczny⁵⁴. Jako kontrpropozycję przedstawia on koncepcję tożsamości prawnika w ramach modelu holizmu interpretacyjnego Matczaka, juryscentryzmu Kozaka oraz wielopłaszczyznowej teorii etyki prawniczej Skuczyńskiego, przy czym sam podkreśla, że proponowane przez niego ujęcie jest twórczą projekcją poglądów tych trzech autorów, a nie tylko rekonstrukcją⁵⁵. Model etyczny w holizmie interpretacyjnym ujmowany jest przez Matczaka za pomocą barwnych metafor – interpretatora przy kurku u dołu tygła, a względnie interpretatora jako pracownika ochrony⁵⁶. Jak zauważa Kaczmarek, w ujęciu holistycznym Matczaka „wyłania się tożsamość prawnika, którą wyznacza przeciwstawienie się przyjęciu roli tzw. ust ustawy. Jednocześnie jednak konstytuuje się obraz praktyki prawniczej znajdującej oparcie we wspólnocie interpretacyjnej. (...) prezentowane podejście nie zakłada, że jego rezultatem będzie jedno prawidłowe rozstrzygnięcie. (...) Wskazany moment wyboru (...) wydaje się ważny dla rozstrzygnięcia pytania o tożsamość prawnika w holizmie interpretacyjnym. Jeśli bowiem uznamy, że wybór ten jest dokonywany za pomocą imperatywów instytucjonalnych, to osiągniemy zakładaną pewność kosztem zmarginalizowania roli prawnika”⁵⁷. Zdaniem Kaczmarka zaproponowana przez Matczaka metafora tygła pozwala „zrekonstruować obraz prawnika jako osoby tworzącej normę prawną. Gdybyśmy przyjęli (...) twórczą rolę prawnika, to działalność zawodową moglibyśmy rozpatrywać jako tę, która odsłania dylematy natury aksjologicznej. Wydaje się jednak – dodaje Kaczmarek – że w holizmie interpretacyjnym prawnikowi nie stawia się zadania ich rozstrzygnięcia”⁵⁸.

⁵³ *Ibidem*, s. 273. Por. C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, PWN, Warszawa 1984, s. 35–36, 165.

⁵⁴ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 90.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 91.

⁵⁶ M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa 2007, s. 169, 210. Por. P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 103–106.

⁵⁷ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 102–103.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 105.

W rzeczywistości zatem, pomimo niewątpliwie antypozytywistycznego nastawienia holizmu Matczaka, nie jest to jednak nurt filozofii prawa, który można by określić mianem krytycznego. Podobnie jak w ujęciu juryscentrycznym, Matczak „uznaje (...), że prawnik związany jest imperatywami instytucjonalnymi. Będąc członkiem wspólnoty komunikacyjnej, stosuje się do zastanej struktury instytucjonalnej i to ona ogranicza jego działalność”⁵⁹. Model holistyczny pozostaje więc wciąż w kręgu ideologicznej fikcji, sugerując, że „zapewnia przewidywalność decyzji stosowania prawa, pozwala ograniczyć dyskrecjonalność sędziów”⁶⁰. Tak ujęta etyka sędziowska jest, z zasadniczych względów, nie do przyjęcia dla krytycznej filozofii prawa, która nie tylko uznaje dyskrecjonalność sędziowską za fakt (por. rozdział II), ale także wysuwa określone postulaty dotyczące sposobu korzystania z tej dyskrecjonalności (por. paragraf 3 bieżącego rozdziału).

2.6. Wielopłaszczyznowy model etyki prawniczej

Paweł Skuczyński przedstawił autorską koncepcję etyki prawniczej, którą określił jako wielopłaszczyznową teorię etyki prawniczej⁶¹. Przemysław

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 216.

⁶¹ P. Skuczyński, *Status etyki...*, rozdz. III, *passim*. Założenie, że wielopłaszczyznowa teoria etyki prawniczej jest określoną koncepcją tej etyki, sformułował *explicito* P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 112. Sam Skuczyński, wprowadzając to pojęcie, formułuje swoje ambicje nieco skromniej, pisze bowiem: „podejmę próbę zbadania, czy teoria etyki prawniczej, a w szczególności proponowana przeze mnie teoria wielopłaszczyznowa jest możliwa [podkr. R.M.], tj. czy można ją w sposób sensowny pomyśleć, nie narażając się na niespójności czy antynomie, a w szczególności będąc mnie interesować warunki możliwości takiej teorii” (P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 139). Dalej autor wyjaśnia, że wnioski z tych rozważań „mogą więc mieć jedynie charakter formalny i dlatego konieczne jest ich uzupełnienie w części następczej, podejmującej zagadnienia treści teorii etyki prawniczej związanej każdorazowo z założeniami filozoficznoprawnymi” (*ibidem*). We wspomnianej kolejnej części pracy, tj. w rozdziale czwartym cytowanej monografii, Skuczyński rekonstruuje – opisane już wcześniej – koncepcje etyki prawniczej pozytywizmu, juryscentryzmu oraz modelu dyskursywnego. Wydawać by się więc mogło, że wielopłaszczyznowa teoria etyki prawniczej tego autora jest przede wszystkim propozycją metateoretyczną, dotyczącą sposobów konstruowania konkretnych modeli etyk prawniczych w powiązaniu z trzema modelami teorii prawa (pozytywizmem, juryscentryzmem, modelem dyskursywnym), jakie wyróżnia. Z drugiej jednak strony w *Leksykonie etyki prawniczej* Skuczyński wskazuje, że „Wielopłaszczyznowa teoria etyki prawniczej to zarówno teoria dobrego wykonywania zawodów prawniczych, jak i program badawczy. (...) jej celem jest analizowanie i uporządkowanie podstawowych pojęć używanych w teorii i praktyce etyki prawniczej. Nie formułuje ona bezpośrednio żadnych norm etycznych” (P. Skuczyński, *Teoria wielopłaszczyznowa etyki prawniczej*, [w:] *Leksykon etyki prawniczej*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 407). Pomimo zasygnalizowanej niejasności statusu teorii wielopłaszczyznowej podejmę jednak – podążając w tym zakresie za Kaczmakiem – próbę oceny teorii Skuczyńskiego, traktowanej nie tylko w płaszczyźnie metateoretycznej, ale też jako konkretna propozycja modelu etyki prawniczej (nawet jeśli sformułowanego na wyższym niż zazwyczaj poziomie abstrakcji).

Kaczmarek, analizując podobieństwa i różnice pomiędzy teorią Skuczyńskiego a ujęciami: juryscentrycznym (Artur Kozak) i holistycznym (Marcin Matczak), wskazał, że podobieństwem dla wszystkich trzech modeli jest położenie nacisku na wspólnotę komunikacyjną, natomiast tym, co odróżnia koncepcję Skuczyńskiego od propozycji Kozaka, jest odwrócenie roli samej etyki. Zdaniem Kaczmarka u Kozaka to „kultura [prawnicza] wyznacza miejsce etyki”, zaś „w projekcie Pawła Skuczyńskiego dostrzegamy sytuację odwrotną. To przyjęta postać etyki określa sposób uczestniczenia w kulturze prawnej”⁶². Dominującą rolę przypisuje Skuczyński deontologii zawodowej, czyli skodyfikowanym zbiorom norm etycznych (kodeksom etycznym), które, jego zdaniem, mają odgrywać kluczową rolę w rozstrzygnięciu dylematów moralnych prawników⁶³. Poza wymiarem deontologicznym Skuczyński wyróżnia także wymiar społeczny i moralny etyki prawniczej⁶⁴. Warto odnotować, że w płaszczyźnie moralnej projektuje on przede wszystkim zasadę „odpowiedzialności moralnej prawników za prawo”, która „ma formalny charakter i nakazuje każdemu podtrzymywanie i rozwijanie praktyki, w której bierze on udział”⁶⁵. Takie postrzeganie moralności prawniczej potwierdza diagnozę Kaczmarka dotyczącą bliskich związków koncepcji Skuczyńskiego z juryscentryzmem Kozaka.

Warto w tym kontekście odnotować, że w monografii Skuczyńskiego poświęconej statusowi etyki prawniczej pojęcie „polityczności” nie pojawia się ani razu⁶⁶. Autor ten dostrzega zagadnienie związku ideologii z etyką prawniczą: „Problem ideologii nieświadomej i uświadomionej stał się podstawą analiz, które, wykraczając poza ujęcie marksistowskie, można wprost odnieść do etyki prawniczej jako ideologii związanej z interesem grupowym prawników. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że interesy różnych grup społecznych, w tym zawodowych, ujawniają się w ustrojach nietotalitarnych, a więc tam, gdzie istnieje debata publiczna”⁶⁷. Skuczyński tematyzuje etykę prawniczą jako formę ideologii w ten sposób, że odnosi do niej pojęcie fałszywej świadomości – etyka prawnicza w tym ujęciu byłaby fałszywą świadomością prawników⁶⁸. Niestety, nie rozwija tego wątku, a w szczególności nie podnosi problemu – który omówię dalej – apolityczności sędziowskiej jako postawy głęboko nieetycznej oraz nacechowanej uporczywym i częstokroć cynicznym trwaniem w fałszywej świadomości, o czym przekonująco pisze Duncan Kennedy.

⁶² P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 112.

⁶³ Podążam tu za odczytaniem P. Kaczmarka, *Tożsamość prawnika...*, s. 113–115.

⁶⁴ P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 224; idem, *Teoria wielopłaszczyznowa...*, s. 408.

⁶⁵ P. Skuczyński, *Teoria wielopłaszczyznowa...*, s. 408.

⁶⁶ P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 111.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 112–114.

Bardziej obiecująca wydaje się koncepcja etyki prawniczej jako krytycznej etyki zawodowej, którą Skuczyński charakteryzuje następująco: „nawiązuje do perspektywy teorii krytycznej i w dużym stopniu jest w stanie odpowiedzieć na słabości koncepcji ją poprzedzających. Stawia ona sobie bowiem za cel zarówno demitologizację, jak i deideologizację etyki prawniczej, kierując się przeciwko wszelkim formom zabobonu i fałszywej świadomości, a jednocześnie próbuje wykroczyć poza metodologiczne ograniczenia ujęć fenomenologicznych i pozytywistycznych, zarzucając im związki z rozumem obiektywnym i subiektywnym jako formami racjonalności prowadzącymi do dogmatyzmu i instrumentalizacji. Jest to możliwe dzięki przemyśleniu relacji teorii i praktyki, w której poprzez zastosowanie refleksyjnego badania samej siebie ujawniają się różnorakie interesy, dzięki czemu możliwe jest poddanie ich jawnej dyskusji”⁶⁹. Pomimo wprowadzenia do tej teorii takich elementów, jak refleksyjność czy autokrytyka, nie zostaje podjęty wątek polityczności orzekania i jego etycznych implikacji⁷⁰.

W ostatniej części pracy Skuczyński prezentuje trzy modele etyki prawniczej wywiedzione z filozofii prawa. Są to: model pozytywistyczny, model juryscentryczny oraz model dyskursywny (które zostały omówione powyżej w paragrafach 2.1, 2.3 i 2.4).

2.7. Sytuacyjny model etyki prawniczej

Teorię etyki sytuacyjnej prawnika przedstawił przed dekadą Marcin Pieniążek⁷¹. Swoją koncepcję opracował w nawiązaniu w szczególności do prac Maxa Schelera, Nikolai Hartmanna i Józefa Tischnera, przyjmując, że korporacja prawnicza jest fenomenologiczną wspólnotą komunikacyjną, i wyciągając stąd wnioski dla etyki prawniczej. Zdaniem Pieniążka „decyzja etyczno-zawodowa prawnika polega na dokonaniu osobistego aktu preferencji wartości w konkretnej sytuacji etyczno-zawodowego dylematu”⁷². Co interesujące, autor ten odwołuje się do dziedzictwa etycznego prawa rzymskiego, wywodząc, że proponowana przez niego „koncepcja etyczno-zawodowa, odwołująca się do realnie istniejącego *universum* wartości, takich jak *iustitia*, *aequitas* czy *humanitas*, unifikuje i przenosi na nową płaszczyznę wątki przynależące do sedna kultury europejskiej, które wywodzą się zarówno ze starożytnej prawniczej, jak i dwudziestowiecznej (fenomenologicznej) »filozofii wartości«. Jak wiadomo, zarówno w antycznym Rzymie (...), jak i w dwudziestowiecznej fenomenologii jednym z najważniejszych założeń etycznych jest pierwszeństwo wartości wobec wywo-

⁶⁹ *Ibidem*, s. 129.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 129–137.

⁷¹ M. Pieniążek, *Etyka sytuacyjna prawnika*, LexisNexis, Warszawa 2008.

⁷² *Ibidem*, s. 274.

dzonych z nich norm postępowania”⁷³. Z mojej perspektywy projekt Pieniążka pozostawia jednak istotny niedosyt, bowiem, w przeciwieństwie np. do projektu etycznego Douzinas i Geareya, który omówię dalej, nie tematyzuje sytuacyjności w sposób odwołujący się do konkretnych wymogów etycznych, stawianych przez konieczność odwołania się do nakazów etycznych płynących z etyki odpowiedzialności za innego. Z drugiej strony, koncepcja Pieniążka nie podejmuje też innych, istotnych dla mnie wątków, takich jak polityczność czy ideologia, zatrzymując się na dość formalistycznym potraktowaniu problematyki etyki sędziowskiej, co stoi w niejkiej sprzeczności z deklarowanym przez autora podejściem sytuacjonistycznym.

2.8. Dialogiczny model etyki prawniczej

Przemysław Kaczmarek zaproponował własne ujęcie problemu etyki prawniczej, określając ją mianem „dialogicznego projektu roli zawodowej prawnika”, którą w skrócie będę tu określał jako „dialogiczną etykę prawniczą” albo „model dialogiczny”. Dialogiczność w ujęciu Kaczmarka dotyczy problemu wielości ról społecznych, a w szczególności roli zawodowej oraz innych ról społecznych. Przyjmując taką perspektywę, „zwracamy uwagę, z jednej strony, na sposób działania w instytucji, a z drugiej, na zdolność zachowania podmiotowości w strukturze instytucjonalnej, jak i poza nią”⁷⁴. Ujęcie Kaczmarka odróżnia się więc od ujęć standardowych, które akcentują rozdzielność roli zawodowej, z jednej, i „indywidualnego osądu w imię racji społecznych”⁷⁵, z drugiej strony. Zdaniem Kaczmarka problem ujęć standardowych polega na tym, że zaśłania sprawcą rolę prawnika, tym samym immunizując ją na kontrolę⁷⁶. W konsekwencji prawnik przyjmuje albo postawę bezrefleksyjną (bezmyślnej identyfikacji z instytucją prawa), albo cyniczną (robi, co chce, ale zaśłania się instytucją prawa), co jednak prowadzi do utożsamienia prawnika z „wykonawcą poleceń”, a w konsekwencji – do zanegowania podmiotowości prawnika jako takiej⁷⁷. To zaś, zdaniem Kaczmarka, stanowi przejaw redukcjonizmu, któremu proponowane przez niego ujęcie dialogiczne się przeciwstawia⁷⁸.

W ujęciu dialogicznym pomiędzy społeczną rolą prawnika a osobistymi przekonaniem moralnymi występuje relacja dialektyczna, nakierowana na ich scalenie, a także podkreślenie podmiotowości osoby wykonującej instytucjonalną

⁷³ *Ibidem*, s. 275.

⁷⁴ P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 213.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 215.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 216.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 216–217.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 217.

funkcję prawnika⁷⁹. Wykonując rolę zawodową, prawnik nie może, zdaniem Kaczmarka, ograniczyć się tylko do przestrzegania etyki zawodowej, ale musi także uwzględniać pozainstytucjonalne przesłanki społeczne i moralne⁸⁰. W efekcie perspektywę prawnika-wykonawcy poleceń ma zastąpić wizja „prawnika jako »współgospodarza« instytucjonalnej moralności”⁸¹.

Niewątpliwie, ujęcie dialogiczne spełnia wobec pozostałych modeli etyki prawniczej taką funkcję, jak realizm prawny czy dyskursywny model prawa wobec klasycznego pozytywizmu, uderzając je w piętę achillesową, jaką jest wypieranie podmiotu i sprowadzanie go do roli bezwolnego trybiku, gdzie wierność instytucji podnoszona jest do rangi cnoty. Mówiąc językiem psychoanalizy, koncepcja dialogiczna etyki prawniczej zaproponowana przez Kaczmarka stanowi interesującą próbę „terapii” etyki prawniczej poprzez skupienie się na jej symptomie, jakim jest sam prawnik – element wyparty z narracji (i zastąpiony kulturą/wspólnotą/deontologią), a jednocześnie absolutnie niezbędny dla jej spójności; trudno wszak wyobrazić sobie etykę prawniczą bez prawnika. Parafrazując Žižka, możemy powiedzieć, że Kaczmarek zrobił dobry ruch, ale w niewłaściwym kierunku. Ruch jest dobry, bowiem zmierza w kierunku prawnika jako podmiotu, odblokowując ten wymiar myślenia o jego społecznej roli i odpowiedzialności za nią. Ruch ten idzie jednak w niewłaściwym kierunku, gdyż podmiotowa strona prawnika nie jest konstytutywna, lecz ma jedynie miękką, dopełniającą funkcję. W zasadzie znaczenie pozainstytucjonalnej roli prawnika sprowadza się do dostarczenia dodatkowych racji, jakie powinien on zważyć, nie przesądza jednak o wyniku tego ważenia⁸². Próbując streścić projekt Kaczmarka w prostych słowach, można by go sprowadzić do dwóch podstawowych twierdzeń: po pierwsze, prawnik jest nie tylko prawnikiem, ale też człowiekiem, i po drugie, prawnik powinien starać się nie tylko być dobrym prawnikiem, ale też, w miarę możliwości, przyzwoitym człowiekiem. Oczywiście, jest to niezwykle postępowy stosunek do dominujących ujęć pozytywistycznych, jak i niekrytycznych ujęć niepozytywistycznych, omówionych powyżej, w których nakaz etyki prawniczej sprowadzał się do jednego: bądź dobrym prawnikiem i „rób, co chcesz”, by sparafrazować św. Augustyna. Bowiem w tych ujęciach bycie dobrym prawnikiem, umacnianie wspólnoty prawniczej, kierowanie się kulturą prawniczą itd. traktowane jest jako przesłanka konieczna, ale i dostateczna prawości etycznej. Kaczmarek pokazuje, że tak nie jest – owszem, przesłanka jest konieczna, ale bynajmniej nie dostateczna: wykonawca roli musi także uwzględniać aksjologię pozainstytucjonalną. Twierdzę jednak, że to nie wszystko, i w kolejnym punkcie rozdziału przedstawię moją

⁷⁹ *Ibidem*, s. 221.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 223.

⁸¹ *Ibidem*, s. 225.

⁸² *Ibidem*, s. 223.

interpretację krytycznej etyki orzekania, odwołując się przede wszystkim do ujęć Duncana Kennedy'ego i Costasa Douzinas.

3. W stronę modelu politycznej etyki orzekania

3.1. Wprowadzenie

Slavoj Žižek zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy wielki Inny nie istnieje, „każdy gmach etyczny lub moralny musi zostać wzniesiony na akcie skoku w przepaść (*abyssal act*), który jest w najbardziej możliwy do wyobrażenia sposób polityczny. Polityka jest dokładnie tą przestrzenią, w której decyzje etyczne są podejmowane i negocjowane, bez żadnych zewnętrznych gwarancji. Chodzi o to, że ufundowanie polityki w etyce albo traktowanie polityki jako strategicznego wysiłku na rzecz urzeczywistnienia wcześniej zajętych pozycji etycznych jest tylko odmianą złudzenia o istnieniu »wielkiego Innego«⁸³. Innymi słowy, to polityczność wyprzedza etyczność i moralność zarówno w porządku ontologicznym, jak i epistemologicznym. Wobec tego pozycja etyczna jest konsekwencją pozycji politycznej, a etyka apolityczna czy przedpolityczna to nic innego jak kolejna ideologiczna iluzja. Twierdzenie Žižka znakomicie wpisuje się, jak sądzę, w projekt etyki orzekania, jaki możemy zrekonstruować na podstawie prac Kennedy'ego i który traktuję jako część składową proponowanej tu krytycznej filozofii orzekania.

Jeżeli zatem można mówić o etyce orzekania (czy też, patrząc od strony roli społecznej, o etyce sędziowskiej), to tylko jeżeli założymy, że jest to polityczna etyka orzekania, w której wybór w polu polityczności poprzedza i determinuje wybór etyczny. Lacanowskie zawołanie „wielki Inny nie istnieje” oznacza w istocie klęskę wszelkich porządków symbolicznych; na gruncie prawniczym można by to uściślić w odniesieniu do rozmaitych projektów ideologiczno-jurydycznych, stwierdzając, że „racjonalny ustawodawca nie istnieje” albo – bardziej radykalnie – że „demokratyczne państwo prawa” nie istnieje – nie w sensie ocennych twierdzeń o rzeczywistości prawno-konstytucyjnej tego czy innego kraju, ale w sensie zasadniczej iluzoryczności konstruktów ideologicznych, wyrażanych przez te puste znaczące.

Wielki Inny nie istnieje, ale jednak sędzia musi orzekać. Dlatego Žižek mówi o kroku w przepaść (*abyssal act*), który poprzedza wybór etyczny. Krok w przepaść jest zarówno krokiem w nieznaną, jak i krokiem ku rzeczywistej wolności. Jest ze swej istoty krokiem politycznym. Sędzia, podejmując decyzję politycznego samookreślenia, tworzy siebie samego jako podmiot. W tym ujęciu etyki sędziowskiej nie ma miejsca na linki i asekuracje oferowane przez kulturę

⁸³ S. Žižek, *Less Than Nothing...*, s. 963.

prawniczą, deontologię czy tradycję, a nawet nie ma miejsca na siatkę bezpieczeństwa oferowaną przez moralność publiczną. Wszystko to okazuje się iluzją w chwili, gdy sędzia spogląda w otchłań polityczności i zmuszony jest podjąć decyzję.

3.2. Propozycja teoretyczna Douzinas i Geareya

Nestorzy brytyjskiej krytycznej filozofii prawa, Grek Costas Douzinas i Anglik Adam Gearey, wyłożyli swoją filozoficzną koncepcję orzekania w rozdziale VI wspólnego *opus magnum Critical Jurisprudence*, noszącym tytuł *Manuskrypt znaleziony w butelce – przyczynek do teorii sądenia (Manuscript Found in a Bottle: Notes Towards a Theory of Judgement)*. Choć pojęcie etyki nie pojawia się w tytule, autorzy od razu wskazują na swój cel – właśnie przywrócenia etyce należnego jej miejsca w filozofii orzekania, pisząc: „Postmoderna zawiesiła megalomańskie usiłowania zakotwiczenia działania moralnego w poznaniu, rozumie lub prawie i oznacza otwarcie nowej świadomości etycznej. Aby połączyć ponownie etykę i politykę albo sprawiedliwość i prawo, potrzebujemy nowego pojęcia dobra”⁸⁴. Konstatują jednak, że dotychczasowe kryteria dobra wyczerpały się wskutek odczarowania świata. Pomimo to „potrzebujemy kierunku etycznego – piszą Douzinas i Gearey – i teorii sądenia (*theory of judgement*), które stałyby poza praktyką prawa i instytucjami prawnymi, równocześnie będąc solidnie zakotwiczone w ramach naszej historii i doświadczenia”⁸⁵. Takiego zakotwiczenia dostarcza im myśl Emmanuela Levinasa, który – jak wskazują – „opiera etykę na zmiennych relacjach pomiędzy sobą (*self*) i innym (*other*)”⁸⁶. Konstatując amoralność norm prawnych, podkreślają potrzebę „usunięcia maski z twarzy osoby i opaski z oczu sprawiedliwości”⁸⁷, czyli dostrzeżenia rzeczywistych sytuacji, w jakich przychodzi sędziom orzekać, a nie postrzegania ich jedynie przez pryzmat abstrakcyjnych, formalnych kategorii, które rzeczywistość tę maskują za pomocą pojęć prawnych. Podążając za Levinasem, Douzinas i Gearey główną rolę przypisują spotkaniu z innym, którego znakiem jest twarz. „W sytuacji spotkania twarzą w twarz – piszą – jestem całkowicie, natychmiastowo i nieodwołalnie odpowiedzialny za innego, który stoi naprzeciw mnie. Cierpiąca twarz wydaje rozkaz, wyrok nakazujący określone zachowanie: »nie zabijaj mnie«, »przyjmij mnie«, »udziel mi schronienia«, »nakarm mnie«. Jediną możliwą odpowiedzią na etyczny imperatyw jest – i tu przytaczają słowa Levinasa – »natychmiastowy szacunek dla innego we własnej osobie (...) ponieważ nie przechodzi on przez neutralny element uniwersalności ani przez szacunek dla prawa w rozumieniu

⁸⁴ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 162.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 163.

Kanta»⁸⁸. Pełen emocji opis spotkania z innym pozwala Douzinasowi i Geareyowi skonstatować: „Żądanie innego, które mnie zobowiązuje, jest »istotą« etyki odmienności (*ethics of alterity*)”⁸⁹. Co istotne, inny nie może zostać zredukowany do żadnego abstrakcyjnego „pojęcia, stosowania prawa czy partykularyzacji uniwersalnego *ego*. (...) Gdy zwraca się do mnie twarz innego, staje się on moim bliźnim, ale nie bliźnim, o którym mówi zasada bliźniego w prawie”⁹⁰. Innymi słowy, każdy inny, którego napotykam, jest jednorodzący, nie poddaje się uniwersalizacji ani kategoryzacji. Podstawą etyki i moralnych nakazów jest więc „to usytuowane spotkanie i niepowtarzalne oraz unikalne żądanie”⁹¹ płynące od konkretnego innego.

Założenia te mają kluczowe znaczenie dla konstruowanej przez Douzinas i Geareya etyki sędziowskiej. Jak zauważają, „Sędzia, widziany z perspektywy stron spór toczących, jest osobą trzecią, której działanie usuwa ten spór z obszaru wrogości międzysobowej i umieszcza go w ramach instytucji. Ponieważ osoba trzecia jest zawsze obecna w moim spotkaniu z innym, prawo uwikłane jest w każdą próbę działania moralnego. (...) Prawo ogranicza naszą nieskończoną odpowiedzialność za innego i wprowadza element kalkulacji, synchronizacji i tematyzacji; reguluje i totalizuje żądania, jakie są kierowane przed jego oblicze. Prawo tłumaczy te żądanie na dający się uniwersalizować język praw, uprawnień i aspektów proceduralnych i synchronizuje je, powodując, że jawią się jako występujące w tym samym czasie i porównywalne. Niemal z definicji i konieczności, prawo zapomina o różnicy różnych i o inności innego i, w tym sensie, nie może ono uniknąć niesprawiedliwości”⁹². Jurydyzacja sporu – poddanie go jurysdykcji osoby trzeciej, tj. sędziego – prowadzi do jego przekształcenia z zatargu prywatnego w spór publiczny, rozpatrywany w określonych ramach instytucjonalnych. Ma to doniosłe konsekwencje dla samego sporu i reguł służących jego rozwiązaniu. Prawo bowiem, w odróżnieniu od etyki, zmuszone jest operować generalizacjami i abstrakcjami. Wskutek tego nie może ono, „niemal z definicji i konieczności”, uwzględnić szczególnego charakteru danego przypadku. Prowadzi to do sytuacji, gdy niesprawiedliwość prawa jest czymś nieuniknionym.

Czy jednak jest to sytuacja bez wyjścia? Douzinas i Gearey uważają, że nie. Ich odpowiedzią na strukturalną niesprawiedliwość prawa jest wyjście od pojęcia wspólnoty równych. „We wspólnocie równych – piszą – ja również jestem innym tak jak inni i ja również jestem legitymnym powodem i odbiorcą troski innego. Wspólnota ma więc podwójny charakter: po pierwsze, jest etyczną wspólnotą nierównych zakładników innego (*unequal hostages to the other*)

⁸⁸ *Ibidem*, s. 164. Douzinas i Gearey fragment z Levinasa cytują za: J. Derrida, *Writing and Difference*, Routledge, London 1978, s. 96.

⁸⁹ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 164.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, s. 165.

⁹² *Ibidem*.

i siecią podważonych, ale bezpośrednich, asymetrycznych stosunków etycznych, w których jestem odpowiedzialny i zobowiązany, by odpowiedzieć na żądanie innego”⁹³. Kluczem do rozwiązania problemu niesprawiedliwości prawa staje się więc „»jurydyczność jako etyczność« (*legal as ethical*) [dzięki której] możemy sobie wyobrazić politykę prawa (*politics of law*), która destabilizuje (*disturbs*), totalizując tendencję systemu prawnego. Taka polityka pozwoliłaby innemu ponownie pojawić się zarówno jako punkt zewnętrzności i jako transcendencja, która wyklucza domknięcie ontologii, a także jako to, co wykluczone i nieprzedstawialne w ramach teorii politycznej i prawnej”⁹⁴. Innymi słowy, czynnikiem, który musi zainterweniować, by przywrócić prawu wymiar etyczny, jest polityka. Bez niej prawo skazane będzie na formalistyczny uwiąd, który zapoznaje realność stanów faktycznych i uwikłanych w nie rzeczywistych ludzi z ich cierpieniem, obawami, pragnieniami i nadziejami.

Wezwanie etyczności skierowane jest do całej wspólnoty prawniczej. „Sędziowie, adwokaci i profesorowie prawa są zawsze uczestnikami i zawsze są uwikłani, wezwani przez innego, by odpowiedzieć na stosunek etyczny. Musimy porównywać i kalkulować, ale pozostajemy odpowiedzialni i zawsze powracamy do nadmiaru obowiązków względem praw. Niesprawiedliwością byłoby – podkreślają Douzinas i Gearey – zapomnieć, że prawo wyrasta z odpowiedzialności za innego i że bliskość etyczna (*ethical proximity*) i asymetria przeważają nad równością praw. Prawo nigdy nie może mieć ostatniego słowa. (...) Nie możemy określić sprawiedliwości z góry, nie możemy powiedzieć, że »sprawiedliwość to X bądź Y«, ponieważ to oznaczałoby przekształcenie nakazu etyki w abstrakcyjną teorię i przekształcenie nakazu »bądź sprawiedliwy« w puste stwierdzenie osądzające (*empty judgemental statement*)”⁹⁵. Zdaniem Douzinas i Geareya adresatami etyczności są prawnicy, których obowiązkiem jest dopilnować, by prawo nie miało nigdy ostatniego słowa, które powinno należeć właśnie do sprawiedliwości. W odwiecznym dylemacie „prawo czy sprawiedliwość” Douzinas i Gearey wyraźnie stawiają na prymat tej ostatniej. Są bowiem zdania, że sprawiedliwość jest czymś sytuacyjnym, a zatem nie poddaje się formalizacji. „Sprawiedliwość nie dotyczy teorii ani prawdy; nie wywodzi się z prawdziwej reprezentacji sprawiedliwego społeczeństwa”⁹⁶ – piszą, podkreślając tym samym, że nakaz sprawiedliwego postępowania wynika z konkretnego spotkania z konkretnym innym, a nie z uogólnionej wizji ideologicznej.

Relację pomiędzy etyką, prawem i sprawiedliwością ujmują zatem w następującej formule: „Jeżeli prawo kalkuluje, jeżeli tematyzuje ludzi poprzez przekształcanie ich w podmioty prawa, etyka jest kwestią niezdeteminowanego

⁹³ *Ibidem*, s. 166.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

osądu bez kryteriów, a sprawiedliwość to zebranie razem ograniczonej kalkulowalności i zdeterminowania prawa z nieskończoną otwartością etycznej odmienności (*ethical alterity*)⁹⁷. Tak ujęta relacja ma, jak się wydaje, charakter dialektyczny, nawiązujący do triady teza-antyteza-synteza, stematyzowanej w pracach Hegla⁹⁸. Jeżeli zatem prawo jest tezą, to etyka jest jego antytezą, a sprawiedliwość – syntezą. Przypomnijmy w tym miejscu, że w ujęciu Hegla dialektyka opiera się na tym, iż elementy syntezy zawarte są już w tezie i antytezie, które synteza uchyla i przewyżcza. Oczywiście, pomiędzy tezą i antytezą zachodzi sprzeczność, a triada jest z natury swojej jednokierunkowa (założenie o postępie, czyli jakościowej wyższości syntezy nad oboma wcześniejszymi elementami triady). Tak jest i w tym przypadku – pomiędzy skończonością prawa (opartej na kalkulacji) i nieskończonością etyki (opartej na bezwarunkowym nakazie uwzględnienia potrzeb i interesów drugiego człowieka) zachodzi oczywista sprzeczność. Konkretny etyczny nakaz jest, w pewnym sensie, negacją prawa i jego specyficznej, uniwersalistycznej i abstrakcyjnej normatywności. Sprawiedliwość natomiast, jako synteza obu tych elementów, znosi w nich to, co sprzeczne, proponując w to miejsce nową, wyższą jakość. Na czym polega ona konkretnie⁹⁹, Douzinas i Gearey wyjaśniają w dalszej części swoich wywodów.

W tym celu wprowadzają do narracji dwa pojęcia – *phronesis*, czyli wiedzy praktycznej (w nawiązaniu do Arystotelesa) oraz kazuistyki, jako metody rozwiązywania problemów moralnych, religijnych, zrodzonej w łonie teologii, ale przyjętej też w prawie, szczególnie w *common law*¹⁰⁰ (a także, o czym nie wspominają, również w kanonistyce, skąd zapewne przeniknęła do angielskiego *common law* w okresie jego formacji). Nawiązując do Arystotelesa, przeciwstawiają sobie pojęcia sprawiedliwości i słuszności (*epieikeia, equity*), wskazując, że ta ostatnia „koryguje uogólnienia i jednolite stosowanie sprawiedliwości prawnej (*legal justice*). (...) Sprawiedliwość i różnorodność okoliczności, w których wykonywany jest osąd praktyczny, wymagają, by osoba rozważna wyszła poza stosowanie reguł”¹⁰¹. Przechodząc do kazuistyki, Douzinas i Gearey podkreślają, że leży ona u podstaw modelu orzekania w *common law*, gdzie można odnaleźć „dialektyczną relację pomiędzy ogólnymi zasadami, wywiedzionymi

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ O metodzie dialektycznej w ujęciu Hegla zob. S. Houlgate, *Hegel's Logic* i R. Stern, *Hegel's Idealism*, oba teksty w: *The Cambridge Companion to Hegel and Nineteenth-Century Philosophy*, red. F.C. Beiser, Cambridge University Press, Cambridge 2008, odpowiednio s. 106–108, 129–130.

⁹⁹ Sądzę, że wyższość sprawiedliwości (prawnej) nad etyką polega chociażby na jej realizacji. Nakaz etyczny wiąże w sumieniu, a sprawiedliwość – nawet jeśli jej treść jest kompromisem między abstrakcyjnym prawem i konkretnym nakazem etycznym – ma ten walor, że zostaje rzeczywiście wymierzona.

¹⁰⁰ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 167–172.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 167.

z prawa pospolitego, zwyczajów i ustaw, a szczególnym stanem faktycznym leżącym u podstaw każdego konkretnego sporu. Wcześniejsze orzeczenia są źródłami ogólnych, ale otwartych zasad, precedensami dla przyszłych spraw, a uważne, często obszerne analizowanie wszelkich »relevantnych« okoliczności towarzyszących (...) wplatanie jest do zupełnych i estetycznie skomponowanych narracji¹⁰². W tym opisie funkcjonowania systemu prawa precedensowego od razu dostrzegamy moment etyczny, którego brakuje w opowieściach niekrytycznych nurtów filozofii prawa. Jak bowiem trafnie zauważył Skuczyński, „o ile istnieje bogata literatura dotycząca językowych, ale także politycznych aspektów wykładni prawa, o tyle o etyce interpretacyjnej mówi się niewiele¹⁰³. Jest to, oczywiście, symptomatyczne.

Wracając do opisu funkcjonowania systemu *common law*, zauważmy, że Douzinas i Gearey konstatują, iż „Poprzez uznanie unikalności każdej sprawy, *common law* zachowuje potencjał etycznego stosowania zasad [wynikających z wcześniejszych precedensów – R.M.] i rozwijania pojęcia sprawiedliwości, które jest otwarte na uwzględnienie specyfiki konkretnej jednostki stojącej przed sądem i przygodności orzekania¹⁰⁴. W tym ujęciu akcent zostaje przeniesiony z Dworkinowsko-Fishowskiej „pracy w łańcuchu” na rzecz podkreślenia jednostkowości, partykularności każdego przypadku. Znane badaczom anglosaskiej kultury prawnej przydługie jak na nasze standardy i zdecydowanie zbyt szczegółowe opisy stanów faktycznych, które nas, prawników kontynentalnych, frapują albo nawet przyprawiają o salwy śmiechu¹⁰⁵, w rzeczywistości mają, albo przynajmniej miały i mogą mieć, odmienną zgoła funkcję niż tylko stanowienie punktu wyjścia do kunsztownych operacji myślowych zwanych *distinguishing precedents*. Jeśli przyjmiemy, za Douzinasem i Geareyem, że genealogia tego podejścia wyrasta z praktyki średniowiecznej teologii moralnej, spojrzymy na nią w innym świetle.

Kazuistycy przywoływani autorzy przypisują istotną rolę w odbudowie pozycji sprawiedliwości w orzekaniu. „Trzeba rozwinąć nową, świecką formę kazuistycznego rozumowania – postulują – która będzie opierać się na wypartych tradycjach rozumowania od sprawy do sprawy (*case reasoning*). Arystotelesowska

¹⁰² *Ibidem*, s. 170.

¹⁰³ P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa?...*, s. 368.

¹⁰⁴ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 170.

¹⁰⁵ Mnie swego czasu rozbawił opis stanu faktycznego w angielskim wyroku *Jarvis v Swan Tours* [1973] 1 All ER 71, w którym jednym z powodów powstania szkody niematerialnej u turysty był fakt, że w drugim tygodniu pobytu na narciarskim wyjeździe turystycznym w Szwajcarii był jedynym uczestnikiem „domówki” (*house party*) obiecaniej w broszurze biura turystycznego, a nadto „wieczorek z jodłowaniem” wykonywany był przez robotnika w odzieży roboczej, a nie w stroju ludowym i trwał zbyt krótko w stosunku do oczekiwań pana Jarvisa. Przykłady tak szczegółowych i nieraz zabawnych (a innym razem – drastycznych) opisów stanów faktycznych w orzecznictwie anglosaskim można oczywiście mnożyć w nieskończoność.

phronesis kładzie nacisk na wagę sytuacji i kontekstu, ale opiera się na teleologii [dobrego życia – R.M.], która nie istnieje i której nie sposób odtworzyć. Sędzia może być, współcześnie, osobą najbliższą klasycznemu i kazuistycznemu modelowi *phronimos*, jednakże w braku wspólnego uniwersum aksjologicznego musimy opracować nowe sposoby oddawania innemu, co mu się należy, i przywrócenia prawa na łono sprawiedliwości¹⁰⁶. Tym samym dochodzimy do sedna koncepcji etycznej Douzinas i Geareya, a mianowicie do roli sędziego. Ma się on stać *phronimos*, czyli mędrcem praktycznym. Nie może się jednak kierować żadną koncepcją „dobrego życia”. Douzinas i Gearey nie podzielają, typowego np. w naszej filozofii prawa, przekonania o możliwości skonstruowania jakiegoś wspólnego mianownika aksjologicznego w postaci „moralności publicznej” (Jabłoński, Kaczmarek) czy „tradycji moralnych” (Skuczyński, Zirk-Sadowski), o których pisałem krytycznie w rozdziale II dotyczącym granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że koncepcja Douzinas i Geareya jest, na tle koncepcji polskich, ujęciem postaksjologicznym, które nie próbuje „zawrócić kijem Wisły”, powracając do przedmodernistycznego modelu jednolitości aksjologicznej, lecz idzie o krok dalej i konstruuje cały model sędziowskiej etyki w sposób, który nie wymaga stawiania kwestii aksjologicznych. W tym ujęciu nakaz etyczny jest tylko jeden – „dobro może być zdefiniowane według potrzeb i żądań innego, osoby potrzebującej i samodefiniującej się osoby autonomicznej, której żądanie wzywa do ponownego obudzenia wrażliwości na syngularność inherentną w poczuciu sprawiedliwości”¹⁰⁷. Postaksjologiczność nie jest bowiem formą nihilizmu moralnego czy etycznego, lecz przekierowaniem pytania etycznego na podmiot. To nie wielki Inny (porządek symboliczny, hegemoniczna ideologia) ma odpowiedzieć na pytanie, „co czynić?”, lecz inny (przez małe „i”), podsądny, ten, kto przychodzi do prawa, szukając ochrony, lub ten, kto jest przed prawo przyprowadzany przez powoda lub oskarżyciela. W ten sposób sprawiedliwość nabiera nowej treści; zamiast abstrakcyjnej formuły tej czy innej „teorii sprawiedliwości” staje się odesłaniem do unikatowej i niepowtarzalnej sytuacji innego – podsądnego. Wynikają z tego doniosłe konsekwencje proceduralne, odnoszące się do praktycznej realizacji prawa do bycia wysłuchanym¹⁰⁸.

Wyznaczające horyzont etycznej odpowiedzialności sędziego pojęcie sprawiedliwości jest, niewątpliwie, pojęciem sprawiedliwości materialnej, a nie formalnej. Równocześnie jednak jest ono pojęciem niepoddającym się uogólnieniom, lecz ograniczonym zawsze do konkretnego przypadku¹⁰⁹. Relacja prawa do sprawiedliwości jest tego rodzaju, że „sprawiedliwość jest dyslokacją

¹⁰⁶ C. Douzinas, A. Gearey, *Critical Jurisprudence...*, s. 170.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 171.

tego, co zostało wypowiedziane w prawie przez to, co nie daje się przedstawić – wypowiedź etyki¹¹⁰. Relacja ta ma charakter dialektyczny. „Działanie sprawiedliwości wymaga nieustannego ruchu pomiędzy regułą ogólną a szczególnym wypadkiem, tak iż nie znajduje ona miejsca spoczynku ani punktu równowagi. Występuje dyslokacja, opóźnienie czy odłożenie na później pomiędzy zawsze obecnym czasem prawa i zawsze mającą nadejść temporalnością etyki¹¹¹. W prawdziwie derridiańskim duchu Douzinas i Gearey wzywają zatem, by jurysprudence krytyczna „wciąż podważała prawo w imię sprawiedliwości i wciąż przypominała prawu o przemocy, od której nie zdoła ono uciec. Prawo jest z konieczności poświęcone formie uniwersalności i abstrakcyjnej równości, jednakże musi ono także szanować wymogi przygodności, ucieleśnienia i konkretnego innego – musi ono przejść przez etykę odmienności, aby móc odpowiedzieć przed własnym zakorzeniem w etyce¹¹². Niewątpliwie, formuły te mają charakter ogólny, co jednak nie znaczy, by nie stanowiły one jasnej wskazówki etycznej. Pozostając jak najdalej od formułowania kodeksów etycznych czy nawet doktrynalnych deontologii, Douzinas i Gearey sprowadzają właściwie całą etykę sędziowską do dwóch nakazów – po pierwsze, ciągłej dekonstrukcji prawa w imię mającej nadejść sprawiedliwości, czyli ideału etycznego, oraz, po drugie, uwzględniania przy orzekaniu przede wszystkim indywidualnych właściwości i okoliczności podsądnego. Jest to zatem postulat głębokiej humanizacji orzekania. Tak rozumiana sprawiedliwość oznacza, że tak jak lekarz nie powinien widzieć w pacjencie jednostki chorobowej, tylko człowieka, tak też sędzia, obojętnie czy cywilny, czy karny, powinien dostrzegać w podsądnym przede wszystkim człowieka w całości jego egzystencji, a dopiero potem podmiot stosunków cywilnoprawnych czy oskarżonego. Zadaniem sędziego jest więc nieustanna krytyka prawa, dokonywana z pozycji konkretnego przypadku, któremu należy dać prymat przed abstrakcyjną i uniwersalizacyjną formułą prawa. Co jednak istotne, nie oznacza to wezwania do porzucenia prawa czy jego całkowitego zanegowania. Przypomnijmy w tym miejscu dialektyczną relację, jaką projektują Douzinas i Gearey w obrębie triady prawo-etyka-sprawiedliwość. Etyka, co prawda, jest negacją (antytezą) prawa, jednak obie odnajdują się w syntezie – sprawiedliwości. Mówiąc inaczej, tak jak nie ma sprawiedliwości bez etyki, tak też nie ma jej bez prawa. To abstrakcyjne i dane z góry prawo, w zetknięciu z konkretnym przypadkiem i płynącym z niego syngularnym nakazem etycznym, pozwala na realizację sprawiedliwości *in casu*.

Podsumowując, przytoczmy jeszcze konkluzje Douzinas i Geareya: „Sprawiedliwość jest odniesiona do danej chwili i opartą na zasadach odpowiedzialności na konkretną generalność innego. (...) Możemy wyciągnąć wniosek,

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 171–172.

¹¹² *Ibidem*, s. 172.

że sprawiedliwość wyroku jest wpisana i zawieszona w przestrzeni pomiędzy oznajmieniem prawa (stwierdzeniem, co prawnie istnieje i jest słuszne) a wezwaniem zawartym w żądaniu etycznym (co ja powinienem uczynić w obliczu Innego zgodnie z moją absolutną odpowiedzialnością). (...) Sprawiedliwość jest czyniona i przemoc jest zadawana w przestrzeni, gdzie inny zostaje przywieziony przed oblicze prawa i staje się przedmiotem działania”¹¹³. Niewątpliwie, formuły, jakimi posługują się Douzinas i Gearey, są sformułowane na wysokim poziomie abstrakcji, ale koresponduje to z ich stanowiskiem w przedmiocie etyki sędziowskiej, odznaczającym się sceptycyzmem wobec deontologii i kodyfikacji.

3.3. Propozycja teoretyczna Kennedy’ego

Tak jak sygnalizowałem już wyżej, ujęcie Duncana Kennedy’ego jest, na poziomie używanego języka (pojęć, terminologii, struktury poznawczej), bardzo różne od podejścia Costasa Douzinas. Twierdzą jednak, że są to przede wszystkim różnice formy, nawet jeśli bardzo daleko idące, a obu autorom przyświeca ten sam cel (materia), jakim jest sformułowanie etycznego modelu zaangażowanego sędziego. O ile Douzinas formułuje to na sposób poetycki i filozoficzny, Kennedy jest typowo po amerykańsku *down to the earth*. Nie znaczy to jednak, by ideały sprawiedliwości były mu obce. Przyjrzyjmy się zatem szczegółom ujęcia proponowanego przez tego autora. Jak pisze Kennedy, „Sędziowie często (...) twierdzą, że pracują i rzeczywiście usiłują pracować w sposób nieideologiczny (...). Ale kiedy tak czynią, muszą przyznać fakt, że ich audytorium i oni sami rozumieją różne rozstrzygnięcia jako odpowiadające w wielu sprawach o wysokich stawkach różnym ideologiom. Dwoma bardzo powszechnymi postawami sędziowskimi (i prawniczymi) w obliczu tego dylematu są: »dwubiegunowość« (*bipolarity*) i »dzielenie po równo« (*difference splitting*). W pierwszym przypadku sędzia ustala, dla siebie i dla innych, że jest ideologicznie »neutralny«, ponieważ w sposób nieprzewidywalny przeskakuje między alternatywnymi możliwościami zdefiniowanymi przez konfliktujące ideologie. W drugim przypadku sędzia ustanawia swoją neutralność poprzez bycie »centrystą«, opracowując rozwiązanie, które daje coś każdej ze stron, ale nie daje żadnej stronie wszystkiego, czego się ona domaga”¹¹⁴. Dla Kennedy’ego nie jest więc możliwe całkowite uwolnienie się od ideologii. Sędzia albo przyjmuje ideologię świadomie, albo uprawia grę pozorów polegającą na gwałtownych przeskokach (jak w chorobie dwubiegunowej, do której nawiązuje określenie Kennedy’ego), albo

¹¹³ *Ibidem*, s. 176.

¹¹⁴ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008, s. 163. Zob. także idem, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997, s. 184–186.

też próbuje szukać „zgniłych kompromisów”. Zdaniem Kennedy’ego takie działanie jest nieetyczne. Konfliktu ideologicznego nie można uniknąć – podobnie zresztą jak konfliktu politycznego, w którym rozwiązania są podsuwane przez poszczególne ideologie. Etycznie odpowiedzialny sędzia to nie taki, który szuka kompromisów albo zamiata problem ideologii i polityczności pod dywan, ale taki, który w pełni świadomie definiuje się jako sędzia-aktywista: „Pozycja sędziego »aktywistycznego«, który świadomie albo nieświadomie podąża za swoim własnym zaangażowaniem ideologicznym (zamiast twierdzić, że jest neutralny, ponieważ jest nieprzewidywalny albo jest centrystą), wydaje się bardziej aprobowalne etycznie. (...) Jest dla mnie oczywiste, że działałby w sposób nielegitymny właśnie wtedy, gdyby (...) nie podejmował prób przepracowania prawa pozytywnego, aby odpowiadało jego koncepcji sprawiedliwości”¹¹⁵. Oczywiście, stanowisko Kennedy’ego jest pochodną jego stanowiska w sprawie granic władzy prawniczej. Jeżeli uważamy, że granicą prawniczej władzy dyskrecyjnej nie jest (wyłącznie) tekst prawa, a zatem że pomimo tekstu prawa sędzia ma jednak różne możliwości rozstrzygnięcia (a wydaje się to coraz bardziej rozpowszechnioną opinią, zyskującą sobie status *communis opinio doctorum* teorii i filozofii prawa) oraz że granicami takich rozstrzygnięć są m.in. preferencje co do rozstrzygania w przedmiocie kolizji określonych dóbr formułowane w tzw. moralności politycznej (Jabłoński, Kaczmarek), tj. ideologii, i jeżeli dodamy do tego, że ta moralność czy ideologia nie stanowią monolitu, lecz są przedmiotem gwałtownych sporów i zmienności w czasie, to staje się oczywiste, że sędzia, który udaje, że problemu nie ma, że wszystko „załatwia” za niego tekst czy metoda wykładni, w rzeczywistości nie tyle ucieka od ideologii, co przyjmuje ideologię „pierwszą z brzegu”, np. taką, jaką (w jego ocenie) wyznaje sędzia sądu wyższej instancji albo która (w jego ocenie) daje mu lepsze szanse na awans, nominację do TK czy międzynarodowego trybunału itp. W istocie więc sędzia pseudoneutralny postępuje w sposób etycznie naganny; tym, co nim kieruje, jest w najlepszym wypadku tchórzostwo i konformizm, a w najgorszym cynizm i karierowiczostwo, a już na pewno – wygodnictwo. Zamiast więc sędziogo-pseudo-Herkulesa z bajki Dworkina, który udaje, że znalazł „właściwe rozwiązanie”, a w istocie stara się zadowolić swoimi rozstrzygnięciami establishment (czyli klasę lub grupę obecnie panującą), należy – za Kennedym – propagować postawę sędziego-aktywisty, który jest zarazem moralnie uczciwy i realistycznie podchodzi do granic swojej władzy. Zdaje sobie sprawę, że dysponuje taką władzą, nie chowa się – jak sędzia juryscentryczny Kozaka – za parawanem instytucji, która swoimi „imperatywami” załatwi problem za niego, lecz decyduje sam, w świetle ideologii, którą w swoim sumieniu uważa za słuszną. Jest to więc krytyczny sędzia-Prometeusz, który w swojej pracy sędziowskiej stara

¹¹⁵ D. Kennedy, *A Left/Phenomenological...*, s. 163.

się działać na rzecz interesu ludzkości, a w szczególności tych, którzy cierpią z powodu wykluczenia i zdominowania przez innych.

Powstaje oczywiście problem praktyczny, którego Kennedy nie rozważał, bo w realiach amerykańskich większość sędziów wyższych sądów federalnych dość otwarcie deklaruje się ze swoimi poglądami ideologicznymi, chodząc w aurze sędziów-Prometeusza już to liberalizmu (w sensie amerykańskim, czyli socjal-demokracji), już to konserwatyzmu. W realiach europejskich, włączając w to zarówno sądy polskie, jak i ETS czy ETPC, nieskrępowane manifestowanie motywacji ideologicznych, zwłaszcza w treści uzasadnienia wyroku, byłoby przyjęte z pewnym zdziwieniem, a nawet mogłoby takiego sędziego-Prometeusza narazić na poważne konsekwencje. Z perspektywy etycznej wydaje się, że w takiej sytuacji sędzia-Prometeusz może i powinien uprawiać ketman, starając się uchodzić za sędziego-Herkulesa. Równocześnie jednak powinien stopniowo dążyć do zmiany kultury prawnej w kierunku większej jawności i wskazywania dóbr i interesów, jakie stoją za przyjętą decyzją, nie tylko w zakresie postulowanym przez Gizona-Studnickiego¹¹⁶, który mimo wszystko opowiadał się za pozostaniem w kręgu argumentacji legalistycznej, formalistycznej i abstrakcyjnej, ale idąc dalej, zgodnie z postulatem zgłoszonym w 2016 r. przez Sulikowskiego pod adresem TK, który „powinien przedstawiać swoje decyzje jako wynik głębokiego namysłu, także w sensie politycznym, jako rezultat nie tylko analizy norm, ale także możliwości politycznej reprezentacji (w sensie materialnym, a nie formalnym) interesów różnych grup społecznych. Zwiększenie wrażliwości i częściowa rezygnacja z prawniczego kamuflażu są w moim przekonaniu pożądane”¹¹⁷.

Powracając do Kennedy’ego, należy podkreślić, że jego zdaniem „sędzia zawsze może przyjąć podejście strategiczne względem materiałów [prawnych], starać się sprawić, by znaczyły co innego, niż wydawało się z początku, że znaczą, albo nadać im znaczenie z wykluczeniem innych początkowo możliwych znaczeń. Jednakże nigdy nie jest konieczne, by sędzia tak uczynił, a co więcej, nigdy nie jest on pewny, że próba będzie udana. Wreszcie zazwyczaj nie da się ustalić, czy dane orzeczenie było odmienne [od dotychczasowych], ponieważ sędzia przyjął konkretną strategię pracy [interpretacyjnej], czy też byłoby ono również odmienne, gdyby przyjął pewną inną strategię”¹¹⁸. To, co określam jako hermeneutykę strategiczną, jest więc, zdaniem Kennedy’ego, zawsze możliwe, co bynajmniej nie oznacza, że zawsze zakończy się sukcesem. Na tym właśnie zasadza się istota koncepcji Kennedy’ego

¹¹⁶ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, t. 51, z. 1, s. 13–14.

¹¹⁷ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 4, s. 14.

¹¹⁸ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 181.

traktowania prawa jako medium – nie ma tu żadnego automatyzmu, a z danego medium nie można skonstruować dowolnego rezultatu. Odnosząc się do Matczaka metafory tygła, możemy powiedzieć, że interpretator obsługujący kurek może starać się wykonać z ciekłego metalu określony przedmiot, ale może mu się to równie dobrze nie udać. Co więcej, nie każdy interpretator troszczy się o to, co będzie rezultatem jego pracy interpretacyjnej. Może przecież przyjąć postawę obojętną i lać gorący metal jak popadnie albo wykonywać takie same przedmioty jak inni, albo takie same, jak się „zawsze robiło”.

Drugim istotnym momentem komentowanego fragmentu z Kennedy’ego jest jego stwierdzenie o zasadniczej niepoznawalności efektów strategii hermeneutycznej. Jak pisze, „zazwyczaj nie da się ustalić”, czy konkretny kierunek rozstrzygnięcia to efekt działania strategii czy może innych czynników. Oczywiście, mógłby o tym poinformować sam sędzia, niemniej jednak zazwyczaj będzie on preferował kamuflaż.

Faktem pozostaje, że wielu sędziów nie przyjmuje wobec materiałów prawnych podejścia strategicznego. Jak pisze Kennedy, „Wielu sędziów wydaje się podchodzić do materiałów z wiarą, że muszą one coś oznaczać, i wydaje się, że mają oni mało talentu lub skłonności do pracy prawniczej. Mogą odczuwać definitywność (*closure*) na końcu procesu, który wygląda jak przypadkowe poszukiwania, chwytając się tego uczucia, jak tylko się pojawi. Mogą oni wypierać umiejętność zachowania strategicznego albo nigdy jej nie nabrać”¹¹⁹. O ile w poprzednim fragmencie Kennedy wskazywał, że przyjęcie postawy strategicznej jest zawsze otwartą możliwością, tu konstatuje, że „wielu sędziów” z niej nie korzysta. Pobrzmiewa tu też negatywna ocena ich kompetencji zawodowych oraz motywacji. Kennedy wskazuje, że prawdopodobnie „mają oni mało talentu lub skłonności” do tego, co określa on mianem „pracy prawniczej” (*legal work*), czyli strategicznej pracy interpretacyjnej. Problem leży także w podmiotowym usposobieniu epistemologicznym. Sędzia niestrategiczny może odczuwać *closure* (dosł. zamknięcie, co przetłumaczyłem powyżej jako „definitywność”) po poszukiwaniach przypadkowych i niezbyt wysiłonych. Sędzia taki kieruje się przede wszystkim chęcią szybkiego załatwienia, „odfajkowania” sprawy. Niestety, wydaje się, że taka postawa dominuje w naszej kulturze prawnej. Celem sędziego jest przede wszystkim sprawę rozstrzygnąć, żeby mieć dobre wyniki w pracy (pod względem statystycznym), dzięki którym będzie mógł liczyć na awans i dalszy pomyślny rozwój kariery zawodowej w zbiurokratyzowanym aparacie judykacyjnym. Sędzia taki nie rozważa zbyt wielu możliwych alternatyw, szuka najprostszego rozwiązania. W kontekście anglosaskim będzie to odszukiwanie możliwie łatwego do znalezienia precedensu i trzymanie się go bez wchodzenia w niuanse. W naszym kontekście kulturowym będzie to przede wszystkim poszukiwanie możliwie pasującego do sytuacji szczegółowego przepisu

¹¹⁹ *Ibidem*.

i zastosowanie go, z wykorzystaniem takich łatwych intelektualnie mechanizmów jak wykładnia gramatyczna i subsumcja. Sędzia niestrategiczny będzie więc unikał wszelkich czasochłonnych metod pracy interpretacyjnej jak wykładnia systemowa czy funkcjonalna, nie będzie sięgał do zasad, nie mówiąc już o tak angażujących metodach jak wykładnia historyczna czy porównawcza.

Postępowanie sędziego niestrategicznego Kennedy wyjaśnia na trzy w zasadzie sposoby. Po pierwsze, może być to sędzia o niskich walorach intelektualnych, którego strategiczna interpretacja po prostu przerasta. Jest w stanie tylko orzekać w sposób prosty, a w efekcie – przypadkowy. Po drugie, może to być sędzia, któremu brakuje motywacji. Być może byłby w stanie orzekać strategicznie, ale na przeszkodzie staje zwyczajne lenistwo. Wreszcie trzeci sędzia to taki, który celowo wypiera możliwość uprawiania orzeczniczej hermeneutyki strategicznej. Być może czyni tak z powodu lenistwa intelektualnego, a być może z innych powodów, np. z obawy o ocenę ze strony tych, którzy stoją wyżej w hierarchii wspólnoty interpretacyjnej, albo z obawy o potencjalnie ujemne konsekwencje ze strony innych subświatów, od których subświat prawniczy dzieli cieniutka granica minimalnej kultury politycznej.

Zachowanie sędziego opisane powyżej Kennedy określa mianem „zachowania ideologicznie przypadkowego” (*ideologically random behavior*)¹²⁰. Jest przy tym zdania, że należy rozróżnić „to zachowanie ideologicznie przypadkowe zarówno od nieuświadomionego podążania za regułami (*unselfconscious rule-following*) i od ograniczenia przez tekst (*constraint by the text*). Nie jest to nieuświadomione podążanie za regułami, ponieważ sędzia wie, że ma do czynienia z kwestią prawa (*question of law*) i próbuje znaleźć odpowiedź. Nie jest to ograniczenie przez tekst, ponieważ ograniczenie oznacza opór względem usiłowania nadania materiałom określonego znaczenia”¹²¹. W tym fragmencie Kennedy proponuje więc trychotomiczną typologię zachowań sędziowskich, obejmującą: (1) zachowanie ideologicznie przypadkowe, (2) nieuświadomione podążanie za regułami, (3) ograniczenie przez tekst. Pojęcie zachowania ideologicznie przypadkowego było już wyjaśnione wcześniej – sprowadza się ono do niekompetentnego lub leniwego obchodzenia się z materiałami prawnymi, nastawionego na znalezienie odpowiedzi na nurtujące sędziego pytanie prawne bez żadnego zamiaru strategicznego, ale też bez większego wysiłku intelektualnego. Drugie zjawisko, które Kennedy określa mianem „nieuświadomionego podążania za regułami”, Kennedy wyjaśnia nieco wcześniej jako sytuację, w której „nikt nie myśli o alternatywnych interpretacjach reguły. Kiedy fakty zostały ostatecznie ustalone, sędzia w sposób nieuświadomiony stosuje ją w sposób dedukcyjny”¹²². Nieuświadomione podążanie za regułami czy też normami jest więc sytuacją, w której blokada

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*, s. 160.

mechanizmu strategicznego następuje już na poziomie epistemologicznym. Sędzia nie uświadamia sobie bowiem, że mógłby przyjąć inną wykładnię. Brak podjęcia strategicznej pracy hermeneutycznej nie wynika tu ani z lenistwa, ani z innych przyczyn – po prostu sędzia nie zdaje sobie sprawy, że mógłby kwestię wykładni *in casu* problematyzować.

Warto podkreślić, że nie należy mieszać sytuacji nieuświadomionego podążania za normami oraz zachowania ideologicznie przypadkowego nawet wśród sędziów, co do których Kennedy twierdzi, iż są intelektualnie niezdolni do pracy strategicznej. W tym drugim bowiem przypadku dany sędzia uświadamia sobie konieczność poszukiwania interpretacji, jednakże czyni to przy małym rzeczywistym nakładzie pracy interpretacyjnej.

Następnie Kennedy przechodzi do problemu skuteczności strategicznej pracy interpretacyjnej. Zwraca uwagę, że nie zawsze musi być ona uwieczniona sukcesem: „Zawsze można pracować w kierunku osiągnięcia manipulacji (*work at manipulation*), ale może się nie udać osiągnąć zamierzonego celu”¹²³. Następnie stwierdza: „Może być tak, że nie ma »rzeczywistych« okazji do zachowania strategicznego. Być może sędziowie w istocie czasami przyjmują postawę strategiczną (*strategic attitude*). Ale ilekroć to czynią, mogą być albo rozczarowani (*deluded*) tym, co rzeczywiście ma miejsce, ponieważ prawo prowadzi ich w sposób dla nich samych nieuświadomiony, ograniczając ich w ostatecznym rozrachunku do prawidłowej odpowiedzi (*right answer*), albo są oni w złej wierze w mocnym znaczeniu transgresji związanego z rolą ograniczenia w postaci wierności interpretacyjnej. // Nie sądzę, by było możliwe odrzucenie tej możliwości inaczej niż przez odwołanie się do historii krytyki i rekonstrukcji. A historia ta, jak sądzę, pokazuje tylko, iż możliwe jest przyjęcie, że ideologicznie zorientowana praca nieustannie zmienia znaczenie materiałów prawnych – a zatem, że przykłady udanych przejawów zachowania strategicznego są częste. Sędziowie nierzadko proponują przekonujące znaczenia materiałów prawnych, odmienne od przekonującego znaczenia, jakie sędzia o przeciwstawnej agendzie pracy by przedstawił (albo rzeczywiście przedstawił w zdaniu odrębnym)”¹²⁴. Ten dłuższy fragment, który w oryginale jest rozdzielony pomiędzy dwa akapity (oznaczone tu jako „//”), jest kluczowy dla zrozumienia nie tylko tez Kennedy’ego, ale także uzyskania wglądu w jego metodologię badawczą. Jak sam przyznaje we wstępie do pracy *A Critique of Adjudication*, ma ona charakter „metodologicznie eklektyczny. Wykorzystuje pojęcia, techniki i modele wykonawcze (*models of performance*) zaczerpnięte z technicznej analizy prawnej [dogmatyki – R.M.], jurysprudencji, neomarksizmu, socjologii Weberowskiej, semiotyki i strukturalizmu, psychoanalizy, narracji historycznej, Levinasowskiej teorii pola, fenomenologii,

¹²³ *Ibidem*, s. 182.

¹²⁴ *Ibidem*.

fikcji modernistycznej i dekonstrukcji”¹²⁵. Lista to niewątpliwie przebogata, a zważywszy na niezbyt obszerne obudowanie tekstu przypisami, identyfikacja poszczególnych momentów metodologicznych pozostawiona jest erudycji i spostrzegawczości czytelnika. Niemniej jednak, nie podejmując się oczywiście w tym miejscu rekonstrukcji konkretnych inspiracji filozoficznych, które zaważyły na takim, a nie innym ukształtowaniu myśli autora w komentowanym wyżej fragmencie, pragnę zwrócić uwagę na to, co określiłbym osobiście mianem podejścia fenomenologicznego, polegającego na szczególnej formie interakcji pomiędzy analizą socjologiczną (i historyczno-socjologiczną) a analizą pojęciową (teoretyczną). Szczególnie warta podkreślenia jest szczerota intelektualna Kennedy’ego, który przyznaje, z jednej strony, że na płaszczyźnie czysto teoretycznej możliwe byłoby skonstruowanie modelu orzekania, w którym nie byłoby w ogóle miejsca na orzekanie strategiczne, ale zaraz potem, z drugiej strony, dodaje, że historia prawa (*in casu* amerykańskiego czy – szerzej – *common law*) pokazuje, iż jest inaczej. Dochodzimy tu do najważniejszego aspektu budowania filozofii prawa równocześnie na kierunkach: „od filozofii do prawa” i „od prawa do filozofii”, jakim jest konieczność teoretyzowania, nawet jeśli z użyciem narzędzi filozoficznych, opierając się na rzeczywiście istniejącej kulturze prawnej. W naszej kulturze prawnej zdania odrębne nie odgrywały i nie odgrywają takiej roli jak w Stanach Zjednoczonych. Tam, przynajmniej na poziomie Sądu Najwyższego, są one, pod względem konstrukcji i szczegółowości argumentacji, prawdziwymi kontrwyrokami, nieraz sygnowanymi przez czterech spośród dziewięciu sędziów, a więc mającymi także wysoki walor prawny, nawet jeśli – co oczywiste – nie są źródłem prawa (w odróżnieniu od opinii sądu sygnowanej przez pięciu spośród dziewięciu sędziów). U nas zdania odrębne, nawet jeśli się pojawiają, to raczej mają postać rachityczną; wyjątkiem bywa tu – ale nieregularnie – Trybunał Konstytucyjny. Zmierzam do tego, że tak jak zrozumienie koncepcji „pracy w łańcuchu” Dworkina i Fisha wymaga znajomości kultury prawa precedensowego, tak też i koncepcje Kennedy’ego są głęboko zakorzenione w fenomenologii jurydyczności na gruncie amerykańskiej kultury prawnej. Powracające w tej pracy pytanie o ich adekwatność w naszych warunkach nie może być pozostawione bez odpowiedzi. Sądzę jednak, że pomimo odmienności strukturalnych obu kultur prawnych nie można *a limine* wykluczać modelu strategicznego tylko dlatego, że – mówiąc kolokwialnie – „my mamy kodeks, a oni – precedensy”. Jest tak nie tylko dlatego, że kultury prawne się do siebie nieuchronnie zbliżają, czego świadectwem jest zyskujący powoli status hegemoniczny kompleks ideologii orzekania kładących nacisk na dyskursywność (których korelatami są omówione powyżej etyki prawnicze: modelu dyskursywnego i holistycznego), ale też dlatego, że niezależnie od mniejszych lub większych odmienności związanych z konkretnym systemem oficjalnie przyjętych i *de fac-*

¹²⁵ *Ibidem*, s. 15.

to stosowanych źródeł prawa pewne podstawowe problemy są wspólne, by wymienić choćby niedookreśloność języka czy niezdolność materiałów prawnych do przewidzenia wszystkich możliwych ewentualności; właściwości te są wszak wspólne i dla precedensu, i dla przepisu ustawy.

Kennedy proponuje trzy modele sędziów wyróżnione według zachowania strategicznego, a są to: (1) ograniczony sędzia-aktywista, (2) sędzia dzielący po równo, (3) sędzia dwubiegunowy.

Zacznijmy najpierw od sędziego-aktywisty, który jest niewątpliwie wzorem etycznym postulowanym przez Kennedy'ego. „Taki sędzia nie ma intencji nieposłuszeństwa wobec prawa. To, co czyni go ograniczonym aktywistą, jest fakt, że wkłada ogromną ilość czasu i energii w wypracowanie wykładni prawa, która będzie odmienna od tego, co najmniej wydawało się najlepsze. (...) Sędzia taki czasem odnosi sukces, a czasem nie. Gdy ponosi porażkę, w pełni (*ungrudgingly*) stosuje normę, która różni się od jego ustawodawczych preferencji. Innymi słowy, niezależnie od tego, jaką normę sędzia ten ostatecznie zastosuje w sprawie, będzie to najlepsza możliwa interpretacja prawna, jaką mógł on znaleźć w materiałach. Sędzia taki pisze uzasadnienia, które są formalnie »prawnicze« (*legal*) i równocześnie odzwierciedlają jego szczerą wiarę, że prawo wymaga rezultatu, który sędzia osiągnął”¹²⁶.

Sędzia-aktywista nie jest więc kimś, jak w rozpowszechnionym rozumieniu tego słowa, kto przekracza granice swojej sędziowskiej roli, kto tworzy prawo w sytuacji, gdy nie powinien, wkraczając w domenę nieprzeznaczoną dla sądów¹²⁷. W ujęciu Kennedy'ego aktywizm mieści się w normalnym zakresie roli zawodowej sędziego; tym, co go wyróżnia na tle innych modeli wykonywania tej roli, jest świadome i celowe korzystanie z zasobów interpretacyjnych, jakie są mu dostępne. Sędziego-aktywistę Kennedy przeciwstawia sędziemu-centryście i sędziemu dwubiegunowemu, o czym za chwilę. Najpierw bowiem wydaje mi się celowe przybliżenie rozróżnienia w obrębie modelu sędziego aktywisty, jakie Kennedy wprowadził już później, w artykule opublikowanym w 2014 r.¹²⁸

Przed wszystkim w tekście tym Kennedy nie posługuje się pojęciem aktywisty (*activist*), ale używa odmiennego określenia – jurysta liminalny (*liminal jurist*)¹²⁹. Określenie to pochodzi od granicy (*limit*), jaka oddziela (bądź nie) od siebie subświat polityki i subświat prawny. Termin nawiązuje do danych socjologicznych dotyczących genezy tej grupy prawników. Jak pisze Kennedy, „Gdy inteligencje ideologiczne zdały sobie sprawę, że władza sądownicza jest klu-

¹²⁶ D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, s. 183.

¹²⁷ Por. T. Stawecki, *Aktywizm i pasytywizm sędziowski*, [w:] *Leksykon etyki...*, s. 5–17.

¹²⁸ D. Kennedy, *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, „Law and Critique” 2015, t. 25, z. 1.

¹²⁹ *Ibidem*, s. 114.

czowa dla sukcesu lub porażki, nie mówiąc już o codziennym prowadzeniu ich projektów, uformowały swoich własnych specjalistów prawnych. Początkowo byli to liberałowie [czyli socjaldemokraci – R.M.], czasem obrońcy projektu społecznego, a czasem jego krytycy o orientacji prawicowej¹³⁰. Liminalność tej grupy prawników wynika z ich położenia: „rozumieją się oni sami i są rozumiani przez innych, którzy mają odpowiednią wiedzę, że są położeni dokładnie na przecięciu »zewnętrznych« projektów ideologicznych i »wewnętrznych« wymogów formy prawnej. Czasami ich klientami są ideologicznie zdefiniowane, zorganizowane grupy interesu, ale czasami »reprezentują« interesy rozproszone, które amalgamują sami dla własnych potrzeb, na przykład poprzez pozwy grupowe”¹³¹. Pod względem socjologicznym zatem juryści liminalni położeni są na granicy między subświatem politycznym a subświatem prawnym, a właściwie są swego rodzaju „wtyczką” świata politycznego wetkniętą w świat prawny. Są więc podmiotami z zewnątrz, które przybywają do subświata prawnego ze z góry określonym programem ideologiczno-politycznym.

Powstaje zatem pytanie, czy kategorię jurystów liminalnych z eseju *The Hermeneutic of Suspicion...* z 2014 r. można utożsamić z kategorią sędziogo-aktywisty z wcześniejszych publikacji Kennedy’ego, a w szczególności z *opus magnum* – *A Critique of Adjudication*. Wydaje się, że na tak postawione pytanie odpowiedź może być jedna – zbiory te się przecinają, tzn. częściowo pokrywają, a częściowo nie. Jak bowiem zauważa sam Kennedy, „Część z nich zostanie sędziami i, co do zasady, jak oświadczają na swoich przesłuchaniach zatwierdzających, całkowicie przekraczają granicę i wkraczają w świat prawa, rozumiany jako przeciwieństwo projektu ideologicznego. Więcej spośród nich zostaje profesorami prawa i przekracza granicę, wchodząc w obszar naukowego obiektywizmu (!)”¹³². Już zatem z tego tylko zdania można wywnioskować, że część jurystów liminalnych zostanie sędziami-aktywistami, a część nie. Można też założyć, że część sędziów-aktywistów nie ma za sobą okresu pracy w charakterze adwokatów liminalnych. Oczywiście, wkraczamy tu znów w obszar niuansów kultury prawnej Stanów Zjednoczonych, gdzie kariera sędziowska jest ukoronowaniem kariery adwokackiej lub prokuratorskiej, a nie alternatywną ścieżką kariery dla prawniczej młodzieży, jak w modelu kontynentalnym. Trudno sobie w realiach polskich wyobrazić aktywistę społecznego, który został adwokatem, a następnie sędzią. Już sam wybór zawodu sędziego w bardzo młodym wieku (zaraz po studiach) powoduje, że decydują się na to osoby o określonej dyspozycji psychicznej i charakterologicznej, co może przyczyniać się do niedrożności kanałów reprezentacji społecznej poprzez sądownictwo (model sędziego-biurokraty, socjalizowanego od młodości przez instytucję, nieposiadającego innych

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem* (wykrzyknik w oryginale).

relewantnych form doświadczenia zawodowego). Remedium na to zjawisko może stanowić powoływanie sędziów społecznych, ale o tym mowa będzie w kolejnym rozdziale poświęconym legitymizacji.

Powracając do kwestii relacji pomiędzy kategorią jurysty liminalnego i sędziego-aktywisty, należy zauważyć, że zasadniczo jurysta liminalny, o ile zostanie sędzią, będzie sędzią-aktywistą, natomiast nie każdy sędzia-aktywista wywodzi się koniecznie ze środowisk jurystów liminalnych.

W obrębie kategorii jurysty liminalnego Kennedy dokonuje istotnego dwupodziału, wprowadzając kategorie prawników służących sprawie (*cause lawyers*) oraz wyznawców (*believers*). Co się tyczy „prawników służących sprawie”, Kennedy pisze tak: „przyznają oni, że tylko »udają«, że wierzą, iż źródła determinują właściwe odpowiedzi w sposób, który wyklucza ideologię. Świadomie manipulują dyskursem prawniczym w pożądanym kierunku, ale akceptują obowiązek posłuszeństwa w dobrej wierze, gdy nie ma prawnie akceptowalnej podstawy dla ideologicznie poprawnego wyniku [sprawy], w nadziei, że nie zdarzy się w zbyt wielu przypadkach albo w zbyt strasznych przypadkach. Postrzegają oni sędziów jako legitymnie potężnych, ale także znacząco ograniczonych aktorów politycznych”¹³³. Nie jest tak, że *cause lawyer* przyjmuje na prawo wyłącznie zewnętrzny, pozainstytucjonalny punkt widzenia, posługując się swoim profesjonalnym instrumentarium nie według wewnętrznej logiki prawa, ale wyłącznie w celu realizacji danego projektu ideologicznego. *Cause lawyer* łączy dwie lojalności instytucjonalne – prawniczą (kultura prawnicza) i polityczną (ideologia). Tym więc, co odróżnia *cause lawyer* od nihilisty prawnego, jest łączenie wewnętrznego i zewnętrznego punktu widzenia na prawo, tzn. traktowanie go jako gry, w której pewne chwytły są dozwolone, inne nie, natomiast celem gry jest osiągnięcie określonego rezultatu, a nie tylko przestrzeganie reguł. Prawnika zaangażowanego (*cause lawyer*) możemy więc porównać do piłkarza, który przestrzega zasad *fair play*, ale w ich granicach robi wszystko, żeby wygrać. Oczywiście, powstaje pytanie, czy takie założenie – akceptowalne dla etyki adwokackiej – może być też punktem wyjścia do konstruowania etyki sędziowskiej. Kennedy udziela tu odpowiedzi twierdzącej, ale wymaga to niewątpliwie dokładnego uzasadnienia, które przedstawię dalej.

Tymczasem kategorię *cause lawyer* Kennedy rozbija na kolejne dwie: realistycznego prawnika służącego sprawie (*'realist' cause lawyer*) oraz zaprzeczającego prawnika służącego sprawie (*cause lawyer in denial*).

Realistyczny prawnik służący sprawie (*realist cause lawyer*) to jurysta, który „jest samoświadomym aktorem ideologicznym, który rozumie, że to, co czyni, narusza najbardziej rozpowszechnione pojmowanie legitymowanego zachowania prawniczego. Może widzieć się jako przestępca działający na rzecz dobra, albo też bardziej prawdopodobnie jako robiący to, co juryści powinni robić

¹³³ *Ibidem*, s. 114–115.

i co zawsze robili”¹³⁴. Realistyczny prawnik służący sprawie może też uprawiać ketman, zaprzeczając ideologicznej motywacji swojej pracy prawniczej wobec audytorium¹³⁵.

Zaprzeczający prawnik służący sprawie (*cause lawyer in denial*) to szczególna kategoria: „Podąża on drogą ideologicznie zdeterminowanej pracy w sposób nieświadomy. Albo ma silne pragnienie działać ideologicznie, jednakże udaje mu się opanować to pragnienie poprzez wyparcie. (...) Jego nieświadomość nie jest bynajmniej kwestią niewiedzy o potencjalnej roli polityki w wyroku sędziowskim. Wręcz przeciwnie. Właśnie dlatego, że zdaje sobie sprawę, iż możliwa jest infleksja konkluzji procesu rozumowania poprzez wybór ścieżki pracy, a także dlatego, że zdaje sobie sprawę, iż taka praktyka narusza formalne ujęcie roli (i oburza część jego audytorium), zaprzecza własnej pracy (albo tylko swojemu własnemu pragnieniu, jeżeli stawia mu opór. ...) Broni swoich konkluzji jako prawidłowych zastosowań wykładni językowej, precedensu, indukcji/dedukcji lub ważenia. Ideologia nie ma z tym nic wspólnego”¹³⁶.

Tymczasem przejdźmy do drugiej podkategorii *cause lawyers*, tj. wyznawców (*believers*). Jak pisze Kennedy, „wydają się oni działać z założeniem, że prawo w sposób immanentny nakazuje swoje własne przekształcenie w sposób odpowiadający ich partykularnym projektom ideologicznym. Uniwersalizacyjne roszczenia projektu są prawdziwe (...) i tak się składa, że prawo już zawiera prawdę, przynajmniej jeśli chodzi o pracę interpretacyjną. (...) Metoda konstrukcji jest zasadniczym narzędziem tej grupy. Idea polega na tym, że wewnętrzna analiza korpusu prawnego ujawnia, iż jego decydującymi elementami są zasady normatywne (np. prawa człowieka albo efektywność), w których ważność wierzą oni sami. Konstrukcja może przybierać postać indukcji/dedukcji albo lokowania decydujących zasad teleologicznych”¹³⁷. Różnica pomiędzy prawnikiem służącym sprawie a wyznawcą jest zasadnicza i sprowadza się do stosunku do relacji pomiędzy prawem a ideologią: dla wyznawcy prawo jest ideologią, tzn. jest z nią tożsame. Dla *cause lawyer* prawo z ideologią bynajmniej tożsame nie jest, wymaga natomiast pracy w tym kierunku, w granicach dyskursu prawniczego, i pracę taką zaangażowany prawnik podejmuje.

Wyznawca, inaczej mówiąc, nie dostrzega własnej ideologiczności. „Jego silne, świadome poświęcenie dla prawniczej prawidłowości jego własnego rozwiązania dobrze współgra z różnie silnym naciskiem na prawniczą błędność [stanowiska] oponenta. W każdym przypadku zaprzecza się ontologicznej

¹³⁴ *Ibidem*, s. 131.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*, s. 115.

niestabilności: w sprawie aktora odczuwana konieczność jest rzeczywistą koniecznością, a w sprawie drugiej strony – podnoszona konieczność jest po prostu błędem”¹³⁸.

Ostatecznie więc typologię postaw sędziowskich według Kennedy’ego można ująć następująco:

- 1) sędzia-aktywista – strateg (*cause lawyer*),
- 2) sędzia-aktywista – strateg zaprzeczający (*cause lawyer in denial*),
- 3) sędzia-aktywista – wyznawca (*believer*),
- 4) sędzia-aktywista w złej wierze,
- 5) sędzia dwubiegunowy,
- 6) sędzia centrysta,
- 7) sędzia ideologicznie przypadkowy.

Poza tą listą należałoby jeszcze wskazać na:

- 8) sędziego cynika.

Podsumujmy zatem podstawowe wyznaczniki sześciu zidentyfikowanych modeli.

Sędzia aktywista-strateg (w obu wariantach) zdaje sobie sprawę z plastyczności medium, jakim jest prawo, i celowo podejmuje pracę interpretacyjną, aby ulepić z tej plastycznej masy orzeczenie, które spełnia jego oczekiwania ideologiczne. Niemniej jednak, ponieważ jest *bona fide* sędzią, jest gotowy poddać się normie prawnej, która nie podda się jego plastycznej obróbce¹³⁹.

Sędzia aktywista-wyznawca różni się od stratega tym, że ideologia determinuje nawet jego postrzeganie prawa, zgodnie z modelem opisanym przez Freuda jako neurotyczna zazdrość. Sędzia aktywista-wyznawca projektuje bowiem na materiał prawny własne oczekiwania ideologiczne i jest szczerze przekonany o tym, że prawo jest po jego stronie, co należy tylko odpowiednio i przekonująco uzasadnić. Dla aktywisty-wyznawcy prawo nie jest plastycznym medium; jego ontologia jest twarda i odpowiada konkretnej wizji ideologicznej. Kennedy uważa, że model aktywisty-wyznawcy dotyczy w szczególności zwolenników ekonomicznej analizy prawa i praw człowieka (oczywiście, ich wizje prawa są radykalnie sprzeczne). Ci pierwsi uważają, że w prawie pozytywnym obowiązuje naczelną zasadą efektywności; ci drudzy uznają, że prawa podstawowe są zasadniczą strukturą prawa, której służy reszta porządku normatywnego.

Jako czwartą figurę proponuję ująć sędziego w złej wierze. Pojawia się on w pismach Kennedy’ego nieco marginalnie, jednak w moim przekonaniu zasługuje na większą uwagę. Odpowiada w zasadzie konstruktorowi *critical legal studies* będącemu „słomianą kukłą” w polemicznym dyskursie pozytywizmu. Sędzia *mala fide* to ktoś, kto z góry wyklucza się z kultury prawnej, uznając ją za pozory, których musi przestrzegać w stopniu, w jakim jest to konieczne, by nadal

¹³⁸ *Ibidem*, s. 132.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 114.

móc wykonywać swoją społeczną rolę. Realizuje swój ideologiczny program nie w medium prawa, ale jedynie z zachowaniem pozorów prawa. Nie uważa on kultury prawnej za wartość, gdyż jedynym jego celem jest realizacja projektu ideologicznego. Taki jest właśnie obraz sędziów-aktywistów malowany przez krytyków. Kennedy’ego natomiast taki model w ogóle nie interesuje, bowiem – podobnie jak ostatni model, sędziego-cynika – mieści się on praktycznie poza zakresem kultury prawnej, a co za tym idzie – poza zakresem zainteresowania etyki prawniczej czy filozofii prawa.

Piątą figurą jest sędzia dwubiegunowy. Co ciekawe, na poziomie epistemologicznym jest on tożsamy ze strategiem (figura 1). Zdaje sobie sprawę, że prawo jest plastycznym medium i że można je kształtować ideologicznie. Przyjmuje więc, tak jak sędzia-strateg, plastyczną ontologię prawa. Odmienne jednak niż sędzia-strateg, sędzia dwubiegunowy nie ma sprecyzowanej agendy ideologicznej. Nie realizuje żadnego projektu, chociaż dostrzega istnienie różnych projektów wokół siebie. Podąża więc raz za jednym, raz za drugim projektem, co właśnie czyni go „dwubiegunowym”. Różnica pomiędzy sędzią dwubiegunowym a sędzią ideologicznie przypadkowym jest taka, że ten ostatni – o którym zaraz będzie mowa – stara się być na ideologię agnostyczny, przypadkowość jest więc w jego przypadku faktycznie kwestią losową, a nie kwestią ciągłych reorientacji od jednego do drugiego biegunu ideologicznego.

Szosta figura to sędzia-centrysta. Podobnie jak sędzia-strateg i sędzia dwubiegunowy przyjmuje on plastyczną ontologię prawa i uznaje rolę ideologii na gruncie ontologii społecznej prawa. Podobnie jak sędzia dwubiegunowy, ale odmiennie niż strateg, nie ma sprecyzowanych preferencji ideologicznych albo pomimo ich posiadania uważa, że powinien je „zawiesić na kołku”, gdy wchodzi na salę sądową. Tym, co go wyróżnia, jest płaszczyzna pragmatyczna – o ile sędzia dwubiegunowy skacze ze skrajności w skrajność, o tyle centrysta stara się wywierać konfliktujące ideologie.

Siódma figura to wspomniany już sędzia przypadkowych ideologicznych wyborów. Różni się od pozostałych dość istotnie. Przede wszystkim nie uznaje roli ideologii jako bytu w świecie społecznej ontologii prawa. Porusza się więc na ślepo, w odróżnieniu od działających celowo stratega, sędziego dwubiegunowego i centrysty. Efekty jego pracy łączą go zapewne z sędzią dwubiegunowym, aczkolwiek nie jest on w stanie świadomie równoważyć wyborów ideologicznych jak ten ostatni. W efekcie więc jego orzecznictwo cechuje ideologiczny chaos, a rządzi nim przypadek. Podłożem pragmatycznym może być tu zwykle lenistwo, jednakże często jest to po prostu ideologiczny agnostycyzm.

Ósma figura to sędzia-cynik, o którym Kennedy nie wspomina. Z sędzią w złej wierze łączy go stosunek do prawa (nihilizm), jednakże w przypadku cynika odpada element ideologiczno-strategiczny. Sędzia cynik jest nihilistą prawnym i nihilistą ideologicznym jednocześnie. Postrzega swoją rolę jedynie w płaszczyźnie osobistych lub grupowych korzyści. Jest to zdegenerowana forma sędziego

przypadkowych ideologicznych wyborów. Jego orzeczenia mogą być przypadkowe, mogą być bezmyślnym naśladownictwem (tradycji albo innych sędziów), wreszcie mogą być przedmiotem politycznych zamówień oraz korupcji. Sędzia taki na płaszczyźnie ontologicznej neguje istnienie prawa jako odrębnej od polityki i ekonomiki instytucji społecznej (podobnie jak sędzia *mala fide*), ale do tego przyjmuje nie postawę idealistyczną (jak sędzia *mala fide*), ale całkowicie cyniczną.

Omówione osiem typów sędziów nieprzypadkowo ustawiłem w określonej kolejności. Nie ukrywam, że najbliższy jest mi wzorzec sędziego aktywisty-stratega, który w sposób realistyczny ocenia kulturę prawniczą oraz granice swojej władzy dyskrejonalnej i w ich ramach podejmuje w dobrej wierze działania nakierowane na maksymalną realizację zasady sprawiedliwości w orzekaniu. Dokładnie tam, gdzie dysponuje luzami decyzyjnymi, działa zgodnie z tym, co uważa za sprawiedliwe. Oczywiście, nie ma abstrakcyjnej sprawiedliwości, są jedynie konkretne wizje formułowane na gruncie poszczególnych ideologii. Sędzia ten szczerze wierzy w określoną ideologię i realizuje ją.

Drugi typ jest *second best choice*, bowiem skażony jest on brakiem realizmu prawnego. Neurotyczne implikowanie prawu treści, których w nim nie ma, powoduje, że sędzia taki jest niewiarygodny. Utożsamia on prawo z wyznawaną przez siebie ideologią, przez co neguje jego odrębność. Niemniej ma pozytywny stosunek do kultury prawniczej i świadomie realizuje ideały sprawiedliwości, co przemawia na jego korzyść.

Z pewnym wahaniem umieszczam kolejny typ – sędziego *mala fide* – na wysokiej, trzeciej lokacie. Pomimo jego cynicznego stosunku do kultury prawniczej, kieruje się on bowiem szczytnymi ideałami sprawiedliwości, którą stara się realizować pomimo negowania wartości kultury prawniczej jako takiej. W rzeczywistości istniejącej strukturze społecznej jego cynizm jest mitygowany przez oczekiwania wspólnoty interpretacyjnej, dlatego w efekcie może się okazać nie aż tak bardzo destrukcyjny dla kultury prawniczej, jak mogłoby się wydawać *prima facie*.

Kolejne trzy modele umieszczam *ex aequo*. Dwubiegunowość, centryzm i ideologiczną przypadkowość łączy bowiem zasadniczy problem natury etycznej, jakim jest ucieczka od osobistej odpowiedzialności za podejmowane decyzje, *in casu* w ich wymiarze ideologicznym i politycznym. W pewnym więc sensie mamy tu powrót do etyki pozytywistycznej, czyli opisywanej przez Przemysława Kaczmarska etyki wykonawcy poleceń, albowiem strona podmiotowa pracy prawniczej zostaje tu, jeśli nie wyparta, to mocno ograniczona. obrońcy modelu holistycznego czy dyskursywnego mogliby, oczywiście, wskazywać, że sędzia kierować się będzie wyważeniem racji różnych ustawodawców realnych (holizm), czy też będzie dążyć do osiągnięcia społecznego konsensusu (dyskursywizm).

Próbie rozwiązania problemu wyparcia podmiotowości interpretatora zawiera przywołana już w rozdziale II propozycja Pawła Jabłońskiego i Przemysława Kaczmarska uznania, że na dole i na górze drabiny granic władzy dyskrejonalnej znajduje się aksjologia – na górze jest to moralność polityczna społeczeństwa, na

dole – osobisty wybór aksjologiczny sędziego. Podobnie jak przy dialogicznej etyce prawniczej, uważam to za dobry krok, ale w niewłaściwym kierunku. Dobry, bo podkreślający etyczny wymiar roli sędziego, i to zarówno w ujęciu intersubiektywnym (moralność publiczna), jak i subiektywnym (indywidualny osąd etyczny i estetyczny). Jednakże idący w niewłaściwym kierunku, bowiem z jednej strony model Jabłońskiego i Kaczmarka odsyła do ideologii hegemonicznej (z jaką identyfikuję moralność publiczną), a zatem ma funkcję legitymizowania i konserwowania *status quo*; z drugiej, etyczno-estetyczny moment podmiotowy, na który trafnie zwracają uwagę, także nie zostaje w dostatecznym stopniu zakorzeniony w konkretnym programie ideologicznym.

Tabela. Typy sędziów według Duncana Kennedy'ego

Typ sędziego	Ontologia prawa	Ideologia a prawo	Samo-świadomość	Punkt widzenia
1. Aktywista-strateg (<i>cause lawyer</i>)	Prawo jest plastycznym medium	Prawo jest otwarte na różne ideologie	Realizacja projektu ideologicznego w granicach medium	Wewnętrzny i zewnętrzny – oba uświadomione
2. Zaprzeczający prawnik służący sprawie (<i>cause lawyer in denial</i>)	Prawo jest plastycznym medium	Prawo jest otwarte na różne ideologie	Wierność prawu (brak dylematu prawo <i>versus</i> ideologia poprzez wyparcie ideologii we własnej pracy)	Wewnętrzny uświadomiony, zewnętrzny wyparty
3. Wyznawca (<i>believer</i>)	Prawo wymaga pracy interpretacyjnej, ale jest zgodne z wyznawaną ideologią (już zawierającą odpowiedź)	Prawo jest wyrazem danej ideologii	Wierność prawu (brak dylematu prawo <i>versus</i> ideologia poprzez utożsamienie prawa z wyznawaną ideologią)	Wewnętrzny, tożsamy z zewnętrznym
4. Aktywista w złej wierze	Prawo jest częścią polityką, jako takie nie stawia oporu (nihilizm prawny)	Należy realizować projekt ideologiczny w formach prawnych	Realizacja projektu ideologicznego	Wyłącznie zewnętrzny
5. Sędzia dwubiegunowy	Prawo stawia opór, ale wymaga wykładni	Prawo jest otwarte na różne ideologie	Próby rozstrzygnięcia „raz na lewo, raz na prawo”	Wewnętrzny

6. Centrysta	Prawo stawia opór, ale wymaga wykładni	Prawo jest otwarte na różne ideologie	Próby poszukiwania złotego środka między ideologiami	Wewnętrzny
7. Ideologicznie przypadkowy	Prawo stawia opór, ale wymaga wykładni	Prawo jest wolne od ideologii	Ideologia nie odgrywa roli w orzekaniu	Wewnętrzny
8. Cynik	Nihilizm prawny	Obojętność ideologiczna	Rola zawodowa służy realizacji interesów osobistych	Całkowicie zewnętrzny

Źródło: opracowanie własne na podstawie D. Kennedy, *A Critique of Adjudication...*; idem, *Legal Reasoning...* uzupełnione figurą sędziego-cynika (koncepcja własna).

Przyczyną, dla której zarówno podejściom tradycyjnym (pozytywizm, model dyskursywny), jak i nowym propozycjom teoretycznym (jurscentryzm, holizm, dialogiczna etyka prawnicza) umyka kluczowy aspekt etyki sędziowskiej, jest, jak sądzę, wspólne dla tych podejść wypieranie polityczności. Wyparta polityczność oczywiście powraca jako symptom, bowiem orzeczenia sądowe są p o l i t y c z n e, jednakże poprzez odmowę umieszczenia tego elementu w konstruowanym schemacie brak jest narzędzi pozwalających żywić polityczności (Lacanowskie Realne) okiełznać. Sędzia kierujący się *bona fide* receptami przywołanych modeli etycznych może albo uciekać w mechanizm zaprzeczenia i twierdzić, że orzekanie i polityczność są poza zakresem orzekania, albo też – dostrzegając pęknięcie w teorii – przejść nad tym do porządku dziennego. Może też próbować na własną rękę dokonywać równoważenia sprzecznych ideologii i antagonizmów, działając jako sędzia dwubiegunowy albo centrysta.

Jednakże z perspektywy demokracji żaden z tych modeli nie może zostać uznany za zadowalający. Jest tak dlatego, że nie jest możliwe efektywne rozliczanie sędziego z podejmowanych przez niego decyzji. Możliwość taką daje dopiero model politycznej etyki orzekania, który zakłada, że punktem wyjścia dla etyki jest polityczność i dopiero po podjęciu decyzji politycznej możliwe jest konstruowanie modeli etycznych, a następnie, przy ich przestrzeganiu, wykonywanie roli zawodowej.

3.4. Propozycja teoretyczna Lindroos-Hovinheimo

W rozdziale omawiającym propozycje teoretyczne z zakresu etyki sędziowskiej wychodzące od badaczy zaliczanych do kręgu krytycznej filozofii prawa nie mogłoby zabraknąć zwięzłego choćby przytoczenia głównych tez fińskiej badaczki Susanny Lindroos-Hovinheimo, zdecydowanej zaliczającej się do postmodernistycznych i krytycznych nurtów współczesnej jursprudencji. Propozycja

ta sformułowana została w pierwszej chyba monografii poświęconej wyłącznie etyce wykładni prawa, jaką jest praca *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, która ukazała się w 2012 r.¹⁴⁰ Fińska krytyczna filozofka prawa praktycznie nie nawiązuje – poza jednym przypisem – do prac Duncana Kennedy’ego¹⁴¹. Jej głównym punktem odniesienia jest natomiast filozofia Jacques’a Derridy, a także Ludwig Wittgenstein, Hans-Georg Gadamer, Emmanuel Levinas oraz Simon Critchley. Podobnie marginalnie zostaje potraktowany, omówiony wcześniej, projekt Douzinasa i Geareya¹⁴². Można więc przyjąć, że praca Lindroos-Hovinheimo stanowi autorską próbę skonstruowania krytycznej etyki interpretacji, polegającej na ruchu „od filozofii (Derridy) ku prawu”, by nawiązać do słynnej formuły Zirka-Sadowskiego, jednakże – jak zauważa Skuczyński – „jej ujęcie w sposób zamierzony odbiega od oryginalnej myśli filozofa”¹⁴³.

Punktem wyjścia dla rozważań Lindroos-Hovinheimo jest konstatacja o faktycznym bankructwie tradycyjnych założeń o wykładni, tj. tekstualizmu i intencjonalizmu. Tekstualizm odrzuca ona *a limine*, stwierdzając wręcz, że „Język czyni wykładnię prawa trudną, ponieważ nie ma żadnych definitywnych znaczeń. Żadna wypowiedź nie ma jednego, ścisłego znaczenia, a teksty mogą być zawsze interpretowane na wiele sposobów”¹⁴⁴. Jej zdaniem próba uzasadnienia wykładni tekstu semantyką ma charakter fikcji, z którą koniecznie należy zerwać¹⁴⁵. Proponuje zatem podejście, które określa mianem postsemantycznego¹⁴⁶. Sceptycznie odnosi się też do intencjonalizmu, wskazując, że „nie może być powrotu do wąskiego rozumienia interpretacji, w ramach którego znaczenie definiuje się jako pierwotny zamysł (*original intent*) ustawodawcy albo strony zawierającej umowę”¹⁴⁷. Co więcej, w jej przekonaniu „Podejścia, które kładą

¹⁴⁰ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Routledge, New York 2012. Zob. artykuł recenzyjny P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa...*

¹⁴¹ Zob. S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*, s. 158, przyp. 1, gdzie zostaje powołane *opus magnum* Kennedy’ego – *Critique of Adjudication*. Autorka w jednym akapicie streszcza tezy książki i – co charakterystyczne – nie powraca już więcej do Kennedy’ego w dalszej części monografii.

¹⁴² Lindroos-Hovinheimo odwołuje się do myśli Douzinasa i Geareya w zasadzie tylko na s. 123, gdzie przytacza ich krytykę Dworkina i Jamesa Boyda White’a. Poza tym myśli zawarte w ich *opus magnum* nie stanowią dla niej punktu odniesienia.

¹⁴³ P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa...*, s. 358.

¹⁴⁴ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*, s. 1. Por. Z. Pułka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000, s. 95: „w wielu przypadkach znaczenie terminów występujących w języku ma charakter okazjonalny, co oznacza, że jest ono uzależnione od językowego i pozajęzykowego kontekstu użycia określonych wyrażeń”.

¹⁴⁵ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*, s. 2.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 1–9.

¹⁴⁷ *Ibidem*, s. 5.

nacisk na wspólną interpretacyjną albo na wartości pozaprawne, są równie problematyczne¹⁴⁸, jednakże bliżej nie uzasadnia tego poglądu.

Etykę interpretacji autorka sprowadza do dwóch podstawowych tez. Pierwsza brzmi: „interpretator musi mieć określone podejście do tekstu, aby w ogóle go zrozumieć. Podejście to najlepiej określić mianem etycznego. Określono je jako »odpowiedzialność tekstualną« (*textual responsibility*)¹⁴⁹. Nawiązując do myśli Umberta Eco, Lindroos-Hovinheimo rozróżnia trzy „czynniki interpretacji” w postaci autora tekstu, samego tekstu oraz odbiorcy tekstu¹⁵⁰. Etyczny stosunek interpretatora do tekstu określa jako „otwartość i szacunek”¹⁵¹.

Zgodnie z drugą tezą „szczególnie w polu prawnym, gdzie wykładnia wpisuje się w żądanie sprawiedliwości, występuje wyzwanie polegające na tym, że wykładnia ma miejsce w określonym miejscu i czasie. Jest to równoznaczne z tym, co określono jako »odpowiedzialność sytuacyjną« (*situational responsibility*). Idea polega na tym, że będąc odpowiedzialną, dana wykładnia tego tekstu w tej sytuacji jest również słuszna i prawidłowa, to jest tak poprawna, jak tylko może być. Ostatecznie nie ma innych kryteriów poprawnej wykładni tekstu prawnego¹⁵². Jak zauważa Skuczyński, Lindroos-Hovinheimo kładzie nacisk na „performatywny charakter wykładni, tzn. że interpretacja jest decyzją interpretatora, za którą ponosi on moralną odpowiedzialność”¹⁵³.

4. Uwagi podsumowujące

Tym, co niewątpliwie łączy przedstawione wyżej trzy podejścia do etyki sędziowskiej właściwe krytycznej filozofii prawa, jest nacisk położony przede wszystkim na treść, a nie formę orzekania oraz związana z tym niechęć wobec deontologii i innych prób formalistycznego potraktowania etyki sędziowskiej. Odróżnia to równocześnie ujęcia krytyczne od ujęcia pozytywistycznego i innych ujęć niekrytycznych. Krytyczny sędzia powinien więc, by nawiązać znów do Alaina Badiou, nie ustawać w swoim dążeniu do sprawiedliwości¹⁵⁴. Powinien

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 159.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 71.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, s. 159–160.

¹⁵³ P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa...*, s. 369.

¹⁵⁴ Odnosząc się do zastanego w nauce podziału na etykę deontologiczną, etykę konsekwencji i etykę cnót (zob. np. T. Pietrzykowski, *Etyczne...*, s. 45 i n.), sądzę, że propozycje omówione w poprzednim paragrafie lokują się najbliższej etyki cnót. Jak wskazuje bowiem Oktawian Nawrot, etykę cnót charakteryzuje „ponowna koncentracja na podmiocie czynów, w szczególności na jego dyspozycjach moralnych” (O. Nawrot, *Dobry sędzia jako kamień węgielny wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersy-

jednak zważać na wszystkie trzy postaci Zła zidentyfikowane przez francuskiego filozofa, a więc nie tylko pozór, czyli wierność wobec fałszywego wydarzenia (prawa pozytywnego jako „zamkniętej partykularności”¹⁵⁵) i zdradę (rezygnację z dążenia do sprawiedliwości w imię korzyści osobistych, awansu, wygody, „rozmienienia się na drobne”¹⁵⁶), ale także musi „unikać katastrofy, czyli wiary w totalną moc prawdy”¹⁵⁷. Warto pochylić się nad tym ostatnim momentem, najmniej spośród trzech postaci Zła oczywistym. Jak pisze Badiou, „Dobro jest Dobrem tylko wtedy, gdy nie zamierza czynić dobrym świata. Jego jedyną formą istnienia (bytem) jest nawiedzenie sytuacji przez pojedynczą prawdę. (...) Każda absolutyzacja mocy prawdy prowadzi do Zła. Zło (...) nie potrafiąc zachować w kompozycji swego podmiotu podwójnego charakteru interesów (bezinteresownego interesu i interesu jako takiego) – przerywa ostatecznie proces prawdy, w imię którego działa. Dlatego właśnie nazywamy tę postać Zła k a t a s t r o f ą, katastrofą prawdy, wynikającą z absolutyzacji jej mocy”¹⁵⁸. Myśl tę można, jak sądzę, odnieść do sędziowskiej etyki orzekania i jej prawdy – sprawiedliwości – odczytując ją przede wszystkim jako wezwanie do umiarkowania i przestrożę przed wszelką próbą totalizacji dążenia do sprawiedliwości, które może, w razie nadmiernych ambicji, przerodzić się w totalitarną katastrofę. Dlatego tak ważne jest rozróżnienie, jakie wśród zrekonstruowanych w ramach modeli sędziego w ujęciu Kennedy’ego poczyniłem pomiędzy (1) „ograniczonym sędzią-aktywistą” (*restraint activist judge*), poruszającym się w granicach plastycznego prawa, a więc – by użyć określenia Badiou – „nawiedzającego sytuację przez pojedynczą prawdę” każdego przypadku, a (2) sędzią, który jest prawniczym nihilistą, usiłującym jedynie przy zachowaniu pozorów formy prawnej realizować projekt ideologiczny. Podkreśliłem, że tej figury Kennedy nawet nie bierze pod uwagę, natomiast jest ona ukazywana jako „słomiana kukła” w krzywym zwierciadle krytyków krytycznej filozofii prawa, jako rzekomo przez nią propagowany model. Podejście ideologicznego sędziego-nihilisty, nawet jeśli napędzane najszlachetniejszymi pobudkami, jest jednak takim samym zagrożeniem dla sprawiedliwości, jak sędzia bezmyślnie wierny prawu pozytywnemu („pozór” w języku Badiou) i sędzia-cynik kierujący się interesem osobistym („zdrada” w języku Badiou). Rację ma bowiem Derrida, gdy powiada, że „aby orzeczenie było sprawiedliwe i odpowiedzialne, musi (...) być zarazem oparte na regule, a także wolne od reguły; musi ochraniać prawo, ale

tetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 70). Rozważania krytycznych filozofów prawa na temat etyki orzekania niewątpliwie zaś skoncentrowane są na osobie sędziego jako podmiocie orzekającym i jego dyspozycji ukierunkowanej na czynienie materialnej sprawiedliwości.

¹⁵⁵ Por. A. Badiou, *Etyka*, s. 88.

¹⁵⁶ Por. *ibidem*, s. 93.

¹⁵⁷ *Ibidem*, s. 102.

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 98.

jednocześnie je unicestwiać albo zawieszać w takim stopniu, by konieczne było jego wynalezienie od początku w każdym pojedynczym przypadku”¹⁵⁹.

Oceniając przedstawione wyżej trzy modele etyki sędziowskiej, oparte na koncepcjach (1) Costasa Douzinasa i Adama Geareya, (2) Duncana Kennedy’ego oraz (3) Susanny Lindroos-Hovinheimo w świetle założeń krytycznej filozofii prawa (wskazanych w rozdziale I), a także ustaleń dotyczących prawniczej władzy dyskrecyjnej oraz roli ideologii i polityczności w orzekaniu, należy poczynić następujące uwagi i zastrzeżenia. Przede wszystkim, jeżeli weźmiemy pod uwagę tezę Roberta Mangabeiry Ungera, że zadaniem krytycznych studiów nad prawem jest odczarywowanie (demystyfikacja) prawa i ukazywanie go jako pewnej struktury dyskursywnej podtrzymującej dominację¹⁶⁰, dojdziemy do wniosku, że żadna z trzech przedstawionych wyżej koncepcji etycznych nie czyni w pełni zadość temu wyzwaniu. Szczególne zastrzeżenia budzi, w tym kontekście, model Kennedy’ego, który zasadniczo sprowadza się do tego, by krytyczny sędzia-Prometeusz (określenie moje) uprawiał ketman, albo mówiąc inaczej, długi marsz przez instytucje. Założenie Kennedy’ego, zapewne oparte na doświadczeniu życiowym jego samego i jego kolegów, polega więc na tym, że zaangażowany krytycznie sędzia-aktywista ma jednak co do zasady argumentować tak, jak jest to przyjęte w danej kulturze prawnej, przekonując w sposób czysto prawniczy do swoich racji ideologicznych, które powinny zasadniczo pozostać przesłonięte, szczególnie w samym rozumowaniu i argumentacji. W ten jednak sposób sędzia przyczynia się do utrzymania *status quo*. W duchu Ungera należałoby raczej postulować, jak uczynił to ostatnio Adam Sulikowski pod adresem naszego TK, by sądy otwarciej pisały o racjach politycznych, ekonomicznych i społecznych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia¹⁶¹. To doprowadzałoby do demystyfikacji rozumowań prawniczych jako rzekomo gwarantujących jakiś obiektywny rezultat. Co prawda, Kennedy nie mówi o utrzymywaniu mitów prawniczych przez sędziów krytycznych, jednakże w istocie zaproponowany przez niego model etyczny obejmuje ten element, który – jak sądzę – może być niekompatybilny z takimi założeniami krytycznej filozofii prawa, jak dążenie do emancypacji, w tym do emancypacji społeczeństwa spod zmystyfikowanej władzy dyskursów prawniczych.

Nieco odmiennie wygląda w tym świetle propozycja etyczna Costasa Douzinasa i Adama Geareya. Kładą oni silny nacisk na dążenie do absolutystycznie (po Levinasowsku) pojętej sprawiedliwości, co należy zdecydowanie zaaprobować. Prawo umieszczają w pozycji tezy, a sprawiedliwość – syntezy, widząc proces orzekania jako twórczą syntezę. Ujęcie to różni się od ujęcia Kennedy’ego pod wieloma względami. Tak jak już wspomniałem, przyjmuje odmienną perspektywę

¹⁵⁹ J. Derrida, *Force de loi...*, s. 51.

¹⁶⁰ R. Mangabeira Unger, *Ruch krytycznych studiów nad prawem*, tłum. P. Maciejko, ABC, Warszawa 2005, s. 11–15.

¹⁶¹ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność...*

wyjściową, tzn. wychodzi od pojęcia sprawiedliwości, a nie od pojęcia ideologii, co ma daleko idące skutki dla budowanego modelu. W szczególności odmiennie postrzegane jest w podejściu Douzinasa i Geareya prawo. O ile u Kennedy'ego jest ono rozumiane w specyficznie hermeneutyczny sposób jako medium, w którym prawnik pracuje, które go względnie ogranicza, ale na które ma on równocześnie wpływ, o tyle w modelu Douzinasa i Geareya prawo (jako zbiór gotowych reguł generalnych i abstrakcyjnych) jest czymś danym, co podlega dialektycznemu zanegowaniu przez sprawiedliwość (uwzględniającą okoliczności danego przypadku), a w wyniku tego powstaje synteza – w postaci orzeczenia. Kładąc nacisk na pozytywnie rozumianą kazuistykę, Douzinasa i Gearey nakładają na kolejnych sędziów (pracujących po dworkinowsku w łańcuchu) uwzględnianie okoliczności kolejnych przypadków w celu dopasowania ogólnej normy do wymogów sytuacji. Etykę orzekania Douzinasa i Geareya można więc określić jako kazuistyczno-sytuacjonistyczną etykę sprawiedliwości, podczas gdy etykę orzekania Kennedy'ego – jako etykę ideologicznego zaangażowania. Co charakterystyczne, w obu jednak wariantach tekst prawa (także w postaci zbioru wcześniejszych precedensów, wszak teorie te powstały na gruncie, odpowiednio, angielskiego i amerykańskiego *common law*) ma określone znaczenie, nie jest traktowany jako puste znaczące, lecz jako nośnik znaczenia, które może podlegać pewnemu przekształceniu (Kennedy) albo dialektycznemu zanegowaniu (Douzinasa i Gearey), jednakże nie jest czymś, czemu dopiero sędzia znaczenie nadaje.

Co się natomiast tyczy modelu zaproponowanego przez Lindroos-Hovinheimo, opiera się on, jak już pisałem, na etyce podwójnej wierności sędziego, tj. wierności tekstowi prawa, z jednej, a sprawiedliwości, z drugiej strony. Jak pisze autorka, „Każdy akt odczytania ma miejsce w pewnym czasie i w pewnej sytuacji, a czytelnik jest odpowiedzialny za konsekwencje tego aktu. Podwójna odpowiedzialność interpretatora prawa oznacza, że jest on odpowiedzialny względem tekstu, który interpretuje, ale także względem konkretnego przypadku (*case*), który rozstrzyga. Obu tych elementów odpowiedzialności nie można jednak oddzielić od siebie całkowicie (...). W polu prawnym interpretacja jest przeniknięta żądaniem sprawiedliwości i oba etyczne aspekty odczytywania prawa są aspektami wezwania, by każda interpretacja była sprawiedliwa”¹⁶².

Konstruuując jednak koncepcję wierności tekstowi, Lindroos-Hovinheimo pomija problem pustych znaczących, o których pisałem w poprzednich rozdziałach, tj. znaczących, które uzyskują znaczenie dopiero wskutek interwencji określonego znaczącego-mistrza, wywodzącego się z hegemonicznej ideologii. Takie pojęcia prawne, jak „demokratyczne państwo prawne”, „zasada sprawiedliwości społecznej”, „zasady współżycia społecznego”, „dobre obyczaje” czy „społeczna szkodliwość” nie mają konkretnego znaczenia same przez się,

¹⁶² S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*, s. 121.

lecz uzyskują je dopiero po nasyceniu określoną ideologią, tj. dopiero po włączeniu ich w łańcuch znaczących podległych znaczącemu-mistrzowi. Myślę, że ten właśnie aspekt – pominięcia problemu pustych znaczących i znaczącego-mistrza – umknął twórcom wszystkich trzech omówionych modeli. Parafrazując określenie Pierre’a Bourdieu, można powiedzieć, że ulegli oni „błędowi prawniczemu”¹⁶³. Błąd ten polega na tym, że choć jako teoretycy krytyczni starają się koniecznie przyjąć zewnętrzny punkt widzenia (znawcy), to jednak przeziera przez nich postawa wyznawcy prawa, której nie potrafią się do końca wyzbyc. We wszystkich trzech projektach widoczna jest postawa niedokończonoj rewolucji krytycznej, by sparafrazować Artura Kozaka¹⁶⁴.

Ponadto, o czym była już mowa wcześniej, teorie te są uwikłane nie tylko w konkretne zaplecze filozoficzne, na którym wyrastają (wskutek czego widoczne jest pokrewieństwo między koncepcjami Douzinas i Geareya, z jednej strony, a Lindroos-Hovinheimo, z drugiej), ale też w habitusy wyrastające na tle konkretnej kultury prawnej. Kennedy pisze, praktycznie rzecz biorąc, z perspektywy amerykańskiego sędziego federalnego (ale niekoniecznie Sądu Najwyższego), Douzinas i Gearey z kolei w dużej mierze opierają się na tym, co postrzegają jako dobre tradycje *common law*, do których starają się nagiąć koncepcje Derridy i Levinasa. Lindroos-Hovinheimo przyjmuje postmodernistyczne założenia o tym, że tekst nie ma własnego znaczenia, ale można odnieść wrażenie, że robi dwa kroki do przodu, po czym jeden w tył, gdy powiada, że „Szacunek dla tekstu wymaga, byśmy pozwolili tekstowi mówić za siebie i dyktować sposoby jego wykładni. Jeżeli podchodzimy do tekstu z zestawem uprzednio określonych reguł albo ścisłą metodą wykładni, nie będziemy uważnie słuchali, co prawo ma nam do powiedzenia”¹⁶⁵. Można wręcz powiedzieć, że Lindroos-Hovinheimo stacza się w pewnego rodzaju postsemantyczny mistycyzm, w którym tekst niby nie ma znaczenia, ale jeśli się w niego uważnie wsłuchać, nic mu nie narzucając, przemówi do nas niczym grecka wyrocznia w Delfach. Najważniejsze to cierpliwie słuchać i nie traktować tekstu za pomocą metod wykładni.

¹⁶³ Nawiązuję tu do określenia „błąd scholastyczny”. Jak wyjaśnia Hanna Dębska, błąd scholastyczny (iluzja scholastyczna) „jest wynikiem edukacji szkolnej, a im dłużej ona trwa, tym silniej wytwarza się w jednostkach scholastyczna doksa. W miarę upływu czasu doksa staje się naturalną praktyką, niedostrzeganą przez tych, którzy się nią posługują. Złudzenie scholastyczne, jakie jej towarzyszy, to przekonanie o tym, że człowiek może oceniać świat społeczny, w którym uczestniczy, z dystansu, prowadzić nad nim nieustanną refleksję, wreszcie – co jest częstą domeną naukowców – posiadać niezależny punkt widzenia na swój własny punkt widzenia” (H. Dębska, *Iluzje prawniczego rozumu. O społecznych warunkach praktyk (bez)refleksyjnych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, t. 92, s. 18).

¹⁶⁴ Chodzi tu o określenie „niedokończona rewolucja antykartezjańska”, o którym już pisałem.

¹⁶⁵ S. Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics...*, s. 121.

Konkludując, sędzę, że model etyki orzekania, jeżeli ma być prawdziwie krytyczny, tj. zgodny z założeniami opisanymi w rozdziale I, a także biorący na serio ustalenia dotyczące ideologicznych i politycznych aspektów orzekania (rozdziały II i III), musi pójść dalej niż opisane wyżej propozycje teoretyczne Douzinasa i Geareya, Kennedy’ego oraz Lindroos-Hovinheimo. Jako model zarazem praktyczny, jak i idealizujący, musi on uwzględniać odmienne możliwości wpływania na kształt kultury prawniczej wśród sędziów sądów najwyższych i konstytucyjnych, z jednej, oraz sędziów sądów niższych instancji, z drugiej strony. W wariacie skierowanym do sędziów stojących na szczycie musi on też uwzględniać, czy sędzia znajduje się w większości czy też w mniejszości, gdy idzie o preferencje ideologiczne. Stąd też sędzę, że model ten powinien mieć w efekcie trzy warianty: (1) wariant maksymalistyczny, dla sędziów zaangażowanych, którzy mają większość ideologiczną w organie orzeczniczym usytuowanym w pozycji suwerennej¹⁶⁶; (2) wariant pośredni, dla sędziów zaangażowanych, którzy są w trakcie długiego marszu przez instytucję; (3) wariant minimalistyczny, dla sędziów sądów niższych instancji, dla których imperatywy instytucjonalne są najbardziej dotkliwie odczuwalne.

W wariacie maksymalistycznym nakazem etycznym jest praca ideologiczna polegająca na radykalnej zmianie znaczącego-mistrza i odczytaniu pustych znaczących prawa w świetle ideologii, której hegemonię sędziowie pragną zapewnić – a zatem, przykładowo, odejście od linii orzeczniczej opartej na odczytaniach neoliberalnych na rzecz odczytań propracowniczych i prokonsumenckich, stawiających na pierwszym miejscu interes człowieka pracy przed roszczeniami kapitału. W praktyce na poziomie wykładni Konstytucji czy zawartych w Kodeksie cywilnym klauzul generalnych takie odczytania są możliwe w granicach wierności semantyce tekstu. Przykładowo, praktycznie martwą klauzulę realizacji zasad sprawiedliwości społecznej w art. 2 polskiej Konstytucji można by obudzić do życia, stwierdzając niekonstytucyjność przepisów osłabiających prawa pracownicze, przewidujących rażąco niskie emerytury czy wprowadzających nierówny dostęp do służby zdrowia, zależny od dochodów (służba zdrowia prywatna i publiczna). Możliwości inżynierii społecznej są tu praktycznie nieograniczone, a nawiązując do ustaleń poczynionych w rozdziale II, można powiedzieć, że jedynymi realnymi ograniczeniami są pozostałe subświaty.

W wariacie pośrednim szczególnego znaczenia nabiera koncepcja Kennedy’ego, czyli wariant sędziego-Prometeusza uprawiającego ketman. Idzie o to, by

¹⁶⁶ Pozycję suwerenną rozumiem tu, w luźnym nawiązaniu do definicji Carla Schmitta i tradycyjnego rozumienia tego pojęcia, jako pozycję, w której dany organ orzeczniczy *de facto* może swobodnie decydować o wykładni prawa, ograniczony już tylko ewentualną gwałtowną reakcją subświatów politycznego i ekonomicznego. Przykładami takich organów są Trybunał Sprawiedliwości UE, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych czy też, *toutes proportions gardées*, polski TK.

w ramach przyjętych metod wykładni dążyć do tego, by ich rezultaty były najbardziej zgodne z projektem ideologicznym. Sędzia taki pracuje metodą małych kroków, równocześnie zmieniając prawo i prowadząc własny długi marsz przez instytucje. Ma to sens w systemie amerykańskim, gdzie droga do Sądu Najwyższego wiedzie przez kolejne szczeble sądownictwa federalnego. Ma ograniczone znaczenie na kontynencie, gdzie procesy nominacji do ETS, ETPC czy krajowych TK są zgoła odmienne, a w sądach tych zasiadają nierzadko osoby, które mają za sobą raczej karierę profesorską, polityczną lub urzędniczą niż sędziowską. Nie oznacza to jednak, by model Kennedy'ego był całkowicie nierelevantny np. dla zaangażowanego sędziego sądu apelacyjnego czy najwyższego, który jednak nie znajduje się w pozycji suwerennej (wariant maksymalistyczny). Skoro nie może uczynić więcej, powinien przynajmniej robić to, co możliwe, by przybliżyć prawo do ideału sprawiedliwości.

Wariant minimalistyczny odwołuje się przede wszystkim do koncepcji Douzinasa i Geareya oraz Lindroos-Hovinheimo, przy czym wierność tekstowi nie jest przejawem świadomego akcesu ideologicznego, lecz raczej koniecznością podyktowaną wymogami wspólnoty interpretacyjnej. Wszak rozumienie tekstów prawnych przez sądy wyższych instancji jest, w sensie jak najbardziej empirycznym i dotkliwym, wiążące i odczuwalne dla sędziego „w rejonie”. Czy to oznacza, że musi się on wyżyć jakichkolwiek imperatywów etycznych i orzekać „jak maszynka subsumcyjna”, bezmyślnie, skupiając się jedynie na „fajkach”, statystykach i unikaniu „uchyłek”? Sądzę, że nie. Chociaż wpływ takiego sędziego na kulturę prawną jest bardzo ograniczony, gdyż w zasadzie nie ma on możliwości zmienić wykładni prawa ani w sposób radykalny (jak sędzia w pozycji suwerennej), ani stopniowy (jak sędzia w pozycji pośredniej), to jednak sędzia na samym dole drabiny ma jednak pewne możliwości. Przyjmując za Douzinasem, Geareyem i Lindroos-Hovinheimo, że nakazem tym jest czynienie sprawiedliwości, tj. poszukiwanie w każdym konkretnym przypadku, w jaki sposób można poprawić los tych, którzy cierpią z powodu systemowej dominacji, sędzia taki może, w granicach swojej (choćby wąskiej) władzy dyskrecjonalnej, robić wszystko, co w jego mocy, by np. orzekać na korzyść pracowników, emerytów, pacjentów państwowej służby zdrowia czy konsumentów, w szczególności tych, którzy padli ofiarą nieuczciwych praktyk instytucji finansowych. Pomimo że jego orzecznictwo nie wpłynie raczej na zmianę ustalonych sposobów rozumienia przepisów, może on, w sytuacjach nowych, proponować korzystne dla zdominowanych odczytanie przepisów, a w sytuacjach, gdy orzecznictwo jest ustabilizowane, wykorzystywać wszelkie dostępne możliwości zarówno na etapie oceny i prawnej kwalifikacji stanu faktycznego, jak i w zakresie swobody pozostawionej mu przez klauzule generalne.

W dalszej perspektywie przebudowa etyki orzekania wymagałaby, w naszych warunkach, daleko idących zmian instytucjonalnych. Niniejsza praca, jako osadzona w filozofii prawa, nie jest oczywiście miejscem na formułowanie

skonkretyzowanych wniosków *de lege ferenda* w tym względzie, jednak można ogólnie powiedzieć, że korzystne i pożądane byłyby zmiany idące w dwóch równoległych i powiązanych ze sobą kierunkach. Po pierwsze, w kierunku większej transparencji orzeczeń, w której sędziowie będą wskazywali rzeczywiste powody rozstrzygnięć. Oczywiście, z praktycznych powodów postulat ten można powiązać w szczególności z modelem maksymalistycznym, skierowanym do sędziów w pozycji suwerennej. Po drugie, przyjmowaniu przez sędziów większej odpowiedzialności, w tym ideowej i politycznej, za orzekanie sprzyjałoby uczynienie sędziów bardziej powiązanimi z mechanizmami demokratycznymi. Praktyka kultur prawnych potwierdza, że sędziowie w systemach sądownictwa biurokratycznego zazwyczaj obudowują się kokonem jurydyczno-technokratycznych dyskursów, podczas gdy sędziowie, których sposób powoływania jest bliższy ideałom demokratycznym, bywają bardziej otwarci, gdy idzie o wskazywanie rzeczywistych przesłanek rozstrzygnięć o charakterze politycznym (w rozumieniu prezentowanym w rozdziale III). Stąd postulat odejścia od modelu, w którym sędzia jest powoływany w młodym wieku i wchodzi w skład instytucji, która uchyla jego odpowiedzialność indywidualną, na rzecz modelu, gdzie sędzia jest powoływany w sposób demokratyczny ze względu na swoje przymioty profesjonalne i etyczne, które mógł wykazać w wieloletniej praktyce prawniczej. Sądzę, że takie zmiany instytucjonalne sprzyjałyby także ewolucji etyki orzeczniczej w postulowanym w niniejszej pracy kierunku. Na zakończenie rozdziału chciałbym jeszcze raz nawiązać do myśli Jacques'a Derridy i jej prawniczej interpretacji autorstwa Adama Sulikowskiego. Píše on, że „Wezwanie do dekonstrukcji prawa, w imię i za sprawą idei sprawiedliwości, ma poważne znaczenie etyczne, jest wezwaniem do wrażliwości na innego – tego, którego dominujące struktury usiłują ujarzmić. Tylko u w r a ż l i w i o n y s ę d z i a - d e k o n s t r u k t o r, świadom aporii, na które musi napotykać, jest w stanie podejmować próby ochrony jednostek przed totalizmem modernistycznej racjonalności, służącej zawsze silniejszemu, a raczej temu, kto jest skuteczniejszy”¹⁶⁷. Mam nadzieję, że rozważania zawarte w niniejszym rozdziale przyczynią się nie tylko do lepszego rozpoznania problemów etyczności orzekania na płaszczyźnie *stricte* teoretycznej, ale także przyczynią się do zwiększenia wrażliwości na ten wymiar praktyki sądownictwa zarówno wśród badaczy i nauczycieli prawa, jak i jego praktyków.

¹⁶⁷ A. Sulikowski, *Derridiańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, z. 1, s. 172.

Rozdział V

Legitymizacja orzekania

1. Uwagi wprowadzające

W dotychczasowych rozważaniach podjąłem się analizy problematyki orzekania w perspektywie granic prawniczej władzy dyskrecyjnej (rozdział II), osadzenia praktyki orzekania w polu polityczności (rozdział III) oraz problematyki etycznej odpowiedzialności sędziego jako podmiotu zasadniczo zdefiniowanego przez uprawianie społecznej praktyki orzekania (rozdział IV). Ponieważ jednak celem niniejszej pracy jest przedstawienie możliwie całościowego projektu krytycznej filozofii orzekania, rozumianej jako część krytycznej filozofii prawa, konieczne wydaje mi się uzupełnienie dotychczasowych rozważań o problematykę legitymizacji orzekania, potraktowanej nie w sposób socjologiczno-empiryczny (jako przesłanki rzeczywistej akceptacji orzeczeń przez społeczeństwo¹), ale w sposób krytyczno-normatywny (jako zbioru postulatów pod adresem orzekania pozwalających na uznanie go za legitymowane w świetle założeń krytycznej filozofii prawa). Rozważania o legitymizacji będą więc, w dużej mierze, stanowić mniej lub bardziej bezpośrednie konsekwencje rozważań zawartych w poprzednich rozdziałach. Dlatego też rozdział o legitymizacji zamyka merytoryczną część niniejszej pracy. Potrzeba podjęcia rozważań nad legitymizacją orzekania wynika z kilku przesłanek. Po pierwsze, pojęciem tym posługuje się nauka o prawie oraz inne nauki humanistyczno-społeczne, w tym filozofia polityki, politologia czy socjologia, wobec czego krytyczna nauka o prawie powinna – jak sądzę – zając wobec tych użyć pojęcia legitymizacji własne, zgodne ze swoimi założeniami badawczymi stanowisko, tak by móc włączyć się – na własnych warunkach – do toczących się w przedmiocie legitymizacji sądownictwa debat. Samo intuicyjne twierdzenie, że pojęcie legitymizacji jest dla jurysprudencki krytycznej jakoby

¹ Z perspektywy konstruowanego przeze mnie modelu teoretycznego nie jest bowiem istotne, czy obywatele okazują posłuch sędziom z bezpośrednio odczuwanej czy wypartej i nie-uświadomionej obawy przed siłą i przemocą, jaka stoi za ich wyrokami. Poza zakresem rozważań pozostawiam też szeroko dyskutowany już od wielu lat problem społecznych postaw wobec prawa, który przynależy do empirycznie zorientowanej socjologii prawa. Z literatury zob. m.in.: M. Borucka-Arctowa, *O społecznym działaniu prawa*, PWN, Warszawa 1967; G. Skąpska, *Społeczne podłoże postaw wobec prawa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa–Wrocław 1981.

nierелеwantne, gdyż bada ona, przykładowo, ideologię i polityczność prawoznawstwa, prawodawstwa i orzecznictwa, a nie ich legitymizację, wydaje mi się mało przekonujące jako argument na rzecz pominięcia tej problematyki lub programowego wyłączenia jej poza nurt rozważań z tej prostej przyczyny, że debaty o legitymizacji sądownictwa, szczególnie ponadnarodowego (ETS, ETPC) i konstytucyjnego są istotną częścią naukowego dyskursu o prawie, a brak stanowiska ze strony jurysprudencji krytycznej oznaczałoby, że akceptuje ona dyskursywny *status quo*, co wszak nie odpowiada rzeczywistości. Idzie przy tym o to, by pojęciom legitymności i legitymizacji nadać sens zgodny z założeniami krytycznej filozofii prawa, a tym samym, poprzez włączenie się do dyskursu o legitymizacji sądownictwa i orzekania, przedstawić w jego obrębie stanowisko krytyczne, kładące nacisk na takie aspekty, jak ideologia, polityczność czy sprawiedliwość.

Podobnie fakt, że problematyką pojęcia legitymizacji dotychczas nie zajmowali się badacze sytuujący się w ramach nurtu krytycznej nauki o prawie, nie wydaje mi się argumentem przeciwko podjęciu tych zagadnień; przeciwnie, sądzę, że istnieje taka potrzeba. Szczególnie silnym argumentem na rzecz podjęcia tych rozważań jest dla mnie fakt doniosłości problematyki legitymizacji państwa dla marksistowskiej teorii państwa i prawa, co przekonująco ukazał przed laty Zbigniew Pulka². Podjęte przez niego badania porównawcze, zestawiające koncepcję legitymizacji państwa w ujęciu marksistowskiej filozofii prawa i liberalnej filozofii prawa (Hart, Dworkin), stanowią przekonujący argument za potrzebą zabrania przeze mnie głosu w tej sprawie. Ukazują bowiem, że problematyka legitymizacji jest doniosła dla krytycznej nauki o prawie, za czym przemawia fakt jej genealogicznej inspiracji m.in. wątkami marksistowskimi, o czym była szeroko mowa w rozdziale I. A skoro tak, to problematyki legitymizacji nie sposób wyłączyć poza konstruowany w niniejszej pracy model krytycznej filozofii orzekania. Oczywiście, przedmiot rozważań będzie tu odmienny, bowiem idzie mi nie o legitymizację państwa, lecz tylko jednej z praktyk organów władzy państwowej, jaką jest orzekanie (*adjudication*), czyli – mówiąc językiem analitycznej teorii prawa – operatywna wykładnia prawa i sądowe stosowanie prawa, traktowane łącznie jako jednolity fenomen społeczny (praktyka społeczna). Nadto nie można zapominać, że – jak wskazał trafnie Adam Sulikowski – krytyczne ostrze marksistowskiej nauki o państwie i prawie w dobie tzw. realnego socjalizmu skierowane było jedynie na zewnątrz (wobec prawa państw kapitalistycznych), w perspektywie wewnętrznej zajmując stanowisko czysto afirmatywne, a także – co istotne – po transformacji ustrojowej krytyczny nurt inspirowany marksizmem praktycznie zamarł³.

² Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1996, *passim*.

³ Zob. szeroko: A. Sulikowski, *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.

Upredzając w tym miejscu dalsze, szczegółowe rozważania, chciałbym podkreślić, że w apropracji pojęcia legitymizacji przez krytyczną filozofię prawa widzę znaczący potencjał krytyczno-emancypacyjny, który tkwi w przeciwstawianiu sobie legalności i legitymności, pojęć, które przez badaczy inspirowanych liberalną filozofią prawa są wręcz utożsamiane⁴. Samo bowiem przeciwstawienie sobie pojęć legalności i legitymności wpisuje się w nurt polemiczny względem klasycznego pozytywizmu prawniczego i związanych z nim projektów ustrojowo-politycznych, w których pojęcie legitymności zostaje, praktycznie rzecz biorąc, utożsamione z pojęciem legalności, na co zwracał uwagę Carl Schmitt⁵. Utożsamienie czy też rozpuszczenie legitymności w legalności służy, co oczywiste, tłumieniu wszelkiej krytyki *status quo* już w samym zarodku. Przywrócenie tego rozróżnienia i uczynienie z pojęcia legitymizacji, a szczególnie jego przeciwieństwa – delegitymizacji – narzędzia krytyki ściśle powiązanego z ideą sprawiedliwości i demokratyzmu, stanowi, jak sądzę, warunek wstępny do postawienia na nowo pytania o granice posłuszeństwa wobec porządku prawnego, wyrastającego na jego podglebiu orzecznictwa i możliwości oporu⁶.

Drugim powodem, dla którego jestem zdania, że krytyczna nauka o prawie powinna zająć jednoznaczne stanowisko w kwestii pojęcia legitymizacji, a zwłaszcza interesującej mnie tu szczególnie legitymizacji orzekania, jest jej znacząca doniosłość praktyczna. Pytania o legitymizację pojawiają się przede wszystkim w kontekście sporów wokół sądownictwa konstytucyjnego⁷ oraz ponadnarodowego (trybunały: ETS i ETPC)⁸. Sądzę, że zadaniem jurysprudencji krytycznej jest nie tylko zajęcie stanowiska w toczonych debatach, ale także rozszerzenie ich przedmiotu o legitymizację orzekania w ogólności, nie wyłączając sądownictwa powszechnego. Wpisuje się to w szerszy program „odczarowania”

⁴ Por. np. rozważania prezesa ETS Koena Lenaerts, który mówiąc o legitymizacji Trybunału, skupia się na takich aspektach, jak granica pomiędzy prawem a polityką (aspekt zewnętrzny) oraz umocowanie traktatowe i prawnicza jakość uzasadnień decyzji interpretacyjnych (aspekt wewnętrzny) (K. Lenaerts, *The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, [w:] *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, red. M. Adams et al., Hart Publishing, Oxford–Portland 2013, s. 13–15).

⁵ C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, tłum. B. Baran, Aletheia, Warszawa 2015, s. 17–18.

⁶ C. Douzinas, *Philosophy and Resistance in the Crisis*, Polity Press, Cambridge 2013, s. 77 i n. Por. A. Sulikowski, *Opresywność pozytywizmu prawnego i jego postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, red. P. Kaczmarek, Ł. Machaj, E-Wydawnictwo. Prawnictwa i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010, s. 33, który wskazuje, że „w opinii Derridy, krytyka prawa, akty nieposłuszeństwa obywatelskiego, dezaprobata wobec reguł są niezbędnym warunkiem funkcjonowania idei sprawiedliwości”. Zob. także A. Sulikowski, *Derridiańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, z. 1, s. 172.

⁷ Zob. np. R.M. Małajny, *Legitymacja sądownictwa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2015, z. 10.

⁸ Zob. np. *Judging Europe's Judges...*, passim.

prawa, którego przejawem jest np. tropienie polityczności prawa prywatnego⁹, programowo niedostrzeganej przez naukowy mainstream, który widzi jedynie polityczność prawa konstytucyjnego, międzynarodowego czy europejskiego, ale nie dostrzega jej w tradycyjnych dziedzinach prawa, takich jak choćby wspomniana wyżej cywilistyka. Sądzę więc, że rozwijane w niniejszym rozdziale narzędzia krytycznej nauki o prawie mogą być przydatne, podobnie jak choćby analizowane w poprzednich rozdziałach ideologia i polityczność, do prowadzenia krytycznych badań empirycznych nad dyskursem sądowym, wnosząc nowy, wartościowy element do istniejącego instrumentarium krytycznego¹⁰.

2. Pojęcia prawomocności (legitymności) i uprawomocnienia (legitymizacji)

2.1. Wprowadzenie

Wokół pojęć legitymności (prawomocności) i legitymizacji (uprawomocnienia) narosło wiele sporów i nieporozumień nie tylko merytorycznych, ale też w dużej mierze terminologicznych i pojęciowych. Jak trafnie wskazuje Tomasz Bekrycht, „Wielu autorów podkreśla zarówno wieloznaczność samego pojęcia legitymizacji, jak i pojęcia legitymizacji prawa, zwracając najczęściej uwagę na występowanie elementów ocennych i aksjologicznych przy określaniu jej istoty”¹¹. Cytowany autor zdecydował się stosować termin legitymizacja „bardzo ostrożnie (...), mając zwykle na uwadze wyłącznie ontologiczny i metafizyczny wymiar rozważań, tj. legitymizację w znaczeniu uzasadnienia istnienia prawa”¹². Wynikało to z założeń badawczych, jakie mu przyświecały, a mianowicie z zamiaru skupienia się na metafizycznej i ontologicznej płaszczyźnie filozoficznoprawnych rozważań poświęconych uzasadnieniu istnienia zjawiska prawa jako takiego¹³ (czyli, mówiąc językiem przyjętym w niniejszej pracy, uzasadnieniu istnienia jurysdykcji jako określonej sfery bytu społecznego). Perspektywa badawcza, jaką przyjmuję, tj. perspektywa krytycznej filozofii

⁹ Zob. np. D. Kennedy, *The Political Stakes in „Merely Technical” Issues of Contract Law*, „European Review of Private Law” 2001, nr 1; M.W. Hesselink, *Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, nr 2; idem, *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości?*, „Nowa Europa” 2008, nr 2(7).

¹⁰ Do którego zaliczyć można choćby krytyczną analizę dyskursu (A. Sulikowski, *Perspektywy zastosowań metod Krytycznej Analizy Dyskursu w badaniach nad prawem. Kilka uwag*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2014, t. 8).

¹¹ T. Bekrycht, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015, s. 11, przyp. 15.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, s. 15 i n.

prawa, wymaga jednak przyjęcia odmiennego rozumienia pojęcia legitymizacji, w szczególności takiego, które pozwoli w wystarczającym stopniu powiązać je z innymi pojęciami, które uznają za kluczowe dla konstruowanej przez mnie krytycznej filozofii orzekania, a w szczególności z pojęciami ideologii, polityczności i sprawiedliwości, rozumianej w duchu Costasa Douzinas jako dążenie do eliminacji wszelkich przejawów *adikia*.

Zanim jednak przejdę do skonstruowania definicji legitymności i legitymizacji adekwatnych zarówno dla założeń, jak i dla specyficznych celów krytycznej filozofii prawa oraz do podjęcia konkretnych rozważań nad legitymizacją orzekania jako określonego zjawiska zachodzącego w polu jurydyczności, wydaje mi się właściwe dokonanie zwięzłego przeglądu sposobów rozumienia pojęcia legitymizacji, zastanych w dyskursie naukowym. Celem tych rozważań będzie zasadniczo negatywne dookreślenie rozumienia tego pojęcia, co przemawia za ich zwięzłością.

2.2. Genealogia pojęcia

Rozważania terminologiczne warto, jak sądzę, rozpocząć od etymologii pojęć „legitymny” i „legitymizacja”. Przymiotnik *legitimus* (legitymny) pochodzi wprost od rzeczownika *lex* i oznacza tyle co „zgodny z prawem (*lawful*), legalny (*legal*), oparty na prawie albo zgodny z prawem, w szczególności z ustawą (*lex*) albo z *ius civile*”, jak podaje Adolf Berger¹⁴. Janusz Sondel z kolei wskazywał aż osiem różnych znaczeń przymiotnika *legitimus*, wśród nich: „1) strzegący prawa, zgodny z prawem, prawny, oparty na prawie, działający według prawa, 2) zgodny z *ius civile* (...), 3) dotyczący ustaw (...), 4) odnoszący się do prawa (...), 5) sprawiedliwy, 6) (...) taki, któremu przysługuje coś z tytułu prawa, należny z tytułu prawa, prawnie nabyty, 7) stosowny, odpowiedni, właściwy, 8) słusznie należny, 9) świecki”¹⁵. Z kolei *legitimitas* to, wedle Sondla, „1) uprawnienie, legitymizacja [w szczególności] (...) procesowa, 2) nadanie praw dziecka małżeńskiego (...), 3) uznanie, zatwierdzenie, aprobaty, 4) (...) potwierdzenie szlachectwa, 5) oświadczenie prawomocności, poświadczenie, 6) potwierdzenie tożsamości osoby, legitymizacja”¹⁶. Wreszcie *legitime* to – wedle Sondla – „1) zgodnie z prawem, prawnie (...), 2) sprawiedliwie, 3) należycie (...), 4) urzędowo”¹⁷.

Pierwotnym odesłaniem, do którego nawiązywał człon *legi-*, jest samo *Lex Duodecim Tabularum*, czyli Ustawa XII Tablic. Stąd takie określenia, jak

¹⁴ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, New York 1953, s. 543, s.v. *legitimus*.

¹⁵ J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Universitas, Kraków 1997, s. 567, s.v. *legitimus*.

¹⁶ *Ibidem*, s. 566, s.v. *legitimitas*.

¹⁷ *Ibidem*, s. 566, s.v. *legitime*.

hereditas legitima czy *tutela legitima* – chodziło o dziedziczenie bądź opiekę opartą wprost na przepisach tej najdawniejszej rzymskiej ustawy¹⁸. W prawie justyniańskim rozszerzono posługiwanie się tym przymiotnikiem na wszelkie przypadki zgodności z prawem, w szczególności pochodzącym od cesarza, a termin ten wyparł terminy wcześniejsze¹⁹. Wspomniany już *heres legitimus* to spadkobierca według *ius civile* (Ustawy XII Tablic lub późniejszych *leges*²⁰), *status legitimus* to wiek pełnoletniości²¹ (por. ang. *legal age* – wiek legalny), wreszcie *filius legitimus* (synonimiczne z *filius iustus*) – oznaczało dziecko małżeńskie (dosł. „dziecko legitymne” albo „dziecko sprawiedliwe”)²². Określenie *filius legitimus* wyparło *filius iustus* w prawie justyniańskim. Natomiast określenie *legitimatio* nie występuje w źródłach rzymskich, lecz zostało opracowane przez naukę prawa rzymskiego na oznaczenie zmiany statusu dziecka z pozamałżeńskiego na małżeńskie²³. Nadto w źródłach rzymskich występował również przysłówek *legitime* albo *legitimo modo*, oznaczający sposób podjęcia danej czynności zgodnie z normami *ius civile*²⁴.

Innymi słowy, genezą terminów *legitimus* (legitymny, prawowity) i *legitimatio* (legitymizacja) jest odniesienie się do *lex*, przy czym – jak zauważa Berger – chodziło w szczególności o najdawniejszą rzymską *lex* – legendarną Ustawę XII Tablic, traktowaną z ogromną czcią przez jurystów jako *fons et origo* całego rzymskiego prawa, a także o dawne *ius civile*, przeciwstawiane nowszemu *ius honorarium* tworzonemu przez pretorów i innych urzędników jurysdykcyjnych. Innymi słowy, *legitimus* to nie tylko „zgodny z prawem”, ale to coś więcej – to zgodny z dawnym, najdawniejszym prawem, a zatem usankcjonowany i normą prawa pozytywnego, i tradycją prawniczą. Później, co prawda, Justynian rozszerzył stosowanie tego określenia na zgodność z dowolnym prawem, w tym zwłaszcza z konstytucją cesarską, jednakże na znaczeniu *legitimus* i wypracowanego w średniowieczu derywatu *legitimatio* zaczął ciążyć w szczególności kontekst prawa rodzinnego i istotnego w ówczesnym, feudalnym kontekście ostrego podziału na *proles legitimi* i *proles spurii*. Do pozytywnych konotacji związanych z dawnym prawem i tradycją prawniczą dochodzi nowa, jeszcze silniejsza konotacja emocjonalna. Pamiętajmy wszak, że określenia związane z pozamałżeńskim pochodzeniem należały do najbardziej pejoratywnych (a w niektórych językach, jak angielski, są one, niestety, używane po dziś dzień). Legitymność dzieci i ewentualna potrzeba ich następczej legitymizacji, np. *per subsequens matrimonium* (przez następcze zawarcie związku małżeńskiego), należała do

¹⁸ A. Berger, *Encyclopedic Dictionary...*, s. 543, s.v. *legitimus*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, s. 487, s.v. *heres legitimus*.

²¹ *Ibidem*, s. 715, s.v. *status legitimus*.

²² *Ibidem*, s. 473, s.v. *filius iustus* oraz *filius legitimus*.

²³ *Ibidem*, s. 543, s.v. *legitimatio*.

²⁴ *Ibidem*, s. 543, s.v. *legitime*.

niezwykle istotnych wyznaczników statusu osoby w ustroju feudalnym, a nawet kapitalistycznym.

Stąd też następne przeniesienie, w drodze metaforycznej, idei: *legitimitas* i *legitimitatio* na grunt konstytucjonalizmu w sposób wyraźny niosło ze sobą oczekiwane konotacje. Wszak władca *legitymny* (prawowity) może się wylegitymować odpowiednim pochodzeniem dynastycznym w odróżnieniu od „uzurpatorów tronu”, takich jak Napoleon czy Ludwik Filip, ostro potępianych przez ultrakonserwatywnych *legitymistów*²⁵. Genealogia legitymizacji jako pojęcia współczesnego, odnoszącego się do problemów władzy politycznej i konstytucjonalizmu, jest więc silnie nacechowana ujęciami konserwatywnymi, czy wręcz reakcyjnymi (restauracja Burbonów i innych dynastii przedrewolucyjnych). Może to budzić wątpliwości odnośnie do próby przeszczepienia tego pojęcia na grunt krytycznej nauki o prawie, która wychodzi od zgoła odmiennych założeń. Jak jednak pokażę w dalszych rozważaniach (paragraf 2.3), pojęcie legitymizacji, niezależnie od jego genezy w prawie rzymskim i w okresie kongresu wiedeńskiego, przeszło charakterystyczną ewolucję, wkraczając w XX w. do socjologii i filozofii prawa za sprawą Webera i Schmitta, ze zgoła odmiennym polem semantycznym. Stare znaczenie tego słowa natomast „wyszło z języka obiegowego i problematyką tą [legitymizmu dynastycznego – R.M.] zajmują się karykaturalne gremia kanapowych pasjonatów (legitymiści)”²⁶. Niemniej na współczesnym znaczeniu pojęć legitymności i legitymizacji ciąży, jak sądzę, dwa istotne momenty odziedziczone z ich rzymskiej i ponapoleońskiej historii: odwołanie się do nadrzędnych racji uzasadnienia (*ius civile*, prawa dynastyczne) oraz przeciwstawienie prawu pozytywnemu (legitymność *versus* legalność). Właśnie do tych dwóch momentów nawiążę w punkcie 3, gdy będę konstruował pojęcie legitymizacji w ujęciu krytycznej nauki o prawie.

Na koniec kilka uwag odnośnie do terminologii. Zasadniczo, ze względu na genealogię pojęć, stosować będę raczej latynizmy: legitymność i legitymizacja niż ich polskie odpowiedniki: prawomocność, prawowitość, uprawomocnienie. Termin „prawomocny”²⁷, co należy stanowczo podkreślić, ma w języku prawnym i prawniczym specyficzne, zajęte już znaczenie na gruncie dogmatyki procesów:

²⁵ Jak zauważają Adam Wielomski i Paweł Bala, pojęcie legitymizacji „wywodzi się od zasady legitymizmu, która (...) przyświecała obradom na Kongresie Wiedeńskim (...). Zasada legitymizmu głosiła, że każda pozbawiona przez Rewolucję Francuską lub Napoleona prawowita dynastia powinna wrócić na tron. Idea ta oparta była na przekonaniu, że państwa są dziedziczną własnością władających nimi dynastii [podkr. R.M.], co zaprzeczało zasadzie rewolucyjno-narodowościowej” (A. Wielomski, P. Bala, *Wstęp do nauki o państwie, prawie i polityce. Wybrane zagadnienia*, Arte, Warszawa 2011, s. 133).

²⁶ *Ibidem*, s. 134.

²⁷ Warto podkreślić, że Zygmunt Tobor używa pojęć „prawomocny” i „legitymizowany” zamiennie. Zob. Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Katowice 1998, rozdz. V.

cywilnego, karnego i administracyjnego²⁸. Z podobnych względów nie będę też wykorzystywał mylącego latynizmu „legitymacja”, który jest wykorzystywany w języku nauk humanistycznych zamiast proponowanej tu „legitymności”²⁹. Podobnie bowiem jak w przypadku terminu „prawomocność”, także w przypadku terminu „legitymacja” mamy do czynienia z określeniem mającym ugruntowane już znaczenie w naukach prawnych (legitymacja procesowa). Termin ten jest dodatkowo mylący, bowiem w istocie jest on spolszczeniem wyrazu *legitimatío*, a więc tak naprawdę oznacza legitymizację, której ma być jakoby przeciwstawiany. Relacja pomiędzy terminami „legitymność” i „legitymizacja” będzie wprost wynikała z ich formy leksykalnej, tj. „legitymność” oznaczać będzie określoną właściwość danego stanu rzeczy, idei lub osoby, a „legitymizacja” oznaczać będzie działania, w szczególności dyskursywne, ale też inne działania symboliczne zmierzające do osiągnięcia stanu legitymności³⁰.

2.3. Istniejące sposoby rozumienia pojęcia legitymizacji

W poszczególnych naukach humanistycznych i społecznych, w tym w naukach prawnych, występuje bardzo wiele różnych sposobów rozumienia pojęcia legitymizacji³¹. Pomimo występujących pomiędzy nimi związków są one jednak od siebie odrębne, wychodząc z odmiennych przesłanek i służąc, w zamierzeniu badaczy posługujących się nimi, odmiennym celom. Wydaje się, że na najwyż-

²⁸ Por. T. Biernat, *Jednostka – społeczeństwo – państwo – prawo. Antynomie i relacje w stosunkach władzy a problem legitymizacji*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010, s. 7, przyp. 1.

²⁹ W. Jedlecka, *Legitymizacja prawa Unii Europejskiej. Legitymizacja demokratyczna czy cywilizacyjna?*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, s. 14.

³⁰ Por. Z. Pulka, *Legitymizacja państwa i prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (ak-sjologia, struktura, funkcje). Studia i szkice*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992, s. 72. Zob. także idem, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*.

³¹ W poniższych rozważaniach wyodrębniam analitycznie samo pojęcie legitymizacji, które badam w oderwaniu od jego przedmiotu. Odmienne do problemu podchodzi Tadeusz Biernat, który wyróżnia modele legitymizacji na podstawie ich przedmiotu jako kryterium podziału (T. Biernat, *Modele prawowitości/legitymizacji władzy*, [w:] *Prawowitość...*, s. 57). Jestem natomiast zdania, że niezależnie od tego, co konkretnie ma być przedmiotem legitymizacji (władza, ustrój, określona instytucja prawna, społeczna czy ekonomiczna, wreszcie np. samo prawo), możliwe jest dociekanie istoty legitymizacji jako takiej w oderwaniu od tego, do czego konkretnie ma się ona odnosić. Wynika to z przyjmowanego przeze mnie założenia o blankietowym charakterze legitymizacji, które oczywiście nie stoi na przeszkodzie przyjmowaniu jej materialnego rozumienia (np. poprzez odesłanie do konkretnych preferencji aksjologicznych). O ile bowiem legitymizacja przesądza treść swojego przedmiotu, o tyle sama pozostaje odrębnym, niejako formalnym mechanizmem, podobnie jak np. forma prawna. A zatem, przykładowo, zakładając aksjologiczną preferencję dla sprawiedliwości rozumianej jako emancypacja, legitymizować będziemy wszelkie instytucje czy normy służące temu celowi, nie przesądzamy jednak tym samym konkretnego ich kształtu.

szym poziomie ogólności należy odróżnić od siebie ujęcia deskryptywne legitymizacji, kładące nacisk na opis i wyjaśnianie pewnych zjawisk społecznych z odwołaniem się do tego pojęcia, oraz ujęcia normatywne, które posługują się tym pojęciem nie tyle w celu wyjaśniania, co oceny i ewentualnego postulowania zmian.

Do tego pierwszego, deskryptywno-eksplikacyjnego nurtu rozumienia legitymizacji należy zaliczyć ujęcie Maksa Webera, który rozumiał legitymizację władzy jako „szansę” na to, że dana władza zostanie przez społeczeństwo uznana i będzie uznawana za legitymną³². Mówił w tym kontekście o typach „dominacji legitymnej” (*legitimate domination*)³³. Jak wskazuje Biernat, adresatem roszczeń legitymizacyjnych w ujęciu Weberowskim jest społeczeństwo traktowane jako określona całość³⁴. Istotne znaczenie dla omawianego modelu ma pojęcie „wiarę”, którym Weber posługiwał się, „gdy twierdził, że ludzie u władzy chcieliby przekonać innych, że ich pozycja jest prawomocna, a przewaga zasłużona”³⁵.

Do tego nurtu nawiązują przede wszystkim badacze o orientacji socjologicznej, którzy chcą wyjaśnić, dlaczego określona władza czy zjawisko (takie jak prawo) zyskują akceptację społeczną³⁶. Niejako równoległe z Weberem swe badania o legitymizacji prowadził inny niemiecki badacz, Friedrich Meinecke, który w pracy *Idea racji stanu w historii najnowszej* opublikowanej w 1924 r. „sformułował tezę, że wszelka władza opiera się na elementach, które (...) określił mianem *ethos* i *krathos*. Ten ostatni symbolizuje element siłowy (...). Meinecke dowodzi (...), że państwa oparte wyłącznie na zinstytucjonalizowanej przemocy są stosunkowo słabe i nietrwałe, ponieważ ich obywatele nie utożsamiają się z nimi i nie są skłonni do większych wyrzeczeń w ich obronie. Ta gotowość pojawia się wtedy, gdy *ethos* władzy politycznej – czyli wartości, do których się ona odwołuje – są zbieżne z poglądami zamieszkującego dane państwo społeczeństwa. Gdy tak się dzieje, wtedy władza (...) posiada silną legitymizację”³⁷. Ujęcie Meineckego, choć nieco odmienne od Weberowskiego, także kładzie nacisk na opisowy i wyjaśniający, a nie ocenny, charakter legitymizacji. Ma ona w istocie charakter

³² Por. H. Domański, *Czynniki legitymizacji w 21 krajach*, „Nauka” 2004, nr 4, s. 66.

³³ M. Weber, *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, University of California Press, Berkeley–Los Angeles 1978, s. 212 i n. Włodzimierz Wesołowski następująco streszcza pogląd Webera: „Prawowitą jest władza, która wypływa z właściwego źródła, prawomocną jest ta, którą ludzie uznają za właściwą do ustanawiania i strzeżenia porządku społecznego, a prawdziwą jest ta, która potrafi ustanowić więź wzajemnej lojalności rządzących i rządzonych, a gdy trzeba – wzajemnego wsparcia” (W. Wesołowski, *Legitymizacja jako potoczna filozofia władzy*, „Studia Socjologiczne” 2001, nr 2, s. 556).

³⁴ T. Biernat, *Modele...*, s. 66.

³⁵ *Ibidem*, s. 68.

³⁶ Zob. przegląd stanowisk w pracy: W. Sokół, *Legitymizacja polityczna*, [w:] *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, red. B. Szmulik, M. Żmigrodzki, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2007, s. 219 i n.

³⁷ A. Wielomski, P. Bala, *Wstęp...*, s. 134.

zbieżności aksjologicznej pomiędzy władzą a społeczeństwem, dzielącymi ten sam *ethos*. Badacz wskazuje, że zbieżność ta jest warunkiem posłuchu dawanej władzy niezależnie od stosowanej przez nią zinstytucjonalizowanej przemocy (*krathos*).

W nurt ten wpisuje się, jak sądzę, rozumienie legitymizacji w kategoriach wyjaśniania, jak czynią to Berger i Luckmann³⁸. Co prawda, ci ostatni wiążą z legitymizacją zarówno aspekt kognitywny, jak i normatywny³⁹, jednakże ogólnie deskryptywne, a nie krytyczno-emancypacyjne podejście tych badaczy czyni proponowany przez nich sposób posługiwania się pojęciem mało atrakcyjnym z perspektywy, która interesuje mnie w niniejszej pracy. Socjologowie, np. Henryk Domański, rozumieją pojęcie legitymizacji w sposób czysto empiryczny, jako „stosunek do istniejącego ładu społecznego i władzy”, co ma pozwolić „zrozumieć, jakie czynniki wpływają na stabilność systemów rządzenia”⁴⁰. Z kolei Wesołowski proponuje pojęcie legitymizacji jako „potocznej filozofii władzy” – w takim ujęciu legitymizacja „jest takim rodzajem potocznej filozofii władzy państwowej, która zakorzenia się wśród poddanych, gdyż operuje pojęciami dostępnymi zwykłemu człowiekowi. Nawet formalnoracjonalna legitymizacja, przecież wysoce abstrakcyjna, jest dostępna Europejczykowi ery nowożytnej. Można też powiedzieć, że istnieje podłoże i wierzchołek przekonań legitymizacyjnych. U podłoża leżą milcząco przyjmowane i akceptowane przekonania o ludziach oraz ich władzy”⁴¹. W ujęciu tym pozostajemy nadal w kręgu poddających się empirycznemu badaniu elementów z pogranicza socjologii i psychologii społecznej, a nie w obrębie filozoficznych rozważań o legitymizacji jako kryterium aprobowania danego uregulowania, instytucji czy praktyki. Biernat z kolei widzi legitymizację jako „wyjaśnienie, uzasadnienie i usprawiedliwienie”⁴². Wielomski i Bala definiują natomiast legitymizację władzy jako „poczucie pośród poddanych lub obywateli, że istniejące państwo i jego władze traktują jako swoje, a nie narzucone przemocą, są więc skłonni bronić istniejącego państwa i jego władz, płacić podatki, akceptować normy prawne”⁴³. Również w kategoriach deskryptywno-eksplicacyjnych pojęciem legitymizacji posługuje się krakowska socjolożka prawa Hanna Dębska, pisząc – w języku socjologii krytycznej Pierre’a Bourdieu – o kapitałach (naukowym, politycznym, zawodowym) jako o podstawie

³⁸ J. Helios, P. Kaczmarek, S. Kaźmierczyk, *Legitymizacja. Zarys koncepcji*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006, s. 132–133. Por. T. Berger, P. Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin, London 1991, s. 110 i n.

³⁹ T. Berger, P. Luckmann, *The Social Construction of Reality...*, s. 111.

⁴⁰ H. Domański, *Czynniki legitymizacji...*, s. 65.

⁴¹ W. Wesołowski, *Legitymizacja...*, s. 559.

⁴² T. Biernat, *Jednostka...*, s. 10.

⁴³ A. Wielomski, P. Bala, *Wstęp...*, s. 135.

legitymizacji władzy sędziów TK⁴⁴. Pojęcie legitymizacji jest tu użyte w sposób socjologiczny, jako wyjaśnienie argumentów na rzecz powołania danej osoby na sędziego i uzasadnienie jej kompetencji do zajmowania tego stanowiska. W tym sensie jest to więc tak naprawdę uszczegółowienie kategorii wywodzących się od Webera i przefiltrowanie ich przez pojęcia właściwe socjologii Bourdieu (kapitały).

Odmianą nurtu deskryptywno-eksplikacyjnego, bardziej interesującą z perspektywy filozofii prawa, jest ujęcie Carla Schmitta. W pracy *Legalność i prawomocność* wyróżnił on cztery podstawowe typy ustrojowe, opierając się na kryteriach legitymizacji władzy: (1) państwo prawodawcze (gdzie źródłem legitymizacji jest legalność ustawowa), (2) państwo jurysdykcyjne (gdzie źródłem legitymizacji jest decyzja sędziowska), (3) państwo rządowe (gdzie źródłem legitymizacji jest osobista wola głowy państwa) i wreszcie (4) państwo administracyjne (legitymizowane w sposób technokratyczny)⁴⁵. Kluczowe dla Schmittowskiego ujęcia legitymizacji jest, co oczywiste, pojęcie suwerena, który jest „najwyższym prawodawcą, najwyższym sędzią i najwyższym rozkazodawcą, ostatecznym źródłem legalności i ostatecznym podłożem prawomocności”⁴⁶. Schmitt posługuje się więc pojęciem legitymizacji także w sposób opisowy, choć niewątpliwie odmienny niż Weber. Dla Schmitta pojęcie to jest kluczem do zrozumienia roli prawa i polityki w sprawowaniu władzy państwowej; legitymizacja jest pewnym zjawiskiem, które Schmitt analizuje i na podstawie którego formułuje określoną diagnozę. Przykładowo, w odniesieniu do państwa prawodawczego zwraca uwagę, że: „Legalność ma (...) zadanie uznania za zbędne i zanegowania prawomocności (monarchy i plebiscytowej woli narodu), a także każdego – samoistnego lub odwołującego się do czegoś wyższego – autorytetu i zwierzchnictwa”⁴⁷. O ile więc Webera interesowały przede wszystkim postawy społeczne wobec władzy i ich źródła, o tyle Schmitta interesuje raczej hegemoniczna ideologia państwowa, która w określony sposób wyjaśnia – legitymizuje – władzę. Nawiązując zresztą do Webera, zauważa, że w państwie prawodawczym legalność staje się jedyną podstawą legitymizacji⁴⁸. Sam Schmitt jednak zdecydowanie stoi na stanowisku pojęciowego przeciwstawienia sobie legalności i legitymności⁴⁹. Oprócz czterech modeli państwa, wspomnianych

⁴⁴ H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 216 i n.

⁴⁵ C. Schmitt, *Legalność...*, s. 7–12.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 11.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 18. Jak zauważa Biernat, utożsamienie legalności i legitymności nie rozwiązuje bynajmniej problemu legitymizacji władzy, lecz przesuwa go na obszar legitymizacji prawa (T. Biernat, *Jednostka...*, s. 8).

⁴⁹ C. Schmitt, *Legalność...*, s. 18–19.

wyżej, pisze też Schmitt o legitymności „plebiscytowo-demokratycznej”⁵⁰. Pozwala to na sformułowanie ogólnego wniosku, że legitymność i legitymizacja są dla Schmitta pojęciami opisowo-interpretacyjnymi, które wskazują, jakiego typu zjawiska (prawo, rozkaz władcy, orzeczenie sądowe, technokratyczna decyzja administracyjna, wybory demokratyczne) są w danej wspólnocie politycznej uważane za podstawę uzasadniająca daną władzę i posłuch jej decyzjom. Co istotne dla moich rozważań, pojęcie to nie służy Schmittowi do oceny ani treści samych uregulowań podlegających legitymizacji, ani też samego ustroju. Legitymizacja dla Schmitta jest określonym przymiotem, właściwością danego ustroju, a nie kryterium jego oceny. Jak zauważa Jerzy Zajadło, Schmitt „poszukuje (...) przede wszystkim warunków oraz możliwości stworzenia, istnienia i utrzymania stabilnego porządku polityczno-prawnego. Związek między legalnością i legitymizacją staje się więc immanentny, ale tylko wówczas, gdy w warunkach »normalności« nie istnieje prymat prawa nad polityką i polityki nad prawem. Innymi słowy – gdy prawo i polityka są nieodłącznymi i powiązаныmi z sobą komponentami tak pojętego stabilnego konkretnego porządku”⁵¹. Pomimo więc charakterystycznych i niewątpliwych odrębności Schmittowskie rozumienie legitymności i legitymizacji nie wychodzi, w ostatecznym rozrachunku, poza Weberowski, w gruncie rzeczy empiryczny, paradygmat rozumienia tych pojęć i posługiwania się nimi w naukowym dyskursie. Schmittowska praca o *Legalności i prawomocności* jawi się zatem w tym świetle jako dzieło przede wszystkim socjologiczno-prawne. Nawiasem mówiąc, jak zauważają Wielomski i Bala, „W naukach prawnych uwidacznia się tendencja, którą można by określić mianem normatywistycznej, czyli sprowadzanie problemu uprawomocnienia do zbadania, czy państwo i jego władze funkcjonują w zgodzie z aktami prawa pisanego. (...) Nauki prawne mają więc tendencje do traktowania kwestii legitymizacyjnych w kategoriach formalnych, obiektywnych. (...) Nauki prawne w gruncie rzeczy odrzucają więc rozróżnienie pomiędzy legitymizacją a legalnością, traktując obydwie pojęcia jako synonimy”⁵². Uprzedzając dalsze rozważania (w punktach 2.4 i 3), już teraz chcę zasygnalizować, że tendencja do utożsamiania legitymizacji i legalności, krytykowana przez Schmitta i uznawana przez Wielomskiego i Bałę za właściwą naukom prawnym, stoi w sprzeczności z założeniami krytycznej nauki o prawie, a konstruowany przeze mnie model pojęcia legitymizacji orzekania (zaprezentowany w punkcie 3) oparty będzie na ich ostrym przeciwstawieniu.

Drugi nurt myślenia o legitymizacji, który określiłem wcześniej jako normatywny, posługuje się tym pojęciem w sposób ocenny, odwołując się do aksjologii. Jak wskazuje Pulka, „wynikiem działalności teoretycznej nie jest opis

⁵⁰ *Ibidem*, s. 143.

⁵¹ J. Zajadło, *Prawoznawstwo – polityczność nauki czy nauka polityczności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 45.

⁵² A. Wielomski, P. Bala, *Wstęp...*, s. 135–136.

i wyjaśnianie zjawisk prawnych i politycznych, lecz określona wizja uprą-
 womocnionego ładu prawnopolitycznego⁵³. Wrocławski fi-
 lozof prawa, opierając się na analizie zarówno koncepcji marksistowskich, jak
 i liberalnych, doszedł do wniosku, że mają one „charakter normatywny, a nie
 deskryptywny. Jest tak, ponieważ koncepcje te nie mówią o tym, co jest, lecz
 o tym, co być powinno⁵⁴. Nie ukrywam, że podejście Pulki jest mi bliższe niż
 Webera czy Schmitta, ponieważ lepiej wpasowuje się w przyjęty w niniejszej
 pracy paradygmat krytycznej nauki o prawie. Pojęcie legitymizacji, używane
 czysto opisowo, nie może bowiem stać się narzędziem rzeczywistej krytyki pra-
 wa, która jest podstawowym celem jursprudenckiej krytyki. Funkcję opisową
 pełnią, w proponowanym przeze mnie modelu, pojęcia ideologii i polityczności,
 które przybliżyłem, także w związku z orzekaniem, odpowiednio w rozdzia-
 łach I i II (ideologia) oraz III (polityczność). W rozdziale IV natomiast wprowa-
 dziłem, w ramach rozważań o etyce orzekania, pojęcie sprawiedliwości, które
 – w odróżnieniu od ideologii i polityczności, jest silnie nacechowane aksjologicz-
 nie i ma charakter normatywny. Powracając do przywołanego już Pulki, war-
 to przytoczyć sformułowaną przez niego definicję legitymizacji, którą rozumie
 on jako „dowodzenie prawomocności, które angażuje argumenty o charakterze
 ocennym. Inaczej mówiąc, legitymizacja to argumentacja usprawiedliwiająca,
 która zmierza do pokazania porządku prawnopństwowego jako spełniającego
 określone wartości. Jak z tego wynika, przez legitymizację rozumiem argumen-
 tację aksjologiczną, bez względu na to, czy jest ona przedstawiana w formie racji
 logicznych lub empirycznych⁵⁵”.

Różnica pomiędzy deskryptywnym i normatywnym ujęciem legitymiza-
 cji leży więc nie tyle w odmiennym pojmowaniu legitymizacji jako takiej, ile
 w pozycji podmiotu (badacza) względem dyskursu legitymizacyjnego. W ujęciu
 deskryptywnym podmiot przyjmuje wobec dyskursu legitymizacyjnego pozycję
 zewnętrzną. Dyskurs ten, co widoczne zarówno u Webera, jak i Schmitta, zawiera
 w sobie elementy usprawiedliwiania i argumentacji aksjologicznej. Jednakże
 badacz stawia się poza obrębem tego dyskursu, bada jego funkcjonowanie z ze-
 wnętrza. Tezy, jakie formułuje tego typu d y s k u r s o l e g i t y m i z a c j i, przy-
 bierają postać: „w społeczeństwie *S* władzę *W* legitymizuje narracja *N*”, a także
 postaci pochodne (np. porównanie narracji legitymizacyjnych w różnych społe-
 czeństwach, ocena skuteczności poszczególnych narracji w danych warunkach
 itp.). Na gruncie takiej perspektywy stwierdzenie, że „władza *W* jest nielegitym-
 na”, ma walor empiryczny, a nie ocenny. Odwołuje się albo do relacji pomię-
 dzy władzą (*W*) a narracją legitymizacyjną (*N*), albo do akceptacji narracji (*N*)

⁵³ Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, s. 7.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 9–10.

przez społeczeństwo (S). Taka postawa badawcza jest adekwatna dla podejścia socjologicznego.

Natomiast w przypadku podejścia normatywnego do legitymizacji podmiot sam staje się uczestnikiem dyskursu legitymizacyjnego. Formułowane przez podmiot twierdzenia odwołują się nie tyle do akceptacji danej narracji legitymizacyjnej przez społeczeństwo, co do innych racji, które podmiot dyskursu uznaje za najważniejsze. Racje te mogą być, rzecz jasna, rozmaite, czego pochodną jest bogactwo rozmaitych nurtów w refleksji nad legitymizacją.

Podsumowując powyższe rozważania o charakterze przeglądowym, warto podkreślić, że w strukturze pojęcia legitymizacji da się zasadniczo wyróżnić cztery elementy: (1) podmiot dyskursu legitymizacyjnego (kto legitymizuje?), (2) przedmiot legitymizacji (co jest legitymizowane?), (3) kryteria legitymizacji (ze względu na co dokonywana jest legitymizacja?) oraz (4) skutki legitymizacji lub jej braku (co się stanie, jeżeli podmiot legitymizacji odmówi legitymizacji jej przedmiotowi?). I tak, w ujęciu Weberowskim podmiotem legitymizacji jest społeczeństwo, jej przedmiotem – zasadniczo władza polityczna, jej kryterium – przede wszystkim legalność, a skutkiem jej braku – odmowa posłuszeństwa władzy poza sytuacją bezpośredniego przymusu. U Schmitta z kolei dyskurs legitymizacyjny zdaje się mieć za podmiot same elity, które legitymizują swoją władzę (przedmiot legitymizacji) wedle określonych kryteriów, których dobór stanowi podstawę wyróżnienia czterech typów państwa (prawodawczego, jurysdykcyjnego, rządowego i administracyjnego).

2.4. Legitymizacja prawa – zagadnienia wybrane (przegląd)

W formie wstępu do właściwych rozważań dotyczących legitymizacji orzekania należy, jak sądzę, choćby skrótowo przybliżyć stan dyskusji dotyczącej legitymizacji prawa. Przechodząc do konkretnych kryteriów legitymizacji, należy wyróżnić za Wiolettą Jedlecką pięć modeli legitymizacji prawa: prawnonaturalny, personalistyczny, konsensualny, ideologiczny oraz socjotechniczny, które uzupełniam o modele legitymizacji formalnej.

Po pierwsze więc, można mówić o prawnonaturalnym modelu legitymizacji, w ramach którego „prawo pozytywne jest legitymizowane (...) wtedy, gdy realizuje ono, czy też zmierza do realizacji, pewnych absolutnych, obowiązujących zawsze i wszędzie norm i wartości”⁵⁶. Model prawnonaturalny w rzeczywistości odsyła do innego, merytorycznego systemu normatywnego, którego istnienie zakłada. Prawo jest legitymne wówczas, gdy jest z tym innym pozaprawnym systemem normatywnym zgodne. Model prawnonaturalny można odnosić do wszystkich, wskazanych wyżej, przedmiotów legitymizacji,

⁵⁶ W. Jedlecka, *Legitymizacja...*, s. 17.

tj. zarówno do formy prawnej jako takiej (która będzie legitymna, jeżeli będzie dawała rezultaty zgodne z prawem naturalnym), danego porządku prawnego (np. problem legitymności prawa totalitarnego), czy wreszcie jego poszczególnych składników (np. problem legitymności kary śmierci). Z perspektywy krytycznej filozofii prawa model ten może być o tyle atrakcyjny, że można go powiązać z określoną, emancypacyjną koncepcją sprawiedliwości i twierdzić, że prawo głęboko niesprawiedliwe jest nielegitymne właśnie ze względu na tę niesprawiedliwość. Można też, jak afrykański filozof prawa Olúfẹ́mi Táíwò⁵⁷, utożsamiać podstawowe elementy danej formacji (feudalnej, kapitalistycznej, socjalistycznej) z prawem naturalnym i, idąc tym tropem, uważać za legitymne takie prawo, które jest zgodne z prawem naturalnym określonej formacji. Mówiąc inaczej, wyznacznikiem legitymizacji byłaby w tym przypadku zgodność nadbudowy (prawnej) z bazą (społeczno-ekonomiczną).

Drugi model legitymizacji prawa, jaki wyróżnia Jedlecka, to *m o d e l p e r s o n a l i s t y c z n y*. Zgodnie z tym ujęciem „prawo jest legitymizowane wówczas, gdy posiada wymiar osobowy, a zatem wtedy, kiedy służy realizacji uprawnień o charakterze podmiotowym”⁵⁸. Model ten niewątpliwie wykazuje pewne podobieństwa z modelem prawnonaturalnym, którego, jak się wydaje, jest uszczegółowieniem. Z perspektywy krytycznej filozofii prawa model personalistyczny może być o tyle ciekawy, że można by za jego pomocą delegitymizować te systemy czy instytucje prawne, które prowadzą do zdominowania, zniewolenia jednostek, np. należących do określonych klas ekonomicznych czy grup tożsamościowych.

Trzeci wyróżniony przez Jedlecką model legitymizacji to *m o d e l k o n s e n s u a l n y*, nawiązujący wprost do ujęcia Jürgena Habermasa. Jak wyjaśnia autorka, „w modelu tym akcentowany jest fakt wyznawania przez społeczeństwo określonych wartości i ideałów, który wskazuje na to, że społeczeństwo jest pewną zbiorowością autonomiczną, posiadającą kulturową tożsamość, własne tradycje nadające sens społecznej komunikacji oraz społecznym działaniom”⁵⁹. W tym ujęciu prawem legitymnym byłoby takie prawo, które odzwierciedla dominującą w społeczeństwie kulturę czy tożsamość, wyznawane przez społeczeństwo wartości i ideały. Z perspektywy krytycznej filozofii prawa model ten wydaje się *prima facie* problematyczny, albowiem tożsamość kulturowa, wartości czy ideały, jakie *de facto* wyznaje konkretne społeczeństwo, mogą, po pierwsze, być wyrazem hegemonicznej ideologii, z którą krytyczna teoria stara się toczyć walkę, a po drugie, być po prostu uzasadnieniem ucisku, dominacji czy dyskryminacji. Chociaż więc prawo z pewnością jest legitymizowane z perspektywy

⁵⁷ O. Táíwò, *Legal Naturalism: A Marxist Theory of Law*, Cornell University Press, Ithaca 1996.

⁵⁸ W. Jedlecka, *Legitymizacja...*, s. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 17–18.

dominujących poglądów, to może właśnie dlatego spotyka się ono z delegitymizującą krytyką *critical legal theory*.

Czwarty wyróżniony przez Jedlecką model to model ideologiczny legitymizacji prawa. W jego ramach „podstawą legitymizacji prawa jest panująca ideologia polityczno-prawna. Prawo traktowane jest (...) jako instrument, którym posługuje się system polityczny dla realizacji celów wyznaczonych przez tę ideologię”⁶⁰. Pomimo pozornej zbieżności modelu ideologicznego i modelu konsensualnego widoczna jest między nimi istotna różnica. Model konsensualny kładzie bowiem nacisk na ideologię mającą status hegemoniczny w społeczeństwie, podczas gdy model ideologiczny kładzie nacisk na ideologię wyznawaną przez grupę sprawującą władzę polityczną. Jak wiadomo, ideologie te mogą być nietożsame. Z perspektywy krytycznej filozofii prawa niewiele to zmienia w zakresie oceny przydatności omawianego modelu – podobnie jak model konsensualny, nie wydaje się on przydatnym narzędziem do krytyki prawa z pozycji hermeneutyki podejrzeń i celów emancypacyjnych, właściwych jurysprudencji krytycznej.

Piąty i ostatni model wyróżniony przez Jedlecką to model socjotechniczny, w ramach którego „prawo jest legitymizowane jako skuteczna technika organizacji stosunków społecznych. Użycie prawa jako techniki jest następstwem naukowego rozpoznania empirycznych zależności społecznych”⁶¹. Jest to więc w istocie model instrumentalno-technokratyczny, w którym fenomen prawa oceniany jest jako narzędzie do realizacji innych celów⁶². Tak jak poprzednie, również ten model można odnieść do wszystkich przedmiotów legitymizacji, tj. do formy prawa, konkretnego systemu prawnego oraz poszczególnych jego elementów. Za każdym razem konieczne jednak będzie odesłanie do określonych celów spoza subświata prawniczego, które mają być za pomocą prawa osiągnięte.

Wyróżnione przez Jedlecką modele legitymizacji łączy to, że są to modele materialnej legitymizacji prawa, tj. kładą one nacisk na jego treść, a nie na to, w jaki sposób treść ta jest osiągnięta. Dlatego pięć modeli legitymizacji materialnej prawa należałoby uzupełnić o następujące modele legitymizacji formalnej: (1) legitymizacja demokratyczna (prawo jako wynik decyzji demokratycznej, tj. podjętej przez większość); (2) legitymizacja deliberytywna (prawo jako wynik decyzji podjętej po wysłuchaniu wszystkich racji; koncepcja ta nawiązuje, podobnie jak wskazany wyżej model konsensualny, do myśli Habermasa); (3) legitymizacja historyczna (treść prawa jako nawiązanie do tradycji prawnej, np. zgodność danej instytucji z prawem rzymskim⁶³);

⁶⁰ *Ibidem*, s. 18–19.

⁶¹ *Ibidem*, s. 19.

⁶² T. Bekrycht, *Demokratyczna legitymizacja prawa – tworzenie i stosowanie prawa (zarys problemu)*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1, s. 8.

⁶³ Choć legitymizacja historyczna nie pojawia się w filozoficznopravnym dyskusjach o legitymizacji prawa, jest ona niezwykle istotna w praktyce dyskursów prawniczych i polityczno-

(4) legitymacja p o c h o d n a (czyli legitymizacja konstruowana poprzez odeślanie nie do kryterium legitymizacji, ale do faktu, że X jest legitymizowane przez Y, a Y posiada legitymizację z innego tytułu); (5) legitymizacja referencyjna pojawia się często w dyskursie, szczególnie dotyczącym Unii Europejskiej, której legitymizację próbuje się oprzeć już to na prawie międzynarodowym publicznym (które ma określoną, własną legitymizację), już to na legitymizacji władz państw członkowskich, które niejako nadają legitymizację Unii⁶⁴.

3. Legitymizacja orzekania w ujęciu krytycznej filozofii prawa

3.1. Wprowadzenie

Problem legitymizacji orzekania jest problemem, którego tradycyjny pozytywizm nie dostrzegwał, utożsamiając proces orzekania z wykładnią i stosowaniem prawa. Tym samym orzekanie było legitymizowane niejako przez samo prawo, którego miało być przedłużeniem. Upadek mitu sędziego jako *bouche de la loi* i odkrycie pokładów prawniczej władzy dyskrecjonalnej doprowadziło do postawienia problemu legitymności orzekania jako problemu samodzielnego, nie-utożsamnego z problemem legitymizacji prawa w ogólności, o którym była mowa wcześniej⁶⁵. Problem legitymizacji orzekania pojawia się w literaturze zwłaszcza w kontekście sądownictwa konstytucyjnego, bowiem w tym aspekcie także refleksja głównego nurtu dostrzega polityczność orzekania (której nie dostrzega w sądownictwie cywilnym, karnym i administracyjnym, rzekomo apolitycznym). Przykładowo, Ryszard Małajny pisze: „Często (...) podkreśla się (...), że w przeciwieństwie do deputowanych do parlamentu sędziowie trybunału konstytucyjnego nie pochodzą z wyborów powszechnych. Ich legitymacja jest zatem dużo słabsza, a pełnią oni funkcje władcze, dzięki którym istotnie oddziałują na porządek społeczny”⁶⁶. Tymczasem, jak pokazałem w rozdziale III o polityczności i orzekaniu, potencjalnie każdy sąd – cywilny, karny, administracyjny, a nie tylko sąd konstytucyjny – podejmować może decyzje polityczne. Jak przekonująco wskazał swego czasu Duncan Kennedy, nawet „czysto techniczne” unor-

-prawnych. Geneza danej instytucji w prawie rzymskim czy w prawie II RP ukazywana jest jako argument legitymizacyjny. Drugą stroną medalu są dyskursy delegitymizacyjne, gdzie samo powiązanie danej instytucji z okresem PRL czy wskazanie na jej radziecką genezę traktowane jest jako argument przesądający o potrzebie usunięcia danej instytucji z porządku prawnego, jak miało to miejsce w dyskusjach choćby na temat spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, prawa użytkowania wieczystego czy klauzul generalnych: zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa.

⁶⁴ W. Jedlecka, *Legitymizacja...*, s. 25.

⁶⁵ Por. D. Dudek, *Legitymizacja a władza sądownicza*, [w:] *Prawowitość...*

⁶⁶ Zob. np. R.M. Małajny, *Legitymacja...*, s. 8–9.

mowania prawa cywilnego mają swoje aspekty polityczne⁶⁷, a co dopiero mówić o wymiarze kary czy dyskrecjonalnym uwzględnianiu okoliczności łagodzących w prawie karnym. Dlatego też z całym naciskiem stawiam tezę, że problem legitymizacji orzekania dotyczy nie tylko sądów konstytucyjnych czy międzynarodowych (ETS, ETPC) w ich relacjach do ustawodawcy czy do władz krajowych, ale jest problemem orzekania jako takiego. Takie postawienie sprawy uzasadnia, jak sądzę, uznanie problematyki legitymizacji orzekania za pełnoprawny składnik konstruowanej przeze mnie krytycznej filozofii orzekania. Oczywiście, problemy sygnalizowane tu skupiają się w sądach konstytucyjnych czy międzynarodowych w większym natężeniu albo – mówiąc bardziej precyzyjnie – są w ich przypadku widoczne gołym okiem, podczas gdy ujawnienie polityczności wyroków sądu rejonowego w wydziale cywilnym czy karnym wymaga większego wysiłku intelektualnego. Jak trafnie zauważa Bekrycht, „proces tworzenia prawa nie kończy się w ramach władzy ustawodawczej, ale przenosi się do pozostałych władz, czyli wykonawczej i sędziowskiej. Zjawisko to wskazuje na fikcję zasady trójpodziału władzy i na jej jedynie ideologiczne znaczenie”⁶⁸. Czyni to problem legitymizacji orzekania równie istotnym, co problem legitymizacji parlamentarnego ustawodawstwa.

Tymczasem problem legitymizacji orzekania nie został jak dotąd w literaturze polskiej należycie zbadany. Wynika to z faktu, że jak się wydaje, panuje milczący konsensus, w ramach którego orzekanie jest legitymne, jeżeli stosowane są właściwe metody wykładni. O ile poszczególni autorzy różnią się co do oceny metod oraz zalecanych dyrektyw wykładni I i II stopnia⁶⁹, to wydaje się, iż łączy ich przekonanie, że stosowanie „właściwego” podejścia do problematyki wykładni prawa niejako automatycznie rozwiązuje problem legitymizacji orzekania. Wydaje się też, że do tego nurtu myślenia o legitymizacji orzekania należy zaliczyć Artura Kozaka, który widział w prawie przede wszystkim zespół utrwalonych praktyk społecznych właściwych wspólnocie prawniczej, które – o ile dać im należy autorytet – zdolne są rozwiązać wszelkie problemy innych subświatów⁷⁰.

⁶⁷ D. Kennedy, *The Political Stakes...*

⁶⁸ T. Bekrycht, *Demokratyczna legitymizacja prawa...*, s. 7.

⁶⁹ W polskiej teorii prawa jest to, oczywiście, spór między ujęciem klaryfikacyjnym Jerzego Wróblewskiego a ujęciem derywacyjnym szkoły poznańsko-szczecińskiej, opracowanym szczegółowo przez Macieja Zielińskiego. Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Dyrektywy wykładni drugiego stopnia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2010. Autorytatywne prezentacje obu ujęć zob.: J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

⁷⁰ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 144–147, 155.

Ze względu na całokształt założeń krytycznej filozofii prawa, które przedstawiłem w rozdziale I, a także ze względu na konstatacje o polityczności orzekania (rozdział III) oraz zgłoszony postulat politycznej etyki sędziowskiej (rozdział IV) nie widzę innej możliwości, niż posługiwać się pojęciem legitymizacji raczej w sposób ocenny, zgodny z postulatem Pulki, niż opisowo-wyjaśniający, w duchu Webera, Schmitta czy Bergera i Luckmanna. W dalszych rozważaniach odniosę się kolejno do następujących aspektów krytycznej koncepcji legitymizacji: po pierwsze, określę projektowany podmiot dyskursu legitymizacyjnego, jakim powinna stać się, jak sądzę, sama krytyczna nauka o prawie (punkt 3.2); po drugie, przyjmę jako założenie tezę, że zarówno prawo, jak i orzekanie wymagają legitymizacji, wskutek czego niemożliwa do przyjęcia jest teza o ich samolegitymizacji (punkt 3.3); po trzecie, ustalę, co konkretnie jest przedmiotem dyskursu legitymizacyjnego odnoszącego się do orzekania, tj. wskażę, jakie aspekty wymagają odrębnej legitymizacji (punkt 3.4); następnie przejdę do możliwych kryteriów legitymizacji, wyodrębniając je według aspektu orzekania, który podlega legitymizacji (punkt 3.5), a na koniec zastanowię się, jakie – z perspektywy krytycznej nauki o prawie – mogą i powinny być skutki braku legitymności orzekania, nawiązując w szczególności do rozważań Costasa Douzinasasa o wiecznym powrocie prawa do oporu.

3.2. Podmiot dyskursu legitymizacyjnego

Odnosząc się do zarysowanych w zakończeniu poprzedniego punktu elementów struktury pojęcia legitymizacji, jako podmiot dyskursu legitymizacyjnego proponuję uznać raczej samą krytyczną naukę o prawie (dyskurs krytyczny w prawoznawstwie) niż społeczeństwo (jak w ujęciu Weberowskim) czy też hegemoniczną elitę (jak w ujęciu Schmittowskim). Jest to zgodne, po pierwsze, z założeniem o epistemicznym uprzywilejowaniu krytycznej jurysprudencji, która – dzięki posiadanym narzędziom badawczym, należącym do instrumentarium szeroko pojętej hermeneutyki podejrzeń, jest w stanie rozpoznać rzeczywistą treść społeczno-ekonomiczną przepisów prawnych i orzecznictwa, oraz, po drugie, z założeniem o emancypacyjnym charakterze dyskursu krytycznej nauki o prawie, który stawia ją w roli reprezentanta interesów nieuprzywilejowanych grup społecznych, na rzecz których podejmuje działania dyskursywne nakierowane na uwolnienie ich spod dominacji (zarówno w naukowym, jak i praktycznym dyskursie o prawie)⁷¹. Skutkiem powyższych założeń jest położenie większego akcentu nie tyle na legitymizację, co raczej na delegitymizację, a zatem potraktowanie przedmiotowego pojęcia w sposób zgodny z duchem

⁷¹ Nawiązuję tu luźno do rozważań Kennedy'ego o tzw. inteligencjach ideologicznych. Zob. szeroko: D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997.

hermeneutyki podejrzeń i krytyki. Należy jednak zauważyć, że postulowane zajęcie przez krytyczną naukę o prawie miejsca podmiotu dyskursu legitymizacyjnego nie wyklucza krytycznego, ocennego zajmowania także pozycji zewnętrznej wobec innych podmiotów tego dyskursu. Obie postawy łączy jednak element ocenny, silnie uwarunkowany aksjologicznie, co odróżnia postulowany sposób uczestniczenia w dyskursie legitymizacyjnym o prawie choćby od postawy badawczej Webera i współczesnych nurtów do niego nawiązujących, które opisują i wyjaśniają legitymizację jako pewne zjawisko społeczne, jednakże same nie roszczą sobie prawa do aktywnego udziału w dyskursie legitymizacyjnym. Sądzę bowiem, że zadaniem krytycznej nauki o prawie, w świetle posiadanych przez nią narzędzi badawczych nakierowanych na ujawnianie i demaskowanie ideologiczności i polityczności orzekania, jest wyciągnięcie z tych ustaleń konkretnych wniosków, mogących *in casu* prowadzić do delegitymizacji orzekania (w każdym jego aspekcie: instytucjonalnym, pragmatycznym i apragmatycznym⁷²).

3.3. Konieczność legitymizacji

Stawiam tezę, że zarówno prawo jako zjawisko społeczne, jak i orzekanie jako część tego zjawiska wymagają legitymizacji. Założenie to jest pochodną, przyjętych w rozdziale I, tez konstrukcjonizmu społecznego, z których wynika, że prawo i jego instytucje są konstruktami społecznymi. W związku z tym posłuch wobec nich nie może być automatyczny, lecz wymaga uzasadnienia. Uzasadnienie to powinno zaś mieć charakter aksjologiczny i odwoływać się do konkretnych kryteriów, które wskażę w dalszych rozważaniach. W szczególności odrzucenie, za Schmittem, możliwości utożsamienia legalności i legitymności nakazuje poszukiwać innych, pozalegalnych podstaw do legitymizacji zjawisk prawnych, w tym interesującego mnie zjawiska orzekania.

3.4. Orzekanie jako przedmiot dyskursu legitymizacyjnego

Jeśli chodzi o przedmiot dyskursu legitymizacyjnego, to w niniejszych rozważaniach, co oczywiste, kłaść będę zasadniczy nacisk na orzekanie, albowiem konstruuje przedmiotowe pojęcie w ramach i dla potrzeb proponowanej krytycznej filozofii orzekania. Jednakże na początek konieczne będzie także poświęcenie pewnej uwagi problematyce legitymizacji prawa jako takiego (rozumianego jako system norm), by dopiero na tle tak zakreślonego przedmiotu legitymizacji przejść do właściwych rozważań o legitymizacji orzekania (*legitimacy of adjudication*). Analizując problem orzekania jako przedmiot dyskursu legitymizacyjnego, należy, jak sądzę, wyróżnić trzy szczegółowe przedmioty tego

⁷² Szerzej o tych trzech aspektach będzie mowa w punktach 3.4 i 3.5.

dyskursu, którymi mogą być: (1) instytucje orzekające, (2) orzekanie jako zjawisko, (3) konkretne orzeczenia bądź linie orzecznictwa. W związku z tym przyjmuję, że każdy z owych trzech przedmiotów wymaga odrębnej legitymizacji, być może też na podstawie odmiennych kryteriów. I tak, instytucja orzekająca (sąd, trybunał, trybunał arbitrażowy itp.) może być legitymizowana w jeden sposób (np. demokratyczny bądź technokratyczno-eksperycki), co bynajmniej nie przekłada się automatycznie na legitymizację orzekania jako praktyki kultury prawnej ani tym bardziej na legitymizację konkretnych orzeczeń czy linii orzeczniczych. Jest tak choćby dlatego, że odmiennie mogą być kryteria legitymizacji – sąd może być legitymizowany demokratycznie (np. trybunał konstytucyjny), samo orzekanie może być legitymizowane legalistycznie (np. poprzez odwołanie się do kryteriów prawnych, a nie politycznych), natomiast konkretne orzeczenie może być – w granicach paradygmatu legitymizacyjnego orzekania jako takiego – legitymizowane indywidualnie na podstawie np. kryteriów efektywności ekonomicznej czy sprawiedliwości społecznej. Jak widać w powyższym przykładzie, kryteria legitymizacji poszczególnych składników szeroko pojętego zjawiska „legitymizacji orzekania” nie są bynajmniej zamienne, choć oczywiście można sobie wyobrazić ich homogeniczność (gdy i sąd, i orzekanie, i poszczególne orzeczenia będą legitymizowane, przykładowo, wyłącznie na podstawie kryteriów demokratycznych). Co więcej, każdy z trzech aspektów wymaga odrębnej legitymizacji: (1) sąd, (2) orzekanie jako praktyka, (3) konkretne orzeczenie bądź linia orzecznicza.

3.5. Dopuszczalne kryteria legitymizacji

3.5.1. Uwagi ogólne

Przyjęte przeze mnie za wyjściowe rozróżnienie na legalność i legitymność pociąga za sobą doniosły skutek dla problematyki legitymizacji orzekania (we wszystkich trzech aspektach): skoro bowiem legitymizacji nie można utożsamiać z legalnością, konieczne jest wskazanie dodatkowych (innych od legalności) kryteriów legitymizacyjnych⁷³. W ujęciach liberalnych, kładących nacisk na separację prawa od polityki, legitymizacji orzekania dokonuje się m.in. poprzez wskazywanie na jego apolityczność zarówno w aspekcie instytucjonalnym (sąd, trybunał), pragmatycznym (czynność orzekania, sposób uzasadnienia orzeczeń), jak i apragmatycznym (treść orzeczeń, ich kierunek). Taki sposób myślenia o kryteriach legitymizacji reprezentuje np. belgijski badacz prawa europejskiego i obecny prezes ETS Koen Lenaerts. Píše on: „Od strony zewnętrznej legitymność sądownictwa i jego rola w społeczeństwach demokratycznych są głęboko ze

⁷³ Por. D. Dudek, *Legitymizacja...*, który podkreśla kryzys pozytywistycznego modelu legitymizacji orzekania poprzez odwołanie do legalności.

sobą powiązane, albowiem tylko poprzez zdefiniowanie, co sądy powinny robić (i od czego powinny się powstrzymywać), może określić, czy są one legitymne. W tym celu należy w pierwszej kolejności określić, »co to jest prawo«, a dopiero potem ocenić, czy sądy ograniczają się do »wykładni i stosowania prawa«. Jeżeli sądy wychodzą poza spoczywający na nich obowiązek ogłaszania, »co jest prawem«, nie posiadają one legitymności, albowiem wkraczają w obszar procesu politycznego. Kreśląc granicę pomiędzy prawem a polityką, sądy w rzeczywistości dookreślają kontury swojej legitymności⁷⁴. Ze względów, które szeroko wyłożyłem zarówno w rozdziale I, jak i w szczególności w rozdziale III dotyczącym polityczności orzekania, zaproponowane przez Lenaerts kryterium legitymności orzekania w postaci jego apolityczności nie daje się utrzymać. Polityczność orzekania jest bowiem nieuchronna niezależnie od tego, czy mówimy o trybunale ponadnarodowym, sądzie najwyższym czy nawet sądzie rejonowym, rozstrzygającym spór konsumenta z przedsiębiorcą czy poszkodowanego z zakładem ubezpieczeń. Jest to też konsekwencją przyjętych przez mnie założeń dotyczących granic prawniczej władzy dyskrecyjnej – skoro granicą taką nie jest, w ostatecznym rozrachunku, tekst prawa, to niemożliwe jest dokonanie operacji zaproponowanej przez Lenaerts i ściśle odróżnienie od siebie prawa i polityki, a następnie uznanie tego podziału (a konkretnie: apolityczności orzekania) za kryterium legitymizacyjne.

Lenaerts wskazuje na kolejne kryteria legitymizacyjne, które określa mianem wewnętrznych. Są to, po pierwsze, ściśle przestrzeganie norm kompetencyjnych przez sąd, co – jak nietrudno zauważyć – jest szczególnie istotne w przypadku sądów ponadnarodowych i międzynarodowych, a także, po drugie, „prawidłowość (*soundness*) rozumowania prawniczego”⁷⁵. Lenaerts wyjaśnia powyższe kryterium następująco: „Pytanie, czy sądy są legitymne, sprowadza się do zbadania, czy przesłanki orzekania (*rationale*) są wystarczająco przejrzyste i łatwe do zrozumienia, czy też są enigmatyczne (*cryptic*); czy uzasadnienie wyroku jest wystarczająco mocne, by było przekonujące, i czy adekwatnie odnosi się do argumentów przedłożonych przez strony; czy orzeczenia sądu są spójne (*coherent*) z istniejącym orzecznictwem i oparte na bezstronnych, znanych z góry kryteriach albo czy są wprost nieprzewidywalne i arbitralne”⁷⁶.

Zestaw kryteriów legitymizacyjnych przedstawionych przez Lenaerts można uznać za czysto formalny i legalistyczny, zasadniczo zbieżny z tezami współczesnego pozytywizmu prawniczego, w szczególności z tezą o rozdziale prawa i polityki (zewnętrzne kryterium legitymizacji) oraz ujęciem orzekania nie jako procesu sylogistycznej dedukcji, ale jako dyskursywnego uzasadnienia rozstrzygnięcia (wymóg uzasadnienia) i wymóg spójności z wcześniejszym orzecznictwem. Legitymizacja w ujęciu Lenaerts sprowadza się więc w zasadzie

⁷⁴ K. Lenaerts, *The Court's...*, s. 13.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 14.

⁷⁶ *Ibidem*.

do czterech aspektów: (1) ścisłego przestrzegania rozdziału prawa i polityki, (2) ścisłego przestrzegania norm kompetencyjnych, (3) przekonującego uzasadniania wyroków, (4) trzymania się zasady *stare decisis*. Model ten w pełni uznaje, dopuszcza, a nawet aprobuje sądowe prawotwórstwo⁷⁷, byleby przestrzegana była zasada precedensu, a nowe orzeczenia prawotwórcze były należycie uzasadnione.

Krytyczna nauka o prawie, ze względu na przyjmowane przez siebie założenia epistemologiczne, a także założenia dotyczące granic prawniczej władzy dyskrecyjnej, nie neguje, oczywiście, zjawiska sądowego prawotwórstwa – w jej odmianach anglosaskich (np. Kennedy’ego) uchodzi ono za coś oczywistego i niewymagającego dodatkowego uzasadnienia.

Uznając, że ani apolityczność, ani legalność nie mogą stanowić kryteriów legitymizacji orzekania w perspektywie krytycznej nauki o prawie, przejdę obecnie do zaproponowania takich kryteriów. Dokonam tego odrębnie dla każdego z trzech aspektów legitymizacji orzekania, tj. aspektu instytucjonalnego, pragmatycznego i apragmatycznego.

3.5.2. Aspekt instytucjonalny – legitymizacja demokratyczna

W aspekcie instytucjonalnym, jak sądzę, podstawowym kryterium legitymizacji powinna być idea demokracji⁷⁸. W modelu tym kładzie się nacisk na bezpośrednią albo choćby pośrednią legitymizację sędziego poprzez odwołanie się do decyzji większości. Model ten abstrahuje od relacji pomiędzy orzekaniem a prawem rozumianym jako przepisy wydane przez legislaturę. Kładzie natomiast nacisk na władzę sędziowską i widzi potrzebę jej bezpośredniej legitymizacji. Model ten znany był już w starożytnej Grecji, gdzie orzekanie powierzano obywatelom czy to wybranym, czy wylosowanym, albo nawet całemu zgromadzeniu obywateli danej *polis*, jak miało to miejsce np. w przypadku procesu Sokratesa. Niezależnie od tego, w jakim stopniu decyzja sądu jest zdeterminowana przez przepisy prawa, dysponuje on określoną władzą⁷⁹ i dlatego musi ona być legitymizowana. Współcześnie system taki występuje w wielu prawach stanowych w USA, gdzie sędziowie są wybieralni⁸⁰. Natomiast na poziomie federalnym realizowany jest model pośredniej legitymizacji demokratycznej, tzn. nominacji dokonuje, na zasadzie świadome i otwarcie politycznej, Prezydent Stanów Zjednoczonych, a zatwierdza te nominacje Senat. Zarówno Prezydent,

⁷⁷ *Explicite, ibidem*, s. 15.

⁷⁸ O demokracji jako kryterium legitymizacji tworzenia prawa zob. np. T. Biernat, *Między polityką a prawem. Problem »upolitycznienia« tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 122 i n. Por. M.W. Hesselink, *Polityczne aspekty...*

⁷⁹ Zob. rozdziały II i III.

⁸⁰ Zob. np. M. Abu Gholch, P. Bury, *Bezpośredni wybór sędziów na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki*, [w:] *Instytucje demokracji bezpośredniej w praktyce*, red. O. Holub, M. Jabłoński, M. Radajewski, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2016.

jak i Senat mają bezpośredni mandat demokratyczny, który pośrednio legitymizuje sędziów. W Europie model taki dotyczy w zasadzie tylko sądów konstytucyjnych, np. niemieckiego Bundesverfassungsgericht powoływanego przez parlament, gdzie jest jasne, że określony sędzia został powołany przez określoną większość parlamentarną ze względu na swoje poglądy polityczne.

Przyjęcie modelu demokratycznego oznacza preferencję dla bezpośredniego mandatu demokratycznego nad kryteriami ekspercko-profesjonalnymi. W tym ostatnim modelu sędzia legitymizowany jest swoją wiedzą ekspercką w zakresie prawa, a także profesjonalizmem (wysoką postawą etyczną gwarantującą bezstronność, niezależność, niezawisłość). Nawiązuje to do platońskiego mitu o królu-filozofie, przemienionym *in casu* w wszechwiedzącego i racjonalnego sędziego-filozofa⁸¹. Model taki współgra z koncepcjami Ronalda Dworkina, w których „tkwi mocny, genetycznie humanistyczny postulat etyczny, uzasadniający prawo paidetycznym dążeniem do doskonałości jego funkcjonariuszy”⁸². Konieczne jest więc powoływanie na stanowiska sędziowskie osób posiadających odpowiednie wykształcenie (studia prawnicze, aplikacja), doświadczenie (asesura) oraz odznaczających się odpowiednią postawą moralno-etyczną (nieskazitelność). Modelowi ekspercko-profesjonalnemu hołduje, jak widać, polski ustawodawca, określając właśnie pod jego kątem zasady powoływania sędziów w Polsce. Podobnie ma się rzecz w większości państw kontynentu, a także w Wielkiej Brytanii, z tym że może być wymagany wyższy zasób doświadczenia (wieloletnia praktyka adwokacka) jako rękojmią przymiotów ekspercko-profesjonalnych⁸³. Nie negując pewnej wagi kryteriów eksperckich przy uznaniu tez o polityczności orzekania (rozdział III), konieczne jest jednak danie prymatu kryteriom demokratycznym.

Zważywszy zatem na presupozycje ontologiczne krytycznej filozofii prawa, jedynym modelem legitymizacji orzekania jest model demokratyczny, który powinien być rozumiany radykalnie, jako postulat demokratycznego powoływania i odwoływania sędziów oraz permanentnej demokratycznej kontroli nad nimi. Co ciekawe, podobne poglądy głosił m.in. wybitny prezydent i reformator Theodore Roosevelt, którego zdaniem „sądy nie powinny być upoważnione do ostatecznego rozstrzygnięcia o konstytucyjności aktów prawa o wyraźnie politycznym charakterze. To bowiem Naród, nie zaś sędziowie, powinien mieć kompetencje do stwierdzenia, co znaczy Jego Konstytucja. Dzieje się tak z uwagi na fakt, iż Konstytucja należy do obywateli oraz do funkcjonariuszy publicznych

⁸¹ Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008, s. 119.

⁸² A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013, s. 70.

⁸³ Por. J. Zajadło, *Postawy sędziów w świetle socjologii refleksyjnej*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 119, który w interesujący sposób łączy ideologię swobodnej decyzji sądowej w kulturze *common law* z traktowaniem *officium iudicis* jako zwieńczenia kariery prawniczej.

sprawujących władzę w ich imieniu. Jakakolwiek odmienna teoria pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami, na których opiera się amerykański porządek konstytucyjny”⁸⁴.

Model ten może zostać dodatkowo uzupełniony legitymizacją emancypacyjną. Z perspektywy krytycznej filozofii orzekania zatem sąd w pełni legitymny to tylko taki, który jest demokratycznie powoływany, kontrolowany i odwoływany i którego orzecznictwo odpowiada celom emancypacyjnym zidentyfikowanym przez krytyczną naukę o prawie. Co się tyczy legitymizacji proceduralnej, może mieć ona znaczenie jedynie wtórne i pomocnicze, lecz faktem pozostaje, że wnikliwie wysłuchanie wszystkich zainteresowanych grup – w tym także niebędących formalnie stroną postępowania – może przyczynić się do realizacji woli demokratycznej i emancypacji przez sąd.

W ujęciu historycznym model zaproponowany wyżej był w pełni zrealizowany jedynie w starożytnej Grecji, gdzie władzę orzekania powierzano zgromadzeniu. W takiej sytuacji występowała tożsamość pomiędzy podmiotem władzy politycznej (ludem) i podmiotem władzy sądenia (także ludem), bez żadnych elementów zapośredniczenia. Współcześnie taką sytuację można wyobrazić sobie jedynie na najniższych szczeblach organizacji społeczeństwa, gdzie kolektyw jest na tyle mały i zwarty, że może rozstrzygać *in gremio* spory w nim występujące. Niemniej warto wspomnieć, że np. w amerykańskim stanie Kolorado funkcjonuje instytucja radykalnie demokratyczna – *appellation of sentence*, która pozwala grupie obywateli podważyć orzeczenie stanowego sądu najwyższego kwestionujące konstytucyjność ustawy. Jak wyjaśnia Hanna Wiczanowska, „Zgodnie z regulacjami stanu Kolorado, prawo złożenia »*appellation of sentence*« w stosunku do wyroków stanowego Sądu Najwyższego przysługuje grupie co najmniej 5% wyborców. Skutkiem złożenia wniosku o odwołanie orzeczenia staje się konieczność przeprowadzenia referendum, w którym obywatele wspierają bądź to rozstrzygnięcie sądu konstytucyjnego, bądź to sam zakwestionowany akt. Dodać należy, iż wynik powyższego referendum w każdym przypadku ma charakter ostateczny”⁸⁵.

Na wyższych piętach organizacji społecznej konieczne jest natomiast wypracowanie mechanizmów gwarantujących demokratyczność orzekania w innych sposób. Po pierwsze, możliwe jest wprowadzanie sędziów społecznych (tzw. ławników) do składów orzekających⁸⁶. Niewątpliwą zaletą jest fakt, że są to osoby spoza wspólnoty prawniczej, częstokroć reprezentujące klasę pracowniczą. Postulat sędziów społecznych reprezentujących poszczególne klasy społeczne – a nie

⁸⁴ Cyt. za: H. Wiczanowska, „*Appellation of sentence*” jako jedna z form demokracji bezpośredniej, [w:] *Instytucje demokracji...*, s. 236.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 240.

⁸⁶ Gorącym orędownikiem upowszechnienia sędziów społecznych jest poznański filozof prawa Piotr Juchacz. Zob. P.W. Juchacz, *Trzy tezy o sędziach społecznych i ich udziale w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1.

tylko wspólnotę prawniczą – może wydać się *deus ex machina*, jednakże sceptykom warto przypomnieć, że w latach 1952–1957 na gruncie traktatu paryskiego Trybunał Sprawiedliwości EWWiS obsadzany mógł być także nieprawnikami⁸⁷. Sędziami byli m.in.: ekonomista, działacz związkowy i nauczyciel, niemający bynajmniej przygotowania prawniczego⁸⁸. Oczywiście, konieczne jest pokonanie wielu trudności natury praktycznej, związanych z potencjałem wpływu sędziego zawodowego na sędziów społecznych. Ponadto krytyczna filozofia prawa nie może pomijać ryzyka, że sędziowie społeczni będą w równym, albo nawet większym, stopniu ulegali hegemonicznej ideologii i zamiast orzekać w sposób demokratyczny i emancypacyjny, będą podtrzymywali wbudowane w ich własną świadomość *status quo*.

Drugim elementem jest wybieralność sędziów w ogóle. Model ten funkcjonuje w niektórych państwach oraz, jak wspominałem wcześniej – np. w wielu stanach USA. Przewidywała go francuska ustawa o ustroju sądownictwa z 1790 r.⁸⁹ Ideał ten był wpisany do naszej konstytucji z 1952 r.⁹⁰, jednak w praktyce, w warunkach ówczesnego ustroju państwowego (tzw. realnego socjalizmu), nie mógł doczekać się realizacji – jeżeli komuś przysługiwało prawo „wybierania” sędziów, to co najwyżej funkcjonariuszom partyjnej biurokracji.

Trzecim elementem jest możliwość odwoływania sędziów. Może zostać ona także osiągnięta poprzez odpowiednio krótką kadencję, np. roczną, po której, oceniając dorobek orzecznicy, społeczeństwo może odmówić przedłużenia sędziemu mandatu. Chodzi tu oczywiście o instytucję demokratyczną, a nie o patologiczne uregulowanie, jakie pozwalało w okresie PRL na odwoływanie sędziów przez Radę Państwa na wniosek ministra sprawiedliwości⁹¹. Znow warto

⁸⁷ S. Saurugger, F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law*, Palgrave, London 2017, s. 50.

⁸⁸ Chodzi o sędziów: Josepha Serrarensa (holenderskiego związkowca) i Jacques’a Rueffa (francuskiego ekonomistę). Zob. *ibidem*. Por. stronę *Byli członkowie* w zasobach internetowych TSUE, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7014/pl/ [dostęp: 4 III 2018 r.], zawierającą zwięzłe biogramy byłych sędziów i rzeczników generalnych. Petrus Serrarens (którego Saurugger i Terpan pomijają) studiów prawniczych nie ukończył (studiował tylko dwa lata), po czym miał się różnych zajęć – był nauczycielem, bibliotekarzem, wreszcie zawodowym działaczem katolickim i posłem (zob. *ibidem*, a także *P.J.S. (Jos) Serrarens*, na portalu Parlement & Politiek, https://www.parlement.com/id/vg09118cjjy8/p_j_s_jos_serrarens [dostęp: 4 III 2018 r.]).

⁸⁹ *Loi sur l’Organisation judiciaire, données à Paris, le 24 Août 1790*, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/dec/1790/08/16/n1/jo> [dostęp: 21 III 2018 r.], Tytuł II, art. III (wybieralność przez obywateli) i art. IV (kadencyjność).

⁹⁰ Artykuł 50 ust. 1 Konstytucji PRL z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232): „Sędziowie i ławnicy ludowi są wybierani”.

⁹¹ Zob. art. 59 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. Por. K. Niewiński, *PZPR a sądownictwo w latach 1980–1985. Próby powstrzymania „solidarnościowej” rewolucji*, niepublikowana rozprawa doktorska, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, s. 10, 25, 30 i 76, przyp. 246, <http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/5435/1/PZPR%20a%20S%C4%85>

przytoczyć przykład Stanów Zjednoczonych, gdzie, jak wyjaśnia Anna Młynarska-Sobaczewska: „W dziesięciu stanach możliwe jest odwołanie w drodze *recall* [odwołania przez wyborców – przyp. R.M.] osób sprawujących mandat z wyboru (...) we wszystkich trzech władzach: ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej – są to Arizona (...), Kalifornia (...), Kolorado (...), Georgia (...), Minnesota (...), Montana (...), Nevada (...), Północna Dakota (...), Oregon (...) i Wisconsin”⁹².

Czwartym elementem jest demokratyczna kontrola nad treścią orzeczeń, szczególnie istotna tam, gdzie orzeczenia są zazwyczaj, jeśli nie zawsze, prawotwórcze, a więc w przypadku sądów najwyższych i konstytucyjnych. Możliwe są tutaj dwa warianty. Pierwszy to znany z okresu Wielkiej Rewolucji Francuskiej model *reféré législatif*, w ramach którego sąd, gdy stwierdził konieczność dotworzenia czy wręcz stworzenia normy prawnej, kierował sprawę do zgromadzenia przedstawicielskiego, a to podejmowało stosowną uchwałę, dokonując wykładni prawa lub stanowiąc nową normę generalną i abstrakcyjną⁹³. Model ten jest niewątpliwie ciekawy, choć ma pewną wadę w postaci liczby spraw, jakie trafiałyby pod obrady parlamentu. Drugi model to model kontroli następczej orzeczeń sądowych przez ciało przedstawicielskie. Znany był on w Polsce w latach 1986–1997, gdy Sejm miał możliwość odrzucenia wyroku TK stwierdzającego niezgodność ustawy z Konstytucją⁹⁴. Ten niezwykle oryginalny model pozwalał zachować koncepcję suwerenności Sejmu w systemie organów władzy państwowej, nie negując jednocześnie ekspercko-profesjonalnych i deliberatywnych aspektów legitymizacji TK. W tym ujęciu wyrok TK zbliżał się funkcjonalnie do weta prezydenckiego, co było niewątpliwie zgodne z monteskiuszowską koncepcją trójpodziału władzy, szczególnie w jej amerykańskiej odmianie *checks and balances*.

3.5.3. Aspekt pragmatyczny – legitymizacja partycypacyjna

W aspekcie pragmatycznym, doceniając oczywiście znaczenie jakości uzasadnienia decyzji sądowej, sądzę, że zasadnicze znaczenie powinny mieć aspekty materialne, tj. partycypacyjne elementy decyzji sądowej, a nie tylko czysto formalne jej uargumentowanie, niezależnie od tego, jak bardzo przekonujące. Dla liberalnego ujęcia reprezentatywny jest, oprócz przytoczonego wyżej poglądu Lenaerts’a, także model refleksyjny legitymizacji orzeczenia sądowego oparty na jego uzasadnieniu⁹⁵, jaki zaproponował niedawno Marek Smolak.

downictwo%20w%20latach%201980-1985.%20Pr%C3%B3by%20powstrzymania%20solidarno%C5%9Bciowej%20rewolucji.pdf [dostęp: 21 III 2018 r.].

⁹² A. Młynarska-Sobaczewska, *Instytucja „recall election” w regulacjach stanowych USA*, „Studia Wyborcze” 2015, t. 20, s. 60.

⁹³ *Loi sur l’Organisation judiciaire...*, art. XII.

⁹⁴ Artykuł 7 ust. 3–4 Ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. 1985 Nr 22, poz. 98).

⁹⁵ M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 59 i n.

W tym ujęciu „przyjmuje się, że wszystkie decyzje podejmowane w oparciu o tak czy inaczej wyrażoną wolę ludu czy narodu są legitymowane przez jej uzasadnienie. Ale uzasadnienie sądowe musi spełnić określony warunek, aby było podstawą legitymizacyjną dla decyzji sądu, a mianowicie celem uzasadnienia decyzji sądowej jest legitymizacja całego porządku prawnego (...). W ujęciu refleksyjnym uzasadnienie sądowe musi wypełniać kryteria uniwersalnego dyskursu argumentacyjnego tak, aby miało swoją moc legitymizacyjną dla decyzji sądowej”⁹⁶. Przyjęcie stanowiska sceptycznego, albo przynajmniej agnostycznego, wobec kwestii zdeterminowania orzekania przez ustawodawstwo może jednak prowadzić do przyjęcia także innych modeli legitymizacji, niekoniecznie demokratycznych. Możliwa jest zatem *legitymizacja deliberyatywna* orzekania, zgodnie z którą orzeczenie jest legitymne wtedy, gdy zostały należycie wysłuchane i uwzględnione wszelkie stanowiska reprezentowane w społeczeństwie⁹⁷. Realizacji tej zasady służą np. w Stanach Zjednoczonych takie instytucje jak *test cases* oraz *amici curiae*⁹⁸. *Test cases* to sprawy wszczynane przez organizację społeczną (np. ACLU – American Civil Liberties Union) w celu przedstawienia swoich poglądów sądom, szczególnie federalnym, i krytyki określonego ustawodawstwa czy precedensu na forum sądowym. Z kolei *amici curiae* to instytucja znana także i u nas, polegająca na tym, że organizacje społeczne mogą przedstawiać w oficjalnej formie pisma procesowego (*brief*) swój pogląd na sprawę. Oczywiście, nie ma żadnych gwarancji proceduralnych, że pogląd wysłuchany rzeczywiście zostanie wzięty pod uwagę. W tym niewątpliwie leży słabość legitymizacji deliberyatywnej, która musi tu podierać się legitymizacją ekspercko-profesjonalną albo przynajmniej indywidualno-etyczną (powoływanie na sędziów osób, które są z natury bezstronne, chętnie zapoznają się z poglądami innych itd.).

⁹⁶ *Ibidem*, s. 60.

⁹⁷ Model ten odpowiada w dużej mierze koncepcjom Habermasa, w szczególności w zakresie roli praw podstawowych dla konstrukcji demokratycznego państwa prawnego, a co za tym idzie – także dla legitymizacji orzekania opartego na realizacji tych praw, oraz idealizującym koncepcjom tego filozofa polityki dotyczącym roli zasad i wartości w rozumowaniu sądów konstytucyjnych. Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 112–122. W szczególności w modelu Habermasa „sądy konstytucyjne powinny przeprowadzać ponowne badanie genezy wszelkich norm ustanowionych przez ustawodawcę z punktu widzenia praw komunikacyjnych i praw uczestnictwa, biorąc pod uwagę faktyczne korzystanie przez relewantne jednostki i grupy z tych praw, faktyczne możliwości »przebiccia się« grupowych »opcji aksjologicznych«, ich parlamentarną reprezentację itp. Jednocześnie poprzez szersze uzasadnianie własnych orzeczeń same sądy powinny się włączać w szerszy proces komunikacji, poddając intersubiektywnej weryfikacji własne ustalenia. (...) sędziowie winni być otwarci na argumentację zewnętrzną i uwzględniać »siłę lepszego argumentu« (...). Innymi słowy, powinni się aktywnie włączać w demokrację komunikacyjną (deliberyatywną) i miast petryfikować aprioryczne normy, powinni sprzyjać ich intersubiektywnej weryfikacji” (*ibidem*, s. 116).

⁹⁸ Zob. np. M.M. Wiszowaty, *Wilk w owczej skórze. Litygacja strategiczna i amicus curiae jako formy działalności lobbingowej*, [w:] *Legitymizacja...*, s. 146–152.

Również legitymizacja deliberatywna wydaje się problematyczna, gdyż opiera się na odmiennych presupozycjach ontologicznych niż krytyczna filozofia prawa. Legitymizacja poprzez element deliberacji zakłada bowiem, że możliwe jest osiągnięcie satysfakcjonującego wszystkich kompromisu, a sąd (w szczególności najwyższy czy konstytucyjny) ma być jakoby uprzywilejowanym forum dla tego rodzaju deliberacji, a następnie ważenia interesów, praw, zasad, polityk (*policies*) itp. Dla krytycznej filozofii prawa jest oczywiste, że sędziowie takich sądów reprezentują nie tylko prawniczą, ale też społeczną elitę, a sposób postrzegania przez nich rzeczywistości jest po prostu pochodną miejsca, jakie zajmują w społecznej strukturze⁹⁹. Nadto wprowadzenie w życie koncepcji Habermasowskich wiązałoby się „z niebezpieczną sakralizacją konsensu”, który „byłby wobec faktycznego wrzęgnięcia jednostek w kapitalizm niezbyt odległy od *status quo*”, wskutek czego „emancypacja nie stałaby się faktem”¹⁰⁰, jak zauważa Adam Sulikowski, nawiązując do tez Chantal Mouffe. Dlatego procedury prowadzące do orzekania powinny być przede wszystkim legitymizowane partycypacyjnie (realna partycypacja podmiotów reprezentujących skonfliktowane interesy¹⁰¹), co zdecydowanie wykracza poza wąskie ujęcie legitymizacji deliberatywnej, ograniczonej do treści orzeczenia. Co ciekawe, o ile przedstawiciele liberalnej filozofii prawa akceptują partycypacyjny wymiar legitymizacji ustawodawstwa, o tyle wykazują sceptycyzm wobec tego czynnika traktowanego jako kryterium legitymizacji orzekania. Sądzę, że w świetle założeń o równie prawotwórczym charakterze obu tych praktyk, a także o ich politycznym charakterze, takie zróżnicowanie jest nie do utrzymania.

3.5.4. Aspekt apragmatyczny – legitymizacja sprawiedliwościowa

Wreszcie w aspekcie apragmatycznym widzę konieczność uwzględnienia, jako zasadniczej, idei sprawiedliwości (w ujęciu Derridy i Douzinas) jako źródła kryteriów aksjologicznych pozwalających wartościować poszczególne orzeczenia czy linie orzecznicze¹⁰². Kryterium to pozostaje w ścisłym związku z rozwiniętą w poprzednim rozdziale polityczną etyką orzekania, a legitymizacja orzeczenia jest w tym ujęciu pochodną przestrzegania przez sędziego wskazanych tam zasad etyki adjudykacyjnej. Dlatego też nie będę tych kryteriów powtarzał, poprzestając na odesłaniu do rozdziału IV, a w szczególności do jego konkluzji. W tym miejscu chciałbym jednak stanowczo podkreślić, że o ile

⁹⁹ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 117.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 119–120.

¹⁰¹ O partycypacji jako kryterium legitymizacyjnym zob. np. T. Milej, *Prawowitość władzy państwowej a demokracja parlamentarna i reżimy polityczne*, [w:] *Prawowitość...*, s. 238–239. Zob. także M. Stępień, *Legitymizacja prawa w różnych modelach demokracji*, [w:] *Prawowitość...*, s. 40.

¹⁰² W języku politologicznym chodzi o legitymizację wynikową (*output*), por. T. Milej, *Prawowitość...*, s. 239).

kryteria demokratyczne są istotne dla legitymizacji instytucjonalnej (sądu jako organu), o tyle byłoby niebezpieczne przenosić je na legitymizację poszczególnych orzeczeń w myśl zasady *vox populi*, a już z pewnością należałoby, w wypadku ich kolizji, przyznawać prymat zasadzie sprawiedliwości przed zasadą demokracji – w tym sensie aktualna pozostaje rzymska maksyma *vanae voces populi non sunt audiendae*¹⁰³. Ponadto wydaje mi się konieczne odróżnienie proponowanej legitymizacji poprzez odwołanie się do sprawiedliwości (rozumianej w sposób krytyczny i emancypacyjny) od proponowanej przez innych autorów legitymizacji wynikowej poprzez odwołanie się do kryterium dobra wspólnego¹⁰⁴. Koncepcja, że może istnieć „dobre wspólne”, rozumiane jako pewien kompromis interesów społecznych, jest bowiem nie do pogodzenia z przyjętą na gruncie krytycznej filozofii prawa koncepcją agonistycznej natury społeczeństwa, które jest nieuchronnie rozdarte konfliktami, w szczególności o charakterze klasowym (por. rozdział I).

3.6. Skutki legitymności i jej braku (nielegitymności)

Przyjęcie, że dany sąd, sposób orzekania przez niego oraz treść konkretnych orzeczeń są legitymne, ma ten skutek, iż nie tylko uzasadnia posłuch wobec tego sądu i wydawanych przez niego orzeczeń, ale także oznacza wyrażoną aprobatę, która niesie za sobą uzasadnione powstrzymanie się od krytyki. Nieco bardziej złożone są skutki braku legitymności, które, jak sądzę, należy stopniować zależnie od stopnia nielegitymności, poczynając od krytyki (idącej od umiarkowanej aż po najsurowszą), a kończąc na inwokacji prawa do oporu (*ius resistendi*), o którego „wiecznym powrocie” przypomniał ostatnio Douzinas¹⁰⁵. Legitymizacja rozumiana w zaproponowany tutaj sposób ma więc znaczący potencjał polityczno-jurydyczny. O oporze można mówić w odniesieniu do rażąco niesprawiedliwych orzeczeń lub sądów, które pozbawione są legitymizacji instytucjonalnej, a nadto w swoim orzecznictwie konsekwentnie orzekają w sposób niesprawiedliwy. Ten skutek dyskursu (de)legitymizacyjnego jest więc bardzo konkretny i może przybrać charakter wystarczającej racji do podjęcia konkretnych działań, jak choćby nieposłuszeństwa obywatelskiego.

¹⁰³ C. 9, 41, 12 – Imp. Diocletianus. O sentencji tej por. m.in.: J.N. Dillon, *The Justice of Constantine: Law, Communication, and Control*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2012, s. 126–127; W. Wołodkiewicz, *Vanae voces populi non sunt audiendae*, „Palestra” 2013, nr 7–8.

¹⁰⁴ Zob. np.: T. Milej, *Prawowitość...*, s. 239 i n.; M. Sadowski, T. Scheffler, *Godność człowieka i dobro wspólne jako podstawa władzy prawowitej. W kontekście papieskiego nauczania społecznego*, [w:] *Prawowitość...*, passim.

¹⁰⁵ C. Douzinas, *Philosophy and Resistance...*, s. 77 i n. Por. A. Sulikowski, *Opresywność...*, s. 33, który wskazuje, że „w opinii Derridy, krytyka prawa, akty nieposłuszeństwa obywatelskiego, dezaprobata wobec reguł, są niezbędnym warunkiem funkcjonowania idei sprawiedliwości”. Zob. także A. Sulikowski, *Derridiańska...*, s. 172.

4. Uwagi podsumowujące

Jak pisze Costas Douzinas, „prawo bez sprawiedliwości jest jak ciało bez duszy”¹⁰⁶. Dla krytycznej filozofii prawa kryterium legitymizacji orzekania jest połączenie ciała z duszą, a więc prawo ożywiane sprawiedliwością, będącą jego nieustanną negacją, dekonstrukcją, „permanentą rewolucją”¹⁰⁷. Celem krytyki orzekania prowadzonej z pozycji demaskowania ideologicznych i politycznych uwikłań sądowej wykładni i stosowania prawa jest zmiana kryteriów jego legitymizacji. Idzie o to, by podważyć kryteria zastane, które *de facto* legitymizują ustanowiony porządek, zakrzepty w postaci przepisów prawa stanowionego i kreowanych przez nie praw podmiotowych¹⁰⁸. Delegitymizacja¹⁰⁹, stanowiąca nieodłączny element proponowanej przeze mnie krytycznej filozofii orzekania, polega na dekonstrukcji dychotomii¹¹⁰: forma *versus* materia i prawo *versus* sprawiedliwość. Nurty niekrytyczne w filozofii prawa preferują, zasadniczo, formę nad materią i prawo (sprawiedliwość formalną) nad sprawiedliwością rzeczywistą (materialną)¹¹¹. Formalna poprawność komunikacyjna, formalna reprezentacja interesów, formalne uzasadnienie decyzji poprzez odwołanie się do reguł, zasad, polityki, rozmaitych multicentrycznych ośrodków prawodawczych i tak dalej – to wszystko oczywiście są **f o r m a l n e** narzędzia legitymizacji, które programowo abstrahują od materii orzeczeń. Podobnie prymat prawa pozytywnego i właściwych mu wartości, jak stabilność, przewidywalność, określoność, pewność – nad niedookreśloną i nieosiągalną sprawiedliwością, którą albo się eliminuje z pola widzenia (wypiera), albo ujmuje w karby formułek w rodzaju *suum cuique* i ich współczesnych odpowiedników. Idzie więc o to, aby tę hierarchię (nadrzędność formy nad materią, formalnego prawa nad rzeczywistą sprawiedliwością) odwrócić, dając zdominowanemu narzędziu kwestionowania ustalonego porządku i odzyskania dyskursu prawnego dla emancypacji, a nie

¹⁰⁶ C. Douzinas, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Oxford 2000, s. vii.

¹⁰⁷ Por. C. Douzinas, *Adikia: On Communism and Rights*, [w:] *The Idea of Communism*, red. C. Douzinas, S. Žižek, Verso, London 2010, s. 93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 94–96.

¹⁰⁹ P. Skrzypczak, *Sprawiedliwość i prawo w świetle dekonstrukcji*, „Diametros” 2009, t. 20, s. 104: „Czyniąc prawo obiektem swojej aktywności, dekonstrukcja zwraca się więc ku władzy, sile, przemocy, stawiając pod znakiem zapytania ich zasadność, legitymację; staje się narzędziem sprawiedliwości znajdującej się poza prawem, w której imię prawo rości sobie uprawnienia do stosowania siły”.

¹¹⁰ Por. R. Nycz, *Dekonstrukcjonizm w teorii literatury*, „Pamiętnik Literacki” 1986, t. 77, z. 4, s. 109–110; P. Skrzypczak, *Sprawiedliwość i prawo...*, passim.

¹¹¹ Zob. np. W. Załuski, *O granicach wykładni prawa w kontekście sporu między sprawiedliwością (dikaosyne) i prawością (epieikeia)*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016.

umacniania przemocy¹¹². Proponuję zatem polityczny model legitymizacji orzekania, który skupia się nie na aspektach formalnych, ale przede wszystkim na aspektach materialnych. Legitymizowanym orzeczeniem jest więc takie, które prowadzi do emancypacji, a zmniejsza dominację, a zatem dąży do sprawiedliwości, usuwając zastane przejawy *adikia*. Pozostaje to w ścisłym związku z modelem politycznej etyki orzekania, który naszkicowałem w rozdziale IV. Chodzi tu nie o kosmetyczne przesunięcie akcentów, ale o całkowicie nowe spojrzenie na orzekanie i jego legitymizację, obserwowane z punktu widzenia sprawiedliwości, natomiast z dystansem do formalistycznych wartości, kulturowanych w kulturze prawniczej.

W tym celu przeformułowałem strukturę i treść pojęcia legitymizacji, dostosowując je do wskazanych potrzeb, wynikających z fundamentalnych założeń krytycznej filozofii prawa. Wyróżniłem zwłaszcza, w obrębie pojęcia legitymizacji, takie elementy, jak: podmiot dyskursu legitymizacyjnego, przedmiot dyskursu legitymizacyjnego, kryteria legitymizacyjne, skutki legitymizacji lub jej braku. Odnosząc się do problemu podmiotu dyskursu legitymizacyjnego i wychodząc od założeń metodologicznych krytycznej filozofii prawa (omówionych w rozdziale I), zaproponowałem, by uczynić tym podmiotem „inteligencję ideologiczną” (określenie Kennedy’ego) krytycznej jurysprudenckiej, a zatem zgłosiłem postulat, by przedstawiciele nurtu krytycznego w prawoznawstwie zajmowali wobec problemów legitymizacji prawa i orzekania nie (tylko) stanowisko zewnętrznego obserwatora (jak Weber), ale aktywnego uczestnika, nadając pojęciu legitymizacji (i delegitymizacji) wymiar prawdziwie krytyczny i emancypacyjny. Po drugie, przechodząc do problematyki przedmiotu legitymizacji, zaproponowałem rozbitcie problematyki legitymizacji orzekania na trzy aspekty: instytucjonalny (legitymizacja instytucji orzekających, a zatem sądów, trybunałów, arbitrażu), pragmatyczny (legitymizacja procedur orzeczniczych) oraz apragmatyczny (legitymizacja poszczególnych orzeczeń oraz linii orzeczniczych). Następnie przeszedłem do problematyki możliwych kryteriów legitymizacyjnych, podkreślając odmienną rolę stanowiska krytycznego od stanowisk inspirowanych liberalną filozofią prawa. Uznałem, że główne kryteria legitymizacyjne powinny być określone odrębnie dla poszczególnych, wyróżnionych wyżej aspektów, proponując, by w przypadku aspektu instytucjonalnego był to demokratyzm, w przypadku aspektu pragmatycznego – partycypacja, a w przypadku aspektu apragmatycznego – sprawiedliwość. Stoję bowiem na stanowisku, że pomimo ścisłego związku między tymi trzema aspektami orzekania każdy z nich wymaga odrębnej i opartej na odmiennych kryteriach legitymizacji. Wreszcie

¹¹² Por. interesującą koncepcję w pracy: J. Helios, P. Kaczmarek, S. Kaźmierczyk, *Legitymizacja...*, s. 141–143, gdzie podniesiono, że warunkiem legitymizacji prawa jest aktywne legitymizowanie przez prawo postępowych (w języku niniejszej pracy: emancypacyjnych) zmian.

przechodząc do problematyki skutków legitymizacji lub jej braku, wskazałem, że ten ostatni stanowi co najmniej przesłankę do krytyki, a w wypadku szczególnie intensywnego braku legitymności – także do odwołania się do prawa do oporu, na którego znaczenie wskazuje czołowy brytyjski krytyczny filozof prawa Costas Douzinas.

Zakończenie

Nawiązując do przywołanego we Wstępie do niniejszej pracy Lecha Morawskiego, mogę powiedzieć, że przedstawiona przeze mnie krytyczna filozofia orzekania – w dużej mierze nawiązująca do postulatów filozoficznoprawnych Duncana Kennedy’ego i Costasa Douzinasa, a także wpisująca rozważania filozoficznoprawne w szerszy kontekst agonistycznej filozofii polityki Chantal Mouffe oraz krytyki ideologii Slavoj’a Žižka – stanowi pewnego rodzaju propozycję nowego spojrzenia na znany od dawna problem, jakim jest orzekanie, czy też, by użyć tradycyjnych pojęć analitycznej teorii prawa, na operatywną wykładnię i sądowe stosowanie prawa. Nie było moim celem poddanie wszechstronnej krytyce innych propozycji teoretycznych obecnych w dyskursie filozofii i teorii prawa. W postmodernistycznym duchu uważam bowiem, że moja interpretacja przedmiotowej problematyki jest jedną z wielu możliwych. Tym, co wydaje mi się w niej najważniejsze i w odniesieniu do czego podjąłem się pewnych uwag polemicznych, to kwestia roli ideologii i polityczności w orzekaniu. Nie twierdzę, że sposób ujęcia tej problematyki w niniejszej pracy, czy też szerzej, sposób jej podejmowania przez badaczy związanych z kręgiem jurysprudencji krytycznej jest jedynym prawidłowym czy możliwym. Twierdzę natomiast, że próby usunięcia problemów ideologii i polityczności poza obręb teorii orzekania można określić, by użyć języka psychoanalizy, jako ich wyparcie. To, co wyparte, powraca zaś w postaci symptomów.

Jako punkt wyjścia dla skonstruowania modelu krytycznej filozofii orzekania przyjąłem ogólne założenia krytycznej filozofii prawa, w ramach której sytuuję mój model. Ruch krytycznych studiów nad prawem, który pojawił się w Stanach Zjednoczonych w połowie lat siedemdziesiątych XX w., a w Wielkiej Brytanii dekadę później, niedawno zaczął oddziaływać także na rodzimą kulturę filozofowania o prawie, splatając się z recepcją nurtów postmodernistycznych. Trzeba pamiętać, że ruch krytycznych studiów nad prawem od początku miał charakter zróżnicowany, a poszczególni autorzy nie tylko sięgali do innych źródeł filozoficznej inspiracji, ale też kładli nacisk na różne aspekty krytyki prawa. Nie znaczy to jednak, by nie było możliwe wyróżnienie aspektów łączących różne nurty prawoznawstwa krytycznego i odróżniających je od bardziej tradycyjnych postaci ogólnej i szczegółowej refleksji nad prawem. Próbę rekonstrukcji takiego twardego rdzenia krytycznego prawoznawstwa podjąłem w rozdziale I. Dla uporządkowania rozważań postanowiłem podzielić te założenia na cztery

grupy – presupozycje ontologiczne, presupozycje epistemologiczne, założenia metodologiczne oraz aspekty etyczne. Mówiąc o presupozycjach ontologicznych nie mam na myśli tradycyjnej, „twardej” ontologii, ale założenia o tym, co istnieje, czynione w dyskursie. Skoro dyskurs krytycznej filozofii prawa kładzie nacisk na rolę ideologii i antagonizmu społecznego (polityczności), niejako presuponując ich istnienie i czyniąc je punktem wyjścia dla krytyki prawa, uznałem, że należy uznać je za byty przynależne do ontologii społecznej zakładanej przez krytyczną jurysprudencję. Omawiając presupozycje ontologiczne krytycznej filozofii prawa, położyłem szczególny nacisk na konstrukcjonizm społeczny, co niejako kwalifikuje rozważania o ontologii, ukazując ich relatywny i dyskursywny charakter. Poza ideologią i antagonizmem pochyliłem się też nad pojęciami przemocy i hierarchii, a także podjąłem się próby zrekonstruowania ontologii prawa w ujęciu krytycznej filozofii prawa. Należy jednak od razu zastrzec, że problem istoty prawa nie był zasadniczym przedmiotem dociekań tego nurtu prawoznawstwa, choć oczywiście pewne presupozycje ontologiczne w tym zakresie są dyskursywnie nieodzowne – nie sposób przecież podejmować się krytyki prawa, nie mając jakiegoś, choćby dorozumianego, wyobrażenia o przedmiocie tej krytyki.

Podsumowując rozważania o ontologicznych presupozycjach krytycznej jurysprudencji, można chyba pokusić się o twierdzenie o pierwszeństwie polityczności (antagonizmu społecznego) i ideologii przed prawem. W odróżnieniu od wielu innych ujęć, zaliczanych do głównego nurtu filozofii prawa, nurt krytyczny kładzie większy nacisk na to, co wyprzedza prawo, niż na samo prawo. Dla Kennedy’ego prawo jest przede wszystkim medium, w którym działa prawnik. Medium, a więc czymś, co z jednej strony ogranicza, ale z drugiej – daje możliwość działania, a z trzeciej – może być współkształtowane. Takie ujmowanie prawa nie jest obce także innym autorom, szczególnie zwolennikom dyskursywnego pojmowania prawa, jak Marek Zirk-Sadowski. Punkt ciężkości zostaje tu wyważony pomiędzy strukturą (prawem jako medium) i podmiotem (prawnikiem działającym w medium), co wykazuje interesującą analogię z koncepcją uczestniczenia prawnika w kulturze. Tym jednak, co presupozycje ontologiczne krytycznego prawoznawstwa odróżnia, jest nacisk na polityczność i ideologię jako na pewne realne zjawiska, które wyprzedzają prawo w porządku ontologii. Elementy te są, oczywiście w pewnym stopniu, obecne i w innych ujęciach filozoficznoprawnych, jednakże tym, co wyróżnia krytyczną filozofię prawa, jest położenie na nie głównego akcentu i uczynienie z nich głównego punktu odniesienia dla ogólnej refleksji o prawie. Jest to, jak sądzę, dość istotna zmiana perspektywy. Nawiązując do pytania o „twardą ontologię prawa”, stawianego przez Artura Kozaka, można chyba powiedzieć, że w ujęciu krytycznym prawo takiej ontologii nie ma; jego ontologia jest miękka i nadbudowana, po pierwsze, na hegemonicznej ideologii, a po drugie, na polityczności, co w pewnym stopniu odpowiadało intuicjom Antonia Gramsciego

dotyczącym piętrowej struktury bytu społecznego¹. Nie należy, rzecz jasna, pochopnie wyciągać stąd wniosków o jakimkolwiek automatyzmie, nawet jeśli przyjąć determinację „w ostatniej instancji” czynników ekonomicznych nad prawno-politycznymi².

Wychodząc od problematyki ontologicznej, przeszedłem następnie do problematyki epistemologicznej, zastanawiając się, w jaki sposób krytyczna filozofia prawa ujmuje problem poznania. Nie chodzi tu tylko o poznanie prawa przez prawników, choć niewątpliwie jest to problem doniosły, ale też poznania świata przez prawników. Co istotne, problematyka epistemologiczna łączy się dość silnie z problematyką ontologiczną w stopniu, w którym można w ogóle postawić pytanie o sensowność takiego podziału na gruncie krytycznego prawoznawstwa. Ideologia bowiem, którą przypisałem do presupozycji ontologicznych, jako że jest ona czymś, co dla krytycznej filozofii prawa niewątpliwie istnieje w sposób równie realny co antagonizm społeczny, determinuje też przebieg procesów poznawczych. Podobnie założenie o konstrukcjonizmie społecznym, będące jednym z fundamentów rekonstruowanych przeze mnie presupozycji ontologicznych krytycznego prawoznawstwa, ma też swoje implikacje epistemologiczne. Z pełną więc świadomością umowności podziału na ontologię i epistemologię na gruncie krytycznej filozofii prawa, omówiłem, w ramach presupozycji epistemologicznych, założenie o paninterpretacjonizmie oraz o poznaniu przez wspólnoty interpretacyjne. Wskazałem, iż dla krytycznego prawoznawstwa kluczowe jest założenie, że nie ma poznania bez interpretacji oraz że interpretacja dokonuje się zawsze w kontekście wspólnotowym, albowiem każdy interpretator jest w określony sposób usytuowany społecznie, kulturowo, ideologicznie i politycznie. Nie tylko więc nie ma punktu widzenia znikąd, ale też nie ma interpretatora, który nie byłby zawsze w określonym miejscu w strukturze społecznej. To napięcie między pozornym relatywizmem poznania, wynikającym z jednostkowości interpretatora, z jednej strony, a imperatywami i presupozycjami wynikającymi z jego usytuowania, z drugiej strony, wyznacza ramy dla dynamiki procesów interpretacyjnych. Co istotne, idzie tu nie tylko o interpretację prawa, ale także o interpretację świata przez prawo, a dokładniej – przez prawników. Wszak orzekanie, będące zjawiskiem kultury prawnej, które mnie w niniejszej pracy najbardziej interesuje, odbywa się we wzajemnej relacji prawa i świata, w której sędzia interpretuje prawo w świetle zjawisk społeczno-ekonomicznych

¹ A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks*, tłum. Q. Hoare, G. Nowell Smith, Lawrence & Wishart, London 1971, s. 12. Por. E. Laclau, *Tożsamość i hegemonia: rola uniwersalności w ustanawianiu logiki politycznej*, [w:] J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Przygodność, hegemonia, uniwersalność*, tłum. A. Czarnacka, M. Kropiwnicki, S. Królak, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014, s. 59–61.

² Por. L. Althusser, *Sprzeczność i naddeterminacja (Notatki do przyszłych badań)*, [w:] idem, *W imię Marksa*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2009, s. 111 i n. Zarówno pytanie o determinację, jak i o jej mechanizmy pozostawiam w niniejszej pracy otwarte.

– zarówno szerszych (stanowiących kontekst dla prawa), jak i węższych (stan faktyczny sprawy). Dokonuje więc on podwójnego procesu interpretacji – interpretuje i prawo, i świat pozaprawny, a efektem tych dwóch splecionych procesów interpretacyjnych jest wyrok.

Ustaliwszy fundamentalne presupozycje leżące u podstaw krytycznej filozofii prawa w zakresie ontologii społecznej i epistemologii – co pokazało, że wbrew teom Jerzego Stelmacha i Bartosza Brożka nie jest ona zawieszona „w ontologicznej i epistemologicznej próżni”³ – przeszedłem następnie do problemów metodologicznych. Podkreślić przy tym należy, że metody krytyki prawa w obrębie prawoznawstwa krytycznego są wielce zróżnicowane, a poszczególne szkoły i autorzy posługiwali się i posługują odmiennymi podejściami. Jeżeli jednak miałbym wskazać dwa elementy stanowiące twarde rdzeń metodologiczny prawoznawstwa krytycznego, to byłyby to: szeroko pojęta hermeneutyka podejrzeń oraz cel emancypacyjny. Oba te elementy są, oczywiście, wspólne dla teorii krytycznej w ogólności i stanowią spoiwo łączące z nią krytyczną filozofię prawa, równocześnie odróżniając ją od zdecydowanej większości innych form ogólnej i szczegółowej refleksji nad prawem o charakterze niekrytycznym. Ponieważ klasyczny marksizm nie wytworzył własnej filozofii prawa, a sposób uprawiania tzw. marksistowskiej teorii prawa w krajach realnego socjalizmu pozostawał w praktyce w kręgu myślenia kategoriami pozytywizmu prawniczego⁴, krytyczna filozofia prawa, jaka rozwija się od lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, jest, być może, pierwszym nurtem ogólnej refleksji nad prawem o charakterze prawdziwie emancypacyjno-krytycznym. Właściwe jest jej podejrzliwe spojrzenie na wszelkie narracje prawnicze, poczynając od idei rządów prawa, a na metodykach prawniczych kończąc. Krytykę tę uprawia jednak nie tylko dla celów poznawczych, ale także – a może przede wszystkim – dla celów emancypacyjnych, dążąc do uwolnienia grup i jednostek spod dominacji, w tym także spod dominacji subświata prawniczego. Nie chodzi tu jednak o prymitywnie pojmowany nihilizm prawniczy, ale o krytykę prawniczego formalizmu w imię materialnej i pierwotnej idei prawa, jaką jest sprawiedliwość – wszak *ius a iustitia appellatur*⁵.

To właśnie idea sprawiedliwości jest z kolei kluczem do rozważań nad etycznymi aspektami krytycznej filozofii prawa. Dystansuje się ona jednak od wszelkich mechanicznych i formalistycznych ujęć sprawiedliwości, akcentując poznawczą i ontologiczną pierwotność niesprawiedliwości (*adikia*) przed

³ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika, analiza, argumentacja, hermeneutyka*, Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 280.

⁴ Por. A. Sulikowski, *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.

⁵ D. 1, 1, 1, pr. – Ulpianus libro primo institutionum: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

sprawiedliwością (*dike*). Jak pisze Douzinas, „Trwałość *adikia* tworzy wspólne poczucie, że otoczeni jesteśmy przez niesprawiedliwość, nie wiedząc, gdzie leży sprawiedliwość. Oto paradoks sprawiedliwości”⁶. Etyczne aspekty zarówno uprawiania nauki prawa, jak i orzekania wybijają się w prawoznawstwie krytycznym na pierwsze miejsce. Jest to niewątpliwie konsekwencja uświadomienia sobie dwóch istotnych faktów: po pierwsze, ścisłych i, można by wręcz powiedzieć, nieodzownych związków prawa z przemocą, na co zwracał szczególną uwagę Robert Cover, oraz, po drugie, roli podmiotu zarówno jako interpretatora, jak i współtwórcy prawa. Ten ostatni aspekt minimalizowany był nie tylko w premodernistycznym jusnaturalizmie i modernistycznym pozytywizmie, ale jest też wypierany przez nurty juryscentryczne, kładące nacisk na odciążającą funkcję instytucji. Problem podmiotowości prawnika dostrzegają natomiast nurty dyskursywne, a pełen wyraz temu podejściu dał Zirk-Sadowski w swojej hermeneutycznej koncepcji uczestniczenia prawnika w kulturze. Niemniej jednak etyczność w tym ujęciu ograniczona jest do aspektów formalnych i komunikacyjnych, a powołaniem prawnika nie jest przyczyniać się do zmiany świata na bardziej sprawiedliwy, ale doskonalenie samego dyskursu⁷.

W świetle rozważań dotyczących presupozycji, założeń metodologicznych oraz aspektów etycznych krytycznej filozofii prawa chciałbym pokusić się o próbę odpowiedzi na pytanie o jej tożsamość i miejsce wśród innych postaci ogólnej i szczegółowej refleksji nad prawem, składających się na szeroko rozumiane prawoznawstwo. Istnieje bowiem z jednej strony pokusa instytucjonalizacji krytycznej jurysprudencji jako jednej z wielu form ogólnej nauki o prawie, obok teorii, filozofii, historii czy socjologii prawa. W takim ujęciu krytyczna filozofia (czy teoria) prawa byłaby prawniczą odmianą teorii krytycznej, wyróżnionej na podstawie przedmiotu badań (zjawiska prawne) i celu badań (emancypacja). Z drugiej jednak strony trzeba brać pod uwagę efemeryczny charakter krytyki, jej wielopostaciowość, wreszcie jej szerokie ambicje wpływania na wszelkie postaci refleksji nad prawem, od socjologii po dogmatyki. W takim ujęciu krytyczne prawoznawstwo byłoby raczej nurtem przenikającym dyscypliny prawnicze, a nie subdyscypliną jako taką. Uważam, że tak postawiona alternatywa jest jednak fałszywa albo – parafrazując Žižka – na pytanie „osobna subdyscyplina czy nurt horyzontalny?” należałoby odpowiedzieć „tak, poproszę!”⁸. Sądzę bowiem, że tak jak poszczególne formy ogólnej refleksji nad prawem, np. socjologia, analityczna teoria czy historia, mają swoje odpowiedniki w sposobach uprawiania

⁶ C. Douzinas, *Adikia: On Communism and Rights*, [w:] *The Idea of Communism*, red. C. Douzinas, S. Žižek, Verso, London 2010, s. 90.

⁷ Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 80.

⁸ S. Žižek, *Walka klas czy postmodernizm? Tak, poproszę!*, [w:] J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Przygodność...*

szczegółowych nauk prawnych⁹, tak samo krytyczna filozofia prawa z jednej strony powinna być uznana za samodzielną formę ogólnej refleksji nad prawem (być może pod nazwą „krytyczna teoria prawa”, akcentującą związki z teorią krytyczną w ujęciu Maxa Horkheimera), a z drugiej – pożądane jest jej wpływanie na sposób uprawiania poszczególnych dyscyplin tematycznych, jak cywilistyka, konstytucjonalizm czy badania nad prawem Unii Europejskiej. Mówiąc językiem polskiej teorii prawa, projekt krytycznej filozofii prawa jest niewątpliwie przejawem integracji zewnętrznej nauk prawnych¹⁰, w danym przypadku – integracji z teorią krytyczną, której wynikiem może być zarówno powstanie samodzielnej subdyscypliny teoretycznej (krytycznej teorii prawa), jak i wpływ na metodologię uprawiania szczegółowych nauk prawnych. Można by więc mówić o pewnej równoległości względem konkurencyjnych form integracji zewnętrznej, np. modnej ostatnio ekonomicznej analizy prawa¹¹ czy prób podejmowanych na odcinku tzw. naturalizacji jurysprudenencji¹².

W ramach tak zdefiniowanej krytycznej filozofii prawa sytuuję moje rozważania zmierzające do zaproponowania krytycznej filozofii orzekania jako ujęcia modelowego, o charakterze deskryptywno-normatywnym. Moment deskryptywny obecny był w szczególności w rozdziale II, gdzie zrekonstruowałem granice prawniczej władzy dyskrejonalnej, oraz w rozdziale III poświęconym prawu i polityczności. Była to, oczywiście, deskrypcja przefiltrowana przez założenia badawcze i kategorie pojęciowe krytycznej filozofii prawa, jako że żadne zjawisko nie jest nam dostępne inaczej jak tylko poprzez jego interpretację z określonej perspektywy. Moment normatywny reprezentowały natomiast dwa dalsze rozdziały o etycznych aspektach orzekania oraz o jego legitymizacji.

Jeśli chodzi o granice prawniczej władzy dyskrejonalnej, należy skonstatować, że sam problem badawczy nie jest nowy. W rodzimej filozofii prawa szczególnie wyraźnie postawił go Artur Kozak, a ostatnio dwaj badacze z ośrodka wrocławskiego, Paweł Jabłoński i Przemysław Kaczmarek. Problematykę granic władzy prawniczej umiejscowiłem jako punkt wyjścia do rozważań o samym orzekaniu, zaraz po ogólnych założeniach krytycznej filozofii prawa, nie tylko ze względu na zainteresowanie, jakim problem ten cieszy się w polskiej nauce, ale także z powodu jego doniosłości w perspektywie samego stawiania pytań

⁹ Przykładami mogą być historyzująca cywilistyka, uprawiana na sposób proponowany przez Reinharda Zimmermanna, czy też socjologizująca karnistyka, integrująca się zewnętrznie z kryminologią.

¹⁰ J. Łakomy, *Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, z. 3; idem, *Interdyscyplinarność i integracja zewnętrzna nauk prawnych w świetle postmodernistycznej krytyki*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 1.

¹¹ Zob. np. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 126–158.

¹² Zob. np. W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009.

o orzekanie. Trudno bowiem formułować jakiegokolwiek oceny czy postulaty dotyczące tej praktyki społecznej, jeżeli nie postawi się najpierw pytania o zakres władzy, jaką rzeczywiście dysponuje sędzia. Gdybyśmy, jak w klasycznym modelu pozytywistycznym, przyjęli, że sędzia jest ustami ustawy czy automatem subsumcyjnym, a rola nauki prawa sprowadza się do egzegezy przepisów nakierowanej na zdekodowanie zawartego w nich znaczenia, to pytania kolejne, o polityczność, etykę i legitymizację, w zasadzie nie miałyby racji bytu. Polityczność zostałaby w całości relegowana na poziom ustawodawcy, etyka sędziowska sprowadzałaby się do tego, co Jabłoński i Kaczmarek nazywają etyką wykonawcy poleceń (ustawodawcy rzeczywistego lub idealnego, zależnie od ujęcia), a jedyną sensowną miarą legitymizacji orzekania byłaby jego zgodność z tekstualnie pojmowanym prawem. Wszelkie pytania o podmiotową stronę zjawiska orzekania byłyby więc *a limine* uchylone względnie sprowadzone do banalnych stwierdzeń, że sędzia powinien znać teksty prawne i je stosować, a wówczas będzie postępować etycznie i w sposób legitymny.

Oczywiście, już od dawna wiadomo, że tak nie jest, i krytyczna filozofia prawa nie musi tu wyważać drzwi, które zostały stopniowo uchylone przez późnych pozytywistów w rodzaju Kelsena i Harta, a potem już całkiem otwarte przez ujęcia tzw. integralne, holistyczne i dyskursywne. Jedynie juryscentryzm pozostał na placu boju, usiłując roztopić jednostkę w strukturze prawniczego subświata, która – w miejsce ustawodawcy bądź tekstu prawa – miałaby stać się nowym gwarantem pewności i legitymizacji orzekania. Takie ujęcia są, rzecz jasna, nie do przyjęcia z perspektywy krytycznej, dla której stanowią po prostu kolejną ideologiczną zasłonę mającą immunizować prawo na krytykę i legitymizować władzę prawniczą jako pewną formę, w oderwaniu od rzeczywistej treści społeczno-gospodarczej, jaką ona za sobą niesie.

Różnice w podejściu krytycznym uwidaczniają się już na płaszczyźnie granic prawniczej władzy dyskrejonalnej, stanowiącej swego rodzaju przedpole dla dalszych problemów, zwłaszcza polityczności orzekania. Wyróżniłem łącznie pięć takich granic, poczynając od tradycyjnie uznawanego za granicę tekstu prawa, poprzez wspólnotę interpretacyjną prawników, metodykę prawniczą, inne subświaty (polityczny, ekonomiczny, religijny), po hegemoniczną ideologię, a następnie postawiłem pytanie o relacje pomiędzy tymi granicami. Pierwsza z wyróżnionych przeze mnie granic jest najbardziej tradycyjna, wywodzi się z klasycznego pozytywizmu i koreluje z jego założeniem, że prawo to zjawisko językowe, które zawarte jest w tekstach prawnych. Na tym klasycznym punkcie wyjścia nadbudowano, oczywiście, nowe koncepcje, które zacierają granice tekstu. W szczególności koncepcja Jerzego Leszczyńskiego o pozytywizacji prawa w dyskursie dogmatycznym ukazuje, że same teksty prawne nie nadają się do stosowania, że zainterweniować pomiędzy nimi a aktem orzekania musi dyskurs dogmatyczny, który rozumie on szeroko, jako obejmujący zarówno dyskurs naukowy dogmatyk prawniczych, jak i sądowy

dyskurs interpretacyjny. Można naturalnie zadać pytanie, zwłaszcza w kontekście porównania z kulturą prawną *common law*, o całokształt tego, co Kennedy nazywa „materiałami prawnymi” w charakterze granicy prawniczej władzy dyskrecyjnej, a zatem całego korpusu tekstualnego obejmującego ustawodawstwo, orzecznictwo oraz piśmiennictwo doktryny prawniczej. Takie postawienie sprawy jest wręcz *de lege lata* zasadne w tych kulturach prawnych, gdzie orzecznictwo, a nawet niekiedy doktrynę prawniczą uważa się za źródło prawa. Poniekąd jednak następuje powrót do punktu wyjścia, tzn. i tak pytamy o tekst jako granicę, tylko że o większy i bardziej heterogeniczny korpus tekstów. Z kolei badania Marka Smolaka pokazały, że znaczenie tekstów rekonstruowane jest na podstawie szeroko rozumianego kontekstu, a zatem tekst tak naprawdę odsyła do pozaprawnego otoczenia nie tylko tam, gdzie czyni to *explicite* (jak w klauzulach generalnych), ale też całościowo. To ujęcie również każe zastanowić się nad tożsamością tekstu jako granicą prawniczej władzy dyskrecyjnej. Uwzględniając te badania, a także wychodząc od ustaleń Kennedy’ego oraz koncepcji pustych znaczących i znaczącego-mistrza (Lacoue-Labarthe, Žižek), doszedłem do wniosku, że tekst prawa jest dosyć względną granicą prawniczej władzy dyskrecyjnej, a o jego rzeczywistym statusie jako czynnika stawiającym opór interpretatorowi decyduje nie sam tekst, ale inne czynniki, w szczególności oczekiwania wspólnoty prawniczej, przyjęte w danej kulturze prawnej metodyki prawniczej, wreszcie hegemoniczna ideologia, która wypełnia tekst znaczeniem. Tekst ma określone znaczenie tylko na gruncie danej ideologii, a to, jak można i należy go rozumieć, zależy od przyjętych w danej kulturze zasad pracy z tekstem.

Summa summarum, będąc jak najdalej od absolutyzowania znaczenia tekstu (czego, poza tekstualistami, nikt już nie czyni), nie jestem też bynajmniej skłonny całkowicie go wyeliminować z katalogu granic prawniczej władzy dyskrecyjnej. Tekst uważam jednak za granicę, po pierwsze, miękką i porowatą, a po drugie, wtórną, tzn. stopień oporu, jaki granica ta stawia, uważam za wynikający z innych czynników, a nie z własności samego tekstu jako tekstu.

Druga z wyróżnionych przeze mnie granic to wspólnota interpretacyjna prawników. Odróżniam przy tym samą wspólnotę od jej wytworu, jakim są metodyki prawnicze, które traktuję jako granicę odrębną. Wynika to z ich odmiennego statusu ontologicznego. Wspólnota prawnicza jest bowiem wspólnotą istniejącą *hic et nunc*, mającą konkretny skład osobowy i formułującą konkretne oczekiwania pod adresem interpretatorów prawa, bynajmniej nie wyłącznie czysto metodologiczne. W szczególności wspólnota może mieć określone oczekiwania dotyczące postawy politycznej, preferencji w zakresie ideologii ekonomicznych czy wreszcie relacji z subświatem politycznym krajowym i międzynarodowym. Nie da się sprowadzić tych wszystkich czynników tylko do kategorii metodyki prawniczej, są one dużo mniej uchwytnie, nieraz efemeryczne, często wychodzące poza kwestie *stricte* prawnicze. Uwidaczniają się szczególnie w okresach

transformacji, kryzysów i przesileń, ale towarzyszą prawnikom zawsze, nawet w okresach stabilizacji kultury politycznej i prawnej.

Metodyka prawnicza jest natomiast zjawiskiem trwalszym, przyjęte sposoby wykładni i stosowania prawa czy style orzekania i orzecznictwa kształtują się w długim, nieraz bardzo długim czasie, na co zwrócili uwagę Jerzy Leszczyński¹³ i Tomasz Spyra¹⁴. Metodyki przynależą też raczej do rodzin prawa, tzn. wykazują zbliżone cechy w kulturach prawnych należących np. do kręgu *common law*, do rodziny germańskiej czy romańskiej. Pomimo określonych narodowych odrębności, jak w przypadku niemieckiej koncepcji *Wortlautgrenze* i związanego z nią przeciwstawienia *Auslegung* i *Rechtsfortbildung*¹⁵ czy polskiego racjonalnego ustawodawcy, nasze kultury prawnicze w zakresie metodyki bardzo wiele łączą¹⁶. Choć więc metodyki zostały wytworzone przez wspólnoty prawnicze i są przez nie podtrzymywane, są jednak od tych wspólnot czymś jakościowo odrębnym, trwalszym, a zarazem imperatywy przez nie generowane są węższe (dotyczą kwestii „technicznych”) niż imperatywy generowane przez wspólnotę (które mogą dotyczyć wielu innych kwestii, w tym ideologicznych, politycznych czy ekonomicznych). Nie będzie więc chyba błędem opisanie relacji pomiędzy wspólnotą prawniczą a metodyką wykładni jako analogicznej do relacji pomiędzy społeczeństwem a funkcjonującą w jego obrębie tradycją.

Obie te granice – oczekiwania obecnie istniejącej, konkretnej wspólnoty prawniczej oraz imperatywy wynikające z ukształtowanej tradycyjnie metodyki prawniczej – są niewątpliwie istotne. Jednakże, jak starałem się pokazać, to oczekiwania wspólnoty prawniczej są najistotniejsze, co wynika z wielu przesłanek, w tym socjologicznych. Natomiast metodyka prawnicza, owszem, kształtuje sposób uzasadniania, jednakże jest na tyle elastyczna, że możliwe jest jej naginanie w celu osiągnięcia preferowanego rezultatu. W konsekwencji więc ani tekst prawa, ani metody jego wykładni nie wydają się nieprzeniknionymi, prawdziwie szczelnymi granicami prawniczej władzy dyskrecyjnej.

Co się zaś tyczy oczekiwań wspólnoty prawniczej, to szczelność tej granicy jest odwrotnie proporcjonalna do miejsca danego interpretatora we wspólnocie.

¹³ J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Universitas, Kraków 2010, s. 152 i n.

¹⁴ T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer – Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007, s. 40 i n. – o historycznej genezie zasady *interpretatio cessat in claris*.

¹⁵ *Ibidem*, s. 50 i n. Jak wskazuje Spyra, koncepcja *Wortlautgrenze* nie była u nas znana, dopóki nie przybliżył jej w 1997 r. Krzysztof Pleszka (K. Pleszka, *Językowe znaczenie przepisu jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997; T. Spyra, *Granice wykładni prawa...*, s. 78–80).

¹⁶ Z tradycji tej wyłamuje się, oczywiście, Europejski Trybunał Sprawiedliwości, w którego orzecznictwie „pozycja tekstu prawnego w stosunku do innych metod wykładni jest słaba” i który „odmawia uznania pierwszeństwa wykładni językowej” (T. Spyra, *Granice wykładni prawa...*, s. 93).

Niewątpliwie, najszczelniej będzie ona ograniczać zakres swobody sędziego sądu rejonowego, a stosunkowo najslabiej – sędziego SN, TK czy ETS. Oczywiście, sędziowie ci bez wątpienia liczą się z opinią całej wspólnoty, jednakże to raczej oni wyznaczają trendy i to na ich sposób pracy z prawem spogląda reszta wspólnoty prawniczej. W żadnym więc wypadku granica ta nie będzie absolutna, choć w przypadku sędziów niższej instancji zbliża się do tego poziomu.

Ostatnie dwie granice, jakie rozpatrywałem, to inne subświaty oraz hegemoniczna ideologia. Oczekiwania innych subświatów wobec wspólnoty prawniczej i usytuowanych w jej obrębie interpretatorów są często dobrze widoczne, a decyzja wspólnoty, by wyjść im naprzeciw albo stawić opór, dostrzegalna jest także dla obserwatorów zewnętrznych. Inaczej ma się rzecz z hegemoniczną ideologią. Jak bowiem zauważył Louis Althusser, będąc w ideologii, nie jesteśmy tego świadomi. Ideologia nie tylko konstytuuje nas jako podmioty, ale też przenika nasze kategorie myślenia. To przez pryzmat hegemonicznej ideologii sędzia nadaje znaczenia wyrazom w tekście prawnym, to ideologia podsuwa cele przy wykładni celowościowej, to ideologia wreszcie jest tworzywem, z którego sędzia rekonstruuje to, co nazywa podstawowymi wartościami systemu prawnego czy ocenami prawodawcy. Co więcej, to właśnie na gruncie hegemonicznej ideologii możliwe do pomyślenia są takie koncepcje, jak rządy prawa czy trójpodział władzy, determinujące miejsce prawników w społecznym podziale pracy i władzy.

Wszechobecność ideologii mogłaby prowadzić do zakwestionowania jej roli jako granicy władzy dyskrejonajnej: pojęcie, które denotuje zjawisko wszędybylskie, nic nie wyjaśnia, mogłoby się zdawać. Tak może by i było, gdyby nie fakt, że w świadomości społecznej, a co za tym idzie, także w świadomości wspólnoty prawniczej, toczą się nieustanne walki o hegemonię ideologiczną. Poza ustrojami totalitarnymi, gdzie jedna ideologia jest zadekretowana odgórnie, a odstępstwa surowo karane, ontologię bytu społecznego charakteryzuje ideologiczny pluralizm. Ma on swoje przełożenie też na ustawodawstwo i orzekanie. W obszernie prezentowanym modelu orzekania Kennedy'ego rola ideologii jest kluczowa – wyznacza ona bowiem zakres rozwiązań, jakie dany sędzia wybiera spośród tych, które dałoby się uzasadnić w granicach tekstu prawnego poddanego operacjom dopuszczalnym metodyką prawniczą. Innymi słowy, poszczególne ideologie konkurują ze sobą o hegemonię, a pole prawne jest jednym z wielu pól, na których konkurencja ta ma miejsce. Orzekanie nie jest od tej walki o hegemonię w żaden sposób wyłączone, chociaż w warunkach naszej kultury prawnej aspekt ten nie jest, poza orzecznictwem konstytucyjnym, zbyt chętnie podkreślany.

Na koniec rozważań o granicach prawniczej władzy dyskrejonajnej postawiłem pytanie o ich wzajemne relacje, w tym o ewentualną hierarchię (kaskadowość), w rodzaju tej, jaką zaproponowali Jabłoński i Kaczmarek. Doszedłem do wniosku, że hierarchii takiej nie ma, natomiast za szczególnie istotne uznałem w praktyce oczekiwania wspólnoty interpretacyjnej, oczekiwania innych subświatów oraz hegemoniczną ideologię. Ta ostatnia ze względu na swój

wszechobecny charakter wydaje się szczególnie istotna, jednak nie bez znaczenia są oczekiwania innych członków wspólnoty interpretacyjnej. Za mniej istotne, czy też po prostu wtórne granice uznałem natomiast tekst i metodykę. Ich rola jest bowiem determinowana w praktyce przez samą wspólnotę interpretacyjną. Oddziaływanie innych subświatów wydaje się natomiast, poza skrajnymi przypadkami korupcji lub autorytarnych metod sterowania sądownictwem, zapośredniczone w hegemonicznej ideologii, która zapewnia roszczeniom tych subświatów legitymizację¹⁷ i skuteczność.

Ustalenia w przedmiocie granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej pozwoliły mi przejść do kolejnego problemu badawczego, jakim jest zagadnienie polityczności orzekania, któremu poświęciłem rozdział III. Wychodząc od założenia, że granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej w przypadku sędziów orzekających w konkretnych sprawach są różne w zależności od konfiguracji stanu faktycznego i tego, co wynika dla tego stanu z rozmaitych materiałów prawnych (przepisów prawa, dotychczasowego orzecznictwa, poglądów doktryny), przyjąłem, że celowe jest zaproponowanie pojęcia *orzeczniczej decyzji politycznej* jako decyzji sędziowskiej, która rozstrzyga w polu polityczności. W tym celu najpierw zrekonstruowałem pojęcie polityczności w nawiązaniu do Carla Schmitta, ale przede wszystkim Chantal Mouffe. Pokazałem, że antagonizm jest nieodłącznym elementem bytu społecznego, a rozstrzygnięcia sędziowskie częstokroć zapadają właśnie w polu polityczności. Należy oczywiście stanowczo odróżnić polityczność rozumianą jako wymiar antagonizmu od polityki partyjnej (*politics*) i dziedzin polityki państwa (*public policies*). Polityczność jest bowiem pewnym wymiarem zbiorowej egzystencji, a nie dziedziną działalności. Polityczność jest wymiarem, który możemy odnaleźć w każdej sferze życia społecznego, natomiast polityka jest domeną subświata politycznego, w obrębie którego toczy się walka o obsadę kierowniczych gremiów państwa. Oczywiście, polityka i polityczność mają wiele punktów stykowych, gdyż politycy podejmują istotne decyzje w polu polityczności, w tym zwłaszcza poprzez stanowienie przepisów prawnych, które rozstrzygają o tym, jak powinny być godzone ze sobą sprzeczne interesy rozmaitych grup i należących do nich jednostek, np. przedsiębiorców i konsumentów, pracowników i pracodawców, właścicieli nieruchomości i osób niebędących właścicielami itd. Właściwie całe istniejące w danym państwie ustawodawstwo składa się z poszczególnych decyzji politycznych, ilekroć dzieli pracę, dochody, ciężary, korzyści płynące z pracy, eksploatacji zasobów, ilekroć umożliwia lub tamuje dostęp do dóbr kultury i przyrody.

Nie znaczy to jednak, by decyzje w polu polityczności podejmował tylko ustawodawca. Jak to wynika z ustaleń poczynionych w rozdziale II, prawnicy – w szczególności interesujący nas sędziowie – dysponują określonym zakresem

¹⁷ Mam tu na myśli odczucie legitymizacji (legitymizację w sensie deskryptywnym) po stronie subświata prawniczego.

władzy dyskrecjonalnej, której głównym ogranicznikiem bynajmniej nie są teksty stanowione przez ustawodawcę. Wynika stąd wniosek, że prawnicy także podejmują decyzje polityczne, czyli że podobnie jak ustawodawcy, rozstrzygają w polu polityczności. Dzieje się tak, ilekroć dysponują wystarczającym w tym celu zakresem władzy dyskrecjonalnej. Nie znaczy to oczywiście, że decyzje te podejmują całkowicie samodzielnie. Każdy interpretator, w tym sędzia, jest usytuowany w określonej wspólnotcie interpretacyjnej, a nadto funkcjonuje w ramach określonej ideologii. Te czynniki są istotnymi determinantami sposobu wykonywania władzy dyskrecjonalnej w przypadku podejmowania przez sędziów orzeczniczych decyzji politycznych wpływających na jednostkowe przejawy społecznych antagonizmów.

Twierdząc, że zdiagnozowanie zjawiska polityczności orzekania pociąga za sobą istotne konsekwencje w wymiarze etycznym i legitymizacyjnym. Omówiłem je w dwóch kolejnych rozdziałach. Co się tyczy etycznych aspektów orzekania, wskazałem, powołując się na myśl Žižka, na prymat polityczności przed etycznością. Nie oznacza to, rzecz jasna, że sędziowie powinni słuchać instancji partyjnych, a nie imperatywów subświata prawniczego. Chodzi tu natomiast o pierwotność jednostkowych wyborów dokonanych w odniesieniu do antagonizmu społecznego, który zmusza do opowiedzenia się po jednej ze stron. Przed rozwinięciem szczegółowo tej myśli nakreśliłem jednak – jako tło dla propozycji krytycznej etyki sędziowskiej – dotychczasowe propozycje zgłoszone w polskiej filozofii prawa. W odróżnieniu bowiem od problematyki wykładni prawa czy granic prawniczej władzy dyskrecjonalnej, które to zagadnienia były przedmiotem ożywionych dyskusji w naszej nauce od dobrych kilku dziesięcioleci, etyka orzekania jest dziedziną stosunkowo nową zarówno w literaturze krajowej, jak i zagranicznej. Przyczyn tego zjawiska upatruję przede wszystkim w dominacji paradygmatu pozytywistycznego, który niejako automatycznie uchylał problem etyki interpretacji poprzez usytuowanie sędziego w specyficznie pojmowanej roli „ust ustawy”. Dopiero wyjście poza ten horyzont pozwoliło tak naprawdę postawić problem etyki wykładni prawa. Przedstawiłem, jako kolejne modele, etykę prawniczą aktywizmu sędziowskiego, juryscentryzmu, modelu dyskursywnego, modelu holistycznego, teorię wielopłaszczyznową etyki prawniczej, teorię etyki sytuacyjnej prawnika i wreszcie dialogiczny model etyki prawniczej. Nie twierdząc, że jest to zbiór zamknięty, nie rozstrzygam też relacji pomiędzy tymi modelami czy ujęciami problemu etyki prawniczej. Chodziło mi raczej o ukazanie, w jaki sposób problem etyki prawniczej, w szczególności sędziowskiej, był stawiany w ostatnim okresie w polskiej filozofii prawa, i przedstawienie na tym tle koncepcji inspirowanej krytyczną teorią prawa.

Własną propozycję teoretyczną w tym obszarze określam mianem politycznej etyki orzekania, co ma podkreślić sygnalizowaną już pierwotność polityczności wobec etyczności, a także że jest to model, który w pełni bierze pod uwagę fakt podejmowania przez sędziów decyzji w polu polityczności.

Zaprezentowane w pracy postulaty etyczne są więc konsekwencją ustaleń dotyczących granic prawniczej władzy dyskrecyjnej i polityczności orzekania. Za-proponowałem niewątpliwie bardzo wymagający postulat etyczny pod adresem wspólnoty prawniczej, wzywając ją do stania się wspólnotą krytyczną w znaczeniu, w jakim pojęcia tego używa Leszek Koczanowicz, a więc wspólnotą, która jest gotowa nieustannie podawać w wątpliwość rządzące nią zasady, pytając, czy nie można ich ulepszyć. Nawiązując do Derridy, można zatem powiedzieć, że wspólnota prawnicza powinna nieustannie dekonstruować prawo, dążąc w ten sposób, jak postulował francuski myśliciel, do sprawiedliwości. Jak jednak sam zauważył, sprawiedliwość pozostaje horyzontem, którego nie daje się osiągnąć, gdyż wciąż przesuwa się do przodu. Nie znaczy to, by nie należało za nim podążać. Postulat etyczny, który w nawiązaniu do Kennedy'ego określiłem jako etykę hermeneutyki strategicznej, skierowany jest zarówno do wspólnoty prawniczej, jak i do każdego prawnika, w szczególności sędziego, z osobna. Sprowadza się on do tego, by każdy akt interpretacyjny traktować jako formę dekonstrukcji nakierowanej na to, aby w imię sprawiedliwości podważać zastane prawo i – traktując je jako plastyczne medium – za każdym razem choć trochę przesunąć jego pozycje bliżej ideałów humanistycznych, takich jak emancypacja, uwolnienie spod dominacji, demokratyzm rozumiany jako rzeczywista partycypacja ludzi w sprawowaniu władzy nad sobą w każdej sferze życia i politycznej, i gospodarczej.

Postulowany przeze mnie model krytycznej filozofii orzekania zarówno w swoim wymiarze fenomenologicznym, jak i etycznym jest radykalnym zaprzeczeniem nie tylko tradycyjnego pozytywizmu, ale też ujęć nowszych, takich jak model deliberatywny, model holizmu interpretacyjnego czy model juryscentryczny. Tym, co modele te łączy, jest niewątpliwie krytyka klasycznego pozytywizmu z jego wizją wykładni jako odkrywania prawdziwego znaczenia tekstu prawnego, wskutek czego orzekający sędzia jest ustami ustawy albo – w najlepszym razie – wykonawcą poleceń ustawodawcy. Oczywiście, zaprezentowany tu model krytyczny zastrzeżenia te w pełni podziela. W odróżnieniu jednak od modelu deliberatywnego w proponowanym przeze mnie ujęciu nie ma aż tyle optymizmu co do możliwości osiągnięcia konsensusu. Wynika to z przyjęcia jako punktu wyjścia do filozofowania o prawie założeń filozofii polityki Chantal Mouffe i Ernesta Laclau, a także filozofii społecznej Leszka Koczanowicza, za którymi przyjmuję, że konflikt jest wpisany w najgłębszą strukturę społeczną (demokracja agonistyczna), a konsensus jest nieosiągalny (demokracja niekonsensualna). Dlatego koncepcja komunikacji i kompromisu, nawiązująca do Jürgena Habermasa, wydaje mi się nie tylko utopijna (co zresztą przyznawał sam autor, jak zauważa Lech Morawski), ale też jest, jak sądzę, utopią niebezpieczną i szkodliwą. Utopia ta jest bowiem w istocie formą ideologii zasłaniającej rzeczywiste społeczne antagonizmy i dokonującą się w dyskursie prawnym przemocą (o czym tak plastycznie pisał Robert Cover), zamiast nazwać rzeczy po imieniu i zapytać o to, na ile prawo legitymizuje dominację i reprodukuje hierarchie (na co zwracają uwagę

Duncan Kennedy i Damjan Kukovec). Można oczywiście wylać dziecko z kąpielą i zanegować jurydyczność jako nielegitymizowaną formę przemocy strukturalnej i symbolicznej, formę dominacji subświata prawniczego nad pozostałymi, środek umacniania hegemonii ideologicznej i nieprawomocnych hierarchii w innych subświatach. Można więc podążyć drogą ideologii anarchizmu i nihilizmu prawnego. Nie wykluczam, że istnieją systemy i kultury prawne tak skostniałe i zasklepione w swojej funkcji konserwowania niesprawiedliwości społecznej, że ich radykalna likwidacja i zastąpienie innym porządkiem są jedyną ścieżką emancypacji. Pytanie tylko, czy takie radykalne cięcie jest środkiem likwidacji jurydyczności jako takiej. W naszym kręgu cywilizacyjnym się to, jak dotąd, nie udało, czego najlepszymi przykładami są zjawiska praworządności rewolucyjnej znane zarówno z Francji, jak i z Rosji. W obu przypadkach rewolucyjne programy polityczne były nie tylko wyrażane w formach prawnych, ale nawet w formach prawnych realizowane. Co więcej, pomimo początkowych porewolucyjnych luzów decyzyjnych (proletariacka świadomość prawna), dość szybko następowała rejurydyzacja życia społecznego, a subświat prawniczy odradzał się, niczym Feniks z popiołów, wykazując niebywałą wręcz żywotność¹⁸.

Dziś, gdy współczesny świat naznaczony jest przejawami strukturalnej, głębokiej niesprawiedliwości zarówno w wymiarze globalnym (wzrost globalnego Południa przez globalną Północ – centrum kapitalistycznego systemu-świata), regionalnym (sytuacja peryferii i półperyferii), jak i społecznym (bezprecedensowy wzrost akumulacji bogactwa i strukturalnej przemocy ekonomicznej nawet w centrum kapitalistycznego systemu-świata), a także permanentnego stanu wyjątkowego, odwracającego proporcje między stabilizacją ładu opartego na „rządach prawa” a przemocą państwa niepodlegającą ograniczeniom prawnym, pytanie o rolę subświata prawnego w podtrzymywaniu, reprodukowaniu, a być może nawet pogłębianiu tego stanu rzeczy jest pytaniem jak najbardziej zasadnym. Próby odpowiedzi na to pytanie podejmują m.in. badacze z kręgu szkoły określanej jako ekonomia polityczna prawa globalnego (David Kennedy) oraz inne szkoły zaliczane do krytycznych nurtów *law and economics*. Prowadzone są badania nad niesprawiedliwościami legitymizowanymi przez prawo międzynarodowe publiczne. Emancypacyjnie zorientowana krytyka prawa nie omija też obszarów zastrzeżonych niegdyś dla chłodnych dogmatyk prawa cywilnego, karnego, administracyjnego czy konstytucyjnego. W tym szerokim kontekście niniejsza praca postawiła przed sobą zadanie opracowania, w ramach horyzontu

¹⁸ Zob. np. T. Borisova, *The Legitimacy of the Bolshevick Order, 1917–1918: Language Usage in Revolutionary Russian Law*, „Review of Central and East European Law” 2012, t. 37, z. 4; T. Borisova, J. Siro, *Law Between Revolution and Tradition: Russian and Finnish Revolutionary Legal Acts, 1917–1918*, „Comparative Legal History” 2004, nr 4; T. Borisova, *The Institutional Resilience of Russian Law Through 1905–1917*, „Russia Law Journal” 2017, t. 5, z. 4. Por. C.S. Cercel, *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018, s. 97 i n., 201 i n.

badawczego właściwego krytycznej filozofii prawa, problematyki dotyczącej jednej z kluczowych postaci, w jakich przejawia się fenomen jurydyczności, a mianowicie społecznej praktyki orzekania (mówiąc językiem analitycznej teorii prawa – sądowego stosowania prawa, włączając w to jego operatywną wykładnię). Wychodząc od założeń paninterpretacjonizmu, model teoretyczny zaproponowany w niniejszej pracy przyjmuje, że najsprawiedliwsze ustawodawstwo może stać się złym prawem w wyniku złego orzecznictwa (o czym wiemy od czasów starożytnych), ale też że najniesprawiedliwsze ustawodawstwo może dać sprawiedliwe rezultaty w rękach zaangażowanego sędziego. Kluczem do takiej konstatacji jest koncepcja hermeneutyki strategicznej Duncana Kennedy’ego, w której środek ciężkości fenomenu prawnego zostaje przesunięty z prawa pisanego (pozytywizm) i ze wspólnoty interpretacyjnej (jurscentryzm) na etycznie odpowiedzialnego sędziego. W odróżnieniu jednak od takich modeli, jak model deliberatywny (Zirk-Sadowski), model holistyczny (Matczak) czy model integralny (Dworkin), proponowany tu model krytyczny odżegnuje się od możliwości osiągnięcia konsensusu. Zakłada, za Coverem i Kukovcem, że każde orzeczenie będzie aktem przemocy. A skoro tak, to pytanie brzmi nie „jak unikać przemocy?”, ale „przeciwko komu skierować przemoc?”. Czy należy kierować przemoc przeciwko pracownikom, konsumentom, dyskryminowanym mniejszościom, czy też należy zastane opozycje binarne zdekonstruować i skierować przemoc przeciwko tym, którzy dominują – a zatem odwrócić hierarchie w imię dekonstrukcji i sprawiedliwości. Postulowana w niniejszej pracy wizja krytycznego prawnika i wspólnoty prawniczej jako wspólnoty krytycznej zmierza właśnie w tym kierunku. Zgadzam się bowiem z poglądem Tomasza Bekrychta, który wskazuje, że „Instytucje, które są obecnie odpowiedzialne za jego [prawa – R.M.] tworzenie i stosowanie, zapominają o tym (...), że powinny przede wszystkim maksymalizować takie naczelnne wartości, jak sprawiedliwość i wolność, a nie jedynie wewnętrzne wartości prawa, wynikające np. z pozytywistycznej koncepcji idei *Rechtsstaat*”¹⁹.

Niewątpliwie, postulowany model wspólnoty prawniczej jest modelem „wspólnoty mocnej”, by użyć określenia Covera, zdolnej, za pomocą „mocnych sił”, stworzyć normatywny świat, a nie tylko – jak „słabe siły” typowe dla współczesnego liberalizmu – jedynie zapewniać w miarę bezproblemową „k o e g z y s t e n c j ę światów mocnego znaczenia normatywnego”²⁰. Chyba w tym właśnie leży różnica pomiędzy postulatem krytycznej wspólnoty prawniczej a postulatami nurtów niekrytycznej teorii prawa, w szczególności modelem dyskursywno-deliberatywnym i modelem holistycznym. Ten element materialnej, a nie tylko

¹⁹ T. Bekrycht, *Demokratyczna legitymizacja prawa – tworzenie i stosowanie prawa (zarys problemu)*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1, s. 8–9.

²⁰ R. Cover, *Nomos and Narrative*, „Harvard Law Review” 1983, t. 117, z. 4, s. 12–13.

formalnej wizji wspólnoty prawniczej i jej celów rzutuje na tożsamość prawnika-interpretatora i leży u podstaw formułowanych postulatów etycznych. W proponowanej wizji wspólnota prawnicza jest też „wspólnotą intencjonalną” (*intentional community*), a więc taką, „której członkowie wierzą, że mają wspólne znaczenia dla normatywnych wymiarów ich wspólnych żyć”²¹. W odróżnieniu jednak od wizji juryscentrycznej Kozaka tą wspólną wizją nie jest podtrzymywanie samej wspólnoty i umacnianie jej władzy względem innych subświatów, ale ciągła dekonstrukcja prawa dokonywana w imię sprawiedliwości. Oczywiście, by znów zacytować Covera, „Ponieważ *nomos* jest niczym innym, jak procesem ludzkiego działania, rozciągniętym między wizją a rzeczywistością, wykładnia prawa nie może być ważna, jeżeli nikt nie jest gotów, by żyć według niej”²². Wizja sprawiedliwości, jaka powinna ożywiać postulowaną przeze mnie krytyczną wspólnotę prawniczą, musi być wizją nie tylko dającą się (choćby w odległej przyszłości) urzeczywistnić, ale także – co chyba najistotniejsze – wizją podzielaną przez samych członków wspólnoty. „Tworzenie znaczenia prawnego zakłada więc podmiotowe zaangażowanie względem zobiektywizowanego znaczenia żądania”²³, jak pisze Cover.

Ostatni rozdział poświęciłem problemowi legitymizacji orzekania. Wyciągnąłem w nim konsekwencje z ustaleń rozdziałów wcześniejszych, to znaczy skonstruowałem koncepcję legitymizacji orzekania opartą na założeniu istnienia prawniczej władzy dyskrecyjnej i fakcie podejmowania przez sędziów orzeczniczych decyzji politycznych. Proponowany przeze mnie model legitymizacji orzekania opiera się jednak nie na przesłankach formalnych, takich jak jakość uzasadnienia sędziowskiego czy stworzenie dogodnych warunków komunikacyjnych w duchu Habermasowskim. Tego typu ujęcia zakładają bowiem możliwość konsensualnego rozwiązywania antagonizmów społecznych, które z zasadniczych względów są nie do przyjęcia z perspektywy krytycznej filozofii prawa, o czym pisałem w rozdziale I. Nie jest bowiem moralnie akceptowalny kompromis pomiędzy niesprawiedliwością (*adikia*) a sprawiedliwością (*dike*). Obowiązkiem etycznym sędziego jest bezkompromisowo dążyć do sprawiedliwości, a to oznacza wspieranie dążeń emancypacyjnych tych, którzy podlegają przemocy i dominacji, w tym tej wpisanej w struktury prawa stanowionego. Stąd też kryterium legitymizacji orzekania może być wyłącznie materialne i może być nim wyłącznie jak najpełniejsza realizacja zasady sprawiedliwości, rozumianej nie jako konkretyzacja porządku prawnego według maksymy *suum cuique*, ale jako jego negacja²⁴. Tak jak baron Münchhausen nie może się skutecznie wyciągnąć z bagna za własne włosy, tak orzeczenie nie może się legitymizować przestrzeganiem

²¹ *Ibidem*, s. 15.

²² *Ibidem*, s. 44.

²³ *Ibidem*, s. 45.

²⁴ Por. C. Douzinas, *Adikia...*, s. 90 i n.

normy prawnej. Stanowi ona niewątpliwie punkt wyjścia, ale kryterium legitymizacji orzekania musi być sprawiedliwość. Inna rzecz, na ile wspólnota interpretacyjna i inne granice prawniczej władzy dyskrecyjnej pozwolą sędziemu na jej realizację.

Trzeba bowiem pamiętać, że prawa podmiotowe (*rights*), zgodnie ze słowami Costasa Douzinasa, „kodyfikują liberalną ideologię ograniczonej wolności i formalnej równości; wyrażają i promują indywidualne pragnienia, zmieniają je w papierek lakmusowy wolności (wyboru). Większość roszczeń, opartych na prawach podmiotowych, umacnia ustanowiony porządek społeczny. Po pierwsze, takie roszczenia akceptują ustanowioną równowagę i mają na celu dopuszczenie peryferyjnie nowych roszczeń lub uprawnień. Po drugie, zmieniają prawo w strażnika i obrońcę porządku społecznego, przekształcając żądanie polityczne w żądanie dopuszczenia do prawa. Prawo przekształca konflikt społeczno-polityczny w zestaw problemów technicznych regulowanych przez normy i przekazuje je w ręce ekspertów od norm”²⁵. Douzinas pozostaje sceptykiem co do możliwości zwalczania niesprawiedliwości poprzez odwoływanie się do praw podmiotowych. Jego zdaniem zwycięstwa uzyskane na drodze prawnej są małe, a zmiany układu społecznego – marginalne²⁶. „Prawa podmiotowe stały się nagrodami za zaakceptowanie dominujących porządków – pisze – ale są one mało przydatne dla tych, którzy porządki te kwestionują”²⁷. Podzielam sceptycyzm Douzinasa. Dlatego uważam, że w dialektyce prawa i sprawiedliwości ważniejsza od tezy jest antyteza, a miarą legitymizacji orzekania nie powinna być realizacja prawa przedmiotowego i praw podmiotowych, ale rzeczywisty ruch od *adikia* ku emancypacji. „W tym procesie – pisze Douzinas – prawa podmiotowe przekształcają się z indywidualnych uprawnień i stanów posiadania w nową koncepcję »bycia w prawie« (*being in the right*) albo »prawego bycia« (*right-ing being*): dając każdemu po równo to, co należne jest wszystkim”²⁸.

Powstaje oczywiście pytanie, na ile postulowane przeze mnie ujęcie zarówno etyki orzekania, jak i jego legitymizacji może zostać określone jako prawnonaturalne. Wszak postuluję ocenę prawa w świetle sprawiedliwości, którą czynię też miarą legitymności sądowych orzeczeń, zamiast jakkolwiek rozumianej zgodności z prawem pozytywnym. Rozpatrując tak postawione zagadnienie, należy, jak się wydaje, zwrócić uwagę na dwa momenty. Pierwszy to uznanie wartości wyższej niż prawo pozytywne (niezależnie od tego, czy będzie to ogół przepisów w ujęciu Zielińskiego czy nawet cały dyskurs dogmatyczny w szerokim rozumieniu Leszczyńskiego). Ten element wpisuje zaproponowane tu podejście

²⁵ *Ibidem*, s. 95.

²⁶ *Ibidem*, s. 95–96.

²⁷ *Ibidem*, s. 96.

²⁸ *Ibidem*, s. 100.

w długą tradycję, zdaniem Costasa Douzinas – „tak starą jak cywilizacja”²⁹. Wszak krytyczna filozofia (teoria) prawa i stanowiąca jej część, proponowana w niniejszej pracy krytyczna filozofia orzekania muszą, aby być krytyczne wobec prawa pozytywnego i praktyki jego stosowania, mieć jakieś pozaprawne oparcie, zgodnie z którym prawo to oceniają. Oparciem tym nie jest jednak, jak w tradycyjnych koncepcjach prawa naturalnego, jakiś skonkretyzowany system normatywny pochodzenia nadprzyrodzonego ani międzynarodowe deklaracje praw człowieka, ani nawet międzynarodowe *ius cogens*, ani żadne inne skonkretyzowane *ex post* koncepcje jurydyczne w rodzaju tych, do których odwoływał się choćby słynny Trybunał Norymberski. Sprawiedliwość pozostaje bowiem czymś nieuchwytnym. Jak pisze Douzinas, „teoria sprawiedliwości jest najstarszym niepowodzeniem ludzkiej myśli. Od Homera, *Biblii* i Platona, najlepsze umysły i najzacieklejsze serca usiłowały zdefiniować sprawiedliwość albo wyobrazić sobie warunki sprawiedliwego społeczeństwa. Poniosły klęskę; w istocie, kolejne i niekończące się »teorie sprawiedliwości« są serią przyznawania się do porażek. Sprawiedliwość i niesprawiedliwość nie są normatywnymi stwierdzeniami, ale subiektywnymi motywacjami. Otoczeni jesteśmy niesprawiedliwością, ale nie wiemy, gdzie leży sprawiedliwość. (...) Ilekroć jednak teoria sprawiedliwości zostaje wdrożona w praktyce, wkrótce degeneruje się w inny przejaw niesprawiedliwości. Stosowana sprawiedliwość prowadzi do (uczuć) niesprawiedliwości. Życie zaczyna się od niesprawiedliwości i sprzeciwia się jej. Po nim następuje myślenie”³⁰. Krytyczną filozofię prawa można by więc ująć w prostej formule: tropienia, demaskowania i zwalczania niesprawiedliwości w prawie, a konkretnym zadaniem krytycznej filozofii orzekania jest uchwycenie momentu, w którym władzę dyskrejonalną sprawuje już nie ustawodawca, ale sędzia, ukazanie jego władzy nad antagonizmem społecznym i czuwanie, by korzystał z tej władzy w sposób jak najbardziej sprawiedliwy, przy równoczesnym tropieniu i piętnowaniu sytuacji, gdy sędzia albo się od tego zadania uchyla (np. model sędziego centrysty u Duncana Kennedy’ego), albo maskuje ideologią prawniczą swoje bezrefleksyjne przywiązanie do ideologii hegemonicznej (jak np. neoliberalizm). Trzeba jednak pamiętać, że „dialektyka pomiędzy sprawiedliwością a niesprawiedliwością nie prowadzi do dialektycznej syntezy. Niesprawiedliwość nie jest przeciwieństwem sprawiedliwości; niesprawiedliwy nie jest przeciwieństwem sprawiedliwego; cierpienie niesprawiedliwości nie jest logicznym przeciwieństwem czynienia sprawiedliwości. *Adikia* jest zarówno wyrwą pomiędzy sprawiedliwością i niesprawiedliwością, jak i ciągłą, choć niemożliwą próbą przrzucenia nad tą wyrwą mostu”³¹. Z istnienia *adikia* wynika prawo do oporu, uznawane od starożytności, proklamowane oficjalnie w Deklaracji Praw

²⁹ C. Douzinas, *Philosophy and Resistance in the Crisis*, Polity Press, Cambridge 2013, s. 89.

³⁰ *Ibidem*, s. 80.

³¹ *Ibidem*.

Człowieka i Obywatela w 1789 r.³², a następnie stopniowo usuwane w imię podtrzymującego „rządy prawa” prymatu stanu wyjątkowego nad walką o sprawiedliwość, co znalazło swój wyraz w art. 30 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i artykułach 15–17 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i miało tragiczne konsekwencje³³. Krytyczna filozofia prawa jest niczym innym jak powrotem do prawa do oporu, a krytyczna filozofia orzekania próbuje konkretyzować to prawo w ramach konstruowania politycznej etyki sędziego, z jednej, i kryteriów legitymizacji orzekania, z drugiej strony.

* * *

Zaprezentowanie w niniejszej pracy prawniczego dyskursu orzeczniczego w optyce polityczności stwarza możliwość spojrzenia na decyzje sędziów z innego, niż czyni się to zazwyczaj, punktu widzenia. Dyskurs dogmatyczny czyta orzeczenia już to pod kątem ich zgodności z prawem pisanym, już to pod kątem poznania prawa, zależnie od epoki i kultury prawnej. Dyskursywne nurty filozofii prawa kładą nacisk na aspekty argumentacyjne, pytając, w jaki sposób uzasadniono takie, a nie inne rozstrzygnięcie, na ile wzięto pod uwagę ten czy inny kontekst czy pluralizm prawodawców rzeczywistych (na co kładzie nacisk holizm interpretacyjny). Nie negując praktycznej doniosłości spojrzenia na orzecznictwo przez pryzmat dyskursu dogmatycznego ani poznawczej wagi analizy retorycznej, skupionej na argumentacji i jej przebiegu (a więc na metodyce prawniczej), w zaproponowanym przeze mnie ujęciu położyłem nacisk na dwa inne aspekty, zazwyczaj pomijane. Pierwszym z nich jest ideologia, a drugim – polityczność. Już samo wprowadzenie tych pojęć jako narzędzi do badania orzecznictwa zdradza świadomą inspirację określonymi nurtami filozofii politycznej i teorii kultury, a także, co oczywiste, dorobkiem krytycznej filozofii prawa. Zaproponowane narzędzia pozwalają usytuować orzeczenie w dwóch płaszczyznach, które nawiązując do języka Lacanowskiej psychoanalizy, określam jako wymiar symboliczny (ideologia – porządek symboliczny) i wymiar realny (antagonizm społeczny jako Realne). Kategorie Lacana – Symboliczne, Realne i Wyobrazeniowe – to pewna propozycja interpretacji świata społecznego za pomocą kategorii psychoanalitycznych, traktowanych jako praktyka filozoficzna. Przypomnijmy zatem, że dla Jacques’a Lacana rejestr wyobrazeniowy to tyle co „porządek tego, co jawi się na powierzchni złudnych, dających się obserwować zjawisk, które skrywają znajdującą się pod nimi strukturę”³⁴; rejestr ten „powiązany jest z naszym obrazem

³² Zob. art. 2 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> [dostęp: 20 III 2018 r.].

³³ C. Douzinas, *Philosophy and Resistance...*, s. 83.

³⁴ D. Evans, *An Introductory Dictionary of Lacanian Psychoanalysis*, Routledge, London–New York 1996, s. 82.

siebie, obrazem tego, kim i czym jesteśmy³⁵, a „Ja idealne” w porządku wyobrazeniowym to identyfikacja podmiotu z pożądanym wyobrażeniem siebie³⁶, w odróżnieniu od „ideału Ja” w porządku symbolicznym, czyli identyfikacja podmiotu z punktem widzenia, z którego obserwuje on siebie samego³⁷. O ile zatem ideologia, będąca doniosłą materią wypełniającą orzeczenie, jest porządkiem Symbolicznym, a regulująca antagonistyczne stosunki społeczne zalegalizowana przemoc – Realnym, powstaje pytanie, czemu odpowiada w takim razie Wyobrazeniowe? Patrząc z perspektywy sędziego, zanurzonego we wspólnocie interpretacyjnej prawników, tym Wyobrazeniowym – a więc porządkiem „złudnych”, ale jednocześnie „dających się obserwować zjawisk”³⁸, powiązanych ściśle z wyobrażeniem sędziego czy innego jurysty-interpretatora o samym sobie³⁹ – jest, jak sądzę, samo prawo. Wszak, jak powiada poetycko Robert Cover, „Prawo jest projekcją wyobrażonej przyszłości na teraźniejszość”⁴⁰.

Odpowiada ono bowiem znacznie lepiej Lacanowskiej kategorii Wyobrazeniowego niż, jak mogłoby się *prima facie* wydawać, Symbolicznego. Jest tak przede wszystkim ze względu na nieuchwytność prawa diagnozowaną praktycznie przez wszystkie nurty (poza klasycznym pozytywizmem), które przewijały się na kartach tej pracy. Tylko pozytywizm widział dla prawa twarde oparcie w tekście, oferując banalną i kontradycyjną, ale mimo wszystko spójną i uspokajającą narrację. Dla wszystkich pozostałych nurtów prawo jest, w ostatniej instancji, czymś nieuchwytnym jak cząstka materii w teorii nieoznaczoności Heisenberga. Albo dajemy radę uchwycić jego akt stosowania, ale wówczas wymyka nam się samo prawo, albo dajemy radę uchwycić abstrakcyjne prawo, ale wówczas wymyka nam się jego stosowanie. Tak jak materia ma dualistyczną naturę korpuskularno-falową, tak jurydyczność ma dualistyczną naturę tekstualno-aplikacyjną, czy też abstrakcyjno-konkretną. Jak ujął to Cover, „Zamieszkiwać w świecie prawnym wymaga wiedzy nie tylko o normach (*precepts*), ale także o ich związkach z możliwymi i pożądanymi stanami rzeczy. Wymaga zintegrowania nie tylko to, co »jest«, i to, co »powinno« być, ale także to, co »jest«, to, co »powinno« być, i to, co »może być«”⁴¹. Napięcie między tymi dwoma wymiarami fenomenu prawnego powoduje, że pozostaje on, jako taki, nieuchwytny. Z problemem tym w różny sposób mierzą się różne modele teoretyczne. Model juryscentryczny kładzie nacisk na wspólnotę interpretacyjną, uciekając zarówno od tekstualności, jak i nieokreślonej aplikacyjności prawa,

³⁵ B. Fink, *A Clinical Introduction to Lacanian Psychoanalysis: Theory and Technique*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, s. 24.

³⁶ *Ibidem*, s. 116.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ D. Evans, *An Introductory Dictionary...*, s. 82.

³⁹ B. Fink, *A Clinical Introduction...*, s. 24.

⁴⁰ Por. R. Cover, *Violence and the Word*, „Yale Law Journal” 1985/1986, t. 95, s. 1604 [podkr. R.M.].

⁴¹ R. Cover, *Nomos...*, s. 10.

widząc w nim pewnego rodzaju noumen, niedostępny dla innych subświatów, ale jednak istniejący w sposób pewny i dla siebie samego, jakoby, przewidywalny. Model dyskursywno-deliberatywny kładzie nacisk na proces rozumowania i argumentacji, proponuje więc zawiśnięcie między wymiarem tekstualnym i aplikacyjnym, w tej przestrzeni pomiędzy normą i jej zastosowaniem upatrując dla prawa podstawy ontologicznej. Z kolei model holistyczny usiłuje uchwycić wszystkie elementy na raz, oferując swego rodzaju syntezę modelu juryscentrycznego, z jego oparciem się na opoce wspólnoty interpretacyjnej, i modelu dyskursywno-deliberatywnego (wsłuchanie się w – kakofoniczny, niestety – chór realnych prawodawców, z których następnie interpretator ma „zmiksować” nowy-stary utwór – orzeczenie⁴²). Wreszcie model integralny Dworkina z jego mitem „jednej prawdziwej odpowiedzi” to w istocie nostalgia za pewnością czasów minionych, próba uratowania fikcji i zanegowania zasady nieoznaczoności.

Jak się w tym wszystkim lokuje proponowany przeze mnie model krytyczny? W odróżnieniu od modeli próbujących zawiśnąć pomiędzy wymiarami jurydyczności albo w ogóle negujących problem nieoznaczoności, model krytyczny kładzie nacisk na wymiar aplikacyjny prawa. Nie chodzi tu o dociekania filozoficznej istoty prawa, które – jak pisał Costas Douzinas, są poza horyzontem jurysprudencki krytycznej – ale o konkretny wpływ orzeczeń na życie społeczne i o to, co każdy jurysta-interpretator może za pomocą narzędzia, jakim jest prawo, uczynić etycznie dobrego (albo złego). Teksty, prawodawcy, zasady i reguły, dyrektywy wykładni I i II stopnia oraz inne rekwizyty z prawniczego repozytorium stają się, dla krytycznego jurysty, niczym innym jak narzędziami, z których chce on skorzystać w sposób teleologiczny. Taki sposób ich użycia określam, nawiązując do Duncana Kennedy’ego, mianem hermeneutyki strategicznej.

Umieszczając prawo w rejestrze Wyobrazeniowym, a nie Symbolicznym, chcę podkreślić, że tym, co ma w moim przekonaniu znaczenie decydujące, tym, co determinuje nie tyle nawet świadomość, ile przede wszystkim obiektywne kształt społecznych praktyk, w tym praktyk prawników, jest ideologia. W jednych ujęciach jest ona ukrywana (pozytywizm, juryscentryzm, holizm), w innych – pod odmienną nazwą – otwarcie przyjmowana (jako moralność publiczna czy polityczna bądź tradycje moralne społeczeństwa). W proponowanym przeze mnie ujęciu ma ona natomiast znaczenie zasadnicze, a sala sądowa – w nie mniejszym stopniu co izba ustawodawcza – jest miejscem walk o hegemonię ideologiczną, toczonych w formie sporów o wykładnię.

⁴² Jest to świadome i jak najbardziej polemiczne nawiązanie do metafor muzycznych proponowanych przez Ewę Łętowską (E. Łętowska, *Communicare et humanum, et necesse est – o komunikacyjnej misji muzyków i prawników*, „Monitor Prawniczy” 2005, z. 1; eadem, *Boska sztuka interpretacji*, [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka et al., INP PAN, Warszawa 2003; por. P. Jabłoński, M. Pichlak, *Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie*, „Principia” 2013, t. 57–58, s. 281–284) oraz Marka Safjana (M. Safjan, *Prawo to instrument dla wirtuoza*, „Rzeczpospolita” 6 XII 2010, s. C4).

Bibliografia

- Abu Gholeh M., Bury P., *Bezpośredni wybór sędziów na przykładzie Stanów Zjednoczonych Ameryki*, [w:] *Instytucje demokracji bezpośredniej w praktyce*, red. O. Holub, M. Jabłoński, M. Radajewski, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2016.
- Althusser L., *Ideology and Ideological State Apparatuses: Notes Towards an Investigation*, [w:] idem, *Lenin and Philosophy and Other Essays*, tłum. B. Brewster, Aakar Books, Delhi 2006.
- Althusser L., *Marxism and Humanism*, [w:] idem, *For Marx*, Verso, London 2005.
- Althusser L., *Sprzeczność i naddeterminacja (Notatki do przyszłych badań)*, [w:] idem, *W imię Marksa*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2009.
- Anderson A.G., *Ideology: From Marx to Žižek (via Althusser and... Pascal?)*, „Sublime Objects” 11 IX 2012, <http://sublimeobjects.wordpress.com/2012/09/11/ideology-from-marx-to-zizek-via-althusser-and-pascal/> [dostęp: 20 III 2018 r.].
- Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Arendt H., *Kondycja ludzka*, Aletheia, Warszawa 2000.
- Atiyah P.S., Summers R., *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford 1987.
- Badiou A., *Etyka*, tłum. P. Mościcki, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2009.
- Balkin J.M., *Framework Originalism and the Living Constitution*, „Northwestern University Law Review” 2009, t. 103, z. 2.
- Balkin J.M., *Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique*, „UMKC Law Review” 1987, t. 55, z. 3.
- Banaszak B., Bernaczyk M., *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.
- Bańkowski Z., Maugham G., *Images of Law*, Routledge, London 1976.
- Barnard C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, wyd. 4, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Bartl M., *Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political*, „European Law Journal” 2015, t. 21, z. 5.
- Bartl M., *The Way We Do Europe: Subsidiarity and the Substantive Democratic Deficit*, „European Law Journal” 2015, t. 21, z. 1.
- Bartl M., Leone C., *Minimum Harmonization After Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review*, „European Constitutional Law Review” 2015, t. 11.
- Bator A., *Analityczna teoria prawa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bator A., *Czy prawo może być praktyką partykularną? W związku z koncepcją juryscentryzmu*, [w:] *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Scholar, Warszawa 2012.
- Bator A., *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Kolonia Limited, Wrocław 2007.
- Bator A., *Postanalityczna teoria i filozofia prawa. Nowe szanse, nowe zagrożenia?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102.

- Bator A., *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104.
- Bator A. (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bauman Z., *Prawodawcy i tłumacze*, tłum. A. Ceynowa, J. Giebułtowski, IFiS PAN, Warszawa 1998.
- Beck G., *The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means*, „European Law Review” 2014, nr 2.
- Beck G., *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning During the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, „European Public Law” 2014, t. 2, z. 3.
- Beck G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford 2012.
- Bekrycht T., *Demokratyczna legitymizacja prawa – tworzenie i stosowanie prawa (zarys problemu)*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1.
- Bekrycht T., *Prawo. O wieloznaczności pojęcia*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, z. 1.
- Bekrycht T., *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.
- Benditt T., *The Concept of Interest in Political Theory*, „Political Theory” 1975, t. 3, z. 3.
- Benjamin W., *Zur Kritik der Gewalt*, [w:] idem, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Suhrkamp, Berlin 1999.
- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, New York 1953.
- Berger B., Luckmann T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin, London 1991.
- Bielska-Brodziak A., *O rodzajach argumentów interpretacyjnych*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Bielska-Brodziak A., *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Biernat T., *Jednostka – społeczeństwo – państwo – prawo. Antynomie i relacje w stosunkach władzy a problem legitymizacji*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Biernat T., *Legitymizacja procesu legislacyjnego*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Biernat T., *Między polityką a prawem. Problem »upolitycznienia« tworzenia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Biernat T., *Modele prawowitości/legitymizacji władzy*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymizacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Bix B., *Law as an Autonomous Discipline*, [w:] *The Oxford Handbook of Legal Studies*, red. P. Cane, M. Tushnet, Oxford University Press, New York 2003.
- Błachur M. (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Postmodernizm*, Kolonia Limited, Wrocław 2007.
- Bogusławski M.M., *Humanistyka i jej przedmiot z perspektywy ontologii kulturowej*, niepublikowana rozprawa doktorska, Wydział Filozoficzno-Historyczny Uniwersytetu Łódzkiego, 2016.
- Bohman J., *Critical Theory*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition)*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/critical-theory/> [dostęp: 20 III 2018 r.].

- Borisova T., Siro J., *Law Between Revolution and Tradition: Russian and Finnish Revolutionary Legal Acts, 1917–1918*, „Comparative Legal History” 2004, nr 4.
- Borisova T., *The Institutional Resilience of Russian Law Through 1905–1917*, „Russia Law Journal” 2017, t. 5, z. 4.
- Borisova T., *The Legitimacy of the Bolshevik Order, 1917–1918: Language Usage in Revolutionary Russian Law*, „Review of Central and East European Law” 2012, t. 37, z. 4.
- Borowicz A., *Argument interpretacyjny odwołujący się do woli rzeczywistego prawodawcy*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2009, t. 79.
- Borucka-Arctowa M., *O społecznym działaniu prawa*, PWN, Warszawa 1967.
- Bosteels B., *Force of Nonlaw: Alain Badiou’s Theory of Justice*, „Cardozo Law Review” 2008, t. 29, z. 5.
- Bourdieu B., *Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective*, [w:] *Normes juridiques et régulation sociale*, red. F. Chazel, J. Commaille, LGDJ, Paris 1991.
- Bourdieu P., *Masculine Domination*, Stanford University Press, Stanford 2001.
- Bourdieu P., Passeron J.C., *Reproduction in Education. Society and Culture*, SAGE, London 1990.
- Boyd White J., *The Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago 1973.
- Bugarić B., *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*, „Harvard International Law Journal” 2001, t. 42, z. 1.
- Buksiński T., *Trzy teologie polityczne Carla Schmitta*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. 3, z. 1.
- Burke V., *Hegel’s Concept of Mutual Recognition: The Limits of Self-Determination*, „The Philosophical Forum” 2005, t. 36, z. 2.
- Burzyk M., *Psychoanaliza a polityka: stawka podmiotu*, „Diametros” 2013, t. 35.
- Cercel C.S., *Law out of Bounds: Legal Picnolepsy, Intellectual Austerity, and Romania’s Legal Past*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Cercel C.S., *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018.
- Charentenay S. de, *Les implications juridiques de la constitutionnalisation du droit de l’experimentation*, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/CharentenayTXT.pdf> [dostęp: 4 III 2018 r.].
- Chimni B.S., *Capitalism, Imperialism and International Law in the Twenty-first Century*, „Oregon Review of International Law” 2012, t. 14.
- Chmielnicki P., *Miejsce norm prawnych w porządku instytucjonalnym*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Chmielnicki P., *Podjęmowanie decyzji w warunkach prawnego i prawniczego potopu informacyjnego*, „Roczniki Administracji i Prawa. Teoria i Praktyka” 2012, t. 12.
- Chmielnicki P., *Podstawowe strategie działania w celu zaspokojenia potrzeb*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Chmielnicki P. (red.), *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Choudhry S., *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, „International Journal of Constitutional Law” 2004, t. 2, z. 1.
- Coleman R., Ringrose J., *Introduction: Deleuze and Research Methodologies*, [w:] *Deleuze and Research Methodologies*, red. R. Coleman, J. Ringrose, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013.
- Collins H., *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1982.
- Conway G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Cover R., *Nomos and Narrative*, „Harvard Law Review” 1983, t. 117, z. 4.

- Cover R., *Violence and the Word*, „Yale Law Journal” 1985/1986, t. 95.
- Croce M., Salvatore A., *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon 2012.
- Czarnota A., Rodak L., *Epistemologia, aktywizm sędziowski i dwie tradycje prawa*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staškiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Dahlberg L., *Visualising Law and Authority. Essays on Legal Aesthetics*, De Gruyter, Berlin 2012.
- Derrida J., *Force de loi. Le „Fondement mystique de l'autorité”*, Galilée, Paris 1994.
- Derrida J., *Prénom de Benjamin*, [w:] idem, *Force de Loi. Le „Fondement mystique de l'autorité”*, Galilée, Paris 1994.
- Dębska H., *Iluzje prawniczego rozumu. O społecznych warunkach praktyk (bez)refleksyjnych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, t. 92.
- Dębska H., *Law's Symbolic Power: Beyond the Marxist Conception of Ideology*, „Wroclaw Review of Law, Administration and Economics” 2015, t. 5, z. 1.
- Dębska H., *Legal Doxa as a Form of Neutralization of Values in the Law. The Case of Constitutional Tribunal Judgments*, [w:] *Neutralization of Values in Law*, red. K. Patecki, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Dębska H., *Pleć i władza. Kobiety w Trybunale Konstytucyjnym*, „Studia Podlaskie” 2014, t. 22.
- Dębska H., *Prawo jako pole (ujęcie modelowe)*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 9.
- Dębska H., *Strategia wielopozycyjności w półperyferyjnym polu prawnym. Homo academicus na rynku*, [w:] *Polska jako peryferie*, red. T. Zarycki, Scholar, Warszawa 2017.
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015.
- Dębska H., Warczok T., *Sacred Law and Profane Politics. The Symbolic Construction of the Constitutional Tribunal*, „Polish Sociological Review” 2014, nr 4.
- Dębska H., Warczok T., *The Social Construction of Femininity in the Discourse of the Polish Constitutional Court*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Dillon J.N., *The Justice of Constantine: Law, Communication, and Control*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2012.
- Domański H., *Czynniki legitymizacji w 21 krajach*, „Nauka” 2004, nr 4.
- Douzinias C., *Adikia: On Communism and Rights*, [w:] *The Idea of Communism*, red. C. Douzinias, S. Žižek, Verso, London 2010.
- Douzinias C., *Krótką historią brytyjskiej Krytycznej Konferencji Prawniczej albo o odpowiedzialności krytyka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, z. 1.
- Douzinias C., *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, University of Chicago Press, Chicago 1999.
- Douzinias C., *Philosophy and Resistance in the Crisis*, Polity Press, Cambridge 2013.
- Douzinias C., *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Oxford 2000.
- Douzinias C., Gearey A., *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005.
- Douzinias C., Warrington R., McVeigh S., *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, London–New York 1991.
- Dudek D., *Legitymizacja a władza sądownicza*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymizacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Dworkin R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1985.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, PWN, Warszawa 1998.
- Dyrda A., *Zasada rządów prawa: zasada z zasady sporna?*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawnego*, red. M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak, Temida 2, Białystok 2015.

- Ehrlich S., *Dynamika norm*, PWN, Warszawa 1988.
- Ehrlich S., *Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 11.
- Ehrlich S., *O tak zwanej dogmatyce prawa*, [w:] *Studia z teorii prawa*, red. S. Ehrlich, PWN, Warszawa 1965.
- Ehrlich S. (red.), *Studia z teorii prawa*, PWN, Warszawa 1965.
- Elias K., Stelmach J., Brożek B., Kurek Ł. (red.), *Naturalizm prawniczy. Interpretacje*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Elias K., Stelmach J., Brożek B., Kurek Ł. (red.), *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Epstein B., *A Framework for Social Ontology*, „Philosophy of the Social Sciences” 2016, t. 46, z. 2.
- Etxabe J., *The Legal Universe After Robert Cover*, „Law and Humanities” 2010, t. 4, z. 1.
- Evans D., *An Introductory Dictionary of Lacanian Psychoanalysis*, Routledge, London–New York 1996.
- Everson M., *The Fault of (European) Law in (Political and Social) Economic Crisis*, „Law and Critique” 2013, t. 24, z. 2.
- Fairclough N., *Critical Discourse Analysis*, Pearson, Boston 1995.
- Fink B., *A Clinical Introduction to Lacanian Psychoanalysis: Theory and Technique*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- Finnis J., *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. K. Lossmann, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006.
- Fish S., *Interpretacja, retoryka, polityka*, red. A. Szahaj, tłum. K. Abriszewski, Universitas, Kraków 2008.
- Fish S., *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism*, „Critical Inquiry” 1982, nr 9.
- Gałędek M., *Juridification as an Ideology of Polizeiwissenschaft in 18th Century*, „Journal on European History of Law” 2017, t. 8, z. 1.
- Garcia G.I., Aguilar Sanchez C.G., *Psychoanalysis and Politics: The Theory of Ideology in Slavoj Žižek*, „International Journal of Žižek Studies” 2008, nr 3.
- Gearcy A., *Law and Aesthetics*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2001.
- Giario T. (red.), *Ekonomiczna analiza prawa*, Liber, Warszawa 2015.
- Gillman H., *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the „Living Constitution” in the Course of American State-Building*, „Studies in American Political Development” 1997, t. 11.
- Gizbert-Studnicki T., *Dyrektywne wykładni drugiego stopnia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2010.
- Gizbert-Studnicki T., *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych, z. 26, Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1986.
- Gizbert-Studnicki T., *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, t. 51, z. 1.
- Gizbert-Studnicki T., *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 2.
- Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4.
- Gizbert-Studnicki T., Dyrd A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Golecki M.J., *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, LEX, Warszawa 2011.

- Górna I., *O ograniczeniach holistycznego ujmowania etyk zawodów prawniczych*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2016, t. 77.
- Grabowski A., *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3337, „Prawo” 2011, t. 312.
- Gramsci A., *Selections from the Prison Notebooks*, tłum. Q. Hoare, G. Nowell Smith, Lawrence & Wishart, London 1971.
- Gray T.C., *Judicial Review and Legal Pragmatism*, „Wake Forest Law Review” 2003, t. 38.
- Gromski W., *Założenie o konsekwencji ocen prawodawcy*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.
- Halpin A., *Ideology and Law*, „Journal of Political Ideologies” 2006, t. 11, z. 2.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, wyd. 2, Clarendon Press, Oxford 1994.
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Head M., *Evgeny Pashukanis: A Critical Reappraisal*, Routledge-Cavendish, Abingdon 2008.
- Hedemann J.W., *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr, Tübingen 1933.
- Hegel G.W.F., *Fenomenologia ducha*, Aletheia, Warszawa 2010.
- Helios J., *Prawo prywatne Unii Europejskiej ze stanowiska teorii prawa*, seria Jurysprudencja, t. 5, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.
- Helios J., *Sędziokracja w Unii Europejskiej? Uwagi w kontekście działalności interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawa*, red. A. Bator, J. Helios, W. Jedlecka, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2014.
- Helios J., Jedlecka W., *O równości w relacji terapeutycznej ze stanowiska etyki*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2016, t. 10.
- Helios J., Jedlecka W., *Okrucieństwo wobec zwierząt z punktu widzenia psychologii i filozofii: zarys problemu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 108.
- Helios J., Jedlecka W., *Urzeczywistnianie idei feminizmu w ogólnoświatowym dyskursie o kobietach*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2018.
- Helios J., Jedlecka W., *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2017.
- Helios J., Kaczmarek P., Kaźmierczyk S., *Legitymizacja. Zarys koncepcji*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006.
- Hesselink M.W., *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, „European Review of Private Law” 2017, t. 15, z. 3.
- Hesselink M.W., *Europejskie prawo umów: kwestia ochrony konsumenta, obywatelstwa czy sprawiedliwości?*, „Nowa Europa” 2008, nr 2(7).
- Hesselink M.W., *Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, nr 2.
- Hesselink M.W., *The Concept of Good Faith*, [w:] *Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, C. Mak, E. du Perron, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.
- Hesselink M.W., *The New European Legal Culture*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2002.
- Horkheimer M., *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*, „Colloquia Communia” 1983, t. 7, z. 2.
- Houlgate S., *Hegel's Logic*, [w:] *The Cambridge Companion to Hegel and Nineteenth-Century Philosophy*, red. F.C. Beiser, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Humphreys S., *Theatre of the Rule of Law: Transnational Legal Intervention in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

- Hunt A., *The Critique of Law: What is „Critical” About Critical Legal Theory?*, „Journal of Law and Society” 1987, t. 14, z. 1.
- Hutchinson D.J., *Hail to the Chief: Earl Warren and the Supreme Court*, „Michigan Law Review” 1983, t. 81.
- Hutchinson T., Duncan N., *Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research*, „Deakin Law Review” 2012, t. 17, z. 1.
- Inglot-Brzęk E., *Rywalizacja o obsadzenie najdogodniejszej pozycji społecznej. Rodzaje i sposoby osiągnięcia pozycji dominującej w zbiorowości*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Jabłońska-Bonca J., „Efekt aureoli” i „efekt uczestnictwa” a niezależność prawników-naukowców, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Jabłoński P., *Polskie spory o miejsce filozofii w teorii prawa*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2014.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Nomos, Kraków 2017.
- Jabłoński P., Pichlak M., *Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie*, „Principia” 2013, t. 57–58.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., Pichlak M., Paździora M. (red.), *Perspektywy juryscentryzmu*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Jaskiernia J., *O znaczeniu postmodernizmu dla nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 4.
- Jedlecka W., *Formy i rodzaje przemocy*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2017, t. 11.
- Jedlecka W., *Legitymizacja prawa Unii Europejskiej. Legitymizacja demokratyczna czy cywilizacyjna?*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.
- Jedlecka W., Helios J., *Dysocjacja jako »hard case« w systemie prawa*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2015.
- Jedlecka W., Helios J., *Ochrona zwierząt w polskim prawie administracyjnym i karnym*, „Prawo i Więź” 2017, z. 6.
- Jedlecka W., Helios J., *Wpływ feminizmu na sytuację społeczno-prawną kobiet*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2016.
- Juchacz P.W., *Dikaiosyne – sprawiedliwość. Genealogia pojęcia*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2012, t. 1, z. 2.
- Juchacz P.W., *Trzy tezy o sędziach społecznych i ich udziale w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1.
- Kaczmarczyk M., *Pojęcie legitymizacji własności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, t. 64, z. 2.
- Kaczmarek P., *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Kaczmarek P., *W trosce o zapewnienie poczucia pewności. Próba rekonstrukcji idei juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej Artura Kozaka*, [w:] *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, M. Pichlak, M. Paździora M. et al., E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Kaczor J., *Odczarowywanie swobody umów (o przewrotnym uroku postmodernizmu)*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Kolonia Limited, Wrocław 2007.
- Kałużny D., *Levinas, Derrida i eschatoteleologia człowieka*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2017, t. 6, z. 1.
- Kant I., *Krytyka czystego rozumu*, tłum. R. Ingarden, Antyk, Kęty 2001.

- Kaźmierczyk S., *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1113, Prawo CLXXVII, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1988.
- Kaźmierczyk S., *Założenia metodologiczne rozważań o relacjach między prawem w znaczeniu instrumentalnym a prawem w znaczeniu pozainstrumentalnym*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
- Kennedy D., *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1997.
- Kennedy D., *A Left/Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008.
- Kennedy D., *A World of Struggle. How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, Princeton 2016.
- Kennedy D., *Freedom and Constraint*, [w:] idem, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008.
- Kennedy D., *Introduction*, [w:] *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008.
- Kennedy D., *Law and the Political Economy of the World*, „Leiden Journal of International Law” 2013, t. 26, z. 1.
- Kennedy D., *Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, red. P. Newman, Macmillan Reference Limited, 1998, <http://duncankennedy.net/documents/Law%20and%20Economics%20from%20the%20Perspective%20of%20cls.pdf> [dostęp: 23 III 2018 r.].
- Kennedy D., *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davies Group, Aurora 2008.
- Kennedy D., *Political Ideology and Comparative Law*, [w:] *The Cambridge Companion to Comparative Law*, red. M. Bussani, U. Mattei, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Kennedy D., *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, „Law and Critique” 2015, t. 25, z. 1.
- Kennedy D., *The Political Stakes in „Merely Technical” Issues of Contract Law*, „European Review of Private Law” 2001, nr 1.
- Kennedy D., *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities*, „The American University Law Review” 1985, t. 34.
- Kivotidis D., *The Form and Content of the Greek Crisis Legislation*, „Law and Critique” 2018, t. 29, z. 1.
- Klusoňová M., *Is Hamlet a Scandinavian Crime Fiction?*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2014, t. 5, z. 1.
- Klusoňová M., *The Role of Václav Havel in Czech Critical Legal Thought*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Kobyliński K., Mańko R., *XXXI Krytyczna Konferencja Prawnicza University of Kent, Canterbury, Wielka Brytania (1–3 września 2016 r.)*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017, nr 2.
- Koczanowicz L., *Polityka dialogu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2015.
- Kojève A., *An Outline of the Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007.
- Kordela M., *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. 90.
- Kövecses Z., *Metaphor: A Practical Introduction*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Kozak A., *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997.
- Kozak A., *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010.

- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
- Kozak A., *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Kozak A., *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1987, „Prawo” CCLX, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997.
- Krips H., *Interpellation, Populism, and Perversion: Althusser, Laclau and Lacan*, „Filozofski Vestnik” 2006, t. 27, z. 2.
- Kühn Z., *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation*, Martinus Nijhoff, Leiden–Boston 2011.
- Kühn Z., *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of European Enlargement*, „American Journal of Comparative Law” 2004, t. 52, z. 3.
- Kukovec D., *Hierarchies as Law*, „Columbia Journal of European Law” 2014, t. 21, z. 1.
- Kukovec D., *Law and the Periphery*, „European Law Journal” 2015, t. 21, z. 3.
- Kukovec D., *Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo*, [w:] *Europe’s Justice Deficit?*, red. D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams, Bloomsbury Publishing, Oxford 2015.
- Kuryłowicz M., *Prawo rzymskie: historia – tradycja – współczesność*, Wydawnictwo UMCS, wyd. 2, Lublin 2014.
- Kuryłowicz M., *The Importance of Roman Law in Shaping European Legal Culture*, [w:] *European Integration Through Education*, red. R. Kucha, UMCS, Lublin 2014.
- Laclau E., *On Populist Reason*, Verso, London 2005.
- Laclau E., *Tożsamość i hegemonia: rola uniwersalności w ustanawianiu logiki politycznej*, [w:] J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Przygodność, hegemonia, uniwersalność*, tłum. A. Czarnačka, M. Kropiwnicki, S. Królak, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014.
- Lakoff G., Johnson M., *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago 2003.
- Leiter B., *The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche and Freud*, „The University of Texas School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper” 2005, nr 75, <http://ssrn.com/abstract=691002> [dostęp: 20 III 2018 r.].
- Lenaerts K., *The Court’s Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, [w:] *Judging Europe’s Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, red. M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen, G. Straetmans, Hart Publishing, Oxford–Portland 2013.
- Leszczyński J., *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Universitas, Kraków 2010.
- Leszczyński L., *Generalne klauzule odsyłające*, Zakamycze, Kraków 2001.
- Lindahl H., *Law as Concrete Order: Schmitt and the Problem of Collective Freedom*, [w:] *Law, Liberty and State*, red. D. Dyzenhaus, T. Poole, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Lindroos-Hovinheimo S., *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Routledge, New York 2012.
- Luhmann N., *Introduction to Systems Theory*, Polity Press, Cambridge 2013.
- Luhmann N., *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Łachacz O., Mańko R., *Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2013, t. 34.
- Łakomy J., *Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie” 2009, z. 3.
- Łakomy J., *Interdyscyplinarność i integracja zewnętrzna nauk prawnych w świetle postmodernistycznej krytyki*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 1.
- Łakomy J., *Hermeneutic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation*, [w:] *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, red. A. Bator, Z. Pulka, Peter Lang 2018 (w druku).

- Łakomy J., *Spory wokół wykładni prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością. Na przykładzie debaty Dworkina z Fishem*, [w:] *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012.
- Łakomy J., Mańko R., *Critical Legal Conference, Belfast, Irlandia Północna, 5–7.09.2013 r.*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.
- Łętowska E., *Boska sztuka interpretacji*, [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, INP PAN, Warszawa 2003.
- Łętowska E., *Communicare et humanum, et necesse est – o komunikacyjnej misji muzyków i prawników*, „Monitor Prawniczy” 2005, z. 1.
- Łętowska E., *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, t. 11, z. 1.
- Łętowska E., *Pozaprosesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 5.
- MacCormick N., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Machnikowska A., *W krzywym zwierciadle? Kilka uwag o relacjach między sądami i obywatelami*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Machnikowska A., *Zasada niezawisłości sędziów a wykładnia prawa*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Machnikowska A. (red.), *Legitymizacja władzy sądowniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Małajny R.M., *Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2015, z. 10.
- Mangabeira Unger R., *Ruch krytycznych studiów nad prawem*, tłum. P. Maciejko, ABC, Warszawa 2005.
- Mangabeira Unger R., *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, Verso, London–New York 2015.
- Mannheim K., *Ideology and Utopia. An Introduction to the Sociology of Knowledge* [1929], tłum. L. Wirth, E. Shils, Routledge & Kegan Paul, London 1979.
- Mańko R., *Form and Substance of Legal Continuity*, „Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 17, z. 2.
- Mańko R., *Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations*, [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, t. 1, red. K. Torgans, University of Latvia Press, Riga 2016.
- Mańko R., *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, t. 8.
- Mańko R., *Law, Politics and the Economy in Poland's Post-Socialist Transformation: Preliminary Notes Towards an Investigation*, [w:] *25 Years After Transition in Central and Eastern Europe: Understanding the Transition from an Internal Perspective*, red. B. Fekete, F. Gardosch-Oros, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2017.
- Mańko R., *Legal Survivals: A Conceptual Tool for Analysing Post-Transformation Continuity of Legal Culture*, [w:] *Tiesību efektivitāte postmodernā sabiedrībā*, red. J. Rozenfelds et al., LU Apgards, Riga 2015.
- Mańko R., *Orzekanie w polu polityczności*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, nr 1.
- Mańko R., *Prawo rzymskie jako źródło prawa w Afryce Południowej*, „Zeszyty Prawnicze” 2003, t. 3, z. 1.
- Mańko R., *„Reality is for Those Who Cannot Sustain the Dream”: Fantasies of Self in Legal Texts*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2015, t. 5, z. 1.
- Mańko R., *Symbolic Violence in Technocratic Law and Attempts at Its Overcoming: Politicisation Through Humanization?*, „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” 2017, t. 11.

- Mańko R., *The Use of Extra-Legal Arguments in the Judicial Interpretation of European Contract Law: A Case Study on Aziz v CatalunyaCaixa (CJEU, 14 March 2013, Case C-415/11)*, „Law and Forensic Science” 2015, t. 10.
- Mańko R., *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, t. 16, z. 2.
- Mańko R., *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome*, „Pólemos” 2013, t. 7, z. 2.
- Mańko R., *Wybrane relikty prawne epoki socjalizmu realnego w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „Studia Iuridica” 2016, t. 56.
- Mańko R., Cercel C.S., Sulikowski A., *Law and Critique in Central Europe: Laying the Cornerstone*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Mańko R., Cercel C.S., Sulikowski A. (red.), *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, Counterpress, Oxford 2016.
- Mańko R., Sadowski M.M., Świąciecka P., *XXXII Krytyczna Konferencja Prawnicza, Uniwersytet Warwick, Coventry, 1–3 września 2017 r.*, „Studia Erasiana Wratislaviensia” 2017, t. 11.
- Mańko R., Škop M., Štěpáníková M., *Carving Out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality?*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2018, t. 6, z. 1.
- Marcisz P., *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, LEX, Warszawa 2015.
- Markesinis B., *Studying Judicial Decisions in the Common Law and the Civil Law: A Good Way of Discovering Some of the Most Interesting Similarities and Differences that Exist Between These Legal Families*, [w:] *The Harmonisation of European Private Law*, red. M. van Hoecke, F. Ost, Hart Publishing, Oxford 2000.
- Marks K., *Tezy o Feuerbachu*, Studenckie Koło Filozofii Marksistowskiej (Uniwersytet Warszawski), Warszawa 2004, <http://www.filozofia.uw.edu.pl/skfm/publikacje/marks01.pdf> [dostęp: 11 III 2018 r.].
- Marrani D., *Althusser in 'Avatar'*, [w:] *Althusser and Law*, red. L. de Sutter, Routledge, Abingdon 2013.
- Marx K., Engels F., *The German Ideology* [1845], <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/german-ideology/ch01a.htm> [dostęp: 20 III 2018 r.].
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Scholar, Warszawa 2007.
- Meier C., *Powstanie polityczności u Greków*, Teologia Polityczna, Warszawa 2012.
- Milej T., *Europejska kultura prawna a kraje Europy Środkowej i Wschodniej*, „Przegląd Legislacyjny” 2008, t. 15, z. 1.
- Milej T., *Prawowitość władzy państwowej a demokracja parlamentarna i reżimy polityczne*, [w:] *Prawowitość władzy państwowej*, red. M. Masternak-Kubiak, A. Młynarska-Sobaczewska, A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2014.
- Miliband R., *Marxism and Politics*, Oxford University Press, Oxford 1986.
- Minich D., *Polityczny kontekst orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, z. 7–8.
- Minkinen P., *Sovereignty, Knowledge, Law*, Routledge, Abingdon 2009.
- Minkinen P., *Thinking Without Desire: A First Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford 1999.
- Mirocha Ł., *Law and literature jako niedoceniony nurt jurysprudencji*, „Societas et Ius” 2013, z. 1.
- Miś A., *Humanizm – antyhumanizm – postmodernizm – dekonstrukcjonizm*, „Sztuka i Filozofia” 1990, z. 2.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Instytucja „recall election” w regulacjach stanowych USA*, „Studia Wyborcze” 2015, t. 20.

- Morawski L., *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, TNOiK, Toruń 2001.
- Morawski L., *Filozofia prawa*, TNOiK, Toruń 2014.
- Morawski L., *Podstawy filozofii prawa*, TNOiK, Toruń 2014.
- Morawski L., *Pozytywizm »twardy«, pozytywizm »miękki« i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003, t. 2, z. 1.
- Morawski L., *Przyczyny kryzysu teorii prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Mouffe C., *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*, Krytyka Polityczna, Warszawa 2015.
- Mouffe C., *Polityczność*, Krytyka Polityczna, Warszawa 2008.
- Nagel T., *Widok znikąd*, tłum. C. Cieśliński, Aletheia, Warszawa 1997.
- Nawrot O., *Dobry sędzia jako kamień węgielny wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Neacsu E.D., *CLS Stands for Critical Legal Studies, If Anyone Remembers*, „Journal of Law and Policy” 2000, t. 8.
- Nicolaescu C., *Bourdieu – Habitus, Symbolic Violence, the Gift: „You give me / I give you” Principle*, „Euromentor Journal” 2010, t. 1, z. 3.
- Niewiński K., *PZPR a sądownictwo w latach 1980–1985. Próby powstrzymania „solidarnościowej” rewolucji*, niepublikowana rozprawa doktorska, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, <http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/5435/1/PZPR%20a%20S%C4%85downictwo%20w%20latach%201980-1985.%20Pr%C3%B3by%20powstrzymania%20solidarno%C5%9Bciowej%20rewolucji.pdf> [dostęp: 21 III 2018 r.].
- Nonet P., Selznick P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Transaction Publishers, New Brunswick–London 1978.
- Novkov J., *Law and Political Ideologies*, [w:] *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Kelement, K.E. Whittington, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Nowak A.W., *Tajemnicze zniknięcie Drugiego Świata. O trudnym losie półperyferii*, [w:] *Polska jako peryferie*, red. T. Zarycki, Scholar, Warszawa 2017.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973.
- Nycz R., *Dekonstrukcjonizm w teorii literatury*, „Pamiętnik Literacki” 1986, t. 77, z. 4.
- Oliwniak S., *Biopolitics and the Rule of Law*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2009, t. 32.
- Oliwniak S., *Etyka siebie. Dokończony projekt oświecenia Michela Foucaulta*, [w:] *Człowiek wobec systemów wartości*, red. T. Kozłowski, K. Kuźmich, Temida 2, Białystok 2006.
- Oliwniak S., *Foucault and Agamben: Law As Inclusive/Exclusive Discourse*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2011, t. 39.
- Oliwniak S., *Giorgio Agamben: biopolityka i „pusta” forma prawa*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Oliwniak S., *Michel Foucault a potrzeba nauczania filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa w życiu i nauczaniu*, red. M. Szyszkowska, Temida 2, Białystok 2004.
- Oliwniak S., *Transgresja, dyskurs, prawo w ujęciu Michela Foucaulta*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003.
- Oniszczyk J., *Filozofia i teoria prawa*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Opalek K., *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, PWN, Warszawa 1986.
- Pałeczki K. (red.), *Neutralization of Values in Law*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Paszukanis J., *Ogólna teoria prawa i marksizm*, PWN, Warszawa 1985.
- Paunio E., Lindroos-Hovinheimo S., *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, „European Law Journal” 2010, t. 16, z. 4.

- Paździora M., *Racjonalność praktyki prawniczej w projekcie jursycentryzmu Artura Kozaka*, [w:] *Perspektywy jursycentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Paździora M., Stambulski M., *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do dalszych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.
- Peczenik A., *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003.
- Penney J., *Ethics. Murder for Mercy: Žižekian Ethics and the Latimer Case*, [w:] *The Žižek Dictionary*, red. R. Butler, Acumen Publishing, Durham 2014.
- Perelman C., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, PWN, Warszawa 1984.
- Peters C.J., *Under-the-Table Overruling*, „Wayne Law Review” 2008, t. 54.
- Petroski K., *Is Post-Positivism Possible?*, „German Law Journal” 2011, t. 12, z. 2.
- Pfäller R., *Interpassivity and Misdemeanors: The Analysis of Ideology and the Žižekian Toolbox*, „International Journal of Žižek Studies” 2007, nr 1.
- Pichlak M., *Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, t. 3, z. 1.
- Pichlak M. (red.), *Profesjonalna kultura prawnicza*, Scholar, Warszawa 2012.
- Pieniążek M., *Etyka sytuacyjna prawnika*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Naukowa Oficyna Wydawnicza, Katowice 2005.
- Pietrzykowski T., *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Difin, Warszawa 2012.
- Pietrzykowski T., *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, LexisNexis, Warszawa 2017.
- Piotrowski R., *Zagadnienie legitymizacji władzy sądowniczej w demokratycznym państwie prawnym*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Piszko R., *Granice decyzji sądowych*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, Szczecin 2015.
- Płeska K., *Językowe znaczenie przepisu jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997.
- Płeska K., *Wykładnia rozszerzająca*, Oficyna. Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Płeska K., Gizbert-Studnicki T., *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Nauk Politycznych, z. 20, Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1984.
- Powe L.A., *The Politics of American Judicial Review: Reflections on the Marshall, Warren, and Rehnquist Courts*, „Wake Forest Law Review” 2003, t. 38.
- Pulka Z., *Hart–Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1999, t. 42.
- Pulka Z., *Instrumentalizacja prawoznawstwa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
- Pulka Z., *Legitymizacja państwa i prawa*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje). Studia i szkice*, red. H. Rot, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1992.
- Pulka Z., *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1996.
- Pulka Z., *Stanisława Ehrlicha wersja realizmu prawnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, t. 40, z. 3–4.
- Pulka Z., *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000.

- Rabault H., *Granice wykładni sędziowskiej*, Scholar, Warszawa 1997.
- Radačić I., *Feminist Legal Education in Croatia: A Question of Fundamentalism or a Fundamental Question?*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Rakoczy F., *Autonomia prawa a problem jego polityczności*, [w:] *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*, red. B. Krzysztan et al., ATUT, Wrocław 2016.
- Rakowska-Trela A., *Niezależność, niezawistość, swoboda a dowolność. Granice wymierzania sprawiedliwości*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Rasiński L., *Pojęcie „dyskursu” w poststrukturalizmie: Derrida, Lacan, Foucault*, „Teraźniejszość – Człowiek – Edukacja” 2009, nr 3.
- Rasmussen M., *Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment*, „International Journal of Constitutional Law” 2015, t. 12, z. 1.
- Renner K., *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Routledge, London–Boston 1976.
- Ricoeur P., *Freud and Philosophy*, Yale University Press, New Haven 1970.
- Rodak L., *Structural Violence and Its Gender Dimension in Polish Law*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Rorty R., *Przygodność, ironia i solidarność*, tłum. W.J. Popowski, Wydawnictwo Spacja, Warszawa 1996.
- Rüthers B., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, wyd. 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Rzucidło-Grochowska I., *Strategie i techniki formułowania uzasadnień orzeczeń sądowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017, t. 79, z. 2.
- Sadowa K., *Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji The Critical Legal Conference – Law, Space and the Political, Wrocław 3–5 września 2015 roku*, „Acta Erasmiana” 2016, t. 12.
- Sadowski M., Scheffler T., *Godność człowieka i dobro wspólne jako podstawa władzy prawowitej. W kontekście papieskiego nauczania społecznego*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymizacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Safjan M., *Prawo to instrument dla wirtuoza*, „Rzeczpospolita” 6 XII 2010.
- Safjan M., *Rola prawnika we współczesnym świecie*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2004.
- Said E.W., *Orientalizm*, Zysk i S-ka Wydawnictwo, Warszawa 2018.
- Salter M., *Carl Schmitt: Law as Politics, Ideology and Strategic Myth*, Routledge, Abingdon 2012.
- Sanín Restrepo R., *Decolonizing Democracy: Power in a Solid State*, Rowman & Littlefield, London 2016.
- Sarkowicz R., *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Prace Habilitacyjne UJ, Kraków 1995.
- Saurugger S., Terpan F., *The Court of Justice of the European Union and the Politics of Law*, Palgrave, London 2017.
- Scalia A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1997.
- Scalia A., Garner B.A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thompson West, Saint Paul 2012.
- Schelly J.M., *Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)*, „California Law Review” 1985, t. 73.
- Scheuermann W.E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham 1999.
- Schmidt K., *Uzasadnienia sądowe jako impuls zwrotny dla teorii*, „Acta Erasmiana” 2004, t. 4.
- Schmitt C., *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C.H. Beck, München 2009.

- Schmitt C., *Legalność i prawomocność*, tłum. B. Baran, Aletheia, Warszawa 2015.
- Schmitt C., *Pojęcie polityczności*, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012.
- Schmitt C., *Teologia polityczna*, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012.
- Schönfelder B., *The Evolution of Law Under Communism and Postcommunism: A System-Theory Analysis in the Spirit of Luhmann*, „Financial Theory and Practice” 2016, nr 2.
- Schwartz B., *Capturing the Future: Earl Warren and Supreme Court History: The Warren Court: A Retrospective*, „Tulsa Law Journal” 1997, t. 32.
- Shusterman R., *Estetyka pragmatyczna. Żywe piękno i refleksja nad sztuką*, tłum. A. Chmielewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998.
- Singh Grewal D., Kapczynski A., Purdy J., *Law and Political Economy: Toward a Manifesto*, 6 XI 2017, <https://lpeblog.org/2017/11/06/law-and-political-economy-toward-a-manifesto/> [dostęp: 27 II 2018 r.].
- Sitek B., *Od antropocentryzmu prawniczego do ekonomizacji prawa*, [w:] *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn–Bari 2008.
- Sitek B., *Prawo jako wartość. Rozważania o autonomii i ponadczasowości prawa w świetle zjawiska ponowoczesności*, [w:] *Człowiek – Prawo – Państwo. Księga jubileuszowa prof. Stanisława Leszka Stadniczenki*, red. J. Jeżewski, A. Pawlak, Wydawnictwo WSFiZ, Warszawa 2017.
- Sitek B., *Unifikować czy synchronizować prawo w Europie? Studium przypadku od prawa rzymskiego do prawa europejskiego*, „Journal of Modern Science” 2016, nr 2.
- Skąpska G., *Spoleczne podłoże postaw wobec prawa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa–Wrocław 1981.
- Škop M., *Law and Literature – a Meaningful Connection*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2015, t. 4, z. 1.
- Škop M., *Milan Kundera and Franz Kafka – How Not to Forget Everydayness*, „Creative and Knowledge Society” 2011, t. 1, z. 2.
- Škop M., *Pluralism of Values in Contemporary Law and Possibility of Their Cognition*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. 90.
- Škop M., *Stát jako hegemon symbolických nástrojů*, [w:] *Budoucnost státu?*, red. P. Agha, Academia, Praha 2017.
- Škop M., *The Importance of Being a Linguist: Critical Legal Thought in Central Europe*, [w:] *Law and Critique in Central Europe: Questioning the Past, Resisting the Present*, red. R. Mańko, C.S. Cercel, A. Sulikowski, Counterpress, Oxford 2016.
- Skrzypczak P., *Sprawiedliwość i prawo w świetle dekonstrukcji*, „Diametros” 2009, t. 20.
- Skuczyński P., *Etyka wykładni prawa? Uwagi na tle książki Susanny Lindroos-Hovinheimo pt. Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Skuczyński P., *Status etyki prawniczej*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Skuczyński P., *Teoria wielopłaszczyznowa etyki prawniczej*, [w:] *Leksykon etyki prawniczej*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Skuczyński P., *Typy myśli krytycznej w prawoznawstwie. Od krytyki poznania do walki o uznanie*, [w:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, red. M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.
- Skuczyński P., Zirk-Sadowski M., *Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2012, nr 1.
- Smejkalová T., Škop M., *A Concept of a Reader in Legislation Drafting*, [w:] *Argumentation 2017*, red. M. Štěpáníková, M. Malanik, M. Hanych, M. Škop, Masaryk University, Brno 2017.

- Smolak M., *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Smolak M., *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, LEX, Warszawa 2012.
- Snopek P., *Critical Legal Conference 2014 „Power, Capital Chaos”*, University of Sussex, Brighton, Wielka Brytania, 4–6 września 2014, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015, nr 2.
- Sokół W., *Legitymizacja polityczna*, [w:] *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, red. B. Szmulik, M. Żmigrodzki, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2007.
- Sokół W., *Legitymizacja systemów politycznych*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997.
- Solum L.B., *Indeterminacy*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, wyd. 2, Wiley-Blackwell, Oxford 2010.
- Solum L.B., *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, „University of Chicago Law Review” 1987, t. 54.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Universitas, Kraków 1997.
- Sowa J., *Fantomowe ciało króla. Peryferyjne zmagania z nowoczesną formą*, Universitas, Kraków 2011.
- Spyra T., *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer – Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007.
- Srokosz J., *Komunitariańska wizja prawa responsywnego a koncepcja państwa prawa*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawnego*, red. M. Andrzejewicz, A. Brezcko, S. Oliwniak, Temida 2, Białystok 2015.
- Srokosz J., Sulikowski A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2015.
- Stambulski M., *Edukacja prawnicza na poziomie Wyobrażeniowym, Symbolicznym i Realnym*, „Krytyka Prawa” 2016, t. 8, z. 3.
- Stambulski M., *Pod okiem wielkiego Innego. Prawo i film*, „Krytyka Prawa” 2004, t. 6.
- Staśkiewicz W., *Wykładnia konstytucji w kręgu ideologii*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014.
- Stawecki T., *Aktywizm i pasytywizm sędziowski*, [w:] *Leksykon etyki prawniczej*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Stawecki T., *Dyskusje wokół aktywizmu i pasytywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014.
- Stawecki T., *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Liber, Warszawa 2005.
- Stawecki T., Winczorek J. (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, WPiA UJ, Kraków 1995.
- Stelmach J. (red.), *Naturalizm prawniczy. Granice*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze. Logika, analiza, argumentacja, hermeneutyka*, Wolters Kluwer, Kraków 2006.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007.
- Stelmach J., Sarkowicz R., *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999.
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Stern R., *Hegel's Idealism*, [w:] *The Cambridge Companion to Hegel and Nineteenth-Century Philosophy*, red. F.C. Beiser, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Stewart A., *Althusser's Structuralism and a Theory of Class*, „Journal of Socialist Theory” 2008, t. 36, z. 3.

- Stępień M., *Legitymizacja prawa w różnych modelach demokracji*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2010.
- Stone Sweet A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Sulikowski A., *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits. Kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.
- Sulikowski A., *Derridiańska koncepcja prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2007, z. 1.
- Sulikowski A., *Konstytucja – system – hegemonia. „(Anty)polityczna” funkcja argumentów systemowych w orzecznictwie konstytucyjnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104.
- Sulikowski A., *Konstytucjonalizm a nowoczesność: dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego – Złota Seria, Wrocław 2012.
- Sulikowski A., *Nowoczesność i ponowoczesność w pojmowaniu prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2006, z. 2.
- Sulikowski A., *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 12.
- Sulikowski A., *O ponowoczesnej teorii prawa*, [w:] *W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006.
- Sulikowski A., *Opresywność pozytywizmu prawnego i jego postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury – tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, red. P. Kaczmarek, Ł. Machaj, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2010.
- Sulikowski A., *Perspektywy zastosowań metod Krytycznej Analizy Dyskursu w badaniach nad prawem. Kilka uwag*, „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” 2014, t. 8.
- Sulikowski A., *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2013.
- Sulikowski A., *Postmodernistyczne tropy w jursycentryzmie*, [w:] *Perspektywy jursycentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Sulikowski A., *Prawa a ideologia: prawa jednostki z perspektywy krytycznej myśli prawniczej i społecznej (wybrane zagadnienia)*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2015, t. 4.
- Sulikowski A., *Prawa człowieka a „śmierć boga”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 107.
- Sulikowski A., *Prawo i pleć: kilka uwag o potencjale krytycznym feministycznej jursysprudencji*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2017, z. 8.
- Sulikowski A., *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 4.
- Sulikowski A., *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008.
- Šulmane D., „Legislative inflation”: *An Analysis of the Phenomenon in Contemporary Legal Discourse*, „Baltic Journal of Law & Politics” 2011, t. 4, z. 2.
- Šulmane D., *Versatility of Effects of Legal Provisions*, [w:] *The Quality of Legal Acts and Its Importance in Contemporary Legal Space*, red. J. Rozenfelds, University of Latvia Press, Riga 2012.
- Summers R., *Form and Function in a Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Sylwestrzak A., *Władza trzecia „neutralna”*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, t. 11, z. 4.
- Szahaj A., *Granice anarchizmu interpretacyjnego*, „Teksty Drugie” 1997, nr 6.
- Szahaj A., *Ironia i miłość. Neopragmatyzm R. Rorty’ego*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2012.

- Szahaj A., *Paninterpretacjonizm, czyli nie ma niczego w tekście, czego by pierwszej nie było w kontekście (odpowiedź krytykom)*, „Teksty Drugie” 1998, nr 4.
- Święcicki Ł., *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Von Borowiecky, Warszawa 2015.
- Táiwò O., *Legal Naturalism: A Marxist Theory of Law*, Cornell University Press, Ithaca 1996.
- Tamanaha B.Z., *The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism*, „New York University Journal of Law and Liberty” 2008, t. 3.
- Tkacz S., *Sędzia jako osoba sprawująca „wymiar sprawiedliwości”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Tobor Z., *Bezstronność sędziego*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 6.
- Tobor Z., *Teoretyczne problemy legalności*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Katowice 1998.
- Tobor Z., *To do a great thing, do a little wrong – rzecz o sędziowskich kłamstewkach*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 6.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013.
- Tobor Z., Pietrzykowski T., *Roszczenie do bezstronności*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003.
- Torzewski W., *Hermeneutyka a kwestia rozumu*, „Filo-Sofija” 2010, nr 11.
- Uitz R., *Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?*, „Juridica International” 2007, t. 13.
- Uzelac A., *Survival of the Third Legal Tradition?*, „Supreme Court Law Review” 2010, t. 49.
- Valente J., *Lacan's Marxism, Marxism's Lacan (from Žižek to Althusser)*, [w:] *The Cambridge Companion to Lacan*, red. J.M. Rabaté, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Vega J., *Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law*, „Journal of Ancient Philosophy” 2010, t. 4, z. 2.
- Villa V., *A Definition of Legal Positivism*, [w:] *Challenges to Law at the End of the 20th Century: Legal Systems and Legal Science*, red. M. Pavčnik, G. Zanetti, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1997.
- Villa V., *Legal Theory and Value Judgments*, „Law and Philosophy” 1997, t. 16.
- Ville J. de, *Jacques Derrida: Law as Absolute Hospitality*, Routledge, Abingdon 2011.
- Wahlberg L., *Legal Ontology, Scientific Expertise and the Factual World*, „Journal of Social Ontology” 2017, t. 3, z. 1.
- Weber M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, University of California Press, Berkeley–Los Angeles 1978.
- Wesołowski W., *Legitymizacja jako potoczna filozofia władzy*, „Studia Socjologiczne” 2001, nr 2.
- Wielomski A., Bala P., *Wstęp do nauki o państwie, prawie i polityce. Wybrane zagadnienia*, Arte, Warszawa 2011.
- Wiczianowska H., *„Appellation of sentence” jako jedna z form demokracji bezpośredniej*, [w:] *Instytucje demokracji bezpośredniej w praktyce*, red. O. Holub, M. Jabłoński, M. Radajewski, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2016.
- Williams R., *Marxism and Literature*, Oxford University Press, Oxford 1978.
- Winter S.L., *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2003.
- Wiszowaty M.M., *Wilk w owczej skórze. Litygacja strategiczna i amicus curiae jako formy działalności lobbingsowej*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Witczak-Plisicka I., Wojtczak S., Augustyn R., *Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.
- Wojciechowski B., *Dekonstrukcja między prawem a sprawiedliwością*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, red. L. Leszczyński, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999.

- Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004.
- Wojciechowski B., *Rozstrzyganie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004, t. 70.
- Wołodkiewicz W., *Vanae voces populi non sunt audiendae*, „Palestra” 2013, nr 7–8.
- Wronkowska S. (red.), *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006.
- Wróblewski J., *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] idem, *Pisma wybrane*, red. M. Zirk-Sadowski, T. Bekrycht, Warszawa 2015.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988.
- Wróblewski J., *Śluszość w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1970, t. 32, z. 1.
- Wróblewski J., *The Judicial Application of Law*, red. Z. Bańkowski, N. MacCormick, Springer, Dordrecht 1992.
- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959.
- Zabłocka M., *U źródeł współczesnego prawodawstwa*, [w:] *Z dziejów kultury prawnej. Studia ofiarowane Profesorowi Juliuszowi Bardachowi w dziewięćdziesięciolecie urodzin*, Liber, Warszawa 2004.
- Zabłocka M., *Ustawa XII Tablic źródłem zasad współczesnego prawa*, [w:] *Honeste vivere... Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, TNOiK, Toruń 2001.
- Zajadło J., *Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta?*, [w:] *Schmitt*, red. J. Zajadło, Arche, Sopot 2016.
- Zajadło J., *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 3.
- Zajadło J., *Postawy sędziów w świetle socjologii refleksyjnej*, [w:] *Legitymizacja władzy sędziowskiej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Zajadło J., *Prawoznawstwo – polityczność nauki czy nauka polityczności*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Zajadło J., *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2010.
- Zajadło J. (red.), *Schmitt*, Arche, Sopot 2016.
- Zalewska M., *Znaczenie metafor pojęciowych na przykładzie prawa autorskiego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2016, t. 5, z. 1.
- Załużski W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009.
- Załużski W., *O granicach wykładni prawa w kontekście sporu między sprawiedliwością (dikaiosyne) i prawością (epieikeia)*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Zamboni M., *Law and Policy*, <https://ssrn.com/abstract=929253> [dostęp: 4 I 2018 r.].
- Zamboni M., *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Springer, Berlin 2008.
- Zarycki T., *Polska i jej regiony a debata postkolonialna*, [w:] *Oblicze polityczne regionów Polski*, red. M. Dajnowicz, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania, Białystok 2008.
- Zarycki T. (red.), *Polska jako peryferie*, Scholar, Warszawa 2017.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1980.
- Zietlow R.E., *The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*, „Ohio State Law Review” 2008, t. 69.

- Ziętek M., *Europejskie prawo konsumenckie jako wyraz technokratycznej koncepcji prawa umów*, [w:] *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego*, red. M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórska-Domagalska, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Zimmermann R., *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996.
- Zirk-Sadowski M., *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, red. L. Leszczyński, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999.
- Zirk-Sadowski M., *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawnoznawstwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110.
- Zirk-Sadowski M., *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.
- Zirk-Sadowski M., *Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 104.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, LEX, Warszawa 2011.
- Žižek S., *First as Tragedy, Then as Farce*, Verso, London 2009.
- Žižek S., *Less Than Nothing: Hegel and the Shadow of Dialectical Materialism*, Verso, London 2012.
- Žižek S., *The Sublime Object of Ideology*, Verso, London 2008.
- Žižek S., *Walka klas czy postmodernizm? Tak, poproszę!*, [w:] J. Butler, E. Laclau, S. Žižek, *Przygodność, hegemonia, uniwersalność*, tłum. A. Czarnacka, M. Kropiwnicki, S. Królak, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2014.
- Žižek S., *Wzniosły obiekt ideologii*, tłum. J. Bator, P. Dybel, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001.
- Zomerski W., *The 30th Critical Legal Conference on „Law, Space and the Political”*, University of Wrocław, Faculty of Law, Administration and Economics, 3–5 September 2015, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2016, nr 13.