

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 – Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam
P.O. Box 15842, 1001 NH Amsterdam

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, *Płeć 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 dyskrecyjnej (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. Schelly, *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 nie 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 Płeszk (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 ogólnoświatową, 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 tezę 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, zawilość, 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 odzégnujące 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*, Di-fin, 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.].