

Orzekanie w polu polityczności¹

Rafał Mańko

Adjudication in the field of the political

Abstract: The purpose of this article is to analyse the relationship between adjudication and the concept of the political. By referring to the understanding of the concept of the political developed *inter alia* by Carl Schmitt and Chantal Mouffe, the article posits that not all judicial decisions (individual instances of adjudication) should be treated as belonging to the sphere of the political, but only those which fulfil jointly two premises: firstly, they are true decisions, involving at least some degree of discretionality (in the sphere of facts, or in the sphere of law, or in the sphere of the legal classification of facts), and secondly, involving a conflict which is structural for the community or society within which this adjudication is performed. Political adjudication should not be perceived as *per se* wrong, nonetheless it should be subject to a democratic scrutiny and sustained critique to with greater attention than apolitical adjudication, which merely involves the mechanical application of unambiguous legal rules to undisputed facts.

Keywords: adjudication, the political, discretionality, judicial decision, legal critique, critical theory, Court of Justice of the European Union

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr UMO-2016/21/D/HS5/03912. Poglądy ujęte w niniejszej pracy stanowią wyłącznie wyraz osobistych przekonań naukowych jej autora i nie wyrażają oficjalnego stanowiska żadnej instytucji.

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł stawia sobie za cel udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy, a jeśli tak, to kiedy, można powiedzieć, że dane orzeczenie sądowe należy do sfery polityczności, tzn. że mamy do czynienia z orzeczniczą decyzją polityczną. Za punkt wyjścia praca przyjmuje pojęcie polityczności rozumianej jako wymiar agonizmu w ujęciu belgijskiej filozofki polityki Chantal Mouffe, w nawiązaniu do prac Carla Schmitta. Pytanie badawcze sprowadza się więc do relacji pomiędzy jurydycznością (rozumianą jako fenomen prawny²) a politycznością w odniesieniu do podstawowej praktyki społecznej, w jakiej przejawia się fenomen jurydyczności, to jest praktyki orzekania.

Pytanie stawiane w niniejszej pracy ma charakter teoretyczny i filozoficzny, jednakże prowadzone na gruncie filozofii prawa i filozofii polityki rozważania mają, jak się wydaje, istotną doniosłość dla dyskursów praktycznych krytycznej nauki o prawie. Pozwolą one bowiem, poprzez wypracowanie pojęcia orzeczniczej decyzji politycznej, dookreślić zakres orzeczeń sądowych, którym można przypisać przymiot polityczności, a co za tym idzie, poddawać je krytyce nie tylko od strony formalnej, czysto jurydycznej poprawności przeprowadzonych w nich operacji interpretacyjnych, ale przede wszystkim od strony treści zawartego w nich rozstrzygnięcia w perspektywie antagonizmów występujących we współczesnych społeczeństwach. Ustalenia poczynione w niniejszej pracy będą więc metodologicznie istotne dla zintegrowanej zewnętrznie krytycznej nauki o prawie, a także dla innych nauk podejmujących się badania zjawisk prawnych z perspektywy czysto zewnętrznej³, zwłaszcza takich, jak socjologia, nauki polityczne czy filozofia i teoria polityki. Poza zakresem rozważań pozostaje natomiast, niewątpliwie doniosła, problematyka polityczności nauki prawa, w szczególności jego dogmatyki, odnośnie do której już w 1936 r. wileński teoretyk prawa Sawa Frydman konstatawał, iż „dogmatycy siłą

¹ Pojęcie to zostanie szczegółowo zdefiniowane w punkcie drugim niniejszego tekstu.

³ Cf. Jerzy Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 83–84.

przekonywania i dowodzenia narzucają swe poglądy innym dogmatykom i praktykom, biorąc w ten sposób czynny udział w życiu politycznym”⁴. Podzielając jednakże pogląd Frydmana o istotowej odrębności wykładni operatywnej i wykładni dogmatycznej⁵, rozważania zawarte w niniejszym artykule ograniczę jedynie do tej pierwszej.

1. Polityczność, polityka, polityki publiczne

Na dyskusjach dotyczących związków prawa i polityki ciąży wiele nieporozumień pojęciowych wynikających z posługiwania się pojęciami polityki i polityczności bez jasnego dookreślenia ich definicji. Wydaje się w związku z tym celowe podkreślenie wagi rozróżnienia na trzy odrębne pojęcia: polityczność, politykę i polityki. Pojęcie polityczności do współczesnego dyskursu naukowego wprowadził Carl Schmitt. W słynnej pracy *Pojęcie polityczności* zdefiniował on polityczność (*das Politische*) jako szczególną intensywność antagonizmu, powstałą na podłożu określonego konfliktu, w ramach którego wrogość osiągnęła najwyższe stadium – dążenie do fizycznego zniszczenia wroga⁶. Schmittowska polityczność jest konfliktem na osi przyjaciel/wróg, ale nie każdym konfliktem, lecz tylko konfliktem o krańcowej intensywności. Cechą dystynktywną polityczności jest intensywność konfliktu, a nie jego przedmiot⁷. 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»”⁸. Polityczność nie ma więc charakteru indywidualistycznego, lecz charakter

⁴ Sawa Frydman, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*, Księgarnia Kazimierza Rutkiego, Wilno 1936, s. 104.

⁵ Ibidem, s. 14 i n.

⁶ Carl Schmitt, „Pojęcie polityczności” w: idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012, s. 253–255.

⁷ Cf. Michał Paździora, Michał Stambulski, „Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do przyszłych badań”, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2014, nr 1.

⁸ Chantal Mouffe, *Polityczność*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2008, s. 26.

zbiorowy (kolektywny)⁹. 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”¹⁰. Samo pojęcie decyzji, do którego wrócimy dalej, oznacza u Schmitta rozstrzygnięcie, które nie jest zdeterminowane istniejącym prawem materialnym¹¹. Tylko takie rozstrzygnięcie jest aktem suwerennym i politycznym.

We własnej koncepcji agonistyki Mouffe wprowadza korektę do koncepcji Schmitta, w miejsce polityczności antagonistycznej (przyjaciel/wróg) proponując polityczność agonistyczną, opartą na relacji „przeciwników”, a nie „wrogów”, możliwą do utrzymania w ramach jednej wspólnoty politycznej¹². W relacji agonistycznej celem przestaje być zniszczenie wroga, a staje się nim pokonanie przeciwnika i narzucenie własnej hegemonii¹³. Jak trafnie bowiem zauważają wrocławscy filozofie prawa Michał Paździora i Michał Stambulski, Mouffe „co prawda przejmuje kategorię C. Schmitta, lecz nie zgadza się z jego wizją demokracji”¹⁴. Lansowana przez belgijską filozofkę koncepcja demokracji agonistycznej zakłada, że w obrębie *polis* konieczne jest stworzenie forum dla artykulacji konfliktów politycznych, przy czym wyraźnie preferuje ona formy partyjnej demokracji parlamentarnej¹⁵. W istocie jednak nie wszystkie konflikty zostają rozstrzygnięte na poziomie ustawodawstwa, a wskutek niedookreśloności prawa oraz istniejących luzów decyzyjnych przeniesione zostają na salę sądową, gdzie również podejmowane bywają decyzje polityczne, co pozwala na „cywilizowanie” konfliktów i przerastanie antagonizmu w agonizm).

Mouffe przeciwstawia pojęcie polityczności pojęciu polityki, wskazując, że polityczność to tyle co „wymiar antagonizmu

⁹ C. Schmitt, „Pojęcie polityczności...”, s. 255; Łukasz Świącicki, *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Wyd. von Borowiecky, Warszawa 2015, s. 189.

¹⁰ C. Mouffe, *Polityczność*, op. cit., s. 26.

¹¹ C. Schmitt, „Teologia polityczna”, w: idem, *Teologia polityczna...*, s. 45–46, 49, 52.

¹² C. Mouffe, *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2015, s. 22–23.

¹³ Ibidem, s. 17–18, 23.

¹⁴ M. Paździora, M. Stambulski, op. cit., s. 58.

¹⁵ C. Mouffe, *Polityczność...*, s. 36–40.

leżący u podstaw każdego ludzkiego społeczeństwa”, polityka zaś to „zestaw praktyk i instytucji, które w obliczu wprowadzanego przez polityczność konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie”¹⁶. Polityczność jest więc „cechą immanentną życia w społeczeństwie, czy też samego społeczeństwa”¹⁷, stanowi „istotę stosunków międzyludzkich”¹⁸ albo, mówiąc inaczej, „przynależy do samego rdzenia egzystencji ludzkiej, rozumiana jako obecność. Kto jest obecny, jest tym samym zaangażowany w polityczność”¹⁹. Wydaje się celowe dalsze rozróżnienie pojęciowe, a mianowicie wyróżnienie w obrębie pojęcia polityki (w rozumieniu Mouffe) dwóch pojęć bardziej szczegółowych²⁰, tj. (a) „polityki” (w liczbie pojedynczej) (ang. *politics*), rozumianej jako walka o zdobycie i utrzymanie władzy²¹ i związane z nią instytucje (w szczególności partie polityczne i organy przedstawicielskie, które partie pragną opanować), oraz (b) „polityk” (w liczbie mnogiej) (ang. *policies*), rozumianych jako tematyczne obszary „praktyk [...] tworzących porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” (np. polityka społeczna, polityka gospodarcza, polityka rolna, polityka zagraniczna itd.)²², będących „politykami cząstkowymi”, które

¹⁶ Ibidem, s. 24.

¹⁷ Filip Rakoczy, „Autonomia prawa a problem jego polityczności”, w: Bartłomiej Krzysztan et al. (red.), *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*, Oficyna Wydawnicza ATUT, Wrocław 2016, s. 213.

¹⁸ Tadeusz Buksiński, „Trzy teologie polityczne Carla Schmitta”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2014, t. 3, nr 1, s. 39.

¹⁹ M. Paździora, M. Stambulski, op. cit., s. 57.

²⁰ Proponowany dwupodział nawiązuje do dwóch rozumień „polityki” w pracy: Kazimierz Opalek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 238–239, przy czym proponowane tu „polityki publiczne” z grubsza odpowiadają polityce jako „działaniom politycznym”, a „polityka partyjna” – polityce jako „stosunkom politycznym”.

²¹ Cf. Adam Wielomski, Paweł Bala, *Wstęp do nauki o państwie, prawie i polityce. Wybrane zagadnienia*, Arte, Warszawa 2011, s. 108.

²² Cf. XIX-wieczne pojęcie „policji” w znaczeniu przedmiotowym (fr. *police*, niem. *Polizei*), rozumianej jako „działania praktyczne dla utrzymania porządku, ale niemające nic wspólnego z walką o zdobycie i utrzymanie się przy władzy” (Ibidem, s. 108), którym odpowiada, przynajmniej w części (polityka bezpieczeństwa, polityka kryminalna), proponowane tu pojęcie „polityk” (*policies*). Nauka o policji (*Polizeiwissenschaft*) była z kolei rozumiana jako „badanie zagadnień związanych

są „wtórne i często pasożytnicze wobec polityczności”²³. Dla jasności i uniknięcia nieporozumień terminologicznych można się posługiwać pojęciem „polityki partyjnej” (*party politics*) oraz „polityk publicznych” (*public policies*)²⁴.

Relacja pomiędzy tymi trzema pojęciami jest 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 podczas sporów parlamentarnych) mogą, ale nie muszą dotyczyć sfery polityczności (politycy mogą reprezentować rzeczywiste konflikty społeczne lub 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 czy innej klasy bądź grupy społecznej kosztem innej.

2. Jurydyczność i orzekanie

Od polityczności (i powiązanych z nią polityki partyjnej i polityk publicznych) odróżnić należy „jurydyczność” („to, co prawne”), rozumianą, przez analogię do polityczności, jako fenomen prawn²⁵, będący jedną ze sfer (pól)

z wewnętrzną administracją państwa, sferą polityk administracyjnych i działalności urzędników” (Michał Gałędek, „Juridification as an Ideology of Polizeiwissenschaft in 18th Century”, *Journal on European History of Law* 2017, vol. 8, no. 1, s. 81).

²³ T. Buksiński, op. cit., s. 39–40.

²⁴ Cf. Mauro Zamboni, „Law and Policy”, <https://ssrn.com/abstract=929253> [dostęp: 4.01.2018]; idem, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Springer, Berlin 2008, s. 7–8, 71, 79. Zamboni proponuje jednak przede wszystkim własną siatkę pojęciową (specyficznie pojmowane: „polityka”, „porządek polityczny”, „materiał polityczny”) (ibidem, s. 16–18), która nie będzie tu stosowana.

²⁵ Pojęciem „jurydyczność” (*the juridical, le juridique*) posługują się na oznaczenie całokształtu fenomenu prawnego, a więc

życia społecznego znacznie szerszą niż sam system prawny (zespół norm prawa pozytywnego²⁶). Jurydyczność różni się od innych fenomenów społecznych, z jednej strony, swoistym kodem binarnym (legalny/nielegalny)²⁷, 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 bezstronną, spór ten rozstrzygającą²⁸. Tak rozumianej jurydyczności nie można utożsamiać z politycznością²⁹, 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 jurydyczności³⁰. Przy czym nie chodzi tu o abstrakcyjną, ponadczasową sprawiedliwość prawa naturalnego, ale o konkretną sprawiedliwość danej wspólnoty i epoki³¹.

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”³², a co więcej, większość,

w szczególności: (1) formy jurydycznej (jako formy prawnej innych zjawisk, zwłaszcza ekonomicznych); (2) wewnętrznej formy prawa; (3) normatywnej treści prawa w danym miejscu i czasie; (4) aparatu prawnego (pola prawnego w rozumieniu Bourdieu). Cf. podobne użycie tego terminu w pracy: Cosmin S. Cercel, *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018, s. 10. Posłużenie się tym terminem ma, w moim zamierzeniu, podkreślić złożoność i wielopłaszczyznowość zjawisk prawnych pozostających w dialektycznym stosunku przeciwstawności z innymi zjawiskami, takim jak ekonomika czy polityka, którym prawo nadaje swą formę. Cf. Âvič L.S., *Sušnoct' prava. Sociál'no-filozofsko ponimanie genezisa, razvitiâ i funkcionirovaniâ ûridičeskoj formy obšestviennyh otnošenij*, Leningrad 1985, s. 14–15.

²⁶ Vide np. Tomasz Bekrycht, „Prawo. O wieloznaczności pojęcia”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2012, t. 1, nr 1, s. 59.

²⁷ M. Paździora, M. Stambulski, op. cit., s. 57.

²⁸ Cf. Alexandre Kojève, *Outline of a Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007, s. 173–174.

²⁹ Cf. jednak M. Paździora, M. Stambulski, op. cit., s. 57.

³⁰ A. Kojève, op. cit., s. 182–183.

³¹ Ibidem, s. 205–207.

³² Jewgienij B. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa a marksizm*, tłum. Ludwika Lisiakiewicz, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985, s. 68.

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 polityczne jako takie³³. 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 polityczności³⁴.

Co więcej, uznanie wszelkich aktów sądowego stosowania prawa za akty *ex definitione* polityczne niesie za sobą określone niebezpieczeństwa zarówno teoretyczne, jak i praktyczne. W sferze teorii oznaczałoby to *de facto* pochłonięcie jurydyczności przez polityczność, a zatem zanegowanie istnienia sfery prawnej (pola prawnego) jako sfery odrębnej od sfery politycznej. Tymczasem odrębność jurydyczności jest faktem społecznym, konstатовanym przez nieraz bardzo od siebie odrębne szkoły socjologiczne³⁵. Wszak – jak pisał Robert Cover – „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*)”³⁶. Z drugiej jednak strony można by zaoponować, podkreślając, że polityczność nie jest wyłącznie domeną subświata politycznego, lecz przenika wszystkie subświaty (w tym ekonomiczny, prawny, religijny i inne). Byłoby to ujęcie bliskie pierwotnej, Schmittowskiej, koncepcji polityczności rozumianej jako intensywność antagonizmu, a nie jako odrębna sfera społeczna. Nie negując natomiast

³³ Michael G. Salter, *Carl Schmitt: Law as Politics, Ideology and Strategic Myth*, Routledge, Abingdon 2012, s. 30.

³⁴ Tezy o polityczności wszelkich rozstrzygnięć sądowych bronią m.in.: Jakub Łakomy, „Hermeneutic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation”, w: Andrzej Bator, Zbigniew Pulka (red.), *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2018 (w druku); F. Rakoczy, op. cit., s. 216.

³⁵ Cf. choćby: A. Kojève, op. cit.; Pierre Bourdieu, „La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 1986, n° 64; Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford 2004.

³⁶ Robert Cover, „Nomos and Narrative”, *Harvard LR* 1983, vol. 117, no. 4, s. 4–5.

odrębności jurydyczności jako sfery prawnej od sfery politycznej, ujęcie to podkreślałoby, że polityczność jako wymiar egzystencji ludzkiej przenika je obie.

Tymczasem nie każda norma prawna, a co za tym idzie, nie każde orzeczenie sądowe dotyka wymiaru polityczności z tej prostej przyczyny, że, po pierwsze, istnieje znaczna liczba norm prawnych tzw. technicznych (jak choćby ruch lewo- lub prawostronny), choć oczywiście w każdym wypadku należy zweryfikować, czy norma pozornie techniczna nie przynosi jednak korzyści jednym grupom kosztem innych, na co trafnie zwrócił uwagę przed laty Duncan Kennedy³⁷. Po drugie zaś, niezależnie od polityczności lub „techniczności” norm prawnych, wiele konfliktów rozstrzyganych przez sądy ma charakter czysto jednostkowy i nie stanowi wyrazu żadnego dającego się zidentyfikować społecznego antagonizmu.

Stąd też celowe – z punktu widzenia efektywnej krytyki prawa – wydaje się wypracowanie kryteriów, które pozwolą wyodrębnić kategorię *o r z e c z n i c z e j d e c y z j i p o l i t y c z n e j* i rozróżnić ją od decyzji apolitycznych oraz orzeczeń niezawierających w sobie elementu decyzyjności. Określenie to („orzecznicza decyzja polityczna”) sformułowane zostało w taki sposób, by usytuowanie przymiotników już to przed rzeczownikiem decyzja, już to po nim sygnalizowało, że w proponowanym tu ujęciu *genus* stanowi decyzja polityczna, a *species* – taka decyzja polityczna, która jest zarazem decyzją orzeczniczą, tj. pochodzi od sądu. Z wewnętrznego punktu widzenia takie postawienie sprawy może się wydawać herezją i w istocie nią jest; nawiązując bowiem do Artura Kozaka i jego pojęć prawnika-znawcy i prawnika-wyznawcy³⁸, przedstawicieli jurysprudencji krytycznej można określić mianem heretyków w świecie prawa.

Na koniec należy dodać, że w niniejszych rozważaniach pojęcie orzekania (*adjudication*) rozumiane jest szeroko, jako denotujące praktykę wydawania decyzji w sferze jurydyczności, a więc, posługując się tradycyjną terminologią teorii

³⁷ Duncan Kennedy, „The Political Stakes in ‘Merely Technical’ Issues of Contract Law”, *European Review of Private Law* 2001, no. 1.

³⁸ Artur Kozak, „Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa”, w: Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 68.

prawa, akty operatywnej wykładni prawa oraz akty stosowania prawa³⁹, rozstrzygające rzeczywiste konflikty (jednostkowe bądź grupowe).

3. Kiedy decyzja orzecznicza należy do sfery polityczności?

3.1. Uwagi wprowadzające

Należy zatem postawić pytanie, czy i kiedy decyzja orzecznicza w znaczeniu przedstawionym powyżej może zostać uznana za należącą do sfery polityczności, bądź też, mówiąc inaczej, kiedy praktyka społeczna z zakresu fenomenu jurysdykcji może zostać uznana za należącą równocześnie do fenomenu polityczności. Pytanie o polityczność orzekania jest pytaniem o przynależność danego aktu orzeczniczego do sfery polityczności, a nie jedynie do sfery polityki czy do sfery polityk publicznych. Związki jurysdykcji z polityką partyjną i politykami publicznymi stanowią bowiem zgoła odmienny problem badawczy. O związkach polityki partyjnej z jurysdykcją możemy mówić w przypadku upartyjnienia sądów, tj. wpływu partii politycznych na obsadę stanowisk sędziowskich, a także – pośrednio bądź bezpośrednio – na poszczególne orzeczenia sądowe⁴⁰, jak też *vice versa* w przypadku wpływu sądów na bieżącą politykę, w tym np. obsadę najwyższych urzędów państwowych⁴¹. O związkach jurysdykcji z politykami publicznymi możemy natomiast mówić, ilekroć dane orzeczenie przyczynia się do kształtowania „instytucji i praktyk [...] tworzących porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” w danej dziedzinie, np. gdy orzecznictwo karne wpływa na kierunki polityki karnej państwa (choćby poprzez surowe

³⁹ Cf. J. Wróblewski, op. cit., s. 7–10 i 43.

⁴⁰ Vide np. Adam Sulikowski, „Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu”, *Państwo i Prawo* 2016, nr 4, s. 5–7. Cf. analizy empiryczne dotyczące Trybunału Konstytucyjnego w pracy: Hanna Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 213–216.

⁴¹ Cf. przykłady w pracy: Renata Uitz, „Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?”, *Juridica International* 2007, vol. 13.

karanie przestępstw określonego rodzaju czy szerokie interpretowanie granic obrony koniecznej itp.), bądź też polityki bezpieczeństwa (np. poprzez ścisłą kontrolę sądową zatrzymań obywateli przez policję albo legalności podsłuchów itp.). W literaturze zwraca się uwagę na szczególną rolę sądów konstytucyjnych w tym zakresie⁴². Dane orzeczenie może, oczywiście, należeć równocześnie nie tylko do jednej z powyższych sfer, ale także dwóch lub wszystkich trzech.

Przechodząc do zasadniczego problemu, wydaje się celowe wprowadzenie pojęcia *orzeczniczej decyzji politycznej* na oznaczenie decyzji orzeczniczej (a zatem należącej do sfery jurydyczności), która jednocześnie 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, taka decyzja będzie rozstrzygała, choćby w wymiarze jednostkowym, konflikt o charakterze politycznym, tj. należący do sfery określonego antagonizmu społecznego.

3.2. Element decyzyjności

Odnosząc się do pierwszego elementu, konieczne jest 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 związany materiałami prawnymi, czyli – jak ujmuje to Mouffe – decydując „w polu nierozstrzygalności”⁴³. Co najmniej od czasu tzw. modernizmu prawnego (określenie Antoniego Peretiatkowicza) w krytycznie nastawionych nurtach prawoznawstwa zwracano uwagę na ogromny zakres luzów decyzyjnych. Podsumowując poglądy ruchu modernistycznego w prawoznawstwie, Peretiatkowicz barwnie pisał:

⁴² Vide np. Bojan Bugarič, „Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition”, *Harvard International Law Journal* 2001, vol. 42, no. 1.

⁴³ C. Mouffe, *Agonistyka...*, s. 19. Cf. C. Schmitt, „Teologia...”, s. 49.

„Należy rozstać się ze złudzeniem, jakoby ustawa, choćby najobszerniejsza, mogła przewidzieć wszystkie wypadki, do których winna być stosowana. Kodeksy cywilne trwają stulecia, a życie ustawicznie się zmienia [...] i jest rzeczą oczywistą, że żaden ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć przyszłych ukształtowań społecznych. [...] Nawet na gruncie niezmiennych warunków społecznych nie ma tak genialnego ustawodawcy, który by zdawał sobie sprawę ze wszystkich bez wyjątku stosunków, wszystkich konfliktów, wszystkich potrzeb prawnych. [...] Istnienie luk w ustawie jest faktem niewątpliwym”⁴⁴. W takich przypadkach sędzia zmuszony jest dotworzyć normę prawną, choćby maskował to ideologią „racjonalnego ustawodawcy”. Podejmuje jednak decyzję polityczną.

Drugą przyczyną decyzyjności sędziowskiej jest sama natura języka. Cytowany już Peretiatkowicz konstatował – i to na kilkadziesiąt lat przed Herbertem L.A. Hartem – że „Treść pojęć [...] nigdy prawie nie bywa odgraniczona tak ściśle, ażeby przestała budzić wątpliwości. Poza stałymi elementami tkwiącymi w każdym pojęciu, istnieje szereg punktów granicznych, zjawisk stojących na rubieży dwóch pojęć, stanowiących ogniwo przejściowe i mogących być zaliczonymi zarówno do jednej, jak do drugiej kategorii. Zachodzi pytanie, czym się kieruje sędzia, subsumując zjawiska życiowe pod to lub inne pojęcie prawne? Niewątpliwie mają tu miejsce inne czynniki (słuszności, celowości), nie wyłącznie przepisy ustawowe. Tu również zachodzą «sądy o wartości» i decyzje oparte na «woli»”⁴⁵. Jak precyzuje Tomasz Gizbert-Studnicki, istnieją (co najmniej) dwie przyczyny wieloznaczności tekstów prawnych: *primo*, jako wypowiedzi języka naturalnego, dzielą z nim 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 tekstość), są zasadniczo nieusuwalne, a zatem nawet staranne

⁴⁴ Antoni Peretiatkowicz, „Ustawa i sędzia. Problem społecznej wykładni ustaw”, w: idem, *Studia prawnicze*, Księgarnia św. Wojciecha, Poznań 1938, s. 98.

⁴⁵ Ibidem, s. 100.

sformułowanie tekstu nie pozwala na ich eliminację⁴⁶. Co więcej, ustawodawca, „nie mogąc przewidzieć wszystkich przyszłych stanów faktycznych z ich zawilými splotami okoliczności, pozostawia często przez rozmyślnie nieprecyzyjne sformułowanie tekstu prawnego pewien luz decyzyjny dla organów stosujących prawo”⁴⁷.

Takie decyzje suwerenne (samoistne) należy odróżnić od decyzji niesuwerennych (niesamoistnych), w których sąd w pełni realizuje rozstrzygnięcie podjęte już przez ustawodawcę – w sytuacji, gdy sąd porusza się ściśle w obrębie *Wortlautgrenze* (możliwego, językowego znaczenia przepisów⁴⁸), 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 jedynie decyzję podjętą już przez ustawodawcę. Orzeczenie pozostaje wówczas, rzecz jasna, w sferze polityczności, jednakże polityczność sądu nie jest wówczas s p r a w c z a ze względu na brak aspektu decyzyjności⁴⁹. Nie zmienia to oczywiście faktu, że można zasadnie postawić pytanie o polityczność samej instytucji prawnej czy wchodzącej w jej skład normy, które

⁴⁶ Tomasz Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1986, s. 107.

⁴⁷ Ibidem, s. 107–108.

⁴⁸ O pojęciu *Wortlautgrenze* w niemieckiej kulturze prawnej vide np. Tomasz Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007.

⁴⁹ Odmienne wydaje się sądzić Tomasz Bekrycht, który podkreśla, 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” (T. Bekrycht, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obojętym i uzasadnianiu istnienia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015, s. 190).

jednak nie są skutkiem decyzji sędziego, lecz są przez niego pasywnie stosowane⁵⁰.

Jednakże gdy sąd dokona wykładni rozszerzającej bądź zwężającej, na korzyść konsumenta bądź przedsiębiorcy, będziemy mogli mówić o podjęciu przez niego w tym zakresie samoistnej decyzji, która – o ile rozstrzyga w przedmiocie antagonizmu – jest równocześnie decyzją polityczną. Dla ustalenia decyzyjności orzeczenia kluczowe jest odwołanie się do panujących w danej wspólnotie prawniczej reguł dotyczących wykładni prawa, przeprowadzania wnioskowań prawniczych, oceny stanu faktycznego, dokonywania subsumpcji itp. O tym, czy mamy do czynienia z decyzją samoistną czy jedynie pochodną, rozstrzyga to, w jaki sposób w danej wspólnotie 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. Przykładowo więc, nie uważa się, by współczesny sędzia polski orzekający w sądzie rejonowym był związany precedensem sądu okręgowego, podczas gdy amerykański sędzia w federalnym *district court* jest ściśle związany precedensem własnego *circuit court*, ale już nie precedensami innych *circuit courts*. Brytyjska Izba Lordów była w latach 1898–1966 ściśle związana własnym precedensem, od którego mogła odstąpić jedynie na mocy *act of Parliament*, a obecnie może ona od niego odstąpić samowładnie⁵¹. W jednych kulturach prawnych uznaje się prymat wykładni językowej, odstąpienie zaś od niej w imię racji wykładni teleologicznej za coś wyjątkowego⁵²,

⁵⁰ Cf. M. Paździora, M. Stambulski, op. cit., s. 58.

⁵¹ Zasadę samozwiązania własnym precedensem Izba Lordów wprowadziła orzeczeniem *London Tramways Co. v London County Council* [1898] AC 375, a odstąpiła od niego na mocy wytycznych Lorda Gardinera z 26 lipca 1966 r. (*Practice Statement* [1966] 3 All ER 77).

⁵² Jest tak np. w polskiej kulturze prawnej. Vide np. Lech Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 72–92; Agnieszka Bielska-Brodziak, „O rodzajach argumentów interpretacyjnych”, w: W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), op. cit., s. 326; Maciej Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 343–344.

w innych natomiast uznaje się prymat wykładni teleologicznej, dopuszczając nawet pominięcie wykładni językowej, a już na pewno swobodne odstępianie od niej⁵³. Przykłady różnic można by mnożyć; rzecz w tym, że o zakresie dyskrecjonalności (swobody uznania) możemy mówić jedynie na tle określonej, konkretnie istniejącej kultury prawnej⁵⁴, która jako taka jest dodatkowo zmienna w czasie. Zaproponowane tu ujęcie mieści się więc pomiędzy dwiema skrajnościami: z jednej strony tezą o samostnej decyzyjności k a ż d e g o rozstrzygnięcia sędziowskiego (radikalna teza o niezdeteterminowaniu⁵⁵), a z drugiej – tezą

⁵³ Podejście takie obecne jest w praktyce orzeczniczej np. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Vide np.: T. Stawecki, „O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa”, w: Piotr Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Liber, Warszawa 2005, s. 108; Anthony Arnall, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 612; Elina Paunio, „The Tower of Babel and the Interpretation of EU Law: Implications for Equality of Languages and Legal Certainty”, w: Thomas Wilhelmsson et al. (eds), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2007, s. 392; Theodor Schilling, „Beyond Multilingualism: On Different Approaches to the Handling of Diverging Language Versions of a Community Law”, *European Law Journal* 2010, vol. 16, no. 1, s. 60; Elina Paunio, Susanna Lindroos-Hovininheimo, „Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law”, *European Law Journal* 2010, vol. 16, no. 4, s. 399; Olga Łachacz, Rafał Mańko, „Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects”, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 2013, vol. 34, s. 82–83; Anna Kalisz, „Wykładnia prawa Unii Europejskiej”, w: Anna Zawadzka-Łojek et al. (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Instytucje i porządek prawny. Prawo materialne*, EuroPrawo, Warszawa 2014, s. 201; Paweł Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, LEX, Warszawa 2015, s. 115 i n.

⁵⁴ W istocie bowiem wydaje się, że o granicach sędziowskiej dyskrecjonalności decyduje przede wszystkim określona, konkretna wspólnota prawnicza, a nie natura samych tekstów prawnych. Cf. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1998, s. 161; Steven L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2001, s. 318; A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002, s. 166–169.

⁵⁵ Vide np. Lawrence B. Solum, „On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, *University of Chicago Law Review* 1987, vol. 54. Cf. William E. Scheuermann, *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham 1999, s. 137–139.

o radykalnym związaniu prawnika imperatywami instytucjonalnymi⁵⁶, właściwą m.in. dla juryscentryzmu Artura Kozaka⁵⁷. Mówiąc inaczej, nie każdy „przypadek” jest „trudny”⁵⁸, a działalność orzecznicza sądów obejmuje wiele spraw rutynowych („łatwych” czy też „typowych”⁵⁹ przypadków), gdy (pochodna) decyzja sądu jawi się jako oczywista zarówno dla orzekającego, jak i dla podsądnego⁶⁰.

3.3. Decyzja a metody i rezultaty wykładni

Mozna postawić tezę, że istnieje określony związek pomiędzy stosowaną przez sędziego metodą wykładni prawa a zakresem

⁵⁶ Cf. Maciej Pichlak, „Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2014, t. 3, nr 1, s. 230–231.

⁵⁷ Vide 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. Cf. M. Paździora, „Racjonalność praktyki prawniczej w projekcie juryscentryzmu Artura Kozaka”, w: Paweł Jabłoński et al. (red.), *Perspektywy juryscentryzmu*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011, s. 145–146, 149–150; Przemysław Kaczmarek, „W trosce o zapewnienie poczucia pewności. Próba rekonstrukcji idei juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej Artura Kozaka”, w: P. Jabłoński et al. (red.), op. cit., s. 167; M. Pichlak, op. cit., s. 236.

⁵⁸ Bartosz Wojciechowski, „Rozstrzygnięcie 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 jednoznacznie normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników”. Cf. Jerzy Zajadło, „Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa”, w: Anna Śledzińska-Simon, Mirosław Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Zakład Graficzny UW, Warszawa 2010, s. 37; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska: Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004, s. 38–39.

⁵⁹ M. Paździora, op. cit. s. 148.

⁶⁰ Wróblewski mówił o „sytuacji izomorfii”, w której „występuje pełna odpowiedzialność między przepisem w jego bezpośrednim rozumieniu przez organ państwa a sytuacją wymagającą rozstrzygnięcia, czy też faktu, o którego konsekwencjach ma się orzec” (J. Wróblewski, op. cit., s. 45). Uogólniając, można mówić o izomorfii także w systemie prawa precedensowego, gdy istniejący, wiążący precedens w sposób oczywisty odnosi się do stanu faktycznego.

jego władzy dyskrejionalnej⁶¹, co pozwala uszeregować te metody od tych, które pozostawiają sędziemu najmniej swobody (wykładnia literalna, w sytuacji izomorfii⁶², gdy sąd pozostaje w obrębie *Wortlautgrenze*⁶³), poprzez te, które dają mu nieco więcej swobody (wykładnia systemowa, wykładnia celowościowa⁶⁴), po te, które dają mu najwięcej swobody, a co za tym idzie – także władzy (ważenie interesów, tzw. *balancing*, określana też jako stosowanie zasady proporcjonalności). 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 równocześnie⁶⁵, prowadziło w praktyce do znaczącego zwiększenia władzy dyskrej-

⁶¹ D. Kennedy, „The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, *Law and Critique* 2015, vol. 25; R. Mańko, „Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations”, w: Kalvis Torgans (ed.), *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, t. 1, University of Latvia Press, Riga 2016, s. 121–123.

⁶² J. Wróblewski, op. cit., s. 122.

⁶³ Co oczywiście, pozostanie sędziego w obrębie wykładni literalnej oznacza przerzucenie politycznej sprawczości na inne gremium decyzyjne – ustawodawcę.

⁶⁴ O ile, oczywiście, rozumiana jest jako poszukiwanie rzeczywistej intencji ustawodawcy, dostępnej na podstawie obiektywnych materiałów (Cf. Zygmunt Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013, s. 224 i n.; A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017), a nie jako swobodne przypisywanie normom prawnym celów, o których nie śniło się ich twórcom, jak czyni to Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). Cf. uwagi Gunnara Becka, który mówi o „kreatywnym podejściu teleologicznym [...] w braku jakichkolwiek relevantnych postanowień traktatów lub w powiązanych materiałach kontekstualnych” (G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart, Oxford–Portland 2012, s. 208, tłum. R.M.). Jak zauważa przy tym Paweł Marcisz, Trybunał „upodobnił orzecznictwo do prawodawstwa, promulgującego generalne reguły, mające być stosowane ze względu na władzę, od której pochodzą” (P. Marcisz, op. cit., s. 131). Tak rozumiana wykładnia „teleologiczna” jest oczywiście synonimem maksymalnej dyskrejionalności, a co za tym idzie – decyzyjności orzekającego. Vide jednak J. Wróblewski, op. cit., s. 140–149, który trzeźwo zauważa, 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” (ibidem, s. 142).

⁶⁵ Vide A. Bielska-Brodziak, „O rodzajach...”, s. 335.

nalnej sędziego⁶⁶. 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 decyzyzizm⁶⁷. Jeżeli jednak tak jest (i można to wykazać, porównując rezultat wykładni z przedstawionym uzasadnieniem), orzeczenie będzie miało charakter decyzyjny⁶⁸.

Odnosząc pojęcie samoistnej (suwerennej) 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 interpretacji⁶⁹. 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 wprost wysłowione⁷⁰; 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*,

⁶⁶ Jak twierdzi Gunnar Beck, takie właśnie podejście – pozbawione dyrektyw wykładni drugiego stopnia i nacechowane wybiórczym i selektywnym stosowaniem poszczególnych metod wykładni – cechuje ETS. Vide G. Beck, *The Legal Reasoning...*, s. 437 i n.

⁶⁷ Cf. J. Wróblewski, op. cit., s. 164.

⁶⁸ Przykładowo, kontrowersyjny wyrok ETS w sprawie *Pringle*, zapadły ewidentnie *contra legem* Traktatu, uzasadniony został kontrfaktyczną wykładnią językową. Vide szerzej G. Beck, „The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case – Law as the Continuation of Politics by Other Means”, *European Law Review* 2004, no. 2.

⁶⁹ L. Morawski, op. cit., s. 95. Przykładowo, w niemieckiej kulturze prawnej jest to „możliwe znaczenie językowe”, traktowane jako granica oddzielająca wykładnię od rozwijania prawa (T. Spyra, op. cit., s. 267).

⁷⁰ Obejmuje to zarówno kategorię „interpretacyjnych konsekwencji” przepisów u Wróblewskiego (J. Wróblewski, op. cit., s. 97), jak i dalej idącą *Rechtsfortbildung*, o ile nie pozostaje w logicznej sprzeczności z *Wortlautgrenze*.

gdyż w obu tych sytuacjach treść rozstrzygnięcia ma charakter samoistny w stosunku do brzmienia przepisów⁷¹.

Czy jednak oznacza to, że wykładnia *secundum legem* nie może mieć charakteru decyzyjonistycznego? Po pierwsze, samo brzmienie przepisów może pozostawiać sędziemu *explicite* określony zakres swobodnego uznania. Dzieje się tak w wypadku, gdy dyspozycja normy jest fakultatywna („sąd może”) albo też gdy jest ona wysłowiona w sposób alternatywny, a wybór konkretnej dyspozycji należy do sądu. Nadto brzmienie przepisów może odwoływać się do klauzul generalnych bądź innych zwrotów niedookreślonych, celowo pozostawiając luzy decyzyjne.

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 naturalnego⁷². Podejmując decyzje w zakresie cienia semantycznego, sąd nie powieła w sposób automatyczny rozstrzygnięcia ustawodawcy, lecz zmuszony jest dotworzyć normę prawną. Ów zaś akt dotworzenia jest niewątpliwie elementem decyzyjności, nawet jeśli bezrefleksyjnej i zautomatyzowanej. Aspekt decyzyjności należy więc rozumieć na sposób obiektywny: sam podmiot orzekający może, ze względu na swoje usytuowanie we wspólnocie interpretacyjnej prawników, która go „odciąża”⁷³, działać w sposób

⁷¹ Na marginesie warto podkreślić, że rozróżnienie na wykładnię *secundum*, *praeter* i *contra legem* nie tylko jest głęboko zakorzenione w europejskiej kulturze prawnej (nawiązując do rzymskiej klasyfikacji działań pretora: *iuris civilis supplendi, adiuvandi, corrigendi gratia*), ale też ma istotne znaczenie polityczno-legitymizacyjne, pokazując, w których przypadkach sąd pozostaje w obrębie *Wortlautgrenze*, tj. w granicach mandatu *explicite* udzielonego mu przez ustawodawcę, w których poza mandat ten wykracza (*Rechtsfortbildung*), a w których całkowicie go neguje (*contra legem*). O *Wortlautgrenze* i *Rechtsfortbildung* vide T. Spyra, op. cit.

⁷² Vide np. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska...*, s. 43.

⁷³ A. Kozak, *Granice...*, s. 166. Powstaje jednak pytanie, na ile akceptowalność i automatyzm decyzji interpretacyjnych związane

subiektywnie zautomatyzowany pod wpływem imperatywów instytucjonalnych), a także, ze względu na swoje usytuowanie w określonym społeczeństwie, działać pod wpływem nieuświadomianych imperatywów ideologicznych⁷⁴ i nie odczuwać (w sensie przeżycia psychologicznego) aspektu „decyzyjności”. Niemniej obserwator zewnętrzny porównujący brzmienie interpretowanych przepisów (w ich dominującym rozumieniu na gruncie danego języka) i obiektywnie poznaną intencję prawodawcy historycznego może zrekonstruować, opierając się na tym porównaniu, zakres decyzyjności, w jakim *in casu* poruszał się podmiot orzekający⁷⁵.

3.4. Element polityczności

Drugim elementem, który musi koniecznie wystąpić, aby można było mówić o orzeczniczej decyzji politycznej, jest, obok decyzyjności, przynależność do sfery polityczności, a zatem istotność decyzji z punktu widzenia określonego antagonizmu społecznego. Antagonizmy można scharakteryzować poprzez odwołanie się do kategorii „interesu”, rozumianej jako pożądaný stan rzeczy czy też kierunek, w jakim stan rzeczy powinien w pożądaný sposób ewoluować⁷⁶. Analizując antagonizmy, możemy mówić o wartościach i interesach co najmniej trzech typów. Po pierwsze,

są z ich formalną poprawnością, a na ile z hegemonią określonej ideologii w obrębie wspólnoty prawniczej. Cf. 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, op. cit., s. 168; D. Kennedy, op. cit., s. 161; S.L. Winter, op. cit., s. 311. Akceptowalność ta może wynikać z rozmaitych przesłanek, w tym ze wspólnie podzielanych presupozycji o pożądanym (normalnym i normatywnym) kształcie świata społecznego.

⁷⁴ Cf. Hugh Collins, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1988, s. 67; R. Mańko, *Ideology...*, s. 120, 123.

⁷⁵ Dlatego też ocena, czy mamy do czynienia z decyzją *sensu stricto*, podjętą w „polu nierozstrzygalności” (Mouffe) czyli „suwerenną” (Schmitt), możliwa jest tylko na podstawie wszechstronnej analizy całokształtu materiału normatywnego i uwarunkowań danej kultury prawnej, ze szczególnym uwzględnieniem przyjętych w niej imperatywów interpretacyjnych, które ograniczają dyskrecjonalność orzekającego.

⁷⁶ Cf. Theodore M. Benditt, „The Concept of Interest in Political Theory”, *Political Theory* 1975, vol. 3, no. 3.

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 o charakterze klasowym dotyczące redystrybucji publicznoprawnej (wysokość podatków i innych ciężarów z jednej strony, wysokość świadczeń społecznych z drugiej strony, a także ich względne rozłożenie). Po drugie, mamy do czynienia z szeroką sferą antagonizmów o charakterze ideologiczno-symbolicznym, włączając w to spory o uznanie oraz konflikty kulturowe. Przykładowo, do sfery tej zaliczyć można spory o prawne uwarunkowania biologicznej reprodukcji gatunku ludzkiego (np. spory o aborcję, *in vitro*, eutanazję), spory o uznanie określonych grup za mniejszości narodowe (włączając w to spory o uznanie danego systemu leksykalno-fleksyjnego za język bądź dialekt), spory o zasady i warunki życia rodzinnego (np. prawna instytucjonalizacja związków homoseksualnych) itp. Tym, co odróżnia antagonizmy ideologiczno-symboliczne, jest co najwyżej pośredni związek ze sferą ekonomiczną, która nie gra tu roli pierwszoplanowej. Po trzecie wreszcie, możliwe są antagonizmy „interpolityczne” (pomiędzy różnymi *poleis*)⁷⁷, dotyczące sfery relacji między poszczególnymi wspólnotami politycznymi bądź to o charakterze poziomym, bądź to pionowym⁷⁸. Występują one zwłaszcza w państwach o charakterze federalnym oraz w integracyjnych wspólnotach o charakterze ponadnarodowym, gdzie toczą się spory o zakres kompetencji przynależnych „centrum”⁷⁹. Sporami politycznymi są też spory horyzontalne o charakterze

⁷⁷ Już w starożytnej Grecji, gdzie narodziło się pojęcie polityczności, do sfery tej zaliczano nie tylko relacje wewnątrz *polis*, ale także pomiędzy *poleis*. Vide Christian Meier, *Powstanie polityczności u Greków*, Wyd. Teologia Polityczna, Warszawa 2012, s. 36.

⁷⁸ Cf. Stanisław Ehrlich, *Dynamika norm*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 222.

⁷⁹ Cf. np. wydany co najmniej *praeter legem* i z pewnością wbrew dobrej znanej sędziom intencji państw-sygnatariuszy Traktatu o EWG wyrok ETS z dnia 5 lutego 1962 r. w sprawie 26/62 *Van Gend en Loos*. Vide szerzej: Morten Rasmussen, „Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment”, *International Journal of Constitutional Law* vol. 12, no. 1.

międzypaństwowym (na gruncie prawa międzynarodowego publicznego, ale i prawa unijnego) czy międzystanowym (w państwach o strukturze federalnej, np. USA).

Dane orzeczenie będzie stanowić orzeczniczą decyzję polityczną wówczas, gdy będzie ono rozstrzygać w przedmiocie jednego z tak zdefiniowanych antagonizmów, w sytuacji gdy sprzeczność przekształciła się w konflikt (tj. „uświadomioną i zdynamizowaną sprzeczność społeczną”⁸⁰), który został przedstawiony do rozstrzygnięcia sądowi. Zazwyczaj decyzja orzecznicza dotyczyć będzie sporu dwóch konkretnych stron, jednak istotne jest, że spór pomiędzy tymi stronami ma charakter polityczny, tzn. iż stanowi on jednostkowy przejaw bardziej ogólnego i abstrakcyjnego zbiorowego sporu klas, warstw czy grup społecznych. Przykładowo więc, sąd, interpretując (w spornym wypadku) prawo pracy na korzyść pracodawców, podejmować będzie orzeczniczą decyzję polityczną faworyzującą właścicieli środków produkcji⁸¹, 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)⁸².

A contrario natomiast wyrok w sprawie o zabójstwo czy zgwałcenie nie będzie decyzją polityczną, ponieważ brak jest przeciwstawnych sobie grup społecznych „zwolenników

⁸⁰ S. Ehrlich, *Dynamika...*, s. 219.

⁸¹ Vide np. wydany ewidentnie *contra legem* wyrok ETS z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-426/11 *Alemo-Herron*, z glosą krytyczną: Marija Bartl, Candida Leone, „Minimum Harmonization After Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, *European Constitutional Law Review* 2015, vol. 11, s. 140 i n. Cf. także R. Mańko, „Symbolic Violence in Technocratic Law and Attempts at Its Overcoming: Politicisation Through Humanization?”, *Studia Erasmiana Wratislaviensia* 2017, vol. 11, s. 60.

⁸² Przykładowo, polityczność taką można dostrzec w orzecznictwie dotyczącym niedozwolonych postanowień umownych, gdzie zarówno przepisy unijnej dyrektywy (93/13/EWG), jak i krajowych przepisów ją wdrażających pozostawiły sądom szeroką dyskrecjonalność, choćby przez użycie klauzul generalnych. Przykładem wyroku wydanego *praeter legem* na korzyść konsumentów jest wyrok ETS z dnia 14 marca 2013 r. w sprawie C-415/11 *Aziz*. Cf. 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, vol. 10, s. 7 i n.

zabójstw (gwałtów)” i „przeciwników zabójstw (gwałtów)”. Jednakże w sytuacji, gdy dane przestępstwo będzie miało uwarunkowania powiązane z określonym antagonizmem, choćby ideologiczno-symbolicznym, ocena może być odmienna. Ponadto element polityczności może pojawić się niejako wpadkowo, np. wówczas, gdy sporny będzie surowszy bądź łagodniejszy wymiar kary ze względu na określone cechy oskarżonego, które wyznaczają jego przynależność do danej grupy (np. płeć, światopogląd, przynależność klasowa, orientacja seksualna, wyznanie, pochodzenie etniczne itp.).

Niewątpliwie, szczególnie jaskrawym przykładem orzeczniczej decyzji politycznej są aktywistyczne decyzje sądów konstytucyjnych (na kontynencie) i najwyższych (w systemie anglosaskim)⁸³, jednakże orzecznicze decyzje polityczne 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 też zauważyć, że nie można w prosty sposób identyfikować tożsamości stron danego sporu sądowego ze stronami antagonizmu, tzn. nie zawsze strony takiego sporu (w sensie formalnym – powód i pozwany, skarżący i organ, oskarżony i oskarżyciel) będą rzeczywiście reprezentantami danych grup (w sensie przynależności do nich). Zwłaszcza w sporach publicznoprawnych (karnych, sądownoadministracyjnych) jedną ze stron jest zawsze organ (prokurator, organ administracji publicznej), który zasadniczo sam nie jest stroną antagonizmu społecznego. Skarżący czy oskarżony natomiast częściej może być taką stroną, choć też nie w każdym przypadku. Przykładowo, w sprawie *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce*⁸⁴ skarżąca rzeczywiście reprezentowała (w sensie politycznym, nie prawnym, oczywiście) grupę społeczną (kobiety chcące przezwyciężyć; liberałowie w sprawach światopoglądowych), która była stroną antagonizmu. W anglosaskim modelu *test case*, gdzie wynik sprawy jako precedens staje się źródłem prawa,

⁸³ Cf. definicję „aktywizmu sędziowskiego” w pracy: Bogusław Banaszak, Michał Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012, s. 45–46. Analizowany przez autorów fenomen niewątpliwie przynależy do problematyki orzecznich decyzji politycznych, jednakże jej nie wyczerpuje.

⁸⁴ Wyrok ETPC z dnia 25 marca 2007 r., skarga nr 5410/03.

taka „reprezentacja” nabiera walorów jurydycznych. Niemniej nie zawsze strona sporu w sensie strony procesowej jest stroną antagonizmu leżącego u podstaw danej sprawy sądowej. Nieraz bowiem strona antagonizmu z różnych względów nie jest stroną sporu sądowego, choć jego wynik wprost dotyczy jego interesów. Przykładem jest wyrok w sprawie *Laval*⁸⁵, którego stronami był przedsiębiorca szwedzki i szwedzki związek zawodowy, ale rzeczywistymi stronami antagonizmu były – jak wskazuje Damjan Kukovec – klasy pracownicze Europy Środkowej i Europy Zachodniej⁸⁶. O ile ta ostatnia była faktycznie reprezentowana, o tyle ta pierwsza – już nie. Mechanizmem procesowym pozwalającym złagodzić zjawisko braku reprezentacji jest instytucja *amici curiae*⁸⁷, mocno zakorzeniona w sądownictwie konstytucyjnym Stanów Zjednoczonych, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i naszego Trybunału Konstytucyjnego⁸⁸, ale np. wciąż nieobecne w Europejskim Trybunale Sprawiedliwości⁸⁹.

Podsumowanie

Celem niniejszego opracowania było podjęcie filozoficzno-prawnych rozważań na temat relacji pomiędzy jurydycznością

⁸⁵ Wyrok ETS w sprawie C-341/05 *Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, ECLI:EU:C:2007:809.

⁸⁶ Damjan Kukovec, „Hierarchies as Law”, *Columbia Journal of European Law* 2014, vol. 21, no. 1, s. 144–145.

⁸⁷ O *amici curiae* vide np.: Samuel Krislov, „The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal* 1963, vol. 72; Joseph D. Kearney, Thomas W. Merrill, „The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court”, *University of Pennsylvania Law Review* 2000, vol. 148; Steven Kochevar, „Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, *Yale Law Journal* 2013, vol. 122.

⁸⁸ Adam Bodnar, Barbara Grabowska, Paweł Osik, „«Opinie przyjaciela sądu» (*amici curiae*) w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka”, w: Krzysztof Budziło (red.), *Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja. Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego Warszawa 2010.

⁸⁹ Kanstantsin Dzehtsiarou, Theodore Konstadinides, Tobias Lock, Noreen O’Meara (eds), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of ECHR and EU*, Routledge, London–New York 2014, s. 7.

a politycznością, dokładniej zaś związków pomiędzy podstawową praktyką jurystyczną, jaką jest orzekanie, a sferą polityczności. Aby wyodrębnić spośród ogółu sądowy 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, jest samoistną decyzją, 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 nauki o prawie (*critical legal studies*), ale także przez przedstawicieli innych dyscyplin (w szczególności filozofów, socjologów, ekonomistów) oraz przez obywateli – przy założeniu, że prawo traktować będziemy agonistycznie, jako „wspólne, łączące nas reguły demokratycznej gry, które [...] odzwierciedlają naszą wolę do pokojowego rozstrzygania sporów”⁹⁰. 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”⁹¹, którego działanie oparte byłoby „na zasadzie dostrzeżenia podmiotowości [...] całych grup społecznych”⁹². Sąd, ilekroć staje przed koniecznością podjęcia orzeczniczej decyzji politycznej, powinien zatem „przedstawiać 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”⁹³.

⁹⁰ F. Rakoczy, op. cit., s. 215.

⁹¹ Ibidem, s. 223.

⁹² Ibidem, s. 224.

⁹³ A. Sulikowski, op. cit., s. 14. Choć postulat sformułowany przez Sulikowskiego odnosi się *in specie* do TK (sądu politycznego *par*

Skoro bowiem z wielu względów dotyczących samej natury wykładni prawa niemożliwa jest ucieczka od polityczności części decyzji orzeczniczych, konieczne jest uznanie tego faktu przez naukę i samych sędziów i wyciągnięcie stąd daleko idących konsekwencji, zwłaszcza w zakresie krytycznej analizy orzecznictwa sądowego.

Bibliografia

- Arnall Anthony, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Ávič L.S., *Sušnoct' prava. Sociál'no-filosofskoe ponimanie genezi-sa, razvitiâ i funkcionirovaniâ ûrudičeskoj formy obšestviennyh otnošenij*, Leningrad 1985.
- Banaszak Bogusław, Bernaczyk Michał, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.
- Bartl Marija, Leone Candida, „Minimum Harmonization After Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, *European Constitutional Law Review* 2015, vol. 11, s. 140–154.
- Beck Gunnar, „The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case – Law as the Continuation of Politics by Other Means”, *European Law Review* 2004, no. 2, s. 234–250.
- Beck Gunnar, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart, Oxford–Portland 2012.
- Bekrycht Tomasz, „Prawo. O wieloznaczności pojęcia”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2012, vol. 1, no. 1, s. 48–62.
- Bekrycht Tomasz, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązaniu i uzasadnianiu istnienia prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.
- Benditt Theodore M., „The Concept of Interest in Political Theory”, *Political Theory* 1975, vol. 3, no. 3, s. 245–258.
- Bielska-Brodziak Agnieszka, „O rodzajach argumentów interpretacyjnych”, w: Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Bielska-Brodziak Agnieszka, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Bodnar Adam, Grabowska Barbara, Osik Paweł, „Opinie przyjaciela sądu» (amicus curiae) w postępowaniu przed Trybunałem

excellence), nie widzę przeszkód, by go uogólnić na wszelkie przejawy podejmowania przez sądy politycznych decyzji orzeczniczych.

- Konstytucyjnym w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka”, w: Krzysztof Budziło (red.), *Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja. Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego Warszawa 2010.
- Bourdieu Pierre, „La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 1986, n° 64, s. 3–19.
- Bugarič Bojan, „Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition”, *Harvard International Law Journal* 2001, vol. 42, no. 1.
- Buksiński Tadeusz, „Trzy teologie polityczne Carla Schmitta”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2014, vol. 3, no. 1, s. 24–44.
- Cercel Cosmin S., *Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution*, Routledge, Abingdon 2018.
- Collins Hugh, *Marxism and Law*, Oxford University Press, Oxford 1988.
- Cover Robert, „Nomos and Narrative”, *Harvard LR* 1983, vol. 117, no. 4, s. 4–63.
- Dębska Hanna, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015.
- Dzehtsiarou Kanstantsin, Konstantinides Theodore, Lock Tobias, O’Meara Noreen (eds), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of ECHR and EU*, Routledge, London–New York 2014.
- Ehrlich Stanisław, *Dynamika norm*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988.
- Frydman Sawa, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*, Księgarnia Kazimierza Rutkiego, Wilno 1936.
- Gałędek Michał, „Juridification as an Ideology of Polizeiwissenschaft in 18th Century”, *Journal on European History of Law* 2017 vol. 8, no. 1, s. 76–84.
- Gizbert-Studnicki Tomasz, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1986.
- Kaczmarek Przemysław, „W trosce o zapewnienie poczucia pewności. Próba rekonstrukcji idei juryscentrycznego modelu praktyki prawniczej Artura Kozaka”, w: Paweł Jabłoński et al. (red.), *Perspektywy juryscentryzmu*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Kalisz Anna, „Wykładnia prawa Unii Europejskiej”, w: Anna Zawidzka-Łojek et al. (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Instytucje i porządek prawny. Prawo materialne*, EuroPrawo, Warszawa 2014.

- Kearney Joseph D., Merrill Thomas W., „The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court”, *University of Pennsylvania Law Review* 2000, vol. 148, s. 743–855.
- Kennedy Duncan, „The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought”, *Law and Critique* 2015, vol. 25, s. 91–139.
- Kennedy Duncan, „The Political Stakes in ‘Merely Technical’ Issues of Contract Law”, *European Review of Private Law* 2001, no. 1, s. 7–28.
- Kennedy Duncan, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge 1998.
- Kochevar Steven, „Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, *Yale Law Journal* 2013, vol. 122.
- Kojève Alexandre, *Outline of a Phenomenology of Right*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007.
- Kozak Artur, „Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa”, w: Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Lexis-Nexis, Warszawa 2010.
- Kozak Artur, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002.
- Kozak Artur, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej* (red. Maciej Pichlak), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Krislov Samuel, „The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal* 1963, vol. 72.
- Kukovec Damjan, „Hierarchies as Law”, *Columbia Journal of European Law* 2014, vol. 21, no. 1.
- Luhmann Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Łachacz Olga, Mańko Rafał, „Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects”, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 2013, vol. 34, s. 75–92.
- Łakomy Jakub, „Hermeneutic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation”, w: Andrzej Bator, Zbigniew Pulka (red.), *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2018.
- Mańko Rafał, „Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations”, w: Kalvis Torgans (ed.), *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, t. 1, University of Latvia Press, Riga 2016.
- Mańko Rafał, „Symbolic Violence in Technocratic Law and Attempts at Its Overcoming: Politicisation Through Humanization?”, *Studia Erasiana Wratislaviensia* 2017, vol. 11.

- Mańko Rafał, „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, vol. 10, s. 7–26.
- Marcisz Paweł, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, LEX, Warszawa 2015.
- Meier Christian, *Powstanie polityczności u Greków*, Wyd. Teologia Polityczna, Warszawa 2012.
- Morawski Lech, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Mouffe Chantal, *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*, Wyd. Krytyki Politycznej, Warszawa 2015.
- Mouffe Chantal, *Polityczność*, Wyd. Krytyki Politycznej, Warszawa 2008.
- Opalek Kazimierz, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986.
- Paszukanis Jewgienij B., *Ogólna teoria prawa a marksizm*, tłum. Ludwika Lisiakiewicz, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985.
- Paunio Elina, „The Tower of Babel and the Interpretation of EU Law: Implications for Equality of Languages and Legal Certainty”, w: Thomas Wilhelmsson et al. (eds), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2007.
- Paunio Elina, Lindroos-Hovinheimo Susanna, „Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law”, *European Law Journal* 2010, vol. 16, no. 4, s. 395–416.
- Paździora Michał, „Racjonalność praktyki prawniczej w projekcie juryscentryzmu Artura Kozaka”, w: Paweł Jabłoński et al. (red.), *Perspektywy juryscentryzmu*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- Paździora Michał, Stambulski Michał „Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do przyszłych badań”, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2014, nr 1, s. 55–66.
- Pichlak Maciej, „Artura Kozaka cierpliwość wobec prawa”, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 2014, t. 3, nr 1.
- Peretiatkowicz Antoni, „Ustawa i sędzia. Problem społecznej wykładni ustaw”, w: idem, *Studia prawnicze*, Księgarnia św. Wojciecha, Poznań 1938.
- Rakoczy Filip, „Autonomia prawa a problem jego polityczności”, w: Bartłomiej Krzysztan et al. (red.), *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*, Oficyna Wydawnicza ATUT, Wrocław 2016.
- Rasmussen Morten, „Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, no. 1.
- Salter Michael G., *Carl Schmitt: Law as Politics, Ideology and Strategic Myth*, Routledge, Abingdon 2012.

- Scheuermann William E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham 1999.
- Schilling Theodor, „Beyond Multilingualism: On Different Approaches to the Handling of Diverging Language Versions of a Community Law”, *European Law Journal* 2010, vol. 16, no. 1.
- Schmitt Carl, „Pojęcie polityczności” w: idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012.
- Schmitt Carl, „Teologia polityczna”, w: idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, Aletheia, Warszawa 2012.
- Schmitt Carl, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, C.H. Beck, München 2009.
- Solum Lawrence B., „On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, *University of Chicago Law Review* 1987, vol. 54, s. 462–503.
- Spyra Tomasz, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze, Warszawa–Kraków 2007.
- Stawecki Tomasz, „O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa” w: Piotr Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Liber, Warszawa 2005.
- Sulikowski Adam, „Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu”, *Państwo i Prawo* 2016, nr 4.
- Święcicki Łukasz, *Carl Schmitt i Leo Strauss. Krytyka pozytywizmu prawniczego w niemieckiej myśli politycznej*, Wyd. von Borowiecky, Warszawa 2015.
- Tobor Zygmunt, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, LEX, Warszawa 2013.
- Uitz Renata, „Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: What Makes a Question Too Political?”, *Juridica International* 2007, vol. 13, s. 47–59.
- Wielomski Adam, Bala Paweł, *Wstęp do nauki o państwie, prawie i polityce. Wybrane zagadnienia*, Arte, Warszawa 2011.
- Winter Steven L., *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, University of Chicago Press, Chicago 2001.
- Wojciechowski Bartosz, „Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej”, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2004, t. 70.
- Wojciechowski Bartosz, *Dyskrecjonalność sędziowska: Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2004.
- Wróblewski Jerzy, *Sądowe stosowanie prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988.
- Zajadło Jerzy, „Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa”, w: Anna Śledzińska-Simon, Mirosław

- Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Zakład Graficzny UW, Warszawa 2010.
- Zamboni Mauro, „Law and Policy”, <https://ssrn.com/abstract=929253> [dostęp: 4.01.2018].
- Zamboni Mauro, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Springer, Berlin 2008.
- Zieliński Maciej, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.