

Rafał Mańko
Uniwersytet Amsterdamski

Nauki prawne wobec problemu polityczności: zagadnienia wybrane z perspektywy jurysprudencji krytycznej¹

1. Wprowadzenie

Wzrastające zainteresowanie związków zjawisk prawnych z politycznością – rozumianą w duchu Chantal Mouffe na sposób agonistyczny² – uzasadnia podjęcie problemu polityczności nauki prawa. W niniejszym artykule, stanowiącym przyczynek do dalszych badań, pochylę się nad politycznością dwóch subdyscyplin prawniczych: analitycznej teorii prawa oraz dogmatyki prawniczej, prowadząc rozważania z perspektywy jurysprudencji krytycznej będącej prawniczą aplikacją teorii krytycznej³. W tym celu najpierw zdefiniuję pojęcie polityczności, a następnie zastanowię się nad relacją polityczności i zjawisk prawnych. W dalszej kolejności przejdę do zasadniczych rozważań dotyczących polityczności dwóch wybranych subdyscyplin prawniczych – analitycznej teorii prawa oraz nadbudowanych na niej dogmatyk prawniczych. Celowość podjęcia rozważań na ten właśnie temat wynika m.in. z faktu, że w ostatnim czasie w nauce polskiej podejmowany jest coraz częściej problem polityczności prawoznawstwa⁴. W dyskusji daje się jednak za-

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2016/21/B/HS5/00164. Autor pragnie podziękować prof. dr. hab. Adamowi Sulikowskiemu oraz mgr. Jakubowi Łakomemu za lekturę wcześniejszych wersji niniejszej pracy oraz za ich cenne uwagi krytyczne.

² C. Mouffe, *Polityczność*, Warszawa 2008; C. Mouffe, *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*, Warszawa 2015.

³ Jak trafnie wskazuje Tomasz Pietrzykowski, tym co wspólne dla rozmaitych nurtów krytycznej jurysprudencji jest „ogólna postawa badawcza i pojmowanie przez jej zwolenników zadań prawoznawstwa. Powinno być ono zorientowane na ujawnianie rzeczywistej genezy, funkcji społecznej i ekonomicznego, politycznego i kulturowego uwikłania konkretnych rozwiązań prawnych, rozmowań i argumentacji, jak i legitymizujących je ideologii i teorii prawniczych. Zadaniem badacza prawa jest więc dokonanie ich krytycznej dekonstrukcji ujawniającej kulturowo-społeczną genezę i funkcję, jaką faktycznie pełnią” (T. Pietrzykowski, *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 2017, s. 127). Szerzej o perspektywie badawczej krytycznej teorii prawa w: R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*, Łódź 2018, s. 21–92.

⁴ Zob. w szczególności: M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do dalszych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014/1, s. 55–66; A. Bator, P. Kaczmarek, *Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej – wprowadzenie*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 9–11; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 15–39; J. Zajadło, *Prawoznawstwo – polityczność nauki czy nauka polityczności?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 41–49; J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017/3, s. 17–30; M. Zirk-Sadowski, *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawoznawstwa. Aspekt behawioralny i intencjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 51–62; A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm wobec „zestawy postmodernizmu”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 95–106.

uważyć identyfikowanie ze sobą trzech różnych wymiarów polityczności prawoznawstwa, tj. związków z politycznością rozumianą jako antagonizm społeczny, związków z polityką oraz związków z poszczególnymi politykami publicznymi (*public policies*). Jestem zdania, że dla jasności potrzebne jest ścisłe oddzielenie od siebie tych trzech wymiarów, a także rozróżnienie poszczególnych nauk prawnych, gdyż, jak sądzę, odmienne mogą być dla nich konkluzje dotyczące związków z politycznością. Poza zakresem rozważań pozostawiam natomiast problematykę polityczności orzekania, której poświęciłem odrębne opracowanie⁵ oraz mającą szerszy charakter problematykę polityczności praktyki prawniczej, która wymaga odrębnego omówienia.

Wypada podkreślić, że nacisk, jaki kładę w niniejszej pracy na aspekt polityczności zarówno zjawisk prawnych, jak i nauki prawa nie oznacza, bym negował ich wielopłaszczyznowość (wieloaspektowość⁶). Jest rzeczą oczywistą, że zjawiska prawne przejawiają się w wielu wymiarach, w tym w wymiarze językowym, kulturowym czy antropologicznym. Zaakcentowanie ich aspektu politycznego *sensu stricto*, tj. ich związków z politycznością nie oznacza zatem zanegowania np. faktu, że normy prawne są wypowiedziami językowymi czy też iż kultura prawna jest powiązana z kulturą danego społeczeństwa. Polityczność zjawisk prawnych jest zatem jednym z wielu wymiarów, w jakich się one przejawiają. Konieczność zwrócenia uwagi na ten właśnie wymiar w przypadku nauki prawa – co jest celem niniejszego artykułu – wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, z faktu wypierania polityczności w ramach narracji o apolitycznym charakterze prawa i jego nauki, co przejawia się już nawet w warstwie językowej wypowiedzi nauki prawa⁷. Po drugie, ze szczególnego znaczenia, jakie polityczność ma dla zjawisk prawnych i, co za tym idzie, także dla nauk prawnych. Polityczność jest bowiem „cechą immanentną życia w społeczeństwie, czy też samego społeczeństwa”⁸, stanowi „istotę stosunków międzyludzkich”⁹, a wręcz, jak podkreślają Michał Paździora i Michał Stambulski „przynależy do samego rdzenia egzystencji ludzkiej, rozumiana jako obecność. Kto jest obecny, jest tym samym zaangażowany w polityczność”¹⁰. Krytyczna teoria prawa przyjmuje bowiem, jako jedną ze swoich presupozycji ontologicznych, założenie o polityczności świata społecznego jako takiego¹¹. Z tej właśnie perspektywy prowadzone są rozważania zawarte w niniejszym artykule.

2. Polityczność, polityka, polityki – trzy różne zjawiska

Przed przejściem do właściwych rozważań wydaje mi się celowe przypomnienie trójpodziału zjawisk politycznych na: polityczność (*the political*), politykę (*politics*) i polityki (*policies*). Podział ten zaproponowałem niedawno¹², z odwołaniem się do prac Chantal

⁵ R. Mańko, *Orzekanie w polu polityczności*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018/1, s. 65–95.

⁶ Por. A. Sulikowski, K. Otręba, *O potrzebie studiów krytycznych nad prawem konstytucyjnym*, „Państwo i Prawo” 2016/4, s. 9: „Prawo jest bowiem przez *legal critics* traktowane jako wieloaspektowy zespół praktyk społecznych bądź też jako wytwór dyskursów – zorganizowanych wokół pewnych hierarchii i reguł praktyk mówienia, które same wytwarzają swój przedmiot”.

⁷ Zwrócił na to uwagę już Pierre Bourdieu. Zob. P. Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, „Actes de la Recherche en Sciences Sociales” 1986/64, s. 5.

⁸ F. Rakoczy, *Autonomia prawa a problem jego polityczności*, w: B. Krzysztan et al. (red.), *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*, Wrocław 2016, s. 213.

⁹ T. Buksiński, *Trzy teologie polityczne Carla Schmitta*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014/1, s. 39.

¹⁰ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może...*, s. 57.

¹¹ R. Mańko, J. Łakomy, *W poszukiwaniu presupozycji ontologicznych krytycznej nauki o prawie*, „Krytyka Prawa” 2018/2, s. 454–456.

¹² R. Mańko, *W stronę...*, s. 147–151.

Mouffe i Maura Zamboniego¹³, jednakże jego elementy można odnaleźć także w pracach innych badaczy¹⁴. Polityczność definiuję tu jako element antagonizmu, immanentny w każdym społeczeństwie ludzkim¹⁵. Antagonizm może być antagonizmem ekonomicznym (często: klasowym), ale też kulturowym czy ideologicznym¹⁶ (np. spór o aborcję czy związki partnerskie¹⁷). Tym, co dla antagonizmu istotne, to jego kolektywny (zbiorowy) charakter¹⁸. Naprzeciw siebie stają nie tyle jednostki, ile grupy – konsumenci vs. przedsiębiorcy, pracownicy vs. pracodawcy, zwolennicy legalizacji aborcji, marihuany czy małżeństw homoseksualnych vs. przeciwnicy takiej legalizacji¹⁹. Tym, co grupy sobie przeciwstawiają są interesy i wartości, przy czym można określić wartości te mianem interesu symbolicznego²⁰ albo czystego interesu ideologicznego²¹, tj. interesu w tym, by dana ideologiczna koncepcja (np. legalizacja albo delegalizacja aborcji) były w społeczeństwie zrealizowane. Tęgo typu interes tym różni się od typowego interesu ekonomicznego, że osoba zainteresowana nie dąży do powiększenia lub utrzymania swojego stanu posiadania²², ale do narzucenia innym (całemu społeczeństwu) rozwiązań, które uważa za słuszne, zazwyczaj w związku z wyznawanym przez siebie kompleksowym światopoglądem. Tak zdefiniowana polityczność oczywiście przejawia się często w sporach sądowych; im bardziej dane społeczeństwo jest zjurydyzowane²³, tym częściej spory, nie tylko ekonomiczne, ale i kulturowe, będą rozstrzygane przez sądy. Najbardziej zjurydyzowanym państwem świata są zapewne Stany Zjednoczone, ale przykłady orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: „TK”) dotyczące kontrowersyjnych światopoglądowo problemów (aborcja²⁴, tzw. ubój rytualny²⁵) czy też orzecznictwa Sądu Najwyższego (dalej: „SN”) wyważającego prawo do wolności słowa z interesami grup religijnych (np. słynne sprawy darcia Biblii przez lidera pewnej deathmetalowej grupy muzycznej²⁶ czy wypowiedzi dotyczące twórców Biblii autorstwa znanej piosenkarki muzyki pop²⁷) pokazują, że i w naszym społeczeństwie coraz częściej to do sędziów, a nie

¹³ Zob. np. M. Zamboni, *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*, Berlin 2008, s. 7–8, 71, 79.

¹⁴ Zob. np. K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986, s. 238–239, którego podział na stosunki i działania polityczne odpowiada proponowanemu przeze mnie (w nawiązaniu do M. Zamboniego) rozróżnienia na *politics* i *policies*.

¹⁵ C. Mouffe, *Polityczność*, s. 24.

¹⁶ R. Mańko, J. Łakomy, *W poszukiwaniu...*, s. 456.

¹⁷ Zob. szerzej W. Zomerski, *Krytyczna analiza dyskursu sądowego dotyczącego prawnej sytuacji osób homoseksualnych w świetle art. 18 Konstytucji RP*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017/2, s. 80–97.

¹⁸ C. Mouffe, *Polityczność*, s. 26.

¹⁹ R. Mańko, *Orzekanie...*, s. 85.

²⁰ Przymiotnik „symboliczny” jest tu używany w luźnym (nieco metaforycznym) nawiązaniu do pojęcia „kapitał symboliczny” u P. Bourdieu, gdzie symboliczność kapitału jest w pewnym sensie przeciwieństwem jego ekonomiczności, ale może być nań wymieniana. O kapitale symbolicznym i ekonomicznym w teorii P. Bourdieu w: H. Dębska, *Władza symbol prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 30–34.

²¹ „Czystego” w znaczeniu, że pozbawionego bezpośredniego przełożenia na interes ekonomiczny.

²² Oczywiście nie wyklucza to faktu, że określone osoby należące do inteligencji ideologicznej (określenie Duncana Kennedy’ego oznaczające grupę osób zawiadujących daną ideologią) będą czerpać wymierne, materialne korzyści z realizacji czystego interesu ideologicznego, choćby z uwagi na wzrost ich własnego prestiżu.

²³ O zjawisku jurydyzacji zob. m.in. M. Safjan, *Rola prawnika we współczesnym świecie*, Lublin 2004, s. 23; A. Sulikowski, *Posthumanizm a prawoznawstwo*, Opole 2013, s. 65–66; R. Mańko, *W stronę...*, s. 124–126.

²⁴ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK 1997/2, poz. 19.

²⁵ Wyrok TK z 10.12.2014 r. (K 52/13), OTK-A 2014/11, poz. 118.

²⁶ Uchwała SN z 29.10.2012 r. (I KZP 12/12), OSNKW 2012/11, poz. 112; postanowienie SN z 5.05.2015 r. (III KK 274/14), OSNKW 2015/9, poz. 72.

²⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa z 16.01.2012 r. (III K 416/10); wyrok TK z 6.10.2015 r. (SK 54/13), OTK-A 2015/9, poz. 142. Sprawa ze skargi Doroty R. – oparta o naruszenie art. 10 Konwencji (wolność wyrażania opinii) jest obecnie rozpatrywana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (*Rabczewska przeciwko Polsce*, skarga nr 8257/13).

tylko zawodowych polityków, należy ostatnie słowo w sprawie różnych kontrowersji o charakterze światopoglądowym.

Od tak rozumianej polityczności – jako wymiaru antagonizmu – należy odróżnić politykę (*politics*), rozumianą jako sferę aktywności społecznej związanej z dążeniem do uzyskania i utrzymania władzy politycznej, a więc w szczególności w organach konstytucyjnych państwa²⁸. Współcześnie polityka ma zazwyczaj charakter polityki partyjnej (*party politics*), co podkreśla rolę partii politycznych w zdobyciu i utrzymaniu władzy. Od razu pragnę podkreślić, że styk nauki prawa i polityki partyjnej nie interesuje mnie w niniejszej pracy. Wątek ten był już podejmowany m.in. przez Jerzego Zajadło²⁹ i w pełni podzielał jego pogląd, że nauka prawa powinna zachowywać zdrowy dystans od polityki partyjnej, nie tylko w imię etyki akademickiej, lecz także we własnym, dobrze pojętym interesie. Przywołany przez J. Zajadło przykład Carla Schmitta jako naukowca, który zapłacił wysoką cenę (internowanie, a później relegowanie z akademii) za swoje fatalne zaangażowanie w politykę partyjną totalitarnego państwa niech będzie tu wystarczającą przestrożą³⁰. Sprawę uważam zatem za zamkniętą i nie widzę powodu, by do niej wracać. Interesować mnie będzie relacja nauki prawa do polityczności (w znaczeniu pierwszym).

Wreszcie trzecie pojęcie, które z dwoma pozostałymi pozostaje w ścisłym związku, to polityki publiczne (*public policies*) w liczbie mnogiej czy też, dla ortodoksów językowych stojących na straży normy, że polityka jest rzeczownikiem *singularis tantum* – obszarów polityki publicznej³¹. Takie obszary polityki (*policies*) to dziedziny, w jakich działa państwo czy inna organizacja, szczególnie ponadnarodowo-integracyjna. Są to więc, przykładowo, polityka zagraniczna, obronna, bezpieczeństwa, społeczna, gospodarcza, monetarna, itp. Przykłady można by mnożyć – chodzi o typologię obszarów, w jakich działa państwo czy inna organizacja o charakterze terytorialno-władczym.

Sens wyróżniania tych obszarów jest tego rodzaju, że pozwala na uporządkowanie dyskusji nad związkami prawa i polityki, umożliwiając udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób prawo kształtuje poszczególne polityki, w jaki sposób polityki te wpływają na prawo oraz w jakim stopniu je instrumentalizują. Tematyka ta jest niewątpliwie interesująca i doczekała się opracowań podejmujących wątki relacji pomiędzy prawem a polityką ekonomiczną³², oraz ogólnych prac dotyczących zjawiska instrumentalizacji prawa³³, szczególnie w stosunku do jego deklarowanej czy też postulowanej autonomii. Zapewne byłoby również interesujące podjęcie rozważań nad relacją nauki prawa do kształtowania polityk państwa, jednakże ramy niniejszego opracowania na to nie pozwalają – ograniczę się więc do zajęcia stanowiska, z perspektywy krytycznej nauki o prawie, w kwestii relacji pomiędzy nauką prawa a politycznością (*the political*).

²⁸ Według C. Mouffe polityka to „zestaw praktyk i instytucji, które w obliczu wprowadzanego przez polityczność konfliktu tworzą porządek umożliwiający ludzkie współistnienie” (C. Mouffe, *Polityczność*, s. 24).

²⁹ J. Zajadło, *Polityczność*...

³⁰ Por. J. Zajadło, *Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta?*, w: J. Zajadło (red.), *Schmitt*, Sopot 2016, s. 13–67.

³¹ R. Mańko, *W stronę*..., s. 149–150.

³² Zob. w szczególności S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*, Wrocław 1988. Z nowszych opracowań por. D. Kennedy, *Law and the Political Economy of the World*, „Leiden Journal of International Law” 2013/26, s. 7–48.

³³ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993/3, s. 16–28; W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000; A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000; A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, „Studia Prawnicze” 2016/4, s. 39–68.

3. Polityczność formy prawnej a polityczność gałęzi, instytucji i norm prawnych

Zanim przejdę jednak do dalszych rozważań, celowe wydaje mi się ustosunkowanie się do problemu polityczności prawa. Skoro bowiem zasadniczym przedmiotem badawczym nauk prawnych jest fenomen prawa, a nawet można się pokusić o twierdzenie, że jest jedynym elementem wspólnym dla wszystkich tych nauk stosujących niewątpliwie bogaty wachlarz metod badawczych, częstokroć wzajemnie do siebie nieprzystawalnych, to w tej sytuacji określenie, w jakim stosunku do polityczności pozostaje samo zjawisko prawa będzie adekwatnym punktem wyjścia dla dalszych rozważań. Widzę przy tym potrzebę potraktowania odrębnie formy i materii prawa, tj. formy prawnej jako pewnego sposobu ujmowania (konceptualizacji) zjawisk społecznych i ich normowania oraz konkretnych, rzeczywiście istniejących systemów prawa z ich gałęziami, działami, instytucjami i wreszcie poszczególnymi normami, a także ich stosowaniem.

Zacznijmy od polityczności formy prawnej³⁴. Forma prawna cechuje się przede wszystkim swoją abstrakcyjnością i selektywnością. Jest abstrakcyjna, gdyż zjawiska bardzo różnorodne ujmuje poprzez odwołanie się do bardzo ogólnych kategorii, programowo oderwanych od ich społecznej treści³⁵, i to zarówno w odniesieniu do podmiotowości (każdy człowiek to „osoba fizyczna”)³⁶, jak i do poszczególnych zjawisk („czynność prawna”, „oświadczenie woli”, „czyn niedozwolony”). Chodzi zatem o to, że bogactwo zjawisk życia społecznego zostaje niejako na siłę wtłoczone w określony, z założenia uproszczony schemat. Sytuacje nieporównywalne stają się dzięki temu porównywalne, a zjawiska niepodobne – traktowane są identyczne, jeśli tylko podpadają pod daną (prawnie doniosłą) kategorię³⁷. Abstrakcyjność prawa (względem jego społecznej treści) jest wręcz istotą formy prawnej³⁸, przy czym abstrakcyjność ta jest możliwa oczywiście tylko dzięki drugiej cesze formy prawnej jaką jest selektywność. Formę prawną zazwyczaj interesują tylko wybrane, najczęściej formalistycznie ujęte cechy. Forma prawna niejako programowo pomija wszystko inne. I tak, przykładowo, dla prawa umów istotne jest, czy strony złożyły oświadczenia woli, nie jest natomiast istotne, czy były bogate czy biedne, po co zawarły umowę itp. Jeżeli jakiegokolwiek aspekty poza zbieżnością oświadczeń woli mają zostać uwzględnione, to również muszą zostać one wtłoczone

³⁴ O pojęciach formy (*form*) i materii (*substance*) w odniesieniu do prawa pisałem w: R. Mańko, *Form and Substance of Legal Continuity*, „Zeszyty Prawnicze” 2017/2, s. 207–234. Zob. także O.S. Joffe, M.D. Szargorodski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1963, s. 40–41. Zdaniem tych autorów: „Państwowa wola klasy panującej stanowi istotę prawa, jego zasadniczą treść, a norma, wyrażająca daną wolę, jest sposobem wyjawienia tej istoty, jest specyficzną i zarazem istotną formą prawa” (s. 40). Lew S. Jawicz z kolei wyróżniał zewnętrzną i wewnętrzną formę prawa, tę pierwszą rozumiejąc jako formę prawną względem treści faktycznej (np. ekonomicznej), a tę drugą – jako wewnętrzne ustrukturyzowanie prawa. Zob. Л.С. Явич (L.S. Jawicz), *Общая теория права (Оgólna teoria prawa)*, Leningrad 1976, s. 97–99. P. Bourdieu natomiast pisał o „specyficznej formie dyskursu prawnego”, którą należy odróżnić od pojęcia ideologii (P. Bourdieu, *La force...*, s. 3), podkreślając, że: „Retoryka autonomii, neutralności i uniwersalizmu, daleka od bycia prostą ideologiczną maską (...) stanowi właściwy wyraz całokształtu funkcjonowania pola prawnego, a w szczególności pracy racjonalizacyjnej (...), której od wieków stale poddawany jest system norm prawnych (...)” (P. Bourdieu, *La force...*, s. 5).

³⁵ I.D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, „Law and Society” 1977/11, s. 576.

³⁶ O roli prawa w tworzeniu abstrakcyjnie ujętych form podmiotowości zob. w: R. Mańko, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014/1, s. 41–54; R. Mańko, *Reality is for Those Who Cannot Sustain the Dream: Fantasies of Selfhood in Legal Texts*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2015/1, s. 24–47.

³⁷ Zwracał na to uwagę swego czasu Hugh Collins w odniesieniu do prawa umów (H. Collins, *Regulating Contracts*, Oksford 1999). Zob. też H. Collins, *Marxism and Law*, Oksford 1982, s. 132. Odmienne rzecz się miała, do pewnego stopnia, w prawie feudalnym, gdzie kategorie prawne były bliżej powiązane z kategoriami społeczno-ekonomicznymi.

³⁸ J. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa a marksizm*, Warszawa 1985, s. 30.

w abstrakcyjne kategorie ufundowane na selektywności, np. pojęcia błędu, wyzysku czy podstępu, a ostatnio – prawne formy ochrony konsumenta w prawie cywilnym³⁹. Te kategorie, choć oczywiście podważają czysty formalizm umowny (taki jak w wypadku rzymskiej stypulacji czy współczesnego zobowiązania wekslowego), same jednak też są abstrakcyjne i selektywne. Nawet zdawać by się mogło zaprzeczające abstrakcyjności i selektywności klauzule generalne, jak ta zawarta w art. 5 Kodeksu cywilnego⁴⁰, z czasem pozytywizują się w dyskursie orzeczniczym i doktrynalnym w sposób, który upodabnia je do kategorii, które były abstrakcyjne i selektywne *ab initio*⁴¹. Takie są po prostu właściwości formy prawnej, które ją odróżniają od innych dyskursów.

Stawiając pytanie o polityczność formy prawnej, pytamy w istocie o to, czy ta abstrakcyjno-selektywna forma służy określonym skonfliktowanym grupom (np. klasom społecznym). Z pozoru mogłoby się wydawać, że forma jest obojętna, gdyż to dopiero treść, jaka zostanie w tę formę ujęta (dyspozycje konkretnych przepisów) może być oceniana pod kątem polityczności, sama forma natomiast – nie. Niemniej jednak należy chyba przyjąć, że również sama forma ma charakter polityczny, bowiem sprzyja tym, których interesy ujęte są w przepisach, a wywołuje negatywne skutki dla tych, którzy nie mogą swoich interesów bronić w oparciu o to, co jest zawarte w prawie stanowionym⁴². Wiąże się to z ograniczoną autonomią pola prawnego będącą wprost konsekwencją jego roli w reprodukcji stosunków społecznych⁴³ i faktu, że system norm prawnych odpowiada określonym społecznym zapotrzebowaniom i „stanowi posłuszny instrument w rękach tego, kto nad nim panuje”⁴⁴. Forma prawna, ze swoją abstrakcyjnością i selektywnością, wyklucza więc rzeczywiste uwzględnienie całokształtu okoliczności każdej sprawy, gdyż z założenia służy określonym interesom. Dokonywane w tej formie wyłomy, jak np. pojęcia błędu czy podstępu w prawie umów czy konieczność uwzględnienia właściwości i warunków osobistych sprawcy w prawie karnym, same też, z chwilą włączenia ich do formy prawnej, stają się jej częścią, a zatem stają się abstrakcyjne i selektywne. Jeżeli nie przepisy, to już praktyka sądowa i poglądy doktryny zmierzają nieustannie do ich konkretyzacji w imię specyficznie prawniczej wartości, jaką jest przewidywalność i pewność prawa. Dlatego też w tradycji myślenia krytycznego forma prawna traktowana była z pewnym sceptycyzmem, a w wizjach społeczeństwa idealnego częstokroć odwoływano się do jej przewyższenia (np. koncepcja obumierania prawa u Fryderyka Engelsa⁴⁵ i Włodzimierza Lenina⁴⁶). U źródeł takiego podejścia leży założenie, że forma prawna jest *per se* polityczna, a zatem antagonistyczna, a jeżeli miałby zostać przewyższony antagonizm, forma prawna, jako jemu właściwa, powinna również zniknąć zastąpiona

³⁹ Te ostatnie również abstrahują od rzeczywistych stosunków społecznych, które mają regulować, co prowadzi do paradoksalnej sytuacji, gdy zamożny konsument chroniony jest przed ubogim chałupnikiem, tym samym tylko umacniając swoją hierarchiczną przewagę. Por. D. Kukovec, *Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo*, w: D. Kochenov et al. (red.), *Europe's Justice Deficit?*, Oksford 2015, s. 329. Zob. także J. Kuźmicka-Sulikowska, *Normatywne określenie sposobu uwzględniania upływu terminu przedawnienia roszczeń jako wybór motywowany względami polityki społecznej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018/3, s. 10–23.

⁴⁰ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.).

⁴¹ Chodzi np. o tzw. wewnętrzny system klauzuli generalnej. Zob. np. M.W. Hesselink, *The Concept of Good Faith*, w: A.S. Hartkamp et al. (red.), *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 619–649.

⁴² Por. R. Mañko, J. Łakomy, *W poszukiwaniu...*, s. 463.

⁴³ P. Bourdieu, *La force...*, s. 18.

⁴⁴ P. Bourdieu, *Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva*, „Juezes para la Democracia” 2003/47, s. 3.

⁴⁵ F. Engels, „Anty Dühring”. *Przewrót w nauce dokonany przez pana Eugeniusza Dühringa*, w: K. Marks, F. Engels, *Dziela*, t. 20, Warszawa 1969.

⁴⁶ W.I. Lenin, *Państwo a rewolucja. Nauka marksizmu o państwie i zadania proletariatu w Rewolucji*, w: W.I. Lenin, *Dziela wybrane*, t. II, Warszawa 1949, s. 153 i n.

przez czystą sprawiedliwość (idealnie dopasowaną do danego przypadku, a nie do abstrakcyjnych, „prefabrykowanych” norm prawa stanowionego czy precedensowego)⁴⁷.

O polityczności poszczególnych działów, gałęzi, instytucji i wreszcie norm prawnych nie sposób jest wątpić. Chronią one bowiem interesy jednych grup kosztem innych. Poza oczywiście skrajnymi sytuacjami, jak instytucja prawna niewolnictwa, próbują przy tym odnaleźć pewną (choćby pozorną) równowagę pomiędzy tymi interesami. Tylko w relacji pan–niewolnik interes jednej strony traktowany jest jako mający absolutną przewagę nad interesem drugiej, której programowo odmawia się podmiotowości, a co za tym idzie – możliwości prawnego artykułowania własnych interesów. Skoro jednak te sprzeczne interesy muszą być w jakiś sposób wyważone, zawsze będzie to wyważenie na osi interesów jednej strony *versus* interesów drugiej. Filozofujący cywiliści z ośrodka amsterdamskiego zaproponowali w tym kontekście ujmowanie wszystkich instytucji prawa cywilnego na jednej osi – od solidarności do autonomii⁴⁸, co jest propozycją interesującą, jednak mającą cechy daleko idącego uproszczenia. Jak bowiem trafnie pokazał Damjan Kukovec, interes korporacji, powołującej się na przepisy o błędzie, nie będzie jednak interesem słabszej strony, nawet jeżeli pozostający z nią w sporze podwykonawca czy pracownik będzie powoływał się na doktryny prawne stworzone dla „silniejszych”, jak np. swoboda umów⁴⁹. Próba ujmowania antagonizmów za pomocą osi autonomia–solidarność nie może więc być uznane za satysfakcjonujące; konieczne jest raczej identyfikowanie konkretnych grup (klas), których interesowi służy to czy inne rozwiązanie (np. pracownicy–przedsiębiorcy, pracownicy z peryferii *vs.* związkowcy w państwach centrum itp.). Mówiąc inaczej, krytyka prawa z perspektywy pojęć autonomia–solidarność sama cierpi na nadmierne wyabstrahowanie od realiów społecznych.

4. Polityczność nauki prawa

4.1. Uwagi wprowadzające

Przechodząc do problemu stosunku nauki prawa (czy ściślej: poszczególnych nauk prawnych) do problemu polityczności sądzę, że należy poczynić rozróżnienia w zależności od charakteru poszczególnych nauk prawnych. Ze względu na ramy niniejszego opracowania ograniczę się do dwóch wybranych subdyscyplin⁵⁰ – analitycznej teorii prawa oraz dogmatyk prawnych. Pomijam w niniejszych rozważaniach krytyczną teorię prawa, która jest programowo polityczna, różniąc się od pozostałych form naukowej refleksji nad prawem zarówno celami, jak i metodami⁵¹, a której tożsamości i presupozycjom

⁴⁷ Por. C. Cercel, *Towards a Jurisprudence of State Communism. Law and the Failure of Revolution*, Abingdon 2018, s. 92–93; R. Mańko, *W stronę...*, s. 173–174.

⁴⁸ Por. M. Hesselink (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Haga 2003; M.W. Hesselink, *Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006/2, s. 301–340.

⁴⁹ D. Kukovec, *Taking...*, s. 329.

⁵⁰ Poszczególne subdyscypliny prawoznawstwa traktuję oddzielnie nie dlatego, bym uznawał ich istotową odrębność, ale z uwagi na podejście socjologiczne, jakie mi przyświeca. Otóż twierdzę – na podstawie interakcji z przedstawicielami nauki prawa rzymskiego, historii prawa, cywilistyki, jak też socjologii, teorii i filozofii prawa – że każda z tych subdyscyplin tworzy, przynajmniej w polskim prawoznawstwie, względnie samodzielnie uniwersum, z własnymi kryteriami poprawności metodologicznej, reprodukowane w szczególności w procedurach awansowych i publikacyjnych.

⁵¹ T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 12.

poświęciłem rozdział w innym opracowaniu⁵². Pomijam też filozofię prawa, rozumianą jako filozoficznie inspirowana ogólna refleksja nad prawem, gdyż z uwagi na spory ładunek filozofii politycznej, mającej programowo charakter normatywny, polityczność tej subdyscypliny nie powinna zasadniczo budzić wątpliwości. Z innych względów pomijam problem polityczności socjologii prawa oraz historii prawa, gdyż z uwagi na ich usytuowanie na pograniczu dyskursów (prawniczego i odpowiednio socjologicznego oraz historycznego), opracowanie problematyki ich polityczności wymagałoby sięgnięcia do rozważań o polityczności dyskursów nieprawniczych, w których są one zanurzone, na co niestety brak miejsca w niniejszym opracowaniu. Skupię się natomiast na dwóch *par excellence* prawniczych subdyscyplinach, *ergo* na analitycznej teorii prawa oraz na dogmatyce, zadając pytanie o ich polityczność.

4.2. Polityczność analitycznej teorii prawa

Zacznijmy więc od teorii prawa, rozumianej tu jako analityczna teoria prawa, a zatem ogólna refleksja nad prawem rozumianym jako zjawisko językowe, polegająca na uogólnianiu ustaleń części ogólnych poszczególnych dogmatyk oraz dostarczaniu im ogólnych, formalnych narzędzi pozwalających na badanie prawa jako zjawiska językowego⁵³. Z pozoru mogłoby się wydawać, że tak rozumiana teoria prawa jest programowo apolityczna i tak też się ona sama pojmuje, nie tylko jako apolityczna, lecz także jako afilozoficzna, ahistoryczna i asocjologiczna forma refleksji nad prawem. Ze swego pola widzenia usuwa wszystko, co nieanalityczne, co mogłoby zanieczyścić jej „czyste” podejście badawcze do prawa wyrwanego z kontekstu społeczno-politycznego i ekonomicznego. Czy jednak taka czysta, czysto lingwistyczna, czysto formalna i programowo wypreparowana z wszelkiej treści społeczno-ekonomicznej teoria rzeczywiście jest prawdziwie apolityczna? Czy fakt zanegowania postawy krytycznej, a zatem programowego odcięcia się od jurysprudencji krytycznej może zostać utożsamiony z realną apolitycznością? Sądzę, że na tak postawione pytanie trzeba udzielić odpowiedzi negatywnej. Wynika to z faktu, że tak rozumiana analityczna teoria prawa jest w istocie teorią *afirmatywną*, w szczególności w stosunku do *formy prawnej* (o której była już mowa powyżej w pkt 3). Afirmując tę formę, programowo wypierając poza swój zakres zainteresowania jakąkolwiek jej społeczno-gospodarczą treść, analityczna teoria prawa w istocie afirmuje tę treść w sposób blankietowy czy też, mówiąc inaczej, aprobejuje ją w sposób milcząco (*per facta concludentia*). Uprawiać analityczną teorię prawa np. w warunkach dyktatury, apartheidu czy totalitaryzmu oznacza programowo uchylać się od ustosunkowania się do głębokich przejawów niesprawiedliwości czy przemocy, dokonywanych przy użyciu formy prawnej⁵⁴. Twierdzę więc, że analityczna teoria prawa jest programowo (choć milcząco) polityczna, a jej nastawienie badawcze sprowadza się do blankietowej afirmacji formy prawnej, przy uchyleniu się do konkretnego ustosunkowania się do jej treści. Taka postawa nie może być określona jako apolityczna, skoro w stosunku do stron antagonizmu społecznego zajmuje postawę afirmującą status quo, ujęty w formę prawa. Niekrytyczność jest politycznością afirmatywną.

⁵² R. Mańko, *W stronę...*, s. 21–94.

⁵³ Chodzi tu więc o teorię prawa w wąskim tego słowa znaczeniu, o nastawieniu scjetystycznym, analitycznym, afilozoficznym. Por. P. Jabłoński, *Polskie spory o rolę filozofii w teorii prawa*, Wrocław 2014, s. 33.

⁵⁴ Por. M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, s. 68–69.

4.3. Polityczność dogmatyk prawniczych

Dogmatyki są, oczywiście, programowo zanurzone w nurcie pozytywistycznym, wobec czego traktują z zasady prawo jako zjawisko językowe, a swoją rolę postrzegają tradycyjnie jako interpretowanie obowiązujących przepisów, wypracowywanie pojęć, wyjaśnianie ich wzajemnych relacji itp. *Prima facie* więc mogłoby się wydawać, że dogmatyk z politycznością rozumianą po Mouffe'owsku jako społeczny antagonizm nic łączyć nie może. Tymczasem pragnę postawić kontrintuicyjną tezę, że to właśnie dogmatyki są tą formą naukowej refleksji nad prawem, która ma z politycznością paradoksalnie najwięcej wspólnego. Nie waham się nawet stwierdzić, że dogmatyki są w równym stopniu politycznie uwikłane co programowo upolityczniona krytyczna nauka o prawie. Wychodząc z założenia, że podstawowym zadaniem dogmatyki jest prowadzenie doktrynalnej (nieoperatywnej) wykładni prawa, a zatem dookreślanie (na ile jest to *in abstracto* możliwe) znaczenia obowiązujących przepisów prawa, a także badanie i krytyczna analiza orzecznictwa sądowego pod kątem prawidłowości dokonanej w nim operatywnej wykładni prawa, okazuje się, iż dogmatyka znajduje się na pierwszej linii frontu polityczności. Każda bowiem norma prawna wykładana przez dogmatykę zasadniczo reguluje określony konflikt społeczny albo bezpośrednio (np. norma o terminie zasiedzenia, która reguluje konflikt posiadaczy z właścicielami), albo pośrednio (np. norma o nadużyciu prawa, która współreguluje wszelkie stosunki cywilnoprawne). Za P. Bourdieu możemy zatem powtórzyć, że: „pole prawne stanowi miejsce walk, ale walk które – włącznie z sytuacją, gdy toczą się o zmianę norm prawnych, o dokonanie rewolucji prawnej (...) muszą się toczyć *według reguł*”⁵⁵. Chodzi oczywiście o reguły dyskursu prawnego, o uświęcone tradycją prawidła dyskursu dogmatycznego, dopuszczalne formy argumentacji, sposób formułowania stanowisk itp.

Dogmatyka może być polityczna w sposób nieuświadomiony albo też może sobie swój stosunek do polityczności w pełni uświadomić i zaakceptować. Sytuacja jest tu analogiczna z politycznością orzekania. Przypomnijmy, że Duncan Kennedy wyjaśnił, iż sędzia może albo sobie uświadamiać swoje polityczne preferencje i następnie w pracy interpretacyjnej się nimi kierować (np. dążąc do maksymalizacji ochrony prawnej pracowników czy do maksymalizacji swobody wypowiedzi), albo też może polityczność wypierać, jednakże w tym drugim przypadku i tak jego operatywne decyzje interpretacyjne będą miały skutki polityczne⁵⁶. Taki sędzia, wypierający element polityczności ze swojej świadomości, będzie może subiektywnie apolityczny, jednakże będzie przy tym obiektywnie polityczny. Może albo postępować całkowicie przypadkowo, tj. chwycić się tej interpretacji, która mu się *prima facie* wyda najślusniejsza, albo może też wybierać raz interpretację za jedną stroną antagonizmu, a innym razem – za drugą („sędzia bipolarny”). Ponieważ jednak materiały prawne są zawsze niedookreślone – w naszych warunkach chodzi o niedookreśloność semantyczną tekstów prawa stanowionego – wobec tego sposób ich interpretacji będzie zależał od nakładu pracy interpretacyjnej i jej kierunku. Sprawa jest jasna dla pełnomocników stron, którzy zawsze dążą do przedstawienia wykładni najbardziej korzystnej dla klienta. Jest jednak bardziej skomplikowana w przypadku interpretatorów pozornie apolitycznych, tj. sędziów i dogmatyków.

⁵⁵ P. Bourdieu, *Los juristas...*, s. 4.

⁵⁶ D. Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora 2008, s. 163. Zob. także D. Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge (Mass.) 1997, s. 184–186.

Pozostając w obrębie prawa cywilnego, można powiedzieć, że dogmatyk zawsze staje przed wyborem politycznym. Odczytując przepisy prawa w całym bogactwie materiału prawnego – a zatem uwzględniając klauzule generalne, ogólne zasady prawa cywilnego czy też cele przypisywane prawodawcy oraz funkcje przypisywane poszczególnym instytucjom prawnym – dogmatyk zawsze musi wybierać. Dysponuje w tym celu bogatym arsenałem metod wykładni doktrynalnej, pozwalającym, jak pokazał to D. Kennedy w pracy o hermeneutyce podejrzeń⁵⁷, przenosić kontekst interpretacyjny z poziomu szczegółowego na ogólny i z powrotem. Praca dogmatyka jest więc analogiczna do pracy sędziego czy adwokata, jednakże – podobnie jak w przypadku sędziego – polityczność jest programowo wypierana, co nie znaczy, że nie występuje obiektywnie.

Skoro więc obiektywnie praca dogmatyka np. prawa cywilnego, jest zawsze pracą obiektywnie uwikłaną w polityczność („polityczność w sobie”), rozumując w duchu krytycznej filozofii prawa proponuję, by dogmatycy tę polityczność zaakceptowali i zaczęli świadomie deklarować swoje podejście („polityczność dla siebie”). Nie uciekniemy bowiem od niejednoznaczności tekstów prawnych, czy będą to teksty kodeksów (na kontynencie) czy precedensów (w systemie *common law*). Nie ma też żadnej uniwersalnej recepty na usunięcie tej jednoznaczności poprzez „magiczne” odwołanie się do ogólnych zasad, celów regulacji czy funkcji poszczególnych instytucji prawnych. Niektóre zaś normy prawne – jak klauzule generalne odwołujące się do „zasad współżycia społecznego”, „dobrych obyczajów” czy „dobrej wiary” – programowo otwierają system prawa na aksjologię. Powstaje zatem pytanie, na jaką (czyją) aksjologię system ten należy otwierać. Przyjmując za C. Mouffe założenie, że społeczeństwo cechują konflikty (antagonizmy) niedające się usunąć, wręcz wbudowane w jego strukturę, musimy zdać sobie sprawę iż praca interpretacyjna – zarówno operatywna, jak i doktrynalna – nie może być wobec tych antagonizmów obojętna, nawet gdy interpretator będzie się od upolitycznienia odżegnywał.

Przedstawiciele pragmatycznej filozofii prawa powiedzieliby, że nie jest możliwe przyjęcie „widoku znikąd”⁵⁸, i że sposób interpretowania norm prawnych przez dogmatyka będzie uwikłany jego własnym bagażem doświadczeń, pochodzeniem społecznym, aktualną pozycją zajmowaną w społeczeństwie, aktualnie wyznawanym światopoglądem (który zazwyczaj jest pochodną tych pierwszych trzech elementów)⁵⁹. Oceny trudnych przypadków – np. tych, w których sięgamy do zasad współżycia społecznego, uznając *lex scripta* za nieadekwatną – nie mogą być dokonywane w oderwaniu od konkretnej wizji społeczeństwa i gospodarki. Oceny te są immanentnie z taką wizją – określaną w krytycznej teorii mianem „ideologii” – związane.

Podsumowując, należy stwierdzić, że dogmatyk, pomimo deklarowanej apolityczności, w rzeczywistości dokonując doktrynalnej wykładni prawa podejmuje kolejne decyzje, które są nie tylko decyzjami interpretacyjnymi, lecz także politycznymi, bowiem wyznaczają kolejne etapy w antagonistycznych zmaganiach w społeczeństwie. W obszarze prawa prywatnego będą to przede wszystkim konflikty o charakterze ekonomicznym, a więc klasowym, ubrane w abstrakcyjne szaty konfliktów na linii: konsument–przedsiębiorca, pracownik–pracodawca, dłużnik–wierzyciel, powód–pozwany. Jak zauważa D. Kukovec, relacja tych abstrakcyjnych tożsamości do rzeczywistych antagonizmów

⁵⁷ D. Kennedy, *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, „Law and Critique” 2014/2, s. 91–139.

⁵⁸ T. Nagel, *Widok znikąd*, Warszawa 1997.

⁵⁹ Zob. np. J. Łakomy, *Hermeneutic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation*, w: A. Bator, Z. Pulka (red.), *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, Wiedeń 2018 (w druku).

musi być oceniana *in casu*⁶⁰, dlatego sytuacja dogmatyki jest tu nieco bardziej złożona niż sytuacja sędziego. Niemniej w wielu zwyczajnych sytuacjach (np. na osi: konsument – przedsiębiorca, pracownik – pracodawca) łatwo jest ocenić typową tożsamość stron nie tylko pod względem abstrakcyjno-formalno-prawnym, lecz także ekonomicznym.

Dogmatyk, dokonując pracy interpretacyjnej, pozostaje – tak jak sędzia – w obrębie prawa jako medium⁶¹. Medium to kształtuje dogmatyka, wyznaczając ramy, w których się porusza, ale też sam dogmatyk kształtuje medium w procesie, który Jerzy Leszczyński określa mianem pozytywizacji prawa⁶². Rola dogmatyki prawniczej jest tu kluczowa, bowiem jej czołowe dzieła, np. wpływowe komentarze kodeksowe czy „systemy prawa”, posiadają niemały wpływ na orzecznictwo sądowe. Podobnie glosy krytyczne, szczególnie, gdy pochodzą od czołowych przedstawicieli danej dogmatyki i są dobrze uargumentowane pod względem prawniczym mogą wpłynąć na zmianę linii orzecznictwa. Wszystkie te materiały, wytwarzane codziennie przez dogmatykę, służą pełnomocnikom stron do konstruowania argumentacji prawnej korzystnej dla ich klientów. Co więcej, zdolność danego dogmatyka do przekonania innych dogmatyków do swoich racji może stopniowo wpłynąć na wytworzenie się *communis opinio*, od której sądom trudno będzie odstąpić.

D. Kennedy pisząc o politycznym zaangażowaniu sędziów, podkreślał jednocześnie, że muszą oni, dla osiągnięcia swoich celów, stosować argumentację przyjętą w dyskursie sądowym, a nie argumentację czysto polityczną⁶³. Nie inaczej jest w przypadku dogmatyki. Jeżeli dany dogmatyk chce przekonać innych do swoich racji, np. prokonsumenckiej wykładni określonego przepisu Kodeksu cywilnego, to sukces osiągnie stosując powszechnie przyjęte metody wykładni, a zatem językową, systemową (wskazanie np. na ogólną zasadę ochrony konsumenta) czy też teleologiczną (wskazując, że celem i funkcją danej instytucji jest ochrona konsumentów, wobec tego dany przepis, pomimo jego językowej niejednoznaczności, należy wyklądać właśnie *in favorem consumatoris*). Dla jakości argumentacji obojętne jest, jaka motywacja przyswieca interpretatorowi doktrynalnemu. Dla jej skuteczności nawet lepiej, gdy interpretator zachowa ją dla siebie, a przedsięwzięcie swoje określi w sposób maksymalnie neutralny, nieodwołujący się do elementów aksjologicznych, poza wskazaniem na wartości specyficzne dla prawa, takie jak pewność prawa, bezpieczeństwo obrotu, ochrona zaufania itp.

5. Zakończenie

Trudno byłoby mówić o prawie w oderwaniu od polityczności, skoro genezą formy prawnej jest rozwiązywanie konfliktów (Jewgienij Paszukanis⁶⁴). Konflikty te mają zazwyczaj charakter nie tylko jednostkowy (indywidualny), ale kolektywny (częstokroć klasowy albo dotyczący sporów ideologiczno-kulturowych). Formą ogólnej refleksji nad prawem, która programowo angażuje się w polityczność jest prawoznawstwo krytyczne. W przypadku pozostałych, tradycyjnych form badania prawa polityczność jest immanentna, nawet jeżeli częstokroć wyparta. Analityczna teoria prawa, programowo odcinająca się od rzeczywistości społeczno-gospodarczej, posiada wyraźny (choć niewypowiedziany)

⁶⁰ D. Kukovec, *Taking...*, s. 329.

⁶¹ D. Kennedy, *Legal...*, s. 6–7, 18–19, 25.

⁶² J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010.

⁶³ D. Kennedy, *A Critique...*, s. 161; D. Kennedy, *The Hermeneutic...*, s. 133.

⁶⁴ J. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa i marksizm*, Warszawa 1985, s. 68: „podstawową przesłanką regulacji prawnej jest (...) sprzeczność interesów prywatnych”.

stosunek do polityczności, wyrażający się w blankietowej afirmacji prawa pozytywnego. W jednych epokach może to być cnotą, ale w innych, np. w dobie dominacji ideologii neoliberalnej, można teorię prawa oskarżyć co najmniej o zaniechanie sprzyjające utrzymaniu istniejących struktur dominacji i wyzysku, ubranych w programowo neutralną szatę prawa. Kto tę szatę afirmuje, afirmuje też blankietowo to, co w tę szatę jest ubierane. Z kolei dogmatyka prawnicza jest jedną z najbardziej uwikłanych w polityczność form naukowej refleksji nad prawem, a to dlatego, że po pierwsze, przepisy prawa, badane przez dogmatyki, regulują konflikty społeczne, a zatem *eo ipso* przynależą do domeny polityczności oraz, po drugie, przepisy te, z uwagi na własności języka naturalnego oraz właściwości prawa w ogóle (otwarta tekstowość, niemożliwość przewidzenia wszelkich sytuacji, celowe posługiwanie się klauzulami generalnymi) nie są nigdy konkluzywne odnośnie do swoich skutków. Prawo, jak przekonująco pokazał J. Leszczyński, pozytywizuje się dopiero w dyskursie dogmatycznym (który rozumie on jako obejmujący łącznie wykładnię doktrynalną i operatywną)⁶⁵. Polityczna i moralna odpowiedzialność za kształt, jak powiedziałby Jerzy Wróblewski, systemu prawa wyinterpretowanego, spoczywa więc wspólnie na dogmatyce i judykaturze. Może ona wypierać swoje uwikłanie w polityczność, ale nie ucieknie od niego obiektywnie. Krytyczna filozofia prawa podsuwa tu jednoznaczne rozwiązanie: przejście od polityczności w sobie do polityczności dla siebie.

Należy też podkreślić, że polityczność nauk prawnych wynika z badanej przez nich materii, jaką jest całościowy kształt zjawisk prawnych (jurydyczność) oraz stosunku tych nauk do badanej przez siebie materii. Polityczność nauk prawnych ufundowana jest zatem na trzech podstawach. Po pierwsze, na polityczności epistemologicznej, tj. na wpływie społecznego usytuowania podmiotu poznającego. W tym sensie można też mówić o polityczności innych nauk, w szczególności humanistycznych i społecznych. Po drugie, na polityczności wynikającej z materii nauk prawnych, jaką jest jurydyczność będąca immanentnie powiązana z antagonizmami społecznymi jako ich regulator i, jako forma (forma jurydyczna) względem materii ekonomiki czy innych stosunków społecznych⁶⁶, a zatem z racji swojej społecznej funkcji. Po trzecie wreszcie, z racji szczególnej pozycji nauki prawa – w szczególności dogmatyki prawniczej – jako współtwórcy badanej przez siebie materii⁶⁷, tj. z racji prawotwórczej *de facto* roli nauki prawa, które to prawo pozytywizuje się dopiero w dyskursie dogmatycznym (w tym naukowym)⁶⁸. Jak pisał bowiem przed osiemdziesięcioma laty Sawa Frydman: „Nie wyposażeni w imperium dogmatycki siłą przekonywania i dowodzenia narzucają swe poglądy innym dogmatykom i praktykom, biorąc w ten sposób czynny udział w życiu politycznym”⁶⁹. Z powyższych rozważań wynika, że choć ogół nauk prawnych uczestniczy w polityczności, to jednak te spośród nich, których ustalenia wpływają najbardziej bezpośrednio na rozstrzygnięcia konkretnych antagonizmów społecznych ferowane przez sądy – a zatem dogmatyki prawnicze – są z politycznością powiązane najściślej.

⁶⁵ J. Leszczyński, *Pozytywizacja...*

⁶⁶ Л.С. Явич (L.S. Jawicz), *Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений (Istota prawa. Społeczno-filozoficzne pojęcie genezy, rozwoju i funkcjonowania prawnej formy stosunków społecznych)*, Leningrad 1985, s. 9, 15–18.

⁶⁷ S. Frydman, *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*, Wilno 1936, s. 104; A. Pierietiatkowicz, *Studia prawnicze*, Poznań 1938, s. 98–101; Л.С. Явич (L.S. Jawicz), *Сущность...*, s. 14.

⁶⁸ J. Leszczyński, *Pozytywizacja...*

⁶⁹ S. Frydman, *Dogmatyka...*, s. 104.

Legal Sciences and the Problem of the Political: The Perspective of Critical Jurisprudence

Abstract: The growing interest in the connections between legal phenomena and the political (*das Politische, le politique*) justifies an analysis of the problem of the relationship of legal sciences towards the political. The article focuses on two juridical sub-disciplines: analytical legal theory and legal dogmatics, and the analysis is conducted from the perspective of critical jurisprudence, a juristic application of critical theory. Towards this end, first the concept of ‘the political’ is defined, along the lines of Chantal Mouffe, as a dimension of antagonism, which lies at the foundation of any society. The political, understood in this way, must be differentiated both from ‘politics’ and from ‘policies’. As far as analytical legal theory is concerned, the article claims that it is programmatically (yet tacitly) political, as it affirms the juridical form as such, abstracting from its concrete content. As far as legal dogmatics is concerned, the article claims, following Sawa Frydman, that the dogmatician, despite his declared apoliticality, when performing a doctrinal interpretation of law, makes in fact decisions which are not only interpretive, but also political ones, setting subsequent stages in the antagonistic struggles within society.

Keywords: legal science, the political, antagonism, analytical legal theory, legal dogmatics, critical legal theory

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Bator, A., Kaczmarek, P. (2017). Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej – wprowadzenie. *Przegląd Prawa i Administracji* 110, 9-11.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 64.
- Bourdieu, P. (2003). Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. *Jueces para la Democracia* 47, 3-5.
- Buksiński, T. (2014). Trzy teologie polityczne Carla Schmitta. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 1, 24-44.
- Cercl, C. (2018). *Towards a Jurisprudence of State Communism. Law and the Failure of Revolution*. Abingdon: Routledge.
- Collins, H. (1982). *Marxism and Law*. Oxford: Oxford Scholarship.
- Collins, H. (1999). *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford Scholarship.
- Dębska, H. (2015). *Władza symbol prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Engels, F. (1969). „Anty Dühring”. Przewrót w nauce dokonany przez pana Eugeniusza Dühringa. In K. Marks, F. Engels, *Dzieła. T. 20*. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Frydman, S. (1936). *Dogmatyka prawa w świetle socjologii. Studium pierwsze: o wykładni ustaw*. Wilno: Księgarnia Kazimierz Rutskiego.
- Gizbert-Studnicki, T. (2017). Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa. *Przegląd Prawa i Administracji* 110, 15–39.
- Gizbert-Studnicki, T., Dyrda, A., Grabowski, A. (2008). *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gromski, W. (2000). *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Hesselink, M.W. (2001). *The New European Legal Culture*. Deventer: Kluwer Law International.
- Hesselink, M.W. (2006). Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2, 301–340.
- Hesselink, M.W. (2010). The Concept of Good Faith. In A.S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European civil code*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Hesselink, M.W. (ed.) (2013). *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*. The Hague: Boom Juridische Uitgevers.
- Jabłoński, P. (2014). *Polskie spory o rolę filozofii w teorii prawa*. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski.
- Jawicz L.S. (Явич Л.С.) (1976). *Общая теория права (Ogólna teoria prawa)*. Leningrad.
- Jawicz L.S. (Явич Л.С.) (1985). *Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, разбития и функционирования юридической формы общественных отношений (Istota prawa. Społeczno-filozoficzne pojęcie genezy, rozwoju i funkcjonowaniu prawnej formy stosunków społecznych)*. Leningrad.

- Joffe, O.S., Szargorodski, M.D. (1963). *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa: PWN.
- Kaźmierczyk, S. (1988). *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2008). *Legal Reasoning: Collected Essays*. Aurora: The Davies Group Publishers.
- Kennedy, D. (2013). Law and the Political Economy of the World. *Leiden Journal of International Law* 26, s. 7–48.
- Kennedy, D. (2014). The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought. *Law and Critique* 2, 91–139.
- Kotowski, A. Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia. *Studia Prawnicze* 4, 39–68.
- Kozak A. (ed.) (2000). *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kukovec, D. (2015). Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the Status Quo. In D. Kochenov et al. (eds.), *Europe's Justice Deficit?* Oxford: Hart Publishing.
- Kuźmicka-Sulikowska, J. (2018). Normatywne określenie sposobu uwzględniania upływu terminu przedawnienia roszczeń jako wybór motywowany względami polityki społecznej. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 3, 10–23.
- Łakomy, J. (2018). Hermeneutic Universalism: A Post-Analytical Perspective on the Political Character of Legal Interpretation. In A. Bator, Z. Pulka (eds.), *A Post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Lenin, W.I. (1949). Państwo a rewolucja. Nauka marksizmu o państwie i zadania proletariatu w Rewolucji. In W.I. Lenin, *Dzieła wybrane. T. II*. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Leszczyński, J. (2010). *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków: Universitas.
- Mańko, R. (2014). Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1, 41–54.
- Mańko, R. (2015). 'Reality is for Those Who Cannot Sustain the Dream': Fantasies of Selfhood in Legal Texts. *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics* 1, 24–47.
- Mańko, R. (2017). Form and Substance of Legal Continuity. *Zeszyty Prawnicze* 2, 207–234.
- Mańko, R. (2018). Orzekanie w polu polityczności. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 1, 65–95.
- Mańko, R. (2018). *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Mańko, R., Łakomy, J. (2018). W poszukiwaniu presupozycji ontologicznych krytycznej nauki o prawie. *Krytyka Prawa* 2, 447-468.
- Morawski, L. (1993). Instrumentalizacja prawa (zarys problemu). *Państwo i Prawo* 3, 16–28.
- Mouffe, C. (2008). *Polityczność*. Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.
- Mouffe, C. (2015). *Agonistyka. Polityczne myślenie o świecie*. Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.

- Nagel, T. (1997). *Widok znikąd*. Warszawa: Aletheia.
- Opalek, K. (1986). *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*. Warszawa: PWN.
- Paszukanis, J. (1985). *Ogólna teoria prawa a marksizm*. Warszawa: PWN.
- Pierietiatkowicz, A. (1938). *Studia prawnicze*. Poznań: Księgarnia św. Wojciecha Dom Książki Polskiej.
- Pietrzykowski, T. (2017). *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rakoczy, F. (2016). Autonomia prawa a problem jego polityczności. In B. Krzysztan et al. (eds.), *Polityka/polityczność. Granice dyskursu*. Wrocław: Oficyna Wydawnicza ATUT.
- Safjan, M. (2004). *Rola prawnika we współczesnym świecie*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.
- Sulikowski, A. (2013). *Posthumanizm a prawoznawstwo*. Opole: Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego.
- Sulikowski, A. (2017). Konstytucjonalizm wobec „zemsty postmodernizmu”, *Przegląd Prawa i Administracji* 110, 95–106.
- Sulikowski, A., Otręba, K. (2016). O potrzebie studiów krytycznych nad prawem konstytucyjnym. *Państwo i Prawo* 4, 5-16.
- Zajadło J. (2016). Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta? In J. Zajadło (ed.), *Schmitt*. Sopot: Arche.
- Zajadło, J. (2017). Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa. *Państwo i Prawo* 3, 17–30.
- Zajadło, J. (2017). Prawoznawstwo – polityczność nauki czy nauka polityczności? *Przegląd Prawa i Administracji* 110, 41-49.
- Zamboni, M. (2008). *Law and Politics: A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Berlin: Springer.
- Zirk-Sadowski, M. (2017). Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawoznawstwa. Aspekt behawioralny i intensjonalny, *Przegląd Prawa i Administracji* 110, 51–62.
- Zomerski, W. (2017). Krytyczna analiza dyskursu sądowego dotyczącego prawnej sytuacji osób homoseksualnych w świetle art. 18 Konstytucji RP. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2, 80–97.