

Mateusz Wojtanowski*

ORCID: 0000-0002-5570-9792

Uniwersytet Wrocławski

<https://doi.org/10.19195/1733-5779.41.3>

Strategiczna litygacja w czasie historycznego pożaru. Przypadek Polski po roku 2015**

JEL Classification: K41, K30, K38

Słowa kluczowe: kultura, liberalizm, polityczność, strategiczna litygacja, wykładnia prawa, stosowanie prawa, prawa człowieka, populizm

Keywords: culture, liberalism, the political, strategic litigation, legal interpretation, application of law, human rights, populism

Abstrakt: Artykuł podejmuje problem strategicznej litygacji w czasie historycznego pożaru — czyli, jak będę próbował pokazać, w okresie obecnym, cechującym się między innymi utratą stabilnej podstawy aksjologicznej praktyk związanych z prawem w polskim społeczeństwie. Na wstępie charakteryzuję historyczny pożar oraz strategiczną litygację. Następnie nawiązuję do kategorii kultury polityczno-prawnej w rozumieniu Pawła Jabłońskiego i Przemysława Kaczmarka oraz proponuję uzupełnienie struktury granic władzy prawniczej wymienionych autorów o dodatkowy element: relację pierwotnego wyboru. Na koniec przedstawiam konkluzje dotyczące wpływu fenomenu historycznego pożaru na kwestię granic prawniczej władzy dyskrecyjnej i specyfikę strategicznej litygacji. Poruszam także wątek dalszych perspektyw liberalizmu, którego pozycja została w ostatnich latach podważona.

* Opiekun naukowy (Scientific Tutor) — prof. dr hab. Adam Sulikowski

** Artykuł powstał w ramach badań nad projektem „Wolność ekspresji sędziego jako wykonawcy roli zawodowej” (Narodowe Centrum Nauki, nr 0201/0016/21). Autor dziękuje Pawłowi Jabłońskiemu i Przemysławowi Kaczmarkowi za możliwość przedyskutowania maszynopisu, a także za interesujące uwagi przedstawione przez redakcję oraz dwóch anonimowych recenzentów. Warto zastrzec, że artykuł powstał na przełomie sierpnia i września 2021 roku, w czasie gdy określenie „historyczny pożar” nie nasuwało tak silnych jak obecnie skojarzeń z sytuacją międzynarodową (ze względu na agresję Rosji na Ukrainę).

Strategic litigation in the time of historical dismay: The case of Poland after 2015

Abstract: The article deals with the issue of strategic litigation in the time of historical dismay — a term which refers to the current time, characterized by, *inter alia*, the decline of a stable axiological framework for law-related practices in Polish society. First, I discuss strategic litigation and historical dismay. Then, the notion of political and legal culture as proposed by Paweł Jabłoński and Przemysław Kaczmarek is depicted and developed. I suggest supplementing the above-mentioned authors' concept of the limits of juristic powers with an additional element: the primary choice relationship. Finally, I present conclusions on the impact of historical dismay on the limits of juristic powers and the peculiarity of strategic litigation. The problem of the further perspectives of liberalism is also addressed.

Wprowadzenie

Praca dotyczy zagadnienia strategicznej litygacji (w uproszczeniu: działań podejmowanych w danej sprawie celem osiągnięcia skutków systemowych), rozpatrywanego w związku z obecnym okresem — tytułowym czasem historycznego pożaru. Odnoszę to określenie do kryzysu demokracji liberalnej w Polsce po 2015 roku, jednak problemy przedstawiane w pracy nie mają wyłącznie partykularnego charakteru. W określonym zakresie mogą zostać odniesione także do innych państw. Mowa zwłaszcza o państwach Europy Środkowej, zmagających się w ostatnich trzech dekadach ze swoistymi problemami tożsamości. Nasz kraj pełni więc w ramach rozważań funkcję wzorcową. Można powiedzieć bez ryzyka kontrowersji, że specyfika ostatnich lat jest w znacznym stopniu „sprawcza” odnośnie do zagadnienia strategicznej litygacji. Kontestacja szeroko rozumianych wytworów kultury, które dotychczas nie były kwestionowane w dyskursie publicznym, nadaje temu tematowi jego doniosłości.

Artykuł, oprócz wstępu i zakończenia, składa się z trzech części merytorycznych. W pierwszej z nich wyjaśniam, co rozumiem przez czas historycznego pożaru. W tym kontekście nawiązuję między innymi do pojęcia polityczności (*the political*). W części drugiej określam znaczenie strategicznej litygacji oraz standardu prawnego, stanowiącego — jak będę próbował pokazać — główne tworzywo tej pierwszej. W części trzeciej nawiązuję do kultury polityczno-prawnej jako pierwszej z wyróżnionych przez P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka granic władzy prawniczej oraz proponuję uzupełnienie tej ostatniej struktury o dodatkowy element: relację pierwotnego wyboru. Jak sądzę, w obszarze kultury polityczno-prawnej — ze względu na to, że stała się ona przedmiotem silnej kontestacji — tkwi niejako sedno podejmowanego problemu¹. W ramach wniosków

¹ Prowadzone tutaj rozważania na temat sporu o kulturę polityczno-prawną można przełożyć także — nawiązując do języka S. Wronkowskiej — na kategorię „otoczenia normatywnego konstytucji” (to znaczy problemów z nim związanych, różnych jego wizji). Zob. S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne*

przedstawiam znaczenie fenomenu historycznego pożaru dla zagadnienia granic prawniczej władzy dyskrejonalnej oraz, co z tym związane, jego wpływ na specyfikę strategicznej litygacji. Na koniec wyrażam swój pogląd na to, jaka powinna być reakcja liberalizmu — stanowiska, które jest miłe sercu autora pracy — na historyczny pożar.

Przed przejściem do właściwego wywodu należy określić, z jakich pozycji wypowiada się autor. Przyczyni się to do przejrzystości narracji i częściowo wytłumaczy dokonany dobór wątków — uwzględnienie jednych przy jednoczesnym wykluczeniu innych. Przedmiot pracy zostaje podjęty z perspektywy postanalizycznej filozofii prawa². W przyjętym tutaj rozumieniu cechują ją:

— antyfundamentalizm filozoficzny i oparcie rozważań na kryterium pożytku społecznego³;

— oddanie sprawie liberalnej demokracji⁴;

— wewnętrzny punkt spojrzenia na prawo⁵, pomny jednak swojej przygodności i uzupełniony o spojrzenie z perspektywy zewnętrznej;

— poparcie — wszakże ostrożne — dla tendencji polegającej na odchodzeniu od formalizmu w stosowaniu prawa i uprawomocnianiu nowych przesłanek interpretacyjnych⁶.

problemy i tendencje, red. M. Smolak, Warszawa 2016; M. Smolak, *Wykładnia otoczenia normatywnego konstytucji*, [w:] *Wykładnia konstytucji...* Nawiązując z kolei do języka współczesnej refleksji nad istotą prawa, odnośny wątek można by tematyzować jako starcie o treść reguły uznania (*rule of recognition*).

² Zob. zwłaszcza prace autorów z wrocławskiego ośrodka ogólnej refleksji nad prawem zawarte w „Przegląd Prawa i Administracji” 102, 2015 (częściowo zmodyfikowana wersja anglojęzyczna: *A post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law*, red. A. Bator, Z. Pulka, Berlin 2019). Zob. także następujące prace zbiorowe; można odczytywać je w kategoriach drogi prowadzącej do tego rodzaju myślenia: *Ponowoczesność. (Z zagadnień teorii i filozofii prawa)*, red. M. Błachut, Wrocław 2007; „Prawo” 302, 2011. Opublikowano dotąd jedną monografię, w której podejście postanalizyczne — rozumiane w sposób zbliżony do przyjętego tutaj — zostało zaaplikowane do określonego obszaru problemowego nauk prawnych (M. Stambulski, *Wiadomość od cesarza. Pojęcie prawa w teorii analitycznej i postanalizycznej*, Warszawa 2020). W świetle wiedzy piszącego te słowa powstaje jednak obecnie więcej tego typu prac.

³ Które to charakterystyki są tutaj rozumiane w sposób inspirowany zwłaszcza neopragmatyzmem R. Rorty’ego.

⁴ Jeżeli chodzi o wizję liberalnej demokracji, którą aprobeuje piszący te słowa, zob. zwłaszcza R. Rorty, *Przygodność, ironia, solidarność*, przeł. W.J. Popowski, Warszawa 2009, tu rozdział *Przygodność społeczności liberalnej* (s. 81–117); oraz *idem, Postmodernistyczny mieszczański liberalizm*, [w:] *idem, Obiektywność, relatywizm i prawda, Pisma filozoficzne*, t. 1, przeł. J. Margański, Warszawa 1999, s. 293–301. Nie neguję, że tradycja postanalizyczna może być odczytana także, za sprawą odpowiedniego wyakcentowania tropów Deweyowskich, jako związana z aprobatą demokracji jako takiej, a nie jakiejś jej „przymiotnikowej” adaptacji.

⁵ Por. A. Bator, J. Łakomy, *Pojęciowe uwarunkowania badań nad związkami prawa i polityki*, „Przegląd Prawa i Administracji” 122, 2020, s. 12.

⁶ Mam tutaj na myśli podjęcie refleksji nad trudnymi przypadkami (*hard cases*) w taki sposób, żeby nie sproblematyzować jednocześnie przypadków łatwych (*easy cases*). Por. A. Bator, *Syste-*

1. Czas historycznego pożaru

Gdy w 1995 roku R. Rorty przekonywał polskich filozofów do swojej wizji liberalnej demokracji, zdradzając jej historyczne uwikłanie, to opuszczał Polskę z łatką rozwichrzenia zza Wielkiej Wody, który nie rozumie „lokalnych warunków”⁷. To nieco paradoksalne, gdyż tutejszy kontekst miał wymagać wyparcia kontekstowego uwikłania projektu, który był tu realizowany⁸. Jak stwierdził w podobnym czasie A. Szahaj — autor dość niespodziewany w takim usytuowaniu — „ze względu na sytuację, w jakiej się znajdujemy, powinniśmy właściwie udawać, także przed samymi sobą, że to, co oferuje nam klasyczna modernistyczna wizja rozwoju, jest dokładnie tym czymś, czego powinniśmy w tym momencie pożądać”⁹. A. Sulikowski, operując instrumentarium teoretycznym I. Wallersteina, zwrócił uwagę na charakteryzującą polskie dyskursy logikę przesady (*logic of exaggeration*). Miała ona polegać na ich większym oddaniu — jako uwikłanym w struktury semiperyferyjne — ideałom i praktykom „centrum”, aniżeli miało to miejsce na samym Zachodzie¹⁰. Jednocześnie polski przedstawiciel krytycznej jursysprudencji podkreślił fasadowy charakter zachodnich wpływów, dotyczący raczej dyskursów oficjalnych aniżeli praktyk rzeczywiście kultywowanych przez szerokie rzesze społeczeństwa¹¹. W tym kontekście warto przywołać pracę T. Bodio, który zwrócił uwagę na asymetrię pomiędzy dynamiką transformacji kraju a czasem niezbędnym dla zmian mentalnych¹². Odnosząc zagadnienie do polskiego prawnictwa, można stwierdzić, że opierało się ono na założeniu, iż reifikowane i nienegocjowalne przesądenia o charakterze liberalnym powinny

mowość prawa wobec konfliktów politycznych, „Przegląd Prawa i Administracji” 104, 2016, zwłaszcza s. 87.

⁷ M.J. Siemek, *Pytania: Marek J. Siemek*, [w:] *Habermas, Rorty, Kołakowski. Stan filozofii współczesnej*, red. J. Niżnik, Warszawa 1996, s. 164.

⁸ A. Walicki, *Istnieje kontekstualna różnica między filozofią w społeczeństwie demokratycznym, jakim są Stany Zjednoczone i filozofią w krajach postkomunistycznych*, [w:] *Habermas, Rorty...*, s. 132–133.

⁹ A. Szahaj, [w:] S. Morawski, A. Szahaj, A. Zeidler-Janiszewska, *O filozofowaniu, perypetiach dzisiejszej kultury i rebus publicis. Z profesorem Stefanem Morawskim rozmawiają Andrzej Szahaj i Anna Zeidler-Janiszewska*, Toruń 1995, s. 49.

¹⁰ A. Sulikowski, *Post-liberal Constitutionalism. Discursive changes from the perspective of the (semi)periphery*, maszynopis monografii, s. 23. W odniesieniu do tego rodzaju tendencji użyto w literaturze takich określeń jak „pęd do naśladowania zagranicy”, przejawiany — warto dodać — przez „krajową inteligencję oraz półinteligencję” (A. Ławniczak, *Krótką historią polskiego sformalizowanego konstytucjonalizmu*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2016, nr 7, s. 32) czy „beźmyślne kopiowanie z Zachodu” (A. Czarnota, *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa” 11, 2019, nr 1, s. 38).

¹¹ A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 28.

¹² T. Bodio, *Między romantyzmem i pragmatyzmem. Psychopolityczne aspekty transformacji w Polsce*, Warszawa 2006, s. 17, 182.

decydować o tym, co jest możliwe w ramach praktyk związanych z prawem¹³. Wobec spetryfikowania pewnej struktury aksjologicznej, niekoniecznie zgodnej z przekonaniami podzielanymi przez ogół społeczeństwa, trudno przejść obojętnie obok diagnozy, że w ramach naszej liberalnej demokracji (mam tutaj na myśli praktyki i instytucje dominujące w polskim życiu publicznym) pierwiastek demokratyczny został stłamszony przez pierwiastek liberalny¹⁴.

Powyższy akapit zmierzał do ukazania, że historyczny pożar stanowi zjawisko relacyjne, zrozumiałe tylko w kontekście niepowodzeń transformacji. Można umownie określić połowę drugiej dekady XXI wieku jako początek tytułowego okresu¹⁵. *Prima facie* kusząca jest myśl, że do głosu doszła nostalgia za historią, opisywana przez F. Fukuyamę¹⁶. Bardziej przekonująca jest jednak interpretacja, wedle której obecne wydarzenia nie są pochodną nagłej zmiany nastrojów społecznych, a dowodzą raczej fasadowego charakteru opowieści o „końcu historii”. Uprawnomocnienie liberalnej demokracji w Polsce nie było dziejową koniecznością, a pewnym projektem, który mógł się nam udać, ale mógł także zakończyć się niepowodzeniem, co dzisiaj boleśnie odczuwamy¹⁷. W moim przekonaniu głównym winowajcą obecnego stanu rzeczy jest metafizyczna podbudowa pierwiastka liberalnego, jego aura „ostatniego słowa”, nadająca mu ekskluzywny charakter. Wracam do tej kwestii w zakończeniu niniejszego artykułu.

¹³ Dobrą ilustrację tej tezy stanowi praca W. Jakimowicza, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, zwłaszcza s. 422, w której przyjmuje się założenie o „wartościach niepodważalnych”, co ma służyć optymalizacji procesów stosowania prawa.

¹⁴ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4, s. 11–14. Zdaniem R. Mańki za obecną sytuację może odpowiadać przekonanie o naszym „inherentnym związku” z Zachodem, powodujące odtwarzanie jego instytucji prawnych (R. Mańko, *Delimiting Central Europe as a Juridical Space: A Preliminary Exercise in Critical Legal Geography*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 89, 2019, 89, zwłaszcza s. 77; zob. także R. Mańko, M. Škop, M. Štěpánková, *Carving Out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality?*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 6, 2016, nr 2). Jeżeli jednak ujmowanie relacji Polski z Zachodem w duchu esencjalizmu kulturowego miałoby zostać zastąpione twierdzeniem o jej podobnie silnym związku z Europą Środkową, jak można odczytywać stanowisko R. Mańki, to lekarstwo mogłoby się okazać gorsze od samej choroby.

¹⁵ Tytułowe określenie zapożyczyłem od Herberta L.A. Harta (*Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] *idem, Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001, s. 52) czy raczej Jana Woleńskiego, który przetłumaczył w ten sposób („w czasie historycznych pożarów”) wyrażenie *while cities burned*.

¹⁶ F. Fukuyama, *The End of History?*, „The National Interest” 16, 1989, s. 17–18.

¹⁷ Por. A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, *Konstytucjonalizm a sfera publiczna*, [w:] *idem, Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, Warszawa 2021, s. 14, przyp. 12: „Jakby transformacja była czymś naturalnym i zdeterminowanym [komentarz odnosi się do analiz oddziaływania Trybunału Konstytucyjnego — M.W.], a nie skomplikowanym procesem kształtowanym przez interesy zaangażowanych w niego aktorów społecznych”.

Dystynktywną cechą historycznego pożaru jest kontestacja wytworów kultury, które kilka lat wcześniej wydawały się niepodważalne, miały przezroczysty charakter w oficjalnych dyskursach. W tym kontekście warto odwołać się do pojęcia polityczności (*the political*)¹⁸, przedstawionego tutaj w interpretacji konstruktywistycznej, nie esencjalistycznej¹⁹. Jak sądzę, można rozpatrywać je w wymiarze ontologicznym i socjologicznym (nie zgłaszam tutaj roszczenia do enumeratywności, a jedynie proponuję pewien sposób spojrzenia)²⁰. W tym pierwszym polityczność uwrażliwia na to, że żaden wytwór kultury (na przykład liczba pi, śrubokręt, książka telefoniczna, Trybunał Konstytucyjny, Netflix) nie ma takiego umocowania, o jakie chodziło modelowo ujętej europejskiej tradycji filozoficznej — nie jest konieczny ze względu na charakter zewnętrznej rzeczywistości lub strukturę jaźni. Każdy z nich może potencjalnie stać się przedmiotem kontestacji w toku przygodnych procesów konstruowania rzeczywistości. W wymiarze socjologicznym chodzi już o aktualną kwalifikację określonych wytworów kultury jako politycznych/niepolitycznych, co zależy od tego, czy sama kwestia ich istnienia generuje dyskurs przyjaciół i przeciwników (a więc mowa o czymś więcej aniżeli wewnątrzsystemowa krytyka). Przyjęta aparatura pojęciowa pozwala na stwierdzenie, że wiele zrębowych wyobrażeń organizujących dyskurs prawniczy nie jawiło się w dyskursach oficjalnych — warto podkreślić tę relatywizację²¹ — jako polityczne z punktu widzenia ich aktualnej kwalifikacji socjologicznej (jak liberalne standardy prawne, o czym dalej), co zmieniło się właśnie w następstwie historycznego pożaru.

2. Strategiczna litygacja

Istota strategicznej litygacji, to jest działań podejmowanych w danej sprawie celem osiągnięcia skutków systemowych, tkwi w jej celu. Chociaż formalnie odbywa się ona „na kanwie” konkretnej sprawy (bardziej sądowej aniżeli administracyjnej, wszakże to raczej generalizacja empiryczna aniżeli pojęciowa konieczność), to zmierza do wywarcia skutku systemowego. A. Bodnar wskazywał, że

¹⁸ Por. ogólnie M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do przyszłych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1; A. Sulikowski, R. Mańko, J. Łakomy, *Polityczność prawa i ogólnej refleksji nad prawem: wprowadzenie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3.

¹⁹ W sposób esencjalistyczny polityczność pojmuje R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*, Łódź 2018, o czym przekonywałem w M. Wojtanowski, *Odczarować zakłębienie? Uwagi na marginesie monografii Rafała Mańko o krytycznej filozofii orzekania*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 4.

²⁰ Por. M. Paździora, M. Stambulski, *The Politics of Legal Theory and Education*, [w:] *Legal Scholarship and the Political. In Search of a New Paradigm*, red. A. Sulikowski, R. Mańko, J. Łakomy, Warszawa 2020, s. 47–50, która to analiza wychodzi jednak z innej „podstawy podziału”.

²¹ Mam na myśli zasadniczo akty mowy „wychodzące” z subświata politycznego, naukowego i medialnego.

„to, co najistotniejsze w litygacji strategicznej, to skutek, do jakiego organizacja pozarządowa dąży — trwała zmiana rozwiązująca określony problem dotyczący wielu osób”²². Z kolei J.A. Rybczyńska i M. Płoska-Płecio pisały w tym kontekście: „O ile w sprawie indywidualnej staramy się pomóc ofierze naruszeń, o tyle w litygacji strategicznej naszym celem jest też usunięcie przyczyny takich naruszeń w ogóle”²³. Można powiedzieć, że autorki przedstawiły sprawę z perspektywy aktywistów/aktywistek — kwestia tego, czy mamy do czynienia z „naruszeniem”, może być przedmiotem sporu *per se*. M.M. Wiszowaty zwraca uwagę, że wniosła retoryka propagatorów strategicznej litygacji „łagodzi jej wizerunek i przesłania realny efekt tej praktyki jako zmierzającej do zmiany prawa lub praktyki orzeczniczej w określonym interesie”²⁴. Niemniej jednak nie budzi wątpliwości, że w ramach strategicznej litygacji chodzi o pewną ogólną konsekwencję dla stosowania prawa, polegającą na zmianie praktyki w określonym zakresie, względnie — o wygenerowanie sygnału o potrzebie interwencji prawotwórczej. Co uderzające z tradycyjnej perspektywy, formalnie przegrana sprawa w kontekście omawianego zjawiska może okazać się zwycięstwem²⁵. Jako podmiot prowadzący strategiczną litygację wskazuje się zwyczajowo organizację pozarządową (wszczynającą określone postępowanie, przystępującą do niego czy przedkładającą opinie w ramach instytucji *amicus curiae*²⁶), chociaż niekiedy znaczny stopień „sprawstwa” można przypisać także innym podmiotom, zwłaszcza pełnomocnikom procesowym. Nie ograniczam omawianego pojęcia do realizowania projektów o jakichś określonych (spełniających wyznaczone z góry kryteria) horyzontach aksjologicznych. Chcę ukazać strategiczną litygację jako broń obosieczną, bowiem wydaje się to zgodne z tym, czego obecnie doświadczamy. Daje się ona zaprzęgnąć zarówno w rydwan światopoglądowej lewicy — w której kierunku zmierzają nasze pierwsze intuicje — jak i prawicy. Jak zwraca się niekiedy uwagę, w kontekście polskim ta druga przejęła znaczny zasób instrumentów od swojego konkurenta²⁷. Piszac o stra-

²² A. Bodnar, *Strategiczna litygacja — pojęcie, zastosowanie, praktyka*, [w:] *Sprawny sąd. Zbiór dobrych praktyk*, cz. 2, red. Ł. Bojarski, Warszawa 2008, s. 177.

²³ J.A. Rybczyńska, M. Płoska-Płecio, *Działania prawne w interesie publicznym (litygacja strategiczna) jako forma działania organizacji ochrony praw człowieka*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio K. Politologia” 13, 2005, s. 102.

²⁴ M.M. Wiszowaty, *Wilk w owczej skórze. Litygacja strategiczna i amicus curiae jako formy działalności lobbingsowej*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Gdańsk 2016, s. 138.

²⁵ Podkreśla to Ł. Mirocha, *Strategic Litigation: the Problem of the Abuse of Law and Other Critiques*, „Forum Prawnicze” 2019, nr 3, s. 78 i 89, autor wyraźnie sceptyczny wobec strategicznej litygacji.

²⁶ Na temat tej instytucji zob. M.M. Wiszowaty, *op. cit.*; A. Bodnar, *W poszukiwaniu precedensów — litygacja strategiczna w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 145 n.

²⁷ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm wobec „zemsty postmodernizmu”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 110, 2017.

tegicznej litygacji, nie mam więc na myśli wyłącznie walki o prawa człowieka w rozumieniu *acquis communautaire*, ale także projekty wręcz opozycyjne, lansujące przesądzenia tematyzowane w nauce jako populistyczne²⁸. Niekiedy jako cecha definicyjna strategicznej litygacji przedstawiane jest dążenie do realizacji interesu publicznego. Warto odnotować, że zwłaszcza w czasie historycznego pożaru będzie chodzić raczej o propagowanie jednej z konkurencyjnych wizji tego interesu. Piszac dalej o strategicznej litygacji, mam na myśli zjawisko kulturowe polegające na występowaniu tego rodzaju postępowań — lansujących często odmienne wizje życia — w polskim krajobrazie prawnym. Nie chodzi o jakieś określone sprawy, a o uchwycenie pewnego fenomenu, który jest wyzwaniem dla ogólnej refleksji nad prawem. Prawo stanowi pole spotkania różnych dyskursów, które mogą kierować się odmiennymi logikami i dążeniami, a strategiczna litygacja ukazuje tę kwestię w pełnej ostrości. Klóci się ona z rudymetarnymi intuicjami właściwymi kręgowi kultury *civil law* (oddzielenie poziomu tworzenia i stosowania prawa, brak legitymizacji demokratycznej tego drugiego, trójpodział władzy), co prawda nieobyczajnymi się bez pęknięć, ale uznawanymi zasadniczo za wiążące. Kruszy także przeświadczenie o związku postępowań z jednostkami, a nie grupowymi tożsamościami²⁹.

W jednym z licznych poradników na temat strategicznej litygacji, przeznaczonym dla organizacji pozarządowych i obrońców praw człowieka, wśród jej celów wymieniono „wdrożenie określonego standardu międzynarodowego lub konstytucyjnego”³⁰. Jak sądzę, można uznać standard prawny za „tworzywo” strategicznej litygacji. Zmierza ona do popularyzacji określonych standardów, zgodnych z linią aksjologiczną aktywistów/aktywistek. To działalność pełniąca funkcję ontologiczną — chodzi o generowanie bytów, które będą stawiać opór

²⁸ Zob. ogólnie F. Rakoczy-Nazimek, *Populizm orzecznicy w stosowaniu prawa a prawo jednostki do bezstronnego sądu*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 31, 2020, zwłaszcza s. 23. Autor zdaje się podzielać intuicję o tarcu pomiędzy prawami człowieka (ich tradycyjnym ujęciem, wywodzącym się z jusnaturalizmu wieku światła) a populizmem. Warto wszakże zaznaczyć, że mówienie o populizmie może być w rozpatrywanym kontekście mętne. Zastrzegam więc, iż mam na myśli zjawisko relacyjne, powstałe w opozycji do konkretnej, polskiej adaptacji liberalizmu (obdarzonej postkolonialnym kompleksem i nie zawsze udatnym zapalem neofity). Podobnie A. Sulikowski, *Post-liberal Constitutionalism...*, *passim*, który używa raczej nazwy illiberalizm aniżeli populizm.

²⁹ W powyższym akapicie odniosłem się w znacznej mierze do wątków, które pojawiały się w czasie seminariów Koła Naukowego Praw Człowieka (UWr, WPAiE), w ramach projektu „Strat-Lit” (lata 2019–2021).

³⁰ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Litygacja strategiczna w obszarze praw człowieka. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Poradnik dla organizacji pozarządowych i obrońców praw człowieka*, <https://www.hfhr.pl/litygacja-strategiczna-przed-tsue-poradnik-hfpc/> (dostęp: 30.08.2021).

praktyce stosowania prawa³¹. Przedstawiam dalej rozumienie standardu prawnego, które wydaje się odpowiednio pojemne na potrzeby czynionych rozważań. Odnoszę to określenie do legitymowanych prawnie i mających wpływ na rozstrzygnięcia „nośników” aksjologii (co przywołuje na myśl takie konstrukcje jak zasady prawa czy klauzule generalne). Nasycenie prawa standardami prawnymi wiąże się ze zjawiskiem tematyzowanym jako konstytucjonalizacja. Jak wskazuje M. Matczak: „przez konstytucjonalizację rozumie się sytuację, w której prawodawcy regulują życie społeczne nie za pomocą szczegółowych reguł, ale ogólnych zasad (standardów). Niekoniecznie muszą to być regulacje zawarte w konstytucjach”³². Warto jednak zaznaczyć, że poza standardami prawnymi znajdującymi umocowanie w komunikatach prawodawcy występują również takie, które mają charakter niespozytywizowany. W nawiązaniu do wcześniejszych ustaleń można powiedzieć, że przed okresem historycznego pożaru liberalne standardy prawne nie były co do zasady kwestionowane w dyskursach oficjalnych. Wskutek zmiany tej sytuacji możemy mówić o ich polityczności w wymiarze aktualnej kwalifikacji socjologicznej.

3. Spór o kulturę polityczno-prawną a granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej

W dalszej części nawiązuję do rozważań P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka na temat struktury władzy prawniczej³³. Wyróżnili oni cztery granice tej władzy: kulturę polityczno-prawną, tekst prawny, kulturę prawniczą oraz indywidualne wyczucie aksjologiczne. Kultura polityczno-prawna, najważniejsza z granic, odnosi się do moralności politycznej danego społeczeństwa, dostarczającej praktykom związanym z prawem pewnych ram aksjologicznych. Odczytuję kulturę polityczno-prawną w referowanej propozycji teoretycznej jako wymagającą jakiegoś rodzaju społecznej podbudowy. Nie twierdzę, że całokształt treści kultury polityczno-prawnej jest przedmiotem refleksji czy afirmacji szerokich mas społeczeństwa. Przyjmuję jednak, że nauka prawa nie może jej zadekretować zupełnie

³¹ Na temat społecznego konstruowania spraw, ich konwencjonalnej genezy, zob. m.in. S. Bruce, *Socjologia. Bardzo krótkie wprowadzenie*, przeł. M. Stopa, Warszawa 2000, s. 51 n.; L. Mather, B. Yngvesson, *Disputes, Social Construction and Transformation of*, [w:] *International Encyclopedia of Social & Behavioral Sciences*, red. J.D. Wright, Oxford 2015.

³² M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 27.

³³ Aktualna wersja koncepcji autorów znajduje się w pracach P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Kraków 2017, s. 15–23; oraz *idem*, *O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 2, s. 51–52. Należy odnotować zadłużenie autorów w juryscentryzmie (A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002; *idem*, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wrocław 2010).

arbitralnie. Kultura polityczno-prawna potrzebuje jakiegoś rodzaju społecznego uprawomocnienia, aby pełnić funkcje przewidziane w koncepcji P. Jabłońskiego i P. Kaczmarka. Jak wspomniałem we wstępie, dostrzegam w obszarze kultury polityczno-prawnej sedno specyfiki strategicznej litygacji w obecnym okresie; pewien kluczowy wątek w myśleniu o niej jako zjawisku kulturowym. Z kolei tekst prawny, druga z granic, rozumiany jest w ramach omawianej koncepcji jako przepisy prawne (zbiór wszystkich przepisów prawnych obowiązujących w danym miejscu i czasie)³⁴. Kultura prawnicza, trzecia z granic, stanowi zespół wiedzy i umiejętności niezbędny do poprawnego stosowania prawa. Mowa o wytworze świadomości zbiorowej interpretatorów zmagających się z tekstami prawnymi, co ukazuje historyczny wymiar omawianego czynnika, a także jego związek ze społecznym podziałem pracy. W końcu czwarta granica, indywidualne wyczuwanie aksjologiczne, odnosi się do sądów wartościujących poszczególnych jurystów. Mowa o sądach etycznych oraz sądach estetycznych³⁵. Co istotne, odpowiednie granice stanowią pierwotną faktyczność, w której mieszczą się granice następujące później (relacja dopełnienia), a wnioski wynikające z danej granicy mogą ulegać późniejszej modyfikacji jedynie w drodze wyjątku (relacja korekty). Warto dodać, że propozycja teoretycznoprawna autorów odnosi się zarówno do interpretacji tekstów prawnych, jak i do innych aspektów wykonywania funkcji profesjonalnej obsługi prawnej. Nie zostaje także jednoznacznie określona jako opisowa albo normatywna.

Uznanie prymatu kultury polityczno-prawnej nad tekstem prawnym (u zarania dyskutowanej koncepcji postrzeganym jeszcze przez Jabłońskiego i Kaczmarka jako „pierwszy ruch w grze”³⁶) akcentuje, moim zdaniem słusznie, że metakategorię dla praktyk związanych z prawem stanowi kultura. Postrzegam kulturę jako „rzeczywistość myślową sterującą ludzkimi działaniami, czyli działania te w społeczeństwie regulującą”³⁷ (chodzi o pierwotność, w uproszczeniu, pewnej

³⁴ Określony w ten sposób *genus* (tekst/przepisy, nie znaczenie tekstu/przepisów) powoduje pewne problemy. Granica pierwsza, trzecia i czwarta stawiają autonomiczny opór. Tymczasem przepisy prawne nie są w stanie nic powiedzieć bez operacjonalizujących je konwencji. Tak ustalona granica pozbawiona jest sprawczości, jest samą potencjalnością. Nie może przykładowo pełnić funkcji korekty względem wcześniejszej granicy — to wymagałoby już zawsze jakiegoś określonego odczytania tekstu prawnego. Jak się zdaje, rozwiązaniem byłoby przeniesienie „tekstu prawnego” z wymiaru znaków do wymiaru intensji (co spowoduje, jak to zwykle bywa, nowe problemy, związane z oddzieleniem tak określonej granicy od kultury prawniczej).

³⁵ Nie chodzi tutaj o poszukiwanie wzniosłości estetycznej, a raczej dobry smak (P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej...*, s. 21–22).

³⁶ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *O trzech granicach władzy prawniczej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1, s. 97. Niemniej jednak przywołana praca zawiera także wątki silnie antycypujące dzisiejszą pierwszą granicę. Można nawet powiedzieć, że w istocie tekst prawny stanowił tutaj odpowiednik zarówno obecnej pierwszej, jak i drugiej granicy.

³⁷ J. Topolski, *Wprowadzenie do historii*, Poznań 1998, s. 87. Autor nawiązał tutaj do społeczno-regulacyjnej koncepcji kultury J. Kmity. Por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charak-*

rzeczywistości myślowej względem naszych działań i wytworów). Konsens co do pewnych „flagowych” przesądzeń kulturowych — o ile występuje — wypełnia w prawie przestrzenie, które bez niego jawiłyby się jako niedookreślone językowo czy nawet niezrozumiałe. Podstawową rolę odgrywają w tym kontekście wspomniane wcześniej standardy prawne: zarówno zawarte w ogólnych komunikatach prawodawcy, jak i niespożytywizowane. Stanowią one nośniki dominującej moralności politycznej i strukturyzują dyskurs prawniczy. Tego rodzaju twierdzenie nie jest bynajmniej kontrowersyjne, bowiem od dawna zwracano uwagę na takie zagadnienia jak nadawanie prawu spójności przez zasady prawa, promieniowanie konstytucji itp. Nową sytuację w czasie historycznego pożaru stanowi jednak zakwestionowanie wielu dotychczasowych wzorców kulturowych. Pewne obszary, w których poruszaliśmy się płynnie — nie dostrzegając nawet, że umożliwia to konsens co do kultury polityczno-prawnej — zostały sproletaryzowane. Mówiąc językiem Szahaja: zaczęliśmy „potykać się” o kulturę³⁸. Doszło do zakwestionowania liberalnych interpretacji standardów prawnych. Nawiązując z kolei do języka hołubionego przez krytyczną jurysprudencję, można powiedzieć, że pojawiły się nowe propozycje odczytania „pustych znaczących” (*empty signifiers*), kontestujące ich dotychczasowe „wypełnienie”³⁹. Jak wspomniałem, nie uważam, że przed burzą szczegółowe rozwiązania kultury polityczno-prawnej cieszyły się poparciem szerokich mas polskiego społeczeństwa, nie były jednak zasadniczo problematyzowane w dyskursie publicznym (w tym: prawniczym). Na skutek procesów instytucjonalizacji mogły sprawiać wrażenie „twardej rzeczywistości”. Relatywnie spójna, nieujawniająca wielu potencjalnych pęknięć, była także praktyka polityczno-prawna. Pewne sfery, w których stawiano rozbieżne skądinąd postulaty (jak w przypadku zagadnienia wolności słowa sędziego) nie ujawniały więc jeszcze swojego potencjału problemowego.

Wydaje się, że w świetle zaistniałej sytuacji do koncepcji teoretycznoprawnej Jabłońskiego i Kaczmarka należy dodać nowy element, mocniej akcentujący „moment podmiotowy”. Moim zdaniem relację dopełniania i korekty warto uzupełnić o relację pierwotnego wyboru, dotyczącą związku pomiędzy pierwszą a czwartą granicą. Zdaje ona sprawę z faktu, że kultura polityczno-prawna może jawić się w danej sytuacji związanej z profesjonalną obsługą prawną jako kontestowana (choć nie ograniczam proponowanej relacji jedynie do przypadków, gdy sam podmiot odczuwa, że znalazł się w sytuacji wyboru, por. dalsze uwagi). Jak sądzę, nie jest tak, że w warunkach sporu o kulturę polityczno-prawną indy-

ter prawa, Wrocław 2000, s. 42 n.; P. Kaczmarek, *Pytanie o użyteczność perspektywy (etno)centrycznej dla rozważań nad prawem*, [w:] *Ponowoczesność...*, s. 144 n.

³⁸ Por. A. Szahaj, *Paninterpretacjonizm, czyli nie ma niczego w tekście, czego by pierwszej nie było w kontekście (odpowiedź krytykom)*, [w:] *idem, O interpretacji*, Kraków 2014, s. 59.

³⁹ W ujęciu R. Mańki walka o treść „pustych znaczących” to kluczowy aspekt zmagania ideologii o zajęcie pozycji hegemonicznej (R. Mańko, *W stronę krytycznej...*, zwłaszcza s. 138).

widualne wyczucie aksjologiczne „czeka” na końcu. Ono oddziałuje wcześniej, współdziała aktywnie w rozstrzyganiu napięć pomiędzy konkurencyjnymi wizjami kultury naszej wspólnoty. Ten pierwiastek współkonstruuje wyobrażenie o kulturze polityczno-prawnej, a więc także — skoro stanowi ona pierwotną faktyczność względem pozostałych czynników — wpływa na obraz całokształtu struktury granic. Warto wskazać, że wedle proponowanej modyfikacji relacja dopełnienia dalej stanowi rodzaj zasady, tymczasem relacja pierwotnego wyboru (podobnie jak w przypadku relacji korekty) ma charakter wyjątku, jest uruchamiana *in casu* w niektórych sprawach. W moim przekonaniu w ramach przemożnej większości aktów stosowania prawa dalej mamy do czynienia z łatwymi przypadkami. Wynika z tego, że pomimo głośnych sporów politycznych w naszej kulturze polityczno-prawnej dalej tkwi wiele porozumienia. Niemniej jednak można przekonywać, że sprawy związane ze strategiczną litygacją są właśnie tymi, w których uwidacznia się relacja pierwotnego wyboru. Spory dotyczące standardów prawnych, przed 2015 rokiem mieszczące się co do zasady w idiomie liberalnym, nabrały bowiem nowego wymiaru. W ramach strategicznej litygacji kierunek argumentacji jest teraz zasadniczo zawisły względem fundamentalnego wyboru w zakresie kultury polityczno-prawnej, jako politycznej z punktu widzenia aktualnej kwalifikacji socjologicznej. Strategiczna litygacja przejawia więc ciężenie ku temu, aby „dotykać” obecnego sporu politycznego, stanowić jeden z jego frontów⁴⁰.

Wyróżnienie relacji pierwotnego wyboru związane jest z próbą opracowania języka, który byłby wolny od zarzutu, że pogląd o wyższości liberalnego ujęcia kultury polityczno-prawnej względem innych wizji życia udaje rozstrzygnięcie teoretyczne, a jednocześnie wypiera aksjologiczne uwikłanie. Chodzi o pokazanie, że za kulturę polityczno-prawną w rozumieniu Jabłońskiego i Kaczmarka można uznać także alternatywne oferty. Nie są one z konieczności — z mocy podstawowych założeń pojęciowych — czymś o niższym statusie ontologicznym. Moim zdaniem proponowana modyfikacja wartościowo kieruje

⁴⁰ Warto przedstawić trzy uwagi w związku z powyższą propozycją. Po pierwsze, zastrzegam jej wstępny charakter. Skłania ona między innymi do przemyślenia wewnętrznej struktury indywidualnego wyczucia aksjologicznego; na ile w kontekście podnoszonego zagadnienia uwidacznia się moment etyczny, a na ile związany z dobrym smakiem, jak rysuje się też relacja tego wyczucia względem profesjonalnej kultury prawniczej, trzeciej granicy. Por. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Etyka jako granica władzy prawniczej*, [w:] P. Skuczyński, S. Sykuna, *Leksykon etyki prawniczej. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2013, zwłaszcza s. 87–88; *idem*, *Granice prawniczej władzy...*, *passim*, zwłaszcza s. 298–299. Po drugie, należy uwypuklić, że proponowane uzupełnienie nie jest kierowane motywacją pozytywną (na przykład docenieniem walorów aktywizmu sędziowskiego), a negatywną — stanowi odpowiedź na obecne wydarzenia. Po trzecie, autorzy zwrócili uwagę, że kultura polityczno-prawna nie ma w ich koncepcji charakteru blankietowego (*ibidem*, s. 18). Proponowana topografia granic odnosi się zasadniczo do liberalnego idiomu. Moim zamysłem jest jednak właśnie odczytanie tej koncepcji jako mającej potencjalnie ogólniejszy charakter.

naszą uwagę w stronę myśli, że faktyczną domenę sporu o kształt kultury stanowi dyskurs praktyczny, nie dyskurs teoretyczny. Zwraca także uwagę na odpowiedzialność prawników. Co więcej, jestem zdania, że zaproponowany język potencjalnie wzmacnia, a nie osłabia, pozycję liberalizmu. Jego siła nie wynika z bowiem z „teoretycznych podpórek”, jakie zapewniają mu badacze, a z atrakcyjności w wymiarze aksjologicznym. Warto dodać, że relacja pierwotnego wyboru nie odnosi się tylko do sytuacji, gdy prawnicy odczuwają, że zostali postawieni w sytuacji wyboru. Preferowana wizja kultury polityczno-prawnej może stanowić w ich oczach jedyną możliwą. Nie zmienia to okoliczności, że ich działalność opiera się na wyborze określonej drogi w ramach myślenia o kulturze, nawet jeżeli nie odpowiada mu określony proces psychiczny. Warto podeprzeć tę uwagę dwoma tropami. Pierwszy z nich stanowi interpretacja w ujęciu neopragmatyzmu S. Fisha. Wedle tego ujęcia interpretacja dzieła dokonuje się niezależnie od tego, czy jest uświadamiana⁴¹. W swoim subiektywnym przekonaniu podmiot styka się z twardą i niedyspozytywną rzeczywistością, jednak interpretuje. Drugi to metafora przesłonięcia, autorstwa M. Pichlaka, oparta na podobnych intuicjach. Wskazuje ona, że w odniesieniu do każdej decyzji, nawet prostej w przekonaniu podmiotu, daje się zrekonstruować złożony ciąg decyzji cząstkowych, które ją umożliwiły⁴². W świetle powyższego wyводу można więc zaproponować dwa ujęcia relacji pierwotnego wyboru: bezpośrednie (gdy zachodzi uświadomiony proces wyboru) oraz pośrednie/epistemologiczne (podparte tropami przywołanymi w tym akapicie).

Zakończenie

Zakończenie należy rozpocząć od rekapitulacji wątku granic prawniczej władzy dyskrecyjnej, jest to bowiem obszar rzutujący na kwestię strategicznej litygacji. Jeżeli przyjmujemy założenie, że kultura polityczno-prawna w przedstawionym rozumieniu jest pierwotną faktycznością dla pozostałych granic, to stwierdzenie, że liberalny *acquis* stanowi jedyną możliwą realność prawną, nie daje się utrzymać. Zagadnienie władzy dyskrecyjnej zyskuje wobec tego nowy wymiar, bowiem problemy związane z kulturą polityczno-prawną przeszły — by przeprowadzić luźną analogię względem kategorii semantycznych — z poziomu niedookreśloności na poziom wieloznaczności (wieloznaczności złożonej). Jeśli popatrzymy z perspektywy zewnętrznej, to mamy do czynienia nie tyle z zakwestionowaniem kategorii prawnych *in toto*, ile raczej z wyłonieniem się ich konkurencyjnego źródła, opartego na odmiennej wizji kultury polityczno-praw-

⁴¹ Por. J. Łakomy, *Ewolucja koncepcji interpretacji prawniczej. Między semantyką a polityką*, maszynopis pracy doktorskiej, zwłaszcza punkt „Poststrukturalistyczna filozofia interpretacji”.

⁴² *Regionalizacja rozumu? Spotkanie prawa i filozofii (rozmowa Artura Kozaka z Leszkiem Kleszczem)*, [w:] *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński *et al.*, Wrocław 2011, s. 36.

nej aniżeli liberalna⁴³. Z tego punktu widzenia (zewnątrznego) można byłoby więc mówić o pewnym „poszerzeniu” granic prawniczej władzy dyskrejonalnej, w której obrębie formalnie znajduje się teraz dokonywanie znacznie bardziej podstawowych wyborów aniżeli przed 2015 rokiem (nie musi tego dostrzegać pojedynczy prawnik, jako osadzony w jednej z dwóch konkurencyjnych wizji).

Można przekonywać, że wspomniane „poszerzenie” granic prawniczej władzy dyskrejonalnej ujawnia się zwłaszcza w kontekście strategicznej litygacji. Wiąże się ona, ze względu na angażowanie stosunkowo dużych zasobów, z dokonywaniem mniej lub bardziej wyrafinowanych prób „odeczytania” granicy drugiej i trzeciej (tekstu prawnego i kultury prawniczej) przez pryzmat preferowanej wizji kultury polityczno-prawnej. To dość paradoksalna sytuacja, w której uczestnikami ceremoniału *one right answer* mogą stać się silnie kontradiktoryjne wizje życia. Jednocześnie mowa o postępowaniach generujących dyskurs argumentacyjny, który ma dochodzić w założeniu do szerokiej publiki. Wydaje się więc, że pośród wszelkich postępowañ z „poziomu” stosowania prawa te związane ze strategiczną litygacją mogą wykazywać szczególnie silny związek z obecnym sporem politycznym, a tym samym podsycać historyczny pożar. Dotyczy to nie tylko sytuacji, gdy aktywiści/aktywistki otwarcie dążą do ukazania określonych postępowañ jako angażujących relewantnie prawną aksjologię — co spowoduje, mówiąc językiem D. Kennedy’ego, „zmianę poziomu”⁴⁴ — lecz także spraw, gdy ukrywają się oni/one za językiem pozorującym rozwiązywanie technicznych problemów prawnych (bowiem jest zasadniczo widoczne, że kieruje nimi wtedy płomień aksjologiczny, nie ukorzenie przed wymiarem językowym prawa). W ostatniej instancji dochodzi, *ex hypothesi*, do konfrontacji standardów prawnych opartych na oświeceniowej wizji praw człowieka z takim ich ujęciem, które wspiera się na populistycznej figurze ludu (można zauważyć z nutką złośliwości, że mowa o starciu dwóch fikcji ontologicznych). Oba konkurencyjne kierunki mają oparcie w faktyczności, są w stanie znaleźć znaczne — nie dysydenckie czy wynikające z doraźnej mobilizacji — wsparcie instytucjonalne. Obawiam się jednocześnie, że prowadzenie walki o powinny model kultury polityczno-prawnej w ramach strategicznej litygacji szczególnie sprzyja atmosferze „świętej racji”, obiektywistycznej retoryce, rozbieżnościom pomiędzy kontekstem odkrycia a kontekstem uzasadnienia określonych argumentów itp.⁴⁵ Dążenie do otrzymania korzystne-

⁴³ Zastrzegam, że nie sugeruję, iż jesteśmy świadkami starcia dwóch kulturowych monolitów, w których wyczerpuje się uniwersum debaty. Opowieść o starciu dwóch tylko wizji jest pewnym uproszczeniem z mojej strony. Por. L. Koczanowicz, *Władza, seks, pieniądze. Wojny kulturowe i ich cele*, „Odra” 2020, nr 10, zwłaszcza s. 2, 7.

⁴⁴ R. Mańko, *W stronę krytycznej...*, s. 118: „tj. przejście od przepisu szczegółowego do ogólnej zasady, z poziomu ustawowego na konstytucyjny itp.”.

⁴⁵ W przypadku strategicznej litygacji mogą unaocznić się w pełnej ostrości niektóre tendencje uczestników postępowania, opisane przez Ewę Łętowską: „wyszarpywanie swego”, „naganne użycie intelektu”, „narzucanie własnej narracji prawniczej” (*Timeo Danaos et dona ferentes. Pam-*

go „dyktatu prawnego” dla swoich przesądzeń może wymagać przy tym innych działań — kierowanych odmienną logiką — aniżeli skuteczne uprawomocnianie swojego stanowiska w społeczeństwie, zdobycie zrozumienia dla niego⁴⁶. Nie przeczę, że strategiczna litygacja mogłaby stanowić potencjalnie wartościowy instrument polskiego krajobrazu prawnego, służący walce z cierpieniem. Istnieje jednak ryzyko, że po latach zapamiętamy ją głównie z wulgaryzacji dyskursu oraz nieudanej — pozbawionej historycznego ugruntowania i przypadającej na niefortunny okres — „zabawy w *common law*”.

Problem omawiany w pracy daje asumpt do ogólnych rozważań na temat tego, jak zareagować na historyczny pożar, zarówno na poziomie nauki, jak i praktycznego poznania prawa. Czy powinno się abstrahować od wydarzeń ostatniego czasu i szukać niekwestionowanego oparcia w aksjologii czasów liberalizmu, jako światła pośród doksy? A może winniśmy raczej uwzględnić dostrzeganą w dyskursie publicznym niespójność „flagowych” przesądzeń kulturowych polskiego społeczeństwa; uznać, że to okoliczność, która wpłynęła w pewien sposób na dotychczasową treść standardów prawnych? Przychylam się do drugiego z wymienionych wariantów. Uważam, że liberalny *acquis* sprzed 2015 roku wymaga „zmiękczenia”, a dobry punkt wyjścia stanowi kwestia statusu roszczeń. Kieruje mną przeświadczenie, że udrapowanie liberalnych standardów prawnych w jest-język — prezentowanie ich jako „spadającą z wysoka” konieczność — nie jest rozwiązaniem szczęśliwym, a szczególnie dotyczy to czasu historycznego pożaru. Jest zbyt widoczne, że przedstawianie sformalizowanych przesądzeń liberalnych jako jedynej realności prawnej nie ma charakteru sprawozdawczego, a jest raczej ruchem w grze, zmierzającym do uprawomocnienia tego rodzaju wyobrażenia (ponownie nasuwa się analogia pomiędzy „obrońcami świata prawdziwego” a populistami: figura ludu także ma być rzekomo rekonstruowana, podczas gdy służy raczej pewnej strategii konstruowania tożsamości). Nawiązując do pomnikowych rozważań P.L. Bergera i T. Luckmanna na temat uprawomocnienia uniwersum symbolicznego, można powiedzieć, że tego rodzaju działanie to „pogrubianie” własnego kija⁴⁷. Nie jestem jednak pewien, czy osiąga ono swój cel. W niektórych przypadkach „bezkompromisowa obrona liberalizmu” czy „wierność swojemu paradygmatowi” przywołują na myśl raczej obraz liberała jako

flet o myśleniu prawniczym, [w:] *Wykładnia konstytucji...*, s. 99–101). Na temat problemu cynicznego rozgrywania reguł instytucjonalnych zob. ogólnie P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014.

⁴⁶ Por. A.R. Riley, K.A. Carpenter, *Owning Red: A Theory of Indian (Cultural) Appropriation*, „Texas Law Review” 94, 2016, nr 5, s. 914 n.

⁴⁷ P.L. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 2018, s. 160: „Ten, kto ma grubszy kij, ma większe szanse na narzucenie swojej definicji rzeczywistości”.

wyobrażającego sobie pokonane w absolicie zło i spazmatycznie krzyczącego w stronę myślących inaczej: *Sapere aude!*, *Sapere aude!*⁴⁸

Wedle tradycyjnego stanowiska liberalna demokracja potrzebuje spetryfikowanego raz na zawsze pierwiastka liberalnego, przedstawianego jako transcendujący swój czas i swoje miejsce na ziemskim padole. Tak rozumiany liberalizm ma stanowić zwornik, gwarant bezpieczeństwa całej konstrukcji. W kontekście genealogii tego przesądzenia myśli kierują nas zwłaszcza ku doświadczeniom niemieckim, chociaż A. Sulikowski przekonuje sugestywnie, że ma ono *per se* amerykańską proveniencję⁴⁹. Wydaje się, że nowe doświadczenia skłaniają do relatywizacji dominującego ujęcia składnika liberalnego. Pisząc o średniowiecznym nominalizmie, L. Kołakowski wskazał na jego związek z emancypacyjnymi dążnościami świeckich książąt, pragnących swobody od władzy kleru. Jak zauważył jednak dalej, nominalizm — reprezentant myśli antyfundamentalistycznej — nie musi być postrzegany jako struktura wroga chrześcijaństwu. Mógł służyć teologom również po to, aby „zlikwidować niebezpieczeństwo, na jakie scholastyki, upojeni mocą swoich dowodów, wystawiali kult chrześcijański, kiedy coraz bardziej uzależniali jego racje od swoich wątych sylogizmów”⁵⁰. Uzależnianie bytu liberalnej demokracji od ahisterycznej słuszności pierwiastka liberalnego (od „kantowskich podpórek”, nawiązując do odpowiednika tego wątku w myśli Rorty’ego⁵¹) jest właśnie opieraniem jej na tego rodzaju „wątych sylogizmach”, co w istocie wystawia liberalną demokrację na niebezpieczeństwo. Możemy śmiało porzucić problem tego, co też mogłoby nam wynikać z rozważań prowadzonych w szczęśliwej krainie, za „grubą” zasłoną niewiedzy, w „idealnych warunkach” itp. Uważam raczej, wzorem R. Rorty’ego, że przyznanie przygodności liberalizmu pełni funkcję terapeutyczną.

Bibliografia

A post-Analytical Approach to Philosophy and Theory of Law, red. A. Bator, Z. Pulka, Berlin 2019.
Bator A., *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 104, 2016.

⁴⁸ Tego rodzaju reakcja na historyczny pożar przypisywana jest często polskim konstytucjonalistom. A. Sulikowski (*Post-liberal Constitutionalism...*, s. 114 n.) określa ją mianem „histerii i metafizycznej obrony fantazmatu” (*hysteria and the metaphysical defense of a phantasm*). Jak pisali A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, (*Konstytucjonalizm a sfera publiczna...*, s. 11): „Analizy wyrastające z takiego rozczarowania nierzadko ograniczają się do opartego na wyższości epistemicznej wyliczania deficytów kognitywnych i moralnych społeczeństwa, a także jego przedstawicieli — polityków”. Liberalizm w takim ujęciu ma stanowić „niezawinioną ofiarę”. To ludzie — przepełnieni bojaźnią przed używaniem Rozumu — okazali się go niegodni.

⁴⁹ A. Sulikowski, *Post-liberal Constitutionalism...*, s. 38 n.

⁵⁰ L. Kołakowski, *Filozofia pozytywistyczna*, Warszawa 2003, s. 23.

⁵¹ Chodzi o „ponadkulturowe i ponadhistoryczne ujęcia racjonalności i moralności” (R. Rorty, *Postmodernistyczny mieszczański liberalizm...*, s. 295).

- Bator A., Łakomy J., *Pojęciowe uwarunkowania badań nad związkami prawa i polityki*, „Przegląd Prawa i Administracji” 122, 2020.
- Berger P.L., Luckmann T., *Spoleczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 2018.
- Bodio T., *Miedzy romantyzmem i pragmatyzmem. Psychopolityczne aspekty transformacji w Polsce*, Warszawa 2006.
- Bodnar A., *Strategiczna litygacja — pojęcie, zastosowanie, praktyka*, [w:] *Sprawny sąd. Zbiór dobrych praktyk*, cz. 2, red. Ł. Bojarski, Warszawa 2008.
- Bodnar A., *W poszukiwaniu precedensów — litygacja strategiczna w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.
- Bruce S., *Socjologia. Bardzo krótkie wprowadzenie*, przeł. M. Stopa, Warszawa 2000.
- Czarnota A., *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa” 11, 2019, nr 1.
- Czarnota A., Paździora M., Stambulski M., *Konstytucjonalizm a sfera publiczna*, [w:] A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, Warszawa 2021.
- Fukuyama F., *The End of History?*, „The National Interest” 16, 1989.
- Gromski W., *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.
- Hart H.L.A., *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] *idem, Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Litygacja strategiczna w obszarze praw człowieka. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Poradnik dla organizacji pozarządowych i obrońców praw człowieka*, <https://www.hfhr.pl/litygacja-strategiczna-przed-tsue-poradnik-hfpc/>.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., *Etyka jako granica władzy prawniczej*, [w:] *Leksykon etyki prawniczej. 100 podstawowych pojęć*, red. P. Skuczyński, S. Sykuna, Warszawa 2013.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Kraków 2017.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., *O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 2.
- Jabłoński P., Kaczmarek P., *O trzech granicach władzy prawniczej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1.
- Jakimowicz W., *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006.
- Kaczmarek P., *Pytanie o użyteczność perspektywy (etno)centrycznej dla rozważań nad prawem*, [w:] *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Kaczmarek P., *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014.
- Koczanowicz L., *Władza, seks, pieniądze. Wojny kulturowe i ich cele*, „Odra” 2020, nr 10.
- Kołąkowski L., *Filozofia pozytywistyczna*, Warszawa 2003.
- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrejonalnej*, Wrocław 2002.
- Kozak A., *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, red. M. Pichlak, Wrocław 2010.
- Łakomy J., *Ewolucja koncepcji interpretacji prawniczej. Między semantyką a polityką*, maszynopis pracy doktorskiej.
- Ławniczak A., *Krótką historią polskiego sformalizowanego konstytucjonalizmu*, „Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze” 2016, nr 7.
- Łętowska E., *Timeo Danaos et dona ferentes. Pamflet o myśleniu prawniczym*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016.

- Mańko R., *Delimiting Central Europe as a Juridical Space: A Preliminary Exercise in Critical Legal Geography*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 89, 2019.
- Mańko R., *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność, etyka, legitymizacja*, Łódź 2018.
- Mańko R., Škop M., Štěpánková M., *Carving Out Central Europe as a Space of Legal Culture: A Way Out of Peripherality?*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 6, 2016, nr 2.
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Mather L., Yngvesson B., *Disputes, Social Construction and Transformation of*, [w:] *International Encyclopedia of Social & Behavioral Sciences*, red. J.D. Wright, Oxford 2015.
- Mirocha Ł., *Strategic Litigation: the Problem of the Abuse of Law and Other Critiques*, „Forum Prawnicze” 2019, nr 3.
- Morawski S., Szahaj A., Zeidler-Janiszewska A., *O filozofowaniu, perypetiach dzisiejszej kultury i rebus publicis. Z profesorem Stefanem Morawskim rozmawiają Andrzej Szahaj i Anna Zeidler-Janiszewska*, Toruń 1995.
- Paździora M., Stambulski M., *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do przyszłych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1.
- Paździora M., Stambulski M., *The Politics of Legal Theory and Education*, [w:] *Legal Scholarship and the Political. In Search of a New Paradigm*, red. A. Sulikowski, R. Mańko, J. Łakomy, Warszawa 2020.
- Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- „Prawo” 312, 2011.
- „Przegląd Prawa i Administracji” 102, 2015.
- Rakoczy-Nazimek F., *Populizm orzecznicy w stosowaniu prawa a prawo jednostki do bezstronnego sądu*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 31, 2020.
- Regionalizacja rozumu? Spotkanie prawa i filozofii (rozmowa Artura Kozaka z Leszkiem Kleszczem)*, [w:] *Perspektywy juryscentryzmu*, red. P. Jabłoński et al., Wrocław 2011.
- Riley A.R., Carpenter K.A., *Owning Red: A Theory of Indian (Cultural) Appropriation*, „Texas Law Review” 94, 2016, nr 5.
- Rorty R., *Postmodernistyczny mieszczański liberalizm*, [w:] *idem, Obiektywność, relatywizm i prawda, Pisma filozoficzne*, t. 1, przeł. J. Margański, Warszawa 1999.
- Rorty R., *Przygodność, ironia, solidarność*, przeł. W.J. Popowski, Warszawa 2009.
- Rybczyńska J.A., Płoska-Pecio M., *Działania prawne w interesie publicznym (litygacja strategiczna) jako forma działania organizacji ochrony praw człowieka*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio K. Politologia” 12, 2005.
- Siemek M.J., *Pytania: Marek J. Siemek*, [w:] *Habermas, Rorty, Kołakowski. Stan filozofii współczesnej*, red. J. Niżnik, Warszawa 1996.
- Smolak M., *Wykładnia otoczenia normatywnego konstytucji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016.
- Sulikowski A., *Konstytucjonalizm wobec „zemsty postmodernizmu”*, „Przegląd Prawa i Administracji” 110, 2017.
- Sulikowski A., *Post-liberal Constitutionalism. Discursive changes from the perspective of the (semi) periphery*, maszynopis monografii.
- Sulikowski A., *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4.
- Sulikowski A., Mańko R., Łakomy J., *Polityczność prawa i ogólnej refleksji nad prawem: wprowadzenie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3.
- Szahaj A., *Paninterpretacjonizm, czyli nie ma niczego w tekście, czego by pierwiej nie było w kontekście (odpowiedź krytykom)*, [w:] *idem, O interpretacji*, Kraków 2014.
- Topolski J., *Wprowadzenie do historii*, Poznań 1998.

- Walicki A., *Istnieje kontekstualna różnica między filozofią w społeczeństwie demokratycznym, jakim są Stany Zjednoczone i filozofią w krajach postkomunistycznych*, [w:] *Habermas, Rorty, Kola-kowski. Stan filozofii współczesnej*, red. J. Niżnik, Warszawa 1996.
- Wiszwaty M.M., *Wilk w owczej skórze. Litygacja strategiczna i amicus curiae jako formy działalności lobbingowej*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Gdańsk 2016.
- Wojtanowski M., *Odczarować zaklęciem? Uwagi na marginesie monografii Rafała Mańko o krytycznej filozofii orzekania*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020, nr 4.
- Wronkowska S., *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016.