

ARKADIUSZ BARUT¹

Problem polityczności orzecznictwa z perspektywy rozumienia polityczności jako sfery wspólnych wartości. Wstęp do neoklasycznej koncepcji prawa

Złożony do redakcji: 23.05.2020. Akceptacja do druku: 3.09.2020

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza problemu polityczności orzecznictwa poprzez rekonstrukcję sposobów ujmowania związku prawa z wartościami politycznymi we współczesnym dyskursie filozoficzno-prawnym. Analizowany problem ujęty został z perspektywy koncepcji prawa, która uznaje prawo za praktykę określonej wspólnoty politycznej. Autor podejmuje próbę rekonstruowania współczesnego myślenia o polityczności prawa odrzucającego paradygmat woluntarystyczny i indywidualistyczny, a przyjmującego paradygmat fronetyczny i wspólnotowy.

Słowa kluczowe: polityczność orzecznictwa, neoklasyczna koncepcja prawa, Maurice Hauriou, Carl Schmitt.

¹ Dr hab. Arkadiusz Barut – Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Polska; e-mail: kancelariabarut@gmail.com; ORCID 0000-0002-9347-7072. Badania nie są finansowane przez żadną instytucję.

ARKADIUSZ BARUT

The Problem of the Political Nature of Judicial Decisions from the Perspective of Considering the Political as a Domain of Common Values. An Introduction to the Neoclassical Concept of Law

Submitted: 23.05.2020. Accepted: 3.09.2020

Abstract

The aim of the article is to analyse the problem of the political nature of judicial decisions through a reconstruction of the ways of interpreting the relationship between law and political values in the contemporary philosophical-legal discourse. The considered problem has been presented from the perspective of such a concept of law that recognises law as a practice of a certain political community. The author attempts to reconstruct the contemporary understanding of the political nature of law viewed as rejecting the voluntarist and individualist paradigms and adopting the phronetic and community paradigms instead.

Keywords: political nature of judicial decisions, neoclassical concept of law, Maurice Hauriou, Carl Schmitt.

Wstęp

Artykuł analizuje problemu polityczności orzecznictwa poprzez rekonstrukcję sposobów, w jakich we współczesnym dyskursie filozoficzno-prawnym ujmowany jest związek prawa z wartościami politycznymi. Wyróżnione zostają cztery typy podejścia do tego problemu. W pierwszym typie nieproblematyzowane są wartości liberalno-demokratyczne. W drugim podejmuje się ich zamierzonej artykulacji i apologii. W trzecim formułuje się postulat upolitycznienia orzecznictwa, również na poziomie sądów powszechnych. Przy podejściu pierwszym przesłanki polityczne jako nieproblematyczne, nie podlegają krytyce. Przy podejściu drugim mogą, teoretycznie, podlegać krytyce, ale ich formalny charakter sprawia, że nie podlega krytyce ich „wypełnianie treści”. Trzecie podporządkowuje prawo ideologii, ewentualnie czyni orzecznictwo polem walki ideologicznej, nie pozostawiając żadnych obiektywnych kryteriów rozstrzygnięcia. Żadne nie przedstawia kryteriów krytyki prawa nieredukowalnych do świadomości określonej, partykularnej grupy. Możliwość otwiera podejście neoklasyczne nawiązujące do tradycji arystotelesowskiej i tomistycznej, uznające prawo za praktykę określonej wspólnoty politycznej, legitymizowaną i treściowo określoną przez fundamentalne wartości stanowiące o tożsamości tej wspólnoty.

Celem niniejszego artykułu jest analiza problemu polityczności orzecznictwa poprzez rekonstrukcję typów ujmowania związku prawa z wartościami politycznymi. Zakładam, że ujęcia te decydują o aktywistycznej lub pasywistycznej koncepcji wykładni operacyjnej, a także o kryteriach oceny orzecznictwa z punktu widzenia jego postulowanej apolityczności lub polityczności. Zauważyć należy, że w dyskursie teoretyczno- i filozoficzno-prawnym, a zwłaszcza doktrynalnym, często pomijany jest związek pomiędzy interpretacją i stosowaniem prawa a filozofią polityczną i doktrynami politycznymi. W szczególności nie dostrzega się, że określony sposób rozumienia wartości uznawanych w dyskursie prawniczym za oczywisty jest powiązany z określoną wizją polityczną, ewentualnie przyjmuje się jako konstytutywny i oczywisty związek tych wartości z liberalno-demokratyczną filozofią polityki.

W niniejszym artykule analizowany problem ujęty jest z perspektywy koncepcji prawa, którą określam jako neoklasyczną. Neoklasyczna koncepcja prawa uznaje prawo za praktykę określonej wspólnoty politycznej. Na jej gruncie jest ono legitymizowane i treściowo określone przez fundamentalne wartości stanowiące

o tożsamości tej wspólnoty. Przyjmuje się, że powinny być one wspólne dla wszystkich jej członków (niekoniecznie muszą być tak samo rozumiane, powinny jednak mieć ten sam rdzeń znaczeniowy), a ponadto nie mogą redukować się do zjawisk empirycznych – np. określonej ideologii czy rozwiązania instytucjonalnego. W ten sposób sfery tego, co polityczne, oraz tego, co prawne, nawzajem się stabilizują. Uznanie określonych wartości za konstytutywne dla wspólnoty tworzy warunki, w których mogą być wypracowane prawne standardy właściwego podziału dóbr (skłania do kompromisu obywateli połączonych „przyjaźnią polityczną”). Prawo jawi się jako praktyka określonej wspólnoty, której symbolika dostarcza mu języka, w którym może ono wyrazić wartości legitymizujące samo prawo. Zarazem takie legitymowane prawo stabilizuje wspólnotę polityczną poprzez wyznaczanie granic działań jednostek oraz aparatu władzy².

Koncepcja ta odwołuje się do tradycji mającej swoje źródła w starożytności i średniowieczu, w szczególności w filozofii Arystotelesa i św. Tomasza z Akwinu. Dominowała ona w myśli europejskiej aż do XVIII w. W XX–XXI w. reprezentują ją m.in. tacy autorzy jak Maurice Hauriou, Carl Schmitt, Michel Villey i Pierre Legendre. W niniejszym artykule sięgam do koncepcji dwóch pierwszych z wymienionych myślicieli. Dodać należy, że rzadkie są próby rekonstruowania współczesnego myślenia o polityczności prawa odrzucającego paradygmat woluntarystyczny i indywidualistyczny, a przyjmującego paradygmat fronetyczny i wspólnotowy, jeśli rekonstruuje się taki typ myślenia, to przede wszystkim w aspekcie historycznym, interpretując tradycję arystotelesowską i tomistyczną. Celem niniejszej analizy jest zapełnienie, w jakimś stopniu, tej luki.

Polityczne wartości liberalno-demokratyczne jako wartości prawne

Po odejściu od pozytywizmu „twardego” podstawowe znaczenia dla rozumienia polityczności orzecznictwa ma sposób ujęcia relacji filozofii politycznej i prawa. Przyjmuję, że we współczesnej filozofii prawa należy wyróżnić cztery typy idealne podejścia do problemu polityczności orzecznictwa: utożsamienie określonej filozofii politycznej z regułami konstytutywnymi prawa jako instytucji, uznanie określonej filozofii politycznej za jedynie możliwą podstawę prawa jako instytucji, uznanie różnych możliwych podstaw politycznych prawa jako instytucji i wybór

² W pracy p.t. *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesnego* (Warszawa 2018) analizowałem jeden z jej aspektów, to jest ujęcie relacji prawa i polityki, określając koncepcję tej relacji jako republikańsko-instytucjonalną (ibidem, s. 61–86).

jednej z nich według kryteriów politycznych, uznanie określonej filozofii politycznej za najbardziej właściwą podstawę prawa jako instytucji w realiach określonej wspólnoty politycznej.

Dwa pierwsze typy podejścia do problemu polityczności orzecznictwa wiążą się z pełną afirmacją sposobu rozumienia demokracji liberalnej wciąż ugruntowanego wśród elit politycznych i przedstawianego jako jej jedynie właściwy model, zasadne będzie więc ich wspólne omówienie.

W pierwszym typie podejścia nieproblematyzowane są wartości polityczne, które najczęściej wskazuje się jako legitymizujące współczesne prawo, to jest proceduralistyczne wartości demokratyczno-liberalne. Na gruncie polskiej kultury prawniczej po 1989 r. takie podejście stanowiło jej oczywisty i deklarowany na każdym kroku *mainstream*, uznawany przy tym za koherentny z deklaracjami wierności pozytywistycznej koncepcji prawa³. Podejście to było adekwatne do dominacji w zachodniej kulturze politycznej lat 90. XX w. i pierwszej dekady XXI w. idei liberalnych, uznawanych za uniwersalne (przynajmniej w aspekcie funkcjonalnym). „Powrót” polityki w drugiej dekadzie XXI w. jest z kolei kontekstem podejścia drugiego: liberalno-demokratyczne wartości są uznawane za jedynie adekwatne do kultury prawnej, względ na jej obronę nakazuje jednak wyraźne ich artykułowanie jako składnika filozofii politycznej.

Przykładem tego typu konceptualizacji problemu, stojącej przy tym na wysokim poziomie dyskursywnym, są rozważania Andrzeja Batora. W tekście z 2006 r. wskazuje on, że kultura prawnicza oparta jest na takich wartościach, jak wolność, godność i własność rozumiane na sposób proceduralistyczny, nie identyfikuje ich przy tym jako elementów określonej, czyli liberalno-demokratycznej filozofii politycznej. Ponadto kultura ta uznana zostaje za ponadlokalny zbiór standardów, co właśnie ma świadczyć o jej samo-zrozumiałości i obiektywności⁴. Jednak już w tekście z 2016 r. autor ten wskazuje wprost, jako ugruntowanie prawa, filozofię liberalno-demokratyczną opartą na idei wolnego dyskursu, odrzucającą rozległe doktryny jako podstawę prawa. Pojawia się drugi typ ujmowania polityczności prawa. Filozofia ta wciąż jest uważana za jedynie kompatybilną z kulturą prawniczą, inne koncepcje polityczne niż liberalno-demokratyczne mogą jedynie uzmysławiać ideowe zróżnicowanie społeczeństwa⁵. Takie podejście ma uczulać,

³ Zob. A. Sulikowski, *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits: kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, 1(8).

⁴ A. Bator, *Wspólnota kulturowa jako element integracji prawa*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006, s. 22.

⁵ A. Bator, *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, 104, s. 86.

jak wskazuje autor, na zagrożenia wynikające z polityzacji prawa i zaniku instytucjonalnego charakteru jego nauki. Liberalno-demokratyczna filozofia uznawana jest za barierę chroniącą prawo przed zalewem przez polityczność, wciąż więc za koncepcję, która sama narzuca się rozumowi prawniczemu⁶. Jest to już przy tym rozum wyraźnie skontekstualizowany do poglądów określonej grupy. Implikować ma to określone rozwiązania instytucjonalne – rolę Trybunału Konstytucyjnego jako organu „filtrującego” sprzeczne wizje polityczne nie tylko przez zasady sprawiedliwości formalnej w rozumieniu Finnisowskim, ale także przez określone idee konstytucyjne, deklarowane przez elity prawnicze („dominującą w tym środowisku filozofię polityczną państwa prawa, podstawowe prawa i wolności obywatelskie”). Istotne na gruncie tego typu podejścia jest zachowanie podziału na przypadki łatwe i trudne. Zdaniem Andrzeja Batora założenie systemowości prawa, dzięki któremu mogą być spełnione postulaty jego pewności i przewidywalności, jawi się jako postulat praktyczny, zależny od kontekstu, z punktu widzenia autonomii prawa konieczny jednak do spełnienia w większości przypadków, to jest w przypadkach uznawanych za łatwe przez akceptujących go uczestników określonej kultury prawniczej⁷.

Dalej idzie Marek Zirk-Sadowski, który filozofię liberalno-demokratyczną postrzega nie tylko jako jedynie kompatybilną z kulturą prawną, ale ponadto uznaje tę ostatnią za część tej filozofii, wyznaczając jej cele w dziedzinie polityki w sensie czynnościowym. Również u tego autora nauka prawa ma sama w sobie zawierać określone założenia polityczne. „Filozofia prawa najczęściej opiera się na filozoficznym ugruntowaniu państwa liberalno-demokratycznego, a także na jednoczesnym uznaniu, że jest ono samo przez się uzasadnione jako najbardziej racjonalna praktyka polityczna państwa”⁸. Ujawnienie tej politycznej podstawy prawa ma jednak nie tyle ograniczać jego polityczność, co ją artykułować w celach praktycznych. Po rozstaniu się z podbudową metafizyczno-universalistyczną filozofia prawa ma stanowić hermeneutykę demokratycznej polityki i jej ugruntowanie⁹. Jest to w przekonaniu autora koncepcja, która ma zaradzić niedostatkom podejścia pierwszego, to jest „ukrywania” wartości politycznych mających stanowić ugruntowanie

⁶ „Prawnicy powinni zatem bronić swojej meta-reguły – a za taką należy uznać systemowość prawa ugruntowaną na normach konstytucji – przed światem polityki tam, gdzie jest to możliwe, gdzie służy ona rozwiązywaniu prostych przypadków” (ibidem).

⁷ Ibidem, s. 77–78.

⁸ M. Zirk-Sadowski, *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawoznawstwa. Aspekt behawioralny i intencjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, 110, s. 62.

⁹ „Filozofia pozostająca w takiej relacji do demokracji sama musi być częścią demokratycznego dyskursu (...) Jest to filozofia, która wspomaga demokratyczną politykę.” (ibidem).

kultury prawnej¹⁰. Na gruncie tego typu argumentacji apolityczność prawa i orzecznictwa schodzi na dalszy plan.

Słabości pierwszego podejścia zweryfikowała historia najnowsza. Podejście drugie zderza się z kolei z „konkurencyjnymi” wizjami prawa i demokracji, wskazującymi, że rzekomy uniwersalizm filozofii liberalno-demokratycznej, choćby pojmowany na sposób pragmatyczny, w rzeczywistości stanowi lokalną praktykę środowiska „ekspertów” od kultury prawnej. Nasuwa się pytanie, dlaczego np. założenie systemowości prawa, uzasadnione ochroną praw podmiotowych, ma implikować określoną wizję polityczno-ustrojową i na jakiej podstawie przenosić ideę „łatwych przypadków” na poziom konstytucyjny, a do tego prowadzi uznanie filozofii liberalno-demokratycznej za jedynie zgodną z tą kulturą? Podstawy tej krytyki stają się szczególnie wyraźne w przypadku aktywistycznych wersji podejścia drugiego, mogących ostatecznie uzasadniać podporządkowanie prawa nadrzędnym celom politycznym. Konsekwentny w tym zakresie jest jednak trzeci typ podejścia do polityczności orzecznictwa.

Orzecznictwo jako walka o realizację projektu ideologicznego

Trzecie podejście do problemu polityczności orzecznictwa nawiązuje do ruchu Krytycznych Studiów Prawnych, a jego znaczenie zwiększyło się wraz z polityczną ekspansją neomarksizmu. Jako przykład wskazać można pracę Rafała Mańki. Autor ten stwierdza: „Tym, co jednak wyróżnia krytyczne prawoznawstwo od hermeneutyki prawniczej, jest, po pierwsze, krytyczny stosunek do opowieści o politycznej neutralności prawa, a po drugie, dążenie do zmiany stosunków społecznych z wykorzystaniem w tym celu prawa”¹¹. Pojawia się pytanie, czy na gruncie tego podejścia prawo posiada samoistną wartość, która może ograniczać wykorzystywanie go do celów politycznych. Jak twierdzi autor, wartość taką, przynajmniej w zakresie deklaracji, zachowuje ono na gruncie koncepcji Kennedy’ego, wskazującego jako wzór sędziego „aktywistę-stratega”, który „zdaje sobie sprawę z plastyczności medium, jakim jest prawo i celowo podejmuje pracę interpretacyjną, aby ulepić z tej plastycznej masy orzeczenie, które spełnia jego oczekiwania ideologiczne, niemniej jednak, ponieważ jest *bona fide* sędzią, jest gotowy poddać się normie prawnej, która nie podda się jego plastycznej obróbce”. Odróżniać ma go

¹⁰ Ibidem, s. 59.

¹¹ R. Mańko, *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność etyka, legitymizacja*, Łódź 2018, s. 65.

to od „sędziego, który jest prawniczym nihilistą, usiłującym jedynie przy zachowaniu pozorów formy prawnej realizować projekt ideologiczny”¹².

Rafał Mańko idzie jednak dalej: krytykuje zalecaną przez Kennedy’ego „postawę wyznawcy prawa” jako „postawę niedokończonej rewolucji krytycznej”. Autor proponuje postawę otwarcie strategiczną, w której nie tylko wprost identyfikuje się polityczne przesłanki wykładni i stosowania prawa, ale i traktuje się je jako jej przesłanki najważniejsze. Prawnicze toposy powinny być stosowane zasadniczo jedynie w celach taktycznych, a dostosowanie się do nich i przez to ograniczenie realizacji celów politycznych może być uzasadnione tylko względami strategicznymi. W innych wypadkach Rafał Mańko chce, aby sędzia, przynajmniej na poziomie sądu konstytucyjnego, o ile jest pewny swej pozycji instytucjonalnej, otwarcie i bez skrępowania tradycją prawną tworzył nowe konstelacje ideologiczne: „w wariacie maksymalistycznym nakazem etycznym jest praca ideologiczna polegająca na radykalnej zmianie znaczącego-mistrza i odczytaniu pustych znaczących prawa w świetle ideologii, której hegemonię sędziowie pragną zapewnić”¹³. Autor, odwołując się do marksizmu poststrukturalistycznego i myśli Slavoj Žižka zakłada pełną plastyczność tekstu prawnego, nauki prawa i tradycji prawnej, która ma nie przynosić, choćby w aspekcie funkcjonalnym czy instytucjonalnym, samoistnego sensu, a ściślej mówiąc, jakikolwiek jej sens należy uznać za wyznaczony ideologicznie. Na gruncie koncepcji Rafała Mańki wątpliwe jest więc, czy zaangażowanego ideowo sędziego, pewnego przy tym swej pozycji instytucjonalnej wiązać może cokolwiek poza koniecznością zachowania rytualnych pozorów: nazwania wytworów swej działalności wyrokiem itd. Autor zastrzega wprawdzie, że odróżnia fenomen polityczności od fenomenu jurydyczności i dopuszcza istnienie przypadków będących wyrazem wyłącznie tego ostatniego fenomenu, podlegających ocenie zgodnie z kanonami prawnymi. To jednak od oceny zaangażowanego politycznie prawnika należy identyfikacja przypadków podlegających ocenie politycznej, w tym na poziomie sądów powszechnych. W sytuacji ciągłego odkrywania nowych przejawów opresji, a zatem kolejnych sytuacji, w których konieczne jest zaangażowanie polityczne, przestrzeń jurydyczności może się więc skurczyć do zera. Autor odrzuca z tego względu koncepcję łatwych i trudnych przypadków (która na gruncie jego koncepcji mogłaby zresztą być stosowana jedynie jako zabieg strategiczny). Według Rafała Mańki istotność „oporu” metodyki prawniczej jest zawsze rzeczą względną, zależną od ilości pracy, którą w danej kulturze prawnej trzeba włożyć, aby uzasadnić decyzję. Wynika z tego, że przy przekształceniu tej

¹² Ibidem, s. 207–209, 214.

¹³ Ibidem, s. 217–218.

kultury według kryteriów ideologicznych przypadki łatwe mogą stać się trudnymi, wymagającymi szczególnie zaangażowania politycznego¹⁴.

Autor wskazuje też społeczną podstawę takiej ideologii – ma być ona (jak twierdzi aprobująco cytowany przez Rafała Mańkę Duncan Kennedy) „projektem uniwersalizacyjnym inteligencji ideologicznej, która stara się ostrzegać siebie samą jako działającą »na rzecz« grupy, której interesy znajdują się w konflikcie z interesami innych grup”, przy tym „ideologia (ta) jest niezależna od interesów, z którymi jest ona »powiązana« (*associated*), (...) Odrębność inteligencji ideologicznej od grupy destynatariuszy danej ideologii oznacza, że inteligencja ta ma własne, odrębne interesy, które mogą niekiedy nawet znaleźć się w konflikcie z interesami grupy destynatariuszy.”¹⁵. Podobnie więc jak na gruncie podejścia drugiego wskazana jest partykularna grupa, której świadomość i interesy w drodze zabiegu bliżej nieokreślonej „uniwersalizacji” nabierają znaczenia obiektywnego, wyznaczając otwarcie ideologiczne sposoby rozumienia prawa. Uniwersalizm sam więc ujawnia się jako lokalność, tym razem jednak nie prawnicza, lecz polityczna.

Neoklasyczne ujęcie polityczności orzecznictwa – koncepcje Maurice’a Hauriou i Carla Schmitta

Na gruncie pierwszego i drugiego podejścia do problemu polityczności orzecznictwa wartości polityczne legitymizujące prawo, rzekomo uniwersalne, zostają sprowadzone do wartości konstytutywnych dla praktyki określonej grupy społecznej, a ostatecznie do poglądów osób dokonujących jego wykładni operacyjnej lub doktrynalnej. Wyciągnięcie ostatecznych wniosków z takich założeń może uzasadniać podejście trzecie, przy którym świadomość instytucjonalnie uznanej elity prawniczej ustępuje miejsca, jako kryterium identyfikacji prawnie relewantnych wartości politycznych, świadomości grupy prawników zaangażowanych politycznie. Tymczasem na gruncie podejścia neoklasycznego konkretyzacja wartości legitymizujących prawo poprzez zidentyfikowanie ich z wartościami ugruntowanymi społecznie, może („paradoksalnie”, z punktu widzenia przede wszystkim podejścia pierwszego) przeciwdziałać ich partykularyzacji i ocalać autonomię prawa. Relacja między fundamentalnymi wartościami określającymi tożsamość wspólnoty a tworzeniem i stosowaniem prawa staje się bowiem nieoczywista, pozostawiając

¹⁴ „Można zasadnie zadać pytanie o to, ile jest tak naprawdę orzeczeń sądowych, w których margines decyzyjności byłby rzeczywiście tak wąski, by całkowicie wykluczyć polityczność.” (ibidem, s. 155).

¹⁵ Ibidem, s. 54–55.

pole nauce i sztuce prawniczej. Uważam, iż z tego punktu widzenia należy spojrzeć w szczególności na instytucjonalizm Hauriou i Schmittowską koncepcję prawa jako konkretnego porządku.

Wartości polityczne jako bariera dla ideologizacji i subiektywizacji prawa

Instytucjonalizm Maurice'a Hauriou kieruje uwagę na kulturowe uwarunkowania jednostkowej i grupowej aktywności, w tym prawodawczej i orzeczniczej. Autor ten wyróżnił dwa rodzaje instytucji – instytucje-osoby i instytucje-rzeczy (taką instytucją ma być prawo pozytywne), najwięcej uwagi poświęcając tym pierwszym¹⁶. Instytucja-osoba, czyli organizacja społeczna, może zaistnieć dzięki trzem elementom – idei wprowadzenia w życie przedsięwzięcia (jak to określa autor – „idei kierującej”), indywidualnych decyzji o podejmowaniu działań dla realizacji tego celu i powstającej w ten sposób wspólnocie, a także istnieniu organów, które tymi działaniami, w sposób zgodny z przyjętymi w danej grupie regułami, kierują i je (do pewnego stopnia) wytwarzają. Tak samo jak inne instytucje-osoby, ma powstawać państwo. Mówiąc językiem współczesnej hermeneutyki, idea kierująca na gruncie koncepcji Hauriou jawi się jako horyzont wspólnego działania, który nigdy nie jest możliwy do osiągnięcia, a zatem i do pełnego opisu, niemniej jednak strukturyzuje wspólną przestrzeń, dlatego nie ma charakteru urojonego lub czysto umownego. Jak wskazuje Hauriou, rozumienie takich idei jak sprawiedliwość czy obowiązek inne było u Racine'a, a inne jest w XX w., niemniej idea kierująca zawsze ma charakter obiektywny, w tym sensie, że zawiera pewne minimum treściowe o charakterze niekontekstualnym, dzięki któremu może być ona rozpoznawana w różnych sytuacjach historycznych. Idea ta nie występuje więc w postaci możliwego do apriorycznego zdefiniowania uniwersalnego imperatywu, jej istota różna jest jednak od jej subiektywnych artykulacji. Nie sprowadza się ani do przygodnego stanu świadomości społecznej, ani do ideologii forsowanej przez rządzących, jednak bez społecznego poparcia i bez znaczenia, nadawanego jej przez wspólne polityczne bytowanie, byłaby jedynie projektem utopijnym, głoszonym przez

¹⁶ W dojrzałym okresie Hauriou zdefiniował instytucję jako „ideę dzieła lub przedsięwzięcia, która spełnia się i trwa na sposób prawny w środowisku społecznym, dla spełnienia tej idei powstaje władza, która wyposaża ją w organy, z drugiej strony, pomiędzy członkami zainteresowanymi w spełnieniu idei ujawniają się przejawy wspólnoty kierowane przez organy władzy i regulowane przez procedury”, M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris 1933, s. 96.

władzę lub pretendentów do jej zdobycia, nie mogłaby zapewnić trwania żadnej instytucji, w tym prawu¹⁷.

Koncepcję tę, na bardziej konserwatywnym gruncie, rozwija Carl Schmitt¹⁸. Dla zrozumienia istoty jego koncepcji wspólnoty politycznej fundamentalny jest tekst *Katolicyzm i polityczna forma*. Według Schmitta Kościół Katolicki reprezentuje rzeczywistość transcendentną – Chrystusa wobec ludu bożego, a zarazem lud boży (rzeczywistość doczesną) przed rzeczywistością wieczną. W katolicyzmie reprezentacja ta nie polega na próbie odzwierciedlenia jakiejś koncepcji metafizycznej czy moralnej ani tym bardziej ideologii. Nie uzasadnia pretensji do pełnego opisu świata i całościowej jego zmiany. Unika zarówno charakterystycznego dla nowożytności dualizmu ideologicznego implikującego bezwzględne zwalczanie przeciwnika, jak i automatycznej, zadekretowanej syntezy. Zarazem jednak Kościół pragnie prowadzić wiernych w doczesności, dlatego przybiera formę instytucjonalną. W tradycyjnej formie chce ująć rozmaite treści (dlatego jego przedstawiciele potrafią być rzecznikami zarówno ruchów konserwatywnych, jak i rewolucyjnych, zarówno uprzywilejowanych, jak i wykluczonych, zarówno mieszczan, jak i artystów). Zdaniem Schmitta nie ma w tym żadnego fałszu, różnice te nie są bowiem istotne w obliczu celu, jakim jest zachowanie autonomii Kościoła w dziele reprezentowania idei, która nie jest w pełni z tego świata. Ugruntowując ją, Kościół posługuje się tym wszystkim, co ustanawia wspólną symbolikę: retoryką, czerpie z ugruntowanych toposów, formą estetyczną – obrzędowością, wreszcie formą prawną, rozstrzygając (również) o sprawach przekraczających bieżącą grę interesów. Schmitt nie ma oczywiście na myśli ustanawiania norm o charakterze abstrakcyjnym i generalnym. Jeśli z punktu widzenia prawnego czy wręcz, jak twierdzi Schmitt, prawniczego charakteru Kościoła rozpatrywać kwestię wprowadzenia w życie „idei” katolickiej, to byłoby to „stosowanie” ideału do konkretnych zagadnień poprzez koło hermeneutyczne. W perspektywie nowożytnej Kościół jawi się jako „mieszalnina przeciwieństw”, a w oczach swoich wrogów – instytucja zabiegająca wyłącznie o władzę i przetrwanie, potrafiąca łączyć się z każdą ideologią. Stanowi on bowiem przeciwieństwo dominującego w nowożytności myślenia ekonomicznego,

¹⁷ Ideę kierującą odnajduje się, jak stwierdza Hauriou, tak jak górnik znajduje diament (ibidem, s. 100–101). Metafora ta wyraża zarazem: obiektywny charakter idei kierującej, konieczność indywidualnej aktywności dla jej zrekonstruowania, wymóg wpisania tej aktywności w zorganizowane działanie społeczne.

¹⁸ Schmitt wielokrotnie wprost odwoływał się do koncepcji Hauriou, uznając ją za źródło inspiracji, np. C. Schmitt, *O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa*, przeł. J. Zajadło, [w:] J. Zajadło, *Schmitt*, Sopot 2016, s. 119–120, zob. M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, London–New York 2014, s. 104–108.

technicznego i prywatno-etycznego, urzeczowiającego stosunki społeczne¹⁹. Uznanie za podstawę uprawomocnienia, a zarazem krytyki władzy idei, która przekracza istniejący porządek władzy, a jednocześnie wyraża się w porządku instytucjonalnym na gruncie koncepcji Schmitta jawi się jako jedyny możliwy sposób ujęcia ideału i rzeczywistości politycznej, *polity* i *politics*, inne podejścia prowadziłyby, często właśnie w imię oddzielenia bytu od powinności, do zatarcia granica pomiędzy nimi. Z tej perspektywy jaśniejsza staje się Schmittowska koncepcja prawa.

Pozytywizm jako decyzyjizm, prawo jako konkretny porządek

Według Schmitta można wyróżnić trzy rodzaje myślenia prawniczego – według reguł ustawowych (normatywizm), według rozstrzygnięcia (decyzyjizm) oraz według konkretnego porządku²⁰. Od tych typów idealnych należy odróżnić zjawisko historyczne – dominujący od XIX w. pozytywizm prawniczy, będący połączeniem normatywizmu i decyzyjizmu. Główną winą pozytywizmu jest, zdaniem Schmitta, jego uniwersalistyczna pretensja i skrywanie własnego decyzyjizmu. Tymczasem norma zawsze czerpie swe obowiązywanie z konkretnego porządku instytucjonalnego, choćby z władzy sędziego uznawanego w ideologicznym dyskursie za usta prawa²¹. Pozytywizm analizowany z zewnętrznego punktu widzenia ujawnia swą funkcję ideologiczną na dwa sposoby. Z jednej strony jawi się jako wyraz pragnienia uczynienia z prawa narzędzia dowolnego kształtowania stosunków społecznych i dzięki temu sprawowania nad nimi pełnej władzy. Schmitt wskazuje, że porządek prawny, którego celem byłoby zapewnienie pewności realizacji językowego znaczenia przepisu mógłby osiągnąć jedynie pewność działania aparatu państwowego, a nie pewność prawa²². Z drugiej strony pozytywizm stanowi wytwór, a zarazem ideologiczne uzasadnienie, jak to określa Schmitt, „państwa ustawodawczego XIX w.”. Porządek normatywny, który pozytywizm wskazuje jako podstawę prawa, jest rezultatem uznania za typowe stosunków panujących w XIX-wiecznym państwie liberalnym²³. Pewność i trwałość, na które pozytywizm się powołuje, są ostatecznie pewnością i trwałością spełniania partykularnych żądań potężnych graczy ekonomicznych.

¹⁹ C. Schmitt, *Katolicyzm i polityczna forma*, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M.A. Cichocki, Kraków–Warszawa 2000, s. 84–114.

²⁰ Idem, *O trzech rodzajach...*, s. 70.

²¹ Ibidem, s. 79.

²² Ibidem, s. 98.

²³ Ibidem, s. 92–106.

Co więcej, pozytywizm, posługując się fikcją stosowania norm abstrakcyjnych i generalnych, w rzeczywistości ugruntowuje nieprzewidywalność prawa, jest według Schmitta, ideologią zarówno antypolityczną, jak i antyprawną. Odwołując się tylko do językowego brzmienia przepisu, odrzucając *a priori* argumentację o charakterze moralnym, gospodarczym, socjologicznym i politycznym, zubaża sztukę prawniczą, a przecząc swej kontekstualności, traci kluczowe dla nauki prawa pojęcie sytuacji typowej²⁴. Służy władzy, a zarazem może służyć anarchii prawnej. Jednym z jej czynników mogą być sami prawnicy. Pozytywizm jako jedyne źródło prawa wskazuje ustawę, zarazem jednak, odżegnując się od pozaustawowych źródeł prawa, utożsamia ją z wolą ustawodawcy. Na tym jednak wolicjonalny aspekt tego typu myślenia prawniczego nie kończy się. Pozytywista w niektórych przypadkach przeciwstawia ustawę, a ściślej mówiąc swą własną, niepodlegającą kontroli według intersubiektywnych kryteriów decyzję co do sposobu jej interpretacji, woli empirycznego ustawodawcy²⁵.

Polemizując z pozytywizmem, Schmitt kreśli wizję prawa jako konkretnego porządku określonej wspólnoty politycznej, wyznaczonego przez porządek jej „stanów”, czyli typowych sytuacji o charakterze instytucjonalnym (rodziny, armii, fabryki itd.), podporządkowanych państwu jako porządkowi wyższego rzędu²⁶. W myśleniu według porządku prawo nie jest ujmowane jako zbiór norm, „lecz raczej odwrotnie – to reguła jest składnikiem i środkiem porządku”²⁷. Są wprawdzie dziedziny, które można regulować wyłącznie poprzez normy, jak rozkład jazdy pociągów, czy (co do zasady), ruch drogowy. Niemniej jednak poza tymi czysto „technicznymi” sferami większość sytuacji społecznych ma charakter instytucjonalny, ich regulacja musi więc opierać się na pojęciu (typie) sytuacji normalnej (małżeństwo na pojęciu dobrego małżonka, służba w armii na pojęciu dobrego żołnierza itd.)²⁸. Podkreślone zostaje przez Schmitta znaczenie klauzul generalnych jako rzeczywistości współczesnego prawa, w którą należy wprowadzić ład przez właściwe jego rozumienie jako konkretnego porządku, wytwarzającego interesu-

²⁴ Ibidem, s. 102–104. Na znaczenie idei typu w koncepcji Schmitt zwraca uwagę Jerzy Zajadło, op. cit. s. 63–64.

²⁵ C. Schmitt, *O trzech rodzajach...*, s. 77–78, 98–99. Schmitt w powoływanej pracy nie rozwija tej myśli i nie wskazuje wprost, że o tym, kiedy ustawa jest przeciwstawiona woli ustawodawcy decyduje w istocie wola samego prawnika-pozytywisty, sugeruje jednak, że wybór między pozytywizmem jako realizacją woli ustawy a pozytywizmem jako realizacją woli prawnika ma charakter arbitralny, skrywany jedynie pod hasłem przewidywalności prawa. Takie myślenie, jak pisze, „umożliwia (...) w zależności od stanu rzeczy, raz decyzyjonizm, raz normatywizm, wyłącznie by zaspokoić miarodajną pozytywistyczną potrzebę pewności i wymierności” (ibidem, s. 99).

²⁶ Ibidem, s. 107–108.

²⁷ Ibidem, s. 75.

²⁸ Ibidem, s. 82–83.

biektywne kryteria stosowania tych klauzul²⁹. Unaocznia to problem dyskrecjonalności sędziowskiej.

Dyskrecjonalność sędziowska – prawna, nie polityczna

Stałą obawą Schmitta jest popełnienie, w wymiarze makrospołecznym, swoistego błędu *pars pro toto*, to jest przypisanie określonej grupie społecznej lub organowi funkcji reprezentowania etycznie-politycznej całości – państwa, suwerennego ludu, wreszcie prawa jako instytucji. Funkcji takie nie może sobie przypisywać głowa państwa, władza wykonawcza, parlament, ani większość biorąca udział w plebiscycie³⁰. Nie wolno takiej funkcji przypisać również sędziom. Istotne w tym zakresie są inspiracje konstytucjonalizmem Hauriou. Autor ten przyznawał sędziom szeroką swobodę w interpretacji prawa. Gwarancją praw indywidualnych powinna być, jego zdaniem, sądowa kontrola konstytucyjności ustaw dokonywana przez sądy powszechne na podstawie „zasad konstytucyjnych”³¹. Podkreślić jednak należy, że Hauriou przypisuje sędziom wyłącznie rolę rozstrzygania konkretnych sporów, wskazuje, że bezwzględnie należy unikać przejścia przez nich władzy nad państwem³². Sędziowie, opierając się na zasadach konstytucyjnych, powinni unikać nie tylko (pseudo)scjencystycznej analizy, ale i arbitralności upozorowanej na szczególnie, indywidualny wgląd w sprawę, „niepokojących skłonności do orzekania na zasadach słuszności” (*équité*)³³. Według Hauriou prawo pozytywne, które znają sędziowie, nie przynosi jakiegos „autonomicznego” wyrazu idei kierującej, idea ta przede wszystkim wyraża się w innych wytworach kultury, a jeśli w prawie, to przede wszystkim w jego podstawowych zasadach³⁴. Nie ma więc podstaw, aby sędziowie mieli ją definiować na potrzeby całej wspólnoty politycznej.

Również według Schmitta sędziowie powinni pozostać przy swej *stricte* prawnej funkcji. W *Strażniku konstytucji* zdecydowanie sprzeciwia się przypisywaniu sądowi roli organu, który będzie bronił konstytucji w sytuacji jej zagrożenia. Sąd (o ile ma pozostać sądem) może jedynie dbać o przestrzeganie konstytucji rozumianej jako ustawa, aby wypełnić taką funkcję musi mieć już do dyspozycji zdefiniowane na poziomie suwerennej decyzji politycznej pojęcie sytuacji normalnej. Sam nie może stanąć na zewnątrz prawa jako autor decyzji o określonej formie

²⁹ Ibidem, s. 123–126.

³⁰ Przykładem rozważania Schmitta w *Legalności i prawomocności*, przeł. B. Baran, Warszawa 2015.

³¹ M. Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, Paris 1929, s. 247–248, 612.

³² Ibidem, s. 268, 224–230.

³³ Ibidem, s. 237.

³⁴ Idem, *Aux sources...*, s. 117.

społeczeństwa³⁵. Również w *Nauce o konstytucji* Schmitt podkreślał, że funkcja sędziego nie ma charakteru politycznego: „sedno jego działalności jest określone normatywnie; nie jest on żadnym samodzielnym przedstawicielem jedności politycznej jako takiej”. Istotą niezależności sędziów jest ich zależność od prawa, a nie od polityki, nawet demokratycznej³⁶. Niemniej jednak kryterium uznania działalności sędziego za działalność w dziedzinie prawa nie ma charakteru czysto formalnego, tak jak ustawą nie jest każdy akt, który parlament tak nazwie, tak samo za wymiar sprawiedliwości, chroniony przez instytucję niezależności i niezawisłości sędziowskiej, nie sposób uznać wszystkiego, co robi sędzia³⁷.

Schmitt jeszcze w *Nauce konstytucji* jako środek zapewnienia realizacji przez sędziego jego funkcji wskazuje związanie go ustawą. Z tego względu, posługując się argumentem o fragmentaryzacji społeczeństwa liberalnego, sprzeciwia się idei sądownictwa ludowego, również w znaczeniu dostosowywania się przez orzecznictwo do stanu świadomości społecznej³⁸. Koncepcja ta różni się od przedstawionej w jego pismach z okresu lat 30. Prawo wyrażone, przynajmniej w pewnym stopniu, w ustawodawstwie traci wówczas znaczenie jako ponadjednostkowe kryterium sędziowskiego rozstrzygnięcia, ustępując miejsca prawu jako konkretnemu porządkowi, a sposobem zapobieżenia arbitralności sędziów stosujących klauzule generalne ma być ich odpowiednia akulturacja³⁹. Kluczowa jednak jest kwestia roli, jaką w operacyjnej wykładni prawa ma spełniać totalitarna władza, która stała się wówczas w Niemczech rzeczywistością. Podkreślić należy, że Schmittowska idea prawa jako konkretnego porządku nie implikuje zredukowania go do ideologii czy programu partii politycznej – myślenie typologiczne, zakorzenione w klasycznej tradycji myślenia praktycznego jawi się jako przeciwieństwo metody dedukcyjnej oraz wszelkiej współczesnej „dialektyki”. Każda sytuacja społeczna zbliża się do typu w różnym stopniu, żadna nie realizuje go w pełni, dla wszystkich jednak jest on swoistym horyzontem definicyjnym. Na gruncie koncepcji Schmitta prawo pojęte jako konkretny porządek nie stanowi poręcznego narzędzia kształtowania stosunków społecznych, lecz ma, jako odzwierciedlenie określonego kształt społeczeństwa, charakter względnie autoteliczny⁴⁰. Czy więc Schmitt bez zastrzeżeń przeszedł na pozycje utopii totalitarnej? Nie ma tu miejsca na rozstrzygnięcie kwestii,

³⁵ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 1929, 55(2), s. 165–170.

³⁶ Idem, *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013, s. 433–434.

³⁷ Ibidem, s. 249.

³⁸ Ibidem, s. 435–436.

³⁹ Idem, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg 1933, s. 42–46.

⁴⁰ A. Corrino, *Carl Schmitt i europejskie prawnoustawstwo*, przeł. P. Płucienniczak, [w:] Ch. Mouffe (red.), *Carl Schmitt. Wyzwanie polityczności*, Warszawa 2011, s. 233.

czy niektóre wypowiedzi Schmitta z okresu od objęcia władzy przez narodowych socjalistów, w tym uznanie „Führera” za obrońcę prawa, są wyrazem wewnętrznej logiki jego myśli, czy też jej aberracją, wynikającą z oportunistów⁴¹. Przychyłam się do drugiego poglądu. Dla Schmitta prawo zawsze było porządkiem obiektywnym, któremu zagrażała politycyzacja i subiektywizacja. Różna ocena szans ugruntowania obiektywności orzecznictwa na stanie świadomości społecznej i zakorzenionej w nim typologii sytuacji społecznych jawi się jako wynik interpretacji kontekstu historycznego (rzecz jasna, w pewnym momencie rażąco błędnej), a nie zmiany sposobu rozumienia prawa.

Podsumowanie. Szanse neoklasycznej koncepcji prawa

Dwa pierwsze z wyżej wskazanych podejść do problemu polityczności orzecznictwa stwarzają zagrożenie sprowadzenia prawa do praktyki partykularnej. Pierwszy i drugi typu podejścia do polityczności orzecznictwa zachowuje Hartowski podział na przypadki łatwe i trudne, na ich gruncie wyrażana jest również obawa przed politycyzacją orzecznictwa. Niemniej jednak drugie podejście, na skutek przyjęcia za cel ugruntowywania „samo-zrozumiałej” postaci wartości uznawanych zarówno za polityczne, jak i prawne może ostatecznie zostać zdominowane przez polityczno-ideowy aktywizm, w którego optyce każdy przypadek może być potencjalnie uznany za okazję do forsowania lokalnego rozumienia wartości liberalno-demokratycznych. W trzecim typie podejścia koncepcję łatwych i trudnych przypadków wprost się odrzuca, na jego gruncie prawo nie jest już sposobem ograniczania polityki, lecz jedną z jej metod. Żadne z tych podejść nie wydaje się przedstawiać niepartykularnych kryteriów krytyki politycznego aspektu orzecznictwa. Możliwość otwiera postrzeganie wartości uznanych w określonym społeczeństwie jako ponadpartykularnego (w perspektywie określonej wspólnoty politycznej) kryterium oceny działalności orzeczniczej. Jest ono oczywiście partykularne w tym sensie, że wyklucza inne niż rozpowszechnione sposoby rozumienia wartości, a w szczególności możliwości innego ich rozumienia (a także jakieś rozumienie „uniwersalne”). Jest jednak o tyle lepsze, że sposoby rozumienia wartości nie są bezpośrednio związane z partykularną praktyką społeczną (tak czy inaczej identyfikowanych elit), co daje przewagę nad wszystkim trzema wyżej wskazanymi podejściami. Ponadto uznanie wartości dotyczy tylko istoty, nie może być ono w pełni skonkretyzowane ze

⁴¹ Nie można jednak nie zauważyć, że nawet w takim tekście, jak *Führer jest obrońcą prawa* Schmitt pisze o „Wodzu” przede wszystkim jako funkcji, a nie obdarzonej charyzmą jednostce, C. Schmitt, *Führer jest obrońcą prawa*, „Kronos” 2010, 2, s. 63–67.

względu na podziały społeczne, choćby na tle ekonomicznym. Daje to przewagę w szczególności nad podejściem trzecim. W tym miejscu można zadać pytanie, czy myślenie typologiczne, według „konkretnego porządku” nie stanowi istoty prawa, czy każde myślenie o prawie nie ma charakteru lokalnego, obojętnie czy będzie to lokalność ukrywająca się pod hasłami uniwersalizmu, czy też wprost ujawniająca swój ideologiczny charakter. Koncepcja neoklasyczna pozwala na częściową choćby racjonalizację swej lokalności. Uważam, że właśnie podejście neoklasyczne pozwala uzasadnić autonomię prawa, w tym polityczną autonomię orzecznictwa, w szczególności rozróżnienie na „trudne” i „łatwe” przypadki – czyli wartości uznawane (a przynajmniej deklarowane) na gruncie podejścia pierwszego i drugiego, w tym aspekcie między nimi a koncepcją neoklasyczną zarysowuje się wspólnota celów. Propozycja trzecia – lewicowa – kreśli obraz wspólnoty politycznej, która jest permanentnie i nieredukowalnie skonfliktowana co do identyfikacji podstawowych wartości wyznaczających jej tożsamość. Pojawia się pytanie, czy taka wspólnota może istnieć, a także czy i na jakiej podstawie skonfliktowane strony będą uznawały się nawzajem za członków tej samej wspólnoty, a nie, w najlepszym wypadku, przeciwników w znaczeniu politycznym (w rozumieniu Schmittowskim), w najgorszym – za przestępców podlegających społecznemu lub fizycznemu wyeliminowaniu. Jeśli podstawą tą ma być akceptacja wartości o charakterze niesubstancjalnym, niewyznaczających jakichkolwiek wzorów „dobrego życia” (otwarcie na różnorodność, „tolerancja” itd.), to pojawia się kwestia doktryn politycznych i rozstrzygnięć legislacyjnych i orzeczniczych, które one uzasadniają. Albo następuje wówczas powrót do wspólnoty połączonej zasadami wolnego dyskursu uznawanymi za funkcjonalnie transcendentalne, albo, co z perspektywy trzeciej wydaje się bardziej uzasadnione, wartości te nabierają bardzo konkretnego charakteru, stają się wartościami zawartymi w prowizorycznie formułowanych doktrynach i programach politycznych (otwarcie na różnorodność oznacza wówczas jej promowanie metodami administracyjnymi itd.). Wykładnia operacyjna traci wówczas swą autonomię, nawet w przypadkach uznawanych dotąd za „łatwe”.

Czy więc neoklasyczna koncepcja prawa daje odpowiedź na pytanie o polityczność orzecznictwa, a jeśli tak, to czy będzie ona adekwatna do funkcjonowania prawa w społeczeństwach sfragmentaryzowanych i wielokulturowych? Na pewno nie będzie się ona nadawać dla społeczeństwa, w których polityczność w pełni objęła jego „wnętrze”. Stwierdzenie to uzasadnia pytanie, czy w takich społecznościach prawo może pełnić inną funkcję niż wspieranie wszelkich działań władzy (a zatem, czy jest sens mówić o prawie). Nie jest to jeszcze sytuacja powszechna, a tym bardziej nieodwracalna. Neoklasyczna koncepcja prawa dostarcza narzędzi, które mogą wspierać próby ugruntowywania podstawowych wartości w społeczeństwach głęboko podzielonych. Oczywiście nie nadaje się ona do realizowania projektów

promowania nieustannych zmian polityczno-kulturowych, ale pomiędzy wizją społeczeństwa, w którym wszelkie próby politycznego uznania określonych wartości o charakterze substancjalnym są zakazane, a wizją społeczności spojonej jednym, precyzyjnie określonym projektem „dobrego życia” istnieje miejsce na wiele innych rozwiązań polityczno-prawnych. To właśnie na gruncie koncepcji neoklasyycznej „rozległa doktryna”, uznawana w społeczeństwie i przez to podlegająca uznaniu polityczno-prawnemu nie może zmienić się w ideologię, pozostawia więc miejsce na autonomię nauki i sztuki prawa.

Bibliografia

- Barut A., *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesnego*, Warszawa 2018.
- Bator A., *Systemowość prawa wobec konfliktów politycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, 104.
- Bator A., *Wspólnota kulturowa jako element integracji prawa*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006.
- Corrino A., *Carl Schmitt i europejskie prawnoznawstwo*, [w:] Ch. Mouffe (red.), *Carl Schmitt. Wyzwanie polityczności*, Warszawa 2011.
- Croce M., Salvatore A., *The Legal Theory of Carl Schmitt*, London–New York 2014.
- Hauriou M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris 1933.
- Hauriou M., *Précis du droit constitutionnel*, Paris 1929.
- Mańko R., *W stronę krytycznej filozofii orzekania. Polityczność etyka, legitymizacja*, Łódź 2018.
- Schmitt C., *O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa*, [w:] J. Zajadło, *Schmitt*, Sopot 2016.
- Schmitt C., *Legalność i prawomocność*, Warszawa 2015.
- Schmitt C., *Nauka o konstytucji*, Warszawa 2013.
- Schmitt C., *Führer jest obrońcą prawa*, „Kronos” 2010, 2.
- Schmitt C., *Katolicyzm i polityczna forma*, [w:] C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, Kraków–Warszawa 2000.
- Schmitt C., *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg 1933.
- Schmitt C., *Der Hüter der Verfassung*, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 1929, 55(2).
- Sulikowski A., *Afirmatywna amnezja i konserwatywni crits: kilka uwag o kondycji krytycznej myśli prawniczej w Europie Środkowej i Wschodniej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, 1(8).
- Zirk-Sadowski M., *Metodologie teorii prawa a problem polityczności prawnoznawstwa. Aspekt behawioralny i intencjonalny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, 110.