



**PROBLEM AKTYWIZMU I PRAWOTWÓRSTWA SĘDZIOWSKIEGO W ŚWIETLE
WSPÓŁCZESNYCH TEORII INTERPRETACJI**

1. Wprowadzenie

Pojęcie aktywizmu jest przedmiotem licznych sporów i analiz toczących się od lat na gruncie zarówno na polskiej, jak i międzynarodowej filozofii prawa¹. Niniejszy tekst ma na celu przedstawić stanowisko w tych sporach z perspektywy określanej mianem interpretacjonizmu, który na gruncie filozofii prawa wyraża się w twierdzeniu, że prawo jest pojęciem interpretacyjnym². Samo pojęcie aktywizmu sędziowskiego zaproponowane zostało przez Artura M. Schlesingera Jr. w artykule *The Supreme Court*³. Artykuł ten przedstawiał ideologiczne napięcia wśród sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Bogusław Banaszak, relacjonując treść tego artykułu, stwierdza, że „«sędziowie aktywiści» zostali opisani jako ci, którzy byli najbardziej skłonni wykorzystywać sprawowanie władzy sądowniczej «dla ich własnej koncepcji dobra społecznego»⁴. Sędziowie byli więc zaliczani do aktywistów, gdy wykraczali poza wyznaczoną im funkcję bycia „ustami ustawy”. Z czasem pojęcie aktywizmu było wikłane w coraz to nowe, często niemające ze sobą nic wspólnego spory, w rezultacie czego zostało ono nasycone wielością niespójnych względem siebie znaczeń.

* Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Wydział Prawa i Administracji, Wydział Nauk Społecznych, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań, e-mail: michalwieczorkowski@gmail.com.

¹ Zob. B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012; R. Dworkin, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Warszawa 2006; K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism*, New Haven 2006.

² Por. R. Dworkin, *Imperium...*, s. 49.

³ A.M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court*, „Fortune” 1947, nr 35, poz. 1.

⁴ B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm...*, s. 13.

2. Pojęcie aktywizmu sędziowskiego

Z wyżej wskazanego powodu analizę pojęcia aktywizmu częstokroć zaczyna się uwagą, że jest ono wieloznaczne; często bywa wręcz tak, że jest ono używane po prostu jako epitet o nieskonkretyzowanej treści⁵. Andrei Marmor wskazuje jednak, że da się wyróżnić trzy podstawowe kryteria wyznaczające rozumienie pojęcia aktywizmu:

- a) pierwsze kryterium odwołuje się do treści moralnych i politycznych wyrażanych przez sąd w orzeczeniach⁶. Zgodnie z tym kryterium przejawem aktywizmu byłyby decyzje sądu motywowane szeroko rozumianym światopoglądem postępowym. F.H. Easterbrook zwraca jednak uwagę na nieadekwatność tego kryterium. Zauważa on bowiem, że „kiedy liberałowie zasiadają w Sądzie Najwyższym, konserwatyści chwala powściągliwość i potępiają aktywizm (...). Kiedy konserwatyści panują w Sądzie Najwyższym, liberałowie chwala powściągliwość, przez którą rozumieją kierowanie się owymi aktywistycznymi, liberalnymi decyzjami wydanymi kadencję wcześniej i potępiają «konserwatywny aktywizm sędziowski»”⁷.
- b) Drugie kryterium bierze pod uwagę wolę sądu do konfrontacji z opozycją i zaangażowanie w konflikt z innymi organami władzy bądź częścią społeczeństwa. Jak pisze Marmor, „im bardziej sąd dąży do narzucenia swych poglądów pomimo (realnych bądź potencjalnych) sprzeciwów, tym bardziej jest «aktywistyczny». Aktywizm w tym sensie oznacza dążenie do konfrontacji z opozycją polityczną”⁸.
- c) Trzecie kryterium odnosi się do interpretacji i jej podziału na interpretacje, które zachowują wcześniejsze rozumienie tekstu jak i te, które nadają rozumieniu tekstu nowy kierunek. Marmor zapożycza w tym kontekście od Josepha Raza rozróżnienie na interpretacje konserwujące i innowacyjne⁹; przejawem aktywizmu byłaby taka interpretacja,

⁵ D. Strauss, *The living Constitution*, Nowy Jork 2010, s. 52.

⁶ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, s. 166.

⁷ F.H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, UoCLR 2002, nr 73, s. 1401.

⁸ A. Marmor, *Interpretation...*, s. 166.

⁹ Tamże.

którą określilibyśmy mianem innowacyjnej. Według Marmora jest to kryterium najbardziej satysfakcjonujące, wymagające jednak przy tym pewnego dookreślenia. Zauważa on bowiem, że „każda interpretacja zawiera w sobie zarówno pierwiastek konserwujący jak i innowacyjny. Jednakże (...) prawnicy często odnoszą się do pewnych kluczowych orzeczeń (*landmark decisions*) rozumianych jako orzeczenia, które wprowadziły dużą zmianę w prawie bądź też przynajmniej wyjaśniły taki spośród istotnych aspektów prawa, który do czasu ich wydania pozostawał zawily i niejasny. To właśnie takie orzeczenia wydają się być interpretacjami innowacyjnymi”¹⁰. Z uznaniem innowacyjności za kryterium aktywizmu pojawia się również druga wątpliwość dotycząca tego, „co właściwie sąd konserwuje w swych «konserwujących interpretacjach»”¹¹? Biorąc pod uwagę pluralizm panujący na gruncie teorii i filozofii prawa odpowiedzi może być wiele. Przedmiotem konserwacji może być bowiem zarówno wola twórców danej normy uzyskiwana w toku wykładni historycznej, wola aktualnej władzy jak literalne znaczenie przepisów prawnych. Stanowisko Marmora jest jednak odmienne – jego sceptycyzm co do powyższych odpowiedzi wyraża się w pytaniu: „co by oznaczało konserwowanie «znaczenia konstytucji takiego jakim jest», skoro spory sądowe wynikają właśnie z faktu, że nie wiadomo czego konstytucja wymaga w tych przypadkach”¹². Z tego właśnie powodu według Marmora najsensowniejszą odpowiedzią na pytanie, co interpretacja sędziowska winna konserwować by uniknąć zarzutu aktywizmu, są wcześniejsze interpretacje sędziowskie¹³. Uważa on zatem, że poza wcześniejszymi interpretacjami nie ma nic, co interpretacje sędziowskie mogłyby konserwować – wszystkie inne możliwości są zbyt rozmyte, zbyt mało operatywne, przez co nie mogą stanowić efektywnego kryterium aktywizmu sędziowskiego.

¹⁰ Tamże, s. 167.

¹¹ Tamże.

¹² Tamże, s. 168.

¹³ Tamże.

Klaryfikacji pojęcia aktywizmu służyło również dokonane przez Kenta Greenawalta wyróżnienie czterech poziomów, na których ów aktywizm może się przejawiać:

- a) poziom decyzji merytorycznych wydawanych przez sąd,
- b) poziom źródeł normatywnych, na które powołuje się sąd przy wydawaniu decyzji,
- c) poziom zakresu faktów i okoliczności na które sąd się powołuje,
- d) poziom nadzoru prowadzonego nad administracją¹⁴.

Według Greenawalta tak rozumiany aktywizm przestaje być jedynie retorycznym narzędziem służącym walce światopoglądowej, lecz staje się poważnym zarzutem podważania podstaw demokracji¹⁵. Zarzut ten Dworkin przedstawił w następujących słowach: „społeczeństwo powinno być rządzone przez ludzi wybranych przez większość i przed nią odpowiedzialnych. Ponieważ sędziowie w większości nie są wybierani, a zatem, w praktyce, nie są, w przeciwieństwie do ustawodawców, odpowiedzialni przed elektoratem, fakt, że ustanawiają prawo, wydaje się naruszać wspomnianą zasadę”¹⁶.

Wydaje się, że w tym kontekście pomocne będzie wyróżnienie dwóch postaw względem samego zjawiska aktywizmu sędziowskiego. Pierwsze z nich określić można jako podejście „zaangażowane”, czyli traktujące aktywizm jako zbiór postulatów mających na celu zwiększenie swobody sędziowskiej i dążące do jego oceny. Postawę zaangażowaną aprobującą przyjmuje na przykład Lech Morawski, który zauważa w przyznaniu sędziom większej swobody ogromną szansę dla prawa, które według niego obecnie „nie tylko sprzyja nieefektywności decyzji instytucji państwowych, ale zarazem pogłębia sceptycyzm w instrumentalne możliwości prawa, które – zamiast organizować – często dezorganizuje, zamiast wprowadzać pewność i ład – wprowadza niepewność i chaos”¹⁷. Postawę zaangażowaną dezaprobowującą przyjmują z kolei przedstawiciele stojącego w opozycji względem aktywizmu poglądu określanego mianem

¹⁴ K. Greenawalt, *Interpreting the Constitution*, Nowy Jork 2015, s. 83.

¹⁵ Tamże, s. 84.

¹⁶ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 161.

¹⁷ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2000, s. 34–35.

pasywizmu, którzy, podobnie jak Artur Kozak, uznają, że „potrzebna jest nam ideologia prawa przywracająca w powszechnej opinii związek pomiędzy decyzją organu państwa a «obiektywnie» obowiązującym prawem, oraz koncepcje teoretyczne pozwalające na konstruowanie narzędzi kontrolujących dziedzinę prawniczej władzy dyskrecyjnej”¹⁸. Do problemu aktywizmu można również zastosować podejście „badawcze”, traktujące pojęcie aktywizmu jako instrument służący opisowi praktyki sędziowskiej. Właściwe dla podejścia badawczego byłoby np. ogólne stwierdzenie, że „sądy stanowią stolice imperium prawa, a sędziowie są jego książętami”¹⁹. Podejście badawcze wskazuje więc na rzeczywiste znaczenie i funkcje sądów w społeczno-politycznej strukturze instytucjonalnej abstrahując od wartościowania opisywanego stanu rzeczy.

Na gruncie powyższych rozważań zadać można szereg pytań dotyczących tego, czy aktywizm jest pojęciem sensownym, czy pustym; zjawiskiem koniecznym, czy przygodnym względem praktyki sędziowskiej; pożądanym, czy raczej niewskazany? Przyjmując w niniejszym tekście podejście badawcze do zjawiska aktywizmu, ograniczę się do odpowiedzi na dwa pierwsze pytania. Realizacja tego zadania wymaga odpowiedniego umiejscowienia pojęcia aktywizmu na kanwie rozmaitych dystynkcji ustalonych na gruncie teorii i filozofii prawa ze szczególnym naciskiem na dystynkcję pomiędzy tworzeniem i stosowaniem prawa oraz wykładnią twórczą i odtwórczą.

2.1. Pojęcie aktywizmu a tworzenie i stosowanie prawa

Ustosunkowanie pojęcia aktywizmu do podziału na tworzenie i stosowanie prawa jest skomplikowane z wielu powodów, przede wszystkim jednak ze względu na fakt, że „tworzenie prawa nie sprowadza się (...) po prostu do wydawania przepisów czy orzeczeń precedensowych, a stosowanie prawa nie sprowadza się do wyprowadzania norm indywidualnych z jakichś jakoby gotowych do dokonywania z nich subsumpcji przepisów

¹⁸ A. Kozak, *Prawoznawstwo pomiędzy techné i episteme*, RPES 1999, nr 3–4, s. 276.

¹⁹ R. Dworkin, *Imperium...*, s. 409.

prawnych²⁰. Jerzy Wróblewski przedstawił jednak trzy możliwe kryteria, za pomocą których możemy przeprowadzić linię demarkacyjną między tworzeniem a stosowaniem prawa. W świetle pierwszego z nich – kryterium treściowego – podział pomiędzy tworzeniem prawa a jego stosowaniem określony jest zakresem normy. Zgodnie z tym kryterium tworzeniem prawa można nazwać jedynie stanowienie norm abstrakcyjnych i generalnych, podczas gdy stosowanie prawa polega co do zasady na stanowieniu norm konkretnych i jednostkowych²¹. Wróblewski, przyjmując właśnie takie ujęcie relacji stosowania prawa do jego tworzenia stwierdza, że zasadniczo działalności sądów nie można więc przypisać działalności prawotwórczej; wątpliwości może niekiedy budzić orzecznictwo Sądu Najwyższego czy Trybunału Konstytucyjnego²², są to jednak sytuacje wyjątkowe i nie stanowią dostatecznej racji by mówić o prawotwórstwie sądów. Drugie kryterium – kryterium inferencyjne – wskazuje, że organ tworzy prawo, gdy „decyzja nie jest jednoznacznie zdeterminowana przez stosowny przepis prawa”²³. Zgodnie z tym kryterium tworzeniem prawa będzie więc zarówno ustanawianie generalnych i abstrakcyjnych, jak i ustanawianie norm jednostkowych i konkretnych, o ile normy te będą przejawiać nowość normatywną niezdeteminowaną przez normę generalną i abstrakcyjną. Ciekawy jest fakt, że tak rozumiane prawotwórstwo sądowe wpisuje się w ramy współczesnego pozytywizmu prawniczego. Jak twierdził bowiem sam Herbert Hart, „w każdym systemie prawa zawsze znajdują się sprawy nie uregulowane, wobec których żadna decyzja nie jest dyktowana przez prawo; w tym sensie prawo jest częściowo nieokreślone lub niezupełne. Jeśli sędzia ma w takich sprawach podjąć decyzję (...) musi skorzystać z jakiejś formy uznania i stworzyć prawo dla danego przypadku, zamiast jedynie stosować preegzystujące, zastane prawo”²⁴. Wróblewski odrzuca takie rozumienie prawotwórstwa, gdyż uważa, że

²⁰ Z. Ziemiński, *Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa*, RPES 1993, nr 4, s. 43.

²¹ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 402–404.

²² Więcej o prawotwórstwie Trybunału Konstytucyjnego M. Smolak, *Rola Trybunału Konstytucyjnego w okresie przemian ustrojowych a problem aktywizmu sądowego*, RPES 2005, nr 2.

²³ J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 403.

²⁴ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 364.

proceedzi ono do wniosku, że „wszędzie tam, gdzie ustawodawca te luzy [decyzyjne – przyp. Autora] przewiduje, nadaje tym samym sądowi kompetencje prawotwórcze”²⁵. Uwzględniając krytykę Wróblewskiego można by próbować bronić inferencyjnego kryterium prawotwórstwa uznając, że prawotwórstwem sądowym są te działania organu, które wykraczają poza zakres swobody przyznany sędziemu normą prawną. Tak rozumiane pojęcie prawotwórstwa sądowego odnosiłoby się jedynie do tych sytuacji, które zostały już objęte zakresem normy prawnej. Jednakże względem tak rozumianego prawotwórstwa sądowego w opozycji stać będzie zarówno stanowisko określane mianem formalizmu, jak i współczesne, „miękkie” wersje pozytywizmu. Formalizm neguje każdą decyzję sądową niezdeteminowaną ustawą i nie akceptuje prawotwórstwa sądowego w żadnym rozumieniu; Wróblewski wskazuje, że formalizm jest doktryną niesatysfakcjonującą ze względu na sam sposób formułowania przepisów prawnych, które często zostawiają sędziemu pewne pole manewru²⁶. Jednakże również współcześni pozytywiści, z Hartem na czele, uznając fakt, że normy prawne często zostawiają interpretatorowi określony pas swobody, uważają, że decyzje wykraczające poza granice wyznaczone przez ów pas swobody nie są dopuszczalne. Hart wskazuje w tym kontekście, że prawotwórcze, uznaniowe kompetencje sędziego pojawiają się dopiero w momencie zetknięcia z luką prawną²⁷; w innych przypadkach sędzia po prostu stosuje prawo.

Ostatnie spośród kryteriów – kryterium funkcjonalne – wskazuje natomiast, że z prawotwórstwem sądowym mamy do czynienia wtedy, gdy „decyzje sądowe (...) funkcjonują w taki sam sposób lub podobnie, jak reguły ustawowe”²⁸. W świetle tego kryterium tworzeniem prawa byłoby więc utrwalanie przez SN czy TK konkretnych linii orzeczniczych czy zjawisko precedensu.

Wróblewski, ze względu na powagę pojęcia prawotwórstwa, rezerwuje je zatem jedynie dla ustanawiania norm generalnych i abstrakcyjnych.

²⁵ Tamże.

²⁶ J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 355.

²⁷ H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, s. 365.

²⁸ J. Wróblewski, *Sądowe...*, s. 404.

Wydaje się jednak, że odrzucone przez niego kryterium inferencyjne może służyć nie jako kryterium prawotwórstwa, co jako kryterium aktywizmu sędziowskiego. Tak rozumiany aktywizm sędziowski oznacza wydawanie decyzji przejawiających nowość normatywną niezdeteminowaną przepisami prawa. Określając relację pomiędzy pojęciem prawotwórstwa a aktywizmu należałoby zatem wskazać, że prawotwórstwo jest czymś więcej niż aktywizmem – każdorazowe ustanawianie przez sąd norm generalnych i abstrakcyjnych będzie tworzeniem prawa, podczas gdy ustanawianie norm jednostkowych i abstrakcyjnych zawierających nowość normatywną będzie przejawem aktywizmu sędziowskiego, lecz nie będzie prawotwórstwem.

2.2. Pojęcie aktywizmu a twórczość i odtwórczość wykładni prawa

Wartościowym zabiegiem wydaje się być zestawienie pojęcia aktywizmu sędziowskiego z rozróżnieniem, którym zwykle się posługuwać na gruncie polskiej teorii prawa, a mianowicie rozróżnieniem na wykładnię deklaratoryjną (odtwórczą) i wykładnię konstytutywną (twórczą). Rozróżnienie to niesie z sobą istotne treści, gdyż, jak twierdzi Ryszard Sarkowicz, to właśnie „możliwość dokonywania «odtwórczej» interpretacji jest niezbędnym założeniem koncepcji trójpodziału władz, będącej z kolei fundamentem demokratycznego ustroju państwa”²⁹. Zgodnie z definicją zaproponowaną przez Marka Smolaka, z wykładnią odtwórczą mamy do czynienia wtedy, gdy „interpretator tekstu prawnego nie tworzy pojęć w nim zawartych, a wyłącznie odtwarza jego znaczenie”³⁰. Nie rozstrzygnięta pozostaje jednak kluczowa kwestia, tj. jak odróżnić tworzenie znaczenia od jego odtwarzania. Sprawy tej nie ułatwia fakt, że, jak zauważa Morawski, „granica między odtwarzaniem, a tworzeniem znaczenia jest co najmniej płynna i w wielu przypadkach trudna do uchwycenia”³¹.

W niniejszym tekście Autor chciałby omówić trzy propozycje rozróżnienia na wykładnię twórczą i odtwórczą powstałe na płaszczyźnie

²⁹ R. Sarkowicz, *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej* [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 28.

³⁰ M. Smolak, *Rola...*, s. 53.

³¹ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Warszawa–Poznań 2002, s. 17.

polskiej teorii prawa. Pierwsza propozycja, wyrażona przez Zygmunta Ziemińskiego, zakłada, że wykładnia twórcza to wykładnia, w której zawarty jest element nowości normatywnej, a zatem taka, która „prowadzi do zmiany zakresu czynów nakazywanych lub zakazywanych prawnie”³². Druga koncepcja odróżnienia wykładni twórczej o odtwórczej, zaproponowana przez Lecha Morawskiego, mówi, że z wykładnią twórczą mamy do czynienia w każdym przypadku odstąpienia od sensu literalnego przepisu³³. Trzecie rozwiązanie zostało sformułowane przez Tomasza Gizberta-Studnickiego, przy czym należy zwrócić uwagę na fakt, że krakowski teoretyk przedstawił je w dwóch ujęciach. Kluczowym elementem pierwszego ujęcia zaproponowanego przez krakowskiego teoretyka jest figura idealnego interpretatora, który posiada doskonałą znajomość reguł interpretacyjnych oraz kontekstów systemowych, społecznych i aksjologicznych w których występują przepisy³⁴. I tak „wykładnia jest «odtwórcza» wtedy, gdy idealny interpretator nie angażując swoich wartościowań potrafi jednoznacznie rozstrzygnąć postawione zagadnienie interpretacyjne”³⁵. Drugie ujęcie przedstawione przez Gizberta-Studnickiego pozbawione jest obiektów idealizacyjnych i zakłada, że „wykładnia jest «odtwórcza» gdy każdy działający w dobrej wierze i dysponujący znajomością odpowiednich kontekstów interpretator skłonny jest dany rezultat wykładni zaakceptować”³⁶. Na potrzeby niniejszego tekstu mówiąc o propozycji Gizberta-Studnickiego na myśli będę miał to drugie ujęcie.

Wydaje się, że propozycja Ziemińskiego jest najbardziej uniwersalna, gdyż stanowi ogólny schemat oddzielający twórczość od odtwórczości, gdzie kryterium podziału jest nowość normatywna. Propozycje Morawskiego i Gizberta-Studnickiego można w tym kontekście traktować jako próby treściowego wypełnienia tego schematu poprzez wskazanie, względem czego owa nowość normatywna zachodzi. O ile więc

³² Z. Ziemiński, *Tworzenie...*, s. 50.

³³ L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014, s. 266.

³⁴ T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawnoznawstwo*, Toruń 1998, s. 81.

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże, s. 82.

dla Morawskiego będzie ona zachodziła względem literalnego odczytania tekstu prawnego, tak dla krakowskiego teoretyka nowość normatywna jest określana w odniesieniu do kompetentnych podmiotów zaangażowanych w kulturę prawną. Jeśli uznać za Marmorem i Razem, że pojęcie aktywizmu winno być rozumiane w odniesieniu do rozróżnienia na wykładnię konserwującą i innowacyjną, to należałoby dojść do wniosku, że toczący się na płaszczyźnie polskiej teorii prawa spór o wykładnię twórczą jest odpowiednikiem zainicjowanego na gruncie amerykańskim sporu o aktywizm sędziowski. Aktywizm można bowiem sprowadzić do pojęcia wykładni innowacyjnej, która wydaje się być z kolei tożsama co do istoty z pojęciem wykładni twórczej. Z tej perspektywy wydaje się, że można zasadnie zestawić ze sobą rozumienie aktywizmu zaproponowane przez Marmora z ujęciami wykładni twórczej zaproponowanymi przez Morawskiego i Gizberta-Studnickiego.

Porównując propozycję Marmora do propozycji Morawskiego należy zauważyć, że amerykański teoretyk szybko odrzuca ideę, zgodnie z którą niezgodność interpretacji z literalnym znaczeniem stanowi może efektywne kryterium aktywizmu sędziowskiego. Argumentuje to faktem, że samo literalne znaczenie tekstu prawnego nie jest w sposób jednoznaczny kierować praktyką stosowania prawa; samo literalne znaczenie tekstu prawnego może bowiem dopuszczać wiele – często nawet sprzecznych ze sobą – sposobów swej aplikacji. Dlatego właściwym punktem odniesienia dla oceny decyzji sędziowskiej winny być przeszłe interpretacje tekstu prawnego. Podobną krytykę ujęcia aktywizmu jako niezgodności z literalnym znaczeniem tekstu przeprowadza Kermit Roosevelt. Zauważa on bowiem, że żeby tak rozumiane pojęcie aktywizmu było sensowne, muszą zostać spełnione dwie przesłanki: po pierwsze, określenie dosłownego znaczenia tekstu prawnego musi być relatywnie proste. Po drugie, owo dosłowne rozumienie musi mówić sędziom jak mają postępować w konkretnych przypadkach. Problem jest taki, że warunki te rzadko kiedy bywają zrealizowane, w konsekwencji czego tak rozumiane pojęcie aktywizmu traci jakikolwiek sens³⁷.

³⁷ K. Roosevelt III, *The Myth...*, s. 58.

Zestawiając ze sobą Marmora ujęcie wykładni innowacyjnej i Gizberta-Studnickiego ujęcie wykładni twórczej należy zwrócić uwagę na ich znaczne podobieństwo wyrażające się w przyjętym w ich koncepcjach pierwiastku intersubiektywnym. Różnica między tymi stanowiskami polega na tym, że dla pierwszego punktem odniesienia są wcześniejsze interpretacje tekstu prawnego, podczas gdy dla drugiego jest nim skłonność kompetentnego interpretatora do akceptacji danej interpretacji. Stanowisko Marmora określić można więc jako diachroniczne, czyli umieszczające swój punkt odniesienia w przeszłości, a stanowisko Gizberta-Studnickiego jako synchroniczne, w którym punkt odniesienia znajduje się w teraźniejszości. Dla amerykańskiego filozofa wyznacznikiem tego, czy dana interpretacja ma charakter aktywistyczny byłaby jej niezgodność z przeszłymi interpretacjami i decyzjami sądowymi. Z kolei dla krakowskiego teoretyka wyznacznikiem aktywizmu jest zgodność interpretacji z szeroko rozumianymi przekonaniem kompetentnych podmiotów uczestniczących w danym momencie w kulturze prawnej, a więc pośrednio to, z jakimi reakcjami faktycznie spotka się ona wśród sędziów – czy w podobnych przypadkach będzie ona powielana, czy raczej krytykowana. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, który z wyżej przedstawionych poglądów wskazujących kryterium aktywizmu jest bardziej uzasadniony. Biorąc pod uwagę fakt, że we współczesnej debacie problem aktywizmu został sprowadzony na płaszczyznę interpretacji, wydaje się, że to właśnie w tym miejscu należy szukać źródeł poszukiwanego uzasadnienia dla obu koncepcji.

3. Aktywizm sędziowski a problem interpretacji

Założeniem leżącym u podstaw niniejszych rozważań jest przekonanie, które Owen M. Fiss wyraził następująco: „wyrokowanie jest formą interpretacji [która pozwala] budować mosty między prawem a humanistyka”³⁸. Pogląd ten uzasadnić można faktem, że w kwestii interpretacji „dylematy [prawnika] przyporządkowane są sprzecznościom istniejącym

³⁸ O.M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, SLR 1982, nr 34, s. 740.

w filozofii języka³⁹; z tego powodu zasadnym wydaje się być wniosek, że problematyka interpretacji prawniczej nabudowana jest na problemach zrodzonych na gruncie interpretacji humanistycznej. Pomiędzy interpretacją humanistyczną a prawniczą nie zachodzi zatem żadna jakościowa przepaść, co zdaje się sugerować również Maciej Zieliński, definiując wykładnię prawa jako interpretację w której zastosowano wnioski prawnicze⁴⁰.

Kwestia natury interpretacji była w historii przedmiotem wielu sporów. Przeobrażenia zachodzące w ujmowaniu natury interpretacji można jednak ująć z perspektywy konfiguracji trzech figur interpretacyjnych wyszczególnionych przez Umberto Eco: *intentio auctoris* (intencji autora), *intentio operis* (intencji dzieła) oraz *intentio lectoris* (intencji czytelnika)⁴¹. Odwołanie się do danej instancji przez teorię interpretacji stanowiło podstawę do formułowania szeregu dyrektyw interpretacyjnych i kryteriów poprawności interpretacji.

Klasyczne podejście do interpretacji zakładało, że znaczenie danego tekstu możliwe jest dzięki zrozumieniu jego autora, gdyż „idee można rzetelnie zrozumieć tylko cofając się do ich genezy”⁴². Odejściem od tego podejścia, a jednocześnie pierwszym przełomem wspomnianego procesu przeobrażeń, była ogłoszona przez Rolanda Barthesa „śmierć autora”⁴³. Owa metaforyczna „śmierć” polegała na odsunięciu twórcy tekstu jako instancji decydującej o jego znaczeniu. Taki stan rzeczy jest według francuskiego filozofa wynikiem tego, iż „wiemy już dziś, że tekst nie jest ciągłą sekwencją słów, za którą kryłby się pojedynczy, «teologiczny» sens (przesłanie Autora-Boga), lecz wielowymiarową przestrzenią, w której stykają się i spierają rozmaite sposoby pisania, z których żaden nie posiada nadrzędnego znaczenia: tekst jest tkanką cytatów, pochodzących z nieskończenie wielu zakątków kultury”⁴⁴. Jako krytykę interpretacji nakierowanej

³⁹ M. Zirk-Sadowski, *Rola pragmatyki w badaniach języka prawnego*, AULFI 1981, nr 6, s. 49.

⁴⁰ M. Zieliński, *Wyznaczniki reguł wykładni prawa*, RPES 1998, nr 3–4, s. 1.

⁴¹ U. Eco, *Interpretacja i historia*, przeł. T. Biedroń [w:] *Interpretacja i nadinterpretacja*, red. S. Collini, Kraków 2008, s. 30.

⁴² H.G. Gadamer, *Prawda i metoda – zarys hermeneutyki filozoficznej*, przeł. B. Baran, Kraków 1993, s. 265.

⁴³ R. Barthes, *Śmierć autora*, przeł. M.P. Markowski, TD 1999, nr 1–2, s. 247–251.

⁴⁴ Tamże, s. 250.

na autora można również przywołać stanowisko Thomasa Nagela, zgodnie z którym „każdy subiektywny fenomen [a takim właśnie jest intencja – przyp. Autora] jest istotnie związany z jednym jedynym punktem widzenia”⁴⁵. Tym samym, według amerykańskiego filozofa, odszyfrowanie intencji autora jest de facto niemożliwe, nie jesteśmy bowiem w stanie wyjść poza granice naszego wyobrażenia o niej samej – „jestem ograniczony do zasobów mego własnego umysłu”⁴⁶. Do dyskredytacji figury autora przyczyniły się również dokonania szkoły Nowej Krytyki⁴⁷. Jak pisze Markowski, „głównym osiągnięciem teoretycznym Nowej Krytyki było odrzucenie subiektywno-impresyjnego oraz biograficznego wzorca krytyki literackiej i zwrócenie uwagi na autonomiczną wartość dzieł literackich”⁴⁸. Podobnie strukturalizm proponował „analizę ograniczoną do samego dzieła, pomijającą całkowicie jego źródła czy przyczyny”⁴⁹. Paradigmat, w którym operowała zarówno szkoła Nowej Krytyki, jak i strukturalizm, określić można zbiorczym mianem tekstualizmu.

Z czasem podejście traktujące tekst jako byt autonomiczny, zawierający znaczenie w samym sobie, przestano darzyć zainteresowaniem – za przełom uznać tu można konferencję w Baltimore z 1966, kiedy to popularność zaczęły zdobywać koncepcje Jacquesa Derridy i innych myślicieli, określanych mianem poststrukturalistów⁵⁰. W efekcie figura interpretatora wkroczyła na pierwszy plan procesu interpretacji. Fakt ten wiązał się jednak z pojawieniem się stanowiska tzw. anarchizmu interpretacyjnego, czyli poglądu, który zakłada „możliwość[ć] używania każdego tekstu do, przynajmniej potencjalnie, nieograniczonej liczby interpretacji”⁵¹. Ewa Bińczyk, relacjonując myśl Derridy, stwierdza bowiem, że „dany znak nigdy nie ma jednego odniesienia, ustalonej raz na zawsze treści, ale towarzyszy mu wielość odniesień, różnorodność śladów odsyłających wstecz,

⁴⁵ T. Nagel, *What is it like to be a bat?*, PhilR 1974, nr 4, s. 437.

⁴⁶ Tamże, s. 439.

⁴⁷ A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie literatury XX wieku*, Kraków 2007, s. 137.

⁴⁸ Tamże, s. 135.

⁴⁹ Tamże, s. 219.

⁵⁰ A. Burzyńska, *Poststrukturalizm, dekonstrukcja, feminizm, gender, dyskursy mniejszości i co dalej?*, PrzT 2002, nr 1, s. 66 i nast.

⁵¹ A. Szahaj, *O interpretacji*, Kraków 2014, s. 29.

do innych śladów”⁵². Jak wskazuje sam Derrida, „każde pojęcie de iure zostaje z istoty wpisane w łańcuch czy też system, w granicach którego odnosi się do innego pojęcia i innych pojęć”⁵³; według francuskiego filozofa owe systemy czy łańcuchy są przejawem przemocy symbolicznej, której zwalczanie jest możliwe dzięki temu, że konstytuująca znaczenie gra różnic „jest otwarta w czasie, historyczna, niczym w ogóle niearbitralnie nieograniczona”⁵⁴. Według Burzyńskiej przyjęcie takiego stanowiska w kwestii znaczenia prowadzi Derridę do przekonania, że „czyta się po to, (...) aby napisać własny tekst. Lektura jest więc w tym sensie przede wszystkim przestrzenią dla «inwencji» ciągle na nowo uaktywnianej przez czytane teksty”⁵⁵. Rację miałby zatem John D. Caputo stwierdzając, że „celem dekonstrukcji jest rozluźnienie i odblokowanie struktur (...), wprowadzenie ich w ruch, wykreowanie nowych form”⁵⁶.

Wydaje się, że przesunięcie środka ciężkości z autora i tekstu na czytelnika stanowi charakterystyczny rys współczesnych teorii interpretacji. W nurt nakierowany na figurę interpretatora wpisuje się również między innymi filozofia Stanleya Fisha. Jak pisze Andrzej Szahaj: „w świetle jego poglądów tekst nie posiada żadnej istoty, wewnętrznej, zaprogramowanej intencji, czegoś, co z góry określałoby jego znaczenie”⁵⁷; „nie ma bowiem szans na oddzielenie tego, co jest w samym tekście, od tego, co wnosi interpretacja (cały tekst jest jednym «miejszem niedookreślenia»)”⁵⁸. Przywołane przez Szahaja stanowisko zbudowane jest na dwóch założeniach, które uznać można za fundamenty koncepcji określanej mianem *reader-response criticism*: po pierwsze, że interpretacja nie jest sztuką objaśniania, lecz konstruowania znaczenia; po drugie, że decydującą, osta-

⁵² E. Bińczyk, *Obraz, który nas zniwala. Współczesne ujęcia języka wobec esencjalizmu i problemu referencji*, Kraków 2007, s. 56.

⁵³ J. Derrida, *Różnica* [w:] *Marginesy filozofii*, przeł. A. Dziadek [i in.], Warszawa 2002, s. 37.

⁵⁴ E. Bińczyk, *Obraz...*, s. 56.

⁵⁵ A. Burzyńska, *Lekturografia: filozofia czytania według Jacques'a Derridy*, PL 2000, nr 1, s. 61.

⁵⁶ J.D. Caputo, *The Prayers and Tears of Jacques Derrida: Religion without Religion*, Bloomington 1997, s. 18.

⁵⁷ A. Szahaj, *Zniwalająca moc kultury* [w:] *Interpretacja, retoryka, polityka: eseje wybrane*, S. Fish, Kraków 2008, s. 14.

⁵⁸ A. Szahaj, *Nie ma niczego poza interpretacją, tako rzeczce Stanley Fish*, ER(R)GO 2001, nr 1, s. 80.

teczną, i właściwie jedyną instancją decydującą o znaczeniu tekstu jest sam czytelnik. Tym samym koncepcja ta kieruje uwagę „nie tyle na przekaz, co na jego odbiór, a więc raczej na czytelnika niż na obiekt”⁵⁹. Odnosząc się do tzw. błędu afektywności, który mówił, że nie należy mylić tego, co jest w tekście z reakcjami czytelnika⁶⁰, a przy tym odpowiadając na zarzut, po co mielibyśmy się zajmować reakcjami czytelnika, skoro bezpośrednio dostępna jest bardziej namacalna obiektywność tekstu, Fish odpowiada, że „obiektywność tekstu jest złudzeniem, a co więcej złudzeniem niebezpiecznym, ponieważ tak przekonującym fizycznie. Jest to złudzenie samowystarczalne i zamkniętej w sobie całości”⁶¹. Przyjęcie założenia o obiektywności tekstu wiąże się z uznaniem, że jego znaczenie, tj. „to, co jest w tekście, jest niezależne od i uprzednie wobec tego, co ludzie o nim powiedzieli”⁶². Tymczasem, jak relacjonuje Wójtowicz, na gruncie filozofii Fisha, „w samym tekście (w słowach i relacjach między nimi) nie ma niczego takiego, co ograniczałoby jego znaczenie: znaczenie jest w stu procentach zależne od interpretacji”⁶³. Propozycją amerykańskiego filozofa jest zatem podejście, zgodnie z którym „sensu szuka się tu nie tyle na zadrukowanej stronie czy między okładkami książki, ile w umyśle czytelnika”⁶⁴. Znaczenie bowiem nie jest niczym więcej niż reakcją czytelnika powstałą w wyniku styczności z tekstem⁶⁵, jest efektem „aktualizującego udziału czytelnika”⁶⁶ w procesie czytania. Czytelnik jawi się w tym momencie jako instancja kreująca znaczenie w sposób niezależny od tekstu czy intencji autora. Fish, opisując konsekwencje takiego ujęcia interpretacji stwierdza, że w tym momencie „ostre rozróżnienie między sensem i nonsensem, wraz z towarzyszącymi mu sądami wartościującymi

⁵⁹ S. Fish, *Literatura w czytelniku: stylistyka afektywna*, PL 1983, nr 1, s. 298.

⁶⁰ W.K. Wimsatt, M. Beardsley, *The Affective Fallacy*, SR 1949, nr 57/1, s. 31–55.

⁶¹ S. Fish, *Literatura...*, s. 280.

⁶² S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka: eseje wybrane*, red. A. Szahaj, Kraków 2008, s. 34.

⁶³ S. Wójtowicz, *Neopragmatyzm Stanleya Fisha a polskie spory o kształt literaturoznawstwa po 1989 roku*, Poznań 2014, s. 20.

⁶⁴ S. Fish, *Literatura w czytelniku...*, s. 275.

⁶⁵ Tamże, 266.

⁶⁶ Tamże, s. 268.

i oceną zawartości prawdy, ulega zatarciu”⁶⁷. W świetle powyższych uwag zasadną wydaje się być stwierdzenie Tzvetana Todorova, że w świetle koncepcji Fisha „tekst jest jak piknik, na który autor przynosi słowa, czytelnik zaś znaczenia”⁶⁸.

Rozpatrując możliwości aplikacji powyższych uwag na grunt teorii prawa, należy zwrócić uwagę na fakt, że figura czytelnika w strukturze interpretacji jest de facto analogonem sędziego w systemie prawnym. Różnica między czytelnikiem a sędzią zachodzi bowiem nie w charakterze ich aktów interpretacyjnych, lecz co najwyżej w ich skutkach – sędzia jest czytelnikiem uprzywilejowanym, który praktyczne konsekwencje swego odczytania może narzucić innym. Przełożenie ujęcia interpretacji nakierowanej na czytelnika na grunt prawny skutkuje twierdzeniami charakterystycznymi dla realizmu prawniczego. Amerykańscy realisci podnosili bowiem, że „prawo ustawowe” w formie norm generalnych i abstrakcyjnych jest martwe, a prawem rzeczywistym są jedynie niezeterminowane przepisami prawnymi indywidualne i konkretne decyzje przybierające postać „prawa sędziowskiego”⁶⁹. Jak zauważa Adam Dyrda, zasadnicze cechy realizmu można sprowadzić do przyjęcia perspektywy praktyki prawa, skutkującego badaniem „prawa w działaniu” (*law in action*) oraz podkreślania, że prawo nie jest zbiorem reguł, lecz zbiorem faktów, które można zaobserwować w działaniach urzędników, sędziów i innych funkcjonariuszy systemu prawa⁷⁰. Taki stan rzeczy sprawia, że praktyka stosowania prawa jawi się jako przestrzeń, w której panuje zjawisko określane mianem anarchizmu interpretacyjnego, gdyż sędziowie, dokonując wiążących dla danego obywatela interpretacji tekstów prawnych, czynią to w sposób niczym nieskrępowany, ich swoboda nie jest niczym ograniczona. Nie wydaje się przy tym, by jakiegokolwiek czynniki zewnętrzne względem interpretacji sędziowskiej – czy to tekst prawny, czy to jego wcześniejsze interpretacje, czy inne podmioty – mogły stanowić źródło

⁶⁷ Tamże, s. 275.

⁶⁸ T. Todorov, *Traveling Through American Criticism* [w:] *Theory's Empire: An Anthology of Dissent*, red. D. Patai, W. Corral, Nowy Jork 2005, s. 56.

⁶⁹ K.N. Llewellyn, *Jurisprudence*, New Brunswick 2008, s. 22.

⁷⁰ A. Dyrda, *Realizm prawniczy a pozytywizm prawniczy*, AVANT 2018, nr 1, s. 48.

takich ograniczeń. Należy przy tym zauważyć, że przy takiej charakterystyce praktyki stosowania prawa pojęcie aktywizmu traci swój sens, gdyż w gruncie rzeczy każda interpretacja sędziowska nosi znamiona aktywizmu.

4. W obronie pasywizmu sędziowskiego – reguły dyscyplinujące i ich krytyka

Z takim spojrzeniem na stosowanie prawa nie zgadzał się amerykański prawnik, Owen M. Fiss; całą stanowczością sprzeciwiał się on „nihilistycznemu” ujęciu prawa, które „postrzega prawo jako projekcję sędziowskich wartości”⁷¹. Uważał, że przesłanki stojące za nihilistycznym ujęciem prawa nie są jego koniecznym przymiotem, dlatego też postulował ograniczenie władzy sędziowskiej, przejawiającej się zwłaszcza w procesie dokonywania wykładni prawa, za pomocą tzw. reguł dyscyplinujących. Zgodnie z koncepcją Fissa reguły dyscyplinujące „ograniczają interpretatora, przekształcając proces interpretacji z subiektywnego w obiektywny, oraz dostarczają kryteriów za pomocą których poprawność interpretacji może być oceniana”⁷². Obiektywność ta, według Fissa, „zawiera w sobie pojęcie bezosobowości”⁷³; oznacza to, że rezultat wykładni dokonywanej zgodnie z regułami dyscyplinującymi powinien być taki sam niezależnie od podmiotu, który jej dokonuje. Co prawda Fiss uważa, że „idea obiektywnej interpretacji mieści w sobie kreatywną rolę czytelnika”⁷⁴ gdyż „nie wymaga, by interpretacja ta była w całości zdeterminowana przez źródło zewnętrzne w stosunku do sędziego, lecz by była przez nie ograniczona”⁷⁵. Jednakże dokonane przez Fissa rozróżnienie na zdeterminowanie i ograniczenie interpretacji wydaje się być bezprzedmiotowe, w obu przypadkach chodzi bowiem o neutralizację swobody posiadanej przez sędziego. Koncepcja Fissa jest o tyle istotna, gdyż dostarcza ona alternatywnego względem intencji autora, tekstu czy aprobaty innych ludzi

⁷¹ O.M. Fiss, *Objectivity...*, s. 741.

⁷² Tamże, s. 745.

⁷³ Tamże, s. 744.

⁷⁴ Tamże.

⁷⁵ Tamże.

punktu kryterium by stwierdzić, które decyzje noszą znamiona aktywizmu sędziowskiego, a które nie.

Pogląd Fissa, zgodnie z którym reguły dyscyplinujące „mówią co masz zrobić i uniemożliwiają robienie tego, na cokolwiek masz ochotę”⁷⁶ nie jest jednak dla satysfakcjonujące dla przywołanego wcześniej Fisha, który uważa, że koncepcja reguł dyscyplinujących nie zapewnia stałości i stabilności którą obiecuje – postulowane przez Fissa reguły dyscyplinujące nie są w stanie według amerykańskiego neopragmatysty w żaden sposób ograniczyć dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej. Nieskuteczność reguł dyscyplinujących jest spowodowana samą ich naturą – jak pisze Fish, żeby reguły mogły coś wymusić na interpretatorze, „same muszą być dostępne lub czytelne niezależnie od interpretacji (...), muszą bezpośrednio stwierdzać swoje znaczenie dla jakiegokolwiek obserwatora, nie zważając na jego perspektywę”⁷⁷. W końcu, „jeśli reguły mówią, co masz zrobić z tekstem, same nie mogą być tekstem (...). Niestety, reguły są tekstem. Same potrzebują interpretacji i nie mogą same stanowić ograniczenia swojej własnej interpretacji”⁷⁸. Reguły dyscyplinujące nie mają prawa efektywnie spełniać swojej roli, gdyż – podobnie jak interpretowany obiekt – również podlegają podporządkowanemu interpretatorowi procesowi interpretacji. Jak stwierdza amerykański neopragmatysta – „reguła dyscyplinująca nie może stanowić ograniczenia interpretacji gdyż sama jest produktem interpretacji”⁷⁹. I tak dyrektywy nakazujące np. uwzględnić kontekst historyczny „nie zapobiegają – lecz prowokują – niezgodę odnośnie tego, co jest tym kontekstem, lub jakie informacje zaliczyć w poczet kontekstu historycznego”⁸⁰. Argumentację tę odnieść można odnieść do koncepcji semiozy, która jest nieskończonym procesem tłumaczenia (zastępowania) znaków przez treści, które również stają się znakami wymagającymi wytłumaczenia⁸¹. Co więcej, według Fisha reguły dyscyplinujące,

⁷⁶ S. Fish, *Fish v. Fiss*, SLR 1984, nr 36, s. 1326.

⁷⁷ Tamże.

⁷⁸ Tamże.

⁷⁹ Tamże, s. 1327.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ Zob. A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie...*, s. 235–237.

by pełnić swą rolę, musiałyby wyznaczyć zarówno punkt początkowy procesu interpretacji, po to, by osiągnąć jej obiektywny koniec. Tylko bowiem w ten sposób reguły dyscyplinujące mogą zapewnić jednolity przebieg procesu interpretacji niezależnie od podmiotu jej dokonującego. Według amerykańskiego neopragmatysty taki stan rzeczy jest jednak niemożliwy, gdyż interpretator nie jest jednak w stanie zacząć interpretacji z innego punktu niż ten, który właśnie posiada – jak pisze Fish, nie można wyjść „poza obszar lokalnych przekonań” i poddać ich „nieuprzedzonemu oglądowi” gdyż „nie ma pojęć i kategorii, które z tego obszaru by nie pochodziły”⁸²; co więcej, według amerykańskiego neopragmatysty zdystansowanie się do swych przekonań nie jest możliwe, gdyż „przekonania nie są tym, o czym myślimy, lecz tym, za pomocą czego myślimy, i to wewnątrz przestrzeni dostarczonej przez ich artykulację aktywność umysłu (...) zachodzi”⁸³. Dlatego też Fish twierdzi, że reguły dyscyplinujące nie mają zdolności kontrolowania procesu interpretacji, gdyż samo ich odczytanie dokonuje się zawsze na płaszczyźnie przekonań podmiotu dokonującego interpretacji. Krytyka koncepcji reguł dyscyplinujących jest przejawem przyjętego przez Fisha stanowiska określanego mianem antyteoryzmu. Michael Robertson, relacjonując poglądy Fisha w tej kwestii, stwierdza, że teoretyzmu bazuje na trzech twierdzeniach. Pierwsze z nich mówi, że „teoria pozwala nam przekraczać granice kontekstów w których się urodziliśmy i ukształtowaliśmy. Teoria umożliwia nam osiągnięcie perspektywy która nie jest zakorzeniona w jakimś lokalnym systemie przekonań czy wartości, a więc otwiera nas na zasady, wartości i normy które są uniwersalne i/lub neutralne”⁸⁴. Drugie twierdzenie teoretyzmu głosi z kolei, że „nasze codzienne praktyki zakładają jakąś teorię”⁸⁵, tj. że u podstaw naszego działania leży jakaś teoria, która kieruje wszelkimi naszymi poczynaniami. Z kolei zgodnie z trzecią zasadą teoretyzmu „teoria posiada szczególne znaczenie w reformowaniu codziennych praktyk,

⁸² Cyt. za A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie...*, s. 489.

⁸³ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 340.

⁸⁴ M. Robertson, *Stanley Fish on Philosophy, Politics and Law: How Fish Works*, Cambridge 2015, s. 48.

⁸⁵ Tamże, s. 49.

które realizujemy⁸⁶, przypisując w ten sposób teorii szczególną moc oddziaływania na praktykę ludzką. Antyteoretyzm Fisha polega na odrzuceniu wyżej wymienionych twierdzeń i uznaniu, że nie jest możliwe, by „uprawomocnić najmocniejsze roszczenie teorii, roszczenie do tego, aby być specjalnym rodzajem aktywności, w odniesieniu do którego praktyka jest, lub powinna być, czymś pochodnym i w konsekwencji której praktyka może zostać zmieniona⁸⁷. Na tej podstawie można stwierdzić, że koncepcja reguł dyscyplinujących nie może stanowić uzasadnienia dla rozróżnienia na interpretacje aktywistyczne i pasywistyczne, gdyż nie dostarcza stabilnego kryterium nowości normatywnej.

5. Wspólnoty interpretacyjne a prawotwórstwo sądowe i aktywizm sędziowski

Niewątpliwym wydaje się fakt, że dyskredytacja koncepcji reguł dyscyplinujących, przy jednoczesnym zakwestionowaniu znaczenia *intentionis auctoris* i *intentionis operis*, musi prowadzić do sędziowskiego anarchizmu interpretacyjnego. Jest to zarzut, który na gruncie filozofii Fisha okazuje się być jednak chybionym. Antyteoretyzm Fisha, oprócz aspektu krytycznego, implikuje bowiem również „wyniesienie praktyki do pozycji nowego, choć zawsze zmiennego, powszechnika, w odniesieniu do którego nie ma niczego wyższego (bardziej ogólnego, abstrakcyjnego, formalnego), co może zostać przywołane⁸⁸. Na tym założeniu Fish formułuje swą koncepcję wspólnot interpretacyjnych. Jak pisze Stanisław Wójtowicz, wspólnota interpretacyjna to „zestaw presupozycji interpretacyjnych, które sprawiają; że podmiot interpretuje tekst w określony sposób. Uczestnictwo w określonych kulturowych przedsięwzięciach prowadzi do interioryzacji presupozycji interpretacyjnych z tym przedsięwzięciem związanych; podmiot, który zinterioryzował odpowiednie presupozycje, będzie rozumiał określone teksty w ten sam sposób co inni uczestnicy tego przedsięwzięcia⁸⁹. Wójtowicz wskazuje również na fakt,

⁸⁶ Tamże, s. 49.

⁸⁷ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 171.

⁸⁸ Tamże, s. 172.

⁸⁹ S. Wójtowicz, *Neopragmatyzm...*, s. 41.

że „znaczenie, które jest dla podmiotu dostępne dzięki strukturującym jego poznanie presupozycjom interpretacyjnym, jest dla niego obowiązujące – nie może on go siłą swojej woli zastąpić znaczeniem innym”⁹⁰. Presupozycje o których mowa są na gruncie Fisha pochodną zbioru praktyk, do których podmiot przynależy. Jak bowiem twierdzi sam amerykański neopragmatysta, „wspólnoty interpretacyjne nie są niczym więcej niż zbiorem praktyk instytucjonalnych”⁹¹. Sam Fish, używając pojęcia wspólnoty interpretacyjnej, nie odnosi się bowiem „do grupy niezależnych jednostek, które, gdy muszą rozwiązać jakiś problem, wybierają jakąś strategię, lecz raczej do zbioru praktyk, które są definiujące dla przedsięwzięcia i wypełniają świadomość biorących udział w tym przedsięwzięciu”⁹².

Na tej podstawie można uznać, że wspólnotą interpretacyjną jest zdeterminowana przez określony zbiór praktyk perspektywa poznawcza, która określa sposób dokonywania interpretacji przez podmioty do niej należące. W konsekwencji sama interpretacja jawi się jako proces zdeterminowany przez praktyki, w które interpretator aktualnie jest zaangażowany. Wydaje się, że takie ujęcie problemu interpretacji ma związek z pragmatyczną koncepcją znaczenia, czyli tak zwaną maksymą pragmatyczną, zgodnie z którą należy rozważyć, „jakie praktyczne skutki może pociągnąć za sobą przedmiot naszej myśli, i te właśnie skutki będą stanowić treść pojęcia”⁹³; maksyma ta wskazuje bowiem na konieczność związku zachodzącego pomiędzy perspektywą pragmatyczną podmiotu a dokonywanym przezeń procesem sygnifikacji. Wszelkie możliwe „praktyczne skutki” przypisywane danemu przedmiotowi naszej myśli określone są bowiem przez praktyki w których podmiot uczestniczy. To właśnie na gruncie maksymy pragmatycznej uznać można, że, jak pisze Bińczyk, „konkretna działalność, sama praktyka stanowi system ograniczeń”⁹⁴ dla

⁹⁰ Tamże, s. 43.

⁹¹ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 266.

⁹² S. Fish, *Profesjonalna poprawność. Badania literackie a polityczna zmiana*, przeł. S. Wójtowicz, Poznań 2012, s. 29.

⁹³ C.S. Peirce, *Jak uczynić naszą myśl jasnymi*, przeł. Z. Dyjas [w:] *Wybór pism semiotycznych*, red. H. Buczyńska-Garewicz, Warszawa 1997, s. 81.

⁹⁴ E. Bińczyk, *Interpretacja poza dualizmem – monizm interpretacyjny Stanleya Fisha* [w:] *Filozofia i etyka interpretacji*, red. A. Szahaj, A. Kola, Kraków 2007, s. 94.

procesu interpretacji. Koncepcja wspólnot interpretacyjnych jest również ściśle związana z pojęciem usytuowania – zakłada, że każdy podmiot interpretujący jest głęboko zanurzony w kontekście w którym żyje, przy czym według Fisha być „głęboko wewnątrz» kontekstu oznacza myśleć i postrzegać zgodnie z normami, standardami, definicjami, nawykami i zrozumianymi celami które zarówno definiują jak i są definiowane przez kontekst⁹⁵ w którym się żyje. Powyższe ujęcie sprawia jednak, że sam proces interpretacji traci swą aurę swobody i arbitralności. Co więcej, jego konsekwencją jest fakt, że znaczenie nigdy nie jest czymś zastanym, uprzednim względem dokonywanej przez podmiot interpretacji, lecz stanowi jej efekt końcowy – wszelkie znaczenie nie jest podstawą, lecz rezultatem procesu interpretacji. W tym kontekście każda wspólnota interpretacyjna jawi się jako odrębny, autonomiczny świat, dzięki czemu prawda, mimo konwencjonalnego charakteru, wciąż „jest przeciwieństwem tego, co niestabilne⁹⁶. W tym objawia się, używając określenia Andrzeja Szahaja, „zniewalająca moc kultury⁹⁷ wynikająca z faktu, że „jesteśmy zawsze już interpretacyjnie usytuowani⁹⁸. Ujęcie procesu interpretacyjnego w świetle koncepcji wspólnot interpretacyjnych wydaje się zatem skutecznie odpierać zarzut anarchizmu interpretacyjnego.

W zgodzie z powyższymi uwagami za trafne uznać można określenie filozofii Fisha jako monizmu interpretacyjnego, który znosi odrębność pomiędzy językiem i światem czy opisem i przedmiotem opisu⁹⁹. Według Bińczyk „dualizujący sposób mówienia rozdwa dyskursy na tę i tamtą stronę, wylania sferę przedmiotów opisu danych a priori (...). Jest to próba zepchnięcia odpowiedzialności za ocenę aktów językowych na tamtą stronę dyskursu. Dzięki temu [tj. odnosząc się do sfery przedmiotów czy faktów] możemy wskazywać błędy, pomyłki i w uzasadniony sposób je korygować¹⁰⁰. Dualizm o którym pisze Bińczyk zakłada więc,

⁹⁵ S. Fish, *Fish v. Fish...*, s. 1332.

⁹⁶ W. James, *Znaczenie prawdy. Ciąg dalszy Pragmatyzmu*, przeł. M. Szczubiałka, Warszawa 2000, s. 69.

⁹⁷ Zob. A. Szahaj, *Zniewalająca moc kultury* [w:] S. Fish, *Interpretacja...*

⁹⁸ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 381.

⁹⁹ E. Bińczyk, *Interpretacja...*, s. 86.

¹⁰⁰ Tamże.

że warunkami poprawności aktów językowych są określone stany rzeczy, określone fakty; że to rzeczy same w sobie wyznaczają, które interpretacje są poprawne, a które błędne. Z kolei na gruncie monizmu interpretacyjnego „tożsamość przedmiotu nie jest aprioryzowana i zależy tutaj od opisu”¹⁰¹ – oznacza to, że cechy, właściwości czy znaczenie obiektu nie tylko nie określają poprawności interpretacji, lecz, co więcej, są w stosunku do owej interpretacji wtórne; obiekt staje się pochodny względem interpretacji. W konsekwencji „tożsamość przedmiotu każdorazowo określają opisy zastane, tak zwana rzeczywistość jest zatem ciągle redefiniowana”¹⁰². Sfera przedmiotów czy faktów nie jest więc uprzednia, lecz wtórna względem procesów interpretacji. Jak pisze Bińczyk, „w monistycznym ujęciu Fisha interpretacja sama dla siebie stanowi strukturę ograniczeń, zaś świat, to, co na zewnątrz czy tekst same z siebie nie pełnią roli drugiej strony dyskursu – nie są bowiem bytami samoidentyfikującymi się”¹⁰³, a ich odrębność względem interpretacji jest tylko pozorna. Ostatecznie więc stanowisko Fisha można podsumować stwierdzeniem, że „znaczenia nie są własnością ani ustalonych i trwałych tekstów, ani też niezależnych czytelników, ale wspólnot interpretacyjnych, które są odpowiedzialne zarówno za kształt działań czytelnika, jak i za teksty powstające w ich wyniku”¹⁰⁴.

Bazując na powyższym opisie rozumiała staje się wypowiedź Fisha, w której wprost odrzuca on groźbę anarchizmu interpretacyjnego: „ponura to przepowiednia, fundamentalistyczny koszmar, w którym wyzwolona jaźń poczyną sobie bez ograniczeń, sądząc i robiąc, co tylko zechce; jednak jest to także przejaw niezrozumienia (...) postulatu sytuacyjności. Jaźń usytuowana to jaźń, której każde działanie jest funkcją konwencjonalnych rozwiązań, wbudowanych w taki czy inny kontekst”¹⁰⁵. Dlatego filozofia Fisha „ukazuje podmiot jako zawsze i od razu przypisany do miejscowych czy społecznych norm i standardów, które

¹⁰¹ Tamże, s. 85.

¹⁰² Tamże, s. 87–88.

¹⁰³ Tamże, s. 85.

¹⁰⁴ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 81.

¹⁰⁵ Tamże, s. 366.

go tworzą i umożliwiają mu racjonalne działanie. Podmiot taki można określić na wiele sposobów, jako: pewny, [będący] w rozterce, rozdarty, spokojny, zagubiony, przekonany. Ale na pewno nie jako wolny w formowaniu własnych osobnych przekonań, bez ograniczeń systemowych”¹⁰⁶. Z tego właśnie powodu amerykański neopragmatysta sądzi, że Fiss próbuje rozwiązać problem, który nie wymaga rozwiązania¹⁰⁷. Znaczenie tekstu jest bowiem z jednej strony tworzone i kontrolowane jedynie przez interpretatora, jednak z drugiej strony sposób, w jaki interpretator to czyni jest zdeterminowany przez wspólną interpretacyjną do której przynależy.

Wbrew temu, co sugeruje Marta Andruszkiewicz, wydaje się sensowne konsekwencje myśli Fisha dla filozofii prawa nie ograniczają się jedynie do eksplikacji tezy Harta o otwartej tekstowości pojęć i reguł prawnych dla filozofii prawa¹⁰⁸, lecz są znacznie dalej idące i w swej materii dużo poważniejsze. Przenosząc refleksje amerykańskiego neopragmatysty na grunt teoretycznoprawny, można bowiem stwierdzić, że proces interpretacji dokonywany przez sędziego nie jest konstytuowany czy ograniczany ani przez wolę prawodawcy, ani przez tekst prawny, ani przez reguły interpretacyjne, lecz jedynie przez sędziego i zbiór profesjonalnych praktyk w które sędzia jest zaangażowany, a które konstytuują sędziowską wspólnotę interpretacyjną. W konsekwencji sędziowska wspólnota interpretacyjna otrzymuje tym samym zupełnie nowy charakter – poprzez fakt, że to ona ostatecznie (i w pełni) decyduje o uzyskiwanej treści norm prawnych staje się ona realnym, i praktycznie jedynym źródłem tego, co nazywamy prawem; staje się więc rzeczywistym prawodawcą. Władza ustawodawcza co prawda tworzy teksty prawne, zbiory przepisów, jednakże to, jakie z owych przepisów wyprowadzi się normy prawne, decyduje jedynie owa wspólnota sędziowska. Takie ujęcie praktyki stosowania prawa koresponduje z twierdzeniem Dworkina,

¹⁰⁶ Tamże, s. 367.

¹⁰⁷ S. Fish, *Fish vs Fiss...*, s. 1340.

¹⁰⁸ M. Andruszkiewicz, *O związkach teorii prawa i teorii literatury (refleksje w kontekście tendencji ponowoczesnych)* [w:] *Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Kraków 2012, s. 155.

że „reguła (...) nie istnieje przed rozstrzygnięciem danej sprawy”¹⁰⁹ oraz poglądem Stelmacha, że „stosowanie (...) prawa jest nie tylko działaniem reproduktywnym, lecz jest związane z «produkcją zawartości norm», a więc jest działaniem twórczym”¹¹⁰. Można tutaj zadać sensowne pytanie dotyczące tego, dlaczego odczytanie tekstu prawnego właśnie przez wspólnotę interpretacyjną sędziów, a nie jakąś inną, należy uznać za prawotwórstwo? Innymi słowy – jak pogodzić fakt, że istnieje tyle odczytań tekstu prawnego, ile istnieje wspólnot interpretacyjnych, z założeniem, że prawo, jako zbiór norm powszechnie obowiązujących, jest wyłącznie jedno? Wydaje się, że można tego dokonać poprzez uznanie, że to właśnie figura sędziego jest – spośród wszystkich czytelników – czytelnikiem uprzywilejowanym. Tylko sędzia może bowiem, w sposób zinstytucjonalizowany, przeforsować swój sposób odczytania ponad innymi; jest on ostatecznym decydem w kwestii ustalenia znaczenia tekstu prawnego. Dlatego właśnie jedynie tę wspólnotę interpretacyjną, która determinuje proces interpretacji sędziego, uznać można za prawotwórczą. Fakt, że na gruncie filozofii Fisha prawotwórstwo przypisać można nie pojedynczemu sędziemu, lecz jedynie całej wspólnotie interpretacyjnej prowadzi jednak do stwierdzenia, że nie każda interpretacja i wydana na jej podstawie decyzja sędziowska może pretendować do miana prawa, lecz tylko te decyzje, które zgodne są z sędziowską wspólnotą interpretacyjną, czyli zostały wytworzone na jej gruncie. Zgodnie z filozofią Fisha papierkiem lakmusowym poświadczającym zgodność odczytania z presupozycjami interpretacyjnymi leżącymi u podstaw wspólnoty interpretacyjnej jest aprobata i zrozumienie innych podmiotów przynależących do tej wspólnoty interpretacyjnej¹¹¹. Brak zgody między podmiotami świadczy o tym, że przynależą one do różnych wspólnot interpretacyjnych. W przypadku praktyki stosowania prawa sytuacja niezgody zachodzi wtedy, gdy presupozycje interpretacyjne właściwe dla innych wspólnot zostają włączone w proces interpretacji dokonywany przez sędziego. Sytuacja ta jest wynikiem tego, że sędzia, jak każdy podmiot, może przynależeć do kilku

¹⁰⁹ R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 68.

¹¹⁰ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 66.

¹¹¹ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 73.

wspólnot interpretacyjnych, nabudowanych na różnych zbiorach praktyk. Dezaprobata w stosunku do danej interpretacji czy wyroku wynika więc z wprowadzenia w proces interpretacji nowego, obcego względem sędziowskiej wspólnoty interpretacyjnej elementu, a więc zaatakowania jej autonomiczności¹¹². Wydaje się, że takie wyroki i interpretacje, które nie spotkają się z aprobatą wspólnoty interpretacyjnej nie mogą sobie rościć pretensji do bycia prawem – zostaną one bowiem odrzucone przez wspólnotę sędziowską czy to w drodze kontroli instancyjnej, czy to w toku późniejszych odniesień krytycznych. Jak pisze Fish, „sędzia, który rozstrzygałby sprawę na podstawie tego, czy obrońca miał rude włosy czy też nie (...) nie zachowywałby się jak sędzia, ponieważ nie mógłby przedstawić uzasadnień dla swej decyzji, które postrzegane byłyby przez kompetentnych członków wspólnoty prawnej jako uzasadnienia”¹¹³. Nie mogąc przedstawić tych uzasadnień nie może jednak oczekiwać, że inni sędziowie zaakceptują tę decyzję. To prowadzi z kolei do wniosku, że prawem nazwać należy takie odczytania tekstu prawnego, które na gruncie praktyki stosowania prawa cechują się stałością. Aktem tworzenia prawa byłby więc nie tyle akt wydania decyzji w przedmiocie dotąd nieuregulowanym, lecz akt jej powszechnego uznania. Analiza ta wskazuje, że sądy w toku stosowania prawa tworzą prawo nie tyle wbrew aktom parlamentu co rządu, co raczej w ich imieniu. Takiego ujęcia prawotwórstwa sądowego nie podważa twierdzenie Wróblewskiego, że o prawotwórstwie możemy mówić tylko przy ustanawianiu norm generalnych i abstrakcyjnych – uznanie wspólnoty sędziowskiej sprawia, bowiem, że określony sposób interpretacji uzyskuje de facto przymiot powszechnego obowiązywania wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami. Z tej perspektywy sędziowie w istocie są „księżętami imperium prawa”¹¹⁴.

Powyższa charakterystyka praktyki stosowania prawa rzutuje również na sposób rozumienia aktywizmu sędziowskiego. W świetle powyższej analizy wspólnota interpretacyjna jest nie tylko determinantą, lecz

¹¹² Por. S. Fish, *Profesjonalna...*, s. 33 i n.

¹¹³ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 234.

¹¹⁴ R. Dworkin, *Imperium...*, s. 409.

również źródłem autorytetu interpretacyjnego¹¹⁵ wyznaczającego pewien określony standard. Z aktywizmem sędziowskim, tj. wykładnią innowacyjną vel. twórczą mamy do czynienia w momencie oparcia interpretacji na nowych, różnych względem wspólnoty sędziowskiej presupozycjach interpretacyjnych. Jak wyżej wskazano, taka interpretacja spotka się zapewne z brakiem aprobaty ze strony innych członków wspólnoty sędziowskiej; z tego też powodu brak zgody członków wspólnoty uznać można za punkt odniesienia w kwestii tego, czy dane zachowanie nosi znamiona aktywizmu sędziowskiego. W tym kontekście należy stwierdzić, że nie ma racji Pelka uznając, że „koncepcja S. Fisha nie respektuje istotnego, jak się zdaje, zalecenia, aby teoria interpretacji prawniczej unikała redukcji procesu interpretacyjnego do zwykłych arbitralnych preferencji interpretatora”¹¹⁶.

Pojawia się zatem pytanie – które spośród omówionych wcześniej ujęć pojęcia aktywizmu znajduje najlepsze uzasadnienie w świetle powyższych uwag? Wydaje się, że najpoważniejsze zarzuty można skierować w stosunku do propozycji Morawskiego. Uznając bowiem, że aktywizmem sędziowskim jest każda wykładnia niezdeterminowana literą tekstu prawnego trzeba by uznać, że aktywizm sędziowski immanentnie wpisany w praktykę stosowania prawa, a jego opozycja w postaci pasywizmu jest w istocie nierealizowalna. Aktywizm sędziowski jako potencjalny zarzut staje się jednak w tym momencie bezsensowny. Jeśli chodzi z kolei o stanowisko Marmorę, jest ono bliskie Dworkinowskiemu ujęciu stosowania prawa jako pracy w łańcuchu. Fish, odwołując się bezpośrednio do koncepcji Dworkina, stwierdza, że wcześniejsze wyroki również są jedynie obiektami interpretacyjnymi, a więc różne, nawet sprzeczne, interpretacje i wyroki mogą znaleźć potwierdzenie na ich gruncie¹¹⁷. Z tego też powodu wcześniejsze interpretacje i wyroki nie mogą stanowić samoistnego kryterium innowacyjności interpretacji. Wydaje się zatem, że najlepsze uzasadnienie na gruncie filozofii Fisha znajduje propozycja Gizberta-Studnickiego,

¹¹⁵ Por. M. Pelka, *Debata Fish-Dworkin jako przykład sporu o praktykę interpretacji prawa*, AFPiFS 2015, nr 2, s. 89.

¹¹⁶ Tamże, s. 100.

¹¹⁷ S. Fish, *Interpretacja...*, s. 231.

zgodnie z którą „wykładnia jest «odtwórcza» gdy każdy działający w dobrej wierze i dysponujący znajomością odpowiednich kontekstów interpretator skłonny jest dany rezultat wykładni zaakceptować”¹¹⁸. Uznanie skłonności do akceptacji danego rezultatu przez kompetentne podmioty za kryterium określające to, czy dane działanie nosi czy też nie nosi znamion aktywizmu jest zbieżne z twierdzeniami wyprowadzonymi z filozofii Fisha. W obu przypadkach znamieniem aktywizmu sędziowskiego będzie wyłamanie się z istniejącego na gruncie wspólnoty interpretacyjnej konsensusu. Na gruncie filozofii amerykańskiego neopragmatysty zakres podmiotów, których ocena jest relewantna zostaje jednak ograniczony do wspólnoty sędziowskiej, podczas gdy krakowski teoretyk zdaje się rozszerzać ten krąg na wszystkie podmioty zaangażowane w kulturę prawną.

Ostatnie pytanie, na które niniejszy tekst będzie próbował odpowiedzieć, będzie dotyczyło zakresu pojęcia aktywizmu sędziowskiego, a mianowicie, czy o aktywizmie można mówić jedynie w tych sprawach, które uznaje się powszechnie za uregulowane, tj. co do których zdażył wytworzyć się konsensus co do sposobu ich rozstrzygnięcia, czy też rozciąga się na sprawy nieuregulowane. Wydawałoby się, że na gruncie ujęcia aktywizmu zaproponowanego przez Marmorą o aktywizmie możemy mówić jedynie wtedy, gdy pewien zwyczaj co do sposobu orzekania już się wykształcił – aktywizm jest tu bowiem równoznaczny z działaniem wbrew panującej linii orzeczniczej. Z drugiej strony amerykański teoretyk stwierdza jednak, że „kiedy nie istnieją żadne wcześniejsze interpretacje odnoszące się do danej sprawy (...) konserwująca interpretacja nie jest możliwa, gdyż nie ma co konserwować”¹¹⁹. Zakładając jednak, że podział na wykładnię innowacyjną i konserwującą jest dychotomiczny należałoby stwierdzić, że z wykładnią innowacyjną, czyli aktywizmem, mamy do czynienia w każdym przypadku orzekania w sprawie nieuregulowanej praktyką stosowania prawa. Biorąc pod uwagę fakt, że choćby z powodu rozwoju technologicznego takie sprawy zawsze istniały i istnieć będą należałoby uznać, że aktywizm sędziowski jest immanentnie wbudowany w praktykę stosowania prawa, tzn., że związek między akty-

¹¹⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Teoria...*, s. 82.

¹¹⁹ A. Marmor, *Interpretation...*, s. 168.

wizmem a praktyką sędziowską ma charakter konieczny, nie przygodny. Z kolei stanowiska Fisha i Gizberta-Studnickiego również rozszerzają zakres sytuacji, w których można mówić o aktywizmie na sytuacje nieuregulowane, zachowują jednak przygodność związku aktywizmu z praktyką stosowania prawa. Punkt odniesienia dla aktywizmu ma bowiem u nich charakter konsensualny, jednakże owa konsensualność jest pochodna względem określonej dyspozycjonalności. Na gruncie filozofii Fisha aktywizmem jest bowiem niezgodność interpretacji z dyspozycjami właściwymi dla danej wspólnoty, czego wtórnym przejawem jest fakt, że sędziowie należący do interpretacyjnej wspólnoty sędziów, w oparciu o presupozycje interpretacyjne nabudowane na praktyce sędziowskiej, uznają daną decyzję za błędną. Również w ujęciu Gizberta-Studnickiego punktem odniesienia jest nie tyle faktyczna zgoda, co zgoda potencjalna, wynikająca ze skłonności kompetentnego podmiotu do dokonania takiej a nie innej oceny danej interpretacji czy wyroku. Na gruncie tych stanowisk można więc mówić o przejawach aktywizmu w kontekście decyzji obejmujących przestrzeń dotąd nieuregulowaną poprzez odniesienie się do dyspozycji innych podmiotów. Sprzeczność z owymi dyspozycjami będzie mogła zostać orzeczona post factum w postaci braku aprobaty wspólnoty sędziowskiej (Fish) czy podmiotów zaangażowanych w kulturę prawną (Gizbert-Studnicki). Z kolei decyzje zgodne z owymi dyspozycjami będzie można uznać za pasywistyczne pomimo tego, że dotyczą one spraw dotąd nieuregulowanych.

6. Zakończenie

Założeniem leżącym u podstaw niniejszego tekstu było przekonanie, że nie da się dokonać właściwej analizy pojęcia aktywizmu sędziowskiego bez opisanie praktyki sędziowskiej jako takiej. Analiza owej praktyki, przeprowadzona w duchu interpretacyjnego neopragmatyzmu, wydaje się wskazywać, że nie da się rozdzielić praktyki stosowania prawa od jego tworzenia. Przyjmując stanowisko Fisha, zgodnie z którym to czytelnik jest prawdziwym wytwórcą tekstu¹²⁰, trzeba bowiem przyjąć, że figura

¹²⁰ Zob. S. Fish, *Interpretacja...*, s. 86.

sędziego dokonującego wykładni winna być usytuowana w miejscu rzeczywistego twórcy prawa. Decyzje sędziowskie są jednak konstytuowane i walidowane przez wspólnotę interpretacyjną, która ponosi rzeczywisty ciężar ustalania znaczenia tekstów prawnych. Sama wspólnota interpretacyjna jawi się tutaj jako twór o charakterze autopojetycznym – nie jest możliwe sterowanie procesem wykładni dokonywanej przez podmioty przynależące do tej wspólnoty, gdyż wszelkie bodźce spoza tej wspólnoty mogą powodować co najwyżej pewne przygodne konsekwencje wynikające z tego, że zostaną tak a nie inaczej zinterpretowane na gruncie właściwych owej wspólnotie presupozycji interpretacyjnych. Jest to kłopotliwe o tyle, że już nie pojedynczy sędzia, lecz wspólnota sędziowska, niezależnie od swych intencji, podpada pod zarzut podważania demokratycznych podstaw państwa poprzez elitarystyczne godzenie w większośćowy, proceduralny sposób ustanawiania norm prawnych. Taki opis praktyki stosowania prawa rzuca nowe światło na problem aktywizmu sędziowskiego. Okazuje się bowiem, że spośród zaproponowanych przez Marmora, Morawskiego, Gizberta-Studnickiego to właśnie to ostatnie znajduje najlepsze uzasadnienie na gruncie filozofii Fisha, z tym zastrzeżeniem, że według Fisha krąg podmiotów, których ocena danej interpretacji jest relewantna, jest ograniczony ze względu na kryterium przynależności do tego samego zbioru praktyk. Okazuje się zatem, że gdy punktem odniesienia dla aktywizmu przestaną być przepisy prawne, reguły dyscyplinujące czy historia orzecznicza sensowność pojęcia aktywizmu da się wciąż utrzymać poprzez sprowadzenie go do aktu wylamania się ze wspólnoty interpretacyjnej sędziów. Wraz z tą konkluzją uznać należy, że jedynie fakt dezaprobaty danej decyzji czy interpretacji przez podmioty przynależące do wspólnoty sędziowskiej uznać można za sensowne kryterium aktywizmu sędziowskiego.

Streszczenie

Aktywizm sędziowski jest pojęciem, którego zdefiniowanie przysparza doktrynie prawniczej wiele trudności. Z początku posiadające charakter jedynie publicystyczny, z czasem stało się poważnym zarzutem w kierunku tych sędziów, którzy zamiast bazować na tym, jakie prawo jest, działają w oparciu o swoją wizję tego, jakie być powinno. W polskiej teorii prawa echa sporu o aktywizm sędziowski znalazły swój wyraz w dyskusjach na temat charakteru wykładni prawa. Przeniesienie problemu aktywizmu na poziom interpretacji tekstu prawnego pozwala na wykorzystanie takich narzędzi analizy, które wcześniej pozostawały niedostępne. Jednym z takich narzędzi są koncepcje zrodzone na gruncie filozofii Stanleya Fisha, który stara się opisać naturę procesu interpretacji w oparciu o założenia neopragmatyzmu. Aplikacja filozofii Fisha na grunt teoretycznoprawny, wraz z jej charakterystycznymi elementami w postaci koncepcji *reader-response criticism* czy koncepcji wspólnot interpretacyjnych, dostarcza konstruktywnych wniosków na temat pojęcia aktywizmu sędziowskiego, ukazując przy okazji rzeczywisty punkt ciężkości wyznaczający treść norm prawnych.

Słowa kluczowe: Aktywizm sędziowski, prawotwórczość, wykładnia prawa, neopragmatyzm, filozofia prawa

The problem of judicial activism and judicial law-making in the light of the contemporary theories of interpretation

S u m m a r y

It causes many difficulties for jurisprudence to define the notion of judicial activism. At the very beginning it had rather a journalistic character, but over time it has become a serious charge against these judges who act on the basis of their vision of what the law ought to be like rather than what it actually is like. On the ground of the Polish legal theory the echoes of the dispute about judicial activism are reflected in the discussions about the nature of legal interpretation. Transferring the problem of activism into the problem of interpretation allows the use of analysis tools that were previously unavailable. One of these tools are concepts emerged on the philosophy of Stanley Fish, who tries to describe the nature of the interpretation process based on the assumptions of neo-pragmatism. Application of Fish's philosophy, together with its characteristic elements like reader-response criticism and the concept of interpretative communities, in the field of legal theory, provides constructive conclusions about the notion of judge activism and shows what actually shapes the content of legal norms.

Keywords: judicial activism, law creation, judicial interpretation, neo-pragmatism, philosophy of law

Michał Wiczorkowski,

Adama Mickiewicza University in Poznań,
Faculty of Law and Administration, Faculty of Social Sciences
ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań, Poland
e-mail: michalwiczorkowski@gmail.com.