

J. Zajacowski
Po co prawnikom
R 1 i 2.

Rozdział 1

Niebezpieczne rozumowania *prima facie*: prawnik–rzemieślnik czy prawnik–filozof?

Na pytanie postawione w tytule tej książki większość prawników najprawdopodobniej odpowie: „nie wiem”. Po głębszym zastanowieniu, typowy prawnik, o ile będzie całkowicie szczerzy, udzieli odpowiedzi bardziej konkretnej: „w mojej codziennej pracy filozofia prawa nie jest mi do niczego potrzebna”. Taki stosunek mają zresztą nie tylko prawnicy do filozofii prawa, lecz większość przeciętnych ludzi do filozofii w ogóle. W potocznym odbiorze filozofia kojarzy się bowiem z czymś tak odległym, mglistym, metafizycznym, niezrozumiałym i spekulatywnym, że w konsekwencji staje się synonimem kontrfaktyczności i niepraktyczności. W przypadku osób z wyższym wykształceniem dochodzi do tego odległe – dla jednych bardziej, dla innych mniej miłe – wspomnienie obowiązkowego przedmiotu, którego zaliczenie odbywało się w myśl utrwalonego studenckiego paradygmatu: „zakuć, zdać, zapomnieć”.

W programie studiów prawniczych, niezależnie od historii filozofii ogólnej wykładanej na pierwszym roku, pojawiają się także teoria i filozofia prawa, prezentowane najczęściej w jednym z ostatnich semestrów. W założeniu przedmioty te powinny stanowić klamrę spinającą w pewną całość edukację rozpoczętą od podstaw prawniczego warsztatu w ramach wstępu do prawoznawstwa, a „w środku” wypełnioną konkretnymi dogmatykami prawniczymi. W tym kontekście filozofia prawa jest jakby postawieniem kropki nad „i” – ujęciem prawa nie przez pryzmat prawa administracyjnego, cywilnego, finansowego, konstytucyjnego, karnego, międzynarodowego *etc.*, lecz idei prawa jako całościowego systemu, i to z „lotu ptaka”. Filozofia prawa jest więc nauką ogólną o złożonej deskryptywno-normatywnej strukturze, umożliwiającą spojrzenie przede wszystkim z pozycji „zewnątrznego obser-

AdP
↓
dogmatyka
prawnicza
↓
T i FP

watora", ale jednocześnie przydatną także z perspektywy „wewnętrznego uczestnika” fenomenu prawa. Niestety, w praktyce przedstawione założenie jest tylko hipotetyczne i kompletnie nie przekłada się na studenckie wyobrażenia o filozofii prawa oraz późniejsze wspomnienia prawników-praktyków, bowiem jeśli nawet ta syntetyczna charakterystyka jest trafna i dobrze oddaje istotę filozofii prawa jako specyficznej metody (filozofia) zastosowanej do specyficznego fenomenu (prawo), właściwie w ogóle nie odpowiada ona na pytanie: „po co prawnikom filozofia prawa?”. Czy jest ona tylko niezbędnym (zbędnym?) i uświęconym tradycją elementem prawniczej erudycji, zakorzenionym w klasycznym modelu kształcenia, czy też może ma jednak pewien wymiar praktyczny, konieczny (niekonieczny?) w pracy przyszłego sędziego, prokuratora, notariusza, radcy prawnego czy adwokata? Kwitowanie tego pytania wizją światłego człowieka, któremu filozofia pozwala lepiej zrozumieć rzeczywistość, jest wprawdzie trafne, ale w gruncie rzeczy trywialne i banalne. Trzeba jednak przyznać, że odpowiedzi na pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?” wcale nie ułatwiają uprawiający tę dyscyplinę uczeni. Więcej nawet – filozofia prawa uprawiana przez filozofów istotnie różni się od tej, którą zajmują się prawnicy. Widać to w sporach o metodologiczny status omawianej dyscypliny – dla niektórych jest ona częścią filozofii ogólnej, dla innych jedną z nauk prawnych, dla jeszcze innych – jednocześnie i jednym (ze względu na metodę), i drugim (ze względu na przedmiot).

W ostatnich latach w Polsce i na świecie można zaobserwować renesans problematyki filozoficznoprawnej jako ogólnej refleksji nad prawem¹. Coraz częściej pojawiają się też pytania o status metodologiczny filozofii prawa jako nauki² i jej stosunek do teorii prawa³. W tym kontekście rodzi się też inne zagadnienie – problem relacji pomiędzy filozofią prawa a szczegółowymi dogmatykami prawniczymi (lub szerzej – szczegółowymi dyscyplinami występującymi w ramach nauk prawnych w ogólności).

Nie ulega wątpliwości, że filozofia na różne sposoby przenika i kształtuje umysłowość prawników. W odniesieniu do teoretyków J. Woleński

¹ W literaturze polskiej za pierwszy zwiastun tego renesansu można uznać publikację B. Czecha (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości – Ośrodek Terenowy przy Sądzie Wojewódzkim w Katowicach, Katowice 1992 – ciekawe jest jednak to, że inicjatywa napisania tego tomu wyszła ze środowiska sędziowskiego, a więc ze strony prawników praktyków odczuwających na początku procesu transformacji deficyt (sic!) refleksji filozoficznoprawnej.

² Por. np. R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, Ratio Juris 2004, t. 17, nr 2, s. 156–167; S. Urbina, *What is Legal Philosophy?*, Ratio Juris 2005, t. 18, nr 2, s. 144–161.

³ D. v. der Pfordten, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, Juristenzeitung 2004, nr 4, s. 157–166.

ujmuje to następująco: „Istnieją, co najmniej, cztery drogi przenikania idei filozoficznych do teorii prawa. Po pierwsze, każdy teoretyk prawa operuje określonym ogólnym aparatem pojęciowym, którego część zapożycza z dzieł filozoficznych. (...) Po drugie, teoretycy prawa chcąc uzupełnić swą wiedzę filozoficzną celowo sięgają do książek filozoficznych bądź też uczestniczą w wykładach i seminariach prowadzonych przez filozofów. (...) Po trzecie, teoretyk prawa rozważając takie czy inne zagadnienia swej dyscypliny natrafia na wyraźne problemy filozoficzne lub też takie, które z filozofią wiążą się pośrednio. (...) I wreszcie, po czwarte, teoretyk prawa może przyjąć ogólną perspektywę jakiejś szkoły filozoficznej i wedle tej właśnie perspektywy modelować swą teorię prawa”⁴.

Na potrzeby tej książki zakładam, że zjawisko to dotyczy nie tylko teoretyków prawa, lecz także przedstawicieli szczegółowych dogmatyk prawniczych oraz nauk historycznoprawnych, a także prawników-praktyków. Wiąże się ono z ogólniejszym pytaniem, postawionym swego czasu przez A. Peczenika – czy filozofia może pomóc naukom prawnym?⁵ Można też zapytać inaczej – co wielcy filozofowie mogą dać prawnikowi-praktykowi?⁶

Filozofię prawa można uprawiać na różne sposoby – albo „od filozofii ku prawu”, albo „od prawa ku filozofii”⁷. Dla prawników, nie tylko teoretyków, ale także praktyków, szczególnie interesujący wydaje się drugi z tych modeli. Lektura współczesnej literatury z tej dziedziny pozwala na wyodrębnienie czterech możliwych ujęć.

Temat może być opracowany niejako „od wewnątrz” konkretnej dogmatyki prawniczej, tj. przede wszystkim przez uwypuklenie jej szczególnych cech wynikających ze specyfiki danej gałęzi prawa (model pierwszy). Można więc pokazać, na czym ta specyfika polega w odniesieniu do źródeł prawa, procesu jego stanowienia i stosowania, metod wykładni, problemów przestrzegania i sankcji, społecznych funkcji *etc.* – odpowiednio na gruncie prawa administracyjnego, cywilnego, finansowego, karnego, konstytucyjnego itd. W tym sensie każda ze szczegółowych dogmatyk prawniczych ma jakby „swoją własną filozofię prawa”⁸.

⁴ J. Woleński, *Szkola lwowsko-warszawska a polska teoria prawa*, Studia Prawnicze 1985–1986, nr 3–4, s. 287.

⁵ A. Peczenik, *Can Philosophy Help Legal Doctrine?*, Ratio Juris 2004, t. 17, nr 1, s. 106–117.

⁶ Tak ostatnio T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

⁷ W literaturze polskiej podkreśla to np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000.

⁸ Taką drogą idą np. autorzy niektórych opracowań zawartych w: J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford

rewu.
wsem.

I. gwałt
pępowy
II. uszeptanie
między
III. problemy
filozoficzne
w zgodzie
ze swą
dziedziną
IV. wedle
spójnej
perspektywy
modeler

relacje
FP
↓
DP

2) Druga możliwość oparta jest z kolei jak gdyby na perspektywie „z zewnątrz” (model drugi). W tym wypadku chodzi o zaprezentowanie, czy i w jaki sposób zajmowanie się określoną dogmatyką prawniczą wpływa na widzenie systemu prawa jako całości – innymi słowy, czy na istotę prawa inaczej patrzy karnista, a inaczej administratywista, cywilista, internacjonalista, konstytucjonalista *etc.*⁹

Zwróćmy przy tym uwagę na pewien charakterystyczny związek personalny pomiędzy filozofią prawa i dogmatyką prawniczą, występujący w światowej nauce. Widać to szczególnie wyraźnie na przykładzie Niemiec. Otóż niemiecka filozofia prawa uprawiana przez prawników (w odróżnieniu od filozofii prawa uprawianej przez filozofów) posiadała, i posiada także obecnie, pewną specyficzną cechę – zawsze łączona była, i łączona jest także współcześnie, z jakąś dogmatyką prawniczą. Na wyższych uczelniach wynika to przede wszystkim z potrzeb dydaktycznych – nie można uprawiać samej filozofii prawa (rzecz niezrozumiała w polskich warunkach, gdzie teoria państwa i prawa nadal ma samoistny charakter, a filozofię prawa wykląda się ponownie dopiero od kilkunastu lat) bez połączenia z określoną dziedziną dogmatyczną, ponieważ takie są wymogi programu studiów i dydaktyki uniwersyteckiej. W przeszłości filozofię prawa łączono najczęściej albo z prawem karnym¹⁰, albo z ogólną nauką o państwie¹¹; wynikało to z istoty tych dziedzin, ponieważ problemy z jednej strony sprawcy, czynu, winy, kary *etc.*, z drugiej zaś – władzy, demokracji czy suwerenności, były i są problemami *par excellence* filozoficznymi. Nic więc dziwnego, że filozofią prawa w warunkach niemieckich zajmowali się zarówno karniści tej miary co C.A. Emge, K. Engisch czy H. Welzel, jak i konstytucjonalisci pokroju E. Kaufmanna, H. Kelsena, H. Hellera czy – *last but not least* – C. Schmitta.

2002 oraz w M.P. Golding, W.A. Edmundson (red.), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Malden-Oxford-Carlton 2005, opisujący specyfikę prawa deliktów, prawa kontraktów, prawa karnego, prawa konstytucyjnego, prawa międzynarodowego itd.

⁹ Z takim ujęciem mamy do czynienia z kolei np. w: *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Springer Law, Law and Philosophy Library, t. 41, Dordrecht 1998. Zwraca uwagę podtytuł tego opracowania (*My Philosophy of Law*), ponieważ ta metoda rzeczywiście stwarza okazję do zaprezentowania osobistych poglądów na prawo przez pryzmat uprawianej dogmatyki szczegółowej.

¹⁰ K. Kühn, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für Strafrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2001, s. 19–26.

¹¹ Ciekawe, że do zasadniczego sporu pomiędzy pozytywistami i prawnonaturalistami w Republice Weimarskiej doszło w 1926 r. na zjeździe niemieckich prawników prawa państwowego w Münster – szerzej na ten temat M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 3, 1914–1945, C.H. Beck Verlag, München 1999, s. 189 i n.

Problem zachował swoją aktualność po dzień dzisiejszy. We współczesnej niemieckiej (a ściślej – niemieckojęzycznej) doktrynie prawniczej nadal filozofią prawa zajmują się głównie karniści (np. W. Hassemer, G. Jakobs, K. Kühn, W. Naucke, U. Neumann czy K. Seelmann) bądź konstytucjonalisci (np. R. Alexy, H. Dreier, R. Dreier, M. Kriele, G. Roellecke czy Ch. Starck). Choć jednak nadal przeważa dogmatyka prawa karnego i konstytucyjnego¹², filozofia prawa „rozlała się” także na inne dziedziny, jak prawo pracy (np. K. Adomeit) czy prawo cywilne i handlowe (np. w przeszłości K. Larenz, obecnie N. Horn, W. Ott). Filozofii prawa poświęcali się również wybitni niemieckojęzyczni prawnicy-internacjonalisci – by wymienić tylko tytułem przykładu A. Verdossa, a także H. Kelsena w późnym okresie jego twórczości – ale stanowili oni raczej wyjątek niż regułę.

Fakt, że filozofią prawa zajmowali się i zajmują przedstawiciele poszczególnych dogmatyk, nie oznacza oczywiście, że próbowali oni jednocześnie tworzyć filozofię wyodrębnioną dla danej gałęzi prawa. Wręcz przeciwnie, najczęściej mamy do czynienia z ogólną refleksją nad prawem, niewynikającą w żaden szczególny sposób z uprawianej przez danego autora dziedziny szczegółowej. Połączenie dogmatyki prawniczej z filozofią prawa nie musi zresztą w ogóle prowadzić ani do tworzenia filozofii prawa charakterystycznej dla danej gałęzi prawa, ani tym bardziej do próby konstruowania własnej filozofii prawa danego autora. Czasami ogranicza się albo do wykorzystania refleksji *more philosophico* w badaniach nad danym problemem, powstającym w analizie dogmatyczno-prawnej (model trzeci), albo do sięgania do filozofii w ogóle i filozofii prawa w szczególności w ramach metodologii określonej szczegółowej nauki prawa (model czwarty). W tym sensie każdy prawnik, mówiąc nieco metaforycznie, nosi w plecaku buławę filozofa i filozofa prawa¹³.

Związki filozofii prawa i dogmatyk prawniczych nie ograniczają się jednak współcześnie do wspomnianych wyżej „unii personalnych”.

¹² Jest rzeczą bardzo charakterystyczną, że w opracowaniu podsumowującym na początku lat 90. XX w. stan niemieckiej filozofii prawa i filozofii społecznej najwięcej tekstów przygotowali właśnie karniści (*Strafrechtslehre*), a w drugiej kolejności szeroko pojęci konstytucjonalisci (*Staatsrechtslehre*) – R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann (red.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft nr 44, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1991; por. także U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945 (w:) Rechtswissenschaft in Bonner Republik*, red. D. Simon, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994, s. 145–187.

¹³ Pomijam w tym miejscu szczegółową analizę rozpowszechnionego w nauce niemieckiej odróżnienia filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*) od filozofii prawników (*Juristenphilosophie*) – szerzej na ten temat por. E. Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von 'Juristenphilosophie'*, Nomos Verlag, Berlin 1998.

W ostatnim czasie następuje bowiem przenoszenie ich na płaszczyznę, którą można by wręcz określić mianem instytucjonalnej. Przykładem tego jest powstawanie specjalistycznych periodyków naukowych łączących konkretną dogmatykę prawniczą z problematyką filozoficzną – jak np. w obszarze prawa międzynarodowego nowe czasopismo internetowe „Journal of the Philosophy of International Law”, a w obszarze prawa karnego – wydawane od początku 2007 r. przez prestiżową oficynę Springer’a – „Criminal Law and Philosophy”¹⁴. W inauguracyjnym numerze tego ostatniego pisma wydawcy podkreślają, że jedną z przyczyn powstania nowego periodyku łączącego szczegółową gałąź prawa z filozofią jest m.in. rosnąca liczba „prawników zorientowanych w filozofii” oraz „filozofów zorientowanych w prawie”¹⁵. To prawda, że pod tym względem prawo karne wykazuje daleko idącą specyfikę, ale tę uwagę można w moim przekonaniu odnieść w pewnym stopniu także do innych dogmatyk prawniczych – prawa administracyjnego, cywilnego, konstytucyjnego *etc.*

Nie jest jednak moim zamiarem rozstrzygnięcie sporu o metodologiczny status filozofii prawa. Ze względu na problematykę tej książki nie interesuje mnie też, czym jest filozofia prawa w swojej istocie, jaki jest jej stosunek do innych nauk *in genere* i innych nauk prawnych *in specie* oraz jakie są jej funkcje. Odpowiedzi na te pytania można odnaleźć w większości podręczników akademickich¹⁶, ale tak naprawdę pasjonują one tylko wąskie grono specjalistów. Podstawowym celem tej książki jest próba wykazania na konkretnych przykładach, że filozofia prawa to nie tylko ozdoba prawniczej erudycji (a w gruncie rzeczy – kwiatek do jej „profesjonalnego kożucha”), lecz potrzebny, a nawet wręcz konieczny element warsztatu pracy prawnika. Więcej nawet, jestem przekonany, że prawnicy odwołują się bardzo często do rozumowania *more philosophico* – nie zawsze zdając sobie z tego sprawę – na takiej samej zasadzie jak bohater komedii *Mieszczanin szlachcicem* Moliere’a, pan Jourdain, który nie wiedział, że od 40 lat mówi prozą. Parafrazując Karola Marksa, można powiedzieć, że praktyczne zastosowanie filozofii prawa jest wprawdzie dla prawników koniecznością, tyle tylko, że dla większości jest to konieczność nieświadoma. W tym sensie książka ta nie ma przekonać teoretyków

¹⁴ Zwróćmy przy tym uwagę, że ta sama oficyna, niezależnie od tej nowej inicjatywy, od dawna wydaje periodyk poświęcony problemom filozofii i prawa w ogóle – „Law and Philosophy”.

¹⁵ A. Duff, C. Grant, D. Husak, R. Lippens, M. Matravers, *Editorial*, *Criminal Law and Philosophy* 2007, t. 1, nr 1, s. 1 i n.

¹⁶ Por. np. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2005.

i filozofów prawa, ponieważ oni i tak są już przekonani – jej adresatami są więc pozostali prawnicy, zarówno przedstawiciele nauki, jak i świata prawniczej praktyki. W rezultacie walory podanych niżej założeń metodologicznych są z teoretycznego punktu widzenia bardzo ograniczone i poniekąd dopasowane do z góry przyjętej tezy, że prawnikowi jednak potrzebna jest filozofia prawa. Podzielam bowiem następujący pogląd R. Dworkina: „Každy argument prawny o praktycznym znaczeniu, bez względu na to, jak jest szczegółowy i konkretny, zakłada taką abstrakcyjną podstawę, jakiej dostarcza mu prawoznawstwo, a gdy podstawy konkurują ze sobą, argument prawny przyjmuje jedną z nich i odrzuca pozostałe. Tak więc każde orzeczenie sądowe stanowi element filozofii prawa, nawet jeśli filozofia ta jest ukryta, a w jawnej argumentacji dominuje wskazanie podstawy prawnej i wyliczenie faktów. Prawoznawstwo stanowi ogólna część orzekania, jest cichym wstępem do każdej decyzji prawnej”¹⁷. Po pierwsze zakładam, że praktyczna rola filozofii prawa pojawia się przede wszystkim tam, gdzie mamy do czynienia z tzw. trudnymi przypadkami (*hard cases*). Proponuję jednak, by na potrzeby tej książki to ostatnie pojęcie rozumieć znacznie szerzej niż we współczesnej nauce¹⁸. W rezultacie zakładam również, że przy takim ujęciu *hard cases* ich rozwiązanie bez uświadomionego bądź nieświadomionego zaangażowania warsztatu filozoficznoprawnego okazuje się w praktyce niemożliwe.

Po drugie przyjmuję, że prawnicy, jak zresztą większość ludzi, mają skłonność do swoistej fascynacji wnioskami *prima facie*. To zrozumiałe – tam, gdzie sprawa jest prosta i mamy do czynienia z tzw. łatwym przypadkiem (*easy case*), nie należy jej bez potrzeby komplikować, skoro rozwiązanie problemu jest w zasięgu ręki. Problem polega jednak na tym, że niekiedy bardzo trudno wyznaczyć precyzyjną granicę pomiędzy *hard case* i *easy case*. To co na pierwszy rzut oka wydaje się proste i nieskomplikowane, przy bliższym oglądzie okazuje się znacznie bardziej złożone. Rola filozofii prawa polega więc przede wszystkim na tym, by wykluczyć lub potwierdzić istnienie swoistego „drugiego dna” problemu, a w przypadku potwierdzenia – odrzucić wnioski *prima facie* i wniknąć w sprawę *more philosophico*.

Po trzecie, na potrzeby tej książki proponuję takie rozumienie filozofii prawa, jakie w nauce niemieckiej zaproponował w ostatnim czasie D. v. der

¹⁷ R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. Winczorek J., Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. 94.

¹⁸ Por. niżej, rozdz. 2 – szerzej na ten temat por. J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2008.

Pfordten¹⁹. Zdaniem tego autora punktem wyjścia powinien być wprowadzony przez Kanta podział rozumu ludzkiego na teoretyczny i praktyczny. Przeniesienie tej klasyfikacji na grunt nauk prawnych oznacza, że filozofia prawa, jako ogólna, zewnętrzna i deskryptywno-normatywna refleksja nad prawem, zawiera w sobie z jednej strony teorię prawa (teoretyczny rozum analizujący, generalizujący i systematyzujący), z drugiej zaś etykę prawa (praktyczny rozum krytyczny). Z pewnym uproszczeniem można w związku z tym powiedzieć, że teoria prawa w tym ujęciu generalizuje i systematyzuje prawo takim, jakie ono jest; z kolei etyka prawa krytykuje je, odwołując się do prawa takiego, jakim ono być powinno z punktu widzenia pewnego ideału prawa.

Czym jest właściwie prawo w swojej istocie? Tylko narzędziem, które we wprawnych rękach „społecznego inżyniera” rozwiąże każdy, nawet najbardziej skomplikowany *hard case*? Czy też może częścią otwartej, a przez to niedoskonałej humanistyki skazanej na rzeczywistość *per fas et nefas*? Co jest właściwie ostatecznym celem prawa – sprawne zarządzanie systemem czy dobro człowieka?

Jak to więc jest ze wspomnianymi wyżej i szczegółowo opisanymi w rozdziale drugim *hard cases*: czy trudne przypadki tworzą złe prawo, czy też może wręcz przeciwnie – w ogniu praktycznego dyskursu kształtują dobre, mądrego i odpowiedzialnego prawnika? I jakie znaczenie w zawodowym życiu prawnika powinien właściwie odgrywać rozum praktyczny, ergo – filozofia prawa? Gdzie kończy się jej rola jako nośnika niezbędnej dla każdego systemu prawa aksjologii, a zaczyna zbędny czy wręcz niebezpieczny balast, utrudniający proces stosowania prawa i prowadzący niekiedy do wykładni *contra legem*?

L. Morawski zadawał swego czasu pytanie: „Co może dać nauce prawa postmodernizm?”²⁰. Niniejsza książka nawiązuje do niego w pewnym stopniu, ale w nieco szerszym aspekcie. W dobie postmodernistycznego podważenia utrwalonych paradygmatów, a zwłaszcza zakwestionowania założeń fikcji racjonalnego prawodawcy, filozofia prawa jako element warsztatu prawnika nie może dłużej budzić reakcji podobnych do zdziwienia pana Jourdaina, powinna stać się uświadomioną koniecznością.

Pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?” nie jest moim autorskim pomysłem. Zadawano je już od dawna, zadaje się je także współcześnie. Wy-

¹⁹ Por. wyżej, przyp. 3.

²⁰ L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, TNOiK, Toruń 2001.

starczy wskazać na problem postawiony np. przez M. Safjana w kontekście sporów konstytucyjnych – czy bardziej potrzebujemy sędziego pozytywisty, czy filozofa?²¹. Próba odpowiedzi zawarta w niniejszej książce jest następująca: potrzebujemy w jednej osobie i jednego, i drugiego, ponieważ pozytywizm nie oznacza *a priori* postawy afilozoficznej czy wręcz antyfilozoficznej. Pozytywizm jest absolutnie naturalnym, koniecznym i niezbędnym instrumentarium pracy prawnika, ale tylko do poziomu wniosków *prima facie*; za nimi rozpościera się nieograniczona przestrzeń trudnych przypadków, przy rozwiązywaniu których nie wystarcza już zwykły prawniczy warsztat czy nawet kantowski rozum teoretyczny i odpowiadająca mu teoria prawa – trzeba sięgnąć do rozumu praktycznego, a zatem i etyki prawa.

Większość rozdziałów tej książki była wcześniej publikowana w innej wersji – w formie fragmentów monografii, artykułów w czasopismach naukowych bądź głoś²². Postanowiłem jednak nieco je zmienić i zebrać w całość, ponieważ zakładam, że dopiero łącznie stanowią próbę odpowiedzi na pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?”; w sensie formalnym każdy rozdział jest jednak samodzielnym i autonomicznym esejem. Czy jest to próba udana, czy też nie – pozostawiam ocenie Czytelników.

Ponieważ łączę odpowiedź na tytułowe pytanie z problemem tzw. trudnych przypadków, w rozdziale drugim wyjaśniam najpierw, co rozumiem przez pojęcie *hard case*. Trudno to oczywiście uznać nawet za załączek jakiejś nowej teorii, ale z drugiej strony moja propozycja różni się istotnie od obowiązującego we współczesnej teorii prawa paradygmatu, a zwłaszcza od koncepcji Ronalda Dworkina. Po pierwsze bowiem zakładam, że trudne przypadki powstają nie tylko w procesie stosowania prawa, lecz także na poziomie jego tworzenia, wykładni, obowiązywania i przestrzegania. Po drugie, w moim przekonaniu trudny przypadek może mieć nie jedno, lecz wiele racjonalnie uzasadnialnych rozwiązań. Po trzecie, trudny przypadek niekoniecznie musi mieć związek z obowiązującym prawem – czasami po-

²¹ M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 2002 i n.

²² Odpowiednio: rozdz. 2, *Co to są hard cases? (w:) Fascynujące ścieżki...*, red. J. Zajadło, s. 7–18; rozdz. 3, *Dyskusja na temat tortur w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Państwo i Prawo 2006, z. 5, s. 32–47; rozdz. 4, *Procesy żołnierzy i ich dowódców (w:) J. Zajadło, Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2003, s. 112–153; rozdz. 5, *Humanitarna interwencja jako przedmiot dyskursu etyczno-prawnego*, Politeja 2006, nr 1 (5), s. 6–35; rozdz. 6, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, Przegląd Sądowy 2007, nr 6, s. 26–36; rozdz. 7, *Pięć minut antyfilozofii antyprawa. Glosa do uchwały SN z dnia 20 grudnia 2007 r.*, I KZP 37/07, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2008, nr 1, s. 161–173.

wstaje na tle braku regulacji. Po czwarte wreszcie, nawet jeśli trudny przypadek jest w ostatecznej instancji konfliktem prawa z samym sobą, to nie jest rzeczą pozbawioną znaczenia, co jest pośrednim źródłem tego konfliktu – czy jest to struktura samego prawa, czy też może zewnętrzne czynniki, takie jak moralność, obyczajowość, ekonomia, polityka, religia *etc.*

Dalsze rozdziały zostały oparte na koncepcji zaproponowanej jeszcze w okresie międzywojennym przez niemieckiego filozofa prawa Gustawa Radbrucha²³. Otóż zdaniem tego autora idea prawa składa się z trzech elementów: bezpieczeństwa, celowości i sprawiedliwości. Prawo doskonałe to takie, które zabezpiecza idealną harmonię pomiędzy wszystkimi komponentami tej triady. Niestety, w życiu nie ma jednak sytuacji idealnych, a doskonałe modele występują tylko w teorii. W związku z tym w praktyce pomiędzy bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością prawa może dochodzić do konfliktów – czasami są to antynomie proste do rozwiązania za pomocą wspomnianego wyżej rozumowania *prima facie*, ale czasami mają one zasadniczy charakter i wówczas nie jesteśmy w stanie sobie z nimi poradzić bez głębszej analizy filozoficznoprawnej. Pod wpływem doświadczenia nazimu Radbruch sformułował po wojnie koncepcję tzw. ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa. Z punktu widzenia głównego tematu tej książki ta propozycja, zwana we współczesnej literaturze formułą Radbrucha²⁴, wydaje się szczególnie interesująca, ponieważ żadna koncepcja filozoficznoprawna nie miała tak ogromnego wpływu na orzecznictwo sądowe²⁵. Na tym przykładzie najlepiej widać błąd zawarty w alternatywie „albo sędzia pozytywista, albo sędzia filozof”.

W związku z powyższym rozdział trzeci przeznaczyłem na omówienie tego, co Radbruch nazywał celowością, ale ze swoistej perspektywy. Proponuję rozważenie tego problemu na przykładzie zasady humanizmu prawa, ponieważ zakładam, że najwyższym celem prawa jest w ostatecznej instancji dobro człowieka. Rozdziały czwarty i piąty traktują o zasadzie sprawiedliwości, chyba najtrudniejszym i najbardziej spornym wśród prawników elementem propozycji Radbrucha. Bardzo trudno powiedzieć jednoznacznie, czym jest sprawiedliwość – znacznie łatwiej stwierdzić, co jest niesprawiedliwością, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia z niesprawied-

²³ Szerzej na temat tej postaci por. J. Zajadło, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2007.

²⁴ Szerzej na ten temat por. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2001.

²⁵ Por. niżej, rozdz. 4.

liwością rażącą. Problemowi sprawiedliwości poświęciłem dwa rozdziały, pokazując go z jednej strony w sposób klasyczny na poziomie prawa wewnętrznego, z drugiej zaś, w sposób bardziej nietypowy, na gruncie prawa międzynarodowego. Wbrew pozorom do idei sprawiedliwości nawiązuje również rozdział szósty, chociaż formalnie dotyczy on idei równości. Trzeba jednak pamiętać, że dla Radbrucha równość była synonimem sprawiedliwości *sensu stricto*. Wreszcie rozdziały siódmy i ósmy dotyczą idei hierarchiczności i posłuszeństwa oraz idei pewności prawa – omawiam w nich z jednej strony dylematy moralnoprawne związane z działaniem na rozkaz, z drugiej zaś problem retroakcji prawa karnego na przykładzie dekretu o stanie wojennym, ale nie z pozycji sprawiedliwości czy celowości prawa, ale właśnie z pozycji bezpieczeństwa prawnego z perspektywy filozoficznoprawnej.

Rozdział 2

Prawo a filozofia w praktyce: tylko łatwe czy także trudne przypadki?

We współczesnej teorii i filozofii prawa pojęcie tzw. trudnych przypadków czy trudnych spraw (*hard cases*) łączy się najczęściej z anglosaską kulturą prawną, a zwłaszcza z integralną filozofią prawa Ronalda Dworkina¹. Trudno się zresztą temu dziwić. Problem trudnych przypadków jest bowiem wprost proporcjonalny do roli, jaką w systemie prawa odgrywają organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy. Nie oznacza to oczywiście, że *hard cases* występują wyłącznie w modelu *common law* i są całkowicie obce kontynentalnej kulturze prawnej. Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto jednak, że takie rozumienie omawianego pojęcia jest wąskie, a może nawet zbyt wąskie, ponieważ w gruncie rzeczy ogranicza się do procesu stosowania prawa i w rezultacie także jego wykładni. W literaturze powołującej się na prace Dworkina można bowiem spotkać następującą definicję: „Trudny przypadek w najogólniejszym ujęciu występuje, gdy sędzia nie dysponuje jednoznaczoną normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników”².

¹ M. Zirk-Sadowski, charakteryzując dwie sztandarowe prace Dworkina, *Taking Rights Seriously* (Biorąc prawa poważnie) oraz *Law's Empire* (Imperium prawa), pisze: „W Biorąc prawa poważnie celem rozważań Dworkina było przedstawienie sposobu określania granic prawa w tzw. trudnych przypadkach. *Imperium prawa* zostało poświęcone rekonstrukcji mechanizmów posługiwania się przez prawników tak rozumianym prawem” – M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie* (w:) R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. XIV.

² B. Wojciechowski, *Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2004, t. LXX, s. 11; por. także S. Sykuna, J. Zajadło, „Sprawy konstytucyjne” w integralnej filozofii prawa Ronalda Dworkina, *Gdańskie Studia Prawnicze* 2004, t. XII, s. 288 i n. oraz S. Sykuna, *Trudne przypadki* (w:) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 339 i n.

Niekiedy używa się pojęcia *hard cases* w sposób intuicyjny na określenie spraw szczególnie złożonych, a jednocześnie bulwersujących opinię publiczną. Typowym przykładem mogą być postępowania w sprawach o ludobójstwo – Stephen Landsman swoją książkę poświęconą procesowi norymberskiemu oraz głośnym sprawom Adolfa Eichmanna, Johna Demianiuka i Imre Finty zatytułował w bardzo charakterystyczny sposób: *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*³. Nie zawsze muszą to być sprawy aż tak spektakularne. Daniel E. Lee omawia w tym kontekście kwestię interwencji państwa w wolność jednostki w takich przypadkach, jak np. problem obowiązku używania kasków przez motocyklistów, eutanazji wspomaganiej przez lekarza, zażywania marihuany, aborcji czy odmowy przez rodziców zgody na zabieg medyczny dziecka⁴. Niektórzy autorzy używają też pojęcia *hard cases* w odniesieniu do skomplikowanych spraw konstytucyjnych⁵ oraz złożonych problemów powstających w reżimach masowo naruszających prawa człowieka i rozwiązywanych później w okresach przełomów w ramach tzw. sprawiedliwości tranzytywnej (*transitional justice*)⁶. Szczególnie interesujące wydają się zwłaszcza te ostatnie – wiążą się bowiem z fundamentalnym pytaniem o granice i możliwości wykorzystywania instrumentarium prawnego (zwłaszcza prawa karnego) w procesie rozliczania przeszłości oraz stawiania historii przed sądem⁷.

Zdaniem B.H. Bixa różnica pomiędzy przypadkiem trudnym (*hard case*) i łatwym (*easy case*) może się przejawiać w trzech aspektach: stopniu, czasie i pewności porozumienia, które prawidłowo wykształceni i rozsądni prawnicy są (lub nie są) w stanie osiągnąć w konkretnej sprawie⁸. Tak pojęte *hard cases* występują w różnych mutacjach także w koncepcjach innych autorów, którzy różnią się pomiędzy sobą nie tylko rozumieniem ich istoty,

³ S. Landsman, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, Pennsylvania University Press, Philadelphia 2005; można też spotkać publikacje określające w ogóle problemy ścigania sprawców masowych naruszeń prawa człowieka jako *hard cases*, zwłaszcza w kontekście tzw. uniwersalnej jurysdykcji – por. np. International Council on Human Rights, *Hard cases: bringing human rights violators to justice abroad*, Versoix (Switzerland) 1999.

⁴ D.E. Lee, *Freedom vs. Intervention: Six Tough Cases: Six Hard Cases*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2005.

⁵ Por. np. L.A. Kloppenberg, *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law*, New York University Press, New York 2002.

⁶ Por. np. D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1991; szerzej na ten temat R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York 2002.

⁷ Szerzej na ten temat w literaturze polskiej por. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2003.

⁸ B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 81 i n.

lecz przede wszystkim proponowanym sposobem ich rozwiązywania przez sąd stosujący prawo i dokonujący jego wykładni. Zdaniem M. Król można w związku z tym wyróżnić obok koncepcji Dworkina także inne ujęcia omawianego zagadnienia, np. H.L.A. Harta, N. McCormicka, A. Peczenika czy J. Wróblewskiego⁹.

Gwoli ścisłości trzeba powiedzieć, że pierwotnie problem trudnych przypadków, chociaż niekoniecznie tak dosłownie nazwanych, pojawił się już w pozytywizmie Johna Austina oraz później w jego wyrafinowanej wersji zaproponowanej przez Harta, natomiast koncepcja Dworkina stanowiła rozbudowaną krytykę tak pojętego pozytywizmu w ogóle, a koncepcji Harta w szczególności. Pomijając podobne rozumienie samej istoty problemu, nie ulega wątpliwości, że określenie *hard cases* jest jednak powszechnie kojarzone z nazwiskiem Dworkina¹⁰, mimo że Hart w posłowiu do swojej podstawowej pracy *The Concept of Law* także używa podobnych sformułowań¹¹. W 1975 r. Dworkin opublikował na łamach *Harvard Law Review* obszerny esej właśnie pod tytułem: *Hard Cases*¹². Za niezwykle charakterystyczny można uznać fakt, że opracowanie to było zmienioną wersją wykładu inauguracyjnego, jaki autor wygłosił w 1971 r., obejmując w Oxfordzie katedrę jurysprudencki właśnie po Harcie. Obaj autorzy istotnie różnili się w kwestii sposobu rozwiązania problemu trudnych przypadków i wyniku tego rozwiązania.

U Harta, który uznawał, że system prawa składa się wyłącznie z reguł, rozwiązanie trudnych przypadków wymagało wyjścia poza system za pomocą tzw. pojęć otwartych (*open texture*). Na gruncie pozytywizmu rodziło to oczywiście pewną trudność polegającą na ewentualnym prawotwórczym charakterze decyzji sądowej. Odejście od modelu prostej subsumpcji i rozerwanie bezpośredniego związku pomiędzy regułą a rozstrzygnięciem powoduje bowiem, że „sędziemu pozostaje sposób dyskrecyjny oraz wyjście poza system prawa. (...) Hart próbuje ominąć trudności związane ze stanowiskiem uznającym decyzję sądową, podjętą w trudnym przypadku, za decyzję prawotwórczą. Jest to bowiem z punktu widzenia pozytywizmu rozwiązanie nie do zaakceptowania. Wobec tego Hart proponuje uznać

⁹ M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków a prawomocność (w:) Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1998, s. 97–109.

¹⁰ Tak np. R. Wacks, *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 42 i n.

¹¹ Por. polskie wydanie H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 364 i n.

¹² R. Dworkin, *Hard Cases*, *Harvard Law Review* 1975, t. 88, s. 1057–1109.

taką decyzję za mieszczącą się w ramach przyjętego standardu poprawnej (to znaczy zgodnej z prawem) decyzji sądowej. Standard ten wyznaczony jest przez zakres znaczeniowy reguły zawierającej wyrażenia otwartotekstowe. Wyjście poza ten zakres to według Harta wyjście poza standard poprawności¹³.

Dworkin wychodzi z zupełnie innego założenia¹⁴. Jego zdaniem w systemie prawa występują nie tylko reguły (*rules*), lecz także zasady (*principles*) oraz wytyczne (*policies*). Sędzia, który przy rozstrzygnięciu sprawy nie ma do dyspozycji jednoznacznego przepisu (w znaczeniu reguły), nie musi, tak jak u Harta, wychodzić poza system prawa. Wręcz przeciwnie, powinien poszukać rozwiązania w ramach systemu na gruncie zasad i/lub wskazówek. Zgodnie z założeniami pozytywizmu sędzia, wydając orzeczenie w trudnym przypadku, zobowiązany jest do stosowania reguł prawnych. Tym samym jest związany pewnym gorsetem, poza który wyjść nie może. Szuka więc rozstrzygnięcia optymalnego nie w ogóle, ale optymalnego w danych warunkach. Zdaniem Dworkina, stojącego na gruncie integralnej filozofii prawa, rozwiązanie takie jest niedostateczne, a nawet błędne. Reguła prawna może się bowiem okazać niewystarczająca, aby wydać słuszne orzeczenie – słuszne, operując retoryką Gustawa Radbrucha, z punktu widzenia sprawiedliwości, celowości lub bezpieczeństwa prawnego. O ile Hart w takiej sytuacji wyposażał sędziego w kompetencje do „swobodnego” wydania decyzji, o tyle filozofia integralna proponuje pozostanie w ramach systemu prawa i nakazuje odwołanie się do zasad prawnych. Dworkin stoi na stanowisku, iż sądowe rozstrzygnięcie trudnych przypadków nie może polegać na kreowaniu nowych reguł prawnych *ad infinitum*, trzeba wydobyć z systemu prawnego „drzemiące” w nim standardy w postaci zasad i wskazówek.

Mamy więc do czynienia z pewnym paradoksem: pozytywista Hart poszukuje rozwiązania trudnych przypadków na gruncie norm pozaprawnych, natomiast niepozytywista Dworkin – na gruncie zasad i wskazówek będących immanentną częścią systemu prawa.

Jeśli przyjąć, że fenomen prawa obejmuje jakby pięć „wymiarów” (tj. tworzenie, stosowanie, wykładnię, obowiązywanie i przestrzeganie), to na gruncie filozofii i teorii prawa *hard cases* w tradycyjnym ujęciu występują wyłącznie w procesie stosowania prawa i połączonej z nim wykładni.

¹³ M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków... (w:) Teoria prawa...*, s. 99.

¹⁴ Szerzej na temat jego koncepcji por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, zwłaszcza rozdz. IV, s. 155–242.

W takim kierunku idzie także rozumienie *hard cases* w teoriach argumentacji prawniczej. W polskiej literaturze przedmiotu J. Stelmach uznaje, że trudne przypadki są istotnym elementem praktycznego dyskursu argumentacyjnego w ogóle, a dyskursu prawniczego jako jego odmiany w szczególności. Dyskurs praktyczny nie ma bowiem sensu na gruncie spraw prostych, niebudzących wątpliwości, jednoznacznych, niespornych: „Rozpoczynamy więc dyskurs tylko wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. przypadkiem trudnym, czyli takim, który nie może zostać rozstrzygnięty za pomocą standardowych metod interpretacji – samego tylko dyskursu teoretycznego. To właśnie w związku z badaniem takich przypadków rozwinęła się m.in. cała współczesna teoria i filozofia argumentacji prawniczej”¹⁵.

Jednakże, podobnie jak u Harta i Dworkina, również teoria argumentacji prawniczej operuje kategorią *hard cases* wyłącznie na gruncie stosowania prawa i/lub jego wykładni. Prawdłowo prowadzony dyskurs prawniczy powinien bowiem pozostawać w ścisłym związku z obowiązującym prawem: „Gdyby dyskurs prawniczy nie był prowadzony w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem (istnieje przecież taka możliwość), wówczas stawałby się po prostu dyskursem etycznym. Dyskurs prawniczy aby mógł być prawomocny i efektywny musi więc posiadać dogmatyczny charakter. (...) Punktem wyjścia argumentacji prawniczej jest określenie obowiązującego dla spornego przypadku prawa. Wszelkie ustalenia wstępne, czynione najczęściej jeszcze w ramach dyskursu teoretycznego, umożliwiające nam ustalenie stanu faktycznego i prawnego, są więc ustaleniami *de lege lata*. Praktyczny dyskurs prawniczy przenosi nas natomiast w sferę ustaleń *de lege ferenda*, czyli prawa postulowanego. (...) W sprawach prostych wystarczają ustalenia dokonywane w ramach dyskursu teoretycznego, a ich rozstrzygnięcia posiadają w istocie algorytmiczny (powtarzalny) charakter. Podejmując dyskurs praktyczny, rozpoczynamy »poszukiwanie prawa«, niejako automatycznie, przenosząc się na płaszczyznę ustaleń *de lege ferenda*, które oczywiście muszą zawsze pozostawać w »bezpośrednim związku« (czyli muszą być zgodne) z obowiązującym prawem, nawet wówczas, gdy prowadzą do precedensowego rozstrzygnięcia”¹⁶.

¹⁵ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 38; szerzej por. także J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1999 oraz J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2006.

¹⁶ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, s. 60–61.

Na gruncie teorii interpretacji prawniczej podnosi się jeszcze jedną, niezwykle istotną różnicę, jaka zachodzi pomiędzy koncepcjami Dworkina i Harta. Otóż zdaniem Dworkina w trudnych przypadkach istnieje tylko jedno prawidłowe (słuszne) rozwiązanie (*right answer*)¹⁷, które wzorcowy sędzia Herkules powinien znaleźć, odwołując się do zasad i wskazówek będących częścią systemu prawa. Gdyby tak było w istocie, to, po pierwsze, zbędny byłby dyskurs praktyczny i można by się ograniczyć do dyskursu teoretycznego, po drugie, nie mielibyśmy w gruncie rzeczy do czynienia z przypadkiem trudnym, lecz właśnie z przypadkiem łatwym. Jest więc dokładnie odwrotnie – istota trudnego przypadku polega właśnie na tym, że w procesie dyskursu argumentacyjnego można dojść do kilku rozwiązań, które da się uzasadnić na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Wówczas i tylko wówczas można wprowadzić do dyskursu dodatkowe kryteria, pozwalające na wybór jednego rozwiązania¹⁸.

Zarówno Dworkin¹⁹, jak i teoretycy argumentacji prawniczej²⁰ podają jako klasyczny przykład *hard case* sprawę, jaką w końcu XIX w. rozstrzygnął Sąd Apelacyjny Nowym Yorku – *Riggs v. Palmer* (wyrok z 8 grudnia 1889 r.). Chodziło w niej o znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy zabójca może dziedziczyć po swojej ofierze. Dworkin tak opisuje istotę tej sprawy:

„W 1889 roku sąd nowojorski, w sławnej sprawie *Riggs v. Palmer* musiał zdecydować, czy spadkobierca wymieniony w ostatniej woli swego dziadka może zgodnie z nią dziedziczyć, pomimo że z tego właśnie powodu zamordował swego dziadka. Sąd przystąpił do rozumowania z następującym założeniem: »Jest prawdą, że ustawy regulujące zasady sporządzania, potwierdzania i wykonywania testamentu oraz przekazywania własności, przy ich dosłownej interpretacji i jeśli ich moc i skutki nie mogą podlegać kontroli ani być zmieniane w żaden sposób i w żadnych okolicznościach, przynajmniej to mienie mordercy«. Jednakże dalej sąd zauważa, że »wszystkie prawa jak i umowy mogą być poddane kontroli co do swego działania i skutków ze względu na podstawowe zasady prawa powszechnego. Nikt nie może czerpać korzyści z popełnionego przez siebie oszustwa ani czerpać zysku z wyrządzonego przez siebie zła, ani też opierać jakichkolwiek roszczeń na

¹⁷ R. Dworkin, *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?* (w:) tenże, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 2000, s. 119–145.

¹⁸ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, s. 15 i n. oraz s. 20 i n.

¹⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*, *passim*.

²⁰ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody...*, s. 87 i n.; w literaturze polskiej do tego przykładu za Dworkinem odwołuje się także np. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2003, s. 307.

popelnionej przez siebie niegodziwości czy też nabywać własności drogą przestępstwa». Morderca nie otrzymał swego spadku”²¹.

Według Dworkina jest to klasyczny przykład *hard case*, w którym reguły prawne nie pozwalają na osiągnięcie zadowalającego rozstrzygnięcia. Nie musimy jednak szukać rozwiązania poza systemem prawnym, wręcz przeciwnie – z pomocą może nam przyjść zasada *ex iniuria ius non oritur*, która powoduje, że możemy odmówić Elmerowi Palmerowi prawa do dziedziczenia po swym dziadku Francisie Palmerze, mimo treści testamentu tego ostatniego. Innymi słowy, „zasada prawna »nikt nie powinien czerpać korzyści ze zła, które popełnił« produkuje wyjątek od reguły prawnej, zgodnie z którą Elmer miał dziedziczyć po swym dziadku”²². Trzeba jednak dodać, że wyrok nie zapadł jednomyślnie. Sędzia J. Gray załączył zdanie odrębne, w którym podnosił, że sprawa powinna być rozstrzygnięta na gruncie obowiązujących reguł prawa, które nie wykluczały Elmera Palmera z dziedziczenia. Jako zabójca poniósł on już konsekwencje karne swojego czynu i nie ma prawnych podstaw, by czynić to również w ramach prawa spadkowego. Decydujące znaczenie powinna mieć jasno wyrażona wola spadkodawcy. Nie można antycypować negatywnych ocen, ponieważ tak naprawdę nie wiemy, czy Francis Palmer wydziedziczyłby swojego wnuka, gdyby wiedział, że ten będzie jego mordercą. Nie możemy bowiem wykluczyć, że przeważyłyby głębokie uczucie do wnuka i więzy krwi.

Na gruncie obowiązującego polskiego kodeksu cywilnego sprawa nie należałaby do *hard cases* z uwagi na następujący przepis:

„Art. 928. § 1. Spadkobierca może być uznany przez sąd za niegodnego, jeżeli:

- 1) dopuścił się umyślnie ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy;
- 2) podstępem lub groźbą nakłonił spadkodawcę do sporządzenia lub odwołania testamentu albo w taki sam sposób przeszkodził mu w dokonaniu jednej z tych czynności;
- 3) umyślnie ukrył lub zniszczył testament spadkodawcy, podrobił lub przerobił jego testament albo świadomie skorzystał z testamentu przez inną osobę podrobionego lub przerobionego.

§ 2. Spadkobierca niegodny zostaje wyłączony od dziedziczenia, tak jak by nie dożył otwarcia spadku”.

J. Stelmach i B. Brożek poddają sprawę *Riggs v. Palmer* szczegółowej analizie logicznej i wskazują na pewne niebezpieczeństwo praktyczne wynikające z orzeczenia nowojorskiego sądu: „Otóż zasady mogą »produkować« wyjątki od reguł w konkretnych sprawach, a ilość tych wyjątków jest teoretycznie nieprzewidywalna. Zatem nigdy nie można podać pełnej formalizacji jakiegokolwiek reguły prawnej, bo zawsze istnieje możliwość, że w jakiejś nieprzewidzianej przez nas sytuacji jakaś zasada »wyprodukuje« od niej wyjątek”²³. Wydaje się jednak, że na tym właśnie polega istota *hard cases*.

Powyższe uwagi miały na celu: po pierwsze, potwierdzenie istnienia zjawiska trudnych przypadków; po drugie, ustalenie jego rozumienia na gruncie współczesnej teorii i filozofii prawa, zwłaszcza filozofii argumentacji prawniczej. Mamy więc do czynienia z pewnym utrwalonym paradygmatem, od którego niniejsza książka jest odstępstwem. Na jej potrzeby przyjmuję bowiem znacznie szersze i nieco odmienne rozumienie zarówno istoty trudnych przypadków, jak i zakresu wykorzystania praktycznego dyskursu prawniczego. Moim celem jest zaprezentowanie i omówienie szeregu przykładów, które niekoniecznie mieszczą się w wyżej podanej definicji *hard cases*, co nie oznacza, że nie mają takiego charakteru na gruncie przyjętych niżej konwencjonalnych założeń.

Po pierwsze uważam, że trudne przypadki występują nie tylko w procesie stosowania prawa i powiązanej z nim wykładni, lecz mogą dotyczyć także pozostałych „wymiarów” fenomenu prawa – jego tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. W tym sensie za czynnik decydujący o tym, czy mamy do czynienia z *hard case*, czy z *easy case*, uznaję istnienie wielości możliwych rozwiązań, które da się uzasadnić w procesie dyskursu praktycznego na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Trudny przypadek w tym znaczeniu nie jest wyłącznie problemem sędziego poszukującego rozwiązania w konkretnej sprawie, w której nie ma do dyspozycji jednoznacznej reguły prawnej. Podobne trudności argumentacyjne może napotkać także z jednej strony np. ustawodawca decydujący się na regulację lub powstrzymanie się od regulacji określonych stosunków społecznych, z drugiej zaś np. obywatel odwołujący się do instytucji cywilnego nieposłuszeństwa lub rezygnujący z tego. Nie zmienia to faktu, że z trudnymi przypadkami istotnie najczęściej mamy do czynienia w praktyce sądowej, w procesie stosowania prawa i/lub jego wykładni. Dotyczy to także sfery obowiązywania prawa, np. kiedy sąd staje przed niezwykle rzadkim, ale

²¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*, s. 57 i n.

²² J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze...*, s. 88.

²³ Tamże, s. 89.

jednocześnie bardzo dramatycznym wyborem wynikającym z konfrontacji zasad *dura lex sed lex* oraz *lex iniustissima non est lex*. Historia ostatnich kilkudziesięciu lat dobitnie dowodzi, że ten wybór nie jest wcale, wbrew wszelkim pozorom, hipotetyczną mrzonką filozofów prawa. W tej książce interesuje mnie nie tyle konkretna decyzja podjęta w odniesieniu do *hard case*, ile raczej kontekst filozoficzno-prawny i generalne problemy towarzyszące podejmowaniu rozstrzygnięcia.

Po drugie, rezygnuję z bezwzględnej akceptacji omówionej wyżej tezy o konieczności prowadzenia argumentacji w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem. Uważam bowiem, że zawęży ona pojęcie *hard cases*, ponieważ odnosi się wyłącznie do przypadków występujących na gruncie stosowania prawa i jego wykładni. Potwierdzam wprawdzie, że ten bezpośredni związek z obowiązującym prawem w procesie dyskursu prawniczego najczęściej będzie się rzeczywiście pojawiał – jednakże rozszerzenie pojęcia trudnych przypadków np. na proces tworzenia prawa może spowodować, że ten związek przestanie być związkiem koniecznym. Czasami ustawodawca stoi przed decyzją, która nie ma bezpośredniego związku z obowiązującym prawem i wkracza w obszar *terra incognita*. Jednocześnie uznaję, że ów brak koniecznego związku z obowiązującym prawem nie przesądza o automatycznej utracie przez dyskurs praktyczny miana dyskursu prawniczego i przesunięciu go wyłącznie na płaszczyznę dyskursu etycznego. Na potrzeby tej książki przyjmuję, że o istocie dyskursu prawniczego decyduje nie bezpośredni związek z obowiązującym prawem, lecz prawnie relewantny przedmiot dyskursu w ramach tak pojętych trudnych przypadków.

Po trzecie uznaję, że trudne przypadki występują przede wszystkim tam, gdzie dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi. Tradycyjnie podkreśla się, że najczęściej chodzi tutaj o relacje mogące zachodzić pomiędzy prawem a moralnością – według niektórych autorów to właśnie w tej sferze powinniśmy operować znacznie szerszym rozumieniem *hard cases* niż utrwalone we współczesnej teorii i filozofii prawa²⁴. Na potrzeby tej książki potwierdzam wprawdzie, że problem konfliktu norm prawnych z normami moralnymi ma znaczenie fundamentalne²⁵, ale jedno-

²⁴ Tak np. D. Bunikowski, *Ingerencja prawa we sferę moralności w trudnych przypadkach*, <http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,4621>. Trzeba podkreślić, że nie jestem odosobniony w tym odmiennym i bardzo szerokim rozumieniu tzw. trudnych przypadków – por. np. C. Abbt, O. Diggelmann (red.), *Zweifelsfälle*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2007, wskazujący na zderzenie prawa, filozofii i polityki.

²⁵ Np. D. Lyons łączy w ogóle problem *hard cases* z decyzjami moralnymi – por. *Etyka i rzędy prawa*, tłum. P. Maciejko, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000, s. 84 i n.; w literaturze polskiej ostatnio łączy się też trudne przypadki z zagadnieniami etyki sędziowskiej – por. T. Romer, M. Najda,

cznie zamierzam wskazać także inne obszary, w których ta konfrontacja może wywoływać doniosłe skutki. W każdym z nich występują przykłady szeroko pojętych *hard cases*, ponieważ stajemy wobec konieczności dokonania wyboru pomiędzy różnymi, racjonalnie uzasadnionymi i słusznymi rozwiązaniami. Jest to więc zawsze wybór pomiędzy różnymi wartościami – w tym sensie argumentacyjny dyskurs prawniczy jest jednocześnie dyskursem aksjologicznym. Więcej nawet, dylematy moralne mogą powstawać nie tylko w zderzeniu prawa z etyką, lecz także w innych obszarach, np. mediów, medycyny, obyczajowości, polityki *etc.*²⁶ Nie pomijam oczywiście takich *hard cases*, które mieszczą się w paradygmacie wyznaczonym sporem Harta z Dworkinem. Jednakże w tym wypadku uznaję, że problem nie dotyczy konfliktu prawa z innymi systemami normatywnymi, lecz, paradoksalnie, konfliktu prawa z samym sobą, a więc prawa z prawem. Wreszcie – *last but not least* – możemy mieć też do czynienia z trudnymi przypadkami, których rozwiązanie będzie wymagało sięgnięcia po prostu do reguł mądrości (*rules of prudence*) i tzw. zdrowego rozsądku (*common sense*).

Oliver Wendell Holmes, słynny sędzia i jeden z twórców amerykańskiego realizmu prawniczego, w opinii odrębnej załączonej do orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Northern Securities Co v. United States* z 1904 r. napisał, że „wielkie sprawy, tak jak trudne sprawy, tworzą złe prawo” (*great cases like hard cases make bad law*). W jureksprudencji amerykańskiej to zdanie było i jest tak często cytowane, że można je wręcz uznać za rodzaj topiki prawniczej. U Holmesa stwierdzenie, że interesujące nas tutaj trudne przypadki tworzą złe prawo, miało jednak określone znaczenie *hic et nunc* – wiązało się z uznaniem, że zgodnie z istotą *common law* sędzia najpierw rozstrzyga konkretną sprawę, a dopiero później na tej podstawie próbuje określić zasadę. Sprawy z jednej strony wielkie i spektakularne, z drugiej zaś skomplikowane moralnie i politycznie tworzyły więc złe prawo, ponieważ były atypowe – sformułowane na ich podstawie zasady dotyczyły sytuacji ekstremalnych i wykaczały poza standardy oraz potrzeby bieżącego obrotu prawnego. Konstatacja Holmesa wiązać się też może z niebezpieczeństwem wskazanym wyżej przez J. Stelmacha i B. Brożka – „nadprodukcją” przez zasady wyjątków od reguł²⁷.

Etyka dla sędziów. Rozważania, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007. Szerzej na temat zderzenia prawa z moralnością zob. M.H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2004.

²⁶ Por. O. Ezra, *Moral Dilemmas in Real Life. Current Issues in Applied Ethics*, Law and Philosophy Library, t. 74, Springer Verlag, Dordrecht 2006.

²⁷ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze...*, s. 89

Współcześnie coraz częściej albo przypomina się tezę Holmesa w kontekście skomplikowanych problemów etycznych, politycznych i prawnych, albo próbuje się poddać ją istotnej weryfikacji²⁸. Może jest bowiem wręcz przeciwnie, może to właśnie trudne przypadki kształtują dobrego sędziego²⁹ lub szerzej – dobrego prawnika? W tym miejscu skonstatujmy jedynie, że trudne przypadki wskazują na wartość dydaktyczną tej części filozofii prawa, która jest funkcją rozumu praktycznego w rozumieniu Immanuela Kanta. Jak już wspomniałem w rozdziale pierwszym, na potrzeby tej książki przyjmuję za D. v. der Pfordtenem, że filozofia prawa w szerokim znaczeniu zawiera w sobie z jednej strony teorię prawa (teoretyczny rozum analizujący, generalizujący i systematyzujący), z drugiej zaś etykę prawa (praktyczny rozum krytyczny). Przy rozstrzyganiu *hard cases* teoria prawa przestaje wystarczać prawnikowi, musi on sięgnąć do rozumu praktycznego, *ergo* – do filozofii prawa *sensu stricto*.

Znany współczesny niemiecki teoretyk prawa Günther Teubner bardzo często odwołuje się w swoich opracowaniach do następującej anegdoty: „Pewien wiekowy szejka beduiński spisał swoją ostatnią wolę. Swój majątek – ogromne stado wielbłądów – podzielił między trzech synów. Achmed, najstarszy, miał odziedziczyć połowę majątku; Aliemu, młodszemu, należała się czwarta część, najmłodszemu zaś Beniaminowi przypaść miała szósta część stada. Po śmierci szejka okazało się, że stado liczy tylko jedenaście wielbłądów. Achmed domagał się więc sześciu wielbłądów, czemu sprzeciwili się jego bracia. Nie mogąc dojść do porozumienia, synowie szejka zwrócili się do kalifa. Ten postanowił: »Ofiaruję wam jednego z moich wielbłądów. Zwróćcie mi go, na Allacha, najszybciej jak to możliwe«. Podzielenie stada liczącego dwanaście wielbłądów nie było trudne. Achmed otrzymał swoją połowę, sześć wielbłądów. Ali dostał swoją ćwierć, trzy wielbłądy; Beniaminowi przypadła szósta część, czyli dwa wielbłądy. Szczęśliwi bracia nakarmili dwunastego wielbłąda, który pozostał im po podziale stada, i oddali go kalifowi”³⁰.

Z tej bajki dla prawa i prawników mogą płynąć bardzo różne morały. Z punktu widzenia głównego tematu tej książki pragnę wskazać na nastę-

²⁸ F. Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, The University of Chicago Law Review 2006, t. 73, s. 883–918.

²⁹ S. Sherry, *Hard Cases Make Good Judges*, Northwestern University Law Review 2004, t. 99, nr 3, s. 3–31.

³⁰ G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, tłum. E. Gąsiorowska, *Ius et Lex* 2002, nr 1, s. 109 i n.

pujący. Praca każdego prawnika, zarówno teoretyka, jak i praktyka, polega w gruncie rzeczy na poszukiwaniu dwunastego wielbłąda. Prawo w znaczeniu prawa stanowionego (*lex*) bardzo często nie jest doskonałe i stajemy wobec konieczności znalezienia pewnej „nadwyżki” (*ius*) umożliwiającej podjęcie racjonalnej i słusznej decyzji. Czasami, gdy norma jest jednoznaczna i stan faktyczny nie budzi wątpliwości, ten proces poszukiwania dwunastego wielbłąda będzie stosunkowo łatwy. W praktyce, zwłaszcza tam, gdzie dochodzi do styku prawa z innymi systemami normatywnymi, może natrafić na *hard case*. Z punktu widzenia przyjętej na potrzeby tej książki definicji trudnych przypadków do zderzenia *lex* i *ius* może dochodzić nie tylko w procesie stosowania prawa i jego wykładni, lecz także w płaszczyźnie jego tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. Tym „kalifem”, który pożyczą nam dwunastego wielbłąda (*ius*) dla rozwiązania prawnego równania (*lex*) i któremu trzeba go będzie oddać, jest po prostu szeroko pojęta idea prawa, wyrażona we wspomnianej już w rozdziale pierwszym harmonii trzech elementów: bezpieczeństwa, celowości i sprawiedliwości.

Trudne przypadki pokazują, że pomiędzy *ius* i *lex* istnieje immanentny związek – *ius* bez *lex* okazuje się bezradne, z kolei *lex* bez *ius* bardzo często bywa bezduszne. Jaka jest właściwie relacja pomiędzy prawem a szeroko pojętą humanistyką³¹? Czym jest prawo: czy także częścią humanistycznej kultury, czy tylko narzędziem inżynierii społecznej³²? Czy problemy leżące u podstaw *hard cases* to tylko tabu, które można przełamać, czy też może archetyp, którego nie chcemy podważać? Wreszcie, czy rzeczywiście *hard cases make bad law*, czy też może odwrotnie – *hard cases make good lawyer*? Trudno bowiem nie zgodzić się z opinią znanego australijskiego sędziego Michaela Kirby, że „sądzić, znaczy uczyć się” i w związku z tym „formalizm i czysto mechaniczne podejście do wykonywania funkcji sędziowskiej uniemożliwia prawdziwe wypełnianie sędziowskiej roli”³³.

³¹ J.M. Balkin, S. Levinson, *Law and Humanities: An Uneasy Relationship*, Yale Journal of Law & Humanities 2006, vol. 18, s. 155–187.

³² D. Howarth, *Is Law a Humanity (or is it more like Engineering)?*, Arts & Humanities in Higher Education 2004, t. 3, nr 1, s. 9–28.

³³ M. Kirby, *To Judge Is to Learn*, Harvard International Law Journal 2007, t. 48, s. 36; w literaturze polskiej szeroko na ten temat por. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2007.