

S. Lewenda s. Retoryka: logice poststety  
Opowiesci Juris

jeśli chce się zachować prostotę sylogizmu prawniczego, to nie można tych wszystkich decyzji umieścić wprost w tym schemacie. Trudno też zgodzić się z tezą, że wartościowanie nie ma nic wspólnego z logiką. Również stwierdzenia stanowiące podstawę procesu wartościowania mają określoną strukturę i możliwe jest ich przedstawianie w odpowiednio sformalizowanej postaci<sup>26</sup>.

Z punktu widzenia tematyki niniejszej pracy szczególnie po- ważnie brzmi zarzut niedostrzeżenia znaczenia argumentacji w modelu stosowania prawa opierającym się na sylogizmie prawniczym. F. Haft, jeden z bardziej znanych przedstawicieli niemieckiej retoryki prawniczej, stwierdza wręcz, że spętanie dogmatem subsumpcji doprowadza do wyrzucenia sfery argumentacji poza nawias. Według niego sylogizm prawniczy kreuje obraz, w którym rozstrzygnięcie prawne jest wynikiem ściśle logicznego procesu, gdzie nie ma miejsca na wolną argumentację. Wrażenie takie jest jednak tylko pozorne i nie odpowiada prawniczej rzeczywistości decyzyjnej, w której argumentowanie jest jedną z najważniejszych czynności<sup>27</sup>.

Ocena krytyki sylogizmu prawniczego i stawianych mu konkretnych zarzutów w niemałym stopniu zależy od postrzegania tego sylogizmu, przypisywanego mu statusu i wizji zadań, jakie ma on realizować. Jeżeli sylogistyczny model stosowania prawa chce się traktować jako model opisowy, wiernie odzwierciedlający rzeczywistość, to jego krytykę należy uznać za zasadną. Sylogizm prawniczy nie jest bowiem opisem praktyki orzeczniczej. Nie ma wręcz możliwości, by w sformalizowanym schemacie (zwłaszcza tak prostym) oddać w pełni bogactwo i różnorodność prawniczych rozumowań poprzedzających finalną decyzję stosowania prawa.

Sylogizm prawniczy należy więc traktować jako model normatywny, od którego jednak nie można oczekiwać, że stanie się

<sup>26</sup> B. Brożek, *Argumentacyjny...* s. 96.

<sup>27</sup> F. Haft, *Juristische Rhetorik*, Freiburg/München 2007, s. 93–94.

Argumentacji prawniczej  
Warszawa 2013

algorytmem, umożliwiającym uzyskanie błyskawicznego i bezdyskusyjnego rozwiązania w każdym przypadku. Sylogistyczny model stosowania prawa został stworzony przy szerokim wykorzystaniu procedury idealizacji i w związku z tym wyznacza tylko bardzo ogólne ramy procesu decyzyjnego. Osoba oczekująca, że sylogizm prawniczy da jej magiczny klucz otwierający wszystkie wrota prawniczych tajemnic, nie tylko spotka się z trafną krytyką ze strony adwersarzy, lecz także dość szybko rozczaruje się tą swoją wizją.

Krytykując krytykujących, nie chcę, by moja wypowiedź została odebrana jako pean na cześć sylogizmu prawniczego. Jak już dawałem temu wyraz, ten schemat wnioskowania uważam za niepozabawiony wad. Szczególnie dotkliwie wydaje mi się pomijanie w najprostszych ujęciach sylogizmu prawniczego procesów wartościowania, a także niedostrzeżenie, jak ważne jest uzasadnianie formułowanych tez. Jeśli jednak poczyni się odpowiednio zastrzeżenia, a jeszcze lepiej – gdy sylogizm zostanie odpowiednio wzbogacony, zmodyfikowany, to nie będzie on zasługiwał na totalną krytykę, choć oczywiście w dalszym ciągu nie będzie wyjaśniał wszystkiego i nie da automatycznego rozwiązania każdego problemu.

## 5. Argumentacyjny model stosowania prawa

Negatywny stosunek do sylogistycznego modelu stosowania prawa w wielu przypadkach nie sprowadzał się wyłącznie do krytyki, lecz także przejawiał się w formułowaniu propozycji alternatywnych. Zachodzące w ostatnich czasach w tym zakresie przemiany powodują, że niekiedy pojawiają się nawet stwierdzenia, że mamy do czynienia z przechodzeniem „od modelu sylogistycznego do modelu argumentacyjnego”<sup>28</sup>. Właśnie wy-

<sup>28</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 199 i n.

rażenie „model argumentacyjny”, jako podkreślające rolę argumentacji, jest najczęściej używane na określenie opozycyjnego wobec sylogizmu prawniczego modelu stosowania prawa, choć w literaturze przedmiotu pojawiają się też i inne nazwy typu „model dyskursywny” czy „model niesylogistyczny”. Termin „model argumentacyjny” przyjmuję też i ja, mimo że mam świadomość, iż nie jest to określenie idealne, gdyż przecież elementy argumentacyjne występują również w modelu sylogistycznym.

Koncepcja argumentacyjnego stosowania prawa nie jest zbiorem jednolitych tez, które byłyby w pełni i bezdyskusyjnie akceptowane przez wszystkich zwolenników tego modelu. Podobnie jak omówiona przeze mnie w poprzednim rozdziale koncepcja samej argumentacji prawniczej, również argumentacyjny model stosowania prawa jest nurtem wewnętrznie zróżnicowanym, choć posiadającym pewne podstawowe wspólne elementy. Takim wyjątkowym zgodniczym przyjmowanym założeniem jest uznanie, że w tym modelu, jak to podkreśla L. Morawski, „stosowanie prawa polega przede wszystkim na dokonywaniu argumentacyjnie uzasadnionych wyborów między alternatywami decyzyjnymi”<sup>29</sup>.

Różnice, jakie występują między podstawowymi nurtami w teorii argumentacji prawniczej, mają przełożenie na wizję stosowania prawa w ramach modelu argumentacyjnego. Ujęcie topiczno-retoryczne właśnie w topicie i retoryce widzi podstawowe techniki, jakie należy wykorzystywać, stosując prawo. Kierunek proceduralny chce, aby proces stosowania prawa był w pewien sposób uporządkowany, choć uporządkowanie ma być inne niż w przypadku klasycznego sylogizmu prawniczego.

Przy topiczno-retorycznej wersji argumentacyjnego modelu stosowania prawa nie występuje zamknięty, ściśle ustalony i zhierarchizowany zestaw dyrektyw, według których ten proces miałby być prowadzony. Mamy tutaj raczej do czynienia z wieloma

<sup>29</sup> Tamże, s. 200–201.

punktami odniesienia, sytuowanymi na tym samym poziomie. Jako takie punkty odniesienia jawią się przede wszystkim topiki prawnicze. Korzystając z topik, uczestnicy dyskursu prawnego doprowadzają do poszerzenia tradycyjnie wykorzystywanej bazy argumentacyjnej. Stosujący prawo zyskuje natomiast w ten sposób możliwość zapoznania się z wieloma zróżnicowanymi punktami widzenia, co w konsekwencji ma dać mu bogatszą podbudowę, ułatwiającą podjęcie trafnego rozstrzygnięcia. Decyzja stosowania prawa, posiadająca solidną topiczną podstawę, ma szansę poprzez przybliżanie norm prawnych do życia stawać się bardziej zrozumiałą i zyskiwać szerszą akceptację<sup>30</sup>.

Zwolennicy modelu topiczno-retorycznego podkreślają, że przyjęcie ich koncepcji zapewni sędziemu uzyskanie większej swobody w podejmowaniu decyzji. Swoboda ta nie oznacza jednak całkowitej dowolności czy samowoli, ponieważ sędzia swoje rozstrzygnięcia musi odpowiednio uargumentować. Korzystanie z topik prawniczych nie oznacza burzenia idei systemu prawnego, lecz jedynie krytykę sztywnego stosowania reguł prawnych. Jest to o tyle ważne, że i na gruncie tradycyjnych prawniczych technik decyzyjnych nie wypracowano uniwersalnego sposobu wyboru optymalnego rozstrzygnięcia w przypadku, gdy różne dyrektywy prowadzą do odmiennych rozważań. Topiki prawnicze nie zapewnią wprawdzie w tym zakresie prostej i autometrycznej odpowiedzi, lecz będąc wskazaniem powszechnie przyjmowanymi, zmniejszają rozdźwięk między dogmatyką a praktyką i ułatwiają stworzenie metodologii prawniczej o większym stopniu pragmatyzmu. Nie powinien przy tym stanowić problemu dość wysoki poziom ogólności tych topik, gdyż i inne prawne reguły nie mają charakteru absolutnego<sup>31</sup>.

Topiczno-retoryczny model stosowania prawa może przybrać formę umiarkowaną lub skrajną. Pierwsza z nich ma charakter

<sup>30</sup> S. Lewandowski, *Topika i topiki prawnicze*, „Palestra” 2008, nr 1–2, s. 16–17.

<sup>31</sup> Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 137–139.

legalistyczny, druga zaś – antylegalistyczny. Oznacza to, że w wariancie umiarkowanym organ stosujący prawo jest związany obowiązującymi normami prawnymi i stąd też możliwość oparcia rozstrzygnięcia na niewyraźnej w tekście prawnym, choć słusznej i akceptowanej, topicie zostaje ograniczona do przypadków luzu decyzyjnego. Stosujący prawo dąży do tego, by podejmowana decyzja była zarówno legalna, jak i zastępująca na zaakceptowanie. W wariancie antylegalistycznym odmawia się bezwzględnej mocy obowiązującej ustanowionym normom prawnym. Normy te są traktowane jako niewiążące wskazania, z którymi trzeba się zapoznać i które mogą, lecz nie muszą, być uwzględnione w procesie decyzyjnym<sup>32</sup>.

Argumentacyjnie ukierunkowana i umieszczona w sferze wyznaczonej przez retorykę prawniczą jest również opracowana przez Fritjofa Hafta technika przypadków porównywalnych. Haft, mocno odwołując się do retoryki i w mniejszym stopniu do topiki, proponuje, by w razie wątpliwości, czy ustalony stan faktyczny mieści się w zakresie zastosowania danej normy, porównać go z innymi podobnymi stanami faktycznymi, z których część „podpada” pod tę normę, a część nie. Postulowana analiza porównawcza powinna znacząco pomóc w udzieleniu trafnej odpowiedzi, czy w rozpatrywanym przypadku należy stosować tę normę. Metoda Hafta może przybrać również formę porównywania z podobnymi przypadkami fikcyjnymi, co ma stanowić nie tylko pomoc w znajdowaniu właściwego rozwiązania, lecz także być argumentacyjnym wsparciem podjętej decyzji<sup>33</sup>.

O ile topiczno-retoryczne ujęcie stosowania prawa daje właściwie w ogóle niesformalizowany obraz tego procesu, o tyle mieszczący się również w nurcie argumentacyjnym kierunek proceduralny już tak skrajnie antyformalistyczny nie jest. Krytycznie

<sup>32</sup> S. I. cwandowski, *Topika...*, s. 16; I. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 67–68.

<sup>33</sup> F. Haft, *Juristische...*, s. 89 i n.

odnosząc się do tradycyjnego sylogizmu prawniczego, zwolennicy argumentacyjnego ujęcia proceduralnego starają się jednak przedstawić w pewien sposób uporządkowany schemat procesu stosowania prawa. Znany przykładem takiego spojrzenia jest opracowana przez Roberta Alexy'ego koncepcja ważenia zasad.

Wyróżnianie wśród norm prawnych reguł i zasad znane jest w literaturze prawniczej głównie za sprawą RONALDA DWORKINA. Wskazywał on, że różnica występująca między regułami prawa a zasadami prawa ma charakter logiczny. Reguła jest stosowana według schematu „wszystko albo nic”. Mówiąc prościej, postępuje się zgodnie z regułą albo niezgodnie z nią, nie ma tu wariantu pośredniego. Regułą jest np. norma zakazująca jeździć samochodem z niesprawnym układem hamulcowym czy norma nakazująca zachowanie formy aktu notarialnego przy sprzedaży nieruchomości. Sprzedając nieruchomość, zachowując formę aktu notarialnego albo nie zachowując, nie mogą trochę ją zachować i trochę nie zachować. Inaczej jest w przypadku zasad prawa. Zasady, posiadając w odróżnieniu od reguł wymiar wagi lub doniosłości, mogą być stosowane w mniejszym lub większym stopniu. Przykładowo w postępowaniu cywilnym sąd może realizować zasadę kontradyktoryjności w pełni, ale może też ją ograniczać w pewnym zakresie. Ograniczenia takie mogą zresztą czasami wprost wynikać z obowiązujących przepisów<sup>34</sup>.

R. Alexy, dokonując rozwinięcia koncepcji R. Dworkina w sposób niepozbowiony pewnej dozy krytyki, traktuje rozróżnienie między zasadami a normami jako mające charakter jakościowy. Alexy uznaje zasady za nakazy optymalizacji, które powinny być realizowane w możliwie najwyższym stopniu, przy czym zakres spełnienia zasady zależy, jak to określa autor, nie tylko od możliwości rzeczywistych, lecz także prawnych. Różnica między zasadami a regułami nie polega wyłącznie na stopniu, w jakim te normy są realizowane albo nierealizowane, lecz również na spo-

<sup>34</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 60 i n.

sobie rozstrzygnięcia sytuacji kolizyjnych między normami. Alexy mówi w takich sytuacjach o konflikcie reguł i kolizji zasad. Konflikt reguł można rozwiązać poprzez włączenie do jednej z reguł klauzuli wyjątku lub poprzez uznanie jednej z reguł za nieobowiązującą. To uznanie za nieobowiązującą następuje w wyniku zastosowania reguł kolizyjnych<sup>35</sup>.

Sytuacja jest o wiele bardziej złożona w razie kolizji zasad i w takim przypadku pojawia się miejsce dla argumentacyjnie podbudowanych procedur. Alexy, odwołując się do orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, analizuje tego rodzaju problemy m.in. na przykładach kolizji między zasadą wyrażającą ochronę dóbr osobistych a zasadą, z której wynika wolność programu przekazu radioowo-telewizyjnego oraz między zasadą prawa do życia i nienaruszalności cielesnej a zasadą zdolności funkcjonowania ochrony prawa karnego. Rozstrzygnięcie kolizji zasad następuje poprzez ustalenie między tymi zasadami relacji pierwszeństwa (oznaczonej symbolicznie literą  $P$ ), przy czym relacja ta może przybrać postać bezwarunkową albo warunkową. Bezwarunkowa relacja pierwszeństwa, zwana też abstrakcyjną lub absolutną relacją pierwszeństwa, miałaby miejsce wówczas, gdy zasadzie  $P_1$  przysługiwałoby pierwszeństwo przed zasadą  $P_2$  zawsze, w każdych warunkach, co można byłoby zapisać:

$$P_1 P_2.$$

Warunkowa relacja pierwszeństwa wskazuje natomiast, że zasada  $P_1$  ma pierwszeństwo przed zasadą  $P_2$  w określonych warunkach  $C$  danego konkretnego przypadku, co z kolei jest zapisywane jako zależność:

$$(P_1 P_2) C.$$

<sup>35</sup> R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 78–79. Moim zdaniem również klauzulę wyjątku można byłoby traktować jako odwoływanie się do reguł kolizyjnych, dokładniej mówiąc – do reguły *lex specialis derogat legi generali*.

Istotą ustalenia warunkowej (konkretnej) relacji pierwszeństwa staje się określenie warunków pierwszeństwa, czemu towarzyszyć musi też należyte uzasadnienie tezy, że zasada  $P_1$  ma większą wagę niż zasada  $P_2$  w tych warunkach<sup>36</sup>.

Tak ujęta metoda rozwiązywania kolizji zasad znajduje zastosowanie zwłaszcza przy rozstrzyganiu tzw. trudnych przypadków w procesie stosowania prawa, gdzie nie wystarcza odwołanie się do norm – reguł, lecz trzeba oprzeć się także na normach – zasadach. W takiej sytuacji szczególnie ważne z argumentacyjnego punktu widzenia jest przedstawienie, jak powinno wyglądać walenie kolidujących zasad, prowadzące do ustalenia relacji pierwszeństwa między nimi. Alexy udziela odpowiedzi na to pytanie, formułując prawo wyważenia o następującej treści: „W im wyższym stopniu jedna zasada została niespełniona lub naruszona, tym ważniejsze musi być spełnienie innej”<sup>37</sup>.

Argumentacyjna wizja stosowania prawa, zwłaszcza w porównaniu z nieco skostniałym modelem sylogistycznym, wprowadza nowe, odświeżające elementy do tego tak istotnego społecznego procesu. Model argumentacyjny zakłada zerwanie z tekstocentrycznym nastawieniem i wymaga, aby ustalenia poprzedzające wydanie orzeczenia czynione były przy założeniu jak najszerszego horyzontu poznawczego. Dla topiki czy w ogóle dla myślenia problemowego norma jest drogowskazem, wskazującym kierunek pośród ogromnej liczby możliwości. Jednakże w konkretnym przypadku różne normy mogą wskazywać różne kierunki. Optymalne rozwiązanie problemu nastąpi wówczas, gdy

<sup>36</sup> Tamże, s. 80 i n.

<sup>37</sup> Tamże, s. 133. Problem walenia zasad został przeze mnie potraktowany tylko jako jeden z wątków analizowanej problematyki i w związku z tym przedstawiany jest dość skrótowo. Zagadnienie to szerzej opisywane i uzasadniane jest przez samego R. Alexy'ego zarówno w powoływanej wyżej pracy (zob. np. s. 81–87, 130–131), jak i w innych jego publikacjach (zob. np. R. Alexy, *The Weight Formula*, w: *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, red. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Kraków 2007, s. 14 i n.).

to reguły nie są wolne od metodologicznych słabości i nie tworzą zamkniętego i spójnego zbioru dyrektyw. Z kolei przy ujęciu topiczno-retorycznym istnieje niebezpieczeństwo, że korzystanie z narzędzi retorycznych będzie służyć nie tylko słusznym celom, lecz także może realizować jakieś ukryte strategie, stając się elementem perswazji czy nawet propagandy<sup>40</sup>. Ta konstatacja nie oznacza dyskredytacji argumentacyjnego modelu stosowania prawa, lecz jest jedynie sygnalizacją, by po instrumentarium oferowane przez ten model nie sięgać mechanicznie.

## 6. Dwa modele stosowania prawa – sprzeczność czy możliwość kompromisu?

Dwa wyżej scharakteryzowane modele stosowania prawa, jak mogłoby się wydawać, zajmują całkowicie przeciwstawne stanowiska. Model sylogistyczny bazuje w silnym stopniu na logice, model argumentacyjny zaś wychodzi z założenia, że prawo i procesy z nim związane nie dadzą się sformalizować, a w związku z tym metody rozwiązywania problemów prawnych należy szukać poza logiką, a przynajmniej poza logiką formalną. W moim odczuciu punktem wyjścia do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, czy mimo wszystko możliwe jest znalezienie jakiegś kompromisowej „trzeciej drogi”, powinno być zwrócenie uwagi na różnicowany zakres zastosowania poszczególnych modeli w zależności od funkcjonalnego usytuowania sądu, rozpatrującego konkretną sprawę.

Sądę, że przy omawianiu procesu stosowania prawa nie zawsze w należyty sposób uwypuklana jest różnica między poszczególnymi podmiotami władzy sądowniczej. Inaczej bowiem przedstawia się procedowanie przez sąd pierwszej instancji,

<sup>40</sup> B. Brożek, *Argumentacyjny...*, s. 100–102; L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 73–77.

uwzględni się wszystkie normatywne punkty widzenia. Perspektywa topiczno-retoryczna może być przy tym powiązana z proceduralnym rozróżnieniem reguł i zasad. Myślenie topiczne interpretuje bowiem reguły w świetle zasad, uznając, że za regułą stoi zasada, a zasada z kolei chroni dobro prawne<sup>38</sup>.

Zaletą stosowania prawa w myśl założeń koncepcji argumentacyjnych jest zwrócenie uwagi na ogromną rolę, jaką mogą odegrać uzasadnienia podejmowanych rozstrzygnięć. Spoglądając na to zagadnienie przez pryzmat metodologicznego rozróżnienia na kontekst odkrycia i kontekst uzasadnienia, nietrudno zauważyć, że model argumentacyjny wyraźnie kładzie akcent na kontekst uzasadnienia. Mniej istotne staje się ustalenie, w jaki sposób sędzia doszedł do swojej decyzji, ważniejsze jest, jak to stanowisko uzasadni. Istota tego modelu polega właśnie na tym, aby orzeczenie było należycie, racjonalnie uargumentowane. Dzięki temu sędziowska decyzja nabiera cech realnej sprawdalności. Łatwiejsze są bowiem do obiektywnego skontrolowania elementy kontekstu uzasadnienia niż kontekstu odkrycia<sup>39</sup>.

Argumentacyjny model stosowania prawa nie może być jednak uznany za panaceum na wszelkie bolączki wymiaru sprawiedliwości. Nie jest tak, że jeżeli sędziowie porzucą sylogizm prawniczy i gremialnie zwrócą się w stronę koncepcji Perelmana czy Alexy'ego, to natychmiast wyroki będą przyjmowane z pełną akceptacją przez wszystkie strony procesu i przez opinię publiczną. Argumentacja prawnicza rozszerza horyzonty orzecznicze, lecz jednocześnie, zrywając z sylogistyczną prostotą, wymaga zwiększonego wysiłku intelektualnego, choć w zamian nie jest w stanie zagwarantować, że wydane rozstrzygnięcie będzie najlepszym z możliwych. Takiej gwarancji nie dają wyróżniane w proceduralnym wariacie argumentacji reguły dyskursu, które

<sup>38</sup> P. Mastronardi, *Juristisches Denken. Eine Einführung*, Bern–Stuttgart–Wien 2001, s. 246 i n.

<sup>39</sup> U. Neumann, *Juristische...*, s. 4–5; T. Spyra, *Granice...*, s. 23–26.

inaczej przez sąd drugiej instancji, a jeszcze inaczej przez Sąd Najwyższy. Dopełnieniem tego wyliczenia jest zasygnalizowanie szczególnych reguł postępowania i wyrokowania, jakie dotyczą Trybunału Konstytucyjnego<sup>41</sup>. Przedstawiany poniżej syntetyczny opis ma ułatwić ustalenie, czy dwa omawiane modele stosowania prawa rzeczywiście całkowicie się wykluczają, czy może w pewnym zakresie się uzupełniają.

Najbliższe modelowi sylogistycznemu jest postępowanie przed sądem pierwszej instancji, gdzie muszą być poczynione i ustalenia faktyczne, i ustalenia normatywne. Przedmiotem dyskusji może być co najwyżej sposób prowadzenia tych ustaleń i dochodzenia do ostatecznej konkluzji, ale poza sporem musi być uznanie, że konieczne jest dokonanie ustaleń co do faktów i co do norm. W pewnej mierze podobnie jest w cywilnym postępowaniu przed sądem drugiej instancji, zwłaszcza gdy przyjmowana jest, jak w polskiej procedurze, tzw. apelacja pełna (nieograniczona). Stosownie bowiem do art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Uchylenie wyroku i przekazanie do ponownego rozpoznania, w myśl art. 386 § 2 i 4 k.p.c., może nastąpić tylko w razie stwierdzenia nieważności postępowania pierwszoinstancyjnego, nierozpoznania istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji i wtedy, gdy wydanie wyroku wymaga prowadzenia postępowania dowodowego w całości.

Oznacza to, że sąd rozpatrujący apelację może, a niekiedy wręcz musi, prowadzić postępowanie dowodowe i dokonywać własnych ustaleń faktycznych. Taki wniosek wynikający z treści

<sup>41</sup> W prezentowanej analizie pomijam Trybunał Stanu nie tylko ze względu na to, że organ ten bardzo rzadko miał okazję do zaprezentowania stosowania prawa w praktyce, lecz także – głównie – dlatego, iż w omawianej przez mnie sferze znacząco przypomina on sąd karny, a w postępowaniu przed nim stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Stosownie do zakres-  
lonych w rozdziale pierwszym ram pracy nie uwzględniam również w tych roz-  
ważaniach sądownictwa administracyjnego i polubownego.

art. 382 k.p.c. jest konsekwentnie potwierdzany przez Sąd Najwyższy, który np. w wyroku z 15 maja 1997 r., II CKN 162/97, stwierdził, że „w postępowaniu apelacyjnym nie obowiązują ograniczenia w możliwości dokonywania własnych ustaleń przez sąd drugiej instancji”<sup>42</sup>. Rozwinięciem tej myśli jest m.in. pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z 23 lutego 2010 r., II UK 194/09, zgodnie z którym „sąd drugiej instancji musi samodzielnie dokonać jurydycznej oceny żądania i skonfrontować ją z zaskarżonym orzeczeniem oraz stojącymi za nim motywami; rozpoznaje sprawę w taki sposób, w jaki mógł i powinien uczynić to sąd pierwszej instancji, tyle że uwzględni szerszy materiał, zebrany w postępowaniu przed sądami dwu instancji”<sup>43</sup>.

Poczynając od 2012 r., zabezpieczeniem przed unikaniem przez sąd odwoławczy merytorycznego rozpatrywania sprawy i przed ograniczeniem się przez ten sąd do uchylania zaskarżonego wyroku jest art. 394<sup>1</sup> § 1<sup>1</sup> k.p.c. Przepis ten przewiduje, że zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje w razie uchylenia przez sąd drugiej instancji wyroku sądu pierwszej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Oczywiście, jak to podkreślił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 listopada 2012 r., IV CZ 147/12, „środek odwoławczy unormowany w art. 394<sup>1</sup> § 1<sup>1</sup> k.p.c., przy całej swojej specyfice, pozostaje zażaleniem, więc środkiem przy użyciu którego rozstrzygane są kwestie procesowe, a nie materialnoprawne”<sup>44</sup>. Można mieć wątpliwości, czy dopuszczalność wskazanego wyżej zażalenia zawsze będzie przyczyniać się do przyspieszenia postępowania, niemniej jednak będzie to bodziec do dokonywania przez sąd drugoinstancyjny własnych ustaleń faktycznych.

<sup>42</sup> OSNC 1997, nr 12, poz. 195, LexisNexis nr 327017.

<sup>43</sup> LexisNexis nr 2444447. W uzasadnieniu tego wyroku przywołanych zostało wiele innych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, wskazujących na ugruntowaną linię orzeczniczą w tej materii.

<sup>44</sup> LexisNexis nr 4940206.

Odmienne zagadnienie zakresu czynności podejmowanych przez sąd odwoławczy jest regulowane w procedurze karnej. Swoboda sądu drugiej instancji co do dokonywania własnych ustaleń faktycznych jest ograniczona w porównaniu z postępowaniem cywilnym. Jak stanowi art. 452 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy nie może przeprowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Pewne odstępstwo od tego zakazu wprowadza § 2 tego artykułu, przewidując, że sąd odwoławczy może jednak w wyjątkowych wypadkach, uznając potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, przeprowadzić dowód na rozprawie, jeżeli przyczyni się to do przyspieszenia postępowania, a nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości lub w znacznej części.

Przejrzyście istotę tych unormowań wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 22 października 2008 r., V KK 111/08, formułując następującą tezę: „Podejmowane czynności dowodowe przez Sąd drugiej instancji nie mogą prowadzić do ukształtowania w postępowaniu odwoławczym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, co do istoty sprawy; odmiennie od uznanej za udowodnioną przez Sąd pierwszej instancji, gdyż to w konsekwencji pozbawiłoby stronę prawa do zaskarżenia orzeczenia, a przez to nastąpiłoby unicestwienie konstytucyjnej gwarancji strony – art. 78 Konstytucji RP. Jeśli jednak przeprowadzone przez Sąd odwoławczy dowody wskazywałyby na nietrafność ustaleń faktycznych poczynionych w zaskarżonym wyroku i potrzebę ponowienia przewodu sądowego, to w takim wypadku Sąd odwoławczy nie powinien kontynuować postępowania i wydać orzeczenie reformatoryjne, a powinien zwrócić sprawę Sądowi orzekającemu”<sup>45</sup>.

Jeszcze inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku postępowania przed Sądem Najwyższym. Sąd ten, rozpatrując kasację lub udzielając odpowiedzi na pytanie prawne sądu drugiej instancji, staje się sądem prawa, a nie sądem faktu. Wyraźnie wypowiadają się na ten temat przepisy dotyczące postępowania kasacyjnego.

<sup>45</sup> LexisNexis nr 1988961.

Zarówno art. 536 k.p.k., jak i art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c. stanowią, że Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów<sup>46</sup>. Z kolei wcześniejsze przepisy (art. 523 § 1 k.p.k., art. 398<sup>3</sup> § 1 k.p.c.) głosiły, że podstawą kasacji mogą być wyłącznie zarzuty związane naruszeniem prawa, materialnego lub procesowego, przez sąd drugiej instancji. Odcięcie postępowania kasacyjnego od kwestii związanych z ustaleniami faktycznymi szczególnie mocno podkreślają jeszcze dwa przepisy procedury cywilnej, a mianowicie art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. („Podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów”) oraz art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c. („W postępowaniu kasacyjnym nie jest dopuszczalne powołanie nowych faktów i dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia”).

W stopniu jeszcze większym, a faktycznie wyłącznym, ustalenia normatywne zajmują przestrzeń sądową w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Organ ten zajmuje się przede wszystkim orzekaniem o zgodności aktów normatywnych z aktami wyższego rzędu, w szczególności z Konstytucją RP. Trybunał Konstytucyjny, realizując swoją podstawową kompetencję, bada więc hierarchiczną zgodność norm prawnych. Inaczej mówiąc, Trybunał dokonuje ustaleń normatywnych co do normy, będącej przedmiotem badania i ustaleń normatywnych co do normy wyższego rzędu, stanowiącej podstawę wyrokowania. Nawet jeżeli pytanie prawne czy skarga konstytucyjna wiąże się z określonym stanem faktycznym, to nie ten stan jest przedmiotem zainteresowania Trybunału, lecz tylko powstały problem natury jak najbardziej prawnej.

<sup>46</sup> Dopuszczona przez powołane przepisy możliwość wyjątkowego rozpoznania kasacji w szerszym zakresie nie zmienia istoty moich wywodów, gdyż ewentualne wyjście przez Sąd Najwyższy poza podstawy zaskarżenia i tak dotyczy kwestii prawnych, a nie faktycznych. Nadmieniam też, że używane przeze mnie określenie „kasacja” odnosi się nie tylko do kasacji z procedury karnej, lecz również do skargi kasacyjnej z procedury cywilnej.

Ten siłą rzeczy bardzo skrócony opis istoty działania poszczególnych organów władzy sądowniczej wskazuje, że na różnych szczeblach tej władzy proces stosowania prawa kształtuje się w odmienny sposób. Bez wątplenia bliżej sylogizmu prawniczego są czynności podejmowane przez sądy pierwszej i w pewnych sytuacjach drugiej instancji, zaś dalej usytuowałbym procedowanie przez Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny. Te dwa ostatnie sądy, nie dokonując ustaleń faktycznych, przede wszystkim ważą zasady prawa czy też poszukują odpowiedniego, szeroko rozumianego toposu, który rozwiłtałby dany problem prawny. Nawet jednak i te organy, znajdujące się na samym szczycie władzy sądowniczej, nie odrywają się całkowicie od ustaleń co do faktów. Sąd Najwyższy może wszak oceniać, w jaki sposób został w rozpatrywanej sprawie ustalony stan faktyczny, a Trybunał Konstytucyjny może przyjąć się, co legło u podstaw przedstawionego mu problemu.

Zróżnicowany stopień możliwości bazowania przez sądy różnego szczebla na poszczególnych modelach stosowania prawa skłania do wyrażenia poglądu, że modele te mogą się w pewnym zakresie uzupełniać. Nie zmienia to oczywiście ogólnej konstatacji, że argumentacyjny model stosowania prawa stoi w opozycji do modelu sylogistycznego. Nie użyłbym jednak sformułowania, iż między nimi jest sprzeczność. W moim odczuciu istnieje bowiem elementy wspólne, a sprzeczność oznaczałaby całkowite zaniegowanie. Model sylogistyczny nie wyklucza przecież potrzeby przedstawiania argumentów. Z kolei model argumentacyjny dostrzega, że w procesie stosowania prawa występują i ustalenia faktyczne, i normatywne, a cały ten proces nie jest wolny od wnioskowań mających oparcie w logice. Sądzę, że można byłoby model sylogistyczny potraktować jako swego rodzaju tezę, model argumentacyjny – jako antytezę, a poszukiwane kompromisowe rozwiązanie – jako syntezę<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Proponowany układ teza – antyteza – synteza jest oczywiście inspirowany słynną na gruncie filozofii heglowską triadą (zob. np. W. Tatarkiewicz, *Historia*

## 7. Epichejremat w retoryce i logice

Możliwość syntezy, o której wspominałem wyżej, dostrzegłbym w pojęciu epichejrematu. Co istotne, jest to pojęcie funkcjonujące zarówno w retoryce, jak i logice, w tym logice formalnej. Stąd też za wskazane uważam, że zanim przedstawię koncepcję czyniącą epichejremat elementem modelu stosowania prawa, należy bliżej przyjrzeć się, jak ten termin jest rozumiany i jaką rolę odgrywa w retoryce i logice.

W retoryce epichejremat zwany jest także sylogizmem krasomówczym, a jego istotą jest dołączenie uzasadnienia przynajmniej do jednej z przesłanek sylogizmu. Obrazuje to przykład przedstawiony przez Cyncerona: „Każdy morderca zasługuje na śmierć, bo prawo naturalne i prawo ludzkie wyraźnie o tym świadczą. Otóż Klodiusz jest mordercą, bo dowodzą tego świadkowie, jego zachowanie się i okoliczności zbrodni. Więc Klodiusz powinien ponieść karę śmierci”<sup>48</sup>.

Rozwijając nieco ten wątek, można w epichejremacie wyróżnić, przy zachowaniu nomenklatury Cyncerona, pięć elementów: przesłanka większa (*propositio*), uzasadnienie przesłanki większej (*approbatio propositionis*), przesłanka mniejsza (*assumptio*), uzasadnienie przesłanki mniejszej (*approbatio assumptionis*) oraz wniosek (*complexio*). Widać, że gdyby w tym układzie pominąć oba uzasadnienia, to mielibyśmy do czynienia z klasycznym sylogizmem. Jeżeli natomiast jedna z przesłanek wraz ze swoim uzasadnieniem pozostałaby w domyśle, nie będąc wprost wypowiedzianą, to mielibyśmy do czynienia według Cyncerona

*filozofii*, t. 2, Warszawa 1990, s. 213–214), choć analogia jest tu dość odległa. Zaznaczam też, że pewnym uproszczeniem jest mówienie o określonym modelu jako tezie, antytezie czy syntezie, w rzeczywistości bowiem teza (antyteza, synteza) nie jest sam model, lecz zbiór wypowiedzi o nim.

<sup>48</sup> M. Korolko, *Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 1990, s. 86–87. Z tej pracy został też zaczerpnięty cytowany przykład.



z dwuczęściowym epichejrematem, który byłby bliski arystotelesowskiemu entymematowi<sup>49</sup>.

Z kolei logicy definiują epichejremat jako taki układ syllogizmów, gdzie przesłanki jednego syllogizmu są równocześnie wnioskami dwóch innych syllogizmów. Przesłanki tych dwóch ostatnio wskazanych syllogizmów także mogą być wnioskami w jeszcze innych syllogizmach. Nie da się więc określić maksymalnej liczby syllogizmów mogących wchodzić w skład epichejrematu, można jedynie powiedzieć, że muszą być to co najmniej trzy syllogizmy<sup>50</sup>. Przykładem epichejrematu może być następujący ciąg wypowiedzi:

Żaden najem nie jest ograniczonym prawem rzeczowym.

Każdy zastaw jest ograniczonym prawem rzeczowym.

Żaden zastaw nie jest najmem.

Niektóre umowy terminowe są najmem lokalu użytkowego.

Każdy najem lokalu użytkowego jest najmem.

Niektóre najmy są umowami terminowymi.

Żaden zastaw nie jest najmem.

Niektóre najmy są umowami terminowymi.

Niektóre umowy terminowe nie są zastawami.

W zapisie symbolicznym powyższy epichejremat przedstawiałby się następująco:

M e B	S i D
P a B	D a M
P e M	M i S

S o P

<sup>49</sup> W. Bayer, *Moderne Rechtsanwendung und antike Rhetorik*, „Rechtstheorie” 1994, t. 25, s. 234.

<sup>50</sup> K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2001, s. 131–132.

Podany epichejremat zalicza się do najprostszych, składa się z minimalnej liczby syllogizmów – jedynie z trzech. Chcąc go dalej rozbudować, moglibyśmy otrzymać np. następujący schemat:

F e B	G a B	K i D	L a M
M a F	P a G	K a S	D a L
M e B	P a B	S i D	D a M
P e M		M i S	
		S o P	

Zarówno przedstawione wyżej, jak i ewentualne jeszcze dalsze rozbudowywanie epichejrematu może mieć praktyczne znaczenie jedynie na gruncie logiki formalnej. Próby konkretyzacji takich schematów w języku naturalnym prowadziłyby do powstawania bardzo złożonych wypowiedzi, które byłyby niezwyciężalnie mało (jeśli w ogóle) komunikatywne.

## 8. Epichejrematyczny model stosowania prawa

Pojęcie epichejrematu przeniesione w obszar modelowego ujmowania procesu stosowania prawa umożliwia pokuszenie się o próbę skonstruowania nowego modelu z tego zakresu, który określiłbym jako epichejrematyczny model stosowania prawa czy też w skrócie jako epichejremat prawniczy.

Bardzo uproszczoną egzemplifikacją epichejrematu prawniczego może być przytaczany w poprzednim podrozdziale epichejremat autorstwa Cyncerona. Przykład ten zapisany z podziałem na części w układzie nieco bardziej sformalizowanym przedstawia się następująco:

- (1) Każdy morderca zasługuje na śmierć
- (2) prawo naturalne i prawo ludzkie wyraźnie o tym świadczą
- (3) Klodiusz jest mordercą
- (4) dowodzą tego świadkowie, jego zachowanie i okoliczności zbrodni
- (5) Klodiusz powinien ponieść karę śmierci

gdzie (1) to przesłanka większa, (2) – uzasadnienie przesłanki większej, (3) – przesłanka mniejsza, (4) – uzasadnienie przesłanki mniejszej i (5) – wniosek.

W ten sam sposób można byłoby nadawać epichejrematyczną postać przytaczanym wcześniej sylogizmom prawniczym. Trzeba tylko (a w niektórych przypadkach może aż) podać uzasadnienie przesłanki większej, mówiącej o ustaleniach normatywnych, i przesłanki mniejszej, która dotyczy ustaleń faktycznych. W uzasadnieniu przesłanki większej wskazywalibyśmy reguły walidacyjne, interpretacyjne, inferencyjne czy kolizyjne, które w podstawowym stopniu wpłynęły na kształt otrzymanej normy. W tym miejscu można byłoby też wspominać o kolizji zasad, jeśli wystąpiła, i rezultacie ich wyważania. Uzasadnienie przesłanki mniejszej mówiłoby natomiast o wykorzystanych regułach dowodowych i środkach dowodowych, które doprowadziły do ustalenia stanu faktycznego<sup>51</sup>.

Epichejremat prawniczy nie jest oczywiście całkowitą nowością. Tak jak epichejremat może być traktowany jako rozbudowany sylogizm, tak i epichejremat prawniczy ma wiele wspólnego z sylogizmem prawniczym. Równocześnie jednak dość silnie odwołuje się do modelu argumentacyjnego i w związku z tym, moim zdaniem, może być uznawany za syntezę dwóch omawianych wcześniej

<sup>51</sup> Rozbudowany i skonkretyzowany przykład stosowania prawa według schematu wyznaczającego przez epichejremat prawniczy podaje W. Bayer, *Moderne...*, s. 228–231.

niej modeli. Epichejremat prawniczy łączy formalnologiczną strukturę sylogizmu z topikami prawniczymi i operacjami wyważania zasad. Oczywiście, aktualność zachowuje zastrzeżenie, że podobnie jak przy sylogizmie prawniczym, również epichejrematyczny model stosowania prawa w większym stopniu odpowiada czynnościom sądu faktu, czyli sądu, który nie poprzestaje na rozwikłaniu problemu prawnego, lecz dokonuje ustaleń i normatywnych, i faktycznych.

Koncepcja epichejrematu prawniczego daje się też dobrze połączyć z problematyką uzasadnienia decyzji stosowania prawa. W teorii argumentacji prawniczej wskazuje się na dwa aspekty takiego uzasadnienia i w związku z tym wyróżnia się uzasadnienie wewnętrzne i uzasadnienie zewnętrzne. Istotą uzasadnienia wewnętrznego jest wykazanie, że wniosek, czyli zdanie mówiące o decyzji stosowania prawa, wynika z przesłanek, czyli ze zdań dotyczących ustaleń faktycznych i ustaleń normatywnych. W uzasadnieniu zewnętrznym wykazuje się natomiast słuszność tych przesłanek<sup>52</sup>.

W epichejremacie prawniczym uwypuklona zostaje rola uzasadnienia wewnętrznego i zewnętrznego. Następuje też wyraźne oddzielenie obu tych sfer uzasadnienia. Układ przesłanka – przesłanka – wniosek, odpowiadając strukturze sylogizmu prawniczego, wyznacza ramy uzasadnienia wewnętrznego. Uzasadnienia poszczególnych przesłanek wraz z tymi przesłankami tworzą zaś obszar uzasadnienia zewnętrznego.

<sup>52</sup> J. Wróblewski, *Legal decision and its justification*, w: *Legal reasoning. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, Bruxelles 1971, s. 412 i n.; tenże, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, „*Rechtstheorie*” 1974, t. 5, s. 38 i n.; R. Alexy, *Theorie...*, s. 273 i n.; K. Pieszka, *Uzasadnianie...*, s. 34 i n.

