

Rozdział 6. <i>Prawo kontra medycyna</i> .....	132
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	132
Miecz Salomona (Oktawian Nawrot) .....	133
Kogo nie stać na zdrowie (Maciej Barczewski) .....	145
Rozdział 7. <i>Prawo kontra historia</i> .....	153
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	153
Krew u stóp muru (Jerzy Zajadło) .....	154
Bractwo uwięzione w college'u (Kamil Zeidler) .....	164
Rozdział 8. <i>Prawo kontra polityka</i> .....	175
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	175
Poczekamy, aż się wymordujecie (Sebastian Sykuna) .....	176
Spóźniony — bez mandatu (Piotr Uziębło) .....	189
Rozdział 9. <i>Prawo kontra media</i> .....	200
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	200
Niewinny z łaski mediów (Wojciech Zalewski) .....	201
Zale książniczki i ludzie-goryle (Adam Wiśniewski) .....	210
Rozdział 10. <i>Prawo kontra ekonomia</i> .....	219
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	219
Rospuda — obwodnica niezgody (Janina Ciechanowicz-McLean) .....	220
Rozejm na wagę 111 tysięcy funtów tytoniu (Magdalena Konopacka) .....	227
Rozdział 11. <i>Prawo kontra ekologia</i> .....	238
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	238
Rura pod falami (Janina Ciechanowicz-McLean) .....	239
Olej na falach (Dorota Pyć) .....	247
Rozdział 12. <i>Prawo kontra etyka prawnicza</i> .....	260
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	260
<i>Good job</i> , nadworny doradco! (Jerzy Zajadło) .....	261
Udusić Hitlera? (Sebastian Sykuna) .....	274
Rozdział 13. <i>Prawo kontra zdrowy rozsądek</i> .....	283
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	283
Embrion obiektywnego przypisania (Wojciech Zalewski) .....	284
O spóźnieniu, które urodziło <i>hard case</i> (Anna Machnikowska) .....	295
Zakończenie. <i>Prawo kontra człowiek</i> .....	311
Uwagi wstępne (Jerzy Zajadło) .....	311
Tortury wysterylizowane (Jerzy Zajadło) .....	312
<i>Do hard cases make bad law?</i> (Zdzisław Brodecki) .....	322

## Wprowadzenie

*Co to są hard cases?*

We współczesnej teorii i filozofii prawa pojęcie tzw. trudnych przypadków (czy inaczej: trudnych spraw — *hard cases*) łączy się najczęściej z anglosaską kulturą prawną, a zwłaszcza z integralną filozofią prawa Ronalda Dworkina<sup>1</sup>. Trudno się zresztą temu dziwić. Skala problemu trudnych przypadków jest bowiem wprost proporcjonalna 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 że są całkowicie obce kontynentalnej kulturze prawnej. Dla potrzeb niniejszego opracowania przyjęto jednak, że jest to wąskie, a może nawet zbyt wąskie znaczenie omawianego pojęcia, 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: „Trudne przypadki w najogólniejszym ujęciu występują, gdy sędzia nie dysponuje jednoznacznie normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników”<sup>2</sup>.

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 ludobójstwa — Stephen Landsman swoją książkę poświęconą procesowi norymberskiemu oraz głośnym sprawom Adolfa

<sup>1</sup> 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*, Warszawa 2006, s. XIV.

<sup>2</sup> 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, Warszawa 2007.



Eichmanna, Johna Demianiuka i Imre Finty zatytułował w bardzo charakterystyczny sposób: *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*<sup>3</sup>. 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 problem obowiązku używania kasków przez motocyklistów, eutanazji wspomaganą przez lekarza, zażywania marihuany, aborcji czy odmowy rodziców na zabieg medyczny dziecka<sup>4</sup>. Niektórzy autorzy używają też pojęcia *hard cases* w odniesieniu do skomplikowanych spraw konstytucyjnych<sup>5</sup> oraz złożonych problemów pojawiających się za sprawą reżimów masowo naruszających prawa człowieka i rozwiązywanych później w okresach przełomów w ramach tzw. sprawiedliwości tranzytywnej (*transitional justice*)<sup>6</sup>. 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 sądem<sup>7</sup>.

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 sprawie<sup>8</sup>. Tak pojęte *hard cases* występują w różnych mutacjach także w koncepcjach innych autorów, którzy różnią się pomiędzy sobą nie tylko rozumieniem ich istoty, 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. Wróblewskiego<sup>9</sup>.

Gwoli ścisłości trzeba powiedzieć, że pierwotnie trudne przypadki, chociaż niekoniecznie tak dosłownie nazwane, pojawiły 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

<sup>3</sup> S. Landsman, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, Philadelphia 2005; można też spotkać publikacje określające w ogóle problem ścigania sprawców masowych naruszeń prawa człowieka za *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 1999.

<sup>4</sup> D.E. Lee, *Freedom Vs. Intervention: Six Tough Cases: Six Hard Cases*, Lanham 2005.

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

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

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

<sup>8</sup> B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford 2004, s. 81 i n.

<sup>9</sup> M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków a prawomocność*, w: *Teoria prawa, Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 97–109.

istoty problemu, nie ulega wątpliwości, że jego nazwa *hard cases* jest powszechnie kojarzona jednak z nazwiskiem Dworkina<sup>10</sup>, mimo że Hart w posłowie do swojej podstawowej pracy *The Concept of Law* także używa podobnych sformułowań<sup>11</sup>. W 1975 r. Dworkin opublikował na łamach „Harvard Law Review” obszerny esej pod takim właśnie tytułem: *Hard Cases*<sup>12</sup>. Za niezwykle charakterystyczny można uznać fakt, że to opracowanie było zmienioną wersją wykładu inauguracyjnego, jaki autor wygłosił w 1971 r., obejmując w Oksfordzie katedrę jurysprudencji właśnie po Hartie. Obaj autorzy w sposób istotny różnili się w kwestii rozwiązania problemu trudnych przypadków i związanych z tym następstw.

U Harta, który uznawał, że system prawa składa się wyłącznie z reguł, rozwiązanie trudnych przypadków wymagało wyjścia poza system dzięki tzw. pojęciom otwartotekstowym (*open texture*). Na gruncie pozytywizmu rodziło to oczywiście pewną trudność polegającą na ewentualnym prawotwórczym charakterze decyzji sądowej. Odejście od modelu prostej subsumcji i rozerwanie bezpośredniego związku pomiędzy regułą a rozstrzygnięciem powodują bowiem, że „sędziemu pozostaje sposób dyskrecjonalny 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 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 poprawności”<sup>13</sup>.

Dworkin wychodzi z zupełnie innego założenia<sup>14</sup>. 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 prawnym gorsetem, którego rozerwać nie może. Szuka więc rozwiązania optymalnego nie tyle generalnie, ale najlepszego w danych warunkach. Zdaniem Dworkina, stojącego na gruncie integralnej filozofii prawa, jest to 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.

<sup>10</sup> Tak np. R. Wacks, *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford 2006, s. 42 i n.

<sup>11</sup> Por. polskie wydanie H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 364 i n.

<sup>12</sup> R. Dworkin, *Hard Cases*, „Harvard Law Review” 1975, t. 88, s. 1057–1109.

<sup>13</sup> M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków...*, s. 99.

<sup>14</sup> Szerzej na temat swojej koncepcji — R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, zvl. rozdz. IV, s. 155–242.



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 problem *hard cases* w tradycyjnym ujęciu występuje wyłącznie w procesie stosowania prawa i połączonej z nim wykładni. 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”<sup>15</sup>.

Jednakże podobnie jak u Harta i Dworkina, również teoria argumentacji prawniczej operuje kategorią *hard cases* wyłącznie na gruncie stosowania prawa i/lub jego wykładni. Prawidłowo 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 prawa obowiązującego dla spornego przypadku. Wszelkie ustalenia wstępne, czynione najczęściej jeszcze w ramach dyskursu teoretycznego, umożliwiającego nam ustalenie stanu faktycznego i prawnego, są więc ustaleniami *de lege lata*. Praktyczny dyskurs prawniczy przenosi nas natomiast 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 (po-

<sup>15</sup> J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 38; szerzej por. także J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999 oraz J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006.

wtarzalny) 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”<sup>16</sup>.

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*)<sup>17</sup>, 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 rozwiązania<sup>18</sup>.

Zarówno Dworkin<sup>19</sup>, jak i teoretycy argumentacji prawniczej<sup>20</sup> podają jako klasyczny przykład *hard case* sprawę, jaką w końcu XIX w. rozstrzygał Sąd Apelacyjny w Nowym Yorku — *Riggs v. Palmer* (wyrok z 8 grudnia 1889 r.). Chodziło w niej o problem 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, przyznają 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

<sup>16</sup> J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, s. 59–61.

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

<sup>18</sup> J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, s. 15 i n. oraz s. 20 i n.

<sup>19</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*

<sup>20</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze...*, 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*, Warszawa 2003, s. 307.



popelnionej przez siebie niegodziwości czy też nabywać własności drogą przestępstwa». Morderca nie otrzymał swego spadku<sup>21</sup>.

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 Palmer miał dziedziczyć po swym dziadku<sup>22</sup>. 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 młodego 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 zadecydowałyby 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 jakby nie dożył otwarcia spadku.

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

<sup>21</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*, s. 57 i n.

<sup>22</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze...*, s. 88.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 89.

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. Dla jej potrzeb przyjmujemy bowiem znacznie szersze i nieco odmienne rozumienie zarówno istoty trudnych przypadków, jak i zakresu wykorzystania praktycznego dyskursu prawniczego. Naszym 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 uważamy, że trudne przypadki występują nie tylko w procesie stosowania prawa i powiązanej z nim wykładni, lecz mogą dotyczyć także pozostałych „wymiarów” fenomenu prawa — tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. W tym sensie za czynnik decydujący o tym, czy mamy do czynienia z *hard case*, czy z *easy case*, uznajemy fakt 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 domeną sędziego poszukującego rozwiązania w konkretnej sprawie, w której nie ma do dyspozycji jednoznacznej reguły prawnej. Podobne problemy argumentacyjne może napotkać także z jednej strony np. ustawodawca decydujący się na regulację lub na powstrzymanie się od regulacji określonych stosunków społecznych, z drugiej zaś np. obywatel decydujący się na odwołanie 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 jednocześnie niezwykle 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, i wbrew wszelkim pozorom, wyłącznie hipotetyczną mrzonką filozofów prawa. W tej książce interesuje nas nie tyle konkretna decyzja podjęta w odniesieniu do *hard case*, co raczej bardziej generalna problematyka towarzysząca dochodzeniu do rozstrzygnięcia.

Po drugie rezygnujemy z bezwzględnej akceptacji omówionej wyżej tezy o konieczności prowadzenia argumentacji w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem. Uważamy bowiem, że zawęży ona pojęcie *hard case*, ponieważ odnosi się wyłącznie do jego występowania na gruncie stosowania prawa i jego wykładni. Potwierdzamy wprawdzie, że ten bezpośredni związek z obowiązującym prawem w procesie dyskursu prawniczego będzie najczęściej rzeczywiście występował, jednakże rozszerzenie 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, ponieważ wkracza w obszar *terra incognita*. Jednocześnie uznajemy, że brak koniecznego charakteru tego związku nie przesądza o automatycznej utracie przez



dyskurs praktyczny miana dyskursu prawniczego i przesunięciu wyłącznie na płaszczyznę dyskursu etycznego. O istocie dyskursu prawniczego dla potrzeb tej książki decyduje nie konieczność bezpośredniego związku z obowiązującym prawem, lecz prawnie relewantny przedmiot dyskursu w ramach tak pojętych trudnych przypadków.

Po trzecie uznajemy, że trudne przypadki występują przede wszystkim tam, gdzie dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi. Tradycyjnie podkreśla się, że najczęściej chodzi tutaj 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 prawa<sup>24</sup>. Dla potrzeb tej książki potwierdzamy wprawdzie, że problem konfliktu norm prawnych z normami moralnymi ma znaczenie fundamentalne<sup>25</sup>, ale jednocześnie zamierzamy wskazać także inne obszary, w których ta konfrontacja może wywoływać doniosłe skutki — w szczególności obyczajowość, religię, politykę, ekonomię, ekologię, etykę prawniczą oraz postęp naukowo-techniczny. 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.<sup>26</sup>.

Nie pominęliśmy oczywiście również takich *hard cases*, które mieszczą się w paradygmacie wyznaczonym sporem Harta z Dworkinem. Jednakże w tym wypadku uznajemy, 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*). Typowym przykładem może być zażarty spór, jaki toczy się we współczesnej nauce prawa wokół problemu legalności i legitymizacji humanitarnej interwencji. W ostatnim czasie wskazuje się, że pozornie nierozwiązywalny konflikt pomiędzy etyką, polityką i prawem wymaga, być może, odwołania się do moralności zdroworozsądkowej

<sup>24</sup> Tak np. D. Bunikowski, *Ingerencja prawa w sferę moralności w trudnych przypadkach* (<http://www.racjonalista.pl/kk.php/s,4621>). Trzeba podkreślić, że autorzy niniejszego tomu nie są odosobnieni w tym odmiennym i bardzo szerokim rozumieniu trudnych przypadków — por. np. ostatnio *Zweifelfälle*, red. C. Abbt, O. Diggelmann, Baden-Baden 2007, gdzie zwraca się uwagę na zderzenie prawa, filozofii i polityki.

<sup>25</sup> Np. D. Lyons łączy w ogóle problem *hard cases* z decyzjami moralnymi — por. *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000, s. 84 i n.; w literaturze polskiej ostatnio łączy się też trudne przypadki z zagadnieniami etyki sędziowskiej — por. T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Warszawa 2007. Szerzej na temat zderzenia prawa z moralnością zob. M.H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford 2004.

<sup>26</sup> Por. O. Ezra, *Moral Dilemmas in Real Life. Current Issues in Applied Ethics*, „Law and Philosophy Library” 2006, t. 74.

(*commonsense morality*)<sup>27</sup>. Rzeczą jest o tyle istotna, że odwołanie do kategorii zdrowego rozsądku jest szczególnie popularne w anglosaskiej kulturze prawnej, w której narodziła się w ogóle idea *hard cases*. Przykład humanitarnej interwencji traktowanej w kategoriach trudnego przypadku wskazuje także na możliwość jeszcze innego rozumienia *hard cases*. W specyficznym sensie możemy uznać, że występują właśnie w tych sytuacjach, w których obserwujemy rozbieżność pomiędzy legalnością a legitymizacją — moralną, obyczajową, polityczną, ekonomiczną, ekologiczną, religijną etc. Sama istota i metodologia sporu toczącego jeszcze w okresie Republiki Weimarskiej w niemieckiej filozofii prawa pod hasłem *Legalität und Legitimität*, zachowały swoją aktualność<sup>28</sup>, chociaż, co zrozumiałe, nikt nie operował wówczas pojęciem *hard cases*. Poza tym ten spór dotyczył wprawdzie legalności i legitymizacji porządku polityczno-prawnego jako całości, ale możemy go przecież przenieść również na poziom poszczególnych norm systemu.

Przypisanie stanów faktycznych uznanych za trudne przypadki do określonych rodzajów konfliktów prawa z prawem oraz z innymi systemami normatywnymi i regułami zdrowego rozsądku ma do pewnego stopnia charakter umowny — niekiedy trudno bowiem precyzyjnie oddzielić od siebie problemy występujące na styku np. moralności i obyczajowości, polityki i ekonomii, etyki prawa i etyki prawniczej, nauki i religii etc. Dotyczy to także reguł zdrowego rozsądku, które nie działają przecież w etycznej czy politycznej próżni.

\*

Struktura każdego z rozdziałów tej książki jest w gruncie rzeczy identyczna. Przedstawiamy po dwa stany faktyczne, które uznajemy za *hard cases* w przyjętym na nasze potrzeby znaczeniu — są to tylko egzemplifikacje, a nie zamiar wszechstronnej i wyczerpującej prezentacji zderzenia prawa z innym wybranym systemem normatywnym oraz wynikających stąd konsekwencji. Każdy rozdział, z wyjątkiem ostatniego, kończy się postawieniem pytań i problemów, które mają skłonić Czytelnika do dalszych refleksji i przemyśleń. Wykorzystaliśmy tutaj posiłkowo metodologię prezentacji i dyskusji nad *hard cases*, jaka powstała w innych dyscyplinach naukowych, np. w teorii stosunków międzynarodowych<sup>29</sup>. Okazała się ona bardzo pomocna, ponieważ najczęściej dotyczy także trudnych przypadków z pogranicza prawa, etyki i polityki.

Oliver Wendell Holmes, słynny sędzia i jeden z twórców amerykańskiego realizmu prawniczego, w opinii odrębnej załączonej do orzeczenia Sądu Najwyższego USA

<sup>27</sup> Tak np. E.A. Heinze, *Commonsense Morality and the Consequentialist Ethics of Humanitarian Intervention*, „Journal of Military Ethics” 2005, t. 4, nr 3, s. 168–182.

<sup>28</sup> Szerzej na ten temat D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Oxford 1999.

<sup>29</sup> Szerzej na ten temat zob. np. V.L. Golich, *The ABCs of Case Teaching*, „International Studies Perspectives” 2000, t. 1, s. 11–29; J.F. Lantis, *Ethics and Foreign Policy: Structured Debates for the International Studies Classroom*, „International Studies Perspectives” 2004, t. 5, s. 117–133; T. Erskine, *Teaching the Ethics of War: Applying Theory to „Hard Cases”*, „International Studies Perspectives” 2006, t. 7, s. 187–203.



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 jurysprudencji amerykańskiej zdanie to było i jest tak często cytowane, że można je uznać wręcz 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 istotą *common law* jest to, że 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 wykraczały poza standardy oraz potrzeby bieżącego obrotu prawnego. Konstatacja Holmesa wiązać się też może z niebezpieczeństwem wskazanym wyżej przez Stelmacha i Brożka — „nadprodukcją” wyjątków przez zasady w stosunku do reguł<sup>30</sup>.

Współcześnie coraz częściej albo przypomina się tezę Holmesa w kontekście skomplikowanych problemów etycznych, politycznych i prawnych, albo próbuje się poddać ją istotnej weryfikacji<sup>31</sup>. Może jest bowiem wręcz przeciwnie, może to właśnie trudne przypadki kształtują dobrego sędziego<sup>32</sup>, lub szerzej, dobrego prawnika? Powróćmy do tego pytania w zakończeniu książki. 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. Za D. v. der Pfordtenem<sup>33</sup> wychodzimy bowiem z założenia, że w szerokim znaczeniu filozofia prawa 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 analizuje, 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. Przy rozstrzyganiu *hard cases* teoria prawa przestaje prawnikowi wystarczać, musi sięgnąć do rozumu praktycznego, *ergo* — do filozofii prawa *sensu largo*. Dla potrzeb tej książki przyjmujemy, tak jak w literaturze polskiej np. M. Zirk-Sadowski, że filozofię prawa można uprawiać „od filozofii ku prawu” lub „od prawa ku filozofii”<sup>34</sup>. Przy rozstrzyganiu *hard cases* obowiązuje przede wszystkim ten drugi model.

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. Swoją majątek — ogromne stado wiel-

<sup>30</sup> Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze...*

<sup>31</sup> F. Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, „The University of Chicago Law Review” 2006, t. 73, s. 883–918.

<sup>32</sup> S. Sherry, *Hard Cases Make Good Judges*, „Northwestern University Law Review” 2004, t. 99, nr 3, s. 3–31.

<sup>33</sup> D. v. der Pfordten, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, „Juristenzeitung” 2004, nr 4, s. 157–166.

<sup>34</sup> M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.

błądów — podzielił między trzech synów. Achmed, najstarszy, miał odziedziczyć połowę majątku; Aliemu, młodszemu, należała się czwarta część, najmłodszemu zaś Benjaminowi 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, czyli sześć wielbłądów; Ali dostał swoją ćwierć, czyli trzy wielbłądy; Benjaminowi przypadła szósta część, czyli dwa wielbłądy. Szczęśliwi bracia nakarmili dwunastego wielbłąda, który pozostał im po podziale stada, i oddali go kalifowi<sup>35</sup>.

Z tej bajki dla prawa i prawników mogą płynąć bardzo różne morały. Z punktu widzenia głównego tematu tej książki pragniemy wskazać następujący. 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, można natrafić na *hard case*. Z punktu widzenia przyjętej dla potrzeb tej książki definicji trudnych przypadków do zderzenia *lex* i *ius* może dochodzić nie tylko w procesie stosowania prawa i jego wykładni, lecz także w odniesieniu do jego tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. Tym „kalifem”, który pożyczka nam dwunastego wielbłąda (*ius*) dla rozwiązania prawnego równania (*lex*) i któremu trzeba go będzie oddać z powrotem, jest po prostu szeroko pojęta idea prawa, wyrażona w 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. Powróćmy do tego problemu w ostatnim rozdziale tej książki, pytając o fundamentalną relację między prawem i człowiekiem. W konsekwencji stawiamy też pytania: Jaka jest właściwie relacja pomiędzy prawem a szeroko pojętą humanistyką<sup>36</sup>? Czym jest właściwie prawo: także częścią humanistycznej kultury czy tylko narzędziem inżynierii społecznej<sup>37</sup>? 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*

<sup>35</sup> G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, „Jus et Lex” 2002, nr 1, s. 109 i n.

<sup>36</sup> J.M. Balkin, S. Levinson, *Law and Humanities: An Uneasy Relationship*, „Yale Journal of Law & Humanities” 2006, t. 18, s. 155–187.

<sup>37</sup> 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.



*make good lawyer*? Trudno bowiem nie zgodzić się z opinią znanego australijskiego sędziego Michaela Kirby'ego, że „sądzić znaczy uczyć się” i w związku z tym „formalizm i czysto mechaniczne podejście do wykonywania funkcji sędziowskiej uniemożliwia prawdziwe wypełnianie sędziowskiej roli”<sup>38</sup>.

\*

Zapraszamy do refleksji, jak krętymi i zawiłymi ścieżkami musi kroczyć przez wspaniały i okropny świat filozofia prawa. Rasowy prawnik, rzetelny adwokat, sumienny prokurator, sprawiedliwy sędzia zawsze w części swojej wrażliwości pozostaną rozdarci między niedającymi się pogodzić racjami w trudnych sprawach; doświadczenia i „przygody” z prawem, jakie znajdują na kartach tej książki, mamy nadzieję pomogą im kiedyś w wyborze swojej, tej właściwej ścieżki postępowania: może wąskiej i spadzistej, może najeżonej trudnymi przeszkodami, ale na pewno fascynującej.

<sup>38</sup> M. Kirby, *To Judge Is to Learn*, „Harvard International Law Journal” 2007, t. 48, s. 36.

## Rozdział 1

# *Prawo kontra prawo*

Tytuł tego rozdziału sugeruje możliwość istnienia konfliktu prawa z samym sobą, ale tylko z pozoru jest oksymoronem. W rzeczywistości prawnicy bardzo często spotykają się z tego typu sytuacjami. W zasadzie wszystkie znane reguły kolizyjne skierowane są przeciwko na usuwanie pozornych i rzeczywistych sprzeczności mogących zachodzić pomiędzy normami prawnymi w ramach jednego i tego samego systemu prawa. Dla przykładu: reguła derogacyjna *lex posterior derogat legi priori* nie jest niczym innym, jak tylko wskazówką, jaką normę zastosować w przypadku sprzeczności pomiędzy aktami prawnymi uchwalonymi w różnym czasie. Takie metody usuwania sprzeczności należą do podstawowego instrumentarium pracy prawnika i mieszczą się w gruncie rzeczy w standardzie „łatwych przypadków” (*easy cases*).

Według przyjętych metodologicznych założeń „trudnych przypadków” (*hard cases*) chodzi nam więc o nieco inny typ konfliktów. Widzieliśmy to już w omówionym we wprowadzeniu do tej książki sporze pomiędzy Hartem i Dworkinem, a zwłaszcza w sposobie rozwiązania dylematów powstałych na bazie sprawy *Riggs v. Palmer*. Wybierając kazusy do tego rozdziału, poszliśmy jednak nieco inną drogą. Punktem wyjścia stała się koncepcja idei prawa Gustawa Radbrucha. Zdaniem tego autora, jak wiadomo, składają się na nią trzy elementy: bezpieczeństwo, celowość i sprawiedliwość. Problem polega jednak na tym, że pomiędzy poszczególnymi komponentami idei prawa może dochodzić do różnego rodzaju — używając retoryki Radbrucha — antynomii. Nie zawsze jest to jednak zderzenie prawa z innymi systemami normatywnymi (np. moralnością), lecz niekiedy właśnie konflikt prawa z prawem w ramach tak pojętej jego idei. Najbardziej dramatyczne sytuacje powstają na linii bezpieczeństwo—sprawiedliwość. W *easy cases* prawnik najczęściej poszuka rozwiązania na rzecz bezpieczeństwa, czasami kosztem sprawiedliwości, kierując się nieco wyświechtanym sloganem *dura lex sed lex*. W *hard cases* problem może się jednak okazać znacznie bardziej złożony. Czasami zwycięży sprawiedliwość; czasami jednak w równie racjonalny sposób możemy bro-