

PO CO PRAWNIKOM FILOZOFIA PRAWA?

Jerzy Zajadło



PO CO PRAWNIKOM FILOZOFIA PRAWA?

Jerzy Zajadło

2. wydanie



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2024

Wydawczyni
Joanna Dzwonnik

Redaktorka prowadząca
Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne
Agnieszka Witczak

Zdjęcie na okładce
Cyceron przemawiający w senacie. Fresk Cezara Maccariego. Palazzo Madama, 1889
Wikimedia, domena publiczna

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność
Więcej na www.legalnakultura.pl
Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2024

ISBN 978-83-8358-824-7
2. wydanie

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. +48 728 313 462
e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIIS TREŚCI

Przedmowa	7
Rozdział 1	
Niebezpieczne rozumowania <i>prima facie</i> : prawnik- -rzemieślnik czy prawnik-filozof?	9
Rozdział 2	
Prawo a filozofia w praktyce: tylko łatwe czy także trudne przypadki?	23
Rozdział 3	
Prawo a idea humanizmu: tortury w państwie prawa?	37
Rozdział 4	
Prawo a idea sprawiedliwości: wyrok sądowy jako traktat filozoficzny?	67
Rozdział 5	
Prawo a idea sprawiedliwości: wojna w interesie praw człowieka?	117
Rozdział 6	
Prawo a idea równości: wszystkich równo czy wszystkich tak jak równych?	157
Rozdział 7	
Prawo a idea hierarchiczności: <i>respondeat superior</i> ?	175

Rozdział 8

Prawo a idea pewności: sędziowskie pięć minut antyfilozofii antyprawa?	197
---	------------

Rozdział 9

Prawo, czyli wszyscy jesteśmy jego niewolnikami.....	215
---	------------

Rozdział 10

Prawo, czyli istota sędziowskiego oporu	229
--	------------

PRZEDMOWA

Ta książka już w swoim pierwszym wydaniu była pomyślana jako zbiór esejów – zarysowałem tam pewną nową koncepcję tzw. trudnych przypadków (*hard cases*), a następnie spróbowałem ją zastosować do opisu różnych zjawisk związanych z fenomenem idei prawa. Ani te wstępne założenia, ani ich praktyczna aplikacja nic nie straciły ze swojego paradygmatycznego charakteru, dlatego w drugim wydaniu dokonałem tylko niewielkich zmian w dotychczasowych rozdziałach, uznając tym samym aktualność poruszonych w nich problemów.

Prawo jest jednak fenomenem zarówno niezwykle złożonym, jak i dynamicznym. Odpowiedzi na pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?” zacząłem więc poszukiwać w coraz to nowych obszarach – efektem tych badań były na przykład książki poświęcone orzecznictwu sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa (*Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa*, Gdańsk 2017) oraz biografii legendarnego angielskiego sędziego Williama Murraya, Lorda Mansfield (*Lord Mansfield. Sędzią być!*, Gdańsk 2019).

Na tym jednak nie koniec – kryzys praworządności, jaki toczy polskie życie prawne od 2015 r., z całą ostrością unaoczniał, dlaczego filozofia prawa jest prawnikom niezbędna, tylko z jej pomocą są bowiem w stanie obronić istotę prawoznawstwa, a zwłaszcza zachować podstawowe kanony rozumowania prawniczego i argumentacji prawniczej. Pewnym podsumowaniem tych refleksji była książka poświęcona aktualności niektórych łacińskich sentencji prawniczych (*Minima Iuridica. Refleksje o pewnych (nie)oczywistościach prawniczych*, Sopot 2019). Te antyczne inspiracje leżały też u podstaw wydawniczego tryptyku: *Cyceron dla*

prawników, Gdańsk 2019, *Demostenes dla prawników*, Gdańsk 2023 i *Arystofanes dla prawników*, Gdańsk 2023. Te pozycje tylko z pozoru mają charakter historyczny, w rzeczywistości dotyczą tytułowego pytania niniejszej książki: czego we współczesnych sporach konstytucyjnych możemy się nauczyć od starożytnych Greków i Rzymian?

Dwa tematy zasługują jednak na pogłębioną refleksję i zostały w tym wydaniu poruszone w dwóch nowych rozdziałach. Pierwszy dotyczy konieczności wyznaczenia twardego jądra rządów prawa – od antyku aż po współczesność (rozdział 9). Drugi natomiast dotyczy najbardziej palącego problemu polskiego kryzysu praworządności – niezawisłości sędziów i niezależności sądów (rozdział 10). W obu tych obszarach powróciło pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?” i spróbowałem udzielić na nie dodatkowych odpowiedzi.

Gdańsk, w maju 2024 r.

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 szczery, 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 dekskryptywno-normatywnej strukturze, umożliwiającą spojrzenie przede wszystkim z pozycji „zewnętrznego obserwatora”, 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

¹ W literaturze polskiej za pierwszy zwiastun tego renesansu można uznać publikację *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, 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.

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 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 wiąże 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

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

³ D. von der Pfordten, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, „Juristenzeitung” 2004/4, s. 157–166.

⁴ J. Woleński, *Szkoła lwowsko-warszawska a polska teoria prawa*, „Studia Prawnicze” 1985–1986/3–4, s. 287.

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

⁶ Tak T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Warszawa 2007.

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.

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

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

⁸ Taką drogą idą np. autorzy niektórych opracowań zawartych w: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. by J. Coleman, S. Shapiro, Oxford 2002 oraz w *Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. by M.P. Golding, W.A. Edmundson, 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*, „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.

W najnowszej literaturze próbuje się połączyć obie te perspektywy i przedstawić zarówno filozoficzne problemy fenomenu prawa jako całości, jak i filozofię poszczególnych dogmatyk prawniczych¹⁰.

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 wyklada 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 karnym¹¹, albo z ogólną nauką o państwie¹²; 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 konstytucjonaliści pokroju E. Kaufmanna, H. Kelsena, H. Hellera czy – *last but not least* – C. Schmitta. 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. Kühl, W. Naucke, U. Neumann czy

¹⁰ Tak np. *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, ed. by J. Tasioulas, Cambridge 2020.

¹¹ K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für Strafrecht*, Baden-Baden 2001, s. 19–26.

¹² 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, München 1999, s. 189 i n.

K. Seelmann) bądź konstytucjonaliści (np. R. Alexy, H. Dreier, R. Dreier, M. Kriele, G. Roellecke czy Ch. Starck). Choć jednak nadal przeważa dogmatyka prawa karnego i konstytucyjnego¹³, 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-internacjoniści – 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 dogmatycznoprawnej (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 prawa¹⁴.

¹³ 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 konstytucjonaliści (*Staatsrechtslehre*) – *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Hrsg. R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Beiheft nr 44, Stuttgart 1991; por. także U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945* [w:] *Rechtswissenschaft in Bonner Republik*, Hrsg. D. Simon, Frankfurt am Main 1994, s. 145–187.

¹⁴ 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*

Związki filozofii prawa i dogmatyk prawnych nie ograniczają się jednak współcześnie do wspomnianych wyżej „unii personalnych”. 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”¹⁵. 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”¹⁶. 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 prawnych – 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 akademickich¹⁷, 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 ozdóbka prawniczej erudycji (a w gruncie rzeczy – kwiatek do jej „profesjonalnego kożucha”), lecz potrzebny, a nawet wręcz konieczny

Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von 'Juristenphilosophie', Berlin 1998.

¹⁵ 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”.

¹⁶ A. Duff, C. Grant, D. Husak, R. Lippens, M. Matravers, *Editorial*, „Criminal Law and Philosophy” 2007/1/1, s. 1 i n.

¹⁷ Por. np. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Lublin 2005.

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* Moliera, 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 z nich jest to konieczność nieuświadomiona. W tym sensie książka ta nie ma przekonać teoretyków 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. Podzielał bowiem następujący pogląd R. Dworkina: „Każdy 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”¹⁸. 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 nauce¹⁹. W rezultacie zakładam również, że przy takim ujęciu *hard cases* ich rozwiązanie bez uświadomionego bądź nieuświadomionego 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 zrozumia-

¹⁸ R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 94.

¹⁹ Por. niżej, rozdz. 2 – szerzej na ten temat por. *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008.

łe – 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 swobodnego „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 D. von der Pfordten²⁰. 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 kształtu-

²⁰ Por. wyżej, przyp. 3 na s. 13.

ją dobrego, 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?”²¹. 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. Wystarczy wskazać na problem postawiony np. przez M. Safjana w kontekście sporów konstytucyjnych – czy bardziej potrzebujemy sędziego pozytywisty, czy filozofa?²² 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. Dla potrzeb tej książki dokonałem też pewnej parafrazy twierdzenia A. Kaufmanna, że w filozofii prawa pyta prawnik, a odpowiedzi udziela filozof – przyjąłem

²¹ L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

²² M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 202 i n.

odwrotne założenie: pytania zadaje filozof, ale odpowiedzi powinien udzielić prawnik²³.

Większość rozdziałów tej książki była wcześniej publikowana w innej wersji – w formie fragmentów monografii, artykułów w czasopismach naukowych bądź glos²⁴. 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,

²³ J. Zajadło, *Filozofia prawa – pyta filozof, odpowiada prawnik*, „Państwo i Prawo” 2015/7, s. 5–22.

²⁴ Odpowiednio: rozdział 2 – *Co to są hard cases?* [w:] *Fascynujące...*, red. J. Zajadło, s. 7–18; rozdział 3 – *Dyskusja na temat tortur w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, „Państwo i Prawo” 2006/5, s. 32–47; rozdział 4 – *Procesy żołnierzy i ich dowódców* [w:] J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003, s. 112–153; rozdział 5 – *Humanitarna interwencja jako przedmiot dyskursu etyczno-prawnego*, „Politeja” 2006/1(5), s. 6–35; rozdział 6 – *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, „Przegląd Sądowy” 2007/6, s. 26–36 (współaut. S. Sykuna); rozdział 7 – *Na marginesie wydarzeń w Nangar Khel: respondeat superior?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2008/19, s. 63–78 (współaut. P. Zajadło-Węglarz); rozdział 8 – *Pięć minut antyfilozofii antyprawa. Glosa do uchwały SN z 20.12.2007 r.*, I KZP 37/07, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2008/1, s. 161–173; rozdział 9 – *Servi legum sumus, czyli Wszyscy jesteśmy niewolnikami praw* [w:] J. Zajadło, *Minima Iuridica. Refleksje o pewnych (nie)oczywistościach prawniczych*, Sopot 2019, s. 159–174; rozdział 10 – *Istota sędziowskiego oporu*, „Iustitia. Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich” 2019/3(37), s. 137–142.

trudny przypadek niekoniecznie musi mieć związek z obowiązującym prawem – czasami powstaje 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 Radbrucha²⁵. 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 nazizmu 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 Radbrucha²⁶, wydaje się szczególnie interesująca, ponieważ żadna koncepcja filozoficznoprawna nie miała tak ogromnego wpływu na orzecznictwo sądowe²⁷. 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.

²⁵ Szerzej na temat tej postaci por. J. Zajadło, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Gdańsk 2007.

²⁶ Szerzej na ten temat por. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

²⁷ Por. niżej, rozdz. 4.

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 elemencie propozycji Radbrucha. Bardzo trudno powiedzieć jednoznacznie, czym jest sprawiedliwość – znacznie łatwiej stwierdzić, co jest niesprawiedliwością, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia z niesprawiedliwością 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 jednoznaczną normą, która

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, Warszawa 2006, s. XIV.

została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników².

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 wspomaganej 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

² B. Wojciechowski, *Rozstrzyganie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004/70, s. 11; por. także S. Sykuna, J. Zajadło, „Sprawy konstytucyjne” w *integralnej filozofii prawa* Ronalda Dworkina, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004/12, s. 288 i n. oraz S. Sykuna, *Trudne przypadki* [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 339 i n.

³ S. Landsman, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, Philadelphia 2005; można też spotkać publikacje określające w ogóle problemy ścigania sprawców masowych naruszeń praw 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*, 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 2002.

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