

Paweł Skuczyński
Uniwersytet Warszawski

Czy grozi nam kryzys prawa? Rozważania na tle problemu tzw. roszczenia do słuszności*

1. Wprowadzenie

Za przejaw aktualności filozofii prawa Gustava Radbrucha uznaje się zazwyczaj teoretyczne zainteresowanie i praktyczne zastosowanie jego poglądów na zagadnienia prawa haniebnego, ustawowego bezprawia oraz odmowy jego stosowania przez organy władzy publicznej, w szczególności przez sądy, znane pod określeniem „formuły Radbrucha”¹. Zwraca się uwagę, że choć poglądy te ukształtowały się ostatecznie w okresie powojennym, pod wpływem bezprawia rządów nazistowskich, to podstawy filozoficznoprawne takiego a nie innego ujęcia G. Radbruch wypracował znacznie wcześniej. Rzekoma ewolucja jego zapatrywań od pozycji pozytywistycznych do prawnonaturanych, jeśli rzeczywiście miała miejsce, może być ujmowana jedynie jako zmiana akcentów, która upodabnia jedynie niektóre z jego tez do pozytywizmu prawniczego lub prawa natury. Całość poglądów G. Radbrucha na prawo jest bowiem oryginalną koncepcją, konsekwentnie rozwijaną przez całe jego życie, i jako taka nie daje się zaklasyfikować jako należąca do jednego ze wskazanych nurtów filozofii prawa².

Opierając się na tych założeniach, można wskazać inne oprócz formuły Radbrucha elementy jego filozofii prawa, które zachowują aktualność i obecne są w dzisiejszych dyskusjach dotyczących samego pojęcia prawa, jego obowiązywania oraz stosowania. Chodzi przede wszystkim o stanowiące podstawę myśli G. Radbrucha rozróżnienie pojęcia prawa (*Rechtsbegriff*) i idei prawa (*Rechtsidee*) oraz wzajemny stosunek między nimi. Rozwiązanie przyjęte w tym zakresie przez samego G. Radbrucha jest szeroko wykorzystywane w kręgu reprezentantów tzw. niepozytywistycznej koncepcji prawa, ale

* Artykuł został opracowany na podstawie referatu „Czy grozi nam kryzys prawa?”, który został wygłoszony na konferencji „Idee Gustawa Radbrucha w dobie dzisiejszego kryzysu”, 5 listopada 2009 r.

¹ Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001 oraz tenże, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim*, Gdańsk 2003.

² Zob. T. Chauvin, *Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha*, „*Studia Iuridica*” 1999/37, s. 15–39. W najnowszej literaturze ponownie popularność zyskuje tzw. *Umbruchthese*, głosząca w przeciwieństwie do tzw. *Kontinuitätsthese*, że w poglądach Radbrucha doszło do zasadniczej zmiany polegającej na porzuceniu pozytywizmu prawniczego na rzecz prawa natury, zob. J. Zajadło, *Wprowadzenie: rewolucja czy ewolucja w poglądach Gustawa Radbrucha?*, w: P. Mochnaczewski, A. Kociołek-Pęksa (red.), *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*, Warszawa 2009, s. 14–15.

można mu przypisać także znaczenie bardziej ogólne, które przejawia się w problemie tzw. roszczenia do słuszności (*Anspruch auf Richtigkeit*)³. Roszczenie takie ma być elementem nie tylko samego prawa, ale wszelkich wypowiedzi prawniczych, w tym aktów stosowania prawa.

Teza, której będę starał się bronić, głosi, że spośród trzech interpretacji problemu owego roszczenia najlepsze uzasadnienie posiada ta, która odwołuje się nie tylko do słuszności porządku prawnego i aktów stosowania prawa, ale także do odpowiedzialności prawników i ich obowiązków zawodowych. Takie ujęcie bowiem najpełniej odpowiada na wyzwania stojące przed współczesnym prawem, które ma coraz bardziej sprofesjonalizowany charakter, a jednocześnie coraz bardziej narażone jest na zjawiska właściwe wszelkim sprofesjonalizowanym dziedzinom życia, w tym przede wszystkim zjawiska o charakterze kryzysowym. Poza zakresem rozważań pozostawiona jest kwestia, do jakiego stopnia interpretacja ta zgodna jest z poglądami samego G. Radbrucha, choć zasygnalizowanych zostanie kilka argumentów za tym, że jest to być może stopień wyższy niż w przypadku pozostałych interpretacji.

2. Niepozytywistyczne ujęcie prawa a myśl G. Radbrucha

Stanowiące podstawę myśli G. Radbrucha rozróżnienie pojęcia prawa i idei prawa oraz wzajemny stosunek między nimi jest wykorzystywane przez reprezentantów niepozytywistycznej koncepcji prawa w postaci roszczenia do słuszności. Sposób owego wykorzystania oraz jego konsekwencje, które będą elementem prezentacji wspomnianych trzech interpretacji tego problemu, muszą jednak zostać poprzedzone sformułowaniem kilku uwag na temat niepozytywistycznej koncepcji prawa w ogóle. Po pierwsze, przede wszystkim należy zauważyć, że spośród wielu autorów zaliczanych do tego nurtu jako najbardziej reprezentatywnych traktuje się Ralfa Dreiera i Roberta Alexy'ego, przy czym pierwszego z nich można nazwać „prekursorem” tego nurtu, drugiego natomiast określić jako jego „czołowego przedstawiciela”⁴. Choć ich poglądy filozoficznoprawne różnią się wielokrotnie, ich łączne potraktowanie uzasadnione jest faktem, że R. Alexy jest uczniem R. Dreiera, a ten z kolei wyraźnie zaakceptował modyfikacje koncepcji niepozytywistycznej wprowadzone przez swojego ucznia⁵. Należy pamiętać również, iż nie są to jedyni reprezentanci nurtu⁶, o którym mowa, ale na potrzeby niniejszych roz-

³ R. Dreier, S.L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, w: R. Dreier, S.L. Paulson (red.), *G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 2003, s. 241. Warto w tym miejscu wskazać na problemy dotyczące tłumaczenia zwrotu *Anspruch auf Richtigkeit*. W polskiej literaturze bywa on najczęściej rozumiany jako roszczenie do słuszności, ale uprawnione zdaje się być również rozumienie go jako roszczenia do poprawności, zob. np. B. Wojciechowski, *Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004/LXX, s. 9–26; K. Cern, B. Wojciechowski, *O koniecznych związkach między dyskursem prawnym a moralnym*, w: J. Zajadło (red.), *Dziedzictwo i przyszłość. Problemy współczesnej niemieckiej filozofii prawa*, s. 74–108. Jest to tym bardziej uzasadnione, że „słuszność” w języku niemieckim to raczej *Billigkeit*. O wątpliwościach translacyjnych świadczy również fakt, że w literaturze anglojęzycznej używa się zarówno określenia *rightness*, jak też *correctness*. Mimo to pozostaje jednak przy dominującym w literaturze polskiej tłumaczeniu.

⁴ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Kilka uwag o niepozytywistycznej koncepcji prawa*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 56.

⁵ A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 28. Część pierwsza tej pracy stanowi fundamentalne omówienie niepozytywistycznej koncepcji R. Dreiera i R. Alexy'ego, dlatego też została bardzo szeroko wykorzystana w niniejszych rozważaniach. Nie w każdym przypadku było więc możliwe odesłanie do konkretnych fragmentów tekstu, co jednak starałem się w miarę możliwości uczynić.

⁶ Wspomnieć należy przede wszystkim o A. Peczeniku, zob. tenże, *Non-Positivist Conception of Law*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 223 i n.

ważań, zgodnie z resztą z dość powszechną praktyką, można potraktować ich tezy jako punkt odniesienia.

Po drugie, R. Dreier i R. Alexy, tworząc niepozytywistyczną koncepcję prawa, bezpośrednio nawiązują do G. Radbrucha⁷ i pozostając wierni jego poglądom, starają się stworzyć tzw. „trzecią drogę” wykraczającą poza spór zwolenników pozytywizmu prawniczego i prawa natury. Wskazuje się na przykład, że „celem Dreiera nie było dążenie do całkowitego podziału między prawem natury a prawem pozytywnym, a jedynie, poprzez wprowadzenie do praktyki stosowania prawa minimum prawa natury, ulepszenie prawa pozytywnego”⁸. Dlatego też szereg wątpliwości dotyczących poglądów G. Radbrucha, który w zależności od przyjętej perspektywy jawi się pozytywistą lub prawnonaturalistą, dotyczy także koncepcji niepozytywistycznych. Jednocześnie wyznacza to zasięg konkluzji niniejszych rozważań i formułowanych w ich toku interpretacji, ponieważ co do zasady prowadzone są one w oparciu o podstawowe założenia tego nurtu. Można więc powiedzieć, że argumentacja będzie przyjmować perspektywę wewnętrzną wobec koncepcji niepozytywistycznej, a na ile zachowuje ona ważność dla innych ujęć prawa, zależy od tego, jak dalece ich podstawy są zbieżne z przyjętymi w tym miejscu.

Po trzecie, główną tezą niepozytywistycznej koncepcji prawa jest tzw. teza o związku (*Verbindungsthese*), którą należy przeciwstawić pozytywistycznej tezie o rozdziale (*Trennungsthese*), a więc dotyczy ona stosunku prawa i moralności. Według niepozytywistów istnieje między nimi konieczny pojęciowy związek, który musi znaleźć wyraz w definicji prawa. Konstruowanie tej definicji ma na celu operacjonalizację niepozytywistycznego pojęcia prawa, a więc uczynienie pojęcia prawa użytecznym praktycznie i aby ten cel osiągnąć omawiani autorzy uważają, że należy do niego włączyć element obowiązywania⁹. Utożsamiają więc pojęcie prawa z pojęciem prawa obowiązującego, przy czym najogólniej można powiedzieć, że przez obowiązywanie prawa rozumieją nie tylko walidację w sensie prawniczym (formalnym), ale również w sensie socjologicznym (finitystycznym) i etycznym (aksjologicznym). Niepozytywistyczne pojęcie obowiązywania prawa, a więc i samego prawa zawiera się w polu trójkąta wyznaczanego przez kryteria poprawnego ustanowienia, minimum społecznej skuteczności i minimum moralnej słuszności¹⁰. Definicja ta zostanie bliżej omówiona w dalszych rozważaniach, oczywiście ze szczególnym naciskiem na zagadnienie słuszności i jego roszczenia zawartego w tak rozumianym pojęciu prawa.

Po czwarte, ze względu na głównie polemiczny charakter omawianej koncepcji, niepozytywiści posługują się bardzo rozbudowaną argumentacją na poparcie swoich tez i definicji, sięgając zarówno do argumentów analitycznych i normatywnych, jak i empirycznych¹¹. W literaturze ujmuje się je w trzy podstawowe argumenty, z których dwa – tzw. argument z bezprawia (*Unrechtsargument*) oraz tzw. argument z zasad (*Prinzipienargument*) – sformułowane zostały już przez R. Dreiera, a następnie uzupełnione przez R. Alexy’ego o tzw. argument ze słuszności (*Richtigkeitsargument*)¹². Nie jest

⁷ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 15.

⁸ S. Sykuna, *Ralf Dreier – prawo rozumowe*, w: J. Zajadło (red.), *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Ota Weinberger: portrety filozofów prawa*, Gdańsk 2008, s. 77.

⁹ S. Sykuna, *Ralf Dreier...*, s. 73; A. Grabowski, *Prawnicze...* s. 23 i n.

¹⁰ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 17–20.

¹¹ Wydaje się, że w sposób najbardziej kompleksowy argumentacja na rzecz niepozytywistycznej koncepcji prawa została przedstawiona w pracy R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, München 2002.

¹² A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 21–22, 32 i n.

ani możliwe, ani celowe dokładne omawianie tutaj tych argumentów oraz towarzyszących im bardziej szczegółowych wywodów. Ważne jest, że w mniejszym lub większym stopniu wykorzystują one konstrukcję roszczenia do słuszności jako pewnej własności zarówno systemu prawnego, poszczególnych norm prawnych, jak i aktów stosowania prawa. Jeśli więc argumenty niepozytywistyczne na rzecz koniecznego związku prawa i moralności odwołują się do owego roszczenia, to pojęcie to odgrywa zasadniczą rolę w całej koncepcji. Należy więc przeanalizować, w jaki sposób jest ono uzasadniane, a następnie w jaki sposób interpretowane.

3. Uzasadnienie roszczenia do słuszności

Jedną z oczywistych inspiracji myśli G. Radbrucha jest neokantyzm badeński, co przejawia się w apriorycznym charakterze idei prawa w jego filozofii prawa¹³. Ta cecha idei prawa nie oznacza tylko, że jej źródłem jest rozum, ale także nadanie jej właściwości regulatywnych. Pozostaje ona więc w takim stosunku do rzeczywistości, w którym nadaje kierunek wszelkim aktom poznawczym i wartościującym dotyczącym prawa. W konsekwencji G. Radbruch określa prawo jako rzeczywistość, której sensem jest realizacja idei prawa¹⁴. Oznacza to, że wszelkie akty tworzenia i stosowania prawa możliwe są tylko pod warunkiem, że zawierają odniesienie do tej idei. Jej złożoność i aksjologiczny charakter, które pozwalają na wyróżnienie w niej elementów bezpieczeństwa prawnego, sprawiedliwości formalnej oraz treściowej celowości nie zmieniają w żaden sposób tego, że bez odniesienia do każdego z nich niemożliwe jest pomyślenie prawa¹⁵. Nie zmienia tego także to, że poszczególne wartości składające się na ideę prawa mogą być w rzeczywistości prawnej realizowane w różnym stopniu.

Skoro prawo to rzeczywistość, której sensem jest realizacja idei prawa, to samo pojęcie prawa, którym posługuje się G. Radbruch, zawiera odniesienie do idei prawa. Różni się ono od rozpowszechnionego pojęcia prawa w ujęciu pozytywistycznym tym, że przez owo odniesienie jego zakres jest węższy. Można powiedzieć, że ze względu na przypisanie wartościom składającym się na ideę prawa charakteru etycznego, pojęcie prawa zostaje zmodyfikowane przez etykę prawa (*rechtsethisch modifizierte Rechtsbegriff*)¹⁶. Posługiwanie się tak rozumianym pojęciem prawa przez reprezentantów koncepcji niepozytywistycznych i nie tylko świadczy o aktualności różnych części filozofii prawa G. Radbrucha. Modyfikacja pojęcia prawa nie jest przez nie pozytywistów jednak co do zasady wywodzona z odniesienia pojęcia prawa do apriorycznej idei prawa, lecz z właściwości aktów językowych, których treść pojęcie prawa zawiera. Najogólniej można więc powiedzieć, że choć zasadnicza konstrukcja zostaje zachowana, perspektywa transcendentally-logiczna zostaje zastąpiona pragmatyczno-językową.

Jakie właściwości aktów językowych dotyczących prawa mają wpływ na modyfikację pojęcia prawa w analogiczny sposób do idei prawa na gruncie filozofii

¹³ Zob. szerzej M. Szyszowska, *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa natury o zmiennej treści*, Warszawa 1970.

¹⁴ G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 12.

¹⁵ Na temat idei prawa u G. Radbrucha, relacji między jej elementami oraz kulturowego charakteru samego prawa istnieje ogromna literatura, której przytaczanie nie ma tu sensu. Podstawowe informacje bibliograficzne zob. J. Zajadło, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Gdańsk 2007, w szczególności s. 90–116.

¹⁶ R. Dreier, *Recht und Moral*, w: *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtslehre*, Frankfurt am Main 1981, s. 192–194.

G. Radbrucha? Przed wszystkim dwoista struktura wszelkich aktów mowy, w których wyróżnić można aspekty propozycjonalny i performatywny. Każdą wypowiedzią bowiem mówiący głosi pewną treść (aspekt propozycjonalny) i jednocześnie wyraża swój do niej stosunek (aspekt performatywny). Na przykład na wypowiedź opisową składa się nie tylko treść tego opisu, ale także przekonanie mówiącego, że rzeczy mają się rzeczywiście zgodzić z tą treścią, a na wypowiedź normatywną nie tylko treść normy, ale także przekonanie, że jej adresaci powinni postępować zgodnie z nią. Jako tzw. sprzeczność performatywną określa się sytuację, w której mówiący wypowiedziałby normę, a jednocześnie stwierdził, że jest ona niewiążąca. Równoznaczne z tym byłoby stwierdzenie, że jest ona niesłuszna lub nie daje się racjonalnie uzasadnić.

W przypadku wypowiedzi normatywnych aspekt performatywny każdej wypowiedzi nazywa się roszczeniem do słuszności. Oczywiście nie wyczerpuje to całości performatywnego charakteru takich wypowiedzi, na które składa się również to, jaka konkretnie czynność jest dokonywana, na przykład ustanowienie ustawy, wydanie wyroku sądowego czy decyzji administracyjnej. Wszystkie te akty, niezależnie od tego, czy mają charakter generalny i abstrakcyjny, czy indywidualny i konkretny, jeśli mają być wypowiedziami normatywnymi, zawierają muszą roszczenie do ich słuszności. Wypowiedzi prawne dzielą tę cechę ze wszystkimi wypowiedziami normatywnymi. Sens nadawany rzeczywistości prawnej przez odniesienie jej do idei prawa zostaje w ten sposób zastąpiony przez włączenie w jej językową strukturę roszczenia do słuszności. Rozwiązany zostaje w ten sposób problem apriorycznego charakteru idei prawa i jego niejasnego statusu, bowiem roszczenie do słuszności jest wobec wypowiedzi prawnych immanentne¹⁷.

4. Roszczenie do słuszności aktów stosowania prawa i wypowiedzi prawoznawstwa

Pierwsza, najbardziej podstawowa i chronologicznie najwcześniejsza interpretacja roszczenia do słuszności w niepozytywistycznej koncepcji prawa jest związana nie tyle z problemem definicji pojęcia prawa, ile z kwestią uzasadniania wypowiedzi prawnych. Należy przez nie rozumieć zarówno akty stosowania prawa, jak i twierdzenia prawoznawstwa, a w szczególności dogmatyk prawnych. Rozważania te nie dotyczą więc uzasadniania samych norm prawnych, a więc poza zakresem zainteresowania leży roszczenie do słuszności przysługujące poszczególnym elementom systemu prawnego, jak i systemu jako całości. R. Alexy twierdzi, że możliwe jest racjonalne uzasadnianie wypowiedzi prawniczych, a sposobem osiągnięcia tego celu jest przeprowadzenie dyskursu argumentacyjnego, który spełnia szereg warunków właściwych dla wszystkich dyskursów praktycznych, jak i warunki specyficzne tylko dla dyskursów prawnych. Roszczenie do słuszności wypowiedzi prawniczych oznacza tutaj, że przy uwzględnieniu właściwych dyskursowi prawniczemu ograniczeń możliwe jest ich racjonalne uzasadnienie¹⁸. Jako nieodzowny element performatywnego aspektu każdej wypowiedzi prawnej pełni ono w teorii dyskursu prawniczego dwie funkcje.

¹⁷ Zob. wnikliwą krytykę pojęcia performatywnej sprzeczności i argumentacji o nie opartych A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 145–167. Przyjęcie tej krytyki jako uzasadnionej oznaczałoby konieczność odrzucenia wielu tez niepozytywistycznej koncepcji prawa oraz wniosków z niniejszych rozważań. Jednakże podjęcie tego zagadnienia znaczenie przekraczałoby ramy artykułu.

¹⁸ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1991, s. 34.

Po pierwsze, istnienie roszczenia do słuszności jako immanentego elementu wypowiedzi prawniczych pozwala R. Alexy'emu uzasadnić obowiązywanie samych reguł dyskursu argumentacyjnego. Najogólniej rzecz biorąc, rozumowanie przebiega tu w następujący sposób: roszczenie do słuszności pociąga za sobą obowiązek uzasadnienia wypowiedzi normatywnych, a do takiego uzasadnienia konieczne jest istnienie reguł uzasadniania. Jeśli ktoś formułuje pewien argument prawny, na przykład jakiś wariant interpretacyjny danej normy, to jednocześnie twierdzi, że jest on słuszny. Aby mógł to twierdzić, musi mieć możliwość uzasadnienia swojego stanowiska, a do tego konieczne jest istnienie reguł dyskursu argumentacyjnego¹⁹. Nie jest przy tym istotne dla tego wywodu, czy argumentujący będzie faktycznie w stanie podać przekonujące uzasadnienie. Konstruując ten dowód, R. Alexy sięga zarówno do transcendentальной pragmatyki Karla-Otto Apla, jak i uniwersalnej pragmatyki Jürgena Habermasa, a więc tym samym naraża się na różnorodne zarzuty wobec takiego typu uprawomocniania racjonalności praktycznej i etyki dyskursu²⁰.

Po drugie, ograniczone możliwości spełnienia roszczenia do słuszności w dyskursach prawnych pozwalają R. Alexy'emu uzasadnić tezę, że jest on szczególnym przypadkiem ogólnego dyskursu praktycznego (*Sonderfallthese*). Wśród ograniczeń, które należy respektować w dyskursie prawnym, należy wskazać przede wszystkim podstawową kwestię, a więc związaną z ustawą, czy szerzej prawem stanowionym, ale także nakaz uwzględniania prejudykatów, związaną dorobkiem dogmatyk prawniczych oraz konieczność argumentowania w ramach procedur przewidzianych prawem procesowym²¹. Tak więc, choć roszczenie do słuszności we wszelkich dyskursach praktycznych wiąże się ze zobowiązaniem do uzasadnienia własnych wypowiedzi – w tym przypomina dawanie przyrzeczenia – to roszczenie zgłaszane w dyskursach prawniczych różni się od występującego w ogólnym dyskursie praktycznym tym, że wypowiedzi, których dotyczy nie są po prostu racjonalne, ale że mogą być racjonalnie uzasadnione w ramach obowiązującego prawa²². Takie ujęcie roszczenia do słuszności relatywizuje racjonalność prawniczej argumentacji do racjonalności prawodawstwa, która nie jest jednak przedmiotem zainteresowania teorii dyskursu prawniczego²³.

5. Roszczenie do słuszności norm prawnych i systemu prawa

Niepozytywistyczne pojęcie prawa jest odpowiedzią na problem, który pozostawia otwartą teorią dyskursu prawniczego, a więc interpretacja roszczenia do słuszności ma być tu komplementarna do rozumienia tego pojęcia używanego w odniesieniu do uzasadniania wypowiedzi prawnych. Jeśli bowiem roszczenie do słuszności na przykład orzeczeń sądowych może być w pełni spełnione tylko przy zaspokojeniu dwóch warunków: przeprowadzenia dyskursu argumentacyjnego zgodnego z jego regułami oraz słuszności samego prawa, na którym oparte jest orzeczenie, to roszczenie do słuszności przysługujące poszczególnym normom prawnym i systemowi prawnemu jako takiemu jest uzupełnieniem teorii dyskursu prawniczego. Ale jeśli zakłada się, że prawo z konieczności

¹⁹ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 106.

²⁰ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 97 i n., s. 119. Autor twierdzi, że R. Alexy'emu udało się dowieść jedynie obowiązywania reguł dyskursu w sensie instrumentalnym, tzn. obowiązują one o tyle, o ile zakłada się cel w postaci słusznego rozstrzygnięcia kwestii praktycznej.

²¹ R. Alexy, *Theorie...*, s. 34.

²² R. Alexy, *Theorie...*, s. 264 i n., s. 271.

²³ R. Alexy, *Theorie...*, s. 351.

musi być – przynajmniej w pewnym zakresie – słuszne, a więc odrzuca się twierdzenia H. Kelsena, że prawo może mieć każdą treść, to oczywiście powstaje pytanie, co to znaczy i czym takie ujęcie prawa różni się od tradycyjnych teorii prawa natury²⁴.

Przede wszystkim należy zauważyć, że niepozytywistyczna koncepcja prawa posiada więcej twierdzeń wspólnych z pozytywizmem prawniczym niż z teoriami prawa natury. Chodzi głównie o tzw. tezę społeczną pozytywizmu, według której normy prawne obowiązują, ponieważ powstały wskutek faktów społecznych lub spełniają kryteria zawarte w systemie prawa powstałego wskutek takich faktów. Podobieństwo to widać wyraźnie w definicji prawa R. Dreiera, według którego prawo to „ogół norm, które należą do konstytucji państwowego lub międzypaństwowego systemu normatywnego, o ile system ten jest w zasadzie skuteczny społecznie i legitymuje się minimalnym etycznym usprawiedliwieniem lub możliwością takiego usprawiedliwienia” oraz „norm, które są ustanowione zgodnie z taką konstytucją, jeśli jako takie legitymują się minimalną skutecznością społeczną lub szansą na taką skuteczność oraz minimalnym etycznym usprawiedliwieniem lub możliwością takiego usprawiedliwienia”²⁵. Jak wspomniano, niepozytywistyczne pojęcie prawa zawiera się więc w polu trójkąta wyznaczonego przez kryteria poprawnego ustanowienia, minimum społecznej skuteczności i minimum moralnej słuszności.

W sposób nieco bardziej rozbudowany, lecz w gruncie rzeczy podobnie definiuje prawo R. Alexy, według którego prawo to „system norm, który przyjmuje roszczenie do bycia słusznym, 2a) zawiera ogół norm należących do w zasadzie społecznie skutecznej konstytucji, które nie są ekstremalnie niesprawiedliwe, 2b) oraz ogół norm, które są ustanowione zgodnie z konstytucją, wykazują przynajmniej minimalną społeczną skuteczność lub szansę na taką skuteczność, a także nie są ekstremalnie niesprawiedliwe, 3) i do którego należą także te zasady i inne argumenty normatywne, na których opiera się lub opierać się musi procedura stosowania prawa, tak aby zapewnić zaspokojenie roszczenia do słuszności”²⁶. W tym przypadku jeszcze wyraźniej widać, że właściwa pozytywizmowi prawniczemu teza społeczna jest również elementem niepozytywistycznej koncepcji prawa. Zasadnicza różnica polega na odrzuceniu przez niepozytywistów tezy o rozdziale i przyjęcie tezy o koniecznym związku prawa i moralności nie tylko na płaszczyźnie aplikacyjnej – jak miało to miejsce w teorii dyskursu prawniczego – ale także na płaszczyźnie walidacyjnej.

Warto w tym miejscu dodać, że „podstawowym warunkiem niepozytywistycznym, którego spełnienie pozwala nam dopiero mówić o danym systemie normatywnym jako o prawie, jest przyjmowanie przez ten system r o s z c z e n i a s ł u s z n o ś c i”²⁷. Można nawet powiedzieć, że pozbawienie całej koncepcji elementu roszczenia do słuszności powodowałoby, że w gruncie rzeczy stałaby się ona pozytywizmem. Systemy norm, które nie przyjmują roszczenia do słuszności lub odrzucają je, należy zaklasyfikować jako niebędące prawem. Systemy norm, które roszczenie to przyjmują, lecz nie spełniają, należy zaklasyfikować jako prawo, jednak zakwalifikować jako wadliwy system prawny. W odniesieniu do norm prawnych jest podobnie, jak w przypadku orzeczeń sądowych, tj. zarówno w przypadku nieprzyjęcia, jak i niespełnienia roszczenia do słuszności są one jedynie wadliwymi normami prawnymi, a więc związek

²⁴ R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993/11–12, s. 34–35.

²⁵ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 18.

²⁶ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 19.

²⁷ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 22.

między prawem i moralnością ma tu charakter kwalifikujący²⁸. Innymi słowy „systemowi prawnemu rezygnującemu z roszczenia do słuszności można odmówić przymiotu bycia prawem oraz na poziomie poszczególnych norm, których rażąca niesprawiedliwość pozbawia je charakteru norm prawnych”²⁹.

Jak wspomniano, w złożonej i skomplikowanej argumentacji na rzecz niepozytywistycznej koncepcji prawa używane są trzy podstawowe argumenty: argument z bezprawia, argument ze słuszności oraz argument z zasad. Pierwszy z nich, nawiązujący do formuły Radbrucha głosi, że bez minimalnej sprawiedliwości, a więc roszczenia do słuszności nie można w ogóle mówić o systemie prawnym, mielibyśmy bowiem do czynienia jedynie z czystą przemocą. Argument ten można scharakteryzować między innymi przy pomocy następujących założeń. Po pierwsze, oparty jest on na perspektywie obserwatora, po drugie, przyjmuje, że system prawny to system norm (ujęcie apragmatyczne), oraz po trzecie, poszukuje związków klasyfikujących między prawem a moralnością, a więc kryteriów wyróżnienia prawa w ogóle³⁰. Przy tych założeniach, aby mówienie o systemie prawnym miało jakkolwiek sens musi on spełniać minimalne wymogi moralne, a więc koniecznie musi zawierać roszczenie do słuszności.

Przyjęcie tego roszczenia pozwala R. Alexy’emu sformułować kolejny argument, tym razem odwołujący się do samej słuszności. Jest on podobny do argumentu z bezprawia, wymaga jednak przyjęcia odmiennych założeń, tj. po pierwsze, perspektywy uczestnika, po drugie, traktowania systemu prawa jako procedur-czynności (ujęcie pragmatyczne) i po trzecie, poszukiwaniu związków kwalifikujących między prawem a moralnością, a więc kryteriów wyróżnienia prawa wadliwego. Jego uzasadnienie – podobnie jak w przypadku teorii dyskursu prawniczego – odwołuje się do zagadnienia performatywnej sprzeczności i nie może być w tym miejscu omówione. Ważne jest, że argument ten uznaje, iż nie tylko w przypadku całych systemów prawnych, lecz także w przypadku poszczególnych norm, można mówić o roszczeniu do słuszności, którego niepodnoszenie albo niespełnienie jednak nie pozwala odmówić im charakteru prawa, a jedynie zakwalifikować jako normy prawne wadliwe. Możliwe jest to jednak tylko z perspektywy uczestnika systemu prawnego, a więc gdy ten system jako całość roszczenie do słuszności już zawiera.

Można więc nawet powiedzieć, że niepozytywistyczne pojęcie prawa ma sens tylko z perspektywy uczestnika³¹. Oznacza to, że zakres pojęcia roszczenia do słuszności obejmuje nie tylko własne argumenty uczestników dyskursu prawniczego, ale, o ile odwołują się one do norm prawnych, także owe normy. Na przykład sędzia, wydając orzeczenie, może zapewnić jego słuszność tylko po spełnieniu warunków uzasadniania orzeczeń w ramach dyskursu prawniczego oraz sprawdzeniu, czy w odniesieniu do norm prawnych, na których opiera się jego orzeczenie, spełnione są warunki uzasadniania norm prawnych. Niespełnienie któregokolwiek z tych dwóch warunków oznaczać będzie wadliwość orzeczenia. Sędzia musi więc wziąć nie tylko odpowiedzialność za swoje orzeczenie, ale także przyjąć perspektywę uczestnika systemu prawnego i poniekąd wziąć odpowiedzialność za jego treść. Tylko wtedy bowiem będzie mógł ocenić, czy badana norma prawna podnosi roszczenie do słuszności i czy jest ono spełnione. Nie znaczy to oczywiście, że negatywne wyniki takiej oceny muszą skutkować derogacją lub odmową

²⁸ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 44, 123.

²⁹ M. Dybowski, *Robert Alexy – niepozytywistyczna filozofia prawa*, w: J. Zajadło (red.), *Przyszłość...*, s. 39.

³⁰ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 40 i n.

³¹ R. Alexy, *W obronie...*, s. 37–38.

zastosowania tych norm, to bowiem zależy od dodatkowych warunków wynikających z danego systemu prawnego lub w ostateczności pozwalających na zastosowanie formuły Radbrucha.

Innym argumentem na rzecz niepozytywistycznej koncepcji prawa jest argument z zasad. W wersji sformułowanej przez R. Dreiera obejmuje on trzy tezy: o włączeniu zasad do systemu prawnego jako norm prawnych strukturalnie i walidacyjnie odmiennych od reguł (*Inkorporationsthese*), o otwarciu systemów prawnych na standardy i argumenty moralne przez włączenie zasad (*Offenheitsthese*) oraz o ważeniu zasad w celu jak najbardziej pełnej realizacji wartości moralnych włączonych do systemu prawnego przez zasady (*Optimierungsthese*)³². Zakłada się tu więc, że zasady prawne można wyrazić również w języku wartości, a każda wartość może być ujęta w postaci zasady (*Werttheorie*). Dzięki temu zasady można określić jako nakazy optymalizacyjne, które zobowiązują organy stosujące prawo do jak najszerzego i najpełniejszego uwzględnienia w decyzjach orzeczniczych poszczególnych wartości w nich wyrażonych, a jeśli zachodzi między nimi kolizja, do wyważenia ich w ten sposób.

Nieco inaczej argument ten formułuje R. Alexy, lecz z punktu widzenia niniejszych rozważań najważniejsze jest to, że przyjmuje on odpowiednik tezy o ważeniu w postaci tezy o spójności (*Kohärenzthese*), którą ze względu na podobieństwo do poglądów Ronald Dworkina można by określić także jako tezę o integralności. Według niej „w systemie prawa koniecznie obowiązuje nakaz prawny, aby system ten tak rozwijać, by wszystkie uwzględniane w nim zasady były zawarte i słusznie ważne” – system prawny powinien opierać się na spójnym systemie moralnym³³. W późniejszych pracach R. Alexy zastępuje tezę o spójności nową wersją tezy o słuszności (*Richtigkeitsthese*), według której roszczenie do słuszności zawiera w sobie nie tylko roszczenie do prawnej słuszności, ale także do moralnej słuszności. Oczywiście jest to argument za koniecznym związkiem prawa i moralności, ale także uzasadnieniem włączenia do systemu prawnego zasad i argumentów normatywnych, które służą spełnieniu tak rozumianego roszczenia do słuszności. W ten sposób argumentacja dochodzi do punktu, w którym pojawia się pytanie o znaczenie nakazu rozwijania prawa poprzez zapewnianie mu podstawy w postaci jak najbardziej słusznego systemu moralnego.

6. Roszczenie do słuszności a rozwijanie prawa

Przyjęcie istnienia nakazu rozwijania systemu prawnego, aby jak najlepiej odpowiadał leżącemu u jego podstaw spójnemu systemowi moralnemu, oznacza konieczność wypracowania trzeciej interpretacji roszczenia do słuszności. Wydaje się bowiem, że do zrealizowania celu tego nakazu nie jest wystarczające rozumienie tego roszczenia jako przekonania po stronie uczestnika dyskursu prawniczego o słuszności jego własnej argumentacji oraz jego przekonanie o słuszności norm prawnych, na których opiera się argumentacja, co jest możliwe po przyjęciu perspektywy uczestnika systemu prawnego rozumianego pragmatycznie. Jak bowiem wskazywano, na przykład sędzia, wydając orzeczenie, może zapewnić jego słuszność tylko po spełnieniu warunków uzasadniania orzeczeń w ramach dyskursu prawniczego oraz sprawdzeniu, czy w odniesieniu do norm prawnych, na których opiera się jego orzeczenie, spełnione są warunki uzasadniania

³² A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 36 i n.

³³ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 47.

norm prawnych. Niespełnienie któregokolwiek z tych dwóch warunków oznaczać będzie wadliwość orzeczenia. Nie znaczy to jednak, że system prawny będzie mógł się w ten sposób rozwijać, do tego konieczne jest bowiem wprowadzenie dodatkowego założenia, które wyznacza ową trzecią interpretację roszczenia do słuszności.

Założenie to zawiera się w tezie, że do jakiegokolwiek rozwoju konieczne jest istnienie czynników ukierunkowujących wszelkie czynności, czy też, jak można by w tym przypadku powiedzieć – dyskursy prawne. W tradycji kantowskiej takimi czynnikami ukierunkowującymi są idee regulatywne, dzięki którym zarówno dyskursy poznawcze, jak i dyskursy praktyczne mają ostateczny cel, który jednak nigdy nie zostanie zrealizowany. Sensem idei regulatywnych jest wyznaczanie nieosiągalnego ideału, który jednak ma doniosłość praktyczną. W przypadku niepozytywistycznych koncepcji prawa R. Alexy zakłada, że charakter idei regulatywnej posiada absolutna słuszność, która jest celem dążenia dyskursów prawnych. Natomiast słuszność, o której mowa w odniesieniu do orzeczeń sądowych czy norm prawnych, ma charakter jedynie dyskursywny³⁴. Dodaje tu, iż „idea słusznej moralności jest i d e a r e g u l a t y w n ą (w sensie kantowskim), przez co roszczenie słuszności prowadzi w obrębie «argumentu z zasad» do i d e a l n e g o w y m i a r u [...] prawa, koniecznie związanego z prawem jako takim”³⁵. Niestety, myśl ta nie jest dalej rozwijana, a wydaje się, że w oparciu o tę uwagę można rozumieć roszczenie do słuszności w jego trzeciej interpretacji.

Jak wspomniano, dwie pierwsze interpretacje rozważanego pojęcia oznaczają, iż na przykład sędzia musi wziąć odpowiedzialność nie tylko za swoje orzeczenie, ale także przyjąć perspektywę uczestnika systemu prawnego i poniekąd wziąć odpowiedzialność za jego treść. Tylko wtedy bowiem będzie mógł ocenić, czy badana norma prawna podnosi roszczenie do słuszności i czy jest ono spełnione. Zgodnie z trzecią interpretacją samo uczestniczenie w praktyce prawniczej oznacza przyjęcie na siebie za nią odpowiedzialności i obowiązek działania na rzecz jej dobra, a więc jej podtrzymywania i rozwijania w kierunku realizacji idei prawa rozumianej jako idea regulatywna. Takie ujęcie obecne jest we współczesnej myśli kantowskiej, którą określa się jako transformację filozofii I. Kanta, a w szczególności w transcendentalnej pragmatyce K.-O. Apela. W tym ujęciu zasada odpowiedzialności łączy ze sobą etykę dyskursu idealnej wspólnoty komunikacyjnej i dyskursy wspólnoty realnej, nakazując uczestnikom tej ostatniej najpełniejsze rozwijanie ideałów etyki dyskursu w swej codziennej praktyce³⁶.

Jednocześnie zasada odpowiedzialności łączy dwie części etyki: formalną i refleksyjnie uprawomocnioną etykę dyskursu oraz historycznie wypracowaną etykę normatywną. Zasada odpowiedzialności łączy je, ale jednocześnie uprawomocnia i czyni konieczną etykę normatywną, o ile ta ostatnia mieści się w granicach przez nią wytyczonych. Można więc powiedzieć, że odpowiedzialność w sensie moralnym w przypadku prawników jest relacją między rzeczywistością prawną, a więc dyskursami prawnymi, w których pod-

³⁴ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 91.

³⁵ A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 61–63.

³⁶ Zob. przede wszystkim K.-O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik* w: Tenże, *Transformation der Philosophie, Band II, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*, Frankfurt am Main 1973, tenże, *Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral*, Frankfurt am Main 1988, tenże, *Etyka dyskursu jako etyka odpowiedzialności – postmetafizyczna transformacja etyki Kanta*, *Principia* 1992/5, tenże, *Wspólnota komunikacyjna jako transcendentalne założenie nauk społecznych*, w: A. Zeidler-Janiszewska, *Kultura współczesna. Teoria–Interpretacje–Krytyka*, Warszawa 1993, tenże, *Uniwersalistyczna etyka współodpowiedzialności*, w: J. Sekuła (red.), *Idea etyczności globalnej*, Siedlce 1999. Ogólne i wnikliwe omówienie tej problematyki zob. B. Sierocka, *Krytyka i dyskurs. O transcendentalno-pragmatycznym uprawomocnieniu krytyki filozoficznej*, Kraków 2003.

noszone i spełniane są roszczenia do słuszności orzeczeń sądowych i norm prawnych, a ideałem dyskursu prawniczego, w którym realizowana jest absolutna słuszność. Perspektywa ta zawiera ideę rozwoju prawa poprzez wysiłek podmiotów uczestniczących w jego praktyce. Taka interpretacja roszczenia do słuszności, w której z jego przyjęciem – a jest ono konieczne, jeśli tylko jest się uczestnikiem praktyki prawniczej – w sposób nieodzowny łączy się moralna odpowiedzialność za całość tej praktyki, powinna być opatrzona dodatkowym komentarzem dotyczącym jej filozoficznego i historycznego kontekstu. Można go zarysować, formułując następujące uwagi.

Po pierwsze, zasadę tę można rozumieć jako element etyki prawniczej, a więc dziedziny zyskującej coraz większą popularność, która jednak wciąż stoi przed koniecznością precyzyjnego określenia swojego przedmiotu i metody. Choć reprezentowane przeze mnie stanowisko jest dopiero propozycją teoretyczną, to zakładam, że etyka prawnicza jest dziedziną wiedzy dotyczącą deontologicznych, społecznych i moralnych aspektów wykonywania zawodów prawniczych, której zadaniem jest krytyczne i refleksyjne badanie zarówno treści, jak i powiązań między tymi aspektami jako płaszczyznami wielopłaszczyznowej teorii etyki prawniczej, przy pomocy metodologii o interdyscyplinarnym charakterze sięgającym zarówno do metod właściwych dogmatykom prawniczym, naukom społecznym, jak i filozofii moralności i filozofii prawa³⁷. Etyka prawnicza składa się więc z trzech płaszczyzn, które zawierają kolejno obowiązki zawodowe prawników ciężące na nich ze względu na wykonywany zawód prawniczy (płaszczyzna deontologiczna), wartości centralne dla każdego zawodu prawniczego wyznaczane na podstawie prawniczych ról zawodowych (płaszczyzna społeczna) oraz zasady moralne wspólne wszystkim zawodom prawniczym (płaszczyzna moralna).

Dla wielopłaszczyznowej teorii etyki prawniczej przyjęcie zasady moralnej odpowiedzialności jako zasady jej najwyższej – moralnej – płaszczyzny jest spełnieniem wymogów teorii krytycznej i refleksyjnej. Krytycznej, ponieważ pozwala badać zarówno role zawodowe prawników, ich obowiązki zawodowe, jak i konkretne działania poprzez sprawdzanie, na ile realizują one podtrzymywanie i rozwój idealnej wspólnoty, a więc na ile czynią ją bardziej racjonalną. Refleksyjnej, ponieważ zasada odpowiedzialności i treść pozostałych płaszczyzn teorii uzyskują uprawnienie właśnie w takiej procedurze, a dodatkowo, ponieważ krytyczne badanie ról i obowiązków zawodowych prawników z punktu widzenia zasady odpowiedzialności jest jednocześnie badaniem praktycznych skutków jej samej i rozwijaniem jej kryteriów. Etyka prawnicza jest więc etyką odpowiedzialności, której przedmiotem jest dobro samego dyskursu i wspólnoty, w której się on odbywa. Dlatego też samo uczestniczenie w praktyce prawniczej oznacza przyjęcie na siebie za nią odpowiedzialności i obowiązek działania na rzecz jej dobra, a więc jej podtrzymywania i rozwijania.

Po drugie, taka interpretacja roszczenia do słuszności wydaje się zgodna z myślą samego G. Radbrucha i jednocześnie prawie nieobecna w niepozytywistycznej koncepcji prawa. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę na następujący fragment wywodów G. Radbrucha dotyczący antynomii wewnątrz idei prawa między sprawiedliwością, bezpieczeństwem prawnym i celowością: „Nie są to jednak antynomie o charakterze destrukcyjnym, które prowadzą do samounicestwienia systemu prawa. Wręcz przeciwnie, dialektyczny charakter tych konfliktów powinien prowadzić do stałego doskonalenia systemu prawa, a zwłaszcza do optymalnego dopasowania jego formy i treści

³⁷ Zob. P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010.

do warunków czasu i miejsca stanowienia, stosowania, obowiązywania i wykładni³⁸. Wydaje się więc, że relacja rzeczywistości prawnej i idei prawa nie ograniczała się dla G. Radbrucha do zagadnień walidacyjnych, ale wiązała także z koncepcją rozwoju czy doskonalenia prawa. Ważne jest jednak, aby poczynić zastrzeżenie, że nie mówi on wprost o odpowiedzialności prawników za prawo, posługuje się jednak pojęciem obowiązków zawodowych, w szczególności w odniesieniu do sędziów.

G. Radbruch posługuje się pojęciem obowiązków zawodowych sędziów związanych, jak należy mniemać, ze szczególną rolą przez nich pełnioną. W przedwojennym okresie swojej twórczości obowiązki te sformułował on przede wszystkim w doktrynie związania sędziów ustawami. Według niej „zawodowym obowiązkiem sędziów jest nadawać moc rozszczeniu do ważności, zawartemu w prawie; własne poczucie sprawiedliwości musi on złożyć w ofierze przed autorytatywnym nakazem prawnym³⁹. Sędziowie nie mogą więc bezpośrednio sięgać do idei prawa i korzystać z antynomii wartości składających się na nią. Aktywność ta jest bowiem zarezerwowana dla uczestników demokratycznej debaty, w której kształtuje się treść prawa. Potwierdza to również słynny już fragment, w którym G. Radbruch stwierdza, iż „gardzimy kapłanem, który głosi kazanie wbrew swoim przekonaniom, ale szanujemy sędziego, który w swojej wierności ustawie nie daje się zwieść swojemu odmiennemu poczuciu prawa⁴⁰. Warto dodać, że ujęcie, w którym analizuje się problem na płaszczyźnie obowiązków zawodowych i ról zawodowych, a nie pojęcia i idei prawa, może zostać uwzględnione także w dyskusji dotyczącej ewolucji lub rewolucji w poglądach G. Radbrucha.

Twierdzi się bowiem, że sędziowski obowiązek stosowania ustaw i zakaz orzekania *contra legem* nie musi wcale świadczyć o domniemanym pozytywizmie G. Radbrucha, w szczególności w postaci *Gesetzespositivismus*, ponieważ stwierdzenie istnienia takiego obowiązku nie implikuje tezy, że jedynie ustawy są prawem⁴¹. Można ewentualnie powiedzieć, że obowiązek ten powoduje, że z niepozytywistycznej filozofii prawa nie wyprowadza on jeszcze wszystkich praktycznych konsekwencji⁴². Ale można też uznać, że biorąc pod uwagę różnorodne czynniki systemowe i funkcjonale kształtujące wówczas rolę sędziego uznawał, że centralną wartością dla tego zawodu jest zapewnienie bezpieczeństwa prawnego i dlatego tak, a nie inaczej pojmował obowiązki zawodowe tej grupy. Natomiast twierdząc po wojnie, że „prawnicy i obywatele muszą sobie w swojej świadomości głęboko zakonotować, że *możliwe* są prawa przechodzące wszelką miarę niesprawiedliwości i szkodliwości społecznej, prawa, którym należy odmówić nie tylko mocy obowiązywania, lecz także wszelkiego charakteru prawnego⁴³ sformułował obowiązek odmowy stosowania ustaw, które mają charakter rażąco niesprawiedliwy. Nie zmieniła się filozofia prawa, zmieniło się jedynie rozumienie roli sędziów.

³⁸ J. Zajadło, *Dziedzictwo...*, s. 99–100. Zob. także U.A. Kosieleńska-Grabowska, *Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha*, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, Toruń 2008, s. 83.

³⁹ G. Radbruch, *Filozofia...*, s. 92.

⁴⁰ G. Radbruch, *Filozofia...*, s. 93. Fragment ten wskazywany jest jako jedna z najpopularniejszych myśli Radbrucha, zob. J. Zajadło, *Dziedzictwo...*, s. 16, 125.

⁴¹ S.L. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers*, „Oxford Journal of Legal Studies”, 2006/17, s. 36–37. O możliwych przyczynach niechęci G. Radbrucha do swobody sędziowskiej, mimo jego osobistej sympatii do poglądów tzw. szkoły wolnego prawa i Hermana Kantorowicza zob. J. Zajadło, *Dziedzictwo...*, s. 47 i n.

⁴² S.L. Paulson, *On the Background...*, s. 32–33.

⁴³ G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, w: Tenże, *Filozofia...*, s. 243.

Należy pamiętać, iż takie pojmowanie prawniczych ról zawodowych jest charakterystyczne dla niemieckiej tradycji etyki prawniczej⁴⁴. Jednym z podstawowych czynników, który miał wpływ na jej kształtowanie się, była nieustannie zmieniająca się sytuacja polityczna oznaczająca zawsze radykalne przewartościowania w systemie prawnym. Począwszy od czasów wilhelmiańskich, przez Republikę Weimarską i totalitaryzm narodowosocjalistyczny, po wolnościowy ustrój Republiki Federalnej i totalitaryzm komunistyczny, niemieccy prawnicy co kilkanaście lub kilkadziesiąt lat znajdowali się w nowej, drastycznie odmiennej sytuacji ustrojowej. Każda zmiana ustrojowa oznaczała nie tylko kryzys prawny (*Rechtskrise*), ale także kryzys prawników (*Juristenkrise*)⁴⁵, stawiając ich przed wyjątkowymi dylematami. Postawy wobec tych dylematów były różnorodne i z jednej strony polegały na aktywnym włączaniu się w budowę nowej rzeczywistości politycznej i ustrojowej, a z drugiej na wycofaniu się z wykonywania zawodu lub bohaterskim obstawaniu przy wyznawanych wartościach. Zauważa się jednak, że ta ostatnia postawa, nazywana czasem „ofiara własnej etyki zawodowej”⁴⁶, nie była powszechna oraz że rezygnacja z kariery zawodowej ze względów sumienia była w przypadku prawników o wiele rzadsza niż w administracji⁴⁷.

7. Uwagi końcowe

Podsumowując, należy zauważyć, że zarówno teza o koniecznym związku roszczenia do słuszności z moralną zasadą odpowiedzialności, jak i teza o ewolucji poglądów G. Radbrucha na płaszczyźnie jego pojmowania roli zawodowej sędziego i jego obowiązków zawodowych, a nie filozofii prawa, mogą stanowić podstawę do wyciągnięcia jeszcze bardziej ogólnej konkluzji. Mianowicie można uznać, iż czasy narodowosocjalistyczne były okresem głębokiego kryzysu prawa w Niemczech. Pojmowanie roli zawodowej sędziów w sposób restrykcyjny i nałożenie na nich bezwzględного obowiązku posłuszeństwa ustawom i zakaz ich oceniania z punktu widzenia wartości prawa jedynie podtrzymało tradycję etyki zawodowej opartej na posłuszeństwie i rolach zawodowych i nie zapobiegało temu kryzysowi. Przeformułowanie roli zawodowej sędziów, nałożenie na nich obowiązku rozważania zagadnienia sprawiedliwości ustaw i odnoszenia prawa do idei prawa ma uczynić sędziów odpowiedzialnymi w sensie moralnym i może zapobiec kryzysom prawnym w przyszłości⁴⁸.

Taki wniosek jest oczywiście, jak już kilkakrotnie podkreślano, jedynie pewną współczesną interpretacją myśli G. Radbrucha i uzupełnieniem w ramach, z założenia kontynuującej tę myśl, niepozytywistycznej koncepcji prawa. Jest to możliwe zarówno dzięki analizie rozważań filozoficznoprawnych wewnątrz tego kierunku, jak i dzięki przyjęciu

⁴⁴ Zob. P. Skuczyński, *Tradycje etyki prawniczej a nowoczesne zawody prawnicze*, w: P. Steczkowski (red.), *Etyka deontologia prawo*, Rzeszów 2008, s. 365.

⁴⁵ B. Rüthers, *Recht und Juristen unter dem Sog und Druck wechselnder politischer Systeme*, w: *125 Jahre Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Rechtspflege*, Frankfurt am Main 2004, s. 95–98.

⁴⁶ B. Rüthers, *Recht...*, s. 118.

⁴⁷ K. Scheider, *Der deutsche Jurist als Bürokrat – Zur Beziehung zwischen der sozialen Rolle des deutschen Juristen und der Entwicklung der staatlichen Bürokratie*, w: W. Kaupen, R. Werle (red.), *Soziologische Probleme juristischer Berufe*, Göttingen 1974, s. 99–100.

⁴⁸ Oznaczałoby to także nieco odmienną interpretację tzw. *Wehrlosigkeitsthese* G. Radbrucha, którą w sposób najbardziej podstawowy rozumie się jako tezę o winie pozytywizmu prawniczego, który uczynił niemieckich prawników bezbronniymi wobec nazizmu, zob. J. Zajadło, *Formula...*, s. 283 i n. Według proponowanej tu perspektywy winnym byłby nie tyle pozytywizm prawniczy, co niewłaściwe pojmowanie roli zawodowej sędziego, które być może jest charakterystyczne dla pozytywizmu, ale niezwiązane z nim w sposób konieczny.

zewewnętrznej wobec niego perspektywy etyki prawniczej, czy szerzej teorii etyki zawodowej w ogóle. Wydaje się, że włączenie problematyki kryzysów prawnych do rozważań jest w ramach współczesnych zagadnień tej ostatniej jak najbardziej uzasadnione. Według przyjętej przeze mnie teorii etyki zawodowej sens moralnej zasady odpowiedzialności prawników za prawo i wiążący się z tym nakaz rozwijania praktyki prawniczej polega również na zapobieżeniu sytuacjom, w których nieodpowiedzialne dokonywanie poszczególnych czynności zawodowych miałyby przełożyć się na kryzysowe zjawiska w makroskali. Odpowiadając więc na tytułowe pytanie „czy grozi nam kryzys prawa?” należy stwierdzić, że tylko o tyle, o ile prawnicy nieodpowiedzialnie potraktują wykonywaną przez siebie praktykę, a więc nawet przyjmując roszczenie do słuszności, nie przyjmą wszystkich wynikających z niego konsekwencji.

Na potwierdzenie tych słów warto na zakończenie jedynie zasygnalizować, iż współczesne kryzysy, przede wszystkim ekonomiczne, spowodowane są głównie przez załamania w ramach poszczególnych praktyk składających się na funkcjonowanie całego systemu gospodarczego, jak na przykład profesjonalnego audytu w 2001 roku, czy profesjonalnej bankowości inwestycyjnej w 2008 roku. Jest to znaczna różnica w stosunku do typowych kryzysów związanych ze zjawiskiem nadprodukcji. Przyczyną tych różnic są przemiany gospodarki rynkowej między innymi w zakresie wypierania znaczenia struktury właścicielskiej przez kadre zarządzającą oraz zwiększenia roli planowania i przewidywania procesów gospodarczych. Przemiany te zwiększają rolę profesjonalistów. Moralne podstawy etyki zawodowej wszelkich profesji, które wyrażone są w zasadzie odpowiedzialności za wykonywaną praktykę, oznaczają, że przy wykonywaniu poszczególnych czynności zawodowych należy brać pod uwagę nie tylko ich techniczną poprawność, ale również stosunek do całości praktyki i jej rozwoju. Jeśli prawdziwa okazałaby się teza, że przyczyną współczesnych kryzysów ekonomicznych jest ignorowanie tej płaszczyzny etyki zawodowej, to konieczne stałoby się zarówno rozwijanie tak rozumianej perspektywy etyki zawodowej, jak i poszukiwanie jej związków z klasyczną tezą dotyczącą związków etyki protestanckiej i źródeł gospodarki kapitalistycznej.

Niezależnie od trafności tych uwag wyznaczających ewentualny kierunek dalszych badań warto na sam koniec podkreślić następującą okoliczność związaną z rolą myśli G. Radbrucha w powyższych rozważaniach. Formuła Radbrucha, choć jest przydatna do rozwiązywania całkiem współczesnych problemów, znajduje swoje zastosowanie przede wszystkim w sytuacjach, gdy porządek prawny zwraca się ku przeszłości, próbuje przezwyciężyć problemy wynikające z dziedzictwa systemów totalitarnych i związanego z nimi bezprawia. W przeciwieństwie do tego, moralna odpowiedzialność prawników za prawo, jego podtrzymywanie i rozwój wymaga zwrócenia się w przyszłość. Wymaga nieustannej refleksji nad obowiązkami zawodowymi prawników, w szczególności sędziów, ale oczywiście nie tylko, i badania, jak taki, a nie inny sposób ich wypełniania wpływa na całą praktykę prawniczą, czy też, mówiąc słowami zapewne bliższymi G. Radbruchowi, rzeczywistość prawa. Jeśli postawione tu tezy są prawdziwe, świadczy to o niepodważalnej aktualności jego dorobku.

Summary

Paweł Skuczyński

Are we facing a crisis of law? Reflections in reference to the so-called claim to correctness problem

What is usually acknowledged as a topicality indication of Gustav Radbruch's legal philosophy is the theoretical interest in and practical application of his ideas – known as the Radbruch's formula – on abominable law, statutory non-law and the refusal to apply it by public authorities, the judiciary in particular. The article main argument is that we can point to other than Radbruch's formula elements in his philosophy of law which are still applicable and present in the recent discussion on the concept of law itself, its validity and application. What this means is basic to Radbruch's thought the distinction between the concept of law (*Rechtsbegriff*), the idea of law (*Rechtsidee*) and the relationship between the two. The solution accepted by Radbruch in this matter is very broadly applied by the representatives of the non-positivist concept of law. However, the solution may be ascribed a more general meaning, which manifests itself in the 'claim to correctness problem' (*Anspruch auf Richtigkeit*). Such a claim has to be an element not only of law itself but also of all legal statements including acts of applying the law. The point I endeavour to defend is that out of the three interpretations of the claim to correctness problem, the one which refers not only to the correctness of legal order and law application acts, but also to lawyers' professional obligations and responsibility is the best justified. This is because such a view most fully addresses the challenges of modern law, which has become increasingly professional in character, but on the other hand more prone to factors typical to fully professionalised walks of life – to critical factors especially. The question of how much the interpretation is compatible with Radbruch's perspective, is beyond the scope of this analysis. However, some arguments suggesting higher degree of concordance will be presented.