



Kamil Zeidler

Uniwersytet Gdański

ARGUMENT ZE SPRAWIEDLIWOŚCI W DYSKURSIE PUBLICZNYM

*Fiat iustitia, et pereat mundus*¹

1. Ważną cechą współczesnych państw demokratycznych jest ich dyskursywny charakter, a funkcjonujące w ich ramach jednostki i tworzone przez nie grupy społeczne, a także różne ośrodki władzy publicznej pozostają w nieustającej sytuacji negocjacyjnej, będącej szczególnym typem komunikacji. Odchodzenie od prawa materialnego na rzecz procedur i tworzenie tzw. warunków ramowych zapewniających jak największą wolność uczestników dyskursu, skutkuje koniecznością podejmowania działań argumentacyjnych na rzecz własnych interesów oraz wyznawanych wartości. Taki stan rodzi konieczność rozwijania kompetencji komunikacyjnych, a w ich ramach umiejętności argumentowania.

Jednym z najstarszych, a zarazem podstawowych argumentów pojawiających się w nieustannie toczonym dyskursie argumentacyjnym jest argument odwołujący się do sprawiedliwości. Wydaje się on oczywisty, podobnie jak postulat celu i funkcji prawa, które mają polegać na realizacji idei i zarazem zasady sprawiedliwości. Niemniej jednak „diabeł tkwi w szczegółach”², bowiem jak tylko będziemy starali się ustalić, jaką konkretnie treść ma ów argument odwołujący się do sprawiedliwości, to napotkamy problemy, które wiążą się z samą formułą sprawiedliwości oraz różnymi jej teoriami. Nie ma bowiem łatwej odpowiedzi na pytanie, czym jest sprawiedliwość³.

¹ „Sprawiedliwości musi się stać zadość, choćby świat miał zginąć”, Ferdynand I Habsburg; słowa przypisywane też św. Augustynowi; W. Kopaliński, *Słownik mitów i tradycji kultury*, Warszawa 1985, s. 1094–1095; por. też I. Kant, *O wiecznym pokoju*, Wrocław 1995, *passim*; J. Zajadło, *Teoria i filozofia prawa*, [w:] *Łacińska terminologia prawnicza*, red. J. Zajadło, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 39–40.

² Jest to przysłowie szeroko znane w kulturze europejskiej: ang. *the devil is in the details*, fr. *le diable est dans le detail*, hiszp. *el diablo está en los detalles*.

³ Zob. szerzej W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988 *passim*; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992 *passim*; J. Stelmach, *Prawo wobec wartości*, [w:] R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 187 i n.; J. Zajadło, *Sprawiedliwość*, [w:] *Leksykon*

2. Znaczenie językowe odsyła nas do sprawiedliwości rozumianej jako uczciwego, prawego postępowania, obiektywnego odnoszenia się do rzeczywistości, bezstronności w ocenianiu innych, zgodność z przyjętymi w danej grupie społecznej zasadami etycznymi, a nawet ogólniej do prawości i obiektywizmu. Tak rozumiana sprawiedliwość będzie więc pewną postawą, choć zarazem dyrektywą z zakresu etyki normatywnej. Może to być cecha przypisywana jednostkom, działaniom, a nawet instytucjom społecznym. Łączy się ona przede wszystkim z podziałem dóbr oraz z bezstronnością. Jednak skoro sprawiedliwość wiąże się z określonym systemem norm etycznych, to wówczas ich treść warunkuje pojmowanie sprawiedliwości i tym samym tu znajdujemy źródło różnic w rozumieniu i odczuwaniu sprawiedliwości. Jak pisze Leszek Kołakowski: „Skoro wszyscy niemal filozofowie, moralisci i teoretycy prawa usiłowali wyjaśnić, na czym polega sprawiedliwość, czyniek sprawiedliwy, człowiek sprawiedliwy i państwo sprawiedliwe, należy sądzić, że do jasności i zgody w tej sprawie nie doszli”⁴. Warto też zauważyć, że na gruncie religii chrześcijańskiej, choć nie tylko, to dopiero podczas sądu ostatecznego zapanuje doskonała sprawiedliwość, a każdego spotka nagroda albo kara za jego uczynki; wobec tego sprawiedliwość doczesna jest ułomnym odbiciem sprawiedliwości boskiej, choć Bóg jest raczej nie tyle sprawiedliwy, co miłosierny⁵.

Kazimierz Ajdukiewicz proponował pojmowanie sprawiedliwości na trzy sposoby, jako sprawiedliwość legalną, polegającą na zgodności z prawem rozumianym jako *lex*, sprawiedliwość legalną, polegającą na zgodności z prawem rozumianym jako *ius*, oraz sprawiedliwość moralną⁶. Przyjmuje się, że w prawie sprawiedliwość jest właściwością wyrokowania polegającą na wydawaniu opartych na obowiązującym prawie podobnych wyroków w podobnych sprawach; dotyczy to równości wobec prawa i równości w prawie; choć znów i to stwierdzenie nie oddaje złożoności problematyki sprawiedliwości w prawoznawstwie. Natomiast w przestrzeni prawotwórstwa, czy szerzej polityki, sprawiedliwość dotyczy podziału dóbr, tak materialnych, jak i niematerialnych według jasnych i uzasadnionych kryteriów, co winno być realizowane zgodnie z obowiązującymi i transparentnymi procedurami, w tym postępowaniem legislacyjnym. Można przy tym wyróżniać różne formuły sprawiedliwości dystrybutywnej: 1) każdemu po równo, czy inaczej każdemu to samo; 2) każdemu tyle, aby wszyscy mieli

współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 316–318; O. Nawrot, *Sprawiedliwość*, [w:] *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2013, s. 336–342; zob. też: H. Brighthouse, *Sprawiedliwość*, Warszawa 2007 *passim*; J. Mandle, *Globalna sprawiedliwość*, Warszawa 2009 *passim*; *Sprawiedliwość w kulturze europejskiej*, red. W. Kaute, T. Słupik, A. Toruń, Katowice 2001 *passim*.

⁴ L. Kołakowski, *Mini wykłady o maksy sprawach*, Kraków 2004, s. 260.

⁵ Tamże, s. 266.

⁶ Zob.: K. Ajdukiewicz, *Sprawiedliwość*, [w:] K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. I, wyd. 2, Warszawa 1985, s. 368 i n.

po równo, czyli formuła tzw. sprawiedliwości wyrównawczej⁷; 3) każdemu wedle potrzeb; 4) każdemu wedle zasług; 5) każdemu wedle nakładu pracy; 6) każdemu wedle jego dzieł, czyli efektów jego pracy; 7) każdemu wedle pozycji, czy jak mówiono wcześniej, wedle urodzenia, w końcu 8) każdemu wedle tego, co przyznaje prawo. Niemniej jednak tak ogólne rozumienia sprawiedliwości, które to pojęcie nie jest ani jasne ani wyraźne, niewiele ułatwiają, a z pewnością nie wypełniają postulatów pewności prawa⁸, jeżeli to w jego ramach ma toczyć się dyskurs argumentacyjny, w którym chcemy z argumentu ze sprawiedliwości korzystać.

Także dziś kontynuowane są rozważania dotyczące sprawiedliwości i nadal poszukuje się jej uniwersalnej formuły. Warto nadmienić, że swoistą koncepcję prezentuje John Rawls⁹. Także Hans Kelsen poświęca sprawiedliwości należyta uwagę¹⁰. Chaim Perelman również zajmował się sprawiedliwością, jednak przeszedł w stronę zainteresowania retoryką, argumentacją, topiką prawniczą i dyskursywnością prawa, m.in. w efekcie swych bezowocnych poszukiwań uniwersalnej jej formuły¹¹. We współczesnym świecie należy uważać na – jak to określa Lech Morawski – błąd uniwersalistyczny, polegający na przekonaniu, że we wszystkich sferach rzeczywistości rządzą uniwersalne prawa, a życie społeczne we wszystkich swoich przejawach opiera się na uniwersalnych zasadach, które obowiązują wszystkich, zawsze i wszędzie¹². W konsekwencji powyższego argumentu ze sprawiedliwości będzie argumentem o zmiennej treści, która zależna będzie od teorii sprawiedliwości, jaką w danej sytuacji pragniemy się posłużyć. Dopiero przyjęcie określonej formuły sprawiedliwości wypełni argument ze sprawiedliwości treścią. Warto więc dalej przyjrzeć się wybranym aspektom teorii sprawiedliwości, odnosząc je do wymiaru argumentacyjnego, czyli zarówno do funkcji uzasadniającej, jak i do funkcji perswazyjnej.

Jak zauważa Zygmunt Ziemiński, sprawiedliwość to słowo, które ma silne zabarwienie emocjonalne, przy czym określenie jego sensu nie jest bynajmniej sprawą łatwą i wymaga wielostronnej relatywizacji¹³. Dodaje on, że współcześnie sprawiedliwym nazywa się takie postępowanie w stosunku do innych osób, w którym świadczy się innym jakieś dobro czy ewentualnie uzasadnione zło, nie kierując się jednak tym, z jaką indywidualnie osobą mamy do czynienia w danym przypadku, lecz w taki sam sposób traktując wszystkie osoby, które wyka-

⁷ Bowiernie nie ma sprawiedliwości tam, gdzie jeden nie ma nic, a drugi posiada więcej niż mu potrzeba.

⁸ Na temat pewności prawa zob. M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014 *passim*.

⁹ Zob. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1972 *passim*; wydanie polskie: J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

¹⁰ Zob.: H. Kelsen, *Czym jest sprawiedliwość*, Gdańsk 1996 *passim*.

¹¹ Zob.: K. Zeidler, *Nowa retoryka*, [w:] *Filozofia prawa w pytaniach ...*, s. 187 i n.; zob. też szerzej: Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1978 *passim*.

¹² L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm*, Toruń 2001, s. 69.

¹³ S. Wronowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 95.

zują jakieś jednakowe właściwości z przyjmowanego punktu widzenia¹⁴. O ile jednak postępowanie sprawiedliwe jest powszechnie pochwalane, o tyle nie ma zgody co do formuły sprawiedliwości, a w konsekwencji co do tego, jakie postępowanie jest sprawiedliwe¹⁵. Nie tylko wielość formuł sprawiedliwości, ale także konieczność zadawania pytań wartościujących, które są istotne przy rozwiązywaniu konkretnych spraw, nie ułatwia tu wyboru jednej, mającej być uniwersalną i jedyną podstawą treści argumentu ze sprawiedliwości.

Jednak w świetle wielu konkurencyjnych ujęć sprawiedliwości można próbować przyjąć którąś z nich jako podstawową. Tak czyni J. Rawls, hierarchizując te formuły i na pierwszym miejscu stawiając tę, która w największym stopniu uwzględniałaby zgodę przeważającej większości zainteresowanych, nawet jeśli nie znaliby oni konsekwencji, które wypłynęłyby dla nich z przyjęcia tej formuły¹⁶. Trzeba jednak zauważyć, że z punktu widzenia podejmowania działań przez określone podmioty w stosunku do adresatów tych działań w wielu miejscach Rawls podkreśla konieczność rozumienia sprawiedliwości jako bezstronności, czyli traktowania podobnych przypadków w podobny sposób¹⁷. Tak ujęta sprawiedliwość będzie więc dyrektywą dotyczącą działania organu stosującego, ale także tworzącego prawo. Dalej jednak pojęcie sprawiedliwości będziemy odnosić, gdyż to jest istotą argumentu ze sprawiedliwości, do postulatu mówiącego, że jeżeli czyjeś prawa zostały bezpodstawnie naruszone w przeszłości, to rodzi się silny protest o uzasadnieniu moralnym, w ramach którego oczekuje się, aby został przywrócony stan sprzed tego naruszenia, czyli aby został przywrócony stan sprawiedliwości. Natomiast im radykalniejsze, silniejsze i powszechniejsze jest naruszenie tych praw, tym bardziej ten postulat się intensyfikuje.

Argument ze sprawiedliwości najsilniej odwołuje się do norm moralnych. O ile bowiem jednym z zadań stawianych prawu jest dostarczanie narzędzi służących przywracaniu stanu sprawiedliwości, o tyle sprawiedliwość jest stanem budowanym właśnie na normach moralnych. Jak zauważa Michał Heller: „każde naruszenie porządku moralnego w sposób naturalny domaga się zadośćuczynienia, czyli przywrócenia porządku”¹⁸. Antoni Kość odwołuje się do następującego kryterium: „Gdy heteronomiczne prawdy moralne stają się wątpliwe i za mało konkretne, wówczas sumienie każdej jednostki jest ostatnią instancją moralną, do której może się odwołać etyczny rozsądek. Dlatego też społeczeństwo otwarte szuka podstawy potwierdzenia i legitymacji własnej decyzji sprawiedliwości

¹⁴ Tamże, s. 95.

¹⁵ Tamże, s. 96.

¹⁶ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, *passim*; J. Rawls, *O idei publicznego rozumu raz jeszcze*, [w:] tenże, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 200 i n.

¹⁷ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, s. 12 i n.; zob. też: J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998 *passim*; J. Rawls, *Prawo ludów...*, *passim*; por. też: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 211 i n.; Z. Tobor, K. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków 2003, s. 273 i n.

¹⁸ M. Heller, *Jak być uczonym*, Kraków 2009, s. 10.

w moralnej autonomii swoich członków. Sumienie to – rozstrzygające, czy daną rzecz uważać za słuszną – ujawnia się przy rozwiązywaniu problemów sprawiedliwości jako świadomość prawna. Świadomość prawna staje się źródłem istotnych doświadczeń wartości¹⁹. Przy czym dodaje on od razu: „Porządek wspólnoty można jednak budować na autonomicznych decyzjach sumienia tylko wtedy, gdy uda się przezwyciężyć subiektywność i w kwestiach sprawiedliwości osiągnąć przynajmniej przeważający konsensus. Dlatego też problem zdolności obywateli do konsensusu jest punktem centralnym tego zagadnienia. Jeżeli w zagadnieniach sprawiedliwości nie dojdzie się do poglądów, które zaakceptują wszyscy, wówczas człowiek musi zadowolić się przeważającym konsensusem większości”²⁰.

Sprawiedliwość i prawo pozostają ze sobą w „genetycznym związku”. Odwołując się do tradycji antycznej, można tu przykładowo przywołać łacińskie sentencje, z jednej strony ukazujące podrzędność sprawiedliwości wobec prawa: *aequitas non facit ius, sed iuri auxiliatur*²¹ czy też inną: *aequitas numquam contravenit legi*²²; z drugiej jednak strony jej podstawową rolę w procesie stanowienia prawa: *aequum et bonum est lex legum*²³. Niemniej takie proste, przysłowiowe wręcz ujęcie, nie jest satysfakcjonujące. Znalezienie odpowiedzi uniwersalnej nie jest tu możliwe. Pozostaje więc konkludować, przywołując za Ulpianem paremię najbardziej adekwatną, a często podawaną jako podstawowa formuła sprawiedliwości: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²⁴.

Warto także zwrócić uwagę na to, że art. 2 Konstytucji RP²⁵ traktuje o sprawiedliwości społecznej, stanowiąc, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej²⁶. Jak komentuje to Piotr Winczorek: „Zasady sprawiedliwości społecznej nie są w pełni usystematyzowane. [...] należy do nich równość wszystkich obywateli i ochrona słabszych ekonomicznie jednostek i grup ludności, wyrażająca się w istnieniu odpowiednich zabezpieczeń społecznych i usług socjalnych świadczo-

¹⁹ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, s. 101.

²⁰ Tamże, s. 102.

²¹ *Sprawiedliwość nie stanowi prawa, lecz prawo wspomaga*; zob. K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2007, s. 8; J. Zajadło, *Teoria i filozofia prawa*, [w:] *Łacińska terminologia...*, s. 25–26.

²² *Sprawiedliwość nigdy nie sprzeciwia się prawu*; zob. K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje...*, s. 8.

²³ *To, co słuszne i sprawiedliwe, jest najwyższą ustawą*; zob. K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje...*, s. 8.

²⁴ *Sprawiedliwość jest niezmienną i trwałą wolą oddania każdemu, co mu się należy*; J. Zajadło, *Teoria i filozofia...*, s. 48.

²⁵ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

²⁶ Na temat sprawiedliwości społecznej zob. szerzej: Z. Ziemiński, *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne*, Warszawa 1996 *passim*; A. Pułło, *Zasady ustroju politycznego państwa. Zarys wykładu*, Gdańsk 2014, s. 129 i n.; zob. też: J. Karp, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Kraków 2004 *passim*; J. Boratyński, *Sprawiedliwość społeczna w konstytucji*, „Edukacja Prawnicza” 2009, nr 5.

nych przez państwo i różne wspólnoty samorządowe. Nie należy jednak zasady sprawiedliwości społecznej rozumieć jako równoznaczną z całkowitym ekonomicznym i społecznym egalitaryzmem. [...] Stąd też sprawiedliwość społeczną, rozumianą w sensie arystotelesowskiej sprawiedliwości dystrybtywnej (rozdzielczej), należy raczej wiązać z postulatem zapewnienia wszystkim jednostkom (obywatelom) zbliżonych szans rozwoju i awansu ekonomiczno-społecznego, a nie z zagwarantowaniem im jednakowego położenia osiąganego dzięki równemu, dokonywanemu za pośrednictwem władz publicznych podziałowi rozmaitego rodzaju dóbr²⁷. Sprawiedliwość społeczna będzie więc szczególnym rodzajem sprawiedliwości rozumianej najogólniej, choć jak zauważa Andrzej Pułło: „Pojmowanie sprawiedliwości, a już w szczególności sprawiedliwości społecznej jest silnie zabarwione emocjonalnie i – co więcej – jest zmienne historycznie²⁸. Zaznaczyć też należy, że niekiedy pojęcie to spotyka się ze zdecydowaną krytyką.

3. W dyskursie argumentacyjnym są wykorzystywane różne argumenty, które można nazywać, opisywać, porządkować, typizować i klasyfikować²⁹. W konkretnych sporach strony używają ich po to, aby uzasadniać i wzmacniać własne twierdzenie przy równoczesnej próbie obalenia twierdzenia przeciwnika. Jeśli pomiędzy tymi twierdzeniami zachodzi stosunek sprzeczności, to obydwa nie mogą być ważne i uzasadnione w ramach tego właśnie sporu, którego dotyczą. Argumenty pozostawać więc mogą w sprzeczności, a na nich opiera się uzasadnienie i ważność twierdzenia. Co równie ważne, o tym że argument *a1* pozostaje w sprzeczności z argumentem *a2*, rzadko kiedy można orzekać *in abstracto*, bowiem to dopiero w danym sporze wypełniane są one treścią i zostają w określony sposób użyte, co razem decyduje o ich ewentualnej kontrydiktoryjności.

Warto już tu podkreślić, co będzie jeszcze podniesione dalej, że argument ze sprawiedliwości może pozostawać w sprzeczności z innymi doniosłymi i ważnymi argumentami, w szczególności z argumentem z prawa, tak że coś może być zgodne z prawem, a zarazem niesprawiedliwe. Pamiętamy wszak, że już Cyceyron jako często powtarzaną sentencję przywoływał *summum ius summa iniuria*, co znaczy, że szczyt prawa to równocześnie szczyt bezprawia, w tym sensie, że nazbyt ściśle, bardzo formalne traktowanie litery prawa w procesie jego stosowania staje się lub choćby może stać się krańcową niesprawiedliwością. W procesie stosowania prawa oczekuje się od organu stosującego prawo, w szczególności od sądu, aby orzekał sprawiedliwie, podobnie jak od prawodawcy oczekuje się stanowienia sprawiedliwego prawa. Ale obowiązkiem organu jest orzekanie zgod-

²⁷ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 19–20.

²⁸ A. Pułło, *Zasady ustroju ...*, s. 138.

²⁹ Zob. K. Zeidler, *Restytucja dóbr kultury ze stanowiska filozofii prawa. O trudnych przypadkach na granicy kultury i prawa*, Warszawa 2011, s. 159 i n.

nie z prawem – w oparciu o prawo i zgodnie z jego treścią – nie zaś orzekanie sprawiedliwe w jakimś innym niż zgodność z obowiązującym prawem sensie. Tak więc orzeczenie może być na tyle tylko sprawiedliwe, na ile pozwala prawo. Zaś w sytuacji oczywistego konfliktu sprawiedliwości z prawem dojść można do sytuacji, gdy orzeczenie będzie zgodne z prawem, choć równocześnie rażąco nawet niesprawiedliwe.

4. Powyższe łączy się w sposób oczywisty z najstarszym sporem w historii prawa, jakim jest spór *ius* z *lex*, który dziś określa się mianem sporu koncepcji prawnonaturalnych z pozytywizmem prawniczym³⁰. Przenosząc to na grunt współczesnej filozofii prawa warto zauważyć, że tego typu spór wartości określa się dziś mianem trudnego przypadku w prawie (tzw. *hard case*). Spór zasad wyrażających określone wartości będzie więc trudnym przypadkiem w prawie, choć sprawa jest dużo bardziej złożona, gdyż określenie *hard case*, czyli trudny przypadek, nie jest jednoznaczne na gruncie współczesnej filozofii prawa. Dyskusyjna jest zarówno podstawa podziału przypadków na trudne i proste, jak i samo analizowane zjawisko³¹. Warto zacząć od tego, że z trudnym przypadkiem będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy sprawa nie generuje jednego, standardowego rozwiązania, lecz przeciwnie – może być wiele poprawnych rozstrzygnięć. Rozwiązanie trudnego przypadku nie wypływa jednoznacznie z zastosowanych reguł prawnych i najczęściej w takiej sytuacji pojawia się konieczność sięgnięcia do innych niż prawne norm i ocen, a także wartościowania, do czego dochodzi w przypadku konfliktu zasad prawnych (konflikt wewnętrzny) albo rażącego konfliktu prawa z innym, ważnym i uznawanym porządkiem normatywnym (konflikt zewnętrzny).

Współczesne rozumienie i teoria trudnych przypadków kształtowały się przede wszystkim na gruncie sporu Herberta L.A. Harta i Ronalda Dworkina³². Co godne uwagi to fakt, że pozytywista Hart poszukuje rozwiązania trudnych przypadków na gruncie wartości i norm pozaprawnych, zaś niepozytywista Dworkin na gruncie zasad i wskazówek będących w istocie częścią systemu prawa³³. Ronald Dworkin twierdzi, że prawo, będące podstawą orzekania, składa się z reguł i zasad³⁴. Reguły to normy wyznaczające określone postępowanie we wskazanych w nich okolicznościach na zasadzie „wszystko albo nic”. Regułę można zatem wypełnić, realizując wyznaczone przez nią zachowanie, albo narużyć. Natomiast z dwóch reguł sprzecznych tylko jedna może być obowiązująca.

³⁰ Zob. szerzej J. Zajadło, *Ius a lex*, [w:] *Filozofia prawa w pytaniach ...*, s. 264 i n.

³¹ M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja prawomocności*, Łódź 1992, s. 113 i n.

³² Zob.: R.A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford 1996, s. 1 i n.; M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja ...*, s. 114 i n.

³³ Z. Brodecki, *Idee, zasady ogólne i zasady w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007, s. 16.

³⁴ Zob.: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998 *passim*; por. też: T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 3.

Zasady nie wyznaczają jakichś prostych obowiązków określonego zachowania, ale wskazują cele, które należy osiągnąć oraz racje, jakimi winien kierować się organ orzekający. Zasady są więc normami naczelnymi w tym sensie, że wytyczają granice, w których inne normy winny się mieścić, a ich funkcją jest w szczególności zabezpieczenie określonych wartości³⁵. Ronald Dworkin szuka rozwiązania trudnego przypadku w systemie prawa składającym się nie tylko z reguł, ale także zasad, a nawet polityk. Sędzia, który przy rozstrzygnięciu sprawy nie ma do dyspozycji jednoznacznego przepisu w rozumieniu reguły, winien szukać rozwiązania w ramach systemu prawa na gruncie zasad lub polityk.

Na plan pierwszy wysuwają się tu trzy tezy R. Dworkina. Po pierwsze, prawo nie składa się wyłącznie z reguł; po drugie, sędzia w procesie rozstrzygnięcia może powoływać się nie tylko na reguły i po trzecie, nie istnieje ścisły rozdział prawa i moralności. Tak więc system prawa, rozumiany wąsko jako system reguł prawnych, jest zbyt ubogi do rozstrzygnięcia bardziej skomplikowanych przypadków. W prostych sprawach sędzia, aby wydać rozstrzygnięcie, musi jedynie odnaleźć odpowiednią regułę prawną. Jednak w trudnych przypadkach to nie wystarcza i konieczne staje się odwołanie do innych norm poza wąsko rozumianym systemem prawa. Dlatego sięgnąć należy po zasady prawa, które w odróżnieniu od reguł mogą być spełnione w większym lub mniejszym stopniu, przy postulatce dążenia do realizacji nakazanego stanu rzeczy w stopniu możliwie największym. W przypadku konfliktu reguł prawnych dochodzi do uchylenia jednej z nich, co jest zabiegiem przeprowadzanym na gruncie rozumowań prawniczych, najczęściej w oparciu o reguły kolizyjne, i co nie czyni przypadku trudnym. Inaczej jest przy konflikcie zasad. Tu wymaga się ważenia oraz odwoływania się do wartości i kryteriów wyrażonych w tych zasadach. Tak więc, jeśli argumenty wyrażać będą określone zasady, to mamy tu do czynienia z przypadkiem wzorcowym trudnego przypadku w prawie.

Zarówno reguły, jak i zasady mogą pozostawać ze sobą w kolizji. O ile nie sprawia szczególnych problemów rozstrzygnięcie w przypadku sprzeczności reguł, o tyle znacznie trudniej jest w sytuacji konfliktu zasad. O tym można natomiast rozstrzygać tylko w konkretnym przypadku, czyli orzekając w danej sprawie. Odwołując się do zasad przy orzekaniu w trudnym przypadku, dokonuje się aktu „ważenia” wartości i przyznawania jednym z nich pierwszeństwa przed innymi. Jednak ta decyzja o „wyższości” jednej zasady nad inną jest związana z orzekaniem w konkretnej sprawie w tym sensie, że nie ma tym samym charakteru uniwersalnego. Wszak w innej konkretnej sprawie organ orzekający może dokonać całkowicie odmiennego „ważenia” wartości. Zasada nie wyznacza więc treści rozstrzygnięcia w sposób jednoznaczny, ale stanowi argument za wydaniem takiej, a nie innej decyzji i w tym tylko sensie może być podstawą orzekania

³⁵ Zob. szerzej R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford 2001 *passim*; S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974 *passim*.

o uprawnieniach i obowiązkach adresata tej decyzji. W przypadku zasad w procesie stosowania prawa dochodzi więc do ich ważenia, wartościowania, uzgadniania. Ronald Dworkin uznaje przy tym, że nie można dokonać precyzyjnego odróżnienia reguł prawnych od reguł pozaprawnych, w szczególności moralnych, co jest widoczne przy rozstrzyganiu trudnych przypadków. Sprzeciwia się on moralnej neutralizacji prawa, przedstawiając teorię integralnej jedności porządku prawnego. Na gruncie integralnej filozofii prawa R. Dworkina w poszukiwaniach rozwiązania trudnego przypadku trzeba więc pozostać w granicach systemu prawa. Co równie ważne, Dworkin twierdził, że każdy trudny przypadek ma swoje jedyne poprawne i słuszne rozwiązanie, do którego organ stosujący prawo winien dotrzeć³⁶. Sędzia czy urzędnik nie ma więc swobody w orzekaniu w trudnych przypadkach i winien dążyć do odnalezienia owego jednego właściwego rozstrzygnięcia. Ta teza o istnieniu jedyne go właściwego rozstrzygnięcia – jak zauważa M. Zirk-Sadowski – jest możliwa do utrzymania tylko przy założeniu istnienia politycznej wspólnoty, doskonale zintegrowanej w swych politycznych sądach i praktyce, której istnienie umożliwia jednolite orzekanie nawet w sytuacji konfliktu zasad³⁷.

Herbert L.A. Hart inaczej widzi przedmiotową kwestię³⁸. Bardzo wąskie ujęcie roli prawnika w procesie stosowania prawa, sprowadzone właściwie do aktu poznania i zastosowania normy prawnej, powoduje, że w trudnych przypadkach sędziemu pozostaje szukanie rozwiązania poza prawem, dzięki tzw. pojęciom otwartotekstowym³⁹. Tak jak tego chce Hart, w sytuacji, kiedy dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy nie znajduje zastosowania żadna z obowiązujących reguł lub ich zastosowanie nie daje jednoznacznego wyniku, sąd zajmujący się sprawą winien wyjść poza system prawny w poszukiwaniu najlepszego rozstrzygnięcia trudnego przypadku. Hart zaprzecza także istnieniu standardu jedynej poprawnej decyzji sądowego stosowania prawa. To jednak rodzi dla pozytywistów wewnętrzną sprzeczność, gdyż sędzia nie ma przecież uprawnień ogólnoprawotwórczych ani nadmiernej swobody interpretacyjnej, jednak odwołując się poza system prawa, chcąc nie chcąc, ten system współkształtuje.

Jerzy Stelmach odrzuca zdecydowanie pogląd Dworkina, że w trudnych przypadkach istnieje tylko jedno prawidłowe, słuszne rozstrzygnięcie, bo gdyby tak było, wówczas taki przypadek nie zasługiwałby prawdopodobnie na miano trudnego⁴⁰. Dostrzega on możliwość znalezienia jednego lub więcej właściwych rozstrzygnięć, pisząc: „nie zgadzam się z Dworkiem, który uważał, że istnieje tylko jedno właściwe rozstrzygnięcie, a zadaniem sędziego – Herkulesa – jest to

³⁶ Zob. szerzej R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 155 i n.

³⁷ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 103.

³⁸ Zob. szerzej L. Leszczyński, *Zagadnienia systemu prawa w koncepcji H.L.A. Harta*, *Annales UMCS Sectio G Ius*, 1979, t. 26, s. 133 i n.; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 35 i n.; M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 182 i n.

³⁹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, s. 39.

⁴⁰ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 16.

rozstrzygnięcie znaleźć. Cała praktyka prawnicza przemawia przeciwko takiemu założeniu. Bo to właśnie w sprawach trudnych względnie jednolite orzecznictwo się załamuje, a podejmowane rozstrzygnięcia – nierzadko precedensowe – w takich samych lub podobnych «trudnych przypadkach» istotnie się od siebie różnią [...]. Ponadto tylko w nieznacznym procencie «właściwego rozstrzygnięcia» poszukuje sąd lub organ administracyjny⁴¹. Należy tu też zwrócić uwagę na pozasądowy wymiar trudnych przypadków, choć J. Stelmach uznaje, że dyskurs argumentacyjny musi być prowadzony w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem, gdyż inaczej byłby jedynie dyskursem etycznym⁴². Gdyby jednak przyjąć twierdzenie Dworkina o możliwości odnalezienia jedyne prawidłowego rozwiązania, to w gruncie rzeczy nie mielibyśmy do czynienia z przypadkiem trudnym, lecz z przypadkiem łatwym. Dlatego też należy przyjąć, iż istotą trudnych przypadków jest to, że w procesie dyskursu argumentacyjnego można dojść do kilku rozwiązań, które da się uzasadnić na gruncie przyjętych kryteriów słuszności i racjonalności⁴³.

Podobnie uważa Jerzy Zajadło, który podkreśla, że dworkinowskie ujęcie trudnych przypadków jest wąskie, a może nawet zbyt wąskie, ponieważ ogranicza się tylko do procesu stosowania prawa i w rezultacie także jego wykładni⁴⁴. Jerzy Zajadło zauważa: „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. [...] W praktyce, zwłaszcza tam, gdzie dochodzi do styku prawa z innymi systemami normatywnymi, może jednak natrafić na tzw. trudne przypadki (*hard cases*) – wówczas relacja pomiędzy *ius* a *lex* jawi się nam z całą ostrością”⁴⁵. Choć szczególnie godne uwagi jest traktowanie „trudnych przypadków” jako występującego konfliktu zasad, to jednak mieści się w nich coś więcej, gdy okazują się one jeszcze bardziej aktualnym problemem w prawie, niż jawi się to w świetle wyżej przywołanych ich koncepcji. Spotyka się także inne ujęcia problematyki trudnych przypadków, a także przywołuje się inne jeszcze kryteria dla określenia *case* jako *hard*⁴⁶.

Jerzy Zajadło, ujmując więc trudne przypadki szeroko, dostrzega pięć płaszczyzn prawa, na których mogą one występować; są to: 1) tworzenie prawa, 2) stosowanie prawa, 3) wykładnia prawa, 4) obowiązywanie prawa oraz 5) prze-

⁴¹ Tamże, s. 21.

⁴² Tamże, s. 38.

⁴³ J. Zajadło, *Co to są hard cases?*, [w:] *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 11.

⁴⁴ Tamże, s. 7.

⁴⁵ J. Zajadło, *Ius a lex*, [w:] *Łacińska terminologia prawnicza*, red. J. Zajadło, Warszawa 2009, s. 14.

⁴⁶ Zob. J. Zajadło, *Co to są hard cases...*, s. 7 i n.; zob. szerzej: M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja...*, s. 113 i n.; por. też: S. Sykuna, J. Zajadło, „Sprawy konstytucyjne” w integralnej filozofii prawa Ronalda Dworkina, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, t. 12, s. 279 i n.; B. Wojciechowski, Rozstrzygnięcie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2004, t. 70; S. Sykuna, *Trudne przypadki*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 339 i n.

strzeżenie prawa. Chociaż wzajemnie się one przenikają (np. wykładnia prawa jest elementem stosowania prawa), to istnieją podstawy, aby traktować o każdej z tych płaszczyzn osobno. I na każdej z nich może pojawić się ów spór pomiędzy *ius* a *lex*. Za czynnik decydujący o tym, czy mamy do czynienia z trudnym czy łatwym przypadkiem, należy więc przyjąć wielość możliwych rozwiązań, które da się uzasadnić w procesie dyskursu argumentacyjnego na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności⁴⁷. Obejmuje to jednak nie tylko sytuację sędziego, poszukującego rozwiązania w konkretnej sprawie, w której brak jednoznacznej reguły prawnej, gdyż może to dotyczyć także np. prawodawcy, decydującego się na regulację albo na powstrzymanie się od regulacji określonej sfery stosunków społecznych. Jerzy Zajadło pisze, że: „Dotyczy to także sfery obowiązywania prawa, np. kiedy sąd staje przed niezwykle rzadkim, ale jednocześnie 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”⁴⁸.

Pojęcie „trudnego przypadku” może więc występować w procesie stosowania prawa, ale także w prawodawstwie. Trudny przypadek prawodawstwa dotyczy regulacji skomplikowanych stanów faktycznych w sytuacji wielości konfliktowych celów prawodawczych, połączonej ze spornością wiedzy instrumentalnej, konfliktami ocen użycia określonych środków prawnych oraz dysfunkcyjnością form regulacji prawnej na tle zastanego stanu prawnego⁴⁹. Brak działań prawodawcy wynika z różnych przyczyn, które mogą dotyczyć tak obawy co do nadmiernych kosztów politycznych danej decyzji prawotwórczej, jak braku konsensusu co do najwłaściwszej metody regulacji, wtedy zwłaszcza, kiedy w kwestii zamierzonego celu istnieje powszechna zgoda. John Rawls zauważa, że: „Koncepcje polityczne różnią się także kształtowaniem lub równoważeniem politycznych zasad i wartości, nawet jeśli uznają za istotne te same zasady i wartości”⁵⁰. Prawo stanowione nie ma jednak w sobie, ze swej istoty, nic dobrego i trwałego, jego podstawą jest stanowienie i dlatego często zmienia się ono, tak jak zmieniają się poglądy osób je tworzących na temat rzeczywistości społecznej, istotnych wartości, a także tego, co jest sprawiedliwe⁵¹. Przede wszystkim jednak trudne przypadki występują tam, gdzie dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi, przede wszystkim moralnością, ale też polityką, ekonomią, w końcu z samym prawem. W tym sensie dyskurs prawniczy jest dyskursem aksjologicznym i stąd z konieczności odwołuje się do wartościowania⁵².

⁴⁷ J. Zajadło, *Co to są hard cases...*, s. 13.

⁴⁸ Tamże, s. 13.

⁴⁹ Zob.: J. Wróblewski, *Uzasadnienie aktu prawodawczego*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 1, s. 23; zob. też M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja...*, s. 113 i n.

⁵⁰ J. Rawls, *Prawo ludów ...*, s. 26.

⁵¹ A. Kość, *Podstawy filozofii...*, s. 24 i n.

⁵² J. Zajadło, *Co to są hard cases...*, s. 14.

Warto więc przychylić się do najszerszego ujęcia koncepcji trudnych przypadków, tak jak to proponuje J. Zajadło, pisząc: „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 uzasadnionych rozwiązań. Po trzecie, 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 itp.”⁵³

5. Sprowadzając dalej niniejsze rozważania do kwestii zadośćuczynienia, rozumianego jako wyrównanie krzywd, czyli do przywrócenia tzw. stanu sprawiedliwości, który został naruszony, odnieść się można do dwóch ważnych dyskursów współczesnej filozofii prawa. Po pierwsze, argument ze sprawiedliwości pojawia się w doniosłej problematyce rozliczania przeszłości, czyli tzw. sprawiedliwości tranzycyjnej, czyli sprawiedliwości okresu przejściowego, okresu transformacji⁵⁴. Ten nurt refleksji filozoficzno-prawnej rozwinął się na gruncie rozważań dotyczących rozliczania popełnionych w przeszłości czynów w państwach o charakterze autorytarnym lub totalitarnym w chwili przekształcania się tego państwa w demokratyczne państwo prawa. Koncepcja ta, określaną także mianem sprawiedliwości dziejowej, koncentruje się na ofiarach tych czynów i na warstwie kompensacyjnej, nawet jeśli ma to być zadośćuczynienie symboliczne, a pokrzywdzeni już nie żyją. Istotną rolę odgrywa tu czynnik czasu i związanej z nim pamięci⁵⁵. Kluczowe pozostają rozważania dotyczące etycznego, czy może lepiej moralnego wymiaru historii⁵⁶. Pojęciem kluczowym w tej koncepcji jest więc historyczna nieprawość czy też historyczna niesprawiedliwość. Silnie podkreślany jest moralny, polityczny oraz prawny aspekt rozliczania przeszłości. Zbrodnie poprzedniego okresu łączyły się z łamaniem pewnych norm społecznych, którymi nie zawsze musiały być normy prawne, gdyż częstokroć dokony-

⁵³ J. Zajadło, *Po co prawnikom...*, s. 15 i n.

⁵⁴ Zob. szerzej: E. Barkan, *The Guilt of Nations. Restitution and Negotiating Historical Injustice*, Baltimore–London 2001 *passim*; R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford–New York 2001 *passim*; L.H. Meyer, *Historische Gerechtigkeit*, Watler de Gruyter, Berlin–New York 2005 *passim*; zob. też: R.G. Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, „Yale Law Journal” 1997, nr 106, s. 2009 i n.. Należy przy tym zaznaczyć, że problematyka podjęta i przedstawiona w tych pracach jest kontynuowana, a dyskusja trwa nadal; zob. D. Butt, *Rectifying International Injustice: Principles of Compensation and Restitution Between Nations*, Oxford–New York 2009, s. 3 i n.

⁵⁵ Por. A. Czarnota, *Time's Arrows: Law and Collective Memories. Antipodean Reflection on Time. Law and Society*, „Archivum Iuridicum Cracoviense” 1998, nr 29–30.

⁵⁶ Zob. K.M. Wyman, *Is There a Moral Justification for Redressing Historical Injustices?*, „Vanderbilt Law Review” 2008, vol. 61, s. 127 i n.; D. Butt, *Rectifying International Injustice...*, s. 34 i n.

wano moralnie nagannych czynów w majestacie prawa. Równie często bywało tak, że naruszenie praw jednostki odbywało się nie tylko wbrew normom moralnym, ale i równocześnie prawnym.

Rozliczanie przeszłości w rzeczywistości państw demokratycznych napotyka pewne ograniczenia. Po pierwsze, działanie to wyklucza ze swej istoty odwoływanie się do niesprawiedliwych, a często poniżających i naruszających godność ludzką działań charakterystycznych dla państw autorytarnych i totalitarnych. Innymi słowy, wychodząc naprzeciw postulatowi rozliczenia przeszłości, nie wolno sięgać do narzędzi, z których dzisiejsi oskarżeni niegdyś korzystali, aby nie dopuścić tym samym do sytuacji, gdy „kat staje się ofiarą”. Wiąże się to z ogólniejszym zakazem wprowadzania rozwiązań ekstremalnych w państwach demokratycznych. W końcu warto też pamiętać, także w kontekście ważenia wartości w przypadku ich konfliktu, że nie należy rozstrzygać prawd filozoficznych w drodze orzeczeń sądowych.

Problematyka przeobrażeń systemowych państwa, a w konsekwencji prawa, zawsze przysparza wielu doniosłych problemów prawnych, co dotyczy zwłaszcza kwestii zachowania ciągłości państwa i jego systemu prawnego⁵⁷. Wyżej zarysowana sytuacja, przy przyjęciu założenia dotyczącego ciągłości systemu prawnego, prowadzi często do konieczności stosowania prawa, które powstawało w radykalnie odmiennych warunkach polityczno-społeczno-ekonomicznych, a przy tym równie często służyło określonej ideologii, jak utrzymaniu określonych grup społecznych u władzy. W takich sytuacjach na plan pierwszy może się wysunąć konieczność odejścia od klasycznego, pozytywistycznego myślenia o prawie, na rzecz poszukiwania jego nowej idei⁵⁸. Odejście to może być, jak się okazuje, znaczne, gdyż: „W procesie rozliczania przeszłości społeczeństwo może zatem wykorzystywać instytucje wychodzące poza klasyczne formy prawne, co jest uzasadnione kontekstem dziejowym oraz aksjologicznym odcięciem się od założeń dawnego systemu”⁵⁹.

W państwach Europy Środkowej i Wschodniej przedmiotowa problematyka była często łączona z problemem, ale zarazem postulatem dekomunizacji. Ten,

⁵⁷ Zob. A. Turska, *Dynamika ładu normatywnego w społeczeństwie posttotalitarnym*, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992, s. 266 i n.; L. Leszczyński, *On the Three Concepts of Rights and Freedoms in Post-War Poland*, [w:] *Protection of Human Rights in Poland and European Communities*, L. Leszczyński (ed.), Lublin 1995, s. 139 i n.; M. Smolak, *Ład społeczny i sprawiedliwość transzycyjna – polskie i południowoafrykańskie doświadczenia*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, t. 9, s. 269 i n.; tenże, *Uzasadnianie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków 2003, s. 14 i n.; A. Czarnota, *Is there Rule of Law after Communism? Some Reflections on Conditions and Prospects*, [w:] *Prawo a wartości ...*, s. 21 i n.; M. Jackowski, *Transformacja ustrojowa po 1989 roku a zmiany prawa*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 5, s. 16 i n.; zob. też: W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008 *passim*.

⁵⁸ Z. Ziemiński, „Lex” a „ius” w okresie przemian, „Państwo i Prawo” 1991, z. 6.

⁵⁹ T. Snarski, *Sprawiedliwość transformacyjna, filozofia prawa i rozliczanie przeszłości przez demokratyczne państwo prawa*, „Pamięć i Sprawiedliwość” 2010, nr 2, s. 211.

rozumiany szeroko, głosił potrzebę usunięcia pozostałości ustroju komunistycznego z życia politycznego, społecznego, ekonomicznego byłych państw komunistycznych lub socjalistycznych. Opiera się przy tym na tezie, że oczyszczenie życia publicznego z instytucji, zachowań oraz mentalności charakterystycznych dla systemu komunistycznego jest niezbędnym warunkiem rozpoczęcia i skuteczności procesu wszelkich reform. Lech Morawski problem ten zawiera w pytaniu: „czy ci, którzy sprawowali władzę w reżimie totalitarnym, mają prawo do jej sprawowania w demokratycznym państwie prawa”⁶⁰. O ile konsekwencją takiego stanowiska były w szczególności postulaty wyeliminowania z życia publicznego osób związanych z reżimem komunistycznym, pozbawienie byłych funkcjonariuszy aparatu władzy niektórych uprawnień, przede wszystkim majątkowych, przeprowadzenia lustracji, szybkiego uchylecia przepisów prawa pochodzącego z poprzedniego okresu, w końcu ukaranie sprawców przestępstw popełnianych w związku z ochroną reżimu komunistycznego oraz wprowadzenie nieprzedawnialności tych przestępstw, o tyle w warstwie majątkowej towarzyszą im często postulaty dotyczące wyrównania niesprawiedliwości materialnej, w szczególności zaś odwrócenia stanu pozbawienia dawnych prawowitych właścicieli ich majątków, czyli postulat repriwatyzacji⁶¹.

Po zakończeniu II wojny światowej tzw. formuła Radbrucha stanowiła narzędzie, które pozwoliło zmierzyć się ze zbrodniami nazistowskimi dokonywanymi na podstawie obowiązującego prawa pozytywnego⁶². Uznano wówczas, że w przypadku rażącej niezgodności norm prawa pozytywnego z normami prawa natury tym drugim należy przyznać pierwszeństwo. Jej podstawą była teza o ustawowym bezprawiu oraz o ponadustawowym prawie. Zdaniem Gustawa Radbrucha należy odmówić charakteru prawnego, a tym samym mocy wiążącej, normom prawnym, które są niesprawiedliwe pod względem treści, a poprawne tylko pod względem formalnym. Warto wspomnieć, że w jego filozofii prawa idea prawa składa się z trzech elementów, jakimi są: bezpieczeństwo, celowość i sprawiedliwość. Prawo doskonale zapewnia między nimi idealną harmonię, jednak w rzeczywistości dochodzi do konfliktów. W praktyce pojawia się więc konieczność ważenia ich i przyznawania którejś z tych idei prymatu⁶³.

⁶⁰ L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014, s. 307 i n.

⁶¹ Zob.: N.J. Kritz (ed.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, t. 3, *Law, Rulings, and Reports*, United States Institute of Peace, Washington 1995, s. 307 i n.; E. Barkan, *The Guilt of Nations...*, s. 113 i n.

⁶² Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001 *passim*; tenże, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 6, s. 25 i n.; tenże, *Formuła Radbrucha a paradygmat niepozytywistycznej teorii prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. 7, s. 683 i n.

⁶³ Zob. J. Zajadło, *Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość: Antynomie idei prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, t. 9, s. 233 i n.; J. Potrzebszcz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007, s. 83 i n.; zob. też, *Sprawiedliwość jako idea prawa*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 65 i n.; gdzie autorka odwołuje się także obszernie do interpretacji A. Kaufmanna.

Także później wielokrotnie stawano przed koniecznością osądzenia i rozliczenia przeszłości. Tak było po połączeniu Niemiec Zachodnich i Wschodnich, gdy podjęto wysiłek rozliczenia czasów NRD, co w szczególności dotyczyło głośnej sprawy tzw. strzelców przy Murze Bélińskim⁶⁴. Przykłady można mnożyć, a dotyczą one istotnej liczby państw na świecie, takich jak chociażby: Argentyna, Czad, Chile, Gwatemala, Kambodża, Republika Południowej Afryki, Salvador, Sierra Leone, Uganda, państwa powstałe w wyniku rozpadu Jugosławii i wiele innych. Rozważania nad problematyką sprawiedliwości tranzycyjnej nabrały dynamiki w wyniku przeobrażeń współczesnych państw, także wyżej wskazanych, które z państw autorytarnych lub totalitarnych w różnym czasie i z różną intensywnością przekształcały się w państwa demokratyczne. Przeobrażenia takie obejmują wiele aspektów, w tym prawo⁶⁵. W ich trakcie, w różnych momentach, pojawiał się problem rozliczenia przeszłości. Na tym gruncie rodziły się różne koncepcje, w różnorodny sposób uzasadnialne i uzasadniane. Jednak, jak zauważa J. Zajadło: „Problem odpowiedzialności za zbrodnie minionego reżimu wiąże się z taką ilością problemów etycznych, politycznych i prawnych, że tylko stawiane pytania nabierają uniwersalnego charakteru, odpowiedzi natomiast zawsze pozostaną otwarte i zrelatywizowane”⁶⁶.

Polityka wobec przeszłości powinna więc obejmować precyzyjne i racjonalne określanie obszarów, metod i celów w warunkach współczesnego demokratycznego państwa prawa. Sprowadza się ona, a w tym rozliczanie przeszłości – jak podkreśla J. Zajadło – do postulatu osiągnięcia pięciu podstawowych celów, którymi są: 1) ustalenie prawdy, 2) wymierzenie kary, 3) moralne potępienie, 4) restytucja i zadośćuczynienie za krzywdy oraz 5) kultywowanie pamięci⁶⁷. Sprawy związane z rozliczaniem przeszłości są często trudnymi przypadkami⁶⁸. Na tym m.in. polega trudny przypadek, że nie jesteśmy w stanie łatwo znaleźć jedyne słusznego, sprawiedliwego, a co więcej satysfakcjonującego wszystkich rozwiązania. Wszak często słusność decyzji jest zrelatywizowana do argumentów ją uzasadniających. Jak pisze J. Zajadło: „Polityka wobec przeszłości zawsze pozostaje i pozostawać będzie w cieniu wątpliwości rodzących się w trakcie odpowiedzi na następujące pytanie: jak osiągnąć model, który będzie jednocześnie politycznie mądry, prawnie sprawiedliwy i moralnie słuszny?”⁶⁹. Wybór określonego modelu rozliczania przeszłości zależy od bardzo wielu czynników, choć przede

⁶⁴ Zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003 *passim*; tenże, *Historia przed sądem prawa karnego? Niemieckie dylematy państwa prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. 11, s. 457 i n.; zob. też N.J. Kritz (ed.), *Transitional Justice...*, s. 216 i n.

⁶⁵ Por. P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978 *passim*.

⁶⁶ J. Zajadło, *Odpowiedzialność za mur...*, s. 20.

⁶⁷ J. Zajadło, *Prawo kontra historia. Uwagi wstępne*, [w:] *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 153.

⁶⁸ J. Zajadło, *Co to są hard cases...*, s. 8.

⁶⁹ J. Zajadło, *Odpowiedzialność za mur...*, s. 13.

wszystkim – co podkreśla J. Zajadło – niemal zawsze jest wyborem *par excellence* politycznym, o daleko idących konsekwencjach prawnych⁷⁰.

6. Po wtóre, argument ze sprawiedliwości pojawia się w problematyce restytucji dóbr kultury. Opisując wcześniej to zagadnienie w ujęciu argumentacyjnym wyróżniłem dwadzieścia trzy argumenty restytucyjne, które udało mi się wyprowadzić z analizy kilkuset większych i mniejszych spraw restytucyjnych⁷¹. Część z tych argumentów ma charakter argumentów prawnych w tym sensie, że są oparte na normach prawnych, wiele jednak ma całkiem inny charakter, choć mogą mieć kluczowe znaczenie w podjęciu decyzji restytucyjnej nie tylko na poziomie decyzji politycznej, ale także na poziomie sądowego lub administracyjnego stosowania prawa. Znaczy to, że właściwy organ może wydać decyzję stosowania prawa, przyjmując argumenty o charakterze pozaprawnym, nawet odrzucając w konsekwencji tego argumenty wynikające wprost z treści prawa.

Pośród argumentów restytucyjnych wyróżniłem, jako jeden z najważniejszych, argument ze sprawiedliwości, który jest argumentem o tyle kluczowym, o ile zarazem najbardziej niejednoznacznym i tym samym najtrudniejszym do analitycznego przedstawienia. O ile właściwie każdy inny argument restytucyjny jest jednoznaczny w tym sensie, że najczęściej w konkretnej sprawie restytucyjnej stanowi podstawę argumentacji tylko jednej ze stron, o tyle argument ze sprawiedliwości może być podnoszony równie skutecznie przez obie i więcej stron w sporze takim uczestniczących. Wynika to między innymi z wieloznaczności pojęcia sprawiedliwości i możliwości przyjęcia takiej jej teorii, która będzie dla uczestnika dyskursu restytucyjnego korzystna.

Ze swej istoty roszczenie restytucyjne winno opierać się na argumentie ze sprawiedliwości, przy przyjęciu jej rozumienia jako pewnego stanu uzasadnionego wcześniej moralnie i prawnie, który w wyniku określonych, najczęściej bezprawnych działań został naruszony. Podniesienie roszczenia restytucyjnego jest więc niczym innym jak żądaniem przywrócenia owego stanu pożądanego, stanu sprawiedliwości. Jak pisze J. Zajadło, co znajduje także i tu zastosowanie: „Mamy tutaj do czynienia z innym typem sprawiedliwości retrospektywnej – jest to bowiem sprawiedliwość korygująca, mająca na celu przede wszystkim restytucję w sferze majątkowej jako formę wyrównania krzywd wyrządzonych ludziom w poprzednim okresie. [...] W rezultacie prawo zderza się tutaj nie tylko z historią i w konsekwencji z polityką, lecz bardzo często także z ekonomią”⁷². Należy jednak zaznaczyć, że ze względu na szczególne okoliczności, występujące w złożonych sprawach restytucyjnych, argument ten może przysługiwać także drugiej stronie, czyli temu, do kogo roszczenie jest adresowane. Może tak być np. w sytuacji, gdy posiadaczem dobra kultury, stanowiącego przedmiot roszczenia

⁷⁰ Tamże, s. 13 i n.

⁷¹ Zob.: K. Zeidler, *Restytucja dóbr kultury ...*, s. 159 i n.

⁷² J. Zajadło, *Prawo kontra historia ...*, s. 154.

restytucyjnego, jest osoba, która nabyła je w dobrej wierze, a w szczególności wtedy, kiedy zapłaciła za nie określoną cenę odpowiadającą wartości rynkowej rzeczy.

Na gruncie dyskusji o restytucjach dotyczących dóbr kultury znajdujących się w zbiorach publicznych, zarówno w Polsce, jak i w innych państwach, podnoszone są różne propozycje możliwych rozwiązań, mających na celu przywrócenie naruszonego stanu sprawiedliwości. Wykluczając zwrot tych obiektów, propozycje takie dotyczą zapłaty stosownego odszkodowania, odwołując się zarazem do zasady dobra wspólnego, ograniczają prawo własności, jednak za słusznym odszkodowaniem. Problemem praktycznym, wobec niekiedy wielkiej wartości rynkowej dzieł sztuki i zabytków, jest kwestia wysokości słusznego odszkodowania. Podnosi się przy tym, że już nawet nie tylko samych muzeów, ale w ogóle Skarbu Państwa nie będzie stać na przyjęcie takiego rozwiązania. W efekcie przyjęcia tego stanowiska proponuje się koncepcję zwrotów dóbr kultury, z zatrzymaniem za odszkodowaniem tylko najcenniejszych muzealiów. Także proponuje się możliwość obniżenia wysokości odszkodowania w stosunku do wartości materialnej (wartości rynkowej) dobra kultury, ewentualnie przyznanie uprawnionemu do dochodzenia roszczenia restytucyjnego możliwości wyboru pomiędzy zwrotem rzeczy a wypłatą odszkodowania. W końcu zaś rozważa się przyznanie muzeum prawa pierwokupu takiego obiektu, ale i tu znów sprawa dotyczy ceny jego sprzedaży. To wszystko wymaga przyjęcia określonego rozwiązania legislacyjnego, przede wszystkim zaś badanego w relacji polityki, ekonomii i prawa. W każdym przypadku podstawę dla takich prób czy choćby rozważań stanowi właśnie argument ze sprawiedliwości, w obrębie którego rozważana jest jego formuła i zarazem rozwiązanie pozostającego z nim w zgodzie.

7. Powyższe rozważania pokazują, jak doniosły jest dziś argument ze sprawiedliwości i to nie tylko na poziomie idei i zasad systemowych, ale realnego tworzenia i stosowania prawa. Tu wskazałem zaledwie dwa przykłady, gdzie argument ze sprawiedliwości ma kluczowe znaczenie, jest fundamentem dyskursu z zakresu filozofii prawa czy filozofii polityki, czy może inaczej, podstawą dyskursu aksjologicznego. W najszerszym ujęciu, już choćby na podstawie tylko pobieżnej obserwacji otaczającej nas rzeczywistości, dojść można do przekonania, że pojęcie „sprawiedliwości” pojawia się w dyskursie publicznym w najróżniejszych kontekstach i nadaje się mu różnorakie treści. Dotyczy więc sfery polityki (np. sprawiedliwość w nazwie partii), sądowego stosowania prawa (np. zarzut niesprawiedliwości wyroku), w końcu w życiu codziennym każdego człowieka (np. niesprawiedliwe traktowanie bliźniego). Każdy bowiem w naturalny sposób pragnie sprawiedliwości dla siebie, choć może równocześnie akceptować, czy choćby nie zwracać uwagi na niesprawiedliwość dziejącą się innym. Niemniej jednak, kiedy pojęcie „sprawiedliwości” zostaje użyte w kontekście perswazyj-

nym, to uznać można, że mamy do czynienia z zastosowaniem argumentu ze sprawiedliwości.

Najczęściej odwoływanie się do argumentu ze sprawiedliwości dotyczy sprawiedliwości rozumianej intuicyjnie, można rzec potocznie, bez odwoływania się do którejś z formuł lub teorii sprawiedliwości. Będzie więc to pewien rodzaj samoświadomości, wewnętrznego przekonania, pewności mentalnej. Inną możliwością, obok tej, że każdy w jakiś sposób odczuwa sprawiedliwość, jest to, iż może ona być dla niektórych rozumowo nieosiągalna, tak jak dla platońskich wojowników, którzy co prawda posiadali cnotę, szlachetne, słuszne odczucie (*orthodoxa*) lub jak chciał Arystoteles mieli wyuczony nawyk etyczny (*hexis*), ale nie ogarniali rozumem idei sprawiedliwości⁷³.

Sprawiedliwość traktuje się równocześnie jako pewien stan postulowany, wzo-rzec, ideał, do którego należy dążyć, aby urzeczywistnić ją w różnych sytuacjach i stanach faktycznych. W tym właśnie sensie ocenia się jako sprawiedliwy albo niesprawiedliwy jakiś system polityczno-prawny występujący w jakimś kraju. Można więc mówić o pewnym stanie, który do tego ideału jest zbliżony i oceniać działania oraz zaniechania w ten sposób, że utrzymują lub budują, wzmacniają pożądaną stan sprawiedliwości albo go naruszają. Zaś celem i funkcją prawa jest te drugie sankcjonować, tak aby niwelować, wykluczać ich występowanie, a tym samym utrzymywać stan sprawiedliwości. To funkcjonalne ujęcie ma charakter dynamiczny i nakazuje podejmowanie nieustannych działań tak pierwszego stopnia, utrzymujących lub budujących stan sprawiedliwości lub działań drugiego stopnia, sankcjonujących to, co w stan sprawiedliwości godzi, a także prowadzących do przywracania stanu sprzed naruszenia, czyli przywracających stan sprawiedliwości. W takim rozumieniu wyróżnia się zasadę sprawiedliwości, która winna być realizowana w jak największym stopniu przez podejmowanie działań w urzeczywistnieniu tego stanu służących przy równoczesnym ograniczaniu, zaniechaniu, zabranianiu i karaniu działań, które niweczą jego osiągnięcie.

Skoro, co zostało już podkreślone, argument ze sprawiedliwości jest argumentem o zmiennej treści, która będzie zależna od teorii sprawiedliwości, jaką w danej sytuacji pragniemy się posłużyć, a dopiero przyjęcie określonej formuły sprawiedliwości wypełni argument ze sprawiedliwości treścią – to możemy sobie wyobrazić, że dyskurs argumentacyjny może mieć także charakter wewnętrzny. Rozumieć to należy w ten sposób, że spór będzie dotyczył wypełnienia argumentu ze sprawiedliwości treścią, poprzez przyjęcie jednej z jej formuł. Innymi słowy, spór może być także sporem w ramach sprawiedliwości o tyle, o ile będą dyskutowane jej najodpowiedniejsze formuły. Rodzi się przy tym pytanie, czym mają być owe najodpowiedniejsze formuły sprawiedliwości? Chodzi o te, które mogą zostać zastosowane dla rozstrzygnięcia konkretnego przypadku, którego argument ze sprawiedliwości dotyczy. Tym samym mogą zostać skonstruowane dwa, a nawet więcej konkurencyjnych argumentów ze sprawiedliwości, a uczest-

⁷³ G.L. Seidler, *Z zagadnień filozofii prawa*, t. 1: *Prawo i idee*, Lublin 1984, s. 134.

nicy dyskursu na nich będą opierać swoje stanowiska, nawet jeśli te będą ze sobą sprzeczne. Będzie to więc spór o sprawiedliwość (właściwą formułę i teorię sprawiedliwości) w zastosowaniu do konkretnego przypadku. Oczywiście, nie włącza to użycia w dyskursie innych jeszcze argumentów, które będą wzmacniać proponowaną przez uczestnika dyskursu tezę, to jednak będzie już spór zewnętrzny w tym sensie, że włączone do niego zostają inne jeszcze argumenty.

Kamil Zeidler

ARGUMENT FROM JUSTICE IN THE PUBLIC DISCOURSE

An important feature of modern democratic states is their discursive nature, which results in a constant negotiating situation, which is a special type of communication situation. Moving away from substantive law to procedures and creating the so-called framework conditions result in the need to take argumentative actions in favor of own interests and values. Such situation raises the need to develop communicative skills, and within them the skills of argumentation.

The concept of justice does not have single and unambiguous content. There are many competing theories and justice formulas which are reflected in contemporary discourse and expressed in contents of the applicable law and its principles. The Constitution of the Republic of Poland uses the notion of social justice in art. 2. When justice is used in public discourse we can call it the creation of an argument from justice which can have as different content as the theories and formulas adopted for its construction. Therefore, a dispute over the mere content of such argument can occur. There is often a conflict between the argument from justice and other arguments, in particular legal arguments. Such situation can be considered as hard case.

In practice, the argument from justice has great importance in restoring the violated state of justice in matters of transitional justice and the argumentative approach to the issue of cultural goods restitution.

