

KRZYSZTOF KUKURYK

## Kilka uwag o sposobie rozstrzygania dyskursu prawnego

Several Notes about Manners of Arbitration of Legal Discourses

Modelowym przykładem dyskursu prawniczego jest proces sądowy. Dyskurs taki jest dyskursem praktycznym, ponieważ jego celem jest uzyskanie rozstrzygnięcia (konkluzji) w zakresie zgodności z normami prawa określonych zachowań podejmowanych przez podmioty tego prawa. W porównaniu do innych dyskursów praktycznych spór sądowy wykazuje szereg odmienności. W szczególności dyskurs ten musi zakończyć się stanowczym i jednoznacznym rozstrzygnięciem w rozsądnym czasie. Jest on ponadto silnie ograniczony przez przepisy prawa procesowego i materialnego. Przepisy te stanowią istotny element określający granice sporu (obok podstawy faktycznej sporu i podmiotów uczestniczących w sprawie). W przypadku, gdy spór taki jest prowadzony z udziałem profesjonalnych pełnomocników (adwokatów, radców prawnych) lub prokuratora, którzy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie zasad etyki związanych z wykonywanym zawodem, dyskurs ten ograniczony jest dodatkowo przez te zasady. Celem artykułu jest wykazanie heurystycznej wartości analiz sądowego modelu rozstrzygania sporów dla dyskursu praktycznego w ogólności na tle najważniejszych współczesnych teorii dyskursu praktycznego.

Przedmiotem dyskursu praktycznego nie jest kwestia prawdziwości lub fałszywości określonych twierdzeń, lecz zakresu ich akceptacji przez audytorium. Przedstawiciele tzw. Szkoły Erlangskiej (P. Lorenzen, O. Schwemmer) w oparciu o analizę procesów dialogicznych wypracowali tzw. konsensualną teorię prawdy. Teoria ta zakładała, że wypowiedź jest prawdziwa, jeżeli wszyscy kompetentni uczestnicy dialogu się z nią zgadzają. Za kompetentnego uczestnika dialogu przedstawiciele tej szkoły uznawali każdego, kto mówi tym samym językiem, w którym została wyrażona dana wypowiedź, zna się na przedmiocie, którego ta wypowiedź dotyczy i jest roztropny<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Zob. A. Anzenbacher, *Wprowadzenie do filozofii*, Kraków 1992, s. 87.

Konsensualną teorię prawdy można porównać do perelmanowskiego audytorium uniwersalnego<sup>2</sup>. W obu przypadkach celem dyskursu (dialogu) jest uzyskanie akceptacji wszystkich kompetentnych ludzi. Zbliżone są także kryteria kwalifikacji podmiotu jako kompetentnego (posługiwanie się językiem, w którym prowadzony jest dyskurs, rozsądek, znajomość przedmiotu dyskursu, akceptacja podstawowych reguł dyskursu). Uznanie przez takie powszechne audytorium wypowiedzi stanowi potwierdzenie ich obiektywnej racjonalności (Perelman) lub prawdziwości (Lorenzen i Schwemmer). Przedstawiciele obu kierunków odrzucają możliwość istnienia wypowiedzi, których prawdziwość (słuszność) byłaby niezależna od miejsca i czasu.

W ramach dyskursu sądowego zadaniem sędziego powinno być znalezienie rozwiązania nie tylko zgodnego z literą prawa, ale i najlepiej służącego oczekiwaniom społecznym. Według P. Lorenzena i O. Schwemmera dialog (dyskurs), w ramach którego współdziałające w praktyce osoby przedstawiają i uzgadniają swoje przeciwstawne interesy, jest sposobem ustalania obowiązujących reguł etycznych. Reguły są wynikiem tego dialogu<sup>3</sup>. W myśl obu koncepcji dyskurs praktyczny jest instytucją o wymiarze etyczno-społecznym.

Konsensualna teoria prawdy stanowiła również fundament pragmatyki uniwersalnej stworzonej przez wywodzącego się ze Szkoły Frankfurckiej Jürgena Habermasa. Stworzona przez niego pragmatyka uniwersalna<sup>4</sup> jest w istocie teorią dyskursu praktycznego, który ma służyć ustaleniu tożsamości współczesnego społeczeństwa. Tożsamość ta powstaje, według Habermasa, w drodze uzgodnień, będących wynikiem dyskursu. Uzgodnienia takie mogą powstać tylko w idealnej sytuacji rozmowy. Podstawowym warunkiem powstania takiej sytuacji jest wolność prowadzonego dyskursu. Habermas wskazywał na warunki, jakie muszą być spełnione, aby dyskurs przebiegał w sposób wolny od przymusu. Stanowią one formalne kryterium oceny wyniku dyskursu. Żaden konsens, będący wynikiem dyskursu, nie może zostać uznany za ważny i tym samym nie może stać się częścią świadomości społeczeństwa, konstytuującej jego tożsamość, jeżeli warunki zapewniające jego swobodny przebieg nie zostały spełnione. Reguły rządzące wolnym od przymusu dyskursem społecznym są jednocześnie podstawowymi normami etycznymi<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Zob. Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, przeł. M. Chomicz, Warszawa 2002, s. 27; *Idem, Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 227; *Idem, Justice, Law and Argumentation. Essays on Moral and Legal Reasoning*, Dordrecht – Boston – London 1980, s. 73; A. Scult, *A Note on the Range and Utility of the Universal Audience*, „Journal of The American Forensic Association” 1985, No. 22, s. 177.

<sup>3</sup> Zob. A. Anzenbacher, *op. cit.*, s. 87.

<sup>4</sup> Habermas przedstawił swoją teorię w sposób najpełniejszy w pracy *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main 1981 (wydania polskie: *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1: *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, przeł. A.M. Kaniowski, Warszawa 1999; t. 2: *Przemynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, przeł. A.M. Kaniowski, Warszawa 2002).

<sup>5</sup> Zob. A. Anzenbacher, *op. cit.*, s. 88.

Filozofia praktyczna dotyczy ludzkiego działania, a zwłaszcza działania zbiorowego, a więc problemów tradycyjnie należących do moralności, prawa i polityki<sup>6</sup>. Ma ona za przedmiot wartości (oceny, normy) i ich zastosowania w sytuacjach sporu. Celem dyskursu prowadzonego w jej granicach (dyskursu praktycznego) jest uzyskanie zgody audytorium, co do wartości i wyboru, ze względu na te wartości, najbardziej właściwego (słusznego) sposobu działania, a nie dowodzenie obiektywnej prawdy pojmowanej jako zgodność z rzeczywistością. Tym samym dyskurs praktyczny nie może poprzestać na rozumowaniach dedukcyjnych i indukcyjnych, które nie uwzględniają nastawienia audytorium. W dyskursie tym zastosowanie mają przede wszystkim rozumowania dialektyczne i retoryczne, odwołujące się do przekonań audytorium<sup>7</sup>.

Habermas definiuje dyskurs praktyczny jako formę wymiany argumentów, w ramach której tematem stają się roszczenia do słuszności normatywnej<sup>8</sup>. W dyskursie praktycznym charakterystyczne jest wewnętrzne odniesienie do potrzeb zinterpretowanych przez osoby w danym wypadku zainteresowane, podczas gdy w dyskursie teoretycznym istotny jest punkt widzenia zewnętrznego obserwatora i zinterpretowanych przez niego doświadczeń<sup>9</sup>. Celem takiego dyskursu jest ustalenie normy najlepiej odpowiadającej interesom jego uczestników.

Różnica pomiędzy nową retoryką a pragmatyką uniwersalną polega między innymi na tym, że Habermas przypisuje wypowiedziom, co do których istnieje konsensus społeczny, przymiot prawdziwości. Perelman, nawet w odniesieniu do twierdzeń zaakceptowanych przez audytorium uniwersalne, w ogóle nie zajmuje się prawdziwością lub fałszywością wypowiedzi. Za prawdy uznaje przekonania, które aktualnie cieszą się powszechną aprobatą audytorium. Prawdy te są jedynie przesłankami argumentacji odnoszącej się do ocen i norm, a nie jej wynikiem. Są one swoistego rodzaju łącznikiem pomiędzy dyskursem teoretycznym i praktycznym. Na gruncie dyskursu praktycznego nie można ich jednak traktować na równi z podlegającymi falsyfikacji zdaniami w sensie logicznym. W jego ramach nie są one niczym więcej jak przekonaniem konkretnego umysłu, podczas gdy w ramach dyskursu teoretycznego są one niezależne od tego, czy się je uznaje, czy też nie. W dyskursie teoretycznym prawda ma zawsze charakter bezosobowy i może być weryfikowana przez odwołanie do doświadczenia i zasad logiki formalnej, a nie przekonania<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Zob. np. Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 142.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 144–147; *Idem*, *Imperium retoryki...*, s. 178–179.

<sup>8</sup> J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, s. 48.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 50.

<sup>10</sup> Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 145, 147; *Idem*, *The New Rhetoric and the Humanities, Essays on Rhetoric and its Applications*, Dordrecht 1979, s. 32; *Idem*, *Justice, Law and Argumentation...*, s. 58; *Idem*, *Imperium retoryki...*, s. 36–38, 171, 180.

Habermas, podobnie jak Perelman i filozofowie ze Szkoły Erlangskiej, widział w dyskursie praktycznym sposób uzgadniania sprzeczności interesów w społeczeństwie. Według niego konsens uzyskany w wyniku takiego dialogu jest zarazem uzasadnieniem decyzji społecznych podejmowanych na jego podstawie. Decyzja jest tylko wtedy legitymowana (słuszna) wobec tych, których dotyczy, gdy opiera się na powszechnym uznaniu jej przesłanek<sup>11</sup>. Podobne kryterium uznawania słuszności decyzji podaje Perelman<sup>12</sup>.

Wykazywanie braku kompetencji lub rozsądku u oponenta jest sposobem zwalczania jego argumentacji<sup>13</sup>, dlatego też rozstrzyganie o tych cechach ma miejsce dopiero w toku dyskusji. Dyskurs prawniczy opiera się ponadto na normach prawnych szczegółowo regulujących jego warunki i przebieg; dotyczy to w szczególności dyskursu odbywającego się w ramach procesu sądowego. Normy te wprowadzają ograniczenia, dotyczące możliwości wzięcia w nim udziału. Nie każdy może zajmować stanowisko i wypowiadać się na forum sądowym, a jedynie ten, komu przepisy prawa na to zezwalają<sup>14</sup>. Jest to spowodowane koniecznością zapewnienia sprawności i skuteczności sądowego rozwiązywania sporów.

Konsensualna teoria prawdy obecna jest również w transcendentnej hermeneutyce K.O. Apela, stanowiącej połączenie filozofii transcendentnej Kanta ze współczesną hermeneutyką. W przeciwieństwie do Habermasa, zgodność wśród członków wspólnoty komunikacyjnej uważał on za kryterium prawdy, nie w odniesieniu do spraw dyskutowanych w ramach tej wspólnoty, ale w odniesieniu do całości warunków, które wspólnota ta musi przyjąć, aby jej członkowie w ogóle mogli się ze sobą komunikować<sup>15</sup>. Każdy, kto podejmuje argumentację, uznaje fakt istnienia tych wstępnych założeń, które stanowią warunek *sine qua non* porozumienia w danej wspólnocie<sup>16</sup>.

Wspólne dla obu teorii jest tu, jak się wydaje, nawiązanie do filozofii Kanta i G. Fregego<sup>17</sup> oraz oświeceniowej kategorii „woli powszechnej”<sup>18</sup>. Zdaniem Habermasa tym, co stanowi o ważności normy (*Geltung*), jest związane z nią roszczenie do uniwersalności. Norma jest zatem ważna (słuszna, sensowna), jeżeli zgodziliby się z nią wszyscy, gdyby uczestniczyli w dyskursie<sup>19</sup>. Perelman pod-

<sup>11</sup> A. Anzenbacher, *op. cit.*, s. 89.

<sup>12</sup> Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 227–228.

<sup>13</sup> *Idem*, *Imperium retoryki...*, s. 37.

<sup>14</sup> Zob. np. art. 55, 60, 61–63<sup>4</sup>, 64, 65 i n., 477<sup>11</sup>, 510, 546, 691<sup>3</sup> k.p.c., art. 370, 406, 45–91 k.p.k., art. 25–33 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 153, poz. 1270).

<sup>15</sup> Zob. A. Anzenbacher, *op. cit.*, s. 89.

<sup>16</sup> K.O. Apel, *Transformation der Philosophie*, t. 2, Frankfurt am Main 1976, s. 62.

<sup>17</sup> A.M. Kaniowski, *Rehabilitacja i transformacja filozofii praktycznej*, [w:] J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, s. L; Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 142.

<sup>18</sup> J.W. Ray, *Perelman's Universal Audience*, „Quarterly Journal of Speech” 1978, No 64, s. 361.

<sup>19</sup> A.M. Kaniowski, *op. cit.*, s. L.

kreśla z kolei wagę imperatywu kategorycznego w filozofii praktycznej. Jego rolę pełni w jego filozofii uznanie przez audytorium uniwersalne argumentu lub wypowiedzi mającej za przedmiot wartości<sup>20</sup>. Funkcja, jaką ten typ audytorium odgrywa w nowej retoryce, zbliżona jest nieco do znaczenia, jakie w systemie filozoficznym Kanta ma pojęcie podmiotu transcendentального<sup>21</sup>.

Wypowiedzi ocenne i normatywne mogą być oceniane za pomocą takich kryteriów, jak słuszność, trafność, racjonalność lub ważność. Przesłanką ich przyjęcia przez audytorium mogą być przekonania podzielane przez poszczególnych członków tego audytorium, co do niepodważalności prawd przyjętych w dyskursie teoretycznym, którego przedmiotem są twierdzenia podlegające falsyfikacji (zdania w sensie logicznym). O ile w tym ostatnim rodzaju dyskursu prawdy takie mogą być zweryfikowane w sposób kategoryczny, przynajmniej w pewnym zakresie, to na gruncie dyskursu praktycznego będą miały one zawsze charakter mniej lub bardziej uzasadnionych przekonań.

Wspomniana pragmatyka uniwersalna J. Habermasa, ze stanowiącą jej immanentny element koncepcją konsensualnej teorii prawdy, stała się inspiracją dla powstania teorii argumentacji prawniczej Roberta Alexy'ego. Widział on w dyskursie prawniczym przypadek szczególnie ogólnego dyskursu praktycznego (tzw. *Sonderfallthese*). Sądził, że w sporach prawnych rzeczywistą podstawą władczych rozstrzygnięć organów państwa, a w szczególności judykatury, są argumenty odwołujące się do norm i ocen pozaprawnych. Argumenty czysto prawne, oparte bezpośrednio na przepisach obowiązującego prawa, stanowią dostateczną podstawę decyzji jedynie w sprawach stosunkowo prostych, a więc takich, w których nie występuje potrzeba dokonywania wyborów pomiędzy wartościami. W pozostałych przypadkach dyskurs prawniczy przenosi się na płaszczyznę ogólnego dyskursu praktycznego. Powyższy aspekt swojego poglądu Alexy określa mianem *Sekundaritätsthese*.

Natomiast uzasadnienie podjętej decyzji może zostać dokonane w oparciu o oceny formułowane z punktu widzenia systemu obowiązującego prawa i mieszczące się w wyznaczonych przez ten system granicach<sup>22</sup>. Argumentacja prawna pełni tu rolę swoistej fasady<sup>23</sup> mającej legitymować przyjętą za podstawę

<sup>20</sup> Ch. Perelman, *Justice, Law and Argumentation...*, s. 163.

<sup>21</sup> R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1991, s. 206–207.

<sup>22</sup> J. Wróblewski, analizując sądowy typ stosowania prawa, określa takie oceny mianem „wewnętrznych” ocen stosowania prawa i przeciwstawia je ocenom „zewnętrznym”. Te ostatnie dokonane są z punktu widzenia pozaprawnych systemów wartości, które traktuje się jako kryteria niezależne od tego, czy i w jakim stopniu zakłada je prawo obowiązujące. Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 82–84.

<sup>23</sup> W polskiej literaturze prawniczej termin *Sekundaritätsthese* jest tłumaczony jako teza o fasadowości dyskursu prawniczego. Zob. np. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika. Analiza. Argumentacja. Hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 197; A. Grabowski, *Dyskurs prawniczy*

decyzji normę, jako należącą do systemu prawnego, co ma niezmiernie istotne znaczenie dla utrzymania autorytetu prawa jako systemu spójnego i zupełnego. Alexy rozróżnia tu, za J. Wróblewskim, dwa sposoby uzasadniania aktów stosowania prawa, a mianowicie uzasadnienia wewnętrzne i zewnętrzne<sup>24</sup>. Pierwszy z nich oznacza wewnętrzną zgodność konkluzji decyzji z przyjętymi przez decydenta przesłankami. Drugi rodzaj uzasadnienia decyzji polega na wykazaniu zasadności (prawdziwości, słuszności, trafności) przyjętych przesłanek.

Pole dyskursu prawniczego jest zatem, zdaniem Alexy'ego, mocno ograniczone. Zasadniczą niwą dla uzgadniania sprzecznych interesów w nowoczesnym społeczeństwie jest ogólny dyskurs praktyczny. Odbywa się on również w ramach sformalizowanych procedur prawnych. Dyskurs prawniczy nie zyskuje przez to cech, które mogłyby stanowić o nowej jakości w stosunku do ogólnego dyskursu prawniczego. W obu przypadkach zarówno podstawowe reguły konstytuujące ważny dyskurs, jak i stanowiące o uprawomocnieniu się jego wyniku pozostają takie same. Także legitymacja prawa, podobnie jak i innych systemów normatywnych, opiera się na konsensusie, czy też raczej kompromisie społecznym uzyskiwanym w drodze dyskursu. W państwach demokratycznych zgoda na obowiązywanie norm opiera się na zasadach reprezentacji i większości<sup>25</sup>.

W dyskursie prawnym na każdym jego etapie możliwe jest uzasadnienie bronionych twierdzeń w oparciu o argumenty pochodzące ze sfery pozaprawnej (ogólnego dyskursu praktycznego). Alexy formułuje wręcz pogląd o powinności korzystania z takich argumentów w dyskursach prawniczych (*Integrationsthese*). Uważa on przy tym, że taka konieczność powstaje zawsze wtedy, gdy specyficzne argumenty prawnicze przestają wystarczać (*Additionsthese*)<sup>26</sup>. Sytuacja taka ma niewątpliwie miejsce w tzw. *hard cases*<sup>27</sup>.

---

jako przypadek szczególnie ogólnego dyskursu praktycznego, [w:] *Studia z filozofii prawa*, pod red. J. Stelmacha, t. 2, Kraków 2003, s. 45 i nast.

<sup>24</sup> J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, wyd. 3, Kraków 1999, s. 128–129.

<sup>25</sup> Zob. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 118.

<sup>26</sup> Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 197.

<sup>27</sup> Zob. M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków a prawomocność*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 97. Autorka definiuje pojęcie trudnego przypadku od strony funkcjonalno-praktycznej jako sprawę, w której nie jest możliwe przewidzenie treści rozstrzygnięcia sądowego. Sprawa taka może zostać zakończona n-ilością poprawnych (trafnych) rozstrzygnięć. Wybór jednego z nich, stanowiący rozwiązanie trudnego przypadku, nie wpływa przy tym jednoznacznie z norm prawnych odnoszących się do stanu faktycznego, będącego przedmiotem osądu. Definicję tę spełniają również przykłady z orzecznictwa przywoływane przez Perelmana w *Logice prawniczej. Nowej retoryce*. Pojęcie trudnego przypadku nie jest jednak rozumiane w literaturze jednolicie. Podciąga się niekiedy pod nie sprawy, których rozstrzygnięcie, ze względu na normy pozaprawne (moralne, etyczne), nie opiera się na obowiązujących normach prawnych, ale je modyfikuje, prowadząc, w konsekwencji, w niektórych przypadkach do ustalenia nowej normy prawnej. Ta ostatnia uwaga jest szczególnie aktualna na gruncie systemów prawnych *common law*. Zob. np. S.H. Gifis, *Law Dictionary*, New York, Barron's Educational Series 1996

Dyskurs prawniczy musi zakończyć się rozstrzygnięciem sporu w rozsądnym czasie. Aby uniknąć sporów dotyczących kwestii audytorium właściwego, musi on mieć także ściśle określone przez normy proceduralne audytorium<sup>28</sup>. Spełnienie tych warunków wymaga sformalizowania reguł prowadzenia dyskursu we właściwych źródłach prawa. Z tego powodu dyskurs prawniczy pełni rolę heurystyczną wobec innych rodzajów dyskursów praktycznych<sup>29</sup>. Poszczególne etapy argumentacji i ustalania jej wyników są tam stosunkowo klarownie wyodrębnione. W procesie sądowym są przy tym rozstrzygane konkretne, oparte o przedstawione sądowni do rozpoznania stany faktyczne, konflikty pomiędzy wartościami.

Metodologiczną stronę teorii dyskursu prawnego sformułowanej przez Alexy'ego cechuje ścisły formalizm. Teoria ta pomija treściowe (materialne) elementy tego dyskursu. Stanowi natomiast szczegółowe opracowanie sposobu prowadzenia takiej dyskusji. Przymioty racjonalności i dyskursywnej prawomocności (ważności) mogą zostać przypisane tylko takim wypowiedziom normatywnym, które zostały uzgodnione w dyskursie spełniającym pewne minimalne warunki. Istotne jest natomiast w tym kontekście przekonanie Alexy'ego o ich niepodważalności<sup>30</sup>. Istnienie powyższych kryteriów ważnego dyskursu praktycznego jest przez Alexy'ego zakładane, a nie wykazywane. Odwołują się one do podstawowych intuicji moralnych, analitycznych i empirycznych, których żaden rozsądny człowiek nie jest w stanie odrzucić<sup>31</sup>. Są to jednak, jak się wydaje, założenia w znacznej mierze kontradictoryczne.

---

(4th ed.), s. 227 (“Hard cases that produce decisions deviating from the true principles of law in order to meet the exigencies presented by the extreme hardship of one party. It is sometimes said that »hard cases make bad law« because logic is often shortcut in a hard case, and later attempts to justify the new law thus created often compound the original inadequacy of reasoning”). Zob. też: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 365. Podobnie definiował trudne sprawy Neil McCormick. Odwoływał się on jednak dla zdefiniowania tej kategorii nie do konfliktu pomiędzy poczuciem słuszności (wartościami) a przepisami prawa, a do pojęcia praw *prima facie* pochodzącego od W.D. Rossa (zob. W.D. Ross, *Foundations of Ethics*, Oxford 1939, s. 84–86 ; *Idem*, *The Right and the Good*, Oxford 1930, s. 19). Zob. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 197–198 ; *Idem*, *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982, s. 141. Oprócz teoretyczno-merytorycznych kryteriów wyróżniania trudnych spraw spotykane są również próby ich opisanie za pomocą kryteriów instytucjonalnych (wedle których sprawy trudne to takie, które stały się przedmiotem rozważań najwyższych instancji sądowych) lub merytoryczno-instytucjonalnych. Zob. J. Wróblewski, *Stosowanie prawa przez Sąd Najwyższy*, „Nowe Prawo” 1985, nr 5, s. 24–29; K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 273 i nast.

<sup>28</sup> Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 166–167.

<sup>29</sup> *Idem*, *Justice, Law and Argumentation...*, s. 163, 174; *Idem*, *The New Rhetoric and the Humanities...*, s. 104 i nast.

<sup>30</sup> R. Alexy, *op. cit.*, s. 225–232.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 225–232.

Ustalenie formalnych warunków powodzenia dyskursu stanowi wyraźne nawiązanie do Habermasowskiego pojęcia idealnej sytuacji rozmowy. W obu teoriach przyjmowane założenia początkowe nie mogą być kwestionowane z punktu widzenia teorii. Podważać je możemy tylko w drodze argumentacji, i to argumentacji racjonalnej. Atrybut racjonalności przysługuje tylko argumentacji, która spełnia atakowany aksjomat. Oznacza to, że podejmując taką argumentację, w sposób domyślny akceptujemy wszystkie warunki jej racjonalności, w tym i warunek przez nas kwestionowany, albo z góry musi ona zostać uznana za nieracjonalną<sup>32</sup>. Wybór katalogu tych warunków nie jest wynikiem konsensusu i ma charakter arbitralny. Można się zastanawiać, czy konsensus osiągnięty w dyskursie, w którym nie obowiązywałaby zasada prawdomówności<sup>33</sup>, nie mógłby być w pewnych przypadkach uznany za racjonalny.

Alexy, odmiennie niż Perelman, preferuje podejście systemowe. Reguły ogólnego dyskursu praktycznego i szczególne wobec nich reguły dyskursu prawniczego stanowią punkt odniesienia dla oceny wyników każdego dyskursu prawniczego. Mają one charakter norm abstrakcyjnych i ogólnych. Są swoistym odpowiednikiem Hartowskiego „minimum treści prawa natury”<sup>34</sup>. W procesie weryfikacji wyników konkretnego dyskursu pełnią funkcję przesłanki większej sylogizmu, w którym przesłanką mniejszą jest nie tyle treść argumentów podniesionych w tym dyskursie, co raczej rolę tę przejmują formalne cechy i sposób prezentacji tych argumentów przez dyskutantów. Alexy nie zajmuje się badaniem konkretnych rodzajów argumentacji w kontekście audytorium, do jakiego ona jest kierowana. Jego teoria, podobnie jak zorientowane lingwistycznie teorie Johna Langshawa Austina i Johna Searle’a, koncentruje się na rekonstrukcji udanego (skutecznego) aktu argumentowania, a nie na merytorycznej zawartości tego aktu.

Tym samym teoria Alexy’ego poza zasięgiem swoich rozważań pozostawia problematykę związku pomiędzy używanymi argumentami a zmianą nastawienia adresatów tej argumentacji, a więc zagadnieniem skuteczności argumentów. Jest to dla niego kwestia wtórna w stosunku do formalnej oceny samego procesu argumentacji, dokonywanego z punktu widzenia zewnętrznego obserwatora. Każda wypowiedź normatywna lub ocenna, rozstrzygająca o przedmiocie danego dyskursu i spełniająca ustalone wymagania analityczne (sensowność na gruncie danego języka, brak sprzeczności wewnętrznej), etyczne (zgodność z poglądami

<sup>32</sup> W. Kuhlmann, *Reflexive Letzbegründung. Zur These von der Unhintergebarkeit der Argumentationssituation*, „Zeitschrift für Philosophische Forschung“ 1981, t. 35, Heft 1, s. 15. Sprzeczność tę K.O. Apel nazwał, w nawiązaniu do J. Hintikki, sprzecznością performatywną. Zob. B. Sierocka, *Krytyka i dyskurs. O transcendentalno-pragmatycznym uprawomocnieniu krytyki filozoficznej*, Kraków 2003, s. 75.

<sup>33</sup> Jest to jedna z zasad proceduralnie rozumianej racjonalności przyjmowana przez Alexy’ego. Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*, s. 198.

<sup>34</sup> Zob. *Ibidem*.



proponenta, możliwość uniwersalizacji) i instrumentalne, powinna zostać uznana za racjonalną. Natomiast formalne reguły właściwe dyskursowi prawniczemu pozwalają wybrać jedno spośród wielu potencjalnie możliwych, a zarazem racjonalnych rozwiązań danego dyskursu.

Racjonalność oznacza tu zgodność z podstawowymi intuicjami moralnymi i empirycznymi, odwołującą się do kryterium zdroworozsądkowego (*reasonableness*), przeciwstawianą niekiedy racjonalności (*rationality*) w sensie ścisłym, która bywa utożsamiana z analizą logiczną<sup>35</sup>. Habermas pisze w tym kontekście o „mocy” argumentu, przez którą rozumie zdolność argumentu do przekonania uczestników dyskursu do określonej tezy (roszczenia ważnościowego)<sup>36</sup>. Każda taka teza może być broniona lub atakowana za pomocą racji (argumentów). Moc wiążąca takiej wypowiedzi (normy, oceny) podlega weryfikacji w drodze porozumienia wolnego od przymusu, wyjąwszy przymus ze strony lepszego argumentu. Miarą racjonalności danej wypowiedzi jest tu więc jej stopień podatności na krytykę<sup>37</sup>. Teza, która z założenia nie podlega racjonalnej krytyce (np. odwołanie się do prawd objawionych), nie może zostać uznana za racjonalną. Należy tu wyraźnie odróżnić racjonalność samego argumentu od racjonalności osoby podnoszącej ten argument i racjonalności całego dyskursu, w ramach którego argument ten został podniesiony<sup>38</sup>.

Alexy za Habermasem bardzo szeroko określa krąg potencjalnych uczestników zarówno ogólnego dyskursu praktycznego, jak i dyskursu prawniczego. Może w nim wziąć udział w zasadzie każda osoba, która posiada kompetencję komunikacyjną, potrafi poprawnie używać języka, w którym prowadzony jest spór. Nie oznacza to jednak, że każda osoba, która bierze udział w dyskursie, jest racjonalna. Według Habermasa racjonalną jest ta, która jest zdolna do mówienia (komunikowania się) i działania, która w miarę możliwości nie myli się co do faktów i relacji pomiędzy celami i środkami. Racjonalnym będzie także ten, kto potrafi usprawiedliwić swoje działanie, powołując się na uprawnione (*legitimer*) oczekiwania pod adresem

<sup>35</sup> Zob. np. M. Atienza, *On the Reasonable in Law*, „Ratio Iuris”, vol. 3, No 1 bis, March 1990, s. 149 i nast.; Ch. Perelman, *The Rational and the Reasonable*, „Philosophical Exchange” 1979, No 2, s. 28 i nast.; *Idem*, *Logika prawnicza...*, s. 146.

<sup>36</sup> J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, s. 46. Roszczenie ważnościowe w ujęciu Habermasa to pewien atrybut (prawdziwość, słuszność) przypisywany przez argumentującego jego wypowiedzi wyrażonej w ramach dyskursu praktycznego, przy czym znaczenie tego atrybutu jest dla dowolnych obserwatorów i adresatów, jak i dla samego działającego podmiotu, takie samo. Zob. *Ibidem*, s. 31–32, 80–85. Zajęcie stanowiska wobec takiego roszczenia jest wyrazem zrozumienia wypowiedzi i oznacza, że jej adresat dostrzega racje, dla których ją akceptuje bądź odrzuca. Zob. *Ibidem*, s. 81.

<sup>37</sup> A.M. Kaniowski, *op. cit.*, s. LXXX–LXXXI; J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, s. 31–32. Habermas sprowadza racjonalność ekspresji do poddawalności krytyce (*Kritisierbarkeit*) i uzasadnialności (*Begründungsfähigkeit*). Zob. *Ibidem*, s. 31.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 29.

zachowań oraz ten, kto szczerze manifestując swe życzenie, uczucie, nastrój itp., jest w stanie upewnić krytyka, co do takiego uczucia, wskazując na praktyczne konsekwencje takiego zachowania, przez co jego działanie ma charakter spójny<sup>39</sup>. Dyskurs, który ma być uznany za racjonalny, może być prowadzony tylko przez osoby, które uznajemy za racjonalne. Habermas traktuje tu racjonalność osoby jako dyspozycje osób, od których możemy oczekiwać – zwłaszcza w sytuacjach skomplikowanych – zachowań (ekspresji), które uznawane są za racjonalne<sup>40</sup>.

Ważną rolę w powstawaniu współczesnej teorii dyskursu odegrała również zdroworozsądkowa filozofia analityczna G.E. Moora, zapoczątkowana opublikowaniem przez niego w 1903 roku artykułu pod tytułem *The Refutation of Idealism*. Szukając obrony przed spekulacją filozoficzną, zwrócił się on ku pojęciu zdrowego rozsądku. Ogólne tezy filozoficzne rozkładał na konkretne przypadki i porównywał je z przekonaniem zdrowego rozsądku. Nie utrzymywał przy tym, że zdrowy rozsądek jest dostateczną gwarancją prawdziwości każdego przekonania, ale jest on takim gwarantem dla niektórych przekonań, o ile nie istnieją wystarczająco doniosłe racje przeciwnie<sup>41</sup>.

Zasadą każdego dyskursu prawniczego jest wymóg prawdomówności jego uczestników<sup>42</sup>. Retoryka jest sztuką rzetelnego, ekspresyjnego i skutecznego prowadzenia sporów, a nie sztuką zwycięstwa w sporze za wszelką cenę<sup>43</sup>. Ponadto dla uczestników postępowań sądowych audytorium szczególnym, będącym adresem ich argumentów, jest sąd, który jest jednocześnie uprawniony do oceny argumentów i stosowania sankcji za nielojalność w tym postępowaniu<sup>44</sup>. Również ostateczne rozstrzygnięcie sporu (decyzja) należy nie do stron, a do sądu. Jeżeli decyzja ta zostanie oparta na fałszywych przesłankach, które zostaną następ-

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 42.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 32.

<sup>41</sup> J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa 1980, s. 34.

<sup>42</sup> Wymóg ten wyraźnie sformułował R. Alexy (*op. cit.*, s. 234–235). U Perelmana wynika on z założenia racjonalności dyskursu opartego na imperatywie kategorycznym Kanta, znajdującym swoje odzwierciedlenie w pojęciu audytorium uniwersalnego. Zob. Ch. Perelman, *Justice, Law and Argumentation...*, s. 73.

<sup>43</sup> Zob. J. Jabłońska-Bońca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, s. 38–39 i 42.

<sup>44</sup> Zob. np. art. 233 § 1 i 2 k.p.c., art. 103 k.p.c. i art. 7 k.p.k. Etykę dyskursu sądowego regulują również zasady etyki jego uczestników, których złamanie w stosunku do niektórych z nich zagrożone jest odpowiedzialnością dyscyplinarną. Zob. np. art. 107 ustawy z dnia 27 lipca 2001 roku prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. nr 98, poz. 1070 ze zm.) oraz Zbiór zasad etyki zawodowej sędziów (załącznik do uchwały Krajowej Rady Sądownictwa nr 16/2003 z dnia 19 lutego 2003 roku), Zbiór zasad etycznych prokuratora zamieszczony w piśmie „Prokurator” 2002, nr 2 i art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 roku o prokuraturze (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 roku, nr 21, poz. 206 z późn. zm.), § 11 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu z dnia 10 października 1998 roku (uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej nr 2/XVIII/98, opublikowana w piśmie „Palestra” 1998, nr 11–12) w zw. z art. 80 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku prawo o adwokaturze (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 roku, nr 123, poz. 1058 z późn. zm.).

nie skutecznie podważone stosownie do obowiązujących przepisów procesowych (warunków proceduralnych dyskursu), to skutkiem tego będzie możliwość zakwestionowania samej decyzji. Dopóki to jednak nie nastąpi, będzie ona uważana za prawidłową zgodnie z regułami proceduralnymi dyskursu<sup>45</sup>.

Intuicje moralne pozwalają człowiekowi na ocenę w kategoriach dobra lub zła wszelkich wypowiedzi i zachowań zarówno swoich, jak i innych ludzi. Są one zasadniczym elementem zbiorowej świadomości społeczeństw, do którego odwołuje się zaproponowana przez Perelmana idea audytorium uniwersalnego. Ze względu na to, że intuicje te są różne, w zależności od wyznawanej religii, tradycji przekazywanej w ramach danej społeczności, czy uwarunkowań polityczno-gospodarczych, również pojęcie audytorium uniwersalnego nie może mieć charakteru absolutnego i musi być relatywizowane do konkretnego kręgu kulturowego.

Warunkiem skutecznego (pełnego) uczestnictwa w dyskursie jest posiadanie kompetencji w zakresie tematu stanowiącego przedmiot dyskursu. Zalecenie dostosowania mowy do nastawienia audytorium zawiera w sobie postulat uwzględnienia wiedzy na temat przedmiotu dyskursu<sup>46</sup>. Według Perelmana nie jest możliwe argumentowanie oderwane od jego przedmiotu. Każda argumentacja dotyczy jakiegoś zagadnienia, które należy do określonej dziedziny wiedzy lub działalności ludzkiej. W ramach tej dziedziny lub działalności wypracowane zostały swoiste metody oraz zespoły tez, których nie można podważać bez właściwego uzasadnienia, nie narażając się zarazem na ryzyko ujawnienia swojej niekompetencji<sup>47</sup>. Podważanie tych zastanych przekonań (metod i tez) musi się także odbywać w oparciu o przynajmniej niektóre z tych przekonań<sup>48</sup>.

Uzasadnienia orzeczeń sądowych sporządzane są ponadto w sposób ściśle określony przez przepisy prawa<sup>49</sup>, orzecznictwo<sup>50</sup> i ukształtowaną tradycję prawniczą<sup>51</sup>. Zasady tam określone nie tylko stawiają takim uzasadnieniom wysokie

---

<sup>45</sup> Dotyczy to przede wszystkim tych orzeczeń, które uzyskały walor prawomocności (zob. np. art. 365 i 366 k.p.c.).

<sup>46</sup> Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 26.

<sup>47</sup> *Idem*, *Logika prawnicza...*, s. 155–156; *Idem*, *Imperium retoryki...*, s. 29–30, 37–38.

<sup>48</sup> *Idem*, *Logika prawnicza...*, s. 156; *Idem*, *Imperium retoryki...*, s. 30, 36–37. Na pytanie o to, jak zdyskwalifikować prawdę lub fakt, Perelman odpowiada, że w najbardziej skuteczny sposób można to osiągnąć przez wykazanie niezgodności atakowanych prawd lub faktów z innymi prawdami lub faktami, które okazują się pewniejsze. Najlepiej jest to uczynić przez wykazanie ich niezgodności z zespołem faktów lub prawd, z których trudno zrezygnować ze względu na całokształt przekonań adresatów argumentacji. Rozumowanie to opiera się na przyjęciu całości dotychczasowej wiedzy i podważeniu jedynie jej fragmentu jako sprzecznego z pozostałą częścią tej wiedzy. Zob. *Ibidem*, s. 37.

<sup>49</sup> Zob. np. art. 328 § 2 k.p.c. i art. 424 k.p.k.

<sup>50</sup> Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 1981 roku, I PR 46/81, OSNC 1982, nr 7, poz. 105 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 20 listopada 2001 roku, II SA/Lu 629/00, OSP 2002, z. 10, poz. 136, z zamieszczoną aprobującą głosem W. Tarasa.

<sup>51</sup> Zob. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 5, s. 3–5; Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 203–208.

wymagania merytoryczne, ale powodują, że argumentacja w nich zawarta jest w znacznym stopniu sformalizowana i porównywalna. Uregulowania te tworzą także ramy dla mogących się pojawić rozbieżności wśród członków składów sędziowskich, a w konsekwencji dla pluralizmu poznawczego<sup>52</sup>.

Herbert L.A. Hart i Perelman uważają, że w sprawach kwalifikowanych jako trudne przypadki sądy mają uprawnienia do tworzenia prawa przez odwołanie się do zasad słuszności. Negują oni zarazem istnienie jakiegokolwiek hierarchicznie uporządkowanego i powszechnie uznanego zbioru priorytetów nadanych przez prawo. Sędziowie rozstrzygając konkretne sprawy, muszą w takich sytuacjach polegać na swym rozumieniu tego, co najlepsze<sup>53</sup>.

Prawne ograniczenia uzasadnienia sądowego powodują, że sędzia nie może w celu obrony swojego stanowiska użyć w nim argumentów, które miały wpływ na jego decyzję, ale nie mieszczą się w ramach argumentacji prawniczych uznawanych w danej tradycji prawnej. W kulturze prawnej Zachodu<sup>54</sup> zakres tej argumentacji oprócz norm prawnych wyznaczają również normy moralne i podstawowe zasady wymiaru sprawiedliwości<sup>55</sup>. Sędzia nie może powołać żadnego argumentu, który nie był przedmiotem dyskursu<sup>56</sup> lub, co prawda był jego przed-

<sup>52</sup> Taką instytucją jest przede wszystkim prawo złożenia zdania odrębnego przez przegłosowanego sędziego (votum separatum). Zob. np. art. 324 § 2 k.p.c. i art. 114 i 418 § 2 k.p.k. Zob. też: J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, s. 331–332 oraz postanowienie składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 roku, III CZP 54/97, OSNC 1998, z. 3, poz. 34 z krytyczną glosą E. Łętowskiej, opublikowaną w piśmie „Państwo i Prawo” 2000, z. 8, s. 105 i nast.

<sup>53</sup> Zob. H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 367–368. Hart kładzie większy niż Perelman nacisk na sprawy nieuregulowane przez prawo, w których nie dyktuje ono żadnej decyzji jako poprawnej, a sędzia musi się uciec do swoich kompetencji prawotwórczych, jeżeli ma rozstrzygnąć sprawę. Zob. *Ibidem*, s. 366. Powyższa uwaga stanowi w zasadzie kwintesencję istoty trudnego przypadku w ujęciu H.L.A. Harta, przy czym kompetencje prawotwórcze sędziego wynikają nie tylko z braku lub niedostateczności właściwej regulacji, ale również pewnej „otwartości” prawa (zob. *Ibidem*, s. 171–186), która wynika z niejednoznaczności tekstów prawnych. Otwartość prawa oznacza, że istnieją obszary postępowania, w których wiele spraw pozostawianych jest przez prawodawcę celowo rozwinięciu przez sądy czy urzędników zmierzających, w świetle rozmaitych okoliczności, do osiągnięcia kompromisu pomiędzy sprzeczными interesami zmieniającymi się od sprawy do sprawy. Zob. *Ibidem*, s. 185. Perelman, podobnie jak Hart, żywo interesował się problemem luk prawnych. Zob. np. Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 79–84. Przytaczane przez niego przykłady judykatów wskazują jednak na to, że za trudne przypadki uważał on przede wszystkim sprawy, w których występował konflikt pomiędzy prawem a zasadami słuszności (sprawiedliwości) lub oczekiwaniami społecznymi. Dobór tych przykładów dowodzi zainteresowania Perelmana argumentacjami uzasadniającymi odchodzenie od norm prawnych na rzecz innych niż prawo społecznych systemów normatywnych.

<sup>54</sup> Kultura ta obejmuje kultury prawne Europy i Ameryki. Zob. R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, pod red. C. Mika, Toruń 2000, s. 21 i nast.

<sup>55</sup> Np. sprzeczne z zasadą bezstronności i niezawisłości sędziowskiej będzie użycie w uzasadnieniu argumentu odwołującego się do uprzedzeń politycznych sędziego lub jego osobistych sympatii lub antypatii.

<sup>56</sup> Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 1999 roku, II UKN 101/99, OSNP 2000, nr 23, poz. 871.

miotem, lecz był do niego wprowadzony wadliwie<sup>57</sup>. Nie może też pominąć żadnego argumentu podnoszonego w ocenianym przez niego dyskursie, o ile według norm regulujących ten dyskurs były one dopuszczalne<sup>58</sup>.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku o heurystycznym charakterze sporu sądowego w odniesieniu do dyskursu praktycznego w ogóle. Ograniczenia formalne tego dyskursu powodują ułatwienie w ocenie jego wyników. Jego analiza pozwala zaś na pewne uogólnienia dotyczące możliwości formalizacji oceny argumentów w ogólnym dyskursie praktycznym.

### SUMMARY

The subject of this paper is to analyse the problem how to solve the practical discourse. The study presents some chosen ideas how to achieve the solution. One of them is consensual theory of truth. It is based on the idea of consent of competent participants of a discourse, refuses classical definition of truth as *adaequatio intellectus et rei*. This idea is also a foundation of J. Habermas idea of universal pragmatic. The consensual theory of truth is also a very important element of transcendental hermeneutic created by K.O. Apel. Another approach to this problem was given by Ch. Perelman. His solution is based on the concept of universal auditory, however it isn't clear if according to Perelman this auditory is real. The matters which are accepted by this auditory are commonly binding as arguments in practical discourse, up to the change of mind of universal auditory. In the article I described moreover the R. Alexy's theory of practical discourse. It is very interesting, especially in the context of settling down judicial disputes. This kind of resolving controversies in my opinion should be a model for discussion of practical discourse.

---

<sup>57</sup> Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2001 roku, IV CKN 290/00, OSNC 2002, nr 1, poz. 9.

<sup>58</sup> Zob. np. art. 7 k.p.k., 92 k.p.k., 410 k.p.k. oraz art. 233 § 1 k.p.c.