

JAROSŁAW MIKOŁAJEWICZ

## O SŁUSZNOŚCIOWYCH GRANICACH PRAWA

Użyteczność społeczna idei sprawiedliwości i swoista konieczność jej egzystencji w relacjach społecznych da się uzasadnić nie tylko konstrukcjami filozoficznymi, czy prawnofilozoficznymi, ale wprost badaniami empirycznymi. Dysponujemy wszak danymi o relacjach i normach funkcjonujących w paleolitycznych społecznościach Nuerów, gdzie – jak wykazują badania – istniały nie tylko struktury normatywne, które można by nazwać prawem<sup>1</sup>, ale nadto same w sobie oparte one były na idei sprawiedliwości<sup>2</sup>. Więcej nawet, badania biologów wykazują, że także u niektórych gatunków małp zachowania o charakterze dyskryminacyjnym powodują u dyskryminowanych sprzeciw, aż po odmowę przyjmowania pokarmu, aczkolwiek – co może być uznane za przejaw skłonności do deprawacji uprzywilejowanych – bynajmniej nie powodują jakichkolwiek odruchów solidarnościowych u jednostek wyróżnianych lepszym traktowaniem. Zatem z pewną przesadą można by stwierdzić, że skażenie grzechem pierworodnym samolubstwa dotyczy wielu różnorodnych form istnienia, a nie tylko człowieka<sup>3</sup>.

Refleksja sprawiedliwościowa, usystematyzowana już w starożytności przez Arystotelesa<sup>4</sup>, towarzyszy ludzkości od czasu, gdy rozpoczęła autorefleksję, aczkolwiek jej jakościowa intensywność jest zmienna. Jeszcze przed II wojną światową w Polsce mieliśmy do czynienia z zarysem oryginalnej, co najwyżej inspirowanej pojęciową zawartością terminów Arystotelejskich, koncepcji sprawiedliwości Leona Petrażyckiego opartej na jego koncepcji przeżyć etycznych, według której przeżycia sprawiedliwościowe są istotowo podobne do przeżyć prawnych. Tak jedne, jak i drugie są bowiem imperatywno-atrybutywne i tym zasadniczo emocja sprawiedliwościowa (i oczywiście prawna) różni się od moralnej, która tworzy jedynie „wolne obowiązki w stosunku do innych ludzi”<sup>5</sup>. Niestety, genialny autor *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego* w żadnym swoim dziele koncepcji sprawiedliwościowej nie

---

<sup>1</sup> Skądinąd samo w sobie obala to marksistowską tezę o genetycznym związku między państwem a prawem.

<sup>2</sup> J. Kurczewski, *Prawo prymitywne*, Warszawa 1973, s. 22 i n.

<sup>3</sup> W „Polityce” nr 7 (2743) z 13 marca 2010 r., s. 70-72, pojawiają się nadto inne informacje, które przeczą zastosowaniu pojęcia kultury wyłącznie do ludzi.

<sup>4</sup> Tradycja odwoływania się do Arystotelesa jest bardzo silna. Czasami do tego stopnia, że przyjmuje się tezę, iż brak jakiegokolwiek innej możliwości. Przykładowo, H. Kelsen wyobrażał sobie, że nie ma żadnej innej możliwości konstruowania usystematyzowanych sądów sprawiedliwościowych, jak tylko przez odwołanie się do Arystotelesa czy Platona. H. Kelsen, *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, w: *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York 1947, s. 389-399.

<sup>5</sup> L. Petrażycki, *Teoria prawa*, w: idem, *O nauce, prawie i moralności: pisma wybrane*, PWN, Warszawa 1985, s. 249.

rozwijał<sup>6</sup>. Tak czy inaczej warto zauważyć, że idea Petrażyckańska ma tę podstawową zaletę, iż jest dostateczna i bezwyjątkowo konkluzywna, a to w tym sensie, że nie wymaga jakichkolwiek korekt z punktu widzenia sądów słusznościowych (sprawiedliwościowych), co w przypadku koncepcji Arystotelejskich, dla zachowania etycznej koherencji, nierzadko jest konieczne. Ideami takimi są w szczególności prawość, epikea, czy w innym ujęciu – miłosierdzie, którym przyjdzie nam się bardziej szczegółowo zająć.

Traktowanie problematyki sprawiedliwościowej w połączeniu z miłosierdziem uzasadnione jest przede wszystkim jej merytorycznym znaczeniem dla normatywnej struktury społeczeństwa, ale również względami historycznymi. Długa tradycja refleksji sprawiedliwościowej istnieje w ośrodku poznańskim, by wspomnieć choćby Kazimierza Ajdukiewicza<sup>7</sup> (aczkolwiek ten w Poznaniu przebywał krótki czas, ale jego znaczenia dla tego środowiska nie sposób przecenić<sup>8</sup>), Czesława Znamierowskiego<sup>9</sup> czy Zygmunta Ziemińskiego<sup>10</sup>.

Skądinąd wykład Zygmunta Ziemińskiego u poznańskich dominikanów *Caritati in iustitia* (co według kardynała Józefa Glempa najlepiej oddać jako „przez sprawiedliwość do miłości”, dosłownie jednak jako „miłosierdzie w sprawiedliwości”) stał się asumptem do mojej własnej refleksji sprawiedliwościowej<sup>11</sup>.

Zasadniczo rzecz biorąc, konstrukcje sprawiedliwościowej treści prawa dotyczyć mogą dwóch kategorialnie odmiennych zagadnień. Po pierwsze, treści samego prawa, gdzie sąd sprawiedliwościowy służyć może zarówno krytyce, jak i aprobachie moralnej norm prawnych oraz stanowić podstawę czy element dookreślenia samej treści norm prawnych; po drugie, kwalifikacji moralnej aktów stosowania prawa, aż po odmowę nadawania im cech prawności. Robert Alexy, który drugiego z tych kręgów problemów zdaje się nie dostrzegać, do definicji prawa, czy raczej jako jeden z postulatów definicyjnych prawa, wprowadza przesłankę negatywną, którą określić by można jako niegodziwość (*Unrecht*). W ujęciu autora dyskwalifikacji ontologicznej jako prawa ulega ta część wytworów czynności zasadniczo prawotwórczych, których treść jest w bliżej przez niego niescharakteryzowanym sensie niegodziwa<sup>12</sup>. W pozytywistycznie orientowanej polskiej teorii prawa pogląd Alexy’ego dałoby się zapewne uzgodnić jedynie ze sprawiedliwościowymi poglądami Petrażyckiego, aczkolwiek nawet Petrażycki nie zgodziłby się z tym poglądem odnośnie do prawa stanowionego, a jedynie co do prawa intuicyjnego, czy ewentualnie na styku tych płaszczyzn, jako element wykazywania emocjonalnej sprzeczności jednego z drugim.

<sup>6</sup> L. Petrażycki, systematyczniej, poświęcił sprawiedliwości zaledwie jeden paragraf swej *Teorii prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. II, Warszawa 1960, par. 37, s. 286-297.

<sup>7</sup> K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości*, „Kultura i Wychowanie” 1939, z. 2, s. 109-121.

<sup>8</sup> I to nie tylko dla refleksji etycznej. Wystarczy porównać *Logikę pragmatyczną* Kazimierza Ajdukiewicza z *Logiką praktyczną* Zygmunta Ziemińskiego.

<sup>9</sup> Cz. Znamierowski, *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*, Warszawa 1964, s. 227-233.

<sup>10</sup> Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

<sup>11</sup> Wykład ten miał miejsce w pierwszej połowie lat osiemdziesiątych i ze zrozumiałych względów nie został opublikowany. Pozostaje mieć nadzieję, że odnajdzie się w którymś z esbeckich raportów.

<sup>12</sup> R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, wyd. 2, Alber Karl 2002.

Stanowisko odrzucające komponentę słusnościową samej istoty prawa pozytywnego oparte jest na etyce odpowiedzialności, fundowanej na takim pojęciu godności ludzkiej, która zakłada wolną wolę. Stąd również możliwość czynienia zła. Brak jakichkolwiek argumentów metafizycznych, aby odrzucić jako prawo taki pozytywny wytwór moralny, który urągałby elementarnym wymogom sprawiedliwości lub przekraczał granicę słusności tak dalece, że wzbudzałby uzasadniony sprzeciw moralny. Zwolennicy tego poglądu, do których i ja się zaliczam, podnieśliby również argument z operatywności pojęć moralnych. Wprowadzanie komponenty słusnościowej do pozytywistycznie pojmowanego prawa osłabia postawy wobec niego krytyczne. To zaś, jak poucza historia, prowadzi do potęgowania zbrodni.

Owszem, zachowanie autonomii prawa i sprawiedliwości warunkuje postawę krytyczną wobec prawa, w związku z czym jest znacznie lepszym środkiem jego kontroli niż włączenie komponent ocennych do samego pojęcia prawa.

O ile przenazwanie\* prawa określonej społeczności na „nieprawo” zdaje się z punktu widzenia określonych społeczności pragmatycznie uzasadnione, to jednak samo w sobie nie zmienia zasadniczego problemu, że owo „nieprawo” w okresie swojego funkcjonowania wyznaczało efektywnie sytuacje prawne podmiotów prawa. W istocie zatem takie stawianie problemu prowadzi do powoływania konstrukcji „prawa” i „prawa w ujęciu funkcjonalnym”, co w zasadzie odpowiadałoby znacznie bardziej doprecyzowanym płaszczyznom prawa Petrażyckiego. Zagadnienie takie jeszcze prościej byłoby postawić, a nawet dokonać uprzedniej dyskwalifikacji owego „nieprawo” na gruncie mocnej ontologicznej koncepcji prawa natury. Ta, trzeba przyznać, nader atrakcyjna możliwość o tyle jest społecznie nieefektywna, że podstawa ontologiczna tego prawa nie jest dowodliwa, a przez znaczną część uczestników dyskursu społecznego bywa negowana. W tym sensie, niezależnie od swej merytorycznej trafności, nie może spełniać swoich funkcji miary etycznej prawa pozytywnego w realnym dyskursie prawniczym.

Wydaje się, że znacznie bardziej użytecznym narzędziem są kategorie sprawiedliwościowe, wytworzone w toku kulturowego rozwoju społeczeństwa. O ile w swoim rezultacie nie doprowadzają do uzgodnienia treści prawa z poglądami sprawiedliwościowymi, o tyle co najmniej uodporniają uczestników obrotu prawnego na ideę jakoby doskonałego etycznie prawa, a ostatecznie stwarzają podstawy już nie tylko etycznego, ale i intelektualnego sprzeciwu wobec prawa niesprawiedliwego.

O ile zatem prawo przedstawia się jako prawo również wówczas, gdy jest niesprawiedliwe, o tyle dla samego zachowania pewnych swoich diagnostycznych własności musi zachować co najmniej w ograniczonym zakresie podstawę jakiegokolwiek prawa dążącego do ogólności, mianowicie zasadę równego traktowania.

W naszej kulturze stosowalność tej idei przyniosła dwie, rozbieżne idee: Perelmanowską ideę sprawiedliwości formalnej fundowanej na zasadzie równego traktowania równych według jakiegoś sprawiedliwościowego

---

\* Terminologię w artykule pozostawiono zgodnie z intencją Autora.

prawidła<sup>13</sup> oraz Ajdukiewiczowską ideę równej miary<sup>14</sup>. Skądinąd u Perelmana katalog ten nie tylko zawiera policzalny zbiór elementów, ale nawet każdy z elementów jest nazwany i dostatecznie dookreślony treściowo, co nie oznacza, że autor wyklucza możliwość powstawania prawideł w określony sposób złożonych. Jedynie tytułem przypomnienia Perelman wyróżnia następujące formuły zasadnicze: każdemu to samo, każdemu według jego zasług, każdemu według jego dzieł, każdemu według jego potrzeb, każdemu według jego pozycji, każdemu według tego, co przyznaje mu prawo<sup>15</sup>. Kategorie te, jak widać, nadają się do prowadzenia dyskursu społecznego, tak jak go projektował autor *Logiki prawniczej. Nowej retoryki*, ale same w sobie nie są konkluzywne. Mianowicie ich dobór, aczkolwiek niekoniecznie arbitralny w okolicznościach określonego przypadku, nie jest zależny od chociażby etycznej koherencji sądów sprawiedliwościowych, ale od subiektywnego uznania przez audytorium siły perswazyjnej argumentacji sprawiedliwościowej. Za pewną próbę pokonania tej słabości uznać można zasadę zasłony niewiedzy Johna Rawlsa<sup>16</sup>. Niemniej i w tym przypadku, chociaż z płaszczyzny ściśle argumentacyjnej przechodzi się na bardziej zobiektywizowaną płaszczyznę rozsądnego kontraktu, brak kryterium domykającego koncepcję sprawiedliwościową. W tym sensie za najdoskonalszą należałoby uznać konstrukcję równej miary Kazimierza Ajdukiewicza. Ta konstrukcja sprawiedliwościowa umożliwia formułowanie nie tylko uogólnionych sądów sprawiedliwościowych zarówno w odniesieniu do jednostek, jak i jakoś pojmowanych grup ludzkich (np. narodów, pokoleń), lecz także umożliwia formułowanie sądów sprawiedliwościowych o wszelkich przedstawianych, niekoniecznie formalizowanych, sądach sprawiedliwościowych. Nie ogranicza się zatem do stwierdzenia, że wedle pewnych dyferencjacji sprawiedliwościowych, wszyscy przynależni do określonej kategorii są traktowani równo, ale nade wszystko konstytuuje pytanie o zasadę równości<sup>17</sup>. Zatem przełamanie tak pojmowanej sprawiedliwości nie wymaga przeprowadzenia udatnej argumentacji w określonych warunkach społecznych, wyargumentowania określonej treści hipotetycznej umowy społecznej, ale wykazania racji rzeczowych za uznaniem, że dana dyferencjacja sama w sobie podlega zasadzie równej miary. Jeśli za zasadę (prawidło) przyjmujemy formułę „każdemu według jego pozycji”, możliwe jest wylegitymizowanie zasad odwróconej dyskryminacji, ale niemożliwe jest wylegitymizowanie konstrukcji uprzywilejowania jakoś pojętych panów. O ile bowiem odwrócona dyskryminacja (mniejsza z tym, czy skutecznie) zmierza do wyrównania pozycji społecznej jednostek w ramach nadrzędnej wspólnoty ludzkiej, czy którejś ze wspólnot partykularnych, o tyle zasada dominacji zmierza do jej utrzymania. Pierwsza zatem spełnia Ajdukiewiczowski warunek, druga na zasadę sprawiedliwości w ogóle się nie nadaje, jako sama w sobie arbitralna i uzasadniona jedynie egoizmem.

<sup>13</sup> Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, PWN, Warszawa 1959.

<sup>14</sup> K. Ajdukiewicz, op. cit., passim.

<sup>15</sup> Ch. Perelman, op. cit., s. 22.

<sup>16</sup> Koncepcję sprawiedliwości opartej na tej zasadzie sformułował J. Rawls w *A Theory of Justice* 1971 (tłum. polskie: *Teoria sprawiedliwości*, PWN, Warszawa 1994).

<sup>17</sup> K. Ajdukiewicz, op. cit.

Mam nadzieję, że te powyższe uwagi w dostateczny sposób obrazują mój pogląd na istotę sprawiedliwości i istotę – jednak formalnie – sprawiedliwego prawa.

W ramach tej grupy problemów sprawiedliwościowych, odniesionych do samego prawa, a nie do aktów jego stosowania, należy wyróżnić problematykę sprawiedliwościowej treści norm prawnych. W tym przypadku sądy sprawiedliwościowe są niejako inkorporowane w treść prawa i nie stanowią podstaw jego zewnętrznej oceny. Będą to w szczególności zagadnienia wykładni prawa w przypadku występowania w prawie – pojmowanym jako pewien zbiór wyrażeń – jakoś danych zwrotów sprawiedliwościowych, zatem zarówno problemy interpretacyjne, jak i inferencyjne. Wyjątkowa złożoność tej problematyki warunkuje ograniczenie się w niniejszym artykule do jedynie paru uwag, i to o charakterze raczej egzemplifikacyjnym niż uogólniającym.

W tekście prawnym, ale również w innym materiale prawnym (np. w paremiach prawniczych) niejednokrotnie zawarte są zwroty sprawiedliwościowe. Od tak oczywistych, jak: „sędzia sędzi według prawa i sprawiedliwości”, po mniej oczywiste typu: „nemo iudex in res sua”, aż po – na pierwszy rzut oka – zupełnie nieoczywiste zakazy sądenia, oskarżania czy występowania w roli biegłego w sytuacji, gdy jest się świadkiem zdarzenia faktycznego, które może mieć znaczenie dla kwalifikacji prawnej czynu będącego przedmiotem postępowania. W takich sytuacjach powstaje niejednokrotnie pytanie o zakres tych nakazów czy zakazów, i to właśnie w kontekście sprawiedliwościowym. Równocześnie powstaje pytanie o samą treść użytych zwrotów desygnujących jakoś pojętą sprawiedliwość.

Studium przypadku można by przeprowadzić na pojęciu „sprawiedliwość społeczna” zawartym w art. 2 Konstytucji RP. Z praktycznego punktu widzenia szczególną doniosłość ma rozstrzygnięcie zagadnienia charakteru prawnego przepisu art. 2 Konstytucji, zawierającego zwrot o „urzeczywistnianiu sprawiedliwości społecznej”, jako zwrotu wysłowiającego klauzulę generalną albo zasadę prawa. W moim rozumieniu, jedynie wyгода nakazywałaby ów zwrot uznać za klauzulę generalną w tej wersji pojmowania klauzuli generalnej, gdy uznaje się ją za swoisty rodzaj delegacji dla podmiotu stosującego prawo do uzupełnienia „przepisów prawnych, w których nie są dokładnie sprecyzowane wszystkie elementy składające się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, a ocena konkretnego stanu faktycznego zostaje przerzucona na organ stosujący prawo”<sup>18</sup>. Nie oznacza to, że zwrotu tego nie można uznać za klauzulę generalną w sensie, jaki nadaje klauzulom generalnym L. Leszczyński („zwroty niedookreślone tekstu prawnego”<sup>19</sup>, czy w innym ujęciu językowym: „zwroty języka prawnego nieokreślone”)<sup>20</sup>. Tym bardziej że drugie ujęcie

<sup>18</sup> A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 73. Por. E. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1971, s. 99.

<sup>19</sup> L. Leszczyński, *Zastosowanie klauzul generalnych w orzecznictwie arbitrażowym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia”, Sectio G, t. XXXVI, Lublin 1989, s. 185.

<sup>20</sup> L. Leszczyński, *Zmiany w prawie a klauzule generalne*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia”, Sectio G, t. XXXIV, Lublin 1987, s. 223, pisze: „klauzulą generalną jest każdy zwrot języka prawnego nieokreślony (niedookreślony) znaczeniowo”.

bynajmniej nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że przepis ów, zawierając tak pojmowaną klauzulę generalną, nie formułuje jednak zasady prawa. Różnica sprowadza się tu zatem nie do treści prawa w zakresie sposobu wyznaczania sytuacji prawnych podmiotom prawa, a do metody wysłowienia statuujących dane sytuacje prawne norm prawnych. Uznać można, że pozostawienie tak istotnych decyzji walidacyjnych podmiotom stosującym prawo przekracza ramy swobody orzekania, a podmioty interesowane pozbawia w istocie pewności prawnej. Skoro opowiedziałem się za pojmowaniem tego fragmentu tekstu prawnego jako zasady, powstaje nader złożone pytanie o charakter tego pojęcia, tak w aspekcie treściowym, jak i konstrukcyjnym. W szczególności powstaje pytanie, czy sprawiedliwość społeczna jest jakimś odmiennym od Arystotelejskiego rodzajem sprawiedliwości, czy też jakoś ukonstytuowanym agregatem Arystotelejskich formuł, a zapewne i rodzajów sprawiedliwości. W szczególności o stosunek w tym zakresie pojęć sprawiedliwości kommutatywnej i dystrybutywnej, na którego dookreśleniu konieczne jest – moim zdaniem – dookreślenie jakiegokolwiek koncepcji sprawiedliwości społecznej, której znaczenie przekraczałoby spełnianie funkcji legitymizacyjnych dla dominacji w żaden sposób nielegitymizowanych beneficjentów pozbawionych tych treści konstrukcji. Sprawiedliwość społeczna jest – w moim rozumieniu – w znacznym stopniu fundowana na świadczeniu wzajemnym na przykład opartym na zasadzie ekwiwalentności, aczkolwiek relacja sprawiedliwościowa nie ma w tym przypadku charakteru relacji jedno-jednoznacznej, lecz przebiega przez dziedzinę i przeciwdziedzinę tej relacji wielo-wieloznacznie. Świadczeniem wzajemnym za bezpieczeństwo socjalne jest zasadnicza akceptacja porządku prawnego, za wyrównywanie szans edukacyjnych – wieloletnia efektywna praca. Zatem w tym rozumieniu zasada sprawiedliwości społecznej jest instrumentalnie przyporządkowana idei dobra wspólnego.

Zapewne można by również dokonać przeglądu potencjalnie konstytuujących sprawiedliwość społeczną po Perelmanowsku pojętych formuł sprawiedliwości rozdzielczej. W kontekście niniejszego artykułu są to jednak zagadnienia szczegółowe. Skądinąd zabieg ten nie wydaje się konieczny, gdyż w zakresie rozważań *sensu stricto* pojęciowych literatura nasza posiada prawdziwy klejnot, mianowicie dzieło Zygmunta Ziemińskiego *O pojmowaniu sprawiedliwości*. Celem tego artykułu jest jedynie określenie etycznych granic prawa, a nie wyznaczenie ścisłego ich przebiegu.

Niemniej w kontekście niniejszych rozważań niezbędne jest dodanie uwag o dopuszczalnych granicach zabarwień ocennych. Ograniczę się do dwóch konstatacji: pierwszej, że w zakresie tym nie istnieje praktycznie rozprawianie neutralne, po wtóre, rozważania takie, tak jak wszelkie operacje na zwrotach melioratywnych (oraz pejoratywnych), zawsze są w takim czy innym sensie perswazyjne. Również w przypadku rozważań pozornie neutralnych aksjologicznie w sferze, gdzie prawo przenika się z moralnością, zawsze występują treści perswazyjne. Na przykład nawoływanie do niepowracania do kwestii historycznych ma zazwyczaj na celu utrzymanie fundowanego na jakoś również przez nawołujących rozpoznanemu złu *status quo*. Co istotne, nawoływanie

takie przyjmuje zwykle pewną wizję świata przeszłego, w którym jakoby wszyscy byli w pewnym stopniu uwikłani. Skądinąd twierdzenie to jest oczywiście prawdziwe, pomija jednak tę elementarną różnicę w charakterystyce owego uwikłania, że jedni byli uwikłani jako stawiający opór, drudzy jako go łamiący. Inna rzecz, jakie były motywacje owych postaw w konkretnych sytuacjach. Po drugie – prawo budowane na takim ujednoczeniu pojęć z konieczności zawiera antynomie, które prowadzą do jego dysfunkcjonalności.

Z powyższych wywodów mogłoby wynikać, że sprawiedliwość stosowania prawa zagwarantowana jest przez formalną i treściową sprawiedliwość prawa. Warto jednak zauważyć, że nigdy nie da się wykluczyć tego, iż prawnik nie stanie przed sytuacją, która – wydawałoby się – w określonym kręgu kulturowym zdarzyć się nie może. Przykładowo, w późnym PRL-u na podstawie ustawy z 10 maja 1985 r. o szczególnej odpowiedzialności karnej (Dz. U. z 20 maja 1985 r.) sędzia mógł znaleźć się w sytuacji, która wydaje się niemożliwa po *Nędznikach* Wiktora Hugo. Mianowicie owo prawo w konkretnym przypadku nakazywało wymierzyć karę bezwzględnego pozbawienia wolności, i to minimum 2 lat, za kradzież dwóch królików. Skądinąd w inkryminowanym przypadku zachowana została nawet swoista sprawiedliwość formalna: rok za każdego królika. Przykładów tego rodzaju można by znaleźć bez liku – od przypadku, gdy sędzia uznał, że ruch w sensie prawnym niekoniecznie jest ruchem fizycznym, po takie, gdy – tak jak w omawianej wyżej sprawie – utracił wiarę w istnienie królików. Co przy tym istotne, same w sobie przepisy te nie przedstawiały się jako niesprawiedliwe dla całej klasy sytuacji przez się wyznaczanych. Niemniej w konkretnych aktach stosowania prawa były wprost niemilosierne. Przy okazji ujawniła się dość oczywista rzecz: antynomią sprawiedliwości nie musi być niesprawiedliwość, a antynomią miłosierdzia – niemilosierność.

W opisanym przypadku chodzi właśnie o to, że jakiegokolwiek inne zachowanie niż unikanie zastosowania inkryminowanych przepisów nie tyle byłoby niesprawiedliwe, ile właśnie niemilosierne<sup>21</sup>. Konstatacja ta przedstawia się jako uzasadniona w każdym trybie wydawania sądów sprawiedliwościowych. Jedyne w Petrażycjańskim sposobie pojmowania sprawiedliwości wystarczająca jest sama konstrukcja sprawiedliwościowa.

Miłosierdzie w zasadzie przybierać może postać dwojakiego rodzaju miłości: świadczącej (*caritas*) lub przebaczącej (*miseriordia*). Przebaczenie w powszechnym mniemaniu wymaga skruchy. Wszelkie inne elementy są historycznie i społecznie zmienne, zależne od interpretacji podstawowych zasad. Nawet Bóg, z pewną korektą w przypadku Boga Izraela<sup>22</sup>, Bóg chrześcijan<sup>23</sup>, który jest nade wszystko miłosierny, nie narusza zasad sprawiedliwości. „Miłosierny” bowiem również w tej tradycji nie oznacza „pobłażliwy”, czy wręcz „niesprawiedliwy”. Jeżeli Jezus błaga Ojca na krzyżu: „nie poczytaj im tego grzechu”, to przytacza po temu bardzo poważną rację

<sup>21</sup> Czy wręcz nieludzkie. Interesujące jest, że na gruncie języka polskiego w pewnym zakresie są to pojęcia synonimiczne.

<sup>22</sup> Który jest przede wszystkim sprawiedliwy, co niekiedy oznacza mściwy.

<sup>23</sup> Dominującej tradycji etycznej, na której opierają się choćby tak oczywiste dziś dla nas prawa człowieka.

– niepoczytalność: „bo nie wiedzą co czynią”. Nie ściąga jednak złoczyńców z krzyża, aby nie ponieśli kary, ani nigdzie nie narusza zasad, które są ugruntowane w sprawiedliwości. Owszem, miłosierdzie chrześcijańskie fundowane jest na sprawiedliwości, która nade wszystko przyjmuje za kategorię dyferencyjną fundamentalną równość niepodlegającego jakimkolwiek wartościowaniu człowieka. Człowieka konstytuowanego jako byt godny niezależnie od swoich uczynków czy cech pozahabitualnych; człowieka, który jako byt godny jest zarazem bytem odpowiedzialnym, stąd ponosi konsekwencję swoich czynów. To podstawowe twierdzenie o kondycji ludzkiej prowadzi do prostej konstatacji, że zasadniczo różną rzeczą jest miłosierdzie czynne, które przysługuje każdemu z samej racji bycia człowiekiem, gdy znajdzie się w okolicznościach, w których jego godność poprzez akcydentalia życia codziennego może znaleźć się w niebezpieczeństwie (upodlenia, głodu czy przedwczesnej śmierci), a czym innym jest miłosierdzie w karaniu, szczególnie gdy czyn wymagający w zasadzie kary nie jest wymierzony ani bezpośrednio, ani wyłącznie w podmiot miłosiernie karę miarkujący lub w ogóle od jej wymierzenia odstępujący.

Warto tu zauważyć, że w przypadku stosowania prawa sytuacja tego typu jest praktycznie wykluczona. Uznawanymi za cywilizowane warunkami wymierzania sprawiedliwości są różne zakazy instytucjonalne i procesowe, których sens sprowadza się do tego, aby podmiotem sądzącym nie tylko nie był podmiot interesowany rozstrzygnięciem procesowym, ale aby nie był to podmiot, co do którego zachodzić może uzasadnione przypuszczenie, że jego wiedza o faktach istotnych procesowo pochodzi ze źródeł pozaprocessowych, których procesowa weryfikacja jest psychologicznie nader utrudniona. Wśród nich na pierwsze miejsce wybija się zasada *nemo iudex in res sua*, chociaż znacznie trafniej myśl tę ilustruje procesowy zakaz sądzenia w sprawach, których przedmiotem jest zdarzenie, którego sędzia, prokurator lub biegły (co otwiera wątek nowy, w tym miejscu jednak pominięty) był świadkiem. Zasadnie jest wszak założyć, że każdy ma tendencję do uznawania własnych spostrzeżeń za dostatecznie uzasadniające sądy o faktach. Refleksja nad ich metodologiczną podstawnością jest przy tym zjawiskiem raczej rzadkim.

W powszechnej tradycji przebaczenia kładzie się nacisk na cztery podstawowe elementy: konieczność uznania swojej winy, konieczność skruchy i żalu za przewinienie, konieczność wyznania owej winy i dopiero wówczas konieczność przyjęcia i wypełnienia pokuty. Można by rzec, że pierwsze trzy elementy stanowią nie tylko etycznie, ale i logicznie konieczne warunki pokuty. Jeżeli bowiem założyć, że akt wymierzenia czy odstąpienia od kary ma być aktem miłosierdzia, to wykluczone pojęciowo jest, aby był środkiem bezczelnego unikania kary przez sprawcę czynu warunkującego potrzebę kary, czy mniej albo bardziej subtelnych operacji zmierzających do rozmycia odpowiedzialności podmiotu czyn taki popełniający. Zauważyć bowiem można, że nie tylko bezpośredni sprawca, często nawet nie on – gdyż nie jest wykluczone, iż jego moralna przemiana istotnie zaszła (choć wątpliwe jest masowe wystąpienie świętych Pawłów w jakiegokolwiek społeczności), ale pewna wspólnota zbrodni

zmierza do zafalszowania rzeczywistego stanu rzeczy w ten sposób, aby czyny niegodne przedstawiały się jako wprost godne lub co najmniej indyferentne moralnie. Taktyka ta skądinąd przedstawia się jako społecznie bardziej efektywna niż powszechnie odczytywane już nawet nie jako arbitralne, ale schizofreniczne autonominacje na autorytety czy ludzi honoru z komicznym dorozumianym przydomkiem *honoris causa*, które jeśli nie wzbudzają gniewu, to zawsze politowanie.

Warunkiem miłosierdzia w karaniu jest zatem, aby zarówno sprawca, jak i podmiot karzący stali w prawdzie. Miłosierdzia nie można wyłudzić, ale i nie można go okazać nieświadomie. Pojęcie przebaczenia jest przecież nie nazwą, a funktorem wymagającym aż trzech argumentów: ktoś komuś coś przebacza. Z semiotycznego punktu widzenia, który można by określić nawet logicznym, nie można przebaczyć komuś czegoś, o czym przebaczący nawet nie wie albo co przedmiotem przebaczenia być nie może, gdyż na przykład jest zasługą<sup>24</sup>. W kontekście nieprzedawniania się zbrodni przeciwko ludzkości i komunistycznych, czy wzbudzającej ostatnio największe emocje lustracji, uznać trzeba, że w każdych warunkach historycznych ludzie starli się po prostu żyć. W totalitaryzmach nie żyli wyłącznie niktzemnicy – zatwardziali esbecy albo ich dobrowolni konfidenci. W większości ludzie byli przyzwoici, aczkolwiek obarczeni ludzkimi słabościami i wadami. Nie tu miejsce, aby poruszać ten wątek, ale pomiędzy kolaboracją z antyludzkimi reżimami a życiem w warunkach panowania tych reżimów jest cała gama rozmaitych postaw i zachowań. Zatem żądanie puszczenia w niepamięć całego okresu totalitaryzmów jest żądaniem powtórnego upokorzenia tych ludzi, którzy byli w zwyczajny sposób przyzwoici, i ukrycia wśród nich nielicznej grupy tych, którzy się zhańbili.

Skądinąd taki program polityki historycznej prawa, całkiem nęcący pozorami pokoju społecznego, jest całkowicie nierealny. Po pierwsze – w sposób naturalny będzie malała grupa zainteresowana tego typu zagospodarowaniem przestrzeni społecznej, po drugie – tego typu zafalszowanie nie tylko pamięci, lecz także struktury moralnej społeczeństwa wcześniej czy później doprowadzi do linczu. Prawo ma wszak w sobie wpisaną sprawiedliwość. Jeśli warunku tego nie spełnia, przestaje być zdolne do rozwiązywania sytuacji konfliktowych czy budzących emocje społeczne. Przykładowo, poza dyskusją jest prawo potomków ofiar Szoah do prawnego rozstrzygnięcia odpowiedzialności za to wydarzenie.

Te proste w praktyce zasad elementarnych konstatacje ulegają skomplikowaniu, gdy odniesiemy je nie do prawa, nawet nie do instytucjonalnie pojmowanych organów stosujących prawo, a do prawnika.

Pytanie, czy prawnik może być sprawiedliwy, w tym kontekście przedstawia się jako banalne. Istotne jest pytanie o to, czy z etycznego punktu widzenia prawnik może być miłosierny. Przy czym jest to pytanie nie o osobiste

---

<sup>24</sup> Nawiązując do przykładu lustracji, można sobie wyobrazić sytuację, że rzekomy agent w istocie dezinformował służbę bezpieczeństwa. Za formę takiej masowej dezinformacji można by uznać zobowiązania do przestrzegania prawa; SB żądała takiej deklaracji przed wyjazdem za granicę. Skądinąd dla prawnika sytuacja ta, gdyby nie upokorzenie, mogłaby się przedstawiać jako wprost komiczna konsekwencja zasady *ignorantia iuris non excusat*.

doświadczenie etyczne takiego czy innego prawnika, ale o etyczną treść systemu społecznego, w którym prawnikom przypisana jest rola arbitrów, czy pomocników arbitrów rozmaitych istotnych społecznie sporów.

W tym sensie samo to pytanie może się przedstawiać jako źle postawione, i to w dwojakim sensie. Po pierwsze, sugeruje, że prawnik stoi ponad normami, których adresatem jest każdy, komu przysługuje przymiot bycia człowiekiem; po drugie, w problematycznym ujęciu zagadnienia odpowiedź przedstawia się jako wprost banalna: dlaczego prawnik nie miałby być miłosierny?

Na pierwsze pytanie odpowiedź jest równie prosta, jak powód naszego sprzeciwu wobec takiego stawiania pytania: używając nazwy „prawnik”, nie mamy na myśli człowieka, który zawodowo wykonuje takie funkcje społeczne, że powiadamy o nim, iż jest prawnikiem, lecz taki byt, który nazywać by można bytem instytucjonalnym. Pytanie to zatem w istocie brzmi: czy realizacja ideału miłosierdzia konstytuuje instytucjonalnie pojmowanego prawnika? Przeciwnie ujęcie – traktowanie owego prawnika jako desygnującego pewną podklasę ludzi – prowadzi do niwelacji doniosłości społecznej tego pytania; w takim przypadku przedstawia się jako równa doniosłości pytania: czy szewc albo inżynier mogą być miłosierni? Jeśli odpowiedź na te pytania miałaby większą od powszechnej doniosłość społeczną, to chyba tylko w kategoriach dydaktycznych (pomogłaby uświadomić studentowi I roku prawa, że wszelkie nazwy określające profesje ludzkie – o ile nie brać ich w znaczeniu instytucjonalnym – w istocie desygnują ludzi). Aczkolwiek dla wielu absolwentów studiów prawniczych teza ta wraz z upływem lat i obrastaniem we władzę nie przedstawia się jako oczywista.

Zatem gdyby brać prawnika po prostu za człowieka, trzeba stwierdzić tyle: brak okoliczności, które zwalniałyby prawnika z powszechnych norm, w tym sensie także w powszechnym zakresie dotyczyłby go wymóg miłosierdzia. Miłosierdzia pojmowanego jako uprawnienie osoby względem osoby, której sytuacja – co do zasady bez jej winy – wzbudza współczucie. Warunki miłosierdzia omówiliśmy wyżej. Tu stwierdzmy tylko, że jeśli prawnik jako człowiek podlega wymogom miłosierdzia, to tak samo jak inżynier, lekarz czy szewc.

Jednakże biorąc prawnika w owym instytucjonalnym znaczeniu, pytanie nie przedstawia się już tak banalnie. Po pierwsze, nasuwa się wniosek, że w pytaniu tym nie chodzi o problematyczne wysłowienie możliwości, lecz o wysłowienie pytania, czy istnieją takie okoliczności, które wyłączają bycie przez prawnika miłosiernym. Jako przedmiotowe jawią się zatem dwie płaszczyzny rozważań: aksjologiczna i faktyczna. W pierwszej z nich okolicznością taką byłby fakt obowiązywania określonych, formułujących zakazy norm; w drugiej – brak występowania faktycznych możliwości w jakiś sposób pojętego miłosierdzia. Po drugie, że podmiotem, o który pytamy, nie jest desygnowany nazwą generalną pewien rodzaj po prostu człowieka, a jakiś pojmowany na kształt podmiotu byt, który odróżnia prawnika od nie-prawników, i to przez samą desygnację.

Czy zatem instytucjonalnie pojętego prawnika konstytuują wymogi miłosierdzia? Zdałoby się, że nie istnieje żadna taka reguła rozstrzygnięcia,

kóra wyłączałaby taką sytuację. Jednak przypuszczenie takie samo w sobie nie zwalnia nas od rozważenia paru problemów.

Po pierwsze, jako nader nieokreślone przedstawia się samo pojęcie prawnika. W toczącym się w Polsce dyskursie, w szczególności co do dostępu absolwentów prawa do aplikacji, pojęcie prawnika otrzymuje nader szeroki zakres, określa bowiem każdego kto ukończył studia prawnicze. Tak pojęty „prawnik” jest jednak nieoperatywny dla naszych potrzeb. Powszechna intuicja łączy bowiem z tym terminem jakiś rodzaj samoistnej władzy, jeśli nie decyzji, to przynajmniej w określonym sensie bezpośredniej możliwości wpływania na nią. W tym sensie prawnikami są nie tylko sędziowie (aczkolwiek stopień pewności tego twierdzenia co do nich jest najwyższy), ale również prokuratorzy oraz prawnicy pełnomocnicy: radcowie prawni i adwokaci, a nawet notariusze, choć ich status jest nader szczególny. W tym rozumieniu prawnikami nie są urzędnicy posiadający dyplom ukończenia prawa, gdyż ich rolą nie jest kreowanie stanów prawnych, ale realizacja określonych celów społecznych, niekiedy również przez kreowanie stanów prawnych. Różnica sprowadza się do tego, że to, co dla prawnika jest wartością samą w sobie, w przypadku urzędnika jest wartością instrumentalną. O ile prawo wyznacza urzędnikowi warunki realizacji celów społecznych, o tyle dla prawnika stanowi okoliczność determinującą decyzję. O ile urzędnikowi prawo jest w określonym stopniu dane poprzez przepisy prawne oraz orzecznictwo, o tyle w działalności prawników prawo niejako się staje; w toku prawniczego dyskursu dochodzi do dookreślenia treści norm prawa obowiązującego, przy czym w naszych warunkach kulturowych szczególną rolę odgrywa tutaj interpretacja przepisów prawnych.

Po drugie, chodzi o przynajmniej ogólne zarysowanie pojęcia miłosierdzia. Jedno jest przy tym pewne: miłosierdzie należy do tych terminów, które – bez względu na dookreślenie treści – jest wartościowane dodatnio, słowem: jest czymś dobrym. Zatem jako zwrot jest melioratywem języka. W tradycji dyskusji sprawiedliwościowej, jako przykład miłosierdzia przedstawia się ewangelicznego pana winnicy<sup>25</sup>, który każdemu z najemników bez względu na czas ich pracy wypłacił taką samą stawkę (tak Chaim Perelman w *O sprawiedliwości*, jak i Zygmunt Ziemiński w *O pojmowaniu sprawiedliwości*), czy ojca darującego krnąbrnemu synowi karę (tak Chaim Perelman). Obie te sytuacje

<sup>25</sup> Przypowieść o robotnikach w winnicy, Mt 20,1-16: „<sup>1</sup>Królestwo niebieskie podobne jest do pewnego gospodarza, który wyszedł o świcie, by nająć robotników do swojej winnicy. <sup>2</sup>Umówił się z nimi o denara za dzień i posłał ich do swojej winnicy. <sup>3</sup>Gdy wyszedł o trzeciej godzinie, zobaczył innych stojących za pracą na rynku. <sup>4</sup>Tym też powiedział: 'Idźcie i wy do winnicy, a co będzie należne, dam wam'. <sup>5</sup>Poszli więc. Wyszedł ponownie o godzinie szóstej i o dziewiątej i uczynił podobnie. <sup>6</sup>A kiedy wyszedł o jedenastej, znalazł jeszcze innych stojących. Zapytał ich: 'Dlaczego przez cały dzień stoicie tu bezczynnie?'. <sup>7</sup>Odpowiedzieli mu: 'Bo nikt nas nie najął'. Rzekł im: 'Idźcie i wy do winnicy'. <sup>8</sup>A gdy nastał wieczór, powiedział właściciel winnicy do swojego zarządcy: 'Zwołaj robotników i daj im całą zapłatę, zaczynając od ostatnich do pierwszych'. <sup>9</sup>Gdy przyszli ci z jedenastej godziny, otrzymali po denarze. <sup>10</sup>Kiedy zatem podeszli pierwsi, uważali, że otrzymają więcej. Jednak i oni otrzymali po denarze. <sup>11</sup>Biorąc więc narzekali na gospodarza. <sup>12</sup>Mówili: 'Ci ostatni pracowali jedną godzinę, a zrównałeś ich z nami, choć dźwigaliśmy ciężar dnia i spiekoty'. <sup>13</sup>A on każdemu z nich tłumaczył: 'Przyjacielu, nie krzywdzę ciebie. Czy nie umówiłeś się ze mną o denara? <sup>14</sup>Weź swoje i odejdz. Chcę dać temu ostatniemu jak tobie. <sup>15</sup>Czy mi nie wolno uczynić ze swoim, co chcę? Czemu zepsutym okiem patrzysz, że jestem dobry?'. <sup>16</sup>Tak właśnie ostatni będą pierwszymi, a pierwsi ostatnimi"', cytata za Biblią Tysiąclecia.

bynajmniej nie są analogiczne, w pierwszym przypadku „pan żniwa” dla każdego ze swego, w drugim – kara nie jest czymś należnym troskliwemu ojcu. Owszem, jej wymierzenie (a i egzekucja) nie jest przywilejem władzy ojcowskiej, lecz jej ciężarem. Uprawnieniem ojca, a nie jedynie upoważnieniem na podstawie jakichś dających się zidentyfikować co do rodzaju i treści norm – może być raczej wyjątkiem, a to w tej sytuacji, gdy wykroczenie syna jest zarazem wykroczeniem przeciw ojcu. W takim przypadku tytuł ojca do miłosierdzia byłby w tym bardziej oczywisty, że opierając się na kommutatywnie pojętej sprawiedliwości w jej retrybutywnym aspekcie, w istocie sprowadzałby się do rezygnacji ojca ze sprawiedliwej odpłaty synowi.

O ile pierwszy rodzaj miłosierdzia – miłosierdzia pojętego w sposób czynny – w chrześcijańskim dziedzictwie moralnym jest postacią współczucia, tym różną od innych, że przyjmującą zewnętrzny wymiar społeczny działania ukierunkowanego na udzielenie bezinteresownej pomocy podmiotowi znajdującemu się w potrzebie, o tyle drugi stanowi zawsze jakąś postać korekty formalistycznie pojętej sprawiedliwości. Pierwszy rodzaj miłosierdzia prawnika dotyczy stosunkowo rzadko, i to raczej w sytuacjach analogicznych do sytuacji świadczenia przez osoby innych profesji na rzecz potrzebujących, tak jak inżynier może bezinteresownie pomagać w odbudowie zrujnowanego powodzią domu, lekarz nieodpłatnie leczyć ubogiego, tak prawnik w określonym zakresie<sup>26</sup> może świadczyć pomoc prawną na rzecz takich osób.

Problemem pozostaje, czy w tym zakresie dopuszczalne jest motywowane miłosierdziem stosowanie prawa przez prawnika w takim zakresie, w jakim wyposażony jest w imperium, w którym dochodzi do przysporzenia jakiejś korzyści osobie, co do której prawnik ów odczuwa współczucie. Odpowiedź na tak postawione pytanie bynajmniej nie jest prosta. Sądzę, że należałoby ją uwarunkować od pewnego szczegółowego zagadnienia, mianowicie od zakresu stosowania prawa przez prawników na etapie jego wykładni. Jedną bowiem z podstawowych ról prawników jest „urzeczywistnianie prawa”, w tym sensie to oni poprzez swoje akty interpretacji tekstu<sup>27</sup> nadają mu społeczny sens. Jedną zaś z ról wykładni prawa jest jej rola naprawcza. Jeżeli zatem mamy do czynienia z należycie dokonaną wykładnią prawa, w toku której dochodzi do dookreślenia podstawy prawnej decyzji stosowania prawa w ten sposób, że świadczenie na rzecz osoby wzbudzającej współczucie jest należycie prawnie uzasadnione, to stwierdzić możemy, że tego typu zachowanie prawnika jest nie tylko dopuszczalne, ale i jedynie poprawne już z samej definicji jego roli zawodowej. Tyle że poza początkowym impulsem do przeprowadzenia określonych rozumowań z miłosierdziem świadczącym – ze strony prawnika – nie ma to nic wspólnego. Przypadek zaś nielegitymizowanego świadczenia osobie, której ów prawnik współczuje, jest prostym nadużyciem władzy. W żadnej

<sup>26</sup> Bynajmniej nie pełnym, gdyż np. sędziemu zakazane jest instruowanie strony toczącego się przed nim procesu o stosownych środkach jego prowadzenia. Aczkolwiek w tym zakresie prawo przewiduje inne środki zapewnienia sprawiedliwości, np. poinformowanie strony o potrzebie ustanowienia zawodowego pełnomocnika i możliwości skorzystania, w razie potrzeby, z tzw. prawa ubogich.

<sup>27</sup> O inferencjach w tym miejscu nie wspominam, ponieważ ich natura jest jednak co najmniej quasi-logiczna i dlatego może być rozpatrywana nie z punktu widzenia trafności transformacji jednych obiektów kulturowych w drugie, przepisów prawnych w normy prawne, a metodologicznej poprawności.

koncepcji miłosierdzia nie sposób bowiem uzasadnić takiego zachowania, które polega na świadczeniu z dóbr innych. Konstrukcja taka – jako niekoherentna z podstawowym założeniem miłości czynnej – byłaby wszak wewnętrznie niespójna, co nie oznacza, że wielu prawników nie ma tendencji do świadczenia z cudzego. Nader często wyłącznie z cudzego.

W przypadku karania zagadnienie miłosierdzia przedstawia się jako nie mniej złożone. Odróżnić trzeba sytuacje, w których miłosierdzie wymaga korekty prawa, od sytuacji, w których miłosierdzie nakazuje osobiste zachowanie prawnika. Pierwsza sytuacja znów jest sytuacją wykładniową, w której nie pozostaje nic innego, jak uznać, że konieczne, ale i dopuszczalne jest zastosowanie innych niż językowe dyrektyw wykładni; druga sytuacja jest znacznie bardziej złożona. To sytuacja, w której determinowane dostatecznie ustalonymi dyrektywami wykładni normy prawne zarazem determinują podjęcie tego typu decyzji, które ze względu na miłosierdzie przedstawiają się jako niedopuszczalne (na szczęście takie sytuacje zwykle można kwalifikować jako zwyczajnie niesprawiedliwe, co stwarza znacznie twardszy grunt do krytyki ich wyznaczania decyzjami prawodawczymi).

Dwa twierdzenia mogłyby podsumować niniejsze rozważania. Nie istnieje nic takiego, jak sprawiedliwe prawo, które byłoby w jakimś innym aspekcie moralnie niesłuszne. Nadto nie istnieje takie słuszne prawo, które uniemożliwiałoby korektę sprawiedliwości miłosierdziem. Więcej, poza Petrażyckańską koncepcją sprawiedliwości, nie sposób przedstawić sobie takiej koncepcji słusznego prawa, które nie wymagałoby korekty sprawiedliwości – co najmniej na etapie stosowania – miłosierdziem. Choćby miał to być test jedynie negatywny, prowadzący do konkluzji, że w danym przypadku nie ma możliwości podjęcia decyzji sprawiedliwej na podstawie formalnie pojętego prawa.

*dr hab. Jarosław Mikołajewicz*  
*Uniwersytet im. Adama Mickiewicza*  
*w Poznaniu*

## LIMITS OF LAW DETERMINED BY JUSTICE

### Summary

The reflection on justice, already systematised by Aristotle in antiquity, has accompanied mankind since autoreflexion became part of human condition. It has been particularly animated with regards to law.

In essence, the concepts of just substance of law may relate to two conceptually distinct categories of matters. Firstly, such concepts refer to the very substance of law – judgments based on justice may serve both criticism and moral approval of legal norms, as well as continue their source or an element which codetermines their substance. Secondly, they may serve as a criterion applied to a moral classification of acts of law application and result in a refusal to consider them as acts of law. Oftentimes this latter aspect is entirely neglected. The emphasis is being shifted towards law itself, as supplemented with a negative premise, that those outcomes of the law-making acts whose substance is considered to be somewhat unjust are disqualified from being classified as law on ontological grounds.

The above approach, leaving aside its logical justification, displays a fundamental disadvantage, since it somehow conceals the moral responsibility for the law as a cultural artefact. The opposite

view, rejecting justice as a component of the very essence of positive law, is based on ethics of responsibility founded on the concept of human dignity, which assumes free will. Hence it also admits the possibility of wrongdoing. There are no metaphysical arguments justifying the refusal to consider as law such positive moral artefacts which violate fundamental principles of justice or exceed the limits of fairness to such an extent that would give rise to a well-founded moral objection. The advocates of this approach would also raise the argument grounded on the competence of moral terms. The introduction of the element of justice to the positivistic concept of law weakens any critical attitude towards it.

Within the group of matters of justice related to the very substance of law rather than the acts of its application, one should distinguish the issue of justice pertaining to the substance of law. In that case, judgments based on justice are so to speak incorporated in the substance of law, but do not constitute grounds for its external assessment. In order to remain ethically coherent, and excluding Petrażycki's concept, whose substance rendered justification of norms otherwise unfair impossible, such an understanding of just law requires adjustment by application of other values such as righteousness, *epikeia*, or mercy.

What is important, although it might seem that fair application of law is guaranteed by the justice of law as it relates to both its form and substance, it is noteworthy that one cannot exclude a situation in which law, not itself unfair, will, in individual cases, turn out to be explicitly merciless. In such an event, a correction in acts of law application on the grounds of values other than justice is required in order to maintain an image of a morally fair law.

Either way, Petrażycki's concept has this fundamental advantage of being satisfactory and absolutely conclusive in the sense that it does not require any adjustments from the point of view of judgments referring to justice, contrary to Aristotle's concept which, for ethical coherence, frequently does. Those ideas include in particular righteousness, *epikeia*, or – in other interpretations – mercy. The latter will still need to be analysed in more detail.