

Topiczna teoria argumentacji prawniczej – między tradycyjną a neokonstytucjonalną koncepcją państwa prawa¹

Abstrakt

Topikthese zakładała, że myślenie prawnicze zawsze i wszędzie powinno mieć charakter topiczny, a topisy jako powszechnie znane i uznawane argumenty powinny być podstawą rozumowań prawniczych. Teza ta była wielokrotnie poddawana weryfikacji. Powodem kolejnego jej przywołania stał się neokonstytucjonalizm, zakładający argumentacyjną, a więc bliższą topicie wizję prawa, właściwą dla współczesnego, konstytucyjnego państwa prawa. Wraz z przejściem od pozytywizmu prawnego i państwa prawa do neokonstytucjonalizmu i konstytucyjnego państwa prawa topika prawnicza, zwykle przeciwstawiana „tradycyjnym” koncepcjom państwa prawa, zyskała na znaczeniu. Jej pozycja stała się odzwierciedleniem różnic pomiędzy argumentacją w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa, będących konsekwencją różnic pomiędzy samym pojęciem „państwa prawa” na gruncie tych koncepcji. Bez wątpienia topika prawnicza bliższa jest neokonstytucjonalizmowi, gdzie służy pogodzeniu argumentacyjnego charakteru prawa z wymogami pewności i bezpieczeństwa prawnego.

1. Wprowadzenie

Praca poświęcona jest problematyce obecności i znaczenia zasady państwa prawa w topicznej koncepcji argumentacji prawniczej² oraz możliwości zastosowania topik w uzasadnieniach rozstrzygnięć podejmowanych w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa. Teorie argumentacji prawniczej zwykle się analizować i oceniać z perspektywy poprawności metodologicznej oraz kryteriów oceny argumentów, przeważnie dotyczących realizacji określonych wzorców racjonalnego uzasadniania rozstrzygnięć sądowych. Jest to perspektywa jak najbardziej uzasadniona, ale nie jedyna. Teorie argumentacji muszą dodatkowo „wpasować się” w przyjęte i akceptowane rozumienie pojęcia państwa prawa. Ma to związek z fundamentalnym oraz dwoistym (formalnym i materialnym) charakterem tej zasady i koniecznością jej urzeczywistnienia w procesie stosowania prawa. W związku z tym, z jednej strony, oczywistym staje się postawienie

¹ Publikacja w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2015/17/B/HS5/00457.

² Koncepcja topiki prawniczej przedstawiona została przede wszystkim w oparciu o prace T. Viehwega, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zu rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munich 1974 i Ch. Perelmana, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984.

pytania o obecność i znaczenie zasady państwa prawa w konkretnych teoriach argumentacji prawniczej. Z drugiej strony, takie ujęcie problemu uwzględnić musi konieczność weryfikacji teorii argumentacji z perspektywy wymogów stawianych przez koncepcje państwa prawa, które z różną intensywnością i na różne sposoby odnoszą się do teorii argumentacji prawniczej, w większym lub mniejszym stopniu przesądzając jej charakter. Zasadniczy problem dotyczy więc adekwatności i przystawalności teorii argumentacji do wymogów stawianych argumentacji w państwie prawa oraz znalezienia optymalnego, z punktu widzenia przyjętych założeń, istotnych dla całego systemu prawnego, paradygmatu argumentacyjnego. Rozwiązanie tego problemu musi oczywiście uwzględniać różnorodność koncepcji państwa prawa, a w szczególności różnorodność treści, zakładaną hierarchię oraz sposoby umotywowania zasad, w oparciu o które są one budowane.

Zasadniczy problem dotyczy więc ustalenia tego, czy argumentacja w państwie prawa i argumentacja w konstytucyjnym państwie prawa są tożsame czy odmienne, oraz co z zasady rządów prawa wynika dla teorii argumentacji prawniczej, a szerzej – dla teorii prawa? Punktem wyjścia rozważań jest tu naturalnie samo pojęcie państwa prawa, powszechnie uznawane za problematyczne. Problematyczność ta wynika z trudności natury definicyjnej (głównie aksjologicznej), jak i z przyczyn praktycznych, związanych z odgrywaniem przez nią doniosłej roli w wielu aspektach funkcjonowania współczesnego państwa³. Naszym celem nie jest jednak kompleksowe przedstawienie zagadnień dotyczących państwa prawa, lecz wskazanie kilku istotnych, podstawowych cech związanych z uświadamianym i postulowanym przez neokonstytucjonalistów przejściem od „państwa prawa” do „konstytucyjnego państwa prawa” oraz znaczeniem tej zmiany dla argumentacji prawniczej. Dotyczy to więc wymogów, które argumentacji prawniczej stawia koncepcja państwa prawa w ujęciu tradycyjnym oraz neokonstytucjonalnym. Pierwszorzędne pytanie brzmi, czy państwo prawa różni się w aspekcie argumentacji prawniczej od konstytucyjnego państwa prawa, a jeżeli tak, jaki charakter ma ta zmiana – czy jest ona zasadnicza, czy polega jedynie na innym rozłożeniu akcentów.

2. Tradycyjna (pozytywistyczna) koncepcja państwa prawa a teoria argumentacji prawniczej – uwagi wstępne

Istotę zarysowanego wyżej problemu wyrażają następujące pytania. Co jest istotne z punktu widzenia tradycyjnego pojęcia państwa prawa dla argumentacji prawniczej?

³ Chodzi o sam charakter art. 2 Konstytucji, który nosi cechy normy programowej, ponieważ nakazuje osiągnąć pewne stany rzeczy, oraz normy optymalizacyjnej, ponieważ nakazuje osiągnąć je w możliwie wysokim stopniu w danych okolicznościach (S. Wronkowska, *Charakter prawny klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006, s. 112).

Inaczej rzecz ujmując, czy spośród prawniczych reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych istnieją takie, które są szczególnie ściśle związane z zasadą państwa prawa, gwarantując jej realizację, czy raczej reguły te nie mają wpływu na jej urzeczywistnienie. Na oba pytania odpowiedzieć należy pozytywnie, zważywszy, że zasada państwa prawa powinna być urzeczywistniana także w stosowaniu prawa, a reguły interpretacyjne i argumentacyjne powinny mieć swoją doniosłość.

Kolejnym problemem jest wskazanie i uzasadnienie tych reguł. Punktem wyjścia jest ponownie samo pojęcie państwa prawa. Traktuje się je najczęściej jako zbiorczy wyraz wielu zasad i reguł szczegółowych, o materialnym bądź formalnym charakterze⁴, które po części zapisane są w Konstytucji, a po części z niej wynikają (w szczególności w płaszczyźnie aksjologicznej) w sposób pośredni lub są do niej przyporządkowywane⁵. Zasadniczymi i trwałymi komponentami państwa prawa są: wymóg niearbitralnego działania organów władzy publicznej i poszanowania praw jednostki⁶. Opierając się na dorobku orzecznictwa, można tu również wskazać bardziej szczegółowe zasady: proporcjonalności, wyłączności ustawy w regulacjach określonych kwestii, zaufania, określoności, sprawiedliwości materialnej oraz pewności prawa⁷. Zwłaszcza między tymi ostatnimi zasadami może dochodzić do konfliktów, prowadzących do tego, że dążenie do sprawiedliwości może osłabiać pewność prawa i odwrotnie⁸. Nie sposób ich uniknąć, ponieważ z jednej strony rządy prawa powinny oznaczać realizację zasady sprawiedliwości, z drugiej zaś gwarantować pewność prawa⁹.

Zasada państwa prawa, co szczególnie istotne dla analizowanego zagadnienia, sama w sobie pełni rolę wskazówki interpretacyjnej, dostarczając przesłanek do funkcjonalnej wykładni przepisów¹⁰. Zasada ta ukierunkowuje interpretację prawniczą, stanowiąc równocześnie kryterium jej oceny. Wyznacza również jej granice, którymi są normy zawarte w tekstach prawnych, z którymi wiązany jest obowiązek ich stosowania. Z zagadnieniem tym łączą się problemy tzw. prawa sędziowskiego, zakresu swobody sędziowskiej i ustalenia reguł wykładni, które powinniśmy zaakceptować w państwie prawa. Szczególne znaczenie odgrywa również wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją¹¹, która określa

⁴ Mają one różny charakter, tak formalny, jak i materialny. Materialne posiadają formalny refleks, a formalne znajdują swoje uzasadnienie w materialnych wartościach, np. bezpieczeństwo prawne.

⁵ L. Garlicki., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2014; wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97, OTK 1997, Nr 5-6, poz. 64.

⁶ S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6.

⁷ P. Tuleja, *Zastane pojęcie państwa prawnego*, [w:] S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 67; wyrok SN z dnia 5 marca 2002 r., I CKN 1079/00 – niepubl.; M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz Art. 1-86*, Warszawa 2016, s. 219-220.

⁸ P. Tuleja, *op. cit.*, s. 62.

⁹ *Ibidem*, s. 71.

¹⁰ S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6

¹¹ P. Tuleja, *op. cit.*, s. 63; G. Biaggini, *Verfassung und Richterrecht*, Basel-Frankfurt am Main 1991, s. 32.

wymogi w zakresie reguł interpretacji prawa i oceny dowodów. Dodajmy, że kontrowersyjność wyboru tych reguł wypływają z trudności z utworzeniem ich katalogu oraz z konieczności często sytuacyjnej, kontekstowej interpretacji zasady państwa prawa¹². Zaś dylematy związane z oceną stopnia jej realizacji wynikają także z problemów z ustaleniem materialnego naruszenia praworządności¹³.

Tak więc w odniesieniu do reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych, wynikających z tradycyjnej koncepcji państwa prawa, należy uznać, że współcześnie koncepcja ta nie wyznacza konkretnej teorii argumentacji jako jedynej właściwej. Wskazuje raczej na pewne cechy, które teoria argumentacji winna posiadać, aby można było powiedzieć, że spełnia ona wymogi państwa prawa zidentyfikowane w doktrynie i orzecznictwie. Wydaje się, że konstrukcji tej nie odpowiada jeden rodzaj argumentacji prawniczej czy dyrektyw wykładni prawa, chociaż można twierdzić, że dzięki części reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych zasada państwa prawa jest urzeczywistniana¹⁴. Na przykład nie budzi wątpliwości, że wymogiem państwa prawa jest argumentacja, która będzie poprawna logicznie oraz funkcjonalnie i systemowo spójna. Jej metodologiczna poprawność służy bowiem realizacji zasady państwa prawa, gwarantując racjonalność, przewidywalność i weryfikowalność prawnych rozstrzygnięć i ich uzasadnień.

Tradycyjne pojęcie państwa prawa jest więc postrzegane jako pewien standard (mający charakter stopniowalny) i miernik wartości prawa jako porządku normatywnego i zasad jego stosowania, jako punkt wyjścia i punkt odniesienia wszelkich ocen prawnych. Na zagadnienie wymogów stawianych teorii argumentacji przez koncepcję państwa prawa należy spoglądać z perspektywy genezy tej koncepcji (a zwłaszcza jej związków z pozytywizmem prawniczym), jej ewolucji (towarzyszącej przemianom pozytywizmu) i jej aktualnego rozumienia. Konieczne jest również uwzględnianie celów, które państwo prawa ma realizować, pośród których najważniejsze jest bezpieczeństwo prawne, pewność, stabilność prawa i ochrona praw podstawowych, co wyznacza również granice interpretacji i argumentacji prawniczej. Dopóki zasady te nie zostaną naruszone, przyjmowane reguły argumentacji i interpretacji prawniczej będą akceptowane w państwie prawa.

¹² S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6.

¹³ Z. Ziemiński, *Typologia naruszeń praworządności*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 8.

¹⁴ O. Bogucki, A. Choduń, *Zasady techniki prawodawczej w orzecznictwie TK w odniesieniu do demokratycznego państwa prawa*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *Demokratyczne państwo prawa*, Białystok 2014. W państwie prawa dopuszczalne są reguły (toposy) wykładni zarówno językowe, jak i pozajęzykowe.

3. Neokonstytucjonalna koncepcja państwa prawa a argumentacja prawnicza

Stanowisko neokonstytucjonalizmu jest o wiele bardziej wyraziste. Część założeń dotyczących adekwatnej teorii argumentacji prawniczej jest wyrażonych wprost, część natomiast wynika z neokonstytucjonalnej koncepcji państwa prawa. Ich przedstawienie wymaga poczynienia zastrzeżenia, że neokonstytucjonalizm nie jest stanowiskiem jednolitym, a prezentowane przez jego zwolenników poglądy należy traktować raczej jako zbiór tez niż w pełni rozwiniętą, metodologicznie poprawną teorię prawa¹⁵. Najogólniej rzecz ujmując, neokonstytucjonalizm jest stanowiskiem postpozytywistycznym, oferującym zmianę paradygmatu, którym staje się argumentacyjna wizja prawa, właściwa dla współczesnego, konstytucyjnego państwa prawa¹⁶. Nowy paradygmat wyrażają następujące szczegółowe tezy, istotne z analizowanego, argumentacyjnego punktu widzenia¹⁷: (I) prawo państwa konstytucyjnego jest zbiorem reguł i zasad, wśród których największą rolę odgrywają zasady konstytucyjne; (II) te reguły i zasady tworzą zupełny, niesprzeczny i aksjologicznie spójny system normatywny; (III) współczesne konstytucje inkorporują wartości moralne, co powoduje powstanie wprawdzie przygodnego, ale bardzo prawnie relewantnego związku między prawem i moralnością; (IV) inkorporacja ta pociąga za sobą to, że interpretatorzy przepisów konstytucji są zmuszeni do przeprowadzenia interpretacji moralnej konstytucji, która prowadzi do jej „rozwijania”, dzięki odkrywaniu licznych implicytnych norm prawnych; (V) każda norma jest podważalna, gdyż zawsze pojawić się mogą wyjątki, uzasadnione racjami moralnymi wynikającymi z zainkorporowanych do prawa zasad moralnych; (VI) stosowanie prawa musi być oparte na rozumowaniach ważeńiowych, a nie wyłącznie na subsumpcji; (VII) ukształtowana w ten sposób holistyczna interpretacja konstytucji i prawa ustawowego umożliwia sędziom rozstrzygnięcie każdego sporu, w sposób spójny i moralnie poprawny; (VIII) normy prawne nie mogą posiadać dowolnej treści, gdyż muszą być zgodne z zasadami konstytucyjnymi, a te z kolei muszą odpowiadać wartościom charakteryzującym daną moralność polityczną.

¹⁵ A. Grabowski, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa, i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *op. cit.*, s. 57-66. Z postpozytywizmem i neokonstytucjonalizmem wiązani są następujący filozofowie prawa: R. Guastini, S. Pozzolo, M. Atienza, J. Ruiz Manero, P. Comanducci, J. Aguiló, L. Ferrajoli, A. Calsamiglia, G.B. Ratti.

¹⁶ *Ibidem*, s. 62-63.

¹⁷ Jedną z wielu propozycji oddających istotę neokonstytucjonalizmu jest zestawienie G.B. Rattiego *Neonconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo*, „Ius Humani. Revista de Derecho” 2014, o 4, A. Grabowski, *Postpozytywizm prawniczy: teoria prawa między pozytywizmem a prawem natury*, [w:] T. Gizbert – Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 412.

Zasadniczą dla naszych rozważań kwestią jest ustalenie, co powyższe tezy oznaczają dla teorii argumentacji prawniczej?¹⁸ Centralnym punktem neokonstytucjonalizmu jest niewątpliwie odwołanie się do argumentacji ważeniowej, której ramy i treść wyznaczają zasady konstytucyjne, wyposażone w fundamentalność treściową i formalną. Zakłada się zatem, że stosowanie prawa polegać będzie na racjonalnej argumentacji zmierzającej do przyznania większej (warunkowej) wagi danej zasadzie w konkretnym przypadku. Wybór spośród jednakowo dobrych racji będzie konsekwencją przeprowadzonej argumentacji. Sama koncepcja ważenia zasad nie jest w teorii prawa ani koncepcją nową, ani jednolitą¹⁹. Nabiera jednak szczególnego znaczenia wobec konstytucjonalizacji prawa, oznaczającej pojawienie się nowych zasad (dla uznania danej zasady za konstytucyjną ma znaczenie jej związek z konstytucyjnym systemem wartości) oraz odpowiedni wzrost ich rangi²⁰.

Wobec tak zarysowanych argumentacyjnych cech państwa prawa i konstytucyjnego państwa prawa pojawia się, z jednej strony zasygnalizowany problem topik (toposów) jako elementu wraźniowej teorii argumentacji, a z drugiej strony, problem stanowiska zwolenników tej koncepcji wobec zasady państwa prawa w ujęciu tradycyjnym i neokonstytucjonalnym.

4. Topiczna teoria argumentacji prawniczej

Współczesną dyskusję nad rolą topik w rozumowaniach prawniczych zapoczątkowała praca twórcy szkoły mogunckiej Theodora Viehwega *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, opublikowana w 1953 roku²¹. U podstaw jego koncepcji leży rozumienie topik jako umiejętności poszukiwania przesłanek (miejsz wspólnych), ich tworzenia oraz wykorzystywania w prawniczej argumentacji²². Topikę można bliżej scharakteryzować poprzez wskazanie jej pięciu zasadniczych cech.

¹⁸ Jest to tylko pewien aspekt problemu związanego z pytaniem, czy neokonstytucjonalizm wnosi coś nowego do teorii i filozofii prawa oraz konstytucjonalizmu? Krytycy neokonstytucjonalizmu zwracają uwagę, że rzekoma transformacja państwa prawa w konstytucyjne państwo prawa prowadzi do regresu cywilizacyjnego, gdyż – przede wszystkim z uwagi na inkorporację zasad moralnych do konstytucji – prawo przestaje być ogólne (bo stosowanie zasad konstytucyjnych jest zrelatywizowane do konkretnych spraw), jasne (bo stosowanie zasad ma charakter ważeniowy, a nie dedukcyjny) i spójne (bo zasady te są wzajemnie sprzeczne i nie można ustalić ich abstrakcyjnej, stabilnej hierarchii).

¹⁹ Można tu chociażby przywołać R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajądło, Warszawa 2010.

²⁰ M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, s. 223.

²¹ T. Viehweg, *op. cit.*

²² K. Rehbock *Topik und Recht. Eine Standardanalyse unter besonderer Beruecksichtigung der aristotelischen Topik*, München 1974, s. 169.

Pierwszą jest pojęcie problemu, wokół którego zbudowana jest cała topiczna koncepcja prawa. Sam „problem” rozumiany jest jako wątpliwość lub pytanie, wymagające wszechstronnej analizy i dopuszczające więcej niż jedną odpowiedź. Ich rozwiązaniu, za sprawą toposów ogólnych i szczególnych, służyć miała właśnie topika prawnicza, określana jako wiedza o miejscach wspólnych i związany z tym sposób dowodzenia. *Topikthese* zakłada, że myślenie problemowe jest istotą rozumowania prawniczego, które zawsze i wszędzie powinno mieć charakter topiczny. Struktura jurysprudencji i rozumowania prawnicze mogą zostać określone jedynie w odniesieniu do problemów, a pojęcia prawnicze i normy prawne powinny być zawsze rozumiane i interpretowane z problemowego punktu widzenia²³. Punktem wyjścia jest rozumienie prawa jako sposobu organizacji sporów, prowadzącego do rozstrzygania problemów decyzyjnych. Tak więc przedmiotem analizy topicznej jest konkretna sytuacja sporu, z uwzględnieniem jednak wszystkich istotnych perspektyw.

Drugą właściwością topiki jest przypisanie zasadom prawnym – toposom ogólnym i szczególnym – zasadniczej roli w interpretacji i argumentacji prawniczej w sytuacjach konieczności wyboru alternatywy decyzyjnej. Toposy gwarantują wszechstronne rozpatrzenie sprawy, umożliwiają odrzucenie rozwiązania niesłusznego bądź nierozsądnego. Gwarantują również spójność systemu prawa, a jednocześnie jego uelastycznienie, oraz wskazują podstawowe wartości, które prawo chroni i wprowadza w życie, wpisując się w ogólną wizję prawa, zakładającą związek między ustawą a zasadą słuszności²⁴. Topiki nadają rzeczywiste znaczenie prawu, którego stosowanie nie może się ograniczać do przytaczania przepisów. Niektóre topiki to ogólne zasady prawa, inne stanowią maksymy lub sentencje wyrażone po łacinie, jeszcze inne wskazują na podstawowe wartości, które prawo chroni i wprowadza w życie²⁵. Ich podstawową cechą jest to, że nie można *a priori* ustalić ich hierarchii; pierwszeństwo jednych topik względem innych ustala się sytuacyjnie, w okolicznościach konkretnej sprawy. Chaim Perelman podkreśla, że żadna reguła prawna ani żadna wartość nie ma charakteru absolutnego. Bywają sytuacje, w których określona wartość ustąpić musi przed inną, popartą argumentami przeważającymi w danym wypadku. Nawet bowiem zgoda na ogólne twierdzenia nie przesądza zgody na ich stosowanie w poszczególnych wypadkach. Zgoda na *loci communes*, podobnie jak zgoda co do faktów i wartości, nie zapewnia zgody na sposoby ich stosowania, a co za tym idzie – na wnioski, które z nich wynikają²⁶.

²³ A. Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, 2005, s. 79

²⁴ Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 129.

²⁵ *Ibidem*, s. 128-129.

²⁶ *Ibidem*, s. 161.

Trzecią cechą topiki jest antysystemowe, antyteoretyczne, antyformalistyczne i antypozytywistyczne podejście, odrzucające sylogistyczny model stosowania prawa. Założenie to bazuje na odróżnieniu i silnym przeciwstawieniu dedukcyjnego (subsumpcyjnego) i topicznego modelu stosowania prawa. Wedle zwolenników topiki prawo jest systemem otwartym, co oznacza, że w każdej chwili może pojawić się w nim nowa zasada/reguła, a istniejącej można nadać odmienną treść. Systemowość nie jest cechą definicyjną prawa, decydującą i wyróżniającą prawo jako porządek normatywny. Argumenty systemowe, jeżeli są powoływane, mogą być traktowane jako *topoi* na równi z innymi punktami widzenia²⁷.

Czwartym założeniem jest podkreślenie znaczenia konsensu dla wagi i znaczenia argumentu prawnego. Wedle zwolenników topiki konsens jest sposobem konstytuowania się toposów oraz podstawą ich mocy wiążącej (zgoda jako instancja kontrolna), opierającą się na domniemaniu słuszności i racjonalności²⁸ rozstrzygnięcia przyjętego przez większość. Topika przedstawia wersję argumentacji retorycznej, której rezultat rozstrzygnięcia i jego uzasadnienie odniesione są do audytorium, w ramach którego osiągnięta została zgoda.

Po piąte, osiągnięcie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, sprowadzającego się do odpowiedzi na pytanie, co „tu i teraz jest sprawiedliwe” (tzw. *Einzelfallgerechtigkeit*), jest celem argumentacji prawniczej, zaś – idąc krok dalej – roszczenie do sprawiedliwości powinno charakteryzować każdy porządek prawny. Zdaniem zwolenników topiki to właśnie *Gerechtigkeitsfrage* nadaje strukturę prawu oraz determinuje sposób rozumienia i stosowania pojęć, będąc pytaniem zasadniczym dla całej jurysprudencji topicznej. Tak ujęty jej cel sprawia, że reguły stosowania prawa formułowane są (w oparciu o pojęcia nieostre) za każdym razem przy kolejnych rozstrzygnięciach. W konsekwencji rozumowania zyskują charakter bardziej kazuistyczny niż abstrakcyjny. Spory prawne, wynikające z konkretnych sytuacji, w sposób nieunikniony uwikłane są w wartości. Na pytanie o to, jakie wartości (i w jaki sposób) realizować mają decyzje stosowania prawa, Perelman w duchu topicznym odpowiada, że winny one być racjonalne, rozsądne i sprawiedliwe, podjęte dzięki użyciu różnorodnych argumentów²⁹.

²⁷ T. Viehweg, *op. cit.*, s. 53; N. Horn, *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, „Neue Juristische Wissenschaft” 1967, s. 604.

²⁸ Zdaniem Ch. Perelmana uzasadnienie racjonalne polega na rozsądnej argumentacji, w oparciu o dostateczne racje. Racje nie są pewne, ponieważ ocena racji i argumentacji jest powiązana z sytuacją i filozofią każdej osoby. To uwikłanie koncepcji racjonalności w konkretne sytuacje i akceptowane filozofie sprawia, że nie ma nieformalnych kryteriów transcendentálnych wobec wszelkiej filozofii, z którymi rozsądna argumentacja winna być zgodna. Dlatego konieczna staje się relatywizacja racjonalności uzasadnienia. J. Wróblewski, *Logika prawnicza a teoria argumentacji Ch. Perelmana*, [w:] Ch. Perelman, *Logika...*, s. 15.

²⁹ Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, tłum. (M. Chomicz), Warszawa 2004, s. 42.

Podsumowując, topika prawnicza zakłada, że rozumowania prawnicze mają charakter problemowy. Tylko one są w stanie zrealizować ideę sprawiedliwości pojmowaną jako integralna część urzeczywistniania prawa. Oznacza to, że koncepcja ta łączy aspekt merytoryczny i sprawiedliwościowy, wpisując w koncepcję prawa elementy aksjologiczne. Uwzględnienie w procesie stosowania prawa wszystkich powyżej wskazanych elementów oznacza topicznie wypracowane i uzasadnione rozstrzygnięcie. Jako takie, zdaniem zwolenników topiki prawniczej, zyskuje ono dzięki temu przymiot akceptowalności i legalności.

5. Topika wobec tradycyjnej koncepcji państwa prawa

Współczesne koncepcje topiki prawniczej wyrosły jako wyraz braku akceptacji pozytywistycznego podejścia do prawa. Każde z przedstawionych powyżej założeń rozumowań topicznych stanowiło odejście od dominującej wówczas doktryny. Dla jej przedstawicieli antypozytywistyczne, antyformalistyczne i antysystemowe podejście topiki utożsamiane było z porzuceniem podstawowych wartości wypracowanych we współczesnych kulturach prawnych. W dyskusji filozoficznoprawnej nad znaczeniem topiki, tradycyjna koncepcja państwa prawa służyła jako punkt wyjścia i podstawa argumentacji deprecjonującej jej wartość heurystyczną i argumentacyjną. Tezy prezentowane przez zwolenników topiki naruszały wymogi bezpieczeństwa i pewności prawnej, wyrażające się właśnie najpełniej w pozytywistycznej koncepcji państwa prawa. Wynikało to z trudności w pogodzeniu topicznych założeń z kilkoma ważnymi postulatami, kluczowymi dla państwa prawa, takimi jak: zasadą trójpodziału władzy, wymogiem związania sędziego ustawą czy wspomnianą już zasadą pewności prawa, przewidywalnością rozstrzygnięć i bezpieczeństwem prawnym. Dotyczyło to więc kwestii podstawowych dla pojęcia prawa oraz wiązanych z nim założeń metodologicznych, prezentowanych odmiennie przez oba sposoby rozumowania – pozytywistyczny i topiczny.

Topika jako konieczny element, a zarazem cel prawa, dostrzegała jego aspekt sprawiedliwościowy, co zdaniem jej zwolenników było pomijane w koncepcjach pozytywistycznych. Te ostatnie zakładały, że celem argumentacji prawniczej nie jest ustalenie, co „tu i teraz” jest sprawiedliwe, ale to, co jest prawem obowiązującym. Podkreślano, że odpowiedź na pytanie o to, co jest sprawiedliwe, musi zostać udzielona w związku z obowiązującym prawem, co wedle topików nie musi stanowić o wartości rozumowania prawniczego. Ponadto gdyby nawet uwzględnić roszczenie do obecności idei sprawiedliwości w prawniczym rozumowaniu, to topiczne rozumienie sprawiedliwości ma charakter partykularny. Taka idea sprawiedliwości, definiowana na potrzeby konkretnego przypadku, nie gwarantuje realizacji zasad równości, przewidywalności i pewności

prawa, tym bardziej, że nie podaje żadnych kryteriów, które pozwalałyby określić, czy dane rozstrzygnięcie jest sprawiedliwe, czy nie. Zagrożenia tego nie minimalizuje ani topiczny wymóg wszechstronnego rozważenia problemu i przytoczenia wszelkich relevantnych racji, ani uwzględnienie zasady ochrony zaufania oraz zakazu przytaczania racji bezpodstawnych lub niedopuszczalnych (tzw. *Unzumutbarkeit*).

Istotnym dla ustalenia relacji topiki prawniczej do tradycyjnej koncepcji państwa prawa jest także kontekst metodologiczny. Zdaniem zwolenników topiki formalizm dotychczas postulowanych metod nie służył realizacji celów prawa. Z kolei w zarzutach wobec niej podnoszono, że topiki w ogóle nie można określić mianem metody, ponieważ nie jest ona rozumowaniem ścisłym, nie przebiega wedle schematów logicznych, nie wskazuje jakiegokolwiek związku między problemami występującymi w systemie prawa. Zakłada wyłączność lub przewagę myślenia problemowego także tam, gdzie szczególnie mocno akcentuje się wymóg systemowości i systematyki, gdzie ustalenia nie powinny być dokonywane na podstawie klauzul słusznościowych i sprawiedliwościowych. Krytykowano także ogólnikowość formuł, podlegających uszczegółowieniu i wykładni, w oparciu o zmienne reguły. Wskazywano na problem braku kryteriów wyboru przesłanek, brak podstaw ich obowiązywania, brak hierarchii toposów oraz podstaw jej ustalania, jak również brak instancji kontrolnej oraz kryteriów poprawności argumentacji, a więc brak ustalenia jasnych relacji między poprawnością a uzasadnialnością twierdzeń i hipotez interpretacyjnych. Wiązano to z nadmiernym dopuszczeniem dyskrecjonalności sędziowskiej oraz przyjęciem, ocenianego jako niesłuszne, założenia, że w przypadku, gdy dedukcja i definicje prowadziłyby do nieakceptowalnych wyników, topika prawnicza może dostarczyć dodatkowych przesłanek, które pozwoliłyby na uzyskanie sprawiedliwego i prawnie dopuszczalnego rozwiązania problemu. Tak więc to, co stanowiło o sensie topicznego rozumowania, zaprzeczało tradycyjnym, pozytywistycznie ugruntowanym koncepcjom państwa prawa.

Bez wątplenia samo pojęcie państwa prawa nie jest pojęciem topicznym i nie jest powoływane jako podstawa czy kryterium argumentacji. Wydaje się jednak, że może zostać zaakceptowane na gruncie topicznej koncepcji prawa, pod warunkiem, że zostanie odmiennie zdefiniowane, a mianowicie poprzez wymóg wszechstronnego rozważania wszelkich kwestii mających znaczenie prawne w rozwiązywanym problemie oraz poprzez cel w postaci osiągnięcia sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Istota prawa realizuje się właśnie za sprawą tych wymogów. To one przesądzają o jego wartości. Choć topika prawnicza wskazuje na inne kryteria akceptowalności rozstrzygnięć i bezpośrednio nie odnosi się do koncepcji państwa prawa, w pewnych aspektach i na wskazanych warunkach może ją wspierać. Inaczej rzecz ujmując, zgodne z topicznym rozumowaniem jest rozwiązywanie szczegółowych problemów orzecznich w odwołaniu do zasady pań-

stwa prawa. Dopuszczalne jest więc wykorzystywanie elementów państwa prawa w procesie stosowania prawa, dokonującym się wedle topicznych wyobrażeń.

6. Topika wobec neokonstytucjonalizmu

O ile stanowisko topiki prawniczej wobec tradycyjnej koncepcji państwa prawa, związanej z pozytywizmem prawniczym, było już często przedmiotem dyskusji, o tyle stanowisko topiki wobec neokonstytucjonalizmu jak dotąd nie zostało wprost wyrażone. Konieczne zatem będzie jego wypracowanie na podstawie analizy zasadniczych tez obu koncepcji. Uwzględniając definicyjne cechy topiki prawniczej, można powiedzieć, że na jej akceptację zasługują następujące tezy neokonstytucjonalizmu.

Pierwszą z nich jest twierdzenie, że prawo jest zbiorem reguł i zasad (I), co topika przyjmuje od dawna. Drugą (II) – teza głosząca, że istnieje prawnie relewantny związek między prawem i moralnością (III), co wymusza uwzględnienie aksjologii w trakcie interpretacji i argumentacji prawniczej (IV, V), powodując, że nierzadko zyskują one *par excellence* twórczy charakter. Pojawienie się i akceptacja wartości sprawia, że każda norma jest podważalna ze względu na wyjątki, uzasadnione racjami moralnymi, wynikającymi z zainkorporowanych do systemu prawa zasad moralnych. Również akceptowalne dla topicznej teorii argumentacji są tezy stanowiące, że stosowanie prawa musi być oparte na rozumowaniach ważeńowych, a nie wyłącznie na subsumpcji, co umożliwia rozstrzygnięcie każdego sporu w sposób spójny i moralnie poprawny (VI, VII). Jest to właściwe miejsce dla stosowania topik argumentacyjnych. Tym samym ważenie argumentów może być traktowane jako przykład topicznego rozumowania. Wedle zwolenników topiki przedmiotem rozważanych interesów może być każda wartość prawna, również wtedy, gdy nie wyraża się ona w jakimś konkretnym dobru prawnym, a jedynie w jakichś ogólnych zasadach prawnych. Zakres przedmiotu analiz oraz okoliczności w takich sytuacjach nie jest ściśle określony³⁰. W rozumowaniach topicznych uwzględnia się wartość dóbr prawnych oraz inne okoliczności, mające znaczenie prawne. W ten sposób klauzula ważenia rozumiana jest szeroko³¹. Równie istotne jest to, że ważenia zasad nie dokonuje się *in abstracto*, a „tu i teraz”, w okolicznościach konkretnej sprawy, co nosi cechy topicznego rozumowania. Co więcej, topika, podobnie jak neokonstytucjonalizm, zakłada, że sytuacja sporu definiowana jest nie tylko poprzez określony konflikt interesów, ale obejmuje także sądy i idee wartościujące w całym systemie prawnym.

³⁰ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 29.

³¹ *Ibidem*, s. 30.

Natomiast na gruncie topiki prawniczej nie do zaakceptowania jest teza neokonstytucjonalistów zakładająca systemowość prawa. Zgodnie z nią reguły i zasady prawne tworzą zupełny, niesprzeczny i aksjologicznie spójny system normatywny (II, VIII). Topika przyjmuje zaś, że systemowość – jako taka – nie jest cechą definicyjną prawa; może zostać zaakprobowana tylko w wersji systemu otwartego, przyjmującego, że w każdej chwili może pojawić się w nim nowa zasada lub reguła, a normom już istniejącym można zawsze nadać, w drodze interpretacji, odmienną treść. Ponadto argumenty o charakterze systemowym, jeżeli są powoływane, mogą być traktowane co najwyżej jako równoważne topiki, obok innych punktów widzenia. Z systemowością wiąże się także zagadnienie hierarchiczności, zakładające, że pośród zasad i reguł obowiązujących w prawie państwa konstytucyjnego, największą rolę odgrywają zasady konstytucyjne, mające wpływ na treść norm prawnych. Przyjąć należy, że na gruncie topicznej koncepcji prawa taką hierarchię uznać należy za jedynie możliwą, a nie konieczną. Topika nie zakłada bowiem abstrakcyjnej hierarchii zasad i wartości, jest natomiast przyjmowana jako podstawa rozstrzygnięcia konkretnego sporu.

Podsumowując, topika prawnicza w określonych warunkach może być częścią argumentacji dokonującej się w granicach konstytucyjnego państwa prawa. Zasadnicze wymogi dotyczą związania treścią obowiązującego prawa oraz zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Wymogi te wydają się być mniej rygorystyczne w koncepcjach neokonstytucjonalnych, które poprzez sam fakt oparcia stosowania prawa na koncepcjach argumentacyjnych w wersji ważeniowej, wydają się mniej restrykcyjne, a tym samym łatwiej akceptowalne z topicznego punktu widzenia. We wskazanych punktach myślenie topiczne spotyka się z założeniami neokonstytucjonalizmu. Można przyjąć więc, że topika prawnicza w znacznej części akceptuje neokonstytucjonalną wizję prawa i argumentacji prawniczej. Obie koncepcje zakładają bowiem celowość i elastyczność prawa, dopuszczając wpływ interpretacji na modyfikację (skorygowanie) prawa obowiązującego w sytuacji, gdy wymagać będą tego istotne prawnie okoliczności danej sprawy, w tym zapewnienie zgodności z konstytucją, albo elementarne wymogi racjonalności lub sprawiedliwości.

7. Zakończenie

Topikthese zakładała, że myślenie prawnicze zawsze i wszędzie może i powinno mieć charakter topiczny, zaś topika może być częścią, a nawet podstawą każdej możliwej teorii argumentacji prawniczej. Tezę tę można poddać weryfikacji na gruncie każdej teorii, odnosząc ją do różnych aspektów prawniczego rozumowania. W powyższej analizie została ona odniesiona do dwóch koncepcji państwa prawa – tradycyjnej (pozyty-

wistycznej) oraz konstytucyjnej (neokonstytucjonalnej), poprzez zbadanie ich argumentacyjnego aspektu.

Przedstawione rozważania wykazały, że *Topikthese* jest w różnym stopniu uzasadniona i akceptowalna na gruncie każdej z tych koncepcji. W przypadku państwa prawa, wiążanego genetycznie z pozytywizmem prawniczym, w mniejszym stopniu, natomiast w przypadku antypozytywistycznego neokonstytucjonalizmu w znacznej większej mierze. Zasadniczy problem, który wiąże się z topiką oraz państwem prawa i konstytucyjnym państwem prawa dotyczy relacji argumentacyjnego charakteru prawa (utożsamianego z niepewnością i nieprzewidywalnością) do pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego. Zagadnienie to było już wielokrotnie poruszane w dyskusji filozoficznoprawnej. Nabrało jednak nowej mocy i znaczenia w związku z przełamującymi paradygmat pozytywistycznego myślenia, często postpozytywistycznymi koncepcjami neokonstytucjonalnymi. Dla tych koncepcji warunkiem koniecznym jest przyjęcie, z jednej strony, założenia o racjonalności dyskursu argumentacyjnego, a szerzej, tezy o dyskursywnym charakterze prawa, a z drugiej świadomość, że pewność prawa, chociaż podważalna, jest fundamentem rządów prawa. Tylko w ten sposób, zdaniem N. MacCormicka, można myśleć o pogodzeniu tych dwóch stanowisk, sprawiając, że niepewny, argumentacyjny charakter prawa nie stanie się antytezą dla rządów prawa, lecz jednym z jej elementów³². Argumentacyjność jest więc ograniczana i kontrolowana przez racjonalność dotyczącą zarówno przebiegu argumentacji, jak i jej treści.

Argumentacja prawnicza w państwie prawa i argumentacja prawnicza w konstytucyjnym państwie prawa mają odmienne charaktery. Zjawisko to częściowo odzwierciedla twierdzenie, że nie wszystko, co jest dyskursywnie akceptowalne w konstytucyjnym państwie prawa, było i będzie dopuszczalne w państwie prawa. Wynika to przede wszystkim z formalizmu i rygoryzmu stanowiska pozytywistycznego. Ich konsekwencją jest przesądzenie ogólnego obrazu argumentacji (w konstytucyjnym państwie prawa ważne nie ma być wszechobecne, a w państwie prawa nie występujące w każdym przypadku) oraz wartości przypisywanych poszczególnym argumentom prawnym. W przypadku stanowisk i poglądów związanych z pozytywizmem prawniczym topika prawnicza i proponowana przez nią wizja argumentacji prawniczej utożsamiana była z zagrożeniem lub naruszeniem tychże wartości. Dopiero wraz ze „zmiękczeniem” stanowiska pozytywistycznego i częściowym otwarciem się pozytywizmu na obecność wartości w stosowaniu prawa, argumentacyjno-topiczne zmniejszanie rozdźwięku między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością mogło uzyskać szerszą akceptację.

Neokonstytucjonalizm jako stanowisko z reguły antypozytywistyczne (postpozytywistyczne) w sposób naturalny uzasadnił postawienie tego problemu na nowo oraz zesta-

³² *Ibidem*, s. 31.

wienie topiki z prezentowanymi przez niego tezami. Zakładany przez neokonstytucjonalizm argumentacyjny charakter prawa w znacznej części odpowiada zasadom topicznego rozumowania. W obu przypadkach ów charakter postrzegany jest jako argumentacyjna gwarancja dla państwa prawa. Topiki stają się częścią argumentacji ważeniowej, co oznacza, że topika może być częścią neokonstytucjonalnej teorii orzekania. Neokonstytucjonalizm nie przesądza jednego sposobu uzasadniania i argumentacji, wydaje się, że dopuszcza wykładnię językową, systemową i celowościową. Oznacza to, że w równym stopniu dopuszczone i akceptowalne będą toposy (dyrektywy interpretacyjne) należące do powyżej wskazanych rodzajów wykładni, o ile służyć będą realizacji wymogu wykładni prokonstytucyjnej. „Wykorzystanie zasad jako instrumentu szczególnie przydatnego do rozstrzygania kolizji norm można dostrzegać w różnych konfiguracjach: po pierwsze – w wypadku kolizji norm konstytucyjnych wyrażających odmienne zasady, po drugie – w wypadku kolizji zwykłych norm prawnych, która nie może być usunięta w drodze typowych reguł rozwiązywania konfliktu typu *lex specialis...*, *lex superior...*, *lex posterior...*”³³.

Można więc powiedzieć, że topiki prawnicze są elementem racjonalności argumentacji, widzianej jako gwarancja bezpieczeństwa i pewności prawa. Racjonalność ta zasadza się na wersji standaryzacji kontekstu uzasadnienia, przyjmowanego przez topikę, a więc przywoływaniu takich argumentów, które są znane i powszechnie uznawane. Rola i znaczenie topiki prawniczej stanowią konsekwencję przejścia od pozytywizmu prawniczego i państwa prawa do neokonstytucjonalizmu i konstytucyjnego państwa prawa³⁴. Jej pozycja jest odzwierciedleniem różnic zachodzących między argumentacją w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa, a tym samym różnic między samym pojęciem państwa prawa na gruncie tych różnych koncepcji. Jednakże w każdej z tych koncepcji topika ma swoje miejsce. Toposy jako dyrektywy wykładni – językowej, systemowej bądź funkcjonalnej – mogą wspierać, choć w różnym zakresie i z różną mocą, każdą z tych koncepcji. Bez wątplenia jednak topika prawnicza jako jedna z teorii argumentacji prawniczej bliższa jest neokonstytucjonalizmowi, stanowiąc w pełni uprawniony element konstytucyjnego państwa prawa.

³³ M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, s. 79.

³⁴ A. Grabowski, *Postpozytywizm...*, s. 410; *idem*, *Teoria konstytucyjnego...*, s. 57-69.