

Rozdział 1.

Opinia prawna jako przedstawienie wiedzy o prawie

Na opinię prawną, jako formę pomocy prawnej niesionej przez prawników ich klientom, można spojrzeć z ogólniejszej perspektywy związanej z poglądami na naturę prawa. Nie chodzi o ustalenia definicyjne, ale o pewien rodzaj założeń dotyczących tego, czym jest opiniowanie kwestii prawnych i jakie funkcje można przypisać opiniom prawnym. Kwestie te tylko pozornie są odległe od refleksji teoretycznoprawnej; założenia dotyczące opinii prawnych odzwierciedlają ogólne poglądy na temat prawa i praktyki prawniczej, jakie prawnik przyjmuje w toku edukacji, a następnie w związku z wykonywanym zawodem. Nawet jeśli rozważanie ich nie towarzyszy każdorazowo pracy nad opinią prawną, stanowią składnik kulturowego *habitusu* prawnika, określającego charakter jego pracy i nadającego jej sens społeczny. Obejmuje on również postawę wobec prawa i wykonywanego zawodu, co powoduje, że kwestia ma, jak najbardziej, wymiar praktyczny. Rozważając te sprawy staramy się odpowiedzieć na bardzo ogólnie postawione pytanie: **co robimy, w kontekście porządku prawnego, pisząc opinię prawną i jaka jest w nim nasza rola?**

W najszerszym ujęciu, opinia prawna przedstawia wiedzę autora o prawie. Źródłem tej wiedzy są przede wszystkim teksty prawa, akty normatywne zawierające przepisy prawne. Wiemy jednak, że to źródło nie jest wystarczające, bowiem tekst prawa nie zawsze odpowiada na pojawiające się pytania lub jego interpretacja budzi wątpliwości. Autorzy opinii prawnych sięgają więc również do uzasadnień orzeczeń sędziowskich oraz do głos, komentarzy i różnego typu opracowań pisanych przez prawników naukowców i praktyków. Poszukują w nich „brakujących elementów”, rozważenia zagadnienia w szerszym kontekście, którego uwzględnienie jest niezbędne dla sporządzenia opinii.

W końcu, starsze opinie prawne mogą stać się źródłem wiedzy o prawie dla prawników piszących kolejne opinie.

Można zastanowić się czy sięganie do innych źródeł niż tekst prawa jest jedynie ułatwieniem pracy, zakładając, że do takich samych wniosków doszlibyśmy analizując zagadnienie samodzielnie. A może chodzi o to, że rozwiązania danego problemu z natury rzeczy mogą być różne, a brak jest w danym przypadku dominującego wzoru, więc prawnik musi poznać odmienne zapamiętania, aby wyrobić sobie pogląd na sprawę. Rysuje się jeszcze możliwość taka, że taki dominujący wzór rozwiązania problemu prawnego istnieje, trzeba go jednak wydobyć z orzecznictwa i literatury.

Poglądy prawników różnią się w bardzo wielu kwestiach, których wspólną cechą są różnice w ustaleniach zawartości treściowej prawa. Także problemy związane z zastosowaniem określonych przepisów do danych przypadków faktycznych są przejawem trudności z tą podstawową kwestią. Dotyczy to zwłaszcza tzw. trudnych przypadków. Określenie to ma swoją teoretycznoprawną treść wypracowaną przez *Ronalda Dworkina*, jednakże można się odwołać do intuicji, która podpowie, że trudnym przypadkiem jest taka sprawa, a właściwie występujący w niej splot problemów, który nie znajduje jednego rozstrzygnięcia zdecydowanie przeważającego nad innymi. To głównie w takich wypadkach wiedza wyłaniająca się z opinii prawnych, tak jak zresztą z każdego innych opracowań dotyczących prawa, nie jest doskonale spójna. **W samej nazwie „opinia prawna” zawarta jest znaczna doza subiektywizmu, co powoduje, że nie jest w żadnym stopniu szokujące stwierdzenie, iż w danej sprawie opinie prawników są niezgodne albo wręcz sprzeczne.**

Wraz z powstaniem pozytywizmu prawniczego, w połowie XIX w., zdobywał zwolenników pogląd, że pojęcie prawa odnosi się wyłącznie do tekstu aktów normatywnych. Nie jest to pogląd ściśle teoretyczny; ma on kilka źródeł składających się na kontekst społeczny i polityczny, którego nie potrzeba w tym miejscu bliżej omawiać. Warto jednak podkreślić, że dla pozytywistów ważne było ograniczenie zakresu pojęcia prawa do tego, co jest ściśle określone, dane w postaci przepisów i dlatego może stanowić gwarancję wolności obywateli od samowoli urzędników. Nie bez znaczenia było również to, że praca prawnika miała mieć odtąd oparcie w czymś obiektywnie istniejącym. W takim przypadku poznanie prawa mogło być przeprowadzane metodycznie na wzór badań naukowych w naukach przyrodniczych, z tą różnicą, że „materia” prawa był tekst.

W takiej perspektywie prawo jest już dane przez prawodawcę, zapisane w tekście, a rolą prawnika jest jego prawidłowe odczytanie. Sprzeczne opinie prawne w ramach takiej wizji prawa są wynikiem błędu poznawczego – tylko jedna z nich powinna być uznana za prawidłową jako lepsze odczytanie tekstu prawa wyrażającego wolę prawodawcy. Według tej wizji wykładnia prawa

powinna prowadzić do odkrycia intencji prawodawcy, która jest wiążąca dla prawnika, niezależnie od tego kiedy i w jakich okolicznościach interpretacja jest przeprowadzana. Gwarancją prawidłowego, a zwłaszcza obiektywnego poznania owej intencji, jest respektowanie reguł wykładni, w szczególności tej najbardziej wartościowej – wykładni językowej. Trzeba założyć, że przekaz prawodawcy został zawarty w przepisach prawa według reguł danego języka, więc jego zrozumienie będzie jedynie odkodowaniem przeprowadzanym z użyciem tych samych reguł.

Z dzisiejszej perspektywy sprawa nie jest taka prosta. Współczesne wersje pozytywizmu prawniczego, za sprawą dzieł *Herberta L.A. Harta*, bardzo różnią się od tej XIX-wiecznej. Są i inne przeciwne pozytywizmowi kierunki, których wspólnym elementem jest zaprzeczenie możliwości redukcji prawa do samych przepisów. Obstawanie przy poglądzie, że jest to możliwe, wprowadza pewien rodzaj fikcji, za którą płaci się wysoką cenę, niewspółmierną do korzyści z niej wynikających. Polega to na tym, że okoliczności istotnie wpływające na rozstrzygnięcia sądowe lub urzędnicze są jakby niewidzialne, ponieważ nie mieszczą się w przyjętej wizji prawa. Również tendencja unaukowania prawa według wzorów nauk przyrodniczych czy formalnych, charakterystyczna dla pierwotnego pozytywizmu prawniczego, straciła na wartości. **Zmiana stosunku wobec prawa, która się przebija w widoczny sposób, polega więc na tym, że nie można wobec prawa zajmować takiej postawy jaką zajmuje się wobec przedmiotów naturalnych, które można poznawać w izolacji od różnych czynników zewnętrznych albo chociażby starając się kontrolować ich wpływ na nasze poznanie.**

Nie ma sposobu na to, aby zapewnić zawsze, w każdych okolicznościach i w każdym czasie, takie samo „odkodowanie” tekstu prawa opierając się jedynie na regułach języka. Wynika to po części z właściwości komunikowania się za pomocą języka naturalnego, w którym sformułowane są teksty prawa. Należy raczej mówić o rozumieniu prawa, co wykracza poza jego warstwę tekstową. Rozumienie prawa zawsze wiąże się z przywołaniem jakichś sensów, przekonań, wiedzy, które nie pochodzą z samego tekstu poddanego analizie. Można powiedzieć, że czytamy przepisy prawne w kontekście, w którym zawsze stawiamy sobie pytania wykraczające poza tekst: Jaki jest cel tych przepisów? Dlaczego je wprowadzono? Czy normy z nich wywodzone są zgodne z Konstytucją, czy są sprawiedliwe? Jaki jest ich stosunek do innych norm?

W takiej perspektywie sprzeczne opinie raczej rzadko wynikają z błędnego odczytania prawa. Rzadko jest błędem poznawczym to, że ktoś inaczej rozumie cele prawa czy przyczyny jego wprowadzenia, inną wagę przywiązuje do przesłanek warunkujących takie a nie inne zastosowanie przepisu. Rozbieżności tych nie da się całkowicie wziąć w rzyty metody prawniczej (np. dyrektyw wykładni), bo rozważanie takich kwestii w procesie rozumienia czy wykładni prawa jest nieusuwalne, nawet wtedy, gdy doktryna wykładni żąda w danej

dziedzinie ścisłych ustaleń opartych tylko na regułach języka. **Reguły składające się na prawniczą metodologię nie wystarczają dla rozwiązywania wszystkich problemów prawniczych w trudnych przypadkach, nie da się bowiem postępowania prawników całkowicie uregulować metodologicznie i w ten sposób ujednolicić.**

Przyczyną niezgodnych opinii prawnych mogą być różnice w ułożeniu preferencji, którymi kierują się prawnicy. Ocenianie ma miejsce zwłaszcza w działaniach interpretacyjnych, np. gdy oceny moralne wpływają na interpretatora, gdy ustalenie celów regulacji wymaga rozstrzygnięcia niezgodności między branymi pod uwagę celami lub gdy konieczne jest ważenie argumentów przemawiających za wyborem konkurujących wykładni różnego typu. Zaangażowanie prawników w wartości występuje zarówno wtedy, gdy same przepisy prawa tego wymagają, odwołując się do ocen czy klauzul generalnych, jak i wtedy, gdy rozważana kwestia wywołuje refleksję etyczną pomimo tego, że przepisy prawa jej nie wymagają. W grę wchodzi dwie kwestie. Po pierwsze, może chodzić o poszukiwanie takiej wykładni przepisów, która nie tylko będzie prawidłowa w jurydycznym sensie, ale również w wyższym stopniu sprawiedliwa lub po prostu sprawiedliwa. Po drugie, refleksja etyczna może dotyczyć tego, co może, co powinien zrobić prawnik ze względu na reguły etyki zawodowej. Te kwestie łączą się ze sobą, gdy zdamy sobie sprawę, że etyka zawodowa domaga się od prawników służenia sprawiedliwości, a więc dbałości o jakość prawa w jego wymiarze moralnym. Podkreślenia wymaga to, że pierwotny pozytywizm prawniczy starał się wytworzyć taką wizję prawa, w której wartościowanie w pracy prawnika byłoby zminimalizowane lub wręcz niewidoczne.

Ryzykowne byłoby stwierdzenie, że odchodzenie od uproszczonej wizji prawa, mającej korzenie w pierwotnym pozytywizmie prawniczym, jest odkryciem nieznanego wcześniej wymiaru prawa. Historia kultury prawnej temu zaprzecza. Można raczej uznać, że był to w pewnym sensie „oficjalny”, a przez to fasadowy, obraz prawa, domagający się od prawników pewnego podporządkowania. Odpowiadał potrzebom epoki, w której gospodarka, społeczeństwo i struktury państwowe podlegały specyficznie rozumianej racjonalizacji, unowocześnieniu. Uważano zapewne, że lepiej będzie, gdy cała złożoność i problematyczność wykładni oraz stosowania prawa zostaną skryte, a co najmniej zredukowane w publicznym przekazie.

Zmiana, której jesteśmy świadkami, dotyczy w mniejszym stopniu świadomości samych prawników, a w znacznie większym polega na coraz bardziej widocznej rezygnacji z podtrzymywania oficjalnego przekonania, że rozstrzygnięcie każdego problemu prawnego znajduje się wprost w tekście prawa. Nie można jednak nie zauważyć, że poglądy charakterystyczne dla pierwotnego pozytywizmu mają wpływ i dzisiaj. **Ma to istotne znaczenie dla sporządzających opinie prawne, bowiem poza opracowaniem merytorycznym za-**

gadnienia, muszą oni uwzględnić w stylu prezentacji przedstawianych argumentów to, z jakim odbiorem spotka się opinia ze względu na założoną wizję prawa. Dotyczy to zwłaszcza opinii procesowych, kierowanych do sądów, wyrażających stanowisko klienta – strony postępowania. W takim przypadku wskazówką jest styl uzasadniania orzeczeń charakterystyczny dla danego typu sądów. Jeżeli taka analogia nie jest zbyt uproszczeniem, można przyjąć, że opinia odwołująca się do szerokiego spektrum argumentów funkcjonalnych i wartościujących może uzyskać większy wpływ na orzeczenia sądów wyższych w hierarchii sądownictwa, których styl uzasadnień decyzji interpretacyjnych przyjmuje charakter dyskursywny. Inaczej będzie w sądach niższych, w których dominuje styl dedukcyjny, legalistyczny i magisterialny¹. Nie jest to tylko kwestia stylu uzasadnień orzeczeń, bowiem sposób uzasadnienia zdradza choćby preferencje sądu dla wykładni danego typu w określonych rodzajach spraw. Także opinie doradcze, sporządzane na użytek klienta, które zasadniczo zmierzają do przewidzenia rozstrzygnięcia sądowego, powinny tę kwestię brać pod uwagę.

W przywracaniu społecznej świadomości zagubionych cech prawa ogromną rolę odegrała hermeneutyka filozoficzna. Z wielu zagadnień opracowanych w oryginalny sposób przez autorów tego nurtu zwrócę uwagę jedynie na niektóre, związane z zastosowaniem ogólnej wiedzy prawniczej do rozwiązywania konkretnych przypadków². Główna teza *Hansa-Georga Gadamera* dotycząca tego problemu stanowi o niemożliwości oddzielenia ogólnej wiedzy prawniczej od jej zastosowań do konkretnych przypadków. **Interpretacja, rozumienie i zastosowanie prawa stanowią jedność; innymi słowy, rozumienie prawa jest zawsze związane z jego zastosowaniem. Dlatego rozwiązywanie problemów prawnych przez sporządzenie opinii prawnej jest podobne do sądenia, polegającego na zastosowaniu prawa do konkretnych przypadków.**

Gadamer zauważa, że zastosowanie przepisów prawa zawiera pewną swoistą niejasność prawną. Według niego prawo jest zawsze niedoskonałe nie dlatego, że samo w sobie jest niedoskonałe, lecz dlatego, iż ludzka rzeczywistość zawsze przekracza w swojej złożoności porządek ustanowiony przez prawo, co wyklucza jego proste zastosowanie. Prawnik nie ma z góry pełnej wiedzy, którą może zastosować w każdej sytuacji. Ma natomiast pewne dyspozycje, które umożliwiają mu zaadaptowanie swojej dotychczasowej wiedzy do każdego nowego przypadku. **Rozstrzygnięcie tego przypadku wpływa zwrótnie na wiedzę ogólną, z reguły przeformułowuje ją i czyni bardziej użyteczną dla trafnego osądu kolejnych przypadków.** Jednakże nie czyni jej skończoną i doskonałą. Wątek ten rozpowszechnił się wśród prawników za sprawą

¹ L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, Precedent in Poland, [w:] D.N. McCormick, R. Summers (red.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Dartmouth 1997, s. 225–226.

² H.-G. Gadamer, *Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej*, tłum. B. Baran, *inter esse*, Kraków 1993, s. 291 i n.

Dworkina wprost nawiązującego do *Gadamera*. Dla objaśnienia w jakim sensie prawo jest zjawiskiem interpretacyjnym, *Dworkin* odwołał się do metafory powieści, którą piszą prawnicy-sędziowie, dodając kolejne rozdziały w postaci swoich wyroków. Doświadczenie oświecenia, odkrycia czy lepszego zrozumienia pewnych aspektów prawniczej wiedzy jest niewątpliwie udziałem prawników sporządzających opinie problemowe, zwłaszcza gdy stanowią istotne *novum* w ich praktyce.

Dotychczasowe uwagi można uogólnić stwierdzeniem, że **objaśnienie tego jak rozumiemy prawo zawsze wymaga powiedzenia czegoś więcej niż mówi sam tekst aktów normatywnych**. W ogólnym wymiarze jest to cecha całego dyskursu prawniczego. W wymiarze węższym dotyczy to opinii prawnych, które są specyficznym sposobem wypowiedzi prawników w dyskursie prawniczym. Odwołanie się do pojęcia dyskursu prawniczego zwraca uwagę na dialogiczny i argumentacyjny charakter przedstawiania wiedzy o prawie. Jakość takiej wiedzy nie może być mierzona jedynie tym, czy stanowisko prawnika w danej kwestii znajduje uzasadnienie w jakimś fragmencie tekstu prawnego. W grę wchodzi choćby sprawdzenie trafności tego stanowiska z punktu widzenia całości systemu prawa, określonego przez normy o zasadniczym charakterze, w szczególności (ale nie wyłącznie) przez normy konstytucyjne. Normy takie cechują się, z jednej strony, bogactwem treści i niedookreślonym zakresem stosowalności, z drugiej strony, **wpływ takich norm – ze względu na wymienione cechy – na rozumienie i zastosowanie prawa w konkretnym przypadku nie jest z góry określony i polega dopiero wypracowaniu i uzgodnieniu w dyskursie prawniczym**. Określenie „uzgodnienie” jest w tym kontekście wyrazem ideału lub przynajmniej oczekiwań co do osiągnięcia w ramach dyskursu rozsądnej jednolitości, charakteryzującej dominującą praktykę w danym typie spraw.

Można stwierdzić, że ustalenie treściowej zawartości i stosowalności prawa często wymaga dyskursywnego uzgodnienia, nawet wtedy, gdy chodzi o normy prawne o technicznym, instrukcyjnym charakterze. Niemal zawsze mogą pojawić się rozbieżne stanowiska, a przypadki wykładni prawa przez pryzmat reguł konstytucyjnych są szczególnie wyrazistym przykładem funkcjonowania dyskursu prawniczego. Abstrakcyjność treści i niedookreślony zakres stosowalności norm konstytucyjnych powodują, że granice wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej się zacierają. Kontekst funkcjonalny pojawia się w procesie wykładni w nieunikniony sposób, bowiem spójność z normami konstytucyjnymi nie może być osiągnięta tylko przez semantycznie ustaloną zgodność różnych norm w systemie. Problemem jest rozumienie danych przepisów zgodnie z określonym standardem konstytucyjnym, a nie przepisem konstytucyjnym.

Wiedza prawnicza jest raczej szczególnym rodzajem wiedzy. Zwykle przez wiedzę, w szczególności wiedzę naukową, rozumiemy zasób twierdzeń

o czymś co poznajemy, podlegających przyjętym procedurom weryfikacji. W zdobywaniu tak rozumianej wiedzy ideałem jest obiektywność jako niezależność od indywidualnych nastawień i postrzeżeń; wiedza jest dorobkiem o zasadniczo jednakowej dla wszystkich wartości. Zróżnicowany może być jedynie indywidualny wkład lub dostęp do jej zasobów, zależny od umiejętności lub środków potrzebnych do korzystania z niej lub rozwijania. Wiedza prawnicza tylko w pewnym stopniu może być w ten sposób charakteryzowana. O wartości wiedzy przedstawianej w opinii prawnej nie przesądza warsztat „metodologiczny” jak w przypadku wiedzy naukowej. Ważne jest uzasadnianie stawianych twierdzeń, odwołujące się do odpowiednich dla problemu argumentów, wśród których tylko niektóre opierają się na regułach prawniczej metody. Poznanie prawa jest równoległe z jego konstytuowaniem, co niektórzy filozofowie prawa zaznaczają twierdząc, że prawo jest zjawiskiem interpretacyjnym.

Harold J. Berman zwraca uwagę na to, że poznawanie prawa pozostaje w skomplikowanym, dialektycznym związku z instytucjami prawnymi; na prawo składają się nie tylko same instytucje prawne, ale również to, co prawnicy mówią o tych instytucjach³. **Prawo zawiera więc w sobie wiedzę o samym sobie**, dzięki której można je analizować i oceniać trafność rozstrzygnięć poszczególnych problemów. Z takiego punktu widzenia **poznanie prawa nie jest zadaniem jednostki wyposażonej w reguły obiektywizujące efekt poznania**. Obiektywizacja taka jest wynikiem **akceptacji prawniczych ustaleń w publicznym dyskursie prawniczym**.

Uczestnikami dyskursu prawniczego są przedstawiciele nauki prawa, prawnicy praktycy – sędziowie, urzędnicy, adwokaci i radcowie prawni, a więc prawnicy pełniący różne role społeczne związane z prawem. Wszyscy uczestniczą w tym samym dyskursie, niezależnie od tego jakie role pełnią, a decyduje o tym jednolite pole tematyczne dyskursu jakim jest ustalanie, jaka jest zawartość treściowa prawa. Znaczenia nabiera świadomość, że **prawo nie jest zdeterminowane intencją prawodawcy wyrażoną w przepisach prawa, ale jest kształtowane również przez , co mówią i piszą o prawie prawnicy**. Można powiedzieć, że w jakimś istotnym wymiarze prawo jest **wytworem prawników**⁴.

Szeroko diskutowane jest zjawisko prawotwórczej działalności sędziów, z reguły uznawane za nieuniknione z przyczyn, które, przynajmniej w jakimś stopniu, zostały wyżej przedstawione. Nie ujmując nic roli sędziów warto zauważyć, że – co do zasady – każdy z uczestników dyskursu prawnego może wnieść swój wkład do tego dyskursu propozycją rozwiązania określonego zagadnienia prawnego. Sędziowie mają wprawdzie instytucjonalną władzę nadawania swoim poglądom prawnym mocy wyroków, ale wpływ na te poglądy

³ *H.J. Berman*, Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej, tłum. *S. Amsterdamski*, Warszawa 1995, s. 22.

⁴ *M. Zirk-Sadowski*, Uczestniczenie prawników w kulturze, *PiP* 2002, Nr 9, s. 7, 11.

nierzadko mają prawnicy reprezentujący interesy klienta lub prawnicy piszący opinie prawne dotyczące stanowiska strony. Sprawę należy widzieć we właściwych proporcjach i z właściwej strony. Różnica pomiędzy sędziami a prawnikami świadczącymi pomoc prawną stronom postępowania jest z pewnego punktu widzenia nieznaczna, z innego – bardzo istotna.

Gdy interesujemy się mechanizmem absorbowania przez dyskurs prawniczy określonych poglądów prawnych, nie możemy stwierdzić, że te niesędziowskie są z natury gorsze, bo wynikają ze stronniczego naginania twierdzeń i argumentów. W klasycznym sądowym trójkącie sąd z reguły przychylił się do poglądów jednej ze stron. Już to powinno wystarczyć, aby zgodzić się z wnioskiem, że różnica pomiędzy wkładem sędziów i innych prawników w dyskurs prawny tkwi w instytucjach, w ramach których działają, a nie w charakterze stosowanych metod prawniczych, prawniczej wiedzy czy w doświadczeniu. Niezależnie od cech indywidualizujących sprawę sądową i władzy przypisanej wyrokom, obie grupy zawodowe uczestniczą w rozwiązywaniu takich samych problemów z treściową zawartością prawa.

Jeśli weźmiemy pod uwagę wspomnianą stronniczość opinii prawnych podpierających stanowisko strony postępowania, porównanie zadań sędziego i prawnika reprezentującego interesy strony wskazuje na bardzo ważną różnicę. O ile prawnikowi wolno jest wyrażać nierzadko ryzykowne poglądy na prawo, mocno kontrowersyjne lub wręcz nierozsądne – z nadzieją, że znajdą one akceptację w wyroku sądu, o tyle sąd ma obowiązek dokonać bezstronnej oceny tych poglądów. Jak stwierdza *J. Habermas*, wszyscy uczestnicy postępowania, niezależnie od tego jakimi motywami się kierują, wnoszą wkład do dyskursu, który z perspektywy sędziego służy bezstronnemu wyrokowaniu⁵.

Jeżeli spróbujemy spojrzeć na omawiane zagadnienie z obu zarysowanych punktów widzenia, zauważymy, że **sama w sobie stronniczość prawnika nie jest przyczyną niskiej jakości prezentowanych poglądów**. Raczej **prezentowanie niskiej jakości poglądów**, wynikających choćby ze słabości pozycji w sporze, **może być uważane za stronnicze**. Wydaje się, że kiedy mówimy o stronniczości prawnika, zwracamy bardziej uwagę na to, że stanowisko jest słabo uzasadnione niż na to, iż intencją autora jest wsparcie strony sporu. **Nie ma nic niezwykłego ani niewłaściwego w tym, że opinia prawna, sporządzona ze stronniczą intencją wpłynięcia na wyrok sądu, zostanie uznana za prawidłowe stanowisko prawne**. Odwrotny schemat argumentacji niejednokrotnie służy urzędnikom lub sędziom za uzasadnienie odmowy opinii prawnej wartości w rozstrzyganym sporze, na tej tylko podstawie, że jest „stronnicza”, czego boleśnie doświadczył niejeden autor opinii. Rozpoznanie

⁵ *J. Habermas*, Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego, tłum. *A. Romaniuk, R. Marszałek*, Warszawa 2005, s. 249.

tej ważnej różnicy jest jednak możliwe tylko przy założeniu trafności sędziowskiego osądu, oczywiście z instytucjonalnego punktu widzenia.

Omawiane zagadnienie dotyczy istotnej różnicy pomiędzy etyką zawodową sędziów a etykami zawodowymi radców prawnych i adwokatów. Konsekwencją odchodzenia od wizji prawa właściwej dla pierwotnego pozytywizmu prawniczego, powiązanego z bardziej wyraźnym dostrzeganiem twórczej roli sędziego w kształtowaniu prawa, jest oczekiwanie od sędziów wzięcia odpowiedzialności za treść prawa⁶. Można zapytać, czy także wobec prawnika reprezentującego interesy klienta, autora opinii prawnej w szczególności, można wysuwać podobne wymagania etyczne, jakie stawia się obecnie wobec sędziów?

Jeśli rozważa się jedynie faktyczną możliwość wpływu opinii prawnej na wyrok sądu wydawać się może, że wymagania etyczne powinny być tu jednakowe. **Jednakże wiele argumentów odnoszących się do ról zawodowych przemawiałoby przeciwko przyjęciu odpowiedzialności za treść prawa przez pomocników procesowych lub autorów opinii prawnych przedstawianych w procesie.** Rola obrońcy czy pełnomocnika w postępowaniu sądowym zakłada stosowanie wszelkiej argumentacji, która może przynieść skutek oczekiwany przez klienta, jest więc z natury rzeczą argumentacją strategiczną (w rozumieniu typologii działań komunikacyjnych *Habermasa*). Im trudniej przewidzieć rozstrzygnięcie ze względu na precedensowy charakter sprawy, tym łatwiej uzyskać akceptację dla poglądu, że argumentacja strategiczna służy sprawiedliwemu osądowi. Jest to pogląd uzasadniony tylko przy przyjęciu, że działa mechanizm zabezpieczający wymiar sprawiedliwości przed zaakceptowaniem strategicznej namowy. Zabezpieczenie takie ma niewątpliwie stanowić pozycja bezstronnego sędziego, zwłaszcza gdy przyjmiemy, że etyka zawodowa domaga się od sędziego odpowiedzialności za treść prawa.

Sprawa nieco się komplikuje, gdy weźmiemy pod uwagę rozdzielenie roli pełnomocnika procesowego lub obrońcy oraz autora opinii prawnej przedstawianej w procesie, praktykowane – właśnie ze względów etycznych – przez niektórych prawników. Dbałość o rozdzielenie tych ról jest zapewne przejawem dostrzegania etycznej odpowiedzialności za treść opinii prawnej, zwłaszcza – choć nie wyłącznie – gdy jej autor jest zobowiązany do przestrzegania standardów etycznych nauczyciela akademickiego. Wydaje się, że zagadnienie istnienia „drugiego wymiaru” etyki zawodowej prawników świadczących pomoc prawną wymaga jeszcze przemyślenia i dyskusji.

Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że **społeczną funkcją prawników jest rozwiązywanie problemu społecznego, polegającego na ograniczonej dostępności wiedzy o prawie.** Tym bardziej powinno to być jasne, im wyraźniej dostrzega się, że wiedza ta nie jest zawarta wyłącznie

⁶ P. Skuczyński, M. Zirk-Sadowski, Dwa wymiary etyki zawodowej sędziów, Krajowa Rada Sądownictwa 2012, Nr 1, s. 12 i n.

w przepisach prawa, które i tak wymagają fachowego objaśnienia. Problem ten jest ważny, zwłaszcza gdy wiedza o praktyce sądowej lub urzędniczej nie daje jednej odpowiedzi na te same pytania. Ograniczona dostępność wiedzy o prawie, wywołana wymienionymi okolicznościami, jest wysoce niepożądana ze społecznego i jednostkowego punktu widzenia. Podawanie do publicznej wiadomości wiedzy o regulacji prawnej wymaga wiele wysiłku, aby w efekcie wiedza ta była zarazem zrozumiała i na tyle szczegółowa, aby niewykształcony w prawie obywatel mógł zrobić z niej właściwy użytek. Publiczna dostępność aktów prawnych, omówień, poradników itp., zwielokrotniona przez użycie technologii informatycznych, nie rozwiązuje problemu dostępności wiedzy prawniczej w sposób całkowity. Dlatego **istotnym źródłem wiedzy o prawie** pozostaje **opinia prawna** sporządzona przez prawnika odpowiadająca na potrzeby indywidualnego klienta, w konkretnej sprawie.

Choć powstają opinie prawne mające wyłącznie na celu zaznajomienie z konkretnymi instytucjami prawnymi, bez jakichkolwiek wskazówek dla klienta, w jaki sposób wiedza zawarta w opinii ma być wykorzystana, to należą one do rzadkości. Wiedzy zawartej w takiej opinii można z powodzeniem poszukiwać w podręcznikach i monografiach prawniczych. Przy tak zakreślonym zadaniu prawnika wartością opinii może być jej zwięzłość, ta jednak zależy od współpracy z klientem w kwestii określenia choćby przybliżonych oczekiwań co do tego, w jakim celu ma być użyta.

Standardowa opinia prawna jest opinią rozwiązującą jakiś problem prawny, odpowiadającą na pytanie związane z zaistniałym lub mającym powstać stanem faktycznym. Określenie we właściwy sposób przedmiotu opinii prawnej może być dokonane przez klienta, gdy jest już on świadomy jakiego rodzaju problem powinien być rozstrzygnięty dla prawidłowej kwalifikacji prawnej faktów. Tak jest również wówczas, gdy opinia dotyczy przedmiotu toczącego się już postępowania. W innych przypadkach identyfikacja problemu czy problemów może być złożonym zadaniem wpisanym niejako w samo sporządzenie opinii prawnej.

Uwagi te mają na celu podkreślenie potrzeby współpracy z klientem przy sporządzaniu opinii prawnych. Warto zwrócić uwagę również na to, że współpraca ta nie musi polegać jedynie na zdobywaniu od klienta informacji dotyczących faktów. Są klienci, którzy oddają swoje sprawy prawne całkowicie w ręce prawników, a interesują się wyłącznie efektami. Opinie prawne są według nich pisane przez prawników dla prawników. Są również klienci chcący nie tylko poznać naturę problemu i rozwiązanie, jakie prawnik proponuje w swojej opinii, ale aktywnie uczestniczyć w jej sporządzaniu podsuwając argumenty, porównania, przykłady. Prawnicy różnie reagują na tego rodzaju aktywność, zwłaszcza gdy wiąże się ona z ocenianiem dokonań prawnika, do czego – jak się zwykle przyjmuje – klienci nie mają żadnych kompetencji. Często okazuje się jednak, że niedoceniając korzyści wynikających ze współpracy z takimi klientami byli błędem.

Kultura prawna jest w znaczącym stopniu hermetyczna, ale nie oznacza to, że konstrukcje instytucji prawnych, ich cele i funkcje, nie są zrozumiałe dla ludzi niemających prawniczego wykształcenia. Przeciwnie, skoro dostrzegamy, że prawnicza argumentacja nie odnosi się jedynie do treści tekstu prawnego, lecz obejmuje kontekst funkcjonalny prawa, przyjmijmy, że w tym obszarze doświadczenie i wiedza klientów mogą być bardzo cenne. Opinie prawne mające doradzać takim klientom będą dla nich często bardziej zrozumiałe, niż może się to prawnikowi wydawać.