

Jan Winczorek

Uniwersytet Warszawski

Czy istnieje etyka prawnicza? Kilka uwag ze stanowiska socjologicznej teorii norm

Zgodnie z powszechnie znaną tezą logiki pytań, odpowiadając na niektóre pytania jest się zmuszonym zaakceptować ukryte w nich założenia. Pytania o istnienie bytów rozmaitego rodzaju także, wbrew pozorom, mogą należeć do tej kategorii i nie być zupełnie niewinne, empiryczne. Pytania takie można zadawać po to, aby z satysfakcją potwierdzić owe założenia („czy rządzą nami złodzieje?”). Można też posłużyć się nimi dla uzyskania nieco bardziej wyrafinowanego efektu retorycznego: postawić je tylko po to, aby móc wyjaśnić słuchaczom bądź czytelnikom, że ich wątpliwości w sprawie istnienia jakiegoś bytu, zasiane poprzez sam fakt zadania takich pytań, są oczywiście fałszywe („czy postradałem rozum?”).

Dla uczciwości należy przyznać, że pytanie o byt zadane w tytule niniejszego tekstu też ma charakter retoryczny i też oznacza zajęcie stanowiska w sprawie, którą ma się rzekomo dopiero roztrząsać. Tekst ten wyraża mianowicie wątpliwości w sprawie tego, czy posługiwanie się określeniem „etyka prawnicza” jest uzasadnione swoistością desygnatu, do którego bywa ono odnoszone. Nie chodzi więc o twierdzenie, że prawnicy z definicji są nieuczciwi i że etyka prawnicza stanowi jedynie puste hasło, ani o zgłoszenie sprzeciwu wobec korzystania z pojęcia „etyka prawnicza” dla celów mnemotechniczno-perswazyjnych. Celem niniejszego tekstu jest natomiast wyrażenie i udokumentowanie przekonania, że pojęcie to dałoby się z korzyścią zastąpić innymi, lepiej spełniającymi wymóg adekwatności.

Argumentacja za tą tezą będzie przebiegała w trzech krokach. W pierwszym wskazane zostaną niektóre dylematy, jakie musi rozstrzygać etyka prawnicza. W drugim, tak zdefiniowana problematyka etyki zawodowej prawników zostanie poddana interpretacji odwołującej się do jednego z paradygmatów teoretycznych w socjologii. W trzecim, podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, czy w świetle tej interpretacji satysfakcjonujące rozstrzygnięcie owych dylematów jest w ogóle możliwe, a więc, ostatecznie, czy uzasadnione jest twierdzenie, że etyka prawnicza istnieje.

1. Etyka prawnicza: między uniwersalizmem a partykularyzmem

Etykę prawniczą można zdefiniować – abstrahując od zróżnicowania teoretycznego w ramach tej dziedziny wiedzy i powstrzymując się od wdawania się w polemiki z

którymkolwiek z twórców oryginalnych koncepcji w tej sferze – jako obszar szczególnej refleksji, służącej artykułowaniu wzorców właściwego postępowania przez osoby pełniące zawody prawnicze. Można też sądzić, że realizując to zadanie, etyka prawnicza musi czynić zadość konkurującym ze sobą roszczeniom i wymaganiom¹. Nie ulega przecież wątpliwości, że etyka prawnicza jest powiązana z ogólniejszą refleksją etyczną nad moralnością i niejako przejmuje jej rozmaite własności czy ograniczenia. Jako taka posiada też – wpływające z różnych źródeł i artykułowane na różne sposoby – roszczenie do uniwersalności. Z drugiej strony, etyka prawnicza opiera się na przekonaniu, że możliwe jest rozstrzyganie partykularnych problemów prawników lub ocenianie partykularnych rozstrzygnięć partykularnych problemów, dokonywanych przez prawników. Ta służebna rola etyki prawniczej i jej niejako następczy charakter wobec zagadnień rodzących się w praktyce (charakterystyczna zresztą dla każdej etyki stosowanej), stanowi istotne ograniczenie możliwości implementacji dorobku etyki ogólnej dla celów prawniczej deontologii zawodowej.

Ujmując rzecz nieco mniej abstrakcyjnie, potrzebę uzgodnienia roszczenia do uniwersalności oraz konieczności zajmowania się ściśle określonymi zagadnieniami daje się dostrzec na przynajmniej czterech względnie niezależnych planach. Pierwszy z nich dotyczy zakresu twierdzeń formułowanych w ramach etyki prawniczej i, w konsekwencji, ich swoistości. Występuje w niej mianowicie napięcie między uniwersalnością zasad etycznych a specyficznymi problemami zawodowymi prawników, rzekomo występującymi tylko w ramach tego zawodu. Etyka prawnicza zawiera jednocześnie roszczenie do posługiwania się rozumowaniami etycznymi o wysokim poziomie abstrakcji i szerokim zakresie stosowalności, a z drugiej strony, do rozstrzygania specyficznych etycznych problemów prawników, które, rzekomo, nie występują poza praktyką tego zawodu. W skrajnych interpretacjach, może to prowadzić do wniosku, że etyka prawnicza jest jedynie podzbiorem ogólniejszej etyki, formułującej zalecenia w sprawie właściwego postępowania ludzi i dostarczającej podstaw do jego oceny za sprawą abstrakcyjnych i generalnych teorii, albo przeciwnie, do przekonania, że problemy te są na tyle specyficzne, że dają się rozwiązać jedynie przy odwołaniu do specyficznych, czysto technicznych reguł deontologii zawodowej, a więc nie są uniwersalnie „etyczne”.

Prowadzi to do oczywistej wątpliwości w sprawie adekwatności określenia „etyka prawnicza”. Na ile „etyka prawnicza” jest „prawnicza” i na ile jest „etyką”? Jeśli prawnikom stawia się (posługując się różnymi pojęciami) wymóg szczególnego zainteresowania

¹ P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 142 i n.

interesami klienta czy podsądnego – a więc akcentuje się specyficzną więź między stronami relacji prawnych – to *mutatis mutandis* można to samo powiedzieć o każdym innym zawodzie. Zawody te będzie od zawodów prawniczych różnił jedynie zakres i treść tego obowiązku, a nie sam fakt jego istnienia. W przypadku takich profesji jak prawnicze, zawodu lekarza czy rozmaitego rodzaju doradców, zakres i treść będą nieco szersze i słabiej dookreślone. W przypadku zaś innych zawodów, zazwyczaj, węższe, ale o bardziej precyzyjnej treści. Istnieje więc, być może, ogólny obowiązek staranności profesjonalnej i należy dopiero wykazać, że owa staranność obejmuje coś innego w przypadku prawników, niż w przypadku wszystkich innych zawodów. W tym sensie, określenie „etyka prawnicza” dotyczyłoby zbyt wąskiej klasy desygnatów (a więc, by posłużyć się pojęciem Leona Petrażyckiego – byłoby „kulejące”).

Z drugiej jednak strony, nie ulega wątpliwości, że na poziomie konkretnych czynności konkretnych osób praktyka prawnicza jest specyficzna. Pojawia się zatem pytanie, na ile ogólniejsze etyczne koncepcje właściwego postępowania dają się zastosować względem prawników, a na ile ich odpowiedzialność stanowi jedynie problem techniczny, którego „wsparcie moralne” mogą stanowić ogólniejsze zasady. Gdyby przyjąć taki punkt widzenia, należałoby uznać, że klasa desygnatów pojęcia „etyka prawnicza” jest zbyt szeroka względem swojej nazwy (a pojęcie to jest „skaczące”).

Drugi z zapowiedzianych czterech dylematów etyki prawniczej ma charakter metodologiczny. Etyka prawnicza, jeśli rozumieć ją jako szczególną, ale jednak, dziedzinę dogmatyki prawniczej, powinna posługiwać się identyczną metodą, co wszelkie inne nauki prawne należące do tej kategorii – takie jak dogmatyka prawa cywilnego, karnego itd. Chodzi w niej więc o rozstrzygnięcie, w drodze kodyfikacji, jej interpretacji, a następnie subsumpcji, problemu odpowiedzialności za czyny postrzegane jako szkodliwe, a to w celu ich eliminowania z przyszłej praktyki i minimalizowania ich negatywnych skutków. Relacja tego wariantu etyki prawniczej do etyki i moralności jest nie inna jak relacja etyki i moralności jako takiej do skodyfikowanego prawa w ogóle. Źródła prawomocności etyki prawniczej są tu, podobnie jak w przypadku prawa, niezależne od powołania się lub braku powołania na moralność, zgody albo niezgody w sprawie moralnych podstaw obowiązywania prawa, przekonania co do jej słuszności lub jego braku. Przypisuje się jej raczej moc obowiązującą na podstawie faktu, że została ustanowiona decyzją jakiegoś ciała – na przykład w formie kodeksu etyki adwokackiej czy radcowskiej i może zostać zmieniona.

W drugim z rozważanych podejściu do etyki prawniczej – uniwersalizującym podejściu etyki teoretycznej – chodzi natomiast o pokazanie dylematu etycznego, a nie

rozwiązania. Jeśli dostrzega się równorzędne albo chociaż zbliżone wagą racje przemawiające za podjęciem określonego działania i skłaniające do powstrzymania się od niego (a nie sposób tak nie robić, nawet jeśli jest się zwolennikiem określonej teorii etycznej), to trudno rozstrzygać apriorycznie o tym, czy określone decyzje w tej materii będą właściwe. Decyzje w tej sprawie muszą być więc podejmowane *casu ad casum* i w każdym przypadku nacechowane będą subiektywizmem. Jeśli bowiem formułuje się jakiś etyczny dylemat, to, logicznie rzecz biorąc, jego rozstrzygnięcie musi się opierać na innych źródłach niż on sam, musi być zewnętrzne w stosunku do niego. Jednocześnie jednak, same możliwości składające się na ów dylemat mają, z definicji, charakter uniwersalny.

Dobrej ilustracji tego problemu dostarcza wykład J. Hołówki w sprawie dylematów moralnych w zawodach prawniczych². Autor wychodzi tam od obserwacji, że edukacja prawnicza musi obejmować także problematykę etyczną, a to w celu przygotowania adeptów profesji prawniczych do rozstrzygania problemów, z którymi mogą zetknąć się w życiu zawodowym. Następnie przechodzi do analizy problemów etycznych, które w swojej praktyce zawodowej mogą napotykać sędziowie, prokuratorzy, adwokaci i radcy prawni. Co zaskakujące i sprzeczne z punktem wyjścia, nie udziela jednak żadnych definitywnych odpowiedzi, a formułuje właśnie „dylematy”, które, jak sam przyznaje, mogą być rozstrzygane jedynie przez samych zainteresowanych, gdy już staną przed nimi w praktyce. Ostatecznie nie jest więc jasne, czy celem etyki prawniczej jako przedmiotu edukacji przyszłych prawników jest rozwój intelektualny przez poznawanie abstrakcyjnych problemów etycznych, czy kształcenie praktyczne, służące wyćwiczeniu standardowych dróg wyjścia z sytuacji podejrzanych moralnie.

Do podobnych pytań doprowadzą także nie aprioryczne, a empiryczne lub dogmatyczne analizy „etyk prawniczych”. Nawet pobieżna refleksja nad „kodeksami etycznymi” zawodów prawniczych pokaże, że stanowią one połączenie dwóch kontrastujących ze sobą elementów. Bardzo konkretne regulacje, niemające jasnego uzasadnienia moralnego, przeplatają się tam z bardzo ogólnymi zasadami dotyczącymi zawodowego prowadzenia się członków korporacji. Znamienne wydaje się także to, że w każdym przypadku akceptowane jest zastosowanie sankcji, które wykraczają poza tradycyjne rozumienie moralności, a zbliżają się do typowych sankcji prawnych³.

Trzeci z czterech zapowiedzianych wymiarów funkcjonowania etyki prawniczej wiąże się z jej potencjałem teoretycznym, to znaczy z jej znaczeniem dla teorii prawa. Przekonanie

² J. Hołówka, *Dylematy moralne w zawodach prawniczych* [w:] E. Łojko (red.), *Etyka prawnika. Etyka nauczyciela zawodu prawniczego*, Warszawa 2006, s. 7-24.

³ Por. M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*. Warszawa 1947, rozdz. IX.

o jej roli w tej dziedzinie nie jest chyba zbyt rozpowszechnione⁴, niemniej warto dostrzec pewne napięcie i w tym obszarze. Z jednej strony, etyka prawnicza jest nakierowana na rozstrzygnięcie konkretnych, specyficznych zagadnień i pozostaje na tym samym poziomie ogólności co zwykła dogmatyka prawnicza. Jej znaczenie teoretyczne jest więc minimalne lub wręcz żadne. Z drugiej jednak strony, argumentacja etyczna może być użyta jako narzędzie krytyki nie tylko czysto faktycznych działań lub zaniechań prawników, ale także – treści ich decyzji. Możliwe jest przecież, na przykład, postawienie zarzutu sędziemu, że orzekł, to co orzekł dlatego, że nie dochował wystarczającej staranności w zapoznawaniu się z materiałem dowodowym, albo wręcz – że naruszył zasady wykonywania zawodu, podejmując niewłaściwą metodę refleksji nad jakimś zagadnieniem prawnym. Czy więc nie można nabrać wątpliwości o charakterze etycznym w przypadku, gdy sąd naraża na szwank jakieś istotne dobro, postępując w sposób ewidentnie błędny z punktu widzenia standardów działania przyjętych w podobnych sprawach?

Tak rozumiana etyka prawnicza ma potencjał metateoretyczny, to znaczy może służyć do abstrakcyjnego, niezależnego od kontekstu sterowania decyzjami i działaniami prawników. Można więc próbować budować teorię prawa opierającą się na przekonaniu, że pierwszym i zasadniczym zadaniem prawnika – gdy korzysta z metod rozumowania, wykładni i argumentacji lub gdy *implicite* przyjmuje określone rozumienie prawa („regułę uznania”) – jest kierowanie się dobrem klienta, dobrem publicznym albo właściwą starannością w wykonywaniu swoich obowiązków. Prowadzi to, rzecz jasna, do zasadniczego pytania o relację między etyką prawniczą a resztą dyscyplin prawniczych. W dalszej kolejności pytanie to (jeśli uzna się, że etyka prawnicza jest etyką *par excellence*, a nie tylko rodzajem prawniczej dogmatyki) przekształca się w pytanie o autonomię prawa.

Wreszcie, po czwarte, charakterystyczną cechą etyki prawniczej jest to, że przedmiotem swojej oceny czyni jednostki. O ile w zwykłej dogmatyce prawniczej katalog desygnatów jest szeroki i obejmuje rozmaite fikcyjne twory, istniejące jedynie na mocy konwencji – takie jak osoby fizyczne i prawne, stosunki prawne, reguły winy, odpowiedzialności czy wyłączające odpowiedzialność, o tyle etyka prawnicza, niezależnie od przyjmowanej orientacji teoretycznej, ostatecznie odpowiedzialną czyni jednostkę (lub też ją

⁴ P. Skuczyński, *Status...*, s. 142.

⁵ Za przykład może tu posłużyć komentowany w mediach spór cywilnoprawny między artystą a wydawcą, który uchylał się od uiszczenia wynagrodzenia z tytułu wykorzystania utworów plastycznych tego pierwszego, do czego był zobowiązany stosowną umową. Spór ten został rozstrzygnięty przez sąd w oparciu o zasady współżycia społecznego. Sędzia odrzucił mianowicie pozew przeciwko wydawcy, uznając prace artysty za obsceniczne i przez to niegodne ochrony prawnej. Pozostaje to w oczywistej sprzeczności z przyjmowaną na gruncie prawa autorskiego koncepcją utworu i ogólnymi zasadami prawa cywilnego, zwłaszcza zasadą swobody umów. Czy tego rodzaju rażąca obraza prawa nie może być uznana za działanie niezgodne z etyką sędziowską?

od odpowiedzialności uwalnia). Dostrzega się przy tym, rzecz jasna, wielkie zróżnicowanie ról, w jakich mogą występować ludzie i zauważa odmienności, gdy chodzi o zobowiązania ciążące na nich, podkreślając konieczność własnej refleksji.

W konsekwencji można doszukiwać się w etyce prawniczej dwóch tendencji, nieobecnych w przypadku dogmatyki. Po pierwsze, subiektywizuje się w niej rozstrzygnięcia etyczne i substancjalizuje jednostki (ich rozumienie staje się bliższe choćby ich średniowiecznemu chrześcijańskiemu rozumieniu jako „*per se una*”, a nie konwencjonalistycznemu postrzeganiu jako „osób fizycznych”). Jednak po drugie, fakt, że adresatem i desygnatem etyki prawniczej są ostatecznie zsubstancjalizowane jednostki, sprawia, że formułowane w jej obrębie, zróżnicowane zobowiązania uzyskują wspólny mianownik. Jest to źródłem napięcia, unikanego w dogmatyce właśnie za sprawą fikcji prawnych. Jeśli etyka prawnicza ma stanowić eksplikację bardziej ogólnych zasad moralnych lub być uznawana za część jakiegoś bardziej uniwersalnego stanowiska etycznego, to staje przed problemem kontekstowości stosowania owych ogólnych zasad w przypadku niepowtarzalnych jednostek. Jak można osądzać kogoś, kto jest właśnie *jednostką* za pomocą uniwersalnego standardu?

Co więcej, jeśli potraktować „kodeksy etyki prawniczej” jako powiązane z jakąś szerszą etyką, a nie tylko techniczne regulacje nieroszczące sobie prawa do oceniania intencji i preferencji jednostek, to należy dojść do wniosku, że problem jest nie tylko teoretyczny, ale wręcz palący. Problem zaś nie będzie występować, jeśli kodeksy takie uznać za zwykłą kodyfikację, pozbawioną roszczeń do uniwersalności. „Jednostka” staje się tu bowiem po prostu konstruktem, pojęciem prawnym niezbędnym dla przypisania winy i traci substancjalną treść.

2. W stronę socjologicznego rozumienia etyki prawniczej

Naszkiecowawszy naprędce dylematy, przed jakimi staje etyka prawnicza, można poczynić drugi z zapowiedzianych kroków, to znaczy podjąć próbę interpretacji etyki prawniczej za pomocą socjologicznej teorii norm. Najpierw należy jednak zastrzec, że nadużyciem byłoby twierdzenie, iż w socjologii istnieje zgoda w sprawie rozumienia norm. Przeciwnie, ich koncepcje bywają różne w zależności od ogólniejszej orientacji teoretycznej i wychodzą z rozbieżnych założeń w sprawie natury społeczeństwa, poznania, statusu jednostek itp. Co więcej, samo pojęcie „norma” wydaje się we współczesnej socjologii cokolwiek *demodé*. W związku z tym, w niniejszych rozważaniach wykorzystywana jest tylko

jedna socjologiczna wizja norm, wybrana spośród wielu istniejących. Jednocześnie (co pozostanie bez dowodu) przyjmuje się tu, że koncepcja ta chwyta przynajmniej niektóre z intuicji wyrażanych w wielu innych socjologicznych ujęciach norm i jest pozbawiona wad, które decydują o względnej niepopularności tego pojęcia.

Teorią tą jest teoria funkcjonalna w swojej unowocześnionej wersji, przedstawionej przez N. Luhmanna⁶. Historycznie odwołanie do pojęcia normy miało dla tego paradygmatu szczególne znaczenie. W starszej, kanonicznej wersji tej teorii, strukturalnym funkcjonalizmie, po prostu uzależniano istnienie społeczeństwa od istnienia norm. Koordynacja działań jednostek, utożsamiana z życiem społecznym, była tam uznawana za możliwą tylko dlatego, że jednostki podzielały wcześniej istniejące normy. Bez nich społeczeństwo nie mogłoby istnieć. Także jednak we współczesnej wersji funkcjonalizmu – funkcjonalno-strukturalnej teorii systemów, normom przypisuje się istotną rolę. Uznaje się, że stanowią one szczególną formę komunikacji („oczekiwania kontrfaktyczne”) i zakłada, że stanowią one jeden z ważnych sposobów radzenia sobie przez systemy społeczne ze złożonością otoczenia (a więc, między innymi, stanowią mechanizm odnoszenia się do zachowań jednostek i sterowania nimi)⁷.

Gdy chodzi o etykę prawniczą (i szerzej – regulację funkcjonowania profesji), znaczenie dla funkcjonalizmu mają prace T. Parsonsa⁸. Są one kompatybilne z nakreśloną wyżej wizją etyki prawniczej jako dziedziny zmuszonej radzić sobie z dylematem uniwersalizmu/partykularyzmu. T. Parsons twierdził mianowicie, że rolą wszelkich profesji (nie tylko profesji prawniczych) jest pośredniczenie pomiędzy sferą abstrakcyjnych wzorców postępowania a konkretnymi potrzebami społecznymi. Procedury medyczne, na przykład, muszą być wykonane w przypadku konkretnego pacjenta i dostosowane do jego potrzeb, ale nie mogą zostać zmodyfikowane tak dalece (z dowolnego powodu – współczucia, wygody stosującego, istniejących zasobów), aby przestały być procedurami tzn. przestały odpowiadać instrumentalnej racjonalności medycyny.

Wyływa stąd przekonanie, że szczególnie moralne problemy – i jednocześnie zobowiązania spoczywające na profesjonalistach – wynikają właśnie z procesu translacji tego, co ogólne, na to, co konkretne. Nie jest on wcale oczywisty, bowiem tego rodzaju subsumpcja

⁶ N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984; N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997. Zob. też J. Winczorek, *Zaginięcie dwunastego wielbłąda. O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*, Warszawa 2009.

⁷ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, s. 77 i n.; N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, s. 438 i n.

⁸ T. Parsons, "The professions and social structure.", *Social Forces*, t. 17, nr 4, 1939, s. 457-467, T. Parsons, *A sociologist looks at the legal profession*, T. Parsons, (red.) 1964, s. 370-385. Polskie przekłady obydwu tekstów w: T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972

nie podlega prawom logiki ani nie jest mechaniczna. Dlatego też potrzebna jest etyka zawodowa. Musi ona określać sposób rozstrzygnięcia problemów pojawiających się w translacji, stanowić wskazówkę właściwego dokonywania przekładu.

Zjawisko to jest łatwe do zauważenia także w przypadku zawodów prawniczych. T. Parsons dostrzega w nich napięcie między abstrakcyjnym prawem a konkretnym przypadkiem. Trudności, z jakimi mierzą się prawnicy polegają więc, jego zdaniem, na konieczności pogodzenia konkretnych oczekiwań względem prawa i własnych działań, formułowanych przez klientów, z potrzebą pozostania wiernym ogólnym zasadom. Osoby wykonujące takie zawody mogą również podlegać chęci „nagięcia reguł” dla celów prywatnych. I jedno i drugie wynika z tego, że nie istnieje zewnętrzna, poza korporacją prawników, bezpośrednia kontrola ich poczynań, co z kolei jest efektem monopolizacji przez nich kompetencji określonego rodzaju. To wreszcie jest bezpośrednim skutkiem formy, jaką przyjęła współcześnie struktura społeczna, a w szczególności zasady zróżnicowania funkcjonalnego.

Warto równocześnie zauważyć, że takich problemów nie da się – z natury rzeczy – rozstrzygnąć *ex ante* i w sposób abstrakcyjny za pomocą dalszej kodyfikacji prawa. Prowadzi to bowiem do regresu *ad infinitum*. Reguły deontologii zawodowej są tu widziane jako jedno z narzędzi kontroli społecznej, służące do eliminowania „czarnych owiec” i minimalizowania szans, że w przyszłości pojawią się kolejne. Co ważne, kontrola ta odbywa się nie tylko przez sankcjonowanie, ale także w drodze ustanawiania szczególnego *esprit de corps*. Jej narzędziem są więc oddziaływania socjalizacyjne i władza wykluczania, przede wszystkim *ex ante*, związana z kontrolowaniem kanałów dostępu do zawodów prawniczych (czemu służą też ogólniejsze mechanizmy wykluczenia w edukacji). Kontrola sposobu wykonywania zawodu w profesjach jawi się tu jednak jako obszar szczególnie wrażliwy i zagrożony przez czynniki zewnętrzne i wewnętrzne. Fakt swoistej „wsobności” korporacji prawniczych, przejawiającej się w rozwiązywaniu wszystkich problemów korporacyjnych przez same korporacje i wynikającej z ich autonomii, nie pozwala twierdzić, że wspomniany problem „translacji” może zostać rozstrzygnięty w sposób trwały. Etyka prawnicza jest zatem widziana przez T. Parsonsa jako jednocześnie niezbędna z przyczyn strukturalnych, jak i zasadniczo problematyczna jako narzędzie rozwiązywania owych strukturalnych problemów.

W pracach N. Luhmanna, drugiego z uwzględnionych tu autorów zaliczanych do nurtu funkcjonalnego (choć występującego w roli reformatora, a nie kontynuatora myśli T. Parsonsa) nie ma bezpośrednich odniesień do problematyki etyki prawniczej. Można tam natomiast odnaleźć rozbudowane wywody na temat moralności jako zjawiska społecznego i

etyki jako „teorii refleksji moralności”⁹. Jak powszechnie wiadomo, N. Luhmann poświęca też wiele uwagi prawu. Fundamentalne znaczenie dla tego autora ma przy tym ostre rozdzielenie wymienionych obszarów¹⁰. Moralność jest przezeń postrzegana jako szczególny rodzaj komunikacji, opierający się na podwójnym kodzie binarnym – dobro/zło i szacunek/brak szacunku. Prawo zaś to, jego zdaniem, komunikacja zawierająca oczekiwania normatywne odwołujące się do kodu binarnego prawne/bezprawne i przez niego stabilizowana. Jest ona, jego zdaniem, zorganizowana w system, to znaczy taka, że możliwe jest stwierdzenie (choć w żadnym razie nie w drodze powszechnie uznanego konsensusu i w żadnym razie *ex ante* czy w sposób trwały) że określona „komunikacja” należy do systemu (zawiera kwalifikację jakiegoś zjawiska jako prawnego lub bezprawnego) albo do niego nie należy (a więc takiej kwalifikacji nie zawiera). Wreszcie, etyka, jako dziedzina wiedzy specjalizująca się w systematycznym obserwowaniu moralności, ale sama niepodlegająca ocenie w kategoriach dobra i zła, stanowi element jeszcze innego podsystemu społecznego – nauki i opiera się na charakterystycznym dla niego kodzie prawda/fałsz. Nie daje on się bezpośrednio przełożyć na język prawa. Etyka nie może być też utożsamiana z komunikacją moralną ani nią sterować, a służy jedynie wytwarzaniu teorii na temat istoty i funkcjonowania moralności.

Etykę prawniczą można byłoby więc, w zgodzie z myśleniem systemowoteoretycznym, postrzegać jako obserwację drugiego rzędu odnoszącą się do moralności, a jednocześnie teorię refleksji systemu prawnego. Byłoby to zgodne z zaobserwowaną wyżej możliwością potraktowania etyki prawniczej jako metateorii, ale jednocześnie oznaczałoby, że jest ona związana z etyką jako elementem systemu nauki. Wynika z tego, że postulując istnienie „etyki prawniczej” w istocie wyraża się jeden z dwóch poglądów. Po pierwsze, można w ten sposób przeczyć tezie, że prawo ma charakter systemowy, sądząc, że obydwie wymienione kategorie komunikacji normatywnej: prawo i moralność jakoś się mieszają, oraz przekonaniu, iż system prawny i system nauki są autonomiczne. Tylko w takim wypadku możliwa byłaby bowiem przynależność etyki prawniczej do dwóch podsystemów naraz i spełnianie przez nią roli teorii refleksji dla dwóch form komunikacji jednocześnie (prawa oraz moralności – przy czym tej ostatniej poprzez przynależność do etyki jako takiej). Po drugie, można byłoby twierdzić, że istnieje jakies

⁹ N. Luhmann, *Soziologie der Moral* [w:] N. Luhmann, S.H. Pfürtner, (red.), *Theorietechnik und Moral*, Frankfurt am Main 1978; N. Luhmann, *Ethik als Reflexionstheorie der Moral* [w:] N. Luhmann (red.), Luhmann, N. (red.), *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft Bd. III*, Frankfurt am Main 1989, s. 358-449. N. Luhmann, R. Spaemann, *Paradigm lost: über die etische Reflexion der Moral*, Frankfurt am Main 1990.

¹⁰ N. Luhmann, *Das Recht...*, s. 79.

trwałe powiązanie między wymienionymi obszarami: prawem i nauką oraz nauką i moralnością, nienaruszające wszakże autonomii systemu prawnego ani systemu nauki.

Pierwszy z wymienionych poglądów jawi się, z punktu widzenia teorii N. Luhmanna, jako radykalny, jeśli nie wręcz absurdalny. Jest on mianowicie tożsamy z twierdzeniem o dyferencjacji społeczeństwa, to znaczy o załamaniu się sposobu jego organizacji, charakterystycznego dla nowożytności i polegającego na wydzieleniu się w społeczeństwie operacyjnie autonomicznych podsystemów – nauki, prawa, gospodarki itp. Druga z przedstawionych tez wydaje się łatwiejsza do uzgodnienia z teorią systemów. Podobne sprzężenia są dostrzegane przez samego N. Luhmanna i przyznaje on im istotną rolę – nie tylko dla funkcjonowania systemu prawnego, ale i dla procesu jego powstawania (wyróżnicowania). Takimi powiązaniem są, jego zdaniem, zwłaszcza sprzężenia strukturalne z systemem polityki i gospodarki. Etyka prawnicza byłaby więc tym samym, czym jest dla prawa konstytucja, wiążąca je z polityką lub umowa, wiążąca je z gospodarką.

Podobnie jak u T. Parsonsa, tak i u N. Luhmanna etyka prawnicza stanowiłaby zatem zjawisko wiążące ze sobą dwie sfery o odmiennych właściwościach. Byłoby to, z jednej strony, prawo opierające się na możliwości ostatecznego rozstrzygnięcia przynajmniej konkretnej sprawy, z drugiej zaś, etyka – tj. teoria refleksji moralności, która, w związku ze swoją naturą jako obserwacji drugiego rzędu, przynależnością do systemu nauki i pluralizmem teorii moralności, nie daje analogicznej możliwości. Problemem byłoby tu więc, podobnie jak u T. Parsonsa, to, jak zastosować niesformalizowany (moralny) system kontroli do komunikacji, która opiera się właśnie na konkluzywnym – i im bardziej konkluzywnym, tym bardziej sformalizowanym – trybie procedowania. Co więcej, i inaczej niż w przypadku T. Parsonsa, pojawia się tu konieczność uzgodnienia operacji dwóch różnych podsystemów – nauki i prawa, z których każdy opiera się na odmiennej logice funkcjonowania i sam wytwarza swoje elementy.

Z tego, co zostało powiedziane na temat socjologicznego rozumienia norm można wreszcie wyprowadzić wniosek, że cztery opisane wcześniej dylematy etyki prawniczej mają przyczyny strukturalne, to jest wynikają z ogólniejszego sposobu organizacji nowoczesnego, funkcjonalnie zróżnicowanego społeczeństwa. Po pierwsze, jest to strukturalne umiejscowienie etyki prawniczej jako postulowanego mechanizmu kontroli korporacyjnej, mającego być wytwarzanym przez same korporacje i wynikającym ostatecznie z autonomii systemu prawnego. Po drugie, są to próby ulepszenia tego mechanizmu przez poszukiwanie zewnętrznej instancji względem tego systemu, polegające na zniesieniu swobody decydowania przez przedstawicieli zawodów prawniczych. Próby te można interpretować

albo jako wprowadzenie szczególnego mechanizmu kontroli społecznej (T. Parsons) albo formy komunikacji (N. Luhmann) do systemów społecznych, które z zasady opierają się na czymś innym: odwołaniu do abstrakcyjnych norm (T. Parsons) i konkluzywności wynikającej z systemowości i binarności komunikacji (N. Luhmann).

Chcąc zatem odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje etyka prawnicza, trzeba ustalić czy tego rodzaju rozwiązania są ostatecznie możliwe do zrealizowania. Czy możliwe jest zniesienie w jakiś sposób opisanych problemów strukturalnych, a przez to – rozwiązanie opisanych dylematów?

3. Problem instytucjonalizacji

Upraszczając nieco wywody poczynione wyżej, można byłoby powiedzieć, że tym, co odróżnia moralność i etykę od prawa, jest fakt instytucjonalizacji tego ostatniego. Nie chodzi tu o instytucjonalizację w sensie „budowania instytucji” powołanych do stosowania czy tworzenia prawa, ale o instytucjonalizację w znaczeniu bliskim temu, w jakim wykorzystywali je P. Berger i T. Luckmann. Chodzi więc o powstawanie trwałych wzorców postępowania, zrozumiałych dla wszystkich członków jakiejś grupy bez potrzeby dalszego ich wyjaśniania każdemu z nich z osobna, tzn. z zachowaniem zasady „ekonomii wysiłku”¹¹.

Oczywiście, w socjologii istnieją nie tylko rozmaite teorie norm, ale także rozmaite teorie prawa i rozmaite wizje tego, czym odróżnia się ono od innych postaci normatywności. Niezależnie jednak od przyjmowanej socjologicznej perspektywy na prawo, trzeba je widzieć właśnie jako taką formę normatywności, w której stopień instytucjonalizacji jest szczególnie wysoki. Rzeczą nieistotną jest, z tego punktu widzenia, to, czy źródłem instytucjonalizacji prawa jest jego stanowienie, istnienie szczególnych organizacji zajmujących się jego egzekwowaniem, przymus, na którym się ono opiera, czy też powszechna zgoda co do obowiązujących norm, nawet jeśli nie będą ustanowione („prawo intuicyjne”). Istotny jest natomiast sam fakt, że taka instytucjonalizacja ma miejsce.

Zaletą teorii N. Luhmanna na tle wielu socjologicznych teorii prawa jest to, że można ją interpretować jako stopniującą instytucjonalizację, tzn. dopuszczającą istnienie prawa o różnym poziomie instytucjonalizacji. Ostatecznie, odznacza się ono dwiema cechami. Po pierwsze, jest to odwołanie do kodu binarnego prawne/bezprawne, a więc to, że komunikacja tworząca społeczeństwo jest ustrukturyzowana w taki sposób, że uznaje się w nim za akceptowalne i reprodukuje jedynie konkretnie określone oczekiwania normatywne (co jest

¹¹ P. L. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*. Warszawa 1983, s. 95.

określane historycznie). Po drugie, jest to istnienie systemu prawnego, a więc możliwość autopoietycznego „wykluczenia z gry” określonej komunikacji opierającej się na kodzie prawne/bezprawne. Komunikacja w systemie prawnym może pochodzić przy tym z różnych źródeł – jest nią zarówno rozmowa na tematy prawne, jak i wyrok sądu, przy czym albo te pierwsze są ograniczane czasowo (trwałość komunikacji w interakcjach jest niewielka) albo są one eliminowane wskutek komunikacji tego ostatniego rodzaju. W tym sensie, system prawny monopolizuje komunikowanie oczekiwań normatywnych – oczekiwania normatywne, które nie są podtrzymywane za pomocą kodu binarnego prawne/bezprawne i nie są reprodukowane w systemie prawnym, szybko przestają istnieć.

Z drugiej strony, moralność cierpi, według N. Luhmanna, na deficyt instytucjonalizacji. Choć komunikacja moralna podlega kodowaniu, to nie istnieje, zdaniem N. Luhmanna, żaden system moralności. Nie ma zatem żadnej instancji czy wielu instancji, które mogłyby stwierdzać, że określone poglądy moralne czy oczekiwania normatywne dotyczące dobra i zła i wykorzystywane dla komunikowania szacunku i braku szacunku są „trafne”, „słuszne”, „godne akceptacji” czy „upowszechnienia”. Taką rolę mogłyby do jakiegoś stopnia spełniać teorie etyczne, uznawane przez N. Luhmanna, jak to zostało powiedziane, za „teorie refleksji” moralności, to znaczy za obserwacje drugiego rzędu, odnoszące się do sposobu użycia kodu binarnego dobry/zły¹². Są one jednak z samej zasady niemożliwe do wykorzystania jako mechanizmy sterowania moralnością, tj. eliminowania „niewłaściwych” użyciu kodu dobro/zło. Etyka przynależy bowiem do systemu nauki, który specjalizuje się w wytwarzaniu obserwacji uznawanych za „prawdziwe”, operując kodem binarnym prawda/fałsz. Celem etyki nie jest narzucanie moralności, a jej badanie. Nie odwołuje się ona do kategorii obowiązywania (jak prawo) ani władzy (jak polityka), ale do trafności swoich wyjaśnień i uzasadnień moralności.

Przyczyny tego stanu rzeczy również są historyczne i wynikają z procesu, który N. Luhmann uznaje za podstawowy dla formy, jaką przyjmuje współcześnie społeczeństwo, to znaczy z procesu dyferencjacji. Społeczeństwo (przynajmniej europejskie) ewoluowało, zdaniem N. Luhmanna, od zróżnicowania stratyfikacyjnego, w którym istniała prosta hierarchia komunikacji, do zróżnicowania funkcjonalnego, w którym nie istnieje żadne „centrum”. Żaden funkcjonalnie określony system społeczny (prawo, gospodarka, polityka, media, sztuka itd.) nie ma pierwszeństwa przed innymi i nimi nie steruje. Wszystkie są operacyjnie autonomiczne, to znaczy samodzielnie dokonują obserwacji swojego otoczenia i wytwarzają własne elementy. Odpowiednio, w społeczeństwie zróżnicowanym

¹² N. Luhmann, *Ethik als Reflexionstheorie...*, s. 358-449.

stratyfikacyjnie moralność odgrywała zasadniczą rolę, bo była wspierana przez religijną wizję świata, stanowiącą centrum czy też szczyt hierarchii i spajającą całe społeczeństwo. Wraz jednak z procesem dyferencjacji społecznej i powstawaniem nowożytnego świata, religia utraciła kontrolę nad innymi systemami funkcjonalnymi w społeczeństwie i stała się im równa. Wymagało to usunięcia powszechnie obowiązującej moralności, czego konsekwencją jest jej współczesna „bezpańskość”.

Wyróżnicowanie systemu prawa, brak wyróżnicowania systemu moralności i powstanie nowożytnej etyki-nauki można postrzegać także, o czym była już mowa, jako związane z oddziaływaniem czynników zewnętrznych. Nie wchodząc w dość złożoną konstrukcję myślową wykorzystywaną przez N. Luhmanna dla opisu procesu wyróżnicowywania się podsystemów, warto podkreślić, że jego zdaniem w przypadku prawa proces ten był efektem interakcji z systemem politycznym i ekonomicznym. Autonomia prawa, choćby to sformułowanie brzmiało paradoksalnie, wynika właśnie z jego sprzężenia z tymi systemami. Za pomocą odpowiednio, konstytucji i umów, system prawny stabilizuje komunikację oczekiwań normatywnych w tamtych systemach, te zaś przyczyniają się do wzrostu zróżnicowania komunikacji prawnej¹³.

Zgodnie z tym punktem widzenia, nieistnienie osobnego systemu etyki/moralności można interpretować jako efekt niedostatecznego „popytu na moralność” w poszczególnych podsystemach współczesnego społeczeństwa. Z drugiej strony, brak miejsca dla autonomicznej etyki/moralności wynika z tego, że z jakichś przyczyn komunikacja prawna okazała się bardziej skuteczna jako funkcjonalnie niezbędny mechanizm stabilizacji komunikacji w innych podsystemach (albo istniała jakaś inna przyczyna dokonania, w toku ewolucji, takiej selekcji) i stała się jedynym systemem wyspecjalizowanym w organizacji komunikacji normatywnej. Etyka, już to w formie systemów etyki jako takich, już to w hybrydowej formie etyki prawniczej, rozciągającej się między systemem prawnym a systemem nauki, nie jest w stanie współcześnie wypełnić tej roli, jej forma instytucjonalizacji jest nakierowana na coś innego.

Kończąc rozważania na temat moralności i etyki w świetle socjologicznej teorii norm można pokusić się o zastanowienie się nad przyczynami (względnej) popularności etyki prawniczej. Z jednej strony, jak to zostało powiedziane, istnieją funkcjonalne wymogi (potrzeba organizacji komunikacji prawnej), które skłaniają do poszukiwania rozwiązania. Z drugiej strony, można zastanawiać się, czy etyka prawnicza, właśnie dzięki swojej problematyczności i „dwoistości” jako figury umysłowej, nie stanowi dobrego narzędzia ich

¹³ J. Winczorek, *Zaginięcie...*, s. 295 i n.

rozwiązywania. Można więc zadać sobie pytanie, czy brak popytu na etykę/moralność w społeczeństwie nie może zostać przełamany przez popyt na etykę, pojawiający się w systemie prawnym.

Teoria N. Luhmanna dostarcza tu wygodnego narzędzia. Etykę prawniczą można mianowicie uznać za postać „odniesienia do innego”, to znaczy taką formę komunikacji, która jednocześnie pozostaje elementem komunikacji w określonym systemie i pozwala na próbę włączenia do niego elementów pochodzących z innego źródła, opierających się na innym kodzie. Atrakcyjność takiej formuły wynika z faktu występowania paradoksów komunikacyjnych w zamkniętych i autonomicznych podsystemach społecznych, co wynika z niemożności wykorzystania określonego kodu binarnego do sterowania tym właśnie kodem. Była już o tym mowa przy okazji wzmianki o koncepcji deontologii zawodowej T. Parsonsa. Dwuznaczność pojęcia „etyka prawnicza” i występowanie w nim opisanych dylematów można właśnie interpretować jako próbę realizacji takiej funkcji deparadoksalizacji. Dzięki tej dwuznaczności, możliwe jest mianowicie jednocześnie podtrzymywanie reprodukcji systemu prawnego za pomocą jego własnych mechanizmów (a więc *re-entry* kodu prawne/bezprawne) i ukrywanie tego faktu poprzez tworzenie wrażenia, że w istocie chodzi tu o jakiś pogląd na temat moralności, a nie o prawo.

Trzeba jednak podkreślić, że skuteczność takiego odniesienia, to jest rzeczywiste wprowadzanie do systemu prawnego nowych elementów, jest osobną kwestią. Nie inaczej jest w przypadku wspomnianych sprzężeń strukturalnych, takich jak prawo i polityka. Odniesienia do innego mają, zgodnie z założeniami teorii N. Luhmanna, to do siebie, że dokonywane są zawsze poprzez strukturę systemu, który ich dokonuje – a w rozpatrywanym wypadku – poprzez strukturę systemu prawnego. Operacje systemu polityki, sprzężone z systemem prawnym za pomocą konstytucji czy legislacji wywołują w nim tylko takie efekty, na jakie pozwala struktura systemu prawnego. Działania legislacyjne uznawane za nielegalne nie są przecież uznawane za realne źródło prawa. Co więcej, nawet takie, które uznaje się za legalne, podlegają wykładni w świetle akceptowanych w systemie koncepcji prawa, metod jego interpretacji itd. Przyczyniają się one więc do autopoietycznej reprodukcji systemu prawnego, ale nie determinują elementów tego systemu. Elementy te są bowiem autonomicznie wytwarzane przez ten system – w najlepszym wypadku w reakcji na operacje systemu polityki, ale nie pod jego dyktat.

Mutatis mutandis, oznacza to, że odwołanie do etyki – a przez nią – do moralności, może odbywać się tylko wtedy, gdy jest zgodne z istniejącą już strukturą systemu prawnego. Poglądy etyczne będą jedynie wtedy akceptowane i reprodukowane w systemie prawnym – za

pośrednictwem, rzecz jasna, takich wyspecjalizowanych obszarów w systemie prawnym jak teoria prawa czy legislacja – jeśli będą mieścić się w „horyzoncie”, jaki w systemie wyznacza dotychczasowa komunikacja. Co więcej, obserwacje moralności będą, w przypadku etyki prawniczej, dokonywać się także za pośrednictwem systemu nauki i jego struktury. Teoria etyczna niespełniająca wymogów naukowości, nawet odpowiadająca oczekiwaniom prawników, będzie zatem szybko demaskowana jako błędna. Z drugiej strony, akceptowane w nauce teorie etyki mogą być niemożliwe do przyjęcia dla prawników, jeśli będą przeczyły aktualnie obowiązującym w systemie teoriom i metodom. Z tej przyczyny, skuteczne dokonywanie odniesienia do innego za pomocą etyki prawniczej będzie narażone na wszelkie ryzyka gry w głuchy telefon, nawet jeśli *właśnie taka* gra jest istotą deparadoksalizacji systemu¹⁴.

Przedstawione tu rozważania powinny prowadzić do wniosku, że etyka prawnicza stoi przed dylematem funkcjonalnej atrakcyjności oraz wymogów struktury społecznej. Obiecuje otworzyć komunikację prawną na otoczenie i przez to usuwać paradoks samoodniesienia, ale jednocześnie musi czynić zadość wymogom konkluzywności dyktowanym przez istniejącą strukturę systemu prawnego oraz wymogom prawdziwości, określanym przez system nauki. Podejście odwołujące się do teorii systemów, wykorzystane w niniejszych wywodach, prowadzi do wniosku, że spełnienie tych dwóch wymogów jednocześnie może być trudne. Warunki możliwości otwierania komunikacji prawnej na otoczenie jawią się bowiem jednocześnie jako warunki niemożliwości utrzymania jej systemowości. Mając to na uwadze, należałoby dojść do wniosku, iż etyka prawnicza rozumiana jako etyczna, ale jednocześnie praktyczna refleksja nad prawem, jest paradoksem.

Dlatego, jeśli dojdzie się do wniosku, że pojęcie „etyka prawnicza” coś opisuje, trzeba zaakceptować jedną z dwóch możliwości. Po pierwsze, można sądzić, że chodzi o rodzaj komunikacji prawnej o dziwnej nazwie. Przemawia za tym fakt, że niezależnie od filozoficznego dyskursu na temat etyki prawniczej, zasadniczą część wypełnia właśnie dogmatyczna refleksja nad „kodeksami etycznymi”, mająca wprawdzie roszczenia do naukowości, ale niemogąca ich spełnić, bo podporządkowana logice systemu prawnego.

¹⁴ N. Luhmann wspomina w zbliżonym kontekście o etyce nauki (w odróżnieniu od etyki jako elementu systemu nauki), zauważając, że pod tym pojęciem często kryje się zewnętrzna, arbitralna i nieprofesjonalna krytyka wiedzy naukowej. Nawet jeśli bywa ona akceptowana w samej nauce, to nie ma większego wpływu na operacje systemu nauki, a pełni funkcję „środków uspokajających” dla reszty społeczeństwa. Zamiast mianowicie realizować funkcję, którą jej się przypisuje – tj. eliminować niemoralne działania naukowców – usuwa z pola widzenia tezy i oskarżenia moralistów, zastępując je abstrakcyjnymi rozważaniami i tym samym pozbawiając krytykę moralną jej ostrza. Przyczyną tego stanu rzeczy jest właśnie przynależność etyki do systemu nauki i bezpieczeństwa moralności, dezorganizująca społeczeństwo. Zob. N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1990 s. 496 i n.

Teoria norm, wykorzystana w niniejszych rozważaniach prowadzi też do wniosku, że cały problem odróżnienia etyki prawniczej rozumianej jako kodeksy deontologii zawodowej i komentarze do nich, bierze się ze zbyt wąskiej definicji prawa, jaką przyjmują prawnicy, to znaczy z przekonania, że prawo tworzyć i stosować mogą jedynie organy państwa. Tymczasem w teorii systemów nie istnieją przeszkody, które uniemożliwiałyby uznawanie za pełnoprawne prawo *soft law*, prawa zwyczajowego, czy nawet wykluczały istnienie pluralizmu prawnego¹⁵. Za takie prawo należałoby też uznać prawo, *vel* „kodeksy etyczne” tworzone przez korporacje zawodowe i egzekwowane przez nie wobec swoich członków.

Po drugie, można uważać, że etyka prawnicza jest rodzajem ćwiczenia umysłowego, podejmowanego, najpewniej w szlachetnych intencjach, w systemie nauki, jednak ignorującego fakt, że możliwość realnego oddziaływania na system prawny wykracza poza możliwości systemu nauki i zależy w istocie od struktury systemu prawnego, a ta jest silnie związana ze strukturą innych podsystemów (polityki, gospodarki) i społeczeństwa jako całości. W tym sensie, etyka prawnicza osiągałaby efekt odwrotny do zamierzonego. Zamiast „instalować” uzasadnioną komunikację moralną w systemie prawnym i nim w ten sposób sterować, jeszcze bardziej by go od niego izolowała, tylko pozorując taką instalację¹⁶. W tym sensie, niezależnie od deklaracji, etyka prawnicza pozostaje elementem etyki w ogóle i nie zasługuje na dodatkowe przymiotniki.

Na koniec można pójść krok dalej i zastanowić się, czy, wobec daleko idących wątpliwości w sprawie samodzielnego istnienia etyki prawniczej w teraźniejszości, istnieje strukturalny potencjał jej instytucjonalizacji w przyszłości. Należy więc zapytać, czy warunki jej dzisiejszego istnienia pozwalają na przypuszczenie, że w toku dalszej ewolucji społeczeństwa będzie możliwe choćby wykształcenie się odpowiedniego sprzężenia strukturalnego między systemami prawa i nauki, a w szczególności wykształcenie jakiegoś mechanizmu sterowania przekonaniem moralnym prawników.

Najważniejszą kwestią, która się tu pojawia, jest to, czy istniejące obecnie otoczenie systemu prawnego sprzyja takiej instytucjonalizacji, a zwłaszcza, czy pozwala na realizację idei etyki prawniczej jako nieformalnego mechanizmu samokontroli korporacji, a przez to –

¹⁵ J. Winczorek, *Zaginięcie...*, s. 182 i n.

¹⁶ Do pomysłu jest także trzecia możliwość, stanowiąca w istocie modyfikację pierwszej ze wspomnianych. Polega ona na tym, że akceptuje się fakt niespójności etyki prawniczej, uznając jej „wielopłaszczyznowość” jako dziedziny wiedzy. Jak zawsze jednak w takich okolicznościach, pojawia się pytanie, co łączy ze sobą poszczególne płaszczyzny, co uzasadnia uznanie ich za części składowe szerszego zjawiska. Z drugiej strony, jedną z technik deparadoksalizacji, znanych teorii systemów, jest właśnie tworzenie koncepcji płaszczyznowych. Za ich pomocą dwie strony paradoksalnego stwierdzenia „a bo nie a” zostają od siebie odróżnione, a stwierdzenie przekształcone w poprawne „a bo nie b”.

systemu prawnego. Trudno oczywiście o konkluzywną odpowiedź na tak szerokie pytanie, ale warto odnotować kilka istotnych tendencji.

Po pierwsze, dotyczą one organizacji, w ramach których świadczone są usługi prawnicze. Jak to zostało powiedziane, zasady wykonywania zawodu bywały w przeszłości dość nieformalne a ich egzekwowanie było związane z kontrolą rozproszoną, ta zaś – z utrzymywaniem się osobistych relacji w ramach firm prawniczych. Badania amerykańskie z lat 60. XX wieku¹⁷ i końca tego stulecia¹⁸ pokazują tymczasem, że wraz ze wzrostem zakresu świadczonych usług i konsolidacją rynku istnieje tendencja do traktowania etyki prawniczej jako zespołu zewnętrznych norm, a nie zbioru podzielanych przekonań. Następuje więc przejście w stronę postrzegania etyki prawniczej jako heteronomicznej regulacji, tożsamego z faktycznym uznawaniem jej za prawo. Jest to skorelowane z przekształceniami dużych firm prawniczych, choć wciąż opierających się na relacjach *face to face*, w bezosobowe korporacje, wykorzystujące regulacje etyczne do zewnętrznej kontroli swoich pracowników bez troski o ich socjalizację¹⁹. Jest to zresztą zgodne ze wspomnianymi już założeniami funkcjonalnej teorii norm, jak i bardziej powszechnym w socjologii przekonaniem, że normy intuicyjne mają większe szanse funkcjonowania w spójnych, a więc najczęściej małych, grupach społecznych. Pytanie brzmi, czy możliwa jest więc instytucjonalizacja etyki prawniczej w przypadku takiej organizacji pracy ?

Po drugie, jak to zostało powiedziane, istotne znaczenie mają relacje systemu prawnego i innych podsystemów i presje, które wywierają te ostatnie. Czy sprzyjają one kodyfikacji etyki i likwidacji nieformalnej kontroli społecznej, czy przeciwnie ? Znaczenie może mieć tutaj zarówno polityczny, jak i ekonomiczny kontekst pracy prawników, prowadzący do paradoksu konkluzywnych reguł. Dobrym przykładem oddziaływań tego pierwszego czynnika jest swoista redukcja problemu tortur stosowanych przez wojska amerykańskie na jeńcach wojennych w obozie koncentracyjnym w Guantanamo. Możliwość swobodnego „przesłuchiwania” zatrzymanych tam osób i przetrzymywania ich w nieskończoność bez wyroku sądu uzyskano, jak wiadomo, przy pomocy manewru prawnego, polegającego na wyłączeniu jurysdykcji sądów amerykańskich w tej sprawie i stworzeniu mało wymagającej legalnej definicji tortur. Prowadziło to do konkluzji, że owe działania są legalne albo przynajmniej niemożliwe do oceny prawnej. Niezależnie od racji politycznych, którymi uzasadnia się takie kroki, trudno jest usprawiedliwić na gruncie etycznym nieludzkie

¹⁷ J. Carlin, *Lawyers' ethics a survey of the New York City bar*, New York 1966.

¹⁸ A. Sarat, *Ethics in litigation: Rhetoric of crisis, realities of practice* [w:] D. Rhode (red.), *Ethics in practice: lawyers' roles, responsibilities, and regulation*, Oxford-New York 2000, s. 145-161.

¹⁹ Przypuszczalnie, tego rodzaju tendencja do konsolidacji segmentu rynku usług dla przedsiębiorstw ma miejsce również w Polsce.

traktowanie więźniów. Z drugiej jednak strony, kategoryczne, zerojedynkowe zdefiniowanie reguł określających ewentualną odpowiedzialność prawno-karną wykonawców przesłuchań, zdejmuje z nich odpowiedzialność aż do chwili, gdy tych reguł w sposób wyraźny nie przekroczą. Do tego czasu sprowadza więc ich czynności do wymiaru czysto faktycznego, technicznego.

Prowadzi to do wniosku, że z polityczne presje nie są kompatybilne z upowszechnianiem refleksji moralnej, nawet jeśli retoryka polityczna często odwołuje się do moralności. Etyka prawnicza, niezależnie od teorii, do jakiej miałyby się odwoływać, prowadzi z reguły przynajmniej do możliwości ponoszenia odpowiedzialności i nie dysponuje możliwością ostatecznego jej wykluczenia, na co częściej pozwala prawo. To zaś jest z punktu widzenia polityki niekorzystne, ponieważ wprowadza do decyzji politycznych element niepewności. Jest on, oczywiście, niemożliwy do uniknięcia także w przypadku regulacji prawnych. Prawo jednak, z racji swojej instytucjonalizacji, jest bardziej przewidywalne.

Przykładu oddziaływań presji gospodarczych dostarczają badania nad ekonomicznymi warunkami funkcjonowania firm prawniczych w USA²⁰. Ich autorzy zauważają, że wskutek potrzeby konkurencji o zasoby ludzkie, klientów i dochody, firmy prawnicze mają tendencję do określania nowych reguł kariery zawodowej, promujących maksymalizację jednostkowego przychodu, a przez to indywidualizm, a nie współpracę i działanie grupowe. Następuje w nich w związku z tym redukcja oddziaływań socjalizacyjnych, a ryzyko zawodowe i ewentualne dochody stają się w większym stopniu udziałem jednostek, a nie całej firmy. Na tej podstawie badacze dochodzą do wniosku o zmniejszającej się roli nieformalnej kontroli społecznej i wzroście znaczenia wysoce zinstytucjonalizowanych jej form. W takiej sytuacji, wszystko, co nie jest jasno zabronione, staje się dozwolone, bo ewentualne negatywne konsekwencje naruszania etyki zawodowej ponosi izolowana jednostka, a nie cała grupa (firma). Stąd można wywodzić konkluzję, iż wzrost konkurencyjności zawodów prawniczych i presji zewnętrznej na skuteczność oddziaływania etyki prawniczej, rozumianej jako coś więcej niż tylko „kodeksy etyczne”, jest negatywny.

Obydwa przykłady świadczą zatem raczej o tendencji do „oszczędnego gospodarowania etyką”, czy wręcz aptekarskiego do niej podejścia, a nie instytucjonalizacji etyki prawniczej. Warto jednak wrócić w tym miejscu do przedstawionego wcześniej poglądu, że etyka prawnicza, jeśli nie ma być po prostu dogmatyką prawniczą, musi operować zsubstancjalizowaną wizją jednostki. Nie wchodząc w subtelności koncepcji

²⁰ M. Galanter, W. Henderson, *Elastic tournament: A second transformation of the big law firm, the*, „Stanford Law Review” 2007, t. 60,.

systemowych w tej materii, warto zauważyć, że tego rodzaju figury myślowe są przez N. Luhmanna jednoznacznie oceniane jako przestarzałe, „staroeuropejskie”²¹. Wraz z pojawieniem się zróżnicowania funkcjonalnego, wizja człowieka jako jednolitej istoty moralnej, jego zdaniem, upadła. Jest ona zastępowana przez wizje wytwarzane przez poszczególne podsystemy: *homo oeconomicus*, obywatel, podmiot prawny itd. W związku z brakiem centrum nowoczesnego społeczeństwa, prowadzi to do niemożności jednoznacznego wypowiedzenia się o człowieku jako takim.

W tym sensie, etyka prawnicza stanowi przejaw zjawiska diagnozowanego przez N. Luhmanna jako „ucieczka w podmiot”, to znaczy sentymentalnego poszukiwania całości tam, gdzie jej już nie można odnaleźć i próba budowania ładu społecznego na nierealistycznych przesłankach. Nie musi to, samo w sobie, być zjawiskiem groźnym, ale prowadzi do wniosku, że przed etyką prawniczą stoi dodatkowe, trudne wyzwanie. Oznacza mianowicie, że oprócz problemów związanych z przemianami organizacji świadczenia usług prawniczych i presjami podsystemów innych niż prawo, musi ona być w stanie, jeśli ma być efektywna, wypracować jakąś wizję jednostki, akceptowalną przynajmniej w kilku różnych podsystemach.

4. Zakończenie

W wykładzie wygłoszonym w 1989 roku z okazji przyznania nagrody heglowskiej N. Luhmann zauważał, że podstawową funkcją etyki w nowoczesnym, funkcjonalnie zróżnicowanym społeczeństwie powinno być ostrzeżenie przed moralnością. Moralność nie jest bowiem w stanie zapewnić społeczeństwu integracji, a jest przygodna²². Naraża komunikację w poszczególnych podsystemach na nagłe zerwania wskutek niedających się przewidzieć roszczeń. Jeśli w etyce prawniczej daje się dostrzec jakieś trendy, to mają one raczej przeciwny zwrot. Etyka prawnicza promuje moralność, wytwarzając przekonanie, iż możliwe jest efektywne sterowanie komunikacją w systemie prawnym za pomocą przekonań moralnych. Jeśli jednak założenia funkcjonalnych teorii społeczeństwa, przedstawionych pokrótce w niniejszym tekście, zwłaszcza przekonanie o funkcjonalnym zróżnicowaniu podsystemów, są prawdziwe, trudno sądzić, że forma instytucjonalizacji etyki, którą promuje się w teoriach etyki prawniczej, ma szansę realizacji. Trudności te można widzieć w ogólnym planie - jako problemy o charakterze strukturalnym. W nieco większym przybliżeniu, jawią się one jako przeszkody o charakterze organizacyjnym, ekonomicznym, politycznym i

²¹ N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, s. 1016 i n.

²² N. Luhmann, R. Spaemann, *Paradigm lost: Über die etische Reflexion der Moral*, Frankfurt am Main 1990, s. 41-44.

intelektualnym. Biorąc pod uwagę to, że ich występowanie sprzyja raczej prawu, a nie etyce, należy spodziewać się raczej, że instytucjonalizacja etyki prawniczej może przybierać formę coraz bardziej obszernych kodeksów etycznych – a więc w istocie prawa – ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, w szczególności opisywanymi w niniejszym tekście paradoksem konkluzywności, lub przeciwnie, regresem do nieskończoności. Z tych względów trudno nie mieć wątpliwości w sprawie istnienia etyki prawniczej, zwłaszcza jeśli ma być to efektywnie funkcjonujący mechanizm społeczny.