
Ronald
Dworkin

Imperium
prawa

Ronald
Dworkin

Imperium
prawa

seria **klasyki filozofii prawa**

Tytuł oryginału

Law's Empire

Weryfikacja tłumaczenia

Paweł Kamela

Wydawca

Joanna Dzwonnik

Redaktor prowadzący

Joanna Olówek

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujemy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

Copyright © Ronald Dworkin 1986

© Copyright for the Polish edition by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2006

© Copyright for the Polish edition by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-383-3

2. wydanie

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Dla Betsy

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	XI
Wstęp	XXV
1. CZYM JEST PRAWO?	1
Dlaczego to pytanie jest ważne?	1
Spory o prawo	3
Czysto faktyczny punkt widzenia	6
Wątpliwość wstępna	10
Świat rzeczywisty	13
Semantyczne teorie prawa	27
Prawdziwy argument na rzecz teorii semantycznych	37
2. KONCEPCJE WYKŁADNI	39
Źródło semantyczne	39
Zmyślony przykład	40
Pierwsze spojrzenie na interpretację	42
Interpretacja a intencje autora	47
Sztuka a natura intencji	48
Intencja a wartość sztuki	51
Intencje a praktyki	54
Etapy interpretacji	58
Filozofowie uprzejmości	60
Dygresja: sprawiedliwość	64
Sceptycyzm wobec interpretacji	68
3. Z POWROTEM DO PRAWOZNAWSTWA	79
Nowy obraz	79
Pojęcie i koncepcja prawa	81
Prawo i moralność	87
Koncepcje sceptyczne a prawo niegodziwe	92
Podstawy i siła prawa	98
4. KONWENCJONALIZM	103
Jego struktura	103
Jego urok	106

Konwencje prawne	108
Dwa typy konwencjonalizmu	111
Czy konwencjonalizm pasuje do naszej praktyki?	116
Czy konwencjonalizm uzasadnia naszą praktykę?	124
5. PRAGMATYZM I PERSONIFIKACJA	135
Koncepcja sceptyczna	135
Czy pragmatyzm pasuje?	137
Prawo bez uprawnień	143
Twierdzenia integryzmu	146
Wspólnota spersonifikowana	149
6. INTEGRALNOŚĆ	157
Plan rozważań	157
Czy integralność pasuje?	157
Czy integralność jest atrakcyjna?	167
Zagadka legitymizacji	171
Zobowiązania wspólnoty	175
Braterstwo a wspólnota polityczna	185
Niechlujne zakończenie	193
7. INTEGRALNOŚĆ W PRAWIE	201
Szeroka perspektywa	201
Łańcuch prawa	204
Prawo: kwestia szkód psychicznych	213
Prowizoryczne podsumowanie	227
Wybrane zarzuty	230
Sceptycyzm w prawie	237
8. <i>COMMON LAW</i>	248
Interpretacja ekonomiczna	248
Trudności	252
Kwestia sprawiedliwości	256
Obowiązek utylitarystyczny	259
Interpretacja egalitarna	265
Równość i koszt względny	270
Osoby prywatne i publiczne organy	277
9. USTAWY	281
Intencje prawodawcze	281
Znaczenie mowy	284
Przekonania	293
Metoda Herkulesa	301
Historia prawotwórstwa	305
Czasowy wymiar ustaw	310
Kiedy tekst jest jasny?	312

10. KONSTYTUCJA	317
Czy prawo konstytucyjne opiera się na błędzie?	317
Liberałowie i konserwatyści	319
Historycyzm	321
Pasywizm	329
Herkules na olimpie	338
Teorie równości rasowej	339
Orzekając w sprawie <i>Brown</i>	344
Orzekając w sprawie <i>Bakke</i>	349
Czy Herkules jest tyranem?	353
11. PRAWO POZA PRAWEM	356
Prawo oczyszcza się samo	356
Marzenia prawa	363
Epilog: Czym jest prawo?	365

WPROWADZENIE

Ronald Dworkin, autor *Imperium prawa*, urodził się w roku 1931 w USA w miejscowości Worcester w stanie Massachusetts. Studia rozpoczął od filozofii, którą poznawał w Harvard College. Swoje prawdziwe powołanie odkrył jednak dopiero na Uniwersytecie Oksfordzkim, studiując tam jurysprudencję. Jak twierdził w licznych wywiadach, dzięki tym studiom zdecydował się ukończyć prawo w sławnej amerykańskiej Harvard Law School. Po studiach w latach 1957–1958 został asystentem znanego w USA sędziego Learneda Handa, a następnie w latach 1958–1962 pracował w firmie prawniczej Sullivan and Cromwell. Karierę uniwersytecką Dworkina poprzedziła zatem bardzo solidna praktyka prawnicza.

W roku 1962 R. Dworkin został profesorem prawa Uniwersytetu w Yale, a w roku 1969 uzyskał Katedrę Jurysprudencji Uniwersytetu w Oksfordzie, którą otrzymał jako następcę Harta. Od roku 1975 wykłada jurysprudencję w New York University.

Choć za początek kariery pisarskiej Dworkina uważa się opublikowanie w 1963 r. artykułu na temat dyskrecjonalności sędziowskiej w „Journal of Philosophy”¹, przełomowe dla jego kariery było ukazanie się w roku 1967 artykułu „Czy prawo jest systemem reguł?”².

W Polsce prace Dworkina były znane tylko nielicznym osobom zainteresowanym teorią i filozofią prawa. Sytuację tę zmieniło dopiero opublikowane w 1998 r. tłumaczenie jego podstawowego dzieła *Biorąc prawa poważnie*, a obecnie oddane czytelnikowi dzieło Dworkina *Imperium prawa* stanowi swoistą syntezę poglądów tego obecnie najbardziej wpływowego w kulturze anglosaskiej filozofa prawa.

¹ R. Dworkin, *Judicial Discretion*, „Journal of Philosophy” 1963, nr 60, s. 624–638.

² Pierwotnie praca ta została opublikowana pod tytułem *The Model of Rules* w: „University of Chicago Law Review” 1967, nr 35, s. 14–46. Por. polskie tłumaczenie w: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, PWN, Warszawa 1998, rozdz. II: Prawo jako system reguł I. Dopiero w reprintach nosi on tytuł: Czy prawo jest systemem reguł?

Praca ta została po raz pierwszy opublikowana w roku 1986 przez wydawnictwo Fontana Press w serii tzw. Mistrzowskich Przewodników (Fontana Masterguides), a poprzedziły ją przewodniki w innych dziedzin, takich jak etologia, religia, muzykologia itd. Warto na to zwrócić uwagę, bo prace Dworkina nie są typowymi traktatami filozoficznymi. Ich siła leży nie tylko w proponowaniu nowych koncepcji prawa. Dworkin ma styl pisania bliski prawnikowi praktykowi, bo skupia się bardziej na kultywowaniu postawy argumentacyjnej wobec prawa niż na teoretyzowaniu³.

Nie oznacza to, że proponuje prawnikom postawę wartościującą wobec prawa, tak jak to czynią doktryny prawa natury. Dworkin podkreśla jedynie, że cały wysiłek jurysprudencji powinien być nakierowany na osądzanie (*judgment*), bo to jest problem, który przenika prawo i jego instytucje. Dla prawnika ważna jest tylko taka refleksja ogólna nad prawem, która pozwala mu dokonać lepszego osądu na podstawie prawa. Zadaniem jurysprudencji, czy wszelkiej ogólnej refleksji nad prawem, jeśli chce być ważna dla prawników, musi stać się proces argumentowania umożliwiający nadanie prawu najlepszego sensu jako swoistej praktyce społecznej. Ogólnej refleksji nad prawem nie można ograniczyć tylko do opisu prawa i definiowania jego pojęcia. Dworkin rezygnuje z wprowadzenia argumentu prawnonaturalnego, bo uważa, podobnie jak pozytywści, że na gruncie koncepcji prawa natury nie daje się utrzymać koncepcji legalności. Współcześnie oznaczałoby to załamanie się liberalnej kultury prawnej opartej na zasadzie legalizmu. Dlatego Dworkin decyduje się na inny krok, na rozszerzenie granic pojęcia normy i zakwestionowanie pozytywistycznej granicy oddzielającej prawo od moralności.

Problemowi temu poświęcone były rozważania Dworkina prowadzone w przywołanej już pracy *Biorąc prawa poważnie*. Oprócz łatwo rozpoznawalnych, wyraźnie ustanowionych reguł Dworkin wyróżnia w niej normy, dotychczas pomijane w badaniach pozytywizmu – zasady (*principles*). Są one szczególnym rodzajem standardów argumentacyjnych, które mają być przestrzegane ze względu na to, że domaga się tego sprawiedliwość, uczciwość czy inny aspekt moralności. Obok zasad Dworkin wyróżnia podobną do nich klasę norm – wymogi polityki prawnej (*policies*). Jest to ten rodzaj norm, które wyznaczają cel do osiągnięcia, którym jest zazwyczaj postęp w zakresie ekonomicznego, politycznego czy społecznego aspektu życia zbiorowości.

Choć zarówno zasady, jak i reguły są normami postępowania, gdyż wskazują, kto, w jakich warunkach i jak powinien się zachować, to jednak zasady od reguł odróżnia szereg cech. Są one w stosunku do reguł bardziej pojemne tre-

³ Podkreśla tę cechę stylu prac Dworkina jego biograf i komentator jego prac Stephen Guest w swej książce *Ronald Dworkin*, Edinburgh Univeristy Press, Edinburgh 1992, s. 8. W pracy tej czytelnik może odnaleźć szczegółowe informacje dotyczące biografii Dworkina.

ściowo i niedookreślone w tym sensie, że wielość różnych reguł daje się przedstawić jako konkretyzacje jednej zasady. Z uwagi na odniesienie do pewnego celu, zamiaru, upoważnienia lub wartości, zasady są uważane za zasługujące na akceptację z racji tego, że przyczyniają się do uzasadnienia reguł. Reguły to normy postępowania, które są stosowane w sposób „wszystko albo nie” (*all-or-nothing fashion*)⁴. Oznacza to, że w sytuacji faktycznej, w której spełniona jest hipoteza normy, konsekwencje prawne określone w jej dyspozycji powstają, gdy norma obowiązuje, albo nie powstają, gdy norma nie obowiązuje. Zasady mają charakter pozaprawny, nie wyznaczają więc konsekwencji prawnych, które powinny nastąpić, jeśli zachodzą przewidziane przez tę zasadę okoliczności. Nie wyznaczają normatywnie decyzji organu stosującego prawo. Są argumentem za konkluzją, że powstała pewna konsekwencja prawna. Charakter zasady prawnej według Dworkina ma np. sformułowanie: „Nikt nie może uzyskać korzystniejszej sytuacji prawnej przez działanie niezgodne z prawem lub moralnością”. Zasada ta nie oznacza, że prawo nigdy nikomu nie pozwala czerpać zysku z własnych niegodziwych działań. Zasada wskazuje tylko rację argumentacyjną, którą organ stosujący prawo powinien wziąć po uwagę, nie wyznacza jednak wprost konsekwencji prawnych, które sąd powinien orzec, gdy np. strona zrywa umowę i decyduje się zapłacić odszkodowanie, by zawrzeć bardziej korzystny dla siebie kontrakt.

O ile zatem zasady posiadają wymiar „wagi” albo „ważności” (*dimension of weight or importance*), to wszystkie reguły obowiązują w danym porządku normatywnym z jednakową mocą⁵. Reguły się stosuje, zasady wymagają zaś ważenia na tle niewystarczającej do rozstrzygnięcia reguły prawnej. Konieczność posługiwania się zasadami przez sędziego rozstrzygającego tzw. trudne przypadki zmusza do otwarcia granic prawa.

Pozytywizm prawniczy, zdaniem Dworkina, błędnie przyjmuje, że prawo składa się tylko z reguł. W ten sposób sztucznie izoluje prawo, oddzielając je od społecznych struktur normatywnych. Tym, co łączy prawo z normatywnymi strukturami społecznymi, są zasady prawne.

Sędzia jest zobowiązany do stosowania reguł prawnych. W sytuacji tzw. trudnego przypadku okazuje się jednak, że reguła może być niewystarczająca do wydania właściwej decyzji. Na przykład okaże się, że zastosowanie reguły naruszy pewność prawa, zaufanie obywateli do państwa lub ich słuszne prawa podmiotowe nabyte.

Zdaniem pozytywistów w takiej sytuacji sędzia musi odwołać się do arbitralnego, uznaniowego rozstrzygnięcia. Zdaniem Dworkina jest to uproszczenie. Sędzia odwołuje się wówczas do zasad prawnych, które nie obowiązują tak

⁴ R. Dworkin, *Is law a system of rules*, w: *The Philosophy of Law*, red. R. Dworkin, Oxford 1977, s. 45.

⁵ *Ibidem*, s. 47.

jak reguły, można je respektować do pewnego stopnia i są one swoistym łącznikiem pomiędzy sędzią stosującym reguły a owymi normatywnymi strukturami społecznymi. Prawo składa się zatem z reguł i zasad.

Jak już zostało powiedziane, Dworkin nie odwołuje się do argumentu prawnonaturalnego, czyli nie uzależnia obowiązywania prawa od jego zgodności z zewnętrznymi standardami ocennymi i normatywnymi. Uważa jednak, że, uwzględniając rolę zasad w argumentacji prawniczej, nie można oddzielić prawa od moralności, prawa od norm społecznych.

W *Biorąc prawa poważnie* celem rozważań Dworkina było przedstawienie sposobu określania granic prawa w tzw. trudnych przypadkach. *Imperium prawa* zostało poświęcone rekonstrukcji mechanizmów posługiwania się przez prawników tak rozumianym prawem.

Zdaniem Dworkina istotą działań poprzez prawo jest argumentacja, nie można zatem rozpoczynać dyskursu prawnego od definicji pojęć. Wszyscy, którzy uważają, że dyskurs prawny musi być poprzedzony ustaleniem wspólnych definicji pojęć, są, zdaniem Dworkina, ofiarami wielkim nieporozumienia współczesnej filozofii prawa, nazywanego przez niego żądłem semantycznym (*semantic sting*)⁶.

Przeciwnieństwem semantycznego ujęcia prawa jest podejście interpretacyjne. Tylko ono wyjaśnia naturę problemów, które spotyka prawnik w tzw. trudnych przypadkach (*hard cases*).

Ograniczona rola reguł prawnych i konieczność stosowania zasad przez prawników pozwala, zdaniem Dworkina, rozpoznać prawo jako pojęcie interpretacyjne. W trudnych przypadkach sędzia, sięgając do zasad, zajmuje wobec prawa postawę interpretacyjną, a nie opisową. Aby rozpoznać prawo, trzeba podjąć wysiłek argumentacyjny. Prawa nie daje się po prostu opisać, tak jakby było ono danym sędziemu, gotowym obiektem, wobec którego ma on zająć postawę zewnętrznego obserwatora.

Zdaniem Dworkina postawa interpretacyjna jest obecna w wielu kontekstach społecznych. Najczęściej spotykamy interpretację w konwersacji. Polega ona wówczas na rozpoznawaniu sensownych wypowiedzi w dźwiękach wydawanych przez rozmówcę. Interpretator dąży do rozpoznania intencji autora wypowiedzi. Jeśli jednak przyjrzymy się interpretacji dzieł sztuki czy interpretacji stosowanej w różnych przejawach praktyki społecznej, do których zalicza się też prawo, zauważymy, że punktem ciężkości nie jest już odkrywanie intencji autora. W tzw. konstrukcyjnej interpretacji ujawnia się element twórczy, który jest zawarty w naszych postawach wobec życia społecznego. Interpretujemy bowiem jako uczestnicy tego, co interpretowane, a punkt ciężkości przesuwa się ku interpretatorowi. Wartościmy z naszego punktu widzenia

⁶ R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 45.

poszczególne wersje proponowanych działań społecznych w ten sposób, że proponujemy innym uczestnikom interpretacji różne sposoby uporządkowania interesów, celów, zasad, którym praktyka powinna służyć, wyrażać lub być przykładem⁷.

Prawo nie jest opisywane jako coś danego i istniejącego obiektywnie, niezależnie od procesu interpretacji, ale też nie jest tworzone w trakcie wykładni.

Dworkin wyróżnia trzy etapy interpretacji⁸. Etap przedinterpretacyjny, w którym identyfikuje się reguły i normy, dotyczące spornej treści praktyki, wymaga pewnego stopnia uzgodnienia znaczeń pojęć. W drugim etapie interpretator ustala pewne ogólne uzasadnienie dla praktyki rozpoznanej na etapie przedinterpretacyjnym. Ostatni etap jest etapem postinterpretacyjnym, w którym sędzia dostosowuje swoje wyczucie tego, co praktyka rzeczywiście nakazuje, tak by lepiej służyło to uzasadnieniu, jakie akceptuje na interpretacyjnym etapie.

Taka interpretacja może być przeprowadzona jedynie przez podmiot zaangażowany, a jednocześnie patrzący na prawo od wewnątrz, jako ktoś, kto jest odpowiedzialny za jego sens.

Choć Dworkin jest uczniem Harta, cała koncepcja prawa, którą odnajdujemy w jego pracach, została oparta na krytyce pozytywizmu hartowskiego. Zdaniem Dworkina myśl Harta można zaliczyć do nurtu pozytywistycznego z co najmniej dwóch względów. Przede wszystkim zawiera ona wizję prawa, które jest zbiorem specjalnych reguł używanych bezpośrednio lub pośrednio dla określenia, które zachowanie będzie ukarane lub poddane przymusowi przez władzę publiczną. Mogą one być zidentyfikowane na podstawie sprawdzianów, które dotyczą nie ich treści, ale pochodzenia lub sposobu, w jaki są rozróżniane lub przyjmowane.

Pozytywistyczny charakter jureksprudencji Harta przejawia się też w przekonaniu, że zbiór obowiązujących reguł prawnych wyczerpuje prawo w ten sposób, że gdy dany przypadek nie jest objęty w jasny sposób regułą, nie może być rozstrzygnięty poprzez zastosowanie prawa. Jeśli normy prawne wykazują „otwartą strukturę”, czyli posługują się wyrażeniami nieostrymi, ocennymi lub klauzulami generalnymi albo gdy dany stan faktyczny w ogóle nie znajduje uregulowania prawnego, decyzja prawna zostaje oparta na pozaprawnych wartościowaniach. Sędzia działa wówczas „wedle swego uznania”, co oznacza sięgnięcie poza prawo w poszukiwaniu standardu innego rodzaju, który pozwoliłby mu na stworzenie nowej reguły albo uzupełnienie starej.

Podstawą koncepcji Dworkina staje się krytyka zawartej w pozytywizmie teorii reguł, a zwanej często teorią praktycystyczną. Hart traktuje reguły spo-

⁷ *Ibidem*, s. 52.

⁸ *Ibidem*, s. 66–69.

łeczne jako stworzone przez określoną postać praktyki społecznej obejmującej wzory zachowania stale przestrzegane przez większość członków grupy, jak i charakterystyczną postawę normatywną wobec nich, określoną jako akceptację. Tak rozumiane reguły są, zdaniem Dworkina, typowo pozytywistycznie ujętym źródłem obowiązków.

Choć Dworkin, podobnie jak Hart, rozróżnia zewnętrzny opis reguł społecznych osoby obcej w danej zbiorowości oraz wewnętrzny punkt widzenia uczestnika odwołującego się do reguł normatywnych w celu krytyki i oceny własnego i innych zachowania, to jednak uważa, że Hart przyjmuje zbyt mocną wersję teorii reguły społecznej. Koncepcja obowiązku zawiera się bowiem w stwierdzeniu, że istnieje odpowiednia dla danej sytuacji reguła społeczna i objawy jej akceptacji jako wzoru zachowania. Tymczasem można stwierdzić istnienie reguł normatywnych, które nie pojawiają się w powszechnej praktyce społecznej. Dworkin wskazuje na przykład wegetarianina, dla którego realnie istniejącą regułą normatywną jest zakaz odbierania życia zwierzętom, choć z pewnością nie jest to reguła przejawiająca się w powszechnej praktyce społecznej.

Teoria reguły społecznej sprawdzić się może tylko w odniesieniu do osoby powielającej powszechny wzór zachowania. Nie ma w niej zatem miejsca nawet na czysto konwencjonalne reguły, nie mówiąc już o regułach, które ktoś mający nietypowe postawy moralne (wegetarianin) uważa za posiadające już teraz moc normatywną mimo oczywistego braku istnienia stosownej w tej mierze praktyki społecznej. Teoria Harta błędnie bowiem traktuje regułę społeczną jako ukonstytuowaną przez związaną z nią praktykę społeczną. Stwierdzenie, że taka reguła istnieje, jest zatem wyłącznie konstatacją zewnętrznych faktów socjologicznych⁹.

Zdaniem Dworkina należy odwrócić tezę Harta o tym, że praktyka społeczna konstituuje regułę akceptowaną następnie przez sąd normatywny. W istocie praktyka społeczna pomaga uzasadnić regułę, którą stwierdza sąd normatywny, co oznacza, że reguła uzasadniona nie musi posiadać tej samej treści co praktyka¹⁰.

W teorii praktycystycznej nie odróżnia się zatem, zdaniem Dworkina, dwóch rodzajów reguł: reguły społecznej ukonstytuowanej przez powszechny sposób postępowania i reguły normatywnej, uzasadnionej przez powszechny sposób postępowania. Dzięki temu można wytłumaczyć fakt, że sędziowie często zgadzają się, że pewna reguła jest uzasadniona przez praktykę społeczną, a jednocześnie nie zgadzają się co do jej szczegółowej treści¹¹.

⁹ Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, s. 103.

¹⁰ *Ibidem*, s. 116.

¹¹ *Ibidem*, s. 118.

Przyjęta przez Harta teza o istnieniu testu identyfikującego reguły prawne (*rule of recognition*) jest uproszczeniem. Oznacza ona bowiem, że w każdym społeczeństwie istnieje pewien powszechnie uznany sprawdzian dla prawa, mający postać reguły społecznej i wystarczy do odróżnienia reguł prawnych od moralnych i obyczajowych. Jak jednak wynika z analizy zasad prawnych, takich ścisłych granic prawa nie można wyznaczyć.

Pozytywistyczna koncepcja obowiązywania odwołuje się do kryterium pochodzenia (*test of pedigree*). O obowiązywaniu normy prawnej decyduje sposób, w jaki ta norma powstała, oraz to, czy spełnia ona odpowiednie wymogi kompetencyjne, tzn. czy da się wywieść z decyzji kompetentnego organu prawotwórczego. Tymczasem pochodzenie zasady prawnej nie wynika z określonych decyzji organu ustawodawczego czy sądu, lecz jest wynikiem „poczucia stosowności” (*sense of appropriateness*), rozwiniętego wśród prawników i w kręgach społecznych w długim okresie czasu. Moc ich ważności trwa tak długo, jak długo to poczucie jest podtrzymywane. Zasadę można wyodrębnić z wpływających wzajemnie na siebie norm dotyczących odpowiedzialności instytucjonalnej, aktualnej wykładni ustawowej, siły perswazyjnej zbioru precedensów, relacji tych elementów do współczesnych standardów moralnych itd. Składników instytucjonalnego poparcia nie da się ująć w jedną prostą regułę uznania, pozwalającą na bezkolizyjną i pewną identyfikację zasady. Kryterium rozpoznania byłoby tu zbyt złożone, by można było związek między zasadą a oficjalnymi aktami instytucji prawnych wyrazić w kategoriach reguły.

Do zasad (w przeciwieństwie do reguł) nie stosuje się rozróżnienie między akceptacją a „ważnością”, wobec tego należy odrzucić również tezę pozytywizmu o istnieniu powszechnego sprawdzianu prawa. Dworkinowska koncepcja obowiązywania zasad prowadzi również do odrzucenia pozytywistycznej tezy głoszącej rozdział prawa i moralności (czyli niezależność kryteriów obowiązywania prawa od standardów moralnych), ze względu na tezę instytucjonalnego poparcia, którego elementem są też wartości moralne.

Dworkin odrzuca przekonanie, że źródłem rozbieżności w orzeczeniach sędziowskich jest rzeczywisty brak jedynej słusznej odpowiedzi w trudnej sprawie. Dworkin uważa za równie uprawnioną tezę, że jedynie brak odpowiedniej metody jej odkrycia oraz wadliwość technik orzekania powodują niemożność osiągnięcia zgody wśród sędziów. Nie można podać argumentów, które dowiodłyby, że w trudnych sprawach nie ma jednego właściwego rozstrzygnięcia, gdy ważymy zasady¹². W naszej kulturze prawnej istnieje natomiast bardzo silne przekonanie, że takie rozstrzygnięcie zawsze jest możliwe. Zdaniem Dworkina, jeśli system prawa jest dostatecznie rozwinięty i składa się z reguł,

¹² R. Dworkin, *No Right Answer*, w: *Law, Morality and Society – Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford 1977, s. 68.

zasad i praktyk konstytucyjnych oraz niezliczonej ilości precedensów i ustaw, zawsze możemy w sposób uprawniony założyć, że właściwe rozstrzygnięcie jest możliwe i tylko niedoskonałość sędziów jest przyczyną, iż nie można jej odnaleźć, a sprawa wydaje się mieć uprawnione dwa sprzeczne rozstrzygnięcia. Otwartość argumentacji praktycznej zawsze powoduje, że teza o istnieniu takiego rozstrzygnięcia jest uprawniona. Brak możliwości wskazania takiego rozstrzygnięcia przez sędziów świadczy tylko o tym, że nie tworzą oni doskonałe zintegrowanej wspólnoty komunikacyjnej i że niewystarczające są ich umiejętności argumentacyjne.

Na gruncie koncepcji pozytywistycznej, która wąsko rozumie normę, nie daje się uzasadnić normatywnej tezy o istnieniu jedynie trafnego rozstrzygnięcia. W sytuacji dyskrecjonalności pozytywizm ograniczał się do opisu konkurujących alternatyw rozstrzygnięcia, nie znajdując legalnych kryteriów wyboru pomiędzy nimi. Dopiero otwarcie systemu prawa i wprowadzenie do jego interpretacji czynnika, jakim są zasady, taką możliwość stwarza. Jednocześnie jednak okazuje się, że interpretacja musi mieć charakter twórczy. Zasady nie są bowiem po prostu stosowane, ale są „ważone”. Zadaniem praktyki i nauki prawa jest właśnie osiągnięcie integracji całej normatywnej struktury społecznej, której część zaledwie stanowią reguły prawne.

Interpretacyjna jureksprudencja uważa, że zadaniem sędziów i nauki prawa jest poszukiwanie jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury¹³. Trafna jest, zdaniem Dworkina, metafora porównująca konstytuowanie prawa do wspólnego budowania powieści przez pokolenia autorów, którzy dołączają do tekstu kolejne rozdziały.

Władza sądownicza jest zatem realna. Sędziowie mają władzę nad znaczeniami, które w prawie się pojawiają. Chyba w tym sensie Dworkin nazywa sędziów książętami (*princes*) prawa¹⁴.

Interpretujący prawo sędzia staje się centralną postacią kultury prawnej. Dworkin przeciwstawia koncepcję sędziego służącego integracyjnej wizji prawa koncepcji sędziego pozytywistycznego. Hipotetyczny sędzia służący integracyjnej koncepcji prawa nosi imię Herkules. Oczywiście tylko jako ideał sędziego Herkules – wyposażony w nadludzką wiedzę i wytrwałość – jest w stanie uchwycić całość uwarunkowań społecznych i politycznych występujących w danej wspólnotie politycznej, rozpoznać zasady rządzące tą społecznością, wyważyć je i tą drogą dojść do „jedynnej słusznej odpowiedzi” na pytanie o uprawnienia jednostki.

Sędzia pozytywistyczny uważa, że decyzje polityczne powinny być podejmowane przez osoby wybrane w wyborach demokratycznych, a sądownictwo

¹³ R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. 411–412.

¹⁴ *Ibidem*, s. 407.

podporządkowane legislaturze. Utrzymanie tej zasady w trudnych sprawach, gdy tekst prawa jest niejasny i niewystarczający do rozstrzygnięcia sprawy, wymaga od niego zachowywania się tak jak organ ustawodawczy, tzn. wybrania rozstrzygnięcia, które uwzględni opinię lub przekonania większości. Uważa, że nie ma prawa uwzględniać własnych poglądów sprzecznych z opinią większości.

Inaczej rozumuje Herkules, przedstawiciel integracyjnej wizji prawa. Herkules również uważa, że sędzia nie może przejąć kompetencji legislatury, ale polega na swoich przekonaniach w takim sensie, że polega na ich sprawiedliwości lub spójności ze względu na to, że to on jako sędzia, a nie ktoś inny je posiada.

Teoria orzecznicza sędziego Herkulesa jest zatem teorią dyskursywną i w tym sensie nie można powiedzieć, że Herkules stworzył w sposób arbitralny uprawnienie odpowiadające treści moralności. Choć w wyjaśnianiu pojęć Herkules polega na poprawności własnego osądu i własnym poczuciu moralności społecznej, to jednak poddaje je próbie argumentacyjnej¹⁵.

Dzięki dyskursywności prawa nawet w sytuacji niejasności reguł prawnych, poprzez kontekst normatywny życia społecznego, prawa stron są zawarte w prawie, choć nie w sposób bezpośredni. Herkules nie określa, co jest prawem obowiązującym w ten sposób, że opisuje coś, co istnieje obiektywnie jako prawo. Prawo nie jest dla niego gotowe, zakończone w momencie, gdy wypowie je prawodawca. Herkules formułuje argumenty wspierające twierdzenia na temat praw i obowiązków podmiotów prawa. Nie musi zatem opowiedzieć się za większością, bo jest pełnoprawnym uczestnikiem argumentacji, który ma prawo wydać sąd. Jako uczestnik praktyki orzeczniczej nie formułuje deskryptywnych wypowiedzi o prawie, lecz normatywne wypowiedzi o prawach i obowiązkach. Ponieważ argumentuje, to ustalając prawa podmiotowe stron, bierze pod uwagę moralne tradycje społeczeństwa. Jest zaangażowany aksjologicznie. Nie musi więc opowiadać się za poglądem popularnym, za poglądem większości. Na gruncie teorii integracyjnej orzecznictwa możliwe jest odrzucenie przez sędziego poglądu większości w sytuacji niejasnego prawa.

Teoria orzekania Herkulesa uznaje określoną koncepcję moralności społecznej za decydującą w sprawach prawa: utrzymuje, że moralność społeczna jest w istocie moralnością instytucjonalną wpisaną w prawa i instytucje danego społeczeństwa. Dla niego moralność ta została zakodowana w strukturze instytucji politycznych w procesie historycznego rozwoju danego systemu prawa. Tworzą ją przede wszystkim fundamentalne zasady polityczne. Ich uwzględnienie staje się koniecznym warunkiem właściwego orzekania. Nie jest to zatem koncepcja orzekania czysto formalna. Dworkin nie zakłada jednak

¹⁵ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, s. 239.

naiwnie, że istnieje jednolita struktura normatywna społeczeństwa, ale to nie znaczy, że nie istnieje poprawne rozwiązanie sprawy. Nie jest ono jednak dane sędziemu, ale musi być wydobyte z prawa przez argumentację.

Sędzia może to osiągnąć, jeśli zrealizuje dwa postulaty. Po pierwsze, postulat maksymalnego wykorzystania materiału decyzyjnego, co oznacza, że decyzja Herkulesa jest prawdziwa, jeśli spełnia warunek minimalnej adekwatności wobec dotychczasowego materiału decyzyjnego. Po drugie, postulat maksymalnej koherencji z zasadami sprawiedliwości i słuszności.

Doktryna Dworkina nie jest zatem pusta aksjologicznie. Prawa i obowiązki wypływają z przeróżnych politycznych decyzji, które dla Dworkina stanowią podstawy prawa (*grounds of law*). Twierdzenia prawa są prawdziwe, jeżeli są zawarte lub wynikają z zasad sprawiedliwości (*justice*), słuszności (*fairness*) i prawidłowości proceduralnej (*procedural due process*), które dostarczają najlepszej interpretacji praktyki prawniczej w społeczeństwie.

Herkules realizuje postulat koherencji, zgodnie z którym decyzja sędziego musi wykazywać ciągłość swego orzeczenia z dotychczasową polityką prawniczą, tzn. wykazać, że jest ona dalszym ciągiem spójnego aksjologicznie zespołu zasad moralności instytucjonalnej. Przedstawiony proces dochodzenia do właściwego rozstrzygnięcia jest możliwy tylko, jak twierdzi Dworkin, przy założeniu istnienia politycznej wspólnoty, doskonale zintegrowanej w swoich politycznych sądach i praktyce, której istnienie umożliwia jednolite orzekanie w sytuacji występowania w prawie zasad prawnych. Wspólnota taka może powstać tylko, jeżeli jej członkowie akceptują fakt, że kieruje się ona wspólnymi zasadami, a nie regułami wynikającymi z politycznych kompromisów. Jej członkowie akceptują również fakt, że ich uprawnienia polityczne i obowiązki nie wyczerpują się w określonych decyzjach instytucji politycznych, ale zależą od schematu zasad, które te decyzje implikują. Prawa te i obowiązki nie wynikają z akceptacji przez członków wspólnoty tego schematu – uprawnienia wyrastają z historycznego faktu, że wspólnota zaadoptowała schemat. Polityczna integralność jest pewnym politycznym ideałem i traktuje powszechną akceptację tego ideału jako element konstytutywny wspólnoty politycznej¹⁶. „Wspólnota” jest społecznością „pluralistyczną moralnie”, a jednocześnie społecznością praworządną. Praworządność jest podyktowana zasadą równości obywateli wobec prawa. Podstawowym przejawem równości jest nakaz integralności (*command of integrity*) postulujący, że każdy członek wspólnoty jest tak samo wartościowy (*worthy*) jak inny i powinno się go traktować z jednakową troską¹⁷. Jego uprawnienia mają charakter priorytetowy w stosunku do

¹⁶ R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. 211.

¹⁷ *Ibidem*, s. 213.

działań politycznych rządu, ich siła jest porównywalna jedynie z siłą uprawnień innego obywatela.

Używane przez Herkulesa standardy są standardami współczesnej wspólnoty politycznej. Dworkin wzywa do „konstruktywistycznej interpretacji” prawa, opartej na najbardziej akceptowalnym politycznym uprawomocnieniu danej tradycji, która ucieleśnia się w dostępnym materiale prawnym z przeszłości.

Integralność prawa ma zatem dla Dworkina dwa wymiary: jeden to spójność aksjologiczna: prawodawstwo ma czynić zbiór praw spójnym moralnie, a sędzia traktować je „jako spójne tak dalece, jak to tylko możliwe”; drugi wymiar polega na „najlepszym uzasadnieniu praktyk prawnych jako całości”¹⁸.

Taki obraz prawa jako faktu interpretacyjnego, w którego poznaniu dostrzega się rolę argumentacji i odrzuca ścisłe przeciwstawianie podmiotu poznającego i podmiotu poznania, jest znany kontynentalnej filozofii prawa jako hermeneutyczna filozofia prawa. Omawiając interpretacyjną koncepcję prawa, Dworkin do związków z tą tradycją filozofowania również się przyznaje. W przypisach do rozdziału 2 *Imperium prawa* czytelnik może odnaleźć szczegółowe omówienie filozofii hermeneutycznej, a w samym tekście Dworkin wskazuje na swoje związki z Gadamerem, współcześnie czołowym przedstawicielem tego nurtu¹⁹.

Według Gadamera relacja języka i świata nie polega na tym, że świat jest po prostu przedmiotem języka. Świat dany jest każdemu człowiekowi w języku, w którym został wychowany. Poznanie świata wiąże się zatem nierozzerwalnie z interpretacją języka. Interpretacja jest naszym sposobem bycia w świecie. Żyjąc i działając, jesteśmy zawsze wewnątrz jakiegoś języka, wewnątrz pewnej tradycji interpretacyjnej przekazywanej z pokolenia na pokolenie.

Ta teza Gadamera jest ważna dla Dworkina, bo oznacza, że również w poznaniu prawa nie ma żadnego punktu Archimedesowego²⁰. Wbrew temu, co twierdzi pozytywizm prawniczy, sędzia poznaje prawo w ramach pewnej tradycji interpretacyjnej, nigdy nie rozpoczyna poznania prawa od zera.

Tekst prawny nie może być zatem czytany przez neutralny podmiot poznający, jest on zawsze interpretowany z pewnymi oczekiwaniami wnoszonymi do rozumienia prawa przez interpretatora. Są one zawarte w tradycji, do której należy czytający tekst. Interpretacji jako poznania prawa nie daje się sprowadzić do naukowego kształtu opartego na powtarzalności metodycznego doświadczenia.

¹⁸ Zauważa to J. Wróblewski w: *Ronald Dworkin's Law's Empire*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 3, s. 125.

¹⁹ Por. obszerny przypis 2 i tekst poprzedzający przypis 5 rozdziału 2.

²⁰ R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. 62.

Taki obraz relacji do prawa okazuje się atrakcyjny dla prawników, bo oferuje im inny sposób uczestnictwa w kulturze prawnej²¹. Zamiast biernej, czysto poznawczej postawy wobec prawa, Dworkin proponuje im postawę „dialogową” wobec prawa, której cechą jest krytyczno-innowacyjne nastawienie do kultury prawnej.

Poznanie prawa nie rozpoczyna się, wbrew tradycji pozytywizmu prawniczego, od jakiegoś pierwotnego momentu wyjściowego umożliwiającego poznanie za pomocą testu pochodzenia prawa. Zdaniem Dworkina takiego neutralnego, pierwszego momentu uchwycenia prawa jako przedmiotu poznania nie ma i dlatego należy odrzucić tzw. semantyczne podejście do prawa.

N. MacCormick nazwał Dworkina prebenthamistą²², bo Dworkin przerywa linię rozważań prowadzonych w jurysprudencji anglosaskiej od Bentham’a, poprzez Austina do Harta, opierającą się na tradycji empiryczno-analitycznej, bardzo wyraźnie oddzielającą przedmiot i podmiot poznania. Następstwem odejścia od tej koncepcji poprzez odwołanie się do argumentacyjnego procesu poznawania prawa stało się, zdaniem MacCormicka, zatarcie się w jurysprudencji Dworkina różnicy pomiędzy zdaniami opisowymi i normami.

Zazwyczaj taki zarzut stawia się koncepcjom prawa natury. Jurysprudencja Dworkina nie jest jednak kolejną koncepcją prawa natury. Tradycyjne doktryny prawa natury przeciwstawiały prawo jakiemuś zewnętrznemu wobec niego systemowi norm i ocen. W interpretacyjnym, hermeneutycznym ujęciu prawa takiej zewnętrżności po prostu nie ma. Sędzia jest zawsze w środku pewnego strumienia argumentacyjnego. Dworkin uważa jednocześnie, że każdy interpretator jest w stanie znaleźć najlepszą z możliwych interpretacji prawa na gruncie danego systemu, jego reguł, kultury i tradycji.

Główną zaletą koncepcji Dworkina jest zaoferowanie prawnikom ujęcia prawa, które łączy w sobie zalety koncepcji prawnonaturalnych i pozytywistycznych. Dworkin stworzył zatem trzecią drogę w jurysprudencji, która wykazuje szereg cech zbliżonych do ujęć hermeneutycznych. Niektórzy proponują zaliczyć ją do rodzaju myśli prawniczej nazywanego „niepozytywizmem”, a dyskusja pomiędzy pozytywizmem i niepozytywizmem zastępuje ich zdaniem starą antynomię pozytywizm – prawo natury²³.

Zasadniczym problemem, który musi rozwiązać niepozytywistyczna wersja filozofii prawa, jest zarzut, że w sytuacji tzw. trudnego przypadku nie ma jasnych kryteriów legalności. Pozytywizm prawniczy chciał obronić kryteria

²¹ Por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.

²² D.N. MacCormick, *Dworkin as Pre-Benthamite*, „The Philosophical Review”, LXXXVII, No 4, s. 353–375.

²³ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 257 i n.

legalności przez wskazanie na wyraźny test pochodzenia reguły, którą można nazwać regułą prawną.

Koncepcja ujmująca prawo jako fakt interpretacyjny istnieniu takiego testu zaprzecza. Mimo to Dworkin odrzuca tezę, że prawnicy, poznając prawo jako fakt interpretacyjny, są skazani na subiektywność i konwencjonalizm. Konwencjonalizm, który uzasadnia decyzje sędziów tylko ustalonymi w przeszłości regułami, nie jest w stanie uzasadnić trafności wyroków wydawanych w trudnych przypadkach, w których sędziowie stare ustawy i precedensy traktują tylko jako punkt wyjścia teraźniejszych spraw²⁴. Również błędem jest, zdaniem Dworkina, całkowite zapominanie o tradycji i, tak jak to czyni pragmatyzm, podporządkowywanie sędziów celom takim jak użyteczność albo efektywność praktyki społecznej²⁵.

Prawidłowe poznanie prawa osiąga się dzięki integralności decyzji sądowej, przez którą Dworkin rozumie decyzję zgodną z całą tradycją prawną, przy czym jednocześnie decyzja ta opiera się na najbardziej zasadnej interpretacji owej tradycji²⁶. Nie jest tylko rozpoznawaniem przeszłości, ale nie jest też tylko rozważaniem celów, do których dąży dana społeczność. Integralność prawna żąda od sędziego, aby tak dalece jak to tylko jest możliwe zakładał w swym wyrokowaniu, że strukturę prawa konstytuuje spójny zbiór zasad odnoszących się do sprawiedliwości, słuszności i rzetelnego procesu²⁷. Integralność prawna nie jest zatem tylko formalną spójnością orzecznictwa.

Z góry, przed podjęciem wysiłku argumentacyjnego, nie możemy przewidzieć, jaka będzie treść tej najlepszej interpretacji. Mamy jednak pewność, że takie jedyne, właściwe rozstrzygnięcie da się odnaleźć. Dworkin posługuje się analogią do odkrycia planety Neptun, której istnienie przewidywano i jej istnienie było dzięki wyliczeniom w zasadzie pewne, ale którą fizycznie zaobserwowano znacznie później²⁸.

Celem Dworkina jest uzasadnienie liberalnej praktyki prawniczej. Integralność jest moralnie najlepszą interpretacją pluralistycznego społeczeństwa, która umożliwia przekształcanie społeczeństwa politycznego w specjalnego rodzaju wspólnotę, w której autorytet moralny tej wspólnoty zostaje przekształcony w uzasadnienie posiadania przez nią monopolu na użycie przemocy wobec jej członków. Owe moralne korzenie prawa powodują, że choć sąd nie powinien na podstawie względów użyteczności uchylać postanowień przyjętych przez prawowite organa ustawodawcze wyłonione w demokratycznych wyborach i reprezentujące większość, to jednak jego podstawowym zadaniem

²⁴ Por. R. Dworkin, *Imperium prawa*, rozdz. IV.

²⁵ *Ibidem*, rozdz. V.

²⁶ *Ibidem*, s. 177–278.

²⁷ *Ibidem*, s. 245.

²⁸ *Ibidem*, s. 185–186.

jest sprzeciwianie się propozycjom godzącym w prawa ujęte w zasadach konstytucyjnych, do których obrony sądy są powołane. Prawa te są bowiem zawarte już w normatywnych strukturach społeczeństwa, będących podstawą również porządku politycznego. Wszelkie kwestie polityczne można, zdaniem Dworkina, podzielić na takie, które rozstrzyga się ramach demokratycznych procedur większościowych, bo dotyczą maksymalizacji preferencji, oraz takie, których miejsce jest w ramach procedur prawnych, dotyczą bowiem fundamentalnych praw jednostki. Z tego względu w sferze ochrony tych praw sądy mają przewagę nad procedurami politycznymi, bo argument z prawa podmiotowego daje w dyskursie prawnym przewagę nad każdym innym argumentem, podobnie jak karta atutowa nad pozostałymi kartami używanymi w grze.

Polityczne tło koncepcji prawa, które uwypukla Dworkin, nie jest nowością. Pozytywizm prawniczy ma również wyraźne źródła w liberalizmie. Nowością jest koncepcja prawa jako mechanizmu umożliwiającego negocjacje pomiędzy polityką i moralnością. Moralność zawiera podstawowe prawa jednostki, procedury polityczne określają preferencje, sądy poprzez interpretację muszą zintegrować moralność i politykę. Wbrew pozytywizmowi, który rozstrzygnięcie tego sporu ostatecznie wyprowadzał z woli suwerena, który ustanawia reguły uzasadniające decyzje sędziowskie, Dworkin przyznaje prawnikom aktywną rolę. Nie uczestniczą oni w kulturze jako bierni wykonawcy prawa, bo prawo nie jest gotowym, zadany im tekstem. Taki tekst jest mitem pozytywizmu.

Ustalenie znaczenia tekstu jest wynikiem skomplikowanego dyskursu, w którym musimy uwzględnić wszystkie wymiary kultury i którego nie można przeprowadzić bez aktywnej roli sędziów. Imperium prawa okazuje się zatem być w swej istocie imperium argumentujących sędziów.

Marek Zirk-Sadowski

WSTĘP

Żyjemy wśród prawa i dzięki niemu. Czyni ono nas *tymi, kim* jesteśmy: obywatelami, pracownikami, lekarzami, małżonkami i właścicielami rzeczy. Jest mieczem, tarczą i groźbą: żądamy naszej płacy, odmawiamy zapłaty czynszu, jesteśmy zmuszeni zapłacić grzywnę czy zamykani w więzieniu w imię rozporządzeń naszego abstrakcyjnego i eterycznego suwerena, prawa. A także spieramy się o to, co on rozporządził, nawet gdy księgi, które mają protokołować jego rozkazy i polecenia, milczą; działamy wówczas tak, jak gdyby nakazy prawa były tylko pomrukiem, zbyt cichym, by go wyraźnie usłyszeć. Jesteśmy poddanymi imperium prawa, lennikami jego metod i ideałów; w debacie, co musimy robić, wiąże nas jego duch.

Czy ma to jakiś sens? Czy prawo może rządzić, gdy księgi prawne milczą, są niejasne lub wieloznaczne? Niniejsza książka przedstawia w całości odpowiedź na to pytanie, odpowiedź, jaką tworzyłem kawałek po kawałku, nieregularnie, przez kilka lat: rozumowanie prawnicze to ćwiczenie z twórczej interpretacji, ćwiczenie, w którym nasze prawo jest układane z najlepszych uzasadnień znanych naszej praktyce. Rozumowanie to opiera się na opowieści, która pozwala uczynić owe praktyki tak dobrymi, jak to tylko możliwe. Zgodnie z tym sposobem myślenia, szczególna struktura argumentacji prawniczej i właściwe jej ograniczenia mogą pojawić się tylko wtedy, gdy zidentyfikujemy i oddzielimy od siebie poszczególne i często konkurujące ze sobą wymiary wartości politycznych, a poszczególne wątki zostaną powiązane ze sobą w wielowymiarowym osądzie, w którym jedna z interpretacji czyni opowieść prawa z zasady lepszą, niż mogłyby to uczynić pozostałe. W niniejszej książce ta koncepcja prawa zostaje doprecyzowana, poszerzona i opatrzona przykładami. Ujawnione zostaje jej zakorzenienie w bardziej ogólnej polityce integralności, wspólnoty i braterstwa. Prześledzone zostają w niej także konsekwencje dla abstrakcyjnej teorii prawa, a w następnej kolejności – dla serii konkretnych spraw, które pojawiły się pod rządami *common law*, ustaw i konstytucji i wpływają z tego sposobu myślenia.

Korzystam tutaj z szeregu argumentów, narzędzi i przykładów, jakich używałem już wcześniej, choć w każdym przypadku w innej i, mam nadzieję, ulepszonej postaci. Te powtórzenia są zamierzone, bo pozwalają na zaprezentowanie wielu przykładów i rozważań w formie skróconej, a czytelnicy, którzy zechcą poznać je w szczegółach lub na poziomie wyższym niż wymagany dla argumentacji w niniejszej pracy, mogą odwołać się do przywoływanych przeze mnie pełniejszych rozważań. (Wiele z nich znajduje się w *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. – London 1985). Niniejsza książka dotyka, jak musi czynić każda praca dotycząca teorii prawa, pewnej liczby złożonych i często poruszanych zagadnień z filozofii ogólnej. Ponieważ jednak nie chciałem przerywać głównej linii rozważań dygresjami na te tematy, ująłem je, tam gdzie to było możliwe, w formę rozbudowanych przypisów. Przypisami posługiwałem się również by w poszerzonej formie zaprezentować argumenty, jakie wypracowali akademicy badacze prawa.

Nie podejmowałem wysiłku ustalenia, jak dalece niniejsza książka zmienia lub zastępuje stanowiska, jakich broniłem we wcześniejszej pracy. Przydatne może jednak okazać się wyjaśnienie zawczasu, w jaki sposób ujmuję w niej dwa poglądy, które stały się przedmiotem wielu komentarzy. W *Biorąc prawa poważnie* przedstawiłem argumenty przeciwko pozytywizmowi prawnemu, kładąc nacisk na fenomenologię orzekania: twierdziłem, że sędziowie czują się zwykle zobowiązani, by przeszłym orzeczeniom nadać coś, co nazywam „siłą ciężenia”, i że ta odczuwana powinność przeczy pozytywistycznej doktrynie dyskrecjonalności sędziowskiej. Niniejsza książka, szczególnie w rozdziale 4, kładzie nacisk raczej na interpretacyjne, a nie fenomenologiczne usterki pozytywizmu; w gruncie rzeczy są to jednak te same usterki. Przez wiele lat przeczyłem pozytywistycznej tezie, zgodnie z którą nie mogą istnieć „właściwe” odpowiedzi na kontrowersyjne zagadnienia prawne, ale wyłącznie „różne” odpowiedzi; przekonywałem, że w większości trudnych spraw istnieją właściwe odpowiedzi, na które można się zasadzić, posługując się rozumem i wyobraźnią. Niektórzy z krytyków sądzą, że miałem na myśli to, że w takich sprawach można w taki sposób udowodnić właściwość jednej z odpowiedzi, i że wszyscy będą z niej zadowoleni, podczas gdy ja od początku podkreślałem, że nie o to mi chodzi, i że odpowiedź na pytanie, czy mamy powody, by sądzić, że odpowiedź jest właściwa, różni się od odpowiedzi na pytanie, czy możemy wykazać jej właściwość. W niniejszej książce twierdzę, że krytycy nie pojęli, czego tak naprawdę dotyczy spór o właściwe odpowiedzi – czego musi on dotyczyć, jeśli sceptyczne twierdzenie, że nie istnieją właściwe odpowiedzi, ma być uznane za zarzut przeciwko bronionej przeze mnie teorii prawa. Twierdzę, że w gruncie rzeczy spór dotyczy moralności, a nie metafizyki, i że teza o braku właściwej odpowiedzi, rozumiana jak twierdzenie moralne, jest wysoce nieprzekonująca: tak w moralności, jak i w prawie.

Nie starałem się, w zasadzie, porównywać moich poglądów z poglądami innych filozofów prawa i polityki, już to klasycznych, już współczesnych, ani wskazywać, w jakim stopniu oni na mnie wpłynęli lub jak dalece czerpałem z ich prac. Niniejsza książka nie stanowi również przeglądu najnowszych idei w prawoznawstwie. W istocie przedstawiam obszernie kilka modnych poglądów w teorii prawa, włączając w to „miękki” pozytywizm prawniczy, ekonomiczną analizę prawa, ruch krytycznych studiów prawniczych oraz, obecne w amerykańskim prawie konstytucyjnym, teorie „pasywizmu” i „intencji twórców”. Rozważam je jednak dlatego, że ich twierdzenia dają się wykorzystać dla moich rozważań, a całkowicie pomijam wielu filozofów prawa, których dzieła są równie, lub bardziej, doniosłe.

Frank Kernode, Sheldon Leader, Roy McLees oraz John Oakley zapoznali się ze wstępną wersją większej części książki i przedstawili rozbudowane uwagi. Ich pomoc była bezcenna: każdy z nich uchronił mnie przed poważnymi błędami, przedstawił istotne przykłady, dostrzegł kwestie, które mi umknęły, i przyczynił się do tego, że przemyślałem niektóre z argumentów. Jeremy Waldron czytał i poprawiał rozdział 6, a Tom Grey uczynił to samo z rozdziałem 2. Większość z przypisów, z wyjątkiem tych rozbudowanych, została przygotowana przez Williama Ewalda, Williama Riesmana, a w szczególności Roya McLeesa; wartość tej książki jako źródła przypisów jest w całości ich zasługą. Daję świadectwo szczodremu wsparciu Filomen D’Agostino oraz Max E. Greenberg Research Fund of New York University School of Law. Jestem wdzięczny Davidowi Eriksonowi z Xyquest Inc., który zechciał wprowadzić specjalne zmiany do uznanego edytora tekstu tej firmy, XyWrite III, które pozwoliły mi na użycie go dla celów niniejszej książki. Peg Anderson z Harvard University Press była niezwykle pomocna i wyjątkowo cierpliwa, gdy chodzi o zmiany dokonywane już po czasie.

Jestem winny także bardziej rozproszone podziękowania. Moi koledzy ze wspólnoty teoretyków prawa w Wielkiej Brytanii, w szczególności John Finnis, H.L.A. Hart, Neil McCormick, Joseph Raz oraz William Twining, byli cierpliwymi nauczycielami niepokornego ucznia, a moi przyjaciele z New York University Law School, zwłaszcza Lewis Kornhauser, William Nelson, David Richards oraz Laurence Sager, stanowili pewne źródło twórczych komentarzy i rad. Przede wszystkim jestem jednak wdzięczny wymagającym krytykom, których miałem szczęście zyskać sobie w przeszłości; niniejszą książkę mógłbym dedykować im. Odpowiadanie na krytykę stanowiło dla mnie najbardziej twórczą część wszelkiej pracy. Mam nadzieję mieć znowu to szczęście.

1. CZYM JEST PRAWO?

DLACZEGO TO PYTANIE JEST WAŻNE?

Drogi, jakimi sędziowie dochodzą do swoich orzeczeń, mają duże znaczenie. Szczególne znaczenie mają one dla osób, które w sądzie znalazły się z powodu pecha, ze względu na swoje pieniądze, niegodziwość czy naiwność. Learned Hand, jeden z najlepszych i najslawniejszych prawników Ameryki, powiedział, że sprawy sądowej obawia się bardziej niż śmierci i poborcy podatkowego. Choć spośród wszystkich spraw sądowych najbardziej można lękać się sprawy karnej, to właśnie ten typ spraw najbardziej fascynuje publiczność. Jednak także sprawy cywilne, w których żąda się odszkodowania lub ochrony w związku z jakimiś wyrządzonymi lub dopiero grożącymi szkodami, przynoszą niekiedy konsekwencje poważniejsze niż nawet najbardziej poruszające sprawy karne. To, czy z sądu wyjdzie się zrujnowanym, czy z godnością, może zależeć od pojedynczych argumentów, które mogą nie być wystarczająco silne, by przekonać jakiegoś innego sędziego, a nawet by następnego dnia przekonać tego samego sędziego. Do sądu idzie się często tylko po to, by wskutek jednego przytaknięcia sędziego zyskać lub stracić więcej niż wskutek jakiegokolwiek generalnego aktu Kongresu czy Parlamentu.

Znaczenie spraw sądowych nie daje się zmierzyć za pomocą pieniędzy czy nawet wolności. Istnieje niezbywalny, moralny wymiar działań prawnych, stąd ciągle ryzyko wyrządzenia niesprawiedliwości w sferze publicznej. Sędzia musi orzec nie tylko, co komu przysługuje, ale również, kto postępował właściwie, kto był obywatelem na miarę ciąży na nim odpowiedzialności, a kto przez swoją naturę, chciwość lub niewrażliwość zlekceważył swoje obowiązki wobec innych lub nadużył swoich uprawnień. Jeśli ten osąd będzie niewłaściwy, to wspólnota spowoduje moralne szkody u jednego ze swoich członków, ponieważ w jakimś stopniu lub wymiarze naznaczy go jako przestępcę. Szkody te będą największe, gdy skazana zostanie osoba niewinna; będą jednak poważne także wtedy, gdy sąd oddali słuszny pozew lub bez powodu napiętnuje pozwanego.

Takie oto, dla stron i osób pozostających na ich utrzymaniu, są bezpośrednie skutki sprawy sądowej. Ponieważ jednak w Wielkiej Brytanii i w Ameryce, a także w innych krajach, prawem często staje się to, o czym sędziowie twierdzą, że nim jest, orzeczenia sądów wpływają także na życie znacznej liczby innych osób. Wyroki Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych są tego najbardziej dobitnym przykładem. Sąd ten dysponuje prawem uchylania nawet najbardziej rozsądnych i powszechnie popieranych decyzji innych organów władzy, jeśli tylko dojdzie do wniosku, że są one niezgodne z Konstytucją. Z tego powodu należy do niego ostatnie słowo, czy i jak w stanach można wykonywać karę śmierci na mordercach, zakazywać aborcji, nakazywać prowadzenie modlitw w szkołach publicznych oraz czy Kongres może prowadzić pobór do wojska lub zmusić prezydenta do wyjawienia tajemnic swojej administracji. Kiedy w 1954 r. Sąd orzekł, że żaden stan nie ma prawa wprowadzić segregacji rasowej do szkół, zapoczątkował rewolucję społeczną o dale idących skutkach niż zmiany, do jakich przyczyniła się lub mogła się przyczynić jakakolwiek inna instytucja¹.

Choć to Sąd Najwyższy jest najbardziej dobitnym przykładem władzy sądowniczej, także orzeczenia innych sądów mają wielkie, powszechne znaczenie. Oto dwa przykłady, wybrane niemal losowo z historii prawa angielskiego. W dziewiętnastym wieku sędziowie angielscy stwierdzili, że robotnik fabryczny nie może żądać odszkodowania od swojego pracodawcy za to, że uległ wypadkowi wskutek niedbałości innego robotnika². Sędziowie uznali, że robotnik „akceptuje ryzyko” tego, że jego „współpracownicy” mogą działać niedbale, i że to pracownik, a nie pracodawca, dysponuje większą wiedzą o tym, którzy pracownicy działają niedbale, a być może, ma na nich większy wpływ. To orzeczenie, zanim nie zostało ostatecznie uchylone³ (a nie wydawało się ono tak niemądre, gdy bardziej popularna była Darwinowska koncepcja kapitalizmu), miało istotny wpływ na prawo odszkodowań za wypadki w przemyśle. W 1975 r. Izba Lordów, najwyższy sąd Wielkiej Brytanii, ustanowiła reguły określające, jak długo urzędnik Gabinetu musi czekać, zanim wolno mu będzie opublikować opis jego poufnych obrad⁴. To orzeczenie zdecydowało, do jakich oficjalnych danych mogą mieć dostęp dziennikarze i historycy krytykujący rząd, i miało istotny wpływ na sposób postępowania samego rządu.

¹ *Brown v. Board of Educ.* 347 U.S. 486 (1954).

² *Priestley v. Fowler* [1837] 3 M. & W.I.

³ Zob. ustawę o reformie prawa (o szkodach na ciele) z 1948 r., 35 *Halsbury's Statutes of England* 548 (3rd ed.).

⁴ *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1975] 3 All E.R. 484.

SPORY O PRAWO

Skoro to, jak sędziowie orzekają, ma znaczenie z tak wielu powodów, to znaczenie ma także to, jak sędziowie pojmują prawo, a jeżeli się o to spierają, ma znaczenie sposób, w jaki to robią. Czy tkwi w tym jakaś tajemnica? Owszem, ale by ją odkryć, musimy wprowadzić kilka rozróżnień. W sprawach sądowych zawsze rozstrzyga się, co do zasady, przynajmniej trzy rodzaje zagadnień: zagadnienia faktyczne, zagadnienia prawne i bliźniacze zagadnienia politycznej moralności i wierności. Po pierwsze, co się zdarzyło? Czy robotnik pracujący przy obrabiarce rzeczywiście upuścił klucz na nogę kolegi? Po drugie, co mówi obowiązujące prawo? Czy w takim przypadku prawo nakłada na pracodawcę obowiązek wypłacenia odszkodowania pracownikowi? Po trzecie, jeśli prawo nie przewiduje odszkodowania, to czy jest sprawiedliwe? Jeśli nie jest, to czy sędziowie powinni zignorować jego postanowienia i mimo wszystko przyznać odszkodowanie?

Pierwsze z tych zagadnień, zagadnienie faktyczne, wydaje się nie nastroczać szczególnych problemów. Jeśli sędziowie nie mogą dojść do porozumienia, co rzeczywiście się stało, wiadomo, jakich kwestii ten brak zgody dotyczy, i jakie dowody są potrzebne do rozstrzygnięcia sprawy. Trzecie z wymienionych zagadnień, zagadnienie wierności i moralności, jest bardzo odmienne, lecz także znajome. Ludzie często nie zgadzają się w sprawach moralności i gdy spór moralny wybucha w sądzie, nie stwarza problemów swoistych. Co jednak z drugim z wymienionych zagadnień, zagadnieniem prawnym? Sędziowie i pozostali prawnicy zdają się często różnić co do tego, jak prawnie rozstrzygnąć daną sprawę; zdają się różnić nawet co do tego, jakie zastosować w niej wzorce normatywne. Jeden sędzia, proponując pewien zestaw wzorców, stoi na stanowisku, że prawo uprzywilejowuje okręg szkolny lub pracodawcę, a inny, proponując inny zestaw, że uprzywilejowuje ono uczniów lub pracowników. Jeśli ten rodzaj argumentów rzeczywiście stanowi jakąś trzecią, osobną kategorię, różną zarówno od argumentów dotyczących faktów i argumentów moralnych, to co przesądza o jego istocie? Czego dotyczy spór?

Nazwijmy „twierdzeniami prawnymi” wszelkie stwierdzenia i roszczenia, które ludzie wypowiadają w odniesieniu do nakazów, zakazów i uprawnień wynikających z prawa. Twierdzenia prawne mogą być bardzo generalne – „zgodnie z Czternastą Poprawką do Konstytucji prawo zabrania stanom pozabawienia kogokolwiek równej ochrony prawnej”, mniej generalne – „prawo nie gwarantuje odszkodowania za uszkodzenie ciała wynikające z działania współpracownika” albo bardzo konkretne – „prawo wymaga, by firma Krzak wypłaciła odszkodowanie za uszkodzenie ciała, jakiego w styczniu doznał Jan Kowalski”. Tak sędziowie, pozostali prawnicy, jak i zwykli ludzie zakładają zwykle, że przynajmniej niektóre twierdzenia prawne mogą być prawdziwe

lub fałszywe⁵. Nikt jednak nie twierdzi, że stanowią one deklaracje jakiejś duchowej istoty ani nie są szeptem prawa skierowanym w stronę planet. Prawnicy rzeczywiście wspominają o tym, że prawo coś „mówi” lub że o czymś „milczy”. Są to jednak tylko figury retoryczne.

Powszechne jest przekonanie, że prawdziwość, fałszywość lub brak wartości logicznej twierdzeń prawnych zależy od innych, lepiej znanych twierdzeń, wobec których twierdzenia prawne odgrywają (że posłużę się takim określeniem) rolę pasożytów. Te bardziej znajome twierdzenia kształtują coś, co chciałbym określać mianem „podstaw” prawa. Twierdzenie, że w Kalifornii nie wolno prowadzić samochodu z prędkością większą niż 55 mil na godzinę, jest, zgodnie z podzielanym przez większość ludzi poglądem, prawdziwe dlatego, że większość członków ciała ustawodawczego tego stanu powiedziała „tak” lub podniosła rękę, kiedy stosowny tekst ustawy znalazł się na ich pulpitych. Twierdzenie to nie mogłoby być prawdziwe, gdyby nic takiego nie miało miejsca; nie mogłoby ono być prawdziwe także wtedy, gdyby tak stwierdziła jakaś istota duchowa lub gdyby zostało to odczytane z transcendentálnych tablic pod gwiaździstym niebem.

Możemy teraz wyróżnić dwa rodzaje sporów, mogących pojawiać się wśród sędziów i innych prawników, na temat prawdziwości twierdzeń prawnych. Mogą się oni zgadzać co do podstaw prawa – wtedy gdy prawdziwość lub fałszywość jakichś lepiej znanych twierdzeń przesądza o prawdziwości lub fałszywości konkretnych twierdzeń prawnych, ale jednocześnie nie zgadzać się, czy te podstawy są zrealizowane w konkretnej sprawie. Sędziowie i pozostali prawnicy mogą, na przykład, zgadzać się, że w Kalifornii nie wolno przekraczać prędkości 55 mil na godzinę, jeśli oficjalny dziennik ustaw zawiera prawo, które tego zakazuje; ale mogą spierać się, czy takie ograniczenie w rzeczywistości obowiązuje, ponieważ brak jest między nimi zgody, czy w dzienniku ustaw stosowne prawo rzeczywiście się znajduje. Taki spór można nazwać empirycznym sporem o prawo. Mogą oni również spierać się o podstawy prawa, które, wspólnie z innymi rodzajami twierdzeń, jeśli te są prawdziwe, mogą nadawać walor prawdziwości jakimś twierdzeniom prawnym. Mogą się zgodzić na gruncie empirycznym, co dzienniki ustaw i przeszłe orzeczenia sądowe mówią o odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wyrządzone przez współpracowników, ale jednocześnie spierać się o treść prawa odszkodowań, ponieważ nie będą się zgadzać, czy dzienniki ustaw i orzeczenia sądów wyczerpują wymagane podstawy prawa. Taki spór o prawo można nazwać sporem „teoretycznym”.

⁵ Tak czynią egzaminatorzy w szkołach prawa, oceniając prace egzaminacyjne. Takie użycie słów „prawdziwy” i „fałszywy” wywołuje u niektórych osób pewien dyskomfort; są one jednak zwykle zadowolone z faktu, że twierdzenia prawne mogą być również „słuszne” lub „niesłuszne” lub coś w tym rodzaju, co dla naszych celów sprowadza się do tego samego. Por. rozważania nad sceptycyzmem prawnym w rozdziałach 2 i 7.

Empiryczne spory o prawo nie są niczym niezwykłym. Można prowadzić spór o znaczenie słów użytych w ustawie, podobnie jak o każdą inną okoliczność faktyczną. Jednak teoretyczny spór o prawo, spór o podstawy prawa nastrocza większych trudności. W dalszej części tego rozdziału zobaczymy, że prawnicy i sędziowie rzeczywiście wiodą spory teoretyczne. Nie zgadzają się, czym w istocie jest prawo, np. gdy chodzi o segregację rasową lub wypadki w przemyśle, nawet jeśli uzgodnią, jakie ustawy zostały uchwalone, i co urzędnicy prawni w przeszłości o nich myśleli i co mieli na ich temat do powiedzenia. Z jakim typem sporu mamy w tym przypadku do czynienia? Jak możemy osądzić, kto ma rację?

Szeroka publiczność zdaje się być nieświadoma istnienia całego problemu; w istocie wydaje się ona nieświadoma istnienia jakichkolwiek teoretycznych sporów o prawo. Publiczność jest, w znacznie większej mierze, pochłonięta przez zagadnienie wierności. Politycy i publicyści, podobnie jak szeregowi obywatele, spierają się, niekiedy z wielkim zaangażowaniem, o to, czy sędziowie, w głośnych, przyciągających uwagę opinii publicznej sprawach, „odkrywają prawo”, które następnie ogłaszają, czy raczej je „tworzą”, i czy ta twórczość jest przejawem zmysłu propaństwowego, czy raczej aktem tyranii. W sądach anglo-amerykańskich problem wierności nie pojawia się jednak niemal nigdy; nasi sędziowie rzadko zastanawiają się, czy powinni orzekać zgodnie z regułami prawnymi, które już zostały ustalone; objawem, choć nieoczywistym, teoretycznego sporu o prawo jest raczej debata publiczna.

Bez wątpienia, zawsze gdy sędziowie orzekają w ważnej sprawie, „tworzą nowe prawo” w najbardziej oczywistym sensie tego sformułowania. Ogłaszają zasady, reguły, kwalifikacje prawne albo uzasadnienia wyroków – zgodnie z którymi, na przykład, segregacja rasowa jest sprzeczna z konstytucją albo pracownicy nie mogą żądać odszkodowań za szkody wyrządzone im przez kolegów, a które nie były nigdy dotąd oficjalnie wypowiedziane. Ogólnie rzecz biorąc, te „nowe” twierdzenia prawne są przez nich jedynie przedstawiane jako ulepszone sprawozdanie z tego, czym jest prawidłowo rozumiane prawo. Inaczej mówiąc, są oni zdania, że nowe twierdzenia są niezbędne dla właściwej percepcji prawdziwych podstaw prawa, nawet jeśli tych podstaw wcześniej nie dostrzegano lub wręcz przeczesano ich istnieniu. Tak więc publiczna debata nad tym, czy sędziowie są „odkrywcami”, czy „twórcami” prawa, dotyczy w istocie tego, czy i kiedy takie ambitne, nowatorskie twierdzenie jest prawdziwe. Jeśli ktoś powiada, że sędziowie odkryli bezprawność segregacji rasowej w szkołach, to jest zdania, że segregacja była w istocie bezprawna jeszcze zanim zapadło takie orzeczenie, nawet jeśli żaden sąd tego nie stwierdził. Jeśliby natomiast ten ktoś twierdził, że ten fragment prawa został stworzony przez sędziów, to sądziłby, że segregacja nie była wcześniej bezprawna i że sędziowie, wydając swoje orzeczenie, zmienili prawo.

Ta debata byłaby wystarczająco przejrzysta i mogłaby być łatwo rozstrzygana, przynajmniej w poszczególnych sprawach, gdyby wszystkie jej strony zgadzały się, że nie istnieje nic takiego jak teoretyczny spór o podstawy prawa. W takiej sytuacji ustalenie, czy przed orzeczeniem Sądu Najwyższego prawo było naprawdę takie, jak się w tym orzeczeniu twierdzi, byłoby rzeczą prostą. Ponieważ jednak, w rzeczywistości, sędziowie i pozostali prawnicy toczą spór teoretyczny, publiczne debatowanie nad tym, czy sędziowie tworzą, czy odkrywają prawo stanowi fragment tego sporu teoretycznego i nie przyczynia się do znalezienia rozstrzygnięcia, ponieważ nie pozwala na wydobycie na światło dzienne jego prawdziwej natury.

CZYSTO FAKTYCZNY PUNKT WIDZENIA

Choć trudno w to uwierzyć, nasze prawoznawstwo nie dysponuje żadną sensowną teorią teoretycznych sporów o prawo. Rzecz jasna, filozofowie prawa zdają sobie sprawę z tego, że rozwiązywanie sporów teoretycznych nastrocza problemów i że nie zawsze można ustalić, jakiego rodzaju jest toczony właśnie spór. Większość filozofów stara się jednak uciec od tego problemu, a nie go rozstrzygnąć. Twierdzą oni, że spory teoretyczne to iluzja i że, w gruncie rzeczy, sędziowie i inni prawnicy zgadzają się co do podstaw prawa. Takie stanowisko będę określać mianem „czysto faktycznego” punktu widzenia na podstawy prawa; oto wstępne przedstawienie jego głównych twierdzeń. Prawo jest jedynie skutkiem decyzji, jakie w przeszłości podjęły instytucje prawne, takie jak organy ustawodawcze, rady miejskie i sądy. Jeśli tego rodzaju gremium zdecydowało, że robotnikom przysługuje odszkodowanie za szkody wyrządzone im przez współpracowników, to prawo tak stanowi. Jeśli zdecydowało inaczej, to prawo będzie stanowiło inaczej.

Zagadnienia prawne mogą więc być zawsze rozstrzygnięte poprzez odszukanie odpowiedniego rozwiązania w książkach, gdzie zamieszczane są zapisy decyzji instytucjonalnych. Oczywiście, by wiedzieć, gdzie szukać tych decyzji i jak rozumieć tajemny język, w jakim zostały zapisane, konieczne jest specjalne przeszkolenie. Laik takiego szkolenia nie przeszedł i nie zna wymaganego języka; znają go natomiast prawnicy i dlatego, dopóki któryś z nich nie pomyli się do faktów, co do tego, jak orzeczono w przeszłości, nie istnieje dla nich spór, czy prawo przewiduje, na przykład, możliwość dochodzenia odszkodowania za szkody wyrządzone przez współpracowników. „Prawo istnieje jako czysty fakt. Innymi słowy, to, czym jest prawo, w żaden sposób nie zależy od tego, czym być powinno. Dlatego więc sędziowie i inni prawnicy zdają się niekiedy wchodzić w teoretyczny spór o prawo? Ponieważ, kiedy pozornie prowadzą teoretyczną dyskusję nad tym, czym jest prawo, w rzeczywistości spierają

się o to, czym ono ma być. Tak naprawdę ich spór dotyczy jedynie wierności i moralności, a nie prawa”.

Popularność tego poglądu wśród teoretyków prawa pomaga zrozumieć, dlaczego laicy, kiedy zastanawiają się nad działalnością sądów, w większym stopniu zajmują się wiernością prawu niż tym, czym ono jest. Jeśli sędziowie są podzieleni w jakiejś ważnej sprawie, to ich spór nie może dotyczyć żadnego zagadnienia prawnego, bo niechybnie sprowadzałby je do czystych faktów, łatwych do ustalenia przez wyszkolonych prawników. Jedna ze stron musi łamać lub omijać prawo i będzie to ta z nich, która popiera wydanie orzeczenia, w trywialnym znaczeniu tego słowa, innowacyjnego. Tak więc rozstrzygnięcie zagadnienia wierności wymaga publicznej dyskusji i zaangażowania uwagi zainteresowanych obywateli. Najbardziej popularny w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych pogląd prowadzi do wniosku, że sędziowie powinni zawsze, w każdym wydanym przez siebie orzeczeniu, postępować zgodnie z wynikającymi z prawa wytycznymi, a nie je ulepszać. Istniejące prawo może im się nie podobać – może ono nakazywać eksmisję wdowy podczas burzy śnieżnej w Wigilię Bożego Narodzenia, ale i tak muszą je zastosować. Niestety, zgodnie z tym powszechnie podzielanym stanowiskiem, niektórzy sędziowie nie akceptują tych mądrych dyrektyw i skrycie lub nawet otwarcie naginają prawo do własnych celów lub zastosowań. Są to źli sędziowie, uzurpatorzy, szkodnicy demokracji.

Taka jest najczęściej spotykana odpowiedź na pytanie o wierność, lecz nie jest to odpowiedź jedyna. Niektórzy ludzie przyjmują odmienny pogląd, zgodnie z którym sędziowie powinni starać się ulepszać prawo tam, gdzie jest to tylko możliwe, i działać politycznie, tak aby odrzucać pierwszy przedstawiony sposób myślenia. W oczach mniejszości zły sędzia to „sztywny”, „mechaniczny” sędzia, który stosuje prawo dla samej tej czynności, nie biorąc pod uwagę nieszcześcia, niesprawiedliwości lub nieefektywności, które w ten sposób powoduje. Dobry sędzia nad prawo przedkłada sprawiedliwość.

Choć obydwie spotykane wśród laików wersje poglądów na prawo, „konserwatywna” i „postępowa”, czerpią z akademickiej tezy, że prawo jest sprawą czystych faktów, to teza ta jest jednak bardziej wyrafinowana. Większość laików zakłada mianowicie, że istnieje „prawo w książkach”, które rozstrzyga każdy problem, przed jakim może stanąć sąd. Akademicka wersja czysto faktycznego punktu widzenia temu przeczy. Zgodnie z nią, w przedmiotowej kwestii prawo może milczeć, bowiem żadna instytucja nie zabrała w niej dotąd głosu, wydając jakąś decyzję. Być może, żadna uprawniona do tego instytucja nie podjęła nigdy decyzji, czy robotnicy są, czy też nie, uprawnieni do odszkodowania za szkody wyrządzone im przez współpracowników. Prawo może milczeć także z tego powodu, że stosowne decyzje instytucjonalne określiły jedynie ogólne wytyczne, stwierdzając, na przykład, że wynajmujący musi po-

zostawić wdowie „rozsądny” termin na zapłacenie czynszu. W tych okolicznościach, zgodnie z akademicką wersją czysto faktycznego punktu widzenia na prawo, żaden sposób orzekania nie może być uznany za stosowanie, a nie przekształcanie prawa. W związku z tym sędzia nie ma innego wyjścia, jak tylko wykorzystać przysługującą mu władzę do stworzenia nowego prawa, wypełniając luki wynikające z milczenia prawa albo czyniąc je bardziej precyzyjnym tam, gdzie nie jest jasne.

Nic, co zostało wyżej powiedziane, nie przesądza o prawdziwości twierdzenia, wynikającego z czysto faktycznego punktu widzenia, że prawo jest zawsze faktem historycznym i że nigdy nie jest zależne od moralności. W powyższych rozważaniach dodaje się jedynie, że wyszkoleni prawnicy mogą, w pewnych sytuacjach, poczynić odkrycie, że prawa brakuje. Choć każde pytanie o istotę prawa znajduje swoją prostą odpowiedź historyczną, może to niekiedy być odpowiedź negatywna. W takiej sytuacji zagadnienie wierności jest zastępowane innym zagadnieniem, równie odległym od zagadnienia prawnego; można je nazwać zagadnieniem metod poprawy. Co sędziowie powinni zrobić w sytuacji, gdy brakuje prawa? To nowe zagadnienie polityczne pozostawia miejsce dla rozbieżności opinii, podobnych do tych, które napotkaliśmy, rozważając zagadnienie wierności. W przypadku sędziów, którzy nie mają innego wyjścia, jak tylko stworzyć nowe prawo, realizacja tego zadania może ujawnić rozmaite ambicje. Czy luki powinno się wypełniać w sposób ostrożny, zachowując jak najwięcej z ducha prawa pozostającego w otoczeniu nowej regulacji? Czy może należy to czynić odważnie, starając się tak ukształtować nowe prawo, by było jak najmądrzejsze i jak najbardziej sprawiedliwe? Każda z tych rozbieżnych postaw ma swoich zwolenników i w salach seminaryjnych szkół prawa, i w podobnych debatach w organizacjach zawodowych. Oto sztandary, pod jakimi zaangażowane strony prowadzą swoje prawnicze krucjaty.

Niektórzy akademicy prawnicy wysnuwają, na podstawie wyrafinowanej wersji czysto faktycznego punktu widzenia, szczególnie radykalne wnioski⁶. Twierdzą oni, że przeszłe decyzje instytucjonalne nie tylko czasami, ale prawie zawsze, są niejasne, dwuznaczne lub niepełne i że często są niespójne lub nawet wewnętrznie sprzeczne. Stoją na stanowisku, że, tak naprawdę, nie istnieje nic takiego jak prawo regulujące jakąś kwestię bądź dziedzinę, że to tylko retoryka, którą sędziowie posługują się, by ukryć rzeczywiste: ideologiczne bądź klasowe przesłanki swoich orzeczeń. Historia rozwoju poglądów, którą właśnie opisałem – od ufności laika we wszechobecność prawa do drwiącego stwierdzenia cynika, że nie ma go nigdzie – jest naturalna i wynika z przyjęcia

⁶ Mam na myśli szkołę „realistów”, omówioną dalej w tym rozdziale, np. J. Franka (*Law and Modern Mind* [New York 1949]), i ruch „krytycznych studiów prawniczych”, omówiony w rozdziale 7 (por. „Stanford Law Review” 1984, nr 38, s. 1–674, symposium dotyczące krytycznego uprawiania nauk prawnych).

czysto faktycznego punktu widzenia oraz związanego z nim twierdzenia, że spór teoretyczny jest jedynie zamaskowaną polityką. Im więcej dowiadujemy się o prawie, tym bardziej jesteśmy przekonani, że nic, co ważne, nie może nie budzić kontrowersji.

Należy dodać, że czysto faktyczny punkt widzenia nie jest uznawany przez wszystkich. Jest on bardzo popularny wśród laików i tych spośród autorów akademickich, którzy specjalizują się w filozofii prawa. Jest jednak odrzucony w świadectwach, jakie rozumni prawnicy i sędziowie dają własnej działalności. Jeśli zapytać ich o to odpowiednio oficjalnym tonem, mogą zadeklarować poparcie dla czysto faktycznej wizji prawa jako swoistej formalnej metody prawnej. Jednak w mniej oficjalnych okolicznościach można od nich usłyszeć zupełnie inną, znacznie bardziej romantyczną historię. Twierdzą oni, że prawo jest raczej kwestią instynktu niż doktryny i że może ono być opisane jedynie przy użyciu specjalnych technik, które najlepiej ujmować w kategoriach wrażeń lub nawet tajemnic. Są oni zdania, że sądenie jest sztuką, a nie nauką, i że dobry sędzia, by wydać decyzję zgodną z intuicją, musi łączyć umiejętność posługiwania się analogiami, sprawność rzemieślniczą, mądrość polityczną i wycucie swojej roli. Taki sędzia „widzi” prawo lepiej, niż potrafi je opisać, a więc jego pisemna opinia, choć precyzyjnie uzasadniona, nigdy nie uchwyci jego punktu widzenia w całej rozciągłości⁷.

Bardzo często sędziowie dodają, że taki opis stanowi jedynie skromne objaśnienie rzeczywistości. Twierdzą, że nie istnieją prawidłowe odpowiedzi na trudne pytania prawne, a jedynie odpowiedzi sprzeczne ze sobą, i że ich rozumienie jest ostatecznie subiektywne oraz ogranicza się do tego, co wydaje się słuszne konkretnemu sędziemu w konkretnym dniu. Ta skromność przeczy jednak temu, co sami mówią na wstępie, ponieważ kiedy w końcu podejmą decyzję, jak orzec w jakiejś sprawie, to sądzą, że ich punkt widzenia jest najlepszy, a nie tylko odmienny od wszystkich pozostałych; choćby myśleli w ten sposób wskutek poczucia niższości, życząc sobie, by ich pewność siebie była większa albo by dysponowali dłuższym czasem do namysłu, muszą przyjąć takie właśnie przekonanie. Z tych i innych przyczyn poglądu, że prawo jest romantycznym „rzemiosłem”, nie można uznać za satysfakcjonujący; nie ma on wystarczającej struktury wewnętrznej, by móc liczyć się jako ukształtowana teoria argumentacji prawniczej, a zadowala się raczej tworzeniem tajemnic. Aby stwierdzić, czym różni się struktura instynktu sędziowskiego od struktury przekonań, jakie ludzie miewają na temat rządu i sprawiedliwości, należy wizji prawa jako rzemiosła narzucić pewien rygor.

Nie przedstawiłem jeszcze argumentów na rzecz mojego twierdzenia, że dominujący w środowiskach akademickich czysto faktyczny punkt widzenia na

⁷ Zob. np. B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, zwłaszcza s. 165–180, New Haven 1921.

prawo nie jest teorią, ale raczej próbą uniknięcia jej tworzenia. W tym celu potrzebujemy rzeczywistych przykładów sporów teoretycznych i przykładów tych dostarczę. Jeśli jednak mam rację, to jesteśmy w trudnej sytuacji. Jeśli laicy, wykładowcy prawoznawstwa, prawnicy praktycy oraz sędziowie nie dysponują dobrymi odpowiedziami na pytanie, jak w ogóle jest możliwy spór teoretyczny i czego ma dotyczyć, to brakuje nam podstaw solidnego aparatu pojęciowego, niezbędnego dla inteligentnej i konstruktywnej krytyki działalności sędziów. Żaden organ państwa nie jest ważniejszy od naszych sądów i żaden nie jest tak źle rozumiany przez podlegające mu osoby. Większość ludzi dysponuje dość jasną wizją tego, jak swoje obowiązki powinni wypełniać kongresmani, premierzy czy prezydenci, ale jednocześnie bardzo zaciemnionym obrazem tego, jak ci urzędnicy rzeczywiście postępują. Jednak raczej to powszechna opinia na temat sędziów i orzekania jest smutnym przejawem pustosłowania, a mam tu na myśli także poglądy wielu praktykujących prawników i sędziów, ujawniające się, gdy wypowiadają się lub piszą na temat własnej działalności. Jest to rzecz wstydliva, ale stanowi tylko część problemu. Wynika to z faktu, że jesteśmy zainteresowani prawem nie tylko ze względu na to, że możemy się nim posłużyć dla własnych, samolubnych lub godnych pochwały celów, ale ponieważ prawo jest najbardziej złożoną i pouczającą instytucją społeczną. Jeśli będziemy lepiej rozumieć istotę naszych sporów prawnych, będziemy także lepiej rozumieć, kim jesteśmy.

WĄTPLIWOŚĆ WSTĘPNA

Niniejsza książka dotyczy prawnych sporów teoretycznych. Zmierza ona do osiągnięcia rozumienia, o jakie spory chodzi, a następnie stworzenia i obrony konkretnej teorii określającej właściwe podstawy prawa. Oczywiście, praktyka więcej mówi o prawie niż spór teoretyczny, a niniejsza książka pomija także wiele zagadnień rozważanych w ramach teorii prawa. Niewiele mówi się w niej, na przykład, o kwestiach faktycznych. Ważną rzeczą jest to, jak sędziowie orzekają czy robotnik ma prawo do odszkodowania, jeśli jego kolega upuści mu klucz na nogę, ale równie istotne znaczenie ma to, w jaki sposób sędzia lub ława przysięgłych ustalą, czy (jak twierdzi pracodawca) to nie sam robotnik upuścił klucz na swoją nogę. Nie rozważam też stosowanych w praktyce polityk orzekania, kompromisów, jakie sędziowie muszą czasami akceptować, przedstawiając prawo w nieco inny sposób niż, ich zdaniem, najwłaściwszy, po to, by, na przykład, pozyskać głosy innych sędziów. Interesuje mnie jedynie kwestia prawa, a nie powody, ze względu na które sędziowie mogą łagodzić swoje twierdzenia o tym, czym ono jest. Moje zamierzenia są również ograniczone z innego powodu. Koncentrują się one na formalnej stronie orzekania, na sę-

dziach w ich czarnych togach, którzy jednak nie są jedynymi, a może wręcz nie najważniejszymi aktorami w prawniczym przedstawieniu. Bardziej kompletne studium praktyki prawa musi uwzględniać legislatorów, policjantów, prokuratorów rejonowych, pracowników opieki społecznej, przewodniczących rad szkolnych i wielką liczbę innych urzędników, którzy nie są określani mianem urzędników publicznych, ale których decyzje mają wpływ na uprawnienia ich współobywateli.

Niektórzy krytycy pospieszenie wytkną nam w tym miejscu, że, z wymienionych powodów, nasze zamiary są nie tylko niekompletne, ale po prostu niewłaściwe, że nie zrozumiemy procesów prawnych, skoro przykładamy szczególną wagę do doktrynalnych sporów prawników o to, czym jest prawo. Krytycy ci powiedzą, że spory te ukrywają – albo mają ukrywać – ważne społeczne funkcje prawa jako świadka i siły ideologicznej. Prawidłowe rozumienie prawa jako zjawiska społecznego wymaga, powiedzą, przyjęcia bardziej naukowego, socjologicznego lub historycznego podejścia, które nie kładzie tak wielkiego nacisku na właściwe przedstawienie sporów prawnych lub nie kładzie go w ogóle. Sądzą oni, że rozważać należy zupełnie inne kwestie, jak na przykład: jak dalece i w jaki sposób sędziowie ulegają świadomości klasowej albo okolicznościom ekonomicznym? Czy orzeczenia sądowe w dziewiętnastowiecznej Ameryce odegrały istotną rolę w kształtowaniu szczególnej amerykańskiej wersji kapitalizmu albo czy te orzeczenia mogły stanowić jedynie odbicie zmian i konfliktów społecznych, ale nie wspierały tych pierwszych ani nie rozstrzygały tych drugich? Jeśli, pouczają krytycy, uwikłamy się w filozoficzne spory, czy i dla czego twierdzenia prawne mogą być kontrowersyjne, to zaniedbamy owe poważne kwestie, podobnie jak to się stało z antropologami, którzy dali się wciągnąć w teologiczne dysputy nad jakimiś starożytnymi czy prymitywnymi kulturami.

Ten argument nie spełnia stawianych przez siebie wymogów. Żąda się tu realizmu społecznego, ale ten typ teorii, jaki się rekomenduje, nie może go dostarczyć. Oczywiście, prawo jest zjawiskiem społecznym. Jego złożoność, funkcje i konsekwencje zależą jednak od szczególnej właściwości jego struktury. Inaczej niż wszystkie inne zjawiska, praktyka prawnicza ma charakter argumentacyjny. Każdy aktor biorący udział w tej praktyce rozumie, że jej wymogi i stwarzane przez nią możliwości zależą od prawdziwości pewnych twierdzeń, które mają sens tylko i wyłącznie dzięki tej praktyce i w jej obrębie; praktyka składa się w znacznej mierze z rozwijania tych twierdzeń i spierania się na ich temat. Lud, którzy posiada prawo, wysuwa i rozważa twierdzenia na temat tego, co prawo dopuszcza i czego zabrania. Twierdzenia te – jako pozbawione sensu – nie byłyby możliwe bez istnienia prawa, a większość tego, co owo prawo mówi o tym ludzie, nie może być odkryte inaczej, jak tylko przez obserwację, jak uzasadnia się w nim i broni tych twierdzeń.

Ten niezbywalny, argumentacyjny wymiar praktyki prawnej może być badany na dwa sposoby lub z dwóch punktów widzenia. Pierwszy z nich to zewnętrzny punkt widzenia historyka lub socjologa, który, na przykład, rozważa, dlaczego w pewnych okresach lub warunkach rozwijają się właśnie te, a nie inne wzory sporów prawnych. Drugi punkt widzenia to wewnętrzny punkt widzenia tych, którzy wysuwają wspomniane twierdzenia. Przedmiotem ich zainteresowań nie jest, koniec końców, historia, choć mogą ją uważać za rzecz istotną; są oni nastawieni praktycznie, właśnie w sposób wyśmiewany w rozważanym zarzucie. Nie oczekują oni przewidywania twierdzeń prawnych, które w przyszłości poczynią, ale argumentów, które z tych twierdzeń jest słuszne i dlaczego; nie chcą teorii tego, jak historia i ekonomia ukształtowały ich świadomość, ale objaśniających miejsce, jakie te dyscypliny zajmują w sporach o to, czego prawo od nich wymaga.

Obydwa punkty widzenia na prawo, zewnętrzny i wewnętrzny, są nieodzowne i każdy z nich musi obejmować drugi lub brać go pod uwagę. Punkt widzenia uczestnika praktyki prawa obejmuje punkt widzenia historyka, gdy jakieś roszczenie prawne zależy od faktu historycznego: gdy kwestia legalności segregacji rasowej zależy od ustalenia motywów, jakie kierowały twórcami Konstytucji albo tymi, którzy zaprowadzili segregację w szkołach⁸. Perspektywa historyka obejmuje punkt widzenia uczestnika w jeszcze większym stopniu, bowiem historyk nie może zrozumieć prawa jako praktyki argumentacyjnej, nawet by odrzucić ją jako wiodącą na manowce, dopóki nie posiadać rozumienia uczestnika i nie wypracuje własnego poczucia, co w danej praktyce uznaje się za dobry lub zły argument. Społeczna teoria prawa jest niezbędna, ale z tego samego powodu musi być ona prawnicza. Teorie, które pomijają strukturę sporów prawnych na rzecz rzekomo ważniejszych problemów historii i społeczeństwa, są więc nadużyciem. Pomijają one pytania dotyczące wewnętrznych właściwości sporu prawnego, a więc ich wyjaśnienia są zubożone i wadliwe, podobnie jak rozliczne historie matematyki pisane językiem Hegla czy Skinnera. Najbardziej wpływowym zwolennikiem takiej „zewnętrznej teorii prawa”⁹ był, moim zdaniem, Olivier Wendell Holmes; przygnębiające dzieje jurysprudencki socjologicznej w naszym wieku świadczą o tym, jak bardzo się mylił. Czekamy cierpliwie na objawienie, a gdy to robimy, teorie stają się w coraz większym stopniu programami i coraz bardziej tracą na treści, są coraz bardziej radykalne w teorii i coraz mniej krytyczne w praktyce.

Niniejsza książka przyjmuje wewnętrzny punkt widzenia uczestnika; stara się uporać z argumentacyjnym charakterem naszej praktyki prawnej, przyłączając się do niej i zmagając się z tymi samymi kwestiami rzetelności i praw-

⁸ Te możliwości są rozważane w rozdziałach 9 i 10.

⁹ O.W. Holmes, *The Path of Law*, „Harvard Law Review” 1897, nr 10.