

Racjonalność

1. Przeciw logice

Jeden z najważniejszych tekstów w historii amerykańskiej jurysprudencji był zapisem wykładu wygłoszonego przez Olivera Wendela Holmesa, sędziego Sądu Najwyższego Stanu Massachusetts, na początku 1897 r. Audytorium stanowili studenci i pracownicy Szkoły Prawa Uniwersytetu Bostońskiego. Wykład, zatytułowany „The path of the law”, został szybko wydany drukiem, najpierw w „Boston Law School Magazine” z lutego 1897 r., a następnie, w tym samym roku, w „Harvard Law Review”²⁵². Jest to mistrzowska charakterystyka prawa, wypełniona głębokimi spostrzeżeniami i dalekosiężnymi ideami. Mówi się zwykle, że Holmes przedstawia w *The path of the law* swoją predyktywną koncepcję prawa jako „przewidywania tego, co zrobią sędziowie”²⁵³. To prawda; ale w tym tekście odnaleźć można znacznie więcej – sprzeciw wobec poszukiwania „istoty prawa”, postulat stosowania narzędzi ekonomicznych w rozumowaniach prawniczych, krytykę wizji prawa jako zbioru normatywnych standardów, czy wreszcie – co dla nas najciekawsze – wątpliwości wokół stosowania logiki w myśleniu prawniczym.

²⁵² O.W. Holmes, *The path of the law*, „Harvard Law Review” 10(8), 1897, s. 457.

²⁵³ Tamże, s. 458.

Jest to zresztą coś więcej, niż zwykłe wątpliwości. Holmes mówi wręcz o błędzie w rozumowaniu czy też sofistymacie (*fallacy*), polegającym na uznaniu, że „logika jest jedyną siłą wpływającą na rozwój prawa”²⁵⁴. Fakt, że przekonaniu takiemu ulegamy, nie jest zaskakujący, bo jesteśmy przyzwyczajeni, by w pewien sposób myśleć o świecie. Używamy do tego związków przyczynowo-skutkowych, uchwytyjąc napotykanne zdarzenia w sieć logicznych relacji. „Jeśli istniałaby rzecz wymykająca się tym ilościowym związkom, nazwalibyśmy ją cudem. Leżałaby poza zasadą przyczyny i skutku, a przez to przekraczała nasze zdolności poznawcze, a przynajmniej byłaby czymś, o czym nie umiemy myśleć”²⁵⁵. Trudno się zatem dziwić, że podobnie chcemy ujmować prawo: pragniemy zamknąć je w dobrze określonej siatce logicznych powiązań. Takiemu podejściu sprzyja też kształcenie prawników. „Trening prawniczy jest treningiem logicznym. Procedury analogii, rozróżniania czy dedukcji są tymi, z którymi prawnicy czują się najlepiej. Język decyzji sądowych też jest głównie językiem logiki. A metoda logiczna i forma schlebiają tęsknocie za pewnością i porządkiem, która jest głęboko osadzona w każdym ludzkim umyśle”²⁵⁶.

To zaufanie do metod logicznych jest jednak, zdaniem Holmesa, poważnym nieporozumieniem, które naraża nas na wiele niebezpieczeństw. Nie chodzi przy tym o to, że logika nie ma nic wspólnego z prawem; trzeba natomiast uświadomić sobie, że porządku prawnego nie można ukształtować na wzór różnych działów matematyki i zamknąć w spójny system abstrakcyjnych aksjomatów. „Za formą logiczną kryje się sąd co do relatyw-

²⁵⁴ Tamże, s. 465.

²⁵⁵ Tamże.

²⁵⁶ Tamże, s. 466.

nej wagi i znaczenia konkurujących ze sobą podstaw prawnych; sąd co prawda często niewyartykułowany, a nawet nieświadomy, ale stanowiący istotę całego procesu”²⁵⁷. Forma logiczna jest czymś wtórnym – ostatecznie każdy wniosek można przecieć „ubrać” w logicznie poprawny schemat rozumowań. Tym, co ma kluczowe znaczenie w myśleniu prawnika, jest treść, a nie forma. Dodajmy do tego, że poglądy, które służą uzasadnianiu decyzji prawnych, rzadko mają postać precyzyjnych, weryfikowalnych sądów. „Kwestie takie są tak naprawdę polem walki, gdzie nie istnieją żadne ostateczne ustalenia, a decyzje nie są niczym więcej, jak wyrazem preferencji danej osoby w określonym czasie i miejscu. (...) Nie zdajemy sobie sprawy, jak bardzo nasze prawo uległoby przeobrażeniom przy najmniejszej zmianie w zwyczajach społecznych”²⁵⁸. Skoro tak, to nie może być mowy o stworzeniu spójnego, uporządkowanego i precyzyjnego systemu prawa, który stanowiłby podstawę do wydawania charakteryzujących się logiczną pewnością orzeczeń. Jak pisał Holmes w swych wykładach o *common law*:

Życiem prawa nigdy nie była logika – było nim doświadczenie. Wyczuwalne potrzeby epoki, najważniejsze teorie moralne i polityczne, intuicje dotyczące polityki publicznej, czy to jawne, czy nieuświadomione, a nawet uprzedzenia, które sędziowie dzielą ze swymi współobywatelami, mają znacznie większy wpływ na reguły prawa niż logiczny sylogizm²⁵⁹.

²⁵⁷ Tamże.

²⁵⁸ Tamże.

²⁵⁹ O.W. Holmes, *The Common Law*, American Bar Association, Chicago 1881, s. 1.

Jedenaście lat po wystąpieniu Holmesa, 25 września 1908 r., inny koryfeusz amerykańskiej nauki prawa, Roscoe Pound, wygłosił wykład, którego wysłuchali członkowie Bar Association of North Dakota. Wykład nosił tytuł „Mechanical jurisprudence” i został opublikowany w tym samym roku w „Columbia Law Review”²⁶⁰. Punktem wyjścia dla rozważań Pounda było pytanie o naukowość prawa, a wręcz rodzaj obsesji, którą na tym punkcie miało ówczasie wielu amerykańskich prawników. Czymże jednak jest „naukowość”? Zdaniem Pounda postulat ten zamknąć można w trzech sloganach: zgodności z rozumem, jednolitości i pewności. W 1908 r. wydawać się mogło, że są to cechy prawdziwej nauki; nauki, dodajmy, która święciła spektakularne sukcesy. Na świecie wciąż szeroko dyskutowano Darwinowską teorię ewolucji, minęło ledwie trzydzieści lat od przełomowych prac Pasteura, a dziesięć od odkrycia promieniowania rentgenowskiego; bracia Wright nie tak dawno odbyli pierwszy udany lot samolotem, a Einstein trzy lata wcześniej miał swój *annus mirabilis*, publikując w jednym roku prace poświęcone efektowi fotoelektrycznemu, ruchom Browna i szczególnej teorii względności. Co stało za ich sukcesami? Były one triumfem rozumu posługującego się logiką, napędzało je marzenie o jednolitej, naukowej wizji świata, a od wysiłków poznawczych poprzednich epok odróżniał je niespotykany stopień pewności.

Kłopot w tym, zauważa Pound, że entuzjaści unaukowieńia jurysprudencji nie rozumieją, jak naprawdę działają nauki przyrodnicze. Wyobrażają sobie oni, że o naukowości świadczy możliwość zamknięcia tej danej dyscypliny w wielki, statyczny system powiązań logicznych, z którego – w sposób czysto me-

²⁶⁰ R. Pound, *Mechanical jurisprudence*, „Columbia Law Review” 8(8), 1908, s. 605–623.

chaniczny – dowodzić można kolejnych twierdzeń i rozstrzygać wszelkie problemy. „Ale w rzeczywistości to w ogóle nie jest nauka. Nie uznajemy już za naukowe czegoś tylko z tego względu, że ma formę sztywnego schematu dedukcji z apriorycznych przesłanek”²⁶¹. Wręcz przeciwnie: „idea nauki jako systemu dedukcyjnego stała się przeżytkiem. Rewolucja, która miała miejsce w tym kontekście w naukach przyrodniczych, musi nastąpić także w naukach prawnych”²⁶².

Potrzeba porzucenia „mechanicznej jurysprudencji” wynika – zdaniem Pounda – z faktu, że idea ta przynosi więcej strat niż pożytków, przede wszystkim zaś sprawia, iż porządek prawny nie przystaje do szybko zmieniającej się rzeczywistości społecznej. W historii prawa zaobserwować można okresy triumfu dojrzałych i złożonych, ale sztywnych teorii, gdzie rozumowanie prawnika sprowadza się do stosowania prostej dedukcji. Decyzje prawne są wtedy „pełne ‘słów-kluczy’: przedawnienie, podżeganie, nieruchomości budynkowa, treść ostatniej woli testatora, termin instrukcyjny; gdy do nich docieramy, przyjmuje się, że znaleźliśmy się na końcu naszej prawniczej drogi. Niczym bohater *Baśni tysiąca i jednej nocy* podnosimy nasz bułat w górę i wypowiadamy zaklęcie”²⁶³. Tymczasem „zadaniem sędziego jest sprawić, by zasady prawa żyły, a nie wywodzić z nich reguły; nie dążyć, by stały się nieśmiertelne, ale uzyskać coś mniej ambitnego, a bardziej użytecznego – dostarczyć ilustracji inteligentnego zastosowania zasady do konkretnej sprawy i sformułować wykonalny i sprawiedliwy wyrok”²⁶⁴.

²⁶¹ Tamże, s. 608.

²⁶² Tamże.

²⁶³ Tamże, s. 621.

²⁶⁴ Tamże, s. 622.

Kolejny głos w dyskusji o roli logiki w prawie należał do jednego z najważniejszych filozofów amerykańskich, Johna Deweya. W artykule *Logical method and the law* z 1924 r. przychylił on się do surowej oceny, którą Holmes i Pound wystawili prawniczemu sylogizmowi²⁶⁵. „Zgodnie z tym modelem każde demonstratywne lub ściśle logiczne rozumowanie polega na ‘subsumpcji’ konkretnej sprawy pod odpowiednią ogólną regułą. Zakłada się tu uprzednie istnienie partykulariów i uniwersaliów. W ten sposób rodzi się tendencja, którą profesor Pound nazywa mechaniczną jurysprudencją. Schlebia ona potrzebie pewności, o której mówił sędzia Holmes; wzmacnia te inercyjne aspekty natury ludzkiej, które każą ludziom trzymać się pewnych idei tak długo, aż na dobre zadomowią się one w naszych umysłach”²⁶⁶.

Dewey spekuluje przy tym, że rozwój precyzyjnej logiki formalnej nie miał nic wspólnego z faktycznie przeprowadzanymi operacjami myślowymi, a z potrzebą uzasadnienia podjętych decyzji wobec innych ludzi²⁶⁷. „Można sobie łatwo wyobrazić, że jeśli nie musielibyśmy tłumaczyć się z naszych decyzji przed innymi, operacje logiczne nigdy by nie powstały, a ludzie korzystaliby wyłącznie z nieartykułowanej intuicji, impresji, uczucia. Dopiero doświadczywszy konieczności bronięcia swych decyzji przed innymi, domagającymi się racji albo usprawiedliwienia, ludzie zaczęli samym sobie stawiać pytania o to, czy konkluzje, do których doszli, są uzasadnione. (...) To w ten

²⁶⁵ J. Dewey, *Logical method and the law*, „Cornell Law Review” 10(1), 1924, s. 17–27.

²⁶⁶ Tamże, s. 22.

²⁶⁷ Por. tamże, s. 24. Jest to niezwykle dalekowzroczna uwaga, która przypomina tezy głoszone dzisiaj przez H. Merciera i D. Sperbera w *The Enigma of Reason*, dz. cyt.

sposób zrodził się główny impuls i pokusa mechanicznej logiki i abstrakcyjnego użycia formalnych pojęć”²⁶⁸.

Trzeba zatem zawsze pamiętać – podkreśla Dewey – że operacja myślenia nie ma wiele wspólnego z formalnymi schematami logicznymi. Ludzie nie rozwiązują problemów, zaczynając od ogólnych przesłanek. Stając w obliczu skomplikowanej sprawy, prawnik rozważać będzie różne sposoby postępowania i alternatywne rozwiązania. Ogólna reguła prawna i poprawny opis faktów będą celem, a nie punktem wyjścia tego procesu poznawczego. „Implikacje tego stanu rzeczy są bardziej rewolucyjne, niż mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka. Okazuje się, że musimy w ogóle odrzucić logikę, albo że musi to być logika zrelatywizowana do konsekwencji, a nie przesłanek; logika predykcji prawdopodobieństw raczej niż dedukcyjnej pewności”²⁶⁹. Dewey postuluje tu posługiwanie się logiką odkrycia, a nie uzasadnienia. Tę pierwszą wykorzystać można w dynamicznych i kreatywnych decyzjach prawnych; ta druga zdolna jest jedynie operować w ramach statycznego, sztywnego systemu prawnego, którego piękna fasada sypie się w zetknięciu ze zmianą społeczną.

W 1929 r., gdy Stany Zjednoczone właśnie pogrążyły się w wielkim kryzysie gospodarczym, Karl Llewellyn wygłosił cykl wykładów dla studentów Columbia Law School poświęconych prawu i jego studiowaniu. W zamierzeniu był to kurs wprowadzający młodych adeptów prawa w tę skomplikowaną materię; stąd język, którym posługuje się Llewellyn, ma niewiele wspólnego z ciężkim stylem prac naukowych; stąd poruszane problemy, obok kwestii zasadniczych, takich jak pytanie o na-

²⁶⁸ Tamże, s. 24.

²⁶⁹ Tamże, s. 26.

turę prawa, obejmują także kwestie bardziej błahe. Wszystko to widać również w opublikowanej wersji wykładów, której Llewellyn nadał tytuł *The Bramble Bush*²⁷⁰.

The Bramble Bush to książka przesiąknięta realistyczną wizją prawa. Llewellyn powtarza za swymi wielkimi poprzednikami, że sędziowie nie kierują się regułami, a formułowane przez nich uzasadnienia często stanowią jedynie chwyt retoryczny; że nie istnieje coś takiego, jak „nagi fakt sądowy” – na rzeczywistość zawsze patrzemy poprzez okulary zabarwione wykształceniem prawniczym, naturą rozważanego problemu i uprzedzeniami; że sędzia to nie maszyna wyrzucająca z siebie sprawiedliwe wyroki, ale istota ludzka, ze wszystkimi swymi wadami i ograniczeniami; że wreszcie w opasłych prawniczych tomach nie znajdziemy prawdy, co oczywiście nie znaczy, iż nie powinniśmy ich czytać²⁷¹.

Llewellyn zgadza się też z Holmesem, Poundem i Deweyem, że idea, zgodnie z którą „prawo jest zbudowane z zasad i reguł, (...) a mistrz rzemieślniczy mógłby ułożyć je w jedną wielką hierarchiczną strukturę”²⁷², jest całkowicie błędna. System prawny, czymkolwiek jest, nie stanowi uporządkowanego logicznie zbioru twierdzeń. Gdy przyjrzymy się „prawu w działaniu”, okaże się, że rzeczywistość jest zbyt złożona i zmienna, by zamknąć ją w doskonały schemat pojęciowy. Z tego względu sędzia nie jest i nie może być „logiczną maszyną”, dokonującą niezawodnych dedukcji w oparciu o spójny i zupełny system prawa.

²⁷⁰ K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, Quid Pro, New Orleans 2012, Kindle Edition.

²⁷¹ Por. G. Gilmore, *Book review. The Bramble Bush*, „Yale Law Journal” 60, 1951, s. 1252.

²⁷² K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, dz. cyt.

Równocześnie jednak Llewellyn stwierdza – dosyć zaskakująco w kontekście przywoływanych wyżej rozważań Holmesa, Pounda i Deweya – że wszystko to nie zdejmuje z prawnika osobliwego obowiązku: ciągłych prób stworzenia z prawa logicznie doskonałej struktury²⁷³. Struktura taka, zauważa Llewellyn, stanowi „techniczną drabinę”, która okazuje się niezwykle przydatna przy rozwiązywaniu problemów prawnych. Słabych sędziów i adwokatów zamyka ona w ścianach twierdzy wybudowanej przez ich poprzedników; dobrym prawnikiem umożliwia wspięcie się po tych ścianach i dołożenie kolejnej cegiełki do tej imponującej budowli²⁷⁴. W obu przypadkach „logiczna drabina jest sposobem, by pozostać w kontakcie z decyzjami podejmowanymi w przeszłości”²⁷⁵.

Llewellyn podkreśla też, że logika nie służy wyłącznie do zadań „globalnych”, konstrukcji całego systemu prawa; wręcz przeciwnie, zwykle wykorzystywać ją będziemy lokalnie, by zrekonstruować – wokół tych czy innych precedensów – mini-system prawny, na przykład dotyczący wypadków komunikacyjnych, albo odpowiedzialności oberżystów. To „podejście *ad hoc* do logiki, budowanie przesłanek większych na grupie przypadków, nie po to, by zobaczyć, co zawierają, ale by rozstrzygnąć sprawę, przed którą стоимy – oto istota prawa precedensowego”²⁷⁶. Trzeba też pamiętać, że na podstawie tego samego materiału – tej samej grupy spraw – będzie można zwykle postawić kilka różnych, konkurencyjnych konstrukcji logicznych; istnieć będą alternatywne sposoby uporządkowania tych spraw. To też typowa i ważna cecha *common law*.

²⁷³ Por. tamże.

²⁷⁴ Por. tamże.

²⁷⁵ Tamże.

²⁷⁶ Tamże.

Przywołane powyżej poglądy Holmesa, Pounda, Deweya i Llewellyna układają się w wielowątkowy atak na pewną postać racjonalności – wizję, zgodnie z którą powinniśmy podejmować decyzje w oparciu o spójny system abstrakcyjnych reguł, korzystając przy tym z niezawodnej metody dedukcji. Był to zatem, po pierwsze, atak na przekonanie, że prawo składa się wyłącznie z ogólnych reguł. Nie może to być prawdą, bo – z jednej strony – świat jest zbyt złożony, by zamknąć go w jakąkolwiek abstrakcyjną siatkę pojęciową, a z drugiej – bo rzeczywistość społeczna zmienia się tak szybko, że reguły takie byłyby zbyt nietrwałe: ledwie byśmy je sformułowali, już trzeba by je modyfikować. Po drugie, Holmes i spółka występują także przeciw systematyczności prawa. Porządek prawny nie przypomina matematycznych aksjomatyzacji. Nigdy nie pojawi się prawniczy Euklides, który wskazawszy zestaw kilku postulatów i reguł inferencji, mógłby zostawić wydawanie wyroków maszynom. Prawo nie jest spójną opowieścią, choć czasem tak je portretujemy; jest pełne sprzeczności, konkurencyjnych punktów widzenia i alternatywnych rozwiązań. To raczej obraz Jacksona Pollocka, a nie martwa natura Rembrandta. Po trzecie, opisywany przez nas atak wymierzony był także w dedukcję jako metodę podejmowania decyzji. Choć prawnik korzysta czasem z niezawodnych schematów logicznych, jest to raczej efekt końcowy, a nie istota stosowanych przez niego procedur myślowych. Dedukcja sprawdzałaby się w prawie, gdyby istniała tu jedna droga od punktu wyjścia (abstrakcyjnej reguły) do celu (wyroku w konkretnej sprawie). Tymczasem codziennością prawnika jest, jak podkreśla Llewellyn, praca z alternatywnymi sposobami rozwiązania danego problemu. To także świat, w którym, mówiąc słowami Deweya, potrzebujemy logiki „zrelatywizowanej do kon-

sekwencji”, a nie do przesłanek. Ujmując to inaczej, prawnik musi odrzucić te dedukcyjne argumenty, które prowadzą do nieakceptowalnych wniosków, a takie postępowanie na pewno nie jest już stosowaniem dedukcji.

Można jednak zasadnie zapytać, czy w tę postać racjonalności, którą z takim zapałem zwalczają Holmes, Pound, Dewey i Llewellyn, ktokolwiek kiedykolwiek wierzył. Jak zauważa Ronald Dworkin:

Oczywiście [realistom] wydaje się, że wiedzą, jak reszta z nas używa tych pojęć. Myślą, że kiedy mówimy „prawo”, mamy na uwadze zbiór ponadczasowych reguł zebranych w pojęciowym magazynie, które tylko czekają na to, by dać się odkryć sędziom (...). Koncepcję istnienia takich reguł nazywają „mechaniczną jurysprudencją” i mają rację, wyśmiewając jej zwolenników. Ich problem polega jednak na tym, że trudno wskazać im kogoś konkretnego, kogo można by wyśmiać. Jak dotąd nie dopisywało im szczęście, gdy próbowali schwytać i wystawić na widok publiczny choćby jednego „mechanicznego prawnika”²⁷⁷.

Dworkin ma oczywiście rację – zapewne żaden filozof prawa nigdy nie twierdził, że prawo to niezmienny system reguł, a stosować powinniśmy je wyłącznie „mechanicznie”, bez refleksji nad jego treścią i wartościami, które ucieleśnia. Nie znaczy to jednak, że istotne aspekty tego sposobu myślenia – nazwijmy go naiwnym dedukcjonizmem – nie były i nie są stale obecne w refleksji nad myśleniem prawniczym. Wystarczy przypomnieć marzenie Leibniza, który chciał kształtować

²⁷⁷ R. Dworkin, *Is law a system of rules?*, [w:] R.S. Summers (red.), *Essays in Legal Philosophy*, University of California Press, Berkeley 1968, s. 27.

prawo i inne dziedziny refleksji na wzór matematyki²⁷⁸, poglądy kodyfikatorów, a szczególnie Benthama, postulującego stworzenie doskonałego kodeksu praw, który zmieniać trzeba raz na sto lat²⁷⁹, albo niektóre wątki w myśleniu kontynentalnych pozytywistów, by dostrzec coś więcej niż odległe pokrewieństwo z ideą naiwnego dedukcjonizmu. Z tej perspektywy złośliwości Dworkina są nieco przesadzone: może i mechaniczna jursprudencja była jedynie tworem wyobraźni kilku amerykańskich realistów, chcących stworzyć sobie „chłopca do bicia”. Ale wyobrażenie to było wystarczająco silnie zakorzenione w rzeczywistości. W refleksji nad prawem, zarówno w wyrafinowanej teorii, jak i w prozaicznej praktyce, tendencja do widzenia prawa jako doskonałego systemu reguł była stale obecna i warto było ostrzegać przed niebezpieczeństwami z nią związanymi.

Zauważmy zresztą, że przywoływani przez nas myśliciele, a szczególnie Dewey i Llewellyn, nie twierdzili, iż prawo nie ma nic wspólnego z logiką, a sylogizm prawniczy jest źródłem wszelkiego zła. Myślenie prawnicze może i powinno wykorzystywać schematy logiczne, ale ich funkcja jest inna, niż zakłada to naiwny dedukcjonizm. Logika nie jest ostateczną podstawą uzasadnienia decyzji prawnych, bo ze względu na złożoność rzeczywistości, dynamizm zmian społecznych i naturę ludzkich procesów poznawczych, nie jest ona w stanie spełniać tej roli. Równocześnie jednak trudno wyobrazić sobie myślenie prawnicze bez struktury logicznej, w tym bez wykorzystania sylogi-

²⁷⁸ Por. G.W. Leibniz, *Dissertation on the art of combinations*, [w:] tenże, *Philosophical Papers and Letters*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989, s. 84.

²⁷⁹ J. Bentham, *General view of a complete code of laws*, [w:] J. Bowring (red.), *The Works of Jeremy Bentham*, tom III, Edinburgh 1839, s. 210.

zmów. To wtedy można by zastąpić sędziego maszyną, ale nie „logiczną”, tylko dokonującą losowania wyroku. Logika strukturyzuje rozumowania prawnicze, stanowi – jak ujmuje to Llewellyn, „drabinę techniczną”, która jest oparciem dla naszych wysiłków poznawczych. Rzecz w tym, że drabina ta nie może wisieć w powietrzu: trzeba ją na czymś postawić i o coś oprzeć. Abstrakcyjne konstrukcje prawne są bezużyteczne, jeśli nie osadzi się ich w prawniczym konkrezie. To dlatego naiwny dedukcjonizm pozostaje mrzonką: myślenie prawnicze jest ciągłą grą tego, co ogólne, i tego, co konkretne, a nie efektem działania potężnego „silnika inferencyjnego”.

2. Top-down i bottom-up

Jednym z największych marzeń filozofów od zawsze było posiadanie wiedzy pewnej. Być może najbardziej dobitnie wyraził je Kartezjusz, który w *Medytacjach o pierwszej filozofii*, *Rozprawie o metodzie* i innych dziełach, stosując strategię metodycznego wątpienia, podjął się wyrugować niepewność i fałsz z filozofii. Strategia, którą przyjął, wzorowana w dużej mierze na matematyce, da się streścić w dwóch słowach: fundament i metoda. Najpierw odnaleźć trzeba to, w co niepodobna zwątpić, tym samym ustalając podstawę, na której stawiać można konstrukcje teoretyczne. Konstrukcje te muszą wykazywać się tą samą pewnością, co fundament; nie buduje się ich więc w sposób dowolny, ale korzystając z niezawodnych metod. Kartezjusz był zatem epistemologicznym fundacjonistą: podstawę dla swych teorii znalazł w słynnym *ego cogito, ego sum*, zaś metodę – zaufanie do tego, co „jasno

i wyraźnie” widzimy oczami duszy i niezawodne schematy logiczne – zapożyczył z geometrii²⁸⁰.

Fundacjonistyczna wizja okazała się jednak utopią, a szczególnie dobitnie wykazała to dwudziestowieczna refleksja nad nauką. Z jednej strony, fiaskiem skończył się projekt Koła Wiedeńskiego, który zakładał, że nauka opiera się na trwałym fundamencie obserwowalnych faktów, z których – wyposażona w narzędzia logiki indukcji – wyrusza w swe teoretyczne ekspedycje. Podsumował to ładnie Karl Popper stwierdzając, że skomplikowana konstrukcja naszej wiedzy postawiona jest na palach wbitych w bagnisko; gdy konstrukcja zaczyna się chwiać, po prostu wbijamy pale nieco głębiej, bez żadnej gwarancji, że kiedykolwiek sięgniemy dna²⁸¹. Z drugiej strony, nieporozumieniem okazała się także strategia przeciwna, polegająca na osadzeniu naszej wiedzy w zbiorze niepodważalnych ogólnych praw. Z ideą tą zmagął się David Hilbert, który w wykładach hamburskich z 1923 r. przedstawiał swoim słuchaczom wizję matematycznych „równań świata”, mających pozwolić „na wywnioskowanie wszystkich znanych (i jeszcze nieznanymi) faktów doświadczalnych”²⁸². Tymczasem, jak wykazali Popper, Lakatos, Kuhn, Feyerabend i inni filozofowie nauki²⁸³, naszych teorii fizycznych nie mamy nigdy prawa traktować inaczej, niż jako robocze hipotezy, które w każdej chwili okazać się mogą fałszywe.

²⁸⁰ Por. B. Brożek, *Myślenie*, dz. cyt., s. 115–118.

²⁸¹ Por. K.R. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, PWN, Warszawa 1977, s. 94.

²⁸² H. Kragh, *Wielkie spekulacje*, tłum. T. Lanczewski, Copernicus Center Press, Kraków 2016, s. 149.

²⁸³ Por. np. J. Życiński, *Elementy filozofii nauki*, Copernicus Center Press, Kraków 2015.

Porażka projektów fundacjonistycznych świadczy o niedoskonałości narzędzi, którymi dysponuje ludzki umysł. Ani strategia *bottom-up*, uznająca konkret (obserwacje empiryczne) za niepodważalny punkt wyjścia wszelkich przedsięwzięć poznawczych, ani podejście *top-down*, nakazujące rozwiązywać problemy w oparciu o nieobalane abstrakcyjne teorie, nie mogą stanowić samowystarczalnej, niezawodnej metody myślenia. Myślenie jest z konieczności nonfundacjonistyczne, wymaga uwzględnienia zarówno konkretności, jak i abstrakcji. Jest to prawdą nie tylko w naukach empirycznych, ale także w innych dziedzinach doświadczenia, w tym w prawie. Warto jednak wyjść poza tę ogólną deklarację i bardziej precyzyjnie zilustrować, dlaczego obie strategie – zarówno *bottom-up*, jak i *top-down* – ponoszą porażkę w myśleniu prawniczym²⁸⁴.

Zacznijmy od następującego eksperymentu myślowego. Wyobraźmy sobie, że nasz system prawny zawiera jedynie rozstrzygnięcia konkretnych przypadków, nie ma w nim zaś żadnych ogólnych reguł czy zasad. Przyjmijmy dalej, że jak dotąd sądy rozstrzygnęły jedynie następujące cztery sprawy:

(Sprawa Pinkertona) Pinkerton był gościem w oberży The What Cheer House. Miał przy sobie pewną sumę pieniędzy, którą oddał na przechowanie do sejf, zgodnie z regulaminem obowiązującym w oberży. O obowiązywaniu regulaminu został poinformowany na początku pobytu. Pieniądze Pinkertona zostały skradzione. W trakcie procesu właściciel The What Cheer House nie wykazał, że kradzieży tej

²⁸⁴ Por. B. Brożek, *Two faces of legal reasoning. Rule-based and case-based*, [w:] D. Krimphove, G.M. Lentner (red.), *Law and Logic. Contemporary Issues*, Duncker & Humblot, Berlin 2017, s. 67–79.

nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. Sąd, rozstrzygając powództwo Pinkertona przeciw właścicielowi oberży, uznał, że odpowiada on za szkody poniesione przez powoda.

(Sprawa Binkertona) Binkerton był gościem w oberży The Cheerful Inn. Miał przy sobie pewną sumę pieniędzy, którą zostawił w zamkniętym na klucz pokoju. W oberży obowiązywał regulamin dotyczący postępowania z wartościowymi przedmiotami i nakazujący ich przechowywanie w sejfie, o czym jednak Binkertona nie poinformowano na początku jego pobytu. Jego pieniądze zostały skradzione. W trakcie procesu właścicielowi The Cheerful Inn udało się jednak wykazać, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. Sąd, rozstrzygając powództwo Binkertona przeciw właścicielowi oberży, uznał, że nie odpowiada on za szkody poniesione przez powoda.

(Sprawa Tinkertona) Tinkerton był gościem w oberży Under the Tinker Tree. Miał przy sobie pewną sumę pieniędzy, którą oddał na przechowanie do sejfu, zgodnie z regulaminem obowiązującym w oberży. O obowiązywaniu regulaminu nie został poinformowany na początku pobytu, a odkrył go przypadkowo czytając tablicę ogłoszeń. Pieniądze Tinkertona zostały skradzione. W trakcie procesu właścicielowi Under the Tinker Tree nie udało się wykazać, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. Sąd, rozstrzygając powództwo Tinkertona przeciw właścicielowi oberży, uznał, że odpowiada on za szkody poniesione przez powoda.

(Sprawa Finkertona) Finkerton był gościem w oberży The Finnish Heaven. Miał przy sobie pewną sumę pieniędzy, którą zostawił w zamkniętym na klucz pokoju. W oberży nie obowiązywał żaden regulamin określający postępowanie z drogocennymi przedmiotami, a Finkerton został poinformowany o tym fakcie. Jego pieniądze zostały skradzione. W trakcie procesu właścicielowi The Finnish Heaven udało się jednak wykazać, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. Sąd, rozstrzygając powództwo Finkertona przeciw właścicielowi oberży, uznał, że nie odpowiada on za szkody poniesione przez powoda.

Wyobraźmy sobie teraz, że – na podstawie tych czterech spraw – mamy rozstrzygnąć kolejną, w której stan faktyczny jest następujący:

(Sprawa Winkertona) Winkerton był gościem w oberży Under the White Eagle. Miał przy sobie pewną sumę pieniędzy, którą oddał na przechowanie do sejfu. W oberży nie obowiązywał żaden regulamin określający postępowanie z drogocennymi przedmiotami, a Winkerton został poinformowany o tym fakcie. Jego pieniądze zostały skradzione. W trakcie procesu właścicielowi Under the White Eagle nie udało się wykazać, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec.

W jaki sposób rozstrzygnąć przypadek Winkertona? Czy oberżysta powinien wypłacić mu odszkodowanie, czy też nie? Kłopot polega na tym, że cztery rozstrzygnięte dotąd sprawy – Pinkertona, Binkertona, Tinkertona i Finkertona – dają asumpt

do sformułowania różnych zbiorów abstrakcyjnych reguł, odmiennych – jak nazwał je Karl Llewellyn – „technicznych drabin”, które mogą być pomocne w rozważeniu sprawy Winkertona. Zauważmy, że nasze cztery precedensowe rozstrzygnięcia wynikają logicznie (między innymi!) z każdej z następujących czterech abstrakcyjnych reguł:

(Reguła 1) Oberżysta odpowiada za kradzież wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jeśli przedmioty te zostały zdeponowane w sejfie. W innym przypadku odpowiedzialności nie ponosi.

(Reguła 2) Oberżysta odpowiada za kradzież wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jeśli spełnione są równocześnie trzy warunki: przedmioty te zostały zdeponowane w sejfie, w oberży obowiązuje regulamin określający sposób postępowania z takimi przedmiotami, a w trakcie procesu oberżysta nie wykazał, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. W innym przypadku oberżysta odpowiedzialności nie ponosi.

(Reguła 3) Oberżysta odpowiada za kradzież wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jeśli spełnione są równocześnie dwa warunki: w oberży obowiązuje regulamin dotyczący postępowania z wartościowymi przedmiotami, a w trakcie procesu oberżysta nie wykazał, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. W innym przypadku oberżysta odpowiedzialności nie ponosi.

(Reguła 4) Oberżysta odpowiada za kradzież wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jeśli spełnione są równocześnie dwa warunki: przedmioty te zostały zdeponowane w sejfie, a w trakcie procesu oberżysta nie wykazał, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. W innym przypadku oberżysta odpowiedzialności nie ponosi.

Jak łatwo sprawdzić, uznanie, że nasze cztery precedensy „zawierają” w sobie Regułę 1 lub Regułę 4 prowadzi do konkluzji, iż w sprawie Winkertona oberżysta odpowiada za kradzież pieniędzy swego gościa; gdybyśmy jednak przyjęli, że zawartą w nich zasadę odpowiedzialności najlepiej wychwytyje Reguła 2 lub Reguła 3, zmuszeni bylibyśmy skonkludować, iż właściciel Under the White Eagle nie odpowiada za straty Winkertona.

Dodajmy od razu, że ta niejednoznaczność nie jest wynikiem zbiegu okoliczności lub złośliwie dobranych przypadków. Naszą analizę można uogólnić zgodnie z głoszoną przez W.V.O. Quine’a tezą o niezdeterminowaniu teorii przez fakty²⁸⁵. Quine twierdzi – w odniesieniu do fizyki – że dowolna liczba świadectw (obserwacji empirycznych) jest zgodna z więcej niż jedną teorią. Mówiąc inaczej, każda teoria „jest niedookreślona przez wszystkie możliwe obserwacje”²⁸⁶. W ten sam sposób dowolna liczba indywidualnych decyzji prawnych w konkretnych sprawach – wszelkich *możliwych* takich decyzji – nie wyznacza jednego, unikalnego zbioru reguł postępowania. Wynika z tego, że nie może istnieć system prawny, w którym nie korzysta się

²⁸⁵ Por. W.V.O. Quine, *On the reasons for indeterminacy of translation*, „The Journal of Philosophy” 67(6), 1970.

²⁸⁶ Tamże, s. 178–179.

z abstrakcyjnych reguł; i to reguł, które nie są jednoznacznie wywiedzione z przeszłych decyzji sądowych. Prawnik nie może opierać się wyłącznie na strategii *bottom-up*, a wynika to z czysto logicznych powodów.

Kłopoty związane z rozstrzygnięciem problemów prawnych metodą *bottom-up* sięgają jednak znacznie głębiej. Z punktu widzenia logiki, każda konkretna sytuacja jest nieskończenie charakteryzowalna, czyli ma (przeliczalnie) nieskończenie wiele cech. Opisując powyżej sprawę Pinkertona, zwróciliśmy uwagę na następujące fakty: (1) że był on gościem w oberży The What Cheer House; (2) że posiadaną sumę pieniędzy oddał na przechowanie do sejf; (3) że w oberży obowiązywał regulamin postępowania z wartościowymi przedmiotami; (4) że Pinkerton został o tym fakcie poinformowany; (5) że pieniądze zostały skradzione; oraz (6) że w trakcie procesu właściciel The What Cheer House nie wykazał, że kradzieży tej nie mógł w żaden sposób przewidzieć i jej zapobiec. Nie zainteresowaliśmy się jednak innymi – nieskończenie wieloma! – faktami składającymi się na tę sprawę: jaki kolor włosów miał Pinkerton, jaki kolor miały ściany w jego pokoju, kto wyprodukował sejf, czy właściciel The What Cheer House był doświadczonym oberżystą, jaka była pogoda, co Pinkerton robił, gdy nastąpiła kradzież itd. Z nieskończenie wielu cech rozstrzyganego przypadku wybraliśmy tylko kilka. Dlaczego te właśnie?

By odpowiedzieć na to pytanie, warto przyjrzeć się autentycznej sprawie *Pinkerton v. Woodward*, którą w 1867 r., w czasach gorączki złota, rozstrzygał sąd w Kalifornii²⁸⁷. Pinkerton wraz trzema towarzyszami wracali do domu, wioząc ze sobą

²⁸⁷ *Pinkerton v. Woodward*, 88 Cal. 657.

pewną ilość złotego pyłu. Zatrzymali się w oberży The What Cheer House, której właścicielem był pan Woodward. Złoto, zgodnie z regułami obowiązującymi w oberży, zdeponowali w sejfie. Niestety, zostało ono skradzione. Pytanie, na które odpowiedzieć musiał sąd, dotyczyło odpowiedzialności pana Woodwarda: czy powinien zwrócić Pinkertonowi wartość utraconego złota? Woodward bronił się, zauważając, że w The What Cheer House prowadzi restaurację, a zatem można uznać, że jest właścicielem pensjonatu (*lodging house*), a nie oberży (*inn*). Miało to istotne znaczenie z tego względu, że w prawie amerykańskim oberżyci traktowani byli jak funkcjonariusze publiczni (*public servants*) i – odmiennie niż np. właściciele pensjonatów – odpowiadali za straty gości „jak ubezpieczyciele”, tj. na zasadzie ryzyka.

Zauważmy, że Woodward wskazał tu na pewną cechę rozważanego przypadku – fakt, że w The What Cheer House prowadzona jest restauracja – która na pierwszy rzut oka wydaje się nieistotna. Jest jednym z nieskończenie wielu aspektów stanu faktycznego – takich jak kolor włosów Pinkertona – które nie mają związku z kradzieżą złota z sejf. Rzecz w tym, że zdaniem Woodwarda prowadzenie restauracji zmieniało charakter jego biznesu, co z kolei wpływało na zasady odpowiedzialności przewidziane w prawie amerykańskim. Przykład ten ilustruje, że wybór relewantnych cech przypadku prawnego, kilku lub kilkunastu spośród nieskończenie wielu, dyktowany jest przez teorię. W sprawie *Pinkerton v. Woodward* teorią tą były abstrakcyjne zasady odpowiedzialności usługodawców za straty usługobiorców. I tę konkluzję można uogólnić: nie ma możliwości podać opisu stanu faktycznego konkretnej sprawy, jeśli nie czyni się tego w kontekście jakiejś abstrakcyjnej teorii. Formułując

krótkie opisy czterech wymagowanych spraw – Pinkertona, Binkertona, Tinkertona i Finkertona – dopuściliśmy się zatem poważnego nadużycia. Wybraliśmy kilka spośród nieskończenie wielu cech tych przypadków, ignorując to, że zabieg taki – bez jakiegś abstrakcyjnej teorii w tle – jest całkowicie arbitralny. Nie można zatem myśleć wyłącznie w trybie *bottom-up* nie tylko z powodów logicznych, ale także *klasyfikacyjnych*.

Wyobraźmy sobie teraz całkiem odmienną sytuację. Dysponujemy systemem prawa, który zamiast konkretnych, rozstrzygniętych uprzednio spraw, zawiera tylko jedną abstrakcyjną regułę, która głosi:

(R) Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, zobowiązany jest do jej naprawienia.

Zastanówmy się, na jakie kłopoty natrafia osoba, która chce z pomocą (R) rozstrzygnąć sprawę Winkertona. Przypomnijmy, że Winkerton był gościem w oberży Under the White Eagle i w znajdującym się tam sejfie zdeponował dużą sumę pieniędzy, którą miał przy sobie. W oberży nie obowiązywał żaden regulamin określający postępowanie z drogocennymi przedmiotami. Niestety, ktoś włamał się do sejfu i ukradł pieniądze Winkertona. Czy w tej sytuacji oberżysta odpowiada za szkody poniesione przez swego gościa? Innymi słowy: czy wyrządził mu szkodę ze swej winy?

Łatwo wyobrazić sobie, że właściciel Under the White Eagle mógłby być co najmniej zaskoczony pozwem Winkertona. Przecież to nie on dokonał kradzieży, a nasza reguła (R) wyraźnie wskazuje, że do naprawienia szkody zobowiązany jest ten, kto ją wyrządził. Oberżysta nie miał z działaniami złodziei nic wspólnego –

nie wiedział o ich zamierzeniach, nie pomagał im dostać się do sejfu, nie ułatwiał cichego opuszczenia Under the White Eagle. Czemu jednak nie przyjąć, że wyrządzić komuś szkodę można nie tylko działaniem, ale też zaniechaniem? Na przykład nieudzielenie komuś pomocy, choćby starszej osobie, która na ulicy doznała ataku serca, nie stanowi działania, ale niewątpliwie wyrządza szkodę. Można zatem przekonywać, że choć oberżysta nie pomagał złodziejom, niemniej wyrządził szkodę Winkertonowi, bo zaniechał pewnych czynności, np. nie zamknął na klucz drzwi do pokoju, w którym znajdował się sejf, nie zmienił fabrycznego kodu w sejfie, albo przez skąpstwo kupił najtańszy, łatwy do otwarcia przez doświadczonego złodzieja model sejfu²⁸⁸.

Oberżysta ma w tej sytuacji jeszcze jedną linię obrony. Może mianowicie zwrócić uwagę na fakt, że choć zaniechał wykonania pewnych czynności (rzeczywiście mógł zamknąć na klucz drzwi do biura), to nie można uznać, że zawinił w tej kwestii – wszak nie zrobił tego umyślnie, tylko przez roztargnienie. I w tym przypadku sprawa nie jest jednak jasna. Czy o winie mówić można tylko wtedy, gdy ktoś świadomie podejmie pewne działania lub ich zaniecha? Jeśli oberżysta w ogóle nie pomyślał, że jego zachowanie może ułatwić zadanie złodziejom, a może wręcz skłonić ich do próby kradzieży, choć każdy rozsądny człowiek niebezpieczeństwo to by dostrzegł, można zapewne mówić o zawinieniu. Podobnie, jeśli przewidywał, że jego zachowanie może prowadzić do wystąpienia szkody, ale bezpodstawnie sądził, iż do tego nie dojdzie. Zarówno niedbalstwo, jak i lekko-myślność uznać można za postaci winy²⁸⁹.

²⁸⁸ Por. *Kodeks cywilny. Komentarz*, Tom 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 560 i n.

²⁸⁹ Por. tamże.

Ta krótka analiza pokazuje jedno z ograniczeń rozumowania *top-down*, czyli opierania myślenia w prawie wyłącznie na abstrakcyjnych regułach. Reguły te są z natury swej nieostre – zawierają takie sformułowania, jak „wyrządzić szkodę” bądź „ze swej winy” – co sprawia, że nie da się stosować ich w sposób algorytmiczny. Nieostrość wyrażenia językowych przejawia się w tym, że choć zwykle nie będziemy mieć wątpliwości, czy jakiś przedmiot lub zdarzenie „podpada” pod dane wyrażenie, z konieczności występować będą i takie przedmioty czy zdarzenia, co do których kompetentny użytkownik danego języka będzie miał wątpliwości, czy wyrażenie to obejmuje je, czy też nie. Jeśli oceniamy, czy pan X ponosi winę za swój czyn, w wielu przypadkach nie będziemy się wahać – zabójcy działającemu z premedytacją, przestępcy dokonującemu napadu rabunkowego, przedsiębiorcy oszukującemu urząd skarbowy z pewnością przypiszemy winę. Podobnie nie będziemy mieć wątpliwości, że chirurg, który dołożył wszelkiej staranności i działał zgodnie z regułami sztuki, nie ponosi winy za śmierć pacjenta na stole operacyjnym. Ale będą zdarzać się sytuacje, w których zasadność stwierdzenia, że „X ponosi winę za swój czyn”, będzie kontrowersyjna, a stąd pojęcie winy uznać musimy za nieostre.

Mogłoby się wydawać, że dobrym sposobem na uniknięcie kłopotów związanych z nieostrością jest formułowanie przepisów bardziej konkretnych niż niezwykle ogólna reguła (R). Można by na przykład posługiwać się następującą normą:

(R') Oberżysta odpowiada za szkodę spowodowaną kradzieżą wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jeśli sam jest sprawcą bądź współsprawcą tego czynu,

albo wtedy, gdy przyczynił się do niego swą lekkomyślnością lub niedbalstwem.

Uważny Czytelnik dostrzeże jednak szybko, że i to sformułowanie pełne jest nieostrych wyrażen: „oberżysta”, „szkoda”, „wartościowe przedmioty”, „współsprawca”, „przyczynić się”, „lekkomyślność”, czy „niedbalstwo”. Choć możemy łatwo wskazać typowe sytuacje, w których działanie oberżysty uznamy za lekkomyślne, albo mieć pewność, że bardzo drogi zegarek to wartościowy przedmiot, równie łatwo wyobrazimy sobie okoliczności, w których zastosowanie tych określeń będzie budzić uzasadnione wątpliwości.

Istnieje jeszcze jeden powód, który sprawia, że myślenie w oparciu o abstrakcyjne reguły jest problematyczne. Stworzenie absolutnie precyzyjnego pojęcia jest – poza naukami formalnymi – po prostu niemożliwe. Zwrócił na to uwagę Friedrich Waismann, zauważając, że pojęcia występujące w języku są otwarte (*open textured*)²⁹⁰. Waismann każe nam wyobrazić sobie substancję, która ma wszystkie fizyko-chemiczne cechy złota, ale emituje nowy, nieznan rodzaj energii. Czy nazwiemy ją złotem? Niewątpliwie, musielibyśmy podjąć w tej kwestii jakąś decyzję. Ale problem ten uświadamia nam, że użycie żadnego wyrażenia językowego, nawet takiego jak „złoto”, nie jest nigdy w pełni określone: zawsze zdarzyć się może coś, co spowoduje, że pojawią się wątpliwości. Choć przy obecnym stanie wiedzy kompetentny użytkownik języka nie powinien się wahać, czy daną substancję określić mianem „złota” (co oznacza, że jest to wyrażenie ostre), zawsze można wyobrazić sobie, że

²⁹⁰ Por. F. Waismann, *Verifiability*, [w:] A. Flew (red.), *Logic and Language*, Blackwell, Oxford 1951.

zdarzy się coś, co zachwieje tą pewnością. Innymi słowy, otwartość to „potencjalna nieostrość”.

Załóżmy, że reguła (R'), dotycząca odpowiedzialności oberżysty za szkodę spowodowaną kradzieżą wartościowych przedmiotów należących do jego gości, jest w jednym wymiarze nieproblematyczna: wiemy, co oznacza wyrażenie „oberżysta” i stosując je, czynimy to z taką pewnością, jakbyśmy – wyposażeni w wiedzę chemiczną i odpowiednie narzędzia – określali pewną substancję mianem złota. Wyobraźmy sobie na przykład – patrząc ze współczesnej perspektywy – że oberżystami są przedsiębiorcy prowadzący hotele, hostele, motele, pensjonaty oraz tzw. *bed and breakfast*. Otóż nawet w takiej sytuacji może się zdarzyć, że zmiany w rzeczywistości społecznej (w tym przypadku: w branży hotelarskiej) pójdą w takim kierunku, iż „oberżysta” stanie się na powrót pojęciem nieostrym. Czy bowiem za oberżystę uznać można przedsiębiorcę, który oferuje krótki wynajem małych kabin na lotnisku? Kabin y te pozbawione są łazienek i innych udogodnień związanych z pobytem w hotelu, takich jak możliwość zjedzenia śniadania. Goście nie wykupują pobytu w schemacie dobowym, ale na kilka godzin. Poza tym dysponują przestrzenią, która nie jest większa niż cztery metry kwadratowe, czyli dwukrotnie mniej niż mają najmniejsze istniejące pokoje hotelowe. Odpowiedź na pytanie, czy mamy tu do czynienia z „oberżystą”, nie jest wcale prosta.

Zarówno nieostrość, jak i otwartość języka abstrakcyjnego stanowią *semantyczny* powód, dla którego strategia *top-down* nie jest samowystarczalna. Dysponując jedynie ogólnymi regułami, nie jesteśmy w stanie rozstrzygnąć wszystkich przypadków prawnych. Zawsze może pojawić się wątpliwość, jak rozumieć to czy inne wyrażenie abstrakcyjne, co prowadzi do koniecz-

ności podjęcia decyzji – np. czy dany przedsiębiorca może być uznany za oberżystę – niewynikającej w żaden sposób z samej reguły. Problem ten pojawić się może na każdym poziomie abstrakcji. Nawet sformułowanie skomplikowanego systemu relatywnie konkretnych reguł postępowania nie uchroni nas przed nieostrością i otwartością, bo stanowią one immanentne cechy języka.

Ograniczenia strategii *top-down* związane są z jeszcze jedną cechą prawa. Jak podkreślali między innymi Holmes, Pound i inni realiści amerykańscy, nie sposób jest stworzyć abstrakcyjnego systemu reguł przewidującego wszystkie sytuacje, które wystąpić mogą w dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społecznej. W istniejących porządkach prawnych odnaleźć można remedium na ten stan rzeczy: ustawodawca, obok reguł, posługuje się także tzw. zasadami prawnymi. Zasady – podobnie jak reguły – są normami abstrakcyjnymi, ale charakteryzują się pewnymi osobliwościami. Robert Alexy twierdzi, że wymagają one od nas „realizacji pewnego celu w stopniu największym z możliwych, biorąc pod uwagę prawne i faktyczne możliwości”²⁹¹. Zasady są zatem „wymogami optymalizacji, które mogą być spełnione w różnym stopniu, przy czym zależy to nie tylko od tego, co jest faktycznie, ale też prawnie możliwe”²⁹². Dobrym przykładem zasady prawnej jest art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowiący między innymi, że „Rzeczpospolita Polska (...) zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”.

²⁹¹ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, tłum. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 47.

²⁹² Tamże.

Intrygującą cechą zasad prawnych jest to, że nie przypisują one precyzyjnie określonych praw i obowiązków dobrze zdefiniowanej grupie podmiotów. Równocześnie jednak nie są pozbawione mocy normatywnej – można się na nie powołać rozstrzygając konkretny przypadek, co często robią sądy wyższych instancji. Z logicznego punktu widzenia trzeba uznać, że zasady prawne statuuja tzw. niewłaściwe obowiązki grupowe. Mamy z nimi do czynienia wtedy, gdy zajście pewnego stanu rzeczy zagwarantować ma grupa osób, ale by tak się stało wystarczy, że odpowiednie działania podejmie jakaś część grupy²⁹³. Na przykład spoczywający na grupie uczniów obowiązek przygotowania tablicy i wywietrzenia sali przed lekcją zrealizować można w ten sposób, iż tylko jeden z uczniów zmaże tablicę i otworzy okna. Niewłaściwe obowiązki grupowe są zatem *wielorako realizowalne*: deontycznie pożądaný stan rzeczy – czysta tablica i przewietrzona sala – osiągnąć można różnymi sposobami, a prawo nie wskazuje tylko jednego spośród nich jako zachowania powinnego. Podobnie art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wyraża pewien niewłaściwy obowiązek grupowy spoczywający na wszystkich adresatach prawa – nakaz ochrony środowiska. Cel ten osiągnąć można różnymi metodami, na przykład poprzez utylizację plastikowych butelek lub zakaz ich produkcji. Oczywiście kwestie te są zwykle rozstrzygane w aktach prawnych niższej niż konstytucja rangi: ustawach, rozporządzeniach, czy zarządzeniach. Ale istota problemu jest inna: jeśli w danym porządku prawnym występują zasady wyrażające niewłaściwe obowiązki grupowe – a zważywszy na złożoność świata społecznego trudno wyobrazić sobie, by mogło być ina-

²⁹³ Por. J. Horty, *Agency and Deontic Logic*, Oxford University Press, Oxford 2001.

czej – nie sposób uniknąć zjawiska wielorakiej realizowalności. Innymi słowy, żaden system abstrakcyjnych norm, który zawiera w sobie zasady prawne (wymogi optymalizacji), nie określa jednoznacznie wszystkich praw i obowiązków konkretnych osób. Jest to *konstrukcyjny* powód, dla którego strategia *top-down* nie może być samowystarczalna.

Podsumujmy dotychczasowe rozważania. Przekonywałem, że myślenie „od konkretnego do ogółu”, w trybie *bottom-up*, natrafia na poważne ograniczenia i nie może stanowić wyłącznej metody rozwiązywania problemów prawnych. Powody po temu są dwa: logiczny (dowolnie duży zbiór rozstrzygniętych uprzednio przypadków prawnych jest zgodny z wieloma teoriami) oraz klasyfikacyjny (określenie prawnie relewantnych cech konkretnej sprawy jest zależne od przyjętej teorii). Starałem się też wykazać, że podążanie wyłącznie od abstrakcji do konkretnego, metodą *top-down*, także spotyka się z nieprzewidywalnymi przeszkodami. Z jednej strony, abstrakcyjne reguły są nieostre i otwarte, co stanowi semantyczny powód niewydolności tego sposobu myślenia; z drugiej strony pamiętać trzeba o powodzie konstrukcyjnym: porządki prawne muszą zawierać niewłaściwe obowiązki grupowe, co prowadzi do wniosku, że nie wyznaczają one jednoznacznie wszelkich uprawnień i obowiązków jednostek. Wynika z tego, że myślenie prawnicze korzystać musi jednocześnie z obu strategii: jest zarazem *bottom-up*, jak i *top-down*.

Konkluzja ta współgra z ustaleniami poprzednich rozdziałów. Myślenie oparte wyłącznie na konkretności, pozbawione abstrakcji i teoretyzacji, nie mogłoby skutecznie stawiać czoła problemom. Ale same abstrakcyjne teorie i niezawodna metoda dedukcji też nie są wystarczające. Abstrakcyjna prawnicza

siatka pojęciowa nie jest tak precyzyjnym narzędziem, by uchwycić wszelkie aspekty złożonej rzeczywistości, które okazać się mogą istotne. Struktura myślenia prawniczego jest z konieczności konkretno-abstrakcyjna.

3. Sześć zasad

Jednym z najciekawszych dzieł filozoficznych ubiegłego wieku było bez wątpienia *Przeciw metodzie* Paula Feyerabenda²⁹⁴. Gdyby chcieć w dwóch słowach streścić głoszone w nim przez autora stanowisko anarchizmu metodologicznego, nie byłoby innego wyjścia, jak tylko powiedzieć *anything goes*. W dosłownym tłumaczeniu znaczy to „wszystko ujdzie”; ale nie jest to, jak się wydaje, najszcześniejszy sposób sformułowania przesłania Feyerabenda. Nie twierdzi on bowiem, że wszystkie metody i teorie naukowe są równie dobre we wszystkich kontekstach. Chce raczej powiedzieć, iż „wszystko może się przydać” – nie można *a priori* wykluczać żadnych idei ani sposobów myślenia z arsenału środków dostępnych nauce. Nie istnieje żadna powszechnie ważna metoda, ucieleśniająca Racjonalność przez duże „R”. „Kierunek badawczy – pisze Feyerabend – który zaprzecza najbardziej podstawowym zasadom myślenia określonego czasu, a więc jest irracjonalny, może w badającym wzbudzić nową ideę rozumu i w ten sposób okazać się w końcu rozumnym w najwyższym stopniu”²⁹⁵.

²⁹⁴ Por. P. Feyerabend, *Przeciw metodzie*, dz. cyt.

²⁹⁵ P. Feyerabend, „Racjonalność” badania, [w:] K. Jodkowski (red.), *Czy sprzeczność może być racjonalna?*, RRR, t. 4, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1984, s. 285.

Postulat Feyerabenda jest trudny w realizacji. Nasze umysły naturalnie ciążą ku dobrze sprawdzonym rozwiązaniom i przyzwyczajają się do korzystania z tych samych narzędzi myślowych. Lubimy być zwolennikami „izmów”, które dają nam poczucie poznawczego bezpieczeństwa i przynależności grupowej. Nie zmienia to jednak faktu, że Feyerabend ma rację. W myśleniu – także myśleniu prawniczym – „wszystko może się przydać”, bo myślenie nie opiera się na trwałych fundamentach i zmusza nas do ciągłego krążenia między abstrakcją a konkretem. Przydatne mogą być zarówno poprawne logicznie schematy rozumowań – takie jak syllogizm prawniczy – jak i logicznie niesprawne formy argumentów. Wykorzystać możemy pojedyncze topiki prawnicze, ale też wielkie, zunifikowane teorie. Przydadzą się koncepcje dogmatyczne oraz idee zawarte w uzasadnieniach orzeczeń sądowych.

Oczywiście nie wszystkie te narzędzia będą równie użyteczne we wszelkich okolicznościach. Wiele zależeć będzie od typu problemu, z którym się zmagamy, a także od tradycji, w ramach której problem ten się pojawił. Trudno wyobrazić sobie, by prawnik z kręgu *common law* mógł w prosty sposób wykorzystywać teorie skonstruowane przez niemieckich dogmatyków prawa, i to nie tylko dlatego, że koncepcje te nie wpisują się w anglosaską kulturę prawną, ale też z tego względu, iż same problemy wyrastają z określonej tradycji. To samo pytanie – na przykład o odpowiedzialność odszkodowawczą właścicieli oberży – może być wyrazem dwóch bardzo odmiennych problemów: inaczej zrozumie je i będzie próbował rozwiązać prawnik amerykański, a inaczej niemiecki. Te różnice są nieraz bardzo istotne, ale nie oznaczają, że narzędzia myślowe wypracowane w jednej tradycji prawniczej są całkowicie bezużyteczne

w innej. Mają po prostu inny status. Jednak w odpowiednich okolicznościach „wszystko może się przydać”.

Ten metodologiczny pluralizm, warunkowany złożoną architekturą umysłu prawniczego, nie wyklucza jednak, że da się sformułować pewne zasady myślenia, które będą mogły znaleźć zastosowanie w każdym typie problemów i niezależnie od tradycji prawnej. Oczywiście muszą to być zasady niezwykle ogólne, dotyczące fundamentalnych aspektów ludzkich zdolności poznawczych. Nie mogą też składać się na żadną dobrze określoną procedurę, która prowadziłaby do poprawnej odpowiedzi na dowolne pytanie. Mogą natomiast sprawić, że będziemy *lepiej myśleć*; pozwolą zwiększyć prawdopodobieństwo skutecznego rozwiązywania problemów.

Sformułuję poniżej sześć takich zasad: doświadczenia, ostrożności, egzemplifikacji, wariacji, unifikacji i kontrastu. Ich zastosowanie zilustruję przywoływanym już na kartach tej książki przykładem, który stanowi *locus classicus* filozofii prawa. Ten zmyślony *casus* jako pierwszy przedstawił Herbert Hart:

Reguła prawna zakazuje wjazdu pojazdów mechanicznych do parku. Jasne jest, że zakaz dotyczy samochodów, ale co z rowkami, łyżworolkami, zabawkowymi samochodzikami? A co z samolotami? Czy powinny być one – jak to się mówi – uznane za „pojazdy” ze względu na naszą regułę, czy też nie?²⁹⁶

Przykład Harta odegrał ważną rolę w wielu dyskusjach filozoficzno-prawnych, poświęconych zarówno językowi prawnemu,

²⁹⁶ H.L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, „Harvard Law Review” 71(4), 1958, s. 607.

jak i ontologii prawa²⁹⁷, i choć przeanalizowany został na dziesiątki sposobów – a może nawet: właśnie dlatego – stanowi doskonały punkt odniesienia dla formułowanych przeze mnie tez.

Pierwsza z zasad, którą chciałbym omówić, brzmi:

(Zasada doświadczenia) Należy kształcić intuicję przez świadome rozwiązywanie faktycznych i wyimaginowanych problemów prawnych, a także przez analizę istniejących rozwiązań takich problemów.

Antonio Damasio zauważa, że „jakość czyjejś intuicji zależy od tego, jak poprawne rozumowania przeprowadzał w przeszłości, jak dobrze klasyfikował przeszłe wydarzenia w relacji do emocji, które je poprzedzały lub po nich następowały, i jak dobrze analizował sukcesy i porażki przeszłych intuicji. Intuicja to po prostu szybkie poznanie, w którym część wymaganej wiedzy została ‘zamieciona pod dywan’ dzięki emocjom i przeszłym doświadczeniom”²⁹⁸. Dobrze wykształcona intuicja jest potężnym narzędziem: potrafi dostarczać nam optymalne lub niemal optymalne odpowiedzi na pytania, angażując nasze zasoby poznawcze w minimalnym stopniu. Jest to precyzyjnie dostrojony mechanizm poznawczy, który bazuje na ogromnej wiedzy o świecie zgromadzonej w procesie rozwoju osobniczego. Ekspert w jakiejś dziedzinie – na przykład prawa – będzie podejmował nieświadome decyzje, które trudno będzie ulepszyć z pomocą najbardziej złożonego świadomego rozumowania.

²⁹⁷ Por. F. Schauer, *A critical guide to vehicles in the park*, „New York University Law Review” 83, 2008, s. 1109–1134.

²⁹⁸ A. Damasio, *Descartes’ Error*, dz. cyt., s. xviii–xix.

Fakt ten zilustrować można Hartowskim przykładem. Gdy osoba niemająca nic wspólnego z prawem usłyszy regułę: „Zakazany jest wjazd pojazdów mechanicznych do parku” i zapytamy ją, czy w związku z tym po parku można jeździć na rowerze, może się wydarzyć jedna z dwóch rzeczy. Po pierwsze, pojawić się może silna intuicja, podpowiadająca konkretne rozwiązanie, na przykład taka, że rowerem można wjechać do parku. Intuicja ta nie będzie jednak zakorzeniona w prawie, ale w codziennych obserwacjach, takich choćby, że w parkach zwykle spotkać można osoby na rowerach. Po drugie, może się okazać, że nasze pytanie prowadzi do konfuzji, wynikającej z zaistnienia dwóch sprzecznych intuicji. Jedna z nich oparta byłaby na dotychczasowym doświadczeniu (przecież parki są po to, by w nich czynnie wypoczywać, na przykład jeżdżąc na rowerze), a druga na znaczeniu reguły (rowery są pojazdami mechanicznymi, więc mamy do czynienia z nietypowym zakazem). Prawnik też mógłby doświadczyć jednej z tych dwóch intuicyjnych reakcji – podpowiadającej oczywistą odpowiedź, albo prowadzącej do konfuzji. Rzecz w tym, że reakcje te wynikałyby z całym odmiennych doświadczeń. Wyraźna intuicja sugerująca, że rowerzysta może wjechać do parku, wynikałaby tu zapewne z jakichś uprzednich doświadczeń prawniczych (np. typowego rozumienia zwrotu „pojazd mechaniczny” w systemie prawa, które obejmuje samochody i motocykle, ale nie rowery). Z kolei zaistnienie dwóch sprzecznych intuicji może i wprowadzi konfuzję, ale równocześnie uruchomi (często także nieświadome) procedury interpretacyjne – na przykład każe prawnikowi zapytać o cel ustanowienia rozważanej reguły. Mówiąc inaczej, intuicje prawnika i osoby niemającej z prawem nic wspólnego działają podobnie: natychmiast dostarczają podpowiedzi, jak poradzić

sobie z zaistniałym problemem. Ale intuicje te oparte są na odmiennych doświadczeniach i prowadzą do różnych skutków. Prawnik nieświadomie „włączy” rozważany przypadek w szerszy kontekst wiedzy prawniczej; inna osoba co najwyżej oprze się na zdroworozsądkowym oglądzie świata.

Drugą zasadę – także dotyczącą działania intuicji – sformułować można w sposób następujący:

(Zasada ostrożności) Intuicyjnym osądom ufać można w ograniczonym stopniu.

Ileokroć natrafiamy na pewien problem, mechanizm intuicji „podpowiada” jakieś rozwiązanie, oparte na naszym dotychczasowym doświadczeniu. Zwykle będą to trafne, nawet jeśli nie optymalne podpowiedzi. Ale szczególnie wtedy, gdy problem, z którym się stykamy, nie jest rutynowy, albo ma charakter abstrakcyjny (np. dotyczy prawdopodobieństwa), intuicję dobrze jest skontrolować. Nie jest to zadanie łatwe. Intuicyjne odpowiedzi narzucają się z wielką siłą, a nasz umysł jest tak skonstruowany, że woli szybkie domknięcie poznawcze²⁹⁹ i przyjęcie tezy, która wpasowuje się w naszą wizję świata, niż podjęcie wysiłku umysłowego.

W przypadku zakazu wjazdu pojazdów mechanicznych do parku i pytania, czy do parku można wjechać rowerem, intuicja może nas zmylić choćby wtedy, gdy mieliśmy uprzednio do czynienia z podobnymi sytuacjami, rozwiązywanymi zawsze w taki sam sposób, albo wtedy, gdy wyuczyliśmy się automatycznego rozumienia pewnych sformułowań prawnych („pojazd mecha-

²⁹⁹ Por. D.M. Webster, A.W. Kruglanski, *Individual differences in need for cognitive closure*, dz. cyt.

niczny” obejmuje samochody i motocykle, ale nie rowery czy hulajnogę). W takich okolicznościach pojawi się silna, oparta na doświadczeniu podpowiedź intuicyjna; tymczasem może się okazać, że nie jest ona najlepszym rozwiązaniem stojącego przed nami problemu. Może się na przykład zdarzyć, że choć w niektórych obszarach prawa (prawo podatkowe) „pojazd mechaniczny” to wyrażenie nieobejmujące rowerów, w przypadku regulaminu parku lepiej jest przyjąć, iż rowery są pojazdami mechanicznymi.

Kolejna z zasad to:

(Zasada egzemplifikacji) Abstrakcyjne rozważania należy ilustrować konkretnymi przykładami.

Myślenie z pomocą abstrakcyjnych pojęć może być niezwykle skuteczne. Kłopot w tym, że myślenie takie łatwo przeradza się w puste, pozbawione treści manipulacje wyrażeniami językowymi. By temu zaradzić, trzeba zachowywać kontakt z konkretem. Interpretując abstrakcyjną normę prawną nie wystarczy jej sparafrazować, albo wskazać na jej formalne powiązania z innymi normami. Powinniśmy wyobrażać sobie konkretne przykłady jej zastosowania, przypadki graniczne, a także kontrprzykłady. Tylko w ten sposób będziemy mieć pewność, że dobrze rozumiemy wyrażone w abstrakcyjnym języku przepisy prawne, bądź teorie dogmatyczne. Ale egzemplifikacja, zwiększając rozumienie, daje coś więcej: pozwala aktywować nieświadome intuicje, które umożliwiają szybką – choć nie zawsze trafną – ocenę rozważanej przez nas interpretacji abstrakcyjnej normy, albo sposobu jej zastosowania.

Łatwo to dostrzec na przykładzie Hartowskiego zakazu wjazdu pojazdów mechanicznych do parku. Gdybyśmy poprze-

stali na manipulacjach samym tym przepisem – na przykład parafrazując go jako: „Zakazane jest poruszanie się po parku jakimkolwiek pojazdem wyposażonym w mechanizm napędowy”, albo nawet: „Zakazany jest wjazd do parku pojazdami wyposażonymi w silnik” – nie moglibyśmy twierdzić, że dobrze go rozumiemy. Co więcej, abstrakcyjne parafrazy nie ewokowałyby zapewne żadnych intuicji. Dopiero wyobrażenie sobie konkretnych sytuacji – osoby, która zastanawia się, czy może wjechać do parku samochodem, rowerem, albo na łyżworolkach – sprawia, iż w pełni pojmujemy stojące przed nami zadanie interpretacyjne i pozwalamy intuicji na spontaniczną pracę.

Zasada czwarta to:

(Zasada wariacji) Przeprowadzając mentalne symulacje konkretnych przypadków należy „uzmienniać” rozmaite aspekty sytuacji, które sobie wyobrażamy.

Gdy korzystamy z symulacji mentalnych, łatwo jest nam wyobrazić sobie typowe sytuacje, dające asumpt do oczywistych reakcji intuicyjnych. W związku z tym istnieje ryzyko, że rozważane abstrakcyjne konstrukty pojęciowe rozumiemy w standardowy sposób, nie dostrzegając ani złożoności stojącego przed nami problemu, ani granic, w ramach których intuicja operuje bez przeszkód. Najlepszym sposobem na zaradzenie temu niebezpieczeństwu jest dokonywanie niewielkich zmian w tym, co sobie wyobrażamy, i rejestrowanie, jakim przemianom ulegają nasze intuicyjne reakcje. Strategia ta sprawdzi się także wtedy, gdy nie mamy wyraźnej intuicji co do sposobu rozwiązania problemu i próbujemy pobudzić nasz umysł do dokonania odpowiedniego wglądu.

Zasadę wariacji w mistrzowski sposób wykorzystał Lon L. Fuller, gdy komentował Hartowski przykład z regułą: „Zakazany jest wjazd pojazdów mechanicznych do parku”³⁰⁰. Przypomnijmy, iż zdaniem Harta reguła ta z całą pewnością stosuje się do pewnych sytuacji; nie będziemy mieć choćby wątpliwości, że do parku nie można wjechać samochodem, bo samochody na pewno są „pojazdami mechanicznymi”. Fuller pyta jednak: „a co gdyby grupa patriotów chciała umieścić na postumencie w parku ciężarówkę wojskową używaną podczas II wojny światowej?”³⁰¹ Nie mamy żadnych wątpliwości, że ciężarówka taka jest „pojazdem mechanicznym”, ale też absurdem byłoby przyjąć, że nie można jej przetransportować do parku, bo złamie się w ten sposób Hartowską regułę. Silna intuicja, nakazująca interpretować tę regułę w taki sposób, że na pewno dotyczy ona samochodów, ma swoje granice. Spójrzmy na inną modyfikację tej wyobrażonej sytuacji. Karetka wiezie pacjenta w bardzo ciężkim stanie. Liczy się każda sekunda, a najkrótsza droga do szpitala wiedzie przez park. Czy przejazd karetki przez alejkę parkową stanowiłby złamanie naszej reguły? Albo przyjmijmy, że rowerów nie uznajemy za pojazdy mechaniczne – rowerzyści mogą zatem wjeżdżać do parku. Co się jednak stanie, gdy będziemy mieć do czynienia z rowerem wyposażonym w silnik elektryczny? Mądrze zastosowana zasada wariacji zwiększa rozumienie problemu, z którym się zmagamy, pozwala ustalić granice intuicji i otwiera przestrzeń dla działania wglądu.

Piąta zasada, którą kierować się powinien umysł prawniczy, głosi:

³⁰⁰ L.L. Fuller, *Positivism and fidelity to law. A reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 71, 1958, s. 661–669.

³⁰¹ Tamże, s. 663.

(Zasada unifikacji) Konstruując teorię należy zmierzać do objęcia nią jak największej klasy przypadków i do jak największego stopnia spójności.

Jeśli nie istniałyby bardzo ogólne normy odnoszące się do całych gałęzi prawa, a jedynie szczegółowe instytucje, w żaden sposób ze sobą niepowiązane, dysponowalibyśmy niezwykle sfragmentaryzowanym porządkiem prawnym, a w istocie wieloma mini-systemami prawa. Gdyby dogmatycy prawa nie próbowali zrekonstruować i uporządkować katalogu ogólnych zasad prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego, byłibyśmy skazani na kazuistyczne roztrząsanie poszczególnych przypadków prawnych. Gdyby reguły interpretacji prawa zmieniały się w zależności od typu problemu, z jakim się zmagamy, decyzje prawne stałyby się nieprzewidywalne i niezrozumiałe. Zunifikowane teorie są pożyteczne, bo generują spójną wizję świata, zwiększając rozumienie globalne. Zasada unifikacji nakazuje też unikać wprowadzania hipotez *ad hoc*, czyli modyfikowania teorii poprzez wbudowywanie w nią rozmaitych wyjątków, po to tylko, żeby rozwiązać jakiś konkretny problem lub wykazać, że jest on pseudoproblemem. Trzeba wreszcie pamiętać, że zasada unifikacji wiąże się z pewnym niebezpieczeństwem: może doprowadzić nas do zbudowania teorii, która jest tak abstrakcyjna, że straci jakikolwiek związek z codziennym doświadczeniem. Dając rozumienie globalne, może stać się całkiem niezrozumiała lokalnie.

W kontekście problemu sformułowanego przez Harta, można by stworzyć teorię dogmatycznoprawną, która głosi, że pojazdami mechanicznymi są wszystkie te pojazdy, które wyposażone są w silnik dowolnego typu (a zatem nie są nimi rowery, hulajnogi, dziecięce zabawki itd.). Gdyby teoria ta odnosiła się

wylącznie do aktu prawnego zawierającego Hartowską regułę, byłaby gorsza (pod względem unifikacji) od teorii wprowadzającej jednolite rozumienie wyrażenia „pojazd mechaniczny” w całym systemie prawnym lub jakiejś jego gałęzi. Jak pokazał Fuller, takie rozumienie interesującego nas pojęcia byłoby niedoskonałe, bo obejmowałoby również wojskową ciężarówkę transportową, która w parku ma się znaleźć jako wojenna pamiątka. Powiedzenie, że pojazdami mechanicznymi są wszelkie pojazdy wyposażone w silnik dowolnego typu z wyjątkiem wojskowych ciężarówek, które służą jako wojenne pamiątki, byłoby jednak klasyczną modyfikacją *ad hoc* – pozwoliłoby uniknąć pewnego konkretnego problemu, ale zmniejszałoby stopień unifikacji używanej przez nas teorii. Lepszym rozwiązaniem wydaje się zatem sugestia Fullera, by rozumienie reguły: „Zakazany jest wjazd pojazdów mechanicznych do parku” uwzględniało jej cel; jeśli jest nim bezpieczeństwo spacerowiczów, stojąca na postumencie ciężarówka transportowa może znaleźć się w parku, ale osoby wyczynowo uprawiające kolarstwo – już nie.

Ostatnia, szósta zasada brzmi:

(Zasada kontrastu) Powinniśmy rozważać alternatywne sposoby rozwiązania danego problemu, proponując różne, konkurencyjne hipotezy, nawet jeśli niektóre z nich wydają się nieadekwatne.

Siła zasady kontrastu – jak próbowałem pokazać w poprzednim rozdziale – przejawia się na trzech poziomach. Po pierwsze, umożliwia ona lepsze rozumienie problemu i wydobywanie światła dziennego jego ukrytych założeń. Porównanie dwóch różnych sposobów zinterpretowania jakiegoś przepisu ustawy, albo

alternatywnych rozstrzygnięć trudnego przypadku prawnego, ułatwia nam dostrzeżenie nawyków myślowych (np. kurczowe trzymanie się pewnego rozumienia pojęć prawnych) i wyrwanie się z nich. Jest to często jedyna droga do znalezienia optymalnego rozwiązania. Po drugie, zasada kontrastu jest narzędziem heurystycznym: podpowiada nowe, często nieintuicyjne rozstrzygnięcia. Po trzecie wreszcie, z zasadą tą związana jest pewna moc perswazyjna. Jeśli rozwiążemy problem z pomocą hipotezy, która „wygrała” w konkurencji z rozmaitymi alternatywami, rozwiązanie takie będzie można uznać za dobrze uzasadnione.

Powróćmy po raz ostatni do przykładu Harta. Zastanawiając się nad rozumieniem wyrażenia „pojazdy mechaniczne”, mogę sformułować – między innymi – dwie alternatywne definicje dogmatycznoprawne: że pojazdy mechaniczne to wszelkie pojazdy wyposażone w dowolny rodzaj silnika; albo że pojazdem mechanicznym jest każdy pojazd wykorzystywany w ten sposób, iż może narazić spacerowiczów na niebezpieczeństwo. Porównanie tych dwóch rozwiązań pozwala dostrzec ważne aspekty naszego problemu. Pierwsza z definicji zmierza do tego, by respektować intuicje językowe – przepisy prawne sformułowane powinny być w taki sposób, aby były zrozumiałe dla adresatów, a zatem w zabiegach interpretacyjnych nie powinniśmy nadto odchodzić od potocznego rozumienia zwrotu „pojazd mechaniczny”. Drugie rozwiązanie jest całkiem odmienne: każe nam wziąć pod uwagę funkcję Hartowskiej reguły, a nie jej literalne brzmienie. To napięcie pomiędzy semantyką i pragmatyką – kluczowe dla rozważanego problemu – staje się jasne dopiero wtedy, gdy porównujemy ze sobą nasze dwie alternatywy. Gdybyśmy poprzestali na pierwszym (semantycznym)

podejściu, moglibyśmy w nieskończoność spierać się, czy zwrot „pojazd mechaniczny” odnosi się jedynie do samochodów i motocykli, czy także do motorowerów oraz wózków inwalidzkich napędzanych silnikiem elektrycznym, ale pozostalibyśmy ślepi na cel interpretowanej reguły. Jasne jest też, że niezależnie, które z rozwiązań ostatecznie wybierzemy – a być może znajdziemy i uznamy za właściwe jeszcze inne – efektem naszych zabiegów myślowych będzie rozstrzygnięcie lepiej uzasadnione, bo wybrane z większej puli możliwych rozwiązań na drodze porównywania i eliminacji.

Powtórzę raz jeszcze, że przedstawione powyżej zasady rozwiązywania problemów prawnych – doświadczenia, ostrożności, egzemplifikacji, wariacji, unifikacji i kontrastu – nie stanowią jakiejś niezawodnej procedury, która gwarantuje poznawczy sukces. Niewątpliwie jednak uczą nas one, jak bardziej efektywnie i świadomie korzystać z narzędzi myślowych, które do dyspozycji ma umysł prawniczy.

4. Dwie racjonalności

Myślenie – także myślenie w prawie – jest procesem niezwykle złożonym, bo opartym na współpracy trzech różnych mechanizmów: nieświadomego podejmowania decyzji (a zatem: intuicji i wglądu), symulacji mentalnych (nieświadomych i świadomych, czyli wyobraźni) oraz konstrukcji językowych. Nie są to, jak widzieliśmy, mechanizmy niezależne od siebie – działają wspólnie poprzez rozmaite interakcje: intuicja, bazując na dotychczasowym powtarzalnym doświadczeniu, automatycznie podpowiada rozwiązania problemów, które mogą stać się

przedmiotem świadomej deliberacji z użyciem symulacji mentalnych i języka; wyobraźnia – z jednej strony – pomaga aktywować intuicje i wglądy, a z drugiej – rozumieć abstrakcyjne wyrażenia językowe; natomiast myślenie w języku stanowi rodzaj konstrukcji pomocniczej albo osnowy, którą wypełniać musimy konkretnymi wyobrażeniami i ewokowanymi przez nie intuicjami.

Co ważne, myślenie prawnicze, korzystające z takiej architektury poznawczej, musi być nonfundacjonistyczne. Rozwiązywanie problemów prawnych nie polega na wskazaniu jakichś niewzruszalnych podstaw – przesłanek, których nie sposób odrzucić – i zastosowaniu do nich niezawodnych metod rozumowania. Z kilku różnych powodów – logicznego, klasyfikacyjnego, semantycznego i konstrukcyjnego – myślenie prawnicze sprowadza się do ciągłej „gry” między językową abstrakcją i wyobrażonym konkretem, wspieranym nieświadomymi intuicjami i wglądami. Wydaje się też, że aby grę tę uczynić bardziej efektywną, warto kierować się sześcioma zasadami: doświadczenia, ostrożności, egzemplifikacji, wariacji, unifikacji i kontrastu.

Jak dotąd nie zadaliśmy jeszcze jednego, z pewnej perspektywy kluczowego, pytania. Wiemy, jakimi narzędziami dysponuje umysł prawniczy; wiemy też, jakich zasad powinien się trzymać, by zwiększyć prawdopodobieństwo znalezienia właściwego rozwiązania dowolnego problemu. Nie pytaliśmy jednak, jakie rozwiązania są właściwe; kiedy wnioski naszych rozumowań są poprawne bądź uzasadnione; jakie warunki musi spełnić proces myślowy, żeby uznać go za rzetelny? W kontekście prawa pytania te można streścić w jeszcze inny sposób: kiedy decyzja dotycząca tworzenia, interpretacji bądź stosowania

prawa jest słuszna (sprawiedliwa)? Kłopot w tym, że nie ma jednej odpowiedzi na to pytanie, o czym przekona się każdy, kto zapozna się choćby pobieżnie z historią filozofii. Spór o kryteria słuszności i sprawiedliwości to jedna z najstarszych i najbardziej gorących debat filozoficznych. Z oczywistych powodów kontrowersji tej nie da się rozstrzygnąć odwołując się do ustaleń nauk kognitywnych czy jakichkolwiek innych ustaleń faktycznych. Mowa tu przecież o kryteriach normatywnych, wskazujących wartości, które powinniśmy starać się realizować. Są to kwestie, które leżą poza granicami metody nauk empirycznych³⁰². Nie oznacza to jednak, że dysponując opisem mechanizmów odpowiedzialnych za poznanie prawnicze, nie możemy nic wniesić do tej normatywnej debaty. Wkład ten nie będzie jednak bezpośredni. Nie wskażemy kryteriów, którymi powinien kierować się prawnik, by podjąć słuszną decyzję. Możemy jednak zrobić coś innego: zastanowić się, czy kryteria słuszności postulowane w rozmaitych koncepcjach filozoficznoprawnych da się wykorzystać – i w jaki sposób – w faktycznych procesach myślowych.

Teorie racjonalności (sprawiedliwości, słuszności) tworzone przez filozofów mają charakter konstruktywistyczny³⁰³. Ich celem jest określenie reguł myślenia bądź działania, które należy przestrzegać, by myśleć lub działać w sposób racjonalny (sprawiedliwy, słuszny). Taką strategię przyjmują najważniejsze teorie moralne i filozoficznoprawne nowożytności, od Kantowskiej wizji rozumu praktycznego, poprzez utylitaryzm Benthama i Milla, aż po dwudziestowieczne wariacje na ich temat w filo-

³⁰² Por. A. Brożek, B. Brożek, J. Stelmach, *Fenomen normatywności*, Copernicus Center Press, Kraków 2013, rozdziały 7–9.

³⁰³ Por. V.L. Smith, *Racjonalność w ekonomii*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 13 i n.

zofii prawa: normatywizm Kelsena³⁰⁴, teorię racjonalnego dyskursu prawniczego zaproponowaną przez Alexy'ego³⁰⁵ i ekonomiczną analizę prawa³⁰⁶.

Spójrzmy dla przykładu na filozofię praktyczną Immanuela Kanta. Mówiąc w ogromnym uproszczeniu, Kant uważał, iż racjonalne decyzje praktyczne (w tym prawne) muszą spełniać jeden warunek – być zgodne z imperatywem kategorycznym: „Postępuj tak, żeby maksyma twej woli zawsze mogła być uważana zarazem za zasadę powszechnego prawodawstwa”³⁰⁷. Imperatyw kategoryczny wygląda niewinnie. Jest to tylko jedna krótka reguła, na którą intuicyjnie chcemy się zgodzić. Nie narzuca nam ona żadnych konkretnych, materialnych obowiązków, a jedynie określa sposób postępowania, który pozwolić ma na dokonywanie racjonalnych decyzji moralnych i prawnych. Ta niewinność jest jednak złudna. Zastanówmy się przez chwilę, czego Kant od nas wymaga. Wyobraźmy sobie Sędziego Kantowskiego, który potrafi interpretować przepisy prawne i wydawać orzeczenia zawsze zgodne z imperatywem kategorycznym. Jakim człowiekiem jest Sędzia Kantowski?

Po pierwsze, potrafi bez żadnego problemu posługiwać się abstrakcyjnymi konstrukcjami pojęciowymi. Skoro istotą racjonalności praktycznej według Kanta jest uniwersalizowalność – możliwość wykazania, że konkretna decyzja jest zgodna z regułą

³⁰⁴ Por. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Clark, NJ 2011.

³⁰⁵ Por. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford University Press, Oxford 2010.

³⁰⁶ Por. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York 2007; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

³⁰⁷ I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, tłum. B. Bornstein, Antyk, Kęty 2002, s. 46.

postępowania, która mogłaby być regułą powszechnie ważną – to Sędzia Kantowski nie skupia uwagi na konkretach, tylko rozważa wysoce abstrakcyjne normy postępowania. Żeby mógł to skutecznie robić, język, którym się posługuje, musi być abstrakcyjny, ale równocześnie nie może posiadać wad, które niesie ze sobą abstrakcja, w szczególności zaś nieostrości i otwartości. Sędzia Kantowski jest zatem spełnieniem marzenia Leibniza: dysponuje abstrakcyjnym narzędziem myślenia o prawie, które jest tak doskonałe, jak język matematyki.

Po drugie, nasz Sędzia zmuszony jest myśleć systemowo. Wydawać by się mogło, że imperatyw kategoryczny znajduje proste zastosowanie do pojedynczych, odizolowanych problemów. Gdy na przykład Sędzia Kantowski zastanawia się, w jaki sposób zinterpretować przepis: „Zakazany jest wjazd pojazdów mechanicznych do parku”, musi jedynie określić, która z możliwych interpretacji byłaby dobrym „prawem powszechnym”. Kłopot w tym, że aby to uczynić, trzeba uwzględnić wszystkie możliwe sytuacje, w których tak a nie inaczej zinterpretowana reguła mogłaby znaleźć zastosowanie. Sędzia Kantowski musi rozważyć nie tylko, czy do parku wjeżdżać mogą samochody, motocykle, albo rowery. Jego uniwersalna reguła obejmować musi samochody-zabawki, ciężarówki transportowe stanowiące pamiątki wojenne, wózki inwalidzkie napędzane silnikiem elektrycznym, samoloty pasażerskie, odnowione spitfire’y, które służyły w bitwie o Anglię, karetki wiozące ciężko chore osoby itd. Co więcej, Sędzia Kantowski musi też zastanowić się, w jaki sposób przyjęta interpretacja ma się do innych norm prawnych: jeśli wynikiem jego deliberacji ma być „prawo powszechne”, to nie może pozwolić sobie na to, by jakaś inna – równie przecież powszechna – norma postępowania prowadziła do odmiennej konkluzji. Jeśli przyjmie na

przykład, że regułą zakazującą wjazdu pojazdów mechanicznych do parku należy interpretować w ten sposób, że karetka z ciężko chorym pacjentem nie może przejechać przez park, musi mieć pewność, że inna norma prawna – choćby nakazująca ochronę zdrowia i życia obywateli – nie będzie stanowić podstawy dla odmiennej decyzji. Sędzia Kantowski to prawdziwy intelektualny Herkules³⁰⁸: rozstrzygając dowolny problem, bierze pod uwagę cały system prawny, upewniając się, że powzięta decyzja nie narusza spójności tego systemu.

Po trzecie wreszcie, Sędzia Kantowski jest w swych decyzjach w pełni autonomiczny. Opiera je wyłącznie na operacjach rozumu. Jest głuchy na głosy innych ludzi, potrafi zignorować własne intuicje i odciąć się od najsilniejszych emocji. Jest tak naprawdę doskonałą maszyną inferencyjną, która w oparciu o posiadane przesłanki niezawodnie wyprowadza wnioski. Jest, ujmując to inaczej, wcieleniem kartezjańskiej *res cogitans*, rzeczy myślącej. (Na marginesie warto dodać, że Kant nie był aż tak naiwnym myślicielem, by nie dostrzec roli emocji w myśleniu etycznym i prawnym. Rzecz w tym, że rolę tę opisywał w bardzo nietypowy sposób. Z jednej strony podkreślał, że emocje zwykle uważane za ważne dla moralności, czyli przyjemność i przykrość są przeszkodą na drodze do prawdziwie moralnych decyzji; z drugiej – zwracał uwagę, że postępowanie moralne wiąże się z uczuciem respektu czy poważania [*Achtung*], które jednak nie ma roli motywującej, a przypomina raczej emocję epistemiczną lub estetyczną)³⁰⁹.

³⁰⁸ Por. R. Dworkin, *Imperium prawa*, dz. cyt.

³⁰⁹ Por. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Antyk, Kęty 2009; B. Freyberg, *Imagination in Kant's 'Critique of Practical Reason'*, Indiana University Press, Bloomington 2005.

Sędzia Kantowski jest zatem rodzajem superbohatera, a jego możliwości poznawcze przerastają wielokrotnie to, co może zrobić nawet nieprzeciętny Kowalski. Ludzie nie dysponują doskonałym, pozbawionym nieostrości i otwartości językiem; nie potrafimy sprostać herkulesowemu zadaniu stworzenia zupełnego i spójnego systemu norm, gotowego na jednoznaczne rozstrzygnięcie dowolnego problemu prawnego; nie mamy też takiej samokontroli, której wymaga Kantowska wizja autonomii podmiotu. Ale skazani jesteśmy na porażkę nie tylko wobec wyśrubowanych standardów sformułowanych przez Kanta. W zasadzie każda konstruktywistyczna wizja racjonalności leży poza naszym zasięgiem. Obok Sędziego Kantowskiego pojawia się bowiem Sędzia Benthamowski, który potrafi interpretować i stosować prawo zgodnie z najwyższą regułą utilitaryzmu: jak najwięcej szczęścia dla jak największej liczby ludzi (lub w ujęciu bardziej współczesnym: należy maksymalizować funkcję użyteczności społecznej)³¹⁰. I w tym przypadku potrzeba precyzyjnego języka – czyż bowiem w języku potocznym „szczęście” i „użyteczność” nie są pojęciami nieostryimi? Sędzia Benthamowski, podobnie jak jego Kantowski odpowiednik, potrafi także myśleć systemowo, projektując doskonały, spójny wewnętrznie system prawny. Co więcej, obok wszechwiedzy deontycznej musi on także mieć pełną wiedzę o faktach, by przewidywać wszystkie konsekwencje podjętych przez siebie decyzji. I wreszcie nasz Sędzia ma pełną samokontrolę: kieruje się wyłącznie nakazem maksymalizacji użyteczności, skutecznie ignorując wszystkie inne potencjalne źródła decyzji, od reakcji emocjonalnych po alternatywne teorie. Czyni to dokonując bezbłędnych, a czasem bardzo złożonych obliczeń, przeprowadzanych z wykorzystaniem abstrakcyjnej symboliki „ra-

³¹⁰ Por. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, dz. cyt.

chunku szczęścia” (np. teorii racjonalnego wyboru). Sędzia Benthamowski to kolejny nadczłowiek.

Takimi superbohaterami są także sędziowie nieco mniej efektowni – powiedzielibyśmy dziś: mniejsi celebryci – ale bliżsi praktyce prawniczej. Przyjrzyjmy się Rudolfowi von Positivismusowi, wykształconemu w tradycji pozytywizmu kontynentalnego. Zakłada on, że prawem jest to, co głosi ustawa, a jego rola sprowadza się do stosowania przepisów ustawowych według niezawodnych logicznie schematów wnioskowań. Positivismus, podobnie jak Sędzia Kantowski i Sędzia Benthamowski, dysponuje doskonałym językiem, a w każdym razie niestraszna mu otwartość i nieostrość wypowiedzi językowych; spójny i zupełny system prawa nie ma dla niego tajemnic i nie rodzi żadnych problemów, a jedynym źródłem jego decyzji są normy prawa pozytywnego³¹¹ – potrafi zignorować wszystko inne, łącznie z nakazami moralnymi i religijnymi oraz błaganiami rodziny i najbliższych znajomych. Te same przymioty ma wielki przeciwnik Positivismusa – Giovanni Iusnaturale. Niektórzy twierdzą³¹², że potrafi on rozstrzygnąć każdy przypadek prawny korzystając wyłącznie z dedukcyjnych metod logicznych i opierając się na najwyższej normie prawa naturalnego: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*. Jest to nie lada osiągnięcie poznawcze, skoro przekonuje się, iż prawo naturalne – wyrażone w terminach analogicznych, a nie jednoznacznych – nie poddaje się tak łatwo „obróbce” logicznej³¹³.

³¹¹ Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, dz. cyt., rozdział 1.

³¹² Por. G. Kalinowski, *Le Problème de la vérité en morale et en droit*, E. Vitte, Lyon 1967.

³¹³ Por. M.A. Krapiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1975, s. 229.

Wypada zapytać, dlaczego powołujemy do życia tych superbohaterów; czemu zapewniamy Izbę Konstruktivistyczną Sądu Najwyższego Filozofii Prawa takimi nadludźmi, jak Sędzia Kantowski, Sędzia Benthamowski, Rudolf von Positivismus czy Giovanni Iusnaturale? Być może rację ma Friedrich August von Hayek, gdy twierdzi, że pcha nas ku temu zgubna pycha rozumu. Uwiedzeni retoryką Kartezjusza uwierzyliśmy w „formę racjonalizmu, która nie tylko odrzuca tradycję, ale twierdzi, że czysty rozum może sam z siebie, bez żadnych pośredników, spełnić nasze potrzeby i zbudować nowy świat, nową moralność, nowe prawo, a nawet nowy, pozbawiony niedoskonałości język”³¹⁴.

Na tę uwagę Hayeka odpowiedzieć można w prosty sposób. Tworzymy nieosiągalne standardy racjonalności nie dlatego, że uwierzyliśmy w siłę rozumu, ale dlatego, że w naszych zmaganiach ze światem potrzebujemy drogowskazów. Konstruktivistyczni supersędziowie nie są ucieleśnieniem instrukcji, jak prawnik ma myśleć; stanowią raczej element mitologii prawniczej³¹⁵. Bez takich mitów nasze działania byłyby serią mniej lub bardziej przypadkowych zachowań; potrzebujemy, jak to nazywał Kant, *focii imaginarii*³¹⁶, punktów na horyzoncie, dzięki którym możemy wyznaczać swą drogę w trudnym terenie refleksji prawniczej. Zasiedlamy prawniczy Olimp takimi postaciami, jak Sędzia Kantowski, Benthamowski, Positivismus czy Iusnaturale, by w naszej mitologii znalazły się wzorce do naśladowania. Hayek mógłby jednak odpowiedzieć, że mity – choć nie sposób się bez nich obejść – wykorzystać można lepiej lub

³¹⁴ F.A. von Hayek, *The Fatal Conceit. The Errors of Socialism*, Routledge, New York 1992, s. 48–49.

³¹⁵ Por. L. Kołakowski, *Obecność mitu*, Prószyński i S-ka, Warszawa 2005.

³¹⁶ I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, tłum. R. Ingarden, PWN, Warszawa 2010, B 672.

gorzej. Mit może być przydatny, gdy kieruje nasze wysiłki poznawcze w dobrym kierunku; ale może też być destrukcyjny, gdy czyni nas ślepyimi na ważne kwestie. Tak jest w przypadku racjonalności konstruktivistycznej: skupiając się na niej, nie dostrzegamy innego rozumienia racjonalności, którą określa się zwykle mianem ekologicznej³¹⁷.

Powiemy, że decyzje i zachowania jednostek (ale także instytucje społeczne) są ekologicznie racjonalne w takim stopniu, w jakim są przystosowane do struktury środowiska³¹⁸. O tym, czy podejmowane przez nas decyzje są racjonalne w sensie ekologicznym, nie decyduje zatem metoda rozumowania, ani jakość przesłanek, którymi się kierujemy. Nie ma też znaczenia, czy nasze myślenie przebiega w zgodzie z tą lub inną abstrakcyjną regułą, taką jak imperatyw kategoryczny, albo nakaz maksymalizacji funkcji użyteczności społecznej. Wręcz przeciwnie: ekologicznie racjonalne decyzje w ogóle nie muszą być wynikiem rozumowania. Zwykle stanowią one podpowiedź nieświadomej intuicji, którą po prostu zaakceptujemy, nie poddając jej żadnej świadomej kontroli. O jakości tych decyzji nie świadczy sposób ich podjęcia, ale to, w jakim stopniu przystosowane są do struktury środowiska. Mówiąc inaczej, można być w dużym stopniu racjonalnym ekologicznie – czyli mieć dobrze wykształconą intuicję – i fatalnie radzić sobie w towarzystwie Sędziego Kantowskiego, albo Rudolfa von Positivismusa. Jak w przywołanym już w Rozdziale I fragmencie *The judgment intuitive* przypomina nam Hutcheson: „wszyscy znamy sędziów, którzy

³¹⁷ Por. V.L. Smith, *Racjonalność w ekonomii*, dz. cyt., s. 29 i n.; D.G. Goldstein, G. Gigerenzer, *Models of ecological rationality. The recognition heuristics*, „Psychological Review” 109(1), 2002, s. 75–90.

³¹⁸ Por. V.L. Smith, *Racjonalność w ekonomii*, dz. cyt., s. 29.

wydają najbardziej trafne decyzje, ale piszą dla nich najgłupsze uzasadnienia (...). Ich problem polega na tym, że choć dysponują przeblyskiem rozumienia i posiadają zdolność do wydawania intuicyjnych sądów, nie potrafią ich w przekonujący sposób uzasadnić³¹⁹.

Wprowadzenie pojęcia racjonalności ekologicznej wcale nie zmusza nas do odrzucenia teorii konstruktywistycznych. Jak zgodnie podkreślają filozofowie i ekonomiści, nie chodzi o przeciwstawianie sobie tych dwóch ujęć, ale pokazanie, że na pełny obraz ludzkiej racjonalności składają się oba te elementy³²⁰. Kluczowa zatem jest odpowiedź na pytanie, jakie są relacje między racjonalnością konstruktywistyczną i ekologiczną. Wydaje się, po pierwsze, że konstruktywistyczne ideały służyć mogą do kształcenia intuicji. Rozważając sposób postępowania Sędziego Kantowskiego, utylitarystyczny nakaz maksymalizacji funkcji użyteczności społecznej, czy pozytywistyczną wizję prawa, a szczególnie analizując, jak standardy te zastosować w konkretnych przypadkach prawnych, wykształcamy w sobie i wyostrzamy zdolność do intuicyjnego osądu podobnych przypadków w przyszłości. Im bardziej wszechstronne i drobiazgowo będą te analizy, tym lepsza stawać się będzie nasza intuicja. Po drugie, abstrakcyjne standardy służyć też mogą do kontroli intuicyjnych decyzji. Zastanówmy się nad obowiązkiem uzasadniania orzeczeń sądowych. Obok funkcji perswazyjnej (uzasadnienie ma przekonać strony i sąd wyższej instancji do zasadności wydanego orzeczenia), obowiązek ten daje też szansę, by spojrzeć na wypracowane – często intuicyjnie – rozstrzygnięcie z perspektywy racjonalności konstruktywistycznej. Dzięki temu

³¹⁹ J.C. Hutcheson, *The judgement intuitive*, dz. cyt., s. 278.

³²⁰ Por. V.L. Smith, *Racjonalność w ekonomii*, dz. cyt.

można uniknąć wielu błędów wynikających ze zbytniego zaufania do intuicji. Po trzecie wreszcie, interakcja między racjonalnością ekologiczną a konstruktywistyczną przebiegać może na poziomie instytucji prawnych. Instytucje te planować można zgodnie z regułami racjonalności konstruktywistycznej, ale ich faktyczne funkcjonowanie jest już domeną racjonalności ekologicznej: te instytucje, które są dobrze dostosowane do środowiska, przetrwają; inne znikną, bądź zostaną spontanicznie zmodyfikowane. Kantowski czy Benthamowski prawodawca może planować nowe lub ulepszać istniejące instytucje prawne, ale rzeczywistość zawsze będzie odbiegać od tego planu.

Relację między racjonalnością konstruktywistyczną i ekologiczną w ciekawy sposób podsumowuje laureat Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii, Vernon L. Smith. Twierdzi on, że główną rolą podejścia konstruktywistycznego jest wytwarzanie różnorodności – tworzenie wielu, często odmiennych pomysłów na rozwiązywanie problemów. „Natomiast dobór następuje w trakcie ekologicznych procesów przystosowania³²¹: niektóre z naszych teorii okazują się trafne, a wyrażone w nich standardy stają się elementem naszego intuicyjnego rozumienia świata, inne zaś ponoszą porażkę i odchodzą w niepamięć. Być może jest to najciekawsza umiejętność umysłu prawniczego: zanurzony w tradycji i podatny na inercjalną siłę intuicji, potrafi czasem wznieść się na poziom sędziego superbohatera lub konstruktywistycznego prawodawcy i zaproponować nowe rozwiązanie, które z czasem staje się częścią prawniczego krwiobiegu.

³²¹ Tamże, s. xxxv.

Surowa poezja

Giambattista Vico był niewątpliwie jednym z najciekawszych myślicieli czasów nowożytnych, choć jego współcześni go nie doceniali, bo zbyt odważnie atakował najmodniejsze ówczesne koncepcje³²². W okresie kultu rozumu podkreślał rolę zmysłów i wyobraźni, świadomie stawiając się w opozycji do Kartezjusza i jego zwolenników. Niektóre wypowiedzi Vica brzmią jak tezy dzisiejszych ewolucjonistów i kognitywistów. Na przykład, zastanawiając się nad „pierwszymi ludźmi”, którzy dopiero co nabyli umiejętność posługiwania się językiem, pisze o nich, że „byli utkani z krępkich zmysłów i energicznej wyobraźni (...) i posiadali metafizykę nie racjonalną i abstrakcyjną, jak dzisiejsi uczeni mężowie, ale odczuta i wyobrażoną. Ich umysły nie były w żadnym stopniu abstrakcyjne, wyrafinowane czy uduchowione. Byli całkiem zanurzeni w zmysłach i pogrzebani w ciele zmagali się z namiętnościami”³²³. A w innym miejscu zauważa, nieco w duchu współczesnej koncepcji ucieleśnienia, że „słowa są przenoszone z ciał i własności ciał, by wyrazić prawdy umysłu i ducha”³²⁴.

³²² Por. J. Mali, *The Rehabilitation of Myth. Vico's „New Science”*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

³²³ T.G. Bergin, M.H. Fisch (red. i tłum.), *The New Science of Giambattista Vico*, Cornell University Press, Ithaca 1948, §375, s. 104.

³²⁴ Tamże, §237, s. 70.

Zdaniem Vica, kartezyjańska metoda, oparta na aksjomatach, które „widzimy jasno i wyraźnie”, oraz niezawodnych, dedukcyjnych schematach rozumowań, przesłania to, jak faktycznie funkcjonuje ludzki umysł. Nie jest to sterylny, ahistoryczny umysł geometry, tylko zmysłowy, pełen fantazji, zanurzony w nurcie historii umysł poety, który czasami – w niektórych obszarach refleksji – wznieść się może ku czystej, matematycznej abstrakcji. Nasza najważniejsza zdolność poznawcza nie przejawia się w konstrukcji logicznie sprawnych sylogizmów; jest nią *ingegno*, czyli wykorzystywana w wyobraźni umiejętność dostrzegania podobieństw między konkretnymi rzeczami i zdzeniami³²⁵.

Vico był nie tylko filozofem, ale i prawnikiem. Zastanawiając się nad historią prawa rzymskiego, dostrzegał w jego rozwoju wielką rolę wyobraźni, rzadko krępowanej nakazami logiki. Prawo rzymskie nie było tworem analitycznych umysłów, tylko domeną działania metafory i panowania fikcji. Zauważał: „Starożytna jurysprudencja była całkowicie poetycka. Poprzez jej fikcje to, co się wydarzyło, uznawane było za coś, co nie miało miejsca; a to, co się nie wydarzyło, brano za fakty; nienarodzeni uznawani byli za narodzonych; żyjący – za umarłych, a zmarli – za żywych (...). Jurysprudencja ta znała wiele maszek bez aktorów i *iura imaginaria*, prawa wymyślone przez wyobraźnię. Cała jej reputacja spoczywała na wymyślaniu takich opowieści, które zachowałyby powagę praw i pozwoliły oddać sprawiedliwość faktom. Wszystkie fikcje starożytnej juryspru-

³²⁵ Por. M. Granatella, *Imaginative universals and human cognition in The New Science of Giambattista Vico*, „Culture and Psychology” 21(2), 2015, s. 185–206.

dencji były prawdami ubranymi w maski”³²⁶. I dodawał: „Całe starożytne prawo rzymskie było siermiężnym poematem, deklamowanym przez Rzymian na miejskich placach, a starożytna jurysprudencja była surową poezją”³²⁷.

Nazywanie prawa poezją może wydawać się sporym nadużyciem intelektualnym. Złośliwi powiedzieliby może: „Poezja? Tak, ale bardzo słaba”. Mniej złośliwi, a bardziej pragmatyczni komentatorzy zwróciliby zapewne uwagę, że jeśli prawo można określić mianem poezji, to wszystko jest poezją – geografia, fizyka, mikroekonomia – bo we wszystkich tych obszarach refleksji korzystamy z wyobraźni. Myślę jednak, że metafora Vica sięga głębiej. Prawo i poezję łączy nie tylko wykorzystanie wyobraźni, ale sposób i cel, dla którego się to robi. Kluczowe jest tu słowo *gravitas* (powaga): zarówno prawnicy, jak i poeci zajmują się kwestiami o wielkiej wadze egzystencjalnej. Powaga tego zadania zagubiłaby się całkiem w systemie aksjomatycznym i czysto abstrakcyjnych rozważaniach. Bez wyobraźni, zakorzeniającej myślenie w konkretności, ewokującej intuicję i emocje, prawo i poezja byłyby jedynie czystą formą.

Umysł prawniczy, jak starałem się przekonywać na kartach tej książki, ma złożoną architekturę. Trzy mechanizmy – intuicja (wraz z wglądem), wyobraźnia i umiejętność prowadzenia rozumowań w języku – muszą ze sobą współpracować, byśmy mogli stawiać czoła prawniczym problemom. Szczególną rolę w tej strukturze odgrywa wyobraźnia, bo stanowi pomost między nieświadomymi intuicjami i abstrakcyjnymi konstrukcjami pojęciowymi. Takie ujęcie myślenia w prawie otwiera, w moim

³²⁶ T.G. Bergin, M.H. Fisch (red. i tłum.), *The New Science of Giambattista Vico*, dz. cyt., §1036, s. 350.

³²⁷ Tamże, §1037, s. 350.

przekonaniu, drogę do nowych badań i propozycji teoretycznych. Warto zastanowić się na przykład, czy prawnikowi potrzebne są eksperymenty myślowe. Można też zapytać, jak z perspektywy koncepcji symulacji mentalnych wygląda proces interpretacji prawa. Niezwykle ciekawa jest kwestia prawniczej abstrakcji: jej mechanizmów, funkcji i granic. Jeszcze inny problem dotyczy racjonalności myślenia prawniczego, a w szczególności interakcji między dwoma typami racjonalności – konstruktywistyczną i ekologiczną. Na niektóre z tych pytań starałem się, choćby częściowo, odpowiedzieć powyżej. Ale to tylko początek: każda odpowiedź rodzi kolejne problemy i otwiera nowe, fascynujące pola refleksji nad surową poezją prawa.

Bibliografia

- Alexander L., Sherwin E., *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge–New York 2008.
- Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, tłum. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Alexy R., *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Alexy R., *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, [w:] U. Neumann, W. Hassemer, U. Schroth (red.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2005.
- Alfange D., *Jeremy Bentham and the codification of law*, „Cornell Law Review” 55(1), 1969, s. 58–77.
- Anglelelli I., *Adventures of abstraction*, „Poznań Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities” 82, 2004, s. 11–35.
- Antognazza M.R., *Leibniz. Biografia intelektualna*, tłum. Ł. Lamża, Z. Lamża, Copernicus Center Press, Kraków 2016.
- Arystoteles, *Meteorologika. O świecie*, tłum. A. Paciorek, PWN, Warszawa 1983.
- Barcz J., Pudło A., *Wybór orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, KSAP, Warszawa 2009.
- Bargh J.A., Morsella E., *The unconscious mind*, „Perspectives on Psychological Science” 3(1), 2008, s. 73–79.
- Barsalou L.W., *Grounded cognition*, „Annual Review of Psychology” 59, 2008, s. 617–645.
- Barsalou L.W., *Grounded cognition. Past, present, and future*, „Topics in Cognitive Science” 2, 2010, s. 716–724.
- Barsalou L.W., *Perceptual symbol systems*, „Behavioral and Brain Sciences” 22(4), 1999, s. 577–660.