

ALEKSANDER PECZENIK

NIEPOZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA¹

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1.1. MOŻLIWY DO UZASADNIENIA CEL
OGÓLNEJ TEORII OBOWIĄZUJĄCEGO PRAWA

Chociaż prawnicy mogą z łatwością podać przykłady obowiązującego prawa, to muszą zmierzyć się z problemami, gdy próbują zdefiniować pojęcie prawa. Definicje obowiązującego prawa są formułowane przez teoretyków prawa w różnych celach. Bardzo często teoretyk nie określa celu wyraźnie, pozostawiając w ten sposób wiele miejsca dla wyobraźni czytelnika. Główny powód tych trudności leży w tym, że pojęcie obowiązującego prawa ma nie tylko znaczenie teoretyczne, wyrażone poprzez różne kryteria, dla uczynienia rozróżnienia pomiędzy normami prawnymi i normami nieprawnymi, lecz również znaczenie praktyczne, tzn. aspekt normatywny. Jeśli mówimy, że norma obowiązuje, oznacza to, że powinna być przestrzegana². To może wprowadzić w zakłopotanie: Proponowane teoretyczne definicje obowiązującego prawa często są otwarcie deskryptywne, lecz skrycie oceniające.

ALEKSANDER PECZENIK (1937-2005) – profesor prawa, specjalista w dziedzinie teorii i filozofii prawa, uczeń K. Opalka, pracował na Uniwersytecie Jagiellońskim, następnie na Uniwersytecie w Lund (Szwecja) oraz na Uniwersytecie Szczecińskim.

¹ Źródło pierwotnej publikacji: A. P e c z e n i k, *Non-Positivist Conception of Law*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika 1998, s. 223-248.

² W. L a n g, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 112 n.

Definicje, które uważam za najbardziej interesujące, są takie, które otwarcie zawierają oba te elementy, a mianowicie opisujące i oceniające. One nie są ani czysto objaśniające, ani czysto określające. Czysto objaśniająca (analityczna, leksykalna) definicja obowiązującego prawa opisywałaby wiernie używanie tego terminu w języku prawniczym. Określająca definicja przepisowywałaby nowe użycie terminu, bez przywiązywania wagi do pojęcia ustabilizowanego już w języku. Definicje, które uważam za najbardziej interesujące, przywiązują wagę zarówno do opisu, jak i przepisu. Specjalnym przypadkiem jest definicja, która wypełnia następujące wymogi: 1. Powinna być logicznie zwarta. 2. Powinna ustalać pewne znaczenie „obowiązującego prawa” i nawiązywać do niego w różnych kontekstach. 3. Powinna identyfikować jako prawnie obowiązujące przede wszystkim zjawiska zwykle wymieniane jako obowiązujące prawo. 4. Powinna również uznawać za istotne dla pojęcia „obowiązującego prawa” przede wszystkim następujące właściwości: a) powinna być wspólna dla wszystkich albo prawie wszystkich prawnie obowiązujących norm; b) powinna być zwyczajnie uważana jako esencjalna. 5. Powinna ułatwiać tworzenie koherentnych i ciekawych teorii prawa – zarówno deskryptywnych, jak i normatywnych.

1.2. POZYTYWIZM I NIEPOZYTYWIZM

Element normatywny jest tradycyjnie podkreślany przez różne teorie prawa naturalnego. Wielu obrońców prawa naturalnego rozróżniało pomiędzy prawem „pozytywnym”, tworzonym przez autorytety, i prawdziwie obowiązującym albo wiążącym prawem, odnosząc to do prawa naturalnego. Innymi słowy, przyjęli oni dwie hipotezy. Twierdzenie „*n* jest obowiązującą normą prawną” zakłada z konieczności twierdzenie „*n* jest wiążące” i „*n* należy do normatywnego systemu generalnie odnoszącego się do prawa naturalnego”. Ale co jest prawem naturalnym? Chociaż to pojęcie jest wieloznaczne, możemy przyjąć, że odnosi się do szczególnie ważnych norm moralnych.

Pozytywizm legalny przyjmuje hipotezę prawa naturalnego, że obowiązujące prawo jest prawem wiążącym, tzn. że powinno ono być przestrzegane. Jednocześnie jednak pozytywiści odrzucają każdy konieczny związek pomiędzy prawem i moralnością. Uważają, że system prawny może być całkowicie niemoralny, a mimo to obowiązujący. Jak nam wiadomo, Hans Kelsen stworzył jedną z najbardziej doskonałych pozytywistycznych teorii prawa. Zgodnie z tym, co głosi Kelsen, jemu współczesne badania naukowe nad prawem są nieusprawiedliwioną mieszaniną komponentów prawnych, moralnych, socjolo-

gicznych i innych. Konsekwentnie postępując, prawo należy wyzwolić z obcych wpływów. Możemy więc powiedzieć, że Kelsena czysta teoria prawa jest ogólną częścią tak oczyszczonych badań nad prawem. „Czystość” teorii Kelsena oznacza, między innymi, że teoria ta została wyzwolona z elementów moralnych. „Obowiązywanie pozytywnego porządku prawnego jest niezależne od jego relacji [...] do porządku moralnego”³. „Dyskutując obowiązywanie pozytywnej normy prawnej, musimy zignorować obowiązywanie niekompatybilnej z nią normy moralnej, a gdy dyskutujemy obowiązywanie normy sprawiedliwości, musimy zignorować obowiązywanie niekompatybilnej z nią pozytywnej normy prawnej. Nie możemy równocześnie uważać obu za obowiązujące”⁴. Ponadto jednym z najważniejszych elementów teorii Kelsena jest idea, że normy prawne tworzą hierarchię szczególnego („dynamicznego”) rodzaju. Norma jest prawnie obowiązująca, gdy została stworzona zgodnie z obowiązującymi normami wyższego stopnia, które określają, kto jest uprawniony do tworzenia normy i jak to powinno być uczynione⁵.

Wiele dzisiejszych teorii prawa jest niepozytywistycznych bez przyjmowania mocnej tezy prawa naturalnego. Pozytywista definiuje „obowiązujące prawo” w sposób bardziej lub mniej wolny od wartości, na przykład jako aktualne decyzje sądów albo jako wytwór instytucji tworzących prawo, niepozytywista zaś otwarcie dopuszcza, że identyfikacja obowiązującego prawa zakłada (moralne) wartościowanie. Innymi słowy, wielu współczesnych teoretyków prawa nie redukuje już prawa jedynie do wydanych reguł. Zamiast tego, idąc za takimi filozofami prawa, jak Ronald Dworkin i Robert Alexy, wcielają powszechne zasady moralne do prawa i przyjmują, że te zasady są zarówno przyczynami działania, jak i twierdzeniami usprawiedliwiającymi to działanie. Zgodnie z tym, co mówi Alexy, rozumna argumentacja prawna jest więc rodzajem rozumnej argumentacji praktycznej. Argumentacja prawna odpowiada na pytania praktyczne, tj. decyduje, co ktoś powinien albo może czynić. Ponadto rości sobie, że jest słuszna. W trudnych przypadkach oznacza to ważenie i balansowanie ogólnych zasad⁶. Następnie, gdy ktoś zamierza powiedzieć, co powinno być zrobione – bez wyłącznego zaufania do władzy – musi wziąć pod uwagę wszystkie relewantne zasady moralne⁷. Zasada czy-

³ H. K e l s e n, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, s. 69.

⁴ Tamże, s. 361.

⁵ Tamże, s. 228 n.

⁶ R. A l e x y, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992, s. 125.

⁷ Tamże, s. 128.

ni prawo koherentnym⁸. Słowo „zasada” jest ogólne, być może nawet wieloznaczne. W każdym razie mamy różne rodzaje zasad⁹. Alexy zwraca uwagę tylko na jeden ich rodzaj. Każda zasada w tym sensie, nazwijmy ją zasadą wartości, zakłada ideał, tj. wyraża pojedynczą wartość. Tę samą treść możemy wyrazić na dwa różne sposoby, tj. przyjąć zasady i wartości¹⁰. Ideał może prowadzić do skutku do pewnego stopnia, bardziej lub mniej. Im wyższy stopień realizacji ideału, tym lepiej z punktu widzenia zasady.

1.3. KILKA ARGUMENTÓW ZA I PRZECIW POZYTYWIZMOWI

Robert Alexy¹¹ przeanalizował osiem argumentów za i przeciw pozytywistycznej definicji prawa. Tutaj zacytuję niektóre z nich z moimi własnymi modyfikacjami.

A. Argument lingwistyczny. Pozytywiści zwykle twierdzą, że zarówno nieprawnicy, jak i prawnicy efektywne systemy normatywne nazywają „obowiązującym prawem”, nawet gdy są one dogłębnie niemoralne. Ale ten pozytywistyczny punkt widzenia jest nadmiernym uproszczeniem. Termin „obowiązujące prawo” jest bowiem wieloznaczny. W zależności od kontekstu możemy zarówno przyjąć, jak i zaprzeczyć, że np. „prawo” Hitlera czy Pol-Pota było wówczas „prawem obowiązującym”. Niewątpliwie zagraniczny dziennikarz mógł powiedzieć w roku 1943, że „obowiązujące prawo” w Trzeciej Rzeszy zawierało reguły dyskryminujące Żydów. Mimo to wnikliwy prawnik powiedziałby, że takie reguły nie były obowiązującymi, ponieważ *lex iniustissima non est lex*. Alexy dochodzi do wniosku, że spór lingwistyczny na temat zwyczajnego użycia terminu „obowiązujące prawo” prowadzi donikąd. Ponadto takie normatywne słowa, jak „powinien”, są używane i w prawie, i w moralności. Słowo „powinien” wskazuje przyczyny działania zarówno w prawie,

⁸ N. M a c C o r m i c k, *Coherence in Legal Justification*, w: *Theory of Legal Science*, red. A. Peczenik, L. Lindahl, B. V. Roermund, Dordrecht–Boston–Lancaster 1984, s. 235 n.

⁹ Por. np. R. A l e x y, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 77 n.; R. D w o r k i n, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1977, s. 14 n.; T. E c k h o f f, *Retningslinjer og „tumregler”*, „Tidskrift for Rettsvitenskap” 1980, s. 145 n. (z odesłaniem do literatury skandynawskiej); P. O. E k e l ö f, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, Stockholm 1956, s. 207 n.; J. E s s e r, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen 1964, s. 39 n.

¹⁰ A l e x y, *Theorie der Grundrechte*, s. 133.

¹¹ A l e x y, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 64 n.

jak i w moralności. I ciekawą rzeczą jest, że normatywne słowa są czasami używane w sposób bezkrytyczny, gdzie mamy analityczne trudności, aby zdecydować, czy „powinien” jest używane w sensie prawnym, czy moralnym, czy w obu¹².

B. Argument z prostoty i precyzji. Pozytywista może powiedzieć, że jego język jest prostszy. Z tym musimy się zgodzić, mimo to prostota nie jest wystarczającym argumentem. Bardziej złożony język może być lepszy z funkcjonalnego czy epistemologicznego punktu widzenia.

C. Argument ze skuteczności. Niektórzy teoretycy, między innymi Kelsen i Hart, stwierdzili, że łatwiej jest krytykować niemoralne prawo, gdy używamy języka pozytywistycznego. Tylko wtedy możemy powiedzieć, że prawa Hitlera były obowiązujące, ale niemoralne. Zgodnie z tym język niepozytywistyczny wykluczyłby tę możliwość. Jednak jest to nadmierne uproszczenie. Na pewno jest możliwe, aby powiedzieć: ekstremalnie niesprawiedliwy system normatywny nie jest obowiązującym prawem w ogóle. Inny system nie jest ekstremalnie niesprawiedliwy, i chociaż jest on obowiązującym prawem, jednak zawiera niesprawiedliwe normy, i te mogą być krytykowane. Rzeczywiście, fakt, że ktoś dyskwalifikuje „prawo” Hitlera jako obowiązujące prawo, z pewnością nie przeszkadza nikomu krytykować niektórych niesprawiedliwych regulacji podatkowych w Szwecji. One są niesprawiedliwe, ale nie tak mocno, że ta niesprawiedliwość dotyczy charakteru systemu prawnego jako całości¹³.

D. Argument z relatywności. Moim zdaniem ten argument jest argumentem najważniejszym. Pozytywista może powiedzieć, że język niepozytywisty jest dziwny, niedokładny i nieskuteczny, ponieważ obowiązywanie prawne uzależnia on od wartościowania moralnego, a to nie może być racjonalnie usprawiedliwione w żaden sposób. Niniejszy artykuł jako całość może być rozumiany jako odpowiedź na ten argument.

¹² M a c C o r m i c k, dz. cyt., s. 161.

¹³ A l e x y, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 48 n.

2. NIEPOZYTYWISTYCZNA TEORIA PRAWA BRONIONA W TYM ARTYKULE

2.1. MOŻLIWOŚĆ UCHYLANIA NORMY

W innym miejscu¹⁴ rozwinąłem niepozytywistyczną teorię prawa podobną do teorii Dworkina i Alexego, ale nie identyczną z nimi. Podstawową ideą tej teorii jest to, że zarówno zasady moralne, jak i ustanowione reguły prawne mają *prima facie* charakter. Mówiąc o normach *prima facie* (między innymi o zasadach) i wartościach, rozumiem, że one są uzasadnialne, lecz nie są ani pewne, ani bezkrytycznie przyjmowane w aktualnym sposobie uzasadniania. Ponadto są one możliwe do ważenia, a także do uchylania, przynajmniej w znaczeniu minimalnym niebycia wiecznie obowiązującymi.

Normy *prima facie* w tym sensie nie określają definitywnych obowiązków; obowiązki muszą wynikać z ważenia i balansowania wszystkich moralnie i prawnie relewantnych ogólnych wartości, zasad i reguł w danym przypadku¹⁵.

Normy *prima facie* są możliwe do uchylania. Wyrażenie „możliwy do uchylenia” może być użyte w wielu znaczeniach. W znaczeniu najbardziej prostym oznacza ono, że norma albo wartość mogą być zmienione. Stara norma zostaje wyłączona z systemu. Nazwijmy to radykalną klęską. Czasami jednak norma (czy wartość) może być zmieniona przy rozważaniu w specyficznej sytuacji (czy grupy takich sytuacji), ale pozostaje ona w systemie w tym sensie, że może być znów zastosowana w innych sytuacjach. Nazwijmy to klęską odwracalną. W końcu norma (czy wartość) może być zmieniona za pomocą ważenia; jest ona bowiem możliwa do ważenia. Teraz, mówiąc o normach *prima facie* (między innymi o zasadach) i wartościach, możemy rozumieć możliwość uchylania albo możliwość ważenia, albo jedno i drugie¹⁶.

Możliwością uchylania i możliwością ważenia zajmowałem się we wcześniejszych moich pracach, ale stosowana w nich terminologia była inna: pojęciami tam używanymi były „skok”, „zasadność”, „pomocniczość” i „przemiana”. Podsumujmy sposób myślenia o możliwości uchylania. To podsumo-

¹⁴ Przede wszystkim w: A. P e c z e n i k, *Vad är rätt?*, Stockholm 1995, *passim*.

¹⁵ P e c z e n i k, *Vad är rätt?*, s. 444 n., s. 484 n., do pewnego stopnia zainspirowane przez W. D. R o s s a, *The Right and the Good*, Oxford 1930, s. 27 n.

¹⁶ Por. A. P e c z e n i k, *The Binding Force of Precedent*, w: N. MacCormick, R. S. Summers (red.), *Interpreting Precedents*, Edinburgh 1997.

wanie jest prostsze i być może bardziej dojrzałe niż wersja pierwotna¹⁷. W uzasadnianiu moralnym i konsekwentnie w uzasadnianiu prawnym, zakładającym trudne przypadki, przedstawiamy, ważymy i balansujemy różne argumenty i kontrargumenty. Jednak możemy przedstawić końcowy wynik uzasadniania jako logiczny wniosek z argumentów, które ważą więcej niż kontrargumenty rywalizujące z nimi. Aby osiągnąć logiczną poprawność, musimy uzupełnić uzasadnianie dodatkowymi przesłankami. Każda przesłanka sama wspiera wniosek. Krok od przesłanki szczegółowej do wniosku jest skokiem, zakładając, że reszta ze zbioru przesłanek nie zawiera jedynie pewnych przesłanek i przesłanek oczywistych samych w sobie w aktualnym sposobie uzasadniania (takich jak np. uzasadnianie prawne w danym kraju albo uzasadnianie moralne; zob. niżej). Skok od grupy przesłanek do wniosku jest możliwy do uzasadnienia wtedy i tylko wtedy, gdy możemy zmienić skok do wnioskowania dedukcyjnego poprzez dodanie niektórych uzasadniających przesłanek. Skoki przekształcają naszą wiedzę: wniosek osiągnięty za pomocą skoku dodaje coś nowego do tego, co jest pewne albo brane jako oczywiste¹⁸. Pojęcie uzasadnialności jest trudne do zdefiniowania. Dlatego też niektórzy autorzy (np. Keith Lehrer, zob. niżej) uważają je za pierwotne, tj. niemożliwe do zdefiniowania w ogóle¹⁹. Problem w tym, że mamy tam kilka przesłanek uzasadniających, które nie są ani pewne, ani oczywiste w aktualnym sposobie uzasadniania.

2.2. *PRIMA FACIE* CHARAKTER MORALNOŚCI

Moim zdaniem, cała moralność ma *prima facie* charakter, tj. jest możliwa do uchylenia i możliwa do ważenia. Z pewnością niektórzy filozofowie uważają część ogólnych zasad moralnych i wartości za kategoryczne, tak że nie konkurujące argumenty moralne mogą ważyć więcej. Autonomia jednostki jest uważana czasami za taką wartość. Można rościć sobie pretensję, że złą rzeczą jest odebrać całą wolność osobie niezależnie od konsekwencji. Taki pogląd może być nazwany deontologicznym (raczej w silnym znaczeniu), w przeciwieństwie do teorii teleologicznych (albo przyczynowo-skutkowych). Z pewnością autonomia jest ważną wartością, pomimo to można wyobrazić sobie

¹⁷ Por. A. P e c z e n i k, *On Law and Reason*, Dordrecht–Boston–London 1989, s. 114 n.

¹⁸ Por. tamże, s. 299 n.

¹⁹ Zob. jednak tamże, s. 117, gdzie definicja została zaproponowana, ale – niestety – wsparta zbyt krótką dyskusją.

niektóre kontrprzykłady. Czy jest np. rzeczą niesłuszną uśpić osobę chorą psychicznie i w ten sposób odebrać jej wolność działania, gdyby jedyną alternatywą dla niej był stan permanentnego obłąkania? Deontologicznie zorientowany filozof może odpowiedzieć na ten zarzut argumentując, że człowiek obłąkany nie jest wolny, lecz jest niewolnikiem swojego obłąkania. Pomimo to odpowiedź tego rodzaju zakłada możliwą do podważenia definicję wolności. Ogólnie rzecz biorąc, teorie deontologiczne należy uzupełnić przesłankami możliwymi do podważenia. Bardziej przekonujące będzie, gdy powiemy, że wszystkie wartości są *prima facie*.

Kategoryczny obowiązek moralny wynika z ważenia i balansowania wielu wartości i zasad. Porządki priorytetowe pośród nich różnią się od przypadku do przypadku. Na przykład gdy zasady ze sobą kolidują, relewantnym pytaniem nie jest, która zasada ma być wyeliminowana z systemu, lecz jak optymalizować obie zasady w obrębie tego systemu. Jedyną możliwą odpowiedzią będzie, że należy ustanowić kategoryczny priorytet relacji w tym szczególnym przypadku i *prima facie* priorytet porządku ogólnych zasad²⁰. Kategoryczny obowiązek jest więc obowiązkiem opartym na ważeniu i balansowaniu „wszystkich relewantnych rzeczy”, „wszystkich rzeczy uważanych za obowiązek”²¹. Ważenie jest kontekstualne, tj. zależne od całościowego kontekstu dyskutowanych (aktualnych albo hipotetycznych) kazusów, zakładając wszystkie możliwe do zastosowania rozważania moralne. *Ceteris paribus* kategoryczne ważenie i balansowanie jest lepsze, bowiem większa liczba relewantnych *prima facie* argumentów jest brana pod uwagę. Kategoryczne ważenie i balansowanie może więc być charakteryzowane jako kontekstualne, tj. zależne od całego kontekstu dyskutowanego (aktualnego lub hipotetycznego) kazusu, zakładając wszystkie możliwe do zastosowania rozważania moralne.

2.3. WAŻENIE W PRAWIE. OPIS

Przejdźmy teraz do prawa. Ważnym obszarem argumentacji prawnej, gdzie ważenie argumentów, włączając również argumenty moralne, jest nieuniknione, jest doktryna mocy wiążącej źródeł prawa²². Kontynentalny system

²⁰ A l e x y, *Theorie der Grundrechte*, s. 516 n.; t e n ż e, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, ARSP, Beiheft 25, 1985, s. 25 n.; t e n ż e, *Justification and Application of Norms*, Ratio Juris, 6(1993), nr 2, *passim*.

²¹ Por. P e c z e n i k, *On Law and Reason*, s. 76-77.

²² Por. P e c z e n i k, *The Binding Force of Precedent*, *passim*.

prawny składa się z dwóch warstw: norm wiążących *de iure* (przeważnie zawartych w wydawanych ustawach), które muszą być uważane za argumenty autorytatywne w argumentacji prawniczej, i norm, które nie są wiążące w ten sposób, a pomimo to mają słabszą właściwość mocy wiążącej. Na przykład precedensy powinny (nie „muszą”) być uważane za argumenty autorytatywne w argumentacji prawniczej. W końcu zawodowa literatura prawnicza, obce prawo itd. mogą być jedynie użyte jako argumenty prawne. W konsekwencji te źródła prawne, które muszą być uważane za argumenty autorytatywne, są ważniejsze niż te, które jedynie powinny być brane pod uwagę. Pojęcie „ważniejszy” zakłada ważenie. W szczególności można stwierdzić, co następuje: ważniejsze źródło prawa jest prawnie mocniejszym argumentem niż źródło mniej ważne. Ustawa jest mocniejszym argumentem prawnym niż precedens w prawie kontynentalnym. Niektóre kontrargumenty mogą więc wystarczyć, aby przeważać precedens, ale nie przeważać ustawy. Hierarchia źródeł prawa w tym sensie jest więc tymczasowa, *prima facie*. Jeśli zachodzi kolizja pomiędzy źródłami ważniejszymi a źródłami mniej ważnymi, to pierwsze mają priorytet, gdy nie istnieją argumenty przeważające, które mogą odwrócić priorytetowy porządek. Gdy przypiszemy priorytet do mniej ważnego źródła prawa przed ważniejszym źródłem prawa, musimy ponieść ciężar argumentacji za tym priorytetem. Przeważające argumenty są więc potrzebne, aby postępować za precedensem przeciwnym do prostego rozumienia ustawy. *Prima facie* ważniejsze źródło prawa może jednak mieć mniejszą wagę niż wielość mniej ważnych źródeł razem wziętych. Wielość precedensów może więc razem znaczyć więcej niż dosłowne znaczenie ustawy. Kontrargument, który „zwycięża” przeciwko mocniejszemu źródłu prawa, musi być mocniejszy niż kontrargument, który jest wystarczający, aby zwyciężyć przeciwko argumentowi słabszemu.

Innym obszarem, gdzie ważenie jest rozstrzygające, jest wykładnia ustawy. Wykładnia ustawy w trudnych przypadkach jest poparta różnymi argumentami i metodami, takimi jak wykładnia literalna, analogia, wykładnia systemowa, wykładnia historyczna i wykładnia celowościowa. Wybór pomiędzy różnymi alternatywami zależy od ważenia i balansowania różnych argumentów prawnych. Ponadto takie pojęcia, jak „analogia z ustawy”, „cel ustawy”, „(prawne) znaczenie ustawy” itd. są zależne od ważenia. Analogia z ustawy (*analogia legis*) polega na stosowaniu reguł ustawowych do przypadku, który – widziany z perspektywy języka potocznego – nie jest zawarty ani w sednie, ani na marginesie obszaru stosowania ustawy, która ma być zastosowana, lecz przypomina przypadki podpadające pod tę ustawę w istotnych aspektach. Analogia

z ustawy jest możliwa do uzasadnienia poprzez zasadę „podobne powinno być traktowane podobnie”, a więc poprzez rozważania sprawiedliwości, uniwersalności i koherencji. Analogia z ustawy i jej przeciwieństwo, *argumentum a contrario*, nie są argumentami kompletnymi, lecz jedynie formami argumentu²³, każda poparta różnymi grupami argumentów, aby być ważoną i balansowaną²⁴. Tylko istotne podobieństwa pomiędzy kazusami tworzą wystarczający argument dla wniosku przez analogię. Orzeczenia sądowe z tym związane mogą być uzasadniane przez ważenie i balansowanie różnych argumentów, często zasad. Jednak dla pewności trzeba powiedzieć, że niektóre reguły prawne ograniczają ważenie. Na przykład nie powinniśmy tworzyć klauzul zakładających ograniczenia czasowe przez analogię. Nie powinniśmy tworzyć klauzul zawierających wyjątki od norm ogólnych przez analogię, chyba że zachodzą mocne argumenty za przyjęciem stanowiska przeciwnego. Tak zwana zasada legalności w prawie karnym wymaga, żeby nie było czynu uznanego za przestępstwo bez ustawowego potwierdzenia i żeby nie była nakładana żadna kara bez ustawowego przepisu (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). W prawie podatkowym zasada *nullum tributum sine lege* uzasadnia wniosek, że nie powinniśmy stosować analogii bez ograniczeń, jeśli to miałyby prowadzić do wzrostu podatków. Dokładne znaczenie tych ograniczeń jest jednak dyskusyjne w wielu krajach. Ponadto pozostawiają one wiele miejsca dla ważenia. Inny ważny problem w interpretacji ustawy, który zakłada ważenie, dotyczy celu ustawy. W Szwecji cel ustawy jest często znajdowany *in travaux préparatoires*, tj. w projekcie rządowym wraz z jego uzasadnieniem, w sprawozdaniach komisji legislacyjnej, w sprawozdaniach odpowiedniej komisji parlamentarnej itd. Poleganie tylko na materiałach przygotowawczych nie jest jednak jedyną drogą dotarcia do celu tej ustawy. Na przykład Per Olof Ekelöf zaproponował „radykałną teleologiczną metodę”, opartą na obiektywnym argumencie i celu ustawy²⁵. Istotą tej metody jest to, że konsekwencje zastosowania ustawy powinny być takie same w przypadkach trudnych, jak i w przypadkach zwyczajnych. Albo czy cel ustawy powinien być ustanowiony w świetle wszystkiego, co interpretator wie na temat instytucjonalnej historii ustawy i moralnych wartości społeczeństwa? Wartości są często wskazane *implicite*, przez takie sformułowania, jak „sąd

²³ Por. R. A l e x y, *Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989, s. 279 n.

²⁴ Por. P e c z e n i k, *Vad är rätt?*, s. 351.

²⁵ P. O. E k e l ö f, *Teleological Construction of Statutes*, 2 Scandinavian Studies in Law, Stockholm 1958, s. 79-80.

uważa za możliwe do uzasadnienia, że...”. „Możliwość argumentacji” w takim kontekście jest często wartościująca. Ważenie i balansowanie wszystkich okoliczności przypadku decyduje, które dane mają pierwszeństwo w decydowaniu, co jest celem ustawy²⁶.

To samo możemy powiedzieć o bardziej abstrakcyjnych, prawnych i politycznych pojęciach, takich jak „państwo prawa”, „bezpieczeństwo prawne” i „demokracja”²⁷. Główna zasada państwa prawa (*Rechtsstaat*) żąda, żeby obywatele cieszyli się wysokim stopniem bezpieczeństwa prawnego (*Rechtssicherheit*), tzn. że wykonywanie władzy publicznej jest ograniczone regułami prawnymi, a więc wysoce przewidywalne. *Ceteris paribus* im wyższy stopień przewidywalności wykonywania publicznej władzy w oparciu o regulacje prawne, tym lepsze państwo prawa. Ta „formalna” zasada bezpieczeństwa prawnego musi jednak być ważona i balansowana w odniesieniu do innych zasad (albo wartości), takich jak sprawiedliwość²⁸, słuszność w prawie, publiczna dostępność do norm prawnych i decyzji prawnych, niezależność sądów, odpowiedzialność dzierżących władzę, minimum praw człowieka i praw politycznych. Rezultatem tego balansowania jest bezpieczeństwo prawne w sensie materialnym. Materialne bezpieczeństwo prawne jest równowagą przewidywalności decyzji prawnych na podstawie prawa i innych moralnych kwalifikacji tych decyzji. Państwo prawa, w którym te wartości są tak jak to jest możliwe perfekcyjnie zrównoważone, jest najlepszym państwem prawa, gdzie wszystkie elementy są brane pod uwagę, a nie jedynie *prima facie* czy *ceteris paribus*. Ponadto materialne bezpieczeństwo prawne jest najwyższym celem argumentacji prawniczej. Naszym celem jest, aby osiągnąć najbardziej optymalny kompromis pomiędzy przewidywalnością (formalnym bezpieczeństwem prawnym) a (innymi) wartościami moralnymi.

Współczesne pojęcie demokracji jest ze swojej istoty możliwe do zakwestionowania, gdyż jest ono uwarunkowane historycznie, w politycznej praktyce ważenia i balansowania różnych filozoficznych i moralnych przemyśleń. Dla pewności należy podkreślić, że pojęcie demokracji ma mocny rdzeń, tj. demokracja jest tym samym, co władza ludu. Niektóre kryteria czynią ten rdzeń bardziej precyzyjnym. Koniecznym warunkiem jest, że organizacja władzy publicznej nie jest demokratyczna, chyba że „instytucje społeczne do-

²⁶ Por. P e c z e n i k, *Vad är rätt?*, s. 375.

²⁷ Por. tamże, s. 50-100.

²⁸ Por. np. A. P e c z e n i k, *Juridiska avvägningar. Festskrift till Strömholm*, Uppsala 1997, s. 138.

starczają środków, za pomocą których rządzący mogą być usunięci przez rządzonych”²⁹. Ani organizacja władzy publicznej nie jest demokratyczna, jeśli ktoś może sobie przyznać pozycję rządową, ani bezwarunkowe wykonywanie i nieograniczona władza³⁰. Następujące kryteria, ważne i równoważone jedne przeciw drugim, tworzą wystarczający warunek i miarę różnych stopni demokracji: rządy większości (*inter alia* wolne wybory zgodnie z zasadą „jeden człowiek, jeden głos”); polityczna reprezentacja interesów narodu; udział obywateli w życiu politycznym; wolne formowanie opinii publicznej; wolny dostęp do politycznie ważnych informacji; podział władz; odpowiedzialność dzierżących władzę; przewidywalność i moralna akceptowalność publicznego podejmowania decyzji; niektóre inne prawa człowieka i prawa polityczne. Te kryteria odpowiadają różnym wartościom demokracji. Nie tylko wartości demokratyczne określają, że państwo czy organizacja społeczeństwa jest definitywnie (tj. nie jedynie *prima facie*) dobra. Ostateczna kwalifikacja dobroci zależy od ważenia i równoważenia wielu kryteriów. Na przykład rozszerzenie rządów większości może być złe, jeśli zostało ono wprowadzone kosztem wolności wyrażania myśli i innych praw politycznych. Ważenie i balansowanie ustanowionych wartości demokratycznych w nowej sytuacji może uzasadniać nowe wartości demokratyczne.

Stopień legitymizacji prawa jest określany przez równowagę wartości, które charakteryzują państwo prawa i wartości demokratyczne.

2.4. *PRIMA FACIE* CHARAKTER USTANOWIONYCH NORM PRAWNYCH

W ogólności każda reguła prawna może być przedstawiona jako wynik ważenia i balansowania argumentów dokonywany przez ustawodawcę. Ponadto nie możemy lekceważyć roli ważenia argumentów w argumentacji prawniczej, między innymi w interpretacji ustawy. Inną sprawą jest, że łatwiej jest mi mówić ogólnie o ważeniu argumentów niż o ważeniu zasad. Argumenty, które mamy ważyć, są w większości wartościami i zasadami (tutaj nie zajmuję się problemem, czy istnieją inne rzeczy niż wartości i zasady, które możemy ważyć). Przesunięcie akcentu z zasad na wartości nie jest szczególnie ważne samo w sobie, skoro niektóre zasady wyrażają wartości³¹. Jednak, moim

²⁹ K. R. P o p p e r, *The Open Society and Its Enemies*, 5. ed., vol. 1, London 1966, s. 124.

³⁰ G. S a r t o r i, *Demokratientheorie*, Darmstadt 1992, s. 210.

³¹ A l e x y, *Theorie der Grundrechte*, s. 130 n.

zdaniem, nie mamy powodu podzielać poglądu Dworkina³², że zasady muszą koniecznie wyrażać uprawnienia indywidualne. Bez wątpienia wiele zasad wyraża różne wartości indywidualne. Inne jednak chronią wartości wspólnotowe i wartości dzieła. Istnieje bowiem daleko idący konsens – przynajmniej w kulturze Zachodu – że mamy wiele wartości, m.in. wartości moralne o bardzo różnym charakterze: życie ludzkie, wolność, integralność personalna, własność; sprawiedliwość, pomocniczość, prawda, dotrzymywanie obietnic, solidna praca; troska o własne dzieci; wykonywanie publicznego zawodu zgodnie z prawem; przyjazne otoczenie, porządek, postęp i inne dobra wspólne; wiedza, sztuka, technologia, państwo, prawo i inne dzieła kultury. Wszystkie te wartości możemy nazwać w szerokim sensie „moralnymi”. I wszystkie z nich, raczej niż jedynie te zasady, które wyrażają wartości indywidualne, aktualnie, są i powinny być wazone i balansowane w prawie.

Ważność ważenia w prawie pozwala stwierdzić, że ustanowione reguły prawne, takie jak przepisy ustawy, również mają *prima facie* (a więc możliwy do ważenia) charakter. Mówiąc bardziej konkretnie, jeśli przepis prawny dopuszcza trudne przypadki, to ma *prima facie* charakter nie tylko z punktu widzenia moralności, lecz również w obrębie samego prawa, skoro (1) może on być wazony poprzez rozważania moralne i (2) może być zastosowany do przypadku po rozważeniu w legalnie poprawny sposób, mimo to jest przeciwnieństwem do swojego sformułowania (*contra legem*). Nie ma żadnej wątpliwości, że stosowanie niektórych przepisów prawnych zakłada tylko, albo prawie tylko, rutynowe przypadki. Tutaj jako dobry przykład mogą służyć przepisy nakładające wyraźne ograniczenia czasowe. Inny przykład możemy znaleźć w rozdziale 2 sekcji 4 Konstytucji Szwecji (*Regeringsformen*): „kara śmierci nie znajduje miejsca”. Nie możemy sobie wyobrazić jakiegoś sądu szwedzkiego, skazującego kogoś na karę śmierci. Jednak interpretacja większości przepisów prawnych dopuszcza trudne przypadki. Przepisy są możliwe do ważenia, pomimo to dalej mieszczą się w systemie prawnym. Tylko w ekstremalnie trudnych przypadkach ważenie i balansowanie prowadzi do usunięcia normy z systemu prawnego (*desuetudo derogatoria*).

Ta teoria nie zakłada żadnego rodzaju moralizującego anarchizmu w teorii prawa ani (co byłoby jeszcze gorsze) w praktyce prawniczej. Uznanie ważności wartości, zasad i ważeń nie zakłada żadnego lekceważenia reguł. Rzeczywiście uważam, że mamy *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania

³² D w o r k i n, *Taking Rights Seriously*, s. 82 n.

prawa. Program życiowy autora niniejszego artykułu zawiera zarys teorii, która poświęca właściwą uwagę obu: autorytatywnym regułom i moralnym ważeniom. Teoretyczna synteza tych komponentów jest trudna. Pierwszy komponent został podkreślony w różnych wersjach pozytywizmu legalnego, razem z wieloma teoriami formalizmu prawa³³. Robert S. Summers w wielu dziełach³⁴ zajmował się ważnością formalnego charakteru prawa. Zidentyfikował on „formalne atrybuty” w regułach prawnych, metodach interpretacyjnych, w argumentach prawnych i w systemie prawnym jako całości. Reguła prawna ma, w zróżnicowanych stopniach, takie formalne atrybuty, jak ogólność, określoność, kompletność i prostota³⁵. Nie mamy żadnych wątpliwości, że ważną funkcją instytucji prawnych (między innymi ustawodawstwa, praktyki sądowej i, rzeczywiście, również dogmatyki prawa) jest, aby zawsze próbować zastąpić kontekstualne ważenie i balansowanie ustalonym porządkiem priorytetu pomiędzy regułami prawnymi.

Potrzebujemy teorii, która poświęca uwagę obu stronom prawa: autorytatywnej i moralnej. Politolog, a może nawet i metodolog prawa, mogą powiedzieć: ważenie w konkretnym kontekście jest jedynie ostatnią deską ratunku, aby być zastosowane przez prawnika tylko wtedy, gdy nie ma ogólnego i stabilnego porządku priorytetu w zasięgu oka. Epistemolog może powiedzieć: ale – jako ostatnia deska ratunku – ważenie jest nieuniknione. A epistemologiczne pytanie, na które mamy odpowiedzieć, brzmi: czy ważenie jest możliwe do uzasadnienia, czy nie. Nie ma bowiem sprzeczności pomiędzy poglądem metodologa a poglądem epistemologia. Oni po prostu mają inne zawody. Autor niniejszego artykułu z pewnością nie jest zwolennikiem systemu prawnego przeładowanego trudnymi przypadkami. On jednak chce wiedzieć, w jakim znaczeniu rozwiązanie takich przypadków jest możliwe do uzasadnienia.

³³ J. R a z, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994, s. 330, z odesłaniami do F. Schauera i E. Weinriba.

³⁴ R. S. S u m m e r s, *The Juristic Study of Law's Formal Character*, „Ratio Juris” 8(1995), nr 3, s. 277 n.

³⁵ Tamże, s. s. 237-238.

2. 5. NIEKTÓRE KONSEKWENCJE
DLA RELACJI POMIĘDZY PRAWEM A MORALNOŚCIĄ:
PRIMA FACIE PRAWO I *PRIMA FACIE* MORALNOŚĆ

W świetle tych rozważań możemy powiedzieć, że ustanowione normy prawne mają *prima facie* związek moralny³⁶. Moralność nie wyraża tylko ogólnych zasad; ona również przyjmuje, że obowiązujące normy prawne są moralnie relewantne, tj. tworzą moralne *prima facie* (a więc możliwe do uchylecia) argumenty, które muszą być wazone i równoważone w stosunku do zasad moralnych.

Podkreślając ten aspekt problemu, nasza teoria unika jednostronności wielu innych moralnie zorientowanych teorii. Gdy więc opowiadamy się za racjonalnością wartościującą interpretacji prawa (a ta teoria z pewnością to czyni), możemy sprawić wrażenie, że wolne od moralności rozważanie w danym momencie jest moralnie lepsze niż przestrzeganie reguł prawnych. Ale to nigdy nie było moją intencją, aby sprawić takie wrażenie.

W tym kontekście możemy rozróżnić pomiędzy dwoma rodzajami rozważań moralnych, a więc pomiędzy „moralnością nr 1” i „moralnością nr 2”. Moralność nr 1 wyraża zasady ogólne, ale ignoruje obowiązujące prawo. Moralność nr 2 zakłada wazenie i balansowanie pomiędzy tymi zasadami i ustanowionym prawem. Moralność nr 2 zakłada więc, że obowiązujące prawa są moralnie relewantne, tj. tworzą moralne *prima facie* argumenty.

Tylko moralność nr 2, a nie moralność nr 1 określa wszystkie brane pod uwagę (nie tylko *prima facie*) obowiązki i wartości. Tak więc ustanowione prawo ma *prima facie* związek z moralnością.

To zakłada teorię, która przyjmuje relatywistyczny pogląd co do różnicy pomiędzy zasadami moralnymi i regułami prawnymi. A mianowicie – zarówno zasady moralne, jak i regulacje prawne mają moralną (!) *prima facie* moc wiążącą.

2.6. MORALNY OBOWIĄZEK PRZESTRZEGANIA PRAWA

Innymi słowy, istnieje moralny *prima facie* obowiązek przestrzegania prawa. To może być uzasadnione następująco.

³⁶ P e c z e n i k, *On Law and Reason*, s. 250 n.

A. Argument z chaosu. Czysto moralna argumentacja jest relatywnie niepewna wskutek jej ostatecznej zależności od osobowych preferencji i uczuć różnych jednostek. Z drugiej strony, prawo jest bardziej „określone”. Moralnie zły chaos następowałby więc, gdyby społeczeństwo nie posiadało już więcej porządku prawnego. Ten argument jest podobny do argumentu Hobbesa³⁷, który charakteryzował życie jednostki w otoczeniu bezpaństwowym jako „samotne, biedne, okropne, brutalne i krótkie”. Zgodnie z tym, Alexy argumentował za koniecznością prawa³⁸. Potrzebujemy porządku prawnego, ponieważ jest łatwiej osiągnąć konsens co do tego, kto powinien wydawać reguły prawne, niż co do treści tych reguł. Porządek jest *prima facie* lepszy niż chaos, ponieważ ułatwia współistnienie różnych jednostek. Świadczy to o „lepszości”, a więc zakłada *prima facie* obowiązek przestrzegania prawa o charakterze moralnym – w szerokim sensie „moralny”: celem moralności jest promocja współistnienia różnych jednostek. W konsekwencji: wszyscy mamy *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania prawa, ponieważ непослушничество może podkopać efektywność prawa i – w ostateczności – spowodować chaos.

Wielu filozofów na pewno będzie podważało ten argument. Na przykład Joseph Raz³⁹ wykazał, że „łamanie prawa jest odpowiedzialne za podkopywanie efektywności władzy w wielu przypadkach. W niektórych przypadkach pogwałcanie praw nie ma takiego skutku. Przestępstwa nigdy nie znane nikomu, czy tylko naruszenie interesów prywatnej jednostki [...] ogólnie nie umniejszają efektywności władzy”. Raz ma rację, uznając jeden ważny problem: argument z chaosu musi być uzupełniony pewnego rodzaju maksymą uniwersalizacji. Bez wątpienia, każda jednostka może zapytać: Chaos nie zdarzyłby się, gdybym tylko ja naruszał prawo, podczas gdy większość innych by go przestrzegała. Dlaczego więc ja powinienem przestrzegać prawa? Z drugiej strony chaos na pewno zdarzyłby się, gdybyśmy wszyscy (albo wielu z nas) naruszało prawo. A więc ta sytuacja, w której znaczna liczba ludzi przestrzega prawa, jest (*prima facie*) moralnie obligatoryjna. Moim zdaniem, wynika z tego, że każdy z nas *prima facie* powinien przestrzegać prawa. Raz zaprzecza temu wnioskowi. Różnica zdań może być wyjaśniona za pomocą hipotezy, że on przypuszczałnie się myli, ponieważ ja przyjmuje

³⁷ T. H o b b e s, *Leviathan* (1651), republished Harmondsworth 1968, rozdz. 13.

³⁸ A. A a r n i o, R. A l e x y, A. P e c z e n i k, *The Foundation of Legal Reasoning*, „Rechtstheorie” 12(1981), s. 274 n.

³⁹ R a z, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, s. 349.

możność uniwersalizacji jako postulat rozumu. Parafrazując Kanta, przyjmuje coś w rodzaju normy „*prima facie*, aby czynić coś, co większość ludzi powinna czynić”. Ale tylko *prima facie*: rozważając wszystkie możliwości, można naruszyć prawo (albo przynajmniej literę prawa) w bardzo szczególnych sytuacjach.

Krótko mówiąc: każdy z nas ma *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania prawa, ponieważ zapanowałby chaos, gdyby większość ludzi naruszała prawo.

B. Argument ze złożoności. Wielu uczonych pokazuje, że prawo pozwala nam działać w sytuacjach złożonych w relatywnie prosty sposób. Na przykład prawo ułatwia zaufanie do zawartych umów, bez konieczności ciągłego myślenia o środkach zabezpieczających drugą stronę przed oszustwem i innymi nadużyciami. Ta rola prawa została omówiona wyczerpująco w dobrze znanych dziełach Niklasa Luhmanna i broni ruchu na rzecz prawa i ekonomii. Każdy z nas ma *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania prawa, ponieważ życie stałoby się za bardzo skomplikowane i wielu ludzi łamałoby prawo.

C. Argument z wychowania moralnego. Zgodnie z tym poglądem, żaden argument nie może przekonać „inteligentnego” egoisty, że bardziej korzystne byłoby dla niego zawsze działać moralnie. Z tego powodu społeczeństwo stworzyło państwo i prawo. „Inteligentni” są więc przymuszani do przestrzegania prawa. Z biegiem czasu przymus może nawet spowodować u nich rozwinięcie nawyku dobrowolnego posłuszeństwa. Więc mocne argumenty przemawiają za posłuszeństwem prawu, jeśli ono skutkuje moralną edukacją obywatela. Teoria Leona Petrażyckiego, dobrze znana czytelnikom tego artykułu, zajmuje wyjątkową pozycję wśród innych teorii prawa jako narzędzia moralnego wychowania. Analizując przykłady historyczne, Petrażycki doszedł do wniosku, że żądania, które porządek prawny stawia jednostce, wzrastają ciągle, podczas gdy sankcje prawne ciągle zmniejszają się. Ostateczny efekt tej ewolucji byłby osiągnięty, gdyby każdy przestrzegał dobrowolnie nawet najbardziej wymagających reguł prawnych. W ten sposób prawo rozwija się w kierunku ideału aktywnej miłości bliźniego. Tak więc przymus prawny skutkuje moralnym wychowaniem egoistów. Innym ludziom ten fakt dostarcza ważnego moralnego argumentu za przestrzeganiem prawa. Prawo powinno być przestrzegane, ponieważ powszechny nawyk posłuszeństwa przekonuje „inteligentnych” egoistów, aby dołączyć do normalnych ludzi i zachowywać się moralnie.

2.7. ZASTRZEŻENIE:
CZY NIE MA ŻADNEGO *PRIMA FACIE* OBOWIĄZKU
PRZESTRZEGANIA NIEMORALNYCH PRAW?

Krytyka może zarzucić, że tylko niektóre, a nie wszystkie przepisy prawne tworzą *prima facie* obowiązki moralne. Inne są *prima facie* moralnie neutralne albo nawet *prima facie* niemoralne. Według krytyki, nie mamy *prima facie* moralnego obowiązku przestrzegania np. reguły prawnej, która zastrzega, że niektóre umowy muszą być zawarte w formie pisemnej. Ta reguła jest „moralnie neutralna”. Ponadto mamy również *prima facie* moralny obowiązek nieprzestrzegania ustaw narodowego socjalizmu zakazujących Żydom zawierać małżeństwa z „Aryjczykami”.

Zgadzam się z krytyką, że z uwagi na wielość zasad moralnych mamy *prima facie* moralny obowiązek nieprzestrzegania ustaw narodowego socjalizmu tego rodzaju. Pomimo to, w odróżnieniu od krytyki, przyjąłem, że z uwagi na argument z chaosu mamy również *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania wszystkich ustaw niezależnie od ich treści. (Możemy więc mieć *prima facie* obowiązek, aby czynić „p” i – w tym samym czasie w świetle innej normy – możemy mieć *prima facie* obowiązek, aby czynić „nie-p”; zob. niżej). Od treści normy zależy bardzo wiele, ale tylko jeśli chodzi o wszystkie elementy rozważanych obowiązków moralnych, a nie *prima facie* obowiązków. Rozważając wszystkie elementy, nie powinniśmy przestrzegać niektórych reguł narodowego socjalizmu, lecz *prima facie* powinniśmy to czynić. Ta interpretacja niejednoznacznego wyrażenia „*prima-facie* moralnego obowiązku” ma następujące konsekwencje: akt ważenia i balansowania jest konieczny, aby określić wszystkie elementy rozważanych obowiązków moralnych. Również może być konieczne, aby określić, czy pewien porządek normatywny jako całość jest albo nie jest obowiązującym prawem. Nie byłby on więc obowiązującym prawem, jeśli byłby tak ekstremalnie niemoralny, że powodowałby chaos, a nie porządek. Również nie byłby on obowiązującym prawem, jeśli porządek, który on tworzy, byłby gorszy niż chaos. Jednak akt ważenia nie jest konieczny, aby ustanowić *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania ustaw, które już zostały uznane za prawnie obowiązujące. Taka ustawa może rzeczywiście tworzyć zły porządek, a nawet chaos. Ale ciągle mamy *prima facie* moralny obowiązek, aby jej przestrzegać, skoro należy ona do systemu, który w ogólności, jako całość, tworzy porządek i ten porządek jest lepszy niż chaos.

2.8. KONSEKWENCJA: EKSTREMALNIE NIEMORALNY SYSTEM NORMATYWNY NIE JEST OBOWIĄZUJĄCYM PRAWEM

Krytyka może nalegać, że *prima facie* moralny obowiązek przestrzegania ustawy zawsze zależy od treści tej ustawy. Zatem uważa ona za dziwne przyjęcie założenia, że jedynie autorytet ma moralne znaczenie. Z drugiej strony uważam, że skoro ustawa jest prawnie wiążąca, to również *prima facie* należy jej przestrzegać w sensie moralnym, niezależnie od jej treści. Pomimo to hipoteza ta staje się mniej obca, jeśli dopuścimy, że prawne obowiązywanie systemu normatywnego jako całości nie jest całkowicie niezależne od jego treści. Przyjmuję więc, że ekstremalnie niemoralny system normatywny prawnie nie obowiązuje. Ten pogląd eliminuje najbardziej uderzające kontrprzykłady skierowane przeciwko dyskutowanej tezie inkluzji; np. przepisy „prawa” Pol Pota nie stworzyły *prima facie* moralnych obowiązków, ponieważ one w ogóle nie były obowiązującym prawem.

3. EPISTEMOLOGIA WAŻENIA

3.1. PROBLEM WIEDZY PRAWNICZEJ

Epistemologiczny punkt widzenia zakłada, że wszystkie niepozytywistyczne teorie prawa używają pojęcia prawa, które jest wartościujące, tzn. zakłada możliwe do uchylenia i do zważenia ważenie i balansowanie *prima facie* wartości. W ten sposób nasza niepozytywistyczna ogólna teoria prawa ma wspólne cechy wartościujące zarówno praktyki prawniczej, jak i dogmatyki prawa. Ale czy ważenia mogą dostarczyć nam wiedzy? Odpowiedź twierdząca na to pytanie prowadzi do poważnego problemu epistemologicznego. Ilustracją tego problemu jest następujący sylogizm:

Ważenie i balansowanie, uczynione przez teoretyka prawa, przez naukowca prawnika albo przez osobę stosującą prawo NA BAZIE ustanowionych norm prawnych, tradycyjnej argumentacji prawniczej, norm i wartości ustanowionych w społeczeństwie DOSTARCZA wiedzy o obowiązującym prawie.

Jeśli powiemy, że teoretyczna propozycja dostarcza nam wiedzy, to możemy myśleć o tym tak samo, jak byśmy powiedzieli, że to jest prawda. Czy twierdzenie więc może być prawdą, nawet jeśli uzasadnialną środkami

możliwego do uchylenia i możliwego do zważenia, ważenia i balansowania *prima facie* norm i wartości?

3.2. WĄŻENIE ALBO PORZĄDKI PRIORYTETU POMIĘDZY REGULAMI

Zwolennik logicznej ścisłości może odpowiedzieć na to pytanie negatywnie i zaproponować zamiast tego inny model. Zamiast „luźnego” mówienia o *prima facie*, o możliwości uchylenia i ważenia, czyż nie jest lepiej mówić o porządkach priorytetu pomiędzy regułami? To jest dobrze znana technika, stosowana we wszystkich systemach prawnych. Jak wszyscy prawnicy wiedzą, reguły ustawowe mogą być niekompatybilne pomiędzy sobą, a wszystkie systemy prawne zawierają jakieś „reguły kolizyjne” do wyboru pomiędzy niekompatybilnymi normami. Na przykład: gdy wyższa norma jest niekompatybilna z normą niższego szczebla, musimy stosować normę wyższą. Gdy norma wcześniejsza jest niekompatybilna z normą późniejszą, musimy zastosować normę późniejszą. Możemy stosować normę bardziej ogólną tylko w przypadkach niepodpadających pod niekompatybilną mniej ogólną normę. Na przykład osoba składająca fałszywe zeznanie podatku dochodowego jest więc odpowiedzialna tylko za przestępstwo podatkowe, ale nie za oszustwo, niezależnie od faktu, że jej działanie również podpada pod przepis kodeksu karnego odnoszącego się do oszustwa. Ostatecznie: jeśli późniejsza norma ogólna jest niekompatybilna z wcześniejszą, ale mniej ogólną normą, musimy zastosować wcześniejszą i mniej ogólną normę.

Dla pewności trzeba powiedzieć, że porządki priorytetu w prawie mogą się zmieniać. Ale czy zmiana nie może być analizowana jako rodzaj derogacji albo – ogólnie mówiąc – rewizji przekonań? Na przykład C. Alchourrón i D. Makinson⁴⁰ analizowali dokładnie definiowane funkcje, służące za argumentacyjne podobieństwa procesów intuicyjnych łączenia i rewizji teorii i kodeksów normatywnych. Takie podejście jest odpowiednim środkiem dla sformułowania konsekwencji derogacji, usunięcia reguły z systemu.

⁴⁰ C. Alchourrón, D. Makinson, *On the Logic of Theory Change: Contraction Functions and their Associated Revision Functions*, „Theoria” 1982, Vol. XLVIII, Part 1; C. Alchourrón, P. Gärdenfors, D. Makinson, *On the Logic of Theory Change: Partial Meet Functions for Contractions and Revisions*, „Journal of Symbolic Logic” 50(1985), s. 510-530.

Moim zamiarem nie jest zaprzeczanie ważności porządków priorytetu. Jednak każdy aktualnie istniejący system prawny jest otwarty w tym sensie, że porządki priorytetu często mają *prima facie* jakość: one nie są ostateczne. W zasadzie należy je przestrzegać, chyba że argumenty przeciwne ważą więcej. Ostateczne porządki priorytetu przesuwają się więc od przypadku do przypadku, idąc za intuicją, co jest sprawiedliwe i właściwe. Prawnicy mają to poczucie, nawet gdy nie są w stanie sformułować jakiejś stabilnej i ostatecznej reguły priorytetu. Jeśli idziemy za Alchourrónem, Gärdenforsem i Makinsonem, to musimy przyjąć, że zmieniający się porządek priorytetu zakłada, że „nieprawidłowe” twierdzenia muszą być odrzucone. To nie pozwala na następujące po nich twierdzenia, gdy zmienia się ważenie. Nie jest to adekwatna rekonstrukcja argumentacji prawniczej. Gdy zachodzi sprzeczność obowiązujących reguł prawnych, prawnik często czuje się zmuszony trzymać się niestałych przesłanek podczas zmieniania statusu argumentów, który może zostać przez nie stworzony. Na przykład sędzia może uznać równoczesne obowiązywanie zasad prawa kolidujących pomiędzy sobą (zob. wyżej). Może on nawet uznać niestałość „nazewnictwa” regulacji ustawowych i wówczas pójść poza to nazewnictwo i zaproponować interpretację, która uniknie niestałości. Chociaż taka interpretacja może zyskać szerokie uznanie, niestałe regulacje pozostaną w ustawie aż ustawodawca je zmieni.

3.3. ZASTOSOWANIE PODEJŚCIA NIEMONOTONICZNEGO

Ten aspekt możemy ująć za pomocą tzw. logiki niemonotonicznej. „Niemonotoniczność logiki oznacza, że dodanie nowej informacji do teorii może uczynić te zdania niewyprowadzalnymi, które były używane jako wyprowadzalne na podstawie mniejszej teorii”⁴¹. Niemonotoniczność jest logiczną rekonstrukcją możliwości uchylania. „Niemonotoniczność albo możliwość uchylania powstaje z faktu, że argumenty mogą być obalone przez silniejsze kontrargumenty”⁴². Te nowe pokonują niektóre ze starych. Zauważmy, że jeśli stara informacja nie zostanie usunięta, to pozostaje w teorii. Krótko mówiąc, niemonotoniczna logika nie robi nic więcej, niż tylko ustala elementy, które w tym momencie są odporne na zmianę, i wskazuje elementy,

⁴¹ J. H a g e, *A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match*, „Artificial Intelligence and Law” 4(1996), nr 3-4, s. 199.

⁴² H. P r a k k e n, G. S a r t o r, *A Dialectic Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning*, „Artificial Intelligence and Law” 4(1996), nr 3-4, s. 331-368.

które zmieniają się wraz ze zmieniającymi się porządkami priorytetu. Trywialnym zastosowaniem tego do argumentacji prawniczej jest na przykład, gdy powiemy, że ustawy i decyzje precedensowe pozostają w systemie, podczas gdy ich interpretacje mogą być uchylone. W prawie mamy trywialną, niemożliwą do uchylenia wiedzę, i nietrywialną, lecz możliwą do uchylenia wiedzę. Bez uciekania się do szczegółów odnośnie do logiki niemonotonicznej, przyjmuję tutaj, że one wnoszą wkład do naszego rozumienia możliwości uchylania w prawie⁴³.

3.4. ANALIZA WAŻENIA

Pozostaje jeszcze problem, że teoretycy nie mówią nam, w jakich sytuacjach argument waży więcej niż kontrargument. Podsumowanie tego wszystkiego jest raczej depresjonujące: argument nr 1 waży więcej niż argument nr 2, chyba że nie. Ważenie i balansowanie *prima facie* argumentów jest skokiem (albo zmianą): mamy przesłanki, wnioski i przepaść pomiędzy nimi. Wnioskowanie nie jest konkluzywne. Dokonujemy ważenia argumentów niezależnie od nieposiadania ścisłej wiedzy, ile one „ważą”⁴⁴. Dworkin mówi metaforycznie o „wymiarze ważenia” zasad bez zadania sobie trudu, aby przedstawić jasną teorię. Na przykład wolność wyrażania myśli dziennikarza waży w niektórych przypadkach więcej, w niektórych przypadkach mniej niż integralność ofiary, z którą się przeprowadza wywiad. Ale czy możemy stwierdzić dokładnie, w jakim znaczeniu wartości, takie jak wolność i integralność, mogą mieć zmienną wagę? Nie jest to łatwe. Nic dziwnego, że niektórzy filozofowie, stawiając wysokie wymagania „naukowemu” statusowi teorii prawa, są sceptyczni, gdy chodzi o ważenie.

Jednak coś możemy na ten temat powiedzieć: ważenie może być konceptualizowane na różne sposoby, między innymi jako optymalizacja albo konstrukcja łańcuchów argumentów.

Po pierwsze, ważenie może być wyjaśnione za pomocą niektórych pojęć zapożyczonych z ekonomii. Na przykład „optymalność Pareta”, „zmniejszona użyteczność” i „krzywe indyferencji” mogą służyć jako wzorce dla prawnego i moralnego ważenia⁴⁵. Ważną ideą tutaj jest to, że im bardziej zasada jest

⁴³ Por. A. P e c z e n i k, *Jumps and Logic in the Law*, „Artificial Intelligence and Law” 4(1996), nr 3-4, *passim*.

⁴⁴ P e c z e n i k, *On Law and Reason*, s. 284 n.

⁴⁵ Por. A l e x y, *Theorie der Grundrechte*, s. 100 n., 145 n.

„ciśnięta w dół” w procesie podejmowania decyzji, tym większy stawia ona „opór”. A więc wolność wyrażania myśli dziennikarza może być usprawiedliwiająco ograniczona, ale nie całkowicie zniesiona. Dla pewności, możliwość stosowania modeli ekonomicznych do prawnego procesu podejmowania decyzji może być zakwestionowana, bowiem nie ma jednoznacznych miar dla wartości moralnych i prawnych⁴⁶. Rozwiązanie Alexy’ego może jednak być ciągle użyteczne jako narzędzie rozumienia, chociaż nie jako metoda decyzji. Innymi słowy, optymalizacja byłaby metodą decyzji, jeśli istniałyby jednoznaczne miary dla ważenia. Stąd więc to pomoże nam zrozumieć niejasną ideę ważenia w sytuacji, gdy takie miary nie istnieją. (Pytanie, jak należy rozumieć słowo „rozumieć” w tym kontekście, musimy pozostawić poza naszą uwagą.)

Po drugie, ważenie może być rozumiane jako konstrukcja łańcuchów argumentów. Szwedzki kasus NJA 1984, s. 693, może służyć jako przykład. Obcokrajowiec „A”, który miał znaczące związki zarówno w Szwecji, jak i w Republice Federalnej Niemiec, posiadał samochód zarejestrowany w tym drugim kraju. Pożyczył on sumę pieniędzy, oddając prawo własności do samochodu jako zabezpieczenie (tzw. zabezpieczenie transferu). Później pewna osoba pożyczyła to auto i zwiedzała Szwecję. Władze szwedzkie zarekwirowały to auto jako zabezpieczenie dla niepłaconych podatków przez „A”. Spór dotyczył problemu, czy niemieckie zabezpieczenie transferu powinno zabezpieczać sekwestrację w Szwecji. Sąd Najwyższy odrzucił sekwestrację i stwierdził: „Postulat porządku i przejrzystości systemu razem z trudnościami dla wierzycieli w Szwecji, aby ocenić ryzyko kredytu inaczej niż zgodnie z ustawami szwedzkimi, stanowią główny powód przeciwko przypisywaniu bezpieczeństwa transferu zgodnie z zagranicznym prawem jako efekt przeciwko wierzycielom zbywcy tutaj w Szwecji. [...] Interes wierzycieli w Szwecji, aby być zdolnym do wymierzania ich ryzyka kredytowego zgodnie z prawem szwedzkim, konkuruje z interesem zagranicznego kredytobiorcy, nie aby ryzykować utratę jego prawa, ponieważ własność bez jego udziału została przesunięta do Szwecji [...]. Powinniśmy ważyć podane argumenty jeden przeciwko drugiemu i musimy mieć wzgląd na rozwój handlu międzynarodowego i na coraz bardziej intensywną komercjalizację współpracy pomiędzy różnymi krajami”. W tym przypadku Sąd Najwyższy przypisał decydującą wagę „rozwojowi handlu międzynarodowego” i „coraz bardziej intensyw-

⁴⁶ Por. J. H a b e r m a s, *Faktizität und Geltung*, Darmstadt 1992, s. 316, przypis 33.

nej komercjalizacji współpracy pomiędzy różnymi krajami”. Ale oczywiście te wartości nie są jedynie wartościami, które powinny decydować o stosowaniu prawa zagranicznego w Szwecji. Musimy rozważyć również inne wartości, jak np. bogactwo kraju, aktualną opinię publiczną w Szwecji itd. Jak tylko stwierdzimy, że jeden element waży więcej niż inny, powstaje pytanie, „dlaczego?”. Potrzebujemy więc innego argumentu i innego aktu ważenia. Krótko mówiąc: x może ważyć więcej niż y oddzielnie, ale w pewnej sytuacji może wystąpić z i odwrócenie porządku: x waży mniej niż $y + z$. Bowiem $x + q$ być może waży więcej niż $y + z$. W ten sposób wagi mogą być zsumowane⁴⁷.

Jednak takie sumowanie argumentów nie jest tylko rzeczą, która przeważa w tym kontekście. Łącuch argumentów jest czymś więcej niż tylko kumulacją. To jest kumulacja strukturalna. Intuicyjnie, łańcuch argumentów dostarcza nam więcej informacji niż jedynie uczyniłaby to kumulacja. Łącuch „ x ponieważ q , ponieważ r ” jest silniejszy niż kumulacja „ x i q i r ”. W kumulacji trzy argumenty są niepotwierdzone: x , q i r . W łańcuchu „ x ponieważ q , ponieważ r ” tylko jeden jest niepotwierdzony, a mianowicie r . A więc im dłuższy łańcuch określający wagę argumentu, tym silniejsza waga argumentu⁴⁸.

Z tego powodu zgadzam się z Habermasem⁴⁹, że funkcją ważenia prawnego jest znalezienie, która z *prima facie* możliwych do zastosowania reguł najbardziej odpowiada w danej sytuacji. Ta sytuacja musi być opisana „z wszystkich relewantnych punktów widzenia” i „wyczerpująco, jak to jest możliwe”, zgodnie z czym musimy mieć na uwadze „koherencję systemu reguł jako całości”.

4. KOHERENCJA

4.1. KOHERENCJA EPISTEMOLOGICZNA

To prowadzi nas do problemu koherencji. Koherencja jest istotna dla ważenia łańcuchów argumentów. Taki łańcuch nie ma oczywistego końca, a ważenie takich łańcuchów łatwo może przerodzić się w kompleksowy system priorytetów pomiędzy różnymi argumentami. Głównym punktem, który musi-

⁴⁷ Por. A. P e c z e n i k, *Juridiska avvägningar. Festskrift till Strömholm*, Uppsala 1997.

⁴⁸ Por. t e n ż e, *Jumps and Logic in the Law*, s. 150 n.

⁴⁹ H a b e r m a s, *Faktizität und Geltung*, s. 317.

my tutaj podkreślić, jest *ceteris paribus*, że im bardziej taki system jest koherentny, tym bardziej uzasadniony jest wynik ważenia.

Generalnie trzeba powiedzieć, że możliwość uchylania uzasadnienia prawniczego, między innymi idei *prima facie*, czyni problem koherencji interesującym. Gdy raz zrozumieliśmy, że tak wiele argumentów prawniczych może zostać uchylonych, powstaje pytanie, czy taka obserwacja nie może być uogólniona. Zwolennicy koherencji uważają wszystkie argumenty w ogólności za możliwe do uchylenia. To nawet stosuje się do danych z obserwacji. Rzeczywiście dane, które rzekomo fałszują hipotezę, są teoretyzujące. Nie istnieją bowiem żadne niepodważalne podstawy nauki. Dla pewności należy powiedzieć, że fundamentaliści uważają, że cała wiedza ostatecznie opiera się na ewidentnych podstawach, takich jak dane empiryczne⁵⁰. Jednak fundamentalizm został obalony przez koherentyzm: rzekome podstawy w żadnym wypadku nie mogą być pewniejsze niż niektóre inne przekonania.

Czym jest więc koherencja? Następujące przedstawienie teorii Laurence'a a BonJour'a jest odpowiednią (choć nie całkowicie bezproblemową) na to pytanie:

„System przekonań jest możliwym do uzasadnienia, koherentnym systemem, jeśli: (i) jest logicznie spójny, (ii) posiada wysoki stopień probabilistycznej konsystencji, (iii) posiada znaczną liczbę relatywnie silnych logicznych powiązań pomiędzy częściowymi przekonaniami, (iv) jest relatywnie zjednoczony, tj. nie dzieli się na relatywnie niezłączone podsystemy, (v) zawiera kilka niewyjaśnionych anomalii, (vi) dostarcza relatywnie stabilnej koncepcji świata i pozostaje koherentny (tj. spełnia (i) – (v) na dłuższą metę), (vii) spełnia wymóg obserwacji, tj. musi zawierać reguły przypisujące wysoki stopień wiarygodności mającej być uzasadnionej różnorodności poznawczych spontanicznych przekonań, włączając przekonania introspektywne”⁵¹.

4.2. KOHERENTYSTYCZNE TEZY AKCEPTOWANE PRZEZ AUTORA

Główne tezy koherentystyczne przyjęte przez autora są następujące⁵²:

⁵⁰ Por. np. R. M. C h i s h o l m, *Theory of Knowledge*, Englewood Cliffs 1966, s. 30 n.

⁵¹ Por. Bender 1989, s. 5 odnośnie do BonJoura, *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge, Mass. 1985, s. 9, 10, 92, 102-103, 106, 116, 123-124, 141, 151-154, 170, 191.

⁵² Por. A. P e c z e n i k, *The Passion for Reason. Some Remarks on Coherence in the Law*, w: L. Wintgens (red.), *Philosophy of Law of Modern Authors*, Uppsala 1998.

1. Każda jednostka posiada swój własny system przekonań. Osoba indywidualna tworzy swój własny system tak koherentnie, jak ona to tylko może, przez ciągłą aktualizację i rewidowanie swoich przekonań.

2. To jest jedyna droga do przybliżonej prawdy.

3. W naukach przyrodniczych zespół zaawansowanych, dokładnych, kompleksowych, relatywnie niekontrowersyjnych i użytecznych teorii został już wypracowany. W praktycznych kontekstach moralności i prawa jesteśmy jednak mniej szczęśliwi.

4. Konsekwentnie, epistemologiczne zainteresowania koherencji są bliższe powszedniej argumentacji prawniczej niż powszedniej nauce przyrodniczej.

5. Jest wątpliwe, czy możemy osiągnąć prawdę drogą takiej argumentacji.

6. Pomimo to wszyscy dążymy do koherencji – zarówno w moralności, jak i w prawie.

7. Dlaczego? Ponieważ mamy preferencję w kierunku racjonalności, a więc koherencji.

Teraz więc przejdźmy przez tę złożoność bardziej uważnie.

4.3. ZASTRZEŻENIE: KOHERENTNE UPREDZENIE?

Główny trzon wszystkich teorii koherencji jest epistemologiczny. Skąd mamy wiedzieć, że koherencja jest kryterium wiedzy, a więc kryterium prawdy? Musimy zająć się „zarzutem izolacji”: czy koherentny system przekonań może być fałszywy, wyizolowany ze świata?

To zastrzeżenie ma dwie wersje, nazwijmy je lokalną i całościową. Wersja lokalna jest prostym nieporozumieniem. Żywi się ona wysoko koherentną, ale fałszywą fikcją powieści i moralnych uprzedzeń. Czy na przykład możemy zgodzić się z Josephem Razem⁵³, że „przekonanie rasisty o braku wierności prawdzie członków danej rasy, zbudowane na uprzedzeniu, nie może być usprawiedliwione, nawet jeśli jest najbardziej koherentne z wszystkimi innymi (przeważnie rasistowskimi) przekonaniem rasisty”? Nie, nie możemy, ponieważ wszystkie inne przekonania rasisty nie mogą być bardziej rasistowskie. Poglądy odnośnie do ras ludzkich są tylko małą częścią całościowego systemu przekonań każdej osoby, włącznie z Adolfem Hitlerem. Aby funkcjonować w tym świecie, każda osoba musi mieć przekonania na temat zjawisk fizycznych, sytuacji geograficznych, zwierząt, roślin, żywności, języka itd.

⁵³ Raz, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, s. 284.

Nawet gdy rasista jest paranoicznym antysemitą, nie może koherentnie powiedzieć, że „wszyscy Żydzi są bezwartościowi”, bez wyjaśnienia, jak to jest możliwe, że „bezwartościowi” Żydzi, włączając Alberta Einsteina, stworzyli olbrzymią część współczesnej fizyki. Niektórzy przedstawiciele narodowego socjalizmu próbowali mówić koherentnie, a odrzucali Einsteina teorię względności. Jednak na próżno: reżim nazistowski nie był tak głupi, aby porzucić starania budowy broni atomowej, a więc przyjmował wiele żydowskiej pracy jako teoretycznej podstawy. Krótko mówiąc: uprzedzenie może być wewnętrznie koherentne, ale to nie przeszkadza, jeśli to nie jest koherentne z innymi częściami całościowego światopoglądu osoby. (Uwaga na marginesie, sam Raz pisze, że „teoria koherencji [...] musi odnosić się do całości poglądów danej osoby”⁵⁴).

4.4. BARDZIEJ GRUNTOWNY ZARZUT: CYRKULACJA

W ten sposób dochodzimy do wersji całościowej, czyli do najbardziej głębokiego problemu uzasadniania koherentystycznego, tj. jego cyrkulacji. „Odpowiedź koherentystyczna [...] skłania do pytania, skoro to po prostu zakłada, że osoba ma powód, aby myśleć, że przekonanie jest prawdziwe, jeśli jest koherentne z pozostałymi jej przekonaniami. To jest depresjonujący, ale być może nie zadziwiający wniosek”⁵⁵. Wiodący teoretyk koherencji, Keith Lehrer, przyznał uczciwie co następuje: „A więc, tak jak moje uzasadnienie przyjęcia szczególnych żądań może zależeć od włączenia niektórych zasad ogólnych mojej wierności prawdzie, tak również moje uzasadnienie przyjęcia ogólnych roszczeń może zależeć od włączenia szczególnych roszczeń uzyskania prawdy i uniknięcia błędu w mojej akceptacji systemu. Nieuzasadnione twierdzenie jest wyspą. Koherencja cyrkuluje. Uzasadnienie wniosku, że ktoś jest generalnie godny zaufania w poszukiwaniu prawdy na podstawie szczególnych roszczeń przeszłych sukcesów, może zakończyć się w cyrkularności”⁵⁶.

Lehrer widzi wyraźnie, że ta cyrkulacja uniemożliwia logiczne udowodnienie, że koherencja oddaje prawdę. „Moje roszczenie, że uzasadnienie za-

⁵⁴ Tamże, s. 286.

⁵⁵ F. T e r s m a n, *Reflective Equilibrium. An Essay in Moral Epistemology*, Stockholm 1993, s. 102.

⁵⁶ K. L e h r e r, *Coherence and the Truth Connection: A reply to my critics*, w: Bender 1989, s. 274-275.

leży od koherencji, nie jest zamierzone jako argument, aby udowodnić sceptykowi, że my jesteśmy godni zaufania. Jest to roszczenie, że nasze uzasadnienie tego, co my przyjmujemy, zależy od systemu akceptacji zawierającego ogólne roszczenia co do naszej kompetencji i pewności zaufania. Jeśli zachodzi równe współzawodnictwo pomiędzy akceptacją a rzeczywistością, koherencja zmienia się w wiedzę⁵⁷.

4.5. NIEUPRZYWILEJOWANA POZYCJA DLA SCEPTYKA

Aby zrozumieć ten rodzaj koherentyzmu, musimy mieć na uwadze, że ani sceptycyzm w ogólności, ani zarzut izolacji w szczególności nie mają uprzywilejowanego statusu w porównaniu z innymi przekonaniem. To jest jedynie konkurencja naszych przekonań. Jeśli ktoś powie, że mój personalnie uzasadniony, koherentny system przekonań nie jest „obiektywnie” uzasadniony, to musi on zwyciężyć z moim systemem⁵⁸. W konsekwencji, jeśli chcę argumentować, że to ja jestem usprawiedliwiony w akceptacji, że p, muszę odwołać się do mojego systemu akceptacji w tym samym czasie. Gdy sceptyk chce mnie przekonać, że ja nie mam racji, to odwołanie się do mojego systemu akceptacji w tym czasie jest wszystkim, co on może zrobić.

Aby podkreślić ideę, że poglądy sceptyka nie mają uprzywilejowanej pozycji, Lehrer pozwala sceptykowi grać różne hipotetyczne „gry uzasadniania” przeciwko „zgłaszającemu roszczenie” (tj. przeciwko zwolennikowi koherentyzmu). Osoba zgłaszająca roszczenie zwycięża w większości gier. Pojęcie zwyciężającej gry uzasadniania jest następujące⁵⁹: „Jeśli to, co osoba zgłaszająca roszczenie przyjmuje, jest czymś, co jest bardziej dla niej przekonujące, aby przyjąć, niż sceptyczny zarzut [...] wówczas osoba zgłaszająca roszczenie zwycięża”. Zasadność jest przyjmowana przez Lehrera jako pojęcie pierwotne⁶⁰. Tutaj nie ma miejsca na dyskutowanie szczegółów tej teorii. Pozwolę sobie tylko stwierdzić, że to wydaje się być dobrym argumentem, aby uporać się z wieloma zarzutami, które liczni autorzy⁶¹ podnoszą przeciwko „epistemologicznej teorii koherencji”.

⁵⁷ Tamże, s. 275.

⁵⁸ K. L e h r e r, *Theory of Knowledge*, London 1990, s. 176 n.

⁵⁹ Tamże, s. 119.

⁶⁰ Tamże, s. 127.

⁶¹ M.in. R a z, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, s. 279-286.

4.6. REFLEKSYJNA RÓWNOWAGA I KRYTERIA KOHERENCJI

Przejdźmy teraz od ogólnej epistemologii do epistemologii nauk humanistycznych, w szczególności do wiedzy moralnej i prawnej. Koherencja i cyrkulacja były podkreślane przez dobrze znaną teorię refleksyjnej równowagi: kierujemy się do ciągłej adaptacji ogólnych zasad i indywidualnych przekonań moralnych⁶². Zarówno zasady, jak i przekonania indywidualne są modyfikowane tak dalece, że wspierają się one nawzajem. Zasady tej adaptacji są same w sobie przedmiotem adaptacji.

Moim zdaniem, zasady adaptacji są tym samym, co kryteria koherencji. Alexy i Peczenik⁶³ rozwinęli teorię, która dostarcza niektórych kryteriów koherencji.

Im bardziej twierdzenia należące do danej teorii zbliżają doskonałą, wspomagającą strukturę, tym bardziej koherentna jest teoria. Słowo „teoria” jest używane tutaj w szerokim sensie, obejmującym zarówno teorie opisujące, np. empiryczne, jak i teorie normatywne albo wartościujące teorie (systemy norm albo systemy wartości).

Przyjmując inne elementy jako stałe, stopień koherencji danej teorii zależy od następujących okoliczności: jak wielka liczba wspomaganych twierdzeń do niej należy; jak długie łańcuchy argumentów do niej należą; jak wielka liczba połączeń istnieje pomiędzy różnymi wspomagającymi łańcuchami należącymi do teorii, np. jak wiele łańcuchów argumentów wspiera jeden i ten sam wniosek; jak wiele twierdzeń należących do teorii jest relewantnych w typie argumentacji, którą teoria stosuje; jak wielka liczba uniwersalnych twierdzeń należy do teorii; jak wielka liczba ogólnych pojęć należy do niej; jak wysoki jest stopień ogólności tych pojęć; jak wielka jest liczba kazusów, które pod nią podpadają; jak wielka jest liczba obszarów życia, które pod nią podlegają. Stopień koherencji jest określony przez ważenie i balansowanie kryteriów. Na przykład wspomagający łańcuch argumentów może być w szczególności długi, gdy używamy mniej ogólnych pojęć, a skraca się istotnie, gdy stosowane

⁶² J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1971, s. 20; D. Prawitz, *Om moraliska och logiska satsers sanning*, w: L. Bergström, H. Ofstad, D. Prawitz (red.), *En filosofibok tillägnad Anders Wedberg*, Stockholm 1978, s. 153.

⁶³ R. Alexy, A. Peczenik, *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*, „Ratio Juris” 3(1990), nr 1 bis; por. również niektóre dodatki w: Peczenik, *On Law and Reason*, s. 158 n.

pojęcia stają się bardziej ogólne. W takim przypadku musimy dokonywać skomplikowanego aktu ważenia, aby odpowiedzieć na pytanie, która teoria jest bardziej koherentna, która bardziej ogólna albo która zawiera dłuższy łańcuch argumentów.

Tutaj najbardziej zawiłym problemem jest to, że ważenie i balansowanie kryteriów koherencji musi być tak koherentne, jak to możliwe, a odwołuje się do tych samych kryteriów koherencji. Nie ma wyjścia z tego koła. Ale teoria jako całość jest samopotwierdzająca się, a nie samodestrukcyjna. To jest wszystko, czego możemy wymagać od teorii koherencji.

4.7. WIEDZA PRZES WĄŻENIE?

To samo możemy powiedzieć o całej wiedzy, nawet o wiedzy w naukach przyrodniczych. Pomimo to w naukach przyrodniczych jest korzystne, używając kategorii pragmatycznego sukcesu, aby zapomnieć o głębokich i koniecznych koherentystycznych pytaniach odnoszących się do uzasadniania światopoglądu jako całości. Zamiast tego rozwijamy ściśle teorie opierające się na niektórych hipotezach, z punktu widzenia filozoficznego niepewnych, lecz założonych w obrębie paradygmatu, o którym tutaj mowa. Gdy dążymy do wiedzy moralnej i prawnej, jesteśmy mniej szczęśliwi.

Zarówno wiedza naukowa, jak i nietrywialna wiedza o normach prawnych i moralnych postępuje drogą prób i błędów, i musimy uciec się do pewnej konwencji, aby zdefiniować, co znaczy „błąd”. (W tym względzie Popper ma rację⁶⁴). Pomimo to sytuacja wiedzy moralnej i prawnej jest gorsza niż wiedzy w ogólności. W moralności i w prawie możliwość uchylania jest bardziej radykalna. W naukach przyrodniczych zbiór wypracowanych, dokładnych, kompleksowych, relatywnie niekontrowersyjnych i użytecznych teorii został już wypracowany. Niezależnie od tego, że teorie te wywołują problemy epistemologiczne, to jednak jest faktem, że taki zbiór teorii istnieje. To jest również wielkie szczęście ludzkości, że ona istnieje. W naukach humanistycznych jesteśmy w jakiś sposób mniej szczęśliwi, jak na przykład historia socjologii dostatecznie to pokazuje. W kontekście praktycznym wśród wielu rzeczy dotyczących problemu, co być powinno (jako przeciwieństwo do tego,

⁶⁴ K. R. P o p p e r, *The Logic of Scientific Discovery*, New York 1959, s. 40 n.; t e n ż e, *Objective Knowledge*, Oxford 1972, s. 261 n.; por. P e c z e n i k, *On Law and Reason*, s. 138 n.

co aktualnie jest), mamy jeszcze mniej pewności. W konsekwencji określenie „błędu” w nauce prawa jest często holistyczne i cyrkularne.

Ten fakt czyni zależną od ważenia, niepozytywistyczną teorię prawa z konieczności mniej dokładną niż logicy by tego oczekiwali. Ale to nie wpływa na wartość prawdziwości tej teorii.

Tłumaczenie z języka angielskiego: Antoni Kość, Jadwiga Potrzeszcz

NON-POSITIVIST CONCEPTION OF LAW

S u m m a r y

The author of this article formulates a non-positivist conception of law, similar to the ones developed by R. Dworkin and R. Alexy, yet not identical with them. At present there are numerous non-positivist theories of law which do not employ a strong proposition regarding the natural law. Supporters of legal non-positivism include common moral principles in the area of law and assume that these principles are both causes of human actions and propositions that justify such actions.

The author draws on R. Alexy in giving arguments for and against legal positivism, and he regards the relativity argument as the basis. Indeed, a positivist can accuse a non-positivist of making law conditional upon moral judgment, which may not be rationally defended. This article as a whole may be treated as a response to this argument.

The non-positivist theory of law, defended in this article, assumes that both moral principles and legal norms have a *prima facie* character. Speaking of *prima facie* norms (*inter alia*, principles) and values, the author implies that they are justifiable, but neither certain nor acceptable in the present mode of justifying. Further, they are possible to be weighed. Finally, they are possible to be revoked, at least in the minimum sense of being not perpetual. It is the author's view that all morality has a *prima facie* character, i.e. it is possible to be revoked and weighed. Generally, each legal norm can be presented as a result of the legislator weighing arguments. Weighing of arguments leads to problems with coherence.

The recognition of values, principles and weighing does not entail disregard for norms. The author believes that one has a *prima facie* moral duty to obey law. However, the legal application of a normative system as a whole is not independent of its content. The author assumes that an extremely immoral normative system will have no application.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: niepozytywistyczna koncepcja prawa, obowiązywanie, koherencja, ważenie argumentów.

Key words: non-positive concept of law, application, coherence, weighing arguments.