

Mit pewności prawnej, czyli dlaczego nieprecyzyjne standardy prawne mogą być lepsze dla kapitalizmu i liberalizmu

Ofer Raban

The fallacy of legal certainty: why vague legal standards may be better for capitalism and liberalism

Abstract: This article reviews key aspects of the theoretical debate on the distinction between bright-line rules framed in clear and determinate language and vague legal standards. It is generally believed that legal rules provide more certainty and predictability, while legal standards afford flexibility, accommodate equitable solutions, and allow for a more informed development of the law. Furthermore, the article seeks to refute the idea that bright-line rules are superior to vague standards in regard to certainty and predictability. In first section, the author articulates the claims that legal certainty and predictability are essential for both capitalism and liberalism, and that these systems of economic and political organization therefore require legal rules framed in clear and determinate language. Second section undertakes a critical evaluation of that claim and argues that, oftentimes, the best-drafted clear and determinate rules would result in less certainty than alternative vague and indeterminate standards. Third section provides explanations why things are so, arguing that the law is but one of many normative systems; that competing economic, social, and moral standards are often couched in vague and indeterminate terms; and that many of these standards cannot be reduced to clear and determinate rules. As conclusion author pointed out

* Uniwersytet w Oregon (USA)
ofer@uoregon.edu

on the extensive use of vague legal standards that with no doubt harbors dangers. Vague standards can easily mask arbitrariness, inconsistency, and injustice, and can also generate uncertainty. Their proper use requires good faith, professionalism, and intelligence, and therefore depends on a high caliber legal profession.

Keywords: legal theory, bright line rules, vague legal standards, certainty and predictability of the law, legal formalism.

Wprowadzenie

Dotychczasowe piśmiennictwo przedstawia bogatą analizę rozróżnienia pomiędzy jasnymi regułami sformułowanymi w języku jasnym i jednoznacznym, a nieprecyzyjnymi standardami prawnymi o nieokreślonym charakterze, takimi jak „rozważa”, „zaniedbanie”, „uczciwość” czy „dobra wiara”. Analiza literatury odnoszącej się do tego zagadnienia wydaje się prowadzić do wniosku o istnieniu powszechnego przekonania, podzielanego przez licznych prominentnych przedstawicieli doktryny, iż proste reguły prawne chronią wartości pewności i przewidywalności, podczas gdy mniej od nich precyzyjne standardy prawne nadają prawnu elastyczność, wskazując na oparte na słuszności rozwiązanie, pozwalające na bardziej uświadomiony rozwój systemu prawa.

Niniejsza praca stawia sobie za zadanie obalenie tego przekonania, iż jasne reguły prawne są nadrzędne względem nieprecyzyjnych standardów w kontekście zapewnienia pewności i przewidywalności prawa. Oto kilka reprezentatywnych przykładów wyrażających fałszywie według mnie sformułowaną tezę:

„Od kiedy prawo powinno równoważyć swoją pewność i przewidywalność z elastycznością, to w ramach prowadzonej polityki prawa rozsądnym jest, aby wykorzystywać reguły prawne jak tylko jest możliwe w celu regulowania ludzkiego zachowania, ponieważ są one pewniejsze od [standardów]...”¹.

„Standardy [...] zwiększają koszty oraz utrudniają możliwość przewidywania, [podczas gdy] zastosowanie reguł

¹ Joseph Raz, *Legal Principles and Limits of Law*, „Yale Law Journal” 1972, no. 81, s. 841,

względem zachowania podmiotów prywatnych, które definiowane są przez te podmioty nie następuje żadnych trudności, ułatwiając stronom przewidzenie następstw swojego zachowania”².

„Rządy prawa [...] zakładają (jak wskazuje na to sama nazwa) preferencję na rzecz reguł ponad standardami. Legislatura ustanawiając standardy jako wzorce zachowania się ich adresatów, których realizacja dodatkowo zagwarantowana jest sankcją prawną, w praktyce nie ogłasza zbyt wiele [...] (jest tak dlatego), że nie wskazuje one swoim adresatem co jest rzeczywiście dozwolone, a co jest zakazane, choć dają im pewne o tym pojęcie”³.

„Kolejną oczywistą korzyścią płynącą ze stanowienia [jasnych i określonych reguł] jest ich przewidywalność. Nawet w mniej złożonych czasach niepewność była zawsze negowana jako kolidująca z postulatami rządów prawa. Nawet najbardziej elementarna sprawiedliwość wymaga, by podmioty związane prawem wiedziały co prawo to nakazuje”⁴.

„Jeśli zastosowanie danej reguły może oznaczać podjęcie decyzji o charakterze bliskim optymalnego w danej sprawie, pytanie jakie powstaje to jaki jest zakres, do którego ośrodek podejmowania decyzji władczych, może tolerować rezultaty bliskie optymalnym, tak aby ci, względem których dana decyzja się odnosi, byli zdolni, w ramach takiego otoczenia prawnego, do odpowiedniego planowania”⁵.

¹ Louis Kaplow, *The General Characteristics of Rules*, [w:] Boudevijn Bouckaert, Gerrit De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham 2000, s. 512-513.

² Eric A. Posner, *Standards, Rules, and Social Norms*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 1997, no. 21, s. 113.

³ Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, „University of Chicago Law Review” vol. 56, 1989, no. 4, s. 1175-1179.

⁴ Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford 1991, s. 140. Schauer we wcześniejszym fragmencie zauważa, że „argument z oparcia się na prawie” [to znaczy z przewidywalności] ... zakłada wspólnotę rozumienia między oparciem się adresatów [czyli tych, którzy są podmiotami obowiązywania prawa] oraz organami stosującymi prawo [sędziami], na których spoczywa ta odpowiedzialność”, tamże, s. 138. Jest z pewnością poprawne i jest to jeden z powodów, że najlepsze z reguł mogą redukować przewidywalność w porównaniu ze standardami. Lecz zamiast wskazywać na takie wnioski, Schauer kieruje się w stronę potwierdzenia panującego mitu przez utożsamienie przewidywalności u „adresatów i organów stosujących prawo”, uczestniczących we wspólnocie językowej, tamże, s. 139.

„System zakładający realizację wymogów rządów prawa nie jest [...] związany nierealistycznym celem, aby każda decyzja podjęta w jego ramach mogła być w pełni określona, zanim zostanie zastosowana [...]. Niemniej [...] często prawodawca przyjmuje takie reguły dlatego, iż te zawężają czy też nawet eliminują [...] niepewność, wobec której stawiani są adresaci prawa, związani obowiązkiem prawnym. Takie postępowanie prawodawcy niesie ze sobą wielką wartość w kwestii wspierania przewidywalności i możliwości planowania...”⁶.

Przytoczone powyżej cytaty stanowią dowód rozpowszechnionego wśród licznych przedstawicieli nauki twierdzenia o różnicy potencjału reguł o charakterze jasnym i niedookreślonych standardów prawnych, do umożliwienia adresatom prawa lepszemu przewidywaniu następstw prawnych ich zachowania. Generalnym wnioskiem wynikającym z takiego zestawieni piśmiennictwa jest więc teza, że w wypadku zastosowania standardów, jako nadrzędnych względem odpowiadających im reguł, ucierpieć mogą te korzyści jak pewność czy też przewidywalność poprawnego stosowania prawa, płynące właśnie z jasności reguł prawnych.

Niniejsze opracowanie stawia sobie także za cel krytyczną analizę panującego mitu, iż jasne reguły prawne skutkują większą jasnością i przewidywalnością jakich wymaga się od funkcjonowania samego prawa w ramach ustroju kapitalistycznego i doktryny liberalizmu. Z tak sformułowanego programu badawczego wynika konieczność poddania weryfikacji, czy mit ten znajduje swoje potwierdzenie w ludzkiej zdolności do przewidywania konsekwencji prawnych oraz zdolności prawników do przewidywania procesu stosowanego przez nich prawa. Warto zaznaczyć, że te dwie umiejętności w sposób oczywisty mogą się nie pokrywać: to co może być doskonale jasne i przewidywalne dla prawnika lub sędziego stosujących prawo, może okazać się dalece odległe od przekonań i wyobrażeń adresatów prawa co do jego działania. I rzeczywiście, okazuje się, iż jasne reguły prawne mogą generować znacznie mniejszy poziom pewności i przewidywalności od niedookreślonych standardów prawnych w wielu gałęziach prawa.

⁶ Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, „California Law Review” 1995, no. 953, s. 1021-1022.

Cześć pierwsza niniejszego opracowania prezentuje uzasadnienie twierdzenia o pewności prawnej i przewidywalności prawa jako fundamentalnych dla kapitalizmu i liberalizmu cechach systemu prawnego oraz tego, że ten właśnie system gospodarczy i polityczny stawia wymogi jasności i wyrazistości ram językowych, w stosunku do treści reguł prawnych.

Cześć druga obejmuje krytyczną ocenę powyższego twierdzenia przy jednoczesnym przedstawieniu i obronie podstawowego założenia, iż częstokroć, najlepiej sformułowane w języku prawnym, jasne i określone reguły prawne swoim funkcjonowaniem skutkują znacznie mniejszą pewnością niż odpowiadające im niedookreślone standardy prawne.

Obranym celem części trzeciej jest wyjaśnienie, dlaczego rzeczy tak właśnie się mają, poprzez przedstawienie odpowiedniej argumentacji na rzecz twierdzenia, iż prawo jako jeden z wielu systemów normatywnych, funkcjonujące obok konkurencyjnych systemów gospodarczych, społecznych i moralnych, formułowane w nieprecyzyjnych i niedookreślonych pojęciach standardów zachowania, nie może być zredukowane do jasnych i precyzyjnych reguł. Opracowanie kończy się krótkimi konkluzjami.

Pewność prawa i jasne reguły prawne

Stany Zjednoczone są państwem zbudowanym w oparciu o zasady liberalizmu, i ukształtowane jako państwo w formie ustroju kapitalistycznego, i ta forma organizacji gospodarczej i politycznej państwa narzuca szereg uwarunkowań co do treści samego prawa; kapitalizm niejako wymaga by prawo obowiązujące właśnie w Stanach Zjednoczonych tworzyło i chroniło w jak największym stopniu obszar wolności gospodarczej, co stanowi realizację szerszego założenia doktryny liberalnej postulującej ochronę szeroko rozumianej sfery wolności obywatelskich, w której to obywatele są wolni zarówno od władztwa publicznego jak i prywatnego. Niemniej jednak pewna część doktryny wyraża przekonanie, iż kapitalizm czy też liberalizm narzucają względem prawa wymogi nie tylko natury treściowej, lecz także formalnej; jednym z nich jest wymóg formułowania prawa w języku jasnym i jednoznacznym oraz stosowania prawa w ścisłym związku z tym językiem. Ustanowienie takich wymogów,

w ramach tej argumentacji, jest niezwykle doniosłe dla pewności i przewidywalności, szeroko postulowanych właśnie w ramach ustroju kapitalistycznego i liberalnego.

Kapitalizm:

Wagę pewności prawnej jako sprzyjającej kapitalizmowi, w dobitny sposób przedstawił Max Weber w klasycznej, (wydanej pośmiertnie) pracy *Gospodarka i Społeczeństwo*: „przedsiębiorstwo nie może prowadzić swej działalności bez pewności prawa”⁷ – wskazuje Weber, ponieważ pewność prawa daje bezpieczeństwo dla działalności gospodarczej i jest istotne dla tych, którzy podejmują ryzyko inwestycyjne swojego kapitału. Jeśli zatem przedsiębiorca buduje fabrykę na danej nieruchomości, to wymaga on gwarancji bezpieczeństwa swojej własności, musi więc mieć pewność co do tego, iż umowy jakie zawiera z kontrahentami są egzekwowalne, musi posiadać wiedzę, jakie podatki będzie musiał zapłacić, i wreszcie posiadać zdolność do przewidzenia poziomu potencjalnych kosztów i zysków płynących ze swojej działalności gospodarczej. W następstwie tego „interesy burżuazyjne” (gospodarki kapitalistycznej, gospodarki rynkowej) wymagają systemu prawnego, „który działa w określony sposób”, a ta określoność oznacza z kolei „określoność i jasność tego systemu”⁸. Ustrój gospodarczy oparty o zasadę wolności gospodarczej podmiotów prywatnych oraz ochrony prawa własności, wolności wytwarzania, wymiany i konsumowania dóbr, musi w efekcie wyznaczyć podmiotom gospodarującym precyzyjne granice ich uprawnień i obowiązków, co przesądza o konieczności obowiązywania jasnych i określonych reguł prawnych. Weber wyraził pogląd, iż charakter prawa świata zachodniego umożliwił budowanie kapitalizmu poprzez działanie tego prawa „niczym mechanizm jednorękiego bandyty, gdzie wrzuca się tak fakty, by ten wydał odpowiednie decyzje”⁹. Podobnie inni autorzy przyjęli tezę, iż „rynki nie mogą działać bez jasnego i precyzyjnego zdefiniowania do kogo należy prawo własności, kto może podjąć określone czynności prawne (prawo

⁷ Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth, Claus Wittich (eds), University of California Press, Berkeley–Los Angeles–London 1978, s. 883.

⁸ Tamże, s. 847.

⁹ Tamże, s. 886.

karne i cywilne) i kto i wobec kogo jest zobowiązany by chronić swój udział (prawo zobowiązań).¹⁰

Liberalizm:

Analogiczne twierdzenie odnosi się także do liberalizmu i sprowadza się, najogólniej rzecz ujmując, do argumentu, iż jasne i precyzyjne reguły prawne są niezbędne dla zagwarantowania sfery wolności. Friedrich Hayek wyjaśnił tę tezę w następujący sposób: „Prawo wskazuje podmiotowi prawa, na jakie fakty są dla niego doniosłe, stąd poszerzając zakres, w którym może on przewidywać konsekwencje swojego zachowania¹¹. Prawo jest „swego rodzaju wiedzą na której to podstawie może on planować, co oznacza, że w większości przypadków jednostka nigdy nie stanie się przedmiotem zastosowania przymusu państwowego, chyba że świadomie usytuuje się właśnie w takiej sytuacji”¹². Zdolność jednostek do unikania władztwa państwowego – jest to to, na czym zasadza się wolność – i dlatego „zależna jest ona od pewnych atrybutów prawa – wśród których należy wyróżnić pewność”¹³ – gdzie zasadą jest, że „wszystkie czynności państwa o charakterze przymusu muszą być jednoznacznie uregulowane”¹⁴, w związku z czym Hayek dobitnie potępił użycie nieo określonych pojęć prawnych takich jak „rozsałek” czy też „uczciwość”. „Można by opisać drogę do upadku rządów prawa... właśnie wskutek wprowadzania do ustawodawstwa i orzecznictwa szerokich, nieprecyzyjnych formuł podnoszących niepewność prawa i arbitralność jego stosowania przez judykaturę...”¹⁵.

Za przykład ilustrujący myśl Hayeka nich posłuży tu osobista anegdota autora. Kilka lat temu uczestniczyłem w konferencji naukowej w jednym z miast europejskich, które też

¹⁰ Daniel W. Bromley, Jeffrey A. Cochrane, *A Bargaining Framework for Global Commons*, United States Agency for International Development, Working Paper 1996, no. 21, s. 6.

¹¹ Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1960, s. 156-157.

¹² Tamże, s. 21.

¹³ Tamże, s. 167.

¹⁴ Tamże, s. 222.

¹⁵ F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge Press, London 1944, s.78.

miałem okazję zwiedzić. Uważnie prześledziłem program konferencji i zaznaczyłem te prezentacje i wykłady, na które miałem zamiar się udać, jednocześnie zakładając, że będę miał czas na zwiedzanie w przerwach pomiędzy nimi. Niestety osoba odpowiedzialna za realizację i przestrzeganie harmonogramu konferencji była narodowości włoskiej z właściwą dla tej nacji beztroską i szczególnym poczuciem czasu: rozpoczęcie poszczególnych sesji było zatem zazwyczaj opóźnione, same dyskusje w ramach określonych paneli także kończyły się z opóźnieniem, niejednokrotnie zdarzały się też zmiany w samym programie ogłaszane w ostatniej chwili. I tak jak wskazał to Hayek, niepewność co do harmonogramu konferencji całkowicie zniweczyła moją zdolność do optymalizacji mojej wolności: nie mogąc przewidzieć poszczególnych punktów programu, zostałem ograniczony jedynie do samego uczestnictwa. Można odwołać się do innej jeszcze bardziej sugestywnej analogii: jeśli kamienie spadałyby z nieba według nie dającej się przewidzieć prawidłowości, wolność do poruszania zostałaby w sposób znaczący ograniczona. Gdyby jednak spadały według ustalonego wcześniej wzorca, i istniałaby możliwość przewidzenia miejsca i czasu ich spadania, poruszanie mogłoby odbywać się bez przeszkód. Jasne i precyzyjnie ustalone reguły prawne uświadamiają ich adresatom, gdzie stoją, a gdzie stać nie powinni, i przez to stwarzają warunki maksymalizacji swojej wolności.

Wykładnia prawa:

Konsekwencją twierdzenia, że jasne i precyzyjnie określone reguły prawne są kluczowe dla pewności i przewidywalności, jest zastosowanie odpowiedniej metody interpretacji prawa. Pewność i przewidywalność prawa mogłyby zostać podważone w sytuacji niezastosowania przez sądy literalnej wykładni prawa. W rzeczy samej, argumentując na rzecz wykładni językowej, ścisłej interpretacji przepisów i zasad prawnych dokonywanej przez sąd, opowiadamy się za poglądem, iż tekstualizm chroni tę wyższą wartość, a adresaci reguł prawnych mogą w szerszym zakresie przewidzieć konsekwencję swojego zachowania.¹⁶

¹⁶ Por. Frank H. Easterbrook, *Text, History and Structure in Statutory Interpretation*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 1994,

Mit pewności prawnej

Twierdzenie o tym, że jasne i określone reguły prawne są fundamentalne dla kapitalizmu i liberalizmu cieszy się szerokim uznaniem. Wydaje się jednak, że oparte jest ono na pomieszaniu przewidywalności stosowania reguł prawnych oraz przewidywalności podzielanej przez tworzących prawa. Systemy kapitalizmu i liberalizmu wymagają pewności i przewidywalność określonej sfery życia (przewidywalnej sfery ekonomicznej, przewidywalnej sfery socjalnej), a nie tylko jasnych i określonych reguł prawnych generujących, a w rezultacie wyłącznie ich pewność i przewidywalność. I rzeczywiście, jasne i precyzyjnie określone reguły prawne często skutkują powstaniem znacznie mniej przewidywalnego środowiska gospodarczego bądź socjalnego niż nieprecyzyjne standardy prawne. Przytoczmy tutaj odpowiednie przykłady.

Kapitalizm:

Prawo zobowiązań stanowi rdzeń ram prawnych ustroju kapitalistycznego, a spory doktrynalne prowadzone w ramach dogmatyki tej gałęzi prawa częstokroć podnoszą problem przewidywalności. Jeden z głośniejszych sporów w tej dziedzinie dotyczy możliwości podnoszenia **dowodów z materiału pozatekstowego**, mających znaczenie dla interpretacji jasnych i jednoznacznych postanowień umowy. Zgodnie z tradycyjną regułą, jeśli postanowienia umowy są jasne i jednoznaczne, to żaden dodatkowy dowód – np. obietnica ustna, domniemane rozumienie lub też ustalona praktyka – nie może być podniesiony jako przesłanka odmiennej interpretacji zawartej umowy¹⁷. W związku z tym jasność i jednoznaczność postanowień umów zawartych między stronami danego stosunku prawnego – gwarantują stronom pewność i przewidywalność jakiej wymagają przy jej zawieraniu¹⁸.

Warto jednak wspomnieć o mniej rozpowszechnionej praktyce orzeczniczej, która polegała na zastosowaniu znacznie bardziej ogólnego standardu prawnego, dopuszczającego

no. 17, s. 63; John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute*, „Columbia Law Review” 2001, no. 101, s. 58.

¹⁷ Zob. *Wilson Arlington Co. v. Prudential Ins. Co. of Am.*, 1990.

¹⁸ Tamże, s. 396-370.

możliwość powołania się na dodatkowe dowody z materiału pozatekstowego o ile „stanowią dowód istotny dla właściwego rozumienia umowy”, mogący wpłynąć na prawidłową rekonstrukcję języka umowy”¹⁹. Stąd też nawet w sytuacji, w której postanowienia umowy wydają się być doskonale jasne i zrozumiałe, strona może powołać się na dowód spoza tekstu umowy, dowodzący rzeczywistą wolę stron różną od woli stron, jaka wynika z dosłownego brzmienia umowy, jeśli byłoby to zgodne z rozsądnym rozumieniem językiem umowy. Przykładem takiego podejścia jest konkretna sprawa, w której strona pozwana zawarła umowę, na podstawie której zobowiązała się do „usunięcia starej i zainstalowania nowej metalowej osłony turbiny parowej”²⁰. Postanowienie umowy określało, że pozwany zgodził się na zabezpieczenie powództwa „w przypadku poniesionych strat, wydatków i odpowiedzialności płynących z uszkodzenia własności powstałych wskutek, bądź w jakikolwiek inny sposób związanych z zawartą umową”²¹. Podczas wykonywanych robót fragment metalu uszkodził odnawianą turbinę.²² Strona powodowa stwierdziła, iż pozwany jest zobowiązany do naprawienia wyrządzonej szkody, pozwany powołał się natomiast na dowód z materiału pozatekstowego, wskazujący na to, iż klauzula zobowiązująca ma zastosowanie tylko wówczas, gdy szkoda zostanie wyrządzona osobom trzecim, a nie stronie pozywającej.²³ Stosując nowy standard prawny Sąd Najwyższy stanu Kalifornia dopuścił powołanie się na dodatkowy dowód z materiału pozatekstowego.²⁴ W związku z tym orzeczeniem pojawił się szereg komentarzy, które uznały decyzję jako niebezpieczną dla panujących stosunków gospodarczych:

¹⁹ Pac. Gas & Elec. Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co., 1968.

²⁰ Tamże, s. 643.

²¹ Tamże.

²² Tamże.

²³ Tamże.

²⁴ Tamże, s. 646; w podobnych sprawach sądy orzekały podobnie, por. Ayeska Alyeska Pipeline Serv. Co. v. O’Kelley, 1982 s. 771; Taylor v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 1993, s. 1140–1141; William Blair & Co. v. FI Liquidation Corp., 2004, s. 773–777; Admiral Builders Sav. & Loan Assoc. v. South River Landing, Inc., 1986, s. 1099; Cafeteria Operators, L.P. v. Coronado-Santa Fe Assoc., 1997, s. 446; Denny’s Rests., Inc. v. Sec. Union Title Ins. Co., 1993, s. 626.

Problem dopuszczenia dowodu z materiału pozatekstowego, pozwalającego na ustalenie znaczenia poszczególnych warunków umowy może stanowić zagrożenie dla zasady mocy obowiązującej umów (pewności umów). Podstawą prawa zobowiązań jest zapewnienie pewności umawiających się stron, co oznacza, że umowy zawarte w określony sposób obowiązują strony. Wspomniana wyżej decyzja sądu ogranicza tę pewność, jaka powinna być udziałem stron umowy. W konsekwencji zajętego stanowiska sądu żadna ze stron nie może być pewna, czy postanowienia umowy będą egzekwowalne. Jeśli zatem każda ze stron umowy może dojść do przekonania, że wola wyrażona przy zawieraniu umowy były inna od tej, która wynika z wyraźnych postanowień umowy, to postanowienia zawartej umowy mogą być w przyszłości nieuwzględniane, co stanowi przeciwieństwo pewności umów.²⁵

Wiele sądów zgodziło się z takim poglądem – włącznie z najważniejszymi: Sąd Apelacyjny Okręgu Dziewiątego, Kanadyjski Sąd Najwyższy czy też Angielska Izba Lordów.²⁶

²⁵ David F. Tavella, *Are Insurance Policies Still Contracts*, „Creighton Law Review” 2009, no. 42, s. 170.

²⁶ Zob. *Travelers Ins. Co v. Budget Rent-A-Car Systems, Inc.*, 1990, s. 768-769: „Reguła [...] dopuszczająca dowód z materiału pozatekstowego jest niebezpieczna ze względu na to, że wzmaga niepewności, podczas gdy pewność jest wartością nadrzędną. Zakłady ubezpieczeniowe, tak jak inne podmioty gospodarcze, wymagają dla swojej działalności przewidywalności; umowy, jakie zawierają, sporządzone są w języku precyzyjnym dlatego, by mogły określić odpowiednie składki. Kiedy umowy ubezpieczeniowe nie określają tego, stwierdzenie poziomu potencjalnego ryzyka staje się niezwykle trudne [...]. Wyrażamy zatem wątpliwość, iż reguła przysłuży się tym, których interes zależy od pewności i przewidywalności tego, że umowy będą egzekwowalne”; *Shogun Finance v. Hudson*, 2003 („Reguła [z wyjątkiem dozwolenia na dowód z materiały pozatekstowego w interpretacji umowy] stanowi o sile angielskiego prawa zobowiązań i stanowi jeden z powodów powodzenia angielskiego prawa w międzynarodowych relacjach handlowych, zwłaszcza w porównaniu z innymi systemami prawnymi, które nie zapewniają takiej pewności”); zob. także Stephen Waddams, *Modern Notions of Commercial Reality and Justice: Justice Iacobucci and Contract Law*, „University of Toronto Law Journal” 2007, no. 57 s. 336 („Sędzia Iacobucci podkreśla wagę pewności w obiegu handlowym jako odzwierciedlenie jasno sformułowanej reguły zakazującej dowodu z materiału pozatekstowego, w wykładni umów, w sprawie dotyczącej patentu, orzeczonej pięć lat

Podczas gdy tradycyjna reguła (jasne i jednoznaczne postanowienia powinny obowiązywać strony w taki sposób jak zostały one zapisane) pozwala stronom danego stosunku prawnego na łatwe przewidzenia następstw postanowień umowy, nowy standard wprowadza szeroką sferę niepewności poprzez uznanie możliwości ustalenia znaczenia umowy opartej na rozsądnej interpretacji, wbrew podstawowemu celowi nowego standardu, którym było wyjście naprzeciw oczekiwaniom stron. Gdyby zawarto właściwe porozumienie stron, według tradycyjnego standardu, to odpowiedzialność strony pozwanej byłaby ograniczona do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną stronom trzecim, co jednak nie byłoby zgodne z oczekiwaniem stron zawartej umowy. Ujmując rzecz inaczej, strony umowy nie oczekują jedynie realizacji postanowień umowy, oczekują realizacji zgodnie z ich rozumieniem umowy. A jest to rozumienie często różniące się od rozumienia opartego na dosłownym brzmieniu umowy. Dzieje się tak z wielu względów: nieprzemyślanych postanowień umowy, opierania się na pozaumownym rozumieniu umowy (porozumieniu ustnym czy też praktyki handlowej) czy też braku możliwości przewidzenia tego, jak umowa będzie realizowana w przyszłych okolicznościach trudnych do przewidzenia. Wykonanie umowy w oparciu o interpretację językową może więc nie pokrywać się z przewidywaniami stron umowy co do ich rzeczywistych uprawnień i obowiązków.

W obliczu tego oczywistego zjawiska zwolennicy tradycyjnej reguły obowiązywania umów wykorzystują argument, że choć w pewnych warunkach nieprecyzyjny standard prawny może skutkować większą przewidywalnością niż precyzyjna, jednoznaczna reguła prawna, to jeżeli jednak reguła ta interpretowana jest w szerszym kontekście jako obowiązująca w ramach całego systemu prawa, to w odróżnieniu od standardu zapewni ona większą przewidywalność. Według tej logiki pewność umów mogłaby być częściej podważana, gdyby ich zamierzony sens nie był interpretowany w ramach wykładni językowej, bądź na skutek utraty pewności co do rzeczywistego znaczenia postanowień

później, *Eli Lilly & Co v. Novopharm Ltd*, 1998, gdzie napisał uzasadnienie do jednogłośnej decyzji sądu [Kanadyjskiego Sądu Najwyższego]).

dopuszczane byłyby inne pozawerbalne rodzaje wykładni. Argument ten, poddając go dalszej weryfikacji, można jednakże podważyć i odrzucić. Dla drugiej z wymienionych możliwości przyjęto założenie, że ludzie wprawdzie dopuszczają możliwości uwzględnienia dowodu spoza tekstu porozumienia dla podważenia treści wzajemnych uprawnień i obowiązków (co jest raczej wątpliwe), przy jednoczesnym poglądzie o szkodliwości dla przewidywania treści tych uprawnień i obowiązków, doktryny prawnej pozwalającej na odejście od dosłownego brzmienia umowy. Należy tu zadać pytanie, czy rzeczywiście tak jest? Wydaje się przecież, że doktryna dopuszczająca pozawerbalną interpretację umowy może zostać zastosowana tylko w tych przypadkach, gdy wzajemne porozumienie co do woli stron oparte było wyłącznie na interpretacji werbalnej, dosłownym brzmieniu umowy. Czy zatem nie jest uprawniony sąd, iż taka doktryna nie działa na rzecz, a przeciwko takiej interpretacji? W rzeczywistości, strony nie mogą przewidzieć materii i charakteru swoich przyszłych sporów wynikających z zawartej umowy, i nie mogą także przewidzieć tego, iż analiza werbalna nastąpi właśnie w takich okolicznościach, które nie były znane w momencie zawarcia umowy. A więc doktryna ta wspiera świadomą interpretację treści wyrażonej woli stron – zamiast ślepego podążania za językiem porozumienia stron jest lepszym narzędziem zapewniającym pożądaną przewidywalność zawartej umowy. Być może powyższa konkluzja oparta jest na założeniu, że postanowienia umowy byłyby w szerszym zakresie zakwestionowane w przypadkach zastosowania nowego standardu prawnego. Jednak po raz kolejny należy zapytać, czy takie twierdzenie okazałoby się prawdziwe, gdyby zostało poddane weryfikacji za pomocą badań empirycznych. Poprawnie rozumiana teza sprowadza się do tego, iż sędziowie, którzy orzekają w takich sporach, odchodząc od literalnego znaczenia postanowień umowy popełniają błąd. Jednak gdyby sędziowie zawsze byli poprawni w wyborze wykładni, to właściwie podejmowane przez nich decyzje stanowiłyby o większej przewidywalności zawartych umów. Dlaczego więc uważa się, że sędziowie w swojej praktyce stosowania prawa popełniają błąd dopuszczając odejście od wykładni literalnej postanowień umów? I dlaczego też uważa się, iż ma to wpływ na większą wadliwość

ich orzeczeń niż w przypadkach orzeczeń opartych na ścisłym związaniu się wykładnią literalną postanowień umowy? Oczywiście, wszystkie możliwe decyzje odnośnie wyjaśnienia treści umowy jak i możliwości odejścia od literalnego rozumienia odpowiadają przewidywaniom stron. Więc twierdzenie to nie wydaje się do podtrzymania poprzez poddanie analizie konkretnych przypadków. Wypada jednak zapytać, co mogłoby je potwierdzać.

Wydaje się, że istnieje większe prawdopodobieństwo, że to tradycyjne, jasne, jednoznaczne reguły bardziej zaszkodzą przewidywalności niż nieprecyzyjne standardy prawne. Ryzyko rozminięcia się z oczekiwaniami czy też przewidywaniami umawiających się stron istnieje niezależnie od tego, czy uwzględnimy dowód zewnętrzny spoza tekstu umowy czy też będziemy sztywno trzymać się literalnego znaczenia tekstu prawnego. We wcześniej omawianej sprawie przynajmniej świadomie rozważyliśmy podjętą decyzję: celowo doszukując się zgodności następstw prawnych z przewidywaniami postępowania stron. Wydaje się, że to właśnie tradycyjna reguła zezwalała to, żeby meandry nieoczekiwanych okoliczności wskazywały następstwo prawne.

Pogląd, iż jasne reguły zapewnią większą przewidywalność rozmija się ostatecznie z pewnością prawa cenioną przez prawników, z pewnością jaką aktorzy obrotu gospodarczego wymagają dla swojej działalności. Nie przysparza to większych trudności, by rozpoznać powody, dla których prawnicy i sędziowie postrzegają jasne reguły prawne jako bardziej przewidywalne od niesprecyzowanych standardów: ich praca polega przecież w większości na zastosowaniu danej doktryny prawnej do konkretnego stanu faktycznego danej sprawy. A więc ich praca z definicji jest bardziej pewna i przewidywalna wobec reguł niż standardów. Pozostaje jednak stwierdzenie, iż stan faktyczny, względem którego znajdzie zastosowanie dana doktryna prawna pozostawałby, dla stron zawierających umowę prawną, nieznanym. Stąd też przewidywalność, której poszukują podmioty prawa ma zupełnie inny charakter: poszukają oni przewidywalności uprawnień i obowiązków, które sami kształtują. W tym przypadku ponownie tę funkcję mogą spełniać lepiej szerokie standardy prawne.

Liberalizm:

Jasne i określone reguły prawne mogą w oczywisty sposób ograniczyć naszą wolność. Weźmy na przykład przestępstwo gwałtu, uregulowane w wielu jurysdykcjach amerykańskich jako „zachowanie o charakterze seksualnym wymuszone siłą i bez zgody”²⁷. Od kiedy pojęcia „przemocy” oraz „zgody” są nieostre, stwierdzenie czy gwałt miał miejsce staje się niezwykle trudny: sądy zazwyczaj stoją w obliczu niejednoznacznych okoliczności, w których biorą udział pasywnie zachowujące się ofiary i nie przejawiający agresji sprawcy, gdzie obecność przemocy bądź brak zgody na współżycie są niezwykle trudne do ustalenia. Taka nieokreśloność w klasyfikacji czynu, którego negatywnym następstwem prawnym może być pozbawienie wolności, wydaje się stać w niezgodzie z wymogiem, jaki stawiał Hayek, iż „każdy przymus władzy publicznej musi być uregulowany w sposób jednoznaczny”²⁸. Tak więc, co nie powinno dziwić, zaproponowana normatywna klasyfikacja czynu stała się przedmiotem szerokiej krytyki.

Część z krytyków wносиła o zastąpienie przyjętej definicji jasną i określoną regułą prawną. W jednej z takich propozycji przewidziano przesłankę „**wyraźniej zgody wyrażonej ustnie**”: gdzie w przypadku braku wyraźniej zgody na współżycie istniałoby domniemane zaistnienie czynu zabronionego dokonanego na skarżącej się pokrzywdzonej.²⁹ Przyjmując

²⁷ § 21-3502(a)(1)(A), Kansas Statutes of Limitations for Sexual Assault, 2008.

²⁸ F.A. Hayek, *The Constitution...*, dz. cyt., s. 222.

²⁹ Zob. Ilene Seidman, Susan Vickers, *The Second Wave: An Agenda for Next Thirty Years of Rape Law Reform*, „Suffolk University Law Review” 2005, no. 538, s. 486-87, gdzie rekomenduje się przesłankę wyraźnej zgody wyrażonej ustnie w postępowaniach w sprawie o gwałt, który był wynikiem podstępnego odurzenia alkoholem; Lani A. Remick komentuje w pracy *Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape*, „The University of Pennsylvania Law Review” 1993, no. 141, s. 1105 (wzywa do przyjęcia przesłanki wyraźnej zgody wyrażonej ustnie). Przesłanka wyraźnej zgody wyrażonej ustnie została przyjęta przez policję na kampusach amerykańskich uniwersytetów: Antioch College w Ohio przyjął odpowiednią regulację dotyczącą przestępstw przeciwko wolności seksualnej, która wymagała „wolnej oraz ustnej” zgody na czynności seksualne; zob. Jane Gross, *Combating Rape on Campus in a Class on Sexual Consent*, „New York Times” 25 September

taką przesłankę, zbędna byłaby potrzeba dalszego dochodzenia czy wyraźna zgoda została udzielona; zamiast tego jasna i oczywista regulacja prawna wskazywałaby adresatom, a więc potencjalnym pokrzywdzonym oraz sprawcom, to czy ich zachowanie mieści się w zakresie jej zastosowania jednocześnie poszerzając zakres ich wolności poprzez możliwość uniknięcia zachowania w świetle prawa niejednoznacznego.

W rzeczywistości jednak taka regulacja pogłębiałaby tylko brak pewności. Należy przecież uwzględnić to, że pewność która jest przedmiotem naszego zainteresowania i która ma pozwalać na przewidywanie następstw prawnych, ma być udziałem podmiotów prawnych, nie zaś prawników i organów stosujących prawo. I choć regulacja zakładająca wyraźną zgodę wyrażoną ustnie jest łatwa w zastosowaniu, przysparza wiele problemów co do przewidzenia następstw prawnych dla adresatów takiej normy. Powołując się na panujące normy społeczne, trudno oczekiwać, iż taka zgoda zostanie wyrażona w sposób taki, jaki przewiduje to obowiązująca reguła. Stąd adresowana do skarżących pokrzywdzonych definicja gwałtu obcowania płciowego oraz braku wyraźnej zgody wyrażonej słownie jako wystarczających przesłanek do skazania mogłoby spowodować również i to, że wielu adresatów reguł prawnych mogłoby zostać postawionych w stan oskarżenia tylko w zależności od tego, czy dotychczasowy partner zdecydowałby się, by wnieść takowe oskarżenie. W takiej sytuacji właściwym wnioskiem okazuje się być twierdzenie, iż jasna i niejednoznaczna reguła prawna, której zastosowanie jest w sposób idealny przewidywalne, skutkowałaby ryzykiem i brakiem przewidywalności w stosunkach społecznych.

Wykładnia prawna:

Na tym etapie rozważań powinno stracić się już oczywiście, iż sądy często redukują potencjalną jasność i przewidywalność prawa poprzez stosowanie wykładni językowej oraz ściśle rekonstruowanie języka reguł prawnych. Mit ten nadal wydaje być żywy w naszym orzecznictwie. Warto przywołać tutaj orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Michigan

1993, <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9F0CE1DB-1239F936A1575AC0A965958260&fta=y>.

w sprawie *Devillers v. Auto Club Insurance Ass'n*, które stanowi przykład myślenia tekstualistycznego uzyskującego większość w składzie orzekającym.³⁰ W orzeczeniu tym sąd zastosował reguły ustawy, które ograniczały możliwość roszczeń o odszkodowanie ubezpieczonych względem zakładów ubezpieczeniowych, które błędnie odmawiają pokrycia szkody.³¹ Ustawa w brzmieniu nakazuje, iż „pozywający nie może domagać się naprawienia szkody w momencie, kiedy szkoda ta pojawiła się na rok przed momentem wniesienia pozwu”³². Oznacza to, że pozywający, który posiadał tytuł prawny z tytułu pobierania należnych składek i umowy ubezpieczenia, ale spotkał się z odmową wypłacenia odszkodowania i pokrycia szkody, jest pozbawiony możliwości dochodzenia zadośćuczynienia za straty, które miały miejsce rok lub więcej przed datą wniesienia pozwu.³³ Celem i funkcją regulacji ustawowej było zatem ograniczenie pozwów oraz zachęcenie adresatów do szybkich rozstrzygnięć w sprawach, gdzie odmawia się roszczenia z tytułu umowy.

W sprawie *Devillers* przedsiębiorstwo ubezpieczające wymieniało korespondencje z ubezpieczonym przez dwa lata zanim odmówiło pokrycia strat. W sytuacji, kiedy ubezpieczony spotkał się z odmową uznania swojego roszczenia, wniósł pozew, lecz sąd rozpoznając stwierdził, iż prawo do zadośćuczynienia istnieje do roku po wniesieniu pozwu³⁴. Powód wnosił, iż okres naprawienia szkody powinien być liczony od momentu, kiedy nastąpiła odmowa.³⁵ Sąd jednak stanął na gruncie obowiązującej ustawy, której język był jasny i jednoznaczny.

Jeśli język ustawy jest jasny, adresaci reguł prawnych powinni oczekiwać tego, że będzie on stosowany także przez sądy. Czy więc sąd powinien sprzeniewierzać się wobec tych uzasadnionych oczekiwań obywateli (przez nie zastosowania ustawy), i czy sąd tym samym nie sprzeniewierzył się zaufaniu społecznemu?³⁶

³⁰ *Devillers v. Auto Club Ins Ass'n*, 2005.

³¹ Tamże.

³² Michigan Compiled Laws § 500.3145, 2008.

³³ *Devillers v. Auto*, s. 562.

³⁴ Tamże, s. 542.

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże, s. 585.

Ten fragment uzasadnienia to przykład triumfującego mitu w całej okazałości swej głupoty: w imię pewności prawa i przewidywalności sąd Michigan nakazał, by obywatele pozywali zakłady ubezpieczeniowe zanim zaistniałby powód do wniesienia takiego pozwu, zanim nawet uzyskalyby pomoc prawną w tym zakresie.³⁷ Sąd pomylił przewidywalność wykładni prawa z przewidywalnością wyników transakcji ekonomicznych i to, że przyjęcie tekstualistycznej metodologii mogło wspierać ten pierwszy typ przewidywalności, całkowicie odwracając się od prognozy ekonomicznej, która to posiada rzeczywiste znaczenie dla przewidywalności naszego prawa.

Sąd Michigan dodatkowo uwypuklił swoją błędną argumentację odnosząc do zdania odrębnego, sprzecznego z opinią większości składu orzekającego, zapytując: „jakie są standardy, na których strony postępowania mogą oprzeć swoje przewidywania co do przyszłej interpretacji prawa, jak właśnie rządy prawa oparte są na takim przewidywaniu?”³⁸ Najwyraźniej, większość składu orzekającego była przekonana, iż pozawerbalna wykładnia prawa nie może mieć charakteru normatywnego i brak jej przewidywalności. Pewność prawa jest istotnym elementem „rządów prawa”, lecz jednak jest ona dalece istotniejsza dla samych adresatów prawa w kontekście ich świadomości co do poznania swoich wzajemnych uprawnień i obowiązków wynikających z umowy polisy ubezpieczeniowej, nie obejmująca jednak tego jaka „przyszła interpretacja” prawa ubezpieczeń zostanie zastosowana.

Na tym etapie prezentowanej argumentacji kuszącym jest, by odwrócić całkowicie twierdzenie o *przewidywalności* – twierdzenie, które co prawda w tej konkretnej sprawie podważył sam sąd Michigan, jednocześnie wzmacniając przewidywalność przez uporczywe stosowanie analizy tekstualnej. Twierdzenie to jednak, co warto podkreślić raz jeszcze, zbudowane jest na wątpliwych wnioskach empirycznych, które często stanowią pewne przyszłe założenie, lecz rzadko

³⁷ Ta niedorzeczna decyzja nie była niestety odosobnionym przypadkiem. W krótkim czasie Sąd Najwyższy Michigan podjął serię decyzji, które stały się przedmiotem ogólnej konfuzji i zbulwersowania nie tylko stron postępowań, lecz także władzy ustawodawczej, której wdrażane decyzje polityczne zostały podważone; *People v. Chavis*, 2003, s. 469.

³⁸ *Devillers v. Auto*, s. 592-593.

jednak znajdujące swoje potwierdzenie. Przyjęte założenie sprowadza się tutaj do tego, że ludzie opierają rozumienie swoich wzajemnych uprawnień i obowiązków, powstałych na podstawie umowy ubezpieczenia, na podstawie decyzji interpretacyjnej sądu opartych o tekstualną wykładnię stosowania reguł ustawy. Większość ludzi wykupujących ubezpieczenie bądź zawierających umowę o ubezpieczenie na przyszłość nie wiążą swojego postępowania ewentualną wielością regulacji wynikających z ustawy. Dopiero wówczas, gdy dochodzi do konfliktu, analizują swoją sytuację prawną w świetle właściwej ustawy (lub konsultują to z kimś, kto dokonuje oceny ich sytuacji prawnej). Zauważył to już wcześniej John Austin, wskazując na to, że prawnicy „zapominają, iż prawo pozytywne może być zarówno zbyteczne jak i ważne, i dlatego może prowadzić do niepożądanego uciążliwości. Zapominają oni, iż moralne bądź religijne [ekonomiczne, społeczne bądź kulturowe] sentymenty społeczeństwa” mogą zaspokajać ich oczekiwania dalece bardziej niż prawo jako takie.³⁹

Nie ulega wątpliwości, iż przedsiębiorstwa ubezpieczeniowe, kształtujące rodzaj i charakter swojej działalności, uwzględniają obowiązujące prawo oraz metodologie jego interpretacji. Lecz chęć i zdolność do pozostawania w zgodności z prawem i obowiązującą metodą interpretacji w kontekście przyszłych sporów prawnych, wobec panującej metodologii tekstualizmu, może okazać się daremna. Nadmieniliśmy już, że literalna wykładnia prawa może odbiegać od oczekiwań podmiotów prawa z wielu powodów, na przykład z powodu niejednoznacznych pojęć zawartych w umowie, oparciu się na przyjętej praktyce obrotu lub dlatego, że przyjęte warunki umowy mogą nie obejmować okoliczności zaistniałych dopiero w przyszłości. Wykładnia tekstualna – lub jasne i jednoznaczne reguły prawne – mogą wspierać przewidywalność tylko wówczas, gdy ludzie uwspólnią je ze swoimi oczekiwaniami. Najczęściej jest jednak tak, że strony umowy nie potrafią osiągnąć takiego uzgodnienia.

³⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence determined and uses of the Study of Jurisprudence*, Weidenfeld & Nicolson, London 1954 s. 162,

W skrócie, istnieje niewiele dowodów na to, iż sądy stosując tekstualną wykładnię prawa wspierają w większym stopniu przewidywalność. Wątpliwość ta staje się tym bardziej widoczna jeśli przyjmiemy, iż wykładnia pozajęzykowa, inaczej niż wykładnia tekstualna (która często także oznacza ściśle stosowaniem się do tekstu prawnego), w sposób celowy obejmuje także oczekiwania adresatów prawa.

Dlaczego szerokie standardy prawne mogą wzmocnić pewność?

Niejasność i pewność:

Przedstawmy zatem ostatnią krytyczną uwagę: w istocie może być i tak, że reguła zakazująca powoływania się na dowód z materiału pozatekstowego lub definiująca wyraźną zgodną wolę stron, może skutkować zjawiskiem mniejszej pewności co do prawa niż w sytuacji obowiązywania alternatywnych standardów prawnych; ci, którzy wyrażają przekonanie, iż to właśnie obowiązywanie jasnych i jednoznacznych reguł prawnych niesie ze sobą taki skutek, powinni rozważyć, czy *każda* jasna reguła prawna ma właśnie taką właściwość. Twierdzenie to przecież odnosi się tylko do tych reguł prawnych, które zostały należycie sformułowane, a dyskusyjnym pozostaje, czy reguła o dowodzie zewnętrznym czy też o wyraźnej zgodzie wyrażonej ustnie zostaną poprawnie skodyfikowane. Właściwym porównaniem jest to dokonane pomiędzy poprawnie sformułowanymi i ściśle stosowanymi jasnymi i jednoznacznymi regułami prawnymi a poprawnie sformułowanymi szerokimi standardami prawnymi. W tym przypadku jasne reguły wydają się być wiążącymi, tworząc większy poziom przewidywalności.

Wniosek ten zasługuje, aby się do niego ustosunkować. Po pierwsze, wielu prawników uważa reguły o dowodzie z materiału pozatekstowego i regułę wskazującą na wymóg wyraźnej zgody ustnej za reguły sformułowane w sposób poprawny. Reguł tych rzeczywiście nie można traktować jako wymysły: są one nakazami, stawiającymi za cel swojej regulacji funkcje wzmocnienia pewności i przewidywalności w tych konkretnych gałęziach prawa. Co istotniejsze, krytyka zasadza się na przekonaniu, iż zawsze znajdzie się jasna reguła prawna, która znalazła lepsze zastosowanie niż szeroki standard prawny. Wypada jednak zapytać, co potwierdza takie założenie?

Mój argument opiera się tutaj na przekonaniu, że w wielu gałęziach prawa (łącznie z prawem zobowiązań i prawem karnym) jasne reguły prawne *nigdy* nie skutkują większym poczuciem przewidywalności niż alternatywne mgliste standardy prawne. Problem z regułami o dowodzie zewnętrznym czy też z wyraźną zgodą ustną nie polega na tym, iż są one źle sformułowane, lecz na tym, że mają one na celu zredukowanie czegoś, czego nie można poddać redukcji.

Rozważmy sytuację prawną wystąpienia „nieuczciwej konkurencji” rozumianej jako praktyka wprowadzania w błąd konsumentów. Zarówno ustawodawstwo stanowe jak i federalne regulując takie zachowanie podmiotów prawa wykorzystuje wysoce niesprecyzowane standardy prawne i nieokreślone słownictwo. Ustawodawstwo Kalifornii na przykład kryminalizuje „nieuczciwą działalność lub praktykę rynkową oraz nieuczciwą, oszukańczą, kłamliwą lub wprowadzającą w błąd reklamę [...]”⁴⁰. W 1962 powód powołał się na niekonstytucyjność ustawy z uwagi na jej „niepewność i nieprecyzyjność”, jednak sąd Kalifornii odrzucił ten pozew wskazując, iż ustawa nie mogła być zapisana w sposób bardziej precyzyjny, gdyż „byłoby niemożliwym by ustanowić odpowiednią regulację prawną, z uwagi na ludzką pomysłowość i skłonność do matactwa, która przewidywała by i zabraniała każdego zachowania bądź działalności o charakterze nieuczciwej praktyki rynkowej”⁴¹. Sąd Kalifornii w uzasadnieniu odwołał się do opinii Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (która z kolei powoływała się na raport kongresu), gdzie Sąd Najwyższy stwierdził:

„Nie jest możliwym, by ująć [w sposób jasny i jednoznaczny] w ramy prawne definicję, która obejmowałaby swoim zakresem obowiązywania wszystkie nieuczciwe praktyki. Ludzka inwencja w tej mierze nie zna ograniczeń. Nawet jeśli wszystkie znane rodzaje nieuczciwych praktyk rynkowych byłyby precyzyjnie zdefiniowane i zakazane, to i tak konieczna byłaby ich stała nowelizacja. Gdyby Kongres przyjął taką metodę regulacji, to oznaczałaby to niekończące się zadanie dla legislatury”⁴².

⁴⁰ § 17200 California Business and Professions Code.

⁴¹ People v. Nat’ Research Co., 1961, s. 772.

⁴² Schechter Poultry Corp v. United States, 1935, s. 532.

W rzeczywistości, każda alternatywna ustawa w sposób istotny redukowalaby pewność i przewidywalność, co byłoby sprzeczne z pełnioną przez nią funkcję ułatwienia obrotu gospodarczego. Dozwalanie na praktykę wprowadzania w błąd konsumentów wskutek nieobjęcia pewnych klas zachowań sankcją prawną obniżałoby w znacznym stopniu poczucie pewności otoczenia gospodarczego producentów i klientów.

Podobna niemożność rezygnacji z niesprecyzowanych pojęć odnosi się do przypadku próby zdefiniowania gwałtu i opisanie w języku prawa wyraźnej ustnej zgody na współzycie. Oczywistym jest, iż ludzie posiadają zdolność do stosowania *przymusu* tak, aby wymóc właśnie taką zgodę na drugiej stronie ewentualnego współzycia. Stąd też w świetle tej niepełnej regulacji niezbędnym pozostaje dalsze dochodzenie, czy zgoda ta została wyrażona dobrowolnie, co redukuje poziom niesprecyzowania, którego ograniczenie miało być przecież celem regulacji na pierwszym miejscu. Jeszcze raz zatem nie uwzględnia się wyniku dochodzenia, który może zawieść oczekiwania stron postępowania.

Sytuacje wielowymiarowe:

Odpowiedzmy sobie zatem teraz na pytanie, dlaczego tak jest? Dlaczego w pewnych gałęziach prawa jasne reguły prawne są niejako skazane na to, by skutkować znacznie niższym poziomem pewności i mniejszą przewidywalnością od relatywnie mniej sprecyzowanych i nieokreślonych standardów prawnych? Ujmując rzecz krótko, regulacja w pewnych obszarach przedmiotowych systemu prawa nie nadaje się do zredukowania do jasnych i jednoznacznych reguł prawnych. Jak powiedział kiedyś Arystoteles: „Nie we wszystkich bowiem wywodach należy szukać tego samego stopnia ścisłości [...]”⁴³. I precyzja – lub, lingwistyczna jasność i nie jednoznaczność – jest czymś, czego często brak w opisie ludzkich stanów mentalnych, które są (co nie dziwi) decydujące zarówno dla formułowania reguł prawnych jak i pozaprawnych (włączając w to pojęcia przymusu, oszustwa, zaniedbania,

⁴³ Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, PWN, Warszawa 1956, s. 79.

lekkomyślności, dobrej wiary, złej woli i tak dalej). Pojęcia te i zjawiska, jakie opisują, określane są poprzez wielość kombinacji różnych czynników je tworzących. Określenie, czy dana osoba dopuściła się zaniedbania lub czy była do czegoś przymuszona przypomina zatem Podręcznik Diagnostyki i Statystyki Zaburzeń Psychiczych Amerykańskiego Stowarzyszenia Psychiatrycznego, w którym odnajdziemy wskazanie, że dane zaburzenie miało miejsce, gdy wystąpi osiem z piętnastu określonych czynników o zróżnicowanej wadze, znaczeniu i w różnych zestawieniach.⁴⁴ Poprzez takie definicje poszukuje się wzorca, *gestalt*, pewnej charakterystyki zbudowanej z wielu różnych elementów, z których żaden nie jest niezbędny bądź decydujący, gdzie obecność lub brak występowania jednego z tych elementów może wpłynąć na znaczenie lub wagę pozostałych.

W wydanym pośmiertnie artykule Lona Fullera, *The Forms and Limits of Adjudication*⁴⁵, autor zadał podobne pytanie „o milczące założenie”, „podkreślające przekonanie o ograniczonej zdolności do rozwiązywania konfliktu w ramach procesu sądowego”. Proces orzekania obejmuje według Fullera artykułację reguł i zasad, „które mogą określić te potrzeby, tak jak sprawy mogą być ich rozwiązaniem”⁴⁶. Lecz pewne rozwiązania nie nadają się, by sprostać tym wymogom.⁴⁷ Pytanie, które z nich? W jakiej sytuacji pozostaje jałowym lub nieskutecznym, by poprzez spór prawny rozstrzygnąć daną sprawę artykułując pewną ogólną, obowiązującą regułę? Pytanie nurtujące w naszych rozważaniach brzmi podobnie: w jakich okolicznościach jest jałowe i nieskuteczne, by rozstrzygnąć sprawę poprzez wskazanie jasnej i niejednoznacznej reguły prawnej, w odróżnieniu od zastosowania nieprecyzyjnego standardu prawnego? Pytanie Fullera odnosi się niejako do różnych aspektów tego samego kontinuum.

⁴⁴ Nieokreślone i nieprecyzowane mogą przypuszczalnie być zredukowane (choć z trudnością i możliwością błędu) w momencie poddania ich testowi sytuacji prawnej o wielości czynników; lecz test taki będzie tak różny, jak od jasnych reguł prawnych różnią się nieprecyzyjne standardy, które je zastępują.

⁴⁵ Lon Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, „Harvard Law Review” 1978, no. 92, s. 354.

⁴⁶ Tamże, s. 386.

⁴⁷ Tamże.

Odpowiedź przedstawiona przez Fullera odwołuje się do pojęcia „sytuacji wielocentrycznych”⁴⁸, sytuacji charakteryzujących się wielością wzajemnie na siebie oddziałujących elementów składowych. O takich sytuacjach możemy metaforycznie myśleć niczym o pajęczej sieci. Gdy pociąga się za jedną z jej nici, cała sieć podlega napięciu. Podwojenie pierwotnego napięcia nie spowoduje po prostu podwojenia napięcia na całej sieci, lecz stworzy różne jego wzorce. Na tym polega właśnie „policentryczność” sytuacji, gdy istnieje wiele centrycznych krzyżujących się nici i gdzie istnieją różne centra dystrybuujące wspomniane napięcie.⁴⁹

Fuller przywołuje prosty przykład:

Przypuśćmy [...] gdyby wyznaczanie graczy futbolowych na określone pozycje na boisku odbywało się w procesie orzekania. Zakładam, iż większość uznałaby to za coś niemądrego. Nie jest to tylko kwestia odczuć jedenastu ludzi, lecz raczej sytuacja, gdy przesunięcie każdego z graczy niosłoby za sobą szereg reperkusji względem pozostałych: wyznaczenie Jonesa jako rozgrywającego wiązałoby się z koniecznością ich przeniesienia, podobny skutek wywołałoby wyznaczenie go na lewe skrzydło. W takiej sytuacji mam do czynienia z wielością wchodzących ze sobą w interakcje elementów, a więc z problemem policentryzmu, który wychodzi poza ograniczenia poprawnego orzecznictwa⁵⁰.

Takie policentryczne sytuacje prawne najlepiej rozstrzygane są poprzez zastosowanie nieprecyzyjnych standardów prawnych, nie zaś jasnych reguł. Wielość podejmowanych przez nas decyzji o charakterze społecznym, moralnym czy ekonomicznym podejmowanych jest względem sytuacji o charakterze policentrycznym: dlaczego tak jest? Życie ludzi bywa bardzo skomplikowane. Nie może więc dziwić, iż nasze standardy normatywne nasycone są takimi pojęciami – które w konsekwencji stają się naszym prawem, będącym często zaledwie sformalizowanymi standardami pozaprawnymi (bądź przed prawnymi).

⁴⁸ Fuller zapożyczył pojęcie „sytuacji policentrycznych” od M. Polanyi’ego, por. Michael Polanyi, *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*, University of Chicago Press 1951, s. 171.

⁴⁹ L. Fuller, *The Forms...*, dz. cyt., s. 395.

⁵⁰ Tamże.

Należy wyprowadzić zatem z tego wniosek, iż nieprecyzyjne i niedookreślone standardy prawne często tworzą większą pewność co do prawa niż jasne normy prawne, ponieważ replikują one reguły społeczne, moralne, ekonomiczne bądź polityczne, które to już przyswojone nadają znaczenie tym zjawiskom jakie opisują, nie nadając się jednocześnie do zredukowania w formie jasnego i jednoznacznego języka.

Wnioski

Kapitalizm i liberalizm działają tylko wówczas, gdy ludzie mogą przewidzieć konsekwencje swojego zachowania, na podstawie czego mogą oni dążyć do maksymalizacji skuteczności swojej działalności rynkowej i osobistej wolności. Lecz taka przewidywalność jest różna od przewidywalności, jaka jest udziałem przewidywalności stosowania reguł prawnych w konkretnych sprawach. Perspektywa na świat obciążona bagażem praktykującego prawnika wpływa na łączenie przez prawników dwóch różnych ujęć przewidywalności (co nie jest tu bez znaczenia zarówno Max Weber jak i Fryderyk Hayek byli także prawnikami). Jednak podczas gdy jasne i określone reguły prawne są nadrzędne z *definicji* w zakresie przewidywalności ich zastosowania, to standardy nieprecyzyjne są częstokroć lepsze, gdyż pozwalają ludziom na lepsze przewidzenie następstw swojego zachowania.

Fryderyk Hayek, był świadom, wbrew temu jak uprzednio odnosił się do przypadków niewieloznacznych reguł, pewnej życiowej prawdy⁵¹. W 1973 roku, w wieku siedemdziesięciu czterech lat napisał:

„Ta [ostatnia uwaga] rzuca światło na omawiany problem domniemanej większej pewności prawa w systemie w którym wszystkie reguły prawne są stanowione i skodyfikowane, i w którym sędziowie są ograniczeni do stosowania prawa takim, jakie jest ustanowione. Odwołując się do mojego własnego przypadku, nawet doświadczenie zetknięcia się z prawem zwyczajowym nie było wystarczające, by zweryfikować to głęboko zakorzenione przekonanie, i dopiero mój powrót do atmosfery prawa ustawowego doprowadził mnie do tego, by poddać je w wątpliwość. Chociaż ustawodawstwo może podnieść poziom pewności

⁵¹ F.A. Hayek, *The Road...*, dz. cyt., s. 72.

prawa w pewnych określonych gałęziach prawa, obecnie wyznają przekonanie, iż korzyść ta jest tylko wyrównaniem, jeśli jej rozpoznanie prowadzi do wymogu iż *tylko* to, co zostało wyrażone jako ustawa powinno mieć wiążącą moc prawną. Wydaje się, iż decyzja sędziowska może być faktycznie bardziej przewidywalna, jeśli sędzia związany jest przez generalnie podzielane poglądy tego, co jest sprawiedliwe, nawet jeśli nie jest wsparte literą prawa [...]”⁵².

Można się zastanawiać co, jeśli cokolwiek, pozostało z uporczywego upierania się Hayeka przy poglądzie, iż jasnym i określonym regułom prawnym przypisana jest cecha, iż będą stosowane. Niezależnie od tego Hayek na pewno ma rację w tym, że system prawny zawierający w sobie nieprecyzyjne standardy prawne (także *niepisane* standardy) może często tworzyć więcej pewności i przewidywalności wobec prawa od jasno zbudowanych jasnych i określonych reguł.

Poglądy Hayeka powinny spotkać się z szerszym uznaniem, na jakie bez wątpienia zasługują. Co do poglądu o tym, że nieprecyzyjne standardy prawne i orzecznictwo nietekstualne uzyskują lepsze rezultaty regulacyjne, panuje powszechnego zgoda (nie można przecież znaleźć lepszego dowodu, niż doświadczenie praktyki naszej legislatury i sądownictwa). A jednak często postrzega się to jako wyraz niepowodzenia w zapewnianiu pewności i przewidywalności. Wydaje się, że brakuje pełnego zrozumienia dla tego, iż standardy i te praktyki utarte w orzecznictwie mogą mieć pierwszeństwo dlatego, iż w sposób rzeczywisty wzmacniają pewność dzięki której ludzie mogą przewidzieć następstwa swojego zachowania.

Ostatnie zastrzeżenie: obszerne zastosowanie nieprecyzyjnych standardów prawnych z pewnością graniczy z pewnymi niebezpieczeństwami. Nieprecyzyjne standardy mogą być łatwo maskowane arbitralnością, niespójnością, niesprawiedliwością i (oczywiście) mogą tworzyć brak poczucia pewności. Ich poprawne użycie wymaga dobrej wiary, profesjonalizmu oraz inteligencji i dlatego zależy od prawniczej profesji dużego kalibru. Lecz znów, trudno sobie wyobrazić formę prawa (i wykładni prawnej), która od niej nie zależy.

Tłumaczył Franciszek Strzyczkowski

⁵² F. Hayek, *Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1973, s. 177.