

W jakich warunkach można mówić o błędzie orzeczenia?

Współczesne prawoznawstwo i praktyka prawnicza stoją obecnie wobec kryzysu objawiającego się zwątpieniem w użyteczność prawa jako instrumentu regulacji ludzkich zachowań i rozstrzygania sporów¹. Główne źródło tego stanu rzeczy wynika w dużej mierze ze sceptycyzmu wobec możliwości przewidywania rozstrzygnięć mających zapaść na sali sądowej. Przesłanki orzeczenia, ich nieuchwytność, brak jasnego określenia racji, którymi często kierował się sędzia, wydając wyrok, stanowią czynnik zakłócający sen prawnika i stawiają go wobec trudnego, jeśli nie heroicznego zadania.

Rozpowszechnione bowiem staje się w obecnych czasach przekonanie, że to wyrok kreuje prawo². Przed wyrokiem nikt nie może wiedzieć, co jest w sprawie zgodne z prawem, a co nie. Gdyby przyszło nam obecnie ocenić jakieś orzeczenie, co więcej – w jakiś niewytłumaczalny dla siebie sposób pokusić się o dokonanie jego krytyki, moglibyśmy spotkać się z odpowiedzią niepozostawiającą złudzeń co do naszego usytuowania na przegranej pozycji. Moglibyśmy dowiedzieć się, że wyrażenie „błędne orzeczenie” jest oksymoronem³.

Istotą przedstawionego problemu jest fakt, że w dzisiejszej dobie możliwość obiektywnej interpretacji tekstu przestała być problemem jedynie literaturoznawców. Sama zaś tendencja do przypisywania całej rzeczywistości statusu stałego obiektu może się jawić jako fantasmagoria⁴. W czasach współczesnych droga interpretacji prowadzi do zerwania jakiegokolwiek dialogu pomiędzy twórcą tekstu a interpretatorem. Nie sprowadza się już do wejścia w dyskurs z autorem tekstu. Odczytujący w ten sposób zajmuje samodzielną pozycję, która nie wysuwa roszczeń dla swojej prawidłowości w inten-

¹ W. Lucy, *Adjudication*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro red., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford 2002, cyt. za: A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 233.

² A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] J. Stelmach red., *Studia z filozofii prawa*, T. 2, Kraków 2003, s. 10.

³ *Ibidem*.

⁴ Cyt. za: F. Nietzsche, *The Will to Power*, Vintage Press, New York 1968, § 481.

ejach autora tekstu. Konsekwencją takiego stanowiska jest zaprzeczenie istnienia wspólnego słownika. Co więcej, w przypadku zaistnienia sporu „przybierają one nieracjonalny i nierozstrzygalny charakter, ponieważ każda ze stron odwołuje się w nich do argumentu najsilniejszego z możliwych – samooczywistości obrazu świata oglądanego z wnętrza własnej jaźni”⁵. Przy czym dyskurs prawniczy w obrębie tak przyjętej propozycji nie może przyjąć za kryterium prawidłowości jakiegokolwiek z możliwych wykładni – każda z nich jawi się jako równie prawidłowa.

Dzisiejsza perspektywa zmierza bez wątplenia do ujęcia kultury, w tym prawniczej, jako tworu elitarnego. Interpretator nie ma obowiązku odnosić swojej interpretacji i wartościować jej wobec innych. Nie musi on konfrontować swoich dokonań z pojęciami języka potocznego⁶.

Heroizm płynący z oderwania języka od kultury, w jakiej on się znajduje, zdaniem Rorty’ego, prowadzi do isticie romantycznej wizji świata. Wobec tego powstają tutaj także romantyczne problemy natury moralnej. Istotnego znaczenia nabiera kwestia, czy tekst ma być dziedziną wymiany argumentów (formą życia) czy też sferą, gdzie każdy ma prawo do narzucania swojej prywatnej siatki znaczeniowej. Pojawia się zatem zasadnicze pytanie: czy obecnie rzeczywiście nie ma jakichkolwiek wspólnie ustalonych reguł interpretacji prawa? Czy rzeczywiście jesteśmy skazani na przypadkowość orzeczeń i powrotu do koncepcji O.W. Holmesa, iż to chwila wyrokowania jest momentem *genesis* prawa?⁷

W jednej ze swoich prac Ronald Dworkin zadaje pytanie o to, czy możliwe jest uznanie, iż spory toczące się o teoretyczne podstawy prawa są sporami realnymi. Punktem wyjścia dla tak przyjętego stanowiska jest założenie, że znaczenie słów występujących w prawie jest zależne od określonych kryteriów. Funkcjonują one w oparciu o ustalone zasady posługiwania się wspólnym językiem. Posługując się w codziennym użyciu np. słowem „przyczyna”, możemy przyznać, że jest ono zrozumiałe dla wszystkich uczestników relacji językowych. Sposób użycia tego słowa wydaje się dosyć podobny dla wszystkich. Potrafimy chociażby mówić o związkach przyczynowych, o następstwach czasowych z nimi związanymi. Jednakże nie każdy potrafi udzielić odpowiedzi na pytanie o to, jakich kryteriów używamy, posługując się tym konkretnym słowem. Prawnik – w opi-

⁵ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 231–232.

⁶ Idąc za Rortym, należy przyznać trafność myśli Kanta, który mówił o mężach uczonych, którzy sądzą, iż wiedzą więcej o moralności i jej podstawach niż zwykły, przyzwoity obywatel; R. Rorty, *Konsekwencje pragmatyzmu*, przeł. C. Karkowski, Warszawa 1998, s. 205.

⁷ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 231–232.

nii Dworkina – w swojej praktyce nie może odrzucić tak przyjętych założeń znaczeniowych, nawet gdyby nie był świadom posługiwania się nimi, gdyż popadłby w daleko idącą niekonsekwencję, a w ostateczności w wewnętrzną sprzeczność⁸.

Objaśnienie zjawiska funkcjonowania znaczenia pozostawia się teorii prawa. Wśród teorii znaczeniowych wykształciły się stanowiska, które zdaniem ich autorów pozwalają na identyfikację kryteriów znaczeniowych (wcześniej nieświadomie występujących w użyciu i stanowiących kryteria pozwalające na ocenianie twierdzeń prawnych). Jedną ze wstępnych faz tych teorii, zdaniem Dworkina, można znaleźć w pracach Johna Austina, gdzie główna uwaga zostaje skupiona wokół definicji prawa. W późniejszym okresie wraz z pojawieniem się bardziej wyrafinowanych teorii znaczenia widoczny jest zwrot ku opisowi „użycia” pojęć prawnych. W tym kontekście postawione jest także pytanie „o to, co w naszym słowniku określane jest jako okoliczności, w których kompetentni prawnicy uznają twierdzenia prawdziwe bądź fałszywe”⁹.

U podstaw problemu semantycznych teorii prawa – według Dworkina – leży przekonanie, że prawnicy posługują się wspólnymi regułami używania pojęcia prawo. W jego opinii doświadczenie i obserwacja tego, jak działa prawo, nie mogą prowadzić do takich wniosków. Źródłem takiego przekonania nie może być praktyka sądowa. Skąd zatem przekonanie wśród prawników o takim sposobie rozumienia prawa?

Dworkin dla zobrazowania swoich tez posiłkuje się przykładem sprawy budzącej daleko idące kontrowersje w amerykańskim porządku prawnym i stanowiącej zarazem asumpt do dyskusji o sposobach rozwiązywania sporów prawnych. Zadaniem sędziów było podjęcie decyzji, czy spadkobierca, który zamordował spadkodawcę, mógł – mimo popełnienia tego okrutnego i haniebnego czynu – po nim dziedziczyć (w chwili orzekania nie obowiązywała norma, która wyraźnie zakazywałaby wydania orzeczenia wyłączającego takiego spadkobiercę od dziedziczenia)¹⁰.

⁸ R. Dworkin, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 30–31.

⁹ *Ibidem*, s. 31.

¹⁰ Stan faktyczny sprawy podany przez Dworkina przedstawia się następująco: wnuk Elmer wiedział o pozostawionym przez dziadka testamentie, w którym czynił go spadkobiercą. Zdawał sobie także sprawę z faktu, iż starzec po tym, jak ożenił się ponownie, prawdopodobnie zmieni swoją ostatnią wolę. Widząc grożące niebezpieczeństwo utraty majątku, podejmuje desperacki krok i zabija dziadka. Jednym z powstałych na tym gruncie pytań jest to, czy w świetle prawa Elmer jest uprawniony do dziedziczenia po swoim dziadku. Testament sporządzony przez spadkodawcę nie naruszał żadnych przepisów, które określały, jaką formę może on mieć, przez kogo może zostać podpisany, czy ma być własnoręcznie podpisany. Przepisy także nie określały, czy ktoś, kto zamordował spadkodawcę, może dziedziczyć. Wobec tego nie istniały podstawy prawne, które wskazywałyby, że Elmer nie mógłby dziedziczyć po swoim dziadku.

Na gruncie powyższej sprawy powstał spór o znaczenie tekstu ustawy – spór toczył się o właściwe znaczenie ustawy (niekoniecznie wierne tekstowi) i o to, jakie prawo zostało ustanowione. Jeden z sędziów, który złożył odrębne zdanie w sprawie, przekonywał, że na gruncie teorii legislacji tekstowi ustawy należy nadawać znaczenie niezależne od kontekstu. Należy więc abstrahować od wiedzy o kontekście jej zastosowania i zamiarach ustawodawcy. Realna ustawa, opierająca się na języku potocznym, powinna zostać zastosowana w ten sposób, aby nie czynić wyjątków dla morderców, a zatem i spadkobiercy mordującego spadkodawcę¹¹.

Jednakże występujący w imieniu większości inny z sędziów odwołał się do zasady intencji twórcy ustawy. W uzasadnieniu uznano, iż „to, co mieści się w ramach intencji twórców ustawy, należy do ustawy, nie należy do ustawy, jeśli nie mieści się w intencjach jej twórców”¹². Odwołując się w ten sposób do rozumienia tekstu ustawy, stwierdzono, iż intencją tworzących ustawę – w tym przypadku prawodawców stanu Nowy York – nie byłoby absolutnie to, aby mordercy spadkodawców mogli po nich dziedziczyć¹³.

Przedstawiony przykład pokazuje – w opinii Dworkina – jak można odwoływać się do dwóch sposobów posługiwania się pojęciem prawa i jak różnych kryteriów można używać do oceny prawdziwości lub fałszywości twierdzeń prawnych. Każdy ze stosujących reguły sędziów ma inne wyobrażenie, czym jest prawo. Z jednej strony zadaniem prawnika byłoby zbadanie tych intencji prawodawcy i umiejętność odniesienia ich do odpowiednich desygnatów. Refleksja była zatem kierowana na odczytywanie intencji historycznego prawodawcy. Poszukiwanie w ten sposób sensu nie uwzględnia jednakże faktu, że mógł on już dawno umknąć swojemu autorowi, toteż drugie ze stanowisk abstrahuje od historycznego zapośredniczenia (semantyki intencjonalnej) i zmierza do ustalenia, czym jest w prawo w oparciu o pojęcia języka potocznego. Stąd też pojawiają się wątpliwości Dworkina i pytanie o to, czy wyrokowanie w tak postawionym kontekście ma sens. Czy prawnicy dokonujący rozstrzygnięcia w ogóle o coś się spierają?

W toczonych przez nich procesach, gdzie posługują się innym przedmiotem odniesienia, nawet gdy jeden z nich popiera jakieś twierdzenie, drugi zaś mu zaprzecza, w rzeczywistości spór toczy się o dwie różne rzeczy. Zdaniem Dworkina, taki obraz prowadzenia przez prawników sporów jest pozbawiony sensu, a przez to „bezcelowy

¹¹ *Ibidem*, s. 16.

¹² *Ibidem*, s. 18.

¹³ *Ibidem*.

w najbardziej irytujący i banalny sposób, tak jak spór o zamki, gdy ktoś ma na myśli architekturę, a ktoś inny zamykanie drzwi”¹⁴.

Powyższy argument nazywany jest przez Dworkina żądłem semantycznym. Zasada się on na tezie, iż sensowna dyskusja jest możliwa, gdy akceptujemy i przestrzegamy tych samych kryteriów wobec tego, do czego się odnosimy. Zatem dyskusja jest możliwa dopiero wówczas, gdy spierając się o prawo, dojdziemy do wniosku, czym ono w rzeczywistości jest¹⁵.

Jednakże czy jest konieczne posługiwanie się tą samą konwencją znaczeniową, żeby dojść do porozumienia? Czy też nie jest wystarczająca wiedza o tym, jakie znaczenie jeden z mówców miał na myśli oraz to, jakie znaczenie było zamierzone przez drugiego z nich?

Przedstawiona wizja prawa stara się ukazywać, że rozwiązywanie problemów prawnych wyłącznie na gruncie analizy językowej nie jest możliwe. Prowadzone przez prawników mają – zdaniem Dworkina – charakter pozorny i polegają na nieprzystających do siebie obrazach języka. Teza ta w ostateczności skłania do wniosku, że język ma prywatny i zarazem kulturowy wymiar, którego prawnicy nie są w stanie na gruncie analizy znaczenia przewyciężyć. Co więcej, postawieni w takich sytuacjach sędziowie przez swoje czynności mowy, spieranie się o znaczenie norm, nie dokonują wobec powyższego jakiegokolwiek sensownego działania¹⁶. Rozwijając dalej argument sceptyczny, można zaryzykować twierdzenie, że brak racjonalności i komunikacji w działaniu czyni z języka narzędzie, które każdorazowo wymaga dookreślenia przez kolejne jego użycie i nie jest podatne na jakąkolwiek konwencję znaczeniową.

Obraz języka, prowadzony w nim dyskurs, nie musi być jednakże skazany na porażkę, jeśli przyjmemy, że nie jest tak bardzo istotne zbudowanie poprawnego jego opisu, jak to czy możliwe jest odróżnienie jego błędnego i poprawnego zastosowania. Odejdźcie od pytania: „Jaki stan rzeczy musi zajść, by to zdanie było prawdziwe?”, na rzecz dwóch innych pytań: „W jakich warunkach taka wypowiedź może być w sposób odpowiedni stwierdzona lub zaprzeczona?” i – gdy dysponujemy odpowiedzią na to pytanie – „Jaką funkcję pełni w naszym życiu praktyka stwierdzania lub zaprzeczania tej

¹⁴ *Ibidem*, s. 43.

¹⁵ *Ibidem*, s. 45.

¹⁶ Por. P. Prechtl, *Wprowadzenie do filozofii języka*, przeł. J. Brehmer, Wydawnictwo WAM, s. 126 i n.

wypowiedzi w takich warunkach?”¹⁷, wydaje się pozwalać na częściowe przewyciężenie problemu ujęcia reguł jako tworów prywatnych, przypadkowych.

Podstawowy argument sceptyczny, wykluczający możliwość prywatnego posługiwania się regułą, podaje za Wittgensteinem Kripke. Wychodzi on z założenia, że sam przez się każdy znak zdaje się martwy. Jaki bowiem istnieje związek pomiędzy znakiem \rightarrow w regule pójsicia na prawo z samym stosującym się do tej reguły postępowaniem? Można oczywiście pokusić się o odpowiedź, że skoro strzałka wskazuje na prawo, człowiek stosuje się do niej, idąc na prawo. Jednakże taka odpowiedź zakłada, że poprawne stosowanie się do reguły jest ugruntowane w samym znaku. Lecz co wówczas, gdy nikt tym znakiem w taki sposób nie będzie się kierował? Czy nie pozostanie on martwy, bez znaczenia?

Uzasadnione wydaje się wobec powyższego twierdzenie, że znaczenie sensu nie jest ugruntowane w samym znaku. Interpretacja jego stosowania, poprawne zastosowanie się do reguły nie może zostać zdefiniowane albo określone przez samą regułę. Oczywiście możliwe jest sformułowanie grupy reguł wyższego rzędu, pozwalających na opisanie, jak należy stosować reguły, lecz musiałyby pochodzić one z jeszcze wyższej perspektywy¹⁸. Stąd Wittgenstein dochodzi do wniosku, że „Strzałka wskazuje tylko wtedy, gdy zastosowana jest przez żywą istotę. Wskazywanie to nie jest jakąś magiczną sztuczką, której potrafi dokonać tylko dusza” (DF 454).

Podobnie jeśli zapytamy osobę o wynik dodawania liczb 7 i 5, to bez większego wahania odpowie nam zapewne 12. Jednakże w tym przypadku nie mamy dostępu do wnętrza tej osoby i nie wiemy, czy posługuje się ona regułą dodawania, czy też podobną, np. „kwodowania”. Otóż gdy ograniczymy się do spoglądania na osobę, jej stany mentalne i zewnętrzne zachowanie, to dojdziemy do wniosku, że nie istnieją jakiegokolwiek fakty czy warunki prawdziwości, które pozwalają powiedzieć, że pozostaje ona w zgodzie ze swoimi intencjami. Oczywiście, gdy zadamy pytanie o to, jakiej operacji dokonała, uzyskamy odpowiedź, że było to dodawanie liczb 7 i 5, a następnie przeniesienie tych liczb. Trudności mogą się pojawić w przypadku, kiedy osoba zostanie zapytana o to, dlaczego przeniosła daną liczbę i czy w przyszłości nie będzie to operacja „przenoszenia”¹⁹. Samo zatem przekonanie jednostki o tym, że posługuje się regułą, nie znaczy,

¹⁷ S.A. Kripke, *Wittgenstein o regułach i języku prywatnym*, przeł. K. Poślanko, L. Wroński, Warszawa 2007, s. 120.

¹⁸ M. Geier, *Gra językowa filozofów*, przeł. J. Sidorek, Warszawa 2000, s. 191.

¹⁹ *Ibidem*, s. 141.

że w rzeczywistości się nią posługuje, albowiem wówczas samo sądzenie, że posługujemy się regułą, byłoby utożsamiane z kierowaniem się nią.

Dlatego też Kripke ukazuje, że odmiennie wygląda kwestia postępowania zgodnie z regułą, gdy spojrzymy na nią w szerszym kontekście. Jeśli weźmiemy pod uwagę wspólnotę, to zauważymy, że dużą rolę odgrywa w niej warunek skłonności danego podmiotu do używania określonej reguły zgodnie ze skłonnościami innej osoby, która tą regułą się już posługuje. Najbardziej jaskrawym przykładem jest tutaj dziecko uczące się dodawania. Nauczyciel, oczekując prawidłowych odpowiedzi, nie odnosi się do faktów, ale do tego, czy reguła jest zgodna z tym, co on rozumie pod pojęciem reguły dodawania.

W jaki zatem sposób jest możliwe zaprzeczenie istnienia języka prywatnego? Otóż Kripke wskazuje, że istnieje przyzwolenie do poprawiania przez całą wspólnotę sposobów interpretacji i rozumienia języka. Odpowiedzi dawane przez wspólnotę nie muszą być poprawne. Jednakże „jeśli wszyscy zgadzają się co do pewnej odpowiedzi, to nikt nie będzie uważał za uzasadnione nazywanie tej odpowiedzi niepoprawną”²⁰.

W ten sposób możliwy jest także normatywny wymiar języka, który umożliwia intersubiektywne odróżnienie poprawnych i niepoprawnych użyci pojęć i zdań. Możliwe jest zatem przypisywanie faktycznie bądź potencjalnie predykatu poprawności i fałszywości zdań²¹. Zakładając bowiem, iż potrafimy wyobrazić sobie jakieś użycie i w ten sposób podążać za regułą, możemy przypisać sobie, że jest ono właściwe.

Zakładając, że interpretacja jest bezpośrednio związana z wiedzą i rozumieniem – opierając się na późnym Wittgensteinie – można dojść do wniosku, że istnieją prawidłowe odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób praktyka może determinować użycie. Interpretujący jest bowiem zależny względem innych użytkowników języka. Stąd też prawnikowi niekiedy może zostać postawiony zarzut, iż postąpił wbrew powszechnemu użyciu czy też popełnił błąd.

Powracając do przykładu Dworkina, nie wydaje się, aby było konieczne posługiwanie się tą samą konwencją znaczeniową, żeby dojść do porozumienia pomiędzy stronami sporu²². Wystarczająca jest raczej wiedza o tym, jakie znaczenie jeden z mówców

²⁰ *Ibidem*, s. 177.

²¹ Powyższa teza stanowi rdzeń wszystkich normatywnych ujęć języka, za: M. Klatt, *Making the Law Explicit*, Hart Publ., Oxford 2008, s. 97.

²² Wyjście z problemu postawionego przez Dworkina można widzieć już na gruncie realizmu.

miał na myśli oraz jakie znaczenie było zamierzone przez drugiego z nich²³. Stanowi to warunek jakiegokolwiek zderzenia poglądów. Sytuacji, gdzie dochodzi do rzeczywistego sporu, nie zaś zwykłego nieporozumienia. Naświetlenie problemu pomiędzy dwoma różnymi pojęciami prawa, stanowiącego podstawę wyjścia dla egzegezy tekstu, jak to ma miejsce w przykładzie „spadkobiercy” Dworkina, nie jest w istocie problemem otwartości języka. Oczywiście byłby on nim wówczas, gdyby sędzia składający zdanie odrębne pod pojęciem prawa rozumiał posługiwanie się ustawą w analogiczny sposób, w jaki kultura szariatu wykorzystuje Koran. Natomiast sędzia sprawozdawca sądziłby, że pozostaje on nadal w pracy nad zrozumieniem reguły w systemie anglosaskim.

Przedstawiony przez Dworkina problem paradoksalnie ukazuje, że bez założenia konwencji językowej nie byłaby w ogóle możliwa racjonalna dyskusja, jaka miała miejsce między dwoma przeciwstawnymi poglądami sędziów, nad rozstrzygnięciem problemu wyrokowania. Przy czym, co należy podkreślić, nie było jej przedmiotem pojęcie prawa, odkrycie jednego możliwego, kryjącego się pod tym znaczenia, ale które z dwóch proponowanych będzie poprawne. Natomiast bezcelowość sporu, o którym mówi Dworkin, prowadzonego w najbardziej irytujący i banalny sposób, jest możliwa, lecz przy założeniu, że samo przekonanie sędziego o prawidłowości wyrażonego przez niego stanowiska sprawiałoby, że po wydaniu wyroku stawałoby się ono prawdziwe. Z czym niezmiernie trudno byłoby się pogodzić. Posługując się przykładem A. Kozaka: „jeśli sędzia kończący postępowanie popełni błąd w interpretacji i np. mylnie uzna, że funkto-ry «lub» oraz «albo» są równoznaczne, to nie znaczy, że z mocy swej władzy zadekretował i usankcjonował jakiś wyjątek od powszechnie obowiązującej reguły. Fałszywa opinia o prawie nie staje się opinią prawdziwą tylko dlatego, że zamieszczono ją w orzeczeniu kończącym postępowanie. Członek nagonki ustrzelony przez krótkowzrocznego myśliwego nie staje się przecież dzikiem”²⁴.

Istniejące przyzwolenie do poprawiania przez całą wspólnotę sposobów interpretacji i rozumienia języka sprawia, że w jego ramach przyjmowane są konwencje pozwalające na wyjście poza spory opierające się na tle językowym. Otwartość znaczeniowa języka, jego podatność na interpretację nie mogą stanowić jedyne narzędzia jednoznacznie określającego reguły postępowania, co nie oznacza, że już chociażby z tego

²³ Zob. D. Davidson, ‘Communication and Convention’ in Davidson (ed.), *Inquiries into Truth and Interpretation* (n 84 above) 277 cyt. za: M. Klatt, *Making the Law...*, s. 107.

²⁴ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 235.

punktu wyjścia wyrażenie „błędne orzeczenie” staje się raz na zawsze oksymoronem. Zwłaszcza że zignorowanie wszelkich konwencji, stworzenie „prywatnej reguły”, może mieć skutek w postaci braku możliwości wykonania jakiegokolwiek działania w grze językowej.

Problematyczne w powyższym ujęciu jest jednakże to, czy istnieją konwencje, które stale są brane pod uwagę przy wydawaniu orzeczeń. Czy też wszystkie z nich są przygodne, mimo że niekiedy mogą znaleźć swoje zastosowanie w wyrokowaniu? A. Kozak w tym zakresie prezentuje stanowisko umiarkowanie konwencjonalistyczne. W jego opinii fakt, że cały świat kultury, a więc ideały estetyczne, więzi społeczne, obyczaje i rytuały, wzorce racjonalności mają charakter konwencjonalny, nie powoduje zrównania tych dziedzin aktywności. „Choć np. ideał estetyczny być może jest «ukrytą umową», to jednak nie da się go zmienić w drodze umowy. Istnieją konwencje, przy których nie tylko nie wolno «dłubać», o ile nie chcemy ryzykować nieodwracalnych zmian cywilizacyjnych. Na dłubanie przy nich nie warto poświęcać czasu, bo są one wrażliwe na działanie pojedynczych ludzi, nawet prawodawców, w takim samym stopniu jak prawa fizyki”²⁵.

Zakładając powyższe stanowisko, musielibyśmy się zgodzić, że konwencje, wokół których poruszają się sędziowie podczas wyrokowania, chociażby w przykładzie Dworkina, wiążą prawnika. Pomiędzy wyborem interpretacji prawa skierowanej ku odczytaniu intencji historycznego prawodawcy a opartej na analizie pojęć języka potocznego nie istniałaby duża różnica. Przynajmniej nie taka, jaka miałyby miejsce, gdybyśmy dokonywali wykładni w sposób zapożyczony z kultury szariatu.

Przyjęcie powyższego założenia może nie rodzić większych trudności. Widoczne są już na pierwszy rzut oka różnice między wyborami interpretacji, które mają charakter cywilizacyjny. Nie zmienia to jednak faktu, że w obrębie przyjętych konwencji można dokonywać dalszych, radykalnych wyborów. Można bowiem, jak w przykładzie Dworkina, toczyć spór o wybór sposobu egzegezy tekstu prawnego na tak odległych polach, jak w przypadku, gdy spieramy się o „zamki, gdy ktoś ma na myśli architekturę, a ktoś inny zamykanie drzwi”²⁶. Stąd powstaje pytanie, czy istnieją dalsze reguły pozwalające na okiełznanie w tym względzie działalności sędziów.

Stanowisko A. Kozaka zakłada²⁷, że istnieją reguły wtórne, nieodnoszące się do działań obywateli, podmiotów zawierających umowy, ale są to normy, które są adres-

²⁵ *Ibidem*, s. 240.

²⁶ R. Dworkin, *Imperium prawa*, s. 43,

²⁷ Podobnie – na co w swojej pracy wyraźnie wskazuje – jak Hart, Ehrlich, Ziemiński i inni.

wane do sędziów, do urzędników administracji publicznej, takie, „których nie wolno powołać nam w podstawie decyzji, ale które powołujemy w uzasadnieniu”. Przy czym dla treści rozstrzygnięcia mogą one mieć nawet większe znaczenie niż dana norma decyzyjna. Pozwalają one na przyjęcie dalej idącej tezy, że *genesis* prawa nie jest aktem woli, mającym miejsce podczas wyrokowania. Raczej jest procesem rozciągniętym między ustanowieniem ustawy i podjęciem na jej podstawie wyroku²⁸.

Powstaje jednakże zasadnicze pytanie, czy reguły te, wytwory kultury prawniczej, zawarte m.in. w komentarzach, glosach, powoływanych orzeczeniach sądowych, wyznaczają faktycznie jakąś jednolitą konwencję czy też mają przygodny charakter. Wydaje się bowiem, że jak w przykładzie Dworkina, istnieją różniące się konwencje, które są podzielane w różnym stopniu przez wspólnotę. Wybór pomiędzy nimi się dokonuje, gdy prawie cała wspólnota – jak w przypadku wyrokowania – zgodzi się co do wyższości jednej nad drugą²⁹. Stąd potrzeba konsultacji ze wspólnotą, czy dana procedura jest poprawna. Wybór prawnika nie ma charakteru automatycznego, a przyjęcie odmiennych konwencji nie należy do rzadkości. Dlatego powstaje kolejne pytanie, czy reguły wtórne, rzutujące na procesy decyzyjne, ujęte jako wytwory kultury prawniczej, zmierzają do nieskończonego wskazywania, podawania racji usprawiedliwiających zastosowanie reguł pierwotnych w określonym znaczeniu.

Odpowiadając pozytywnie na powyższe pytanie, przy założeniu, że społeczne uprawnienie do poprawiania wynika z faktu (prawie) powszechnej zgody, wcześniej podjętych konsultacji co do danego rozstrzygnięcia, zmuszeni zostajemy do ujęcia zbudowanej na tym gruncie teorii jako teorii warunków prawdziwości. A więc warunków koniecznych i wystarczających, gdzie właśnie ta, a nie inna odpowiedź na dane pytanie jest poprawna³⁰. Stąd też teoria ta może być podatna na przynajmniej część zarzutów padających pod adresem teorii tego typu. W szczególności może nie znieść argumentu sceptycznego, że wszystkie obowiązujące w niej konwencje mają równorzędną wartość, a przez to trudno jest faktycznie mówić o poprawności w jej obrębie. Dlatego budowanie teorii prawa kultury prawniczej i zakładanie w jej obrębie stałych, niezmiennych konwencji poza tymi, które stanowią płaszczyznę pozwalającą na racjonalny dyskurs, może spotkać się z zrzutami, które trudno odeprzeć.

²⁸ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 247.

²⁹ Stąd też stosowanie reguły nie jest oparte na podawaniu warunków stwierdzalności, ale prawdziwości, S.A. Kripke, *Wittgenstein o regułach ...*, s. 176.

³⁰ Por. *ibidem*, s. 176.