Sylwia Wojtczak

O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Łódź 2010

ROZPRAWY HABILITACYJNE UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO

Sylwia Wojtczak

O NIEWSPÓŁMIERNOŚCI WARTOŚCI i jej konsekwencjach dla stosowania prawa

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Łódź 2010

RECENZENT WYDAWNICZY
dr hab. Marek Smolak, prof. UAM

REDAKTOR
Małgorzata Szymańska

REDAKTOR TECHNICZNY/SKŁAD
Ziemowit Wojtczak

PROJEKT OKŁADKI
Sylwia Wojtczak/Ziemowit Wojtczak
Zdjęcie wykorzystane w projekcie okładki:
©iStockphoto.com/Magdalena Kucova

Wydrukowano z dostarczonych Wydawnictwu UŁ materiałów gotowych

Rozprawa habilitacyjna powstała
w Zakładzie Polityki Prawa Uniwersytetu Łódzkiego

© Copyright by Sylwia Wojtczak, 2010

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU ŁÓDZKIEGO

Wydanie I. Nakład 300 egz.
Ark. druk. 30,875
Papier kl. III, 80 g, 70×100
Zam. 166/4761/2010. Cena zł 48,–

Drukarnia Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8

ISBN 978–83–7525–479–2
e-ISBN 978-83-8220-923-5
https://doi.org/10.18778/7525-479-2

Z ciasnoty świata wynika nieuchronnie, że Piotr musi wybierać między dobrami, jakie jego dążenia chcą zrealizować. Dążenia, zupełnie obce sobie swą treścią i, co za tym idzie, z istoty swej niezgodne, kolidują ze sobą przez to, że w świecie Piotra subiektywnie czy obiektywnie nie ma dość miejsca, by je zaspokoić. Wtedy Piotr musi wybierać.

[Cz. Znamierowski: *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*. Warszawa, 1964, s. 16.]

Spis treści

Spis treści 5
WSTĘP 9

CZĘŚĆ PIERWSZA

1. Ustalenia pojęciowe 37
   1.1. Sposoby rozumienia niewspółmierności 39
      1.1.1. Niewspółmierność jako prosta nieporównywalność 39
      1.1.2. Niewspółmierność jako brak wspólnej miary 44
      1.1.3. Niewspółmierność jako niemożliwość uporządkowania 48
      1.1.4. Niewspółmierność jako brak przechodniości 50
      1.1.5. Niewspółmierność jako nieokreśloność 52
      1.1.6. Niewspółmierność jako tragedia oraz jako brak jednolitego schematu podejmowania decyzji 59
      1.1.7. Niewspółmierność według Elisabeth Anderson .. 65
   1.2. Czym nie jest niewspółmierność 77
   1.3. Przedmiot niewspółmierności wartości 86
   1.4. Filozoficzne konotacje tezy o niewspółmierności wartości 101
      1.4.1. Monizm. Relatywizm. Pluralizm 101
      1.4.2. Krytyka konsekwencjalizmu 119
   1.5. Źródła niewspółmierności wartości 124
   1.6. Rodzaje niewspółmierności wartości 126
2. Niewspółmierność konstytutywna 131

3. Racjonalne podejmowanie decyzji a niewspółmierność wartości – stan dyskusji 173

3.1. Niewspółmierność wartości jako potencjalne zagrożenie racjonalności albo jej warunek 174

3.2. Racjonalność możliwa i odpowiednia w sytuacji niewspółmierności wartości 180

3.3. Warunki racjonalności ze względu na występowanie zjawiska niewspółmierności wartości 219

3.4. Indywidualne strategie podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości 223

3.5. Strategie podejmowania decyzji społecznych w sytuacji niewspółmierności wartości 230

3.6. Podsumowanie 248

CZĘŚĆ DRUGA

4. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na proces stosowania prawa 253

4.1. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na (nie)jednolitość orzekania 254

4.2. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na orzekanie zadośćuczynienia 277

4.3. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na sądowy wymiar kary 309

4.3.1. Różne ujęcia zasady proporcjonalności 311

4.3.2. Odpowiedniość kary i przestępstwa na gruncie zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym 316

4.3.3. Zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym a zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym 322

4.3.4. Realizacja zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym oraz zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym w koncepcjach prawnokarnych 325

4.3.5. Wnioski. Rola analogii w realizowaniu zasady proporcjonalności 337

4.3.6. Znaczenie założenia niewspółmierności wartości dla sądowego wymiaru kary kryminalnej na gruncie aktualnie obowiązującego prawa polskiego 340

4.4. Wpływ zjawiska niewspółmierności wartości na warunki przeprowadzania niektórych wnioskowań prawniczych na przykładzie wnioskowania *a fortiori*..... 351

5. Ronalda Dworkina teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu a założenie niewspółmierności wartości 371

5.1. Poglądy Ronalda Dworkina w kwestii tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu..... 372

5.2. Filozoficzne fundamenty Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu..... 379

5.3. Założenie niewspółmierności wartości a teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu..... 389

5.4. Krytyka Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu z perspektywy założenia niewspółmierności wartości..... 418

5.5. Podsumowanie 452

ZAKOŃCZENIE 455

INDEKS OSÓB..... 465

BIBLIOGRAFIA 471

ON INCOMMENSURABILITY OF VALUES AND ITS CONSEQUENCES FOR THE APPLICATION OF LAW SUMMARY..... 491

WSTĘP

(Nie)współmierność wartości to problem, który może się pojawić w ramach szeroko pojętych rozważań dotyczących zagadnień praktycznych. Przy czym może się on ujawnić na wielu płaszczyznach i poziomach.

Pierwszy, jak się wydaje, najbardziej podstawowy poziom, na którym kwestia (nie)współmierności może się pojawić, to poziom konkretnej etyki normatywnej (lub ewentualnie innej dziedziny ustanawiającej oceny i normy np. religii, prawa czy estetyki), która dla określonego człowieka czy pewnej grupy ludzi ustanawia normy i stara się udzielić odpowiedź na pytanie: „Co powinienem czynić?”[1]. Na tym poziomie można bowiem przyjąć, że wartości akceptowane na gruncie danej etyki (lub odpowiednio innej dziedziny) są całkowicie współmierne albo, można też

[1] Por. R. Lautmann: *Uwagi o metaetyce*. [w:] *Metaetyka.* Red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, 1975, s. 18.

założyć, że niektóre z nich są niewspółmierne[2]. Przyjęcie lub nieprzyjęcie założenia niewspółmierności wartości na tym poziomie rodzi określone konsekwencje, w pierwszej kolejności dla indywidualnego lub zbiorowego (ale zawsze konkretnego) formułowania ocen i norm oraz dokonywania wyboru takiego a nie innego postępowania.

Do drugiego poziomu należałoby zaliczyć te stanowiska, które, zauważając faktyczne występowanie wielu etyk normatywnych – czy różnych poglądów w ramach innych dziedzin ustanawiających oceny i normy – uznają, że można (albo nie można) rozstrzygnąć, której z nich należy przyznać pierwszeństwo. Założenie, że można (lub nie można) rozstrzygnąć kwestię pierwszeństwa pomiędzy różnymi etykami (lub odpowiednio – innymi dziedzinami), może być między innymi rezultatem przyjęcia, że etyki te (albo inne dziedziny) oraz akceptowane przez nie wartości są odpowiednio współmierne albo niewspółmierne. Założenie to z kolei staje się podstawą sformułowania określonych postulatów czy zasad, najczęściej etycznych lub politycznych. Mogą to być na przykład zasada tolerancji czy zasada neutralności (te są wyrazem przekonania o niewspółmierności wartości i nierozstrzygalności kwestii pierwszeństwa), ale też doktryna promowania demokracji czy dawna chrześcijańska doktryna nawracania pogan (te są wyrazem przekonania, że kultury, etyki czy wartości są współmierne i pewne z nich mają wyższość nad innymi).

Oba wyżej wymienione rodzaje stanowisk zaliczyłabym do jednej płaszczyzny – płaszczyzny ściśle normatywnej. W ich obrębie bowiem teza o współmierności albo teza o niewspółmier-

[2] Można byłoby też przyjąć, że wszystkie są niewspółmierne. Uważam jednak taki pogląd za dość ekscentryczny, także ze względu na jego bardzo daleko idące następstwa, sprowadzające się – moim zdaniem – do całkowitego zaprzeczenia możliwości sformułowania jakichkolwiek prawomocnych ocen lub norm. Nie chodzi mi jednak o to, że pogląd zakładający niewspółmierność wszystkich wartości jest absurdalny w każdych warunkach i okolicznościach – można go bowiem zaakceptować, tyle że niejako na wyższym poziomie (w gruncie rzeczy można byłoby chyba taki pogląd przypisać skrajnemu emotywizmowi). Jest on jednak, moim zdaniem, nonsensowny na gruncie konkretnej etyki normatywnej, gdyż wówczas sam jej zaprzecza.

ności wartości oznacza pewien substancjalny pogląd wartościujący, mający bezpośrednie konsekwencje normatywne. A za przykład poglądu sytuującego się na tej płaszczyźnie uznałabym m.in. pluralizm etyczny w wersji, której bezpośrednim twórcą i dalszym inspiratorem był Isaiah Berlin.

Kolejna, zupełnie już odrębna płaszczyzna, na której może pojawić się kwestia (nie)współmierności wartości, to płaszczyzna metanormatywna. Za przykład refleksji tego rodzaju uznałabym, co najmniej w większej części, dorobek Josepha Raza. Na tej płaszczyźnie nie chodzi już o oceny i normy oraz formułowane na ich podstawie sądy, ale o związane z nimi zagadnienia pojęciowe i metodologiczne, a w szczególności wyjaśnianie pojęć warunkujących nasze rozumowanie praktyczne oraz metod formułowania i uzasadniania wypowiedzi normatywnych. Założenie współmierności (albo założenie niewspółmierności wartości) może także na tej płaszczyźnie okazać się istotne i to co najmniej na dwóch poziomach. Można byłoby te poziomy nazwać wewnętrznym i zewnętrznym.

Z jednej strony bowiem powstaje kwestia wyjaśnienia pojęć oraz metod właściwych dla danego systemu normatywnego (etyki, prawa, estetyki itp.) czy stanowiska, na gruncie którego wypowiedź normatywna jest formułowana, ale wyjaśnienia dokonywanego z punktu widzenia tego systemu czy stanowiska. Z drugiej strony powstaje kwestia eksplanacji pojęć warunkujących nasze rozumowanie praktyczne i określenia metod formułowania i uzasadniania wypowiedzi normatywnych z punktu widzenia zewnętrznego wobec danego konkretnego systemu lub stanowiska. Przy czym trzeba w tym miejscu koniecznie podkreślić, że wyróżnienie tych dwóch poziomów wcale nie oznacza, że pierwszy jest poziomem refleksji subiektywnej, a drugi refleksji obiektywnej. Oba mają „potencjał obiektywności", tyle że w pierwszym przypadku będzie to na pewno obiektywność zależna od usytuowania podmiotu[3].

[3] A. Sen rozróżnia obiektywność zależną od usytuowania (*positional objectivity*) i obiektywność niezależną od usytuowania (*position-independent objectivity*). Tłuma-

Choć zewnętrzny punkt widzenia nie oznacza tu jakiegokolwiek punktu widzenia spoza danego systemu (bo to pozwalałoby na przykład na zastosowanie wprost kryteriów właściwych dla systemu niejako równoległego[4]), nie oznacza zarazem braku określonego punktu widzenia w ogóle; nie oznacza zupełnego uwolnienia się od określonej perspektywy[5]. Całkowicie zewnętrzny punkt widzenia (punkt widzenia znikąd) jest bowiem, jak się wydaje, w tej kwestii w ogóle niemożliwy[6]. Nawet realizacja tak ograniczonego celu, jak samo wyjaśnienie pojęć, w sposób nieodłączny powiązana jest w tej dziedzinie z pewnymi przesłankami oraz konsekwencjami o charakterze wartościu-

czy obiektywność zależną od usytuowania na przykładzie twierdzenia „Słońce i Księżyc wyglądają jakby były podobnych rozmiarów" dokonanego z punktu widzenia obserwatora z Ziemi. Uważa, że nie można powiedzieć, iż takie twierdzenie jest nieobiektywne czy subiektywne, że jest odzwierciedleniem pewnych procesów mentalnych właściwych tylko dla tej jednej osoby. Przytacza tu zdanie G. A. Cohena, że „[…] jeżeli człowiek nie widzi fatamorgany w odpowiednich warunkach, dzieje się coś złego z jego widzeniem. Jego oczy nie zarejestrowały gry świateł w oddali". Uważa, że takie rozumienie obiektywności może być bardzo odpowiednie dla niektórych przedsięwzięć. (A. Sen: *The Idea of Justice*. Cambridge (Ma), 2009, s. 155–163). Wszystkie tłumaczenia cytatów i przytoczeń, o ile nie zaznaczono inaczej w bibliografii, są tłumaczeniami własnymi autorki.

[4] Por. H. Feigl: *Uzasadnianie a usprawiedliwianie pragmatyczne*. [w:] *Metaetyka*… s. 141–142; „[…] krytyka jakiegoś systemu norm z punktu widzenia innego logicznie z nim nieporównywalnego systemu jest zawodna. Uzasadnianie sądów moralnych wymaga jakiegoś zbioru norm, których się mocno trzymamy – przynajmniej w danej chwili – aby zbadać zasadność bardziej szczegółowych sądów moralnych. […] pluralizm alternatywnych systemów etyki stanął przed nami jako sprawa historycznego i aktualnego faktu. Dopóki istnieją zmienne i rozbieżne dążenia i ideały, dopóty istnieć będą różnorodne systemy uzasadniania moralnego".

[5] Nie można więc nigdy, moim zdaniem, oczekiwać w sferze aksjologicznej obiektywności zupełnie niezależnej od usytuowania. (W kwestii obiektywności niezależnej od usytuowania i obiektywności zależnej od usytuowania: por. *supra* przyp. 3).

[6] N. MacCormick, tłumacząc różnicę pomiędzy zewnętrznym i wewnętrznym punktem widzenia, użył do tego celu, jako uosobienia postawy skrajnie zewnętrznej, figury człowieka z Marsa. (N. MacCormick: *Law, Morality and Positivism*. [w:] N. MacCormick, O. Weinberger: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, 1992, s. 130–131). Ale warto w tym miejscu zauważyć, że człowiek z Marsa, choć może być dla nas uosobieniem obcości, to jednak jest skądś: jest z Marsa. Jest to zresztą jakaś kolejna już wersja problemu odzwierciedlonego w słynnej metaforze O. Neuratha statku przebudowywanego na pełnym morzu.

jącym czy normatywnym. Z jednej strony chodzi przecież o wyjaśnienie „poprawne" czy „adekwatne" albo „prawdziwe" (a to wymaga pewnych normatywnych kryteriów „poprawności", „adekwatności" czy „prawdziwości"), z drugiej zaś strony zaakceptowane jako „poprawne", „adekwatne" czy też „prawdziwe" wyjaśnienie ma wpływ na formułowane następnie sądy dotyczące „poprawności" czy „prawdziwości" konkretnych sądów wartościujących czy normatywnych, a w dalszej kolejności – także na samo formułowanie takich sądów[7]. Co więcej, oba te normatywne aspekty konstruowania poprawnej koncepcji danego pojęcia są ze sobą bardzo ściśle powiązane i wpływają na siebie wzajemnie. W tej kwestii w pełni należy zgodzić się z Josephem Razem, który to powiązanie opisuje następująco: „Niektórzy ludzie mogą utrzymywać, że podczas gdy poprawne sprawozdanie z natury wartości może prawdopodobnie mieć normatywne implikacje, jego moc przekonywania [trafność] nie może być właściwie wspierana przez twierdzenia wartościujące. Bardziej przekonująca wersja tego poglądu dokonuje rozróżnienia pomiędzy normatywnymi twierdzeniami, które stosują się specyficznie do konstruowania teorii, a innymi normatywnymi twierdzeniami. Stoi ona na stanowisku, że tylko pierwszy rodzaj normatywnych twierdzeń rzutuje na trafność teorii wartości, ale nie rodzaj drugi. Nie wierzę, że to wyłączenie – czy też separacja – może być utrzymana. Nasze rozumienie natury wartości w sposób nieuchronny częściowo jest pochodną tego, co uznajemy za oczywiste lub jasne przypadki wartości […] Dlatego twierdzenia

[7] Por. J. Raz: *The Practice of Value*. New York, 2003 s. 124–125: „Wyjaśnienie pojęcia może mieć normatywne albo ewaluatywne konsekwencje. Na przykład, jest przekonująca myśl, że wystarczająco wyczerpujący, poprawny pogląd na temat wartości będzie zakładał albo że nic, co miałoby wartość, nie może istnieć, albo negację tego – że być może coś, co ma wartość, istnieje. Lub że wystarczająco wyczerpująca, poprawna koncepcja wartości będzie implikowała albo że nie mogą istnieć żadne wartości, albo tego negację – że są pewne wartości […]. Jeśli konsekwencją poprawnej koncepcji wartości jest któryś z tych wniosków, to ma ona normatywne konsekwencje. […] Jest wiele innych normatywnych konsekwencji, będących skutkiem poprawnej koncepcji wartości i niemożliwe jest wyliczyć je lub wyczerpująco opisać ich ogólny charakter w sposób niezależny od wiedzy na temat zawartości takiej koncepcji".

wartościujące w sposób legitymowany mogą stanowić argumenty za określonym sprawozdaniem z natury wartości”[8].

Jeszcze silniej niż przy wyjaśnianiu samych pojęć, zależność ta, jak się wydaje, ujawnia się w odniesieniu do wyjaśniania, opisu czy konstruowania metod formułowania lub uzasadniania wypowiedzi normatywnych. Te czynności także muszą być dokonywane poprawnie, zgodnie z pewnymi przyjętymi kryteriami tejże poprawności[9]. Dodatkowo jednak należy, oceniając tę poprawność, brać pod uwagę, że pewne oceny i normy są dla nas oczywiste i niepodważalne (choć oczywiście w skrajnych przypadkach mogą ulegać ograniczonej rewizji). Tak oczywiste i niepodważalne, że określone metody formułowania lub uzasadniania wypowiedzi normatywnych, które prowadziłyby do ich zakwestionowania, nie mogłyby zostać uznane za akceptowalne. Wnosić z tego należy, że co najmniej pewne twierdzenia normatywne w sposób legitymowany mogą decydować o przyjmowanych lub odrzucanych metodach formułowania i uzasadniania wypowiedzi normatywnych.

Dla obu poziomów refleksji metanormatywnej – wewnętrznego i zewnętrznego – może mieć znaczenie założenie (nie)współmierności wartości. Na poziomie wewnętrznym choćby z tego względu, że – jak pisze Rüdiger Lautmann – „hierarchiczne uporządkowanie wartości […] stanowi […] najważniejszy środek pomocniczy przy uzasadnianiu ocen i norm”[10].

---

[8] J. Raz: *The Practice…*, s. 125.

[9] Por. H. Feigl: *op.cit.*, s. 142–143; „»Obiektywność« w dziedzinie moralnej może odnosić się do wielu spraw; może tu chodzić o: 1) logiczną konieczność właściwą uzasadnianiu; 2) logiczną zgodność norm jakiegoś systemu; 3) empiryczną obiektywność określania rzeczywistych cech odnoszących się do postaw, zachowań itd., które są przedmiotem moralnej aprobaty; 4) empiryczną obiektywność zdań dotyczących relacji »warunki – konsekwencje« oraz »środki – cele«; 5) empiryczną obiektywność zdań dotyczącą ludzkich potrzeb, interesów i ideałów traktowanych jako zjawiska społeczne; 6) zgodność norm z podstawową biopsychospołeczną naturą człowieka – w szczególności w odniesieniu do ochrony życia, zaspokajania potrzeb oraz zjawisk wzrostu, rozwoju i ewolucji; 7) stopień powszechności, z jakim pewne normy moralne rzeczywiście lub potencjalnie przeniknęły do sumień ludzi określonych grup kulturowych wszystkich czasów i miejsc; 8) równość wszystkich osób wobec praw moralnych przejawiającą się w powszechnej stosowalności tych praw”.

[10] R. Lautmann: *op.cit.*, s. 17.

Jeśli więc dany konkretny system normatywny (etyczny, estetyczny, prawny czy inny) przyjmuje założenie niewspółmierności wartości (które skutkuje przecież zwykle niemożliwością skonstruowania ich pełnej i konsekwentnej hierarchii) albo założenie współmierności (które skutkuje możliwością skonstruowania takiej hierarchii), przyjęte pojęcia i uznana metodologia na poziomie wewnętrznym powinna takie założenie uwzględniać[11]. Na poziomie zewnętrznym natomiast wzięcia pod uwagę wymaga problem, przyjęcie którego z tych założeń – współmierności czy niewspółmierności wartości – pozwoli na stworzenie takich koncepcji teoretycznych czy filozoficznych, które nie tylko będą spełniały kryteria poprawności przewidziane dla takich koncepcji (odpowiednio teoretycznych i filozoficznych), ale także nie będą stały w sprzeczności z tymi naszymi sądami i poglądami, które stanowią rzeczywisty i nieodrzucalny fundament naszego rozumowania praktycznego. O takiej właśnie sprzeczności i odczuwanym w związku z tym dyskomforcie w odniesieniu do monizmu aksjologicznego pisze na przykład Amartya Sen. Stwierdza on, że nie ma nic formalnie dziwnego w konceptualizowaniu dobra jako homogenicznej etycznej wartości, o ile dana etyczna koncepcja wartościowania wymaga, żeby przyjmowało ono ostateczną formę całkowitego i tranzytywnego porządku. Ale mimo tej formalnej poprawności postrzeganie go w kategoriach koniecznie kompletnego i tranzytywnego porządku to pogląd – według Sena – za bardzo ograniczający i niedostateczny[12]. Podobną intencję należy przypisać także Richardowi Posnerowi, gdy ten przyznaje, że niektóre skutki konsekwentnego stosowania pewnych zasad, głoszonych przez kierunek *law & economics*, byłyby „sprzeczne z niezachwianymi moralnymi intuicjami”[13] i zarazem deklaruje, iż

[11] Stąd, jak zostanie wykazane w ostatnim rozdziale, Dworkinowskie przekonania etyczne, oparte na założeniu współmierności wartości, są naturalną podstawą dla jego tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu.

[12] A. Sen: *On Ethics & Economics*. Malden (Ma), Oxford (UK), Carlton, 1988, s. 60.

[13] R. Posner: *The Problems of Jurisprudence*. London, 1990, s. 376–377, cyt. za: J. M. Kelly: *Historia zachodniej teorii prawa*. Kraków, 2006 s. 472.

„zgodność z intuicją jest ostatecznym sprawdzianem moralnej, a właściwie każdej teorii”[14].

Mając powyższe na uwadze, to znaczy pamiętając wciąż o tej wielopoziomowości problemu (nie)współmierności, zastanówmy się przez chwilę, dla jakiego typu faktycznych sytuacji kwestia tego, czy wartości są współmierne czy też nie, może mieć znaczenie.

Wyobraźmy sobie, że małemu dziecku matka proponuje podwieczorek, ale daje mu wybór: „Synku, zjadłbyś serek waniliowy czy mus czekoladowy?”. Chłopiec nie wie, co odpowiedzieć: to dobre i to dobre, ale przy tym nie jest mu wszystko jedno, co zje. Długo się zastanawia i waha[15].

Załóżmy, że człowiek dorosły stoi przed następującą decyzją: czy przyjąć pracę w odległym mieście, aby rozwijać się zawodowo i poprawić warunki materialne rodziny, ale ograniczyć w ten sposób swe z nią kontakty, czy pozostać z najbliższymi, ale kosztem swojej profesjonalnej kariery.

Wyobraźmy sobie z kolei, że dyspozytor jedynej w mieście karetki pogotowia musi zadecydować, czy wysłać karetkę do pozostającego w stanie zagrożenia życia genialnego artysty, czy do będącej w takim samym stanie matki dwójki dzieci.

Załóżmy, że sędzia ma zadecydować o tym, czy dziecko ma pozostawać ze swoimi rodzicami, którzy bardzo je kochają, ale żyją w tak bardzo wielkiej biedzie, że musi się to, w niewielkim wprawdzie, ale jednak w jakimś stopniu odbić negatywnie na fizycznym zdrowiu dziecka, czy w domu dziecka, gdzie warunki materialne są znacznie lepsze, ale dziecko ponosi nieodwracalne szkody emocjonalne.

---

[14] *Ibidem*.

[15] W takich sytuacjach często mówi się o tym, że takie zachowanie jest świadectwem niedojrzałości i że jednym z celów wychowania jest nauka podejmowania decyzji. Powstaje jednak pytanie, na czym miałaby polegać ta nauka. Czy dałoby się wpoić młodemu człowiekowi pewne obiektywnie właściwe sposoby dokonywania takiego wyboru? Czy też nauka taka ma polegać wyłącznie na wyrobieniu mechanizmu szybkiego odrzucenia wątpliwości i bezzwłocznego podjęcia decyzji, niezależnie od treści tej decyzji?

Załóżmy teraz, że premier zmuszony jest podjąć decyzję, czy pozostające w jego dyspozycji środki wydać na poprawę bezpieczeństwa na drogach, czy poprawę sytuacji służby zdrowia. A może wydać je na podwyżki dla nauczycieli czy raczej dla pielęgniarek? Albo czy wybudować autostradę biegnącą przez cenne przyrodniczo i nieodtwarzalne obszary, poprawiając w ten sposób warunki infrastrukturalne kraju i bezpieczeństwo na drogach, czy może jednak olbrzymim kosztem ominąć te tereny, aby zachować je dla współczesnych i potomnych?

Załóżmy następnie, że prezydent pewnego państwa ma podjąć decyzję czy zestrzelić nad oceanem porwany przez terrorystów-samobójców samolot, którym leci 150. pasażerów i który kieruje się nad wielotysięczne osiedle mieszkaniowe[16].

Przykładów tego typu sytuacji[17], banalnych albo bardzo kontrowersyjnych; odwołujących się do naszego zdrowego rozsądku lub grających mocno na emocjach; zachodzących w życiu prywatnym jednostek albo w sferze instytucjonalnej; dotykających jednej osoby, grup osób lub całych narodów; podlegających społecznej kontroli lub przesądzanych w ciszy sumienia decydenta można podać jeszcze bardzo wiele. Wszystkie je łączy pewien wspólny motyw. Po pierwsze, wszystkie przykłady dotyczą podejmowania decyzji[18]. Po drugie, dotyczą decyzji

---

[16] Jak wiadomo w dniu 11.09.2001 r. prezydent USA George Bush wydał polecenie zestrzelenia jednego z porwanych samolotów pasażerskich kierujących się w stronę Waszyngtonu. W roku 2006 Federalny Trybunał Konstytucyjny Republiki Federalnej Niemiec, a w roku 2008 polski Trybunał Konstytucyjny zakwestionowały jako niezgodne z odpowiednią konstytucją przepisy wewnątrzkrajowe zezwalające odpowiednim organom na podjęcie takiej dramatycznej decyzji. Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt K 44/07 (OTK 126/7/A/2008).

[17] Ta długa lista dramatycznych niekiedy przykładów została umieszczona w tym miejscu celowo. Przyświecały mi tu dwa istotne powody. Po pierwsze, opisane przypadki mają czytelnikowi od razu, jeszcze przed wprowadzeniem odpowiedniego aparatu pojęciowego uświadomić, o jaki typ zagadnień chodzi. Po drugie, w dalszej części pracy przykładów jest stosunkowo niewiele, a brak przykładów w ogóle może w pewien sposób utrudniać zrozumienie tekstu. Liczę więc na to, że przykłady zawarte we wstępie zapadną czytelnikowi w pamięć, ułatwiając dalszą lekturę.

[18] Celowo używam takiego terminu jak *decyzja* (w dalszej zaś części posługuję się także słowem *strategia*). Nie uważam, iżby tego typu terminy były właściwe

szczególnego rodzaju – takich, w których dostępne opcje nie dadzą się scharakteryzować wedle tych samych wymiarów i nie przystają do siebie, a co za tym idzie – nie można w niekontrowersyjny i łatwo uzasadnialny sposób odrzucić pewnych z nich po to, by realizować pozostałe.

Problem zilustrowany przez wyżej wymienione przykłady pozostaje w ścisłym i wieloaspektowym związku z prawem[19]. Po pierwsze, podobne decyzje (podobne – tzn. z tych samych powodów równie trudne) mogą zapadać w procesie powstawania prawa i tym samym kształtować jego treść. Po drugie, decyzje tego rodzaju mogą być w pewien sposób „wspomagane" przez prawo, w tym sensie, że to ono wpływa na ich treść. Po trzecie, niekiedy prawo może przewidywać pewne formy odpowiedzialności za podjęcie takich decyzji. Po czwarte wreszcie, decyzje takie mogą być podejmowane w procesie stosowania prawa, przy czym trudności z nimi związane będą musiały być rozwiązane w toku tego procesu, a ponadto – negatywne konsekwencje bezpośrednie lub pośrednie takich decyzji będą wpływały na wartości stosowania prawa, takie jak choćby pewność czy jednolitość[20].

---

wyłącznie dla teorii decyzji. Są to terminy języka naturalnego, które w tym języku mają swoje własne znaczenie, pierwotne wobec tego, które przypisuje się im w języku teorii decyzji. Termin *decyzja* dla wielu rozpatrywanych sytuacji uważam za właściwszy od, na przykład, terminu *rozstrzygnięcie*. *Decyzja* – jak mi się wydaje – w sposób naturalny łączy się z działaniem (z wyborem i postanowieniem określonego działania), podczas gdy *rozstrzygnięcie* z działaniem kojarzyć się koniecznie nie musi (tu wystarczy niejednokrotnie sam wybór). Czyż nie brzmią co najmniej niezręcznie spotykane niekiedy w języku czysto potocznym frazy typu: „Idziesz do pracy czy zostajesz w domu – rozstrzygaj" (zamiast: „Idziesz do pracy czy zostajesz w domu – decyduj") albo „Zdecyduj, który z nas ma rację" (zamiast: „Rozstrzygnij, który z nas ma rację").

[19] Słuszne jest bowiem, moim zdaniem, stwierdzenie A. Peczenika, że „»Za« problemami prawnymi kryje się rozumowanie moralne, z całą jego złożonością […] W ten sposób rozumowanie prawnicze »dziedziczy« oba praktyczne a zatem emocjonalne i arbitralne komponenty moralności i wszystkie czynniki racjonalności […] ograniczające arbitralność". (A. Peczenik: *On Law and Reason*. Dordrecht, 1989, s. 125).

[20] Por. F. Schauer: *Commensurability and Its Constitutional Consequences*. „Hastings Law Journal", vol. 45, 1994, s. 785; „Nie powinno być zaskoczeniem, że problem niewspółmierności ma mnóstwo konkretnych konstytucyjnych i prawnych implikacji. […] jest co najmniej przekonujące stwierdzenie, że pewne prawnicze

Konieczne więc wydaje się nazwanie i wyjaśnienie problemu tkwiącego w podejmowaniu takich decyzji oraz wyjaśnienie, czy i w jaki sposób jednostki i zbiorowości radzą sobie z tym problemem albo nawet – o ile uznać, że to w ogóle jest możliwe – w jaki sposób mogą sobie z nim radzić. Okazuje się jednak, że realizując to zadanie można – mówiąc bardzo ogólnie – zająć postawę metodologiczną należącą do jednego z dwóch typów. Dla pierwszego z nich należy uznać za charakterystyczne: scjentyzm; próby dokonywania numerycznej reprezentacji wartości oraz formalnej reprezentacji procesu podejmowania zarówno indywidualnych, jak i społecznych decyzji, konfliktów wartości i innych związanych z tą kwestią problemów szczegółowych; próby budowania raczej pewnej ogólnej teorii niż filozofii podejmowania decyzji; jawny lub ukryty normatywny charakter takich koncepcji. Dla postawy drugiej charakterystyczne jest podejście bardziej filozoficzne niż teoretyczne, dążenie do formułowania twierdzeń natury bardziej analitycznej niż syntetycznej, odrzucenie możliwości budowy jednej uniwersalnej koncepcji podejmowania decyzji, dążenie do zrozumienia (wyjaśnienia, opisu) procesów podejmowania decyzji bez wielkich ambicji predyktywnych[21]. Do pierwszego podejścia zaliczyć można klasyczne teorie decyzji i różne koncepcje, będące ich zastosowaniem, w tym ekonomiczną analizę prawa, zwykle oparte na: (i) wierze w generalną porównywalność opcji, podstaw

---

metody – tak zwane »ważenie«" chyba w najbardziej oczywisty sposób – zakładają coś przypominającego powszechną współmierność oraz że pewne prawnicze struktury – takie jak sędziowskie egzekwowanie praw nawet przeciwko interesom większości – są najbardziej na miejscu w ramach konstrukcji, która rozpoznaje nieredukowalną niewspółmierność wartości".

[21] Te dwa podejścia można uznać za swego rodzaju echo rywalizacji dwóch starożytnych koncepcji wartości i dokonywania wyboru: Arystotelesowskiej roztropności i Platońskiej „nauki pomiaru". Pisze o nich M. Nussbaum, która w swojej etyce wrażliwej percepcji opowiada się za niewspółmiernością dóbr, podążając tym samym za Arystotelesem i odrzucając stanowisko Platona. Por. M. Nussbaum: *The Discernment of Perception: An Aristotelian Conception of Private and Public Rationality* oraz *Plato on Commensurability and Desire*, oba [w:] eadem: *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*. New York, 1990, s. 54–124, a także A. Głąb: *Rozum w świecie praktyki. Poglądy filozoficzne Marthy C. Nussbaum*. Warszawa, 2010, s. 77–124.

i kryteriów decyzji, wartości oraz innych elementów odpowiadających za treść decyzji, a także na (ii) wierze w teoretyczną co najmniej możliwość wskazania słusznej decyzji, a czasem nawet – jednej słusznej decyzji. Do drugiego podejścia można zaliczyć bardzo różne koncepcje, ale takie, które łączy przekonanie, że wartości, opcje, podstawy i kryteria decyzji są lub bywają niewspółmierne, co wiąże się też nierzadko z zaprzeczeniem, aby dla każdej sytuacji decyzyjnej można było wyznaczyć słuszne czy nawet jedno słuszne rozwiązanie. To właśnie w niewspółmierności wartości upatruje się tu głównej przyczyny trudności w podejmowaniu pewnych decyzji oraz powodów, dla których stosowane sposoby formułowania i uzasadniania twierdzeń normatywnych nie mogą odpowiadać jednemu, uniwersalnemu, z góry przewidywalnemu algorytmowi. Różnicę pomiędzy tymi dwoma podejściami dosadnie charakteryzuje – oczywiście z pozycji zwolennika tezy o niewspółmierności – Isaiah Berlin: „Założenie, że wszystkie wartości dają się mierzyć na jednej skali, tak, że wystarczy samo sprawdzenie, by ustalić, która z nich jest tą najwyższą, zdaje się […] sprowadzać decyzje moralne do działań, które w zasadzie wykonać mógłby suwak logarytmiczny”[22].

Nie sposób jest – moim zdaniem – w ramach jednego tomu zaprezentować jednocześnie obu tych podejść, ich wzajemnego odniesienia czy porównania. Nie jest to możliwe nie tylko dlatego, że w gruncie rzeczy oba posługują się tak odmienną siatką pojęciową i tak różnymi narzędziami badawczymi, że można byłoby również stanąć na stanowisku, że podejścia te same są wzajemnie niewspółmierne. Jestem także przekonana, iż podstawowy kłopot wynika przede wszystkim z tego, że bardzo trudno jest tu przyjąć jakąś postawę, choćby tylko w części, neutralną. (Jak już wcześniej wspomniałam, całkowita neutralność, nawet z zewnętrznej pozycji metanormatywnej, nie jest w ogóle możliwa). W tej kwestii wszystko bowiem jest sporne: nie tylko to, czy wartości są współmierne czy niewspółmierne, ale także to, po

[22] I. Berlin: *Cztery eseje o wolności*. Poznań, 2000, s. 238.

której stronie sporu leży ciężar dowodu[23]. Ponadto zajęcie stanowiska wobec problemu (nie)współmierności wartości rodzi bardzo poważne konsekwencje dla uformowania przekonań w niesłychanie wielu innych kwestiach. Natężenie emocji w tym sporze jest więc wielkie, udzielają się one szybko, co sprawia, że teza o (nie)współmierności wartości nie jest tylko przedmiotem badania, ale raczej swego rodzaju przedsądem, będącym obiektem obrony lub ataku.

Bardzo ryzykowne jest jednocześnie – moim zdaniem – poszukiwanie jakiejś trzeciej drogi, pośredniej pomiędzy tymi dwoma podejściami. Tego rodzaju próby kompromisu prowadzą często do niekonsekwencji i zwykle obciążone są różnego rodzaju błędami. Ponieważ w dalszej części pracy temat „trzeciej drogi" nie będzie już kontynuowany (z wyjątkiem kilku niewielkich refleksji na temat pluralizmu słabego, znajdujących się w rozdziale pracy poświęconej filozoficznym związkom tezy o niewspółmierności wartości), aby uprzedzić z góry zarzut pominięcia bardzo ważnego dla prawników wątku, pozwolę sobie w tym miejscu na kilka uwag dotyczących powszechnie znanej koncepcji Roberta Alexy'ego, zwłaszcza w tej jej części, która dotyczy ważenia zasad. Czynię to, gdyż – w mojej opinii – ta koncepcja jest przykładem takiego właśnie zgubnego niezdecydowania w rozważanej tu kwestii[24]. Alexy bowiem – jak

---

[23] Czy to zwolennicy tezy o niewspółmierności wartości muszą udowodnić, że wartości są niewspółmierne, czy też przeciwnie, ci, którzy obstają przy współmierności powinni udowodnić, że, w sposób taki czy inny, łatwiejszy lub trudniejszy, wszystko – także tam, gdzie w grę wchodzi wartościowanie – da się oszacować i porównać.

[24] To niezdecydowanie jest prawdopodobnie pochodną niezdecydowania Alexy'ego w innych fundamentalnych kwestiach. A. Grabowski zauważa na przykład, że: „[…] metaetyczne stanowisko Alexy'ego […] w swej istocie polega na przypisywaniu im [normom i innym wypowiedziom praktycznym] cechy (wartości) »praktycznej i proceduralnej słuszności« nieopartej na w pełni obiektywnym poznaniu […]. Jednoznaczność powyższej charakterystyki musi jednak zostać nieco osłabiona, gdyż stanowisko metaetyczne Alexy'ego ulega radykalizacji w momencie aplikacji »formuły Radbrucha«, i co za tym idzie, niepozytywistycznej koncepcji prawa […]. W analizie tej przyjmuje on bowiem *par excellence* kognitywistyczną tezę o posiadaniu poznawczego i obiektywnego charakteru […] przez pewien typ sądów praktycznych, a mianowicie sądów o ekstremalnej niesprawiedliwości poszcze-

się wydaje – z jednej strony chciałby porzucić podejście sylogistyczne do procesu interpretacji i stosowania prawa na rzecz podejścia argumentacyjnego, ale z drugiej strony pragnąłby zbudować kompletną i – najlepiej – sformalizowaną teorię tego procesu. Powoduje to, że formułuje on tezy, które – wszystkie razem – nie są, według mnie, do pogodzenia. Przykłady kilku par takich przeciwnych sobie twierdzeń (mam tu na myśli raczej przeciwieństwo w sensie potocznym niż ściśle w sensie logicznym) mogą być następujące:

1. Z jednej strony Alexy uważa, że rozumowanie prawnicze wprawdzie łagodzi słabość ogólnego praktycznego dyskursu, jakim jest jego niekonkluzywność, ale jednak nigdy całkowicie jej nie eliminuje. Nie istnieje bowiem – także w prawie – żadna procedura, która gwarantowałaby pewność swoich wyników. Wprawdzie można założyć, że gdy dyskurs prawny odbywa się w zgodnie ze swoimi regułami, to jego rezultat może być nazwany „poprawnym”[25], ale nic ponadto. Teoretycznie możliwe jest więc, że rezultatem tego dyskursu będą dwa niezgodne ze sobą, a uzasadnialne rozwiązania tego samego problemu. Z drugiej zaś strony Alexy twierdzi, że nie do przyjęcia jest dla niego sytuacja, w której jeden interpretator konstytucji uznałby za obowiązującą jedną regulację, a inny drugą i zarazem przyznaliby, że każdy z nich ma rację ze swojego punktu widzenia, żaden z nich nie jest w błędzie i nie może być krytykowany, ponieważ nie istnieje wspólny punkt widzenia, w świetle którego można byłoby orzec o jednym ze stanowisk, że jest błędne[26]. Możliwość takiej sytuacji musi być, według Alexy'ego, odrzucona, ponieważ – jak napisał – „[…] ktokolwiek chce podważyć możliwość dokonywania ocen, odwołując się w tym celu do niemożliwości wspólnego punktu widzenia, musi

gólnych norm prawnych”. (A. Grabowski: *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków, 2009, s. 93).

[25] R. Alexy: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford, 1989, s. 291–294.

[26] Być może wytłumaczeniem, choć według mnie nie usprawiedliwieniem, tej dwoistości jest fakt, że, jak zauważa A. Grabowski, Alexy w sposób odmienny traktuje normy konstytucyjne i normy „zwykłe”. Por. A. Grabowski: *op.cit.*, s. 373.

być przygotowany na twierdzenie, że racjonalny dyskurs dotyczący ocen w ramach konstytucyjnej interpretacji jest niemożliwy. Takie twierdzenie musi być odrzucone […]"[27].

2. Z jednej strony, konstruując swoją słynną Formułę Ważenia, Alexy uznał, że nie jest możliwe wyrażenie niezbędnych jej składowych, to znaczy stopni naruszenia konkurujących konstytucyjnych zasad, w postaci przeliczalnych wielkości odzwierciedlonych w kontinuum liczb od 0 do 1. Co więcej, prawdą jest – według niego – że nawet stosowanie trójwartościowej tylko skali do kwalifikacji takich naruszeń (poważny, umiarkowany, lekki stopień naruszenia) może być często trudne, a w pewnych przypadkach – nawet niemożliwe[28]. Z drugiej strony zaś proponuje w rozwinięciu Formuły Ważenia zastosować skalę dziewięcioskładnikową (bardziej szczegółowe skale bez podania konkretnego uzasadnienia uznaje jednak za zbyt trudne do zrozumienia), a w pełnej wersji formuły dopuszcza możliwość zastosowania liczb[29].

3. Alexy uważa zarazem, że zasady są porównywalne ze względu na swoją abstrakcyjną wagę dla konstytucji; można o nich orzec, że jedna jest ważniejsza od drugiej (np. prawo do życia jest ważniejsze od ogólnej zasady wolności działania) albo – że nie różnią się co do wagi[30]. Podobnie ocenia możliwość oszacowania potencjalnego naruszenia jednej zasady przez realizację innej i odwrotnie, także w sytuacji, kiedy zasady te należą do tych dwóch różnych typów: jedna dotyczy dóbr jednostki, a druga dóbr kolektywnych[31]. W tym samym tekście zaś kilka stron wcześniej Alexy twierdzi jednak,

---

[27] R. Alexy: *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. „Ratio Juris", vol. 16, no. 4, Dec. 2003, s. 442.
[28] *Ibidem,* s. 443.
[29] *Ibidem*, s. 444–445.
[30] *Ibidem*, s. 440 i 442.
[31] *Ibidem*, s. 447. Moim zdaniem dokonywanie takich porównań (w omawianym tekście Alexy'ego, na przykład, porównanie stopnia ograniczenia konstytucyjnie chronionej wolności i strat w zdrowiu publicznym) zasługuje na taki sam, przyznajmy – złośliwy, komentarz, na jaki zdobył się kiedyś w nieco innym kontekście J. Raz: „To jest […] tak, jakby powiedzieć, że Myszka Mickey jest większa od Kubusia Puchatka, bo Mickey jest dużą myszą, podczas gdy Puchatek jest małym misiem". Zobacz też: *infra* s. 199.

że po pierwsze – racjonalne sądy dotyczące stopnia naruszenia czy ważności zasad są możliwe co najmniej w pewnych przypadkach (a to – jak mniemam – nie oznacza przecież gwarancji, że we wszystkich), a po drugie, że takie sądy zakładają standardy, których nie sposób znaleźć w formalnych założeniach modelu[32].

4. Z jednej strony Alexy zabezpiecza się przed krytyką, mówiąc, że jego Formuła Ważenia ma charakter całkowicie formalny i że zupełnie abstrahuje od uzasadnienia zawartości jej przesłanek, ale bardzo podkreśla zarazem różnicę pomiędzy nią a także formalną przecież Formułą Subsumpcji; różnicę przejawiającą się w tym, że Formuła Ważenia opiera się na regułach arytmetyki[33], a nie logiki[34]. Nie tłumaczy on jednak, z czego miałaby wynikać ta różnica, jeżeli nie z różnicy w zawartości przesłanek. Jeśli relacje między przesłankami mają być określane poprzez reguły arytmetyki, to oznacza, że przesłanki te muszą mieć wymiar kardynalny[35]. A przecież – z drugiej strony – Alexy zastrzega się, że prawdziwe przesłanki Formuły Ważenia nie są liczbami, ale sądami o stopniach naruszeń, abstrakcyjnej wadze zasad oraz stopniach wiarygodności przesłanek[36].

W powyższej pobieżnej tylko analizie widać, że Alexy nie jest w swej koncepcji całkowicie konsekwentny, a wynika to z chęci zaspokojenia dwóch niemożliwych do pogodzenia ambicji: odejścia od modelu wyłącznie subsumcyjnego w stronę modelu argumentacyjnego oraz odzwierciedlenia rozumowań prawniczych w postaci uniwersalnej, generalnej i sformalizowanej. Pierwszy

---

[32] *Ibidem*, s. 439.

[33] A. Grabowski, przejawiając dużą, moim zdaniem, wyrozumiałość, pisze o nieortodoksyjności łączenia przez Alexy'ego umiarkowanego kognitywizmu z arytmetyką oraz o tym, że propozycja Alexy'ego „budzi także pewne skojarzenia z czysto przecież pozytywistycznymi ideami »mechanicznej jurysprudencji«". (A. Grabowski: *op.cit.*, s. 125).

[34] Tymczasem nawet ekonomista A. Sen uważa, że „refleksyjne wartościowanie wymaga rozumowania odnoszącego się do relatywnej ważności a nie po prostu liczenia". (Por. A. Sen: *The Idea of…*, s. 241).

[35] Pewne wyjaśnienie na czym polega ten problem patrz *infra* na s. 148.

[36] R. Alexy: *On Balancing and Subsumption…*, s. 448.

z celów w sposób naturalny wiąże się z tezą o niewspółmierności wartości. Drugi nie może być w pełni zrealizowany bez założenia współmierności. Wydaje się, że możliwość kompromisu pomiędzy dwoma tego rodzaju podejściami jest wielce wątpliwa[37].

Z wymienionych powyżej powodów w niniejszej pracy zostanie przyjęta tylko jedna perspektywa – ta, która jest bliższa autorce rozprawy. Próba wyjaśnienia tego, z czym wiąże się podejmowanie trudnych decyzji, których przykłady zostały przywołane wcześniej, zostanie podjęta w duchu pierwszej postawy: nie będzie tu więc prób budowania uniwersalnej sformalizowanej teorii, a punktem wyjścia dla wyjaśnienia przedmiotowych problemów będzie teza o niewspółmierności wartości. Głównym zamierzeniem autorki jest bowiem przedstawienie różnych prezentowanych we współczesnej literaturze przedmiotu ujęć tezy o niewspółmierności wartości, różnych strategii i sposobów podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości oraz związanych nimi wizji racjonalności decyzji. W niektórych tylko sytuacjach, tam gdzie argumentacja będzie tego wymagała – a więc w ograniczonym zakresie – przedstawiona zostanie krytyka ze strony zwolenników współmierności, skierowana pod adresem założenia niewspół-

[37] Z podobnymi problemami boryka się także – moim zdaniem – pokrewna wobec poglądów Alexy'ego teoria rozumowania praktycznego A. Peczenika, również odwołująca się do konceptu ważenia rozumianego ilościowo. Na przykład: w jednym miejscu Peczenik stwierdza, że nie wierzy „żeby nawet najlepsze filozoficzne umysły kiedykolwiek zdołały stworzyć rachunek, który dokładnie określa zawartość ważenia" (A. Peczenik: *On Law*…, s. 80), a w drugim posługuje się następującym (podpowiedzianym mu zresztą przez Alexy'ego) kazusem, zinterpretowanym w szokujący (przynajmniej dla mnie) rachunkowy sposób: „Jest złem zabić niewinnego po to, żeby przeszczepić jego organy kilku osobom, których życie zostanie w ten sposób uratowane. Niewinny ma całościowe [*all-things--considered*] prawo do nie bycia zabitym dla potrzeb przeszczepów. Z drugiej strony, jest słuszne zabić niewinnego, aby zapobiec nuklearnemu holocaustowi. Niewinny nie ma żadnego całościowego prawa do tego, aby nie być zabitym dla celu zapobieżenia nuklearnemu holocaustowi. Różnica polega wyłącznie na tym, ile istnień ludzkich zostanie uratowanych przez zabicie jednej niewinnej osoby. To pokazuje, że granica pomiędzy posiadaniem a nieposiadaniem całościowego prawa jest rezultatem ważenia i bilansowania różnych racji". *Ibidem*, s. 91, (podkreślenie – S. W.). Por. krytykę retoryki ważenia za jej zakotwiczenie procesu podejmowania decyzji w racjach ilościowych a nie jakościowych: M. Nussbaum: *An Arystotelian Conception*…, s. 60–61.

mierności wartości oraz oparta na założeniu niewspółmierności krytyka poglądów zakładających współmierność. Jedynym istotnym i obszerniejszym wykroczeniem poza to ograniczenie będzie przedstawiona w ostatnim rozdziale pracy krytyczna analiza założenia o możliwości jedynego słusznego rozstrzygnięcia (w wersji Ronalda Dworkina) z punktu widzenia tezy o niewspółmierności wartości. Wykroczenie to usprawiedliwione jest, jak się zdaje, szczególnym znaczeniem Dworkinowskiej *one right answer thesis* dla filozofii prawa. Ponadto koncepcja Dworkina jest modelowym wręcz przykładem takiej refleksji na temat prawa, której jedna z najbardziej podstawowych tez jest bezpośrednim i niemal wyłącznym rezultatem uprzedniego odrzucenia założenia niewspółmierności wartości.

Podstawowym celem autorki jest także zaprezentowanie znaczenia tezy o niewspółmierności wartości dla dyskursu prawniczego. Cel ten zostanie zrealizowany przy narzuceniu sobie pewnego ograniczenia pola badawczego. Po pierwsze, nie będzie przedmiotem szczegółowej analizy znaczenie wyżej wymienionego założenia dla procesu tworzenia prawa oraz dla procesu interpretowania zasad konstytucyjnych. Takie ograniczenie pola badawczego nie oznacza, że założenie niewspółmierności wartości nie ma zastosowania w wyżej wspomnianych obszarach. Wręcz przeciwnie – autorka jest zdania, że jest ono tam szczególnie istotne, kto wie, czy nawet nie istotniejsze niż w innych związanych z prawem dziedzinach. Ale badanie procesu tworzenia prawa i procesu interpretowania zasad konstytucyjnych z punktu widzenia założenia niewspółmierności samo w sobie jest zadaniem olbrzymim, a do tego – jak się zdaje – zadaniem niewykonalnym bez uprzedniego przygotowania odpowiedniej siatki pojęciowej i zrozumienia powstających na bardziej ogólnym poziomie problemów związanych z niewspółmiernością wartości. Konieczność takiego „przygotowania podłoża" (a po części za takowe przygotowanie może być uznana niniejsza książka) dotyczy zresztą nie tylko samego badacza, ale także potencjalnego odbiorcy jego pracy. Można bowiem z dużą dozą pewności przewidywać, że na obecnym etapie mówienie do

polskiego prawnika (naukowca lub praktyka) o tworzeniu prawa czy zasadach i wartościach konstytucyjnych w języku niewspółmierności nie spotkałoby się raczej – mówiąc bardzo łagodnie – ze zrozumieniem. Stan taki jest prostą konsekwencją nieobecności pojęcia niewspółmierności wartości w aktualnym polskim dyskursie teoretyczno- i filozoficznoprawnym. (O tym zjawisku będzie jeszcze mowa poniżej). Ponadto – zdaniem autorki – dyskurs tworzenia prawa oraz dyskurs konstytucyjny, w szczególności w tych obszarach, na których może ujawnić się zjawisko niewspółmierności wartości, to w istocie dyskurs polityczny, a nie prawny. Również i z tego powodu nie będzie tu w zasadzie badany proces podejmowania decyzji i ich uzasadniania przez sądy konstytucyjne. Wprawdzie trudno działalność sądów konstytucyjnych zakwalifikować jako aktywność czysto polityczną, niemniej jednak – jak się wydaje – tam, gdzie rozstrzygnięcie wykracza poza kwestie natury formalnej czy proceduralnej, w przeważającej większości przypadków stosowana przez te sądy argumentacja przybliża ten proces bardziej do dyskursu politycznego niż prawnego. Należy bowiem zgodzić się z Markiem Smolakiem, że jest to argumentacja z moralności politycznej porządku prawnego. Moralność ta zaś ma zdecydowanie swoisty oraz w pewnym sensie ograniczony i zarazem ograniczający charakter, gdyż – wedle trafnego określenia tego autora – stanowi „zbiór norm moralnych odtworzonych i uznawanych przez sądy konstytucyjne a dotyczących tego, jaki powinien być cel, któremu służyć ma dany porządek prawny w państwie, a w szczególności jak powinna wyglądać relacja jednostka – państwo”[38]. Dlatego w części pracy poświęconej znaczeniu niewspółmierności wartości dla samego dyskursu prawniczego poruszane będą kwestie i problemy związane ze ściśle rozumianym procesem stosowania prawa, a przede wszystkim sądowego stosowania prawa. Problemy powstające

[38] M. Smolak: *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*. Kraków, 2003, s. 10. Por. także *ibidem*, s. 238–244: o wpływie orzecznictwa konstytucyjnego na politykę oraz o swoistym politycznym charakterze działalności orzeczniczej sądów konstytucyjnych.

w procesie tworzenia prawa czy w dyskursie konstytucyjnym pojawią się w tekście tylko sporadycznie, niejako przy okazji omawiania różnych zagadnień związanych przede wszystkim z racjonalnością podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości. Po drugie, ponieważ teza o niewspółmierności wartości może mieć znaczenie dla bardzo wielu kwestii pojawiających się w samym tylko procesie stosowania prawa (a nie sposób przedstawić ich wszystkich), w pracy przeanalizowane zostaną pod interesującym nas kątem tylko niektóre z nich, jak się wydaje – w praktyce najbardziej kontrowersyjne czy też sprawiające największe trudności, a mianowicie: orzekanie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową (krzywdę), sądowy wymiar kary kryminalnej oraz należące do kanonu rozumowań prawniczych wnioskowanie *a fortiori*.

Celem autorki nie jest rozstrzygnięcie sporu o to, czy wartości są niewspółmierne czy nie, ani o to, czy teza o niewspółmierności wartości powinna być przez nas uwzględniana w wyjaśnianiu rozumowania praktycznego, czy też należy ją ignorować. Spór ten bowiem – jak większość sporów filozoficznych – jest nierozstrzygalny. Praca ta ma raczej wypełnić pewną lukę, zwłaszcza pojęciową, jaka – moim zdaniem – występuje we współczesnym polskim (bo już nie zagranicznym – w szczególności amerykańskim czy brytyjskim) dyskursie filozoficzno- i teoretycznoprawnym. W dyskursie tym bowiem, w przeciwieństwie do filozofii nauki, filozofii polityki czy filozofii wartości, pojęcie niewspółmierności jest nieomal nieobecne[39]. Owszem,

[39] Pisano wprawdzie o konflikcie dóbr, ale nie można uznać, że poruszano wówczas ten sam co w niniejszej pracy problem, tylko opatrując go inną nazwą. Przecież konflikt nie musi w każdym przypadku być związany z niewspółmiernością, nawet jeżeli założenie o niewspółmierności się akceptuje. (Konflikt dóbr, będący szczególnie trudnym do rozstrzygnięcia przypadkiem, może na przykład zachodzić pomiędzy dobrami współmiernymi, ale równorzędnymi). Można też zauważać konflikt dóbr czy wartości, nie zakładając wcale ich niewspółmierności. I tak na przykład T. Gizbert-Studnicki, analizując konflikt dóbr, przyjął, że dla celów rozstrzygnięcia takiego konfliktu ustala się *in abstracto* relacje hierarchiczne zachodzące pomiędzy uwzględnianymi dobrami oraz *in concreto* wagę poszczególnych dóbr. Nie kwestionuje przy tym możliwości dokonania takiej operacji nawet dla pewnych przypadków (nie przyjmuje więc założenia

pojawia się, ale sporadycznie; raczej w jego potocznym, czysto retorycznym, a w każdym razie – mało refleksyjnym, niepogłębionym ujęciu. W najlepszym zaś razie rozpoznawalne jest wyłącznie jako składnik jednego tylko projektu – normatywnej koncepcji z zakresu przede wszystkim filozofii polityki (a więc o ograniczonym tylko związku z filozofią prawa), jaką jest Berlinowski i poberlinowski pluralizm etyczny. Jest to milczenie dość zadziwiające, ponieważ na świecie także prawnicza dyskusja na temat niewspółmierności toczy się już od z górą 25 lat i nie widać oznak jej zakończenia. Jest to również milczenie o tyle zaskakujące, że od kilku lat w Polsce dużym zainteresowaniem cieszy się badanie prawa na płaszczyźnie ekonomicznej, ten zaś sposób patrzenia na prawo, jako pozostający (przynajmniej w pewnej swojej, ale za to klasycznej wersji) w oczywistym konflikcie z założeniem niewspółmierności, powinien prowokować co najmniej polemiczne odniesienia do tej kwestii. Należy wspomnieć, że dla prawników, dla których sfera aksjologii jest przecież zasadnicza, pojęcie niewspółmierności wartości wydaje się być niezbędne, jeśli nie jako przedmiot krytyki, to przede wszystkim jako użyteczne narzędzie opisu wielu problemów, z którymi się borykają, a także jako element wiążący dziedzinę – którą się zajmują – z innymi dziedzinami życia społecznego. Bo skoro pojęcie niewspółmierności, a także spór o niewspółmierność wartości, są dość istotne w życiu politycznym, moralnym, intelektualnym, a nawet przenoszą się na grunt języka i dyskusji codzienności, to trudno sobie wyobrazić, dlaczego dyskusja ta w Polsce nie ma swojego przełożenia na jeden z wielu przecież, ale będący istotnym uzupełnieniem innych, normatywny system społeczny, jakim jest prawo oraz na uprawianie refleksji na jego

---

o niewspółmierności), chociaż, trzeba to przyznać, zauważa trudności z tą operacją związane, także i to, że wiele z dóbr nie podlega kwantyfikacji. Stwierdza, że „[…] problematyczna staje się możliwość racjonalnego uzasadnienia decyzji rozstrzygających konflikty dóbr prawnych. W szczególności wydaje się że bazy dla racjonalności tych decyzji nie można szukać w dziedzinie teorii decyzji […]". (T. Gizbert-Studnicki: *Konflikt dóbr i kolizja norm.* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", z.1, 1989,s. 12).

temat[40]. Być może jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest od lat dominujące każdą refleksję w polskim prawoznawstwie założenie, a czasem nawet przekonanie (przebijające się zresztą do praktyki prawniczej także w pewnych zniekształconych, bo zapoznających w ogóle idealizacyjny charakter całej koncepcji formach[41]), że oceny prawodawcy tworzą system niemal doskonały, a jego preferencje mają charakter asymetryczny i przechodni. Założenie takie z gruntu wyklucza przecież możliwość jakiejkolwiek niewspółmierności, skazując przeto cały problem z góry na banicję. Założenie to, jakkolwiek ograniczone do prawodawcy, ze względu na mocno pozytywistycznego ducha panującego wśród polskich prawników, przenosi się też na przekonanie, że także oceny organów stosujących prawo muszą mieć systemowy charakter[42].

---

[40] Zaprezentowana tu refleksja wydaje się być zbieżna z uwagami J. Leszczyńskiego, który – z jednej strony – również zauważył szerszą obecność ekonomicznej analizy prawa w ramach aktualnej polskiej teorii prawa, a z drugiej strony – z dezaprobatą skonstatował, że „[t]eoria prawa ujawniająca obawy o zachowanie prawniczego punktu widzenia jest […] skłonna integrować się [tylko] z wybranymi kierunkami reprezentowanymi w naukach społecznych". Powodem zaś jego dezaprobaty jest „nieuchronne przy takim podejściu pogłębienie wyobcowania kultury prawnej, jakie jest już widoczne". J. Leszczyński: *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków, 2010, s. 48–51.

[41] Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1992 r., sygn. akt K 3/91 (cyt. za: L. Morawski: *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*. Toruń, 2002, s. 233); „U podstaw każdej wykładni przepisu prawnego tkwić winno założenie racjonalności ustawodawcy. Interpretator natomiast powinien dążyć do takiego tłumaczenia norm, które by tworzyły spójny z prakseologicznego punktu widzenia system. […] [W przeciwnym przypadku] trzeba byłoby domniemywać niezgodną z aksjologią ustrojową intencję ustawodawcy"(podkreślenie – S. W.). Por. też *infra* przyp. 779.

[42] Por. M. Kordela: *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Bydgoszcz, Poznań, 2001, s. 37; „Wobec faktu występowania w systemie aksjologicznym prawodawcy wartości konfliktowych powstaje pytanie, czy przynależność do systemu wartości, które nie mogą być jednocześnie realizowane w maksymalnym stopniu, jakkolwiek są równie silnie żywione przez prawodawcę, powoduje, że nazwanie tego zbioru ocen systemem jest bezpodstawne. Odpowiadając przecząco, można wskazać, iż wszystkie wymagane cechy formalne systemu zostają zachowane na etapie decydującym dla potrzeb nauk praktycznych – w tym i prawoznawstwa – którym to etapem jest zastosowanie elementów systemu do podejmowania decyzji, np. decyzji prawodawczych, interpretacyjnych czy też orzeczniczych. W tym momencie bowiem następuje sięgnięcie do tzw. struktur aksjologicznych, tworzonych na podstawie określonej – wybranej z wielu rożnych – relacji preferencji" (podkreślenie – S. W.).

Założenie niewspółmierności wartości, jeżeli w ogóle zauważane, traktuje się więc w głównym nurcie polskiego prawoznawstwa jako specyficzne wyłącznie dla wartości moralnych, a niemające żadnego zastosowania wobec szeroko pojmowanych wartości prawnych i jako takie dla prawników nieinteresujące.

Z uwagi więc na to długoletnie milczenie i brak w związku z tym polskiej prawniczej literatury na temat niewspółmierności wartości, w pracy tej (w jej części pierwszej) przede wszystkim zostanie wyjaśnione, czym jest niewspółmierność wartości i jak należy ją rozumieć. Ponadto: jakie inne, choć podobne pojęcia od niewspółmierności można i należy odróżnić, czego dotyczy spór o niewspółmierność wartości oraz jakie są skutki zaakceptowania założenia niewspółmierności wartości w szczególności dla sposobu podejmowania decyzji. Osobno omówiony zostanie szczególny rodzaj niewspółmierności, jakim jest niewspółmierność konstytutywna, za czym przemawia nie tylko jej specyfika, ale także szczególne znaczenie dla prawa. W części drugiej, dotyczącej już ściśle prawa, wykazane zostanie, że prawnicy, choć pozornie często dokonują porównania tego, co wydawałoby się w świetle omawianego założenia nieporównywalne, tak naprawdę stosują swoiste, nie gwałcące wcale przekonania o niewspółmierności wartości, a zarazem racjonalne rozumowania i strategie podejmowania decyzji. Konsekwencją takiego wniosku będzie także konieczność zbadania i zakwestionowania tezy (tu w wersji Ronalda Dworkina), że dzięki przyjętym na gruncie prawa koncepcjom oraz stosowanym przez prawników narzędziom, we właściwym dla siebie kształcie jakoby opartym na założeniu współmierności, zawsze możliwe jest podjęcie w procesie stosowania prawa słusznej decyzji, dla której nie ma żadnej alternatywy, a więc jedynej słusznej decyzji.

Na koniec tego długiego wstępu niezbędna wydaje się pewna uwaga o charakterze w gruncie rzeczy technicznym. Praca odwołuje się do szczegółowo relacjonowanych poglądów wielu autorów. Obfituje też w długie niekiedy przypisy, wskazujące wykorzystaną oraz pominiętą ale interesującą literaturę, doprecy-

zowujące pewne myśli czy wyjaśniające niektóre potencjalnie sporne kwestie (taka konstrukcja przypisów pozwala zresztą mniej zaangażowanemu czytelnikowi na ich pominięcie). Może to stwarzać pewne trudności odbiorcy tekstu. Zważyć jednak trzeba, że materia, z którą mierzy się autorka jest – jak dotąd – w polskiej literaturze prawniczej nieopracowana, a także bardzo słabo znana, co sprawia, że szczegółowsza relacja ze stanu dyskusji nadaje pracy znaczący walor informacyjny. Co więcej, także w literaturze zagranicznej brakuje powszechnie przyjętych i standardowo używanych terminów, typologii, klasyfikacji czy schematów, które łączyłyby wszystkich tych, którzy piszą i dyskutują o niewspółmierności wartości. Niemal każdy z autorów, który ma w tej sprawie coś interesującego i oryginalnego do powiedzenia, posługuje się własną, często bardzo specyficzną terminologią, tworzy własne podziały i konstruuje nowe, bardzo różniące się od innych, argumenty. Ponadto styl wypowiedzi (również ze względu na bardzo szerokie spektrum dyskutantów – od filozofów zajmujących się najróżniejszymi dziedzinami, poprzez ekonomistów, socjologów, psychologów, kognitywistów, aż do prawników) także bardzo się między sobą różni. Autorka wprowadziła wprawdzie w ten ogrom materii pewien – jak się zdaje – niemały porządek, co znajduje odzwierciedlenie choćby w strukturze książki, ale nie mogła dokonać głębszej syntezy, ponieważ stworzyłaby wówczas całkowicie własną koncepcję niewspółmierności wartości. To zaś zadanie, jakkolwiek kuszące, uznała za mniej wartościowe na tym etapie pracy. Po pierwsze, nadmierna synteza i uporządkowanie stałyby w gruncie rzeczy w sprzeczności z badaną materią – byłaby to bowiem próba uteoretyzowania tego, co ze swego założenia ma być i jest antyteoretyczne. Po drugie, taki zabieg wymagałby sztucznego wyeliminowania występujących pośród autorów różnic, w sytuacji, gdy każda różnica może być znacząca. Po trzecie, prezentowanie własnej koncepcji niewspółmierności wartości wtedy, kiedy „w obiegu" polskiego dyskursu prawniczego nie funkcjonują stanowiska autorytetów i klasyków tej dziedziny, miałoby bardzo ograniczoną przydatność, choćby z powodu braku możliwości skonfrontowa-

nia przez czytelnika nowej koncepcji z innymi. Po czwarte, konstruowanie nowej koncepcji niewspółmierności wartości czynione z wyłącznie prawniczego punktu widzenia (autorka jest przecież przede wszystkim prawnikiem) prawdopodobnie okazałoby się chybione, ponieważ problem niewspółmierności wartości nie dotyczy tylko prawa, choć oczywiście ma dla prawa olbrzymie znaczenie. Niemniej jednak – trzeba to podkreślić – tak szeroko zakrojona prezentacja stanu dyskusji w kwestii niewspółmierności wartości i w dużej części deskryptywny charakter tekstu nie przeszkodziły autorce w krytycznym odniesieniu się do prezentowanych koncepcji, a także w przedstawieniu własnego stanowiska w tych obszarach, które choć szczególnie interesujące dla prawoznawstwa, są dotychczas słabo opracowane, tj. w sferze implikacji założenia niewspółmierności wartości dla stosowania prawa.

Część pierwsza

1. USTALENIA POJĘCIOWE

Na początek niezbędne są pewne ustalenia terminologiczne. Kolejno należy wyjaśnić, czym jest niewspółmierność, będąca składnikiem pojęcia niewspółmierności wartości, czego niewspółmierność taka może dotyczyć (a więc co oznacza owa „wartość" w „niewspółmierności wartości"); w jakich obszarach refleksji pojęcie to może się pojawić; z jakimi filozoficznymi założeniami czy kierunkami założenie niewspółmierności wartości jest związane oraz na podstawie jakich założeń czy też przez które kierunki założenie to jest kwestionowane. Dla uzupełnienia trzeba także zbadać, jakie wskazuje się źródła niewspółmierności wartości i jakie wyróżnia się jej rodzaje.

Można by wprawdzie przyjąć inny porządek rozważań i zacząć na przykład od tego, jakie zakłada się dla pojęcia niewspółmierności wartości rozumienie wartości, a dopiero później wyjaśnić, w jaki sposób takie wartości mogą być niewspółmierne. Ale – choć oczywiście nie każdy musi się z tym zgodzić – według mnie kolejność taka mniej sprzyja klarowności

wywodu. Po pierwsze dlatego, że tym, co przede wszystkim wymaga wyjaśnienia, jest raczej sama niewspółmierność (tym bardziej, że na początek wystarczy czysto konwencjonalne albo intuicyjne rozumienie pojęcia wartości). Po drugie dlatego, że to przede wszystkim ogólnie pojęta niewspółmierność, a mniej pojęcie wartości, determinuje znaczenie niewspółmierności wartości[43]. Nie jest więc przypadkiem, że rozdziały 1.1 (i jego składowe) oraz 1.2 w tytułach i treści odwołują się tylko do niewspółmierności, a pozostałe już do niewspółmierności wartości.

Można by także zacząć prowadzone tu rozważania od ukazania filozoficznych stanowisk i kierunków, dla których założenie niewspółmierności wartości jest właściwe. Ale – jak się zdaje – taka kolejność miałaby swoje uzasadnienie tylko wówczas, gdyby te stanowiska czy kierunki dało się jednoznacznie określić jako źródła niewspółmierności wartości oraz gdyby udało się wskazać jakiś jeden kierunek czy grupę powiązanych ze sobą kierunków, którym jednoznacznie można byłoby przypisać założenie niewspółmierności wartości. Tymczasem założenie niewspółmierności wartości bywa składnikiem bardzo różnych poglądów i kierunków filozoficznych i żadnego z nich nie można uznać za całkowicie odpowiedzialny za wprowadzenie (i promowanie) tego problemu do toczącego się dyskursu. Dlatego zresztą autorka uznała, że w tytule tego fragmentu książki, który tę kwestię omawia, wyrażenie „filozoficzne konotacje" będzie bardziej adekwatne niż „filozoficzne źródła".

[43] Inaczej byłoby na przykład w przypadku pojęcia „miłość małżeńska". Tu moim zdaniem należałoby w pierwszej kolejności wyjaśnić, jak dla potrzeb tego pojęcia rozumie się małżeństwo, a później dopiero czym jest takowa miłość. Po pierwsze małżeństwo może być rozumiane na wiele różnych sposobów, które niekoniecznie są uniwersalne, a po drugie rozumienie miłości małżeńskiej bardziej zależy od przyjęcia któregoś z pojęć małżeństwa niż od uściślenia pojęcia miłości. W przypadku niewspółmierności wartości zależność ta zachodzi raczej w odwrotnym kierunku.

1.1. Sposoby rozumienia niewspółmierności

Porządek wymagałby, aby najpierw osobno przedstawić określenia samej niewspółmierności jako takiej, sformułowane dla dowolnych elementów, a dopiero później – definicje niewspółmierności właściwe już dla samej niewspółmierności wartości. Zadanie takie byłoby chyba jednak zbyt trudne i, jak można sądzić, – mało owocne. Po pierwsze, nie sposób często wyodrębnić samego rozumienia niewspółmierności w ogóle, abstrahując od elementów, które mają być niewspółmierne, a po drugie, wymagałoby to sztucznego preparowania poglądów tych autorów, którzy niewspółmiernością wartości się zajmowali i oddzielania w ich stanowiskach tego, co myślą o niewspółmierności w ogóle, od tego, co pisali na temat niewspółmierności wartości (taki zabieg wiązałby się także z koniecznością czynienia pewnych powtórzeń). Dlatego, choć częściowo kolejność taka (niewspółmierność w ogóle – niewspółmierność właściwa dla wartości) zostanie zachowana, w pewnych momentach prezentowanej tu relacji z zastanych znaczeń, oba te podejścia będą się przeplatać.

1.1.1. Niewspółmierność jako prosta nieporównywalność

Można rozumieć niewspółmierność po prostu jako nieporównywalność. Oznacza ona wówczas, że pewne elementy nie mogą być ze sobą porównane[44].

W tym miejscu nieodzowne jest doprecyzowanie, co oznacza „porównane", a dokładnie, co oznacza „porównanie".

Według *Słownika języka polskiego PWN* pod reakcją Mirosława Szymczaka „porównanie" to rzeczownik od „porównać". „Porównać – porównywać" to 'zestawić ze sobą jakieś osoby lub rzeczy, znaleźć ich cechy wspólne i cechy różniące, przyrównać'. „Porównanie" w teorii literatury to także 'figura stylistyczna składająca się z dwu członów połączonych wyrazami porównującymi (np. *jak, jakby, niby, podobnie, niż, na kształt*), mająca na

[44] Por. R. Chang: *Introduction*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), 1997, s. 1.

celu wskazanie na podobieństwo pewnych zjawisk lub przedmiotów'[45].

Według *Sztuki argumentacji. Słownika terminologicznego* Krzysztofa Szymanka także można wyróżnić dwa rozumienia terminu „porównanie". Można słowo to rozumieć jako „[…] zestawienie dwóch rzeczy (osób, zjawisk itp.) w celu ukazania ich podobieństwa pod pewnym istotnym względem. Człony takiego zestawienia łączone są często za pomocą wyrażeń *jest takie jak, jest jakby, jest niby* itp." Jak się wydaje, znaczenie to odpowiada strukturze i funkcji porównania stosowanego w teorii literatury, wyróżnionego w *Słowniku PWN*. Ale można też termin „porównanie" rozumieć jako „[…] zestawienie dwóch lub większej liczby rzeczy (osób, zjawisk itp.) w celu ich scharakteryzowania poprzez ukazanie rozmaitych relacji między nimi – różnic, podobieństw, wzajemnych odniesień i powiązań, wielkości istotnych parametrów, itp. Zestawienie takie służy celom podobnym, co porównanie w znaczeniu 1., może służyć ocenie (np. lepsze – gorsze), wydobywać i ujawniać istotne informacje o zestawianych rzeczach; często uwypuklenie różnic prowadzi do ostrzejszego zarysowania ocen bądź podważenia ocen wcześniejszych wynikających z rzekomego podobieństwa zjawisk"[46].

Jak z powyższego zestawienia definicji wynika, „porównanie" można rozumieć albo jako figurę stylistyczną czy też retoryczną, albo jako zabieg zestawienia pewnych elementów, służący ustaleniu łączących te elementy relacji. Jak się wydaje, kiedy mówimy o niewspółmierności chodzi raczej o brak możności porównania w tym drugim z wymienionych tu znaczeń, a więc o brak możności zestawienia pewnych elementów w taki sposób, który prowadziłby do ustalenia pewnych łączących te elementy relacji. O jakie jednak relacje tu chodzi? Jeśli zestawienie ma służyć przede wszystkim ustaleniu różnic i podobieństw, a zwłaszcza jeżeli ma służyć ocenie w kategoriach lepsze – gorsze (w szerokim tego słowa znaczeniu), to można powiedzieć, że porównanie takie ma na celu ustalenie relacji porządkującej pomiędzy porównywa-

[45] *Słownik języka polskiego PWN*. Red.: M. Szymczak. T. 2, Warszawa, 1999, s. 792.
[46] K. Szymanek: *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*. Warszawa, 2004, s. 239.

nymi elementami, ewentualnie tylko relacji równościowej. Relacja porządkująca to „relacja, która charakteryzuje się tym, że w określonym zbiorze pozwala na ustawienie elementów należących do tego zbioru w szereg, w którym każdemu z nich (lub tylko niektórym) zostaje wyznaczone właściwe miejsce”[47]. Przy czym porównanie może doprowadzić do ustalenia relacji porządkującej w jednej z dwóch odmian: relacji mocno porządkującej (liniowo porządkującej) albo relacji słabo porządkującej (częściowo porządkującej)[48]. „Cechami relacji mocno porządkującej są asymetryczność, przechodniość oraz spójność, przykładem może być relacja »bycia wyższym« w zbiorze osób o niejednakowym wzroście; cechami relacji słabo porządkującej są asymetryczność i przechodniość; nie posiada ona jednak cechy spójności; relacją tego typu jest relacja »bycia wyższym« w zbiorze osób, w którym znajdują się również osoby równe wzrostem”[49]. Natomiast relacja równościowa, która może zostać ustalona w wyniku porównania danych elementów, to „relacja, którą w danym zbiorze elementów cechuje symetryczność, zwrotność oraz przechodniość”[50].

Warto też zauważyć, że o porównaniu można mówić w sensie pragmatycznym albo w sensie apragmatycznym. W sensie pragmatycznym porównanie będzie oznaczało samą czynność zestawienia porównywanych elementów. W sensie apragmatycznym porównanie może oznaczać wynik tego zestawienia. Wynikiem takiego zestawienia, jeśli nastąpiłoby ono poprzez pomiar jakiejś cechy przysługującej danym elementom, mogłoby być uporządkowanie tych elementów wedle pewnej skali[51]. Ponieważ, jak pisze Tadeusz Pawłowski, „mierzalność jest cechą podlegającą stopniowaniu […] [i] można ułożyć skale w pewnym porządku, zaczynając od skali najsłabszej, a kończąc

---

[47] S. Lewandowski, A. Malinowski, J. Petzel: *Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*. Warszawa, 2004 s. 184.

[48] Przy założeniu oczywiście, że elementy danego zbioru niebędące członami danej relacji są równe z punktu widzenia cechy konstytutywnej dla tej relacji.

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*, s. 184–185.

[51] Por. koncepcja wyrażenia problemu niewspółmierności w języku teorii pomiaru w: M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen w języku prawnym*. Łódź, 1984, s. 148–150.

na najmocniejszej”[52], teoretycznie mogłyby to być więc na przykład odpowiednio skale: nominalna[53], porządkowa[54], interwałowa (przedziałowa)[55] lub ilorazowa (stosunkowa)[56].

W tym miejscu należy jednak z góry zaznaczyć, że takie ujęcie porównania, choć można nazwać je klasycznym, nie jest jedynym możliwym. Większość ludzi, nie tylko w życiu codziennym, ale i w badaniu naukowym akceptuje, nawet całkowicie nieświadomie, tzw. Tezę Trychotomiczną. Zgodnie z tą tezą, wynikiem czynności porównania, jej definicyjnie koniecznym składnikiem, jest ustalenie, że porównywane elementy wiąże jedna z trzech relacji: bycia lepszym, bycia gorszym albo bycia równym pod względem przyjętego kryterium. Jak pisze Ruth Chang, „zgodnie z tą tezą, jeśli jeden element nie jest ani lepszy ani gorszy niż drugi i elementy te nie są równie dobre, nic

---

[52] T. Pawłowski: *Pojęcia i metody współczesnej humanistyki*. Wrocław, 1977, s. 86.

[53] W pracy S. Lewandowskiego, A. Malinowskiego, J. Petzela: *op.cit.*, na stronie 193 czytamy: „Skala nominalna sprowadza się do przeprowadzenia podziału jednostek zbiorowości ze względu na mierzoną cechę i następnie na przypisaniu wszystkim jednostkom włączonym do jednego członu podziału takiej samej liczby, jako miary badanej cechy. Zachowana zostaje przy tym zasada, że jednostkom równym ze względu na badaną cechę przypisujemy równe liczby, a różnym ze względu na badaną cechę przypisujemy różne liczby, co oznacza, że pomiędzy wynikami pomiaru zostaje zachowana relacja »równy – różny« zachodząca pod względem badanej cechy u jednostek badanej zbiorowości”. T. Pawłowski jako przykład podaje tu numery rejestracyjne pojazdów lub numery sportowców biorących udział w jakichś zawodach. (T. Pawłowski: *op.cit.*, s. 86).

[54] S. Lewandowski, A. Malinowski, J. Petzel: *op.cit.*, s. 193: „Skalę porządkową otrzymujemy w wyniku przypisania określonym jednostkom zbiorowości określonych rang ze względu na posiadaną przez nie mierzoną cechę w ten sposób, aby zachowana została pomiędzy wynikami pomiaru relacja »większy – mniejszy« zachodząca pod względem badanej cechy pomiędzy jednostkami badanej zbiorowości”.

[55] *Ibidem*: „Skala przedziałowa polega na przyjęciu dla celów pomiaru określonych jednostek pozwalających na określenie dystansu pomiędzy elementami zbiorowości pod względem mierzonej cechy. Pomiar nie ma jednak określonego bezwzględnego punktu zerowego, stąd na wynikach tego pomiaru można wykonywać dodawanie i odejmowanie, nie można jednak wyników pomiaru poddawać mnożeniu i dzieleniu”.

[56] *Ibidem*, s. 194: „Skala stosunkowa posiada wszystkie własności […] skal [nominalnej, porządkowej i interwałowej], a ponadto dysponuje określeniem bezwzględnej (tzn. nieumownej) wartości zera dla mierzonej cechy. Wyniki pomiaru ze skali stosunkowej mogą podlegać operacjom algebraicznym, w tym mnożeniu i dzieleniu”.

twierdzącego nie da się powiedzieć o tym, jaka relacja pomiędzy nimi zachodzi: są one nieporównywalne"[57]. Są jednak i tacy, którzy uważają, że Teza Trychotomiczna jest fałszywa i że wskutek porównania można ustalić także inne relacje niż relacja bycia lepszym, bycia gorszym czy bycia równym. Na przykład wspomniana Chang uważa, że porównanie może doprowadzić do ustalenia relacji „bycia na równi" (*on a par*) nieredukowalnej do powyższych trzech. Relacja „bycia na równi" może być zdefiniowana jako relacja „bycia co najmniej tak dobrym jak" lub „bycia nie gorszym i nie nieporównywalnym"[58]. James Griffin natomiast jest zdania, że niektóre wartości, a właściwie formy życia – te, co do których nie da się powiedzieć, że jedna z nich jest lepsza niż druga albo że obie są równe – mogą być równe w przybliżeniu. Przybliżona równość (*rough equality*), choć powoduje pewne trudności w procesach decyzyjnych, ponieważ decyzje dokonywane w sytuacji przybliżonej równości są brzemienne w skutki (które wszak nie są nam obojętne i wymagają wiele namysłu), nie oznacza nieporównywalności. Wskazanie tej relacji dokonuje się bowiem wskutek przeprowadzenia porównania[59]. Powyższe propozycje jednakże, choć zauważone w literaturze, nie znalazły szerszej akceptacji. Być może jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest fakt, że kłócą się one nieco z powszechnymi intuicjami i w jakimś stopniu także z zastaną rzeczywistością językową. Zgodnie z powszechną – jak mi się wydaje – intuicją, przybliżona równość zawsze będzie tylko pewną niedoskonałą, ułomną wersją pełnej równości. Zaś relacja *on a par* nie funkcjonuje w ludzkiej świadomości jako odrębna relacja, czego dowodem jest choćby to, że w niektórych językach, na przykład właśnie w języku polskim, nie ma swojej odrębnej nazwy[60].

---

[57] R. Chang: *Making Comparisons Count*. New York, Routledge, 2002 s. 2.
[58] *Ibidem*, s. 2 oraz 141–149.
[59] J. Griffin: *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*. Oxford, 1986, s. 80–81, oraz J. Griffin: *Incommensurability: What's the Problem?* [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 38–39.
[60] *On a par* trudno jest w związku z tym zgrabnie przetłumaczyć. Polska etykieta, którą nadałam tej relacji – „bycia na równi" – wydaje mi się bardzo nieudana, ale nie wymyśliłam lepszej.

1.1.2. Niewspółmierność jako brak wspólnej miary

Powróćmy jednak do sposobów pojmowania niewspółmierności. Przez niewspółmierność można też rozumieć bardziej szczególną niż prosta nieporównywalność sytuację; taką, w której pewne elementy nie mogą być precyzyjnie wymierzone przy posłużeniu się wobec nich tą samą jednostką. Brak wspólnej jednostki uniemożliwia wówczas zestawienie takich elementów i orzeczenie o pewnych zachodzących pomiędzy nimi relacjach. Jak pisze Ruth Chang, często zakłada się, że niewspółmierność – jako brak wspólnej miary – pociąga za sobą nieporównywalność: „jeśli nie ma żadnej wspólnej jednostki […], w kategoriach której oba elementy mogą być zmierzone, są one nieporównywalne”[61]. Chodzi – jak się wydaje – o to, że brak wspólnej jednostki nie pozwala na uporządkowanie porównywanych elementów nie tylko wedle skali interwałowej (przedziałowej) czy wedle skali ilorazowej (stosunkowej), ale pociąga za sobą niemożliwość jakiegokolwiek uporządkowania. Zgodnie z tym ujęciem uporządkowanie elementów według skali nominalnej lub porządkowej nie tyle nawet jest niewystarczające (aby mówić o współmierności tych elementów), co raczej nie jest możliwe. W tym miejscu należałoby zaznaczyć, że w sferze aksjologicznej takie rozumienie współmierności i niewspółmierności jest trudne do zaakceptowania, wymusza bowiem albo przyjęcie założenia o totalnej niewspółmierności wartości, albo usilne poszukiwanie wspólnej dla pomiaru różnych wartości jednostki. To ujęcie niewspółmierności – moim zdaniem i zdaniem wielu innych badaczy tego zagadnienia – jest przyczyną wielu nieporozumień, a także prowadzi do tworzenia różnego rodzaju teorii bardzo wyrafinowanych, ale przecież sprzecznych z powszechnymi intuicjami lub mało przydatnych praktycznie. Klemens Szaniawski zastanawia się na przykład nad przyczynami, dla których teoria decyzji (na etapie, na którym znajdowała się w latach 60. XX w., bo z tego okresu pochodzi jego opinia) nie może znaleźć odpowiedniego zastosowania w etyce, choć przecież

[61] R. Chang: *Introduction…*, s. 1.

„nie sposób odmówić tej teorii pewnej wartości kształcącej”[62]. Jego zdaniem, podstawowym problemem jest przyjęte przez teorię decyzji założenie, że problem wartościowania skutków podejmowanych działań został pomyślnie rozstrzygnięty. Tymczasem założenie to jest wątpliwe w odniesieniu do wartościowań moralnych z co najmniej kilku powodów. Po pierwsze, kłopot sprawia reprezentowanie wartościowań przez liczby, a to z tej przyczyny, że „[…] przyporządkowywanie liczb wartościowanym przedmiotom […] jest w znacznych granicach dowolne […] Dowolny jest zatem wybór jednostki i początku układu. Wynika stąd, że nie wszystkie relacje między tymi liczbami reprezentują związki między odpowiednimi wartościowaniami […] Po drugie: sens reprezentowania wartościowań przez liczby jest behawiorystyczny, odwołuje się mianowicie do decyzji danego osobnika w szczególnego typu sytuacjach”[63]. A dokonanie pomiaru preferencji w odniesieniu do prostych nawet sytuacji jest bardzo trudne, a może nawet niemożliwe do przeprowadzenia. Po trzecie, i to jest argument szczególnie ważki, odzwierciedlenie wartościowań za pomocą pojedynczych liczb (jednowymiarowe porównanie konsekwencji etycznych działań co do ich wartości etycznej) stoi w sprzeczności z faktem, że większość takich wartościowań ma charakter wielowymiarowy, tzn. odbywa się przez odniesienie do wielu norm i różnych wartości przyjmowanych przez podmiot podejmujący decyzję. Aby więc teoria decyzji mogła być praktycznie stosowana do rozstrzygania problemów etycznych musiałaby, według Szaniawskiego, znaleźć takie rozwiązania, „które nie wymagałyby utopijnego poszukiwania wspólnego miernika dla wartości różnego typu”[64]. Myślę, że o coś bardzo podobnego do wątpliwości Szaniawskiego chodziło także Jerzemu Kmicie wtedy, gdy komentował teorię decyzji Richarda C. Jeffreya[65], „[…] zgodnie z którą potencjalnym stanom rzeczy (celom, wartościom

[62] K. Szaniawski: *Teoria decyzji a etyka*. [w:] idem: *O nauce, rozumowaniu i wartościach. Pisma wybrane*. Warszawa, 1994, s. 481.
[63] *Ibidem*, s. 479.
[64] *Ibidem*, s. 480.
[65] R. Jeffrey: *The Logic of Decision*. Chicago, 1990.

ukierunkowującym działania) – jeśli tylko są uporządkowane (aksjologicznie zhierarchizowane) – można przypisać tak zwane użyteczności. Dają się one obliczyć za pomocą miar liczbowych wyskalowanych wedle wspomnianego uporządkowania oraz prawdopodobieństwa występowania potencjalnych stanów rzeczy […]"[66]. Kmita (jak się wydaje z pewną dozą humoru i ironii) napisał swego czasu, odpowiadając na zadane przez kogoś kiedyś pytanie: „Czy przy każdej interpretacji humanistycznej należy obliczać »te wszystkie użyteczności i prawdopodobieństwa«? Odpowiadam z powagą: Nie. Trzeba tylko wiedzieć, że istnieje *The Logic of Decision* Jeffreya. Liczni matematycy uciszają swój specyficzny niepokój, kiedy dowiadują się o istnieniu dzieła *Principia Mathematica* Russella i Whiteheada"[67].

Jako brak wspólnej miary (brak wspólnej jednostki pomiaru) rozumie także niewspółmierność Cass Sunstein. Jego stanowisko różni się jednak znacznie od opisywanego powyżej, ponieważ – według tego autora – niewspółmierność nie pociąga za sobą nieporównywalności[68], co ma, jego zdaniem, pewne ważne, szczególnie dla prawa, konsekwencje. Według Sunsteina, z niewspółmiernością mamy do czynienia wówczas „kiedy istotne dobra nie mogą być uporządkowane według jednolitej miary bez pogwałcenia naszych przemyślanych sądów na temat tego, jak te

---

[66] J. Kmita: *Rehabilitacja „racjonalności instrumentalnej"*. [w:] *Rozum jest wolny, wolność – rozumna*. Red.: R. Marszałek, E. Nowak-Juchacz, Warszawa, 2002, s. 366.

[67] *Ibidem*, s. 367, przyp. 6.

[68] Podobnie w gruncie rzeczy uważa J. Raz: „Ściśle mówiąc, oczywiście niewspółmierność nie implikuje nieporównywalności. Rzeczy, których wartości nie mają wspólnej miary, mogą być porównywalne na różne sposoby: Z dwóch obrazów, których wartość jest niewspółmierna, jeden może być bardziej kolorowy niż drugi, albo starszy etc. Poza tym, najpopularniejsze użycie słowa »nieporównywalny« ma wskazywać olbrzymią wyższość jednej z rzeczy, to znaczy zakłada ich współmierność. »Jak możesz porównywać« ktoś może powiedzieć »Mozarta i Salieriego? Oczywiście Mozart jest nieporównanie lepszym kompozytorem«. Rzeczywiście jest. Więc niewspółmierność nie powinna być mylona z nieporównywalnością". Co nie przeszkadzało mu wcześniej napisać: „[…] jeśli będę musiał złagodzić monotonię będę także używał słowa »nieporównywalny« jako oznaczający niewspółmierny". Por. J. Raz: *Incommensurability and Agency*. [w:] *Incommensurability, Incomparability*…, s. 273.

dobra najlepiej scharakteryzować"[69]. Przy czym jednolitą miarę rozumie on zupełnie dosłownie, za najlepszy jej przykład uznając pieniądz (dolar), czy jednostki pomiaru długości lub ciężaru. W jego rozumieniu tego rodzaju miarą nie są różnego rodzaju standardy, takie jak doskonałość czy dobro. Taka miara ma bowiem służyć zatarciu różnic jakościowych pomiędzy porównywanymi elementami[70]. Natomiast przez „pogwałcenie przemyślanych sądów" rozumie powstałe w efekcie użycia jednolitej miary zakłócenie takich ludzkich przekonań, które odnoszą się do tego, „jak pewne stosunki czy zdarzenia powinny być rozumiane, oceniane i doświadczane"[71]. Użycie jednolitej miary powoduje wówczas w gruncie rzeczy faktyczną zmianę (przekształcenie) w tym, jak tego rodzaju stosunki czy dobra są doświadczane; doprowadza do pominięcia takich jakościowych różnic pomiędzy nimi, które są bardzo ważne w ludzkim życiu (a także w prawie)[72]. Tak pojmowana niewspółmierność nie wyklucza natomiast możliwości porównywania rozumianego jako tworzenie pewnych rankingów (porządków) określonych opcji. Zdaniem Sunsteina bowiem, często ludzie, dokonując wyboru, choć nie posługują się w tym celu jakąś jednolitą jednostką, to kierują się określonymi racjami. Racje te mogą być różnego rodzaju. Mogą to być racje zewnętrzne, a więc takie, które nie mają nic wspólnego z samoistną wartością danej opcji, a mają raczej charakter instrumentalny (np. wybór spędzenia popołudnia na pływalni zamiast z książką po to, by schudnąć). Mogą to być racje wynikające z porównania samoistnej wartości pewnych opcji, które w wielu przypadkach możliwe jest także w obliczu braku wspólnej miary (np. wybór spędzenia popołudnia z muzyką Mozarta zamiast z horrorem Stephena Kinga, bo

---

[69] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law*. [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 238; także: idem: *Incommensurability and Valuation in Law*. „Michigan Law Review", vol. 92, no. 4, 1992, s. 796.
[70] *Ibidem*, s. 809.
[71] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Kinds…*, s. 239. Jako przykład pogwałcenia przemyślanych sądów podaje zinterpretowanie umawiania się na randkę jako uczestnictwa w rynku małżeńskim.
[72] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Valuation…*, s. 797.

twórczość Mozarta – mimo braku jednostki służącej pomiarowi ich wartości – jest jednak uznawana za wartościowszą niż twórczość Kinga). Wybór może być także podyktowany względami ekspresywnymi, wtedy kiedy realizacja tej a nie innej opcji ma być sposobem na wyrażenie właściwego stosunku do pewnych dóbr czy wartości (np. wybór świąt z nielubianą rodziną, zamiast pięknych i uduchowionych świąt z obcymi)[73]. Racje takie i budowane za ich pomocą rankingi umożliwiają dokonywanie porównań i podejmowanie decyzji. Jak z powyższego wynika (wedle tego stanowiska), niewspółmierność – będąc brakiem wspólnej miary – nie oznacza ani nie pociąga za sobą w sposób konieczny nieporównywalności. Elementy, które są niewspółmierne, mogą być porównywalne.

1.1.3. Niewspółmierność jako niemożliwość uporządkowania

Wedle jeszcze innego ujęcia niewspółmierność nie jest koniecznie związana z brakiem wspólnej jednolitej jednostki. Niewspółmierność bowiem zachodzi wówczas, gdy pewne elementy nie mogą zostać całkowicie uporządkowane i to nawet nie według jakichś ścisłych i precyzyjnie określonych liczbowo relacji pomiędzy nimi, ale jedynie według pewnej kolejności wskazującej na stopień przysługiwania tym elementom pewnych własności. Innymi słowy, niewspółmierność zachodzi wtedy, gdy nie da się ustalić, że pomiędzy danymi elementami zachodzi relacja porządkująca lub relacja równościowa[74]. W tym miejscu można sobie zadać pytanie, czy warunkiem wystarczającym wystąpienia tego rodzaju niewspółmierności nie jest brak możliwości uszeregowania elementów według skali porządkowej, nawet przy możliwym ich pomiarze według skali nominalnej. Tak uważa Marek Zirk-Sadowski, który pisze, że „należy określić jako wartości niewspółmierne te, które dają się mierzyć tylko do poziomu nominalnego”[75]. Analizując ten problem, trzeba jednak wziąć pod uwagę, że pewne elementy, choć dadzą się zmierzyć

[73] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Kinds…*, s. 240–241.
[74] Por. R. Chang: *Introduction…*, s. 2.
[75] M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 149.

tylko do poziomu nominalnego, to mogą okazać się równe ze względu na badaną cechę. O takich elementach nie można powiedzieć, że są niewspółmierne. Dlatego brak możliwości skonstruowania dla danych elementów skali mocniejszej od skali nominalnej, nie może chyba zostać uznana za cechę konstytutywną niewspółmierności.

Temu powyżej analizowanemu rozumieniu niewspółmierności odpowiada dość formalna definicja niewspółmierności autorstwa Stevena Lukesa, według której „dwa elementy E_1 i E_2 są niewspółmierne wtedy i tylko wtedy, gdy E_1 nie jest ze względu na zmienną F ani nadrzędne, ani podrzędne, ani równe E_2 (nazwijmy to niewspółmiernością specyficzną), lub są niewspółmierne wtedy i tylko wtedy, gdy tak się rzecz ma pod pewnym znaczącym czy istotnym względem lub względami $F_{1...n}$ (nazwijmy to niewspółmiernością istotną); bądź wreszcie są niewspółmierne wtedy i tylko wtedy, gdy różne sposoby uporządkowania $F_{1...n}$ nie przystają do siebie (nazwijmy to niewspółmiernością całkowitą)”[76]. Definicja ta ma tę zaletę, że zwraca naszą uwagę, po pierwsze, na fakt, że można wyróżniać wiele rodzajów niewspółmierności[77], ale też na to, że niewspółmierność pewnych elementów może zostać zrelatywizowana tylko do pewnego określonego kryterium. Jest to stanowisko różne od opinii Jamesa Griffina, który uważa, że o niewspółmierności mówimy w ścisłym tego słowa znaczeniu (*strict incommensurability*) wtedy, kiedy pewne elementy (w jego definicji – wartości) nie mogą być usytuowane wedle żadnej skali jako „większe”, „mniejsze”, czy „równe”[78]. Już w tym miejscu trzeba zasygnalizować, że taka jak Griffina definicja niewspółmierności może być uznana za kontrowersyjną, gdyż zakładając, że

[76] S. Lukes: *Niewspółmierność w nauce i w etyce*. [w:] *Racjonalność współczesności. Między filozofią a socjologią*. Red.: H. Kozakiewicz, E. Mokrzycki, M. J. Siemek, Warszawa, 1992, s. 132.

[77] O rodzajach niewspółmierności patrz: S. Wojtczak: *Kilka uwag o pojęciu niewspółmierności oraz o jego przydatności dla filozofii i teorii prawa*. [w:] *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*. Red.: B. Wojciechowski, M. Golecki, Toruń, 2008, s. 248–262.

[78] J. Griffin, *Incommensurability*…, s. 35.

uszeregowanie zawsze następuje wedle pewnego określonego kryterium (lub zespołu kryteriów), trudno sobie wyobrazić, żeby wśród nieskończonej ilości kryteriów, jakie są możliwe do zastosowania, nie znalazło się choćby jedno pozwalające na jakieś uszeregowanie danych elementów. Jeśli tak rozumieć niewspółmierność, to chyba rzeczywiście takowa nigdy nie występuje. Słusznie zauważa Joseph Raz, że „sens ma mówienie o relatywnej wadze opcji”[79].

Godzi się w tym miejscu zauważyć, że zwolennicy tezy o niewspółmierności wartości nie zaprzeczają możliwości ustalania jakichkolwiek rankingów pomiędzy branymi pod uwagę elementami. Chodzi raczej o to, że porządki te nie zawsze mogą być doskonałe, w tym sensie, że będą całkowite, tranzytywne i będą dotyczyły zamkniętego zestawu opcji. Niecałkowite (częściowe) porządki nie są jednak – ich zdaniem – porażką i mogą być wykorzystywane w procesie dokonywania wyboru i podejmowania decyzji[80].

1.1.4. Niewspółmierność jako brak przechodniości

Joseph Raz uzupełnia charakterystykę niewspółmierności, odwołującą się do braku możliwości ustalenia relacji porządkującej (albo równościowej) pomiędzy opcjami, o kolejny wspomagający ją element. Obok prostej definicji niewspółmierności zakładającej, że „A i B są niewspółmierne, jeżeli ani nie jest prawdą, że jedno jest lepsze niż drugie, ani że mają równą wartość”[81], dodaje on jeszcze drugie określenie: „Dwie wartościowe opcje są niewspółmierne, jeśli (1) żadna nie jest lepsza niż inna, i (2) istnieje (albo może istnieć) inna opcja, która jest lepsza

[79] J. Raz: *The morality of freedom*. New York, 1986, s. 322.
[80] Zwolennikiem tezy o konieczności konstruowania w wielu przypadkach tylko niecałkowitych porządków jest A. Sen. Por. na przykład: A. Sen: *The Idea of Justice…*, s. 103–105, 107–109. Por. także jego opinię: „Rozważenie tych podzielanych częściowych porządków, podobnie jak refleksja nad różnicami (odnoszącymi się do niekompletnych części rankingów) może bardzo znacznie wzbogacić publiczną refleksję nad sprawiedliwością i niesprawiedliwością”. *Ibidem*, s. 135.
[81] J. Raz, *The Morality…*, s. 322.

niż jedna, ale nie jest lepsza niż druga"[82]. Jak stwierdza bowiem, „[t]estem niewspółmierności jest niepowodzenie przechodniości"[83]. Niepowodzenie przechodniości nazywa jednak tylko znakiem niewspółmierności, bo jak zaznacza, nie jest ono jej warunkiem koniecznym. Byłoby warunkiem koniecznym tylko wówczas, gdyby dana wartość (kryterium porównania) była nieskończenie podzielna. Wtedy, jeśli dwie opcje nie byłyby równe co do wartości, zawsze potencjalnie mogłaby się znaleźć opcja lepsza od jednej, a gorsza od drugiej. Jeśli jednak istnieją wartości dyskretne (nieciągłe) – a zdaniem Raza wiele wartości ma taki charakter – to nawet jeżeli będą niewspółmierne, test tego rodzaju się nie sprawdzi[84]. Także Michael Zimmerman nie

[82] *Ibidem*, s. 325.

[83] *Ibidem*.

[84] *Ibidem*, s. 326. Stanowisko Raza w tej kwestii ostrożnie krytykuje C. Sunstein, który zastanawia się, czy przy założeniu niewspółmierności można w ogóle mówić o niepowodzeniu przechodniości. Wszak pojęcia przechodniości i nieprzechodniości mają, jego zdaniem, zastosowanie do rzeczy współmiernych, a więc stosując je zakłada się współmierność (por. C. R. Sunstein: *Incommensurability and Valuation*…, s. 806). Moim zdaniem, zarzuty Sunsteina nie są do końca uzasadnione. Przechodniość i nieprzechodniość to cechy relacji. W tym przypadku relacją, o której przechodniość lub nieprzechodniość Razowi chodziło, jest relacja „nie bycia lepszym". Gdyby bowiem przechodniość nie poniosła fiaska, to w sytuacji określonej przez założenie Raza (że A nie jest lepsze od B i B nie jest lepsze od A), gdy C nie byłoby lepsze od A, to C powinno nie być lepsze także od B (gdy przechodniość ponosi fiasko C nie jest lepsze od A, ale jest lepsze niż B). Z jakiego jednak powodu pole relacji „nie bycia lepszym" miałoby być zawężone do obiektów współmiernych? Może dlatego, że relacja „nie bycia lepszym" w zbiorze obiektów współmiernych byłaby relacją spójną, bo nawet jeśli elementami tego zbioru byłyby także obiekty równe, to pomiędzy nimi zachodziłaby relacja „nie bycia lepszym". Jeśli zaś takiego ograniczenia zbioru (wyłącznie do obiektów współmiernych) nie zastosujemy, niektóre elementy, choć nadawałyby się na poprzedniki lub następniki relacji „nie bycia lepszym", same taką relacją nie byłyby połączone. Byłyby bowiem niewspółmierne i wówczas mogłoby dochodzić do załamania przechodniości. Ale dlaczego relacja „nie bycia lepszym" koniecznie miałaby być relacją spójną? Przecież, na przykład, relacja „bycia lepszym" nawet w zbiorze elementów współmiernych nie jest relacją spójną, bo jeśli w zbiorze tym występują elementy równe, to nie wiąże je relacja „bycia lepszym". Zresztą przy okazji można sobie zadać pytanie, czy relacja współmierności oraz relacja niewspółmierności są relacjami przechodnimi? Jak się wydaje, Raz uważa, że nie. Skoro dopuszcza sytuację, w której A i C są współmierne (bo można stwierdzić, że C jest lepsze od A), i w której B i C są współmierne (bo można stwierdzić, że C nie jest lepsze niż B – C jest gorsze albo równe B), i w której zarazem A i B są niewspółmierne (żadne nie jest lepsze niż drugie i nie są sobie równe), to znaczy, że relacja współmierności nie

chce stawiać znaku równości pomiędzy niepowodzeniem przechodniości a niewspółmiernością. Uważa on, że niewspółmierność jest znacznie większym wyzwaniem dla kwestii „przeliczalności" wartości niż niepowodzenie przechodniości. Przy niepowodzeniu przechodniości, jak twierdzi, przynajmniej teoretycznie zakładana jest pewna doza współmierności. Jeśli bowiem „A jest lepsze niż B a B jest lepsze niż C, to A jest współmierne z B i B jest współmierne z C; a nawet, jeśli okaże się, że A nie jest lepsze niż C, wciąż może być tak, że A jest współmierne z C, albo dlatego, że jest tak samo dobre jak C albo dlatego, że jest gorsze niż C"[85].

1.1.5. Niewspółmierność jako nieokreśloność

Według Raza, w ludzkim sposobie mówienia o niewspółmierności można wyróżnić dwa sposoby jej rozumienia. Po pierwsze niewspółmierność w wąskim tego terminu znaczeniu ma miejsce wtedy, gdy przyjmuje się, że fałszem jest, że jedna z opcji jest lepsza niż druga i zarazem fałszem jest, że są one równej wartości. Po drugie, niewspółmierność w sensie szerszym, kiedy obok sytuacji będących niewspółmiernością w sensie węższym, za przejaw niewspółmierności uważa się też takie sytuacje, w których oba stwierdzenia – o tym, że jedna opcja jest lepsza niż druga oraz że obie opcje są równe – nie są ani prawdziwe, ani fałszywe (dochodzi do porównania, ale kończy się ono negatywnym wnioskiem)[86]. A więc do niewspółmierności w szerszym sensie zalicza się także przypadki nieokreśloności[87]. Jak się wydaje nieokreśloność nie jest jednak dla Raza jakimś istotnym

jest – według niego – przechodnia. Sam Sunstein podaje natomiast przykład na nieprzechodniość relacji niewspółmierności: A (lunch z przyjacielem) i B (prezent o wartości 50 $) są dla Smitha niewspółmierne, A (lunch z przyjacielem) i C (prezent o wartości 60 $) również są dla Smitha niewspółmierne, ale C jest lepsze niż B.

[85] M. J. Zimmerman: *Intrinsic vs. Extrinsic Value* [@:] http://plato.stanford.edu/ /entries/value-intrinsic-extrinsic/; 2002 (sub. rev. 2007).

[86] To rozróżnienie jest także istotne dla R. Dworkina. Por. rozdział tej książki o *one right answer thesis*, s. 371 i n.

[87] J. Raz: *The Morality…*, s. 324 i 329.

rodzajem niewspółmierności. Pisze bowiem tak: „będąc daleką od bycia jedynym prawdziwym przypadkiem załamania się porównywalności [...] nieokreśloność wydaje się być mniej dramatycznym przypadkiem szerokiej niewspółmierności”[88]. Jego opinia w tej kwestii wydaje się być, choć tylko w pewnym stopniu[89], zbieżna z opinią Jamesa Griffina, który uważa, że z niewspółmiernością nie mamy do czynienia wtedy, „kiedy nie możemy zadecydować jak uszeregować wartości, ale kiedy możemy podjąć decyzję, że są one nieuszeregowywalne”[90]. Z poglądem takim natomiast polemizuje John Broome.

John Broome uważa, że w sytuacji, kiedy porównanie wiąże się z kilkoma kryteriami czy też wymiarami i nie jest dokładnie określone, jaką wagę ma każde z kryteriów czy wymiarów, często pojawia się nieokreśloność. Jego zdaniem predykat porównawczy „bardziej F niż” jest nieokreślony wówczas, gdy dla niektórych par obiektów, do których ma on zastosowanie, nie ma dokładnie określonej odpowiedzi na pytanie, który z obiektów jest „bardziej F niż” drugi. O żadnym z nich nie można powiedzieć, że jest „bardziej F niż” drugi, a zarazem nie są one F w równym stopniu[91]. Według Broome'a żaden komparatyw nie jest nieokreślony dla wszystkich par obiektów. Dla większości z komparatywów można skonstruować łańcuchy elementów, z których każdy jest lepszy pod względem F niż poprzedni. Jeśli jednak weźmie się jakikolwiek obiekt spoza takiego łańcucha i porówna z każdym elementem łańcucha, to czasami może się okazać, że porównanie żadnego z elementów z obiektem spoza łańcucha nie przyniosło rezultatów, w tym sensie, że żadne z takich porównań nie pozwoliło udzielić odpowiedzi na pytanie, co – dany element łańcucha czy obiekt spoza łańcucha – jest lepsze pod względem F. Prawdopodobieństwo takiej sytuacji rośnie wprost proporcjonalnie do

[88] *Ibidem*, s. 329.
[89] Jednocześnie bowiem pośród źródeł niewspółmierności Raz wylicza nieokreśloność i nieostrość języka, por. *ibidem*, s. 327.
[90] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 37.
[91] J. Broome: *Is Incommensurability Vagueness?* [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 67.

braku podobieństwa pomiędzy obiektem spoza łańcucha a elementami łańcucha. Oznacza to, że – według Broome'a – dla różnych komparatywów potencjalnie możliwe są następujące sytuacje:

Określoność w wersji a) – gdy spośród elementów łańcucha każdy jest albo lepszy pod względem F od obiektu spoza łańcucha, albo gorszy pod względem F od obiektu spoza łańcucha[92].

Określoność w wersji b) – gdy spośród elementów łańcucha każdy – z wyjątkiem jednego elementu – jest albo lepszy pod względem F od obiektu spoza łańcucha, albo gorszy pod względem F od obiektu spoza łańcucha; jeden zaś element jest równy pod względem F obiektowi spoza łańcucha. Taka określoność jest według Broome'a właściwa na przykład dla komparatywu „cięższy niż"[93].

Twarda nieokreśloność – gdy w danym łańcuchu jest więcej niż jeden element, co do którego pewne jest, że ani nie jest lepszy, ani nie jest gorszy pod względem F od obiektu spoza łańcucha. W odniesieniu do takich elementów są więc fałszywe oba zdania, że: (1) element tego rodzaju jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza łańcucha; (2) obiekt spoza łańcucha jest lepszy pod względem F od takiego elementu. Taka nieokreśloność nie jest nieostrością. Taka nieokreśloność jest według Broome'a właściwa na przykład dla komparatywu „znacznie cięższy niż" (przy założeniu, że „znacznie" oznacza różnicę w wadze powyżej 1 kg) czy „bycie lepszym w sensie Pareto". Przy czym wszystkie przykłady komparatywów, dla których właściwa jest twarda nieokreśloność, są bardzo sztuczne, co przyznaje sam autor. To powoduje, że pojęcie twardej nieokreśloności wydaje się mu

[92] *Ibidem*, s. 70.
[93] *Ibidem*, s. 71.

podejrzane. Jego zdaniem zwykłe komparatywy cechuje nieokreśloność miękka[94].

Miękka nieokreśloność w wersji a) występuje, gdy w danym łańcuchu istnieje taki ciąg elementów, dla których nie są ani prawdziwe, ani fałszywe (nie mają żadnej wartości logicznej) zdania, że: (1) element taki jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza łańcucha; (2) obiekt spoza łańcucha jest lepszy pod względem F od takiego elementu. Taka nieokreśloność jest rodzajem nieostrości.

Miękka nieokreśloność w wersji b) występuje, gdy w danym łańcuchu istnieje taki ciąg elementów, dla których twierdzenia, że: (1) element taki jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza łańcucha; (2) obiekt spoza łańcucha jest lepszy pod względem F od takiego elementu – mają jakąś inną wartość logiczną niż prawda lub fałsz, ale oba (dla tego samego elementu) zawsze tę samą. Taka nieokreśloność jest rodzajem nieostrości[95].

Intuicja podpowiada nam jednak, zdaniem Broome'a, że w pewnym sensie zdanie „Dany element ciągu jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza ciągu" jest bardziej prawdziwe dla elementów znajdujących się wprawdzie w obszarze nieokreśloności, ale będących bliżej tej części ciągu, dla której to zdanie jest prawdziwe, niż dla elementów bardziej oddalonej od tej części. Dla tych bardzo bliskich elementów takie zdanie jest nieomal prawdziwe, a dla tych bardzo oddalonych – takie zdanie jest nieomal fałszywe. Taka intuicja prowadzi więc, jego zdaniem, do wniosku, że twierdzenia mogą być prawdziwe do większego lub mniejszego stopnia. Co więcej, w tym samym obszarze nieokreśloności, im bliżej części ciągu, dla której zdanie „Obiekt spoza ciągu jest lepszy pod względem F niż dany element ciągu" jest prawdziwe, tym zdanie to staje się bardziej prawdziwe; a im

[94] *Ibidem*, s. 72–74 i 83–84.
[95] *Ibidem*, s. 76–77.

bliżej tej części ciągu, dla której to zdanie jest fałszywe, staje się tym mniej prawdziwe.

Jednocześnie jednak Broome zakłada, że stopnie prawdy nie są uporządkowane linearnie; a więc, że nie da się porównywać stopni prawdy (w tym stopni prawdy przysługującej obu wymienionym powyżej zdaniom) pomiędzy sobą. Jak się wydaje, jego zdaniem, ta nieporównywalność stopni prawdy jest największa w samym środku strefy nieokreśloności ciągu. Blisko granic tej strefy, tam gdzie wskazane powyżej zdania są „niemal prawdziwe" lub „niemal fałszywe", stopnie te są porównywalne. Jeśli więc weźmiemy element ciągu z samej prawie granicy strefy nieokreśloności – element, dla którego zdanie „Dany element ciągu jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza ciągu" jest niemal prawdziwe – to intuicja podpowiada nam, że jest ono bardziej prawdziwe niż zdanie „Obiekt spoza ciągu jest lepszy pod względem F niż dany element ciągu".

W związku z tą analizą Broome wyróżnia więc kolejny rodzaj miękkiej nieokreśloności.

Miękka nieokreśloność w wersji c) występuje wtedy, gdy w danym łańcuchu elementów istnieje taki ciąg elementów, że zdania, iż: (1) element taki jest lepszy pod względem F niż obiekt spoza łańcucha; (2) obiekt spoza łańcucha jest lepszy pod względem F od takiego elementu – nie są ani prawdziwe, ani fałszywe, ale mogą być mniej lub bardziej prawdziwe, przy czym stopień prawdziwości tych zdań, z wyjątkiem zdań sformułowanych dla elementów bliskich granicom strefy nieokreśloności, nie jest porównywalny. Taka nieokreśloność jest rodzajem nieostrości[96].

Powstaje więc pytanie, co mają na myśli ci, którzy mówią o niewspółmierności wartości. O jaki rodzaj nieokreśloności (bo przecież nie o określoność) im chodzi? Według Broome'a większość autorów piszących o niewspółmierności przyjmuje taką jej definicję, która sugeruje twardą nieokreśloność. Na przykład –

[96] *Ibidem*, s. 77–81.

jak wyraźnie wskazuje Broome – Joseph Raz czyni tak, przyjmując, że A i B są przede wszystkim niewspółmierne wtedy, gdy jest fałszem, że któreś z nich jest lepsze od drugiego i zarazem jest fałszem, że są one równej wartości. Takie podejście sugerowałoby przecież, że wszystkie elementy strefy nieokreśloności w sytuacji wyboru powinny być traktowane jednakowo, to znaczy, że nie ma żadnego znaczenia, który z tych elementów jest członem porównania. Tak jednak – zdaniem Broome'a – nie jest. Podaje tu następujący przykład. Można zakładać, że nie da się porównać dobra dwóch konkretnych osób. I wyobraźmy sobie, że jakieś szczęśliwe zrządzenie losu może dotknąć jedną z tych dwóch osób. Żadna z tych osób nie ma żadnego tytułu do tego, aby być podmiotem tego szczęśliwego zrządzenia. Ale zastana w danej chwili sytuacja była taka, że jedna z osób już wcześniej została obdarzona przez los dość hojnie, a druga jeszcze nie. Wówczas, według Broome'a, większość przyzna, że lepiej byłoby, żeby to ta skromniej wyposażona osoba skorzystała z fortuny. Mimo nieokreśloności, nie jest więc obojętne, jaką decyzję podejmiemy.

Zdaniem Broome'a, zwłaszcza naturalne komparatywy wiążą się raczej z nieokreślonością miękką i to w wersji c). To wyjaśnia, dlaczego pewne elementy w strefie nieokreśloności mają przewagę nad innymi; dlaczego dla niektórych z nich bardziej niż dla innych prawdziwe jest twierdzenie o tym, że są lepsze od porównywanej doń opcji. Można powiedzieć więc, że według Broome'a niewspółmierność jest szczególnym rodzajem nieostrości[97].

Stanowisko Broome'a nie budzi mojego zaufania. Przede wszystkim jego analiza nieporównywalności wychodzi nie tyle od własności obiektów będących przedmiotem porównania, ile od własności komparatywów używanych w wypowiedziach porównawczych. Takie podejście wydaje mi się być zbyt mocno ograniczone. Widać to doskonale, gdy przyjrzymy się przykładowi, którym ilustruje on swoje rozważania dotyczące rodzajów nieokreśloności. Przykład ten to komparatyw „czerwieńszy niż",

[97] *Ibidem*, s. 86–89.

który to komparatyw powoduje trudności przede wszystkim z tego powodu, że samo pojęcie czerwieni jest problematyczne. Tymczasem, to co budzi szczególne zainteresowanie tych, którzy niewspółmiernością się zajmują, to nie trudności w porównywaniu wynikające z nieostrości wybranych kryteriów porównania (choć i tu są stawiane pewne pytania), ale przede wszystkim te trudności w porównywaniu, które są rezultatem specyficznych właściwości samych porównywanych opcji. Mówimy przecież o tym, że to A i B są niewspółmierne, a nie, że taki to a taki komparatyw powoduje ich niewspółmierność. Ponadto, cała argumentacja Broome'a oparta jest na założeniu, że jeden (i tylko jeden) z członów porównania jest elementem łańcucha elementów doskonale porównywalnych, takiego łańcucha, w którym każdy następny element jest lepszy od poprzedniego pod względem tego kryterium, za pomocą którego dokonywane jest porównanie. W związku z tym powstaje wiele pytań. Na przykład, czy taki łańcuch elementów zawsze da się skonstruować? Po drugie, co tak naprawdę Broome porównuje: obiekt spoza łańcucha i element łańcucha, czy elementy łańcucha między sobą? Prawdą jest, że w niektórych sytuacjach, dokonując porównania, wyznaczamy sobie w wyobraźni określone punkty graniczne (punkty orientacyjne) naszego wyboru, a więc takie potencjalne opcje, które są lepsze albo gorsze od jednej z faktycznie rozpatrywanych opcji, a które są dla nas albo całkowicie do przyjęcia, albo całkowicie nieakceptowalne. Na przykład: nie wiem, czy lepiej spędzić niedzielne popołudnie na spacerze w parku czy przy książce w domu, ale wiem, że na pewno nie wybrałabym spaceru w parku, gdyby mocno padało i na pewno zdecydowałabym się na czytanie książki, gdybym miała nową książkę Andrei Camilleriego. Ale właśnie, przeciwnie niż argumentuje Broome, te punkty (opcje) pomagające nam w wyborze są albo całkowicie nieakceptowalne, albo zupełnie akceptowalne, a więc w żadnym razie nie są częścią strefy nieokreśloności. To przemawiałoby przeciwko tezie Broome'a, że niewspółmierność jest miękką a nie twardą nieokreślonością. Można by też zastanawiać się, czy nie jest raczej tak, że

w niektórych przypadkach niewspółmierność – jako twarda nieokreśloność – może być otoczona przez pewną strefę nieokreśloności miękkiej. A więc są obiekty, co do których jesteśmy pewni, że fałszem jest, by któryś z nich był lepszy od drugiego, albo – że są one równe, a są pewne obiekty od tych pierwszych nieco lepsze lub nieco gorsze, o których tak stanowczego sądu wydać nie możemy. Takie stanowisko pokrywałoby się zresztą z tym, co napisał Raz, a co już powyżej zasygnalizowano: że mamy niewspółmierność w sensie węższym (twarda nieokreśloność w terminologii Broome'a) i szerszym (miękka nieokreśloność w terminologii Broome'a), przy czym ta w ujęciu szerszym nie jest wcale najważniejsza i najbardziej interesująca.

1.1.6. Niewspółmierność jako tragedia oraz jako brak jednolitego schematu podejmowania decyzji

David Wiggins wskazuje na pewne twierdzenie, które w związku z niewspółmiernością bywa często formułowane. Sprowadza się ono do tego, że „jeśli opcje A i B stawiają niewspółmierne roszczenia, wtedy, czy wybierzesz A przed B czy B przed A, coś zostanie utracone"[98]. A więc nawet wówczas, gdy dokonany wybór będzie słuszny – nawet jeżeli nie będzie przedmiotem sporu – jakieś uprawnione roszczenie nie zostanie zaspokojone. Ten sposób rozumienia niewspółmierności zwraca, jego zdaniem, uwagę na różnicę pomiędzy samym aktem ewaluacji a praktycznymi rozstrzygnięciami, jakie są dokonywane. „Podczas gdy werdykty praktycznego wyboru muszą często coś poświęcać, czyste wartościowanie […] nie musi tracić czy niszczyć niczego"[99]. Analizując ten sposób rozumienia niewspółmierności dochodzi do dwóch następujących, uzupełniających się definicji.

Według pierwszej, opcje A i B są niewspółmierne wówczas, gdy nie jest możliwe znalezienie jednego generalnego (ogólnego)

[98] D. Wiggins: *Incommensurability: Four Proposals*. [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 52.
[99] *Ibidem*, s. 56.

sposobu, ważnego choćby tylko dla jednego podmiotu, za pomocą którego można by orzekać we wszystkich możliwych (a występujących w zakresie porównania i wyboru) sytuacjach o wymienności tych opcji[100]. Podstawą do sformułowania takiej definicji jest obserwacja, że w prawdziwym świecie dokonujemy własnych wyborów w świetle naszej całościowej praktycznej koncepcji dotyczącej tego, jak być i jak przeżyć życie. Jednakże stosowane przez nas w procesie oceniania i wyboru koncepcje nie są stałe, nie są dane raz na zawsze. Różnorodność przypadkowych okoliczności, z którymi mamy do czynienia, nieustannie bowiem kształtuje i przekształca same te koncepcje. Jeśli więc A i B są niewspółmierne, to – według Wigginsa – nie istnieje żaden poprawny (choćby nawet skomplikowany i warunkowy) opis tego, jak A i B zastępują się wzajemnie (wymieniają) w wyborach i działaniach racjonalnego podmiotu albo jak wpływają na motywy jego działania; taki opis, który byłby dla wszystkich przypadków jednolity, możliwy do zaprojektowania z góry, wyjaśniający i/lub potencjalnie predyktywny[101]. I tego rodzaju niewspółmierność jest jedną z przyczyn, dla której, jego zdaniem, nawet dla jednego podmiotu nie jest możliwe sformułowanie jakiegoś bezwyjątkowego (lub choćby tylko pomocnego) sądu, stosowalnego dla całego zakresu sytuacji, który mógłby być użyty do konstruowania przez taki podmiot hierarchii pojedynczych opcji (wartości, problemów itp.) czy też do relatywnego uszeregowania kombinacji takich opcji przez ten podmiot. Jeśli dla jakiegoś podmiotu skonstruowanie takiego jednego schematu byłoby możliwe, należałoby to uznać raczej za oznakę zawziętości i fanatyzmu tego podmiotu niż za symptom nieugiętości czy siły jego charakteru[102]. Przyjęcie założenia niewspółmierności w powyższym znaczeniu nie oznacza jednak wcale, że po podjęciu konkretnej decyzji przez konkretny podmiot, po danym zdarzeniu, pewne *ratio* dla takiej decyzji nie może zostać zrekonstruowane[103].

---

[100] *Ibidem*, s. 59.
[101] *Ibidem*, s. 60.
[102] *Ibidem*, s. 59.
[103] *Ibidem*, s. 60.

Drugie, uzupełniające rozumienie niewspółmierności jest konstruowane przez Wigginsa w oparciu o wnioski wypływające z pierwszego rozumienia. Skoro nie jest możliwe, nawet dla jednego tylko podmiotu, sformułowanie żadnego schematu czy też modelu, w oparciu o który podmiot wartościuje jawiące się mu opcje i wybiera pomiędzy nimi, to oznacza, że nie ma żadnej gwarancji, iż w obliczu różnych wartości (wartości czasami czyniących autonomiczne wzajemnie nieredukowalne roszczenia) zawsze będziemy w stanie odnaleźć rozwiązanie pasujące do tego, kim jesteśmy i jaką wyznajemy koncepcję życia. I właśnie taka sytuacja, w której dany podmiot nie jest zdolny znaleźć optymalnego dla siebie rozwiązania, optymalnej i satysfakcjonującej go decyzji, jest sytuacją szczególnego rodzaju niewspółmierności wartości. „Gdzie nasze względy dla A i B (które są niewspółmierne […]) nie mogą wcale w danym wypadku X być uzgodnione z naszym poczuciem tego, jak powinno się żyć i co powinno się robić, gdzie nic nie wydaje się nam, właśnie w danym kontekście, możliwe do zniesienia lub przeżycia, tam A i B są także w […] »tragicznym« sensie niewspółmierne w X – lub niewspółmierne dla nas w X”[104].

A zatem, jak z powyższego wynika, zgodnie z analizą Wigginsa można odróżnić dwa rodzaje niewspółmierności: niewspółmierność zwykłą i niewspółmierność szczegółową a zarazem tragiczną. Odróżnienie ich jest niezwykle istotne również z tej racji, że nie zawsze niewspółmierność zwykła jest zarazem niewspółmiernością tragiczną – jak słusznie zauważył Steven Lukes: „[…] nie wszystkie konflikty moralne są równoznaczne z moralnymi dylematami i […] nie wszystkie dylematy mają wymiar tragiczny. Nie należy popadać w przesadę […]”[105].

Definicje Wigginsa tkwią swymi korzeniami bardzo mocno w ujęciu niewspółmierności zarysowanym przez Isaiaha Berlina,

---

[104] *Ibidem*, s. 64.

[105] B. Polanowska-Sygulska: *Oblicza liberalizmu. Isaiah Berlin, John Gray, Steven Lukes i Joseph Raz w rozmowie z Beatą Polanowską-Sygulską*. Kraków, 2003, s. 118.

a kontynuowanym później przez jego następców[106]. Wszak jednymi z najważniejszych punktów Berlinowskiego pluralizmu jest teza o niewspółmierności wartości oraz ściśle związane z nią dwa następujące założenia: po pierwsze, że „wiara w możliwość znalezienia jakiejś prostej formuły, harmonijnie godzącej rozmaite cele stawiane sobie przez ludzi, jest fałszywa"[107] oraz po drugie, że „jesteśmy skazani na dokonywanie wyborów, a każdy wybór może pociągnąć za sobą szkodę nie do naprawienia"[108]. Stanowisko Wigginsa bardzo przypomina także punkt wyjściowy słynnego eseju Thomasa Nagla *The Fragmentation of Value*, w którym Nagel wprawdzie nie definiuje wprost niewspółmierności, ale zwraca uwagę na powszechnie występujące przypadki, w których „nawet jeżeli jest się całkowicie pewnym skutków alternatywnych działań lub rozkładu ich prawdopodobieństw i nawet jeśli wie się jak rozróżnić argumenty »za« i »przeciw«, nie jest się mimo to zdolnym, aby złożyć je w jeden ewaluatywny osąd, nawet tak, żeby uznać je za równo wyważone"[109]. W odniesieniu do tego rodzaju przypadków Nagel zaprzecza możliwości skonstruowania jednej uniwersalnej metody, która za każdym razem i w odniesieniu do każdej sytuacji mogłaby służyć do podejmowania decyzji w takiej sytuacji. Niemożliwe jest także, jego zdaniem, sporządzenie jasnego zestawu priorytetów, który pozwalałby rozwiązywać tego rodzaju konflikty w sposób mechaniczny[110]. „Tragiczny" rodzaj niewspółmierności opisywał zaś Bernard Williams, wskazując, że są takie sytuacje, w których cokolwiek podmiot by zrobił, jego postępowanie będzie złem, cokolwiek by uczynił, będzie miał powód, aby odczuwać najgłębszy żal, bo nie mógł zrobić niczego, co można byłoby nazwać uczciwym, honorowym czy stosownym[111]. (W tym miejscu

---

[106] O pluralizmie i tragiczności oraz o sporze wokół nich por. B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm i tragiczność*. [w:] *Studia z filozofii prawa*. Red.: J. Stelmach, T. 2, Kraków, 2003.

[107] I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 233.

[108] I. Berlin: *Pokrzywione drzewo człowieczeństwa*, Warszawa, 2004, s. 12.

[109] T. Nagel: *The Fragmentation of Value*. [w:] idem: *Mortal Questions*, Cambrigde, 1979, s. 128.

[110] *Ibidem*, s. 134.

[111] B. Williams: *Moral Luck*. Cambridge, 1981, s. 74–75.

warto jednak zaznaczyć, bo pisał o tym także Williams, że zdaniem niektórych nie każdy konflikt, tragedia czy też utrata będąca rezultatem dokonanego wyboru jest skutkiem niewspółmierności wartości[112]).

Podejście Wigginsa zdaje się być najbardziej ogólne ze wszystkich dotychczas omówionych. Wszyscy chyba autorzy, godzący się z występowaniem tak czy inaczej rozumianej niewspółmierności, zgadzają się z tym, że dla dokonywania wyboru pomiędzy dwoma niewspółmiernymi elementami niemożliwe jest ustalenie jednego, uniwersalnego, mającego zastosowanie w każdej sytuacji sposobu jego dokonywania, choćby miał to być sposób obwarowany wieloma zastrzeżeniami czy wyjątkami. To zresztą stanowi jeden z podstawowych problemów, który sprawia, że założenie niewspółmierności wartości jest tak kontrowersyjne, a konsekwencje jego przyjęcia tak niepokojące[113]. Wszyscy autorzy zwracają również uwagę na tragiczność co najmniej niektórych wyborów.

Wspominany już wcześniej znakomity amerykański prawnik Cass Sunstein, odpowiadając na pytanie, jak dokonywać wyborów pomiędzy niewspółmiernymi dobrami, stwierdza, że „nie ma żadnego algorytmu czy formuły, które byłyby odpowiedzią na to pytanie”[114]. Niewiele, jego zdaniem, da się na ten temat powiedzieć *in abstracto*. Odpowiedzią może być tylko dokładny opis, osadzony w konkretnych okolicznościach, relacjonujący, jak dokonuje się takich wyborów oraz jak stwierdzić, czy taki wybór był trafny[115]. Zauważa też, że założenie niewspółmierności jest

---

[112] *Ibidem*, s. 77.

[113] Drugi problem budzący niepokój, a którym zajmiemy się w dalszej części pracy, to pytanie, czy w ogóle da się zrekonstruować jakieś zasługujące na miano racjonalnych sposoby, choćby niejednorodne, partykularne, albo szczegółowe – pozwalające na dokonanie wyboru pomiędzy niewspółmiernymi opcjami.

[114] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Valuation…*, s. 856.

[115] *Ibidem*. Podobnie zauważa A. Sen: „Biorąc pod uwagę złożoną naturę ludzkich wartości i społecznego rozumowania, często trudno może być uchwycić je w precyzyjnych aksjomatycznych kategoriach […]. Jak daleko można się posunąć w kierunku aksjomatyzacji na pewno musi być, do rozsądnego stopnia, kwestią osądu dokonywanego w procesie radzenia sobie z konkurującymi wymaganiami precyzyjnej charakterystyki z jednej strony a potrzebą wzięcia pod uwagę – z drugiej strony – złożoności, które mogą trudno poddawać się aksjomatyzacji, ale

niezbędne do tego, aby rozumieć i utrzymać przy życiu pojęcie tragedii, które jest nam – jednostkom i społeczeństwom – niezbędne z wielu względów. Pojęcie to jest nie tylko ważne dla naszej tożsamości i kultury (jest indywidualnym i kolektywnym dobrem), ale jest istotne także ze względów praktycznych. Jeśli bowiem zakłada się całkowitą współmierność, zagubieniu ulega sens pojęcia tragedii[116]; sens, który ucieleśnia nasze przekonanie, że pewne dobra są wyjątkowe, jedyne w swoim rodzaju, niepowtarzalne, niemożliwe do zastąpienia, a pewne straty są nieodwołalne i nierekompensowalne. Jeśli więc, wzorem wielu współczesnych komparatywistów (tak w literaturze nazywa się czasami tych, którzy odrzucają założenie niewspółmierności wartości), konsekwencje naszych wyborów postrzegamy jako „obciążone kosztami", a tragedię – po prostu jako sytuację związaną ze szczególnie wysokimi kosztami, albo – jeśli zakładamy monizm wartości, które to założenie osłabia znacznie przekonanie o tym, że pewne dobra są nieredukowalne do innych – to dokonuje się głęboka zmiana w pojęciu tragedii. Zmiana tak fundamentalna, że pojęcie to właściwie przestaje istnieć w świadomości indywidualnej i społecznej, pozostając jeszcze obecnym tylko w sferze słownika. Wówczas jednak, w braku postrzegania perspektywy potencjalnej tragedii i nieredukowalnej straty, zniknie bardzo silny bodziec do poszukiwania takich rozwiązań, które pozwalałyby uniknąć tego rodzaju straty[117]. Jak pisze Sunstein: „kiedy sądzi się, że tragedia jest aktualna, istnieje stałe i widoczne społeczne zainteresowanie w poszukiwaniu rozwiązań, które jednocześnie sprzyjałyby wszystkim z istotnych dóbr"[118]. Gdy zaś zanika poczucie tragedii, stopniowo stają się coraz

---

które niemniej jednak są znaczącymi racjami, które mogą być użytecznie przedyskutowane w bardziej ogólnych – i w pewien sposób luźniejszych – kategoriach". (A. Sen: *The Idea*…, s. 110).

[116] Por. B. Williams: *Moral Luck*…, s. 80: „Mógłbyś może doprowadzić do społeczeństwa, którego wartości będą mniej konfliktowe, jaśniej wyartykułowane, bardziej efektywne, a ludzie – raz doprowadzeni do tego stanu – mogą nie mieć poczucia utraty. Ale to nie oznaczałoby, że nie ma żadnej straty. To oznaczałoby, że byłaby inna strata, strata poczucia straty".

[117] Podobnie uważa M. Nussbaum. Por. *infra* przyp. 550 na s. 274

[118] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Valuation*…, s. 859.

bardziej możliwe takie sytuacje, jak bardzo znany i szeroko analizowany przypadek Forda Pinto, który miał miejsce w późnych latach 70. XX wieku[119]. Elisabeth Anderson i Richard Pildes, omawiając ten przypadek, uznają, że społeczny sprzeciw, jaki miał wówczas miejsce, jest dowodem na funkcjonowanie w naszej kulturze hierarchicznej niewspółmierności pomiędzy ludzkim życiem i pieniędzmi[120]. Do kwestii hierarchicznej niewspółmierności – niewspółmierności konstytutywnej w terminologii Josepha Raza – powrócimy w dalszej części pracy. W tym miejscu warto jednak wskazać na ścisły związek, jaki zachodzi pomiędzy tego rodzaju niewspółmiernością a koniecznością dokonywania tragicznych wyborów.

1.1.7. Niewspółmierność według Elisabeth Anderson

Szczególnej uwagi i osobnego omówienia wymaga stanowisko Elisabeth Anderson, ponieważ poglądy tej autorki są niesłychanie wpływowe i niezmiernie szeroko komentowane w literaturze amerykańskiej. Anderson szczególne zainteresowanie zdobyła sobie dotkliwą krytyką teorii społecznego wyboru i twierdzenia Arrowa, dokonaną (wspólnie z Richardem Pildesem) między innymi w oparciu o założenie niewspółmierności wartości. Ponadto jej koncepcja wydaje się być wyjątkowo wyczerpująca,

---

[119] W samochodzie Ford Pinto szczególne usytuowanie baku, wynikające z błędu w projekcie, stwarzało w razie potencjalnego wypadku (nawet niegroźnego „wjechania w tył" przy małej szybkości) znacznie większe niż normalnie zagrożenie poparzeniami i śmiercią dla pasażerów i kierowców. Ujawniono, że w zakładach Forda przeprowadzono kalkulację opłacalności dokonania zmian naprawczych w sprzedanych samochodach, opartą na zasadach *cost-benefit analysis*, której efektem było podjęcie decyzji o nieujawnianiu i nieusuwaniu wady. Posłużono się przy tej kalkulacji danymi pochodzącymi od agencji rządowych, a dotyczącymi kosztów wypadków drogowych. Przyjęto, że koszt w przypadku śmierci wynosiłby 200 000 $, a w przypadku obrażeń 67 000 $. Wyliczając za pomocą odpowiedniego współczynnika prawdopodobieństwa ogólny przewidywany koszt, porównano go z kosztem naprawy wyprodukowanych dotąd samochodów, który wynosił 11 $ na każdy samochód. Opis faktów za: R. H. Pildes, E. S. Anderson: *Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics*. „Columbia Law Review", vol. 90, no. 8, 1990, s. 2150.

[120] *Ibidem*, s. 2150–2151.

bogata, kompleksowa i spójna, co łatwiej jest docenić, gdy omawia się ją jako całość.

Elisabeth Anderson stoi na stanowisku fundamentalnego pluralizmu wartości, który ma wpływ zarówno na wybory indywidualne, jak i na wybory w sferze publicznej. Według niej przyjęcie pluralizmu wymaga, aby postrzegać wartości jako zróżnicowane w szczególny i głęboki sposób; zróżnicowanie to dotyczy nie tylko rodzajów wartości, ale także koncepcji wartości[121]. Zróżnicowanie to ma głębokie konsekwencje, zarówno dla prywatnych, jak i dla publicznych decyzji.

Wskazuje ona, że ustrojodawcy – tworząc konstytucje, ustawodawcy – uchwalając ustawy, władza wykonawcza – konstruując kierunki swojej polityki, wszyscy oni – i całe opierające się na danym systemie politycznoprawnym społeczeństwa – podejmują się realizowania pewnych celów, które sprawiają, że nasze działania są w pewien sposób ograniczone, że są obciążone różnymi rodzajami roszczeń. Mogą to być na przykład roszczenia „aby respektować prawa, wypełniać obowiązki, zaspokajać potrzeby, wypełniać obietnice, zwiększać bogactwo”[122]. Tego rodzaju roszczenia często pozostają we wzajemnym konflikcie – nie da się zaspokoić ich wszystkich – i wówczas niezbędne jest pewne ich uporządkowanie, tak by można było dokonać wyboru: które, w jakiej kolejności, i w jakim stopniu zaspokoić. Każde takie roszczenie stanowi ucieleśnienie pewnych wartości, z których wiele jest tak różnych, że aż niewspółmiernych. Anderson wyróżnia dwa rodzaje niewspółmierności: hierarchiczną i radykalną. Jako że pojęcie niewspółmierności hierarchicznej odpowiada Razowskiemu pojęciu niewspółmierności konstytutywnej, opisuję je w części rozprawy poświęconej niewspółmierności konstytutywnej. W tym miejscu zajmę się więc tylko niewspółmiernością radykalną.

Z niewspółmiernością radykalną mamy – według Anderson – do czynienia wówczas, gdy „[…] jednostki albo nie mogą sformułować pewnych [niezbitych] sądów na temat relatywnej

[121] *Ibidem*, s. 2143.
[122] *Ibidem*, s. 2146.

wartości pewnych opcji (nie mogą orzec, że jedna opcja jest lepsza niż druga albo że są one równe), albo nie mogą się zgodzić co do wartości, które dotyczą danej opcji. Wybory, jednakże, wciąż mogą być i są dokonywane”[123]. Choć ani te wybory, ani preferencje, których w tle tych wyborów można by upatrywać, wcale nie muszą być spójne (konsekwentne), nie można o nich powiedzieć, że są nieracjonalne. Autorka uważa, że „wobec występowania radykalnie niewspółmiernych opcji, racjonalność nie wymaga, aby indywidualne i kolektywne wybory były spójne”[124].

Źródeł niewspółmierności można szukać choćby poprzez obserwację różnych sposobów, dzięki którym różne wartości mogą być współmierne. Anderson jest zdania, że dokonywanie porównań pomiędzy wartościami dokonuje się albo w oparciu o pewne reguły (*rule-governed comparisons*), albo w oparciu o pewne sądy (*judgment-governed comparisons*). Przyznaje bowiem, że w bardzo wielu przypadkach istnieją określone, publicznie zaakceptowane reguły, służące dokonywaniu porównań; w wielu też przypadkach, choć nie istnieją takie dokładne reguły (bo są na przykład zbyt trudne do sformułowania w jakiś choćby tylko w przybliżeniu sformalizowany sposób), to dokonanie ocen odbywa się bez większych kontrowersji, na podstawie podzielanych społecznie doświadczeń. Jako przykłady przedsięwzięć, w których porównania następują bez specjalnych komplikacji, podaje konkurencje sportowe, takie jak *decathlon*, które odbywają się według istniejących i zaakceptowanych reguł, pozwalających umieścić na jednej skali tak różne wymiary jak szybkość, wysokość czy odległość, czy ocenianie uczniowskich prac pisemnych, gdzie bierze się pod uwagę i odzwierciedla w jednej ocenie (nocie) tak różne wartości, jak kompozycja, oryginalność, poprawność stylistyczna itp. Już sam ten fakt, że występują porównania, które nie sprawiają kłopotu, wskazuje – co Anderson bardzo podkreśla – że nie ma żadnej koniecznej czy logicznej, czy też *a priori* istniejącej niewspółmierności wartości

[123] *Ibidem*, s. 2146.
[124] *Ibidem*, s. 2158.

w ogóle, czy niewspółmierności pewnych określonych wartości. Wartości, według niej, są niewspółmierne wtedy, kiedy są postrzegane jako takie przez te osoby czy grupy, które muszą dokonać związanego z nimi wyboru. Bo – jak zauważa – w szczególności tam, gdzie porównanie nie opiera się na z góry ustalonych i zaakceptowanych regułach, często jest ono przedmiotem niezgody. Niezgoda ta zaś może ujawniać się w trzech następujących momentach. Po pierwsze, przy pełnej nawet zgodzie co do tego, jakie wartości wchodzą w grę przy podejmowaniu danej decyzji, ludzie mogą się spierać, jaka jest relatywna ważność tych wartości. Po drugie, spór może dotyczyć tego, jakie konkretnie wartości są stawką przy podejmowaniu danej decyzji. Po trzecie, niektóre jednostki nie będą w stanie dokonać osądu takiego, którego one same byłyby pewne i który by je satysfakcjonował, dotyczącego relatywnej ważności wartości wchodzących w grę przy danej decyzji. Ponieważ – jak z powyższego widać – problem z porównaniem może mieć wymiar interpersonalny lub intrapersonalny, Anderson odróżnia niewspółmierność polityczną od jednostkowej (podmiotowej)[125]. Opisuje je w przedstawiony poniżej sposób:

Z podmiotową niewspółmiernością w ujęciu Anderson mamy najczęściej do czynienia wówczas, gdy jednostka stoi w obliczu decyzji, której dostępne opcje realizują bardzo różne, choć ważne rodzaje wartości czy różne roszczenia. Każde z takich wartości czy roszczeń może mieć inne źródło. Na przykład mogą być to wartości czy roszczenia związane ze społeczną rolą, w ramach której decyzja jest podejmowana, albo wartości czy roszczenia związane z inną społeczną rolą niż ta, w ramach której decyzja jest podejmowana, ale także wykonywaną przez jednostkę (wtedy gdy decyzja – choć podejmowana w innej roli – może na wykonywanie tej pierwszej roli wpłynąć). Mogą to być roszczenia innych osób (i związane z nimi wartości), wynikające ze zobowiązań danej grupy, której jednostka jest członkiem, albo roszczenia innych osób (i związane z nimi wartości), wynikające ze zobowiązań samej jednostki. Albo mogą to być roszczenia

[125] *Ibidem*, s. 2159.

podmiotu wobec samego siebie (i wspierające je wartości). Wyliczenie to mogłoby być kontynuowane jeszcze długo. Tak różnorodne źródła wartości wpływających na daną decyzję, ani same wartości będące podstawą decyzji, nie mogą być – zdaniem Anderson – zredukowane do jednowymiarowej kalkulacji[126] i dlatego podejmowane decyzje oraz dokonywane wybory nie mogą odzwierciedlać jakiejś całościowej porównawczej wartości wybieranej opcji. Nie jest więc tak, że w przypadku wyboru spośród opcji, za którymi stoją niewspółmierne wartości, wybrana opcja musi być lepsza od wszystkich pozostałych[127].

Polityczna niewspółmierność nie jest natomiast – zdaniem Anderson – zwykłą konsekwencją tego poważnego zróżnicowania wartości i związanych z nimi roszczeń, która może być źródłem niewspółmierności podmiotowej. Często zdarza się przecież, że na poziomie podmiotowym niewspółmierność się nie ujawnia, bo podmioty radzą sobie z porównywaniem na własny użytek dostępnych dla nich opcji oraz ich uszeregowywaniem, co pozwala na podejmowanie przez te podmioty osobistych decyzji. Ale wtedy, kiedy dochodzi do wyrażenia, w taki czy inny sposób, swoich poglądów na zewnątrz, okazuje się, że każdy z tych podmiotów nie tylko inaczej uszeregowuje pod względem wartości dostępne opcje, ale, co więcej, zupełnie inaczej je pojmuje i opisuje. Jak relacjonują Anderson i Pildes: „Sam opis tego, czym są opcje, staje się przedmiotem sporu, a społeczeństwu brak jest bazowych społecznych warunków niezbędnych do tego, aby osiągnąć konsensus czy też zespołu podzielanych konwencji dotyczących tego, jak rozumieć dane kwestie lub jak o nich dyskutować. Mogą istnieć społecznie podzielane normy racjonalnego argumentowania, ale nie wystarczają one do zmniejszenia sporów pomiędzy stronami, czy do oskarżenia jednego z rywalizujących poglądów o irracjonalność”[128]. Źródłem takiej sytuacji są fundamentalne konflikty ideologii, tradycji czy form życia kultywowanych przez poszczególnych uczestników życia

[126] *Ibidem*, s. 2160.
[127] *Ibidem*, s. 2159–2162.
[128] *Ibidem*, s. 2163.

społecznego, którzy są przecież jednocześnie uczestnikami zbiorowych decyzji i wyborów. Analizując stanowisko tej autorki, może się nawet wydawać, że zdaniem Anderson, za niewspółmierność polityczną bardziej odpowiadają różnice w pojęciach (rywalizujące normatywne pojęcia) niż sam brak akceptowanych wspólnie wartości czy norm. Znamienny jest tu podawany przez nią przykład stosunku wobec żłóbka jako dekoracji świątecznej, pojawiającej się w miejscach użyteczności publicznej podczas Świąt Bożego Narodzenia. Sytuacja taka bywa bowiem interpretowana na różne sposoby. Pośród tych, którym taka dekoracja by nie przeszkadzała, znaleźliby się prawdopodobnie ci nieco zsekularyzowani chrześcijanie, którzy uznaliby, że dekoracja ta jest wyrazem uczestniczenia miasta w społecznym święcie, w którym wątek religijny nie jest wcale najważniejszy, oraz ci niechrześcijanie, którzy zarazem nie byliby żarliwymi wyznawcami innej religii, a jednocześnie – nie odczuwaliby takiej dekoracji jako naruszenia ich praw do życia w państwie neutralnym światopoglądowo (dla nich również taka dekoracja stanowiłaby symbol raczej wydarzenia społecznego niż religijnego). Pośród tych, którzy byliby przeciwni dekoracji panowałoby jeszcze większe zróżnicowanie. Oburzeni byliby prawdopodobnie członkowie zwłaszcza niektórych kościołów protestanckich; jedni z tego powodu, że uznaliby żłóbek za symbol ultrakatolicki, inni z powodu tego, że uznaliby go za niedozwolony przedmiot kultu. Protestowaliby też członkowie innych niż chrześcijańskie kościołów oraz niewierzący, uznając taką dekorację za wyraz braku szacunku do wybranej przez nich formy życia i nierespektowania ich obywatelskich praw czy nawet za sposób narzucania im obcej religii. Nie byliby zadowoleni nawet ortodoksyjni katolicy, dla których prezentowanie żłóbka w okresie adwentu (na domiar złego obok reniferów i Mikołaja), stanowiłoby rodzaj świętokradztwa. Sprzeciw mogliby wyrazić nawet ci, którzy – choć niewierzący i nie reagujący idiosynkratycznie na każde potencjalne zagrożenie swoich praw obywatelskich – za nieuzasadnione i niesmaczne uznaliby wykorzys-

tywanie symboli religijnych do celów czysto komercyjnych[129]. Wszyscy oni prawdopodobnie zgodziliby się co do kwestii podstawowych: co do konieczności rozdziału kościoła od państwa czy – że symbole religijne nie powinny być profanowane. Nie zgodziliby się jednak co do interpretacji zastanej sytuacji. Nie zgodziliby się co do tego, co oznacza publiczne wystawienie żłóbka. Problem więc – jak wykazuje powyższy przykład – nie dotyczy tylko braku podzielanej społecznie zgody na realizację takiego czy innego stanu rzeczy; a więc nie dotyczy tylko oceny tego, który stan rzeczy jest najbardziej wartościowy. Niezgoda jest tu bowiem głębsza i dotyczy odpowiedzi na pytanie, jakie ekspresywne znaczenie będzie miał wybór danej opcji (danego stanu rzeczy). Dokonanie wyboru służy bowiem (i to ma dla koncepcji Anderson fundamentalne znaczenie) nie tylko uzyskaniu takich czy innych konsekwencji, ale wyrażeniu poprzez ten wybór poparcia dla określonych wartości. Trzeba więc – według Anderson – pamiętać, że kiedy decyzja w sferze publicznej podejmowana jest w sytuacji konfliktu i ścierania się niewspółmiernych wartości, taka „decyzja nie jest wyrazem wspólnego [zjednoczonego] przyjęcia jakiegoś jednego sądu wartościującego czy jednej wartościującej perspektywy”[130].

Elisabeth Anderson kwestionuje także dwa dość rozpowszechnione przekonania dotyczące niewspółmierności[131].

Pierwsze to przekonanie, że racjonalny wybór w sferze wartościowania opiera się całkowicie na zasadzie optymalizacji, to jest zasadzie, że wybrana opcja musi być lepsza albo równa co do wartości swojej niewybranej alternatywie. Zaakceptowanie takiego przekonania prowadzi do uznania, że jeśli wybór dotyczy dóbr, które są niewspółmierne, nie ma podstaw do racjonalnego wyboru któregoś z nich. Tymczasem – zdaniem Anderson – sądy

---

[129] *Ibidem*, s. 2163.

[130] *Ibidem*, s. 2165. I to mógłby być kolejny, obok wielu innych opisanych w rozdziale 5. tej książki, argument krytyczny wobec integryzmu R. Dworkina i jego *one right answer thesis*.

[131] E. Anderson: *Practical Reason and Incommensurable Goods*. [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 90–91.

wartościujące w bardzo wielu przypadkach w ogóle nie posługują się zasadą optymalizacji[132].

Drugie przekonanie to wiara w to, że struktura wartości jest niezależna od wymagań praktycznego rozumu. Jeśli podziela się takie stanowisko, to można również wierzyć, że struktura ta jest trudna albo wręcz niemożliwa do zrekonstruowania. Wtedy też niewspółmierność wartości jawi się jako zjawisko niezależne, zewnętrzne wobec praktycznego rozumu, stanowiące dla tegoż rozumu powód do zaniepokojenia. Ale – według Anderson – struktura wartości jest generowana przez sam rozum praktyczny. Struktura wartości jest konstytuowana poprzez strukturę racjonalnych praktyk oceniania i uzasadniania. Sądy wartościujące to konstrukcje praktycznego rozumu, które służą rozumowaniu człowieka nakierowanemu na ustalenie, co należy robić i co powinno być przedmiotem jego troski. Z tych założeń wynika, że – z jednej strony – sądy wartościujące nie mają żadnego właściwego zastosowania poza rozumowaniem praktycznym, a z drugiej strony – że sądy wartościujące są uzasadniane poprzez wykazanie, że dobrze spełniają swoją funkcję praktyczną. Dlatego pozbawione sensu jest ocenianie czegokolwiek poza jakimkolwiek kontekstem, bez odniesienia do żadnego racjonalnego podmiotu i dlatego też sądy o tym, że jakiś obiekt jest wartościowy, sprowadzają się w gruncie rzeczy do stwierdzenia, że racjonalność wymaga, aby taki obiekt cenić.

Koncepcja Elisabeth Anderson jest pragmatyczna, co według niej jest równoznaczne z założeniem, że znaczenie twierdzeń – w szczególności sądów wartościujących – wyczerpuje się w ich praktycznych implikacjach. Wobec tego dobra są niewspółmierne wówczas, kiedy w praktyce nie ma powodu, aby porównywać ich wartość[133]. W pierwszej kolejności należy więc – jej zdaniem – zadać sobie pytanie, czemu z praktycznego punktu widzenia ma służyć porównywanie. Po pierwsze, może ono służyć temu, aby dostosować do wyniku takiego porównania relatywne natężenie jakiegoś nastawienia wobec dóbr, którym przypisuje się

[132] Kwestia ta omówiona jest także w dalszej części pracy. Por. *infra* s. 224 i n.
[133] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 90–91.

daną wartość. Po drugie, porównanie takie może służyć usprawiedliwieniu wyboru jednego dobra przed drugim, ze względu na ich relatywną wartość. Jeśli żadna z tych przyczyn nie zachodzi, to porównanie niczemu nie służy, a wobec tego – z pragmatycznej perspektywy – nie można wtedy porównawczemu sądowi wartościującemu przypisać wartości prawdy, ani uznać, że ma on jakiekolwiek podstawy. A jeśli porównawczy sąd wartościujący, dotyczący jakichś dóbr, nie może być prawdziwy albo jest pozbawiony podstaw, to oznacza, że dobra, których dotyczy, są niewspółmierne. Innymi słowy dobra są niewspółmierne wtedy, kiedy nie ma dobrej racji, aby je porównywać[134].

Jest – zgodnie z relacją Anderson – kilka przyczyn, dla których (z tego punktu widzenia) dobra mogą być niewspółmierne.

Po pierwsze, może to być przypadek, w którym wybór pomiędzy dobrami nie powinien – czy też nie musi – być ściśle podyktowany jakimiś określonymi zasadami. To sytuacja, kiedy sam rozum pozwala (kiedy jest pożądane), aby wybór ten odbywał się w oparciu o nieskrępowaną grę nastrojów, zainteresowań, zachcianek, impulsów, gustów, upodobań czy innych, nie-racjonalnych, ale nie irracjonalnych, motywów. W ten sposób dokonujemy wyboru na przykład pomiędzy różnymi rozrywkami, które mogą umilić nam życie w niedzielny poranek. Niewspółmierność taka jest jak najbardziej pożądana. Jej brak uczyniłby ludzkie życie nudnym, sztywnym i pozbawionym barw. Można by nawet postawić tezę, że brak takiej niewspółmierności mocno zubożyłby ludzkie życie. Nie można także powiedzieć, aby ten rodzaj niewspółmierności powodował jakieś szczególne trudności oraz żeby wymagał jakiegoś ograniczenia. Nie oznacza to również, że ten rodzaj niewspółmierności dotyczy tylko takich wyborów, które są trywialne i pozbawione znaczenia. Niektóre z nich mogą być naprawdę ważne i mogą znacząco wpływać na ludzkie życie.

Po drugie, może to być sytuacja, kiedy porównywanie pewnych dóbr będzie w gruncie rzeczy głupie, nieciekawe

[134] *Ibidem*, s. 98–99.

i arbitralne. Dotyczy to w szczególności porównań wartości wewnętrznej dóbr należących do jakiejś bardzo szerokiej kategorii. Przykładem, do którego odwołuje się Anderson, jest porównywanie wartości estetycznej różnych dzieł szeroko rozumianej sztuki: czy rzeźba Henry'ego Moore'a jest tak dobra jak powieść Chinua Achebe, czy sonet Szekspira jest lepszy czy gorszy niż koncert fortepianowy Czajkowskiego. Nie mają przecież – jak pisze – w opinii większości ludzi, sensu (poza funkcjami edukacyjnymi czy komercyjnymi) ani wiarygodności rankingi w rodzaju „Dziesięć bilionów największych dzieł sztuki naszych czasów".

Po trzecie, dobra mogą być niewspółmierne wówczas, kiedy ich porównywanie prowadzi do niespójności. Dotyczy to takich sytuacji, kiedy nie ma wspólnej skali, żadnego przewodniego motywu, żadnej wspólnej wartości, która mogłaby rządzić takim wyborem i go usprawiedliwić. Niektóre wartości mają bowiem charakter nieskalarny[135], tzn. nie są możliwą do określenia wielkością, do której stosowałyby się różne matematyczne stosunki i operacje. Niektóre wartości nie dadzą się sumować w tym sensie, że zwiększenie liczby nośników takich wartości zwiększyłoby ogólną wartość. Takimi właśnie właściwościami – nieskalarnością i niesumowalnością – charakteryzują się wartości wewnętrzne, a więc wartości, których źródłem jest sam wartościowany obiekt – wartości nie-relatywne. (Miłość dziecka do rodziców jest wartością samą w sobie, jej wartość nie ma swego źródła na przykład w tym, że taka miłość zapewnia rodzicom opiekę na starość. Przywiązanie do przyjaciela podobnie – nie jest dobre ze względu na korzyści, które można za jego pomocą osiągnąć). A więc dobra, które nie mają tej „części wspólnej", dobra, które nie są skalarne, są niewspółmierne, bo każde z nich jest wartościowe, ale każde na inny sposób. Wyborem pomiędzy takimi dobrami nie rządzi zasada optymalizacji, ale inne prawidła, które mają charakter raczej

[135] W fizyce wielkość skalarna to wielkość, do której określenia wystarczy jedna liczba rzeczywista wraz z wymiarem wielkości fizycznej, np. długość, pole, objętość, temperatura itp.

dystrybutywny. Wyborem rządzą tu zasady, wedle których wybór taki powinien odzwierciedlać różny status (a nie różną wagę) alternatywnych dóbr; zasady, wedle których każdemu należy oddać to, co mu się należy[136].

Z koncepcją Elisabeth Anderson silnie polemizuje Ruth Chang. Warto przyjrzeć się jej stanowisku, bo odwołuje się ono do dość typowych argumentów przedstawianych w dyskusji o niewspółmierności. Chang kwestionuje wszystkie trzy sytuacje, które Anderson uznała za przypadki niewspółmierności, wynikającej z braku dobrych racji dla dokonywania porównania.

Pierwszy przypadek kwestionuje na tej podstawie, że – jej zdaniem – z tego, iż racjonalny wybór nie musi być koniecznie przeprowadzony zgodnie z jakimiś racjami nie wynika wcale, że nie ma dobrych racji, aby takiego porównania dokonać. Jak pisze, to że wolno mi zadecydować na podstawie własnej zachcianki czy zjeść deser czekoladowy, czy mus owocowy, nie oznacza, że nie mogę mieć dobrego powodu, aby porównać oba desery z punktu widzenia ich wartości odżywczych[137]. Ten zarzut – jak się wydaje – jest jednak chybiony. Porównanie z punktu widzenia wartości odżywczych nie jest wcale tym, o jakie chodziło Anderson. Oczywiście, desery można porównywać – jeśli się tylko chce – z punktu widzenia kaloryczności, zawartości witamin, atrakcyjności koloru, objętości, przejrzystości, oryginalności formy, opakowania itd., ale są to wartości relatywne, istotne ściśle z punktu widzenia specyficznego kontekstu sytuacyjnego. Dla kontekstu – o jaki chodziło Anderson – kontekstu, w którym musimy dokonać wyboru, ale gdy nie mamy ani konieczności ani chęci skupiania się na kaloryczności, zawartości witamin, atrakcyjności koloru, objętości, przejrzystości czy oryginalności formy lub opakowania, wymienione powyżej kryteria nie mogą spełnić swojej roli. W tym kontekście bowiem desery są nieporównywalne. Nie można przecież zarzucić Anderson, że zależności od tego kontekstu nie wskazała. Powiedziała wszak, iż

[136] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 99–104.
[137] R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 110.

z jej pragmatycznego punktu widzenia wartościowanie w próżni, czysto abstrakcyjnie, nie ma żadnego sensu. Aby to sobie uświadomić wystarczy zapytać pierwszej z brzegu napotkanej osoby: Co Pan/Pani uznaje za bardziej wartościowe jako deser: mus czekoladowy czy budyń śmietankowy? Wiele osób zapytałoby najpierw: „A pod jakim względem wartościowy?" Na stwierdzenie, że z żadnego szczególnego punktu widzenia, tak w ogóle, padłaby prawdopodobnie odpowiedź: „A to zależy od tego, co kto woli".

Drugi przypadek kwestionuje Chang na tej podstawie, że istnieją takie przedsięwzięcia, w ramach których ocena porównawcza – na przykład dzieł sztuki – nie jest ani głupia, ani nużąca, ani arbitralna, ale jest wręcz niezbędna. Podaje tu przykład jurorów na konkursach sztuki czy członków instytucji, przyznających fundusze na różne artystyczne projekty[138]. Chang popełnia jednak – jak się zdaje – znowu ten sam błąd. Przykłada do analizowanej sytuacji zupełnie inny niż Anderson kontekst i twierdzi, że możliwość porównania w tym nowym kontekście jest dowodem na to, że Anderson nie ma racji. Ale w tym miejscu można sobie postawić kilka pytań. Po pierwsze: czy to, że wybory odbywające się na zasadach konkursów rzeczywiście się odbywają, uwalnia te wybory automatycznie od zarzutu arbitralności? Po drugie: czy ogólna wartość estetyczna, o którą chodziło Anderson, jest tą samą wartością estetyczną, która stanowi kryterium w tego rodzaju konkursach? Po trzecie: czy reguły konkursu, które niewątpliwie jakieś muszą być, nie wpływają w żaden sposób na jego wynik, choćby w ten sposób, że po prostu wymuszają mimo trudności ostateczną decyzję?

Trzecią sytuację Chang poddaje w wątpliwość, prezentując argumenty, które objaśniam poniżej.

Nie jest, zdaniem Chang, prawdą założenie, które przypisuje ona Anderson, że dwa dobra są porównywalne tylko wtedy, gdy istnieje wspólna jednostka wartości, w kategoriach której porównanie może się odbyć. Na przykład, jedna przyjaźń może być lepsza w sensie Pareto od drugiej, jeśli ta pierwsza jest

[138] *Ibidem*, s. 109.

co najmniej tak samo dobra jak druga we wszystkich aspektach przyjaźni i jeszcze trochę lepsza. Albo porównania tylko porządkowe (a więc takie, które nie wymagają ścisłej jednostki wartości) wskazują nam, że życie ludzkie jest bardziej wartościowe niż życie karalucha. Albo leksykalne rankingi, które wskazują nam, że przyjaźń jest lepsza niż guma do żucia[139]. Argument powyższy wydaje się być całkowicie chybiony. Po pierwsze, Anderson nie wymaga wspólnej jednostki wartości, ale wspólnej wartości jako podstawy porównania. Po drugie, wszystkie sposoby – o których pisze Chang – z góry zakładają porównywalność, choć założenie to powoduje wiele wątpliwości. Żeby na przykład zastosować kryterium Pareta, trzeba byłoby najpierw stwierdzić, że dwie przyjaźnie są co najmniej równie dobre (a więc dokonać porównania) i to we wszystkich aspektach przyjaźni (jak takie aspekty zdefiniować?).

Podsumowując, można stwierdzić, że typowy dla komparatywistów[140] sposób krytyki koncepcji Anderson – zwłaszcza w wersji Ruth Chang – wydaje się mało przekonujący. Być może właśnie odporność na krytykę tego typu stała się przyczyną, dla której stanowisko Anderson w sprawie niewspółmierności jest obecnie – zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych – jednym z najbardziej wpływowych.

1.2. Czym nie jest niewspółmierność

Jak zauważa Larry Alexander „jest wiele rzeczy, które nie są niewspółmiernością wartości, ale mogą być z nią mylone”[141]. Przy czym konstatuje, że przy kwalifikowaniu różnych sytuacji jako niewspółmierności należy zachować daleko posuniętą ostrożność, gdyż „[…] jest wiele lęków, które – nawet jeżeli mają

---

139 *Ibidem*, s. 111.

140 Komparatywistów rozumianych jako ci, którzy przyjmują, że racjonalny wybór pomiędzy opcjami musi opierać się na porównaniu tych opcji (takie znaczenie terminu „komparatywista” przyjmuje się dość powszechnie w dyskursie o zjawisku niewspółmierności). Nie zaś komparatywistów rozumianych jako ci, którzy uprawiają jakąś dyscyplinę nauki o charakterze porównawczym.

141 L. Alexander: *Banishing the Bogey of Incommensurability*. „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 146, no. 5, 1998, s. 1649.

dobre podstawy – nie powinny prowadzić nas do zakładania (albo do życzenia sobie) niewspółmierności wartości. Wiara w to, że wartości są niewspółmierne, pozwala nam zbyt łatwo uchylić się od uzasadniania naszych wyborów"[142]. Jego obawa, choć – moim zdaniem – nie do końca uzasadniona[143], uświadamia, że po pierwsze, brak zgody co do sposobu rozumienia niewspółmierności skutkuje też różnicami w orzekaniu o tym, co niewspółmiernością nie jest. Po drugie, że – wprawdzie każdy jest w tej sprawie skazany na własny osąd – to jednak (mimo wszelkich trudności), w ograniczonym przynajmniej zakresie, powinno się oddzielać sytuacje, które niewspółmiernością są, od takich, które nią na pewno nie są, oraz takich, które wprawdzie niewspółmiernością być mogą, ale nie muszą.

W literaturze zaś można spotkać się z koncepcjami, zgodnie z którymi niewspółmierność nie jest równoznaczna z:

1. nieokreślonością (*indeterminacy*),
2. niepewnością (*uncertainty*),
3. nieporównywalnością (*incomparability*),
4. aporównywalnością (*noncomparability*),
5. niezgodnością czy też inaczej nieprzystawalnością (*incompatibility*),
6. niepodstawialnością (*unsubstitutability*),
7. niewymiennością (*unexchangeability*),
8. niezastępowalnością (*irreplaceability*),
9. niesumowalnością (*nonadditivity*),
10. niekompensowalnością (*uncompensability*),
11. niemierzalnością.

Co oznaczają te terminy i dlaczego, według niektórych, muszą być odróżniane od niewspółmierności?

---

[142] *Ibidem*.

[143] Uznaję obawy Alexandra za nieuzasadnione, ponieważ stoję na stanowisku, że niewspółmierność nie może być traktowana jak pretekst do uchylania się od uzasadniania wyborów.

O nieokreśloności (*indeterminacy*) wspomniano już powyżej, w tej części rozdziału, w której była mowa o tym, czym jest niewspółmierność (1.1.5). Warto jednak powrócić do tego tematu zwracając uwagę na stanowisko na przykład Johna Graya, zgodnie z którym niewspółmierność nie jest nieokreślonością, czy też jak to nazywa „mglistością". Wprawdzie – jak przyznaje Gray – wszystkim wartościom (koncepcjom dobra, obowiązków, praw, ideałów czy cnót) towarzyszy otoczka mglistości, ale nie jest to zjawisko, które byłoby dla nich specyficzne; które odróżniałoby je od zwykłych faktów. Bo nieokreśloność jest – według niego – raczej cechą samego języka i nie ma związku z wartościami jako takimi. Dzieje się nawet zupełnie przeciwnie. O wartościach można powiedzieć, że są niewspółmierne tylko wówczas, kiedy pozbędziemy się nieokreśloności. Jak pisze: „Kiedy mówimy o pokoju i sprawiedliwości, że ich wymogi są niewspółmierne, nie mamy na myśli tego, iż mamy jakieś wątpliwości co do tych wymogów. Mamy na myśli to, że nie mamy żadnych wątpliwości co do nich, oraz to, że gdy wymogi te wchodzą ze sobą w konflikt, nie ma żadnego rozstrzygnięcia owego konfliktu, które byłoby jedynie sprawiedliwe czy też najlepsze ze wszystkich"[144].

Czym innym od niewspółmierności jest – według niektórych – także niepewność (*uncertainty*). Brett Scharffs definiuje niepewność jako stan umysłu polegający na tym, że podmiot będący w tym stanie ma wątpliwości. Ten stan może być wynikiem niewspółmierności, ale wcale nie musi[145].

Nieporównywalność (*incomparability*) to także – w opinii pewnej, acz mniej licznej grupy filozofów – nie to samo co niewspółmierność. Stanowisko odróżniające ściśle niewspółmier-

---

[144] J. Gray: *Dwie twarze liberalizmu*. Warszawa, 2001, s. 71.

[145] B. G. Scharffs: *The Adjudication and the Problems of Incommensurability*. „William and Mary Law Review", vol. 42, no. 4, 2001, s. 8 z 35. Niektóre z przytaczanych pozycji bibliograficznych, których kopie dostępne są w wersji elektronicznej, występują w postaci tekstu ciągłego i nie zachowują oryginalnego układu stron. W takich przypadkach zastosowany w niniejszej książce zapis „strona X z Y" odnosi się do wydruku sporządzonego w formacie A4 z zachowaniem ustawień pliku źródłowego.

ność od nieporównywalności jest charakterystyczne dla przedstawicieli tzw. pluralizmu słabego[146]. Większość autorów bowiem – podobnie jak na przykład Joseph Raz – wręcz przyznaje, że terminu „niewspółmierność" używają wymiennie z terminem „nieporównywalność" i traktują je jako synonimy[147] (choć trzeba przyznać, że Raz nie jest w tej sprawie konsekwentny i w innych miejscach przyznaje, że jest pewna różnica pomiędzy nieporównywalnością i niewspółmiernością[148]). Niektórzy jednak zauważają, że niewspółmierność pierwotnie odnosiła się wyłącznie do braku wspólnej miary, braku wspólnej jednostki pomiaru[149]. Stanowisko podkreślające rozróżnienie pomiędzy niewspółmiernością i nieporównywalnością, jak to już wcześniej wspomniano, popiera Cass Sunstein[150]. Jak zauważa z kolei Ruth Chang, czasami myśli się, że niewspółmierność musi zakładać nieporównywalność, ponieważ brak wspólnej jednostki pomiaru jakichś elementów sprawia, iż są one nieporównywalne, ale przecież teorie ekonomiczne i teorie pomiaru głoszą, że brak wspólnej skali nie oznacza nieporównywalności. Mimo bowiem braku możliwości precyzyjnego pomiaru różnicy pomiędzy elementami można je uszeregować porządkowo i orzec o nich, że jeden jest lepszy od drugiego, albo oba są równe. Zdaniem Chang nie należy więc mylić niewspółmierności z nieporównywalnością, chociaż – podkreślając to jej zastrzeżenie – trzeba wyraźnie stwierdzić, że w takim razie przedmiotem jej własnego zainteresowania i pracy badawczej pozostaje przede wszystkim nieporównywalność[151]. Także Stephen Gardbaum podkreśla różnicę pomiędzy niewspółmiernością i nieporównywalnością, upatrując jej w tym, że niewspółmierność oznacza niemożliwość uszeregowania opcji poprzez przypisanie im ściśle określonych wartości odzwierciedlających liczbowo stosunki pomiędzy nimi, a nieporównywalność oznacza niemożliwość uszeregowania opcji

[146] O pluralizmie słabym patrz *infra* s. 109.
[147] J. Raz: *The Morality…*, s. 322; J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 35–36.
[148] Por. *supra* przyp. 68 na s. 46.
[149] R. Chang: *Introduction…*, s. 1, 18.
[150] Por. *supra* s. 46.
[151] R. Chang: *Introduction…*, s. 2.

w określonym porządku wedle relacji „większe", „mniejsze", „równe"[152].

Aporównywalność (*noncomparability*) to sytuacja, w której brakuje dla porównywanych elementów wspólnego kryterium, za pomocą którego można by dokonać porównania. Często podawanym tu przykładem jest ten pochodzący od Elisabeth Anderson, która stwierdziła, że „nie mogą powieść się próby porównania geniuszu naukowca z honorem gentelmana"[153]. Inny popularny przykład to porównanie kredy i sera. Uważam jednak, że – wbrew pozorom – nie jest prawdą, że żadnego w ogóle porównania nie da się tu przeprowadzić. Wszystko bowiem zależy od przyjętego kryterium porównania. Można przecież porównać kredę i ser z punktu widzenia ich przydatności do zaspokojenia głodu. Można też porównać geniusz naukowca i honor gentelmana z punktu widzenia ich przydatności dla świata nauki. Ale trzeba pamiętać, że są to porównania dokonane z czysto instrumentalnego punktu widzenia. Wydaje się więc, że tym, którzy mówią o *noncomparability* chodzi raczej o brak jakiejś wartości wewnętrznej, z punktu widzenia której porównanie może być dokonane[154], a nie o brak jakiejkolwiek wartości. Ruth Chang wyjaśnia, że chodzi tu o niemożność dokonania porównania (niepowodzenie porównania natury formalnej), podczas gdy – jej zdaniem – prawdziwa nieporównywalność w istocie jest niepowodzeniem porównania o charakterze treściowym. Chang wyjaśnia swoje stanowisko[155], posługując się pojęciem predykatu. Jak wskazuje, każdy predykat ma swoją dziedzinę zastosowania. Do wyrażania porównań służą najczęściej predykaty dwuargumentowe. Dwa elementy są porównywalne albo nieporównywalne tylko wtedy, gdy elementy te należą do

---

[152] S. Gardbaum: *Law, Incommensurability, and Expression*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, 1998, s. 1687.
[153] E. Anderson: *Practical Reason*…, s. 98.
[154] Tak właśnie odpowiada Anderson na argumenty Chang, pisząc, że wskazanie, iż takie dobra mogą być porównane z punktu widzeniach ich wartości instrumentalnej dla różnego rodzaju celów nie jest dowodem na to, że można je porównać z punktu widzenia ich wartości samych w sobie – por. *ibidem*, s. 270.
[155] R. Chang: *Introduction*…, s. 27–30.

dziedziny zastosowania predykatu. Jeżeli porównywane elementy należą do dziedziny zastosowania danego predykatu, można bowiem orzec, że w połączeniu z tymi argumentami tworzą zdanie prawdziwe albo fałszywe. I tak na przykład – przy założeniu, że kryterium porównania będą walory smakowe – o zdaniu: „Ementaler ma wyższe walory smakowe niż cheddar" można orzec, czy jest prawdziwe, czy fałszywe. Jeśli natomiast porównywane elementy nie należą do dziedziny zastosowania predykatu, wówczas prawdziwość utworzonego zdania będzie nieokreślona. Jako przykład można podać zdanie „Smażone jajka mają piękniejsze brzmienie niż liczba dziewięć". Ani smażone jajka, ani liczba dziewięć nie należą do dziedziny zastosowania predykatu „mieć piękniejsze brzmienie", nie jest dla nich wspólną wartością „piękno brzmienia". W takiej sytuacji – w opinii Chang – mamy do czynienia z innym zjawiskiem niż nieporównywalność – elementy te są aporównywalne. W tym miejscu można by było się zastanowić, czy z aporównywalnością mamy do czynienia wtedy, gdy w ogóle brak jest jakiejkolwiek wartości wewnętrznej, mogącej służyć jako kryterium porównania, czy też także wtedy, gdy wybrane kryterium porównania nie nadaje się do dokonania porównania ze względu na to, że nie jest wspólne dla porównywanych elementów. Na zarzuty, że odróżnianie aporównywalności od nieporównywalności ma znaczenie tylko terminologiczne, Chang odpowiada – i chyba słusznie – że odróżnienie to ma olbrzymie znaczenie dla potrzeb rozumowania praktycznego. Po pierwsze, zdania relacjonujące porównanie pomiędzy elementami porównywalnymi lub nieporównywalnymi mogą być prawdziwe albo fałszywe, ale są dla nas zrozumiałe. Ementaler i cheddar mogą być nieporównywalne pod względem walorów smakowych, ale jeśli taką tezę przyjmiemy, wiadomo będzie, że zdanie „Ementaler ma wyższe walory smakowe niż cheddar" jest fałszywe. Natomiast zdanie „Smażone jajka mają piękniejsze brzmienie niż liczba dziewięć" będzie dla nas po prostu niezrozumiałe. Ponadto, i ten wątek wydaje się nawet ważniejszy, trzeba jej zdaniem koniecznie zauważyć, że rozum praktyczny nigdy nie konfrontuje podmiotu na serio z porównaniami

elementów aporównywalnych. Nie stajemy nigdy na poważnie wobec pytania, czy książka jest bardziej łysa niż symfonia Beethovena, albo czy program pierwszy telewizji publicznej jest smaczniejszy (no chyba że w przenośni) od parapetu okiennego. Problem ten więc, jako nieznaczący, powinien być z góry wyłączony z dyskusji nad znaczeniem niewspółmierności dla rozumowania praktycznego[156].

Niezgodnością czy też nieprzystawalnością (*incompatibility*) nazywa się niemożliwość jednoczesnego zrealizowania dwóch lub więcej wartości – praktyczną konieczność poświęcenia jednej dla drugiej. Brett Scharffs odróżnia *incompatibility* jako sytuację, w której realizacja opcji A zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia lub realizacji opcji B, od *incompossibility*, która z kolei jest sytuacją, w której obie opcje A i B, choć wartościowe, nie mogą być jednocześnie zrealizowane[157]. John Gray nazwa to *uncombinability*, to znaczy niezdolnością do łączenia ze sobą pewnych dóbr, która może być mniej lub bardziej radykalna[158]. Sytuacja taka, napotykana i identyfikowana tym częściej, im bardziej zakłada się pluralizm wartości, nie może być jednakże – według niektórych – mylona z niewspółmiernością[159]. Zdaniem Stephena Gardbauma to właśnie nieprzystawalność jest sednem koncepcji Isaiaha Berlina, a nie niewspółmierność. Założenie bowiem o wielości i nieredukowalności wartości samo niczego jeszcze nie przesądza co do tego, czy wartości te mogą być mierzone, porównywane i hierarchizowane. Ale – jak zauważa – nawet rozumiane jako niekompatybilność, zjawisko to nie odbiera *a priori* możliwości dokonywania usprawiedliwionych wyborów, choć jest przyczyną, dla której wybory te w sposób nieunikniony wiążą się z jakąś moralną stratą. Jest to cecha, która różni niekompatybilność od niewspółmierności i nieporównywalności, które to w sposób bezpośredni implikują wątpliwości dotyczące ludzkiej zdolności dokonywania racjonalnych wyborów. Pluralizm

---

[156] R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 84–90.
[157] B. G. Scharffs: *op.cit.*, s. 8 z 35.
[158] B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*. Kraków, 2008, s. 187.
[159] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 36.

wartości i niekompatybilność nie wykluczają także – zdaniem Gardbauma – perfekcjonizmu jako możliwego do przyjęcia stanowiska; nawet dla niektórych koncepcji perfekcjonistycznych, takich jak koncepcja Raza, są – według niego – wręcz niezbędne[160].

Niepodstawialność (*unsubstitutability*) albo niewymienność (*unexchangeability*) to sytuacja, kiedy dana wartość (czy też inny element) nie może być zastąpiona inną wartością (czy też odpowiednio innym elementem) w tym sensie, że strata w zakresie pierwszej z nich nie może być zrównoważona zyskiem w zakresie drugiej. Cecha ta, jak zauważa James Griffin, odnosi się na pewno do tych wartości, których źródłem jest ludzka godność, ale – według niego – nie może być mylona z nieporównywalnością (i niewspółmiernością). Często bowiem dokonujemy – jak stwierdza – porównania w przypadku takich „niepodstawialnych" wartości, na przykład wtedy gdy poświęcamy swoją wolność polityczną po to, aby zamieszkać w kraju, w którym mieszka ukochana osoba[161].

Niezastępowalność (*irreplaceability*) polega na tym, że pewien element nie może zostać zastąpiony przez inny ani poprzez podstawienie, ani poprzez rekompensatę. Niezastępowalność dotyczy elementów o charakterze unikalnym, niepowtarzalnym, takich jak na przykład ludzkie życie. Nic nie może zastąpić na przykład utraconego dziecka albo małżonka. Ale tego rodzaju niezastępowalność nie jest równoznaczna – według niektórych – z nieporównywalnością, bo nie wyklucza ona dokonania porównania, a nawet nie przesądza o jego wyniku[162]. Joseph Raz uważa, że niezastępowalność zależy od punktu widzenia, ponieważ każda rzecz jest pod pewnymi względami zastępowalna, a pod innymi nie. Twierdzenia o rzekomej niezastępowalności nie oznaczają więc tak naprawdę, że wartość niezastępowalnego obiektu jest większa od wartości jakiegokolwiek obiektu, który mógłby być potencjalnym zamiennikiem;

---

[160] S. Gardbaum: *op.cit.,* s. 1688.
[161] J. Griffin: *Incommensurability…,* s. 37.
[162] *Ibidem.*

dlatego właśnie tak często w takiej sytuacji mówi się o nieporównywalności czy niewspółmierności. Takie twierdzenia mogą oznaczać, że pod pewnym względem obiekt jest lepszy od jakiegokolwiek możliwego zamiennika. Ale najczęściej oznaczają, że jest coś (albo było coś) takiego w danym obiekcie, co daje mu wartość szczególnego rodzaju. Taką wartość, że nawet jeśli możliwe zamienniki są dobre albo nawet lepsze, to nigdy nie będą całkiem takie same, zwłaszcza dokładnie pod tym szczególnym względem, który czynił obiekt wartościowym czy dobrym[163].

Niesumowalność (*nonadditivity*) lub inaczej nieprzeliczalność (*uncomputability*)[164] to właściwość polegająca na tym, że wartości nie mogą być umieszczone na pewnej skali liczbowej, skali pomiaru, która pozwalałaby na ich dodawanie. Gdy na przykład pewna wartość ceniona wysoko nie może być zrównoważona przez jakąś większą ilość wartości cenionej niżej. Można tak rozumianą niesumowalność rozumieć dwojako. Jeśli rozumie się ją w ten sposób, że pewna wartość jest ceniona tak wysoko, że żadna inna wartość – nawet w największej ilości – nie może być jej równoważnikiem, mamy tu do czynienia ze swoistego rodzaju porównaniem. Niektórzy uważają, że o takie porównanie w gruncie rzeczy chodzi tym, którzy mówią o zjawisku, które Joseph Raz nazwał niewspółmiernością konstytutywną[165]. Można ją także rozumieć w taki sposób, że brak jest co prawda jakiejś wspólnej jednostki miary, co wyklucza swego rodzaju „rachunek" na wartościach, ale to przecież z góry nie wyklucza możliwości usytuowania tych wartości na jakiejś skali o charakterze czysto porządkowym. W takiej sytuacji niesumowalność także nie jest – zdaniem niektórych – równoznaczna z niewspółmiernością.

Niemierzalność to sytuacja, w której nie istnieją odpowiednie narzędzia pomiaru wielkości pewnych obiektów, a co za tym idzie takie, które w dalszej konsekwencji pozwalałyby na

---

[163] J. Raz: *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge, 2004, s. 25.
[164] B. G. Scharffs: *op.cit.*, s. 8 z 35.
[165] J. Raz: *Value, Respect…*, s. 35.

dokonanie ich porównania. Marek Smolak zwraca uwagę, że niemierzalność nie jest równoznaczna z niewspółmiernością[166].

Oczywiście, wymienione powyżej przykłady typów sytuacji, które niewspółmiernością być nie muszą, są sporne. Pewni autorzy uważają je przecież wprost za sytuacje niewspółmierności albo za niezbędny składnik tejże. Wiele zależy w tej kwestii nie tylko od samego pojmowania niewspółmierności, ale także od zajęcia stanowiska w sprawie skutków, które niewspółmierność powoduje, czy zakwalifikowania albo nie zakwalifikowania różnych niezbędnych i faktycznie występujących w życiu wyborów, jako opartych na porównaniu lub nie. Na przykład przyjęcie, że niewspółmierność to nieporównywalność a zarazem obstawanie, że ludzkie wybory, nawet te najtrudniejsze, zawsze opierają się na porównaniu dostępnych opcji, nieuchronnie prowadzi do kwalifikowania niemal wszystkich – nawet tych najbardziej problematycznych wyborów i decyzji – jako sytuacji nazywanych na przeróżne sposoby (niepodstawialnością, niezastępowalnością, niesumowalnością, nieprzystawalnością itd.), za wszelką cenę jednak nie nazywanych niewspółmiernością.

1.3. Przedmiot niewspółmierności wartości

Niewspółmierność, jak to już wspominano powyżej, jest pewną relacją[167]. Jest to obserwacja bardzo istotna z wielu różnych powodów. Między innymi dlatego, że zwraca naszą uwagę na to, że niewspółmierność zachodzi pomiędzy określonymi, a nie jakimikolwiek członami i że zachodzi ona w określonej sytuacji. Tę kontekstowość niewspółmierności dobitnie uświadamia nam John Gray, pisząc: „[…] wartość każdego dobra da się porównać z wartością jakiegoś innego dobra. Zawsze możemy umieścić dobra na szczeblach jakiejś hierarchii; często możemy również określić wagę dóbr, które w taki sposób uhierarchizowaliśmy. Kiedy mówimy o jakichś dobrach, że ich wartość jest nieporównywalna, mamy na myśli to, iż nie możemy porównywać ich wartości *ze*

[166] M. Smolak wyraził taką opinię w recenzji wydawniczej niniejszej publikacji.
[167] Por. *supra* przyp. 84 na s. 51–52.

sobą; nie głosimy zaś absurdalnej tezy, że ich wartość nie może zostać porównana z wartością jakiegokolwiek innego dobra. Stwierdzenie, że wartość dóbr jest nieporównywalna, nie oznacza, iż nie ma kontekstów, w których mogłaby być porównana. Oznacza ono, że wartość ta może zostać porównana jedynie w określonych kontekstach"[168]. Wskazanie konkretnego kontekstu, w jakim niewspółmierność zachodzi, wymaga jednak określenia, najpierw bardziej ogólnie, warunków czy też okoliczności, w jakich może ona zachodzić; ich spełnienie jest bowiem częścią tego kontekstu. Zastanówmy się wobec tego, jakie jest pole relacji niewspółmierności? O jakich elementach możemy powiedzieć, pod pewnymi oczywiście warunkami, że są niewspółmierne, jeśli mamy na myśli to, co nazywamy (hasłowo przecież) niewspółmiernością wartości?

Wielu autorów nie precyzuje dokładnie, co według nich może być powiązane relacją niewspółmierności dookreślanej przydawką „wartości". Wielu też używa pojęcia niewspółmierności w odniesieniu do co najmniej kilku różnych rodzajów elementów. W niektórych przypadkach można uznać to za niekonsekwencję lub za brak świadomości, że wybór takich elementów może mieć jakiekolwiek znaczenie. W innych przypadkach jednak autorzy świadomie przypisują niewspółmierność – określaną ogólnie „niewspółmiernością wartości" – elementom różnego rodzaju, ponieważ rzeczywiście są zdania, że relacja ta może występować pomiędzy tymi różnego typu elementami. Przy czym trzeba zauważyć, że nie ma chyba raczej ścisłego związku pomiędzy przyjmowaną przez daną osobę definicją niewspółmierności a określeniem pola tej relacji. I tak na przykład Brian Bix czasami pisze o niewspółmierności wartości, a czasami o niewspółmierności opcji[169]. John Finnis z kolei w pewnych miejscach pisze o niewspółmierności kryteriów oceny, a więc – jak się zdaje –

[168] J. Gray: *op.cit.*, s. 72–73.
[169] B. Bix: *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford, 1995, s. 96–106.

wartości, w innych zaś – o niewspółmierności wymiarów, a jeszcze w innych – o niewspółmierności opcji[170].

Niektórzy uważają, że relacja niewspółmierności zachodzi wprost pomiędzy wartościami. Jeśli wartość A i wartość B są niewspółmierne, to oznacza, że nie mają one przypisanej określonej wagi i w sytuacji wyboru nie wiadomo, która z nich jest ważniejsza. Najczęściej oznacza to, że jeśli podmiot kieruje się wieloma wartościami i pewne z nich pozostają w konflikcie, to podmiot ten nie jest w stanie wskazać, która opcja jest najlepsza z punktu widzenia wszystkich przyjętych przezeń wartości. Lewis A. Kornhauser zauważa jednak, że wiązanie relacji niewspółmierności z samymi wartościami oraz z niemożliwością przypisania im wagi prowadzi do pewnych niekoniecznie zrozumiałych efektów. Za konsekwencję niewspółmierności wartości może być bowiem wówczas uznana niemożliwość dokonania pewnych całościowych, globalnych (*all-values-considered*) wartościowań. Wiąże się to z przyjęciem stanowiska, że pewne wartości, uznane za niewspółmierne, nie mogą być częścią tego rodzaju wartościowań. Ale przecież stanowisku takiemu przeczy – według Kornhausera – nasze codzienne doświadczenie. Badając rzeczywistość, może się niejednokrotnie okazać, że nawet w sytuacji, w której stawką są tego rodzaju wartości, które w części przynajmniej można by uznać za niewspółmierne, podmiot potrafi porównać dostępne mu opcje i dokonać wyboru pomiędzy nimi. Kornhauser wobec powyższego nie potrafi zrozumieć, dlaczego podmiot, jeśli nie miałby dokonywać wyboru pomiędzy wartościami, musiałby je porównywać. Nie ma przecież potrzeby hierarchizowania wartości w oderwaniu od konkretnych dokonywanych wyborów[171]. Pomimo tego rodzaju zastrzeżeń warto jednak zbadać, w jakim znaczeniu piszą o wartościach ci, którzy badają zjawisko zwane niewspółmiernością wartości[172].

---

[170] Por. J. Finnis: *On Reason and Authority in Law's Empire*. „Law and Philosophy", vol. 6, no. 3, 1987, s. 372, 375.

[171] L. A. Kornhauser: *No best answer?* „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, 1998, przyp.16.

[172] A potencjalnych możliwości jest wiele. Brak bowiem jakiegoś, choćby w miarę ustalonego znaczenia terminu „wartość". Jako ciekawostkę można wskazać za

I tak, na przykład, Joseph Raz używa terminu „wartość" w sposób, jak sam przyznaje, bardzo szeroki[173]. Według niego jakakolwiek własność, która czyni cokolwiek, co tę własność posiada, dobrym (lub złym) co najmniej do pewnego stopnia, jest własnością wartościującą, oznaczającą pewną wartość. Inaczej mówiąc własnością wartościującą jest każda własność, której obecność w obiekcie (działaniu, osobie, instytucji, etc.) może sama w sobie uczynić działanie, wybór, stosunek czy preferencję zrozumiałymi lub usprawiedliwionymi. Zauważa on też, że dla wielu tego rodzaju własności brak jest osobnej nazwy w postaci jakiegoś abstrakcyjnego rzeczownika[174]. Jak z powyższego wynika, pojęcie wartości u Raza nie jest koniecznie związane z dokonywaniem porównań. Inaczej natomiast rozumie wartość Ruth Chang, która definiuje ją następująco: „»Wartość« to jakikolwiek wzgląd (kryterium), zgodnie z którym można dokonać znaczącego wartościującego porównania"[175]. Ta definicja jest więc zdecydowanie węższa i włącza do zakresu pojęcia wartości wyłącznie te własności, które nadają się na kryterium znaczącego porównania. Taką wartość, która jest podstawą (kryterium), ale też warunkiem *sine qua non* konkretnego porównania, Chang nazywa *covering value* tego porównania[176]. Mówienie o niewspółmierności jest wobec tego – zgodnie z jej stanowiskiem – w ogóle sensowne (choć nie znaczy, że słuszne) tylko w odniesieniu do konkretnej *covering value*[177].

A. Kojderem, że niemiecki autor R. Lautmann znalazł tylko w literaturze socjologicznej sto siedemdziesiąt osiem różnych definicji wartości. Por. A. Kojder: *Godność i siła prawa*. Warszawa, 1995 s. 160.

[173] Jak zauważa B. Polanowska-Sygulska pojęcie wartości u J. Raza ewoluowało. Jeszcze w *Morality of Freedom* filozof odróżniał „wartość moralną" od „wartości" w szerokim sensie, po to aby podkreślić to, że używa terminu „wartość" w sensie niezrelatywizowanym (a więc na oznaczenie czegoś wartościowego, a nie na oznaczenie czegoś, co jest wartościowe tylko dla pewnych osób, grup czy kultur), a co zarazem jest racją dla działania. Później Raz nie widzi konieczności zaznaczania różnicy pomiędzy wartościami moralnymi i innymi. Por. B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości…*, s. 99.

[174] J. Raz: *Value, Respect…*, s. 43–44.

[175] R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 3.

[176] *Ibidem*.

[177] *Ibidem*, s. 9.

W tym miejscu od razu godzi się zaznaczyć, że rozważania o niewspółmierności wartości nie ograniczają się tylko do wartości moralnych. Ale ze wszystkich rodzajów wartości, wartości moralne są w najbardziej chyba naturalny sposób powiązane z działaniem, ponieważ ich realizacja polega na postępowaniu zgodnym z tymi wartościami (czy też zgodnym z normami sformułowanymi na podstawie tych wartości). Ponadto, mimo swoistości aksjologicznej różnych dziedzin kultury i ich autonomiczności, wartości moralne są najczęściej spośród innych uznawane za wartości uniwersalne i fundamentalne, a do tego takie, które można w różny sposób łączyć z innymi wartościami: np. poznawczymi, estetycznymi czy religijnymi[178]. Dlatego to właśnie ten rodzaj wartości jest chyba najczęściej przedmiotem zainteresowania badaczy niewspółmierności.

Należy też zwrócić uwagę na pewne klasyfikacje albo typologie wartości, które mają znaczenie dla omawianego tu zjawiska niewspółmierności. Najważniejszą z nich wydaje się być tradycyjny podział wartości na wartości samoistne – wewnętrzne, czy też jeszcze inaczej wartości same w sobie (*intrinsic values*) – oraz wartości zewnętrzne (*extrinsic values*). Podział ten jest zresztą przyczyną wielu kontrowersji. Wartości same w sobie bywają przez niektórych zrównywane z wartościami autotelicznymi, zaś wartości zewnętrzne z wartościami instrumentalnymi[179]. Jak definiuje Maria Łojewska-Krawczyk, „[…] wartości autoteliczne mają wartość samą w sobie, to znaczy […] są one cenne bez względu na to, czy i jakie inne wartości można przy ich pomocy zrealizować. Powinny być zatem ze względu na nie same realizowane, co będzie się łączyć z obecnością bezinteresownej motywacji w dążeniu do ich realizacji […], co bynajmniej nie jest

[178] M. Łojewska-Krawczyk: *Wiedza o wartościach*. [w:] *Wiedza a wartości*. Red.: A. Motycka, Warszawa, 2001, s. 12–13.

[179] Por. R. Lautmann: *op.cit.*, s. 17: „Odróżnia się wartości samoistne od instrumentalnych (*intrinsic – extrinsic*); pewne rzeczy są cenne same w sobie, inne mają wartość tylko o tyle, o ile służą realizacji czegoś innego, co jest cenne. Wartości instrumentalne są środkami do czegoś, co musi być wartością samą w sobie. Dopiero konsekwencje wartości instrumentalnych są bezpośrednio cenne. Można wartości samoistne nazwać pierwotnymi; nie są one połączone związkami zależności z innymi wartościami".

tożsame z brakiem emocjonalnego zaangażowania. Natomiast wartość instrumentalna może być przypisana działaniu lub wytworowi czy przedmiotowi, jeżeli jest on postrzegany w kategorii środka realizacji jakiegokolwiek celu, czy innej wartości"[180]. Utożsamianie tych różnych rodzajów wartości – wartości samych w sobie z wartościami autotelicznymi i wartości zewnętrznych z instrumentalnymi – również budzi niezliczone wątpliwości[181]. Należy jednak zaznaczyć, że pomimo tych wątpliwości często podział ten przyjmowany jest przez autorów w takiej wersji, która wprost (lub milcząco) nawiązuje do rozróżnienia dokonanego przez Kanta, a wyrażonego w znanym fragmencie *Ugruntowania metafizyki moralności*: „W państwie celów wszystko ma albo cenę albo godność. To, co posiada cenę, można zastąpić czymś innym jako równoważnikiem. To zaś, co wszelką cenę przewyższa i nie dopuszcza żadnego równoważnika, posiada godność. To, co odnosi się do powszechnych ludzkich skłonności i potrzeb ma cenę rynkową; […] natomiast to, co stanowi warunek, pod którym jedynie coś może być celem samym w sobie, ma nie tylko wartość względną, tzn. cenę, lecz również wartość wewnętrzną, tzn. godność"[182]. Kantowskie przeciwstawienie tego, co ma tylko wartość względną (cenę) temu, co ma także wartość wewnętrzną (godność) może być zresztą uznane za odległy i nie wprost, ale cenny siłą swego autorytetu, głos w sprawie niewspółmierności wartości. Już samo przeciwstawienie „ceny" i „godności" sugeruje, że nie ma pomiędzy obiektami należącymi do tych dwóch różnych sfer bezpośredniego przełożenia; że to, czemu można przypisać godność, jest bez porównania ważniejsze od tego, co ma tylko cenę.

James Griffin uznał, że dla badania zjawiska niewspółmierności użyteczny jest podział wartości na wartości rozsądne (*prudential values*) i wartości moralne (*moral values*). Wartości rozsądne to takie, które przyczyniają się do jakości

---

[180] M. Łojewska-Krawczyk: *op.cit.*, s. 16.

[181] W sprawie tych kontrowersji, wątpliwości i przeglądu stanowisk por. M. J. Zimmerman: *op.cit.*, *passim*.

[182] I. Kant: *Ugruntowanie metafizyki moralności*. Kraków, 2005, s. 59–60.

życia. Nie ukierunkowują one ludzkiego działania w bezpośredni i wyraźnie określony sposób. Są tylko wyznacznikami tego, do czego warto dążyć, niezależnie od tego, jak intensywnie i kiedy. Czasami tylko mogą być racją dla pewnych norm zakazujących działania. Griffin[183] wymienia jako przykłady takich wartości: spełnienie[184] (*accomplishment*), radość (*enjoyment*) i głębokie relacje osobiste (*deep personal relations*), rozumienie (*understanding*), składniki ludzkiej egzystencji, takie jak: sprawne (działające) ciało i zmysły, minimum dóbr materialnych dla zapewnienia integralności duszy i ciała, brak wielkiego bólu i niepokoju, wolność niezbędną z punktu widzenia naszej egzystencji jako ludzi itd. W jego opinii, pośród tego rodzaju wartości niewspółmierność nie jest zjawiskiem wszechobecnym, choć nie można w ogóle wykluczyć, że się zdarza. Griffin jest jednak zdania, że w tej sferze mamy raczej do czynienia z przybliżoną równością opcji niż z niewspółmiernością[185]. Autor ten uważa, że z kolei wartości realizowane przez normy moralne to wartości, które mają tak wiele różnych źródeł, zależą od tak wielu względów, racji i potrzeb, iż nie ma żadnej gwarancji, iż będą one porównywalne. Nie możemy mieć nawet uzasadnionej nadziei, że będą one – podobnie jak wartości rozsądne – w przybliżeniu równe, bo brak jest w przypadku wartości moralnych jakiejś wspólnej unifikującej konceptualnej podstawy (w przypadku wartości rozsądnych tą wspólną podstawą jest jakość życia). Wobec tego Griffin stwierdza, że: „jest prawdopodobne, że od czasu do czasu napotka się nieporównywalne normy moralne i nie będzie żadnych środków w jakimkolwiek ludzkim repertuarze, aby ten konflikt rozwiązać"[186].

Ruth Chang wyróżnia pośród wartości w ogóle istotną kategorię wartości składowych (*contributory values*). Wartości takie konstruują zawartość większości wartości, używanych jako kryterium porównania, choć nie można – według Chang –

[183] J. Griffin: *Well-Being…*, s. 67.
[184] Jak rozumiem chodzi o „spełnienie misji", „osiągnięcie celu" , w ostateczności więc chyba o „spełnienie się".
[185] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 40.
[186] *Ibidem*, s. 51.

powiedzieć, że decydują one bezpośrednio o ich strukturze. Struktura ta jest bowiem przede wszystkim wynikiem szczególnej organizacji wartości składowych. W opinii Chang, także same wartości składowe rzadko bywają proste, lecz są konstytuowane przez inne *contributory values*. Co więcej – możliwy jest tu swego rodzaju holizm powodujący, że regres pomiędzy różnymi wartościami – raz pełniącymi rolę wartości nadrzędnych (w tym sensie, że będących pewną całością złożoną z części) – a innym razem pełniącymi rolę wartości składowej, może mieć kolisty charakter[187].

Warto też w tym miejscu wspomnieć, że główny nurt współczesnych rozważań o niewspółmierności wartości obecny w literaturze przedmiotu, rzadko odnosi się do wartości rozróżnianych ze względu na postać ich występowania, a więc do wartości uznawanych (lub postulowanych), tj. będących częścią przekonań jednostki lub pewnych zbiorowości, przeciwstawionych wartościom zrealizowanym[188]. Rzadko też uwzględnia się podział wartości ze względu na rodzaj emocjonalnego stosunku, jaki podmiot przejawia w stosunku do nich, a więc podział na wartości odczuwane (istotnie dla podmiotu atrakcyjne) i wartości realizowane (będące przedmiotem przekonania podmiotu, że mają one charakter obiektywny)[189]. Nie odgrywa też obecnie dużej roli w przedmiotowej dziedzinie podział wartości na codzienne i uroczyste, choć trzeba zaznaczyć, że w polskiej literaturze pierwsza chyba wzmianka o niewspółmierności dotyczy tych właśnie wartości (uczynił ją Stanisław Ossowski)[190]. Przyczyn takiej sytuacji należy upatrywać chyba w tym, że powyższe podziały dokonywane są – jak się wydaje – przede wszystkim w aspekcie psychologicznym (oraz ewentualnie socjologicznym). Natomiast główny kierunek współczesnego badania założenia niewspół-

---

[187] R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 6.
[188] Por. M. Łojewska-Krawczyk: *op.cit.*, s. 10–12.
[189] Por. S. Ossowski: *Dzieła. Z zagadnień psychologii społecznej*. T. 3, Warszawa, 1967, s. 73.
[190] *Ibidem*, s. 89–101. S. Ossowski pisał także o porównywaniu cech niewspółmiernych w naukach społecznych. Por. S. Ossowski: *O osobliwościach nauk społecznych*. Warszawa, 2001, s. 95–101.

mierności wartości aspiruje (czy skutecznie, czy nie – to już całkiem inna sprawa) do osiągnięcia dość daleko idącej intersubiektywnej sprawdzalności i akceptowalności ustaleń, której to możliwości nie dają chyba w oczekiwanym zakresie narzędzia, jakimi dysponuje psychologia.

Kolejna istotna w tym miejscu obserwacja to taka, że w literaturze z zakresu filozofii polityki, częściej nawet niż w literaturze skupiającej się na zagadnieniach etycznych, przedmiotem rozważań są wartości abstrakcyjne, takie jak wolność, sprawiedliwość, piękno, słuszność itp. W takim przypadku wartości rozumiane są jeszcze inaczej niż tak, jak opisywano powyżej – interpretowane są bowiem jako pewne pojęcia, kategorie[191] czy też idee, czy nawet – jak w przypadku koncepcji Rawlsa – teorie[192]. I choć przedmiotem niniejszej pracy nie jest założenie niewspółmierności w tej postaci, w jakiej pojawia się w filozofii nauki, to nie sposób ustrzec się przed nieuchronnie nasuwającym się w tej sytuacji pytaniem: czy w przypadku tak pojmowanych wartości – wartości jako pojęć czy idei – założenie niewspółmierności wartości nie powinno być interpretowane w sposób bliższy temu, który jest właściwy właśnie dla filozofii nauki, a więc jako rodzaj niewspółmierności paradygmatów. I choć klasycznym przykładem filozofa, który pisał o niewspółmierności wartości rozumianych abstrakcyjnie, był Isaiah Berlin, to chyba najdoskonalszy przykład i dowód na to, że niewspółmierność wartości rozumianych abstrakcyjnie jest bliższa rozumieniu niewspółmierności bardziej w filozofii nauki niż w etyce, stanowi refleksja Alasdaira MacIntyre'a. Jego stanowisko, że „w dziedzinach, w których tematy i problemy są wspólne dla

[191] I. Berlin powiedział: „[…] wartości […] Są czymś co determinuje życie danej jednostki […]. To znacznie więcej, niż psychologiczna czy socjologiczna generalizacja […]. Wartości przypominają kategorie poznania świata zewnętrznego […] ale są one o wiele mniej stałe, mniej rygorystyczne, znacznie bardziej podatne na zmiany. Niemniej są to kategorie. Istnieje różnica między kategoriami i generalizacjami – kategorie są strukturami, w ramach których myślimy lub czujemy, zaś socjologiczne generalizacje na temat zachowań są po prostu opisem sposobów działania pewnych przyczyn, występowania pewnych reakcji. To coś zupełnie odmiennego". (B. Polanowska-Sygulska: *Oblicza liberalizmu*…, s. 38–39).

[192] Zob. J. Rawls: *Teoria sprawiedliwości*. Warszawa, 1994, *passim*.

więcej niż jednej tradycji, jedna z nich może je formułować w ramach pojęć, które implikują fałszywość tez uznawanych przez jedną lub więcej pozostałych tradycji, a równocześnie brakuje wspólnych standardów pozwalających rozsądzić pomiędzy rywalizującymi stanowiskami lub są one niewystarczające"[193] niesłychanie przypomina sposób, w jaki Thomas Kuhn tłumaczył swoją opinię w kwestii niewspółmierności paradygmatów w nauce: „Jeżeli dwie osoby nie zgadzają się na przykład co do względnej owocności swoich teorii [...] żadnej z nich nie można udowodnić, że popełnia błąd. I o żadnej z nich nie można powiedzieć, że postępuje nienaukowo. Nie istnieje neutralny algorytm wyboru teorii, systematyczna procedura decyzyjna, która poprawnie zastosowana, musi doprowadzić każdą jednostkę w grupie do tej samej decyzji [...]. Dwie osoby, które różnie postrzegają tę samą sytuację, ale mimo to, mówiąc o niej, korzystają z tego samego słownictwa, muszą odmiennie używać słów. To znaczy: mówiąc, zajmują one [...] niewspółmierne punkty widzenia"[194]. Od razu należy zastrzec, że powyższa refleksja nie jest tylko indywidualnym poglądem samej autorki. Niektórzy badacze – jak Steven Lukes – wskazują, że między filozofią nauki i historią nauki – z jednej strony, a filozofią moralności i filozofią polityki – z drugiej strony, istnieje co najmniej analogia, a idea niewspółmierności pełni w nich podobną rolę[195].

Kwestia wartości abstrakcyjnych jest istotna z jeszcze jednego, ważnego dla założenia niewspółmierności, punktu widzenia. Otóż, postrzegając powstające w ludzkim doświadczeniu problemy decyzyjne w perspektywie wartości abstrakcyjnych, można zaobserwować, że konflikty i niewspółmierność są możliwe nie tylko pomiędzy różnymi tak pojmowanymi wartościami, ale także wewnątrz nich samych. To właśnie miał prawdopodobnie na myśli Chaim Perelman, gdy pisał o sprawied-

---

[193] A. MacIntyre: *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?* Warszawa, 2007, s. 473.
[194] T. Kuhn: *Postscriptum* (1969). [w:] idem: *Struktura rewolucji naukowych*. Warszawa, 2001, s. 343–344.
[195] S. Lukes: *Niewspółmierność w nauce…*, s. 132.

liwości, że „daremnie usiłowalibyśmy wymienić wszystkie możliwe znaczenia pojęcia sprawiedliwości" i że są one „nie do pogodzenia"[196], choć istnieje pewien wspólny formalny element sprawiedliwości, polegający na tym, że „osoby należące do tej samej kategorii istotnej powinny być traktowane jednakowo"[197]. Stąd niezliczone antynomie sprawiedliwości, które – jak przyznaje – są tak częste, że można je uważać za normalne i które prowadzą nas do wniosku, że sprawiedliwość doskonała nie jest z tego świata[198]. Podobne zjawisko zauważa Amartya Sen, gdy z naciskiem stwierdza, że „może istnieć kilka różnych racji [przynależnych do] sprawiedliwości, z których każda przetrwa krytyczną analizę, ale dostarczy rozbieżnych wniosków"[199] oraz, że „wolność – jako pojęcie – ma nieredukowalnie wielorakie elementy"[200]. Być może jedną z przyczyn konfliktów czy też niewspółmierności wewnątrz wartości abstrakcyjnych jest to, że – choć na pozór wydają się być homogeniczne i proste – w rzeczywistości wymagają zrozumienia wielu różnych wartości oraz wzięcia pod uwagę kontekstu, w którym się pojawiają. W praktyce bowiem wartości rozumiane abstrakcyjnie są często podtrzymywane i rozpoznawane dzięki wielu bardziej szczegółowym wartościom (na przykład we współczesnej zachodniej kulturze politycznoprawnej szacunek do wolności jest okazywany między innymi poprzez przywiązanie do zasady państwa prawa)[201].

Pomimo etykiety, którą nadano rozważanemu w tej pracy zjawisku – etykiety „niewspółmierności wartości" – najczęściej za faktyczny przedmiot takiej niewspółmierności badacze uznają jednak opcje. Tak czyni, na przykład, Joseph Raz, który używa

---

[196] Ch. Perelman: *O sprawiedliwości*. Warszawa, 1959, s. 22. Jako przykładowe wymienia koncepcje skondensowane w następujących formułach: każdemu to samo; każdemu według jego zasług; każdemu według jego dzieł; każdemu według jego potrzeb; każdemu według jego pozycji; każdemu według tego, co przyznaje mu prawo.
[197] *Ibidem*, s. 36–37.
[198] *Ibidem*, s. 61–62.
[199] A. Sen: *The Idea of…*, s. x. Podobna teza patrz *ibidem*, s. 12–14, 42.
[200] *Ibidem*, s. 308.
[201] J. Raz: *The Practice of…*, s. 21 i 49–50.

określenia „opcja" na oznaczenie działania (albo nawet złożonego zespołu działań), do jakiego podmiot jest zdolny i jakie ma sposobność podjąć. Jako egzemplifikacje opcji Raz wymienia pójście do kina Lincoln Plaza na wieczorny seans następnej niedzieli albo wyjazd na narty w styczniu następnego roku. Nie zakłada przy tym, że takie opcje są bardzo szczegółowo określone z góry; pewne ich szczegóły mogą nie być zdecydowane. Nie chodzi mu też o bardzo proste działania, takie jak choćby otwarcie okna[202]. Także zdaniem Lewisa A. Kornhausera relacja niewspółmierności odnosi się do opcji, nie zaś – do wartości. Opcje to – według niego – możliwości, jakie w sytuacji wyboru w konkretnych okolicznościach pozostają do dyspozycji podmiotu[203].

Innymi elementami, które mogą być uznane za poprzednik lub następnik relacji niewspółmierności, są racje. Niewspółmierność wartości bowiem – według niektórych – pociąga za sobą bardzo często niewspółmierność racji. Racje – jak pisze Raz – to względy, które rzutują na atrakcyjność czy – inaczej mówiąc – na argumenty za lub przeciw opcjom. Mamy z nimi do czynienia wtedy, kiedy zastanawiamy się, dyskutujemy, co robić; kiedy wyjaśniamy swoje lub innych stanowisko co do tego, jakie działania mamy powody podjąć. Czasami może też chodzić o takie względy, co do których ludzie wierzą tylko (niekoniecznie słusznie), że rzutują one na argumenty za i przeciw określonym opcjom[204]. Racje mogą mieć także charakter deontyczny[205]. Pomiędzy racjami, wartościami i wartością konkretnych działań zachodzą pewne – choć nie bezsporne i nie zawsze bezpośrednie – zależności[206]. Raz na przykład uważa, iż nie ma powodów, aby

---

[202] J. Raz: *Incommensurability…*, s. 273, przyp. 2.
[203] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 4 z 31.
[204] J. Raz: *Incommensurability…*, s. 111, 273 przyp. 5.
[205] *Ibidem*, s. 273, przyp. 4.
[206] Por. J. Raz: *Mixing Values*. [w:] idem: *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*. Oxford, 2001 s. 183, przyp. 3: „Według niektórych poglądów racje są określane przez czyjąś racjonalną wiarę w wartość stojących przed tym podmiotem opcji, a nie przez ich prawdziwą wartość. Po drugie, czasami wartość opcji (logicznie) nie może być racją dla jej realizacji. Na przykład, jeśli poświęcenie przez rodzica swoich corocznych wakacji, aby być ze swoim dzieckiem w okresie stresu

wątpić, że jeżeli pomiędzy racjami często i w znaczący sposób zachodzi niewspółmierność, to występuje także szeroko rozpowszechniona i znacząca niewspółmierność wartości konkretnych opcji (i odwrotnie)[207]. Ale z drugiej strony, niewspółmierność wartości nie zawsze prowadzi – zdaniem Raza – do niewspółmierności racji dla konkretnych opcji, bo racje nie zawsze są bezpośrednim efektem wartości opcji. Czasami racje mogą być ściśle związane z osobowością czy charakterem, zamiłowaniami lub ambicjami podmiotu wybierającego. Podmiot nie musi wcale wierzyć w to, że jego upodobania czy zamiłowania są lepsze od upodobań czy zamiłowań innych osób; wręcz przeciwnie, może przyznawać, że są one jednymi z wielu możliwych i uprawnionych. Pomimo to jednak może w sposób racjonalny mieć życzenie, żeby inni (jak najwięcej osób) podzielali te jego upodobania. Skoro takie życzenie jest racjonalne, to może w sposób uprawniony kierować działaniami posiadającego je podmiotu; i tymi prywatnymi, i tymi publicznymi, przynajmniej do tego stopnia, do jakiego tego rodzaju racji nie przebiją inne racje. Chodzi po prostu o to, że jeśli podzielających upodobania podmiotu będzie wielu, to podmiot znajdzie się w przyjaznym dla siebie, odpowiadającym mu środowisku. Co więcej, w taki sposób podmiot, zapewniając sobie poparcie innych, zapewnia sobie też większe możliwości, jeżeli chodzi o alokowanie publicznych zasobów w przedsięwzięciach odpowiadających jego upodobaniom[208].

Za niewspółmierne bywają też uznawane prawa (*rights*). Thomas Nagel wprost pisze, że wynikające z generalnych, przysługujących nam wszystkim praw, obowiązki mogą pozostawać ze sobą w konflikcie. Takie prawa nie pochodzą z osobistego stosunku pomiędzy podmiotami, ponieważ wszyscy mają obowiązek ich przestrzegać, ale są nakierowane na podmiot w tym sensie, że racje do działania, których dostarczają, odnoszą się przede wszystkim do jednostek, których działania mogą

jest dobre, ponieważ daje dziecku odwagę poprzez wyrażenie miłości rodzicielskiej do niego, to nie może mieć tej wartości, jeśli jest zrealizowane po to, aby dać mu odwagę, ale tylko wtedy, kiedy jest zrobione z miłości".

[207] *Ibidem*.

[208] *Ibidem*, s. 196.

naruszać cudze prawa[209]. Kornhauser natomiast twierdzi, że konflikty pomiędzy prawami albo pomiędzy prawami i wartościami wiążą się z innymi problemami niż konflikty pomiędzy samymi wartościami. Kornhauser uważa – choć można się z nim nie zgadzać – że konflikty pomiędzy prawami albo prawami i wartościami są właściwe tylko dla decyzji prawnych. Możliwość znalezienia poprawnej odpowiedzi w przypadku konfliktu wartości nie implikuje istnienia poprawnej odpowiedzi w sytuacji konfliktu praw lub konfliktu prawa i wartości[210]. Jest – według Kornhausera – kilka przyczyn, dla których konflikty wartości są różne od konfliktów praw. Po pierwsze, w większości koncepcji praw zakłada się od początku, że prawa (a więc i obowiązki) nie kierują się logiką maksymalizowania[211]. A to ma duże znaczenie, ponieważ analizy konfliktów pomiędzy tymi racjami, do których stosuje się logika maksymalizacji oraz analizy konfliktów pomiędzy tymi racjami, do których taka logika się nie stosuje – zdaniem Kornhausera – zwykle różnią się znacznie między sobą. A ponadto sposób widzenia istoty konfliktów pomiędzy prawami zależy wprost od przyjętej koncepcji praw. Jeśli przyjmuje się koncepcję praw jako ograniczeń, które powstrzymują osobę zobowiązaną od podejmowania pewnego działania, konflikt powstanie tylko wówczas, gdy dane prawo zakazuje pewnego działania, a inne prawo zakazuje innego działania. Ale takie sprzeczności zdarzają się raczej rzadko. Bardziej prawdopodobne – w opinii Kornhausera – jest, że dwa prawa oferują konkurencyjne racje działania, a ten kto podejmuje decyzję, musi je pogodzić, aby móc zadecydować, które działanie jest właściwe. Ale wtedy w zasadzie nie będzie przydatna dyskusja na temat niewspółmierności samych praw. Ponadto powstaje problem czy prawa, które pozostają w konflikcie, są wartościowe instrumentalnie, czy też może mają wartość same w sobie. Przy czym – według Kornhausera – nawet jeżeli założymy, że dane prawa służą tylko jako środek do realizowania jakiejś wartości, to

[209] T. Nagel: *op.cit.,* s. 129 i 133.
[210] L. A. Kornhauser: *op.cit.,* s. 22 z 31, przyp. 11.
[211] O maksymalizacji patrz *infra* s. 224.

analiza takiej sytuacji będzie bardziej skomplikowana niż analiza „nagiego" konfliktu samych wartości[212].

Za niewspółmierne mogą być także uznane dobra. Prawnonaturaliści uprawiający nową teorię prawa naturalnego (tacy jak John Finnis) są zdania, że niewspółmierność zachodzi pomiędzy podstawowymi ludzkimi dobrami oraz pomiędzy racjami, ale nie identyfikują jednej z drugą. Finnis uważa, że niewspółmierność racji nie jest po prostu przypadkiem niewspółmierności dóbr i różni się od niej[213]. O niewspółmiernych dobrach, z których jedne mają charakter antropologicznie uniwersalny, a inne są konstytuowane przez społeczne konwencje, pisze także John Gray[214].

I już na koniec wyliczania różnych szeroko rozumianych przedmiotów, które „podpadają" pod zjawisko niewspółmierności, można wspomnieć, że w literaturze za niewspółmierne bywają także uznawane cele[215], formy życia (rodzaje dobrego życia)[216], przejawy zła[217] etc.

Jak z powyższego wynika, pojęcia niewspółmierności (w znaczeniu niewspółmierności wartości) używa się w stosunku do różnych obiektów. Obiekty te można z grubsza podzielić na dwie grupy. Po pierwsze, pisze się o niewspółmierności w odniesieniu do tego, co stanowi dla ludzi podstawy i kryteria oceny tego, co wartościowe (do tej grupy można zaliczyć rozważania o niewspółmierności wartości, racji, koncepcji dobra, celów czy sposobów wartościowania). Po drugie, pisze się także o niewspółmierności w odniesieniu do tego, co ma dla ludzi pewną wartość, czyli tego, co jest nośnikiem pewnych wartości, a więc na przykład o niewspółmierności dóbr, opcji działania,

---

212 L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 27 z 31 przyp. 50.
213 J. Finnis: *Natural Law and Legal Reasoning*. „Cleveland State Law Review", vol. 38, 1990, s. 9, przyp. 18.
214 J. Gray: *op.cit.*, s. 76.
215 Por. I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 238.
216 Por. J. Gray: *op.cit.*, s. 14.
217 „Co jest lepsze – system, który zapewnia pokój, ale w którym wielu ludzi cierpi głód, czy też taki, który trapiony jest zgubną w skutkach przemocą, lecz w którym nikt nie głoduje? Nie ma takiej odpowiedzi na to pytanie, z którą wszyscy rozsądnie myślący ludzie musieliby się zgodzić". *Ibidem*, s. 76.

relacji i dążeń, sposobów życia, procedur[218] czy decyzji. Należy przy tym zwrócić uwagę, że bardzo często niewspółmierność nośników wartości jest niejako pochodną niewspółmierności podstaw i kryteriów oceny tego, co wartościowe. Jest to problem w pewien sposób wielopoziomowy. I tak na przykład niewspółmierność pewnych dóbr może być pochodną niewspółmierności różnych koncepcji dobra, a zarazem taka niewspółmierność dóbr może z kolei wpływać na niewspółmierność pewnych opcji działania, których elementem konstytutywnym są pewne dobra. Ta wielopoziomowość niewspółmierności może być czasami przyczyną nieporozumień[219].

1.4. Filozoficzne konotacje tezy o niewspółmierności wartości

1.4.1. Monizm. Relatywizm. Pluralizm

Jak się *prima facie* wydaje, warunkiem koniecznym tego, żeby można było zakładać niewspółmierności wartości, jest przyjęcie, że istnieją różne, niesprowadzalne do siebie ani do jakiejś innej, wartości. Jeśli bowiem założylibyśmy, że wszystkie wartości w ten czy inny sposób da się sprowadzić do jednej (monizm), to powstaje pytanie, cóż miałoby być niewspółmierne? Dlatego zwykle przyjmuje się, że tezie o niewspółmierności wartości zaprzecza monizm. Ale i ten – wydawałoby się oczywisty pogląd – bywa kwestionowany.

Zdaniem Ruth Chang nie można mieszać monizmu ze współmiernością (porównywalnością)[220]. Na pozór związek taki zdaje się oczywisty. Skoro według monizmu wszystkie wartości ostatecznie można sprowadzić do jednej superwartości, to wydaje się to oznaczać, że różnice wartości pomiędzy różnymi obiektami

---

[218] Procedury również można uznać za nośniki wartości – za coś, co jest wartościowe.

[219] Por. S. Wojtczak: *Założenie niewspółmierności wartości a dyskrecjonalność sędziowska*. [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*. Red. nauk.: T. Stawecki, W. Staśkiewicz, Warszawa, 2010.

[220] R. Chang: *Introduction…*, s. 16.

powinny dać się zawsze zredukować do różnicy w ilości tej superwartości. A skoro tak, to co najmniej tę różnicę da się określić, a co za tym idzie – obiekty można porównać. Ale – według Chang – takiego poglądu nie da się utrzymać. Po pierwsze, zwykle monizm nie jest aż tak prymitywny. Autorka ta wspomina tu o utylitaryzmie, który – na przykład – w wersji Johna S. Milla zakłada obok różnic ilościowych także różnice jakościowe w superwartości[221], czy też niektóre rzadkie wersje utylitaryzmu, dopuszczające niewspółmierność wartości. Po drugie – jej zdaniem – nawet prymitywne formy monizmu nie zakładają całkowitej porównywalności; nie można bowiem zakładać, że wszystkie ilości jednej wartości są zawsze porównywalne. Trzeba bowiem odróżnić niewartościujący (ilościowy) sposób używania zwrotu „bardziej wartościowy" od sposobu wartościującego[222]. Nie zawsze większa ilość jakiejś wartości jest równoznaczna – zdaniem Chang – z byciem lepszym z punktu widzenia tej wartości. Pokazuje to na przykładzie wartości „przyjazności": „Elementy, które są nośnikami pewnych ilości wartości, takich jak przyjazność, są niewartościująco porównywalne co do tej wartości; ten, kto ma większą ilość przyjazności jest bardziej przyjazny. Ale większa ilość wartości nie jest koniecznie równoważna byciu lepszym z punktu widzenia tej wartości; większa ilość przyjaźni może być gorsza z punktu widzenia przyjaźni – ktoś może być zbyt przyjazny"[223]. Oczywiście Chang przyznaje, że są takie wartości, które mają charakter czysto ilościowy (wtedy proste zwiększenie ilości takiej wartości

[221] Zauważmy jednak, że utylitaryzm Milla nie jest typowy. Jak pisze M. Nussbaum Mill był rozdarty pomiędzy Arystotelesowską a Benthamowską koncepcją szczęścia, co skutkowało przyjęciem znacznie bogatszej i złożonej idei szczęścia niż ma to miejsce w klasycznym utylitaryzmie. Por. M. Nussbaum: *Mill between Aristotle & Bentham*. „Daedalus", vol. 133, no. 2, 2004, s. 60 i n.

[222] Także M. Stocker zwraca uwagę, że możliwe są dwa rozumienia „większej wartości" (*moreness of value*). Pierwsze, które nazywa matematycznym lub quasi-matematycznym, wyraża się w dodaniu czegoś, co jest uznawane za dobre. Ten sposób rozumienia może mieć niekiedy charakter neutralny, deskryptywny. Drugie znaczenie tego pojęcia jest równoznaczne z „byciem lepszym". Podobnie jak Chang, Stocker uczula na to, że oba te rozumienia mogą być rozbieżne. Zob. M. Stocker: *Plural and Conflicting Values*. Oxford, 1989, s. 299.

[223] R. Chang, *Introduction…*, s. 17.

będzie równoznaczne z byciem lepszym), ale inne takie nie są. Jest to – jej zdaniem – dowód na to, że nawet monistyczne założenie jednej nadrzędnej wartości nie implikuje koniecznie porównywalności wartości.

Monizmu z porównywalnością nie chce także mieszać Lewis A. Kornhauser, ale z innych już powodów. Uważa on, że konstruowanie różnego rodzaju hierarchii (porządków) opcji w oparciu o kryteria wielowartościowe (*all-values-considered orderings*) nie musi wiązać się koniecznie z przyjęciem, że istnieje jakaś jedna wartość, czy superwartość, będąca łącznym odzwierciedleniem wszystkich składowych, zgodnie z którą porządkuje się dostępne opcje. A więc założenie porównywalności nie implikuje – w jego opinii – monistycznej teorii wartości[224]. Podobnie – według Jamesa Griffina – kwestia monizmu czy pluralizmu wartości nie ma nic do rzeczy odnośnie do ich współmierności czy niewspółmierności. Jego zdaniem, aby móc dokonywać porównań pomiędzy wartościami, nie jest niezbędna jedna superwartość, w kategoriach której porównanie byłoby możliwe. Dla przeprowadzania porównań wystarczy dysponowanie pojęciem wartości, które byłoby ilościowe, to znaczy które nadawałoby się na składnik sądów w kategoriach „mniej", „bardziej", „równo"[225].

Zastanówmy się teraz nad poglądem przeciwnym do monizmu. Filozoficznych stanowisk, zakładających wielość wartości, można by wyróżnić wiele, w zależności od tego, jaki zakłada się w nich status tych różnorodnych wartości.

Przede wszystkim twierdzenie o wielości i różnorodności wartości zdaje się być nieodłączną częścią relatywizmu. Mijałoby się z celem podejmowanie w tej pracy wysiłku konstruowania jakiejś własnej definicji relatywizmu[226], wobec tego przyjęte tu

---

[224] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 5 z 31.

[225] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 36.

[226] Por. I. Lazari-Pawłowska: *Relatywizm etyczny*. [w:] eadem: *Etyka. Pisma wybrane*, Wrocław, 1992, s. 109–120. Pośród koncepcji zwanych relatywizmem etycznym I. Lazari-Pawłowska wyróżnia: relatywizm aksjologiczny (opinie moralne są względnie słuszne), relatywizm metodologiczny (wszelkie uzasadnienia norm mają charakter względny), relatywizm sytuacyjny (obowiązywanie norm moralnych jest

zostanie określenie relatywizmu w sferze etyki autorstwa Adama Chmielewskiego, który uznaje za właściwą dla tego nurtu „[...] tezę o zależności wartości, ocen i sądów moralnych od punktów widzenia, obyczajów, środowiska społecznego, kulturowego, a nawet geograficznego, zamieszkiwanego przez ludzi formułujących określone oceny i sądy moralne i uznających określone wartości za istniejące. Relatywizm etyczny przeciwstawia się zatem uniwersalizmowi, jak i obiektywizmowi i fundacjonalizmowi etycznemu, twierdząc, że nie istnieją powszechnie obowiązujące normy moralne, że oceny i sądy nie mają obiektywnego i ostatecznego ugruntowania w sensie fundacjonalistycznym, w obiektywnie istniejącej sferze wartości uznawanych przez wszystkie istoty ludzkie, a także że ufundowanie ocen i sądów na określonych wartościach moralnych nie jest ostateczne i może się zmieniać wskutek przemian w kulturze i środowisku zamieszkiwanym przez daną wspólnotę”[227].

Przyjęcie stanowiska relatywistycznego skutkuje poważnymi konsekwencjami dla omawianego przez nas problemu niewspółmierności wartości. Po pierwsze, ze względu na wielość jednostek ludzkich, środowisk, grup społecznych, kultur, prądów historycznych itd., trzeba by zaakceptować tezę, że wartości może być nieskończenie wiele. Po drugie, należałoby przyjąć, że brak jest jakiegokolwiek wspólnego dla wszystkich ludzi, neutralnego kryterium czy też sposobu rozstrzygania pomiędzy tymi wartościami czy też sądami. W gruncie rzeczy o to chodzi chyba Alasdairowi MacIntyre’owi, gdy stwierdza, że „istnieje jedynie praktyczna-racjonalność-tej-lub-owej-tradycji oraz sprawiedliwość-tej-lub-owej-tradycji”[228]. Ten brak wspólnego kryterium (czy też sposobu rozstrzygania) jest odpowiedzialny za to, że wartości

uzależnione od sytuacji), relatywizm kulturowy w odmianie opisowej (uzależnione od kultury faktyczne obowiązywanie poszczególnych norm lub całych systemów moralnych), relatywizm kulturowy w odmianie normatywnej (wartość każdej kultury jest względna).

[227] A. Chmielewski: *Niewspółmierność, nieprzekładalność, konflikt. Relatywizm we współczesnej filozofii analitycznej*. Wrocław, 1997, s. 54.

[228] A. MacIntyre: *Czyja sprawiedliwość?...*, s. 467.

– w szczególności pochodzące z różnych obszarów (szeroko rozumianych, bo nie chodzi tu tylko o obszary geograficzne) – na przykład z różnych tradycji – są niewspółmierne. Ale – przyjmując stanowisko relatywistyczne – trzeba zauważyć, że obok takiej niewspółmierności, z konieczności niejako, występuje jeszcze inna niewspółmierność, być może nawet ważniejsza, czy też w każdym razie wobec tej pierwszej pierwotna. Niewspółmierność, którą należałoby identyfikować z nieprzekładalnością. Można znowu odwołać się tu do MacIntyre'a, który wskazuje na dwie istotne konsekwencje faktu, że każda tradycja posiada własne idee, dotyczące wartości i praktycznego rozumowania. Jak pisze: „Pierwsza polega na tym, że racjonalna debata może się pojawić tylko w ramach tradycji, a nie między nimi [...]. Jeżeli jednak tak jest, to wypada wyciągnąć drugi wniosek. Przy założeniu, że każda tradycja formułuje swe stanowisko za pomocą własnych idiosynkratycznych pojęć i przy założeniu, że niemożliwa jest jego głęboka korekta z jakiegoś zewnętrznego punktu widzenia, może się wydawać, że każda tradycja musi kształtować własny schemat w sposób wykluczający nawet przekład jednej z tradycji na inną. Może się więc wydawać, że komunikacja między tradycjami w pewnych ważkich punktach będzie na tyle nieadekwatna, że ich członkowie nie będą nawet w stanie w pełni się porozumieć"[229].

Ten rodzaj niewspółmierności, jaki zdaje się być konsekwencją przyjęcia stanowiska relatywistycznego, będzie więc powszechny i wielopoziomowy. Łączy bowiem trudności wynikające z wielości różnych możliwych wchodzących w grę tradycji, będących przy tym w takiej czy innej części spadkobiercami jeszcze innych tradycji, z trudnościami wynikającymi z faktu niecałkowitej przekładalności schematów pojęciowych, pochodzących z różnych tradycji. Według MacIntyre'a to ten rodzaj niewspółmierności jest odpowiedzialny za wielość współczesnych sporów moralnych, ich niemal niekończące się

[229] *Ibidem*, s. 469–471.

trwanie oraz – jak pisze – z lekka histeryczny ton[230]. Ten rodzaj niewspółmierności jednak, choć (jeśli uznać jego istnienie) jest niesłychanie ważny, to w naszych rozważaniach musi pozostać na dalszym planie. Jeśli bowiem mamy zajmować się niewspółmiernością jako czynnikiem wpływającym na sposób podejmowania decyzji, a do tego jeszcze w kontekście prawa, to – ponieważ od decyzji, zwłaszcza podejmowanych na gruncie prawa wymaga się racjonalności – musimy pogodzić się z koniecznością porzucenia stanowiska całkowicie neutralnego i opowiedzieć się za jakąś tradycją; musimy przyjąć wewnętrzny dla pewnej tradycji punkt widzenia na racjonalność, bo tylko taki jest zresztą zgodnie z relatywistycznymi założeniami możliwy. Przy czym wybrana przez nas tradycja powinna odpowiadać kilku istotnym warunkom.

Po pierwsze, musi to być tradycja trwająca, być może nawet w jakimś stopniu zwycięska. Jak bowiem zauważył MacIntyre, pewne tradycje upadają, przy czym – i to jest bardzo istotne – „ponoszą porażkę w świetle przyjętych na gruncie ich samych kryteriów sukcesu i porażki"[231] Jeśli więc jakaś tradycja upada, to znaczy, że z jej własnego punktu widzenia okazała się niezdolna do adekwatnego rozwiązania różnych stojących przed nią problemów. Jeżeli zaś dana tradycja, w zetknięciu się z innymi konkurencyjnymi tradycjami, wciąż zachowuje zdolność do przeobrażania i wciąż w opinii własnych rzeczników, zgodnie z własnymi, choć nieskostniałymi i podlegającymi rewizji kryteriami, potrafi zaoferować wyjaśnienia i rozwiązania problemów lepsze niż jej konkurentki, to znaczy, że – przynajmniej na ten moment – jest tradycją zwycięską.

Po drugie, musi być to tradycja nie jakakolwiek, ale „nasza", to znaczy rozpoznawana, rozumiana i nawet jeżeli nie akceptowana powszechnie, to przynajmniej niesprzeczna w swoich głównych punktach z systemem politycznoprawnym, w którym funkcjonujemy. To oczywiście ma ścisły związek z tym,

---

[230] A. MacIntyre: *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*. Warszawa, 1996, s. 29–37.
[231] *Ibidem*, s. 489.

że tradycja jest w dużym stopniu zwycięska. Chodzi jednak także o to, że w danym momencie historycznym pewne tradycje mają większe a pewne mniejsze przełożenie na życie instytucjonalne, mimo podobnych nawet wpływów na ogólnie pojętą sferę kultury. Tradycja, która ma wyjaśniać podejmowanie decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości – także w sferze prawnej – musi takim istotnym wpływem się wykazać.

Po trzecie, musi to być tradycja uznająca wielość wartości i ich niewspółmierność. Jeżeli przedmiotem naszego zainteresowania ma być to, czy można i jak można podejmować racjonalne decyzje w sytuacji niewspółmierności wartości, musimy przyjąć taki punkt widzenia, który rozpoznaje fakt, że wartości jest wiele, że są one różnorodne i że mogą one pozostawać w relacji niewspółmierności.

Najczęściej za spełniającą wszystkie te trzy warunki uznaje się tę tradycję, której immanentną częścią jest nurt filozoficzny zwany pluralizmem wartości czy pluralizmem etycznym[232], za twórcę którego uważany jest Isaiah Berlin, a pośród żyjących przedstawicieli zwykle w literaturze wymienia się przede wszystkim Johna Graya. W potocznym odczuciu pluralizm etyczny w wymiarze politycznym jest wiązany z liberalizmem; kwestia ta jednak nie tylko nie jest jednoznaczna, ale stanowi też przedmiot żywego sporu w łonie samych pluralistów[233]. Warto również zaznaczyć, że choć wielokrotnie nań narażeni, pluraliści odrzucają stanowczo oskarżenia o relatywizm. Wszak założenie, że wartości jest wiele i że są one różnorodne, nie implikuje w sposób konieczny zaprzeczenia ich obiektywności i uniwersalności. Jak tłumaczy Gray „[…] niewspółmierne dobra bynajmniej nie zawsze konstytuowane są przez konwencje społeczne. Niektóre z nich są antropologicznymi

[232] Przyjmuję te nazwy za B. Polanowską-Sygulską. Por. B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości*…, s. 36: „Zadaniem przymiotnika »etyczny« jest odróżnienie pluralizmu wartości od wszelkich innych pluralizmów, na przykład kulturowego, metodologicznego, narodowościowego, politycznego, porządków prawnych, religijnego i tym podobnych".

[233] Por. o sporze dotyczącym relacji pomiędzy pluralizmem a liberalizmem *ibidem*, s. 267–290.

uniwersaliami. Ale uniwersalne ludzkie wartości często są rywalkami"[234]. Dlatego jako tarczę przed relatywizmem zwolennicy pluralizmu przyjmują zwykle pewne, co najmniej minimalne, założenia w tym zakresie, takie jak na przykład wspólne wszystkim ludzkim istotom minimum moralne (Berlin) czy wspólna natura ludzka leżąca u podstaw uniwersalnych form dobra i zła (Gray)[235].

Pośród nurtu zwanego pluralizmem etycznym wymienia się różne jego wersje: pluralizm tragiczny i pluralizm łagodny oraz pluralizm mocny i pluralizm słaby. Przy czym, aby odciąć się od innych występujących w literaturze podobnych typologii, zaznaczmy, że chodzi tu właśnie o te, w których podstawowa różnica pomiędzy takimi pluralizmami sprowadza się do ich stosunku do problemu niewspółmierności. Jak za właściwą literaturą relacjonuje Beata Polanowska-Sygulska, typologie te przedstawiają się następująco:

1. Zgodnie z kryterium skutku, jaki niewspółmierność wartości wywołuje w sferze rozstrzygania konfliktów wartości, czy też dokonywania wyboru, można wyróżnić:
   a. pluralizm tragiczny – pogląd, który zakłada, że nie da się rozstrzygnąć wszystkich występujących konfliktów; dokonywany w takiej sytuacji wybór nie jest wyborem racjonalnym, gdyż rozum trafia tu na nieprzekraczalną barierę; wybór taki pociąga za sobą nieuniknioną stratę;
   b. pluralizm łagodny – według tej szkoły kolizja niewspółmiernych wartości nie wyklucza racjonalnego wyboru.

2. Zgodnie z kryterium przyjętej relacji pomiędzy niewspółmiernością (rozumianą najczęściej w sposób równoznaczny z różnorodnością, ewentualnie rozumianą bardziej szczegółowo jako brak wspólnej „jednostki przeliczeniowej" dla różnych wartości) a (nie)porównywalnością można zaś wyróżnić:

---

[234] J. Gray: *op.cit.*, s. 76.
[235] Por. o obronie pluralistów przed zarzutami o relatywizm – B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości…*, s. 233–256.

a. pluralizm mocny – zakładający, że niewspółmierność pociąga za sobą nieporównywalność;
b. pluralizm słaby (będący zarazem pluralizmem łagodnym) – przyjmujący, że wartości mogą być niewspółmierne, będąc zarazem porównywalnymi oraz że istnieją pewne sposoby na porównanie niewspółmiernych wartości[236].

Przyglądając się powyższym typologiom, można jednak nabrać kilku wątpliwości.

Po pierwsze, podział na pluralizm tragiczny i pluralizm łagodny wydaje się być sztuczny, a jego formalna zasadność jest – według mnie – uzależniona niemal zupełnie od określonego i bardzo wąskiego sposobu rozumienia „racjonalności" wyboru (rozumienia czysto konsekwencjalistycznego, opartego na kalkulacji zhierarchizowanych wartości – takiego, którego wyłączna słuszność w sferze wartości jest przez sam pluralizm etyczny w ogóle kwestionowana). A przecież nie jest to jedyny przyjęty w naszej kulturze sposób rozumienia racjonalności. Jeśli przyjrzeć się poglądom filozofów zaliczanych do pluralizmu tragicznego, okazuje się, że pomimo słownych deklaracji o nierozwiązywalności pewnych konfliktów, proponują oni zwykle jakieś metody podejmowania decyzji, które trudno byłoby uznać za nieracjonalne. O poglądach w tej kwestii choćby Josepha Raza będzie mowa osobno, jako że są one dość mocno skonkretyzowane i uszczegółowione, ale wystarczy w tym miejscu powołać się na klasyka i twórcę pluralizmu etycznego Isaiaha Berlina, zaliczanego przecież do przedstawicieli wersji tragicznej. Berlin stwierdza, że „nie wolno nam […] zbytnio dramatyzować owego konfliktu wartości – na dłuższą metę pomiędzy ludźmi z różnych społeczeństw panuje dość powszechna zgoda co do tego, co jest słuszne, a co niesłuszne, co dobre, a co złe"[237] oraz daje wyraźne zalecenia, jak należy w sytuacji kolizji wartości postępować: „[…] można wszak równoważyć roszczenia, można zawierać kompromisy: w konkretnych sytuacjach nie każde żądanie ma

[236] *Ibidem*, s. 90–92.
[237] I. Berlin: *Pokrzywione drzewo…*, s. 16.

równą siłę […]. Trzeba ustalić priorytety, choć nigdy nie będą one ostateczne i absolutne. Pierwszym społecznym obowiązkiem jest oszczędzanie skrajnych cierpień. W rozpaczliwych sytuacjach mogą się okazać niezbędne środki nadzwyczajne – rewolucje, wojny czy zabójstwa […]. Rozwiązania utylitarne bywają niekiedy złe, lecz – podejrzewam – częściej okazują się dobroczynne […]"[238]. Czyż zalecenia zawarte w zacytowanym fragmencie tekstu nie są wskazówkami, jak działać racjonalnie? W mojej opinii – przyjęcie przez kogokolwiek, że wartości są niewspółmierne, a zarazem zgoda na to, że nie istnieje żaden (podkreślam – żaden) sposób podjęcia decyzji, który dawałby jej walor jakkolwiek rozumianej racjonalności, skutkowałoby relatywizmem, którego pluraliści wystrzegają się bardzo gorąco, oraz tak skrajnym pesymizmem, że zwolennikom pluralizmu etycznego zwykle nie można go przypisać[239]. Co więcej, możliwość takiej skrajnie tragicznej interpretacji pluralizmu, jej uświadomienie sobie – dopuszczenie jej nawet w sposób czysto spekulatywny – powoduje najczęściej (prawdopodobnie także z powodów psychologicznych) odrzucenie tezy o niewspółmierności wartości w ogóle jako zbyt niebezpiecznej i grożącej zbyt daleko idącymi konsekwencjami. Próbując ratować podział pluralizmu na tragiczny i łagodny, można by jeszcze obstawać, że tym, co je różni, jest właśnie obecność lub brak elementu tragedii w wyborach pomiędzy niewspółmiernymi wartościami[240]. Ale to także wydaje mi się nie do końca przekonujące. Trudno bowiem przypisać tym, których moglibyśmy zaliczyć do pluralizmu łagodnego, pogląd, że wybór pomiędzy niewspółmiernymi wartościami nigdy nie wiąże się z poczuciem straty (a nawet bezpowrotnej straty) i to tylko

---

[238] *Ibidem*.

[239] Istnieją przecież pewne sposoby, aby złagodzić cierpienie. Jak pisze B. Polanowska-Sygulska: „Kompromis […] nie jest pomyślany jako środek do prymitywnego, acz skutecznego »zaklajstrowania« pęknięcia, które jest wszak nieusuwalne – lecz jako jedyne dostępne, pragmatyczne wyjście z dylematu, a zarazem jako źródło ulgi w cierpieniu". (B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm i tragiczność…*, s. 198).

[240] To jednak może być uznane za błąd, będący wynikiem nietrafności nazwy „pluralizm tragiczny" i przeciwstawienia jej „pluralizmowi łagodnemu"(por. *ibidem*, s. 188).

dlatego, że jest racjonalny. Można by przyjąć takie stanowisko wyłącznie wtedy, gdyby racjonalność została uznana za najwyższe albo jedyne kryterium dokonywania wyboru. Ale mówienie o wyborze „moralnym", „prawym" czy „słusznym" stanowiłoby wówczas czystą redundancję. To zresztą byłoby także jakąś formą monizmu. Podsumowując ten akapit, trzeba więc powiedzieć, że podział na pluralizm tragiczny i łagodny nie wydaje się uzasadniony. Poglądy wyznawców pluralizmu etycznego różnią się wprawdzie co do sposobu rozumienia racjonalności, jakiej wymaga wybór pomiędzy niewspółmiernymi opcjami, a także co do stopnia i natężenia, w jakim rozpoznają w tego typu wyborach element tragiczny, ale nie ma tu żadnej ścisłej reguły, która pozwoliłaby przeprowadzić jakąkolwiek, chociaż w miarę czytelną granicę.

Po drugie, także podział na pluralizm mocny i słaby może być kwestionowany i to co najmniej na kilka sposobów. Można bowiem – co czyni Beata Polanowska-Sygulska – zwrócić uwagę na to, że wprawdzie przedstawiciele pluralizmu słabego, za których uznaje Michaela Stockera czy Jamesa Griffina, dystansują się stanowczo i wyraźnie od monizmu czy utylitaryzmu, to jednak w gruncie rzeczy neutralizują sam pluralizm jako taki[241]. Powstaje przecież pytanie, czym naprawdę różni się poszukiwanie kategorii wyższego rzędu[242] wobec wartościowych opcji będących przedmiotem wyboru, czy też uznanie pluralistycznych wartości za komponenty w przybliżeniu równych idealnych form dobrego życia[243]; czy też jakieś inne jeszcze zabiegi, będące sposobami na porównanie niewspółmiernych wartości – od redukowania, na instrumentalną, monistyczną modłę, tych wartości do jakichś innych. W każdym przypadku nie chodzi przecież o wartość samą w sobie porównywanych opcji, ale o to, czy i w jakim stopniu przyczyniają się one do osiągnięcia takiego czy innego celu. Można też zapytać inaczej, czy zwolennikom pluralizmu słabego rzeczywiście chodzi o porównanie i czy nie mylą oni aktu

[241] B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości…*, s. 264.
[242] M. Stocker: *Plural and Conflicting…*, s. 172.
[243] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 38–40.

dokonywania osądu (aktu porównania) z aktem dokonywania wyboru. Czy to, co proponują, nie jest w istocie jakimś kolejnym sposobem przeprowadzenia w sposób racjonalny samego wyboru. Można wreszcie zwrócić uwagę na fakt, o którym wspominano już w tej pracy powyżej[244], że na przykład sam Griffin (wszak teoretycznie przedstawiciel pluralizmu słabego) nie neguje zjawiska niewspółmierności i nieporównywalności wartości w ogóle. Wprost pisze, iż nie można wykluczyć, że w sferze wartości rozsądnych może się ono zdarzać, tyle że nie jest wszechobecne, a w sferze wartości moralnych od czasu do czasu pojawia się na pewno[245]. Przyznaje również, że czasami może się zdarzyć niewspółmierność w silnym kuhnowskim sensie jako radykalna różnica światopoglądowa[246].

Podsumowując, moim zdaniem pluralizmu słabego tak naprawdę nie ma – albo jest to jakaś ukryta, wyrafinowana forma monizmu, albo jest on rodzajem pluralizmu mocnego (i łagodnego zarazem, jeżeli mimo wszystkich zastrzeżeń zgodzić się na ten pierwszy podział), który terminu „porównanie" używa w innym znaczeniu niż zwykle przyjęte.

Tym samym należy również odrzucić jeden z efektownych argumentów Ruth Chang; ten służący – wedle jej zamiarów – zaprzeczeniu, iżby założenie pluralizmu wartości koniecznie wiązało się z założeniem ich niewspółmierności. Argument ten jednak ze względu na swą oryginalność i pozorną prawidłowość wart jest zaprezentowania w sposób szczegółowy. Można go zrelacjonować następująco:

Na pierwszy rzut oka wydaje się, że przyjęcie, iż wartości jest bardzo wiele, że różnią się między sobą, że należą do różnych rodzajów, pociąga za sobą łatwy wniosek, iż nie istnieją wspólne podstawy, na których mogłoby się oprzeć ewentualne porównanie między nimi. Jednak – zdaniem Chang – konkluzja tego rodzaju nie jest wystarczająco wyrafinowana, aby na przykład pozwolić odróżnić przypadki rzekomej nieporównywalności od przypad-

[244] Por. *supra* s. 92.
[245] J. Griffin: *Incommensurability…*, s. 39–40 i 51.
[246] *Ibidem*, s. 39.

ków, w których nieporównywalność można uznać za pewną. Nie można też – według niej – za źródło niewspółmierności uznawać faktu, że pewne wartości, w oparciu o które odbywa się porównanie (*covering values*) mogą być złożeniem różnych, nie zawsze tych samych dla porównywanych obiektów kryteriów (*contributory values*). Jako argument, że tak nie jest, podaje następujący przykład. Wyobraźmy sobie porównanie pomiędzy Mozartem i Michałem Aniołem pod względem kreatywności[247]. Porównanie to jest trudne dlatego, że, to co składa się na kreatywność w odniesieniu do Mozarta, jest inne od tych czynników, które decydują o kreatywności Michała Anioła. Ale można rozumować w następujący sposób: zarówno Mozart, jak i Michał Anioł są znakomitymi nośnikami wartości kreatywności, każdy w swojej kategorii. Wyobraźmy teraz sobie Pana Beztalencie, bardzo złego malarza. Pan Beztalencie jest tylko nominalnym nośnikiem wartości kreatywności (bo przecież jakąś kreatywność w ogóle przejawia). Zakłada się tutaj, że znakomity nośnik wartości to wyjątkowo dobry przykład – realizator – jakiejś wartości, a nominalny nośnik wartości to wyjątkowo zły przykład – ale jednak realizator – jakiejś wartości. Porównanie pomiędzy znakomitym a nominalnym nośnikiem jakiejś wartości jest więc możliwe z samej definicji – znakomity nośnik danej wartości jest zawsze lepszy niż jej nośnik nominalny. Teraz załóżmy, że kreatywność Pana Beztalencie jest oceniana wedle tych samych kryteriów, co kreatywność Michała Anioła. Obaj na przykład mają pewne malarskie umiejętności techniczne, tyle, że Pan Beztalencie dysponuje nimi w bardzo niewielkim stopniu. Jednocześnie można by twierdzić, że nie da się porównać Mozarta i Michała Anioła, bo kreatywność każdego z nich jest szacowana wedle innych kryteriów. Ale przecież nie budzi chyba wątpliwości, że jeśli chodzi o kreatywność, to Mozart (kompozytor) jest lepszy od Pana Beztalencie (malarza). Z tego więc – zdaniem Chang – wynika, że w gruncie rzeczy przyczyną, dla której mamy problem z porównaniem Mozarta i Michała Anioła nie są różne kryteria służące ocenie ich kreatywności. Wyobraźmy sobie następnie

[247] Cały przykład podaję za R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 72–73.

Pana Beztalencie^{+}, czyli także marnego malarza, ale odrobinę lepszego jeśli chodzi o kreatywność od Pana Beztalencie. Sytuacja będzie tu podobna. Nadal wydaje się, że nie mamy jeszcze sposobu porównania Mozarta i Michała Anioła pod względem kreatywności, ale wiemy już, że zarówno Mozart jak i Michał Anioł są od Pana Beztalencie^{+} lepsi. Wiemy też, że da się porównać Mozarta z Panem Beztalencie^{+}. W dalszej kolejności należy więc – wedle opinii Chang – skonstruować kontinuum malarzy począwszy od Pana Beztalencie do Michała Anioła. A skoro Mozart może być porównany z Panem Beztalencie, Panem Beztalencie^{+} i innymi elementami tego kontinuum, aż do samego jego końca, to ostatecznie może być też – zdaniem Chang – porównany z Michałem Aniołem.

Przykładowi powyższemu należy poświęcić więcej uwagi, choćby dlatego, że często bywa relacjonowany w literaturze dotyczącej niewspółmierności jako intrygujący oraz co najmniej *prima facie* trafny. Bardzo rzadko spotyka się on z bezpośrednią i właściwą krytyką[248]. Tymczasem argument ten oparty na podziale pomiędzy znaczącymi i nominalnymi nośnikami danej wartości wydaje się być chybiony z kilku powodów.

Po pierwsze Chang twierdzi, że to nie różnice w kryteriach służących ocenie kreatywności są przyczyną, dla której nie można porównać Mozarta i Michała Anioła, skoro mimo tej samej różnicy w kryteriach da się porównać Mozarta i Pana Beztalencie. Ale – moim zdaniem – popełnia błąd, uznając, że porównanie Mozarta i Pana Beztalencie nie ma żadnego związku z kryteriami kreatywności, które każdy z nich na własny sposób – sposób właściwy dla kompozytorów i sposób właściwy dla malarzy – musi spełnić. Nie wydaje mi się poprawne założenie, które czyni Chang, że uznajemy Mozarta za lepszego pod względem kreatywności od Pana Beztalencie tylko i wyłącznie na tej podstawie, że jednego z nich kwalifikujemy do zbioru niezwykle kreatywnych kompozytorów, a drugiego do zbioru bardzo mało kreatywnych

[248] Krytykę taką, ale inaczej przeprowadzoną niż poniżej zaprezentowana, przedstawia także T. Macklem. Patrz T. Macklem: *Choice and Value*. „Legal theory", vol. 7, no. 01, March 2001, s. 12–15.

malarzy, a bez żadnego związku z kryteriami, które faktycznie spełniają. Takie podejście sugeruje przecież, że możliwe byłoby dokonanie porównania także wtedy, gdyby pod tą samą nazwą jakiejś wartości kryły się diametralnie różne kryteria. Na przykład: załóżmy, że dla oszacowania kreatywności malarzy miałaby znaczenie wyłącznie ilość namalowanych obrazów, a dla oszacowania kreatywności kompozytorów – wyłącznie nowatorstwo komponowanej muzyki, a jednocześnie nie zakładałoby się wcale, że sam akt komponowania wymaga więcej kreatywności od aktu malowania. I wyobraźmy sobie, że porównywalibyśmy kompozytora, który skomponował w swym życiu jedno niesamowicie nowatorskie dzieło, z malarzem, który namalował w całym swoim życiu jeden obraz, równie niesamowicie nowatorski. Idąc tropem Chang, kompozytora musielibyśmy uznać za znakomity nośnik wartości kreatywności, a malarza za jedynie nominalny nośnik kreatywności, a co za tym idzie – kompozytora musielibyśmy uznać za bardziej kreatywnego niż malarza. Jestem przekonana jednak, że taki rezultat porównania spotkałyby się ze strony wielu ze sprzeciwem i zostałby uznany za niezgodny z normalnymi podzielanymi powszechnie intuicjami. Podstawowy argument, jaki by wówczas w związku z takim sprzeciwem padł, to prawdopodobnie taki, że w gruncie rzeczy nie ma tu wspólnej płaszczyzny porównania, bo mimo tej samej nazwy, chodzi o dwie różne kreatywności. Tak naprawdę więc nie byłoby to poprawne porównanie pod względem kreatywności, ale co najwyżej z jakiegoś innego, być może nawet nieuświadomionego, milcząco zakładanego punktu widzenia. W tym konkretnym przypadku mógłby to być na przykład stopień uznania ze strony środowiska zawodowego (kompozytor cieszyłby się większym uznaniem swego środowiska zawodowego jako kreatywny niż malarz – swojego). Jak z powyższego wynika, musi istnieć jakaś wspólnota, jakieś – choćby niewielkie – podobieństwo kryteriów porównania i bez tej wspólnoty porównanie, w takim sensie, w jakim normalnie jest rozumiane, nie jest w ogóle możliwe. A skoro tak, to znaczy, że to podobieństwo kryteriów musi w procesie każdego porównania odgrywać jakąś rolę. Przy takim sposobie porównywania – jakie

opisuje Chang – wygląda to, moim zdaniem, następująco. Kwalifikujemy Mozarta do znakomitych nośników wartości kreatywności dlatego, że spełnia w stopniu znakomitym kryteria kreatywności dla kompozytorów. Z drugiej strony, jeżeli przyjęliśmy z góry (nawet wyłącznie z przyzwyczajenia, a nie z racji posiadanej przez nas w tej kwestii faktycznej wiedzy), że Mozart należy do znakomitych nośników wartości kreatywności, to zakładamy tym samym, że spełnia on w stopniu znakomitym kryteria kreatywności dla kompozytorów. Podobnie z Panem Beztalencie. Kwalifikujemy go do nominalnych tylko nośników kreatywności dlatego, że spełnia tylko w stopniu nieznacznym kryteria kreatywności dla malarzy. Z drugiej strony, jeżeli przyjmujemy (nawet na wiarę), że Pan Beztalencie należy do nominalnych nośników wartości kreatywności, to wprawdzie zakładamy, że spełnia kryteria kreatywności dla malarzy, ale zakładamy zarazem, że co najmniej w pewnej części kryteria te – dla malarzy i dla kompozytorów – są wspólne. Jeśli więc dokonujemy porównania tylko na tej podstawie, że jeden porównywany element jest znakomitym, a drugi tylko nominalnym nośnikiem jakiejś wartości, to zakładamy, że także wspólne kryteria pierwszy spełnia w stopniu znakomitym, a drugi tylko w stopniu nieznacznym. Zakładamy więc, że także wspólne dla malarzy i kompozytorów kryteria kreatywności Mozart spełnia w stopniu znakomitym, a Pan Beztalencie tylko w stopniu nieznacznym.

Po drugie, Chang nie zauważa, że nominalne i znaczące nośniki danej wartości, choćby jednorodzajowe, nie układają się w żadne kontinuum. Mogłyby się tak układać wyłącznie wtedy, gdyby istniała jakaś wyraźna, ściśle definicyjnie wyznaczona granica pomiędzy jednymi a drugimi, a zarazem – wyczerpywałyby one łącznie zbiór wszystkich nośników danej wartości[249]. Jeśli warunki te nie są spełnione, to kontinuum takie musi być – siłą rzeczy – w którymś miejscu przerwane. Konstruując proponowane kontinuum przebiec musi przecież gdzieś granica

[249] Przypominałoby to określoność w wersji a) w terminologii Broome'a (por. *supra* s. 54).

pomiędzy tymi malarzami, którzy jeszcze są tylko nominalnymi nośnikami danej wartości, a tymi, którzy są już znaczącymi nośnikami tej wartości. Ale nie jest to zwykle granica wyraźna. Pomiędzy znaczącymi a nominalnymi nośnikami danej wartości jest bowiem grupa takich nośników, które realizują daną wartość w stopniu średnim, ani są doskonałymi realizatorami danej wartości, ani bardzo złymi[250]. W tym miejscu porównanie – porównanie pomiędzy Mozartem i Panem Beztalencie^{n+} (w gruncie rzeczy Panem Średniakiem) – nie będzie już możliwe na mocy samych tylko definicji znakomitych i nominalnych nośników wartości. Wszak Pan Średniak nie jest ani nominalnym, ani znakomitym nośnikiem wartości kreatywności. W gruncie rzeczy nie wiemy, kim jest (Chang tego nie określa). Nie można – wobec tego – posługując się tą argumentacją, twierdzić, że na pewno możliwe jest porównanie Mozarta z Michałem Aniołem. Bo porównanie malarza z kompozytorem rzeczywiście bywa możliwe (można właśnie – jak w przykładzie Chang – porównać Mozarta i Pana Beztalencie), ale tylko w pewnych, a nie we wszystkich przypadkach.

Po trzecie, trudno powiedzieć, na jakiej zasadzie Chang zakłada, że możliwe będzie porównanie pomiędzy znakomitymi nośnikami wartości kreatywności w grupie malarzy i znakomitymi nośnikami wartości kreatywności w grupie kompozytorów. Pomiędzy Mozartem i Panem Beztalencie porównanie jest możliwe na mocy definicji znakomitych i nominalnych nośników wartości. Na mocy samych tylko tych definicji pomiędzy Mozartem a Michałem Aniołem nie można przeprowadzić takiego porównania, którego efektem byłoby stwierdzenie, ani że jeden jest lepszy od drugiego, ani że byli równie kreatywni. Owszem, można przeprowadzić porównanie, ale tylko tej treści, że Mozart i Michał Anioł są sobie równi pod względem posiadania cechy „bycia znakomitymi nośnikami wartości kreatywności". (*Covering value* jest tu więc nie „kreatywność", ale „bycie znakomitym nośnikiem wartości kreatywności").

[250] Przypominałoby to nieokreśloność w ujęciu Broome'a (por. *supra* s. 54 i n.).

Można próbować kwestionować mój drugi argument przeciwko przykładowi Chang – argument o przerwaniu kontinuum przez grupę średnich nośników wartości (i o nietrafności wobec tego założenia, że każdy znakomity nośnik wartości kreatywności wśród malarzy może być porównany z dowolnym elementem kontinuum kompozytorów, począwszy od nominalnego nośnika kreatywności wśród kompozytorów) na tej zasadzie, że wystarczy do definicji nominalnych i znakomitych nośników wartości dodać definicję średnich nośników wartości, aby rozwiązać przedstawiony powyżej kłopot. Byłby to jednak pomysł słuszny tylko pod tym warunkiem, że granice pomiędzy tymi trzema grupami nośników – znakomitymi, średnimi i nominalnymi – zostałyby ściśle wyznaczone. Taki zabieg byłby jednak chyba całkowicie arbitralny.

Podsumowując powyższe rozważania, można więc jasno sformułować wynikający z nich wniosek, że na podstawie formułowanych w literaturze, a zgromadzonych tu argumentów, trudno zaprzeczyć, że stanowisko pluralizmu etycznego, zwłaszcza w jego klasycznej, a nie zniekształconej wersji, w sposób nieuchronny wiąże się z założeniem niewspółmierności wartości.

Na koniec rozważań na temat relacji tezy o niewspółmierności do pluralizmu i monizmu zaprezentować można jeszcze kilka pojawiających się w literaturze uwag dotyczących bezpośrednio sfery prawnej.

Cass Sunstein, na przykład, uważa, że mimo pozorów monistyczne teorie są wszechobecne i w wielu różnych wcieleniach pojawiają się w dyskusjach nad prawem. Choć – jak pisze – niewielu ludzi zaklasyfikowałoby swoje poglądy jako monistyczne, bo rzadko kto zaprzecza, że ludzkie wartości mają charakter pluralistyczny, to jednak wielu autorów wpisuje się pewną tradycję filozoficzną, do której należą tak różni myśliciele jak Platon i Bentham; tradycję, zgodnie z którą „wartości powinny być postrzegane jako jednolite, a ludzkie dobra powinny być widziane jako współmierne”[251]. Przyznaje on, że wprawdzie

[251] C. R. Sunstein: *Incommensurability and Valuation…*, s. 781.

najbardziej radykalne formy monizmu rzadko wspierają bezpośrednio jakieś poglądy na temat prawa, ale obstaje przy tym, że formy bardziej umiarkowane są zapleczem całych kierunków (jak ekonomiczna analiza prawa) czy też sposobów myślenia o prawie (np. te odwołujące się do praw). Jego zdaniem takie kierunki czy sposoby myślenia, lekceważąc problem niewspółmierności (czy nawet mu zaprzeczając), nie są w stanie oddać bardzo wielu ważnych kwestii związanych ze współczesnym prawem czy wyjaśnić wielu występujących w faktycznych systemach prawnych problemów[252].

Podobne obserwacje przedstawia Brett Scharffs. Jego zdaniem monizm przybiera w dyskursie prawnym wiele form. Na przykład formami takimi są formalizm i oryginalizm, ponieważ każde z tych stanowisk wybiera jako uprzywilejowaną jedną wartość, w oparciu o którą ma się dokonywać orzekanie. Niektóre z tych koncepcji, choć mają monistyczne ambicje, nie ujawniają się z nimi wprost. Za takie uznaje on ekonomiczną analizę prawa i feministyczną teorię prawa[253].

1.4.2. Krytyka konsekwencjalizmu

Założenie niewspółmierności wartości bardzo często łączy się z krytyką konsekwencjalizmu[254]. David Wiggins wskazuje, że wielu autorów upatruje w założeniu niewspółmierności wartości swoistej drogi ucieczki od moralnie odpychających dla nich skutków, jakie mogą być wynikiem konsekwencjalistycznego założenia, że decyzje w sferze praktycznej powinny być podejmowane poprzez szacowanie stanów rzeczy pod względem ich całościowej korzystności czy atrakcyjności (*desirability*). Ale – jego zdaniem – założenie niewspółmierności takiej drogi ucieczki nie zapewnia – co najmniej z tego powodu – że często tam, gdzie

---

[252] *Ibidem*, s. 782.

[253] B. G. Scharffs: *op.cit.*, s. 13 z 35

[254] Por. F. Schauer: *Commensurability…*, s. 789–791. Schauer zauważa jednak, że są takie wersje konsekwencjalizmu, które, choć wartość działania wiążą z wartością jego konsekwencji, uznają wielość ostatecznych lub nieredukowalnych wartości i jako takie mogą być połączone z wiarą w niewspółmierność wartości. Jako przykłady takich właśnie stanowisk wymienia poglądy G. E. Moore'a czy A. Sena.

konsekwencjalizm gwałci nasze przekonania czy intuicje, opcje będące przedmiotem wyboru wydają się być łatwo porównywalne. I choć pojęcie niewspółmierności może być bardzo przydatne, to nie zastąpi na przykład rozróżnienia pomiędzy tym co dobre lub złe z całościowego, odpersonalizowanego punktu widzenia, a tym co dobre lub złe z punktu widzenia jednostki[255].

Podobnie wyważone stanowisko przyjmuje Joseph Raz. Uważa on, że odrzucenie konsekwencjalizmu nie oznacza wcale, że spośród racji za lub przeciw podejmowaniu określonych działań należy w ogóle wykluczyć konsekwencje tych działań. Przyznaje też, że konsekwencjalizm nie jest kierunkiem, który można byłoby w sposób jednoznaczny i prosty zdefiniować[256]. Niemniej jednak wylicza siedem cech łączących doktryny, które należy doń zaliczyć. Pierwsza z wymienionych cech to właśnie ścisły konsekwencjalizm, który sprowadza się do uznania, że jedynymi racjami za lub przeciwko podjęciu jakiegoś działania są konsekwencje, jakie podjęcie tego działania lub jego zaniechanie może mieć oraz że waga tego rodzaju racji jest funkcją wartości tych konsekwencji. Druga cecha polega na tym, że – zgodnie z teoriami konsekwencjalistycznymi – wszystkie racje za lub przeciwko określonym działaniom są porównywalne co do swojej siły (nazywanej też inaczej wagą albo ważnością) i mogą być wedle tej siły pojedynczo lub jako kombinacje uszeregowywane. Po trzecie, szacowanie wszystkich możliwych konsekwencji działań lub ich zaniechań ma charakter neutralny wobec poglądów poszczególnych jednostek i jest dokonywane z ujednoliconego punktu widzenia wszystkich jednostek. Wedle kryterium czwartego, za konsekwencjalistyczne trzeba uznać te teorie, które zakładają, że dane działanie jest słuszne wtedy i tylko wtedy, gdy jego podjęcie maksymalizuje (oczekiwaną) wartość, to znaczy, gdy ma ono co najmniej taką samą (oczekiwaną) wartość, jak każde z alternatywnych działań dostępnych podmiotowi. To czwarte kryterium nazywa się zasadą

[255] D. Wiggins: *Incommensurability…*, s. 57–58.
[256] Podobnie uważa A. Sen – patrz A. Sen: *The Idea of…*, s. 217.

maksymalizacji (*maximization*)[257]. Kolejne, piąte znamię konsekwencjalizmu to transparentność wartości wewnętrznych – wartości samych w sobie (*intrinsic values*) – która oznacza, że cechy stanu rzeczy czyniące ten stan rzeczy wartościowym wewnętrznie, są takimi cechami, które sprawiają, że ten stan rzeczy jest dobry dla pewnych podmiotów. Przy czym z cechy takiej, która jest wewnętrznie wartościowa, człowiek czy inne zwierzę, dla którego jest ona dobra, jest zadowolony i woli jej obecność niż jej brak. Kolejne dwie właściwości konsekwencjalizmu to zasady odpowiedzialności negatywnej. Zgodnie z pierwszą z nich, konsekwencje działania przewidywane i zamierzone są równie ważne w procesie oceny tego działania. Zgodnie z drugą, w procesie oceny działania konsekwencje możliwych albo faktycznych zaniechań liczą się tak samo, jak konsekwencje możliwych albo faktycznych działań podmiotu. Podsumowując to wyliczenie, Raz przyznaje, że wielu konsekwencjalistów porzuca, łagodzi lub przeformułowuje określone powyżej założenia. Dotyczy to zwłaszcza warunku pierwszego i czwartego[258]. Z tego choćby powodu nie można powiedzieć stanowczo, że założenie niewspółmierności wartości wymusza odrzucenie konsekwencjalizmu – jest ono raczej argumentem za zmodyfikowaniem czy też osłabieniem konsekwencjalistycznego elementu w naszym rozumieniu praktycznego rozumowania[259]. Raz zwraca jednakże równocześnie uwagę na to, że szeroko rozpowszechniona znacząca niewspółmierność może podkopywać konsekwencjalizm nie wprost. Wprawdzie nie wyklucza ona istnienia – jak to nazywa – ognisk współmierności, w ramach których może być stosowana maksymalizacja lub inne tego typu strategie, ale niweczy nadzieję na skonstruowanie jakiegoś ogólnego systemu czy technologii porównywania możliwych do zastosowania w rozumowaniu praktycznym[260]. Ponadto analiza niewspółmierności pozwala także zakwestionować możliwość dokonywania

[257] Por. *infra* s. 224.
[258] J. Raz: *The Morality…*, s. 268–271.
[259] *Ibidem*, s. 358.
[260] *Ibidem*.

międzyosobowych porównań ludzkiego dobra (*well-being*). Skoro bowiem często nie da się porównać dwóch możliwych stanów czy karier dla jednej tylko osoby, to tym bardziej może nie być możliwe porównanie dobra różnych osób, które miałyby realizować te stany czy kariery[261].

Także John Finnis – zwolennik tezy o niewspółmierności wartości – zajmuje wobec konsekwencjalizmu stanowisko ostrożne i przyznaje, że „istnieje cały szereg sytuacji, w których obliczanie, mierzenie porównywanie, ważenie i ocenianie skutków alternatywnych decyzji jest rzeczą możliwą i jedyną słuszną"[262]. Podaje w swoim sztandarowym dziele *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne* pół strony przykładów, oczywistych – jego zdaniem – okoliczności, w których analiza zysków i strat jest niezbędna. Co więcej, uważa, że jednym z wymagań praktycznego rozumu jest to, „[…] że powinniśmy się przyczyniać do powstawania dobra w świecie […] podejmując takie działania, które skutecznie wiodą do swojego (rozumnego) celu. Nie wolno nam marnować możliwości, używając nieefektywnych metod. Nasze czyny powinny być oceniane ze względu na ich skuteczność, zgodność z zamierzonym celem, użyteczność, konsekwencje […]"[263]. Ale od razu zastrzega też, że to wymaganie jest tylko jednym z wielu i musi być stosowane wraz z innymi, także z tym, które nakazuje traktować każdy podstawowy aspekt ludzkiej pomyślności jako równie podstawowy i niedostarczający żadnego wspólnego mianownika czy probierza takiego, który pozwoliłby uwspółmiernić różne projekty i uczynić je przedmiotem jakiejś kalkulacji czy rachunku. Dlatego – w opinii Finnisa – konsekwencjalizm jest irracjonalny, bezsensowny i pod wieloma względami arbitralny. Nie da się bowiem przypisać żadnego realnego znaczenia pojęciom, którymi konsekwencjalizm się posługuje – w rodzaju „najlepsze skutki" „mniejsze zło" i podobne. Nie ma też sensu przeprowadzanie rachunku dobra poszczególnych działań, bo byłoby to – zdaniem Finnisa –

[261] *Ibidem*, s. 359.
[262] J. Finnis: *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*. Warszawa, 2001, s. 124–125.
[263] *Ibidem*.

możliwe tylko wówczas, gdyby prawdziwa była jakaś koncepcja teleologiczna człowieka, tzn. gdyby istoty ludzkie miały jeden, ściśle określony cel czy zadanie albo gdyby wszystkie cele, które ludzie realizują dały się zredukować do jednego, na przykład do takiego jak zaspokajanie pragnień. Ale nawet i wówczas, gdyby ludzie mieli taki nadrzędny cel, na przykład pomnażanie Bożej chwały, mogłoby się okazać, że cel ten może być realizowany w równie fundamentalny sposób w każdym z aspektów ludzkiego rozwoju[264].

Podsumowując powyższe, zaczerpnięte z literatury przedmiotu, przykłady stosunku zwolenników tezy o niewspółmierności wartości do konsekwencjalizmu można stwierdzić, że przyjęcie, iż wartości są niewspółmierne, wiąże się zwykle z krytyką konsekwencjalizmu. Przy czym, choć krytyka ta jest w pewien sposób ograniczona, bo nie zarzuca się konsekwencjalizmowi, że ten myli się całkowicie i że jego diagnoza nie jest adekwatna dla żadnej sytuacji (wszak przyznaje się, że konsekwencje naszych działań często są istotne, a ich wartość niekiedy poddaje się porównaniu), to jest bardzo zaciekła i dotkliwa. Krytyka ta dotyczy przede wszystkim absolutnych ambicji konsekwencjalizmu. Kierunek takiej krytyki jest zresztą ściśle, moim zdaniem, związany z pewną – wymagającą stałego podkreślania i przypominania – asymetrią, jaka zachodzi pomiędzy tezą o współmierności wartości i tezą o niewspółmierności wartości. Teza o współmierności wartości zakłada, że wszystkie (bez wyjątku) wartości (opcje działania, racje czy inne elementy) są współmierne, podczas gdy teza o niewspółmierności nie zakłada wcale, że wszystkie (bez wyjątku) wartości (opcje działania, racje czy inne elementy) są niewspółmierne[265]. Na

[264] *Ibidem*, s. 126–127.

[265] Można więc chyba zarzucić zwolennikom konsekwencjalizmu lub założenia współmierności wartości, że popełniają oni błąd nieuzasadnionego uogólnienia. Jak za E. Bulyginem referuje A. Grabowski, taki „błąd polega na tym, że ze zdania szczegółowego (z małym kwantyfikatorem) przechodzimy do zdania ogólnego (z dużym kwantyfikatorem), bez jakichkolwiek dodatkowych przesłanek lub argumentów takie przejście uzasadniających". (A. Grabowski: *op.cit.*, s. 403). Wszak

gruncie tezy o niewspółmierności wartości przyjmuje się tylko, że zjawisko niewspółmierności współwystępuje z wieloma, wcale nie nieznaczącymi, obszarami współmierności. Zaakceptowanie tezy o niewspółmierności wartości wiąże się zatem z ambicjami znacznie skromniejszymi niż zaakceptowanie jej przeciwieństwa oraz z aspiracjami znacznie bardziej powściągliwymi niż aspiracje konsekwencjalizmu.

1.5. Źródła niewspółmierności wartości

Joseph Raz pisze o trzech źródłach niewspółmierności wartości. Jego zdaniem najważniejszym źródłem niewspółmierności jest „niecałkowite" określenie udziału poszczególnych kryteriów składających się na daną wartość w tejże wartości[266]. Drugim źródłem jest nieostrość języka, która ma wpływ na szacowanie wartości, także tych, które nie są określone poprzez wiele kryteriów, a nawet tych, których identyfikacja wymaga wskazania tylko jakiejś jednej deskryptywnie stwierdzanej cechy. Trzecie źródło to fakt, że wartość danej opcji często jest określana przez prawdopodobieństwo, z jakim dana opcja przyniesie określone skutki. Tymczasem sądy dotyczące prawdopodobieństwa same mogą być – według Raza – niewspółmierne i wtedy niejako przenoszą niewspółmierność na rozważane opcje[267].

Do problemu źródeł niewspółmierności ustosunkowywali się także w różny sposób przedstawiciele nowej teorii prawa naturalnego. Początkowo takiego wyłącznego źródła upatrywano w zróżnicowaniu (różnorodności) kategorii podstawowych dóbr moralnych. Podstawowe dobra moralne nie są bowiem, według tej szkoły, homogeniczne, ale należą do różnych kategorii[268]. Dlatego

krytykowani tu konsekwencjaliści i zwolennicy współmierności od zdania, że w niektórych przypadkach wartości są współmierne, przechodzą do zdania, że tak jest w każdym przypadku. Takiego błędu nie popełniają zwolennicy tezy o niewspółmierności wartości, czego świadectwem jest wyżej opisana asymetria.

[266] Także J. Broome jest zdania, że niewspółmierność może wynikać stąd, że niektóre porównania wymagałyby wzięcia pod uwagę wielu czynników albo wymiarów, których wzajemny stosunek nie jest jasno określony (J. Broome: *op.cit.*, s. 67).

[267] J. Raz: *The Morality*…, s. 326–327.

[268] J. Finnis: *Prawo naturalne*…, s. 105.

John Finnis nazwał wynikający stąd rodzaj niewspółmierności niewspółmiernością międzykategorialną. Obecnie jednak w ramach tego kierunku uznano, że jakkolwiek jest to bardzo istotne źródło niewspółmierności, ale przecież nie jedyne. Innym źródłem niewspółmierności, niewspółmierności już nie między dobrami a między nośnikami (egzemplarzami) określonych dóbr, jest choćby to, że różne opcje są dla nas interesujące (pociągające) z różnych, trudno porównywalnych powodów; także przewidywane korzyści z dokonanego wyboru bardzo się między sobą różnią[269].

Cass Sunstein podkreśla, że wprawdzie na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że niewspółmierność występuje tylko wtedy, kiedy każde z niewspółmiernych dóbr wymaga wartościowania innego rodzaju. Jego zdaniem jednak niewspółmierność może mieć miejsce także w tych przypadkach, w których dobra są w gruncie rzeczy jednorodzajowe, cenione ze względu na tę samą wartość, a mimo to są niewspółmierne. Jako przykład podaje tu[270] słynny dylemat matki z książki Williama Styrona *Wybór Zofii*: matka podczas selekcji w obozie koncentracyjnym pod groźbą śmierci musi wybrać, które z jej dwojga dzieci pozostanie przy życiu, a które zostanie zabite[271].

Wielu filozofów uznaje także, że źródłem niewspółmierności może być wielość ról, w których każdy człowiek jednocześnie występuje, a których doskonałe wypełnianie jest niejednokrotnie nie do pogodzenia. Problem ten wiąże się także ściśle z tym, że niektóre z racji będących podstawą ludzkiego działania są racjami osobistymi podejmującego decyzję podmiotu, a inne – nazwijmy to – „uniwersalnymi". Racje takie mogą być niewspółmierne także w tym sensie, że spełnianie niektórych

---

[269] G. Grisez, J. Finnis, J. Boyle: *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*. „American Journal of Jurisprudence", vol. 32, 1987, s. 99–151; J. Finnis: *Concluding Reflections*. „Cleveland State Law Review", vol. 38, 1990, s. 235.

[270] C. R. Sunstein: *Incommensurability and valuation*…, s. 799.

[271] Dla matki wszystkie jej dzieci są tak samo ważne i to z tych samych (a nie różnych) powodów. Jednak wymuszony na niej przez okoliczności wybór pomiędzy życiem jednego a życiem drugiego dziecka, nie może odbyć się poprzez rzut monetą; jego wynik nie jest bowiem obojętny.

z przypisanych nam ról *a priori* wyklucza posługiwanie się pewnymi racjami, właściwymi dla innych ról (najczęściej role zaufania publicznego wykluczają opieranie się na racjach osobistych)[272].

1.6. Rodzaje niewspółmierności wartości

Podobnie jak źródeł niewspółmierności, tak i rodzajów niewspółmierności wyróżnia się wiele[273]. Niemal każdy z badaczy przeprowadza tu własną autorską klasyfikację czy też typologię. Zresztą już samo wyodrębnienie różnych sposobów rozumienia niewspółmierności może być pretekstem do uznania tych różnych sposobów rozumienia za jej odmienne rodzaje[274]. Niektóre z istotnych podziałów zostały (albo zostaną) w tej pracy zaprezentowane przy okazji omawiania innych kwestii[275]. Często bowiem przeprowadzenie odpowiedniej typologii jest użytecznym narzędziem dla uwypuklenia pewnych ważnych z punktu widzenia danego autora problemów. W tym miejscu jednak warto wspomnieć o rodzajach niewspółmierności wyróżnionych przez Lewisa A. Kornhausera. Autor ten opisuje:

1. Niewspółmierność instrumentalną – kiedy wartości, które akceptuje i popiera podmiot, nie mogą być racjonalnie zintegrowane, to znaczy nie pozwalają na całościowe (*all--considered*) wartościowanie i stwierdzenie, jaka – z punktu widzenia wszystkich wartości jednocześnie – jest relacja dostępnych podmiotowi opcji – która z nich jest lepsza lub też, że są równe[276]. Niewspółmierność tego rodzaju dotyczy opcji działania (a nie wartości) i może mieć następującą postać:

---

[272] Por. *infra* opis koncepcji T. Nagla (s. 181) czy *supra* E. Anderson (s. 68).
[273] Por. S. Wojtczak: *Kilka uwag…, passim*.
[274] Por. *supra* s. 39 i n.
[275] Por. na przykład *supra* opis poglądów E. Anderson (s. 68 i n.) czy *infra* rozdział o niewspółmierności konstytutywnej (s. 131 i n.).
[276] Jak opisuje to Kornhauser: Podmiot akceptuje wiele wartości, które chciałby realizować. Każda wartość umożliwia uporządkowanie zestawu dostępnych podmiotowi opcji w określony sposób, tzn. opcje są zhierarchizowane za pomocą relacji „lepsza niż" w sposób asymetryczny i tranzytywny. Podmiot, aby dokonać wyboru najlepszej całościowo opcji powinien zintegrować takie poszczególne

a. niewspółmierności radykalnej – która występuje wtedy, kiedy rozum dyktuje zbyt wiele warunków zintegrowania porządków opcji wynikających z poszczególnych przyjmowanych przez podmiot wartości; wówczas nie da się dokonać żadnego zhierarchizowania opcji opartego na całościowym wartościowaniu i uwzględniającego jednocześnie wszystkie wartości popierane przez podmiot;
b. niewspółmierności porządkowej – która występuje wtedy, kiedy rozum dyktuje zbyt mało warunków, pod którymi ma się dokonać zintegrowanie porządków opcji, wynikających z poszczególnych przyjmowanych przez podmiot wartości; wówczas możliwe jest skonstruowanie więcej niż jednego całościowego zhierarchizowania dostępnych podmiotowi opcji (więcej niż jeden całościowy porządek opcji jest do przyjęcia na gruncie takich warunków);
c. niewspółmierności praktycznej – która występuje wtedy, kiedy wprawdzie teoretycznie możliwe byłoby skonstruowanie całościowej hierarchii dostępnych podmiotowi opcji, ale pewne niezbędne do tego celu informacje są dla podmiotu nieosiągalne[277].

2. Niewspółmierność ekspresywną – jej wyróżnienie wprost nawiązuje do teorii wartości Elisabeth Anderson[278] oraz zarysowanego przez nią podziału celów, którym podporządkowane są ludzkie wybory. Wybór może bowiem mieć cel instrumentalny wtedy, kiedy jego dokonanie ma służyć realizacji czy też poparciu jakiegoś założonego celu, a może realizować cel ekspresywny wtedy, kiedy jego dokonanie ma wyrażać na

hierarchie w jedno uszeregowanie opcji, które pozwoli zidentyfikować tę opcję, która jest najlepsza ze względu na wszystkie przyjęte przez podmiot wartości. (Jak zresztą zauważa Kornhauser problem niewspółmierności podmiotowej może być przedstawiony w analogiczny sposób jak niewspółmierność „międzypodmiotowa", a więc niemożność porównania preferencji kilku różnych podmiotów. Ale na tym podobieństwo się kończy, ponieważ – jak się zdaje – wartości przyjmowane przez pojedynczy podmiot będą prawdopodobnie bardziej spójne, lepiej ustrukturyzowane, niż wartości przyjmowane przez różne podmioty). L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 5–6 z 31.

[277] *Ibidem*.

[278] Por. *supra* s. 65 i n. oraz *infra* s. 146 i n.

przykład nastawienie podmiotu dokonującego wyboru wobec jakichś nośników wartości takich jak chociażby ludzie, zwierzęta, przedmioty itd., przywiązanie podmiotu do jakichś wartości itd. Z jednej strony uświadomienie sobie tego aspektu ludzkiego wyboru może być pomocne w rozwiązaniu szeregu problemów związanych z niewspółmiernością, ale – jak zauważa Kornhauser – z drugiej strony, może być przyczyną wystąpienia następujących sytuacji:

a. podmiot może przyjąć więcej niż jedno nastawienie w stosunku do pewnego obiektu, przy czym nastawienia te mogą się wzajemnie wykluczać, np. można mieć powody, aby kogoś podziwiać i jednocześnie można mieć powody, by do tej samej osoby czuć odrazę;
b. opcje dostępne danemu podmiotowi mogą wyrażać to samo nastawienie, ale na zupełnie różne nieprzystające do siebie sposoby;
c. popieranie pewnej wartości może pozostawać w sprzeczności z inną wyrażaną i popieraną wartością[279].

Sytuacje te będą przejawem różnych rodzajów niewspółmierności ekspresywnej.

Podsumowując dotychczasowe, zawarte w rozdziale pierwszym, rozważania można skonkludować, że nie sposób po przeanalizowaniu aktualnego stanu dyskusji na temat pojęcia niewspółmierności wartości podać jedną jego definicję czy opis, który choć w przybliżeniu odzwierciedlałby jakikolwiek dominujący pogląd. Nie oznacza to jednak, że w tej kwestii panuje jakiś zażarty spór. Zauważyć należy, że pomimo obecności w dyskursie wielu określeń niewspółmierności wartości często panuje dość powszechna zgoda co do tego, które konkretne sytuacje należy uznać za egzemplifikacje tego zjawiska. Dzieje się tak być może dlatego, że niezależnie od tego co dla pewnych autorów jest cechą decydującą o niewspółmierności wartości, wiele konkretnych sytuacji wyboru pomiędzy pewnymi obiektami

[279] L. A. Kornhauser: *op.cit.,* s. 8 z 31.

spełnia jednocześnie różne uznawane za istotne kryteria. Często bowiem tam gdzie brak jest wspólnej miary zachodzi też nieporównywalność i niemożliwość uporządkowania, co może także wiązać się z brakiem przechodniości, a także z pewnego rodzaju nieokreślonością. Często też taka alternatywa wymyka się jakimkolwiek zunifikowanym schematom podejmowania decyzji, które można by uznać za racjonalne. Może się również zdarzyć, że jednocześnie w tych okolicznościach wybór któregokolwiek z danych obiektów nigdy nie będzie właściwym rozwiązaniem, a wtedy można również mówić o tragiczności takiego wyboru. I taka właśnie sytuacja – sytuacja, gdy relacja pomiędzy pewnymi obiektami uznawana za relację niewspółmierności da się opisać na różne sposoby – zdaje się być – według mnie – najbardziej typowa.

W kolejnym rozdziale – a więc osobno – omówiony zostanie jeszcze jeden rodzaj niewspółmierności wartości, a mianowicie niewspółmierność konstytutywna. Od razu należy jednak zaznaczyć, że użycie nazwy „niewspółmierność konstytutywna" nie oznacza wcale, że istnieje jakaś inna niewspółmierność „deklaratywna" czy „deklaratoryjna", o której autorka nie wspomniała przy okazji ustaleń pojęciowych. Niewspółmierność konstytutywna to pewne zjawisko, którego częścią jest niewspółmierność wartości, a którego osobliwość i znaczenie w życiu społecznym sprawia, że wymaga ono szczególnego – odrębnego i obszernego – potraktowania. Sama nazwa została ukuta przez Josepha Raza, przy czym użyty przezeń przymiotnik „konstytutywna" nie może być rozumiany jako 'ustanawiający coś, stanowiący o czymś', ale raczej jako 'będący głównym składnikiem czegoś; podstawowy, zasadniczy, istotny'[280], nie może być więc traktowany jako antonim wyrazu „deklaratywny" czy „deklaratoryjny".

[280] Por. *Słownik języka polskiego…*, T. 1, s. 934.

2. NIEWSPÓŁMIERNOŚĆ KONSTYTUTYWNA

Jeden z rodzajów niewspółmierności różni się szczególnie od innych i wymaga odrębnego omówienia. Po raz pierwszy ten rodzaj niewspółmierności zauważył i nazwał Joseph Raz w swojej słynnej pracy *The Morality of Freedom*[281]. Zaobserwował on bowiem zjawisko polegające na tym, że istnieją pewne zestawy dóbr czy opcji, co do których na ogół z góry wiadomo, jaki będzie wybór podmiotu. Pewne dobra czy opcje (albo inne obiekty) połączone są tego rodzaju relacją, że w normalnych warunkach podmiot zwykle odmówi wyrzeczenia się jednej z tych opcji, choć mógłby w ten sposób osiągnąć drugą, albo odmówi wymiany jednej opcji na drugą. Przy wystąpieniu tego rodzaju relacji pomiędzy opcjami podmiot najczęściej będzie chciał pozostać przy tej opcji, która jest już w jego dyspozycji, będzie chciał pozostać w takiej sytuacji, w której pozostawał dotychczas. Ponadto jednym z członów takiej relacji są zwykle – według Raza – tego rodzaju opcje, które mają specjalne znaczenie dla zdolności

[281] J. Raz: *The Morality…*, s. 346 i n.

człowieka do szczęśliwego angażowania się w pewne przedsięwzięcia lub stosunki. Odmowa wyzbycia się takiej opcji, odmowa jej wymiany na inną, nienależącą do tego rodzaju kategorii, jest dla podmiotu niezbędnym warunkiem realizowania w sposób skuteczny jego własnych celów. Po trzecie, zwykle jest też tak, że już sama myśl o tym, aby tego rodzaju opcję porównać z inną, nienależącą do tej kategorii opcją, myśl o tym, żeby uczynić ją przedmiotem wymiany, wydaje się podmiotowi (mniej lub bardziej) wstrętna i odpychająca. Podmiot, któremu zasugerowałoby się takie porównanie, nie tylko stanowczo odmówi jego przeprowadzenia, ale też często da wyraz swojemu oburzeniu. Zwykle także poczuje się obrażony nawet przez samą sugestię, że mógłby się w ogóle takiego porównania podjąć. Raz zauważa, że jeśli tego rodzaju niewspółmierność występuje pomiędzy opcjami, to wytwarza w podmiocie takie nastawienie, które stanowi barierę dla tzw. „transakcji wymiennych". Zauważa wprawdzie również, że blokada taka nie jest całkowicie niepokonywalna. Ale wskazuje, że jej przebycie wiąże się z bardzo głębokimi konsekwencjami. Za pokonanie tej bariery podmiot musi zapłacić wyjątkowo wysoką cenę. Ceną tą jest przede wszystkim utrata albo podważenie własnej zdolności do pomyślnej realizacji pewnych dążeń. Raz, jako klasyczny przykład takiej niewspółmierności, wskazuje przekonanie niektórych rodziców, że posiadanie dzieci nie da się porównać z takimi wartościami jak posiadanie pieniędzy, pozycja materialna czy prestiż. Rodzice, którzy podzielają takie przeświadczenie, nie tylko odmówią ewentualnej ich wymiany, nie tylko odmówią porównywania dzieci z dobrami materialnymi. Będą oburzeni samym pomysłem, że posiadanie dzieci można z „czymś takim" jak pieniądze czy dobra materialne porównywać.

Raz nie zgadza się z zarzutem, jaki może być postawiony jego koncepcji, że w tym przypadku nie mamy wcale do czynienia z niewspółmiernością, lecz że – wręcz przeciwnie – dokonuje się tu, wprawdzie specyficznego, ale jednak porównania. Takiego porównania, którego efektem jest stwierdzenie, że jedna z opcji jest lepsza od drugiej w tak wysokim stopniu, że w gruncie rzeczy

sama czynność porównywania okazuje się niepotrzebna. Raz przyznaje, iż niektórzy mogą uważać, że posiadanie dzieci jest lepsze niż jakakolwiek suma pieniędzy. Ale zwraca uwagę na konsekwencje takiego myślenia. Dopuszcza ono bowiem w gruncie rzeczy akceptację nabywania w zamian za pieniądze lub dobra materialne – po prostu kupowania – dzieci, jeśli chce się je mieć. A, jak zauważa, są tacy (tu Raz jest chyba nawet nazbyt ostrożny), dla których równie nieakceptowalne jest tak samo kupowanie dzieci, jak i ich sprzedawanie. Są tacy, dla których kwestia nie sprowadza się tylko do tego, że dzieci są warte znacznie więcej niż pieniądze. Dla takich ludzi dzieci po prostu nie są towarem, który miałby jakiś swój ekwiwalent, czy to w pieniądzu, czy to w innych towarach. Tacy ludzie o swych przekonaniach zaświadczają własnym życiem, wtedy gdy podporządkowują wszystkie swoje dążenia i wybory, wyrzekając się dóbr materialnych, spełnieniu się w rodzicielskiej czy opiekuńczej roli.

Raz podkreśla (a jest to bardzo istotne dla jego koncepcji), że dla takich ludzi, to z samej idei, z wartości rodzicielstwa, można wywieść konieczność przyjęcia takiej właśnie postawy; można wywieść konieczność uznania, że nie wolno dokonywać porównań pomiędzy dziećmi a dobrami materialnymi, że dzieci nie mają swojej ceny w pieniądzu, że nie można ich ani kupować ani sprzedawać. Postawa taka jest szczególnym wyrazem szacunku dla rodzicielstwa. To oczywiście – jak przyznaje Raz – wiąże się ze swego rodzaju zhierarchizowaniem opcji. Ale nie zmienia to faktu, że hierarchia w ten sposób powstała nie jest efektem porównywania, nie jest efektem kalkulacji. Jeżeli już, to jest ona „wbudowana" niejako w niektóre znaczące społeczne formy. Raz uważa bowiem, że niektóre z nich – te, które nadają podstawowy kształt takim przedsięwzięciom i takim stosunkom, od których zależy ludzkie dobro – są oparte na założeniu nieporównywalności oraz na całkowitej odmowie nawet rozważania wymiany nieporównywalnej opcji na inną[282]. Nie

[282] Zależność dopuszczalności porównań, kompromisów czy też wymiany od norm społecznych zauważają także inni autorzy – por. C. R. Sunstein: *On the Expressive*

ocenia jednak negatywnie tego, że niektórzy niewspółmierności takiej nie widzą albo jej nie respektują. Zauważa tylko, że obecność albo nieobecność elementu niewspółmierności w pewnych społecznych formach decyduje o tym, jakie jest dane społeczeństwo. Jest ono inne, jeśli element niewspółmierności w takich formach społecznych występuje, a inne – kiedy nie występuje.

Ta właśnie część argumentacji Raza wydaje się szczególnie inspirująca, ponieważ pozwala zobaczyć w nowym świetle pewne, często niezauważane na co dzień, zjawiska. Raz, budując pojęcie niewspółmierności konstytutywnej, nie zamierza uczynić z niego narzędzia presji moralnej, instrumentu pozwalającego formułować takie czy inne oceny czyjegoś zachowania. Wskazuje tylko na pewne mechanizmy, które, niezależnie od „przetwarzanej" treści, mogą oddziaływać na podejmowane przez ludzi wybory. Zwróćmy przecież uwagę na to, że element niewspółmierności w takich instytucjach społecznych jak rodzicielstwo czy małżeństwo nie był obecny zawsze, od zarania dziejów. Nie jest też obecny we wszystkich kulturach. Małżeństwa dynastyczne w rodzinach panujących w czasach monarchii były zawsze czystą kalkulacją, nie tylko nie potępianą, ale wręcz taką, którą postrzegano jako element obowiązków monarchy wobec swoich poddanych. W wielu krajach świata do niedawna – za ogólnym społecznym przyzwoleniem – rodzice sprzedawali swoje dzieci albo oddawali je do służby w zamian za pewne, czysto materialne korzyści dla rodziny. (Zresztą w niektórych społecznościach i dziś to się odbywa). Czynnik niewspółmierności był za to w różnych okresach i w różnym stopniu obecny w innych niż małżeństwo czy rodzicielstwo formach społecznych, choćby takich jak religia czy lojalność wobec swego władcy. Ale – i ta uwaga Raza wydaje się szczególnie cenna – to, gdzie i w jakich formach społecznych ten element niewspółmierności jest obecny oraz w jakim stopniu, jest bardzo istotnym czynnikiem decydującym o całym kształcie życia społecznego w danym miejscu i w danym czasie. Trzeba

Function of Law. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 144, no. 5, 1996, s. 2036–2042.

także zauważyć, że zmiany w tym zakresie – jak zresztą wszystkie zmiany społeczne – nigdy nie zachodzą momentalnie, całkowicie i definitywnie. Zmiany takie zachodzą stopniowo, nie zawsze w każdym miejscu w tym samym tempie i zakresie[283]. I w tym raczej należałoby upatrywać przyczyny, dla której tu i teraz nie wszyscy muszą się zgodzić choćby z przykładem Raza dotyczącym rodzicielstwa. Być może bowiem niektórzy są jeszcze przed tą fazą procesów społecznych i kulturowych, w której w rodzicielstwo „wbudowana" jest niewspółmierność, a inni być może są już poza nią.

Raz wyjaśnia także, na czym polega różnica pomiędzy sytuacjami, w których naprawdę mamy do czynienia z niewspółmiernością konstytutywną, a sytuacjami, które niekiedy wydają się być podobne do wymiany pewnych, według niego niewspółmiernych konstytutywnie, opcji i które – według niektórych – stanowią dowody na to, że nie ma nic takiego jak niewspółmierność konstytutywna. Można się bowiem zapytać, dlaczego w pewnych sytuacjach ktoś, kto poczułby się obrażony propozycją wynagrodzenia za opuszczenie swojego małżonka, na przykład na miesiąc, opuszcza go na taki sam miesiąc, wyjeżdżając w podróż służbową, która także przecież służy zarabianiu pieniędzy. Różnica – według Raza – polega na symbolicznym znaczeniu każdego z takich wyborów. Ludzkie działania z racji istniejących społecznych konwencji miewają bowiem znaczenia symboliczne[284], które przekraczają „realny" wpływ danego działania w świecie, wykraczają poza faktyczne jego konsekwencje. Dlatego pewne działania, które w sferze faktycznej wydają się być podobne, różnią się co do swego znaczenia. Istotnym czynnikiem, który może wpływać – zdaniem Raza – na znaczenie symboliczne danego działania, jest włączenie do niego elementu bezpośredniej wymiany towarowej (wymiany na pieniądze). Wymiana towarowa, a w szczególności wymiana na pieniądze, jest znakiem płynności, łatwej i szybkiej wymienial-

[283] O zachodzeniu zmian w normach społecznych patrz także C. R. Sunstein: *On the Expressive…*, s. 2022.
[284] O znaczeniu symbolicznym ludzkich działań por. *ibidem*, s. 2021–2023.

ności[285]. Dlatego jest – jak pisze – naturalnym nośnikiem pewnych symbolicznych znaczeń.

Zdaniem Raza działania mają znaczenie symboliczne, jeżeli opierają się na pewnych konwencjach. Takie konwencje są, według niego, konstytutywne wobec form społecznych, takich jak na przykład małżeństwo i jako takie wyznaczają typowe ramy takich form. Nadają im kształt właśnie również przez to, że przypisują symboliczne znaczenie różnym sposobom zachowania. Znajomość tego rodzaju konwencji, zdolność do rozpoznawania symbolicznego znaczenia różnych działań, jest warunkiem posiadania przez podmiot zdolności do uczestniczenia w takich formach społecznych. Trzeba przecież wiedzieć, które działania są wyrazem uczucia i poczucia więzi, a które są wyrazem odrzucenia drugiej osoby czy są dla innych osób obraźliwe. Nie wszystkie podmioty taką umiejętność posiadają; dlatego nie wszystkie są obdarzone zdolnością posiadania przyjaciół, bycia prawdziwymi – a nie tylko biologicznymi – rodzicami czy pozostawania w udanym związku małżeńskim. Jeśli więc częścią takiej konwencji jest brak przyzwolenia na dokonywanie kalkulacji, porównań z innymi opcjami (w tym z dobrami materialnymi), na utowarowienie, to podzielanie wiary w niewspółmierność jest samo w sobie kwalifikacją (choć oczywiście nie jedyną) do pomyślnego uczestniczenia w relacjach taką konwencją objętych. Raz wskazuje tu na fakt, że stan umysłu, który odpowiada wierze w niewspółmierność, jest analogiczny do takiego stanu, który wyraża szacunek do innej osoby[286], a który także przecież jest uznawany powszechnie za warunek uczestniczenia w takich

[285] Por. *ibidem*, s. 2041.

[286] Podobnie Sunstein zwraca uwagę, że wiele wynikających z norm społecznych zakazów dokonywania wymiany na pieniądze, czy też utowarowienia pewnych dóbr, jest związanych z ideałem równości (który przecież ma wiele wspólnego z ideą godności człowieka, a więc i wymaganiem szacunku): „Wymiana może być zakazana przez normy społeczne z powodu przekonania, że, podczas gdy mogą istnieć dysproporcje w społecznym bogactwie, sfery, w których ludzie są bardzo nierówni nie powinny wkraczać w dziedziny życia społecznego, w których równość jest społeczną normą lub celem. Zakaz handlu głosami wyborczymi jest tego przykładem […]. Wymiana pieniężna byłaby odzwierciedleniem form nierówności, która nie jest legitymowana w pewnych sferach". *Ibidem*, s. 2038.

związkach. Podkreśla też, że z tego punktu widzenia istotne jest odróżnienie dwóch rodzajów sytuacji. Jednej, w której ktoś taką wiarę (wiarę w niewspółmierność) posiada, ale pomimo to jego zachowanie jej nie odzwierciedla. Taka osoba naraża swoją relację z innymi ludźmi (np. małżeństwo) na niepowodzenie[287], ale jest w zupełnie innej sytuacji niż ktoś, kto wiary w niewspółmierność nie podziela i kto wierzy, że wszystko da się kupić. Ten drugi podmiot, mimo wszelkich swoich starań, pozbawiony będzie nawet szansy na to, aby w ogóle nawiązać relację takiego rodzaju.

A więc niewspółmierność konstytutywna zachodzi wtedy, kiedy dwie opcje nie są porównywalne, choćby mogły istnieć techniczne (formalne) możliwości dokonania takiego porównania, ponieważ porównywanie takich opcji możliwe byłoby tylko wtedy, kiedy porównujący nie byłby zdolny do wchodzenia w relacje pewnego szczególnego rodzaju; relacje, których konstytutywną cechą jest właśnie niemożność ich porównywania w pewnych konfiguracjach. To, że dany podmiot nie jest czasami zdolny do wchodzenia w pewne relacje, przypomina nieco – według Raza – przypadek osoby, która pozbawiona jest muzycznych czy plastycznych zdolności. Jednostka taka, choć pozbawiona pewnych wartościowych opcji w życiu, nie popełnia błędu czy nie jest obciążona jakimś moralnym złem, może wybierać dla siebie inne opcje i w tych innych się realizować.

Tu warto jeszcze raz podkreślić, że – zdaniem Raza – niewspółmierność konstytutywna dotyczy takich form społecznych jak małżeństwo, przyjaźń, rodzicielstwo, w relacji do pieniędzy lub innych dóbr materialnych (towarów). Ale przecież jego koncepcja odpowiada także innym możliwym parom pojęć.

---

[287] Wystarczy tu przypomnieć znany film *Niemoralna propozycja* w reżyserii Adriana Lyne'a, który powstał w 1993 r., a więc już po ukazaniu się książki J. Raza *The Morality of Freedom*, ale który stawia na forum kultury masowej identyczny problem. Bohater filmu, kochający małżonek pozwala, przytłoczony kłopotami finansowymi, aby jego żona w zamian za milion dolarów spędziła noc w towarzystwie innego mężczyzny. Niszczy w ten sposób coś, co wydawało się i obserwatorom, i uczestnikom intrygi, miłością idealną i idealnym małżeństwem.

W naszej kulturze, a przynajmniej w jakiejś jej części, za parę takich niewspółmiernych konstytutywnie pojęć można by uznać na przykład tzw. „kulturę wysoką" i tzw. „kulturę masową". Z koncepcji kultury wysokiej wynika, że ten kto chciałby porównywać należące doń dzieła z utworami kultury masowej (np. dzieła Fryderyka Chopina i utwory Piotra Rubika), choćby czynił to w dobrej wierze i przyznał palmę pierwszeństwa dziełom kultury wysokiej, zostanie uznany za człowieka nie w pełni kulturalnego i wykształconego. Tego rodzaju porównań w pewnych kręgach po prostu nawet nie wypada czynić.

Dlaczego – według Raza – sądy o niewspółmierności konstytutywnej pewnych opcji mogą przypominać tworzenie pewnej hierarchii, mogą przypominać przyznanie jednej opcji większej wartości niż drugiej? Dlatego, że stwierdzenie takiej niewspółmierności w odniesieniu do pewnej opcji jest równoznaczne z jej wyborem, jest określeniem opartego na racjach stosunku do tej opcji, jest ustaleniem opartych na racjach preferencji. Ale trzeba ponownie podkreślić, że wybór taki, choć oparty na racjach, nie jest oparty na porównaniu obu opcji.

Kolejna interesująca obserwacja Raza to stwierdzenie, że (przeciwnie niż jest to możliwe w przypadku innych niewspółmierności) niewspółmierność konstytutywna nie może być odbierana jako porażka rozumu czy też jakiś defekt, brak, który wiąże się z tragicznymi niejednokrotnie konsekwencjami, czy wyklucza możliwość racjonalnego uzasadnienia swego wyboru. Niewspółmierność konstytutywna, a raczej jej rozpoznanie w jakimś obszarze, jest bowiem oznaką sukcesu jednostki ludzkiej. Zubożenie to raczej brak wiary w tę niewspółmierność czy też jej niedostrzeżenie. Na tej bowiem niewspółmierności, niewspółmierności konstytutywnej, ludzie budują swe wartościowe dążenia i relacje. Prawdziwy problem pojawia się dopiero wówczas, kiedy podmiot musi dokonać wyboru pomiędzy dwiema opcjami, z których każda konstytuowana jest przez niewspółmierność. Wybory takie są szczególnie trudne, bo wiążą się z porzuceniem, zdradą jednej z takich

opcji, a to często zagraża integralności człowieka rozumianego jako osoba.

Koncepcja Raza była w literaturze krytykowana. Przykładem takiej krytyki, przeprowadzonej zresztą ze stanowiska komparatywistycznego[288] (a więc ze stanowiska odrzucającego założenie niewspółmierności), jest refleksja Ruth Chang.

Jak pisze Ruth Chang, wyjątkowość pojęcia niewspółmierności konstytutywnej wyraża się w tym, w jaki sposób pojęcie to umiejscawia źródło niewspółmierności. Inaczej niż w innych rodzajach niewspółmierności, źródło to nie odnosi się do żadnych faktów, dotyczących relacji pomiędzy dwoma dobrami ze względu na jakieś relewantne dla podmiotu ustalającego relację cechy, ale źródło to lokuje się w konstytutywnych cechach samych dóbr[289]. Lecz – jej zdaniem – zwolennicy istnienia niewspółmierności konstytutywnej się mylą.

Chang zauważa, że jeśli mówi się o niewspółmierności konstytutywnej, to milcząco zakłada się, że chodzi o wartość wewnętrzną niewspółmiernych dóbr. Ale – jak słusznie wskazuje – pieniądze nie mają właściwie żadnej wartości wewnętrznej. Pieniądze zawsze służą zdobywaniu innych dóbr i to określa ich wartość. W takim razie, zamiast wartości wewnętrznej samych pieniędzy zwolennicy konstytutywnej niewspółmierności muszą mieć – jej zdaniem – na myśli wartość tych dóbr, dla których osiągnięcia pieniądze mogą być zużyte. Ale dobra te mogą być różne. Można pieniądze zużyć na przykład na ratowanie życia chorego – wtedy będą one miały, zdaniem Chang, wartość wewnętrzną taką, jak sama w sobie wartość życia ratowanego chorego. Trzeba od razu zauważyć, że w tym zakresie stanowisko Chang jest dość kontrowersyjne i chyba sformułowane z pozycji mocno konsekwencjalistycznych. Być może zresztą tajemnica niewspółmierności konstytutywnej polega – przynajmniej częściowo – na tym, że niewspółmierność ta jest relacją pomiędzy

[288] O komparatywizmie i nonkomparatywizmie patrz *infra* s. 223 i n.
[289] R. Chang: *Making comparisons…*, s. 96.

dwoma dobrami, z których jedno (pieniądze) nie ma w ogóle wartości wewnętrznej, a tylko wartość instrumentalną (jako środek do osiągnięcia innych dóbr), a drugie (przyjaźń czy małżeństwo) ma przede wszystkim wartość wewnętrzną (wartość samą w sobie), a jego wartość instrumentalna, właśnie z powodów kulturowych, ma bardzo podrzędne znaczenie[290]. Na pewno w każdym razie różnica ta tłumaczy inne, choć mocno z niewspółmiernością w ogóle związane zjawisko, a mianowicie to, że pewne dobra są niezastępowalne przez inne. Wprawdzie dzieła sztuki wycenia się w pieniądzu, kupuje i sprzedaje, żadna jednak suma pieniędzy nie jest w stanie całkowicie zrekompensować bezpowrotnej utraty (zniszczenia) dzieła sztuki.

Nie jest także wcale pewne, czy Chang ma rację, kiedy twierdzi, że gdy zwolennicy niewspółmierności konstytutywnej mówią o pieniądzach, koniecznie muszą mieć na myśli wartość tych dóbr, na które pieniądze mogą być zużyte. Moim zdaniem, wręcz przeciwnie, kwestia tego, co da się za pieniądze kupić, ma znaczenie drugorzędne. Przecież – jak słusznie zauważył Raz – pieniądze same w sobie mają pewne znaczenie symboliczne. Ponadto decyzja o przeznaczeniu pieniędzy na określony cel jest zupełnie odrębną decyzją, często odroczoną w czasie w stosunku do momentu, w którym zostaną one nabyte. (Niektórzy ludzie w ogóle nie są skłonni do wydawania zdobytych pieniędzy na cokolwiek, jeśli nie są do tego zmuszeni – dla nich, można by powiedzieć, pieniądze mają nie tylko wartość instrumentalną). Nie ma też racji Chang, kiedy twierdzi, że zwolennicy niewspółmierności konstytutywnej mają na myśli szczególny rodzaj dóbr, na które wymieniane są pieniądze, a w których nie mieszczą się takie dobra jak ludzkie życie. Że mają raczej na

[290] Podobnie rzecz się ma z dziełami kultury wysokiej i masowej. Można powiedzieć, że dzieła kultury masowej służą przede wszystkim rozrywce, nie mają więc w zasadzie wartości wewnętrznej, a jedynie instrumentalną. Dzieła kultury wysokiej natomiast niewątpliwie mają znaczącą wartość samą w sobie, zaś ich wartość instrumentalna, zwłaszcza w odczuciu uczestników tej kultury, ma podrzędne znaczenie. Dlatego właśnie, dla wielu osób, pomiędzy kulturą wysoką i kulturą masową zachodzi relacja, którą, za Razem, możemy nazwać niewspółmiernością konstytutywną.

myśli zwykłe dobra konsumpcyjne, towary, które można kupić za pieniądze, ale które nie służą bezpośrednio takim dobrom, jak ludzkie życie, wolność, zdrowie czy przyjaźń, że mają na myśli takie dobra, jak nowy samochód, luksusowy rejs czy dobry posiłek[291]. Wydaje się, że takie założenie, jakie Chang tu czyni, może skutkować daleko idącymi konsekwencjami, niekoniecznie zgodnymi z intencjami propagatorów idei niewspółmierności konstytutywnej. Wydaje się również, że jest to daleko idące strywializowanie problemu – nie chce się wierzyć, ażeby finezyjna konstrukcja Raza miała w jego intencji służyć tylko i wyłącznie wykazaniu, że przyjaźń czy małżeństwo nie mogą być porównywane z luksusowym rejsem czy dobrym posiłkiem.

Zdaniem Chang, skoro Raz uważa, że nie popełnia błędu ani ten, kto myśli, że przyjaźń jest porównywalna z pieniędzmi, ani ten, kto sądzi, że są nieporównywalne, to jego stanowisko w konsekwencji oznacza, że dla jednych przyjaźń jest porównywalna z pieniędzmi, a dla innych nie jest. Sprawia to, że pytanie o porównywalność nie może być rozstrzygnięte na neutralnym gruncie i że odpowiedź na nie zależy od uczestnictwa w pewnej instytucji. Wydaje się, że tej konstatacji Chang Raz nie potraktowałby w ogóle jako zarzutu. Wszak o to właśnie mu chodzi: każda forma społeczna jest zdefiniowana poprzez pewne konwencjonalnie ustalone reguły. Reguły te określają pewne typowe formy, w jakich dana instytucja się przejawia w danym czasie w danej grupie społecznej. Zmiana takich reguł w istocie powoduje zmianę formy społecznej, choćby formy te występowały w jakimś okresie pod tymi samymi nazwami-etykietami. Raz po prostu uważa, że obecnie w kulturze zachodniej funkcjonują formy społeczne nazywane małżeństwem oraz przyjaźnią, których konstytutywną cechą jest to, że osoba uczestnicząca w takiej instytucji ma przekonanie, iż małżeństwo czy przyjaźń są niewspółmierne z pieniędzmi i innymi dobrami, które za pieniądze da się kupić. Jeśli ktoś tego przekonania nie podziela, to nie może uczestniczyć w takiej instytucji w tym kształcie, w jakim funkcjonuje ona tu i teraz, choćby nawet wydawało mu

[291] *Ibidem*, s. 97.

się, że w niej uczestniczy. Nie wyklucza to jednak, że w innych okresach historycznych, w innych grupach społecznych, funkcjonować mogą podobne nawet formy społeczne, opatrzone taką samą nazwą, dla których przekonanie o niewspółmierności wcale nie będzie konstytutywne. W czasach Arystotelesa rzecz się miała inaczej niż dzisiaj – wyróżniał on przecież trzy rodzaje przyjaźni: z powodu korzyści, przyjemności i dzielności etycznej[292]. Czy była to jednak ta sama przyjaźń, o której mówimy dzisiaj? Raczej nie.

Według Chang wiara w nieporównywalność przyjaźni i zwykłych dóbr konsumpcyjnych nie jest wcale konstytutywnym elementem przyjaźni. Jeśli już, to elementem tym może być raczej przekonanie, że przyjaźnią nie można kupczyć. Jeśli już, to wiara w nieporównywalność może być rezultatem jakiejś filozoficznej refleksji, ale – jej zdaniem – poglądy filozoficzne nie mogą decydować o tym, czy ktoś jest zdolny do bycia przyjacielem czy nie. Według niej wiara w nieporównywalność przyjaźni czy małżeństwa z pieniędzmi nie ma żadnego związku z okazywaniem szacunku instytucji małżeństwa czy przyjaźni, bo – jak pisze – to, że musu czekoladowego nie da się porównać z krakersami nie jest przecież symbolem szacunku. Ale ten argument Chang jest chyba dość demagogiczny i nie uwzględnia on tego, że drugi człon relacji niewspółmierności konstytutywnej, a więc pieniądze, są same w sobie w stosunkach społecznych znaczące (w przeciwieństwie do musu czekoladowego czy krakersów); symbolizują bowiem wymianę szybką i nieskomplikowaną. A więc to nie jakakolwiek nieporównywalność jest w tym przypadku znakiem szacunku, ale właśnie nieporównywalność z pieniędzmi i wszystkim tym, co one jeszcze symbolizują. Szacunek polega dokładnie na tym, że wierzy się w trwałość przyjaźni i małżeństwa, trwałość z założenia posuniętą aż do najdalszych granic (w przypadku małżeństwa – z założenia, przynajmniej, aż do śmierci) – trwałość,

[292] Arystoteles: *Etyka nikomachejska*. Warszawa, 2007, 1156a, 1156b. Choć trzeba tu zaznaczyć, że już Arystoteles uważał, iż prawdziwymi przyjaciółmi są ludzie etycznie dzielni, a przyjaźń między nimi jest doskonałą formą przyjaźni. (*Ibidem*, 1156b, 1157a, 1157b).

a więc niepodleganie szybkiej, mechanicznej, nieskomplikowanej wymianie na coś innego.

Chang wskazuje także, że czym innym jest wiara w to, że przyjaźń czy małżeństwo nie mogą być zastąpione czy zrekompensowane lub zmierzone pieniędzmi, że nie są one zwykłymi dobrami konsumpcyjnymi, niż przekonanie, że są one nieporównywalne z pieniędzmi. Jej zdaniem zbiór przekonań tego rodzaju oznacza to tylko, że przyjaźń czy małżeństwo są leksykalnie nadrzędne wobec pieniędzy. Tłumaczy, że nieporównywalność jest relacją idealnie symetryczną, a głęboki szacunek okazywany przyjaźni czy małżeństwu na symetrię tę nie pozwala. Chang uznaje wobec tego, że o niewspółmierności można tu mówić tylko w sensie metaforycznym i że w tym sensie Razowska niewspółmierność konstytutywna oznacza wyłącznie to, że coś jest „nieporównanie lepsze" od czegoś innego. Wytyka Razowi, że jego argument prowokuje błąd ekwiwokacji. Zarzut ten nie wydaje się być jednak słuszny. Raz wprost przyznaje, że niewspółmierność konstytutywna jest obciążona specjalnymi cechami i jest częścią pewnych złożonych postaw; że jest to inny rodzaj niewspółmierności niż niewspółmierność „zwykła"[293]. Podkreśla wyraźnie zależność niewspółmierności konstytutywnej od form społecznych i związanych z nimi konwencji. Ale – jego zdaniem – ta właśnie zależność, ta relatywność, choć jest dla niektórych powodem lekceważenia tej niewspółmierności lub jej ignorowania, przesądza właśnie o jej szczególnej wadze. Życie bez tej niewspółmierności nie różniłoby bowiem się od życia w jej cieniu tylko i wyłącznie tym, że – jako oparte na współmierności – byłoby bardziej racjonalne. Życie takie byłoby całkowicie inne, gdyż wyparcie (nieobecność) niewspółmierności konstytutywnej wiązałoby się z radykalną zmianą w społeczeństwie i kulturze[294].

Ruth Chang uważa, że nie jest prawdą to, co za prawdę przyjmuje Raz: że ludzie zakładający niewspółmierność konstytutywną nie uważają tych, którzy jej nie zakładają (i wybierają pieniądze przed przyjaźnią czy małżeństwem), za

[293] J. Raz: *The Morality…*, s. 345–346.
[294] *Ibidem*, s. 357.

popełniających błąd i działających wbrew rozumowi, że uważają ich tylko za pozbawionych pewnych zdolności. Jej zdaniem, co najmniej w pewnych okolicznościach, wybór pieniędzy zamiast ciepłych stosunków międzyludzkich może z pewnością być uznany za błąd, a są też takie okoliczności, w których – odwrotnie – pogoń za przyjaźnią kosztem dóbr konsumpcyjnych może być niewłaściwa. Trzeba zauważyć, że – pomijając nieweryfikowalność tych zarzutów – Chang nie rozumie chyba do końca stanowiska Raza. Gdy mówi on o braku błędu, to nie chodzi mu o konkretne ludzkie wybory, które również ze względu na dane okoliczności mogą być uznane za niewłaściwe, bo nieusprawiedliwione. Nie chodzi mu również o to, że stwierdzenie braku błędu po czyjejś stronie jest równoznaczne z akceptacją przez innych tej opcji, którą ten ktoś dla siebie wybrał. Mówiąc o braku błędu, Raz ma chyba raczej na myśli błąd zawiniony, potknięcie, którego naprawienie lub zapobieżenie mu leży w zasięgu możliwości osoby, której się je zarzuca. Ileż to razy w życiu i w literaturze powtarza się na przykład zdania: „on nie jest zdolny do miłości", „on nie jest zdolny do poświęcenia". Nie oznacza to, że ten, kto tak twierdzi, uważa komentowany stan rzeczy za pożądany i godny poparcia. Ale jednocześnie tego rodzaju wypowiedź jest wyrazem pewnej bezsilności wobec takiego a nie innego ukształtowania czyjejś osobowości. Przywołując tu Fullerowską moralność obowiązku i moralność dążeń[295] można byłoby powiedzieć, że brak wiary w niewspółmierność przyjaźni czy miłości z pieniędzmi to raczej uchybienie moralności dążeń niż moralności obowiązku, a jako takie – nie może być przedmiotem kary i potępienia społecznego. (Choć oczywiście przedmiotem kary czy potępienia mogą być konkretne czyny będące naruszeniem jakichś norm, u których podłoża leży taka czy inna postawa). Skutkiem takiego uchybienia jest nieosiągnięcie pewnego pięknego ideału, który zresztą dla każdego może być nieco inny.

[295] L. L. Fuller: *Moralność prawa*. Warszawa, 2004, s. 1–24.

Także John Finnis ma swój udział w próbach wyjaśnienia fenomenu niewspółmierności konstytutywnej. Finnis zaczyna swe rozważania na ten temat od stwierdzenia, że wiele przypadków w prawie nie jest wcale trudnych. Te łatwe przypadki często są rozwiązywane poprzez rozważania techniczne dotyczące obowiązywania i mocy prawnej. Inne są rozwiązywane poprzez rozważania moralne, dotyczące na przykład nienaruszalnych praw. Kiedy zakłada się moralne prawo oparte na zasadach takich, jak choćby „Nie odpłacaj krzywdą za krzywdę" albo „Nie czyń zła po to, by czynić dobro", to takie prawo jest całkowicie bezwyjątkowe. A skoro tak, to znaczy, że zakłada się w odniesieniu do niego tzw. „hierarchiczną niewspółmierność" albo „leksykalną nadrzędność" czy status atutu (ale – jak pisze Finnis – inaczej niż u Dworkina, u którego prawa atutowe nie są wcale nieprzekraczalne, bo mogą być w pewnych sytuacjach nie uwzględnione), w relacji do wszystkich innych technicznych lub innych moralnie znaczących argumentów. Jeśli moralne prawo czerpie swoją moc z zasady słuszności (rozumianej jako: „Czyń innym to, co chciałbyś, aby czyniono wobec ciebie; nie nakładaj na innych ciężarów, któryś sam nie byłbyś od innych skłonny zaakceptować"), to przeważa ono wszystkie argumenty techniczne czy odnoszące się do interesów, z wyjątkiem tych sytuacji tylko, kiedy te argumenty same kreują, w istotnych okolicznościach, moralną odpowiedzialność lub przeważające prawo oparte na zasadzie słuszności. Ta nadrzędność argumentów moralnych nad wszystkimi nie-moralnymi (ale tylko takimi) argumentami jest właśnie – zdaniem Finnisa – źródłem i treścią Razowskiej niewspółmierności konstytutywnej. Nikt nie może, działając słusznie, wymienić przyjaciela na pieniądze, choćby tych pieniędzy było nie wiadomo jak wiele. Ta bowiem moralna prawda jest konstytutywnym elementem stosunku przyjaźni. Ale można być zarazem obciążonym moralną odpowiedzialnością za użycie pieniędzy dla dobrych celów, nawet kosztem przyjaźni[296].

[296] Chociaż w tym miejscu warto wspomnieć, że zdaniem Finnisa, zobowiązania wynikające z przyjaźni nie są bardzo silne. Relacja, jaka łączy z przyjacielem, jest tak naprawdę relacją tego rodzaju, jaką powinno się mieć z każdym bliźnim i podlega

Podobne ograniczenia dotyczą relacji takich, jak choćby patriotyczna wierność. Nie można w słuszny sposób zrezygnować z tej wierności w zamian za pieniądze. Ale moralne zobowiązanie posłuszeństwa prawu swojej ojczyzny, choć jest konstytutywne dla takiej relacji patriotycznej wierności i obywatelstwa, jest mierzone zasadą o charakterze moralnym, a wobec tego może być pozbawione wykonalności w obliczu innych poważnych moralnych zobowiązań[297].

Finnis zakłada więc, że w przypadku niewspółmierności konstytutywnej mamy tak naprawdę do czynienia z hierarchiczną niewspółmiernością czy też leksykalną nadrzędnością pewnych argumentów moralnych, które są konstytutywnym elementem niektórych relacji. Podobnie zresztą uważa Elisabeth Anderson, również zwolenniczka koncepcji niewspółmierności konstytutywnej, tyle, że w nieco innym – niż Raza – ujęciu[298].

Hierarchiczna niewspółmierność ma według Anderson miejsce wtedy, gdy pewne dobra uznaje się za nieporównywalnie wyższe niż inne. Można więc wyróżnić dobra niższe, których klasycznymi przykładami są pieniądze, towary czy przyjemności zmysłowe. Wyróżnia się też dobra wyższe takie jak ludzkie życie, przyjaźń, wolność czy prawa człowieka. Te pierwsze nie są zwyczajnie mniej wartościowe od tych drugich, ale nie są wcale z tymi drugimi porównywalne, bo nie są w ogóle mierzone w tych samych kategoriach, w których mierzone są te drugie[299].

Anderson pisze, że podobną, ale nieudaną próbą konceptualizacji tego zjawiska w kategoriach konsekwencjalistycznych są porządki leksykalnych preferencji dotyczące stanów

---

w zasadzie wszystkim innym naszym obowiązkom. Inaczej natomiast jest, gdy przyjaźń jest wymaganiem małżeństwa, wówczas bowiem jej treścią są bezwarunkowe prawa i obowiązki.

[297] J. Finnis: *Commensuration and Public Reason*. [w:] *Incommensurability, Incomparability*…, s. 232.

[298] Trzeba tu po raz kolejny podkreślić, że choć poglądy E. Anderson są w Polsce mało znane, są bardzo szeroko omawiane w światowej literaturze, w szczególności – tej zajmującej się problemem niewspółmierności. Niemal każda amerykańska publikacja dotycząca niewspółmierności czy podejmująca polemikę z ekonomiczną szkołą prawa czerpie z dorobku tej autorki.

[299] E. Anderson: *Value in Ethics and Economics*. Cambridge (Massachusetts), London (England), 1993, s. 66.

rzeczy. Podmiot preferuje leksykalnie C przed B, jeżeli nie jest skłonny wyrzec się żadnej ilości C za żadną ilość B. Takie uporządkowanie zakazuje w istocie wymiany pomiędzy C i B. Pomimo swojej przydatności do opisu wielu zjawisk – tu Anderson wspomina o Dworkinowskim twierdzeniu, że prawa (*rights*) „przebijają" roszczenia z zakresu wzrostu społecznego dobrobytu, to jednak – jej zdaniem – tego rodzaju uporządkowania preferencji nie są w stanie wyjaśnić pewnych sytuacji. Nie potrafią wyjaśnić, na przykład, dlaczego, choć życie ludzkie jest uważane za ważniejsze niż pieniądze, uznaje się za racjonalne dokonywanie różnych oszczędności zagrażających w konsekwencji ludzkiemu bezpieczeństwu. Inny tego rodzaju nie do końca trafny sposób uchwycenia różnicy pomiędzy wyższymi i niższymi wartościami to, według Anderson, koncepcja preferencji nieciągłych, która polega na uznaniu, że C może być uważane za wyższe niż B, jeżeli żadna ilość B nie może zastąpić pewnej minimalnej ilości C. Jako przykład podaje tu sposób, w jaki John S. Mill ustalał kryterium dla przyjemności wyższych. Jego zdaniem jedna przyjemność jest wyższa niż inna tylko wtedy, gdy ludzie, którzy doświadczyli obu, nie zrezygnowaliby z tej pierwszej całkowicie za żadną ilość tej drugiej. Ale ten sposób – jej zdaniem – także nie pozwala wyjaśnić w pełni wszystkich związanych z tą kwestią trudności. Problemy takie występują choćby na gruncie prawa, w tych sytuacjach, kiedy ustala się na przykład terminy dla złożenia wniosków dowodowych czy ustala się pewne progi wartości szkody, której naprawienia można przed sądem dochodzić. Poświęca się wówczas dobro wyższe (sprawiedliwość) w imię dobra niższego (np. ekonomii postępowania sądowego). Inna wskazywana i krytykowana przez Anderson strategia polega na tym, że zakłada się, iż preferencje wobec dóbr wyższych nie są zależne od czyjegoś wyboru, nie są dobrowolne, podczas gdy preferencje wobec dóbr niższych są opcjonalne. Pewnych dóbr, takich jak ludzkie życie, po prostu nie wolno nam zignorować. Ta strategia nie wyjaśnia jednak – według Anderson – dlaczego w takim razie dokonuje się porównań bardzo małych ilości takich dóbr. Jak

z powyższego wynika, na gruncie do tej pory funkcjonujących koncepcji nie jest możliwe wyjaśnienie hierarchii wartości w kategoriach preferencji. I to jest przyczyną – zdaniem Anderson – dla której konsekwencjaliści twierdzą, że każde z takich dóbr ma w gruncie rzeczy swoją określoną wartość, że żadne z nich nie ma wartości nieskończonej, że po prostu jedne dobra są znacznie więcej warte niż inne. Konsekwencjaliści – jak wskazuje – zaprzeczają też, aby różnice pomiędzy dobrami wyższymi i niższymi były tego rodzaju, że wynikałyby z tych różnic normy zakazujące wymiany pomiędzy nimi[300]. Ale błąd, jaki tkwi w konstrukcjach opierających się na porządkowaniu preferencji pomiędzy stanami rzeczy, polega – zdaniem Anderson – na tym, że w konstrukcjach tych zapoznana zostaje różnica jakościowa pomiędzy różnymi sposobami wartościowania. Przypisywanie bowiem jakiemuś obiektowi wyższej wartości zostaje zrównane z przypisaniem mu większej wartości w tym sensie, że dany obiekt jest pożądany w większej ilości albo – że ma większą (w sensie ilościowym) wagę niż obiekt, któremu przypisuje się niższą wartość[301]. Zakłada się więc, że wartości przypisywane obiektowi mają charakter skalarny, tzn. są pewną wielkością, do której stosuje się różne matematyczne stosunki i operacje[302]. Zakłada się też, że można je sumować (im więcej nośników danej wartości tym więcej tej wartości). Ale – zdaniem Anderson – ani nie są skalarne, ani nie mogą być sumowane należące do różnych rodzajów wartości wewnętrzne (tj. takie, których obiekt jest sam w sobie nośnikiem albo źródłem), choć oczywiście mogą się one między sobą różnić co do stopnia. Ponadto – według Anderson – stany rzeczy, a więc i konsekwencje działań, co do zasady mogą mieć tylko wartość relatywną albo pochodną, nie mogą zaś mieć wartości wewnętrznej. Nie oznacza to jednak, że ich wartość jest nieistotna lub mała. Oznacza to tylko tyle, że wartość ta zależy od intencji, jakie towarzyszą ich realizowaniu oraz że dotyczą one

[300] *Ibidem*, s. 67–68.
[301] *Ibidem*, s. 71–72.
[302] O takich właśnie problemach z wartościowaniem por. *supra* s. 102 oraz przyp. 222 na tej samej stronie.

obiektów (najczęściej ludzi), które są przedmiotem naszej troski[303].

Jakie wyjaśnienie wobec tego Anderson proponuje? Otóż – jej zdaniem – dwa dobra są nieporównywalne co do swej wewnętrznej wartości, jeżeli oba nie podlegają temu samemu sposobowi wartościowania. W tym miejscu trzeba wyjaśnić, co Anderson przez to rozumie.

Elisabeth Anderson konstruuje pluralistyczno-ekspresywną teorię wartości[304]. Zgodnie z tą teorią „cenić coś oznacza mieć w odniesieniu do tego kompleks pozytywnych nastawień [*attitudes*], na które wpływają różne wzorce kierujące postrzeganiem, emocjami, namysłem, pragnieniami i zachowaniem"[305]. Doświadczanie czegoś jako wartościowe i cenienie tego nie jest jednak tym samym co ocenianie – osądzanie, że coś jest wartościowe[306]. Anderson podaje tu przykład osoby, która śmieje się z rasistowskiego żartu, a jednocześnie czuje się taką sytuacją zażenowana, bo ma odczucie, że jej reakcja nie jest odpowiednia. Z różnicy tej wynika, że ocenianie, że coś jest dobre, polega na stwierdzeniu, że coś jest cenione poprawnie, a ocenianie, że coś jest złe, to stwierdzenie, że coś jest w poprawny sposób nie cenione[307]. Anderson jest zdania, że kiedy ludzie interpretują swoje oceny albo je usprawiedliwiają, czynią to poprzez wymianę racji, które za tymi ocenami stoją, a czynią tak w celu osiągnięcia takiego wspólnego punktu widzenia, który innym ludziom pozwoli te oceny przyjąć i popierać. Autorka przyznaje, że za takim ujęciem stoi pewna koncepcja racjonalności, koncepcja – jak sama wskazuje – pragmatyczna.

---

[303] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 96–97.

[304] Anderson przyznaje (E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 5), że koncepcja jej jest inspirowana poglądami Franza Brentano.

[305] *Ibidem*, s. 2.

[306] Można się zastanowić, czy to nie jest inaczej niż u Raza, który uważa, że „To co chcemy robić, być czy mieć, chcemy ze względu na racje. Pytania »Czego powinniśmy chcieć najbardziej?« i »Czego chcemy najbardziej?« normalnie są jednym i tym samym pytaniem". (J. Raz, *Incommensurability…*, s. 115). Chodzi tu także o coś innego niż tylko odróżnienie oceny i aktu oceniania. (Por. M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 95).

[307] E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 2.

Zamiast bowiem mówić, że racjonalnie jest coś cenić, gdy to coś jest dobre, mówi, że coś jest dobre, ponieważ z naszego punktu widzenia jest racjonalne to cenić[308]. Myślę, że można też nazwać jej koncepcję koncepcją racjonalności jako intersubiektywności. Konstatacja, że czyjaś ocena ma sens, jest bowiem dla Anderson stwierdzeniem, że ocena taka mogłaby być przyjęta z jakiegoś hipotetycznego punktu widzenia[309]. To, w jaki sposób nadajemy sens naszym ocenom zależy – zgodnie z referowanym tu stanowiskiem – od przyjętych przez nas wartościujących pojęć i wzorców. W procesie wartościowania bowiem podmiot stwierdza, jak dalece i w jaki sposób przedmiot wartościowania odpowiada przyjętym przez ten podmiot standardom[310]. Takie standardy i wzorce, które odnoszą się w różny sposób do odmiennych obiektów, stanowią standardy (wzorce) racjonalności, wedle których kwalifikuje się reakcję wartościującego podmiotu na te obiekty. Anderson zauważa jednak, że są także takie sytuacje, w których racjonalny stosunek wartościujący nie zależy od tego, czy obiekt tego stosunku odpowiada jakimś standardom. I tak na przykład, rodzice kochają swoje dzieci niezależnie od tego, czy dzieci te odpowiadają jakimkolwiek wzorcom, czy posiadają jakieś konkretne cechy. A skoro dobra to takie rzeczy, których cenienie jest racjonalne, można więc powiedzieć, że w gruncie rzeczy ludzie operują dwiema koncepcjami dóbr – pewne dobra są bowiem poprawnie cenione bez względu na to, czy odpowiadają jakimś standardom wartościowania, a pewne są cenione ze względu na to, że na przypisanie im wartości w jakiś sposób zasługują. Te dwie koncepcje dóbr, pośród innych wyjaśnionych dalej czynników, tłumaczą, dlaczego swoje stanowisko Anderson określa jako pluralistyczne. Po pierwsze, jest ono pluralistyczne,

---

[308] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 92.

[309] Jak się wydaje podobną koncepcję racjonalności przyjmuje A. Sen, według którego „Racjonalność wyboru […] jest przede wszystkim kwestią oparcia naszych wyborów – wyraźnie lub w sposób dorozumiany – na rozumowaniu, które możemy refleksyjnie podtrzymać, jeśli poddamy je krytycznej analizie. […] racjonalność jako zgodność z racjami, które można podtrzymywać, nawet po badaniu, nie tylko na pierwszy rzut oka". (A. Sen: *The Idea of…*, s. 180).

[310] E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 2.

ponieważ dobra mogą być sensownie wartościowane na wiele fundamentalnie różnych sposobów. Po drugie, ponieważ istnieje wiele fundamentalnie różnych standardów wartościowania[311].

Bardzo istotną, bo korespondującą też w pewien sposób z Razowską koncepcją niewspółmierności konstytutywnej, obserwacją Anderson jest taka, że podstawą, na której opiera się zespół wartości refleksyjnie akceptowanych przez dany podmiot, jest koncepcja tego podmiotu dotycząca siebie samego, koncepcja budująca jego tożsamość, koncepcja definiująca to, jaką osobą powinno się być, jaki powinien być nasz charakter, nasze reakcje, zaangażowanie, czemu powinniśmy poświęcać uwagę. Takie ideały są dla podmiotu przedmiotem aspiracji. Realizacja takich ideałów wymaga zaprowadzenia harmonii pomiędzy ocenami podmiotu a jego sądami wartościującymi[312]. Dlatego zespół takich ideałów wpływa na wybór standardów wartościowania, jakie ludzie przyjmują dla różnych obiektów. Skoro bowiem standardy te są jednocześnie standardami racjonalności, dokonanie każdego sądu wartościującego wiąże się z dokonaniem sądu o samym podmiocie[313]. Ta konstatacja tłumaczy bardzo dobrze, dlaczego niektórzy ludzie podzielają wiarę w niewspółmierność pewnych dóbr (przyjaźni, rodzicielstwa czy miłości) z innymi dobrami (pieniędzmi i im podobnymi), a inni nie. Różnica ta tkwi właśnie w różnorodności możliwych koncepcji samego siebie. Wiara ta (lub niewiara) zależy przede wszystkim od tego, jakimi ludźmi są ci, którzy zajmują w tej sprawie stanowisko, jakie ideały leżą u podstaw ich systemu wartości. A ponadto – i to jest także bardzo istotne z punktu widzenia

---

311 *Ibidem*, s. 4–5.

312 Por. C. R. Sunstein: *On the expressive…*, s. 2026–2027. Sunstein, pisząc o tym, że podejmowane przez ludzi działania zależą także od takich kwestii, jak osobista integralność, zaangażowanie, narracyjna ciągłość życia, powołuje się na B. Williamsa, który także analizuje przypadki, w których ludzie odmawiają popełnienia pewnych czynów, choć ich odmowa przyniesie złe konsekwencje – por. B. Williams: *A Critique of Utilitarianism*. [w:] J. J. C. Smart, B. Williams: *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge, 1973. Ale jednocześnie Sunstein interpretuje tę kwestię także w kategoriach użyteczności refutacyjnej – por. C. R. Sunstein: *On the expressive…*, s. 2031–2036.

313 E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 6.

rozpatrywanego tu problemu – ideały takie pozwalają podzielić świat dóbr na różne ich rodzaje, umożliwiają wytyczenie granic pomiędzy różnymi rodzajami dóbr, także ze względu na różne sfery i różne stosunki społeczne rządzące się przecież różnymi normami[314].

Jest – według Anderson – nieskończenie wiele sposobów (trybów) wartościowania szeroko rozumianych przedmiotów. Wymienia jako przykłady następujące: użyteczność, szacunek, troska, uznanie, miłość, honor, podziw, cześć, tolerancja. Wylicza też wiele sposobów wyrażania dezaprobaty: wystrzeganie się, upokorzenie, kpina, pogarda, ignorowanie, profanacja itd. Jej zdaniem różnice te odzwierciedlają różnice w rodzajach (typach) dóbr, bo różne dobra ze względu na ideały podmiotu wartościującego albo ze względu na jego sytuację osobistą i społeczną, zasługują na inny sposób oceniania: piękne rzeczy zasługują na podziw; istoty racjonalne na szacunek; istoty czujące na troskę; istoty cnotliwe na cześć; rzeczy wygodne na użyteczność; ludzie, którzy okazali nam pomoc na wdzięczność; rodzeństwo na braterską miłość itd.[315]

Zdaniem Anderson zdolność podmiotów w zakresie wartościowania nie zależy tylko od nich samych, ale – w pewnym zakresie – od społecznego otoczenia, w jakim funkcjonują. To społeczne otoczenie bowiem utrzymuje w mocy i wspiera normy regulujące dany sposób wartościowania. Co więcej, to społeczne otoczenie reguluje sposoby wyrażania sądów wartościujących. To jest również przyczyna, dla której dobra się między sobą różnią co do rodzaju. Ludzie mogą bowiem uczestniczyć w różnego rodzaju stosunkach społecznych, z których każdy może być regulowany innymi normami dotyczącymi tych dóbr. Jako przykład Anderson podaje muzykę klasyczną, która współcześnie w Stanach Zjednoczonych należy do rodzaju dóbr na swój sposób uświęconych, choć do końca XIX w. była tylko zwykłą rozrywką i traktowano ją podobnie, jak dziś traktuje się muzykę popularną. Wiązało się to nie tylko z różnymi w tych dwóch

[314] *Ibidem*, s. 8.
[315] *Ibidem*, s. 11.

okresach konwencjami dotyczącymi zachowania, na przykład w sali koncertowej, ale także z różnymi sposobami wartościowania muzyki. Dziś muzyka klasyczna jest obiektem poważnie wyrażanego respektu, który kiedyś prawdopodobnie byłby przedmiotem zdziwienia[316]. Ta obserwacja Anderson również koresponduje z poglądami Raza dotyczącymi zależności zjawiska niewspółmierności konstytutywnej z aktualnie występującymi społecznymi formami i regulującymi je normami.

Tak więc do wymienionych powyżej dwóch źródeł pluralizmu teorii Anderson dochodzą następne: wielość różnych rodzajów dóbr, mnogość możliwych do przyjęcia koncepcji podmiotu i wielość sytuacji społecznych. A ten wszechobecny i wielopoziomowy pluralizm jest czynnikiem, który wpływa na występowanie zjawiska niewspółmierności.

Zdaniem Anderson „Dwa dobra są nieporównywalne co do swej wewnętrznej wartości, jeśli nie są kandydatami do tego samego trybu oceniania. Jedno dobro ma nieporównywalnie wyższą wartość od drugiego, jeśli jest warte wyższego sposobu [trybu] oceniania niż drugie […]. Jeden sposób [tryb] oceniania czegoś jest wyższy niż drugi, jeśli rzeczy, których dotyczy, stawiają głębsze, jakościowo bardziej znaczące wymagania co do nastawień, namysłu i działań podmiotu oceniającego”[317]. Autorka podkreśla, że twierdzenie, iż dobra są hierarchicznie niewspółmierne, jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że dobra te należą do różnych rodzajów, mają inny relatywny status. Wymagają innego stosunku (nastawienia), a nie różnego stopnia tego samego nastawienia[318]. Jako przykłady Anderson podaje pary rodzajów dóbr, z których pierwszy (w pierwszej kolumnie) jest nieporównywalnie wyższy od drugiego (w drugiej kolumnie).

---

[316] *Ibidem*, s. 12–13.
[317] *Ibidem*, s. 70.
[318] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 104.

Będą to:

Ci, którzy są warci miłości, szacunku i respektu z racji bycia tym, kim są	Ci, którzy są warci szacunku z racji bycia osobami ludzkimi
Ci, którzy są warci szacunku z racji bycia osobami ludzkimi	Zwierzęta, które są warte troski
To, co warte troski	To, co wartościowe w sensie użytkowym
To, co warte docenienia i troski jako doskonałość użytkowa, np. znakomite narzędzia	To, co użyteczne, ale bez większej wartości

Różnica pomiędzy dobrami wyższymi i dobrami niższymi jest – według Anderson – wyrażana na różne sposoby. Różnica ta, na przykład, uzasadnia i wspiera normy dotyczące wymiany pomiędzy dobrami niższymi i dobrami wyższymi[319]. Takie normy pozwalają uchwycić odrębności pomiędzy tym, w jaki sposób potencjalnie może dochodzić do wymiany: że może do niej dochodzić celowo albo – że wymiana taka może nie być celem, ale tylko obiektem przyzwolenia, albo że wymiana może nie być w ogóle objęta intencją czy świadomością podmiotu. Normy takie nie zawsze całkowicie zakazują dokonywania wymiany pomiędzy dobrami wyższymi i niższymi. Taki całkowity zakaz mógłby być nieracjonalny i to właśnie w tym sensie, który jest dla Anderson pierwszoplanowy. Nie każda bowiem wymiana podatna będzie na

[319] Tu warto wspomnieć także o normach ograniczających niektóre rodzaje wymiany pomiędzy dobrami tego samego rodzaju, ze względu na ograniczenia nakierowane podmiotowo (*agent-centered restrictions*). Ograniczenia takie dotyczą niektórych stosunków (takich jak przyjaźń, stosunek zaufania pomiędzy lekarzem a pacjentem), których częścią jest szczególne zobowiązanie podmiotów będących jednym członem stosunku wobec podmiotów, które są drugą stroną takiego stosunku. Czasami ograniczenia te mogą dotyczyć nawet relacji pomiędzy nieznajomymi. Ograniczenia te zakazują naruszania pewnych dóbr, nawet wtedy, gdy czyniąc w ten sposób, można by zapobiec większej ilości naruszeń dokładnie tego samego rodzaju dóbr, popełnionych przez innych. Na przykład lekarz nie może zaniechać leczenia i pozwolić umrzeć pacjentowi, o którym wie, że jako pracodawca w sposób drastyczny naraża życie i zdrowie swoich pracowników. Por. E. Anderson: *Value in Ethics*…, s. 73.

zarzut, że w sposób niewłaściwy wyraża stosunek podmiotu do wartościowanego obiektu. Zależeć to będzie choćby właśnie od objęcia wymiany intencją albo od stojących za wymianą racji. Czasami pewne racje uzasadniają przecież w sposób poprawny dokonanie wymiany. Anderson posługuje się tu klasycznym przykładem Raza: rozstanie się z przyjacielem w zamian za pewne korzyści materialne będzie inaczej interpretowane, gdy będzie wynikiem poszukiwania pracy w odległym mieście, a inaczej, gdy ktoś za takie rozstanie świadomie przyjmie od kogoś innego zapłatę[320].

Anderson uważa, że jej teoria pozwala poprawnie uchwycić istotę pewnych intuicyjnych koncepcji, takich jak na przykład liberalne koncepcje praw czy leksykalnie uporządkowane rankingi albo problem degradacji, fetyszyzmu lub bałwochwalstwa.

Jeśli prawidłowo interpretuje się liberalne koncepcje praw trzeba bowiem – według niej – przyjąć, że ograniczenia, które takie koncepcje ustanawiają, nie dotyczą konsekwencji jakichś działań, ale zasad stanowiących uzasadnienie dla takich działań[321]. Koncepcje odwołujące się do praw odrzucają bowiem – w gruncie rzeczy – takie reguły, które opierają się na przypisywaniu, mierzeniu i porównywaniu wagi konsekwencji

---

[320] *Ibidem*, s. 70.

[321] Por. R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*. Warszawa, PWN, 1998 s. 360–361, 365: „[…] gdy pewne prawo zostało uznane w przypadkach paradygmatycznych, to rząd powinien wytyczać granice stosowalności tego prawa tylko wtedy, kiedy istnieje po temu jakiś ważny powód i to taki powód, który nie jest sprzeczny z podstawowymi założeniami tego prawa. Jeśli więc raz uzna się jakieś prawo, to fakt, że społeczeństwo musiałoby ponieść wyższe koszty w przypadku jego rozszerzenia, nie jest wystarczającym argumentem na rzecz jego ograniczenia […]. Po pierwsze rząd mógłby dowodzić, że wartości, których broni to prawo, nie są wcale zagrożone w granicznym przypadku odrzucanym przez definicję, lub też, że zagrożona jest tylko jakaś mało istotna postać tych wartości. Po drugie mógłby dowodzić, że gdyby rozszerzyć prawo na rozważany graniczny przypadek, to naruszeniu uległoby jakieś istotne konkurencyjne prawo […]. Po trzecie mógłby dowodzić, że gdyby definicję poszerzyć o nasz przypadek, to koszt społeczny nie wzrósłby »nieco«, lecz w stopniu o wiele przewyższającym koszt uznania prawa w jego paradygmatycznym przypadku, w stopniu tak wysokim, że uzasadnia on stosowne naruszenia godności czy równości"; „[…] argumenty utylitarystyczne […] pojęcie praw wyklucza z gry."

działań uzasadnionych tymi prawami[322]. Preferują natomiast te zasady, które odwołują się do statusu samych praw jako racji działania. Wobec tego tym, co uzasadnia akceptowany czasami kompromis, w konsekwencji dotyczący na przykład ludzkiego życia i pieniędzy, nie jest to, że stosując maksymalizację przypisuje się pieniądzom w porównaniu z ludzkim życiem wyższą lub równą wartość, ale to, że realizuje się w ten sposób jakąś zasadę i wynikające z niej obowiązki wobec innych[323]. Liberalne leksykalne rankingi zyskują też nowy, lepszy sens – zdaniem Anderson – wtedy, gdy uświadomimy sobie, że zakaz wymiany dotyczy tych sytuacji, w których faktyczną stawką jest dobro wyższe, a nie tych, w które dobro wyższe jest wmieszane niejako przy okazji. Jeśli państwo ogranicza wyjazdy obywateli poza swe granice to prawie zawsze stawką, o jaką „toczy się gra", jest wolność. Jeśli państwo ustala zasady ruchu drogowego, ograniczające przecież zwykle wolność poruszania się na jakimś obszarze, nie można sensownie powiedzieć, że zagrożona jest wolność. Tym, o co idzie wtedy, jest bowiem bezpieczeństwo.

Podobnie można – według Anderson – wytłumaczyć zarzuty degradowania oraz fetyszyzowania i bałwochwalstwa, które to zarzuty wskazują na dwa przeciwne rodzaje popełnianego błędu, dwa różne sposoby uchybienia racjonalności. Jak pisze, niewolnictwo jest uważane za degradujące, bo stanowi swego rodzaju „niedoszacowanie" człowieka; wyraża wartościowanie ludzi w kategoriach użytkowych, podczas gdy istoty ludzkie są warte wartościowania w wyższych kategoriach, w kategoriach szacunku. Fetyszyzm i bałwochwalstwo natomiast są wyrazem wartościowania pewnych dóbr (na przykład pieniędzy) w kategoriach wyższych niż na to zasługują[324].

---

[322] Por. R. Dworkin o równoważeniu (a więc i porównywaniu) – *ibidem*, s. 357–358: „Metafora równoważenia interesów publicznych i roszczeń jednostkowych zdobyła sobie prawo obywatelstwa w politycznej i sądowej retoryce i to nadaje tej strategii jej swojskość i urok. Niestety, jest to model błędny, w szczególności w odniesieniu do praw uznawanych powszechnie za ważne […]".

[323] E. Anderson: *Practical Reason…*, s. 106.

[324] E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 71.

Koncepcja hierarchicznej niewspółmierności została przez jej autorkę, wspólnie z Richardem Pildesem, zastosowana wprost przy analizie społecznych wyborów, a więc przede wszystkim wyborów dokonywanych przez władze publiczne. Autorzy ci stwierdzili, że istnieją także pewne publiczne wartości (jako przykład podają prawa człowieka), które można scharakteryzować jako hierarchicznie niewspółmierne w stosunku do innych publicznych wartości (takich jak na przykład efektywność ekonomiczna). Chodzi tu więc o takie wartości, które są traktowane jako wyraźnie jakościowo wyższe od tych drugich. Autorzy powołują się tu na powszechnie znane występujące na poziomie publicznym (ale jak już wcześniej powiedziano także na poziomie prywatnych wyborów) zjawisko kreowania i utrzymywania szczególnych norm, które zakazują wymiany dobra wyższego na dobro niższe. Ich zdaniem te właśnie normy są wyrazem przekonania o hierarchicznej niewspółmierności pewnych dóbr wobec innych. I tak na przykład istnieją normy, które nie pozwalają zwiększać efektywności ekonomicznej zakładów pracy kosztem bezpieczeństwa pracowników. Takie normy, innymi słowy, nie pozwalają „przehandlować" – wymieniać bezpieczeństwa pracowników na efektywność ekonomiczną. Są wyrazem szacunku dla wyższego dobra, którym jest życie człowieka (bezpieczeństwo pracownika)[325].

Anderson i Pildes na gruncie swojej koncepcji krytykują takie kierunki, jak teoria społecznego wyboru, które zjawisko niewspółmierności hierarchicznej usiłują opisać w kategoriach rankingów preferencji. Zauważają, że ranking preferencji, aby dawał się zastosować w jakiś algorytmiczny, mechaniczny sposób, musiałby być sformułowany raczej w formie klasyfikacyjnej niż kontekstualnej. Preferencje musiałyby przyjmować tu jakąś postać ustaloną dla danych warunków lub ich kombinacji. Okazałoby się jednak wówczas, że taki ranking preferencji albo miałby niewielką wartość operatywną – wiele sytuacji pozostałoby niedookreślonych – albo musiałby być bardzo szczegółowy, z góry ustanawiając spójny zestaw

[325] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2147.

możliwych kombinacji okoliczności (z uwzględnieniem wszystkich wartości istotnych z punktu widzenia dokonywanego wyboru oraz z uwzględnieniem sposobów rozwiązania konfliktu pomiędzy tymi wartościami), który to zestaw mógłby mieć zastosowanie bez modyfikacji w każdych okolicznościach. Ale – jak zauważają – w taki sposób nie da się na pewno opisać wyborów, w których w grę wchodzą wartości niewspółmierne hierarchicznie: „[…] nie da się skonstruować żadnego spójnego klasyfikacyjnego zestawu kompromisów pomiędzy wyższymi i niższymi wartościami, który miałby zastosowanie do wszystkich wyborów. Aby określić, jaki rodzaj kompromisów pomiędzy wyższymi i niższymi wartościami jest akceptowalny, podmiot stojący przed takimi wyborami, musi ocenić ekspresywne znaczenie pójścia na taki kompromis w konkretnych danych kontekstach”[326]. Nie jest takim dobrym sposobem opisu, także w sferze publicznego wyboru, konstruowanie porządków leksykalnych, wedle których żadna ilość dobra wyższego nie może zostać wymieniona na żadną ilość dobra niższego. Leksykalne uporządkowanie nie sprawdza się na przykład w odniesieniu do kategorii praw, które stały się ostatnio paradygmatyczną wręcz formą wyższych wartości publicznych, a które właśnie często opisywane są tak, jakby były leksykalnie nadrzędne w stosunku do innych dóbr. Używa się przecież nawet określenia, że prawa są atutami „przebijającymi” inne racje, takie jak na przykład dobrobyt społeczny. A przecież – jak tłumaczą Anderson i Pildes – w wielu sytuacjach akceptujemy kompromisy pomiędzy prawami a innymi wartościami, także niższymi, właściwie akceptujemy je cały czas. Co najmniej akceptujemy na przykład to, że państwo nie wydaje nieograniczonej ilości pieniędzy po to, by zapewnić każdemu w każdej sytuacji jego podstawowe prawa. Anderson i Pildes zwracają uwagę, że nawet Ronald Dworkin przyznaje, że prawa nie są atutami w sensie leksykalnej ich nadrzędności[327]. Akceptacja kompromisów

[326] *Ibidem*, s. 2148.

[327] Por. „Powiedziałem, że państwo może uchylać lub ograniczać prawa obywateli z innych powodów […]. Najważniejsze – i najsłabiej rozumiane – spośród tych innych powodów dotyczą *konkurencyjnych praw*, które byłyby zagrożone, gdyby nie ograniczyć rozważanego prawa […]. Czasami może się okazać konieczne, by rząd

pomiędzy prawami a innymi niższymi racjami (przede wszystkim wartościami ekonomicznymi) nie pozwala nam jednak stwierdzić, że realizacja tych praw sytuuje się w porządku preferencji niżej niż wartości ekonomiczne. Hierarchiczna niewspółmierność nie może więc oznaczać, że wszelkie kompromisy, każda wymiana pomiędzy dobrami wyższymi i niższymi jest zakazana. Według Anderson i Pildesa to właśnie jest charakterystyczne dla niewspółmierności hierarchicznej, że „[…] hierarchiczne różnice są podtrzymywane przez bardziej subtelne społeczne i prawne praktyki, które wyrażają wyższą wartość pewnych wartości, chroniąc je przed *pewnymi rodzajami* kompromisów wobec niższych wartości. Kiedy w grę wchodzą wyższe wartości, *pewne rodzaje* porównań z niższymi dobrami są uważane za niewłaściwe, niemoralne lub niesprawiedliwe – porównania, które mogłyby *wyrażać* degradację lub deprecjację wyższych wartości"[328]. Na przykładzie przypadku Forda Pinto[329] pokazują, że o akceptowalności możliwości ustąpienia pewnych wyższych wartości przed wartościami niższymi nie decyduje różnica w ich ilości – nie jest więc tak, że godzimy się na przykład zrezygnować z ochrony ludzkiego życia wtedy, gdy korzyści ekonomiczne byłyby szczególnie wysokie. O akceptowalności kompromisu nie decydują więc kwestie ilościowe, ale jakościowe. Jak piszą: „obiektywne rezultaty nie są wszystkim co ma znaczenie; liczy się również ekspresywne znaczenie tego, w jaki sposób te rezultaty są osiągane"[330] a „nie wszystkie *ilościowo* identyczne wymiany życia i pieniędzy są traktowane jako mające to samo ekspresywne znaczenie"[331]. Zwracają uwagę, że z ilościowego punktu widzenia (ilość zgonów i obrażeń, wartość tychże, koszt działań zapobiegawczych itd.) rezygnacja z montowania pasów

wybierał miedzy tymi prawami […]. Uznawane przez nasze społeczeństwo prawa jednostek często wchodzą ze sobą w takie konflikty. Kiedy tak się dzieje, sprawą rządu jest ograniczanie jednych na rzecz drugich […] rządowi wolno ograniczać prawa, jeśli ma powody uważać, że ważniejsze są prawa konkurencyjne". (R. Dworkin: *Biorąc prawa…*, s. 349–350).

[328] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2150 (podkreślenie w oryginale).

[329] Zob. *supra* przyp. 119 na s. 65.

[330] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2157.

[331] *Ibidem*, s. 2151 (podkreślenie w oryginale).

bezpieczeństwa w samochodach mogłaby przedstawiać się tak samo jak przypadek Forda Pinto. Różnica polega na ekspresywnym wymiarze podjętych w takich przypadkach decyzji. Decyzja podjęta przez zakłady Forda z wielu powodów została uznana powszechnie za nieakceptowalną i wyrażającą pogardę dla ludzkiego życia (między innymi dlatego, że podwyższone ryzyko było wynikiem błędu konstrukcyjnego i nie było świadomie akceptowane przez kupujących)[332]. Rezygnacja z montowania pasów nie odbierałaby użytkownikom samochodów możliwości świadomego wyboru co do podjęcia lub nie podjęcia ryzyka. Prawna konieczność zapinania pasów natomiast bywa nawet kwestionowana jako naruszenie ludzkiej wolności i prywatnej autonomii[333]. Ekspresywne znaczenie dokonywanych – także w sferze publicznej – wyborów i podejmowanych decyzji, za każdym razem, w obliczu nowych okoliczności jest więc ustalane na nowo i wymaga przeprowadzenia odpowiedniego rozumowania, debaty i interpretacji.

Jak z powyższego wynika, nie da się – zdaniem Anderson i Pildesa – uczynić zadość mechanistycznej, jak piszą, koncepcji racjonalności w ten sposób, że skonstruuje się w odniesieniu do hierarchicznie niewspółmiernych wartości jakiś jeden ranking preferencji, choćby oparty na odniesieniu się do bardzo szczegółowo określonych okoliczności faktycznych, które miałyby determinować ekspresywne znaczenie poszczególnych opcji. Taka strategia bowiem nie miałaby mocy predyktywnej, pozwalałaby co najwyżej „na retrospektywną konstrukcję porządku preferencji,

[332] Por. argumentacja Trybunału Konstytucyjnego w sprawie uznania za niezgodne z konstytucją przepisów zezwalających nakazać zestrzelenie porwanego samolotu, gdy może stanowić on zagrożenie. Trybunał uznał, że „[…] skutkiem zastosowania zakwestionowanego przepisu jest »depersonifikacja« i »reifikacja« znajdujących się na pokładzie samolotu […] niebędących agresorami ludzi (pasażerów i członków załogi). Osoby te stają się jedynie obiektem (przedmiotem) akcji ratunkowej, skierowanej na zapobieganie hipotetycznym, dalszym i prawdopodobnie większym stratom, jakie mogłoby wywołać celowane uderzenie terrorystyczne" – wyrok z dnia 30.09.2008 r., sygn. akt K 44/07 (OTK 126/7/A/2008).

[333] Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 09.07.2009 r. w sprawie SK 48/05 po rozpoznaniu skargi konstytucyjnej Felicjana Gajdusa powołującego się na to, że nakaz stosowania pasów bezpieczeństwa w pojazdach samochodowych narusza godność człowieka oraz prawo jednostki do decydowania o swoim życiu osobistym.

która umożliwiłaby w najlepszym razie *a post hoc* racjonalizację dokonanych wyborów"[334]. Hierarchiczna niewspółmierność wymaga w takim razie racjonalności innego rodzaju.

Jeszcze inaczej tłumaczy zjawisko, zwane przez Josepha Raza niewspółmiernością konstytutywną, Steven Lukes. Wychodzi od porównania dwóch pojęć: wymiany (*trade-off*) i ofiary (*sacrifice*). „Wymiana" ma charakter ekonomiczny, sugeruje transakcję, podczas której dokonuje się zamiana jednego cenionego dobra na drugie. Wiązana jest z porównywaniem, kalkulowaniem, obliczaniem czy szacowaniem wedle jakiejkolwiek skali. „Ofiara" to pojęcie o odcieniu religijnym. Ofiara – jak pisze Lukes – „[…] sugeruje opuszczenie cenionego obiektu, ponieważ jest to wymagane przez uświęcone źródło władzy […] sugeruje całkowite i jednostronne zaangażowanie po stronie jednego punktu widzenia, wraz z towarzyszącym mu tłem przekonań i wiary"[335]. Ofiara nie dopuszcza kalkulacji, wymaga poświęcenia jakiegoś dobra w imię innego[336].

Zdaniem Lukesa, postawa niewspółmierności (to bardzo charakterystyczne – właśnie „postawa" a nie „założenie" czy „przekonanie"[337]), a więc postawa nastawiona raczej na ofiarę niż wymianę ma służyć ochronie pewnych wartości. Wartościami, które w taki właśnie sposób się chroni, są wartości uświęcone. Lukes abstrahuje jednak od wyłącznie religijnych konotacji użytej przez siebie nazwy. Zaznacza, że zaangażowanie w ochronę takich wartości niekoniecznie musi być (choć nie jest to całkowicie wykluczone) bezwarunkowe, niekwestionowalne i bezrozumne. Wręcz przeciwnie, może mieć ono charakter świecki – w pełni refleksyjny i samorefleksyjny: „Traktujemy wartości jako uświęcone wówczas, kiedy poświęcamy się

---

[334] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2154.

[335] S. Lukes: *Comparing the Incomparable: Trade-offs and Sacrifices*. [w:] *Incommensurability, Incomparability…*, s. 187–188.

[336] Podobnie ten sam autor o wymianie i ofierze w innym miejscu. Por. B. Polanowska-Sygulska: *Oblicza liberalizmu…*, s. 119–120.

[337] O możliwych różnicach pomiędzy postawą a przekonaniem por. Ch. L. Stevenson: *Istota sporów etycznych*. [w:] *Metaetyka…*, s. 113–123 oraz A. Ross: *Argumentacja i perswazja*. [w:] *Metaetyka…*, s. 166–175.

utrzymywaniu lub powiększaniu dóbr, które są ich nośnikiem, bez kalkulowania związanej z tym straty, przez unikanie lub odmowę porównywania korzyści z kosztami"[338]. Ale – zdaniem Lukesa – takie postępowanie nie jest bynajmniej irracjonalne i bezrefleksyjne; wręcz przeciwnie – gdy dany wybór jest uwikłany w wartości uświęcone, szczególna uwaga i wyrobione myślenie jest wręcz niezbędne.

Lukes zgadza się z Anderson (otwarcie krytykując Chang) w tym, że sytuacja, w której wchodzą w grę uświęcone wartości, nie może być rozumiana jako porównanie kilku opcji zakończone orzeczeniem, która z nich jest bardziej wartościowa.

Uświęcone wartości – według Lukesa – zajmują w ludzkim życiu (zwłaszcza współczesnym, mocno zeświecczonym) ograniczoną przestrzeń; mają bowiem sens tylko wówczas, gdy funkcjonują na tle tego, co nie jest uświęcone, co jest prozaiczne i przyziemne. To ograniczenie oddziaływania uświęconych wartości powiększa się wciąż także z tego powodu, że w obliczu wszechobecnego pluralizmu wartości i występujących między nimi konfliktów, ludzie nie mogą w pełni poświęcić się ich realizowaniu. Ludzie są zmuszeni, choć często wbrew sobie, wciąż określać dla nich limity. Na jakiej podstawie takie ograniczenia określają? Otóż – zdaniem Lukesa – to normy kulturowe decydują o tym, na ile i jak angażujemy się w realizację uświęconych wartości. Tego rodzaju normy oczywiście mogą przybrać (i bardzo często przybierają) postać norm prawnych. Jednakże normy te nie dają nigdy pewnych i niepodważalnych odpowiedzi. Nie wskażą nam w sposób niewątpliwy: ani które wartości są uświęcone, ani dla kogo, ani wobec których innych wartości nie są porównywalne; w jakich okolicznościach porównania są dozwolone, a w jakich nie itd.[339]

Lukes wyróżnia dwa rodzaje uświęconych wartości: nieneutralne, stronnicze (*partial values*) i neutralne, bezstronne (*impartial values* – choć niektórzy – jak przyznaje – twierdzą, że nie istnieją żadne neutralne wartości). Za nieneutralne uznaje

[338] S. Lukes: *Comparing the Incomparable…*, s. 188–189.
[339] *Ibidem*, s. 189–190.

takie, które są związane ściśle z określonymi stosunkami, praktykami czy sposobami życia. Dobra, którym można przypisać takie wartości, są wartościowe dlatego, że przyczyniają się do przetrwania albo rozwoju takich stosunków, praktyk czy sposobów życia. Chodzi o konkretne instytucje społeczne o zasięgu – na przykład – lokalnym, regionalnym czy narodowym. Przy czym, jeżeli cenimy faktycznie dobra, zaistniałe doświadczenia czy przeżycia, będące urzeczywistnieniem wartości nieneutralnych, to wówczas możemy powiedzieć, że takie wartości są dla nas uświęcone w sposób konkretny. Gdy chodzi nam natomiast tylko o ideę takich instytucji czy dóbr, możemy powiedzieć o tych wartościach, że są uświęcone abstrakcyjnie.

Lukes uważa, że wartości nieneutralne podlegają bardzo ścisłym ograniczeniom – ograniczeniom, które nie są respektowane tylko przez fanatyków lub ekstremistów. Ograniczenia te mogą mieć dwojaki charakter. Wartości nieneutralne lub egzemplifikujące je dobra mogą stać się przedmiotem uwspółmiernienia, porównania czy wymiany z innymi wartościami czy dobrami i wtedy przestają być uświęcone. Albo mogą być ograniczone przez wartości neutralne, które – jeśli są przyjęte – to z założenia mają pierwszeństwo przed nieneutralnymi. Ale – trzeba zauważyć – takie ograniczenia nie oznaczają wcale, że wartości nieneutralne pełnią jakąś podrzędną rolę. Wręcz przeciwnie, szczególnie w dzisiejszych czasach, w których podkreśla się konieczność zachowania na przykład narodowej czy lokalnej tożsamości, autentyczności czy samoświadomości, są one bardzo istotne.

Wartości neutralne w ogóle są ze swej natury abstrakcyjne, bo ich realizacja jest nieodłącznie związana z zaangażowaniem w pewne abstrakcyjne pojęcia czy zasady. I choć wartości takie uznajemy – jak sama nazwa wskazuje – za neutralne, to – zdaniem Lukesa – zawsze muszą one przybrać jakąś postać kulturową. Bo wartości neutralne także działają w ramach pewnych limitów, określonych normami specyficznymi dla danego społeczeństwa i kultury. Jako przykład wartości nazwanych przez siebie neutralnymi podaje wartość ludzkiego

życia i wartość równości. I na ich przykładzie pokazuje, że każde społeczeństwo inaczej, we właściwy dla siebie sposób, reguluje kwestie dotyczące sposobu i zakresu dokonywania niezbędnych kompromisów pomiędzy tymi wartościami a innymi. Wskazuje też, że choć bardzo często na poziomie symbolicznym, ekspresywnym czy retorycznym, także w oficjalnych aktach pochodzących od organów władzy publicznej, wartości te są przedstawiane jako absolutne czy też nieograniczone, w praktyce są przedmiotem różnego rodzaju zabiegów kalkulacyjnych, służących ograniczeniu ich na rzecz innych, wcale nie uświęconych wartości.

W związku ze swoją obserwacją, że zarówno neutralne jak i nieneutralne wartości są w rzeczywistym świecie przedmiotem daleko idących kompromisów, Lukes zadaje pytanie, czy nie lepiej byłoby w takim razie zrezygnować z traktowania ich w sposób wyjątkowy i na chłodno stosować doń takie same zasady jak do innych (np. *cost-benefit analysis*). I odpowiada, że jedni i drudzy – ci, co stoją na stanowisku niewspółmierności wartości, jak i ci stojący na stanowisku współmierności wartości – mają po części rację. Nonkomparatywiści mają rację, gdy wskazują, że tam gdzie mamy do czynienia z wartościami uświęconymi, nie traktujemy ludzi czy pewnych dóbr jako naszych „[…] strategicznych celów, dla których osiągnięcia dobieramy najbardziej skuteczne środki i które chcielibyśmy sobie zapewnić najmniejszym kosztem. Gdybyśmy tak robili, wyrażalibyśmy zdewaluowane, zubożone lub zniekształcone rozumienie tego, co czyni ich [tych ludzi i te dobra] wartościowym”[340]. Komparatywiści natomiast mają rację wtedy, kiedy wskazują, że uświęcone wartości są limitowane, że w sferze publicznej niezbędna jest także w odniesieniu do nich kalkulacja kosztów i korzyści (choć oczywiście w formie bardziej wyrafinowanej i złożonej), po to, żeby decyzje i polityka realizowana w odniesieniu do dystrybucji szczególnie ważnych zasobów nie była irracjonalna. Dlatego – zdaniem Lukesa – spór ten nie może być rozstrzygnięty, a co więcej – nie powinno się

[340] *Ibidem*, s. 195.

wcale poszukiwać jego rozstrzygnięcia. Przeważenie bowiem szali zwycięstwa na jedną ze stron prowadziłoby do skutków, które napawają strachem[341].

Niewspółmierność konstytutywna, niezależnie od nadawanej jej przez konkretnych filozofów nazwy i niezależnie od jej interpretacji, jest zjawiskiem szczególnie istotnym dla prawa. Tak bowiem, jak można mieć wątpliwości, czy niewspółmierność „zwykła" jest w prawie uwzględniana, czy też może prawo jej zaprzecza lub ją ignoruje, tak w przypadku niewspółmierności konstytutywnej, choćbyśmy jej nie nazwali niewspółmiernością, nie można zaprzeczyć, że jako zjawisko, znajduje w prawie swoje (niejednokrotnie bezpośrednie) odzwierciedlenie. To, że niewspółmierność konstytutywna wywiera na prawo silny wpływ, jest efektem uwikłania tej niewspółmierności w pewne problemy, które mają w prawie swoje niemal symetryczne odbicie. Wskazując na uwikłanie niewspółmierności konstytutywnej w takie problemy, chodzi tu o następujące kwestie: po pierwsze, niewspółmierność konstytutywna to część pewnych społecznych form, a więc jest efektem działania norm społecznych; po drugie, występowanie niewspółmierności konstytutywnej jest zarazem i rezultatem, i przyczyną tego, że ludzkie wybory i działania mają znaczenie symboliczne, służą nie tylko zrealizowaniu jakiegoś realnego skutku[342], ale są także wyrazem naszego stosunku, nastawienia do innych niż my elementów tego świata: osób, zwierząt czy rzeczy. Jak pisze Cass Sunstein: „działania są ekspresywne; niosą znaczenia"[343]. Prawo zaś związane jest

---

[341] *Ibidem*.

[342] Chodzi mi tu o skutki realne w bardzo szerokim tego słowa znaczeniu – do takich realnych skutków zaliczyłabym także pewne skutki kulturowe, dokonanie pewnych czynności kulturowych.

[343] C. R. Sunstein: *On the Expressive…*, s. 2021. Sunstein cytuje tu zresztą szeroko znaną i bardzo znamienną wypowiedź jednej z uczestniczek amerykańskiego *Civil Rights Movement*, która to wypowiedź w wyjątkowo dobitny sposób pokazuje, że w ludzkim działaniu czasem w ogóle nie chodzi o osiągnięcie jakiegokolwiek faktycznego rezultatu, a wyłącznie o wyrażenie czegoś: „Gdybym wiedziała, że nawet jeden bar nie zostanie otwarty jako rezultat mojego działania, nie mogłabym zrobić inaczej, niż zrobiłam. Gdybym wiedziała, że skutkiem będzie przemoc, nie mogłabym postąpić inaczej, niż postąpiłam. Jestem wdzięczna za protesty, choćby z tego tylko powodu, że dzięki nim miałam możliwość wprowadzania haseł

z normami społecznymi relacją o charakterze dwustronnym (zwrotnym): z jednej strony czerpie z norm społecznych, z drugiej zaś stanowi istotny czynnik mający udział w ich przekształcaniu[344]. Prawo wobec powyższego czasami wyraża pewne znaczenia, za które odpowiedzialne są zastane już normy społeczne, a czasami bierze udział w przekształcaniu tych znaczeń. Może to czynić dlatego, że także pełni funkcję ekspresywną. Funkcja ekspresywna prawa jest więc ściśle związana z niewspółmiernością konstytutywną. Prawo w swoich normach wyraża przecież niewspółmierność konstytutywną właściwą dla wielu instytucji i poprzez swoją ekspresyjność kształtuje też zastane instytucje społeczne, których elementem konstytutywnym jest taka niewspółmierność.

Nie chodzi tu oczywiście o to, że prawo miałoby być wyrazicielem jakichś przeżyć wewnętrznych, emocji czy ocen w takim sensie, w jakim czyni to za pomocą różnych środków indywidualny podmiot – wyróżnianie więc funkcji ekspresywnej prawa nie jest efektem jego personifikacji. Nie chodzi również o to, że teksty prawne zawierają pewne zwroty ekspresywne.

Lewis A. Kornhauser zauważył, że „prawna ekspresywność" („prawne wyrażanie", „prawna ekspresyjność") może być interpretowana dwojako – instrumentalnie, jako środek do osiągania pewnych zamierzonych celów społecznych, albo jako ten aspekt prawa, który jest wartościowy sam w sobie[345]. Da się

---

w życie, poprzez przekształcenie decyzji w działanie. Wydaje się mi, że o to właśnie przede wszystkim w życiu chodzi". (J. Miller: *"Democracy is in the Streets": From Port Huron to the Siege of Chicago*. New York, 1987; cytat za: C. R. Sunstein: *On the Expressive*…, s. 2021).

[344] Ta dwustronna relacja nie budzi współcześnie wątpliwości. Już L. Petrażycki, wprawdzie w innym nieco niż język współczesnych nauk społecznych języku, pisał: „Zjawiska prawa pozostają w dwustronnym związku przyczynowym z innymi procesami życia społeczno-psychicznego. Z jednej strony prawo jest czynnikiem życia społeczno-psychicznego i jego rozwoju, wywołuje określone dalsze procesy w sferze psychiki i postępowania indywidualnego i masowego oraz rozwoju jednostek i mas. Z drugiej strony samo prawo jest wytworem działania pewnych procesów społeczno-psychicznych […]". (L. Petrażycki: *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. T. 2, Warszawa, 1960 s. 664).

[345] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 13 z 31.

więc w literaturze prawniczej zidentyfikować dwa pojęcia „ekspresyjności" prawa[346].

Pierwsze zrównuje „ekspresyjność" z „edukacyjnością": prawo po to wyraża pewne wartości, aby je zaszczepić jego użytkownikom i dzięki temu być skuteczniejszym środkiem kierowania ludzkim zachowaniem czy też środkiem kontrolowania tego zachowania. Sunstein pisze, że wówczas prawo składa jakieś oświadczenia po to, aby wpływać na normy społeczne[347] i tym sposobem oddziaływać na ludzkie sądy oraz zachowanie[348]. Kornhauser zaś na przykładzie ekonomicznego podejścia do prawa pokazuje, jak to się odbywa. Wskazuje, że teoria ekonomiczna wyróżnia trzy formy, w których prawodawca może realizować swoje cele poprzez prawo – prawodawca może bowiem używać norm prawnych w taki sposób, aby zmienić: (1) bodźce (motywacje), jakie wpływają na zachowanie podmiotów prawa, lub (2) zasób informacji, na podstawie którego podmioty prawa działają, lub (3) preferencje czy pragnienia podmiotów prawa[349]. Z tych trzech form, właśnie te dwie ostatnie, a w szczególności ostatnia, wiążą się ściśle z „ekspresyjnością" prawa, ale rozumianą czysto instrumentalnie. Takie zresztą rozumienie „ekspresyjności" jest prostą konsekwencją przyjęcia, że cele ludzkiego działania są czysto instrumentalne, to znaczy założenia, że działamy po to, aby zrealizować jakiś wytyczony przez siebie (czy też przez innych) cel. (Warto jednak pamiętać

---

[346] Bardzo podobnie – por. C. R. Sunstein: *On the Expressive*…, s. 2025–2029.

[347] Por. np. L. Petrażycki: *op.cit.*, s. 17: „Fakty normatywne w dziedzinie ustawowego prawa pozytywnego, wypowiedzi ustawodawcy, spełniają rolę faktów nie tylko wytwarzających normy pozytywne […] ale również niweczących, wypleniających z psychiki zbiorowej te lub owe normy (tj. odpowiednie przeżycia prawne i projekcje). Akty ustawodawcze w sprawie zniesienia niewolnictwa, pańszczyzny, więzienia za długi, tortur, kar cielesnych, kary śmierci itp. są to fakty normatywne, akty prawodawcze olbrzymiej i najdonioślejszej wagi – jako fakty wypleniające z psychiki prawnej mnóstwo istniejących poprzednio przekonań prawnych, poglądów oraz odpowiadających im projekcji – norm".

[348] C. R. Sunstein: *On the Expressive*…, s. 2025.

[349] Odpowiada to dość dokładnie wyróżnionym przez M. Borucką-Arctową (z punktu widzenia procesu podejmowania przez adresata normy decyzji o zachowaniu zgodnym lub niezgodnym z normą) trzem funkcjom prawa: motywacyjnej, informacyjnej i kontrolnej. Por. M. Borucka-Arctowa: *Poglądy na społeczne funkcje prawa w świetle badań empirycznych*. „Państwo i Prawo", z. 5, 1981, s. 6.

o tym, że ludzkie działanie może mieć także inny cel, cel ekspresywny, że może służyć wyrażeniu stosunku – nastawienia działającej osoby do pewnych obiektów – osób, zwierząt, przedmiotów itd. W tym miejscu Kornhauser odwołuje się do koncepcji Elisabeth Anderson, o której była mowa wcześniej[350]). Rozważając konsekwencje przyjęcia takiego ujęcia ekspresyjności, dochodzi on do wniosku, że jeśli ekspresyjną funkcję prawa zrównuje się z funkcją edukacyjną, to gdy dochodzi do niewspółmierności – jest to raczej niewspółmierność instrumentalna niż ekspresywna[351]. Sunstein dodaje, że przyjęcie takiego ujęcia wiąże się z niezbędnym oszacowaniem społecznych konsekwencji wyrażania przez prawo określonych treści. Konieczne jest wówczas dokonanie pewnego przewidywania skutków tego prawa, najpierw w sferze obowiązujących norm społecznych, a następnie w sferze ludzkiego postępowania. Podaje tu znany (kontrowersyjny zresztą) przykład: jeśli prawo czyni obowiązkowym recycling, to prawdopodobnie wpłynie na społeczne normy dotyczące ochrony środowiska i uczyni to w inny sposób (lepszy) niż ustanowienie opłat za wyrzucanie śmieci[352].

Drugie pojęcie ekspresyjności abstrahuje od racjonalności instrumentalnej. Wyrażenie wartości przez system prawa wcale nie ma służyć realizowaniu jakichś założonych przez prawodawcę celów, osiągnięcie celów jest tu bowiem całkowicie nieistotne. Wyrażanie wartości przez prawo jest uznawane za wartościowe samo w sobie, bez względu na to, jakie przyniesie konsekwencje, a więc bez względu na to, jak w istocie wpłynie na zachowanie podmiotów prawa. Jak pisze Sunstein: „czasami ludzie popierają jakieś prawo nie z powodu jego wpływu na normy [społeczne], ale ponieważ uważają, że jest samo w sobie wartościowe, aby ważne »oświadczenie« zostało złożone”[353]. „Społeczeństwo może wskazywać normy, do których jest przywiązane i wymuszać ich

[350] Por. *supra* s. 68.
[351] L. A. Kornhauser: *op.cit.,* s. 14 z 31. O niewspółmierności instrumentalnej i ekspresywnej por. *supra* s. 126.
[352] C. R. Sunstein: *On the Expressive…,* s. 2026.
[353] *Ibidem*.

realizację poprzez prawo, nawet jeśli konsekwencje takiego wymuszania są niejasne lub nieznane”[354]. Kornhauser wylicza kilka (z wielu możliwych) środków, za pomocą których prawo może realizować tak rozumianą funkcję ekspresywną: wartości mogą być wprost wyartykułowane w różnego rodzaju wstępnych częściach aktów normatywnych; prawodawca może wyrazić daną wartość pośrednio, ustalając w akcie normatywnym pewien cel do realizacji, ale nie wskazując praw i obowiązków czy procedury służącej realizacji tego celu; w systemie amerykańskim prezydent może proklamować pewne wartości w swoich wystąpieniach; sędziowie mogą wyrażać swoje opinie, formułując uzasadnienia decyzji stosowania prawa itd. Wskazuje też na znamienny przykład realizowania tak rozumianej funkcji ekspresywnej przez prawo: funkcjonujące w niektórych systemach prawnych normy zakazujące kary śmierci. Normy takie wskazują na to, że niezależnie od tego jak kara śmierci jest skuteczna jako środek redukowania poważnej przestępczości, jest nieakceptowalna, gdyż wyraża niewłaściwy stosunek do wartości, jaką jest ludzkie życie[355]. Z drugiej strony ci, którzy domagają się przywrócenia kary śmierci, choć powołują się na argumenty utylitarne, tak naprawdę nie są nimi zainteresowani (dlatego na przykład nie interesują ich wcale wyniki rzetelnych badań naukowych dotyczące spadku czy wzrostu przestępczości w związku ze zniesieniem lub wprowadzeniem kary śmierci[356]), posługują się argumentami utylitarnymi czysto perswazyjnie – dla nich również najważniejsze jest to, żeby prawo świadczyło wszem i wobec o pewnych wartościach[357]. Można się domyślać, że chodzi im

[354] *Ibidem*, s. 2027.

[355] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 16 z 31.

[356] W okresie, kiedy pisałam tę pracę (w roku 2009) oglądałam na kanale TVP Kultura program prezentujący dyskusję pomiędzy zwolennikami a przeciwnikami kary śmierci. Co charakterystyczne, zwolennicy kary śmierci (w tym pewien bardzo znany profesor filozofii) każdą próbę przedstawienia przez przeciwników kary śmierci badań naukowych świadczących o braku wpływu stosowania kary śmierci na spadek przestępczości, udaremniali, kwestionując *a priori*, bez zapoznania się ze szczegółami (także z autorami badań, przyjętą metodologią itd.) rzetelność przeprowadzenia tych badań.

[357] C. R. Sunstein: *On the Expressive…*, s. 2022–2023.

o nadanie większej godności ofierze przestępstwa niż sprawcy, ale może również chodzić o jakieś wartości odwołujące się do wizji państwa, społeczeństwa czy prawa jako surowego i ostatecznego sędziego.

Wydaje się, że ten drugi sposób rozumienia ekspresywnej funkcji prawa jest częstszy (niż jej instrumentalne interpretowanie) wtedy, kiedy wypełniania tej funkcji domaga się opinia publiczna, jakieś większe lub mniejsze grupy społeczne, niż wtedy gdy realizowanie tej funkcji przez prawo staje się częścią realnej polityki prawa, uprawianej przez organy władzy publicznej. Działania organów władzy publicznej, także ze względu na ciążącą na nich odpowiedzialność polityczną, bardziej nastawione są bowiem na osiąganie jakichś wymiernych, dających się pokazać wyborcom, efektów tworzonego przezeń prawa niż tylko na kształtowanie – choćby najszlachetniejszej – tożsamości etycznej społeczeństwa.

Tam, gdzie prawo realizuje albo – według opinii społecznej – powinno realizować funkcję ekspresywną, tam bardzo często w grę wchodzi niewspółmierność konstytutywna. Prawo przecież poprzez swoje postanowienia „ogłasza", że pewne dobra są nieporównywalne z innymi (najczęściej z pieniędzmi), albo że pewne dobra mogą być porównywane z innymi – że mogą być „utowarowiane". Na przykład obowiązujące w niektórych systemach prawnych regulacje zakazujące prostytucji mogą być wyrazem braku akceptacji dla wymiany aktów życia intymnego na pieniądze, a zakaz handlu organami wyrazem braku akceptacji dla wymiany części ludzkiego ciała na pieniądze. A dopuszczone w niektórych systemach prawa umowy, zgodnie z którymi kobieta rodzi dziecko niejako „na zamówienie" innych osób, mogą być uznane za świadectwo postępującego „utowarowienia" instytucji macierzyństwa. Margaret J. Radin, badając problem zadośćuczynienia za krzywdę, słusznie więc zauważyła, że „prawo może rzeczywiście wpływać na to, jak rozumiemy siebie i nasze wartości, a, w szczególności, czy rozumiemy pewne aspekty siebie samych, takie jak cielesna integralność i wolność od bólu za niewspółmierne z pie-

niędzmi”[358]. I zarazem ostrzegała, że choć na razie oba podejścia – odwołujące się do współmierności i zakładające niewspółmierność wartości – współegzystują, także na gruncie prawa, to nie jest wykluczone, iż wszechobecna rynkowa retoryka i praktyka może doprowadzić w przyszłości do tego, że niewspółmierność osłabnie, a może nawet zniknie. I ta perspektywa, jak przyznała, ją niepokoi[359].

[358] M. J. Radin: *Compensation and Commensurability*. „Duke Law Journal”, vol. 43, no. 1, 1993, s. 83.
[359] *Ibidem*, s. 86.

3. RACJONALNE PODEJMOWANIE DECYZJI A NIEWSPÓŁMIERNOŚĆ WARTOŚCI – STAN DYSKUSJI

Problem niewspółmierności wartości – niezależnie od swego ostatecznego rozstrzygnięcia – pozostaje bez wątpienia w ścisłym związku z kwestią racjonalności podejmowania decyzji. Chodzi mianowicie o to, czy ewentualne występowanie tego zjawiska wyklucza racjonalność podejmowania decyzji czy też nie; jakiego rodzaju możliwa byłaby (jeśli w ogóle) racjonalność w sytuacji niewspółmierności wartości; jakie warunki musiałyby być spełnione, aby decyzja podejmowana w sytuacji niewspółmierności wartości była racjonalna oraz jakie stosuje się indywidualne i społeczne strategie podejmowania decyzji w sytuacji potencjalnie obciążonej niewspółmiernością wartości.

3.1. Niewspółmierność wartości jako potencjalne zagrożenie racjonalności albo jej warunek

Są tacy (i jest ich niemało), którzy zjawisku niewspółmierności wartości zaprzeczają. Należy zdać sobie jednak sprawę z faktu, że wielu uprawiających refleksję praktyczną odrzuca założenie niewspółmierności (albo traktuje zjawisko niewspółmierności z bardzo dużą podejrzliwością) nie tylko z powodu samego przekonania, że niewspółmierność nie występuje, ale po części z braku akceptacji skutków, jakie – ich zdaniem (spornym – to trzeba koniecznie podkreślić) – wiążą się z jej dostrzeżeniem i przyjęciem. Ten brak akceptacji przeradza się nawet czasami w przeżywaną autentycznie obawę[360]; lęk, że w sytuacji wyboru spośród niewspółmiernych opcji nie istnieją w gruncie rzeczy żadne kryteria, które mogłyby taki wybór uczynić wytłumaczalnym, albo – co więcej – poprawnym lub intersubiektywnie weryfikowalnym[361]. Ich zdaniem jeśli opcje działania są niewspółmierne, wybór pomiędzy nimi mógłby się dokonać choćby poprzez rzucenie monetą. Paraliżuje ich więc – w gruncie rzeczy – strach przed uczynieniem, poprzez zaakceptowanie występowania zjawiska niewspółmierności, bardzo ważnej części naszego życia irracjonalną. Strach ten ujawnia także – w mojej opinii – obnażone już choćby przez Kanta, napięcie pomiędzy tym, co najbardziej ludzkie w naszej kondycji – napięcie pomiędzy wolnością a przymusem dokonywania wyborów.

---

[360] A. Sen pisze nawet o pojawiających się w związku z niewspółmiernością wartości strachu, nerwowości, niepokoju i panice – por. A. Sen: *The Idea*…, s. 239 oraz 395.

[361] Na przykład R. G. Wright obawia się, że przyjęcie założenia niewspółmierności zagraża naszym zdroworozsądkowym moralnym przekonaniom i intuicjom, choćby takim, że ludzie są czasami ludzie są moralnie zobowiązani wybrać jedną z konkurujących opcji działania, chociaż pozostałe także są poparte istotnymi racjami odwołującymi się do podstawowych ludzkich wartości. Jego zdaniem, jeśli przyjmie się założenie niewspółmierności brak jest moralnie konkluzywnej racji, aby, na przykład, przerwać służące odprężeniu picie kawy w celu ratowania przyjaciela od śmierci w wypadku. – Por. R. G. Wright: *Does Free Speech Jurisprudence Rest on a Mistake?: Implications of the Commensurability Debate*. „Loyola of Los Angeles Law Review", vol. 23, 1990, s. 772–773.

Są tacy, jednak, którzy niewspółmierności się nie obawiają. Na przykład słynny ekonomista (laureat Nagrody Nobla w 1998 r.) Amartya Sen. Wskazując, że ujawniające się w ludzkim życiu konflikty wartości muszą być brane pod uwagę także przez naukę ekonomii ze względów jej własnego rozwoju, wyraźnie stwierdza, że sytuacje tego rodzaju (jak na przykład niepewność czy niespójność w formułowanych sądach wartościujących) nie powinny być traktowane jako pomyłki w percepcji lub rozumowaniu; pewne z nich mogą być bowiem wynikiem innego poglądu na problem podejmowania decyzji niż ten, który prezentuje się w standardowej ekonomicznej literaturze[362]. Pisze, że dokonywanie wyborów w sytuacji niewspółmierności jest jak mówienie prozą: najczęściej wcale nie sprawia nam problemu, ale czasami faktycznie może być bardzo trudne. Mówienie prozą nie może w nas jednak wywoływać strachu[363].

Ci zaś, którzy odnoszą się do tego problemu jeszcze bardziej stanowczo, są zdania, że niewspółmierność wcale nie wyklucza dokonywania racjonalnych wyborów[364]. Mogą takie stanowisko uzasadniać, odwołując się do tego, jak rozumieją racjonalność, czy też powołując się na konkretne strategie (sposoby, metody) podejmowania decyzji i dokonywania wyborów, które dają się – ich zdaniem – zastosować także wtedy, kiedy wybór dotyczy niewspółmiernych opcji. Niektórzy nawet (jak Brian Bix) uważają, że to właśnie niewspółmierność jest tym, co

---

[362] A. Sen: *On Ethics…*, s. 69–70. Por. też jego opinię: „W rzeczywistości model »wyważonego zamkniętego uporządkowania« może być nierealistyczny i głęboko zwodniczy, jeśli chodzi o opis i przewidywanie zachowania, w dodatku do bycia prawdopodobnie niedorzecznym na gruncie substancjalnej etyki. […] rozpoznanie natury tych dylematów może przyczyniać się nie tylko do zrozumienia i oceny zjawisk ekonomicznych, może także pomóc w ekonomicznym przewidywaniu".

[363] A. Sen: *The Idea…*, s. 241.

[364] Por. na przykład J. Gray: *op.cit.*, s. 73–74 i 84: „Możemy mieć ważne powody, by dokonywać wyborów między niewspółmiernymi i sprzecznymi dobrami […]. Decyzja w takich wypadkach nie musi być arbitralna czy bezpodstawna; nie musi stanowić *acte gratuit*, którego nie sposób uzasadnić. Nie musi również wyrażać czystej preferencji. Biorąc pod uwagę okoliczności mojego życia i sytuację w jakiej się znalazłem, wybór może być słuszny lub nie". „Niewspółmierność wartości nie przeszkadza przeprowadzaniu rozumowań moralnych. Jest jednym z czynników umożliwiających te rozumowania".

w ogóle czyni racjonalny wybór możliwym: „Jeśli wszystkie opcje byłyby redukowalne do jednostek pewnego dobra, które podmiot starałby się maksymalizować, nie byłoby żadnej potrzeby »wyboru«, rozumianego jak akt sądzenia. Każdy automat może wybrać 500 $ wtedy, kiedy alternatywą jest 100 $, i podobnie, jeśli jeden sposób życia »równy jest« 5000 »jednostkom szczęścia/zadowolenia« podczas gdy alternatywny sposób życia »równy jest« 1000 jednostek”[365]. Podobnie John Finnis, który jest zdania, że „to właśnie różnorodność racjonalnie pociągających ludzkich dóbr czyni wolny wybór zarówno możliwym, jak i często koniecznym – wybór pomiędzy racjonalnie pociągającymi i niekompatybilnymi alternatywnymi opcjami, taki, że nic tylko wybieranie samo w sobie ustala, która opcja jest wybrana i realizowana”[366]. Martha Nussbaum z kolei ostrzega, że wiara we współmierność doprowadzić może do zatarcia różnicy pomiędzy metafizycznie użytecznymi kategoriami substratu i atrybutu[367]. Inni, jak Robert P. George, wskazują, że jeśli podstawowe wartości byłyby współmierne, wtedy nie mielibyśmy potrzeby korzystania z (a także rozważania i pielęgnowania) całego bogactwa zasad moralnych, jakimi dysponujemy, które cenimy i bez których nie wyobrażamy sobie naszej kultury i cywilizacji. Jeśli wartości byłyby współmierne, potrzebowalibyśmy wyłącznie jednej jedynej zasady moralnej, rozstrzygającej problemy moralnie relewantnego wyboru; zasady, która w sytuacji konfliktu racji działania nakazywałaby nam wybór większego dobra czy też mniejszego zła[368]. Zauważając, że wybór pomiędzy doskonale współmiernymi dobrami jest prostą czynnością dokonywaną wedle jednej reguły, można byłoby podsumować taki pogląd słynną frazą Wittgensteina: „Gdy kieruję się regułą to nie wybieram. Regułą kieruję się *ślepo*”[369].

---

[365] B. Bix: *Dealing with Incommensurability for Dessert and Desert: Comments on Chapman and Katz*. „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 146, no. 5, 1998, s. 1652.
[366] J. Finnis: *Natural law…*, s. 3.
[367] M. Nussbaum: *Plato on Commensurability…*, s. 118-119.
[368] R. P. George: *In Defense of Natural Law*. Clarendon, 1999, s. 98.
[369] L. Wittgenstein: *Dociekania filozoficzne*. Warszawa, 1972, § 219.

Na gruncie filozofii prawa Marek Zirk-Sadowski zastanawiał się, jaką prawnicy przyjmują konstrukcję racjonalności, kiedy interpretują zwroty oceniające (czy jest to jakaś konstrukcja specjalna i jak wiąże się ona z konstrukcją racjonalnego prawodawcy)[370]. Pytanie to łączy się bardzo ściśle z prezentowanym tu problemem, choć po części – w zakresie nieco węższym, a po części – w nieco szerszym, niż ten, który jest tu badany. Bo z jednej strony, zajmując się niewspółmiernością wartości, nie chodzi nam tylko o interpretację zwrotów oceniających, a o podejmowanie decyzji opartych na ocenach (choć u prawników jedno z drugim może być ściśle związane – prawnik podejmując taką decyzję jest związany rozumieniem zwrotu oceniającego „danego" mu przez prawodawcę[371]); ale z drugiej strony chodzi nam nie o wszystkie, ale o szczególne decyzje oparte na ocenach – takie decyzje, rozstrzygające pomiędzy pewnymi opcjami, które wiążą się z koniecznością oceny każdej z będących w dyspozycji opcji i potencjalnie z zestawieniem (porównaniem?) wyników tej oceny. Ponadto, można się zastanawiać, jaka w ogóle konstrukcja racjonalności ma w takich sytuacjach zastosowanie i czy konstrukcja używana przez prawników jakoś się od takiej ogólnie stosowanej racjonalności różni.

Mimo odmiennego nieco – jak to powyżej zasygnalizowano – od przyjętego tutaj zakresu rozważań, Marek Zirk-Sadowski czyni jednak bardzo celną i przydatną dla nas uwagę – że „współcześnie pytanie o racjonalność decyzji aksjologicznych odczuwane jest bardzo często jako zagadnienie paradoksalne"[372],

---

[370] M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 116.

[371] Wielu autorów zwraca uwagę na to, że prawnicy często błędnie utożsamiają oceny z wartościami oraz że niekonsekwentnie posługują się słowem „ocena", nie zdając sobie sprawy z jego wielu znaczeń, tak czy inaczej jednak w większości odnoszących się do wyrażeń czy wypowiedzi. Por. Z. Ziembiński: *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warszawa, 1980, s. 124–126; idem: *O czym mówią prawnicy, gdy mówią o „ocenach"*. „Państwo i Prawo", nr 12, 1986; M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 89–93; T. Gizbert-Studnicki: *Znamiona porównawcze w kodeksie karnym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", (1), 1981, s. 158; A. Kojder: *op.cit.*, s. 161–162.

[372] M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 116–117.

wskazując w tym miejscu przede wszystkim na stanowisko tych zwolenników relatywizmu aksjologicznego, dla których „racjonalność i wybór wartości nie mają ze sobą nic wspólnego”[373] ponieważ „nie istnieje możliwość uzasadnienia zaangażowania się w praktykę moralną, religijną i naukową itp.”[374] Zauważa on przy tym – często niespostrzeganą albo celowo pomijaną lub wypieraną – możliwość, że racjonalność można traktować jako pewne kontinuum (co oznacza, że istnieje wiele rodzajów racjonalności) i stwierdza, że „skokowe” oddzielenie racjonalności i irracjonalności budzi poważne wątpliwości. Jego zdaniem racjonalność jest cechą stopniowalną[375] i można, ze względu na intersubiektywną sprawdzalność kryteriów, które dany z rodzajów racjonalności wprowadza, rekonstruować mocne oraz słabe typy racjonalności[376]. Jest to teza bardzo inspirująca z punktu widzenia badania zjawiska niewspółmierności, stwarza bowiem możliwość zneutralizowania ewentualnych obaw przed porażką rozumu, która mogłaby być – według niektórych – skutkiem niewspółmierności. Można się jednak zastanawiać, czy mocne typy racjonalności to jakiś lepszy rodzaj, a słabe typy to jakiś gorszy, wadliwy rodzaj racjonalności

---

[373] *Ibidem*.

[374] *Ibidem*.

[375] *Ibidem*, s. 172.

[376] *Ibidem*, s. 119 i 174. Zarazem jednak uważa – o czym będzie mowa w dalszej części pracy – że prawnicy przy podejmowaniu decyzji opartych na ocenach uchylają założenie o niewspółmierności wartości (a więc przyjmują pewne założenie upraszczające), choć tak naprawdę nieporównywalny charakter wartości uznają (s. 152–153). Twierdzi, że taki sposób postępowania jest niezbędny dla zapewnienia możliwości spełnienia generalnego nakazu rozstrzygnięcia (s. 161). A jako model racjonalności, którym posługują się prawnicy, także w przypadku podejmowania decyzji związanych z ocenianiem, uznaje racjonalność zarazem wewnętrzną, materialną, praktyczną i opartą na kryterium ze środka na cel (s. 178). Można jednak, jak w tej pracy, przyjąć odmienne stanowisko – że uchylenie założenia o niewspółmierności wartości nie jest niezbędne dla spełnienia generalnego nakazu rozstrzygnięcia, że prawnicy założenia o niewspółmierności wartości nie uchylają, ale podejmując decyzje w sytuacji niewspółmierności wartości stosują po prostu inne niż porównawcze strategie, także jednak racjonalne; że racjonalność, którą posługują się prawnicy (i także prawodawca), nie jest wyłącznie racjonalnością opartą na kryterium ze środka na cel (czego dowodem jest choćby spełnianie przez prawo funkcji ekspresywnej).

(to sugerowałyby nazwy „mocne" – „słabe")[377]. Można przecież stać na stanowisku, że (przyznając nawet, iż istnieje wiele różnych rodzajów racjonalności) trzeba dążyć do tego, aby tam, gdzie tylko się da, być może nawet w każdej dziedzinie, posługiwać się racjonalnością jak najlepszą, a więc jak najmocniejszego typu. I to tak naprawdę jest – jak się zdaje – podstawowym przekonaniem, a nawet w pewnym sensie żądaniem tych, którzy niewspółmierności zaprzeczają lub się jej obawiają. Ci, którzy niewspółmierności się obawiają, uważają, że liczy się tylko racjonalność jednego typu, ta, którą uznali za najmocniejszą, i żądają, aby miała ona zastosowanie do wszystkich stwarzających taką możliwość (a czasami też i nie stwarzających takiej możliwości) sytuacji. Odpowiedź zaś na takie żądanie, udzieloną przez tych, którzy z niewspółmiernością wartości jako zjawiskiem powszechnie występującym w ludzkim życiu, się pogodzili, można zaprezentować na przykładzie stanowiska Thomasa Nagla.

---

[377] Zresztą byłoby prawdopodobnie kwestią sporną, które typy racjonalności są mocne, a które słabe. Na przykład S. Hampshire w książeczce pod znamiennym tytułem *Justice is Conflict* twierdzi, że platońska koncepcja rozumu, odwołująca się do prymatu dowodu matematycznego jako paradygmatu rozumowania i racjonalności, „nie jest jedyną możliwą, a dla pewnych celów, takich jak zrozumienie natury sprawiedliwości i moralności, jest wielce zwodnicza". Hampshire uważa, że należy odwrócić hierarchię i uznać, że racjonalność to pojęcie, które ma swe źródło raczej w rozumowaniach i argumentacjach stosowanych przy rozwiązywaniu problemów moralnych i prawnych niż w logicznych czy matematycznych formalnych dedukcjach i dowodach. Ta zamiana kolejności daje, jego zdaniem, wiele korzyści, umożliwia bowiem wyjaśnienie, jak racjonalność jako powszechna norma naturalnie rozwijała się z potrzeb życia społecznego. Ponadto pozwala ona, poprzez odwołanie się do pojęć racjonalności i argumentu, odzyskać utracony związek pomiędzy formami rozumowania odwołującymi się do dedukcji a tymi stosowanymi w prawie, moralności, czy w debacie publicznej. Jako dowód na słuszność swojej propozycji Hampshire zwraca uwagę na to, że właśnie pojęcie sprawiedliwości, właściwe przede wszystkim dla sfery moralności i prawa, łączone było zawsze z pojęciami rozumu, racjonalności i rozsądku. (S. Hampshire: *Justice is Conflict*. Princeton, N.J., 2000 s. 13–15). Podobnie uważa M. Nussbaum: „akceptacja Arystotelejskiej koncepcji powinna prowadzić do uznania, że to nauki humanistyczne są rdzeniem naszej publicznej kultury i że inne techniki rozumowania są narzędziami, których miejscem jest wspieranie ich w ich zadaniu odkrywania i ustanawiania pełnego i bogatego sensu ludzkiego życia oraz jego publicznych wymogów". (M. Nussbaum: *The Discernment of Perception*…, s. 104).

3.2. Racjonalność możliwa i odpowiednia w sytuacji niewspółmierności wartości

Thomas Nagel – jak to już w tej pracy wcześniej wspominano[378] – zauważył, że w wielu przypadkach, pomimo dysponowania wystarczającą wiedzą o skutkach czy prawdopodobieństwie skutków ewentualnych działań, o dostępnych alternatywach itd., ludzie mają poważne problemy z dokonaniem wyboru; mają problemy, wynikające z niemożności „zbilansowania" racji przemawiających „za" i „przeciwko" decyzji o określonej treści. I nie jest to wcale – według niego – kwestia tego, że racje takie pozostają w równowadze i dlatego nie pozwalają dokonać wyboru. Gdyby racje na rzecz kilku różnych działań były równoważne, nie miałoby po prostu znaczenia, które z działań zostanie podjęte. Byłoby wszystko jedno, którą z rozpatrywanych opcji zrealizuje dany podmiot[379]. Rzecz w tym, że w sytuacji, którą opisuje Nagel, racje razem wzięte nie dają odpowiedzi, które działanie podjąć, ale jednocześnie treść decyzji nie jest obojętna – decyzja ma swoją wagę. Powstaje wówczas problem, w jaki sposób (czym się kierując) podjąć decyzję tak, żeby nie była ona arbitralna. Nagel stwierdza: „kiedy każde [rozwiązanie] wydaje się słuszne ze względu na racje, które ukazują się jako decydujące i wystarczające, arbitralność oznacza brak racji tam, gdzie racje są potrzebne, ponieważ każdy dokonany wybór będzie oznaczał działanie przeciwko pewnym racjom bez możliwości stwierdzenia, że zostały one przeważone"[380]. Istnieje wówczas – jego zdaniem – pokusa, aby poszukiwać jednej miary, jednej skali, zgodnie z którą całkowicie różne racje dałyby się jakoś zmierzyć, dodawać i bilansować. Według Nagla utylitaryzm jest klasycznym przykładem takiej teorii, która ten wysiłek podjęła. Ale koncepcja tego rodzaju jak utylitaryzm – szukająca jednej miary – jest dla Nagla całkowicie nie do przyjęcia i to wcale nie dlatego, że

---

[378] Por. *supra* s. 62.

[379] Takie stanowisko przyjmuje także J. Raz wtedy, kiedy odpiera argumenty tych, którzy uważają, że niewspółmierność jest przybliżoną równością. Por. J. Raz: *The Morality…*, s. 328–333.

[380] T. Nagel: *op.cit.*, s. 128.

niekiedy prowadzi do intuicyjnie nieakceptowalnych konsekwencji – jest nie do przyjęcia ze względów natury teoretycznej. Jego zdaniem, ponieważ wartości mają wiele fundamentalnie różnych źródeł (które zresztą znajdują odzwierciedlenie w podziałach wartości na typy[381]), to nie są reprezentantami jakiegoś jednego dobra, tyle tylko, że w wielu odsłonach. W odniesieniu do tych różnych wartości nie da się skonstruować żadnej wspólnej dla wszystkich, jednolitej metody podejmowania decyzji, zwłaszcza w sytuacji konfliktu pomiędzy takimi wartościami – ani nawet jednolitego zespołu priorytetów czy jasnych zaleceń[382]. Za tę niemożliwość odpowiedzialna jest – w szczególności – głęboka różnica pomiędzy racjami działania, które można nazwać osobistymi (te są skoncentrowane na podmiotach w tym sensie, że dotyczą tych podmiotów; są subiektywne w tym sensie, że są to czyjeś racje) i tymi, które są bezosobowe (te nie są osobiste, są skoncentrowane na rezultacie i są obiektywne w tym sensie, że są racjami wszystkich ludzi)[383]. Ta, ale i inne różnice pomiędzy racjami to wynik przede wszystkim różnych źródeł wartości, ale pojawiły się także jako rezultat głęboko ludzkiej umiejętności jednoczesnego postrzegania świata z wielu różnych punktów widzenia: „z punktu widzenia czyichś relacji z innymi, z punktu widzenia czyjegoś

---

[381] Nagel wyróżnia pięć fundamentalnych typów wartości, które zresztą mogą pozostawać ze sobą w konflikcie: zobowiązania podmiotu wobec innych ludzi lub instytucji, ograniczenia działania wynikające z ogólnych i przysługujących wszystkim praw, użyteczność, perfekcjonistyczne cele i wartości oraz zaangażowanie we własne projekty lub przedsięwzięcia. Por. *ibidem*, s. 129–130.

[382] *Ibidem*, s. 131–132.

[383] *Ibidem*, s. 133: „Ten wielki rozdział pomiędzy osobistymi i bezosobowymi […] racjami jest tak podstawowy, że czyni nieprzekonującą jakąkolwiek redukcyjną unifikację etyki […]. Formalne różnice pomiędzy tymi typami racji korespondują z głębokimi różnicami w ich źródłach. Doceniamy siłę racji bezosobowych, kiedy oddzielamy się od naszej osobistej sytuacji i naszych specjalnych relacji z innymi. Utylitarystyczne twierdzenia powstają w ten sposób, kiedy nasze oddzielenie ma formę przyjęcia ogólnego punktu widzenia, który rozumie punkt widzenia każdego […]. Ale taka perspektywa w oczywisty sposób różni się bardzo od tej, która pojawia się w trosce podmiotu o swoje specjalne zobowiązania wobec swojej rodziny, przyjaciół lub kolegów […]. Te dwa motywy pochodzą z dwóch różnych punktów widzenia, obu ważnych, ale fundamentalnie nieredukowalnych do wspólnej podstawy".

życia rozciągniętego w czasie, z punktu widzenia wszystkich ludzi naraz oraz, w końcu, z obiektywnego punktu widzenia często opisywanego jako pogląd *sub specie aeternitatis* […]"[384]. Te punkty widzenia nie dadzą się sprowadzić do żadnego wspólnego mianownika. Muszą ze sobą współegzystować i współpracować w naszych umysłach.

Konkluzja Nagla mogłaby być pesymistyczna. W końcu – jak pisze – jedna, poprawna w każdym przypadku metoda jest nam niedostępna, a mimo to zmuszeni jesteśmy także w tych trudnych przypadkach podejmować konkretne decyzje i mogłoby się wówczas wydawać, że decyzje takie z konieczności muszą być arbitralne. Ale Nagel uważa, że tak nie jest. Sądzi, że można podjąć słuszną, wcale nie irracjonalną decyzję, choćby brak było dla niej jakiegoś całościowego, generalnego usprawiedliwienia. Na podjęcie słusznej decyzji pozwala nam (tu Nagel odwołuje się do Arystotelesa[385]) praktyczna mądrość, która ujawnia się raczej w konkretnych, podejmowanych ciągle decyzjach niż w formułowaniu ogólnych zasad. Nagel sugeruje, że „[…] nasza zdolność do rozwiązywania konfliktów w poszczególnych przypadkach może rozciągać się poza naszą zdolność do formułowania ogólnych zasad, które wyjaśniają te rozwiązania. Być może działamy w zgodzie z ogólnymi zasadami nieświadomie, a moglibyśmy odkryć je kodyfikując nasze decyzje i poszczególne intuicje. Ale to nie jest konieczne ani dla działania, ani dla dokonywania osądu"[386].

---

[384] *Ibidem*, s. 134.

[385] Nawiązanie do Arystotelesa nie jest tu przypadkowe. Wszak to Stagiryta twierdził, że „[…] nie we wszystkich […] wywodach należy szukać tego samego stopnia ścisłości […]. Tak też co do pojęć piękna moralnego i sprawiedliwości […] panuje tak daleko idąca rozbieżność i niestałość zdań […]. Należy więc być zadowolonym, jeśli, omawiając takie przedmioty i opierając się na takich przesłankach, wskaże się prawdę z grubsza tylko i w ogólnych zarysach, i jeśli omawiając to, co tylko na ogół zachodzi, i wychodząc z przesłanek o takim samym charakterze, potrafimy też wysnuć tylko tego samego rodzaju wnioski. W ten sposób należy też oceniać wszelkie wywody: jest bowiem cechą człowieka wykształconego żądać w każdej dziedzinie ścisłości w tej mierze, w jakiej na to pozwala natura przedmiotu […]". (Arystoteles: *op.cit.*, 1094b).

[386] T. Nagel: *op.cit.*, s. 135. Por. J. Raz: *The Practice of…*, s. 20–21: „podczas gdy praktyki zakładają powszechną znajomość swoich warunków – to znaczy tego,

Proces podejmowania decyzji jest zdeterminowany przez bardzo wiele czynników. Nagel zauważa, że w pewnych sytuacjach jednak taki proces może być sztucznie izolowany od niektórych z nich, co czasami należy ocenić negatywnie, ale czasami służy dobrym celom. Jako taki właśnie pozytywny przykład podejmowania decyzji w warunkach celowo ograniczonego wpływu ze strony niektórych czynników, podaje proces wyrokowania przez sąd, który, jak pisze, „starannie wyłącza, lub próbuje wyłączać, względy użyteczności lub osobistego zaangażowania i ogranicza się do roszczeń wynikających z praw"[387]. Warto – zdaniem Nagla – w postępowaniu sądowym odrzucić pewne czynniki, aby lepiej zabezpieczyć realizację praw, gdyż prawa są wyjątkowo istotne, a ponadto w dłuższym czasie systematyczna ich realizacja nie okazuje się być wcale tak bardzo sprzeczna z innymi wartościami. Postępowanie prawne jest też dla Nagla przykładem ilustrującym przydatność przyjęcia fragmentarycznego podejścia do badania procesu podejmowania decyzji zamiast obstawania przy budowaniu generalnych, odnoszących się do wszelkich decyzji praktycznych, teorii i zasad. Dzięki skupieniu się samego prawa na pewnych tylko aspektach wartości i odrzuceniu lub ograniczeniu wpływu niektórych innych czynników na decyzje prawne, w badaniu i pojmowaniu rozumowań prawniczych nastąpił – zdaniem Nagla – prawdziwy postęp[388].

---

czego wymagają – nie musimy oczekiwać od praktyk, że będą świadome poprzez dobre rozumienie wartości, które mogą je usprawiedliwiać czy czynić je zrozumiałymi [sensownymi]" oraz „Jane […] jest dobrym sędzią win. Zapytaj ją, które wino podać do posiłku. John, dla kontrastu, doskonale zna rozkład jazdy. Powinieneś zapytać go, którym autobusem pojechać […]. [O]na może będzie w stanie wyjaśnić każdy aspekt każdej swojej decyzji, ale nie może opisać wyczerpująco wszystkich aspektów swoich decyzji, nie wspominając o dostarczeniu generalnej szczegółowej i zadowalającej procedury dokonania wyborów czy powzięcia opinii, do której mogłaby sięgnąć w różnych prawdziwych i hipotetycznych sytuacjach, tak jak może to zrobić John".

[387] T. Nagel: *op.cit.*, s. 136.

[388] Nie jestem wcale przekonana, że w tej kwestii Nagel ma rację. Ani nie jest tak, że proces sądowy zupełnie wyklucza względy użyteczności czy osobistego zaangażowania i ogranicza się wyłącznie do praw, ani nie jest też, moim zdaniem, tak, żeby w badaniu rozumowań prawniczych faktycznie nastąpił widocznie większy postęp niż w innych dziedzinach. Przeciwnie, wydaje mi się, że badania szeroko

W konsekwencji, ponieważ Nagel – ze względu na zakładaną przezeń niezbędną rolę samego osądu przy rozwiązywaniu powstających konfliktów i uwzględnianiu różnorodnych racji – nie wierzy w możliwość skonstruowania żadnej generalnej i kompletnej teorii dobra i zła, dlatego stawia postulat uprawiania refleksji systematyzującej, ale o nie-wszechogarniającym charakterze. Refleksja ta nie wykluczałaby, ale uznawała, że podstawy podejmowania decyzji mogą być niesłychanie zróżnicowane i że nie wszystkie mogą być zrozumiane w tym samym stopniu. Taka nie-wszechogarniająca systematyzacja pozwoli – jego zdaniem – uniknąć dwóch niebezpieczeństw – z jednej strony niebezpieczeństwa romantycznego defetyzmu, z drugiej zaś strony niebezpieczeństwa wyłączającej „nadracjonalizacji". Romantyczny defetyzm prowadzi do całkowitego odrzucenia dotychczasowego dorobku, na przykład teorii racjonalności, z powodu pozostawienia przez nią zbyt wielu problemów bez rozwiązania. Wyłączająca nadracjonalizacja prowadzi natomiast do uznania za nieistotne lub puste wszelkich tych rozważań,

rozumianych rozumowań prawniczych w ostatnich latach, być może ze względów metodologicznych, ale też nie jest wykluczone, że po części ideologicznych (światopoglądowych), uległy zbyt daleko idącemu rozczłonkowaniu. Rozczłonkowaniu, które jest wynikiem skupiania się, tak właśnie jak chciałby tego Nagel, tylko na pewnych fragmentach, na niektórych czynnikach wpływających na decyzje prawne. Efektem tego rozczłonkowania jest często brak porozumienia pomiędzy przedstawicielami takich a nie innych kierunków prawoznawstwa. Jak to trafnie i zwięźle skomentował jeden z moich szanownych Kolegów, czasami odnosi się wrażenie, że niektórzy „czytają zupełnie inne książki". Postęp – jakiego chciałby Nagel – nastąpiłby faktycznie, gdyby skupienie się przez różne kierunki prawoznawstwa na pewnych tylko aspektach wartości i odrzucenie lub ograniczenie wpływu niektórych innych czynników, nie było arbitralne i absolutne. Por. krytykę redukcjonistycznych teorii prawa przeprowadzoną przez A. Peczenika (A. Peczenik: *Against Reductionism*. „Associations – Journal of Social and Legal Theory", no. 2, 1998). Jego stanowisko referuje A. Grabowski następująco: „wiele redukcjonistycznych teorii prawa, takich jak ekonomiczna analiza prawa, psychologiczna teoria prawa Petrażyckiego czy teorie sprowadzające racjonalne rozumowania prawnicze do reguł logiki formalnej, pomimo osiągnięcia pewnych wartościowych wyników współcześnie nie wytrzymuje już krytyki, przede wszystkim z uwagi na »imperialistyczne« dążenia do uzyskania intelektualnego monopolu". (A. Grabowski: *op.cit.*, s. 388).

które nie dają się włączyć w ramy jakiejś generalnej teorii[389]. Taka nadracjonalizacja sprawia, że pod uwagę bierze się wyłącznie te czynniki, które dadzą się wymierzyć albo poddają się innego rodzaju precyzyjnemu opisowi, nie uwzględnia się zaś innych, choćby w istocie były bardzo ważne[390]. Tymczasem dla rozwoju danej dziedziny nie jest wcale niezbędne prowadzenie refleksji na najbardziej ogólnym, fundamentalnym poziomie. Istotne jest – zdaniem Nagla – coś zupełnie innego. Ważne aby, podejmując decyzje – zwłaszcza te uwikłane w różnorodne i skonfliktowane wartości – przede wszystkim dojść do porozumienia co do tego, z jakimi pytaniami, problemami czy też z jakimi wymiarami danej kwestii mamy w analizowanym przypadku do czynienia. Takie porozumienie, co do identyfikacji obszarów wymagających przemyślenia, pozwoli bowiem na odwołanie się do odpowiednich fragmentów ludzkiej wiedzy i refleksji. Nagel zaznacza bardzo wyraźnie, że takie porozumienie jest zupełnie czymś innym niż konsensus etyczny. Nawet radykalna niezgoda w wymiarze etycznym może być przecież całkowicie – jego zdaniem – kompatybilna z rzeczywistą zgodą co do tego, z jakimi istotnymi czynnikami i pytaniami mamy do czynienia w prawdziwym życiu. A wówczas, przy tego rodzaju porozumieniu, pewne pytania, choć być może nie znajdą natychmiastowej bezspornej odpowiedzi, po prostu nie będą mogły być ignorowane[391].

Innym bardzo wpływowym współcześnie filozofem, który nie tylko nie uległ obawom przed skutkami przyjęcia założenia niewspółmierności, ale podjął próbę wyjaśnienia, jak odbywa się podejmowanie decyzji i dokonywanie wyboru w sytuacji niewspółmierności wartości, jest Joseph Raz. Odnosząc się do problemu racjonalnego podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości pisze on o dwóch podstawowych koncepcjach ludzkiego działania, które nazywa racjonalistyczną

[389] Zgryźliwie można by zauważyć, że wynikiem takiej wyłączającej nadracjonalizacji jest właśnie uznawanie problemu niewspółmierności wartości za pusty czy nieinteresujący.
[390] T. Nagel: *op.cit.*, s. 137.
[391] *Ibidem*, s. 139–140.

i klasyczną. Zgodnie z koncepcją racjonalistyczną za paradygmat ludzkiego działania należy uznać takie, które jest podejmowane, ponieważ ze wszystkich opcji dostępnych podmiotowi to właśnie działanie (w opinii tego podmiotu) wsparte jest przez najsilniejsze racje. Natomiast koncepcja klasyczna za wzorcowe ludzkie działanie uznaje takie, które jest podejmowane po rozważeniu wszystkich dostępnych i nadających się do realizacji opcji i które zostało na podstawie i w efekcie tych rozważań przez podmiot wybrane[392]. Choć na pierwszy rzut oka koncepcje te niewiele różnią się między sobą, to jednak – zdaniem Raza – można zaobserwować trzy bardzo istotne odrębności między nimi. Po pierwsze, różna jest w obu koncepcjach rola racji. W koncepcji racjonalistycznej racje domagają się działania (działanie podmiotu jest tu wyjaśniane i uzasadniane wyłącznie w kategoriach racji), natomiast w koncepcji klasycznej rola racji jest zdecydowanie skromniejsza: racje sprawiają jedynie, że opcje nadają się (uzyskują kwalifikację) do tego, żeby je wybrać. Po drugie, różna jest w obu koncepcjach rola pragnienia, a także woli. W koncepcji racjonalistycznej pragnienie podmiotu jest jedną z racji, podczas gdy w koncepcji klasycznej pragnienie (wola) racją nie jest, ponieważ traktuje się ją tu jako zupełnie odrębny czynnik – typowe wybory i działania są więc determinowane przez wolę, która odgrywa rolę autonomiczną, choć racje są dla niej źródłem informacji i ograniczeń. Po trzecie, i to jest tutaj szczególnie interesujące, różny jest stosunek wyżej wymienionych koncepcji do problemu niewspółmierności. Koncepcja klasyczna – w opinii Raza – zakłada istnienie szeroko rozpowszechnionych niewspółmierności dotyczących racji działania, podczas gdy koncepcja racjonalistyczna albo zakłada całkowitą współmierność, albo uznaje niewspółmierności za bardzo rzadkie anomalie[393].

Raz, choć wyraźnie sympatyzuje z koncepcją klasyczną, zwraca uwagę, że wola nie zawsze ma proste przełożenie na dokonywane przez nas wybory. Jako przykład podaje wybór

[392] J. Raz: *Incommensurability…*, s. 111.
[393] *Ibidem*.

jednej z rzędu identycznych puszek w sklepie albo wyrzeczenie się ze względów finansowych jakiegoś dobra. Trudno wówczas mówić, że podmiot chce dokładnie tego, co wybiera. Ale – zdaniem Raza – w sytuacji, kiedy dostępne podmiotowi opcje są niewspółmierne, dokonany przez niego wybór nie da się całkowicie ani wyjaśnić, ani przewidzieć na podstawach czysto rozumowych, to jest przez odniesienie do samych racji. Nie oznacza to wcale, że Raz odmawia ludziom przymiotu racjonalności czy też możliwości bycia dobrze poinformowanym. Kiedy jednak w grę wchodzą niewspółmierne opcje najważniejszą rolę odgrywa – jego zdaniem – wola i wówczas (w typowych sytuacjach) podmiot wybiera to, co sam chce. Działanie, które w takiej sytuacji realizuje podmiot, zostaje podjęte właśnie dlatego, że taki jest wybór tego podmiotu, a nie dlatego, że tak nakazywałoby odpowiednie przekalkulowanie racji. Ale taki opis procesu decyzyjnego jest – jak zauważa Raz – całkowicie sprzeczny z koncepcją racjonalistyczną. W koncepcji racjonalistycznej niewspółmierność jest „upychana w kąt" między innymi w ten sposób, że wola (czy pragnienie) podmiotu jest w niej traktowana jako jedna z racji (a czasem nawet jedyna racja). Jeżeli więc nawet pozostałe racje są niewspółmierne, to wola, jako jedna z nich, przeważa i wskazuje którąś z opcji. To pozwala podmiotowi w każdej sytuacji być zdolnym do udzielenia sobie odpowiedzi na pytanie, co powinien czynić. Sprawia to, że – wedle koncepcji racjonalistycznej – wszystkie decyzje są pod kontrolą rozumu[394].

Ale – jak twierdzi Raz – racjonalistyczne obawy (obawy przed utratą przez rozum kontroli nad naszymi decyzjami, wyciszane poprzez uznanie woli za jedną z racji) są na wyrost: nasze pragnienia nie są nam przecież narzucone. Nie są stanami umysłu, które nas nawiedzają, ale są pod naszą kontrolą: chcemy tego, czego chcemy, ze względu na racje; mamy te pragnienia tylko wtedy, kiedy obiekty naszych pragnień uznajemy za wartościowe. Jeśli nie wierzymy w wartość obiektu pragnienia, to takie pragnienia nie są „nasze", są raczej natręctwem czy

[394] *Ibidem*, s. 112.

uzależnieniem[395]. Raz wierzy, że pragnienia są jak przekonania – jeśli przestajemy odczuwać, że są uzasadnione – znikają. Zresztą – jak zauważa – w wyjątkowej, anormalnej sytuacji przekonania też mogą stać się irracjonalnymi obsesjami. Jest jednak pewna różnica pomiędzy pragnieniami i przekonaniami: nie możemy tak naprawdę jednocześnie wierzyć, że *p* i *nie-p*, ale jest możliwe, że zarazem chcemy i nie chcemy czegoś. Pragnienia nie są więc niezależnymi racjami, które byłyby osobnym od innych racji przedmiotem rozważania przy dokonywaniu wyboru – same w sobie nie mogą przechylić szali racji na rzecz jakiejś opcji[396]. Czasami – wskazuje Raz – zdarza się jednak, że pragnienia (potrzeby) funkcjonują tak jak racje, choć są wtedy bardzo szczególnymi racjami. (Dlaczego szczególnymi? Bo zwykle racją dla działania jest to, że dana opcja ma pewną wartość, a przecież pragnienie samo w sobie nie czyni opcji wartościową). Dzieje się tak wówczas, kiedy musimy wybierać spośród kilku akceptowalnych opcji. Jeśli więc same racje nie wystarczają do dokonania wyboru, pragnienia zyskują na znaczeniu. Raz uważa, że „[…] kiedy rozum nie poradził sobie z rozsądzeniem pomiędzy kilkoma opcjami, normalnie wybieramy którąś nie z powodu jakiejś dalszej racji, ale po prostu ponieważ tego chcemy. Czasami, jednakże, wybieramy to, czego nie chcemy. Zwykle pokazuje to nieświadome pragnienie, aby się ukarać, nienawiść, pogardę do samego siebie, patologiczne samozwątpienie lub jeszcze coś innego. A takie manifestacje są nieracjonalne. W tym sensie i w tych okolicznościach, czynienie tego, co się chce, jest racjonalne”[397].

Z podobnym mechanizmem mamy do czynienia – zdaniem Raza – także wtedy, gdy stajemy przed niewspółmiernymi opcjami. „Jeśli tak jest [że stoimy przed niewspółmiernymi opcjami],

---

[395] *Ibidem*, s. 116.

[396] Jednym z przedstawianych przez Raza dowodów na to, że pragnienia nie są rodzajem racji, jest to, że możemy takie pragnienia bezkarnie, w sposób niezarzucalny porzucić. Możemy zmienić zdanie i nie będzie w tym nic nieracjonalnego. Pragnienia same w sobie, w przeciwieństwie do racji, nie mają żadnej mocy zobowiązującej. *Ibidem*, s. 116.

[397] *Ibidem*, s. 125.

wtedy racje dla działań lepiej scharakteryzować raczej jako czynniki sprawiające, że działania się nadają [mają kwalifikacje do bycia wybranymi, są dopuszczalne] niż, że wymagają ich podjęcia pod groźbą nieracjonalności"[398]. A więc to nie rozum wskazuje w takiej sytuacji, którą opcję wybrać. To wola odgrywa wówczas niezależną i pierwszoplanową rolę.

W późniejszym czasie Raz zauważył jednak pewne braki w swojej koncepcji i nieco ją uzupełnił. Zastanawiał się bowiem nad tym, dlaczego w pewnych przypadkach maksymalizacyjna logika (a więc nakaz podejmowania takich decyzji, dokonywania takich wyborów, realizowania takich działań, które w największym stopniu będą prowadziły do realizowania pewnych dostępnych przez te decyzje i działania wartości) wydaje się być dla niektórych działań odpowiednia, a dla innych nie. Dlaczego w niektórych przypadkach pewne racje, jak w koncepcji racjonalistycznej, domagają się od nas działania, a ich zignorowanie może być uznane za złe, a w innych przypadkach, jak w koncepcji określanej przez niego jako klasyczna, racje mają tylko charakter kwalifikujący, dopuszczający dane działanie. Wiąże tę kwestię z faktem, że w pewnych naszych działaniach możemy być w sposób legitymowany stronniczy, a w innych nie, a to z kolei wiąże z kwestią uniwersalności i różnorodności wartości. Otóż – zdaniem Raza – między wiarą w uniwersalność wartości a akceptacją różnorodności przekonań wartościujących nie ma żadnej sprzeczności; możliwa jest różnorodność w ramach uniwersalności. Różnorodność wyrasta ze stronniczości. Stronniczość tę Raz pojmuje szczególnie – chodzi o to, że nawet jeżeli wartości są uniwersalne, to każdy człowiek jest w różny sposób przywiązany do poszczególnych wartości, w różny sposób jest nimi zainteresowany[399]. Możemy być „świata niewidzącymi" naukowcami albo poświęcać się pomocy ludziom ubogim,

---

[398] *Ibidem*, s. 127.

[399] J. Raz: *Value, Respect…*, s. 2–4. To bardzo przypomina pod pewnymi względami koncepcję podstawowych acz niewspółmiernych ludzkich dóbr J. Finnisa. Por. J. Finnis: *Prawo naturalne…*, *passim*.

wychowywać ze szczególnym zaangażowaniem dzieci itd. Ta stronniczość, jeśli jest legitymowana, w pewnym zakresie wyzwala nas z maksymalizacyjnych ograniczeń, pozwala nie nadawać racjom waloru ściśle normatywnego. Możliwość takiej stronniczości w dużym stopniu wynika także z faktu, że wartościowe opcje często bywają niewspółmierne. Powstaje jednak – ważkie według Raza – pytanie, kiedy stronniczość jest legitymowana, a kiedy nie. Kiedy musimy podjąć pewne działanie, jeżeli nie chcemy czynić źle, a kiedy, nawet w sytuacji, gdy racje za pewnym działaniem przewyższają inne, wolno nam je zignorować, nie narażając się na zarzut, że źle czynimy (choć niekiedy można nam wtedy zarzucić głupotę, słabość itd.)[400]. I odpowiada na to pytanie w następujący sposób. Można wyróżnić trzy stadia poprawnej reakcji podmiotu na jakąś wartość czy na obecność jakiejś zaklasyfikowanej jako pozytywnie wartościowa własności w pewnym obiekcie. Pierwsze stadium ma charakter najbardziej rudymentarny i ma miejsce także, choć nie tylko, na poziomie psychologicznym – chodzi tu o odpowiednie uznanie wartości, to jest traktowanie obiektu w sposób spójny z jego wartością, w myślach, wyobrażeniach, emocjach, życzeniach, intencjach etc. danego podmiotu. Przykładem na sytuację odwrotną, a więc na niepoprawną relację do wartościowego obiektu, już na tym pierwszym poziomie, jest pogardzanie kimś jako bezwartościowym albo złym, kiedy w istocie jest on hojny i dobry; jest posiadaniem emocji niespójnych z wartością obiektu będącego przedmiotem tych emocji[401]. Do tego stadium należy także – według Raza – zaliczyć spójne z wartością obiektu wyrazy uznania tej wartości w języku i innych aktach symbolicznych. Drugie stadium, czy też poziom, to ochrona tego, co wartościowe, ale rozumiana w dość podstawowy sposób, tzn. nie chodzi tu o rozwijanie czy promowanie danej wartości, o kreowanie nowych wartościowych obiektów, ale raczej tylko o to, że wraz z tym etapem uzyskujemy rację, żeby wartości nie niszczyć. (Choć

[400] J. Raz: *Value, Respect…*, s. 5–6.
[401] *Ibidem*, s. 161. To przypomina z kolei stanowisko E. Anderson w sprawie racjonalności. Por. *supra* s. 150.

oczywistym jest – zdaniem Raza – to, że siła tej racji zależy od wartości, z którą mamy do czynienia). Trzecie stadium to zaangażowanie się w wartość, przywiązanie do tej wartości realizowane na różne właściwe dla niej sposoby[402]. Te trzy etapy wyrażania stosunku podmiotu wobec wartości nie są – w opinii Raza – równoważne: pierwsze dwa kontrastują z trzecim. Dwa pierwsze składają się na szacunek wobec wartości, trzeci to zaangażowanie. Szacunek daje nam racje uniwersalne. Jest on właściwą, uniwersalną reakcją na wszystko, co jest wartościowe, niezależnie od tego, czy chodzi o wartość samą w sobie, czy tylko o wartość instrumentalną. Szacunek wobec tego, co jest wartościowe, jest właściwą i wymaganą reakcją nawet wówczas, gdy podmiot sam osobiście nie jest w wartość zaangażowany i nie zależy mu na niej (można w ogóle nie interesować się, na przykład, muzyką klasyczną, a nawet można jej nie lubić, ale mimo to uznawać jej wartość)[403]. Szacunek, a zwłaszcza pierwsze jego stadium – uznanie wartości w myśli i ekspresji – jest o tyle związany z zaangażowaniem, że przyczynia się on do podtrzymywania takiego stosunku wobec wartości, który w ogóle czyni ludzi zdolnymi do angażowania się w nie i to zarówno w aspekcie indywidualnym, jak i społecznym (z jednej strony pozwala człowiekowi „otworzyć się" na daną wartość, z drugiej tworzy odpowiedni społecznokulturalny klimat)[404]. Według Raza racje związane z szacunkiem mają charakter kategoryczny, to jest taki, że ich waga i surowość nie mają związku z naszymi osobistymi cechami, preferencjami, zachciankami czy skłonnościami, podczas gdy racje będące wynikiem zaangażowania są niekategoryczne, bo ich waga zależy od naszych indywidualnych upodobań, nastawień, temperamentu itd. Nie oznacza to jednak, że wszystkie racje związane z szacunkiem są równe co do wagi czy surowości i że są zawsze ważniejsze od innych racji. Jak pisze: „Pewne są bardzo wymagające, a inne mniej, pewne, innego niż one rodzaju, racje niekategoryczne, są pośród jednych

[402] *Ibidem*, s. 162.
[403] *Ibidem*, s. 164.
[404] *Ibidem*, s. 167.

z najważniejszych w naszym życiu, inne znajdują się pomiędzy najbardziej trywialnymi"[405]. Jeśli jednak takie kategoryczne, związane z relacją szacunku, racje są dominujące, to znaczy, jeśli przezwyciężyły one inne racje, to ich zlekceważenie (postąpienie wbrew ich zaleceniom) jest złe. To odróżnia je od pozostałych racji, tych o charakterze niekategorycznym. Jeśli bowiem niekategoryczne racje „przebiją" inne, to postąpienie im wbrew może być wprawdzie głupie, niemądre, irracjonalne, czy w jakiś inny sposób ułomne, ale nie może być uznane za złe[406]. Można porzucić, na przykład, świetnie rozwijającą się karierę pianisty, albo nawet piękną i pożyteczną działalność humanitarną, aby oddać się grze w ruletkę w kasynie w Monte Carlo. Można decyzję taką ocenić jako głupią czy irracjonalną, ale nie jako (moralnie) złą.

Jakie znaczenie mają powyższe konkluzje Raza dla założenia niewspółmierności wartości? Odpowiedzi na takie pytanie może być wiele, każda na różnym poziomie szczegółowości. Na najbardziej ogólnym poziomie koncepcja Raza wskazuje, że racjonalność oparta na maksymalizacji nie jest jedyną zaakceptowaną w naszej kulturze. Jego wnioski są też co najmniej pośrednim dowodem na to, że nie zawsze decyzja (wybór) musi opierać się na porównaniu opcji i że nie w każdym przypadku wynik ewentualnego porównania ma skutek normatywny. Ponadto, w dalszej konsekwencji, koncepcja Raza pokazuje, że istnieje taki zakres wyrażania naszego stosunku wobec wartości, który nie tylko dopuszcza, ale wręcz zakłada niewspółmierność. Tam, gdzie chodzi o zaangażowanie, a nie o szacunek (a więc w obszarze założonej z góry legitymowanej stronniczości i różnorodności), tam sens porównywania racji musi – moim zdaniem – wydawać się wątpliwy.

---

[405] *Ibidem*, s. 168.
[406] *Ibidem*.

Jest jeszcze jeden wątek w bogatej myśli Josepha Raza, którego prezentacja wydaje się nieodzowna w toku rozważań nad racjonalnością podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości. Jest to wątek dotyczący porównywania obiektów będących nośnikami mieszanych wartości (*mixed values*). Chodzi tu o takie elementy (obiekty), których ocena, a w dalszej konsekwencji porównanie, nie dokonuje się ze względu na jakąś wartość o charakterze podstawowym, czy też wartość, której koncepcja jest dość precyzyjnie i jednolicie określona, ale w gruncie rzeczy przeprowadzana jest ze względu na pewien zespół wielu różnych, nieredukowalnych do siebie, odpowiednio skonfigurowanych wartości. Powstaje tu pytanie, czy tego rodzaju obiekty da się porównać i orzec o nich, że jeden jest lepszy od drugiego, albo że są równe, a więc w gruncie rzeczy powstaje pytanie o ich współmierność. Podobne pytanie zadawano już w tej pracy wcześniej, gdy wspominano o pojawiającej się u niektórych autorów wątpliwości, czy pluralizm wartości w sposób konieczny musi wiązać się z ich niewspółmiernością. Przytoczono wówczas argument Ruth Chang oparty na przeciwstawieniu znakomitych nośników wartości nośnikom nominalnym[407] przemawiający – według tej autorki – za tezą, że pluralizmowi nie musi w sposób konieczny towarzyszyć niewspółmierność. Argument ten odwoływał się właśnie do porównywania obiektów ze względu na pewną, nazwaną wprawdzie jednym słowem, ale tak naprawdę mieszaną wartość. Chang usiłowała przecież udowodnić, że można porównać, na przykład, Mozarta z Michałem Aniołem z punktu widzenia kreatywności, przyznając otwarcie, że kreatywność jest taką wartością, na którą składa się wiele innych[408]. I właśnie

[407] Zob. *supra* s. 113 i n.

[408] Por. R. Chang: *Making comparisons*…, s. 5–6. „Porównania zwykle odbywają się, biorąc pod uwagę wiele wartości […]. Zawartością wartości jest to, co czyni wartość wartością […]. Wartość może z kolei przyczyniać się do zawartości innych wartości […]. Wartość, która tworzy w części zawartość innej wartości jest wartością składową [*contributory value*] tej wartości […]. Większość, jeżeli nie wszystkie wartości będące kryterium porównania mają zawartość złożoną z wielu wartości składowych. Wątpię, czy istnieją jakieś wartości proste […]". Można zauważyć, że do pewnego stopnia podobne stanowisko w tej kwestii zajmuje Raz – por. J. Raz:

podobnych porównań dotyczą przemyślenia Josepha Raza. Rozważa on dobra, takie jak wyjście do teatru, bicie dzwonów, gra na fortepianie, uczestniczenie w przyjęciu, małżeństwo, tańce[409] etc., o których pisze, że „[…] wszystkie one łączą jedno lub więcej społeczne dobra (utrzymywanie stosunków z jedną lub więcej osób, okazywanie, wyrażanie, wzmacnianie wspólnej identyfikacji itd., z uprawianiem lub ulepszaniem innego dobra: fizycznego, twórczego, kreatywnego, emocjonalnego czy jeszcze innego). We wszystkich tych przypadkach możemy rozróżnić stopnie sukcesu (lub niepowodzenia) danej działalności. Sugeruje to, że możemy porównywać różne mieszanki rozróżnialnych dóbr co do ich wartości porównawczej"[410]. Możliwość taką potwierdza do pewnego stopnia doświadczenie: ludzie często mówią o tym na przykład, że jedna powieść historyczna jest lepsza od drugiej, tamto przyjęcie było bardziej udane od tego albo ten film akcji jest bardziej wciągający niż inny. Aby zbadać możliwość i sposób dokonywania tego rodzaju porównań Raz analizuje dwa pojawiające się w literaturze oraz w potocznym dyskursie argumenty – nazywa je argumentem ze wspólnej miary (*argument from common measure*) oraz argumentem z inherentnego standardu (*inherent standard argument*).

Do argumentu ze wspólnej miary odwoływano się w tej pracy już wielokrotnie, choć nie przywoływano do tej pory nazwy użytej przez Raza. Argument ten stwierdza, że aby porównać ze sobą dwa obiekty, niezbędna jest wspólna tym obiektom miara (przy czym tę wspólną miarę zgodnie z opisem Raza, a inaczej niż na przykład w koncepcji Sunsteina, należy rozumieć szerzej niż tylko wspólna jednostka pomiaru). Wspólna miara sugeruje, że porównanie odbywa się albo w sytuacji, kiedy wartość elementów

---

Mixing Values…, przyp. 7: „Można powiedzieć, że każde dobro jest zrobione z różnych składników, tyle tylko, że te, z których zrobione są dobra proste nie mają niezależnej wartości. Dobro proste składa się z nie-wartościowych komponentów obecnych we właściwych proporcjach. Przypadek dóbr o mieszanej wartości jest po prostu specjalnym przypadkiem tego, co jest prawdziwe dla wszystkich dóbr".

[409] Nazywa je później wartościami kulturowymi – por. J. Raz: *The Practice of…*, *passim*.

[410] J. Raz, *Mixing values…*, s. 185.

jest instrumentalna, albo kiedy wartość ta jest wyskalowana poprzez jakąś wspólną wartość, której porównywane elementy są przypadkami[411]. Ale co do porównań egzemplarzy dóbr o mieszanej wartości, argument ten, choć w ogólności słuszny, w większości przypadków – zdaniem Raza – nie zdaje egzaminu. Dla wielu przypadków bowiem dóbr o mieszanej wartości nie da się przekonująco wskazać owej wspólnej miary, która nie byłaby wyłącznie wartością instrumentalną. A przecież wiele dóbr o mieszanej wartości to przede wszystkim dobra same w sobie i sensowne ich porównanie wymaga jako kryterium wartości samej w sobie, a nie wartości instrumentalnej[412]. Raz zastanawia się więc, czy może inny argument – argument z inherentnego standardu – pozwoliłby na określenie możliwości i metody porównywania egzemplarzy dóbr o mieszanej wartości. Na argument taki składają się tak naprawdę dwa następujące twierdzenia: pierwsze, że – jak relacjonuje Raz – „sama natura dobra, którą one [opcje, obiekty] przedstawiają, zawiera standard swojej własnej doskonałości", oraz drugie, jak sam je nazywa – enigmatyczne, że „całość jest większa niż suma części składowych"[413]. Począwszy od tego drugiego, można wyjaśnić rzecz następująco. Tak jak całość samego obiektu nie jest prostą sumą jego składowych części, tak i dobro (wartość), którego przykładem jest ten obiekt, nie jest prostą sumą poszczególnych walorów, którymi ten obiekt się charakteryzuje[414]. Takie ogólne dobro właściwe obiektowi jest nowe i w pewien sposób oddzielne, niezależne od swych składowych; powstaje ono bowiem poprzez złożenie, ale tylko we właściwy sposób i we właściwych

---

411 *Ibidem*, s. 184.

412 Można byłoby na przykład porównywać przydatność różnych rzeźb z brązu jako narzędzi do wbijania gwoździ albo różnych książek jako opału do kominka. Pytanie tylko, czy o możliwość dokonywania takich porównań nam chodzi wtedy, kiedy spieramy się o niewspółmierność.

413 *Ibidem*, s. 186.

414 Pewną wersją tego twierdzenia jest, jak się wydaje Moore'owska „zasada organicznych całości", zgodnie z którą wartość sama w sobie całości nie musi być taka sama jak suma wartości poszczególnych części i zgodnie z którą nie ma żadnego łatwego sposobu, aby określić wartość złożonych całości. Por. G. E. Moore: *Principia Ethica*. Cambridge, 1903, s. 96.

proporcjach, dóbr składowych. (W języku polskim takie przekonanie o „wartości dodanej" do określonej mieszanki walorów składowych znajduje swoje odzwierciedlenie w powiedzeniu o doskonałym egzemplarzu takiego dobra o mieszanej wartości, że „ono ma to »coś«", albo czasami, że „ono ma w sobie to »coś«"). To w kategoriach tego nowego dobra dokonuje się porównanie jego nośników. Możliwe jest to właśnie dzięki temu, że dobro takie (a dokładnie – natura tego dobra), pozwala określić standard swojej doskonałości[415]. Zachodzi tu więc swego rodzaju sprzężenie zwrotne – z jednej strony samo dobro o mieszanej wartości określa swój inherentny standard, ale z drugiej strony nie jesteśmy w stanie w pełni zrozumieć, czym jest to dobro, dopóki nie będziemy wiedzieli, które obiekty są jego skuteczną realizacją; co czyni dany egzemplarz tego dobra jego paradygmatycznym symbolem. Raz, ilustrując tę kwestię, posługuje się analogią do sposobu, w jaki ocenia i porównuje się noże – ponieważ konieczną własnością noży jest to, że są one instrumentami służącymi do cięcia, to właśnie zdolność do cięcia jest tym, co określa standard doskonałości dla noży. Podobnie odbywa się to w odniesieniu do dóbr o mieszanej wartości, na przykład powieści określonego gatunku – gładki styl i wartka

[415] To jak standard zależy od natury dobra o mieszanej wartości i jak ważna jest w nim proporcja i sposób wymieszania „składników", można doskonale pokazać na przykładzie niewątpliwego dobra o mieszanej wartości, nazwijmy je dobrem „tłumaczenia Szekspira", odwołując się do dowcipnego tekstu S. Barańczaka: „Oto moja szekspirowska Teoria TTT, czyli Trzech Truizmów Translatorskich: I. Tłumacząc Szekspira, należy pamiętać, że był on człowiekiem niegłupim. II. Tłumacząc Szekspira, należy pamiętać, że był on niezłym poetą. III. Tłumacząc Szekspira, należy pamiętać, że był on nie najgorszym artystą teatru […]. Jeśli te trzy tezy […] przyjąć, konkretne wnioski […] wydają się […] oczywiste: I. Szekspira należy tłumaczyć tak, aby tekst przekładu (w jego warstwie bezpośrednich powiadomień) można było całkowicie, natychmiastowo i bez trudu zrozumieć […]. II. Szekspira należy tłumaczyć tak, aby tekst przekładu był sam w sobie wybitnym utworem poetyckim. III. Szekspira należy tłumaczyć tak, aby tekst przekładu mógł stanowić podstawę wybitnego dzieła teatralnego […]. IV. Wszystkich tych trzech zaleceń należy w procesie tłumaczenia przestrzegać równocześnie, dostosowując je do siebie nawzajem i starając się o zachowanie pomiędzy nimi stałej harmonii. V. Wszystkie trzy wreszcie razem wzięte należy pogodzić z obowiązkiem czwartym […] z obowiązkiem dążenia do maksymalnej »wierności« wobec bezpośrednio danych sensów oryginału". (S. Barańczak: *Ocalone w tłumaczeniu*. Kraków, 2004, s. 194).

fabuła będzie odpowiedniejsza dla kryminału niż dla powieści psychologicznej, która z kolei raczej powinna skłaniać czytelnika do głębokich i istotnych refleksji nad ludzką psychiką i charakterem niż absorbować go porywającym i interesującym przebiegiem wydarzeń[416]. W jaki sposób formuje się i funkcjonuje tego rodzaju inherentny standard? Według Raza kwestia ta wiąże się ściśle ze sposobem, w jaki pojawiają się i funkcjonują same dobra o mieszanej wartości. Żadne z tego rodzaju dóbr nie mogłoby istnieć bez podtrzymującej je społecznej praktyki, wszystkie one są kontyngentnymi historycznymi produktami i wszystkie powiązane są z takimi działaniami, które są regulowane normami[417]. Powstaje jednak pytanie, co zależność od społecznych praktyk ma do wartości pewnych działań i związanych z nimi obiektów? Raz nie chce wcale sugerować, że wszelkie wartości zależą tylko od społecznej praktyki[418]. Chodzi mu raczej o to, że zakładając, iż istnieje kilka wartości (wartości nie-mieszanych), nie ma nic poza społeczną praktyką, co z określonej, szczególnej mieszanki tych wartości mogłoby stworzyć odrębne dobro – dobro o mieszanej wartości. Żeby więc takie dobro się pojawiło i żeby sformował się dlań inherentny standard, musi zaistnieć określona społeczna praktyka, wspierająca (podtrzymująca) takie dobro. Przy czym nie jest tak, że to sama praktyka czyni takie dobro wartościowym. Raz pisze, iż „[…] jest fałszem, że dobra o mieszanej wartości są dobrami jedynie dla ludzi, którzy żyją w społeczeństwie z praktykami podtrzymującymi takie dobra. One są dobre i kropka. Ale ludzie mogą być niezdolni do korzystania z nich w braku wspierającej praktyki”[419]. Jeśli więc taka praktyka kiedykolwiek się pojawi i dobro takie zostanie zidentyfikowane, pozostaje wciąż dobrem, a jego inherentny standard pozwala porównywać i zestawiać

[416] J. Raz: *Mixing Values…*, s. 186–187.
[417] *Ibidem*, s. 187–188.
[418] Nie są – zdaniem Raza – wartościami zależącymi od społecznej praktyki: przyjemności zmysłowe i percepcyjne; wartości estetyczne związane ze zjawiskami naturalnymi; wartości, które czynią możliwym lub ułatwiają urzeczywistnianie innych wartości (np. wolność); wartość ludzi – por. J. Raz: *The Practice of…*, s. 34.
[419] J. Raz: *Mixing Values…*, s. 188. Por. także idem: *The Practice of…*, *passim*.

egzemplarze tego dobra, choćby podtrzymująca je praktyka wygasła[420]. Standard taki nie jest ustanowiony arbitralnie, bo przecież praktyka społeczna, od której zależy, nie jest zależna od poszczególnych jednostek: ich popędów, zachcianek czy arbitralnie ustanowionych celów. Standard ten pełni istotną funkcję, ponieważ pozwala na rozróżnienie pomiędzy dwoma stanami, centralnymi – jak uważa Raz – dla ludzkiego życia – normalnością (rutyną) i innowacją. Innowacja jest przecież pojęciem relacyjnym. Uznanie czegoś za innowację jest możliwe tylko wtedy, kiedy objawi się kontrast danego stanu z normalnością, a to – jak słusznie zauważa Raz – nie jest możliwe bez ustalonych normalnych form, a więc i bez takich standardów jak inherentny standard. Dzięki standardowi możliwa jest także ewolucja społecznych praktyk, a więc danego dobra, a w dalszej kolejności także i samego standardu. Dzięki standardowi możliwe jest – jak już wcześniej powiedziano – porównanie, ale także ustalenie pewnego rankingu egzemplarzy określonych dóbr o mieszanej wartości. W tym miejscu można byłoby zacząć podejrzewać, że Raz, znany jako jeden z najbardziej aktywnych i wpływowych zwolenników tezy o niewspółmierności wartości, jest niekonsekwentny albo, że zmienił zdanie. Tak jednak nie jest. Raz wyraźnie odcina się od tych poglądów, których zwolennicy chcieliby szukać jakiegoś ogólnego, zawsze skutecznego sposobu na uszeregowywanie dóbr. Uważa, że możliwość dokonywania za pomocą inherentnego standardu pewnych porównań i uszeregowań dóbr o mieszanej wartości ma charakter wyjątkowy; jest szczególnym wyjątkiem od zasady ustanowionej przez argument ze wspólnej miary, że nie da się niczego porównać bez jakiejś wspólnej miary. Po pierwsze, istnienie standardu nie oznacza wcale, że pełny i kompletny ranking nawet określonych dóbr o mieszanej wartości jest zawsze i w każdym przypadku możliwy. Po drugie – jak podkreśla Raz – ten, który w ogóle jest możliwy „[…] to delikatny ranking, wciąż w napięciu i narażony na możliwość podważenia w każdym czasie. Inherentny standard ustala standardy dla sukcesu, ale

[420] Por. także *ibidem*, s. 22 oraz 136–138.

także standard będący obiektem buntu, podstawę modyfikacji i wariacji. Napięcia pomiędzy starym a nowym, pomiędzy dostosowaniem się i indywidualnością, pomiędzy bezpieczeństwem i ryzykiem są stale obecne i stale rzucają wyzwanie istniejącemu standardowi, grożąc przekształceniem […]"[421]. Po trzecie, możliwość porównania i ewentualnego uszeregowania dotyczy tylko i wyłącznie egzemplarzy jednego typu dobra o mieszanej wartości. Nie da się porównać w ten sposób egzemplarzy dóbr różnego typu, choćby wydawały się podobne. Raz odrzuca argument, że możliwe byłoby porównanie egzemplarzy dóbr różnego typu, na przykład poprzez porównanie stopnia, w jakim dany egzemplarz spełnia przewidziany dla niego inherentny standard lub pewien wymiar tego standardu. Gdy James Griffin polemizując z Razem stwierdził, że można porównać dwóch pisarzy, z których każdy zajmuje się innym gatunkiem literackim, stwierdzając, że jeden z nich jest lepszy od drugiego, bo jeden spełnia przewidziane dla swego gatunku wymagania w znacznie wyższym stopniu niż drugi przewidziane dla swego[422], Raz odpowiedział: „To jest […] tak, jakby powiedzieć, że Myszka Mickey jest większa od Kubusia Puchatka, bo Mickey jest dużą myszą, podczas gdy Puchatek jest małym misiem"[423]. Zdaniem Raza nie może być też tak, że dobro o mieszanej wartości ze swej natury (ze względu na wspierającą je praktykę społeczną czy ze względu na zaangażowane w nie dobra składowe) może mieć z góry ustalone miejsce w hierarchii innych dóbr o mieszanej wartości, a co za tym idzie, że egzemplifikacje tego dobra mają ustalone miejsce pośród innych obiektów, będących nośnikami innych dóbr o mieszanej wartości. Jeśli praktyka społeczna zdaje się na to wskazywać (na przykład opera jako gatunek elitarny może być przez jej fanów uznawana za dobro wyższe od, choćby, kina), to jest to tylko pozór, a wynika

---

[421] J. Raz: *Mixing Values*…, s. 195.

[422] J. Griffin: *Mixing Values*. „Proceedings of the Aristotelian Society", supl. 65, 1991; cytat za: J. Raz: *Mixing Values*…, s. 198.

[423] *Ibidem*. Argument Griffina bardzo przypomina argument Chang oparty na zestawieniu nośników wartości znakomitych i nominalnych, wobec tego odpowiedź Raza jest też w jakimś sensie krytyką stanowiska Chang.

on z konwencjonalnie zaakceptowanego społecznego statusu takiego dobra. Ten społeczny status nie jest jednakże niezbędny do przetrwania, tożsamości oraz odróżnialności tego dobra od innych dóbr[424], nie jest więc częścią inherentnego standardu.

Powyższy pogląd Raza można uznać za dowód konsekwencji tego autora, ale tylko pod warunkiem, że jego stanowisko zaakceptuje się w całości i w każdym szczególe będzie się je interpretowało zgodnie z jego intencjami. Przypomnijmy, że Raz, definiując niewspółmierność konstytutywną, stwierdził, że dla pewnych dóbr (np. miłość rodzicielska, małżeństwo) konstytutywną ich cechą jest to, że nie dokonuje się ich porównania z pewnymi innymi dobrami[425]. A jeśli tak, to wcale nie oznacza, że konstytutywną cechą tych dóbr, dóbr uwikłanych w niewspółmierność konstytutywną, jest ich wyższość wobec innych dóbr, choć niektóre z nich mogą mieć taki status społeczny, który by taką wyższość sugerował. Choć można by też zapytać – poddając w wątpliwość spójność myśli Raza – dlaczego brak możliwości porównania to cecha konstytutywna dobra, a nie oznaka konwencjonalnie zaakceptowanego statusu społecznego, zaś uznanie wyższości nad innymi dobrami odwrotnie – to oznaka konwencjonalnie zaakceptowanego statusu społecznego, a nie cecha konstytutywna dobra. Czy różnica między tymi, często słabo odróżnialnymi, nastawieniami – uznaniem braku możliwości porównania i uznaniem wyższości dobra nad innymi dobrami – jest tak duża, że uzasadnia przyznanie im odmiennej roli w procesie wartościowania? A odpowiedź na to pytanie nie jest już bez znaczenia z punktu widzenia omawianego tu problemu. Odebranie bowiem temu nastawieniu, które polega na braku możliwości porównania, statusu cechy konstytutywnej pewnych dóbr i uznanie go za część konwencjonalnie zaakceptowanego statusu społecznego, nie tylko stawia pod znakiem zapytania pojęcie niewspółmierności konstytutywnej, ale także powoduje inne skutki, istotne na przykład dla podejmowania decyzji w sferze publicznej. Jeśli odbierzemy

---

[424] *Ibidem*, s. 194.
[425] Por. *supra* s. 131 i n.

uznaniu nieporównywalności pewnych dóbr status ich cechy konstytutywnej, a uznamy je tylko za element konwencjonalnie zaakceptowanego statusu społecznego tych dóbr, to nastawienie takie wprawdzie w dalszym ciągu może być uznane za źródło racji do działania, ale już racji odmiennego rodzaju. Nie będą to wówczas racje oparte na wartości konkretnej opcji działania, ale racje odwołujące się do innych czynników (na przykład do upodobania do jakiegoś konwencjonalnie przyjętego i rozpowszechnionego w danej grupie społecznej stylu życia). Ale w takim razie uwzględnienie tych racji będzie zależało tylko i wyłącznie od siły perswazyjnej czy też liczby podmiotów je przedkładających, nie będą zaś miały takie racje siły lepszego argumentu.

Interesujące może być powiązanie rozważań Raza o porównywalności dóbr o mieszanej wartości, możliwej w ograniczonym stopniu dzięki inherentnemu standardowi, z wyjaśnieniem pewnych ważnych dla nas kwestii w kategoriach pojęć typologicznych. Wydaje się bowiem słuszna teza, że Razowskie dobra o mieszanej wartości wyrażane są w języku naturalnym za pomocą pojęć typologicznych. Do takiego wniosku doprowadza kilka tropów.

Po pierwsze, sam Raz wskazuje, że wartości takie tworzą pewien rodzaj czy gatunek. Związany z nimi proces ewaluacji danego dobra odbywa się dwuetapowo: najpierw identyfikujemy rodzaj (gatunek), do którego obiekt (dobro) należy (a jest to rodzaj konstytuowany poprzez daną wartość) a następnie stwierdzamy, że obiekt (dobro) jest dobry albo zły w ścisłej zależności od tego, czy jest on dobrym czy złym przedstawicielem swego rodzaju (gatunku)[426].

Po drugie, Razowskie dobra o mieszanej wartości to w dużym stopniu produkt praktyki społecznej: praktyka społeczna decyduje o momencie ich pojawienia się pośród innych dóbr oraz o treści i przemianach inherentnego standardu. Podobnie, praktyka społeczna, szerzej rozumiana niż tylko praktyka językowa, niezbędna jest do powstania pojęcia typologicznego. Taka bowiem praktyka musi wytworzyć pewne

[426] J. Raz: *The Practice of…*, s. 138, *passim*.

obiekty będące desygnatami pojęcia typologicznego; wytworzyć zarówno w sensie fizycznym, jak i w tym sensie, że obiekty te zaczną być postrzegane w pewnej jednolitej perspektywie, że zostaną przyporządkowane jakiemuś jednemu pojęciu.

Po trzecie, istniejące już dobra o mieszanej wartości pozostają w zasobie dóbr, jakie są dla ludzi wartościowe, choćby praktyka je wspierająca nie była kontynuowana. Podobne zjawisko dotyczy pojęć typologicznych. Nawet jeżeli praktyka, na oznaczenie której pojęcie było używane, wygaśnie, pojęcie pozostaje w języku obecne, choćby nie było używane. Oczywiście może się zdarzyć, że dane pojęcie zostanie całkowicie zapomniane, ale to samo odnosi się do dóbr o mieszanej wartości – jeżeli zostaną całkowicie zapomniane, giną, chyba że zostaną na nowo odkryte.

Po czwarte, inherentny standard dla danego dobra o mieszanej wartości przypomina bardzo swoją genezą, strukturą, właściwościami i związanymi z nim problemami kryteria kwalifikowania obiektów do zakresu pojęć typologicznych. Jak to już wcześniej wykazywano, inherentny standard ma olbrzymie znaczenie z punktu widzenia problemów tu omawianych, ponieważ zaakceptowanie tezy o jego występowaniu pozwala stwierdzić, po pierwsze – że umożliwia on ograniczone tylko, ale jednak jakieś, porównania pomiędzy dobrami o mieszanej wartości, po drugie – pozwala wyjaśnić, jak odbywają się takie porównania, po trzecie – pozwala w przybliżeniu określić, jaka jest wartość poznawcza i predyktywna tego rodzaju porównań, oraz po czwarte – pozwala stwierdzić – oczywiście jeśli zgodzić się z Razem – że porównania te są możliwe tylko pomiędzy egzemplarzami tego samego dobra o mieszanej wartości, a nie są możliwe pomiędzy egzemplarzami różnych tego rodzaju dóbr. Dlatego podobieństwa wiążące inherentny standard i kryteria kwalifikowania obiektów do zakresu pojęć typologicznych wymagają więcej uwagi. Na początek trzeba byłoby wyjaśnić, na czym polega owe podobieństwo.

Zgodnie z koncepcją Raza, dobra o mieszanej wartości są charakteryzowane przez swój inherentny standard. Taki standard nie ma określonej koniecznej formy czy zawartości – nie każdy inherentny standard, na przykład, pozwala na dokonywanie porównań, może bowiem wskazywać wyłącznie listę dóbr (wartości) składających się na dobro o mieszanej wartości. Ale standard taki może też wskazywać coś więcej: idealny sposób zaistnienia dobra składowego w dobru o mieszanej wartości oraz idealną dla danego dobra o mieszanej wartości proporcję pomiędzy dobrami składowymi. Może też być skonstruowany w taki sposób, że będzie zawierał normę służącą porównywaniu rożnych wartości składowych oraz egzemplarzy danego dobra o mieszanej wartości. Standard wymaga odwołania się w pewnym stopniu do egzemplarzy danego dobra o mieszanej wartości uznanych za dobre[427]. Należy zauważyć przy tym, że inherentny standard decyduje nie tylko o ocenie danego obiektu jako dobrego czy złego egzemplarza dobra o mieszanej wartości, czy ewentualnie o uszeregowaniu pewnej liczby egzemplarzy w jakiś ranking, ale decyduje on także o tym, czy określony obiekt w ogóle jest czy nie jest egzemplarzem danego dobra o mieszanej wartości. Stopień spełnienia wymogów inherentnego standardu może być bowiem tak niski, że dany obiekt nie tylko nie będzie mógł być zakwalifikowany nawet jako bardzo zły egzemplarz danego dobra, ale w ogóle jako taki egzemplarz. Inherentny standard ulega zmianom, ale nie zmianom rewolucyjnym. Poprzednio funkcjonujący standard zawsze jest bazą dla dokonywanych innowacji.

Zanim przejdziemy do omawiania dalszych wątków myśli Raza, nasuwających skojarzenia z pojęciami typologicznymi, porównajmy już teraz dotychczasowe rozważania o inherentnym standardzie z dostępną wiedzą o pojęciach typologicznych. Według definicji Jacka Woźniaka „dane pojęcie z języka naturalnego uważamy za typologiczne, jeżeli nie posiada ono w tym języku definicji równościowej" oraz „pojęcie typologiczne ma zakres ustalony za pomocą paradygmatycznych przykładów

[427] J. Raz: *Mixing Values…*, s. 186.

zastosowań, a co za tym idzie – przez relację podobieństwa do obiektów wzorcowych”[428]. Jak z powyższego wynika, dla pojęć typologicznych nie da się wyliczyć wszystkich koniecznych i wystarczających warunków ich zastosowania. Te zaś z warunków, które dadzą się wyliczyć, są ustalane ze względu na właściwości pewnych przypadków wzorcowych i odwołują się do relacji podobieństwa do przypadków wzorcowych, nie zaś do relacji identyczności[429]. Przy czym nie jest to podobieństwo określone w jakiś wyraźny i konkretny sposób, ale podobieństwo o charakterze dynamicznym (łączące desygnaty danego pojęcia pochodzące z różnych okresów), łączące różne, nie wszystkie, lecz typowe desygnaty danego pojęcia – raczej podobieństwo rodzinne w wittgensteinowskim tego terminu znaczeniu. Warto w tym miejscu wspomnieć o dwóch stanowiskach dotyczących tego, na czym oparta jest ta relacja podobieństwa rodzinnego, a które – jako żywo – przypominają argumenty Raza dotyczące dóbr o mieszanej wartości. Zgodnie z pierwszą perspektywą, jak pisze Jacek Woźniak: „[…] choć desygnaty pojęcia rodzinnego nie mają wspólnych własności wyznaczających warunek konieczny i wystarczający użycia dla nich jednej nazwy, to pewne obiektywnie posiadane przez nie własności warunkują ich podobieństwo rodzinne […]. Za taką globalną własność (czy meta-cechę) bywa na ogół przyjmowana pewna proporcja wspólnych dla danych obiektów cech indywidualnych […]”[430]. Zgodnie z drugim poglądem „[…] mówienie o obiektywnych podobieństwach, oddzielonych od języka, w którym się je wyraża, prowadzi do mówienia rzeczy niezrozumiałych […] pojęcie własności, które posiada przedmiot, nie może być interpretowane absolutnie, ale zawsze musi być zrelatywizowane do systemu pojęciowego, jakim posługuje się dana społeczność”[431]. Przy czym, nawet zgodnie z tym drugim poglądem, kryteria zastosowania pojęcia typologicznego nigdy nie są arbitralne, choć

[428] J. Woźniak: *Logiczna analiza pojęć typologicznych*. Warszawa, 1990, s. 9.
[429] *Ibidem*, s. 23.
[430] *Ibidem*, s. 26–27.
[431] *Ibidem*.

są czasowo zmienne. Klasyfikacja radykalnych nowości, na przykład nowych rodzajów ludzkiej aktywności (u Raza – innowacja), jest efektem pewnego procesu historycznego i zawsze dokonuje się na bazie dokonanych uprzednio klasyfikacji oraz przyjętych uprzednio kryteriów zastosowania danego pojęcia[432].

Na koniec tego wątku zauważmy jeszcze jeden trop w myśli Raza kojarzący się z problemami dotyczącymi pojęć typologicznych. Po piąte wszak, z analizy Raza wynika, że dóbr o mieszanej wartości musi przybywać, skoro wciąż pojawiają się nowe, a stare nie znikają wraz z zarzuceniem wspierającej je praktyki społecznej. (Raz pisze na przykład o zjawisku proliferacji choćby form literackich[433]). Wskazuje też, że nasze czasy sprzyjają wielkiej płynności i otwartości na zmiany w ramach przyjętych już rodzajów[434]. Podobne zjawisko obserwuje się w odniesieniu do pojęć typologicznych – wciąż przybywa nowych, a niektórzy twierdzą nawet, że mamy do czynienia z dziejowym przekształcaniem się pojęć ostrych w pojęcia typologiczne[435].

---

[432] *Ibidem*, s. 29–30. W tym miejscu nasuwa się na myśl kilka prawniczych koncepcji dotyczących właściwości pojęć prawnych. Między innymi koncepcja E. H. Leviego „ruchomego systemu klasyfikacyjnego" i „rozumowania przykładowego" opartego na zasadzie analogii. Sam Levi pisze: „okazuje się, że rodzaj rozumowania uwikłanego w proces prawny jest tego rodzaju, w którym klasyfikacja zmienia się w czasie gdy klasyfikacja jest przeprowadzana". (E. H. Levi: *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago & London, 1949, s. 3). Jak zaś relacjonują W. Lang i J. Wróblewski według Leviego „[…] rozumowanie polega na dokonywaniu klasyfikacji faktów, która zmienia się w toku jej dokonywania. W »rozumowaniu przykładowym« wyodrębnia się szereg etapów. Najprzód tworzy się pojęcia prawne. Następnie przez pewien czas używa się tych pojęć w sposób stały. Wreszcie skonstruowane pojęcia załamują się. Ten trzyetapowy proces na gruncie *common law* prowadzi do tego, że powoływanie pojęć w trzecim stadium spełnia jedynie funkcje dekoracji. W dziedzinie prawa ustawowego odpowiednikiem jest odwoływanie się do intencji prawodawczej". (W. Lang, J. Wróblewski: *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*. Warszawa, 1986, s. 204). W świetle przeprowadzonych tu rozważań można byłoby jednak obstawać przy tym, że zbyt surowe jest stwierdzenie, a w gruncie rzeczy ocena, że we wskazanym powyżej trzecim stadium pojęcie staje się tylko dekoracją. Trzeba byłoby raczej uznać, że zmienia się wskutek naturalnego procesu stanowiącego wypadkową pomiędzy realizowaniem przezeń dwóch funkcji: funkcji stabilizacji i ujednolicenia ocen i klasyfikacji oraz funkcji bycia punktem wyjścia, dzięki któremu możliwa jest wszelka innowacja.

[433] J. Raz, *Mixing Values*…, s. 190.

[434] J. Raz: *The Practice of*…, s. 44.

[435] J. Woźniak, *op.cit.*, s. 18.

Przeprowadzona powyżej, bardzo pobieżna i wymagająca być może dalszego opracowania, analiza zbieżności, jakie zachodzą pomiędzy opisywanym przez Raza zjawiskiem dóbr o mieszanej wartości a funkcjonowaniem w języku naturalnym pojęć typologicznych, może sugerować następujący istotny wniosek: pojęcia typologiczne nie tylko służą wyrażaniu poprzez język dóbr o mieszanej wartości oraz identyfikowaniu egzemplarzy tych dóbr, ale są być może także pewnym, choć w ograniczonym stopniu, ale jednak częściowo skutecznym, sposobem radzenia sobie przez członków danej społeczności i zarazem użytkowników danego języka ze zjawiskiem niewspółmierności. Pojęcie typologiczne odpowiadające danemu dobru o mieszanej wartości wytwarza bowiem pewien mechanizm, w jakiś sposób stabilizujący i pozwalający opisać inherentny standard dla tego dobra[436]. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na jeszcze jeden element, który ujawnia się przez postawienie takiej tezy. Otóż, w literaturze dotyczącej pojęć typologicznych akcentuje się mocno stabilizującą rolę, jaką dla denotacji pojęć typologicznych odgrywa autorytet, który potencjalnie lub faktycznie może wydać werdykt o prawidłowości zaklasyfikowania danego obiektu jako desygnatu danego pojęcia typologicznego. Jak wskazuje Jacek Woźniak: „[…] dla wszystkich rodzajów zagadnień każdy członek naszego społeczeństwa posiada pewien zasób autorytetów, którym w określonych

[436] Najbardziej jaskrawym przykładem funkcjonowania takiego właśnie mechanizmu mogą być hasła w encyklopediach czy słownikach. Wyliczają one kryteria klasyfikacyjne oraz obiekty wzorcowe dla określonych pojęć typologicznych, ale jednocześnie pełnią dodatkową rolę, gdyż ustalają także w sposób mniej lub bardziej szczegółowy inherentny standard oraz uznane za dobre przykłady danego dobra. Por. następującą definicję pochodzącą z *Encyklopedii szkolnej PWN. Literatura i nauka o języku*. Red.: K. Damm, M. Kardasz. Warszawa, 2003, s. 351: „Powieść łotrzykowska, *picaresca*, zw. też powieścią szelmowską, romans awanturniczy, należący do literatury lud.-mieszczańskiej, w którym przedstawienie losów przedsiębiorczego i przebiegłego włóczęgi-oszusta służy ukazaniu satyr. obrazu epoki; gatunek ukształtowany (p.n. *novela picaresca*) w literaturze hiszp. (pierwowzorem – *Żywot łazika z Tormesu* 1554), uprawiany m.in. przez M. de Cervantesa, F. de Quevedo, także pisarzy ang. (T. Nashe), niem. (H. J. Ch. Grimmelshausen), franc. (A. R. Lesage); do jego wzorów nawiązywała zwł. powieść ang. XVIII w. (H. Fielding *Tom Jones*) oraz pisarze XX w. (Th. Mann *Wyznania hochsztaplera Feliksa Krulla*)".

sytuacjach jest gotów zaufać w sprawie rozstrzygnięć związanych z daną dziedziną. Krąg takich autorytetów jest zróżnicowany w zależności od konkretnej dziedziny przedmiotowej, której klasyfikacja dotyczy, moich chwilowych celów i interesów (zastosowania zdobytej wiedzy), a także własności charakterologicznych (skłonność do podporządkowania się określonemu autorytetowi [...])"[437]. Często taki autorytet może mieć charakter ekspercki. Stabilizująca rola autorytetu realizuje się co najmniej w dwojaki sposób. Z jednej strony użytkownik danego pojęcia, który sam nie jest ekspertem w danej dziedzinie, może – zwłaszcza w sytuacjach nienormalnych, w których jego znajomość stereotypu związanego z danym pojęciem nie wystarcza – odwołać się do autorytetu, nie rozstrzygając samodzielnie, i być może dowolnie, problemu związanego z kwalifikacją danego obiektu do zakresu pojęcia typologicznego. Z drugiej strony w tych obszarach, w których użytkownik uważa się za eksperta, zmiany w kryteriach klasyfikacyjnych odbywają się znacznie trudniej. Jednocześnie jednak, jeśli modyfikacja w tego typu kryteriach musi się już dokonać, to upowszechni się w większym stopniu, jeżeli zostanie dokonana przez zaakceptowany powszechnie autorytet[438]. Jeżeli więc wskazana powyżej teza o ścisłym powiązaniu pomiędzy dobrami o mieszanej wartości a pojęciami typologicznymi (oraz o roli pojęć typologicznych w radzeniu sobie ze zjawiskiem niewspółmierności) jest trafna, to można podejrzewać, że autorytety (w tym eksperci) odgrywają w kształtowaniu i stabilizowaniu inherentnego standardu, służącego identyfikowaniu i ewentualnie porównywaniu dóbr o mieszanej wartości, podobną rolę, jak ta, którą pełnią w odniesieniu do kryteriów klasyfikacyjnych pojęć typologicznych. Oczywiście rola ta zależy także od dziedziny, której częścią jest dane dobro o mieszanej wartości. W dziedzinach należących do życia codziennego rola autorytetów (zwłaszcza ekspertów) w kształtowaniu się, stosowaniu i zmianie inherentnych standardów dla konkretnych dóbr do niedawna

[437] J. Woźniak, *op.cit.*, s. 109.
[438] *Ibidem*, s. 107–113.

wydawała się nie być tak duża. Ale można postawić tezę, że obecnie to się zmienia. O zmianie tej świadczyłby choćby obserwowany współcześnie zalew różnego rodzaju poradników, podręczników i kursów dotyczących najprostszych i najbardziej prozaicznych czynności życia codziennego. W tych obszarach zaś, które zaliczane są do kompetencji różnego rodzaju nauk, rola autorytetów w procesie kształtowania inherentnych standardów dla dóbr mieszanych zawsze była i jest olbrzymia, a przejawia się w najprostszy sposób, choćby w uznanym powszechnie za oczywisty i konieczny udziale ekspertów w podejmowaniu różnego rodzaju publicznych decyzji, które wiążą się z oceną i porównaniem dóbr o mieszanej wartości. Najprostszymi przykładami może być tu udział ekspertów w komisjach konkursowych badających dzieła architektoniczne, plastyczne, teatralne, literackie, projekty wydarzeń artystycznych, projekty przedsięwzięć społecznych itd.

O założeniu niewspółmierności wartości nie można powiedzieć, że jest charakterystyczne dla któregoś z tradycyjnie wyróżnianych głównych nurtów w filozofii prawa. Najbardziej chyba wpływowy obrońca tej tezy Joseph Raz jest zaliczany do przedstawicieli pozytywizmu prawniczego, a przecież także pewni współcześni zwolennicy koncepcji prawnonaturalnych, przedstawiciele tzw. nowej teorii prawa naturalnego, również są obrońcami tezy o niewspółmierności wartości.

Niewspółmierność wartości, według przedstawicieli nowej teorii prawa naturalnego, odnosi się przede wszystkim do wartości (dóbr) podstawowych, to znaczy takich, które nie są instrumentalne, są wartościami samymi w sobie, nie są redukowalne ani do siebie wzajemnie, ani do innych czynników czy wartości, i dostarczają racji dla działania ostatecznych w tym sensie, że nie wyprowadzanych z innych fundamentalnych racji. Podając przykłady takich wartości można odwołać się choćby do słynnego katalogu Johna Finnisa, w którym wylicza on: życie, wiedzę, zabawę, przeżycia estetyczne, życie w społeczności

(przyjaźń), rozumność praktyczną i religię[439]. Także sam Finnis uważa, że „[…] nie wolno pomijać, w sposób arbitralny, lekceważyć ani też wyolbrzymiać którejkolwiek z podstawowych ludzkich wartości […] każdy podstawowy aspekt ludzkiej pomyślności jest równie podstawowy, […] żaden nie jest ważniejszy od któregokolwiek z pozostałych, a więc żaden z nich nie może dostarczyć wspólnego mianownika czy jednego probierza, pozwalającego oceniać użyteczność wszystkich projektów: są one niewspółmierne, a każda próba przeprowadzenia rachunku ich skutków według jednej miary jest irracjonalna”[440]. Finnis bezlitośnie krytykuje utylitaryzm i konsekwencjalizm, także ekonomiczną analizę prawa, za ich „rachunki” dobra i zła oraz za irracjonalny, jak pisze, naiwny[441], niewykonalny i bezsensowny nakaz maksymalizacji dobra (dóbr) – „jest on tak samo bezsensowny, jak próba zsumowania wymiarów tej strony, liczby sześć i masy tej książki”[442]. Uważa, że różne formy dobra są – podobnie jak wielkości należące do różnych wymiarów – obiektywnie niewspółmierne. Oczywiście, że da się przeprowadzić jakieś pomiary, czy też jakieś obliczenia, które zwiążą całkiem różne, niewspółmierne wielkości w pewną relację, ale, jak pisze on: „[…] przyjęcie jakiegoś systemu miar i wag nie ma nic wspólnego z przeprowadzaniem metodycznych obliczeń. Analogicznie możemy przyjąć pewien zbiór zaangażowań, który wszystkie podstawowe wartości zwiąże w pewną relację, dzięki czemu będziemy mogli zdecydować się na jakieś projekty oraz, w niektórych wypadkach, przeprowadzić analizę strat i zysków (lub analizę dotyczącą zaspokajania pragnień czy jeszcze jakąś inną) z pewną perspektywą znalezienia określonego »najlepszego rozwiązania«. Jednak przyjęcie pewnego zbioru zaangażowań przez jednostkę albo społeczeństwo nie ma nic wspólnego z przeprowadzaniem rachunku współmiernych dóbr, mimo że powinno być podporządkowane wszystkim […]

[439] J. Finnis: *Prawo naturalne…*, s. 98–103. Finnis zmodyfikował później ten katalog – por. G. Grisez, J. Finnis, J. Boyle: *Practical Principles…*, s. 107–108.
[440] J. Finnis: *Prawo naturalne…*, s. 118, 126.
[441] J. Finnis: *Concluding Reflections…*, s. 234.
[442] J. Finnis: *Prawo naturalne…*, s. 126.

racjonalnym wymaganiom, i dlatego nie jest wcale czymś ślepym, arbitralnym, bezładnym czy przypadkowym"[443].

Jednocześnie jednak przedstawiciele tego kierunku prawnonaturalnego, obstający przy założeniu niewspółmierności, w tym także Finnis, nie zaprzeczają wcale, że istnieją pewne formy współmierności, w sferze moralnej zupełnie inne jednak niż te, które są afirmowane przez tzw. proporcjonalistyczne teorie moralne. Przyznają, że jest takich form współmierności wiele, tak jak wiele jest sposobów rozumienia słów „lepszy" czy „najlepszy." Na przykład pewne formy racjonalnej współmierności mają zastosowanie wtedy, kiedy wybór pomiędzy podstawowymi wartościami lub ich nośnikami jest przeprowadzany w kontekście innych, dokonanych wcześniej lub później wyborów, czy podjęcia takich lub innych zobowiązań albo zaangażowania się w jakieś przedsięwzięcie. Wiadomo też, że z racjonalnego punktu widzenia dobra same w sobie są nadrzędne w stosunku do dóbr czysto instrumentalnych, czy że pełniejsza realizacja jakiegoś dobra zwykle jest lepsza niż realizacja słabsza[444]. Finnis nie zaprzecza także, że w wielu sytuacjach wskazanie jednego słusznego rozwiązania danego przypadku (wskazanie jednej poprawnej decyzji), a więc jakaś współmierność racji, jest osiągalne, pod warunkiem wszakże, że dla potrzeb wyboru zostaną przyjęte dostateczne założenia. Zwraca też uwagę, że, jeżeli jest możliwe przyjęcie różnych alternatywnych założeń, to tak naprawdę rozwiązanie nie jest jedyne, bo samo przyjęcie założeń jest już dokonaniem wyboru, jest podjęciem pewnych strategicznych decyzji[445].

Powstaje więc pytanie, jak, na gruncie tego rodzaju stanowiska, można dokonać wyboru pomiędzy niewspółmiernymi opcjami – takiego wyboru, który zasługiwałby na miano racjonalnego. Według Finnisa wiele zależy od sposobu rozumienia

---

[443] *Ibidem*, s. 129, podkreśl. w oryginale. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, że stanowisko Finnisa przeszło jednak pewną, choć ograniczoną, przemianę. O tej przemianie – patrz *infra* s. 432 i n.

[444] Por. J. Finnis, *Concluding Reflections…*, s. 234; J. Finnis, G. Grisez, J. Boyle: *Nuclear Deterrence, Morality and Rrealism.* 1987; R. P. George, *op.cit.*, s. 93–94.

[445] J. Finnis, *Concluding Reflections…*, s. 239.

samej racjonalności wyboru. Możliwe bowiem są, jego zdaniem, co najmniej trzy ważne, a całkowicie różne sensy tego pojęcia. Zgodnie z pierwszym, wybór jest w pełni racjonalny, jeżeli całkowicie odpowiada wszystkim wymaganiom praktycznej rozumności i w związku z tym jest moralnie prawy. W drugim znaczeniu wybór jest racjonalny, jeżeli jest „racjonalnie motywowany w tym sensie, że jego obiekt został ukształtowany przez praktyczną inteligencję i z racjonalnego punktu widzenia wydaje się atrakcyjny, nawet jeżeli pod pewnym względem (względami) motywowany jest raczej przez uczucia niż rozum, uczucia, które do pewnego stopnia skrępowały i podporządkowały sobie rozum, i dlatego jest nierozumny i niemoralny, chociaż racjonalny”[446]. W trzecim znaczeniu o racjonalnym wyborze można mówić wtedy, gdy decyzje i działania są podejmowane ze względu na takie racje, które dominują nad racjami wspierającymi pozostałe opcje. Dominacja ta jednak jest szczególnego rodzaju. Jej warunkiem jest współmierność jednych i drugich racji, a ponadto dominujące racje niejako „konsumują” racje konkurujące – nie tylko oferują tyle samo, co inne racje, ale jeszcze dodatkowo coś więcej. Finnis odżegnuje się stanowczo od używania terminu „racjonalny wybór” w tym trzecim znaczeniu, ponieważ jego zdaniem, jeżeli jedna opcja dominuje nad drugą, w sensie, o jaki tam chodzi, to ta druga, zdominowana opcja, przestaje mieć racjonalny oddźwięk (oparcie, atrakcyjność). Jeśli więc jedna opcja dominuje nad drugą, to w ogóle nie mamy do czynienia z wyborem, a tylko z kalkulacją oraz ze zrozumieniem wyższości jednej opcji nad drugą i następującym wskutek tego zrozumienia – działaniem. Z moralnie znaczącym i racjonalnie motywowanym wyborem mamy zaś do czynienia wyłącznie wtedy, gdy następuje on pomiędzy takimi opcjami, z których każda ma racjonalny oddźwięk (atrakcyjność)[447]. Ponadto – w opinii Finnisa – sytuacje, w których jedna opcja (racja) dominuje nad drugą w sensie, o jaki chodzi w tym trzecim z wymienionych rozumieniu racjonalnego wyboru, są szczególne, bo wymagają nie tylko

[446] *Ibidem*, s. 236.
[447] Por. także J. Finnis: *Natural Law…*, s. 10.

współmierności opcji, ale także tranzytywności preferencji. W normalnym życiu zaś zjawisko nietranzytywności nie tylko w ogóle występuje, ale jest dość częste. Jeśli zaś mówić o racjonalnym wyborze w dwóch pozostałych znaczeniach, to wybór taki pomimo niewspółmierności opcji zdarza się – według Finnisa – dość często. Na przykład wtedy, gdy wybrana zostaje taka opcja, za którą stoją racje czyniące ją racjonalnie do przyjęcia, choć racje te nie czynią jej kategorycznie bardziej pociągającą niż inne opcje alternatywne. Albo wtedy, kiedy wybór odpowiada wszystkim wymaganiom praktycznej rozumności, tym, które nazywamy moralnymi, to jest na przykład, wymaganiom słuszności, spójności, czy wykluczenia zeń wszelkich opcji, które szkodziłyby podstawowym ludzkim dobrom itd.[448]

Finnis wyraźnie stwierdza, że refleksje nad zjawiskiem niewspółmierności i ich rezultaty są szczególnie ważne dla rozumowań prawniczych[449]. Jego zdaniem bowiem, wiele akademickich teorii dotyczących rozumowań prawniczych przywiązuje zbyt wielką wagę do rozumu jako instrumentu wskazującego nam, co jest większym dobrem lub mniejszym złem. Efektem takiego podejścia jest zaniedbanie przez badaczy rozumowań prawniczych potrzeby opierania się na autorytecie jako źródle rozstrzygnięć w tym zakresie. Źródła o charakterze autorytatywnym, o ile przestrzegają pewnych absolutnych moralnych praw i obowiązków, powinny być, zdaniem Finnisa, uważane za jedyną racjonalną podstawę sędziowskich rozumowań i decyzji. Powinny być też uznane za jedyną racjonalną podstawę prawniczych rozumowań i decyzji w tych wszystkich niezliczonych kwestiach, które nie są uwikłane w absolutne prawa i obowiązki[450]. Źródła-autorytety są zaś ograniczone w swoim działaniu dwojakiego rodzaju wymaganiami, które Finnis uważa za w pewnym sensie rezultaty zjawiska niewspółmierności dóbr podstawowych. Wymagania te z kolei

[448] J. Finnis: *Concluding Reflections…*, s. 237–238.
[449] J. Finnis: *Natural Law…*, s. 11–13.
[450] *Ibidem*, s. 13.

(będące zarazem rezultatami zjawiska niewspółmierności) można opisać następująco.

Po pierwsze, istnieją pewne moralne absoluty, wynikające z moralnego zakazu umyślnego niszczenia podstawowych dóbr ludzkich, takie które zostały racjonalnie określone, a które są podstawą wielu dziedzin prawa, takich jak prawa człowieka czy prawa karnego (wykluczenie dopuszczalności zabójstwa, umyślnego okaleczenia, zniewolenia czy upokarzającego traktowania człowieka itd.). Drugi rezultat (a zarazem drugie ograniczenie) to zasada uczciwości, czy inaczej interpersonalnej bezstronności, wyrażona w tzw. Złotej Zasadzie (Złotej Regule): „Czyń innym, jak chciałbyś, żeby tobie czynili; Nie nakładaj na innych tego, do czego sam nie chciałbyś być zobowiązany przez innych”[451]. Zasada ta w pewnym stopniu pozwala jednostce na przedmoralne (nie-rozumowe i nie-obiektywne) uwspółmiernienie korzyści i ciężarów, ponieważ wymaga określenia za pomocą uczuć czy też intuicji tego, które ciężary są dla podejmującego decyzję zbyt wielkie, a więc zarazem które nie powinny być nakładane przezeń na innych. Zasada ta ma zastosowanie nie tylko w decyzjach jednostkowych, ale też przy dokonywaniu wyborów w sferze publicznej, pozwalając dzięki podjęciu wcześniejszych decyzji ustalających określone standardy (na przykład standard bezpiecznej przeciętnej prędkości na drodze) na dokonanie takie ograniczonego uwspółmiernienia[452]. Złota Zasada, jako zasada uczciwości i bezstronności ma – jak podkreśla Finnis – szczególne znaczenie dla prawa, a zwłaszcza procesu jego stosowania. Oznacza tu ona, że uczestnik tego procesu powinien być traktowany przez każdego sędziego (lub innego decydenta) w taki sposób, w jaki byłby potraktowany przez każdego innego sędziego. Ale to właśnie sposób działania tej zasady – zdaniem Finnisa – sprawia, że prawo wciągane jest w sferę sztucznej, technicznej racjonalności, opierającej się na zestawie norm identyfikowanych najczęściej po prostu ze względu

[451] *Ibidem*, s. 11.
[452] *Ibidem*, s. 11–12. Szerzej w: J. Finnis: *Commensuration…*, oraz w ostatnim rozdziale niniejszej książki (s. 432 i n.).

na szeroko rozumiane źródło pochodzenia, przyjmowanych w umownym publicznie ustalonym znaczeniu, w miarę możliwości bez odwoływania się do jakichś rozważań natury treściowej. To zaś – jak wskazuje – powoduje niecałkowitą, ale jednak istotną, izolację rozumowań prawniczych od rozumowania moralnego[453]. Rozumowanie prawnicze jest zresztą rzeczywiście w dużej mierze rozumowaniem technicznym, ponieważ, jak wszystkie techniczne rozumowania, służy osiąganiu szczególnego celu, tj. określonego stanu rzeczy, który może być zrealizowany dzięki zastosowaniu skutecznych środków dla jego osiągnięcia. Tym szczególnym celem rozumowania prawniczego jest – według Finnisa – przewidywalne w pewien sposób rozstrzygnięcie każdego sporu, co służy ogólniejszemu moralnemu dobru – zapewnieniu sprawiedliwej harmonii niezbędnej dla całościowego ludzkiego samospełnienia[454].

Te dwa zaprezentowane powyżej rezultaty występowania zjawiska niewspółmierności (obowiązywanie absolutnych moralnych wymagań oraz konieczność stosowania w różnych wersjach Złotej Reguły) – zdaniem Finnisa – wykluczają stosowanie takiej techniki rozumowania prawniczego, którą nazywa się ekonomiczną analizą prawa. Opiera się ona bowiem na założeniu, że na każde poważne pytanie w sferze publicznej można udzielić odpowiedzi, dokonując prostego (co oczywiście nie znaczy wcale – nieskomplikowanego) rachunku (kalkulacji) dobra czy bogactwa wynikającego potencjalnie z alternatywnych opcji. W szczególny sposób krytykuje Finnis centralne – jak pisze – założenie ekonomicznej analizy prawa sprowadzające się do tego, że nie ma zasadniczej różnicy pomiędzy kupieniem prawa do celowego zadawania cierpienia a kupieniem prawa do niepodejmowania środków zapobiegawczych eliminujących odpowiedni rozmiar cierpienia spowodowany przypadkowo. Założenie niewspółmierności wartości ma właśnie tę zaletę – według niego – że pozwala lepiej niż inne argumenty przeprowadzić krytykę tych

[453] J. Finnis: *Natural Law…*, s. 12.
[454] *Ibidem*, s. 7.

– intuicyjnie wszak – kontrowersyjnych, a węzłowych punktów ekonomicznej analizy prawa[455].

Ciekawe, a zarazem przejrzyste wyjaśnienie sposobu dokonywania wyboru w sytuacji niewspółmierności wartości przedstawia inny reprezentant nowej teorii prawa naturalnego Robert P. George. Propozycja jego jest odpowiedzią na krytykę tej teorii ze strony przeciwników założenia niewspółmierności, sprowadzającą się do stwierdzenia, że teza o niewspółmierności wartości zagraża zdroworozsądkowym sądom moralnym, ponieważ prowadzi do uznania, że w sytuacji wyboru pomiędzy niewspółmiernymi dobrami (np. życiem i zabawą) możemy wybierać wedle własnego uznania i że wyborem tym nie kierują żadne wskazania moralne[456].

Przede wszystkim George z naciskiem podkreśla, że niewspółmierność to zjawisko, które dotyczy wartości podstawowych (a nie jakichś innych wartości, np. instrumentalnych) oraz ewentualnie wszystkich tych elementów (przede wszystkim opcji), na których wybór wpływają takie, będące wówczas „stawką w grze", wartości podstawowe. Przyznaje też, że czasami mogą być niewspółmierne takie opcje, w których nie chodzi o różne podstawowe wartości, ale które są przykładami (egzemplarzami) tylko jednej takiej wartości. Ten rodzaj niewspółmierności wynika, jego zdaniem, z różnic występujących pomiędzy osobami, w których życiu opcje te miały by być realizowane, albo z niepewności co do skutków konkurujących opcji, z przyjęcia różnego nastawienia wobec ryzyka, z wpływu dokonanych wyborów na osobowość i charakter wybierającego i innych podobnych czynników. Z powodu ograniczonego jednak w ten sposób (a więc tylko do pewnych wartości i opcji) zasięgu zjawiska niewspółmierności obawy przed jego konsekwencjami wydają się więc być, w opinii George'a, przesadzone[457].

---

[455] *Ibidem*, s. 12–13.

[456] Por. R. G. Wright: *op.cit.* oraz relacjonowana przez R. P. George'a prywatna korespondencja pomiędzy obu filozofami (R. P. George: *op.cit.*, s. 92–93).

[457] R. P. George: *op.cit.*, s. 93–94.

Ponadto, nieprawdą jest – według George'a – że wyborem pomiędzy niewspółmiernymi dobrami nie kierują żadne wskazania moralne i że jest on całkowicie arbitralny. Każdy wybór dokonuje się ze względu na pewne racje. Jeżeli są to racje ostateczne, nie odwołujące się już do żadnych innych, to znaczy, że racje takie są dostarczone przez wartości (dobra) podstawowe i są to racje pierwszego rzędu. Dopiero kiedy racje pierwszego rzędu nie wskazują jednoznacznie na to, jaki wybór powinien być dokonany (bo na przykład okazuje się, że w grę wchodzi więcej niż jedna wartość podstawowa), kiedy są konkurujące, racjonalny wybór odbywa się w oparciu racje drugiego rzędu. Te z kolei wskazują, że nie należy wybierać pewnych opcji, pomimo tego, że ma się ku temu racje pierwszego rzędu. Racje drugiego rzędu to te, które „przebijają" niejako pewne racje pierwszego rzędu, a pozostawiają zwycięskimi inne. Takimi właśnie racjami drugiego rzędu, które mają charakter konkluzywny, a więc które pozwalają w sposób stanowczy rozstrzygnąć konflikt pomiędzy racjami pierwszego rzędu i wybrać jedną z niekompatybilnych opcji, są normy moralne. Ale – według George'a – gdyby rację mieli jego przeciwnicy, czyli głosiciele współmierności, to tak naprawdę zawsze chodziłoby tylko o jedną taką normę moralną (i zarazem rację drugiego rzędu), która głosiłaby, że: „Wybierając pomiędzy opcjami, w które zaangażowane są konkurujące podstawowe wartości, zidentyfikuj i wybierz tę opcję, która chroni lub rozwija wartość o większej wadze"[458]. To zaś nie jest dla niego do przyjęcia ze względu na spowodowaną niewspółmiernością niemożliwość orzeczenia, która wartość podstawowa ma większą wagę. Nie oznacza to jednak, że wyborem nie mogą kierować inne normy moralne, tyle tylko, że nie odwołujące się do ważenia i porównywania wartości. George wskazuje, jako przykłady, dwie normy moralne, które w tego rodzaju przypadkach mogą mieć zastosowanie. Pierwsza z nich to zasada (będąca wersją Pawłowej zasady), aby nigdy nie wybierać takiej opcji, która bezpośrednio zmierzałaby do naruszenia dobra podstawowego, nawet jeżeli

[458] *Ibidem*, s. 95.

w ostatecznym rozrachunku miałoby to spowodować pozytywne rezultaty[459]. Druga zaś to Złota Zasada, w rozumieniu podobnym do tego, o jakim pisano powyżej. To właśnie Złota Zasada pozwala dokonać racjonalnego i zgodnego z praktycznym rozumem wyboru w hipotetycznej, a będącej przedmiotem dyskusji pomiędzy R. George'em Wrightem a Robertem P. George'em, sytuacji – decyzji stojącej przed zapalonym golfistą: czy kontynuować obiecującą rozgrywkę, czy też ją przerwać, żeby, nie narażając się przy tym na żadne ryzyko, uratować dziecko tonące w pobliskim stawie[460]. Złota Zasada jest bowiem dla golfisty źródłem obowiązku, aby przerwał grę w golfa i ratował dziecko.

George wskazuje także na to, że żaden wybór, który jest dokonany ze względu na stojące przed wybierającym racje, nie jest wyborem arbitralnym. Żaden też nie jest nieracjonalny czy irracjonalny. Trzeba tu jednak – zdaniem George'a – odróżnić następujące, zawierające się w tej kategorii wyboru nie-irracjonalnego, sytuacje. Pierwsza, nie budząca chyba wątpliwości, którą opisano powyżej, kiedy wybrana zostaje ta opcja, za którą stoją racje pierwszego rzędu wskazane jako „zwycięskie" przez racje drugiego rzędu. Jest to sytuacja wyboru racjonalnego, rozumnego i także moralnego (jeśli racje drugiego rzędu są normami moralnymi). Druga sytuacja to taka, kiedy racje drugiego rzędu wskazują opcję, która powinna być wybrana, a mimo to wybierający realizuje opcję konkurującą. (Na przykład rzeczony golfista kontynuuje grę w golfa pozwalając dziecku się utopić). To także byłby wybór racjonalny, bo dokonany ze względu na rację (odpowiednio – ze względu na miłość do gry w golfa), ale oczywiście, jeśli racje drugiego rzędu są normami moralnymi, byłby to wybór niemoralny[461]. I trzecia sytuacja,

---

[459] *Ibidem*, s. 96–97, 101; por. także J. Finnis: *Concluding Reflections*…, s. 242–244 – rozważania na temat tego, co oznacza rozróżnienie pomiędzy naruszeniem dobra będącym skutkiem ubocznym działania a naruszeniem będącym środkiem lub celem działania.

[460] R. P. George: *op.cit.*, s. 97.

[461] To, jak się wydaje, miał na myśli Finnis wyróżniając racjonalność w drugim znaczeniu. Por. *supra* s. 211.

kiedy z co najmniej dwóch konkurujących racji pierwszego rzędu żadna nie została przezwyciężona przez racje drugiego rzędu. Wtedy wybór jednej z opcji także nie będzie ściśle arbitralny. Wprawdzie będzie racjonalnie niedookreślony – nie można o nim powiedzieć, że został dokonany ze względu na określoną rację (bo tych jest więcej niż jedna). Ale jest on w pełni rozumny[462], ponieważ niesprzeczny z żadną konkluzywną racją, niepobitą przez inne konkurujące racje[463].

Ten sposób rozumowania nie jest – jak podkreśla George – oparty na przesłance, że któreś z dóbr podstawowych jest ważniejsze niż inne. I – w jego opinii – jest bardziej spójny z wieloma naszymi zdroworozsądkowymi przekonaniami niż konsekwencjalistyczne myślenie oparte na przyznawaniu pierwszeństwa pewnym dobrom przed innymi. Jeśli bowiem, zgodnie z konsekwencjalistycznymi założeniami, uznalibyśmy, jak dla przypadku golfisty, że życie jest ważniejsze niż zabawa, trudno byłoby uzasadnić, dlaczego nie mamy moralnego obowiązku porzucać naszych pasji i zainteresowań po to, żeby poświęcić się całkowicie ratowaniu życia innych ludzi w różnych odległych miejscach globu. A przecież zdroworozsądkowe sądy moralne podpowiadają nam, że nie mamy moralnego obowiązku porzucić czytania książek, zbierania znaczków, uprawiania ogrodów czy nawet gry w golfa po to, aby zaangażować się bez reszty w akcję humanitarną zwalczającą głód w Bangladeszu[464].

---

[462] O „rozumności" i „racjonalności" w pokrewnej koncepcji Johna Finnisa zob. P. Łabieniec: *Prawo rozumu. O teorii prawa naturalnego Johna Finnisa*. Łódź, 2004, s. 124.
[463] R. P. George: *op.cit.*, s. 95–97.
[464] *Ibidem*, s. 98.

3.3. Warunki racjonalności ze względu na występowanie zjawiska niewspółmierności wartości

Lewis A. Kornhauser zastanawia się z kolei nad tym, spełnienia jakich warunków wymaga racjonalność, w sytuacji, kiedy indywidualny podmiot ujmuje w całość różne, skonstruowane przez siebie samego, ze względu na różne popierane wartości, hierarchie dostępnych opcji[465]. Autor ten zadaje też sobie pytanie, czy można z góry na rozumowanie takie nałożyć tego rodzaju warunki, które wykluczałyby lub zmniejszałyby prawdopodobieństwo wystąpienia zjawiska niewspółmierności.

Kornhauser doszedł do wniosku, że, w zakresie indywidualnego wyboru, takich koniecznych z punktu widzenia racjonalności warunków nie można *a priori* narzucić zbyt wielu. Za warunki takie, które warte są rozważenia, choć nie są całkowicie niekontrowersyjne, uznał warunek Pareta, warunek neutralności oraz warunek nie-dyktatury.

Warunek Pareta polega – jak wiadomo – na tym, że jeśli podmiot wybiera spośród opcji *x* i *y* i każda z hierarchii tych opcji, ustalonych ze względu na różne popierane przez podmiot wartości, uszeregowuje *x* przed *y*, to w wyniku całościowego (*all-values-considered*) wartościowania *x* powinno w hierarchii wyprzedzać *y*. Ten warunek jednak – jak zauważa – ma

[465] Kornhauserowi chodzi o takie warunki, które byłyby trafne intuicyjnie, podobne jak te, które Kenneth Arrow założył dla potrzeb konstruowania funkcji użyteczności społecznej na bazie indywidualnych funkcji użyteczności wszystkich członków danego społeczeństwa. Zob. K. Arrow: *Social Choice and Individual Values*. New York, 1951. Patrz także J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski: *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa, 2007, s. 159: „Pierwszy z nich to warunek nieograniczonej dziedziny (*unrestricted domain*), zgodnie z którym funkcja wyboru społecznego nie powinna odrzucać jakichkolwiek »typów« preferencji indywidualnych. Po drugie, zasada Pareto określa, że jeśli każdy preferuje jakiekolwiek dobro *x* względem *y*, to *x* jest społecznie preferowane względem *y* […]. Po trzecie, warunek niezależności od nierelewantnych alternatyw (*the independence of irrelevant alternatives*) stwierdza, że »społeczny ranking« dowolnych stanów *x* i *y* zależeć może tylko od indywidualnych »rankingów« tych stanów. Po czwarte wreszcie, zakazana jest obecność dyktatora (tj. takiej osoby P, że jeśli P preferuje jakieś *x* względem jakiegoś *y*, to *x* jest społecznie preferowane pod względem *y*)".

ograniczoną przydatność, nie wskazuje bowiem, na przykład, żadnego rozwiązania sytuacji, w której same wartości, będące podstawą konstruowania rankingów cząstkowych, pozostają w konflikcie. Spełnienie tego warunku nie prowadzi do skonstruowania jednego jedynego słusznego porządku opcji, nie zapobiega więc niewspółmierności porządkowej[466].

Warunek neutralności natomiast, jak go nazywa Kornhauser, polega na tym, że podmiot, który wybiera spośród opcji x i y, z których pierwsza realizuje wartość V a druga realizuje wartość W (przy czym V i W pozostają ze sobą w konflikcie), powinien ustalić hierarchię x i y w taki sam sposób, w jaki uczynił to w odniesieniu do opcji x' i y', o ile pomiędzy opcjami x i y oraz opcjami x' i y' nie występują inne różnice niż tylko ze względu na V i W oraz że różnica pomiędzy x i y pod względem V i W jest taka, jak różnica pomiędzy x' i y'. Kornhauserowi nie wydaje się jednak, aby warunek ten miał zastosowanie zawsze – co najwyżej w tych sytuacjach, kiedy podmiot nie dysponuje wszystkimi niezbędnymi informacjami i nie jest pewny konsekwencji swego wyboru (podmiot ten nie będzie wtedy wiedział, czy dokonany wybór uczyni zadość także innym niż V i W popieranym przezeń wartościom). Dlatego Kornhauser wyklucza ten warunek spośród warunków niewątpliwie trafnych.

Trzeci warunek, a więc warunek nie-dyktatury, sprowadza się w istocie do wykluczenia stosowania leksykalnych uporządkowań, ponieważ wymaga, aby uporządkowanie ze względu na jedną z popieranych przez podmiot wartości nie miało przy dokonywaniu całościowego wartościowania bezwzględnego pierwszeństwa w tym sensie, że przeważałoby zawsze, bez względu na inne popierane przez podmiot, wartości. Przy czym Kornhauser zaznacza tu, że warunek ten także rodzi pewne wątpliwości, bo nie można wykluczyć, że podmiot będzie chciał realizować takie wartości, których leksykalne uporządkowanie będzie jak najbardziej uzasadnione. Oznacza to, że zasadność zastosowania tego warunku będzie uzależniona od konkretnego

[466] O niewspółmierności porządkowej por. *supra* s. 127.

zestawu wartości, które mają być składowymi całościowego wartościowania. Tak czy inaczej jednak, warunek ten, nawet łącznie z warunkiem Pareta, wciąż nie wyklucza występowania niewspółmierności porządkowej, ponieważ dopuszcza skonstruowanie więcej niż jednego akceptowalnego całościowego porządku opcji.

Jak z powyższego wynika, trudno narzucić na całościowe wartościowanie jednostki (na integrację różnych popieranych przez podmiot wartości) takie warunki, których spełnienie *a priori* zapobiegłoby wystąpieniu niewspółmierności opcji[467].

Kornhauser zastanawia się także nad tym, czy w przypadku wyboru nie indywidualnego ale społecznego, a w szczególności – wyboru dokonywanego w kontekście prawnym, warunki narzucane przez racjonalność na integrację wartości w ramach tego wyboru są takie same, jak w przypadku wyboru indywidualnego. Przyjmuje jednak, odmiennie niż w koncepcji Arrowa, że decydent traktuje społeczeństwo jako pewną jednolitą całość posiadającą własne wartości. Takie podejście jest – zdaniem Kornhausera – bardziej uzasadnione, zwłaszcza w sferze prawnej, ponieważ szczególnie często tu (czy to w decyzjach administracyjnych czy sądowych) personifikuje się społeczeństwo i przypisuje się mu wartości swoiste, wcale niekoniecznie te same, co popierane przez jego członków[468]. (Znajduje to swoje odzwierciedlenie na przykład w odwoływaniu się do woli prawodawcy czy też wartości systemu prawnego.) Według Kornhausera natura i cele wyboru będącego treścią decyzji prawnych różnią się diametralnie od natury i celów wyboru dokonywanego w ramach decyzji indywidualnych. Dlatego – jego zdaniem – konsekwentnie należałoby oczekiwać, że warunki integrowania wartości prawnych będą różniły się od tych, które racjonalność nakłada na integrację wartości indywidualnych. Wprawdzie warunek Pareta i warunek nie-dyktatury pozostają aktualne także w kontekście prawnym, ale oprócz nich wymagane jest coś więcej, choćby z tego powodu, że prawne

[467] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 6–7 z 31.
[468] Por. koncepcję wspólnoty politycznej R. Dworkina, także *infra* na s. 402.

decyzje podlegają pewnym szczególnym wymogom, np. wymogom równości i bezstronności. Powstaje jednak – zdaniem Kornhausera – pytanie, czy da się równość i bezstronność przełożyć na warunki integracji wartości społecznych i jaki to przyniesie efekt w zakresie ryzyka wystąpienia niewspółmierności. Jeśli przyjąć, że tak (że da się równość i bezstronność przełożyć na warunki integracji wartości społecznych), to powstaje – według niego – możliwość, że zbyt wiele warunków (które skonstruowanie całościowego porządku wartości z wielu porządków cząstkowych ograniczają) może spowodować, iż liczba dopuszczalnych z ich punktu widzenia całościowych porządków opcji będzie znacznie ograniczona i tym samym zwiększy się ryzyko wystąpienia niewspółmierności radykalnej w porównaniu z sytuacją podejmowania jednostkowej, indywidualnej decyzji. Jeśli natomiast równość i bezstronność nie zostaną włączone do warunków, pod którymi dokonuje się integracja wartości, a będą one traktowane wyłącznie jako ograniczenia w zakresie wartości, które system prawny może popierać i realizować, to wówczas ich efekt będzie odmienny. Równość i bezstronność wykluczają przecież pewne racje (względy) spośród tych, które mogą być podstawą decyzji prawnych. Jeśli tego rodzaju ograniczeń będzie wystarczająco wiele – to według Kornhausera – zmniejszy się ilość wartości wymagających zintegrowania i tym samym zmniejszy się ilość konfliktów pomiędzy nimi. To spowoduje, że prawdopodobieństwo powodzenia skonstruowania poprawnego i spójnego całościowego prawnego osądu się zwiększy. Tym sposobem może więc, w opinii niektórych, zmniejszyć się częstotliwość występowania niewspółmierności w sferze podejmowania decyzji prawnych.

Rozważania powyższe nie prowadzą Kornhausera do żadnych stanowczych wniosków, co do tego, jakie jest ryzyko wystąpienia niewspółmierności w sferze prawnej, ale umożliwiają mu jedną, chyba nawet ważniejszą, konkluzję – że nie da się niczego stanowczo powiedzieć o występowaniu lub niewystępowaniu niewspółmierności w sferze dyskursu prawnego, dopóki

nie uzgodni się, jakie warunki musi spełnić podmiot podejmujący decyzję prawną, dokonując integracji społecznych wartości[469].

3.4. Indywidualne strategie podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości

Jak pisze Ruth Chang obiegowa mądrość głosi, że niewspółmierność opcji wyklucza możliwość dokonania usprawiedliwionego wyboru pomiędzy nimi[470]. Usprawiedliwiony wybór musi bowiem zawsze opierać się na porównaniu dostępnych opcji. Głosicieli takiego stanowiska możemy nazwać – za tą autorką – komparatywistami. Jednakże wielu filozofów, zwolenników nonkomparatywizmu, przeciwstawia się tej obiegowej mądrości, twierdząc, że choć niewspółmierność istnieje i jest zjawiskiem dość często występującym, to jednak nie jest powodem porażki praktycznego rozumu. Filozofowie ci uważają bowiem, że nie zawsze tym, co usprawiedliwia wybór, są fakty o charakterze porównawczym. Ich zdaniem, źródłem usprawiedliwienia dokonanego wyboru mogą być rozważania w ogóle nie odwołujące się do porównywania. To wyzwanie nonkomparatywizmu rzucone konwencjonalnej mądrości obiera – według Chang – dwa kierunki. Zgodnie z jednym z nich rzeczywiście w większości przypadków o tym, jakiego dokonujemy wyboru, zwłaszcza na pierwszy rzut oka, decydują fakty porównawcze. Jeśli jednak porównanie nie jest możliwe, racje tego rodzaju mogą zostać z powodzeniem zastąpione rozważaniami nieodwołującymi się do porównania i wówczas rozważania takie usprawiedliwią dokonany wybór. Zgodnie z drugim stanowiskiem porównanie albo w ogóle nie ma znaczenia dla usprawiedliwienia dokonanego wyboru, albo po prostu nie ma mocy uzasadnienia dokonywanego wyboru.

Wedle stanowiska ściśle komparatywistycznego wyborem spośród dostępnych opcji rządzi zasada optymalizacji (*opti-*

---

[469] L. A. Kornhauser: *op.cit.*, s. 11 z 31.

[470] R. Chang: *Comparisons and the Justisfication of Choice*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, 1998, s. 1569.

mizing): tym co usprawiedliwia wybór jednej z alternatyw przed drugą jest fakt, że wybrana opcja jest co najmniej tak samo dobra jak inne pod względem wartości, którą obrano na kryterium wyboru. Podejście takie jest – według Chang – charakterystyczne dla instrumentalistycznego podejścia do racjonalnego wyboru i teorii decyzji, a milcząco zakładane przez większość form konsekwencjalizmu. Nie jest natomiast, według niej, prawdą, że optymalizacja zakłada zawsze maksymalizację (*maximizing*), to znaczy (wedle jej interpretacji[471]) regułę, zgodnie z którą usprawiedliwiony jest wybór tej opcji, która jest nośnikiem największej liczby jednostek wartości obranej na kryterium wyboru[472]. Konsekwencją przyjęcia zasady optymalizacji jest założenie, że wszystkie sytuacje, w których dokonuje się wyboru, choć nie zawsze są konkursami w dosłownym tego słowa znaczeniu, to są konkurencyjne w swym charakterze[473]. Trzeba też zaznaczyć, że są i tacy autorzy, którzy utożsamiają maksymalizację z optymalizacją.

Nonkomparatywiści jednak uważają, że zwłaszcza w sytuacji wyboru spośród niewspółmiernych opcji, choć nie tylko, zastosowanie mają pewne inne niż optymalizacja mechanizmy czy też sposoby dokonywania takiego wyboru. Chang, dokonując przeglądu literatury w tym zakresie, klasyfikuje je jako:

---

471 Inaczej interpretuje *maximizing* A. Sen – por. A. Sen: *Maximization and the Act of Choice*. „Econometrica", no. 65, 1997, s. 746; por. też *infra* s. 226.

472 M. Stocker zwraca uwagę, że możliwe są dwa rozumienia „większej wartości" (*moreness of value*). Pierwsze, które nazywa matematycznym lub quasi-matematycznym, a które wyraża się w dodaniu czegoś co jest uznawane za dobre. Ten sposób rozumienia może mieć niekiedy charakter neutralny, deskryptywny. Drugie „więcej wartości" czyni równoznacznym z „byciem lepszym". Uczula nas na to, że oba te rozumienia mogą być rozbieżne. Wskazuje również, że maksymalizacja (i chyba także optymalizacja) mogą być rozumiane dwojako, w zależności od przyjęcia któregoś z tych dwóch sposobów rozumienia „większej wartości". (M. Stocker: *op.cit.*, s. 299).

473 R. Chang: *Comparisons and the…*, s. 7 z 24.

1. *satisficing*[474] (po polsku – mało zręcznie – „satysfakcjonowanie") – skrzyżowanie angielskich słów: *satisfy* – zaspokoić oraz *suffice* – wystarczyć;

2. *maximalizing* (powstaje problem jak odróżnić je w języku polskim od *maximizing,* które to słowo właśnie tłumaczy się jako „maksymalizowanie");

3. *absolutizing* (po polsku „absolutyzowanie").

Przyjmując satysfakcjonowanie jako strategię dokonywania wyboru, akceptuje się pogląd, zgodnie z którym wybór alternatywy może być usprawiedliwiony tym, że jest ona wystarczająco dobra, nawet jeżeli dostępne są możliwości lepsze. Satysfakcjonowanie jest interpretowane na dwa skrajnie różne sposoby. Pierwsza, instrumentalna koncepcja satysfakcjonowania, zakłada, że strategia ta ma sens tylko jako swego rodzaju uzupełnienie maksymalizowania czy optymalizowania. Chodzi o to, że według tego poglądu racjonalnie jest ograniczyć się do wyboru satysfakcjonującej, a nie najlepszej opcji, jeżeli maksymalizacja nie jest w danym przypadku możliwa albo satysfakcjonowanie w jakimś mniejszym zakresie (*local satisficing*) jest środkiem do realizowania jakiegoś większego celu. Często w takim przypadku satysfakcjonowanie jest traktowane jako tzw. *stopping rule* (reguła powstrzymująca), ponieważ pozwala się zatrzymać w poszukiwaniu czy realizowaniu najlepszej opcji, jeśli na przykład upływ czasu czy koszty poszukiwań czynią nieracjonalnym dalsze starania. W wersji noninstrumentalnej satysfakcjonowanie jest samo w sobie racjonalne i nie musi być środkiem do osiągania czegoś więcej[475]. Może być traktowane jako nieuniknione i niezbędne założenie, a nawet wymaganie będące konsekwencją podważalności (*defeasibility*) stanowiącej ogólną cechę ludzkiego poznania[476].

---

[474] Pojęcie to zostało wprowadzone przez Herberta Simona. Zob. H. Simon: *A Behavioral Model of Rational Choice*. „Quarterly Journal of Economics", no. 69, 1955.

[475] M. Slote: *Two Views of Satisficing*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: Michael Byron. Cambridge (UK), 2004, s. 14.

[476] Por. poglądy J. L. Pollocka (J. L. Pollock: *Cognitive Carpentery: A Blueprint for How to Build a Person*. New York, 1995), na podstawie relacji Prakkena i Sartora

Takie noninstrumentalne satysfakcjonowanie bywa też często wiązane z wartością umiarkowania, tj. wyważenia pomiędzy nadmiarem i niedostatkiem[477]. Noninstrumentalne rozumienie satysfakcjonowania może być również traktowane jako niezbędne założenie pozwalające odróżnić – mówiąc po Fullerowsku – moralność obowiązku od moralności aspiracji[478]. Jeśli w ludzkim działaniu istnieje pewna granica, poza którą kończy się czysty obowiązek a zaczyna dążenie do osiągnięcia pewnego ideału, to znaczy, że strategia maksymalizowania nie zawsze jest strategią właściwą, gdyż wybór najbardziej wartościowej opcji działania doprowadzi do przesunięcia, a właściwie zlikwidowania granicy pomiędzy tym, co jest obowiązkiem, a tym co obowiązkiem już nie jest[479].

Przyjmując *maximalizing* jako strategię dokonywania wyboru, akceptuje się pogląd, zgodnie z którym usprawiedliwiony jest wybór tej opcji, która jest „nie gorsza" od innych dostępnych opcji. „Nie gorsza" nie oznacza ani „równa", ani tym bardziej „lepsza", ani też nie zakłada współmierności. Amartya Sen uważa, że na tym polega – mimo powszechnych w tej kwestii nieporozumień – właściwie (poprawnie) rozumiana *maximizing*. Uczony ów na poparcie swojego stanowiska odwołuje się do matematycznego rozróżnienia pomiędzy *maximality*[480], która jest niezbędna do tego, aby wybór był dopuszczalny (akceptowalny),

(H. Prakken, G. Sartor: *The Three Faces of Defeasibility in the Law*. „Ratio Iuris", no. 17, 2004, s. 118): „Taki proces formowania przekonań musi czynić zadość dwóm pozornie niezgodnym wymaganiom. Po pierwsze, podmiot musi móc formować przekonania na podstawie częściowych perceptualnych danych wejściowych (podmiot nie może czekać aż będzie miał pełny obraz swojego środowiska). Po drugie, podmiot musi móc wziąć pod uwagę nieograniczony zestaw perceptualnych danych wejściowych (*perceptual input*)".

477 M. Byron: *Introduction*. [w:] *Satisficing and Maximizing*…, s. 6–8.

478 Por. L. L. Fuller: *op.cit.*, s. 7: „Gdzieś na tej skali znajduje się niewidoczna wskazówka wyznaczająca punkt, w którym znika ciśnienie obowiązków, a zaczyna się dążenie do doskonałości. O umiejscowienie tego punktu toczy się niewypowiedziana wojna [...]".

479 Podobnie w koncepcji dobrego uczynku, por. M. Byron: *Introduction*…, s. 5.

480 Elementem maksymalnym zbioru uporządkowanego nazywamy taki element tego zbioru, że nie ma w tym zbiorze elementów większych od niego. Oznacza to, że również elementy nieporównywalne mogą być elementami maksymalnymi, jeśli nie ma w zbiorze elementów takich, które byłyby od nich większe.

a *optimality*[481], która jest niezbędna do tego, żeby można było dokonać wyboru doskonałego[482]. Z różnicy między tymi dwoma pojęciami – zdaniem Sena – wynika, że dla zrealizowania takiego sposobu podjęcia decyzji (a więc właściwie rozumianej *maximizing*, a zwanej u Chang *maximalizing*) optymalizacja nie jest wcale niezbędna, wystarczy bowiem wybrać tę z opcji, która nie jest gorsza od żadnej innej[483]. Oznacza to więc, że opcja, która jest maksymalna, nie musi być wcale optymalna. Ale zarazem – i to także jest bardzo istotne – opcja, która jest optymalna, musi być przecież maksymalna. Znaczenie tak pojmowanej relacji pomiędzy *optimizing* a właściwie rozumianą *maximizing* Sen przedstawia na przykładzie przypowieści o ośle Buridana. Osioł nie umiejący wybrać pomiędzy dwiema wiązkami siana umarł w końcu z głodu. Według Sena możliwe są dwie interpretacje tej przypowieści: pierwsza – mniej interesująca, że osiołkowi było wszystko jedno, którą wiązkę siana zje i dlatego nie mógł znaleźć powodu, żeby którąś z nich wybrać, i druga – bardziej interesująca – że osioł nie umiał dokonać uszeregowania wiązek siana i nie miał wobec tego optymalnej alternatywy. Na gruncie tej drugiej interpretacji można jednak powiedzieć, że obie stojące przed osłem opcje były maksymalne. Sen podsumowuje ten problem dowcipnie, że w sytuacji, gdy optymalizacja nie jest możliwa (a przecież tak jest w przypadku wyboru spośród niewspółmiernych opcji), lepiej skorzystać z maksymalizacji (rozumianej oczywiście tak, jak opisywana przez Chang *maximalization*), ponieważ: „(i) maksymalizacja może ocalić twoje życie, i (ii) tylko osioł będzie czekał na optymalizację”[484]. Mimo jednak niewątpliwych zalet tego sposobu dokonywania wyboru, zdaniem Sena, nie można też potraktować go jak prostej formuły, która automatycznie może zostać uznana za racjonalną w każdej sytuacji. Zasadność jej wykorzystania powinna bowiem być

[481] Elementem największym zbioru nazywamy element tego zbioru taki, że w tym zbiorze wszystkie elementy są od niego mniejsze.
[482] A. Sen: *The Idea of…*, s. 105 oraz idem: *Maximization and the…*, s. 746.
[483] *Ibidem*, s. 746 oraz 763.
[484] *Ibidem*, s. 765.

poddawana krytycznemu badaniu przy uwzględnieniu wielu okoliczności związanych z aktem wyboru[485].

Przyjmując absolutyzowanie jako strategię dokonywania wyboru akceptuje się pogląd, zgodnie z którym usprawiedliwiony wybór jednej z opcji wcale nie musi wiązać się z rozpatrywaniem relacji pomiędzy dostępnymi opcjami. Wystarczy, aby za wybraną opcją stały powody dotyczące jej i tylko jej wartości, a nie dotyczące tego, jak wybrana alternatywa ma się do innych możliwości[486]. Martha Nussbaum, dając za Arystotelesem pierwszeństwo temu właśnie sposobowi decydowania, opisuje go następująco: „[…] podmiot bada każdą wartościową opcję, poszukując jej odrębnej istoty. Jest zdecydowany uznać dokładny rodzaj wartości lub dobra obecny w każdej z konkurencyjnych opcji, widząc każdą wartość jako […] odrębny klejnot w koronie wartościowy sam w sobie, który nie przestanie być odrębnie wartościowy tyko dlatego, że przypadkowe okoliczności danej sytuacji odcinają go od innych dóbr i że przegrywa w całościowym racjonalnym wyborze"[487].

Wydaje się *prima facie*, że zarówno stanowisko komparatywistyczne, jak i satysfakcjonowanie czy *maximalizing,* są oparte na instrumentalnej koncepcji celów wyboru. Zgodnie z tą koncepcją dokonywanie wyboru ma służyć realizowaniu założonych celów. Można jednak zakładać – jak Elisabeth Anderson – że dokonywanie wyborów może służyć także wyrażaniu swego stosunku do czegoś, a nie tylko realizowaniu celów[488]. Zilustrowaniu tego stanowiska może posłużyć przykład przytoczony przez feministkę Gillian Hadfield, a oparty na amerykańskim orzecznictwie. Rzecz dotyczy pary małżonków.

Jeden z małżonków (mąż), prowadzący działalność gospodarczą, chce zaciągnąć kredyt w banku, ale bank wymaga poręczenia współmałżonka. W tej sytuacji drugi małżonek (kobieta – co dla feministek nie jest bez znaczenia, ale z naszego

---

[485] A. Sen: *The Idea of…*, s. 181.
[486] R. Chang: *Making Comparisons…*, s. 49.
[487] M. Nussbaum: *The Discernment of Perception…*, s. 63. Por. również *ibidem*, s. 59.
[488] Por. L. A. Kornhauser, *op.cit.*, s. 3 z 31; E. Anderson: *Value in Ethics…*, s. 15 i n.

punktu widzenia nie jest wcale aż tak istotne) staje przed następującym wyborem: może poręczyć kredyt i w ten sposób rozwiązać problem swego męża albo odmówić poręczenia kredytu i uniemożliwić mężowi jego uzyskanie. Decyzja ta – wybór dokonany pomiędzy opcjami – niezależnie od jej treści, może być oparta na różnych przesłankach. Jeżeli żona zdecyduje, że udzieli poręczenia, to być może dlatego, że kredyt pozwoli na rozwinięcie działalności gospodarczej męża i wzbogacenie rodziny, a być może dlatego, że choć w powodzenie przedsięwzięć swego męża w gruncie rzeczy nie wierzy, chce w ten sposób wyrazić swoje dla niego poparcie, miłość, więź małżeńską i zaufanie. Jeżeli zaś żona zadecyduje o odmowie poręczenia, to być może dlatego, że po odpowiedniej kalkulacji nie chce narażać budżetu rodziny na nadmierne ryzyko, a być może dlatego, że w ten sposób chce zamanifestować, iż nawet w małżeństwie każdy z małżonków jest autonomicznym podmiotem odpowiedzialnym za samego siebie i za swoje decyzje[489]. Wydaje się, że jeśli wybór którejś z dostępnych opcji ma służyć wyrażeniu stosunku podmiotu do pewnej osoby czy kwestii, to decyzja taka nie musi być podejmowana (ani nie jest usprawiedliwiana) w oparciu o porównanie, ale nie jest też raczej oparta o *satisficing* czy *maximalizing*. Żona z powyższego przykładu, jeśli nie kieruje się ryzykiem dla rodziny lub perspektywą przyszłego dobrobytu, nie podporządkowuje swej decyzji realizacji jakiegoś celu; podejmując decyzję o poręczeniu nie ocenia jej ani jako lepszej decyzji niż decyzji przeciwna, ani jako decyzji wystarczająco dobrej, ani jako decyzji nie gorszej od decyzji przeciwnej. Ona podejmuje swą decyzję po to, aby przez nią wyrazić swój stosunek wobec męża, instytucji małżeństwa, swej roli w małżeństwie itd. Wydaje się

[489] G. K. Hadfield: *An Expressive Theory of Contract: from Feminist Dillemas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, 1998, *passim*. Inny, rzeczywisty przykład wyboru dokonanego w celu wyrażenia swego nastawienia, pochodzący z roku 2008, jest jeszcze czytelniejszy: wielu Irlandczyków w pierwszym referendum głosowało przeciwko traktatowi lizbońskiemu nie kierując się w ogóle treścią i wartością tego traktatu, ale chcąc w ten sposób wyrazić swój negatywny stosunek do własnego rządu.

więc, że jeżeli można ten sposób podejmowania decyzji zakwalifikować jakoś zgodnie z powyżej zaprezentowaną klasyfikacją, to byłoby to raczej absolutyzowanie, czyli podejmowanie decyzji ze względu na samoistną wartość wybranej opcji, nie rozpatrując związku wybranej opcji z możliwością odrzuconą. Można jednak zauważyć, że także satysfakcjonowanie może być strategią stosowaną wtedy, gdy przyjmuje się nieinstrumentalną koncepcję celów wyboru. Dzieje się tak wówczas, gdy – na przykład – wybór opcji satysfakcjonującej zamiast optymalnej ma służyć wyrażeniu umiarkowania czy skromności podmiotu podejmującego decyzję w stosunku do pewnych kwestii.

3.5. Strategie podejmowania decyzji społecznych w sytuacji niewspółmierności wartości

Jak to w literaturze przedmiotu można zaobserwować, wielu autorów uważa, że decyzje indywidualne są podejmowane zupełnie inaczej niż decyzje podejmowane w sferze publicznej i dotyczące nie jednej, ale wielu osób[490]. W tej kwestii zgadzają się często zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy założenia niewspółmierności wartości. Niektórzy nawet z tych pierwszych uważają, że sama niewspółmierność wartości w szczególny sposób przejawia się w sferze społecznego wyboru, a nawet, że jest to niewspółmierność odrębnego rodzaju[491]. Ta odmienność może być wiązana także z nieuchronną koniecznością dokonywania w procesie podejmowania społecznych decyzji porównań o charakterze interpersonalnym. Te zaś mogą być uznawane przez niektórych za całkowicie niemożliwe albo za

[490] Por. A. Sen: „W społecznym kontekście, wymagającym uczciwości wobec innych ludzi, istnieje pewna konieczność wykroczenia poza wymagania racjonalności w kategoriach permisywnej samoanalizy i [w związku z tym konieczność] rozważenia wymagań »rozsądnego zachowania« wobec innych. W tym bardziej wymagającym kontekście, musimy brać poważnie pod uwagę perspektywy i racje innych […]". (A. Sen: *The Idea of…*, s. 197).
[491] Por. *supra* s. 69.

mocno utrudnione[492]. Podejmuje się więc wciąż kolejne próby opisania wpływu niewspółmierności na sposób podejmowania decyzji w sferze publicznej, z których niektóre zostaną poniżej zaprezentowane.

Bruce Chapman zastanawiając się, w jaki sposób podejmujemy decyzje w obliczu wielu, rywalizujących, często niewspółmiernych wartości zauważa, że dla wielu kuszące wydaje się myślenie, iż naszych wyborów dokonujemy tylko ze względu na atrybuty (właściwości), jakie można przypisać dostępnym, a istotnym dla tego wyboru opcjom. Konsekwencją takiego podejścia jest założenie, że mamy najmocniejszą rację, aby wybrać właśnie tę z dostępnych możliwości, która jest najlepsza pod względem miary takich posiadanych a cenionych atrybutów. Ale wówczas – jak zauważa – racjonalny wybór zostaje zredukowany do maksymalizowania (jednej lub kilku) wartości, dostrzeganych w stojących przed nami opcjach. Przy takim nastawieniu, według Chapmana, „najlepszy powód" („najmocniejsza racja") jest identyfikowana z „największą wartością" rzeczy, które mogą być przedmiotem wyboru; ewentualnie, gdy wartości, których nośnikami są nasze opcje okażą się zróżnicowane, możemy dokonywać wyborów zgodnie z przyjętymi leksykalnymi porządkami, sytuującymi te wartości według pewnej stałej hierarchii.

Tymczasem – zdaniem Chapmana – istnieje zupełnie inna możliwa do zastosowania strategia, która pozwala na jednoczesne uwzględnianie w podejmowanych decyzjach różnorodnych wartości i która faktycznie bardzo często jest stosowana w prawie, również w procesie sądowego orzekania. Nazywa tę metodę „pojęciowo sekwencyjnym argumentem" (*conceptually sequenced argument*)[493].

---

[492] Por. w tej kwestii odmienną opinię A. Sena: „[…] istnieją przekonujące reguły porównawczego szacowania radości i trudów ludzkiego życia i, nawet jeżeli pozostają obszary wątpliwości i sporów, nie trudno jest zauważyć dlaczego wystarczająco łatwo pojawiają się porozumienia co do pewnych interpersonalnych porównań, generujące w ten sposób częściowe porządki […]. Te umowy są także odzwierciedlone w języku, którego używamy […]". (A. Sen: *The Idea of…*, s. 277–278).

[493] B. Chapman: *Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, 1998, s. 3 z 36.

Opisując i uzasadniając wskazaną powyżej metodę, Chapman wychodzi od tego, że – jak relacjonuje – ostatnie badania behawioralne prowadzone nad dokonywaniem wyborów wykazują, iż w rzeczywistości jednostki bardzo często dokonują wyborów w zupełnie inny sposób niż to na wstępie opisał. Podaje tu przykład (powoływany zresztą także przez innych autorów) sytuacji, kiedy do dwóch stojących przed wybierającym podmiotem, niezbyt różniących się co do wartości opcji, dodawana jest trzecia. Ta trzecia możliwość jest zdecydowanie gorsza od jednej z dwóch opcji dostępnych dotychczas. Badania wykazują, że w takich okolicznościach zachodzi szczególna prawidłowość: dodanie trzeciej opcji czyni znacznie bardziej prawdopodobnym, że podmiot wybierze tę opcję (z dwóch dotychczasowych), która bardziej zdecydowanie nad trzecią dominuje. Sytuacja taka wydaje się być niezrozumiała, jeśli weźmie się pod uwagę wyłącznie to, że nie zachodzi żadna zmiana we właściwościach pierwotnie dostępnych opcji i że z punktu widzenia tych właściwości nie ma w zasadzie powodu, aby dodanie trzeciej opcji zmieniło cokolwiek w ich atrakcyjności jako przedmiotu wyboru[494]. Według Chapmana jednak, zjawisko takie nie jest przejawem – jak uważają niektórzy – pewnej spotykanej czasami nieracjonalności zwykłego ludzkiego postępowania. Można je raczej interpretować jako dowód, że dla podjęcia decyzji znaczenie ma także kontekst, w którym pojawiają się opcje – że „różne podziały zestawów dostępnych opcji (różne, ponieważ pewne alternatywy są dodawane lub odejmowane do zestawu możliwości, albo jedno i drugie) mogą mieć ten efekt, że stawiają »do rozważenia« całkiem różne kwestie i w takim razie wymagają wyboru całkiem innego rodzaju”[495]. A więc, jeżeli o wyborze decydują racje, to może się okazać, że dla opcji znajdujących się pośród pewnych innych opcji dana racja będzie miała decydujące

[494] Por. pogląd A. Sena (A. Sen: *On Ethics*…, s. 60), który uważa, że to jakie opcje są dostępne ma znaczenie dla dokonywanego wyboru również z tego powodu, że dostępność większej ilości opcji oznacza większą wolność, a ta stanowi dodatkową wartość: „wybór *x*, kiedy *y* jest dostępne, może być postrzegane inaczej niż wybranie *x*, kiedy *y* jest niedostępne”.
[495] B. Chapman: *op.cit.*, s. 6 z 36.

znaczenie, a dla tych samych opcji znajdujących się w jakimś innym zestawieniu nie będzie miała żadnego znaczenia[496]. Takie właśnie interpretowanie natury dokonywanych przez ludzi wyborów lepiej koresponduje – zdaniem Chapmana – z charakterystycznym dla pluralizmu wartości zróżnicowaniem nie tylko ilościowym, ale także jakościowym, i pokazuje ograniczoną przydatność w procesie dokonywania wyborów tzw. leksykalnych porządków. Jak pisze: „Racja R może być bez znaczenia dla pewnych zestawów danych opcji, które rządzą się wyłącznie względami W, a być znacząca do pewnego punktu dla innych zestawów, powiedzmy, zestawów typu X, jednakże powyżej tego punktu w X, może się zdarzyć, że względy W (być może zawsze obecne w X) przebiją rację R"[497]. Wynika z tego, według Chapmana, że uszeregowania opcji dokonujemy raczej ze względu na łączące je relacje niż ze względu na właściwości, jakie przypisujemy tym opcjom rozważanym indywidualnie[498].

Co więcej, Chapman zwraca uwagę, że dla tego, jaki będzie ostatecznie rezultat wyboru, znaczenie ma nie tylko zestaw, w jakim pojawiają się dostępne opcje, ale także to, w jakiej kolejności określone zestawy opcji objawiają się wybierającemu[499]. Można więc zidentyfikować dwie prawidłowości

---

[496] Chapman przedstawia prosty przykład: Na przyjęciu na deser podano małe jabłko i pomarańczę. Z tych dwóch wybieram pomarańczę. Ale mogą też podać duże jabłko i pomarańczę – z nich dwóch wybiorę duże jabłko. Wynikałoby z tego, że porządek moich preferencji jest następujący: duże jabłko przed pomarańczą, pomarańcza przed małym jabłkiem. Ale jeśli podadzą mi i duże, i małe jabłko, ze względów grzeczności (etykiety) nie wezmę dużego, tylko małe. Jeśli podadzą mi wszystkie trzy owoce rzecz może się rozegrać w różny sposób w zależności od tego, czy przeważą względy smaku czy etykiety. (Por. B. Chapman: *op.cit.*, s. 6–7 z 36). Podobne przykłady podaje także A. Sen, patrz A. Sen: *Maximization…*, s. 751–752, 762–763.

[497] B. Chapman: *op.cit.*, s. 8 z 36.

[498] Por. rezultaty badań Sunsteina, Kahnemana, Ritov i Schkade, zaprezentowane *infra* na s. 254 i n.

[499] Powracając do przykładu: Jeśli zaproponują mi najpierw duże i małe jabłko, a później jeszcze pomarańczę – ostatecznie zjem pomarańczę. Jeśli zaś dadzą mi do wyboru najpierw duże jabłko i pomarańczę, a dopiero później małe jabłko – zjem w końcu małe jabłko. W tej kwestii (kwestii zależności wyboru od kolejności postępowania) Chapman powołuje się na K. Arrowa, który według niego pierwszy poczynił tę obserwację – por. K. Arrow: *op.cit.*, s. 120.

rządzące procesami ludzkich wyborów: po pierwsze, zależność rezultatu wyboru od zestawienia opcji, spośród których dokonuje się wyboru (to zestawienie decyduje bowiem o racjach, jakie dochodzą do głosu), a po drugie, zależność rezultatu od kolejności, w jakich zestawy opcji przedstawiają się wybierającemu[500]. Występowania tych dwóch prawidłowości nie można w takim razie – zdaniem Chapmana – ignorować, rozważając wybory dokonywane w sytuacji pluralizmu i niewspółmierności wartości. Takie wybory bowiem także są uporządkowane pojęciowo i sekwencyjne, tj. także dokonują się w obrębie określonych zestawów opcji i w określonej sekwencji ich rozpatrywania.

Skoro tak, to oznacza, że rozsądny wybór uwzględniający różnorodność wartości powinien odbywać się: po pierwsze, w obrębie takich zestawów opcji, które odzwierciedlać będą zróżnicowanie wartości, jakie mogą wchodzić w grę, a po drugie, zestawy te muszą być brane pod uwagę w określonej, a nie dowolnej kolejności. Dla zilustrowania swego stanowiska Chapman podaje następujący przykład. Pewna komisja wyższej uczelni decyduje o przyznaniu stypendiów studentom, stosując trzy kryteria: sytuację materialną studenta (jego potrzeby finansowe), wyniki w nauce oraz zaangażowanie studenta na rzecz lokalnej społeczności. Problem jest skomplikowany, ponieważ nie ma takich studentów starających się o stypendium, którzy wedle wszystkich trzech kryteriów byliby lepsi od innych. Teoretycznie, przy podejmowaniu decyzji przez komisję możliwe byłoby zastosowanie kilku różnych strategii. Po pierwsze, komisja, ignorując problem niewspółmierności kryteriów, mogłaby zastosować jakiś rodzaj przelicznika pomiędzy nimi. Po drugie, akceptując to, że kryteria są niewspółmierne, komisja mogłaby stwierdzić, że jedne z przyjętych kryteriów mają zdecydowaną przewagę nad innymi (można byłoby rozstrzygnąć

[500] A. Sen także pisze o różnych typach wpływu na akt wyboru, w tym o zależności wyboru od tego, kto wybiera oraz o zależności od zestawu opcji i o zależności aktu wyboru od rodzaju odpowiedzialności jaki za ten wybór się ponosi. Por. A. Sen: *Maximization*…, s. 750–775, zob. też idem: *Internal Consistency of Choice*. „Econometrica" vol. 63, 1993, s. 501–502.

o ich hierarchii za pomocą głosowania). Wówczas uszeregowano by starających się o stypendia wedle pierwszego w hierarchii kryterium, rozstrzygając ewentualne występujące remisy kolejno za pomocą drugiego i trzeciego kryterium. Dwie powyższe strategie budzą jednak wiele oczywistych w świetle prowadzonych tu rozważań kontrowersji. Trzeci – preferowany przez Chapmana – sposób podjęcia decyzji mógłby być następujący: najpierw uszeregowano by aplikujących wedle potrzeb finansowych i z nich wybrano by dziesięciu pierwszych na liście; następnie tych dziesięciu uszeregowano by wedle wyników w nauce i wskazano by najlepszych pięciu; w końcu uszeregowano by tych pięciu według stopnia zaangażowania na rzecz lokalnej społeczności i ostatecznie przyznano by stypendia trzem najlepszym spośród nich. Ta trzecia metoda rozstrzygnięcia – zdaniem Chapmana – najlepiej uwzględnia różnorodność i niewspółmierność stosowanych kryteriów. Z jednej strony nie wprowadza sztucznej porównywalności – np. kandydat z bardzo wysokimi wynikami w nauce ale bez żadnych potrzeb finansowych nie otrzymałby stypendium (nie byłoby więc możliwe „wymienianie" niejako wyników w nauce na potrzeby finansowe). Z drugiej strony, żadne kryterium nie byłoby ostatecznie i wyłącznie decydujące[501] – np. kandydat o największych potrzebach finansowych nie otrzymałby stypendium, jeśli na drugim lub trzecim etapie kwalifikacji znaleźliby się lepsi od niego z punktu widzenia wyników w nauce czy zaangażowania na rzecz społeczności[502].

---

[501] Podobne argumenty przedstawia A. Sen, gdy krytykuje koncepcję sprawiedliwości J. Rawlsa za przyznanie wolności całkowitego priorytetu: „[…] całkowite pierwszeństwo wolności jest zbyt krańcowe […] wolność musi mieć pewien rodzaj pierwszeństwa, ale całkowity nieograniczony priorytet jest prawie na pewno przesadą. Jest, na przykład, wiele różnych rodzajów schematów ważenia, które mogą dać częściowe pierwszeństwo jednych kwestii nad innymi". (A. Sen: *The Idea of…*, s. 65 oraz 300).

[502] B. Chapman: *op.cit.*, s. 1–4 z 36. Argumenty te przypominają wyjaśnienia Finnisa dotyczące rodzaju racjonalności, jaki przyświeca konstruowaniu pewnych instrumentów, służących dokonywaniu międzykategorialnych porównań, instrumentów takich jak na przykład zasady ustalania pierwszeństwa zawodników w *decathlonie*. Finnis pisze, że jest to racjonalność odwołująca się do uczciwości porównań dokonywanych pomiędzy różnymi składowymi tej konkurencji. Chodzi bowiem o to, żeby ze względu na cel konkurencji, jakim jest wyłonienie najlepszego

Chapman zauważa wprawdzie, że każda ustalona sekwencja (kolejność) rozpatrywania pewnych zestawów opcji, jest także przedmiotem jakiegoś wyboru, który może być uznany za arbitralny. Jego zdaniem jednak, wybór sekwencji także może być uzasadniony i racjonalny, gdyż pewne sekwencje „zapewniają bardziej koherentny, skoordynowany użytek z wchodzących w grę zróżnicowanych wartości, niż inne”[503], „pewne sekwencje kryteriów mogą mieć po prostu »więcej sensu« niż inne; nie wszystkie sekwencje wyborów, w takim razie, są równie łatwe do wspierania politycznego, przynajmniej jeśli wspierający muszą publicznie zaprezentować racje dla preferowanej przez nich sekwencji wyboru”[504].

Te obserwacje dotyczące mechanizmów zachodzących podczas podejmowania przez ludzi rzeczywistych decyzji i dokonywania rzeczywistych wyborów, a także wynikające z nich wskazówki dotyczące właściwego podejmowania decyzji w sytuacji wielości i różnorodności wartości, mają – według Chapmana – odzwierciedlenie i potwierdzenie także na gruncie prawa. Wyjaśniając swoje stanowisko, przywołuje on znaną, pochodzącą od Harta, koncepcję „podważalności” (*defeasibility*) pojęć prawnych i wskazuje, że przejawia się ona właśnie w stosowaniu w odniesieniu do decyzji uwikłanych w te pojęcia takiej, jak opisano powyżej, procedury, pojęciowo uporządkowanej i sekwencyjnej. Zastanówmy się więc, na czym polega owa podważalność i w jaki sposób – zdaniem Chapmana – przekłada się ona na mechanizm podejmowania decyzji prawnych?

Herbert Hart wyjaśnia podważalność (*defeasibility*) pojęć prawnych w następujący sposób: „[…] zwykle na pytanie o definicję prawnego pojęcia – »Co to jest naruszenie własności?« »Co to jest umowa?« – nie można odpowiedzieć poprzez

całościowo lekkoatlety, nie dać żadnej składowej pierwszeństwa przed innymi składowymi – takiego pierwszeństwa, które nie odpowiadałoby roli tej składowej w całościowej lekkoatletycznej doskonałości – i zarazem wykluczyć te kryteria, które są nieistotne z punktu widzenia lekkoatletycznej sprawności (na przykład: pamięć). Por. J. Finnis: *Concluding Reflections*…, s. 241.

[503] B. Chapman: *op.cit.*, s. 11 z 36.

[504] *Ibidem*, s. 5 z 36.

ustanowienie słownej reguły tłumaczenia wyrażenia prawnego na inne terminy lub wyliczającej zestaw koniecznych i wystarczających warunków. *Coś* może być [w tej sprawie] zrobione poprzez dostarczenie zarysu, w formie ogólnego twierdzenia o rezultacie przeszłych spraw i to jest właśnie ten sposób, w który studenci zaczynają uczyć się prawa. Ale poza tym celem odpowiedzi na pytania: »Co to jest naruszenie własności?«, »Co to jest umowa?« – jeśli mają nie być mylące, muszą przybrać formy odwoływania się do precedensów dotyczących danej kwestii, połączonych z użyciem słowa »et cetera«. Ale jest jeszcze jedna cecha pojęć prawnych [...], która czyni zwrot »chyba że« tak samo niezbędnym jak słowo »et cetera« w każdym ich wyjaśnieniu lub definiowaniu, a jego konieczność może być widoczna przy badaniu różnych sposobów, jakimi wypowiedzi prawne mogą być kwestionowane [...]. Każdy zbiór warunków [określających pojęcie prawne] może być odpowiedni w pewnych przypadkach, ale nie w innych i takie pojęcia mogą być wyjaśnione tylko z pomocą listy wyjątków lub negatywnych przykładów pokazujących, kiedy pojęcie nie może być stosowane lub może być stosowane tylko w osłabionej formie"[505]. Klasycznym przykładem Harta jest tu pojęcie „umowy", które wprawdzie można by próbować definiować w jakiś sposób[506], ale którego żadna definicja nie będzie tak naprawdę adekwatna, gdyż wymagałaby uzupełnienia co najmniej opisem szeregu różnych sytuacji, w których umowa – pomimo iż spełnia definicyjną charakterystykę – w ogóle nie jest ważna albo może być unieważniona.

Chapman zaś powtarza nieco innymi słowami definicję Harta, że „pojęcie jest podważalne, jeśli (1) jest przedmiotem wygaśnięcia lub odparcia w obliczu pewnych ewentualności, a (2) pozostaje nietknięte, jeżeli takie ewentualności się nie objawią"[507]. Podkreśla też, że błędem byłoby umieszczenie takich

[505] H. Hart: *The Ascription of Responsibility and Rights*. „Proceedings of the Aristotelian Society", vol. 49, 1949, s. 173–174.
[506] Np. „Umową nazywamy zgodne oświadczenie woli dwóch stron, zmierzające do ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego". (W. Siuda: *Elementy prawa dla ekonomistów*. Poznań, 1999, s. 214).
[507] B. Chapman: *op.cit.*, s. 13 z 36.

okoliczności, których pojawienie się wyklucza zastosowanie danego pojęcia (albo w jakiś sposób je osłabia) jako przesłanki negatywnej w definicji danego pojęcia, gdyż zabieg taki prowadziłby do przeoczenia istotnej kwestii – że dopóki okoliczności tego rodzaju się nie ujawnią, pojęcie ma w pełni zastosowanie do zastanych faktów[508].

Jeśli więc zgodzić się z Hartem, że wiele pojęć prawnych jest podważalnych w takim właśnie sensie, jak to powyżej opisano, to konsekwencją takiego stanowiska musi być nie tylko przyjęcie, że normy prawne nie mają charakteru absolutnego, a ich działanie może być na różne sposoby ograniczane, ale także, że przy podejmowaniu decyzji prawnych normy te są rozważane w określonej kolejności. Świadczy to – zdaniem Chapmana – o tym, że rozumowania, z którymi mamy do czynienia w prawie, mają strukturę sekwencyjną[509]. Są to więc tego rodzaju rozumowania, które najlepiej nadają się do podejmowania decyzji w sytuacji pluralizmu wartości.

Nie powielając przykładów Chapmana, ale chcąc zilustrować trafność jego propozycji, można odwołać się do przykładu regulacji pochodzącej z prawa polskiego, a wymuszającej niejako stosowanie opisanego powyżej sposobu rozumowania – pojęciowo uporządkowanego i sekwencyjnego. Przykładu tym ciekawszego, że wprost właściwie służącego godzeniu różnych – w opinii wielu – niewspółmiernych wartości.

---

[508] *Ibidem*.

[509] Oczywiście koncepcja Chapmana nie jest jedyną tego rodzaju. On sam zresztą analizuje inną, autorstwa G. Fletchera, który wyróżnia dwa typy prawniczego myślenia: typ „płaski", częstszy jego zdaniem na gruncie systemu *common law* i typ „ustrukturyzowany", bardziej charakterystyczny dla systemów prawa stanowionego. Rozumowanie typu „płaskiego" jest jednoetapowe, prawdopodobnie oparte w dużym stopniu na intuicji, często odwołujące się do zasad rozsądku, które wchłaniają niejako i uwspółmierniają różne kryteria istotne dla rozstrzygnięcia danej kwestii. Rozumowanie ustrukturyzowane odbywa się w dwóch etapach: na pierwszym następuje odwołanie do pewnej normy, *prima facie* absolutnej, na drugim dokonuje się ograniczenia jej zakresu ze względu na pewne racje. (Por. B. Chapman: *op.cit.*, s. 15–16 z 36 oraz G. P. Fletcher: *The Right and Reasonable*. „Harvard Law Review", vol. 98, 1985).

Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi, że: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw". Przepis ten wskazuje kilka kryteriów, którym musi odpowiadać ukształtowanie przez normy prawne o randze niższej niż normy konstytucyjne sytuacji prawnej obywateli. Pomijając – jako nie mający znaczenia dla rozpatrywanego tu problemu – formalny wymóg wyłącznej właściwości ustawy dla ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, trzeba stwierdzić, że wartości, których realizacja zgodnie z wyżej wymienionym przepisem powinna być zapewniona (a więc kryteria wpływające na zgodne z tym przepisem ukształtowanie sytuacji prawnej obywateli) są następujące: (1) konstytucyjne wolności i prawa, (2) bezpieczeństwo publiczne państwa, (3) porządek publiczny państwa, (4) ochrona środowiska, (5) ochrona zdrowia, (6) ochrona moralności publicznej, (7) ochrona wolności i praw innych osób. Można chyba bez obawy o sprzeciw stwierdzić, że wartości (kryteria) te nie są równorzędne. Kryterium (1) jest silniejsze od pozostałych w tym sensie, że z jednej strony teoretycznie możliwe jest, aby sytuacja prawna obywateli była ukształtowana tylko wedle niego, przy pominięciu pozostałych (tj. teoretycznie – z formalnego punktu widzenia – możliwe jest, aby obywatele korzystali z konstytucyjnych wolności i praw bez żadnych ograniczeń), a z drugiej strony nie jest dopuszczalne, żeby sytuacja ta była kształtowana wyłącznie przez kryteria (2)–(7) z pominięciem kryterium (1) (bo ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw z powodów (2)–(7) nie mogą naruszać istoty wolności i praw). Ponadto, ukształtowanie sytuacji prawnej obywateli w zgodzie z kryterium (1) nie wymaga uzasadnienia, podczas gdy ukształtowanie jej przy zastosowaniu kryteriów (2)–(7) wymaga specjalnego uzasadnienia (możliwe jest tylko wtedy, kiedy jest to konieczne w demokratycznym państwie). Nie można

jednak zarazem stwierdzić, że kryterium (1) jest leksykalnie, tj. absolutnie, nadrzędne wobec kryteriów (2)–(7), ponieważ dopuszczalne, zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, są takie sytuacje, w których sytuacja prawna obywateli zależeć będzie od kryteriów (2)–(7), choćby pozostawało to w pewnej kolizji z kryterium (1). Jak z tego wynika, art. 31 ust. 3 Konstytucji narzuca pewne określone i uporządkowane kryteria, a jednocześnie wyraźnie wskazuje określoną sekwencję stosowania tych kryteriów. Aby więc zgodnie z tą regulacją poprawnie ukształtować sytuację prawną obywatela, należy:

a. w pierwszej kolejności uwzględniać kryterium (1) – należy to czynić aż do momentu, w którym zastosowanie kryteriów (2)–(7) staje się konieczne w demokratycznym państwie,
b. następnie stosować kryteria (2)–(7) aż do momentu, w którym ich stosowanie nie spowoduje naruszenia istoty kryterium (1),
c. począwszy od punktu, w którym zastosowanie kryteriów (2)–(7) powoduje naruszenie istoty kryterium (1) i powyżej tego punktu, wyłączne zastosowanie ma kryterium (1).

Zwrócenie uwagi na możliwość sekwencyjności argumentu wyjaśnia także niektóre ze znanych, a nie zawsze dostatecznie zrozumianych stanowisk zajmowanych w filozofii prawa. Przyjrzyjmy się na przykład stanowisku Gustava Radbrucha w dwóch szeroko dyskutowanych kwestiach (sprawiedliwość i relatywizm) skondensowanemu odpowiednio w dwóch następujących cytatach:

1. „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa

jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić sprawiedliwości"[510].

2. „Demokracja może czynić wszystko – nie może jednak ostatecznie zrezygnować z samej siebie. Relatywizm może znieść każdy pogląd – z wyjątkiem poglądu, który jest absolutny [...]. *Relatywizm jest powszechną tolerancją – z wyjątkiem tolerancji dla braku tolerancji*"[511].

W jednym i drugim przypadku rozwiązanie konfliktu pomiędzy (w opinii wielu – niewspółmiernymi) wartościami – sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym oraz tolerancją i ochroną demokracji (wymagającej braku tolerancji dla pewnych działań czy postaw) – nie następuje ani poprzez szukanie dla nich jakiegoś wspólnego mianownika, ani poprzez przyznanie bezwzględnego pierwszeństwa jednej z nich. Ustalona tu zostaje raczej pewna uporządkowana i sekwencyjna procedura rozstrzygania konfliktu. W słynnej formule Radbrucha bezpieczeństwo prawne jest tym kryterium, które wpływa samodzielnie na obowiązywanie prawa w pierwszej kolejności, ale dzieje się tak tylko do pewnego momentu. W następnej kolejności, gdy (i tylko pod tym warunkiem) stopień niesprawiedliwości stanie się szczególnie wielki, pierwszeństwo przed bezpieczeństwem prawnym zyskuje sprawiedliwość. W określeniu relatywizmu również mamy do czynienia z podobną sytuacją. Tolerancja i bezpieczeństwo demokracji ani nie są równorzędne, ani nie są wymienne, ani jedno z nich nie ma bezwzględnego pierwszeństwa przed drugimi. Dopóki tolerancja nie zagraża bezpieczeństwu samej siebie (bezpieczeństwu demokracji) jest jedynym i pierwszoplanowym kryterium wyznaczającym powinności państwa w tych kwestiach, w których wchodzi w grę. Jeśli – i o ile – punkt ten zostaje przekroczony, tolerancja ustępuje, a względy bezpieczeństwa biorą górę.

---

[510] G. Radbruch: *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*. [w:] M. Szyszkowska: *Zarys filozofii prawa*. Białystok, 1994, s. 237.

[511] G. Radbruch: *Gesamtausgabe*. Bd. 3., *Rechtsphilosophie*. Heidelberg, 1987, s. 21. Cytat za: J. Zajadło: *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk, 2001, s. 156 (kursywa w oryginale).

Na koniec zaś omówienia Chapmanowskiej procedury pojęciowo uporządkowanej i sekwencyjnej można zauważyć tę jej zaletę, że uwzględnia ona podważalność (*defeasibility*) nie tylko w jednym, ale we wszystkich jej aspektach. Jak bowiem zauważyli Henry Prakken i Giovanni Sartor, zwłaszcza na gruncie rozumowań prawniczych niezbędne jest wzięcie pod uwagę, że podważalność przybiera trzy istotne formy, z których dwie ostatnie bywają często lekceważone: podważalność inferencji (sprowadzająca się do tego, że określona konkluzja, choć poprawnie wywiedziona z pewnych przesłanek-informacji, może nie dać się wyprowadzić, jeśli katalog przesłanek-informacji zostanie poszerzony), podważalność procesualną (a więc zależność konkluzji od aspektu dynamicznego – od tego jak obowiązująca procedura reguluje takie kwestie jak ciężar dowodu, dopuszczalność lub niedopuszczalność roszczeń, argumentów czy dowodów itd.), podważalność teorii (polegająca na tym, że kiedy staje się dostępna lepsza teoria przyjęta dla danego przypadku, gorsza musi zostać porzucona)[512]. Chapmanowi tego często przypisywalnego innym zaniedbania nie można zarzucić; podważalność procesualna znajduje swoje odzwierciedlenie w sekwencyjności jego procedury, zaś podważalność teorii w elemencie podjęcia decyzji o określonym sposobie uporządkowania przyjętej sekwencji.

Na temat sposobu podejmowania decyzji w sferze publicznej zdeterminowanego występującym w sferze wartości zjawiskiem niewspółmierności wypowiadali się także Richard Pildes i Elisabeth Anderson. Autorzy ci uważają, że wiele decyzji podejmowanych w sferze publicznej, decyzji podejmowanych w sytuacji niewspółmierności politycznej[513] (choć także i decyzji indywidualnych, a więc w sytuacji niewspółmierności podmiotowej) nie jest podejmowanych wcale przez porównanie dostępnych opcji i odrzucenie tych, które mają mniejszą wartość oraz realizowanie tych, które mają wartość największą. Przede

[512] H. Prakken, G. Sartor: *op.cit., passim.*
[513] O niewspółmierności politycznej patrz *supra* s. 69.

wszystkim są oni zdania, że dokonywane w sytuacji niewspółmierności wybory wcale nie muszą polegać na rozwiązaniu czy rozstrzygnięciu powstającego pomiędzy różnymi niewspółmiernymi wartościami konfliktu, co więcej – nie muszą w ogóle do takiego rozstrzygnięcia czy rozwiązania dążyć. Czasami może się okazać, że w sytuacji konfliktu z różnych powodów lepiej jest rozwiązania takiego konfliktu unikać. W życiu politycznym w niektórych przypadkach przyjęcie sposobu postępowania, który nie kończy konfliktu, może nawet służyć bardzo ważnym demokratycznym celom[514].

Jak wyliczają, są co najmniej trzy sposoby, jakimi demokratyczne instytucje posługują się, aby podjąć decyzję, nie zduszając jednocześnie konfliktu występującego pomiędzy różnymi niewspółmiernymi wartościami. Są to: neutralność, unikanie i cykliczność. Opisują je w następujący sposób[515].

Neutralność, jako sposób odniesienia się do niewspółmiernych wartości w podejmowanych w sferze publicznej decyzjach, nie jest – jak podkreślają wyżej wymienieni autorzy – związana z neutralnością liberalną. Ich zdaniem w każdym demokratycznym porządku politycznym, czy to liberalnym, czy komunitarystycznym albo republikańskim, występują czasami przyczyny, dla których pozostaje on neutralny wobec niektórych konfliktów wartości[516]. Neutralność jest właściwym sposobem postępowania szczególnie wtedy, kiedy rozstrzygnięcie konfliktu, choćby dało się osiągnąć, na przykład poprzez głosowanie większościowe, mogłoby być uznane przez niezgadzającą się z decyzją większości mniejszość za akt tyranii, akt podporządkowania sobie pewnej grupy obywateli innej grupie[517]. Dotyczy to zwłaszcza takich konfliktów, w których stawką są pewne wartości szczególnie głęboko cenione przez pewne grupy

---

[514] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2166.
[515] *Ibidem*, s. 2166–2175.
[516] *Ibidem*, s. 2167.
[517] Por. opinię A. Sena: „Jeśli większość jest gotowa wspierać prawa mniejszości, a nawet odszczepieńczych czy nie zgadzających się jednostek, wtedy wolność może być gwarantowana bez konieczności ograniczania zasady większościowej". (A. Sen: *The Idea of…*, s. 337).

społeczne, takie wartości, które mają wręcz konstytutywne znaczenie dla tożsamości jednostek czy też grup. Oczywiście działanie oparte na zasadzie neutralności nie zawsze jest możliwe, w szczególności dlatego, że nie zawsze udaje się uniknąć nadawania określonego znaczenia podjętym przez władze decyzjom.

Unikanie, z kolei, to strategia stosowana w tych sytuacjach, kiedy istnieją pewne racje, aby albo odłożyć rozstrzygnięcie jakichś konfliktów wartości w czasie, albo przesunąć rozstrzygnięcie tych konfliktów na inny poziom instytucjonalny[518].

Cykliczność jako strategia podejmowania decyzji polega na tym, że różne wartości i opcje są kolejno uwzględniane, albo różne opcje (metody) są mieszane i w ten sposób zawiesza się niejako wydanie sądu co do relatywnej pozycji tych wartości czy opcji, uznając wartość każdej z nich z osobna. Pozwala to na przykład w sytuacji, kiedy wszystkie stanowiska nie mogą zostać uwzględnione, na uniknięcie zanegowania pewnych wartości, uznanych za fundamentalne. Jak piszą Anderson i Pildes, „demokracje mogą chcieć wyrazić stanowisko, że żadna z wchodzących w grę wartości nie powinna być podporządkowana żadnym innym"[519]. Przyjęciem tej strategii można tłumaczyć na przykład zjawisko unikania budowania przez niektóre sądy jednolitej linii orzeczniczej w pewnych sprawach. Jest to, według ww. autorów, w obliczu wielu różnych często niewspółmiernych wartości, strategia lepsza niż konsekwentne maksymalizowanie jakiejś pojedynczej wartości, albo podporządkowywanie jednych wartości drugim w imię rygorystycznie i formalnie pojętych pewnych wartości stosowania prawa. Uważają oni, że „niespójna doktryna może w pewnych obszarach służyć wartościowym celom, że niespójna doktryna może być przedmiotem krytycznej oceny co do tego, jak wypełnia te cele

[518] Tego rodzaju strategię stosują czasami sądy w ten sposób, że uznają się za niewłaściwe do rozpoznania danej sprawy albo kierując pytania prawne do innych wskazanych przez prawo organów.
[519] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2171.

i że sądy kontrolują stopień, w jakim ich orzeczenia są niespójne”[520]. Odnoszący się do innych już kwestii, ciekawy przykład stosowania strategii cykliczności podają w oparciu o słynną książkę Guido Calabresiego i Phillipa Bobbitta zatytułowaną *Tragic Choices*[521], w której zanalizowano narodowe polityki różnych państw dotyczące dializowania pacjentów z niewydolnością nerek, prowadzone w sytuacji, kiedy pełna dostępność tej metody leczenia nie była możliwa. W grę wchodziły wówczas – wedle interpretacji Anderson i Pildesa – następujące wartości i odpowiadające im metody radzenia sobie z problemem: równość (zapewnić dializę tym pacjentom, którzy potrzebują jej najbardziej pilnie), efektywność (maksymalizowanie ilości ocalonych poprzez udostępnienie dializ tym, którzy mogą odnieść z nich największe korzyści), wartości komparatywne (rezygnacja z realizacji innych programów, ocenianych jako mniej istotne, aby w to miejsce produkować urządzenia dializujące), wartości proceduralne (powierzanie regulowania kolejności dostępu do dializ komisjom rozstrzygającym, organizowanie loterii, przyjmowanie zasady „według pierwszeństwa zgłoszeń”) itd. Według Calabresiego i Bobbitta państwa nie stosowały konsekwentnie jakiegoś jednego stałego systemu regulowania dostępu do dializ, ale korzystały z rożnych metod, po to, aby „[…] zapobiec tragicznym rezultatom […], jakie wynikają z odrzucenia wartości, które są proklamowane jako fundamentalne. […] [S]połeczeństwa używają specjalnego typu mieszaniny [metod] w danym czasie, a dokładnie, mieszaniny lub sekwencji mieszanin. Taka strategia sukcesywnych zmian składa się na złożoną grę, która lepiej niż jakakolwiek inna metoda czy zestaw metod odzwierciedla respekt wobec tragicznego wyboru”[522].

Oczywiście tego rodzaju sposoby radzenia sobie z niewspółmiernością wartości, jak wymienione powyżej, a w szczególności – cykliczność, wiążą się – co przyznają Anderson i Pildes – z koniecznością poniesienia pewnych kosztów rzeczowych i spo-

[520] *Ibidem*, s. 2174.
[521] G. Calabresi, Ph. Bobbitt: *Tragic Choices*. New York, 1978.
[522] *Ibidem*, s. 195.

łecznych. Jest to argument, który często bywa podnoszony przez tych, którzy spójność w podejmowaniu decyzji uważają z jednej strony za odrębną wartość, a z drugiej za wymaganie racjonalności. Zmiany w realizowanej polityce mogą bowiem prowadzić na przykład do utraty przez ludzi poczucia pewności i bezpieczeństwa (w tym prawnego) albo mogą powodować określone wydatki, albo mogą być niesprawiedliwe, bo w różnym czasie podmioty w tej samej sytuacji są traktowane rożnie itd. Koszty te jednak – zdaniem Anderson i Pildesa – nie są aż tak wielkie, aby uzasadniały wtłaczanie na siłę zbiorowego wyboru w jeden schemat, nie tylko nieuwzględniający, ale wręcz tłumiący niewspółmierność wartości, co też przecież samo w sobie obciążone jest wieloma niepożądanymi konsekwencjami. Koszty te nie mogą być, ich zdaniem, argumentem przeważającym, zwłaszcza, że stosowanie strategii, o których mowa powyżej, a które związane są z ryzykiem niespójności podejmowanych decyzji, nie zdarza się wcale tak często, jak można by podejrzewać[523].

Autorzy ci zwracają uwagę na jeszcze jedną istotną kwestię związaną z podejmowaniem decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości. Ponieważ podmiotowa niewspółmierność wartości po części jest efektem uwikłania podmiotów w wypełnianie wielu różnych ról społecznych jednocześnie, podmioty te muszą w jakiś sposób rozwiązywać konflikty wartości, w obliczu których stają. Nie da się bowiem, zakładając nawet, że dla poszczególnych ról można skonstruować jakiś spójny ranking preferencji, ująć wszystkich tych rankingów w jeden superranking. Pierwszorzędną rolę odgrywają w takiej sytuacji społeczne normy rządzące wykonywaniem poszczególnych ról oraz regulujące ich zróżnicowanie w pluralistycznym

[523] R. H. Pildes, E. Anderson: *op.cit.*, s. 2183–2186. Stosowanie tych strategii, np. cykliczności, zdarza się, jak zauważają ww. autorzy, rzadziej niż można byłoby podejrzewać, z różnych powodów. Na przykład z powodu bezwładności instytucji podejmujących decyzje, które nie mogą nadążyć z adaptowaniem prowadzonej polityki albo z tego powodu, że zwykle większość, która zwyciężyła przy wyborze pierwszej realizowanej opcji jest lepiej zorganizowana i skuteczniejsza niż przegrywająca mniejszość, albo dlatego, że podmioty, które początkowo preferowały inne niż wybrane rozwiązanie ostatecznie przekonują się do niego i akceptują je.

społeczeństwie. Anderson i Pildes stwierdzają, że „bez początkowego podziału społecznego kontekstu przez normy społeczne, bylibyśmy kompletnie zagubieni co do tego, jak zintegrować różne cele w jednym życiu”[524]. Przy czym nie można postrzegać tych norm tylko jako pewnego rodzaju ograniczenia, zwłaszcza dla racjonalnego wyboru. Stosowanie się do takich norm jest właśnie – według Anderson i Pildesa – sposobem praktykowania racjonalności. Zwracają oni tym samym uwagę na społeczny także, a nie wyłącznie indywidualny wymiar racjonalności, która – ich zdaniem – nie jest nigdy właściwością izolowanych, samowystarczalnych jednostek, ale jest osiągnięciem będącym efektem uczestniczenia w różnych społecznych praktykach. To społeczne otoczenie okazuje się niezbędne zresztą nie tylko przy podejmowaniu indywidualnych decyzji, ale także przy podejmowaniu decyzji zbiorowych w sytuacji politycznej niewspółmierności wartości. Tylko uczestnictwo w pewnych społecznych instytucjach może sprawić – choć stanowią one jednocześnie na pewno jakieś ograniczenie (co do miejsca, czasu i sposobu wyrażania swojej opinii) – że indywidualny porządek wartości zostanie uwzględniony przy podejmowaniu zbiorowej decyzji w tym sensie, że zostanie włączony w proces decyzyjny jako jedna z racji branych pod uwagę. Przy czym nie chodzi tu o podjęcie przez jednostkę jakiejś gry, regulowanej społecznymi normami, której efektem będzie wygrana albo przegrana. „Tak jak różne społeczne konteksty tworzą społeczną przestrzeń dla pogodzenia różnych indywidualnych wartości, demokratyczne instytucje są pomyślane tak, by tworzyć warunki dla efektywnego wyrażania różnych politycznych wartości”[525]. Ta właśnie funkcja jest też wypełniana przez rozmaite złożone demokratyczne instytucje prawodawcze. Można więc – za Anderson i Pildesem – powiedzieć, że instytucje takie służą racjonalności, a konkretnie – racjonalnemu wyrażaniu rożnych, niewspółmiernych politycznych wartości. Nawet jeżeli jakiś mniejszościowy pogląd nie znajdzie swego odzwierciedlenia w wyborze konkretnej opcji nie

[524] *Ibidem*, s. 2177.
[525] *Ibidem*, s. 2180.

oznacza to jeszcze, że pogląd ten został zlekceważony oraz że poniósł ostateczną porażkę. Zabranie, w tej czy w innej formie, głosu pozwala nie tylko na ewentualną zmianę decyzji w przyszłości, ale pozwala także na kształtowanie znaczenia przypisywanego podjętej decyzji, a nawet reinterpretowanie znaczeń tych decyzji, których znaczenie zostało już uprzednio ustalone. Podobny mechanizm działa także na obszarze stosowania prawa. Jako przykład takiego działania demokratycznych instytucji autorzy podają instytucję zdania odrębnego w amerykańskim sądownictwie. Zdanie odrębne, ponieważ artykułuje argumenty i racje stojące za sprzeciwem wobec podjętych decyzji, może wywierać wpływ na przyszłe publiczne rozumienie tych decyzji, w tym także na ich reinterpretację[526].

3.6. Podsumowanie

Powyższy przegląd możliwych poglądów dotyczących mechanizmów podejmowania decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości może – jak się wydaje – przekonać zaniepokojonych, że niewspółmierność wartości nie jest zagrożeniem dla ludzkiej racjonalności. Jednocześnie jednak wielość stanowisk dotyczących sposobu rozumienia racjonalności stosowanej przy podejmowaniu decyzji w sytuacji niewspółmierności wartości, z których żadne ani nie zdobyło sobie powszechnej akceptacji, ani nie zostało całkowicie obalone, wskazuje, że – przynajmniej do dzisiaj – nie powiodła się próba wskazania jednego takiego sposobu jako właściwego, a wiele też wskazuje na to, że próba taka – choćby była podejmowana – nigdy się nie powiedzie. Nie można więc stwierdzić, że – z jednej strony istnieje jakaś jednolita racjonalność decyzji podejmowanych, gdy wchodzące w grę wartości są współmierne, a obok niej – jakaś inna jednolicie rozumiana racjonalność, przewiedziana dla przypadków niewspółmierności. Myślę jednak, że konkluzja taka nie powinna być zaskoczeniem, gdyż u podstaw założenia niewspółmierności wartości leży – jak to już wcześniej wielokrotnie wskazywano –

[526] *Ibidem,,* s. 2203.

przekonanie, że nie ma jednego słusznego paradygmatu racjonalności, który miałby zastosowanie w każdym przypadku. Już sama wielość możliwych interpretacji zjawiska niewspółmierności, z których pewną część zaprezentowano w rozdziałach poprzedzających, wskazywałaby, że okoliczności każdej decyzji mogą wymagać innego rozumienia racjonalności i innej strategii podejmowania decyzji. Sytuacja taka dla niektórych jest niczym niezwykłym, bo jest wiązana wprost z pewną – najczęściej dość optymistyczną – koncepcją człowieka. Może być jednak dla innych niepokojąca. Zwłaszcza prawnicy, z natury konserwatywni, a ponadto dążący do uporządkowania sfery podejmowania decyzji i wciąż wytrwale poszukujący legitymizacji swojej działalności zawodowej, mogą czuć się zagrożeni. Ale tak jak współcześnie stało się niepodważalnym i chyba zaakceptowanym (choć być może przez niektórych z rezygnacją) faktem, iż myślenie o prawie nie jest już tylko w prosty sposób spolaryzowane pomiędzy pozytywizmem prawniczym a prawem natury; tak jak pozytywizm prawniczy przestał współcześnie wyznaczać dominujący sposób myślenia o prawie; tak samo prawnicy muszą zaakceptować zmiany, jakie zaszły w ostatnich latach w sposobie myślenia o ludzkich wyborach i wartościach. Nieuniknionym też wydaje się, że akceptacja ta musi w jakiś sposób wpływać na refleksję prawników o samym prawie i o sposobie swojego działania, i to refleksję na poziomie coraz bardziej szczegółowym, odnoszącym się także do faktycznie – tu i teraz – obowiązującego prawa. Jak się wydaje zresztą proces takowy już się rozpoczął, czego świadectwo może stanowić chociażby ta praca.

Część druga

4. NIEWSPÓŁMIERNOŚĆ WARTOŚCI JAKO CZYNNIK WPŁYWAJĄCY NA PROCES STOSOWANIA PRAWA

Niewspółmierność wartości – jeśli przyjąć, że występuje – nie może pozostać bez wpływu na proces stosowania prawa. Będzie musiała bowiem odcisnąć swoje piętno co najmniej na przebiegu i właściwościach tego procesu i prawdopodobnie – na jego wynikach. Wywrze także wpływ na realizowane w procesie stosowania prawa wartości. Z jednej strony bowiem teza o niewspółmierności wartości nie dotyczy jakiegoś szczególnego rodzaju wartości, ale wartości w ogóle, może więc być odnoszona także do wartości prawnych. Z drugiej zaś strony pomiędzy prawem a innymi społecznymi systemami norm i wartości, w szczególności pomiędzy prawem a moralnością, zachodzą tego rodzaju związki, które powodują, że niewspółmierność wartości zewnętrznych wobec prawa, jeśli występuje, to w sposób nieuchronny musi wpływać na prawo, w tym na proces jego stosowania.

Ale to nie wszystko. Nawet jeżeli zakwestionować, że niewspółmierność wartości występuje, to trzeba przyznać, że już

sam fakt, że nie jest to przedmiotem powszechnej zgody – że wielu, w tym również prawników, może uważać odmiennie – także nie pozostawi procesu stosowania prawa nietkniętym. Przekonanie wielu podmiotów – prawników, ale i nieprofesjonalnych uczestników dyskursu prawnego – o niewspółmierności wartości znajdzie bowiem odzwierciedlenie w stosowanych w tym procesie rozumowaniach, argumentach, w stawianych przed organami stosującymi prawo wymaganiach, w ocenie tego procesu z punktu widzenia istotnych dla naszej kultury prawnej wartości.

4.1. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na (nie)jednolitość orzekania

Niewspółmierność wartości może między innymi wpływać na to, jak w procesie stosowania prawa będzie realizowana wartość formalnie rozumianej sprawiedliwości oraz wartość jednolitości. Punktem wyjścia do rozważań na ten temat mogą być pewne empiryczne badania dostarczające – wedle ich autorów – wiedzy o mechanizmach kognitywnych, które są odpowiedzialne za niewspółmierność wartości i które szczególnie mocno ujawniają się w procesie stosowania prawa

Grupa badaczy (Cass Sunstein, Daniel Kahneman[527], David Schkade i Ilana Ritov) przeprowadziła badania[528], których wyniki są z punktu widzenia niniejszych rozważań bardzo interesujące z trzech powodów. Po pierwsze, badania miały wyjątkowo interdyscyplinarny charakter, prowadzono je bowiem na pograniczu psychologii, ekonomii i prawa. Po drugie – według opinii ich autorów – są one podstawą dla sformułowania wniosków na temat kognitywnych podstaw doświadczenia niewspółmierności. Po trzecie – dotyczyły w dużym zakresie stosowania szeroko pojętych sankcji represyjnych. Inspiracją do ww. badań były słowa jednego z sędziów amerykańskiego Sądu

[527] Laureat Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii w 2002 r.

[528] Cała poniższa relacja z badań pochodzi z C. R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov: *Predictably Incoherent Judgments*. „Stanford Law Review", vol. 54, no. 6, June 2002, s. 1153+.

Najwyższego i zarazem harwardzkiego profesora prawa administracyjnego – Stephena Breyera, który swego czasu powiedział: „Spróbuj sporządzić listę wszystkich przestępstw w taki sposób, że są one uporządkowane według ich zasługiwania na karę [*punishable merit*]. […] Potem zbierz rezultaty od swoich kolegów i zobacz, czy wszystkie one pasują do siebie. Powiem ci, że nie będą pasować”[529].

Badania oparte były na założeniu, iż koherencja w prawie, która – wedle stanowiska wyżej wymienionych autorów – w uproszczeniu rzecz ujmując, polega na tym, iż w systemie prawa rzeczy podobnie usytuowane są traktowane podobnie, jest istotną prawną wartością, zasługującą na ochronę i wsparcie, oraz że koherencja tak rozumiana napotyka na wiele przeszkód, które należy zdiagnozować i – o ile to możliwe – usunąć.

W tym miejscu niezbędna jest pewne uściślenie dotyczące rozumienia pojęcia koherencji stosowanego w odniesieniu do prawa. Trzeba wziąć pod uwagę, że nie jest przedmiotem zgody pomiędzy badaczami prawa ani co dokładnie oznacza koherencja, ani czego ma dotyczyć, ani czy ma to być koherencja w odniesieniu do całego systemu prawa czy też do jego części, ani czy jest to wartość konieczna, wystarczająca, czy tylko pożądana dla decyzji prawnych. Jak słusznie zauważa Julie Dickson, większość teoretyków prawa zgadza się jednak z tym, że koherencja oznacza dla prawa i decyzji prawnych coś więcej niż tylko spójność logiczną[530]. W kontekście zasygnalizowanych powyżej sporów i bogactwa stanowisk w tej kwestii pojęcie koherencji (spójności) przyjęte w omawianym tekście przez Sunsteina, Kahnemana, Schkade i Ritov rzeczywiście należy uznać za uproszczone. Wydaje się, że ich rozumieniu koherencji bardziej odpowiada znane z polskiej literatury teoretycznoprawnej pojęcie jednolitości stosowania prawa. Jednolitość sądowego stosowania prawa Jerzy Wróblewski zdefiniował bowiem jako sytuację, w której „sądy

[529] Sędzia S. Breyer cytowany w J. Rosen: *Even Stephen*. „New Republic”, June 1994, s. 12, cytat za C. R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov: *op.cit.*, s. 1153.

[530] J. Dickson: *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*. [@:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [dostęp:] http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/, 2001, sub.rev. 2005. Por. także wymienioną tam literaturę.

w określonych typach spraw będą wydawały decyzje tego samego typu" i słusznie zauważył, że z zewnętrznego punktu widzenia, a więc „z punktu widzenia obserwatora miernikiem jednolitości decyzji sądowej jest […] powtarzalność tych decyzji w określonych sytuacjach"[531]. Ze względu jednak na przyjętą przez amerykańskich autorów konwencję terminologiczną, koherencja będzie w dalszej części tekstu traktowana na równi z jednolitością.

Badania dotyczyły przede wszystkim (choć nie tylko) różnych form stosowania sankcji o charakterze represyjnym, ponieważ – zdaniem autorów – niespójność w karaniu jest formą niesprawiedliwości[532]. Wprawdzie kazusy będące podstawą badania pochodziły przede wszystkim z prawa cywilnego, prawa administracyjnego albo dotyczyły polityki publicznej (np. ochrony środowiska), to rezultaty badań i płynące z nich wnioski są na tyle niezwiązane z konkretną treścią rozwiązywanych przez respondentów problemów, że mogą być bez większej obawy o pomyłkę uogólnione na inne gałęzie prawa. Na początek jednak zreferujmy za omawianym tekstem, jak przeprowadzono przedmiotowe badania.

W jednej z części badania respondenci (według autorów – duża grupa niesędziów), którzy mieli założyć, że są sędziami przysięgłymi, odpowiadali na pytania dotyczące poszczególnych wskazanych przez autorów badania przypadków prawnych – ustalali ich ogólną kwalifikację oraz hierarchię. Określali na przykład, w jakim stopniu dany czyn zasługuje na karę w skali od „nie zasługuje na żadną karę" do „zasługuje na szczególnie surową karę". Albo musieli zakwalifikować szeroko rozumianą szkodę, jaką w danym przypadku wyrządzono, z punktu widzenia jej rozmiarów, w skali od „niewielka" do „wyjątkowo poważna". W części badania dotyczącej spraw z zakresu polityki publicznej zadawano pytania dotyczące ochrony zwierząt (np. delfinów) i ochrony ludzkiego życia (np. ochrony rolników przed rakiem

[531] J. Wróblewski: *Wartości a decyzja sądowa*. Wrocław, 1973, s. 130 i 132.
[532] Podobnie wypowiada się J. Wróblewski o jednolitości. Zaznacza jednak, że jeśli jednolitość jest ujmowana jako warunek sprawiedliwości decyzji, to chodzi tu o sprawiedliwość ujmowaną w sposób formalny. Patrz *ibidem*, s. 127.

skóry). Należało określić, jak wiele satysfakcji przyniosłoby respondentowi uczynienie darowizny na fundusz wspierający dany cel, w skali od „żadnej satysfakcji" po „wyjątkową satysfakcję".

W innej części badania respondenci mieli wycenić w pieniądzu poszczególne przypadki. Odpowiadali, jaką sumę sprawcy danych czynów powinni zapłacić jako karę albo jaką sumę skłonni byliby wpłacić sami respondenci na fundusz wspierający np. ochronę delfinów czy ochronę życia ludzkiego.

Pytania w opisanych powyżej częściach badania zadawane były w odniesieniu do każdego poszczególnego przypadku z osobna. Co oznacza, że sądu o każdym poszczególnym przypadku należało dokonać, nie biorąc pod uwagę innych przypadków – a zatem w izolacji od nich.

W kolejnej części badania respondenci musieli porównać określone pary przypadków, tak dobrane, aby każdy z przypadków w danej parze należał do innej kategorii. Musieli też przypadki należące do jednej pary zhierarchizować. Na przykład orzekali, czy jeden ze sprawców zasługuje na ukaranie mniej czy bardziej niż drugi, czy też może zasługują na karę w tym samym stopniu. Albo stwierdzali, czy na ochronę delfinów darowaliby tę samą sumę pieniędzy, co na ochronę rolników przed rakiem skóry, czy też większą albo mniejszą. Następnie, uwzględniając dokonane porównanie, ponownie musieli odpowiedzieć na pytania zadane uprzednio w izolacji, tj. pytania o ogólną kwalifikację przypadków oraz o ich wycenę w pieniądzu.

Wyniki badania były następujące. Odpowiedzi ogólne udzielane „w izolacji" były w miarę spójne i dość zgodne. Przeciętnie uczestnicy badania, niezależnie od swego wieku, stanu zamożności, wykształcenia, płci czy koloru skóry w podobny sposób odpowiadali na ogólne pytania mające na celu usytuowanie poszczególnych przypadków ze względu na ich zasługiwanie na karę (*punishable merit*) lub zasługiwanie na ochronę. Pewne różnice pojawiły się jednak w odpowiedziach na te pytania, które wymagały już dokonania wyceny zasługiwania na karę (czy też wyceny zasługiwania na ochronę) w pieniądzu.

Analiza wykazała, że wskazywane jako kary sumy pieniężne były w przybliżeniu przewidywalne w oparciu o następujący wzór:

$$kara\ (w\ dolarach) = \\ = sprzeciw\ budzony\ przez\ zachowanie \times \\ \times wielkość\ szkody \times współczynnik\ przekładu$$

Najsłabszym punktem we wskazanej powyżej formule okazał się współczynnik przekładu, a więc ten element, który pozwala ogólne moralne intuicje przełożyć na taką jednostkę pomiaru, która może być używana przez system prawny – jednostkę taką jak pieniądz czy określony okres pozbawienia wolności. Współczynnik przekładu różnił się bowiem znacznie u różnych respondentów.

Szczególnie jednak interesujące zjawisko ujawniło się przy analizie sądów formułowanych w procesie porównywania danego przypadku z przypadkiem należącym do innej kategorii. Okazało się, że sądy przeprowadzane w porównaniu są inne niż sądy dokonywane w izolacji. Co więcej, obserwowana zmiana w treści sądów realizuje pewien wyraźnie zauważalny schemat. Kiedy sprawy, które z założenia należały do kategorii różnych pod względem ważności (np. sprawa dotycząca szkody na osobie i sprawa dotycząca szkody finansowej) były rozpatrywane w izolacji, szkodom należącym do kategorii uznawanej za ważniejszą przypisywano niższą wagę i niższą wartość w pieniądzu niż wtedy, gdy były one rozpatrywane w porównaniu ze szkodami, których rodzaj jest sytuowany pod względem ważności niżej. Kiedy sądy formułowano w porównaniu, wycena przypadków usytuowanych w kategoriach ważniejszych gwałtownie rosła, podczas gdy przypadki należące do kategorii mniej ważnych spadały lekko co do wartości lub utrzymywały się na tym samym poziomie. I tak, na przykład, średnia sankcja za trzy czyny należące do kategorii szkód na osobie wzrosła z 1 mln dolarów do 2,25 mln dolarów w sytuacji, kiedy wycena tych czynów była dokonywana w porównaniu z przypadkami szkody finansowej.

Jakie wnioski wyciągnęli z opisanych powyżej wyników autorzy badania? Ich zdaniem, wyniki te potwierdzają, że istnieją dwa kognitywne ograniczenia, które uniemożliwiają osiągnięcie (także w dziedzinie prawa) całkowitej koherencji. Pierwsze ograniczenie to fakt, że ludzkie myślenie jest limitowane kategoriami, a drugie to tzw. problem tłumaczenia.

Otóż – zdaniem Sunsteina i jego współpracowników – w prawie, podobnie jak w normalnym życiu, ludzkie myślenie jest ograniczone kategoriami. Chodzi tu o kategorie w rozumieniu nowoczesnych nauk kognitywnych, tzn. takie pojawiające się w ludzkim myśleniu kategorie, które mają zastosowanie w rozumowaniach nieformalnych i w codziennym języku. Nie chodzi tu o kategorie, które są określone przez jakiś zestaw warunków wystarczających i koniecznych, ale o kategorie, których granice są nieostre, a przynależność do nich może być stopniowana. I tak – według przykładu samych autorów – kurczak na pewno jest ptakiem, ale nie aż tak dobrym ptakiem jak szczygieł czy orzeł. Dany obiekt – jak wyjaśniają – może oczywiście przynależeć do nieskończonej liczby kategorii, ale umieszczenie obiektu w jednej z nich podlega pewnym szeroko podzielanym regułom i jest do pewnego stopnia przewidywalne. Zdarza się też tak, że reguły te nie wskazują od razu, do której kategorii należy zaliczyć dany obiekt. Wówczas tworzy się *ad hoc* ramy odniesienia dla danego obiektu, konstruując je z podobnych przypadków, które przychodzą spontanicznie do głowy. To że ludzkie myślenie jest ograniczone przez kategorie oznacza, że nasze sądy są spontanicznie normalizowane do ram odniesienia, które zakłada dana kategoria[533]. Jeżeli więc, na przykład, zostanie zadane pytanie, czy orzeł jest duży, najprawdopodobniej odpowiemy, że tak, bo choć kategoria ptaków nie została w pytaniu wyraźnie przywołana, pojawia się w umyśle odpowiadającego i wpływa na treść odpowiedzi[534]. W przypadku użycia zwykłych przymiotników,

[533] Por. opinię J. Raza: „Nawyk oceniania ze względu na rodzaje [do których obiekty należą] jest tak instynktowny, że możemy go nie zauważać". (J. Raz: *The Practice of…*, s. 41).

[534] Por. znany „przypadek Tweetiego" opisany przez M. L. Minskiego – na podstawie informacji, że Tweety jest ptakiem, dzieci wyciągają wniosek, że Tweety

normalizacja taka jest prostą konwencją językową[535]. Ale normalizacja może być także procesem będącym częścią reakcji emocjonalnych. Problem powstaje jednak, kiedy sąd jest formułowany nie w izolacji, ale w oparciu o porównanie z przypadkiem należącym do innej kategorii. Wówczas normalizacja nie może odnieść skutku – zostaje zahamowana. Przestają bowiem mieć znaczenie podobieństwa w ramach danej kategorii, a uwypuklają się i dominują w rozumowaniu różnice pomiędzy kategoriami. Dlatego sądy są w miarę jednolite i sensowne, jeśli są dokonywane osobno, albo nawet w porównaniu, ale w odniesieniu do elementów jednej kategorii, a przestają być takie, jeśli dochodzi do przekroczenia kategorii.

Dlaczego ludzie mają problemy z myśleniem przekraczającym kategorie? Autorzy tekstu *Predictably Incoherent Judgments* wyliczają następujące przyczyny. Po pierwsze, porównania pomiędzy kategoriami są szczególnie trudne, ponieważ przykłady takich kategorii nie dają się łatwo opisać w tym samym języku. Po drugie, porównania pomiędzy kategoriami angażują różne porządki (hierarchie) z wewnątrz pojedynczych kategorii, porządki także przecież będące efektem porównań, tyle że między przypadkami podobnymi (z tej samej kategorii). Po trzecie, porównania pomiędzy kategoriami opierają się na cechach, które są istotne dla dokonania osądu w porównaniu (między kategoriami), ale które nie są tak samo istotne (nie daje się im odpowiedniej wagi), kiedy przypadek jest rozważany w izolacji. Jak należy rozumieć te dwie ostatnie przyczyny? Otóż – według autorów badania – istnieje społeczna zgoda co do porównań dokonywanych pomiędzy samymi kategoriami (a nie – należącymi do nich obiektami), wyrażanych za pomocą znanego

może latać (bo wszystkie ptaki latają). (M. L. Minsky: *The Society of Mind*. New York, 1986, s. 230).

[535] Por. T. Gizbert-Studnicki o przymiotnikach kryptoporównawczych, tj. takich, które „opisują relację, zachodzącą między obiektem denotowanym przez podmiot, a pewnym innym obiektem, nie zidentyfikowanym przez żadną nazwę występującą w strukturze powierzchniowej" oraz podany przezeń przykład zdania „Mały słoń to duże zwierzę", które przekłada się na zdanie: „Słoń mniejszy od przeciętnego słonia jest zwierzęciem większym od przeciętnego zwierzęcia". (T. Gizbert-Studnicki: *op.cit.*, s. 159–161).

w literaturze psychologicznej wymiaru „wagi" czy też „znaczenia" (*prominence*). Zgodę tę dość powszechnie się podziela, choć jest ona mniejsza niż zgoda dotycząca hierarchii przypadków wewnątrz kategorii. Na przykład, wszyscy się raczej zgadzają, że szkoda na osobie jest bardziej znacząca, ma większą wagę, niż szkoda finansowa. Zjawisko to odpowiada chyba opisywanym w literaturze filozoficznej relacjom takim jak choćby „leksykalne pierwszeństwo"[536]. Ustalenie hierarchii kategorii ze względu na tenże wymiar wymaga wzięcia pod uwagę pewnych konkretnych cech *prima facie* istotnych dla porównywanych kategorii (np. szkoda na osobie ma większą wagę niż szkoda finansowa ze względu na przedmiot szkody – człowiek ma w powszechnej opinii nieporównanie większą wartość niż jakiekolwiek materialne dobra). Kiedy dochodzi do formułowania sądu w izolacji, albo do formułowania sądu w porównaniu, ale co do szczegółowych przypadków należących do jednej i tej samej kategorii, proces normalizacji zagłusza niejako hierarchię kategorii w wymiarze ich wagi czy znaczenia. Sprawia też, że pod uwagę nie bierze się w ogóle tych cech, które o hierarchii kategorii przesądzają. Bierze się wówczas pod uwagę jedynie cechy, które łączą lub różnią obiekty w ramach jednej kategorii[537].

Kolejne kognitywne ograniczenie ludzkiego myślenia, wykryte w opisywanym badaniu, a mianowicie problem tłumaczenia, polega natomiast na tym, że ludzie mają kłopoty z tłumaczeniem swoich moralnych sądów na pewne terminy, które są istotne w życiu społecznym, w prawie czy polityce. Chodzi o tłumaczenie na takie terminy, które mają charakter metryczny – ale metryczny w tym sensie, jaki związany jest z greckim słowem *metrikós* czyli 'miarowy'. Problem taki –

[536] Por. na przykład J. Finnis: *Commensuration…*, s. 232.

[537] Co ciekawe, podobną obserwację (choć nie identyczną i oczywiście zupełnie innym językiem) relacjonował dawno temu Cz. Znamierowski: „Okazuje się więc, że dwie są możliwe wartości: rzeczy (typu rzeczy) wziętej z osobna i w zestawieniu porównawczym. Jedna intuicyjna, na podstawie styczności lub dążenia, wziętych w jednym przypadku. Druga, na podstawie myślowego określenia roli, jaką dana rzecz (typ rzeczy) gra w życiu człowieka […]". (Cz. Znamierowski: *Oceny i normy*. Warszawa, 1957, s. 216).

zdaniem badaczy – wynika z faktu, że akt tego rodzaju tłumaczenia nie jest ugruntowany ani w żadnej powszechnej zasadzie, ani w żadnych powszechnie podzielanych intuicjach.

Jak ma się to, co Sunstein, Kahneman, Schkade i Ritov ogólnie zaobserwowali podczas swoich badań w procesie oceniania – ich zdaniem – do szczegółowego zagadnienia formułowania sądów dotyczących kary, na jaką zasługuje dany czyn?

W tej dziedzinie, zdaniem wyżej wymienionych autorów, powstają te same kłopoty, które opisano powyżej. Kłopoty z myśleniem między kategoriami oraz problem tłumaczenia.

Na początek wystarczy – według autorów – przypomnieć, że pewne czyny czy też pewne szkody, jeśli należą do różnych kategorii, to wydają się być niewspółmierne, ponieważ nie da się ich łatwo opisać w terminach odnoszących się do tych samych wymiarów. Trudno jest porównać na przykład obcięcie czterech palców ludzkiej ręki i zabicie dwudziestu czterech chronionych ptaków. Ponadto, ponieważ normalizacja może być także procesem stanowiącym część reakcji emocjonalnych, zachodzi również w sytuacji, kiedy formułuje się sądy albo podejmuje się decyzje dotyczące ukarania. Jeśli więc w izolacji od innych przypadków formułuje się sąd czy podejmuje się decyzję dotyczącą ukarania kogoś za czyn zabroniony przez prawo, to ramy odniesienia są zdefiniowane niejako poprzez rodzaj kategorii, do której można zaliczyć dany czyn. Ramy odniesienia stanowi więc zwykle zestaw przypadków należących do tej samej kategorii czynów. Można powiedzieć, że w takiej sytuacji sprzeciw, jaki budzi dany czyn, jest w pewien sposób zrelatywizowany do kategorii, do której ten czyn należy. I tak, czyn w ogólnej perspektywie dość błahy – jeśli sytuuje się z punktu widzenia przypisywanego mu zła wysoko w ramach danej kategorii – wzięty z osobna, będzie budził duży sprzeciw. Na przykład wykonanie obscenicznego graffiti na świeżo pomalowanym bloku wzbudzi zapewne duży sprzeciw pośród oceniających ten czyn osób, choć w porównaniu z wagą innych potencjalnych czynów zabronionych, np. zabójstwa, jest to czyn mało istotny. Ten właśnie proces – normalizacja sprzeciwu do

danej kategorii – według autorów badania sprawia, że wprawdzie sądy dokonywane w izolacji są dość spójne, ale te dokonywane w porównaniu już nie i to właśnie zjawisko jest jednym ze znaczących źródeł niekoherencji w karaniu. Sprzeciw wobec czynu (emocja) jest bowiem – obok oceny powagi wyrządzonej czynem szkody – jednym z elementów, które decydują o intencji odpłaty, a więc o stopniu, w jakim dany czyn wywołuje chęć ukarania[538]. Normalizacja będzie zresztą w takim samym stopniu wpływała także na ocenę powagi wyrządzonej czynem szkody. Ramami odniesienia dla tej oceny będzie zestaw przypadków należących do tej samej kategorii szkód. Na przykład szkoda polegająca na złamaniu palca ręki będzie oceniana w automatycznym niejako odniesieniu do innych szkód na osobie, a ponieważ w kategorii tego rodzaju szkód nie zajmuje ona zbyt wysokiego miejsca, waga jaka zostanie jej przypisana będzie stosunkowo niewielka. Dlatego właśnie jednoczesne rozważenie ukarania różnych rodzajowo czynów niezgodnych z prawem może ujawnić, że często bardziej surowa kara została przypisana czynowi, który w kontekście wydaje się mniej poważny, albo odwrotnie – mniej surowa kara zostanie przypisana czynowi, który, gdy osądzany w kontekście czynów należących do innych kategorii, wydaje się być bardzo poważny. Tu warto wskazać przy okazji bardzo ciekawy przykład podany przez autorów. Otóż – ich zdaniem – kary za zniesławienie będą prawdopodobnie wyższe niż kary za dyskryminację rasową, jeżeli decyzja będzie podejmowana w izolacji, ale decyzja w tej kwestii ulegnie zmianie, jeżeli oba przypadki zostaną zestawione ze sobą[539]. Przy podejmowaniu

[538] Tu warto zauważyć, że autorzy badania są zdania, iż moralne intuicje zwykłych ludzi mają charakter retrybutywny, co kłóci się ze współcześnie wpływowymi koncepcjami kładącymi nacisk na prewencyjną czy resocjalizacyjną funkcję sankcji represyjnej.

[539] To dobra egzemplifikacja, która wiele wyjaśnia na przykład w sprawie niskich kar wymierzanych w Polsce za znęcanie się nad zwierzętami (choć, jak wiadomo, sytuacja w tej kwestii stale się zmienia). Czyny te – jak można podejrzewać – najczęściej albo rozpatruje się w izolacji, albo podświadomie porównując je do czynów, w których bezprawny zamach skierowany jest przeciwko zdrowiu lub życiu człowieka (mechanizm takiego porównania staje się zrozumiały, gdy uświadomimy sobie, że i tu i tu, mamy do czynienia z życiem lub zdrowiem istoty żywej). Gdyby jednakże decyzja o karaniu za znęcanie się nad zwierzętami była

bowiem tego rodzaju decyzji w międzykategorialnym porównaniu dochodzi do zmiany osądu, przesunięcia się moralnych ocen, co istotnie wpływa na nie tylko na osąd o charakterze ogólnym, ale także na konkretny wymiar kary.

Ponieważ zadanie wymierzenia kary, zgodnie ze stanowiskiem autorów badania, składa się w istocie z dwóch części – określenia intencji odpłaty oraz przekładu tej intencji na jednostki metryczne[540] – wszechobecny jest także w procesie wymierzania kary problem tłumaczenia. W wielu przypadkach bowiem – jak się okazało – brak jest wspólnie podzielanych moralnych intuicji, które pozwalałyby ustalić tzw. współczynnik przekładu. Jak piszą autorzy badania: „[…] poza zakresem, w którym znają istniejącą praktykę, ludzie nie mają jasnego, uzgodnionego poczucia, czy wyjątkowo lekkomyślny czyn powinien być karany karą 50 000 dolarów, czy 100 000 dolarów, czy może 1 000 000 dolarów albo czy przypadek napaści powinien być karany 6 miesiącami pozbawienia wolności czy dwoma, czy też pięcioma latami. W konsekwencji, współczynnik przekładu, którego się używa, jest często przedmiotem wpływu ze strony nieistotnych rozważań, osobistych doświadczeń lub losowo zależnych okoliczności”[541]. I choć nie jest – zdaniem autorów badania – tak że współczynnik przekładu jest określany całkowicie arbitralnie, bo są pewne stałe czynniki wpływające na jego wysokość (np. zamożność sprawcy czynu), to brak jednolitego współczynnika tłumaczenia dający się we znaki także przy podejmowaniu decyzji dotyczących wysokości kary w izolacji (bez porównania do przypadków należących do innych kategorii),

---

podejmowana, porównując tego rodzaju czyny z czynami innego rodzaju – z czynami należącymi do kategorii sytuowanych w społecznym odczuciu pod względem stopnia naganności niżej (np. przestępstwami przeciwko mieniu) – i wymierzanymi zań karami, sytuacja w tym zakresie prawdopodobnie zmieniłaby się znacznie. Moim zdaniem orzekane kary byłyby wówczas wyższe.

[540] Nie chodzi tu, jak rozumiem, o przesłanki prawne wymiaru kary, ale o faktycznie występujące czynniki intelektualno-emocjonalne.

[541] C. R. Sunstein, D. Kahneman, D. Schkade, I. Ritov: *op.cit.* s. 6 z 38. Por. o psychospołecznych uwarunkowaniach wymiaru kary – T. Kaczmarek, G. Dolińska, J. Giezek, W. Sitek: *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*. Wrocław, 1987.

staje się dramatem w sytuacji, kiedy dochodzi do porównania czynów należących do różnych kategorii. (Różnice w wysokości współczynnika przekładu przy tej samej intencji odpłaty okazywały się w badaniu nawet 100-krotne). To właśnie ten mechanizm, zdaniem Sunsteina i jego współpracowników, powoduje, że różni sędziowie, zgadzający się nawet co do ogólnej oceny danego czynu i przy tym samym zestawie faktów, mogą wymierzyć całkowicie różną karę. Dzieje się tak tylko z powodu arbitralnych, do pewnego stopnia, różnic we współczynniku przekładu.

Ponieważ opisywane tu badanie dotyczyło nie tylko określania kary za pewne naganne w świetle prawa czyny, ale także pewnych zagadnień z zakresu polityki publicznej na przykład ochrony środowiska czy ochrony zdrowia, warto wspomnieć, że także tych dziedzin dotyczą wnioski autorów. W skrócie rzecz ujmując, z powodu tych samych mechanizmów, które zachodzą przy określaniu wysokości kary, także w podejmowaniu decyzji z zakresu polityki publicznej zachodzą liczne niespójności. Sumy, jakie ludzie byliby skłonni zapłacić, aby zapobiec lub naprawić jakąś szkodę w publicznym dobru, będą bardzo różne w zależności od tego, czy przy podejmowaniu decyzji rozważano by dobra lub szkody w izolacji, czy też porównując je do dóbr lub szkód należących do innych kategorii.

Korzystając z zaprezentowanych powyżej badań, należy się zgodzić z ich ogólną konkluzją – że całkowita spójność przekonań i preferencji jest ideałem nieosiągalnym ani dla jednostek, ani prawdopodobnie dla żadnego systemu prawnego. Większe kontrowersje budzą jednak sformułowane przez autorów badania wnioski szczegółowe, które bardzo silnie związane są z początkowymi założeniami, jakie poczynili.

Wprawdzie Sunstein, Kahneman, Schkade i Ritov nie ukrywają, że koherencja (rozumiana tak, jak to na początku zdefiniowano) nie jest warunkiem wystarczającym dla osiągnięcia dobrych rezultatów w prawie, i przyznają, że niekiedy cena, jaką trzeba za koherencję zapłacić jest wygórowana, ale jednocześnie uważają, jest ona niezwykle ważna: tak ważna, że warto podjąć

pewne przedsięwzięcia natury instytucjonalnej, które by ją promowały. Przy czym wierzą (i ta wiara ma tu olbrzymie znaczenie), że duży procent ludzi, w większości przypadków, podobnie jak oni sami, woli szeroki punkt widzenia na sprawy niż wąski i że większość ludzi, podobnie jak oni sami, ma co do zasady większe zaufanie do sądów formułowanych w szerokim niż w wąskim kontekście. I dlatego, zdaniem Sunsteina i jego współpracowników, znaczącą poprawę w jakości sądów prawnych spowodowałoby zastosowanie takich środków, które wymusiłyby dokonywanie tych sądów w porównaniu zamiast w izolacji. Tego rodzaju postulatom można jednak przeciwstawić kilka kontrargumentów.

Po pierwsze, nie sposób się zgodzić z wyraźnym i stanowczym stwierdzeniem wyżej wymienionych autorów, że pieniądze, podobnie jak centymetry, są jednostkami obiektywnymi, co do których przyjmuje się, że powinny zachowywać to samo znaczenie w różnych kontekstach. (Jak się wydaje, podobnie autorzy traktują np. lata pozbawienia wolności). Ich zdaniem jednostki metryczne powinny być tak używane, aby oszacowanie, którym służą, było absolutne, a nie zależne od kategorii (*category-relative*). Od wymiaru sprawiedliwości oczekuje się bowiem, wedle ich opinii, że będzie używał absolutnej skali, a podejmowane przezeń decyzje będą takie same, niezależnie od mechanizmu ich podejmowania. Moim natomiast zdaniem ani pieniądze, ani tym bardziej inne jednostki stosowane przy wymierzaniu kary nie mają, nawet w przenośni, charakteru obiektywnego, takiego jak centymetry. Wynika to zresztą z jednej – co najmniej – bardzo prostej przyczyny. Dla centymetra, a może raczej dla metra, obowiązujący w danym czasie wzorzec ustanowiono jeden, kiedyś ten obecnie już tylko symboliczny z Sèvres koło Paryża[542]. Dla dolara, złotówki czy innej waluty, a tym bardziej dla lat pozbawienia wolności, takie wzorce nie istnieją. Nie wdając się nawet w ekonomiczne rozważania na temat war-

[542] Obecnie definicja zatwierdzona przez XVII Generalną Konferencję Miar i Wag w 1983 roku przewiduje, że metr jest to odległość, jaką pokonuje światło w próżni w czasie **1/299 792 458** sekundy.

tości pieniądza, wystarczy stwierdzić, że w czasach, kiedy średnia długość życia wynosiła 35 lat, kara 5 lat pozbawienia wolności była zapewne bardziej dolegliwa niż w czasach, w których ta średnia wynosi około 80 lat. A to, że od sądów oczekuje się obiektywizmu w ocenianiu nie oznacza wcale, że ten obiektywizm oznacza niezależność od kontekstu i bezwzględną stabilność stosowanej jednostki. Najlepszym przykładem, że tak nie jest, może być tu polski przykład wymiaru kary grzywny w stawkach dziennych, gdzie wysokość tych stawek, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, niewątpliwie zależy od kontekstu konkretnej sprawy.

Po drugie, nie jest – w mojej opinii – całkowicie pewne, czy decyzja podejmowana w międzykategorialnym porównaniu będzie rzeczywiście lepsza od decyzji podejmowanej w izolacji i czy faktycznie wiąże się z mniejszym ryzykiem niespójności. Przecież sami autorzy badania uważają, że ludzie mają poważne trudności z międzykategorialnymi porównaniami. Nie wdając się nawet w szczegółowe rozważania, wystarczy wspomnieć o dwóch kwestiach, które autorzy wprawdzie sumiennie wyliczają, ale które, niestety, bagatelizują. Pierwsza kwestia to ta, że na wynik decyzji podejmowanej w porównaniu w znacznym stopniu wpływa to, co jest drugim członem porównania. A ponieważ nie jest możliwe dokonanie porównania globalnego, a więc porównania ze wszystkim (porównania z przypadkami ze wszystkich innych niż badany przypadek kategorii), to trzeba mieć świadomość, że z konieczności dobór drugiego, obok osądzanego, przypadku (członu porównania) jest także wynikiem pewnej decyzji. Z decyzją tą zaś wiążą się takie same problemy jak z wszelkimi innymi decyzjami – powstaje bowiem kwestia ustalenia reguł podejmowania takiej decyzji i – co więcej – decyzja taka może być przedmiotem różnego rodzaju manipulacji. Ponadto należy brać pod uwagę także psychologiczny mechanizm niesymetryczności porównania, który – jak opisują sami autorzy badania – jest następujący. Dwa człony porównania nie są nigdy równorzędne: jeden z nich jest przedmiotem porównania, a drugi punktem odniesienia. Wynik porównania zależy więc od roli, jaką w tej

relacji pełni dany obiekt. Kontrast pomiędzy dwoma obiektami wydaje się bowiem większy, jeżeli przedmiotem porównania jest obiekt ważniejszy, a punktem odniesienia obiekt mniej ważny. Dlatego w opisywanym badaniu te przypadki, które należały do ważniejszej kategorii, w porównaniu były wyżej wyceniane niż w izolacji, a wartość przypadków mniej ważnych (w porównaniu z innymi) zmieniła się tylko nieznacznie albo pozostała na tym samym poziomie w stosunku do ich wyceny w izolacji. To zjawisko również może być powodem znaczących problemów, które mogą się pojawić, jeśli podejmowanie decyzji będzie miało następować w międzykategorialnym porównaniu.

Słusznie natomiast zauważają autorzy badania, że ryzyko niespójności decyzji będące wynikiem izolacji od kontekstu jest większe w przypadku sędziów niezawodowych niż sędziów zawodowych. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest fakt, że sędziowie zawodowi w sprawniejszy i bardziej świadomy sposób stosować się będą do różnego rodzaju dyrektyw wyboru konsekwencji prawnych, czy to ustanowionych przez prawodawcę, czy to wypracowanych przez doktrynę. Ponadto – i ta kwestia w kontekście dalszych prowadzonych w tej pracy analiz wydaje się jeszcze ważniejsza – sędziowie zawodowi zwykle dysponują większym doświadczeniem i lepiej znają dotychczasowe orzecznictwo, co daje im bardziej rozbudowaną wiedzę dostarczającą przesłanek do przeprowadzania szczególnego rodzaju rozumowań niezbędnych przy podejmowaniu decyzji w sytuacji niewspółmierności. Tego rodzaju rozumowanie to – jak zresztą postaram się na wybranych przykładach wykazać dalej – przede wszystkim rozumowanie przez analogię.

Podsumowując przedstawione powyżej rozważania, można stwierdzić, że opisane badanie przekonująco wykazuje, iż istnieją pewne obiektywne przyczyny, z powodu których nie jest możliwe osiągnięcie pełnej jednolitości w zakresie wymierzanych przez sądy kar. Co więcej, można nawet powiedzieć, co zostało zresztą uwidocznione w tytule zreferowanego powyżej artykułu (tłumacząc na język polski: *Przewidywalnie niespójne sądy*), że rozstrzygnięcia są w tym zakresie wręcz przewidywalnie

niespójne. Należy jednak jeszcze wytłumaczyć, jaka jest pierwotna przyczyna tej przewidywalnej niespójności. Jak się wydaje, można upatrywać pierwotnej przyczyny takiego zjawiska w dwupłaszczyznowej niewspółmierności. Tak bowiem, jak – według Sunsteina, Kahnemana, Schkade i Ritov – są dwie przyczyny takiej przewidywalnej niespójności sądów, tak – ich zdaniem – przyczynom tym odpowiada dwojaka niewspółmierność. Trudności w porównywaniu międzykategorialnym, które przecież nie muszą pojawiać się w każdym przypadku, pojawiają się na pewno wtedy, gdy dwie kategorie, albo obiekty należące do dwóch kategorii, są niewspółmierne. Problem tłumaczenia natomiast to problem wynikający z niewspółmierności czynów, które są przedmiotem osądu prawnego w stosunku do środków, jakie prawo stosuje – środków, które przecież, przynajmniej w założeniu, mają być wyrazem tegoż osądu (często nawet jego ilościowym odzwierciedleniem).

Jeśli jednak rzeczywiście jest tak, jak to w referowanym tekście opisano i problem niewspółmierności oraz wynikająca stąd niespójność sądów w dziedzinie prawa są – przynajmniej w pewnym zakresie – niepokonywalne, to powstaje kolejne ważne pytanie: skąd biorą się obszary względnej przynajmniej koherencji (jednolitości), które pozwalają na funkcjonowanie systemu prawnego. Wszak rzeczywisty sposób funkcjonowania współczesnych systemów prawnych rzadko wywołuje absolutny sceptycyzm wobec możliwości sprawiedliwego i uczciwego stosowania prawa. Na to pytanie można udzielić kilku różnych odpowiedzi.

Można twierdzić, że obszary względnej koherencji wynikają z tego, że niewspółmierność nie jest zjawiskiem totalnym, to znaczy, że nie można powiedzieć, iż występuje zawsze, wszędzie, w odniesieniu do wszystkich możliwych obiektów[543]. Stanowisko

[543] Por. F. Schauer: *Instrumental Commensurability*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, 1998, s. 8 z 17. Schauer zwraca uwagę na pewną niesymetrię, która występuje, wraz z przyjęciem odpowiednich założeń. Otóż, jeśli wierzy się w niewspółmierność, nie oznacza to, że wszystko jest obciążone niewspółmiernością, że wszystkie trudności decyzyjne wynikają z niewspółmierności; wystarczy, aby tylko jedna para elementów (wartości, racji, opcji) była

zakładające totalną niewspółmierność, nawet tylko i wyłącznie w odniesieniu do sfery wartości, prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji. Można stąd wyciągnąć wniosek, że w przypadku konieczności podjęcia decyzji podmiot (także sędzia) czasami znajduje się w sytuacji, w której porównywane opcje są współmierne, a czasami w sytuacji, kiedy są one niewspółmierne. I można w związku z tym twierdzić, że obszary względnej spójności to te obszary, w których przeprowadzane rozumowanie dotyczyło opcji pozostających w stosunku współmierności. Takie jednak stwierdzenie pozostawałoby w sprzeczności nie tylko z codziennymi intuicjami, jakie są udziałem tych, którzy założenie niewspółmierności w ogóle popierają (bo przecież, jeżeli założenia niewspółmierności w ogóle się nie przyjmuje, to ewentualny brak koherencji czy występowanie obszarów względnej spójności tłumaczone byłyby w zupełnie inny sposób), ale także pozbawiałoby założenie niewspółmierności wszelkiego znaczenia. Niewspółmierności bowiem – zdaniem wielu tych, którzy jej występowanie przyznają – nie można upatrywać jedynie tam, gdzie ludzkie rozumowanie praktyczne ponosi całkowite fiasko i gdzie ludzkie rozumowanie traci swoją spójność. Ci, którzy zjawisko niewspółmierności „biorą poważnie", uważają, że choć utrudnia ono, to jednak nie uniemożliwia osiągnięcia racjonalności w rozumowaniu praktycznym – nie wyklucza też osiągnięcia pewnego rodzaju spójności. Ponadto – trzeba zauważyć – to właśnie te dziedziny, w których koherencja jest szczególną wartością, a więc prawo i moralność[544], są szczególnie

niewspółmierna. Natomiast, jeżeli podziela się przekonanie o współmierności, to oznacza wiarę, iż wszystkie wartości czy też racje lub opcje są współmierne. A więc – jak pisze Schauer – istnienie jednej niewspółmierności czyni założenie współmierności fałszem, ale istnienie relacji współmierności pomiędzy jedną parą elementów nie ma żadnego wpływu na to, czy założenie niewspółmierności jest nietrafne.

[544] Nie wszyscy są zdania, że spójność jest rzeczywiście taka ważna w dziedzinie rozumowania praktycznego. O poglądach R. Pildesa i E. Anderson w tym zakresie była już mowa powyżej. Dodatkowo warto przytoczyć też pogląd J. Graya: „[…] stwierdzenie, iż istnieją wartości niewspółmierne, *nie* oznacza, że jedynym sposobem weryfikacji wartości przekonań etycznych jest oszacowanie ich wzajemnej spójności […] spójność nie jest w etyce wartością nadrzędną […]. Sprawdzianem wartości naszych przekonań etycznych nie jest ich wzajemna

mocno uwikłane w zjawisko niewspółmierności. Dlatego wyjaśnienie, dlaczego rozumowanie prawnicze w zetknięciu się ze zjawiskiem niewspółmierności wartości osiąga przynajmniej w pewnych, wcale niemałych, obszarach koherencję, musi być innego rodzaju.

Takie właśnie inne wyjaśnienie w tym zakresie prezentuje Marek Zirk-Sadowski. Zauważa on występującą w poglądach prawników sprzeczność. Z jednej strony uznają oni niewspółmierność wartości, z drugiej zaś w wielu przypadkach nie mogą nad tą niewspółmiernością przejść do porządku dziennego i – jak twierdzi – są zmuszeni uznać konieczność sprowadzenia niewspółmiernych wartości do pewnego wspólnego kryterium. Sprzeczność tę – jego zdaniem – da się wytłumaczyć tylko w ten sposób, że prawnicy w tych sytuacjach, które wymagają od nich podjęcia „decyzji opartych na ocenach uchylają założenie niewspółmierności wartości"[545]. Jako przykład sytuacji, w której prawnicy zmuszeni są uchylić założenie niewspółmierności wartości, podaje występującą w zakresie prawa cywilnego konieczność rozstrzygania spraw o zadośćuczynienie za krzywdę. Koncepcja Marka Zirk-Sadowskiego jest zresztą pewną wersją argumentu użytego później przez Jürgena Habermasa w obronie zasady neutralności. Otóż, analizując stawiane tej zasadzie zarzuty tego rodzaju, że żadna z pozoru neutralna zasada nie jest tak naprawdę neutralna albo że każda pozornie neutralna procedura odzwierciedla jakąś określoną koncepcję dobrego życia, Habermas dał do zrozumienia, że co do istoty z tymi zarzutami się zgadza, ale jednocześnie uznał, że można te zarzuty obalić „[…] jeśli da się usprawiedliwić zasadę neutralności jako konieczny składnik bezalternatywnej i nieuniknionej praktyki. Dana praktyka jest «nieunikniona», jeśli spełnia ważne funkcje życiowe i nie może być zastąpiona żadną inną praktyką"[546]. Argumentacja Marka Zirk-Sadowskiego jest analogiczna: to

spójność czy też zgodność z jakąś teorią, ale wierność życiu etycznemu". (J. Gray: *op.cit.*, s. 71–72).

[545] M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 153.

[546] J. Habermas: *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Warszawa, 2005, s. 330.

prawda, że niewspółmierność wartości jako zjawisko występuje – a w każdym razie prawnicy je uznają – ale ze względu na zinstytucjonalizowaną (a więc silniejszą niż w życiu codziennym) konieczność podejmowania decyzji nie mają oni innego wyjścia jak dokonywać porównań obiektów nieporównywalnych. Zawieszanie założenia niewspółmierności wartości i uwspółmiernianie niewspółmiernego jest wobec tego koniecznym składnikiem bezalternatywnej i nieuniknionej praktyki, która spełnia ważne funkcje życiowe i nie może zostać zastąpiona żadną inną praktyką. I tę argumentację można by uznać za całkiem przekonującą (oczywiście jeżeli zgodzić się z jej przesłankami, a przede wszystkim z twierdzeniem, że porównania nie da się zastąpić żadną inną praktyką i że nie ma dlań żadnej alternatywy[547]). Ale trzeba zauważyć, że argumentacja ta ogranicza się tylko i wyłącznie do wyjaśnienia (czy też raczej uzasadnienia) konieczności zrezygnowania przez prawników z tezy o niewspółmierności wartości. Nie działa natomiast w ogóle na poziomie operatywnym, który jest fundamentalny przecież dla każdej praktyki. Nie tłumaczy – moim zdaniem – dość przekonująco, jakim sposobem można założenie niewspółmierności uchylić, a właściwie, co z takiego – przecież w gruncie rzeczy czysto werbalnego – uchylenia wynika i jak może ono faktycznie (w działaniu) umożliwić z założenia niewykonalne porównanie niewspółmiernych elementów. Mimo powyższych wątpliwości trzeba jednak zauważyć, że stanowisko Zirk-Sadowskiego nie jest odosobnione. Z podobną myślą, i co za tym idzie podobnym problemem, można się zetknąć także w rozważaniach Fredericka Schauera.

Zauważa on, że zwykle dyskusja na temat (nie)współmierności czy (nie)porównywalności jest prowadzona na płaszczyźnie ontologicznej, to znaczy dotyczy ona tego, czy (nie)współmierność lub (nie)porównywalność jest własnością przysługującą z samej ich istoty wartościom, racjom, opcjom lub normom albo ich zestawom. Jego zdaniem natomiast,

[547] Moim zdaniem, praktyka ta w wielu przypadkach nie jest wcale nieunikniona, o czym piszę w dalszej części pracy.

(nie)współmierność czy (nie)porównywalność nie są (a przynajmniej nie są tylko) własnościami, ale często mają charakter nastawień, skłonności, założeń lub ram pojęciowych. Jako takie nie istnieją po prostu, ale są raczej wybierane i to, według niego, wybierane w oparciu o racje instrumentalne[548]. Zdaniem Schauera, twierdzenie o (nie)współmierności nie ma wyłącznie charakteru deskryptywnego, ale też charakter askryptywny. Dlatego uważa, że poważnym i wymagającym odpowiedzi normatywnym pytaniem jest, czy społeczność powinna kreować taki dyskurs, czy rozumienie, który zakłada niewspółmierność. Co więcej – według Schauera – pytanie to może być sensownie zadawane (a odpowiedź na to pytanie może być udzielana), może nie całkowicie niezależnie od – ale przynajmniej równolegle do – rozważania kwestii (nie)współmierności na płaszczyźnie ontologicznej. Przy czym pytanie to (i odpowiedź na nie) powinno się skupiać na tym, która z alternatyw – współmierność czy niewspółmierność – jako założenie przyjmowane przez decydentów ze sfery publicznej – przyniesie lepsze rezultaty, tj. przyniesie lepsze konsekwencje albo moralnie lepszy świat. Przyjmując ten kierunek rozważań, Schauer wyraża przekonanie, że dopuszczalny jest pogląd, zgodnie z którym wiara w niewspółmierność przynosi niekorzystne skutki. Jeśli bowiem ktoś wierzy, że niewspółmierność występuje, to – w opinii Schauera – może doszukiwać się jej wszędzie, a w każdym razie w większej ilości sytuacji niż faktycznie ma ona miejsce. Wiara w niewspółmierność może więc zniechęcać do aktywnego poszukiwania rozwiązań trudnych problemów i prowadzić do błędnych decyzji[549]. Dlatego do pomyślenia jest przyjęcie stanowiska, iż –

---

[548] F. Schauer: *Instrumental Commensurability…*, s. 1–2 z 17; także idem: *Commensurability…*, s. 803. Takie podejście koresponduje do pewnego stopnia ze stanowiskiem Marka Zirk-Sadowskiego, który uważa, że „niewspółmierność jest zawsze elementem określonej teorii wartości" (M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 150).

[549] Schauer, na przykład, uważa, że wiara w niewspółmierność może prowadzić do odmawiania ludziom wynagradzania poniesionych przez nich szkód niemajątkowych na tej podstawie, że rekompensata pieniężna jest w takim przypadku nieadekwatna. A przecież, jak pisze, nawet nieadekwatna rekompensata jest lepsza niż żadna. (F. Schauer: *Commensurability…*, s. 805–807). Wydaje się jednak, że, mimo

nawet jeżeli niewspółmierność jako zjawisko faktycznie występuje – byłoby lepiej zakładać, że jej nie ma. Z drugiej strony – zdaniem Schauera – można też uważać, że jeśli podejmujący decyzje będą zakładać, iż nie istnieje nic takiego jak niewspółmierność i że wszystko da się sprowadzić do wspólnej miary czy waluty, zbilansować, wyważyć i wymienić, że zawsze istnieje słuszne rozwiązanie, to może to prowadzić zaniżania wartości niektórych racji czy opcji[550]. Przy takim postawieniu sprawy można by sądzić, że z instrumentalnego punktu widzenia dobrze byłoby niewspółmierność zakładać, nawet gdyby ona nie występowała. Z racji takich możliwych dwóch stanowisk powinno się – według Schauera – zbilansować korzyści i koszty przyjęcia procedur decyzyjnych, które odpowiednio zakładałyby niewspółmierność i współmierność. Bilans taki (ze względu na to, że założenie niewspółmierności wartości jest sporne, a spór nie ma raczej perspektyw na stanowcze rozstrzygnięcie) należy przeprowadzić dla obu hipotetycznych sytuacji – sytuacji, w której założenie to byłoby prawdziwe oraz sytuacji, w której założenie to byłoby fałszywe. I – choć Schauer nie mówi tego całkowicie wprost – to, jak mi się wydaje, wyraźnie sugeruje, że bilans taki wskazałby raczej na to, że z punktu widzenia konsekwencji lepsze byłoby

efektowności tego argumentu, Schauer nie ma racji, gdyż opiera się na pewnych arbitralnie przyjętych przesłankach: niebezpieczeństwo, jakie wskazuje, zachodzi bowiem tylko wtedy, kiedy przyjmuje się właśnie perspektywę współmierności – kiedy zakłada się, że niewspółmierność uniemożliwia jakąkolwiek racjonalną decyzję oraz że wielkość rekompensaty czy wynagrodzenia (celowo nie używam tu należących do języka prawnego i prawniczego wyrazów „zadośćuczynienie" czy „odszkodowanie", żeby nie ograniczać się do konkretnej koncepcji) musi stanowić bezpośredni rezultat porównania pomiędzy szkodą a pieniądzem. A przecież, jak to zresztą zostanie wykazane poniżej, nie jest to jedyny możliwy do przyjęcia pogląd.

[550] Takie właśnie stanowisko prezentuje M. Nussbaum. Uważa ona, że stosowanie *cost-benefit analysis* (która, jak wiadomo, czyni wszystkie wartości i dobra kwantyfikowalnymi) wprawdzie pozwala na udzielanie odpowiedzi na pytanie: „Co powinno się zrobić?", ale często ukrywa, że rozstrzygany problem ma charakter tragiczny. Tymczasem stawianie czoła tragicznym pytaniom jest samo w sobie wartościowe, ponieważ pozwala wyciągnąć wnioski na przyszłość – także co do tego, jak kształtować nasze społeczne otoczenie, aby tragicznych sytuacji było jak najmniej. Zob. M. Nussbaum: *The Cost of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis*. „The Journal of Legal Studies", vol. 29, no. 2, 2000, s. 1005–1036.

oparcie publicznych procedur decyzyjnych na założeniu współmierności[551].

Stanowisko Schauera zostało skrytykowane przez Briana Leitera. Obok innych zarzutów Leiter wskazał, że jeżeli przyjmuje się nastawienie tak konsekwencjalistyczne jak to robi Schauer, to powinno się także wziąć pod uwagę przy bilansowaniu korzyści i kosztów przyjęcia danego założenia skutki, jakie wynikają z porzucenia normy narzucającej ściśle określoną relację pomiędzy uzasadnionym przekonaniem a prawdziwością twierdzenia, którego to przekonanie dotyczy. Brak oddania takiej normie (brak szacunku dla niej i nie respektowanie jej w pełni) na pewno ma jakieś następstwa i niektóre z nich mogą być – zdaniem Leitera – bardzo niebezpieczne. Jak ostrzega: trzeba zdawać sobie sprawę ze skutków, jakie mogą wystąpić, jeżeli zaczniemy decydować o tym, w co wierzyć, nie oglądając się na prawdę[552]. Trzeba szczególnie podkreślić, iż Leiterowi nie chodzi wcale o to, że zdarzają się nam przekonania, które są fałszywe, ale o to, że nie powinniśmy – jego zdaniem – eliminować prawdy spośród kryteriów akceptowania przekonań. Także Martha Nussbaum, analizując Platońską koncepcję celowego wdrażania człowieka do współmierności jako narzędzia etycznego postępu i terapii (oraz jako podyktowanego rozsądkiem remedium na ludzką wrażliwość na stratę i uleganie pasjom), żąda, aby każdy badacz społeczny, który podobną koncepcję głosi, wykazał, jakie byłyby dalekosiężne skutki jej realizacji, tj. jakie zmiany zaszłyby w otaczającej nas szeroko rozumianej rzeczywistości i w nas samych w razie jej wprowadzenia. Zdaniem tej autorki bowiem skutki takie byłyby olbrzymie i niekoniecznie korzystne[553]. Inną, podobnie silną obawę przed uwspółmiernianiem tego co niewspółmierne, wyraża też John Gray, który przyznaje, że uwspółmiernienie takie od strony technicznej bywa możliwe,

---

[551] F. Schauer: *Instrumental Commensurability…*, a także: idem: *Commensurability…*, *passim*.

[552] B. Leiter: *Incommensurability: Truth or Consequences?* „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, 1998, s. 1723.

[553] M. Nussbaum, *Plato on Commensurability…*, s. 113–123.

„jednak ceną, jaką się za to płaci, jest wydrenowanie znaczenia z niektórych najgłębszych konfliktów etycznych”[554].

Przyglądając się w kontekście polemiki Schauer – Leiter poglądom Marka Zirk-Sadowskiego, można stwierdzić, że występuje tu podobny problem. Czy można – jak to zdaniem Zirk-Sadowskiego bywa w przypadku prawników – będąc przekonanym o niewspółmierności wartości, uchylić to założenie? Jak wówczas uwspółmierniać to, co niewspółmierne i jakie mogłoby to przynieść skutki?

Marek Zirk-Sadowski pokazuje, jak – jego zdaniem – ma się to odbywać, na przykładzie zadośćuczynienia za krzywdę. Stwierdza, że kiedy chodzi o wyrównanie szkody niemajątkowej w pieniądzu zachodzi „[…] niewspółmierność wartości, które próbuje się w takiej sytuacji porównać. Niewspółmierność polega na tym, że jedna skala wartości jest uporządkowana według kryterium majątkowego, a druga według kryteriów niemajątkowych”[555]. Opierając się na sformułowaniach obecnych w polskiej judykaturze i piśmiennictwie, wskazujących na kompensacyjny charakter zadośćuczynienia, konstatuje, że „konsekwencją uchylenia założenia o istnieniu wartości niewspółmiernych jest cały szereg zasad szczegółowych, które określają jak obliczać zadośćuczynienie w konkretnym przypadku”[556]. I to te zasady – jak rozumiem – mają pozwolić na porównanie tego, co z założenia (prawdziwego, ale czasowo uchylanego), porównać się nie da.

Powstaje jednak pytanie, co w takim przypadku ulega uwspółmiernieniu, a więc – jakie obiekty (z założenia niewspółmierne) w ramach tak opisanego mechanizmu podlegają uwspółmiernieniu (a więc podlegają porównaniu) oraz czy – i w jaki sposób – przyjmowane przez prawników zasady szczegółowe, o których pisze Marek Zirk-Sadowski, rzeczywiście porównanie tych obiektów umożliwiają. Pytanie to jest tym istotniejsze, że – zdaniem tego autora – „[…] problem wzajemnego przeliczania podstawowych wartości ludzkich na dobra majątkowe pojawia się

[554] J. Gray: *op.cit.*, s. 77.
[555] M. Zirk-Sadowski: *Rozumienie ocen…*, s. 152.
[556] *Ibidem*, s. 153.

we wszystkich gałęziach prawa [...] problem szeroko rozumianej sankcji w prawie, analizowany od strony treściowej, sprowadza się do wzajemnego przekładu wartości. Dyskusje nad rolą kary [...] mogłyby równie dobrze ilustrować sposób uchylania przez prawników założenia niewspółmierności wartości"[557]. Dlatego w dalszej części niniejszego rozdziału przedstawiona zostanie analiza mechanizmu podejmowania decyzji przez sąd w przypadku określania zadośćuczynienia za krzywdę wedle zasad polskiego prawa cywilnego oraz decyzji wymierzania kary wedle polskiego prawa karnego. Te dwa obszary problemów będą jednocześnie dobrze korespondowały z zaprezentowanymi powyżej badaniami amerykańskimi, które odnosiły się przecież do podobnych co do swego zakresu problemów.

4.2. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na orzekanie zadośćuczynienia

Na początek warto zauważyć, że problem z zadośćuczynieniem jest szczególnie poważny, poważniejszy chyba niż inne problemy prawników związane z niewspółmiernością. Tak jak nie budzi sprzeciwu – co do zasady – sama instytucja wymierzania kary za przestępstwa (choć powstają pewne problemy z mechanizmem, jakim takie orzekanie się rządzi), to kwestia zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową powoduje znacznie większe kontrowersje. Znalazły one swoje apogeum w dyskusji, jaka odbyła się w latach 50. XX w. na temat zasadności utrzymania w prawie polskim instytucji zadośćuczynienia za krzywdę, ale i później znajdowały odzwierciedlenie chociażby w przyznawaniu niskich przez wiele lat kwot zadośćuczynień[558], a także w samym ustawowym ograniczeniu sytuacji, w których można się domagać zadośćuczynienia. Pomijając wątek o charakterze politycznym związany z panu-

[557] *Ibidem*, s. 154.
[558] Por. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*. Bydgoszcz, 1999, s. 160–161.

jącym przed 1989 r. ustrojem, trzeba odnotować, że kontrowersje te mogą być wiązane z występowaniem w życiu społecznym i wmieszaniem się w pewnym sensie w instytucję zadośćuczynienia nie tylko zjawiska „zwykłej" niewspółmierności, ale zjawiska niewspółmierności konstytutywnej[559]. Zjawiska, które nie wyczerpuje się tylko w tym, że pewne elementy sytuacji decyzyjnej (pewne opcje) nie dają się porównać, ale, które wiąże się także z tym, że porównywanie takich opcji budzi sprzeciw i odrazę. I tak właśnie wiele wartości, których naruszenie bywa przyczyną powstania roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne, jest połączonych z wartościami ekonomicznymi (z pieniądzem w szczególności) relacją niewspółmierności konstytutywnej. Wolność, życie, godność to nie tylko wartości, które nie mają swojej określonej ceny w pieniądzu, ale których człowiekowi cywilizowanemu nie wolno wymieniać na pieniądze. Jak to zostanie jednak poniżej wykazane, uwikłanie zadośćuczynienia w niewspółmierność konstytutywną jest tylko pozorne, a instytucja ta nie zagraża naszemu życiu społecznemu, w takim kształcie, w jakim ono funkcjonuje.

Ponieważ prowadzone tu rozważania tylko przy okazji niejako wkraczają w obszar prawa pozytywnego, elementy o charakterze dogmatycznym zostaną ograniczone do niezbęd-

[559] Uważam, wbrew potocznej opinii, że przyczyny polityczne nie były tu wcale najbardziej istotne. Podobna dyskusja toczy się przecież także od wielu lat w Stanach Zjednoczonych. Ścierają się tam, jak pisze M. J. Radin, różne – utowarowione i nieutowarowione – koncepcje zadośćuczynienia. Utowarowione koncepcje, co do zasady, oparte są na założeniu współmierności, a nieutowarowione na założeniu niewspółmierności. Głoszone są nawet takie poglądy, które zasadność funkcjonowania instytucji zadośćuczynienia całkowicie negują i postulują jej usunięcie z amerykańskiego prawa (M. J. Radin: *op.cit.*, *passim*). Co ciekawe – i wbrew temu, co twierdzi F. Schauer (por. *supra* przyp. 549 na s. 273) – postulaty takie są wysuwane także przez utowarowione koncepcje zadośćuczynienia związane z ekonomiczną analizą prawa. Wskazuje się tu bowiem na przykład na to, że w przypadku szkód wyrządzonych przez produkty zabezpieczenie przed ryzykiem szkody niemajątkowej (przed bólem i cierpieniem) nie jest objęte umową pomiędzy producentem a kupującym, „byłoby więc nieefektywne, żeby prawo dawało konsumentom coś, za co sami nie zapłacili", albo że skoro kupujący sami nie ubezpieczają się na rynku ubezpieczeniowym od ryzyka takich szkód, to znaczy, że bardziej cenią pieniądze niż swoją integralność fizyczną i psychiczną (M. J. Radin: *op.cit.*, s. 75–77).

nego minimum. Omawiane tu kwestie będą więc dotyczyły wyłącznie odpowiedzialności na zasadzie art. 445 oraz 446 § 4 kodeksu cywilnego w brzmieniu na dzień 01.01.2009 r. i tylko w takim zakresie, jaki jest niezbędny z punktu widzenia postawionego sobie zadania. Na początek zaś zreferowane zostanie krótko stanowisko doktryny i orzecznictwa.

Monika Wałachowska pisze, że „[...] określenie szkody niemajątkowej [...] budzi kontrowersje w doktrynie. Szkoda przybiera bardzo różne postacie, np. naruszenia integralności cielesnej, pozbawienia wolności, cierpień fizycznych i psychicznych, naruszenia godności. Można stwierdzić, że jej cechą odróżniającą jest fakt niemożności jej wyrażenia w pieniądzu. Nie można oznaczyć jej wielkości za pomocą metody dyferencyjnej, czyli poprzez porównanie sytuacji majątkowej poszkodowanego po wyrządzeniu krzywdy ze stanem majątku, jaki by istniał gdyby krzywdy nie wyrządzono”[560].

Zadośćuczynienie pełni funkcję kompensacyjną. W orzecznictwie i literaturze przeważa pogląd, że jest to w zasadzie jego jedyna funkcja, nie pełni ono bowiem funkcji prewencyjnej ani represyjnej[561]. Jak jednak rozumiana jest ta funkcja kompensacyjna, jeżeli nie jest tu możliwa ani restytucja naturalna, ani dostarczenie żadnego uznanego ekwiwalentu majątkowego w zamian za dobro, którego naruszenie stwierdzono? Zgodnie z literaturą przedmiotu zadośćuczynienie[562]:

1. jest swoistym ekwiwalentem za doznaną krzywdę;
2. ma dostarczać poszkodowanemu realną wartość ekonomiczną dla pośredniego wyrównania krzywdy poprzez dostarczenie jakiejś przyjemności, możliwej do nabycia za pieniądze;
3. ma zwiększyć możliwość zaspokajania potrzeb poszkodowanego dla wyrównania mu drogą pośrednią uszczerbku, jaki poniósł;
4. ma dostarczyć poszkodowanemu satysfakcji poprzez umożliwienia konsumpcji;

---

560 M. Wałachowska: *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*. Toruń, 2007, s. 14.
561 Por. *Ibidem*, s. 15–18; A. Szpunar: *op.cit.*, s. 77–80.
562 Za M. Wałachowska: *op.cit.*, s. 17–18.

5. ma poprawiać stan psychiczny poszkodowanego poprzez poprawę jego sytuacji majątkowej;

6. ma złagodzić cierpienia itd.

Jakie czynniki decydują o wysokości zadośćuczynienia?

Ustawa nie zawiera w tym zakresie żadnych wskazówek, poza tą jedną, że ma być ono „odpowiednią sumą". Trzeba tu od razu dodać – a nie wynika to z relacjonowanej tu literatury przedmiotu – że słowo „odpowiednią" można rozumieć dwojako. Po pierwsze można je rozumieć jako „stosowną"[563] (takie określenie było obecne w art. 165 k.z. oraz 166 k.z.), „zgodną z przyjętymi normami", „spełniającą określone warunki"[564]. Po drugie można też je rozumieć jako „odpowiednią do czegoś", „pozostającą w proporcji do czegoś", „współmierną do czegoś"[565].

Ta dwoistość rozumienia słowa „odpowiedni", choć niewykluczone, że przypadkowa, oddaje doskonale powstający tutaj problem. Można by powiedzieć, że postulat zawieszenia założenia niewspółmierności wartości przesuwa emocjonalnie odbiór komunikatu zawartego w tymże słowie ku drugiemu z wyliczonych znaczeń[566]. (Zamiast poszukiwać kwoty „zgodnej z przyjętymi normami" zaczyna się szukać kwoty „współmiernej do" krzywdy.)

Wobec braku dyrektyw ustawowych wskazówki co do kalkulowania wysokości zadośćuczynienia zostały wypracowane przez judykaturę. Oczywiście nie sposób wyliczyć ich wszystkich, ale – za Adamem Szpunarem i Moniką Wałachowską, którzy je

---

[563] *Stosowny* [w:] *Słownik języka polskiego…*, T. 3, s. 318: „taki, który najlepiej się nadaje, pasuje do czegoś, odpowiada czemuś; odpowiedni, właściwy".

[564] Por. *odpowiedni* [w:] *ibidem*, T. 2, s. 449: „odpowiadający celowi, przeznaczeniu, spełniający wymagane warunki; stosowny dla kogoś, nadający się do czegoś; właściwy, należyty".

[565] Por. *odpowiedniość* [w:] *ibidem*: „fakt, że jakieś rzeczy odpowiadają sobie wzajemnie; symetria, równoważność, zgodność, współmierność".

[566] Można powiedzieć, że w drugim znaczeniu przymiotnik „odpowiedni" ma charakter kryptoporównawczy (por. T. Gizbert-Studnicki: *op.cit.*, s. 163). Tylko przy takim jego rozumieniu zawieszenie założenia o niewspółmierności, a więc powrót do porównywalności, ma jakikolwiek sens.

zebrali i opracowali – można powiedzieć, że sąd, określając wysokość zadośćuczynienia, ma:

1. wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na rozmiar doznanej krzywdy;
2. wziąć pod uwagę wiek poszkodowanego;
3. wziąć pod uwagę stopień i czas trwania cierpień psychicznych i fizycznych;
4. wziąć pod uwagę jak trwałe skutki wywołało zdarzenie;
5. wziąć pod uwagę prognozy na przyszłość;
6. wziąć pod uwagę nieodwracalność następstw zdarzenia;
7. wziąć pod uwagę fakt, że roszczenia przeszły na spadkobierców;
8. wziąć pod uwagę sytuację życiową ofiary przed wypadkiem i po jego zaistnieniu;
9. wziąć pod uwagę wpływ krzywdy na różne dziedziny prowadzonej przez poszkodowanego działalności życiowej (rodzinnej, zawodowej, towarzyskiej itp.);
10. wziąć pod uwagę uczucie krzywdy (np. spowodowanej ułomnością);
11. wziąć pod uwagę uzyskanie przez poszkodowanego wysokiego odszkodowania z ubezpieczenia sprawcy;
12. wziąć pod uwagę stopień winy sprawcy;
13. wziąć pod uwagę zachowanie sprawcy po wyrządzeniu krzywdy;
14. wziąć pod uwagę stopień natężenia krzywdy;
15. nie brać pod uwagę sytuacji – w szczególności majątkowej – sprawcy szkody;
16. wziąć pod uwagę sumy zasądzane w analogicznych przypadkach;
17. starać się, aby zasądzona suma nie była nadmierna – ma być w rozsądnych granicach;
18. wziąć pod uwagę aktualne warunki i przeciętną stopę życiową społeczeństwa (w stopniu nie zaprzeczającym kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia);
19. wziąć pod uwagę stosunki majątkowe społeczeństwa.

Adam Szpunar przyznaje, że „[…] materiały z zakresu prawa porównawczego […] pozwalają na stwierdzenie, że wysokość zadośćuczynienia jest różnie określana przez orzecznictwo różnych krajów […]. Przyznawane przez sądy polskie sumy pieniężne muszą być relatywnie niższe niż w krajach bogatszych, o znacznie wyższym wskaźniku dochodu narodowego i bardziej uprzemysłowionych […]. Nie należy zapominać o tym, że zadośćuczynienie płacą bardzo często zakłady ubezpieczeń […]. Przyznawanie coraz wyższych sum z tytułu zadośćuczynienia musi nieuchronnie prowadzić do podwyższania składek ubezpieczeniowych […]. W orzecznictwie powinna występować tendencja unifikacyjna, polegająca na tym, że w zbliżonych sytuacjach sądy przyznają kwoty pieniężne w podobnych wysokościach”[567]. Ale jednocześnie, zdaniem Szpunara, „możliwość uwzględnienia momentów indywidualnych przy przyznawaniu zadośćuczynienia jest wielką zaletą obecnego unormowania”[568].

Analizując przedstawione powyżej warunki przyznawania zadośćuczynienia w prawie polskim, można stwierdzić, że struktura powierzchniowa stosowanej w uzasadnieniach sądów oraz poglądach doktryny argumentacji wskazywałaby na to, że przy ustaleniu wysokości zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową dochodzi do porównania – uwspółmiernienia – dwóch elementów: szkody niemajątkowej (krzywdy) oraz sumy pieniężnej określonej w aktualnie obowiązującej walucie (w złotych polskich). Uwspółmiernienie takie z natury rzeczy musiałoby odbywać się niejako dwuetapowo. Pierwszy etap to ustalenie rozmiaru krzywdy, a drugi to ustalenie sumy pieniężnej, jaka odpowiada krzywdzie mającej ustalony wcześniej rozmiar. Nie jest bowiem możliwe, na gruncie polskiego prawa, ustalenie wysokości zadośćuczynienia bez ustalenia rozmiaru krzywdy. Należy założyć, *arguendo*, że te dwa etapy muszą następować jeden po drugim; nie może tu zachodzić nawet równoległość tego rodzaju, jaka zachodzi w procesie stosowania prawa pomiędzy

[567] A. Szpunar: *op.cit.*, s. 185–186.
[568] *Ibidem*, s. 187.

fazą ustalania normy, jaka obowiązuje, niezbędnej do rozstrzygnięcia sprawy, i fazą uznania faktu za udowodniony. Z każdym z tych etapów wiążą się zaś swoiste problemy.

Ustalenie rozmiaru krzywdy nie odbywa się poprzez pomiar. Brak jest bowiem w przypadku szkody niemajątkowej jakiejkolwiek jednostki, która w sposób jednolity czy obiektywny pozwalałaby określić jej rozmiar. Brak jest nawet, zarówno w przepisach prawnych, jak i w literaturze przedmiotu, określenia wymiaru, którego miałby dotyczyć pomiar. Można wprawdzie – zapewne bez obawy o błąd – przyjąć, że krzywda ma wymiar zarówno ilościowy, jak i jakościowy, ale nie wiadomo, jaka jest relacja pomiędzy tymi wymiarami; jak odpowiednia proporcja między nimi wpływa na rozmiar krzywdy. Brak jest też – jak się wydaje, w orzecznictwie zwłaszcza – jakiejś wspólnej terminologii, choćby nieprecyzyjnej, pozwalającej na ujednolicenie procesu oceny rozmiaru szkody. Próby stosowania przez sądy tabel procentowego uszczerbku na zdrowiu spotkały się ze słuszną chyba krytyką[569]. W uzasadnieniach orzeczeń sądowych rozmiar krzywdy bardzo często wskazywany jest poprzez dość dokładny jej opis wraz ze ściśle powiązanymi z tym opisem elementami ewaluatywnymi. Trudności z ustaleniem i określeniem rozmiaru krzywdy w jakiejś jednolicie przyjętej terminologii są wynikiem nie tylko niemajątkowego charakteru krzywdy, ale także wynikiem występującego w wysokim stopniu i konstytutywnego dlań czynnika indywidualnego i subiektywnego oraz nieprzewidywalnie rozległego zakresu, jaki termin „krzywda" ma w polskim języku prawnym. Dlatego na etapie ustalenia rozmiaru szkody niemajątkowej niezbędna jest daleko posunięta indywidualizacja. Wyrazem potrzeby takiej indywidualizacji jest stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt II CSK 78/08, który stwierdził, że […] *w każdej sprawie występują szczególne, właściwe tylko dla niej, okoliczności faktyczne. Natężenie doznanych krzywd zależy od indywidualnych cech poszkodowanego. Dlatego okoliczności wpływające na wysokość*

[569] Por. *ibidem*, s. 187; M. Wałachowska: *op.cit.*, s. 135.

zadośćuczynienia, podobnie jak kryteria ich oceny, powinny być rozważane indywidualnie wobec konkretnej osoby pokrzywdzonego, bez względu na wysokość zadośćuczynienia zasądzonego w innej sprawie. Nie da się bowiem w wymierny sposób ocenić, czy doznana przez powoda krzywda, nawet przy podobnych obrażeniach i sytuacji osobistej, jest większa, czy mniejsza niż krzywda doznana przez inną osobę na rzecz, której w innej sprawie zasądzono odpowiednie świadczenie[570]. Pomimo tak stanowczych sformułowań zawartych w cytowanym uzasadnieniu, można chyba bez większego ryzyka błędu stwierdzić, że w społeczeństwie istnieją jednak pewne (minimalne choćby) podzielane powszechnie standardy, pozwalające, przynajmniej bardzo ogólnej kwalifikacji rozmiaru krzywdy – dokonać. Oczywiście standardy te odnoszą się zawsze do określonego czasu i miejsca i zmieniają się, choćby z rozwojem medycyny czy zmianą obyczajów[571]. Wyrazem tych standardów są właśnie formułowane przez judykaturę i naukę prawa wspomniane powyżej dyrektywy. Trzeba jednak od razu zauważyć, że tylko część tego rodzaju dyrektyw odnosi się do ustalania rozmiaru krzywdy. W przedstawionym powyżej wyliczeniu takimi właśnie dyrektywami są dyrektywy 1–15. Ale, co charakterystyczne i potwierdzające wcześniejszą tezę o istnieniu pewnych powszechnie podzielanych standardów, te właśnie dyrektywy są stosunkowo najmniej kontrowersyjne.

---

[570] *System Informacji Prawnej LEX*, Warszawa-Sopot, Wolters Kluwer Polska, Lex 420389 [dostęp: 17 marca 2009]. Wszystkie cytaty pochodzące z orzecznictwa, przytaczane za *Systemem Informacji Prawnej LEX* zostały wyróżnione pismem pochyłym.

[571] W tym miejscu trzeba zauważyć, że zmiany w tego rodzaju standardach zachodzą stopniowo i chyba wcale nie tak szybko. Ale nie można nie odnotować, że jednak występują. Posługując się prostymi przykładami, można powiedzieć, choćby że pozbawienie kogoś uzębienia współcześnie, kiedy technika stomatologiczna stoi na bardzo wysokim poziomie, wiąże się chyba z krzywdą o mniejszych rozmiarach niż w czasach, gdy stomatologią zajmowali się balwierze. (Choć z drugiej strony brak uzębienia kiedyś nie był tak dotkliwie stygmatyzujący jak obecnie). Podobnie, pozbawienie kogoś dziewictwa współcześnie i to w kraju należącym do tzw. zachodniej kultury, choć niewątpliwie może wiązać się z krzywdą, to jednak chyba mniejszą niż w czasach lub miejscach, w których dziewictwo stanowiło najważniejszą bodaj, obok posagu, kwalifikację do małżeństwa.

Dyrektywy, które mają zastosowanie na etapie ustalania sumy pieniężnej, jaka odpowiada określonej uprzednio krzywdzie, przykładowo wyliczone powyżej pod numerami 16–19, są już bardziej kontrowersyjne. Można gołym okiem zaobserwować postępującą obecnie tendencję do pewnego, względnego przynajmniej, uniezależniania się wysokości zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową od aktualnych warunków ekonomicznych. Tendencję tę scharakteryzował Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 12 września 2002 r., sygn. akt IV CKN 1266/00: *Przyjęte przez Sąd Apelacyjny stanowisko w tej kwestii nawiązuje do linii orzecznictwa zapoczątkowanej orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1965 r.* (*OSPiKA 1966, poz. 92*), *w którym sformułowana została teza, że zadośćuczynienie powinno być umiarkowane, przez co należy rozumieć kwotę pieniężną, której wysokość jest utrzymana w rozsądnych granicach, odpowiadających aktualnym warunkom i przeciętnej stopie życiowej społeczeństwa. Zapatrywanie to było w orzecznictwie powszechnie akceptowane, mimo zmian wspierającej go argumentacji, w szczególności odchodzenia od akcentowanej wcześniej obawy przed nieusprawiedliwionym wzbogaceniem poszkodowanego. Zachowało ono aktualność także w obecnych stosunkach społeczno-ekonomicznych. Zasada umiarkowanej wysokości zadośćuczynienia trafnie łączy wysokość zadośćuczynienia z wysokością stopy życiowej społeczeństwa, bowiem zarówno ocena, czy jest ono realne, jak i czy nie jest nadmierne, a więc czy jest odpowiednie, pozostawać musi w związku z poziomem życia. Podkreślenia jednak wymaga uzupełniający charakter tej zasady w stosunku do kwestii zasadniczej, jaką jest rozmiar szkody niemajątkowej, gdyż jedynie przy zachowaniu takiej relacji oraz różnej wagi każdego z tych elementów możliwe jest zachowanie kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia*[572]. Innym świadectwem nowych tendencji w orzecznictwie może być uzasadnienie przez Sąd Najwyższy wyroku z dnia 6 czerwca 2003 r., sygn. akt

[572] Lex 80272 [dostęp: 17 marca 2009], podkreślenie – S.W.

IV CKN 213/01, w którym sąd ten uznał, że […] *funkcjonujące od dziesięcioleci w orzecznictwie sądów wszystkich instancji stereotypowe określenia wymagają konkretyzacji. Aktualne warunki powinny być odniesione do rozwoju cywilizacyjnego, stanu funduszów publicznych, z których mają być wypłacane świadczenia, rozmiarów kompensat przyznawanych przez Skarb Państwa z różnorakich tytułów oraz zwiększonego szacunku dla zdrowia. Przeciętna stopa życiowa stanowiła wartościowy wskaźnik w okresie osiągania przez niemal całe społeczeństwo dochodów wyrównanych, pozostających na niskim poziomie. Obecnie, przy dużych różnicach dochodów, trudno dopatrzyć się treści w omawianym wskaźniku. Zachodzi więc konieczność określenia, której grupy społecznej dochody mają się stać miernikiem wysokości zadośćuczynienia. Sprzeczne z dyscyplinującą funkcją odszkodowań (oraz zadośćuczynienia) byłoby jednak określanie jego wysokości na podstawie dochodów najbiedniejszych warstw społeczeństwa*[573]. A jeszcze dalej idące stanowisko zajął chyba Sąd Najwyższy wówczas, kiedy w zacytowanym już poprzednio uzasadnieniu orzeczenia (II CSK 78/08) stwierdził, że […] *ocena kryteriów decydujących o wysokości zadośćuczynienia zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Dlatego konfrontacja danego przypadku z innymi może dać jedynie orientacyjne wskazówki, co do poziomu odpowiedniego zadośćuczynienia. Kierowanie się przy ustalaniu sumy zadośćuczynienia sumami zasądzanymi z tego tytułu w innych sprawach może tylko zapobiegać powstawaniu rażących dysproporcji w podobnych sprawach. Wysokość świadczeń przyznanych w innych sprawach, choćby w podobnych stanach faktycznych, nie może natomiast stanowić dodatkowego kryterium miarkowania zadośćuczynienia*[574].

Ta zmienność i kontrowersyjność reguł odnoszących się do oznaczania sumy zadośćuczynienia odpowiedniej do określonego wcześniej rozmiaru krzywdy jest świadectwem – także obok ich ogólności i słabej operatywności – że brak jest powszechnie

[573] Lex 141396 [dostęp: 12 marca 2009].
[574] Lex 420389 [dostęp: 12 marca 2009].

podzielanych standardów, które w sposób obiektywny i pewny pozwoliłyby „przeliczyć" rozmiar szkody (nawet jeżeli zostałby on ustalony z dużym stopniem precyzji) na konkretną sumę pieniężną[575]. Krytyce zostały poddane różne próby zoperacjonizowania tych kryteriów, ich częściowego choćby zobiektywizowania, jak choćby ta, o której mowa w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 marca 2008 r., sygn. akt II AK 71/08: *Choć wysokość zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie jest łatwa do precyzyjnego ustalenia, to sposób jego obliczenia przez Sąd Okręgowy w przedmiotowej sprawie nie może być zaaprobowany. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przeliczanie przyznanej sumy zadośćuczynienia poprzez ustalanie stawki za każdy dzień izolacji nie jest właściwe*[576].

Jednocześnie, pomimo braku jednoznacznych i niespornych reguł ustalania sumy zadośćuczynienia, uznaje się powszechnie – także z pozaprawnego, moralnego punktu widzenia – że istnieją pewne granice, w których przyznana suma powinna się mieścić. Jako że jednak zadośćuczynienie jest w pierwszym rzędzie instytucją prawną, granice te ustala przede wszystkim obowiązujące prawo. Granice te niewątpliwie są określone choćby przez to, że zadośćuczynienie nie może być ani rażąco wygórowane, ani rażąco niskie. W tych bowiem przypadkach, i tylko w tych, wysokość sumy zadośćuczynienia może być przedmiotem korekty w procesie kontroli instancyjnej[577]. Powstaje więc pytanie, kiedy o sumie zadośćuczynienia można powiedzieć, że jest rażąco wygórowana albo rażąco niska. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. akt III CK 392/04 zarzut taki jest skuteczny *tylko wtedy, gdy w sprawie doszło do oczywistego naruszenia*

---

575 Kontrowersyjność tę można co najmniej częściowo tłumaczyć tzw. kognitywnym problemem tłumaczenia i kłopotami ze „współczynnikiem przekładu", por. *supra* s. 261 oraz s. 264.

576 Lex 410349 [dostęp: 17 marca 2009].

577 Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2000 r. sygn. akt II CKN 651/98, Lex 51063 [dostęp: 12 marca 2009]: „Korygowanie przez sąd II instancji wysokości zasądzonego zadośćuczynienia jest tylko wtedy uzasadnione, jeżeli w okolicznościach sprawy jest rażąco wygórowana lub rażąco niska".

wynikających z tego przepisu [art. 445 § 1 k.c.] […] *kryteriów wyznaczających wysokość zadośćuczynienia lub w razie rażącego odstąpienia od ukształtowanej praktyki sądowej* […][578]. Ponieważ – jak to już powyżej zauważono – kryteria wyznaczające wysokość zadośćuczynienia, przynajmniej w tej części, która odnosi się do ustalenia konkretnej sumy, nie są wcale jednoznaczne i niesporne, szczególnie ważną rolę przy ustalaniu limitów, w jakich winno mieścić się zadośćuczynienie, musi siłą rzeczy pełnić ukształtowana praktyka sądowa.

W tym miejscu można by powziąć wątpliwość, czy w przedstawionych powyżej rozważaniach nie kryje się pewna sprzeczność, będąca być może wynikiem dość wybiórczego przecież opierania się w nich na tezach rozległego i różnorodnego orzecznictwa. Bo z jednej strony z zacytowanych orzeczeń wynika, że wysokość świadczeń przyznawanych w podobnych do rozstrzyganej sprawach powinna mieć bardzo ograniczone znaczenie, że zadośćuczynienie powinno być przyznawane w bardzo zindywidualizowany sposób. Z drugiej zaś strony, ukształtowana praktyka sądowa ma być istotnym czynnikiem wpływającym na wyznaczenie – co najmniej granic – sumy zadośćuczynienia. W mojej opinii żadna sprzeczność tu nie zachodzi. Indywidualizacja, abstrahowanie od konkretnych rozstrzygnięć zapadłych uprzednio w innych sprawach ma i powinna mieć miejsce, ale przede wszystkim na etapie ustalania rozmiaru krzywdy. To właśnie konstytutywny dla szkody niemajątkowej element subiektywny oraz bardzo rozległa denotacja nazwy „krzywda" wykluczają niemal, choć przecież nie całkowicie, odwoływanie się w procesie ustalania rozmiaru krzywdy do ukształtowanej praktyki sądowej. Pomiędzy różnymi przypadkami ludzkiego cierpienia zachodzi bowiem niewspółmierność. Mówiąc potocznie: „Krzywda krzywdzie nierówna".

Ale już po etapie, na którym rozmiar szkody niemajątkowej zostanie, choć często w bardzo nieprecyzyjnych terminach, ustalony, po tym jak sąd poweźmie przekonanie, że dana krzywda jest taka to a taka, a więc na etapie ustalania wysokości sumy

[578] Lex 177203 [dostęp: 14 kwietnia 2009].

zadośćuczynienia, dalsza indywidualizacja może mieć tylko bardzo ograniczone znaczenie[579]. A to z tego względu, że, jak to już wcześniej wspomniano – zgodnie z przeważającym w polskim orzecznictwie i nauce prawa stanowiskiem – zadośćuczynienie ma pełnić (w zasadzie tylko i wyłącznie) funkcję kompensacyjną, czyli równoważącą (łac. *compensatio* – 'równoważenie'). Gdyby pełniło jeszcze inne funkcje, na przykład funkcję represyjną czy prewencyjną, niewykluczone, że dalsza indywidualizacja – wówczas prawdopodobnie w odniesieniu do osoby sprawcy – byłaby nawet niezbędna.

Jak więc dochodzi do ustalenia kwoty zadośćuczynienia? Czy rzeczywiście tak, jak na to wskazuje struktura powierzchniowa argumentacji używanej w polskim orzecznictwie i piśmiennictwie cywilnoprawnym?

Gdyby zgodzić się z tezą Marka Zirk-Sadowskiego, że przy ustalaniu zadośćuczynienia zawieszone zostaje założenie niewspółmierności, to należałoby przyjąć, że dochodzi do tego poprzez porównanie ustalonej co do rozmiaru krzywdy z wartością potencjalnych sum pieniężnych i wybór tej sumy, która zdaje się być nie tylko „nie większa niż" czy „nie mniejsza niż", ale „równa" – co do rozmiaru – krzywdzie. Pomijając teoretyczne trudności, choćby z ustaleniem właściwego przelicznika, czy – jak to nazwali Sunstein, Kahneman, Schkade i Ritov – współczynnika przekładu, takie postępowanie wydaje się jednak

[579] Słuszność zaprezentowanej tu tezy znajduje swoje potwierdzenie w literaturze z zakresu strategii podejmowania decyzji publicznych. G. Calabresi i Ph. Bobbitt, na przykład, analizują decentralizację jako mechanizm łagodzący konflikt pomiędzy przyjmowanymi w zachodnich społeczeństwach, niespójnymi zresztą, koncepcjami egalitarystycznymi a niezbędnym nieegalitaryzmem, będącym konsekwencją przyjmowania w procesie podejmowania decyzji pewnych koniecznych rozróżnień. Dla tych autorów więc decentralizacja to w pewnym aspekcie odpowiednik indywidualizacji. I piszą oni, że „[d]ecentralizacja jest bardziej obiecująca wtedy, kiedy używa się jej do ulepszania procesu ustalania faktów niż ustanawiania standardów". Dzieje się tak, ponieważ „[…] nasze społeczeństwo wierzy i uznaje za fundamentalną wartość samą w sobie, że w odniesieniu do takich alokacji ludzie powinni być traktowani tak samo […]. Z tego wynika więc, że […] decentralizacja w modelowaniu standardów rzadko zmniejsza egalitarystyczny dylemat obecny w tragicznych wyborach". Patrz: G. Calabresi, Ph. Bobbitt: *op. cit.*, s. 53–54.

wręcz kontrintuicyjne. Więc jak inaczej można opisać sposób, w który dochodzi do ustalenia kwoty zadośćuczynienia?

Pewien kierunek poszukiwaniom może nadać zauważenie różnicy, jaka występuje pomiędzy dwoma terminami: „kompensacją" i „rekompensacją". Rekompensacja to wyrównanie, wynagrodzenie. Kompensacja to równoważenie jednego elementu (działania, braku, uszczerbku itp.) innym elementem, równoważenie określonego działania innym działaniem[580]. Rekompensacja jest nastawiona retrospektywnie. Z punktu widzenia rekompensacji istotne jest to i tylko to, co zdarzyło się w przeszłości, a co musi zostać wynagrodzone, wyrównane. To, co zdarzyło się w przeszłości musi zostać uczynione w jakimś sensie niebyłym. Kompensacja ma natomiast charakter prospektywny. Z punktu widzenia kompensacji ważna jest przyszłość – chodzi o to, aby działanie, które zostanie podjęte, zrównoważyło w przyszłości coś, co miało miejsce w przeszłości. Idzie więc o to, by uczynić to, co zdarzyło się w przeszłości w jakimś sensie niezauważalnym w przyszłości (ale nie niebyłym). Oczywiście i kompensacja, i rekompensacja są uwikłane zarówno w przyszłość, jak i w przeszłość, ale „wychylenie" jest tutaj niewątpliwie inne. Oprócz tej trudno uchwytnej różnicy występują też dalsze, łatwiej zauważalne. Rekompensacja to restytucja (łac. *restitutio* – 'przywrócenie do poprzedniego stanu, naprawienie, odbudowanie, odnowienie, zwrot'[581]), naturalna lub pieniężna. Kompensacja nie jest restytucją: może się odbyć poprzez każde działanie, które ma efekt równoważący. Jeśli więc przyznaje się zadośćuczynieniu funkcję kompensacyjną, to trzeba podkreślić, że jest to funkcja kompensacyjna w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zadośćuczynienie w pieniądzu nie może bowiem żadnej krzywdy wyrównać inaczej niż tylko w sensie metaforycznym. Może natomiast tę krzywdę zrównoważyć, skompensować.

Jeśli więc zadośćuczynienie ma być kompensacją i w związku z tym ma być nastawione na przyszłość, to rozumowanie, na którym opiera się ustalenie jego wysokości, także

---

[580] Por. *kompensacja* [w:] *Słownik języka polskiego…*, T. 1, s. 915.
[581] Por. J. Sondel: *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*. Kraków, 2003.

musi odnosić się do przyszłości. W takim razie zadawane sobie przez sąd w procesie orzekania pytanie, to nie pytanie, jaka suma równa jest krzywdzie i jaka kwota sprawi, że ubytek w emocjonalnym życiu poszkodowanego zostanie wypełniony. Sąd zadaje sobie raczej pytanie, jaka suma wystarczy, aby niekorzystne skutki w emocjonalnym życiu poszkodowanego zrównoważyć[582]. Chodzi tu o mechanizm analogiczny do kompensacji w znaczeniu biologicznym, takiej jak ta, która zachodzi, gdy u ludzi, którzy utracili wzrok, wyostrzają się inne zmysły, które zastępują utracone funkcje. Dopiero taka perspektywa – perspektywa prospektywnie rozumianej kompensacji – pozwala wyjaśnić wiele niezrozumiałych bez jej przyjęcia problemów: na przykład, dlaczego zadośćuczynienie ma być zrelatywizowane do stosunków majątkowych społeczeństwa czy aktualnych warunków i przeciętnej stopy życiowej społeczeństw; dlaczego zadośćuczynienie za podobne szkody różni się w różnych systemach prawnych. Przyjęcie perspektywy odmiennej – perspektywy rekompensacyjnej – i będące tego koniecznym skutkiem zawieszenie założenia niewspółmierności wartości prowadziłoby natomiast do wniosku (nie do przyjęcia przecież w naszej kulturze, także prawnej), że – na przykład w Stanach Zjednoczonych – godność ludzka, zdrowie i życie są – w wymiarze niemajątkowym przecież (bo majątkowy jest odzwierciedlany odszkodowaniami za szkodę majątkową) – warte więcej niż w Polsce. Jeśli bowiem za bardzo podobne krzywdy przyznaje się w różnych krajach różne sumy, to – z perspektywy rekompensacyjnej – jest to świadectwo różnej wartości tych krzywd. Jeśli natomiast przyjmiemy perspektywę kompensacyjną, nie kwestionującą wcale niewspółmierności krzywdy i pieniądza, problem ten nie jest już tak jaskrawy. Sąd orzeka, jaka suma pozwoli w danych warunkach społecznych i ekonomicznych zrównoważyć (a nie wyrównać) wyrządzoną krzywdę; jaka kwota na przykład pozwoli

[582] Koncepcja zadośćuczynienia jako kompensacji *sensu stricto* jest bliska, choć nie równoznaczna z koncepcją zadośćuczynienia jako pociechy. Ta druga opiera się na założeniu, że wprawdzie pieniądze nie mogą zrównoważyć wyrządzonej krzywdy, mogą jednak stanowić dla osoby skrzywdzonej pocieszenie. O zadośćuczynieniu jako *solatium* zob. M. J. Radin: *op.cit.*, s. 71–73.

poszkodowanemu podjąć takie działania, dzięki którym krzywda nie będzie tak dojmująca.

Mając powyższe na uwadze, w dalszej kolejności trzeba się więc zastanowić, czy (i ewentualnie jakie) porównanie w ogóle ma miejsce przy ustalaniu wysokości zadośćuczynienia i jaką rolę odgrywa tutaj wielkość szkody niemajątkowej. Problem ten jest istotny, bo, po pierwsze – nie można zaprzeczyć, że rozmiar krzywdy w procesie orzekania o wysokości zadośćuczynienia pełni bardzo ważną rolę, a po drugie – jakieś porównanie z pewnością w tym procesie się odbywa.

W tym miejscu należy również przypomnieć, że kwestia, z którą zmaga się niniejsza praca – zagadnienie niewspółmierności wartości – interesuje prawników, a także filozofów moralności, nie tylko jako zjawisko, które należy zauważyć i opisać, ale przede wszystkim jako problem filozofii praktycznej czy też dyskursu praktycznego. Niewspółmierność wartości jest więc z tego punktu widzenia istotna wtedy, kiedy odgrywa jakąś rolę w procesie podejmowania decyzji, co do tego, jak należy działać; kiedy odgrywa jakąś rolę w wyborze jednej spośród pewnej ilości dostępnych opcji działania. Sędzia, przed którym stoi konieczność podjęcia decyzji co do przyznania w określonej wysokości zadośćuczynienia za krzywdę także musi dokonać wyboru. Jest to wybór spośród wielu opcji. Musi orzec, która z tych opcji będzie w danym przypadku właściwa. Co to znaczy – opcja właściwa – zależy od przyjętej zasady wyboru; najczęściej jest to zasada optymalizacji. Jeśli więc sędzia będzie chciał postąpić zgodnie z zasadą optymalizacji i wybrać opcję co najmniej tak samo dobrą jak inne, musi dokonać zhierarchizowania, a więc porównania dostępnych opcji. I tu powstaje pytanie, czy takie porównanie jest możliwe; czy dostępne sędziemu opcje są współmierne, przecież – jak twierdzi wielu – krzywda (cierpienie) nie ma swojej ceny w pieniądzu. Ale sędzia znajduje się w tym przypadku w innej sytuacji niż polityk czy prawodawca, który decyduje na przykład o tym, czy zachować cenne przyrodniczo tereny czy też je poświęcić, aby wybudować w ich miejscu szybką autostradę. Polityk czy prawodawca

decydują pomiędzy dwiema opcjami działania, które trzeba uznać za niewspółmierne, jeśli za niewspółmierne uzna się dobra, na które ich działanie bezpośrednio wpłynie. Co więcej – i to wymaga szczególnego podkreślenia – decyzja polityka czy prawodawcy uprzywilejowująca jedną z takich opcji sprawi, że jedno z dóbr ulegnie uszczupleniu albo nawet bezpowrotnej utracie. Wybór sędziego natomiast dotyczy zupełnie innych opcji – nie jest to wybór pomiędzy krzywdą a zadośćuczynieniem. Tym, co jest tu przedmiotem wyboru, niezależnie od tego, czy dokonywanego za pomocą porównania czy też nie, nie jest przecież krzywda i kwota pieniężna. Krzywda została już wyrządzona i nie jest tu już żadną opcją. (Inaczej rzecz się ma, gdy na przykład ktoś sprzedaje nerkę – wybiera wtedy pomiędzy stanem, w którym ma nerkę i nie ma pieniędzy, a stanem, w którym nie ma nerki – z czym zresztą też wiąże się cierpienie – i ma określoną sumę pieniędzy). Opcjami, spośród których sędzia dokonuje wyboru, są różne możliwe do wydania orzeczenia, to znaczy zasądzenie różnych kwot zadośćuczynienia. Sędzia bierze więc pod uwagę różne sumy pieniędzy, które przecież są elementami jak najbardziej porównywalnymi, wszak są dokładnie tego samego rodzaju. Powstają tylko w związku z tym wyborem dwa pytania: pierwsze, co w takim przypadku jest podstawą porównania, *tertium comparationis* (wedle terminologii anglojęzycznej – co jest *covering value*), a więc co jest tą wartością, ze względu na którą dokonuje się porównania pomiędzy tymi sumami[583], i drugie, jaką rolę w szeroko rozumianym definiowaniu tej wartości odgrywa rozmiar krzywdy. Biorąc pod uwagę kompensacyjną funkcję zadośćuczynienia i to, co powyżej w tej sprawie powiedziano, trzeba stwierdzić, że wartością taką (*covering value*) jest zdolność danej kwoty do wywołania efektu zrównoważenia, do spowodowania ściśle rozumianej kompensacji danej krzywdy. Tak jak bowiem nigdy wyostrzenie innych zmysłów nie zastąpi

[583] Porównanie nie ma tu bowiem charakteru ilościowego, ale jakościowy: nie szacuje się, która suma jest większa, mniejsza czy też równa względem innej sumy – to bowiem jest oczywiste – ale która suma jest lepsza, gorsza lub tak samo dobra z pewnego przyjętego na podstawie określonych racji punktu widzenia.

niewidomemu utraconego wzroku, tak pieniądz nie może zrekompensować uszczerbku wywołanego krzywdą, a jedynie go zrównoważyć. *Covering value* jest więc w tym przypadku zdolność kompensacyjna pieniądza. Sędzia musi wybrać kwotę, która jest lepsza od innych kwot z punktu widzenia jej zdolności kompensacyjnej. Dla określenia tej zdolności niewątpliwie niezbędne jest uwzględnienie rozmiaru wyrządzonej poszkodowanemu krzywdy. Ale trzeba w tym miejscu koniecznie zauważyć, że rozmiar krzywdy będzie tylko jednym z wielu czynników, które na zdolność kompensacyjną wpływają. Innym istotnym czynnikiem są bowiem – jak to z polskiego cywilnego orzecznictwa i piśmiennictwa wynika – szeroko rozumiane stosunki majątkowe w danym społeczeństwie. (Posługując się w dalszym ciągu obrazowym, choć może ryzykownym porównaniem do kompensacji biologicznej, można zauważyć, że, choć utrata wzroku z biologicznego punktu widzenia jest dla każdego człowieka taką samą utratą, to kompensacja nie u wszystkich będzie taka sama - wyostrzenie pozostałych zmysłów w innym stopniu nastąpi u niewidomego wojownika masajskiego, a w innym u niewidomej amerykańskiej gospodyni domowej). A więc rozmiar krzywdy będzie tu tylko jednym z czynników pozwalających ustalić pewien standard zdolności kompensacyjnej, na podstawie którego sąd orzeka, czy kwota zadośćuczynienia jest „odpowiednią sumą".

Posługując się dla lepszego wyjaśnienia opisywanego mechanizmu bardzo obrazową metaforą, można powiedzieć, że mechanizm rozumowania jest tu podobny do hipotetycznej sytuacji, w której władze konkretnego miasta zleciłyby architektowi zaprojektowanie ratusza godnie reprezentującego ich miasto – dajmy na to władze Łodzi zamówiłyby projekt ratusza godnie reprezentującego Łódź. Pomijając inne problemy, architekt na pewno musiałby zająć stanowisko co do wysokości projektowanego ratusza. Nie porównywałby jednak wówczas Łodzi i planowanej wysokości ratusza, bo takie porównanie nie miałoby sensu (proszę spróbować porównać Warszawę – nawet jej powierzchnię – z wysokością Pałacu Kultury i Nauki).

Sprawdzałby raczej, która z potencjalnych wysokości ratusza będzie lepsza od innych z punktu widzenia godności Łodzi. Opcjami do wyboru byłyby różne wysokości. *Covering value* byłaby godność Łodzi, definiowana przez wiele elementów, a tylko między innymi poprzez rozmiar Łodzi. Innymi czynnikami wpływającymi na tę *covering value* byłyby bowiem także: wiek miasta, fakt, że jest to miasto wojewódzkie, fakt, że miasto pretenduje do miana Europejskiego Centrum Kultury itd. Warto w tym miejscu podkreślić, że architekt wybierając wysokość ratusza posłużyłby się z pewnością pewnym standardem przyjętym w danej społeczności w danym czasie. Często zresztą – w swojej społeczności w swoim czasie. Jeśli więc architekt pochodziłby ze Stanów Zjednoczonych prawdopodobnie zaprojektowałby ratusz większy niż architekt pochodzący z Polski. I podobnie sąd, orzekając zadośćuczynienie w konkretnej sprawie, wybierając jego kwotę spośród wszystkich możliwych (poczynając od tych tak niskich, że symbolicznych albo naruszających godność powoda aż do tych tak wysokich, że rażąco wygórowanych), decyduje, która z tych kwot będzie lepsza od innych wedle pewnego przyjętego standardu[584].

Taka perspektywa wyjaśnia także, oprócz innych kwestii, dlaczego, mimo kontrowersji, które pojawiają się w związku ze zjawiskiem niewspółmierności konstytutywnej[585], instytucja zadośćuczynienia wciąż w systemie prawa polskiego funkcjonuje i to z coraz większym rozmachem. Przy coraz mniejszym społecznym sprzeciwie, a właściwie nawet przy coraz większym społecznym poparciu. W gruncie rzeczy nie występuje bowiem

[584] Por. T. Gizbert-Studnicki: *Konflikt dóbr…*, s. 14. Choć pisze on o rozstrzyganiu konfliktów dóbr na gruncie założenia o współmierności, to jednak także zauważa potrzebę posługiwania się czymś na kształt standardów: „Winny zostać podane kryteria, wedle których oszacowana zostaje waga poszczególnych dóbr w rozpatrywanym stanie faktycznym. Kryteria te winny mieć charakter generalny, tj. nie mogą odwoływać się do indywidualnych właściwości stanu faktycznego, gdyż w przeciwnym razie naruszona zostanie zasada formalnej równości wobec prawa".

[585] Chodzi tu o niewspółmierność konstytutywną ludzkiego cierpienia i pieniędzy oraz powstające w związku z tym wątpliwości, czy zadośćuczynienie za krzywdę jest instytucją akceptowalną w naszej kulturze.

w przypadku tej instytucji prawnej naruszenie zakazów związanych z niewspółmiernością konstytutywną: nie porównuje się – przy wydawaniu orzeczeń zasądzających zadośćuczynienie – krzywdy z pieniądzem, nie przelicza się tak naprawdę krzywdy na pieniądze. Krzywda nie jest tu opcją, która podlegałaby wyborowi, wymianie i utowarowieniu. Wobec tego instytucja zadośćuczynienia nie tylko nie stoi w sprzeczności ze społecznymi formami, w których uczestniczy współczesny człowiek w Rzeczpospolitej Polskiej, ale wręcz przeciwnie, sprzyja im jako realizująca zasady sprawiedliwości.

Powstaje jednak jeszcze ważne pytanie: jaki jest mechanizm kształtowania się standardu, o którym mowa powyżej – standardu pozwalającego spośród różnych możliwych wysokości zadośćuczynienia wybrać tę najlepszą w danych okolicznościach. Wydaje się, że doskonałej odpowiedzi na to pytanie pośrednio udzielił Cass Sunstein, pomimo że jego koncepcja, zaprezentowana w książce *Legal Reasoning and Political Conflict*[586], znacznie szersza zresztą i tylko w małej części odnosząca się do niewspółmierności wartości, pozostaje w ścisły sposób związana, co sam autor zresztą przyznaje, z systemem prawa *common law*. Sunstein zadał sobie bowiem pytanie: „jak prawo jako przedsięwzięcie jest możliwe w heterogenicznym społeczeństwie złożonym z ludzi, którzy ostro nie zgadzają się co do fundamentalnych wartości”[587]. Trawestując nieco to pytanie, a w zasadzie je uszczegółowiając, powracamy do postawionego wcześniej problemu: pytając, jak prawo jako przedsięwzięcie jest możliwe w heterogenicznym społeczeństwie, złożonym z ludzi, z których wielu zakłada niewspółmierność wartości, dochodzimy tym samym do pytania, jak pomimo nieuniknionych i w związku z tym – przewidywalnych z góry niekoherencji w dokonywanych przez ludzi osądach i podejmowanych decyzjach, możliwe są w prawie jakiekolwiek obszary koherencji.

Mierząc się z tym problemem, Sunstein z ostrożnością odnosi się do takich idei, których wysiłek nakierowany jest na

---

[586] C. R. Sunstein: *Legal reasoning and political conflict*. New York, 1996.
[587] *Ibidem*, s. viii.

poszukiwanie, choćby tylko niewielu, ale jednak wspólnych zasad, które mogłyby być podstawą społecznego porządku i harmonijnej interakcji pomiędzy ludźmi, takich jak na przykład Rawlsowska idea *overlapping consensus*. Uważa raczej, że społecznemu pluralizmowi i różnorodności we współczesnym świecie, w którym wszelkiego rodzaju społeczne instytucje, w tym instytucje prawne, działają na skalę masową, towarzyszy pewne – dość znamienne, uzasadniające tę ostrożność – zjawisko. Uczestnicy tych instytucji, ich decydenci i beneficjenci to ludzie, którzy w większości nie ufają jakimkolwiek abstrakcjom. Ponadto w wielu przypadkach decyzje, od których zależy harmonijne ludzkie współżycie, są podejmowane szybko, pod presją czasu, a za to w obliczu zaostrzonego konfliktu dotyczącego podstawowych obowiązujących (nie tylko w sensie prawnym, ale także moralnym i politycznym) zasad. Jego zdaniem dobrze funkcjonujący system prawny oparty jest raczej na specjalnej strategii, której zadaniem jest zapewnianie stabilizacji i obszarów porozumienia wypracowywanych w ramach istniejących społecznych konfliktów i pluralizmu. Strategia taka korzysta z faktu, że ludzie bardzo często zgadzają się co do pewnych rozwiązań i uważają je za poprawne, pomimo tego, że nie mają w ogóle wypracowanej (albo nie zgadzają się co do) teorii, która uzasadniałaby taki zaakceptowany rezultat[588]. Strategia ta polega więc na tym, że ci, którzy pełnią rolę arbitrów rozstrzygających prawne kontrowersje, starają się wypracowywać niecałkowicie uteoretyzowane porozumienia (*incompletely theorized agreements*)[589]. Sunstein definiuje te porozumienia w następujący

[588] Na podobne zjawisko zwraca uwagę A. Sen, pisząc o różnych i rozbieżnych powodach, dla których ludzie często to samo zjawisko osądzają jako niesprawiedliwość: „możliwe jest, że pewna ilość różnych i rozbieżnych argumentów może prowadzić do tego samego wniosku" (A. Sen: *The Idea of…*, s. 2, także 131). Za użycie analogicznej obserwacji przy formułowaniu strategii politycznej może być też uznana rada angielskiego sędziego z XVIII w. lorda Mansfielda udzielona nowemu gubernatorowi kolonii: „[…] rozważ, czego twoim zdaniem wymaga sprawiedliwość i zgodnie z tym decyduj. Ale nigdy nie podawaj swoich racji; bo twój osąd będzie prawdopodobnie prawidłowy, ale twoje racje na pewno będą złe" (cyt. za: *ibidem*, s. 4).

[589] C. R. Sunstein: *Legal Reasoning…*, s. 4.

sposób: „Porozumienia są niecałkowicie uteoretyzowane w tym sensie, że odpowiedni uczestnicy [porozumienia] są zgodni co do rezultatu bez porozumiewania się co do najbardziej generalnej teorii, która go [ten rezultat] uzasadnia. Często mogą się zgodzić co do opinii lub podstaw, zwykle oferując zasady niskiego lub średniego poziomu”[590]. W opinii Sunsteina niecałkowicie uteoretyzowane porozumienia stanowią klucz do rozumowania prawniczego, a szczególną rolę pełnią w rozumowaniu przez analogię. Są wyjątkowo istotne właśnie w procesie stosowania prawa[591], ponieważ w dobrze funkcjonujących demokracjach konstytucyjnych to nie sala sądowa, ale polityka jest tym obszarem, na którym określa się i rozwija fundamentalne zasady[592].

Sunstein zwraca uwagę na to, że nawet w sytuacjach silnego sporu, także dotyczącego problemów moralnych, ludzkie rozumowanie przebiega wedle pewnego schematu. Zwykle bowiem, nawet w okolicznościach ogólnej niepewności, istnieją takie kwestie, co do których osąd danego podmiotu jest ustalony i wobec tego taki osąd może być podstawą do zmierzenia się z kwestiami trudniejszymi. Taki sposób rozumowania nie jest, według Sunsteina, niczym innym niż myśleniem analogicznym. Taki sposób rozumowania stanowi drugi ważny, obok oparcia go

---

590 *Ibidem*, s. 5.

591 W tym miejscu warto zwrócić uwagę na charakterystyczną dla *common law* instytucję ławy przysięgłych, która w sposób niemal doskonały bazuje na opisywanym tu mechanizmie. Analizują to szczególnie interesująco (choć używając innego aparatu pojęciowego) G. Calabresi i Ph. Bobbitt. Wskazują, że ława przysięgłych nie podaje uzasadnienia swojej decyzji. W ten sposób „[…] ławy przysięgłych stosują społeczne standardy nie mówiąc nam nigdy, jakie te standardy są albo nawet, że one istnieją. To jest szczególnie ważne w tych sytuacjach, w których ogłoszenie standardów byłoby strasznie destrukcyjne”. Tu dodają jeszcze, że „nie podawanie racji pozwala uniknąć, albo przynajmniej złagodzić, konflikt pomiędzy chęcią uznawania różnic a pragnieniem popierania egalitaryzmu we wszystkich jego formach”. Patrz G. Calabresi, Ph. Bobbitt: *op.cit.*, s. 57.

592 C. R. Sunstein: *Legal Reasoning…*, s. 6–7. Trzeba tu zresztą zauważyć, że ten wniosek (że to dyskurs polityczny, a nie sala sądowa jest odpowiednim miejscem formułowania zasad) bardziej chyba nawet odpowiada systemowi prawa stanowionego niż *common law*. Por. na temat politycznego charakteru działalności sądów w *common law*, a w szczególności w systemie prawa amerykańskiego W. Lang, J. Wróblewski: *op.cit.*, s. 244–245.

na różnego rodzaju regułach, sposób osiągania porozumienia[593]. Sunsteina koncepcja analogii przypomina zresztą pod wieloma względami koncepcję analogii Arthura Kaufmanna, choć tylko w wymiarze technicznym tej ostatniej. Sunstein unika bowiem – nie tylko świadomie, ale wręcz programowo – głębokich deklaracji, założeń i uwikłań filozoficznych, czego z pewnością nie czyni Kaufmann. I choć w bibliografii książek Sunsteina brak jest odwołania do dzieł czy osoby Arthura Kaufmanna, można by zaryzykować stwierdzenie, że Sunstein zawarł z Kaufmannem *incompletely theorized agreement* dotyczące techniki rozumowania opartego na analogii. Ale właśnie jednak ta niekompletność uteoretyzowania nadaje koncepcji Sunsteina jeszcze bardziej uniwersalny (w potocznym tego słowa znaczeniu) i ciekawy charakter, zwłaszcza dla prawnika praktyka[594].

Sunstein wyróżnia pięć elementów rozumowania analogicznego w tej formie, w jakiej jest ono stosowane w prawie. Pierwszy element to wzorcowy przypadek A, charakteryzujący się określonymi cechami (x, y, z). Drugi element to przypadek B, którego rozstrzygnięcie jest celem danego postępowania – przypadek o określonej charakterystyce zbliżonej do charakterystyki A: B (x, y, z, a). Trzeci element to fakt, że przypadek A jest w dany, określony sposób traktowany przez prawo. Czwarty element to pewne zasady odkryte lub stworzone w trakcie analizy przypadków A i B oraz zachodzących między

[593] C. R. Sunstein: *Legal Reasoning*…, s. 8.

[594] Omawiam koncepcję analogii Sunsteina, a nie jakąś inną, być może bardziej kanoniczną, także dlatego, że jest on znakomitym znawcą zagadnienia niewspółmierności, a jego rozważania o analogii często i precyzyjnie nawiązują do tego problemu. Por. C. R. Sunstein: *Commentary on Analogical Reasoning*. „Harvard Law Review", vol. 106, 1992–1993, s. 788–789: „Pozostaje trudne pytanie, wciąż nie w pełni opracowane w filozoficznej literaturze: Jak dokonywać wyborów w sprawach, w których stawką są niewspółmierne dobra społeczne i w których pewne z tych dóbr muszą być poświęcone? Badanie tego, jak rozumowanie analogiczne faktycznie działa, może być bardzo pomocne w tym ważnym przedsięwzięciu. Ten, kto stosuje w myśleniu analogię, jest czujny wobec różnorodności wymiarów społecznych sytuacji i wielości relewantnych podobieństw i różnic. Niewyposażony (albo nieobciążony) jednolitą teorią dobra czy słuszności jest w stanie widzieć jasno i same w sobie różne i wielorakie dobra, które wchodzą w grę oraz dokonywać pomiędzy nimi wyborów".

nimi relacji – zasady wyjaśniające, dlaczego przypadek A jest przez prawo traktowany w taki a nie inny sposób. Piąty element to powiązanie wspólnych cech A i B (x, y, z) z zasadą, na mocy której A jest traktowane przez prawo w dany sposób, a więc odkrycie, że do A i B odnosi się ta sama zasada[595].

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pewną kwestię, która ma szczególne znaczenie dla rozpatrywanych tu problemów, w tym w szczególności kwestii zadośćuczynienia. Można w sposobie przeprowadzonego przez Sunsteina opisu rozumowania przez analogię wskazać pewną istotną różnicę w stosunku do metod rozumowania przez analogię dominujących w praktyce prawniczej i relacjonowanych przez polską literaturę prawniczą[596]. Przy czym nie chodzi mi tu o różnicę, która dotyczyłaby pochodzenia (czy też sposobu ustalenia) przypadku wzorcowego (w schemacie Sunsteina nie jest przesądzone, skąd bierze się przypadek wzorcowy, zaś w schemacie analogii *legis* stosowanym w systemach prawa stanowionego przypadek wzorcowy musi pochodzić od prawodawcy). Aby tę, ważną dla nas, różnicę zaobserwować wystarczy odwołać się do podręcznika *Wstęp do prawoznawstwa* Józefa Nowackiego i Zygmunta Tobora[597], która to książka jest z naszego punktu widzenia o tyle interesująca, że z jednej strony służy podstawowej edukacji przyszłych prawników, zawarte w niej rozważania mają więc charakter rudymentarny, z drugiej zaś strony jego współautorem jest Józef Nowacki – autor pracy poświęconej w całości analogii *legis*[598], a więc znawca zagadnienia. W publikacji tej zaprezentowane są dwa modele analogii *legis*[599]. Pierwszy, składa się z trzech

[595] C. R. Sunstein: *Legal Reasoning…*, s. 65.

[596] Wprawdzie ograniczam się tu tylko do analogii *legis*, ale nie popełniam chyba w ten sposób błędu (jeśli nawet, to niewielki), z uwagi na fakt, że to ten właśnie sposób rozumowania *per analogiam* wydaje się być prawnikom najlepiej znany, chyba jest też najczęściej stosowany, a ponadto brak jest w literaturze zgody co do tego, co tak naprawdę odróżnia analogię *legis* od innych sposobów wnioskowania przez analogię, np. od analogii *iuris* – por. J. Nowacki: *Analogia legis*. Warszawa, 1966, s. 121–134.

[597] J. Nowacki, Z. Tobor: *Wstęp do prawoznawstwa*. Kraków, 2000, s. 207–210.

[598] J. Nowacki: *op.cit.*

[599] Monografia Nowackiego opisuje jeszcze trzeci, spotykany w literaturze, model analogii *legis*, który jednak wydaje się mieć mniejsze znaczenie dla omawianego

etapów: ustalenia faktu nieunormowanego przez przepisy prawa, ustalenia podobieństwa ze względu na pewne istotne cechy pomiędzy faktem nieunormowanym a jakimś faktem unormowanym, przypisanie faktowi nieunormowanemu takich samych lub podobnych skutków prawnych, jakie prawo wiąże z faktem unormowanym.

Powyższy model różni się od schematu Sunsteina tym, że nie wyodrębnia on w ogóle etapu identyfikowania zasady, która uzasadniałaby podobne potraktowanie obu przypadków – nieunormowanego i unormowanego. Można przypuszczać, że identyfikacja takiej zasady w tym modelu została niejako „skonsumowana" poprzez ustalenie, czy podobieństwo między przypadkami jest istotne. Drugi model wskazany przez Józefa Nowackiego i Zygmunta Tobora odzwierciedla paremię *ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio* i składa się z następujących etapów: ustalenie, że dany fakt nie jest przez przepisy prawa unormowany; wyszukanie przepisu normującego przypadki zbliżone do faktu nieunormowanego; wywiedzenie z tego przepisu zasady, reguły czy racji, na której jest on oparty; tak wywiedziona zasada, reguła lub racja, jako że ma zakres zastosowania szerszy niż tylko przypadek rozstrzygnięty, znajduje także – na ostatnim etapie – zastosowanie do przypadku nieunormowanego. Ten model również różni się od modelu Sunsteina, ponieważ – choć wyróżnia etap ustalania wiążącej przypadki zasady – to w inny sposób opisuje metodę jej ustalenia. Zasadę ustala się tu tylko w odniesieniu do przypadku unormowanego[600], a dopiero potem sprawdza się, czy obejmuje ona także swoim zakresem przypadek nieunormowany. U Sunsteina natomiast zasada wyłania się

tematu. Chodzi tu model polegający na „rozciągnięciu normy ustalonej dla innego wypadku […] na inny przez ustawę nie przewidziany, lecz jednorodzajowy" (*ibidem*, s. 37). Wydaje się, że model ten można sprowadzić do któregoś z pozostałych dwóch, a w ogóle, przyjmując jego opis literalnie, można by mieć wątpliwości, czy mamy tu do czynienia z analogią.

[600] Por. *ibidem*, s. 22: „Biorąc pod uwagę postanowienia tego przepisu – piszą niektórzy autorzy – należy ustalić jego myśl przewodnią, z przepisu tego należy wyprowadzić, wykryć, wydobyć, ustalić i sformułować zasadę ogólną. Ustalanie tej zasady ma polegać na wyeliminowaniu, na pominięciu nieistotnych treści danego przepisu prawa".

w procesie wspólnego analizowania obu przypadków i relacji pomiędzy nimi, a więc w procesie porównywania tych przypadków. Jego zdaniem bowiem, zasada taka nie tylko nie jest dana z góry i wyłącznie stosowana do nierozstrzygniętego przypadku, ale nie jest też znana dopóty, dopóki oba przypadki nie są zbadane[601]. Stanowisko takie jest zresztą zgodne ze stanowiskiem Arthura Kaufmanna, dla którego wskazanie wspólnej dla obu przypadków zasady i odwzorowanie schematu wnioskowania przez analogię „[…] możliwe jest dopiero w punkcie dojścia wnioskowania z analogii, gdy ustalone już zostanie podobieństwo, gdy poszczególne elementy zostaną przyrównane […]. Wnioskowanie analogiczne […] jest nie tyle wyciąganiem wniosków na podstawie podobieństwa opartego na podobieństwie cech, ale jest właśnie procesem ustalania wzgl. ustanawiania tego podobieństwa"[602]. W tym miejscu można byłoby zastanawiać się, czy opisywana powyżej różnica nie wynika przypadkiem z odrębności pomiędzy systemem prawa stanowionego a systemem *common law* (choć przecież Arthur Kaufmann był niemieckim filozofem prawa, a więc jak najbardziej uwikłanym w system prawa stanowionego[603]). Mogłoby się bowiem wydawać, że w systemie prawa stanowionego, gdzie decyzja sądowa nie jest formalnym źródłem prawa, trudno byłoby uzasadnić rozumowanie, zgodnie z którym w ustalaniu *ratio legis* miałby „współuczestniczyć", miałby być brany pod uwagę przypadek, co do którego prawodawca się *explicite* nie wypowiedział.

---

601 C. R. Sunstein: *Legal Reasoning…*, s. 66.

602 M. Piechowiak: *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Artura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*. Warszawa–Poznań, 1992, s. 52 i 55.

603 Ale por. M. Piechowiak: *Arthur Kaufmann – hermeneutyka prawnicza*. [w:] *Przyszłość dziedzictwa. […] portrety filozofów prawa*. Red.: J. Zajadło. T. 2, Gdańsk, 2008, s. 167: „Koncepcja Kaufmanna jest […] dobrą ilustracją pewnych ogólniejszych procesów zachodzących w filozoficznej refleksji nad prawem […]. Rekonstruowana przez Kaufmanna struktura procesu »urzeczywistniania« prawa, dokonywana w kontekście i na użytek kultury prawnej typu kodeksowego, kontynentalnego, uwyraźnia obecność elementów typowych dla kultury prawa precedensowego, dla której typowe jest wnioskowanie od przypadku do przypadku. Jednocześnie za istotny problem każdego porządku normatywnego uznaje uogólnienie. Jest to znamienny teoretyczny wyraz narastającej świadomości współwystępowania obok siebie zasadniczych elementów każdego z tych typów kultur prawnych".

Świadczyłoby to bowiem o *a priori* poczynionym (a przecież jako *a priori* nieuprawnionym) założeniu, że w nieuregulowanym przypadku prawodawca *tacet sed loquitur*. I w wielu sytuacjach tego rodzaju wątpliwość można byłoby uznać za niepozbawioną podstaw, zwłaszcza w odniesieniu do tych przypadków, kiedy w systemie prawa stanowionego rozumowanie przez analogię służyłoby wypełnianiu luk konstrukcyjnych w prawie. Ale – jak się wydaje – ten rodzaj rozumowania może być z powodzeniem i już bez takiej ostrożności stosowany w innych przypadkach, na przykład wtedy, kiedy z uwagi na wewnętrzne i zewnętrzne wobec prawa wartości niezbędne jest wypełnienie luki *intra legem*, takiej jak ta, której występowania można by upatrywać właśnie w regulacji dotyczącej zadośćuczynienia za krzywdę. Poszukiwanie wówczas *rationes decidendi*, wspólnych zasad wiążących podobne, choć nie rozstrzygnięte przez prawodawcę całkowicie jednoznacznie przypadki, jeżeli jest dokonywane *intra legem*, wydaje się całkowicie dopuszczalne. A więc, jeśli przyjąć, że zaproponowany przez Sunsteina w szerszej perspektywie mechanizm rozumowania jest w istocie używany także dla potrzeb spraw o zadośćuczynienie za krzywdę, to należałoby powiedzieć, że rozstrzyganie takich spraw odbywa się poprzez porównywanie różnych konkretnych z tego zakresu przypadków, z których pewne znalazły już uprzednio rozstrzygnięcie, a inne takiego rozstrzygnięcia dopiero się domagają. Przy czym – i to właśnie znalazło odzwierciedlenie w cytowanych powyżej uzasadnieniach orzeczeń sądów, wtedy gdy sądy te sprzeciwiały się mechanicznemu stosowaniu rozstrzygnięć powziętych w jednych sprawach (zasądzonych kwot) do innych spraw – porównywanie to powinno odbywać się wielokierunkowo i wielopłaszczyznowo, a nie jednokierunkowo (nie – wprost od przypadku rozstrzygniętego do przypadku nierozstrzygniętego). Myślenie analogiczne nie ma bowiem w tym wypadku służyć do ustalania faktów prawotwórczych, czy też źródeł prawa (choćby tylko niesamoistnych), ale tylko do określania standardów czy też kierunków dla podejmowanej decyzji.

Sunstein zwraca uwagę na cztery różne, acz zachodzące na siebie właściwości rozumowania analogicznego w prawie: spójność wynikającą z zasad, skupienie się na szczegółach, niekompletnie teoretyzowane sądy i zasady działające na niskim lub średnim poziomie abstrakcji[604]. Przybliżmy je po kolei.

Spójność wynikająca z zasad wyraża się w tym, że różne rezultaty, sądy o poszczególnych przypadkach są zharmonizowane poprzez zasadę powoływaną przy ich wyjaśnieniu.

Skupienie na szczegółach wyraża się w tym, że rozumowanie analogiczne jest rozumowaniem „z dołu do góry", to jest wprawdzie powstaje z konkretnych kontrowersji, ale musi wiązać się z przyjęciem jakiejś zasady wiążącej jeden rozpatrywany przypadek z drugim. Sunstein używa tu określenia „z dołu do góry", żeby podkreślić pierwotny dla tego rozumowania charakter konkretnych okoliczności, ale przeczy też, iżby proces ustalania zasady wiążącej obydwa rozpatrywane przypadki następował wedle jakiejś określonej sekwencji. Jak pisze: „Pomimo skupienia się na szczegółach dokonywany przez stosującego rozumowanie przez analogię opis konkretnego przekonania w sposób nieunikniony zawiera pewne ogólne teoretyczne komponenty. Nie da się nawet scharakteryzować swoich przekonań co do sprawy bez użycia pojęć abstrakcyjnych i bez zajęcia stanowiska wobec konkurujących abstrakcyjnych pojęć […]. Kluczowym punktem jest to, że rozumowanie analogiczne wymaga metody, w której zasady są opracowywane [pojawiają się] w nieustannym odniesieniu do poszczególnych przypadków"[605]. Ten właśnie element różni jego koncepcję od modelu przedstawianego przez Nowackiego i Tobora, wymienionego powyżej jako drugi. Nowacki uważa bowiem, że struktura takiego prawniczego wnioskowania przez analogię może być opisana (przy pewnych zastrzeżeniach) jako połączenie indukcji niezupełnej (ustalenie zasady czy też racji) oraz następującej po niej dedukcji (wnioskowanie z tej zasady czy

[604] Por. C. R. Sunstein: *Commentary on…*, s. 746–748 oraz idem: *Legal Reasoning…*, s. 67–69.
[605] C. R. Sunstein: *Commentary on…*, s. 746–747, podkreślenie – S. W.

też racji)[606]. Ten sam element łączy natomiast stanowisko Sunsteina ze stanowiskiem Kaufmanna, według którego „myślenie analogiczne związane jest z konkretem i celem jego jest uwzględnienie specyfiki konkretnego przypadku"[607], „nie jest to proste połączenie indukcji z dedukcją, polegające na tym, że najpierw za pomocą indukcji wyprowadzałoby się regułę ogólną, a z niej wnioskowałoby się o innym szczególe", ale polega na przemiennym stosowaniu indukcji i dedukcji w tym sensie, że „uzyskany wniosek jest rezultatem procesu, w którym można wskazać tak elementy rozumowania od szczegółu do ogółu, jak i od ogółu do szczegółu"[608].

Sądy będące wynikiem rozumowania analogicznego są – zdaniem Sunsteina – niecałkowicie teoretyzowane w tym sensie, że rozumowanie analogiczne nie opiera swoich rezultatów na żadnej kompletnej i głębokiej teorii.

---

[606] J. Nowacki: *op.cit.*, s 34–37. Negatywne konsekwencje takiego sposobu stosowania analogii przedstawia Sunstein na przykładzie słynnego argumentu sędziego Holmesa w sprawie Buck vs. Bell z 1927 roku. Relacjonując skrótowo: Holmes z faktów tego rodzaju, że ludzie mogą być przymusowo powoływani do wojska albo mogą być przymusowo szczepieni, wywiódł zasadę, że dobro publiczne może wymagać od obywateli poświęcania nawet swojego życia. A skoro tak to, dobro to może wymagać od obywateli także poświęceń znacznie mniejszych. W ten sposób uznał za prawnie dopuszczalną przymusową sterylizację osób niepełnosprawnych umysłowo (C. R. Sunstein: *Commentary on*…, s. 757).

[607] M. Piechowiak: *W poszukiwaniu ontologicznych*…, s. 57.

[608] *Ibidem*, s. 58. Można takie podejście uznać za kompromisowe w sporze, który relacjonował Neil MacCormick: „Jest wiele możliwych ilustracji procesu rozwijania linii doktryny prawniczej poprzez analogiczne rozszerzanie początkowo wąskiej podstawy. […] [W jednym ujęciu] jest jasne, że ważność analogii zależy od szerszej zasady, co do której każdy z przypadków [rozstrzygniętych przez analogię] może być pokazany jako jej uszczegółowienie. W ten sposób rozumowanie analogiczne […] wyraźnie mieści się wygodnie w ramach koherencji jako wartości prawnej wielkiej wagi i jest po prostu żywą ilustracją myślenia opartego na koherencji. Pewni autorzy temu zaprzeczają i twierdzą, że podejście tego rodzaju stawia rzecz na głowie. […] Nasza zdolność odnajdowania czy widzenia podobnych wzorów w różnych historiach wyjaśnia naszą zdolność formułowania szerokich abstrakcyjnych zasad, które obejmują poszczególne przypadki. Rozumowanie oparte na zasadach jest oparte na założeniu analogicznego myślenia, a nie *vice versa*". (N. MacCormick: *Rethoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford, New York, 2009, s. 207).

Wynikiem rozumowania analogicznego obok konkretnego rozstrzygnięcia są zasady, które działają na niskim lub średnim poziomie abstrakcji, standardy bardziej, czasami ze względu na stopień szczegółowości bliższe regułom niż zasadom w klasycznym tego terminu ujęciu[609].

Zaprezentowane powyżej obserwacje Sunsteina potwierdzają postawioną wcześniej tezę, że orzekanie zadośćuczynienia za krzywdę odbywa się przy zastosowaniu myślenia analogicznego. I tak: względna jednolitość orzecznictwa w sprawach o zadośćuczynienie zapewniona jest przecież przez szereg zasad, takich jak na przykład te wymienione powyżej w punktach 1–19, wypracowanych przez orzecznictwo, a powoływanych w uzasadnieniach. Są to zasady średniego raczej i niskiego poziomu niż jakieś zasady o bardziej ogólnym charakterze. W sposobie myślenia sędziów można zaobserwować skupienie na szczegółach i rozumowanie „z dołu do góry" – stąd ciągłe podkreślanie przez sądy zasady indywidualizacji zadośćuczynienia, przy jednoczesnym stałym wypracowywaniu pewnych zasad (standardów). Rozstrzygnięcia sądowe dotyczące zadośćuczynienia są niecałkowicie teoretyzowane w tym sensie, że nie są oparte na żadnej ogólnej teorii, choć takowa nie jest przecież w ogóle nie do pomyślenia (przykładowo mogłaby to być jakaś teoria proweniencji ekonomicznej, choćby podobna do tej mającej zastosowanie w *cost-benefit analysis*). Dorobkiem orzecznictwa sądowego są więc nie tylko konkretne rozstrzygnięcia, ale także pewne zasady. Przy czym zasady te nie tworzą jakiegoś zwartego i spójnego zbioru, ale – jak już wcześniej wspomniano – charakteryzują się niskim stopniem abstrakcji. Co więcej, są to nie tylko zasady kierunkowe, takie jak wymienione powyżej w punktach 1–19, ale także pewne orientacyjne określenia kwot stanowiące w kolejnych orzeczeniach jakiś punkt odniesienia. O tym, że także konkretne kwoty stanowią wytyczne dla kolejnych rozstrzygnięć, świadczą choćby następujące cytaty z uzasadnień orzeczeń. Sąd Najwyższy tak skomentował odwołanie się w uzasadnieniu orzeczenia sądu niższej instancji

[609] C. R. Sunstein: *Legal reasoning…*, s. 67–69.

do kwoty zadośćuczynienia zasądzonej w innej sprawie: *Tego błędu nie popełnił jednak Sąd drugiej instancji. Wskazał wprawdzie, że wysokie zadośćuczynienie sięgające 300 000 złotych zasądzane jest zazwyczaj w przypadkach wyjątkowo tragicznych skutków uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia połączonych ze znacznym bądź całkowitym unieruchomieniem poszkodowanego, to jednak w istocie oparł się na wymiernych, szczegółowo opisanych okolicznościach, które winny być brane pod uwagę przy »szacowaniu« należnego zadośćuczynienia. Odwołanie się w pisemnych motywach do zasądzanych w innych, bliżej nieokreślonych sprawach służyło jedynie ogólnemu wskazaniu występujących aktualnie w orzecznictwie prawidłowości, ale nie zostało wykorzystane jako swego rodzaju wzorzec czy fakt prawotwórczy, wyznaczający granice świadczeń*[610]. A w innej sprawie SN argumentował: *Trafnie w ramach tego samego zarzutu podnosi skarżący znaczenie pominiętego przez Sąd Apelacyjny elementu porównania wysokości zadośćuczynienia zasądzanego w podobnych sprawach, jako jednej z istotnych wskazówek ustalania odpowiedniego zadośćuczynienia. Na tle ukształtowanej praktyki sądowej przyznana powodowi suma zadośćuczynienia przedstawia się jako wyjątkowo wysoka. Przykładowo wskazać można sprawę dotyczącą powódki, która we wczesnym wieku w wyniku uszkodzenia mózgu utraciła zdolność kontaktu z otoczeniem i ruchu oraz prawdopodobnie także widzenie rozumiane jako świadome postrzeganie. W zapadłym w niej wyroku z dnia 6 czerwca 2003 r.* (*IV CKN 213/01 niepubl.*). *Sąd Najwyższy uznał, że z uwagi na rodzaj i rozmiar szkody doznanej przez powódkę, dotkniętą niespotykanym w praktyce sądowej rozstrojem zdrowia, dochodzone przez nią na podstawie art. 445 § 1 k.c. zadośćuczynienie w łącznej kwocie 300 000 zł stanowi odpowiednią sumę w rozumieniu tego przepisu. Określona przez Sąd Apelacyjny wysokość należnego powodowi zadośćuczynienia jest także znacznie wyższa niż zasądzone przez ten Sąd*

[610] Orzeczenie z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt II CSK 78/08, Lex 420389 [dostęp: 17 marca 2009].

w przypadkach porównywalnych pod względem rodzaju i rozmiaru szkody (*wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., I ACa 124/01*)[611]. W jeszcze innym orzeczeniu Sąd Najwyższy natomiast wprost orzekł, że kwota 5 000,– zł nie stanowi w czasie, w którym wydano orzeczenie odczuwalnej ekonomicznie wartości: *Trafnie więc kasacja zarzuca, iż obniżenie przyznanej powodowi kwoty zadośćuczynienia do 5 000 zł nastąpiło z naruszeniem art. 445 § 1 k.c., gdyż stosownie do przyjętej w doktrynie i orzecznictwie wykładni tego przepisu zadośćuczynienie ma charakter kompensacyjny i powinno ono stanowić odczuwalną ekonomicznie wartość*[612].

Podsumowując ten wątek rozważań, można stwierdzić, że współcześnie niesporna w zasadzie w naszym kręgu kulturowym niewspółmierność szkody niemajątkowej i pieniądza nie stanowi przeszkody do orzekania przez sądy zadośćuczynienia za taką szkodę właśnie w pieniądzu. Co więcej, niewspółmierność taka nie musi być w procesie orzekania w żaden sposób zaprzeczana, zawieszana, ignorowana czy pomijana. Rozstrzyganie tego typu spraw jest bowiem możliwe dzięki temu, że zadośćuczynienie za krzywdę pełni funkcję kompensacyjną a nie rekompensacyjną oraz że stosowane przy rozstrzyganiu tych spraw rozumowania nie opierają się – mimo pozorów – na porównywaniu tych nieporównywalnych elementów, jakimi są krzywda i pieniądze. Wprawdzie jednolitość orzecznictwa w sprawach o zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową z konieczności musi być względna z uwagi na subiektywny i indywidualny wymiar, jaki można przypisać każdej szkodzie niemajątkowej (a który to wymiar znajduje swój wyraz w indywidualizacji określenia jej rozmiaru), ale ta, przynajmniej względna, jednolitość i niearbitralność orzecznictwa w tego rodzaju sprawach jest zapewniana dzięki dwóm czynnikom. Po pierwsze, dzięki zawieraniu przez organy stosujące prawo niecałkowicie teoretyzowanych poro-

[611] Orzeczenie z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. akt III CK 392/04, Lex 177203 [dostęp: 14 kwietnia 2009].
[612] Orzeczenie z dnia 7 stycznia 2000 r., sygn. akt II CKN 651/98, Lex 51063 [dostęp: 12 marca 2009].

zumień w zakresie swego rodzaju paradygmatycznych rozstrzygnięć i ogólnych standardów dotyczących wysokości zasądzanych kwot zadośćuczynień. (Przy czym porozumienia takie częściowo mają charakter milczący, a częściowo znajdują swoje wyraźne odzwierciedlenie w uzasadnieniach orzeczeń oraz w literaturze dogmatycznoprawnej). Po drugie, dzięki stosowaniu w procesie orzekania szeroko rozumianych rozumowań opartych na analogii. Jakkolwiek można powiedzieć, że takie rozumowania wymagają w pewnym stopniu dokonywania porównań[613] (opierają się bowiem na ustaleniu podobieństwa), ale nawet jeżeli z takim stanowiskiem się zgodzić, to trzeba przyznać, że porównanie takie nie dokonuje się pomiędzy obiektami niewspółmiernymi (krzywdą i pieniądzem) lecz elementami w zasadzie jednorodzajowymi: poszukuje się bowiem raczej podobieństwa pomiędzy rożnymi szkodami niemajątkowymi – takimi, o których kompensacie już w sposób niekwestionowany rozstrzygnięto oraz takimi, które rozstrzygnięcia dopiero się domagają.

4.3. Niewspółmierność wartości jako czynnik wpływający na sądowy wymiar kary

Kolejnym polem, którego – w związku z możliwym założeniem niewspółmierności – dotyczy pytanie o źródła występujących w prawie obszarów koherencji, jest sądowy wymiar kary kryminalnej. Na tym polu bowiem w większym lub mniejszym stopniu, w zależności od przyjętej koncepcji filozoficznej, określonej teorii kary i rozwiązań o charakterze dogmatycznym powstaje kwestia możliwości (lub niemożliwości) porównania różnego rodzaju elementów, najczęściej zaś ciężaru przestępstwa i dolegliwości kary.

[613] Można mówić tu tylko w ograniczonym zakresie o dokonywaniu porównań, gdyż ustalenie podobieństwa jest wymaganiem dużo słabszym niż dokonanie porównania – nie wymaga wcale ani ustalenia identyczności, ani dokładnego ustalenia relacji porządkującej.

Odwołując się do zaprezentowanej przez Jarosława Warylewskiego systematyki teorii kary i podziału tych teorii na teorie bezwzględne (czyli absolutne, odwetowe, retrospektywne, sprawiedliwościowe), teorie względne (tj. relatywne, celowościowe, prospektywne, prewencyjne) i teorie mieszane (tzn. eklektyczne, synkretyczne)[614] – pomijam tu teorie kontestatorskie, czyli teorie negujące sens kary – można stwierdzić, że wskazany powyżej problem w największym stopniu występuje przy przyjęciu teorii o charakterze bezwzględnym, ale dotyczy także, choć słabiej, teorii względnych i mieszanych. Teorie bezwzględne, do których Warylewski zalicza teorie Immanuela Kanta, Georga W. F. Hegla, teorie odwetu bożego, empiryczne teorie retrospektywne, socjologiczną teorię Emila Durkheima oraz teorie psychologiczne, mają bowiem charakter retrospektywny i zakładają, iż sensem kary jest odpłacenie złem (a więc karą) za zło (czyli przestępstwo), przy czym „zło, jakim jest kara, winno być proporcjonalne do zła wyrządzonego przestępstwem"[615]. Wedle tych teorii uzasadnieniem dla kary nie są cele społecznie użyteczne[616]. W przeciwieństwie do takich koncepcji teorie względne nie upatrują wyłącznego uzasadnienia dla wymierzenia kary w samym fakcie popełnienia przestępstwa, ale właśnie w pewnych społecznie użytecznych właściwościach kary, takich jak jej zdolność do odstraszania od popełniania przestępstw, zapobiegania przestępczości czy powodowania poprawy sprawcy. Do tych teorii Warylewski zalicza teorię przymusu psychologicznego (zapobieżenia ogólnego) Anselma Feuerbacha, teorię zapobieżenia szczególnego Karla von Grolmana, utylitarystyczną teorię Jeremiego Benthama, teorię poprawy moralnej Karla Roedera, koncepcje penologiczne włoskiej szkoły pozytywnej (Cesare Lombroso, Enrico Ferri), teorię prewencyjną Franciszka von Liszta i koncepcję Cesarego Beccarii[617]. Zdaniem Warylewskiego, gdyby w uproszczeniu chcieć ująć różnicę pomiędzy tymi dwiema

[614] J. Warylewski: *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*. Gdańsk, 2007, s. 24–25.
[615] *Ibidem*, s. 40.
[616] *Ibidem*.
[617] *Ibidem*, s. 52–61.

grupami teorii, można by ją zaprezentować jako kontrast dwóch następujących zasad: zasady talionu *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*[618] oraz zasady *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur, revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*[619]. Pomiędzy tymi dwoma biegunami plasują się, współcześnie najbardziej wpływowe, teorie mieszane, w których, jak pisze Warylewski, „dochodzi do połączenia idei odwetu z ideą pożyteczności"[620].

Pytanie o niewspółmierność pojawia się więc w odniesieniu do wszystkich tych koncepcji karania, które odwołują się do zasady proporcjonalności. Można bowiem uznać akceptację zasady proporcjonalności za wyraz przekonania, że elementy, których proporcjonalności ona żąda, są ze sobą porównywalne. W takiej sytuacji akceptację zasady proporcjonalności należałoby uznać za wyraz odrzucenia (a co najmniej zawieszenia) założenia niewspółmierności. Aby jednak upewnić się, czy zasadę proporcjonalności rzeczywiście można i trzeba w taki sposób rozumieć, należy przeanalizować jej treść i sposób działania.

4.3.1. Różne ujęcia zasady proporcjonalności

Zasada proporcjonalności może być przyjmowana jako konsekwencja wielu różnych założeń (choć zwykle ostatecznie prowadzi ona do podobnych rezultatów). Założenia te mogą zaś dotyczyć dwóch całkowicie odmiennych, choć powiązanych ze sobą kwestii: usprawiedliwiania (uzasadniania) karania w ogóle oraz uzasadnienia wymiaru kary w indywidualnym, konkretnym przypadku[621].

---

618 *Ibidem,* s. 43.

619 *Ibidem*, s. 53. Nikt rozsądny nie karze dlatego, że popełniono występek, lecz po to, by go więcej nie popełniano [ponieważ przeszłe zło nie może być cofnięte, ale przyszłego zła można uniknąć] – za Platonem Seneka „Ad Novatum de ira" I, 19, 7. (*Dicta. Zbiór łacińskich sentencji, przysłów, zwrotów, powiedzeń z indeksem osobowym i tematycznym*. Kraków, 2007, s. 363).

620 J. Warylewski: *op.cit.*, s. 61.

621 Por. B. Wojciechowski: *Interkulturowe prawo karne*. Toruń, 2009, s. 291.

Teorie bezwzględne, zwłaszcza ich wersje współczesne, często odwołują się do sprawiedliwości retrybutywnej (*retribuere* (łac.) – 'zwrot należności, rekompensata, wyrównanie'). Jak stwierdza to Michał Królikowski – którego praca dotycząca zasady proporcjonalności posłuży tu jako podstawowe źródło wiedzy o tej zasadzie[622], ale także będzie stanowiła odniesienie dla dalszych, w gruncie rzeczy polemicznych rozważań – „najwłaściwszym ogólnym opisem sprawiedliwości retrybutywnej wydaje się być […] twierdzenie, że istnieje etycznie słuszna potrzeba wyrównania, w której kara (w określonym proporcjonalnym rozmiarze) jest właściwą reakcją na wyrządzoną szkodę"[623]. Konsekwencją przyjęcia sprawiedliwości retrybutywnej jako uzasadnienia karania czy uzasadnienia wymiaru kary w indywidualnym przypadku jest konieczność wskazania jako kryteriów karania przesłanek o charakterze retrospektywnym oraz uznanie, że zasada proporcjonalności kar i ciężarów przestępstw ma charakter deontologiczny[624].

Można jednak przyjąć, odmiennie niż czyni to retrybutywizm, że konieczność (czy też potrzeba) proporcjonalnego karania nie ma charakteru bezwzględnego, ale wynika wyłącznie z tego, że dobrze ono służy osiągnięciu pewnych istotnych celów kary. Cele, dla realizacji których zasada proporcjonalności ma być środkiem, w zależności od przyjętej szczegółowej koncepcji, mogą być różne: może chodzić o to, aby ze względów opłacalności zło wyrządzane sprawcy przez karę nie było większe od zła wynikającego z popełnienia przestępstwa, lub też o to, żeby karząc surowiej poważniejsze przestępstwa

---

[622] Tak szerokie wykorzystanie książki M. Królikowskiego ma swoje uzasadnienie w tym, że nie stanowi przecież celu mojej pracy samodzielne badanie prawnokarnego dorobku w zakresie zasady proporcjonalności. Chcę jedynie pokazać, jakie znaczenie niewspółmierność wartości ma w procesie sądowego wymiaru kary kryminalnej na gruncie współczesnych zachodnich systemów prawnych i współczesnej teorii i filozofii karania. Praca Królikowskiego zaś jest przeglądem interesujących z tego punktu widzenia koncepcji i jest stosunkowo nowa.

[623] M. Królikowski: *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*. Warszawa, 2005, s. 7.

[624] *Ibidem*, s. 110.

zniechęcać ludzi do ich popełniania, albo o to, by większa kara odpowiadała silniejszym pobudkom zmysłowym, skłaniającym potencjalnego sprawcę do popełnienia przestępstwa i w ten sposób lepiej skłaniała do zachowania zgodnego z prawem, albo o to, aby proporcjonalna kara – będąc w społecznym odczuciu bardziej słuszną i sprawiedliwą – wzmacniała autorytet prawa czy wykazywała skuteczność prawa i była efektywniejsza edukacyjnie. Takie, różnorodne uzasadnienia zasady proporcjonalności mają jednakże ten efekt, że traci ona swój nadrzędny status, przestaje być wymogiem o charakterze etycznym, a nabiera raczej charakteru instrumentalnego[625].

Niezależnie jednak od tego, na jakiej podstawie i dlaczego zasada proporcjonalności zostaje zaakceptowana, to jej przyjęcie implikuje wiele ważnych pytań; między innymi o to, czego miałaby dotyczyć postulowana, czy żądana, proporcjonalność oraz jakimi sposobami (i ewentualnie w jakim stopniu) zasada proporcjonalności miałaby być realizowana. Jak się wydaje, odpowiedź na pierwsze pytanie powinna być ściśle powiązana z odpowiedzią na pytanie drugie. Wszak to rodzaj obiektów, które mają być proporcjonalne, musi determinować sposób, w jaki proporcjonalność będzie rozumiana i osiągana.

Michał Królikowski pisze o dwóch rozumieniach zasady proporcjonalności. Po pierwsze można mówić o zasadzie proporcjonalności w ujęciu materialnym, co „oznacza dobieranie ustawowego zagrożenia karnego, jak również wymierzanie kary w konkretnym przypadku w jak najściślejszym związku ze szkodą i zakresem odpowiedzialności sprawcy”[626]. Po drugie można też rozumieć zasadę proporcjonalności w ujęciu porównawczym, co „[…] oznacza porównywanie kary z innymi karami, a ciężaru przestępstwa z ciężarami innych przestępstw […]. [A w konsekwencji, że] sprawcy przestępstw o określonym ciężarze powinni otrzymywać kary o surowości odpowiedniej do kar przewidzianych za popełnienie innych przestępstw”[627]. Można w tym

[625] *Ibidem*, s. 112–113.
[626] *Ibidem*, s. 34.
[627] *Ibidem*, s. 116.

miejscu zauważyć, że w gruncie rzeczy zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym da się łatwo sprowadzić do Perelmanowskiej sprawiedliwości formalnej będącej taką zasadą działania, „w myśl której osoby należące do tej samej kategorii istotnej powinny być traktowane jednakowo”[628]. (Wedle innej definicji tego samego autora „sprawiedliwość formalna polega na przestrzeganiu prawidła nakazującego traktować w pewien sposób wszystkie istoty należące do określonej kategorii”[629]). W proporcjonalności w ujęciu porównawczym chodzi przecież o to, aby osoby należące do tej samej kategorii istotnej, wyróżnionej ze względu na ciężar popełnianego czynu, traktować jednakowo, tzn. karać w taki sam sposób.

Każde z tych ujęć proporcjonalności – materialne i porównawcze – inaczej odpowiada na pytanie, co jest przedmiotem proporcjonalności, o którą chodzi w zasadzie proporcjonalności. Każde więc w inny sposób odpowiada na pytanie, co powinno zostać porównane i doprowadzone do określonej proporcji:

1. Jeżeli przyjmujemy zasadę proporcjonalności w ujęciu materialnym, elementami, które mają być proporcjonalne, są kara i ciężar przestępstwa.

2. Jeżeli przyjmujemy zasadę proporcjonalności w ujęciu porównawczym, elementami, które badamy, nie są już samodzielnie ciężar przestępstwa i wymierzana zań kara, ale to, jak mają się do siebie dwie relacje, dwa różne przypadki[630] – relacja wymierzonej za dane przestępstwo kary i ciężaru tego przestępstwa w stosunku do relacji, jaka zachodzi pomiędzy karą przyporządkowaną innemu przestępstwu i ciężarem tego innego przestępstwa.

I tu właśnie ujawnia się problem, który jest przedmiotem naszego badania. Michał Królikowski zadaje bowiem pytania: „Kara i przestępstwo są nieporównywalne: jak zatem stwierdzić,

---

[628] Ch. Perelman: *O sprawiedliwości…*, s. 37.
[629] *Ibidem*, s. 77.
[630] Por. M. Królikowski: *op.cit.*, s. 33.

że kara będzie odpowiadać ciężkości przestępstwa […]”[631]; „[C]zy da się zasadę proporcjonalności tłumaczyć jako osiągnięcie lub zbliżenie się do równowagi na szalach jednej wagi [co odpowiada zasadzie proporcjonalności w ujęciu materialnym], a nie badać czy kąt odchylenia na dwóch wagach jest podobny [co odpowiada zasadzie proporcjonalności w ujęciu porównawczym]”[632]. Innymi słowy pyta, czy ze względu na nieporównywalność kary i przestępstwa (wedle przyjętej w moje pracy terminologii – niewspółmierność kary i przestępstwa), realizacja zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym w ogóle jest możliwa? I sam odpowiada na te pytania następująco. Po pierwsze, odwołując się wprost do koncepcji Roberta Alexy'ego, proponuje potraktować zasadę proporcjonalności w ujęciu materialnym[633] jako zasadę optymalizacyjną, tj. „zasadę prawną, nakazującą realizację określonego stanu rzeczy w możliwie największym stopniu przy uwzględnieniu faktycznych i prawnych możliwości”[634]. Po drugie, twierdzi (choć nie mam tu pewności, czy jest to rzeczywiście jego własna opinia czy tylko relacja ze sprawozdawanej literatury), że „bardziej uzasadnione jest […] ujmowanie omawianego wymogu [zasady proporcjonalności] w sposób porównawczy”[635]. W związku z takim stanowiskiem powstaje jednak szereg wątpliwości. Aby je uwypuklić należy się zastanowić, jaka jest relacja pomiędzy zasadą proporcjonalności w ujęciu materialnym i tą samą zasadą w ujęciu porównawczym. Czy realizacja jednej może być środkiem do realizacji drugiej? Czy obie są równie ważne, czy też może, na przykład, ze względu na rodzaj uzasadnienia, któraś z nich jest ważniejsza?

---

[631] *Ibidem*, s. 116.
[632] *Ibidem*, s. 33.
[633] Królikowski pisze w tym miejscu wprawdzie wprost o dyrektywie współmierności kary do stopnia winy, ale – zdaje się – traktuje tę dyrektywę jako składnik zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym.
[634] *Ibidem*, s. 34.
[635] *Ibidem*, s. 116.

4.3.2. Odpowiedniość kary i przestępstwa na gruncie zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym

Na początek postawmy sobie pytanie, jak należy rozumieć pojęcie proporcjonalności, jeśli zasadę proporcjonalności rozumiemy materialnie? Być może w odpowiedzi na to pytanie pomóc mogłaby prosta intuicja: im większy ciężar przestępstwa, tym większa kara, im mniejszy ciężar przestępstwa, tym mniejsza kara. Taka intuicja odpowiada matematycznemu pojęciu proporcjonalności prostej[636]. Proporcjonalność prosta to taka zależność pomiędzy dwiema zmiennymi wielkościami, w której iloraz tych wielkości jest stały. Kara ma być wprost proporcjonalna do ciężaru przestępstwa. To proste modelowe ujęcie można wyrazić wzorem:

$$\frac{x}{y} = a$$

gdzie w naszym przypadku:

x to kara za dane przestępstwo (czy też jej dolegliwość),
y to przestępstwo (czy też ciężar tego przestępstwa), zaś
a to liczba rzeczywista różna od 0.

W takim prostym modelowym ujęciu zasady proporcjonalności w rozumieniu materialnym brakuje jednakże określenia jednego istotnego elementu, w szczególności wtedy, kiedy zasada proporcjonalności jest wymogiem sprawiedliwości retrybutywnej. Nie jest bowiem wówczas obojętne, jaka będzie wartość liczby a. Gdyby założyć, że jest to obojętne, zasada proporcjonalności nie służyłaby niczemu więcej, jak formalnie rozumianej równości i przewidywalności[637]. Wprawdzie mogłoby się wydawać, że

[636] Odwołanie się do pojęć matematycznych ma tu charakter czysto pomocniczy, jest swego rodzaju metaforą. Nie ma na celu sugerowania, że ktokolwiek (na przykład retrybutywiści) uważa, że da się ciężar przestępstwa i dolegliwość kary wyrazić w skali interwałowej czy ilorazowej i że w związku z tym można o nich orzekać, dokonując ściśle matematycznych kalkulacji.
[637] Por. *ibidem*, s. 117.

równość to już swego rodzaju sprawiedliwość, ale nie jest ona chyba wymogiem wystarczającym, zwłaszcza dla proporcjonalności materialnej. Jak zauważył Chaim Perelman, „[…] wbrew rozpowszechnionemu mniemaniu nie pojęcie równości stanowi podstawę sprawiedliwości, nawet formalnej, ale fakt stosowania jednego prawidła do wszystkich członków jednej kategorii istotnej. Równość w traktowaniu jest logicznym następstwem przestrzegania tego prawa […]. Jeżeli w obliczeniu posługujemy się równością, nie prowadzi to wprawdzie do żadnego błędu w praktyce, skoro równość jest następstwem prawidłowości, ale może zniekształcić perspektywę, jeśli przedmiotem rozważań jest istota sprawiedliwości: może mianowicie skłonić do uznania za istotne tego, co jest prostym następstwem sprawiedliwości"[638]. Jak się więc wydaje, zakładając *arguendo*, że x i y dają się oszacować (że można dokonać ich pomiaru) i że są wyrażone za pomocą pewnych faktycznie odzwierciedlających ich wielkość liczb[639], z istoty sprawiedliwości retrybutywnej wynika, że iloraz dolegliwości kary i ciężaru przestępstwa (a więc wartość a) powinien wynosić dokładnie 1. Jeżeli bowiem iloraz ten jest większy niż 1 oznaczałoby to, że wymierzana kara, choć wprost proporcjonalna w dosłownym tego słowa znaczeniu do popełnionego przestępstwa, to jest zawsze większa od ciężaru przestępstwa, za które jest wymierzana. A przecież takie ukształtowanie relacji pomiędzy dolegliwością kary i ciężarem przestępstwa kłóci się chyba mocno z intuicjami, jakie wiążemy z wymogiem, aby kara odpowiadała przestępstwu, z proporcjonalnością w ujęciu materialnym. Może się tak wprawdzie zdarzyć z tego powodu, że w danym systemie prawa karnego przeważyły elementy o charakterze prospektywnym, prewencyjnym, ale wtedy przyjęta w danym systemie zasada proporcjonalności nie realizuje w całej pełni swojej założonej funkcji gwarancyjnej. Podobnie, jeżeli a jest mniejsze niż 1 – oznacza to, że wielkość

[638] Ch. Perelman: *O sprawiedliwości…*, s. 73–75.

[639] Por. K. Ajdukiewicz: *Pomiar*. [w:] idem: *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1945–1963*. T. 2, Warszawa 2006, s. 358: „Wszelki pomiar polega na przyporządkowaniu przedmiotom mierzonym czy też ich cechom przysługujących im pod tym względem, pod którym je mierzymy, pewnych liczb jako ich miary".

kary za dane przestępstwo jest zawsze mniejsza niż wielkość przestępstwa, za które została wymierzona. Może się tak zdarzyć na przykład z tego powodu, że w danym systemie prawa karnego przeważyły elementy o charakterze resocjalizacyjnym czy edukacyjnym, ale wtedy przyjęta w danym systemie zasada proporcjonalności nie realizuje z kolei w całej pełni swojej funkcji sprawiedliwościowej.

Jeżeli więc słuszne jest założenie, że zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym wymaga, aby iloraz dolegliwości kary i ciężaru przestępstwa był równy 1, to w gruncie rzeczy oznacza, że dolegliwość kary i ciężar przestępstwa powinny być równe. Można by w tym miejscu zapytać, po co w takim razie mówić o zasadzie proporcjonalności zamiast o zasadzie równości dolegliwości kary i ciężaru przestępstwa. Przyczyn odwoływania się do zasady proporcjonalności zamiast do zasady równości kary i przestępstwa może być kilka (a moim zdaniem występują one łącznie):

1. Zasada proporcjonalności lepiej pozwala ukryć faktycznie panującą niezgodę co do sposobu uzasadniania karania i sposobu wymierzania kary, na przykład niezgodę pomiędzy zwolennikami sprawiedliwości retrybutywnej a tymi, którzy wprawdzie zasadę proporcjonalności akceptują, ale w oparciu o przesłanki utylitarne; każda koncepcja może nadawać zasadzie proporcjonalności treść odpowiednią dla swoich założeń, zaś zamaskowanie faktycznej niezgody pod pozorną zgodą na zasadę proporcjonalności pozwala prawu karnemu uzyskać legitymację niezbędną przecież także dla skuteczności tego prawa.

2. Zasada proporcjonalności pozwala na włączenie do jej zakresu ujęcia porównawczego tej zasady – gdyby mówić wyłącznie o zasadzie równości, to proporcjonalność w ujęciu porównawczym wymagałaby wyraźnego i odrębnego jej wskazania, zdefiniowania i uzasadnienia.

3. Zasada proporcjonalności, w przeciwieństwie do zasady równości – mówiąc szczerze i wprost – lepiej maskuje to, co jest szalenie niewygodne z punktu widzenia uzasadniania karania,

a w szczególności – uzasadniania wymiaru kary, a mianowicie niewspółmierność kar i przestępstw, albo – wyrażając się bardziej oględnie – lepiej pozwala poradzić sobie z problemem rożnorodzajowości i braku obiektywnego przelicznika pomiędzy dolegliwością kary i ciężarem przestępstwa.

4. Zasada proporcjonalności pozwala (przynajmniej na poziomie retorycznym), a zasada równości dolegliwości kary i ciężaru przestępstwa nie pozwalałaby poradzić sobie z odejściem przez współczesne systemy prawne od zasady talionu (która wszak w najdoskonalszy i najprostszy sposób realizuje zasadę równości, ale we współczesnej zachodniej kulturze prawnej jest uważana za barbarzyńską)[640].

---

[640] Ciekawe jest, w jaki sposób zwolennicy sprawiedliwości retrybutywnej odżegnują się od najmniejszych choćby skojarzeń z zasadą talionu i od przypięcia im łatki tych, którzy żądają odwetu. M. Królikowski na przykład pisze, że pojęcie sprawiedliwości retrybutywnej błędnie zostało wprowadzone do polskiej dogmatyki, a to z tego powodu, że powiązano uzasadnienie karania z Arystotelesowską sprawiedliwością komutatywną (co rodzi proste skojarzenie z odpłatą), a wymiar kary ze sprawiedliwością dystrybutywną. Jego zdaniem sprawiedliwość retrybutywna najlepiej odpowiada Arystotelesowskiej sprawiedliwości proporcjonalnej. Powołuje się też na Arystotelesa sugerując, że ten uznawał odwet za niesprawiedliwy (por. M. Królikowski: *op.cit.*, s. 6–8). Tymczasem taka interpretacja pism Arystotelesa jest, moim zdaniem, co najmniej ryzykowna. Jeśli chodzi o odwet, to Arystoteles wskazywał jedynie, że odwet i sprawiedliwość nie są tym samym, ale miał tu na myśli różnicę pojęciową, a więc coś zupełnie innego niż M. Królikowski („Często bowiem odbiegają od siebie odwet i sprawiedliwość; tak np. jeśli urzędnik mający po temu władzę bije kogoś, to obity nie powinien mu oddawać razów; ale jeśli ktoś uderzył urzędnika, to nie tylko powinien być obity, lecz ponadto [jeszcze] ukarany" – Arystoteles: *op.cit.*, 1132b, podkreślenie S. W.). Jeśli natomiast chodzi o sprawiedliwość proporcjonalną, to miała ona u Arystotelesa dotyczyć transakcji wymiennych, takich, w których ze względu na występującą potrzebę dochodzi do wymiany rzeczy różnych i nierównych i w których wzajemne przeliczenie owych rzeczy umożliwia jeden powszechny miernik, którym jest pieniądz. („Lecz w transakcjach wymiennych węzłem łączącym ludzi jest sprawiedliwość w znaczeniu odpłaty, a mianowicie odpłaty proporcjonalnej, a nie równym za równe […]. Pieniądz więc jako miara wszystkiego wszystko czyni współmiernym i zrównuje; bo nie byłoby żadnej transakcji bez wymiany, ani wymiany bez równości, ani równości bez współmierności. W rzeczywistości więc jest rzeczą niemożliwą, by tak różniące się między sobą rzeczy stały się współmierne, ale może się to stać o tyle, o ile wymaga tego potrzeba. Musi tedy istnieć jedna miara dla wszystkiego, i to umowna […]". *Ibidem*, 1132b i 1133b). Trudno przypuszczać, aby ten model sprawiedliwości, w którym wyraźnie miara jest umowna, miał zastosowanie do wymiaru kary kryminalnej.

Konieczność osiągnięcia równości pomiędzy karą a przestępstwem, definicyjnie – jak powyżej wskazano – związana z zasadą sprawiedliwości retrybutywnej, jest zwykle w pewien sposób unikana w typowym dla karnistów sposobie mówienia i myślenia o funkcjach zasady proporcjonalności. Przy czym problem ten w takim samym stopniu dotyczy zasady proporcjonalności odnoszonej do konstruowaniu ustawowego zagrożenia, jak i odnoszonej do orzekania kary w indywidualnych przypadkach. Można to pokazać na przykładzie sposobu, w jaki Michał Królikowski, pisząc o zasadzie proporcjonalności w ujęciu materialnym i wyróżniając na płaszczyźnie wymiaru sądowego kary dwie jej wersje – pozytywną i negatywną – w ramach żadnej z tych wersji wymogu równości bezwzględnie nie stawia.

Z pozytywną wersją zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym mamy do czynienia wtedy, gdy zasada proporcjonalności jest uznawana za samodzielną podstawę oznaczania dolegliwości kary, czego konsekwencją jest założenie, będące swoistym rozwinięciem Dworkinowskiej *one right answer thesis* – że zawsze da się dobrać jedną właściwą karę dla danego przestępstwa[641]. Wprawdzie Królikowski pisze, że chodzi o jak największą zgodność kary i ciężaru przestępstwa, ale jednocześnie nie wyjaśnia, co owa „zgodność" ma oznaczać i powątpiewa, aby teoria wymiaru kary mogła stworzyć mierniki ciężaru przestępstwa i surowości kary o wymaganej dla uzyskania tej „zgodności" precyzji. Jak w takim razie widać, nie formułuje stanowczo roszczenia, aby dolegliwość kary i ciężar przestępstwa były sobie równe.

Zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym występuje natomiast w wersji negatywnej, gdy pełni funkcję wyłącznie limitującą, a więc zakłada się że „możliwe jest dobierania zbioru kar, które nie naruszają granic wyznaczonych proporcjonalnością" i że „wymóg proporcjonalności wyznacza jedynie górną i dolną granicę, a w tak zakreślonej przestrzeni decydującą rolę

[641] W przypadku konstruowania ustawowego zagrożenia chodziłoby o to, że zawsze można trafnie i jednoznacznie takie zagrożenie dobrać do danego typu przestępstwa.

[...] gra prewencja generalna lub inne czynniki"[642]. Przy czym, podkreślenia wymaga fakt, że górna granica ma tu zapobiec stosowaniu kar nadmiernie surowych lub nieuzasadnionych, a dolna ma zapewnić odpowiedniość kary do stopnia winy[643]. Takie określenie wersji negatywnej materialnego ujęcia zasady proporcjonalności jest o tyle interesujące, że wprost wskazuje, iż wybór kary powinien być dokonywany w granicach począwszy od kary odpowiadającej stopniowi winy, aż do kary nie-nadmiernie surowej, ale surowszej niż ta odpowiednia, „równa" stopniowi winy kara. Oznacza to, po pierwsze, że granice wyboru są niejako przesunięte do góry. Taki to wniosek nasuwałby się na tej podstawie, że jeżeli górną (asymptotyczną) granicą jest kara nadmiernie surowa, to wynikałoby stąd, że – zachowując symetrię – dolną (również asymptotyczną) granicą powinna być kara nadmiernie łagodna, a nie kara odpowiednia. Po drugie, takie określenie granic wyboru kary sugeruje, że wyłącznie limitujący charakter zasady proporcjonalności nie jest tu rozumiany jako remedium na nadmierne trudności związane z wyznaczeniem jednej wyłącznie słusznej kary (remedium na niewspółmierność). Gdyby tak było, granice te byłyby tak skonstruowane, żeby dawać i od góry, i od dołu margines wyboru niezbędny w sytuacji niepewności. Po trzecie, rozpiętość możliwości wyboru od kary odpowiedniej do stopnia winy aż do kary nie-nadmiernie surowej jest zastanawiająca, ponieważ wyraźnie łączy się z założeniem, że kara surowsza od kary odpowiadającej stopniowi winy, ale nie nadmiernie surowa, jest akceptowalna, podczas gdy nie jest akceptowalna żadna kara łagodniejsza od kary odpowiadającej stopniowi winy[644]. Po

---

[642] M. Królikowski: *op.cit.*, s. 121–122.

[643] Por. *ibidem*, s. 121: „ten gwarancyjny charakter należałoby uzupełnić postulatem o treści pozytywnej, tj. zapewnieniu pewnej odpowiedniości kary stosownie do stopnia winy, wskazując tym samym, choć w bardzo abstrakcyjny sposób, również dolną granicę – czy to standardowej w przypadku ustawowego zagrożenia i towarzyszącym im zasadom wymiaru kary, czy wymierzanej w konkretnym przypadku – kary za dane przestępstwo".

[644] W tym miejscu należy zapytać, dlaczego nieakceptowalna miałaby być żadna kara łagodniejsza od kary odpowiadającej stopniowi winy, jeżeli dopuszcza się karę surowszą byleby nie nadmiernie surową. Wszak względy prewencyjne i resocja-

czwarte, wynika stąd, że za pomocą kar surowszych niż odpowiadające stopniowi winy, ale nie nadmiernie surowych, mogą być realizowane tylko jakieś inne niż sprawiedliwość retrybutywna cele, na przykład cele prewencyjne. Podobnie zresztą zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym w wersji negatywnej działa na obszarze konstruowania ustawowego zagrożenia i dlatego, jak przyznaje Królikowski, „ustawodawcy wolno przy określaniu surowości sankcji karnych powołać się na inne powody – zwłaszcza kryminologiczne, ale dopuszczalne są również inne rozważania z szeroko pojętej polityki karnej, w tym względy ekonomiczne, takie jak koszty utrzymania systemu penitencjarnego”[645].

Jak z powyższego wynika, także wersja negatywna zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym nie stawia roszczenia, aby dolegliwość kary i ciężar przestępstwa były sobie równe.

4.3.3. Zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym a zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym

Po przeanalizowaniu sposobu rozumienia proporcjonalności w ujęciu materialnym w następnej kolejności należy się zastanowić, jak rozumieć proporcjonalność, jeżeli zasadę proporcjonalności przyjmujemy w ujęciu porównawczym. Z definicji zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym wynika, że można ją wyrazić następującym wzorem:

---

lizacyjne mogą czasami wskazywać, że wystarczyłaby kara łagodniejsza niż ta, która wynika ze stopnia winy. Stanowisko takie wskazuje na potraktowanie wymogu etycznego, jakim jest według retrybutywistów zasada proporcjonalności, w różny sposób; w zależności od tego czyj interes się poprzez nią realizuje, czyje potrzeby ona zaspokaja. W takim ujęciu realizacja interesu wspólnoty (społeczeństwa) musi być zawsze zabezpieczona w pełni (kara nie może być łagodniejsza od stopnia winy), podczas gdy w tym samym czasie realizacja interesu jednostki może być zabezpieczona tylko w pewnym stopniu (kara może być surowsza niż wynikałoby to ze stopnia winy, byle nie nadmiernie surowa). Jest w tym jakaś niekonsekwencja i kłóci się to, moim zdaniem, z samym pojęciem sprawiedliwości (jakkolwiek nazywanej), które przecież z natury swojej zakłada pewną symetrię.

[645] *Ibidem*, s. 122–123.

$$\frac{x_1}{y_1} = \frac{x_2}{y_2}$$

gdzie:

x_1 to wymierzona za dane przestępstwo kara (względnie jej dolegliwość), a y_1 to przestępstwo (względnie ciężar tego przestępstwa), a

x_2 to wymierzona za inne przestępstwo kara (względnie dolegliwość tej kary), a y_2 to inne przestępstwo (względnie ciężar tego innego przestępstwa).

Porównując następnie te dwa sposoby rozumienia zasady proporcjonalności – ujęcie materialne i porównawcze – można dojść do następujących wniosków:

1. Spełnienie wymogów zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym powinno (przynajmniej w modelowym, formalnym ujęciu) zawsze doprowadzić do realizacji zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym. Bo, jeżeli:

$$\frac{x_1}{y_1} = a \quad \text{oraz} \quad \frac{x_2}{y_2} = a$$

to:

$$\frac{x_1}{y_1} = \frac{x_2}{y_2}$$

2. Natomiast spełnienie wymogów zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym, zawsze dałoby rezultaty identyczne ze spełnieniem wymogów zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym tylko pod warunkiem przyjęcia, nieakceptowalnego (co powyżej wyjaśniono) na gruncie tej zasady założenia, że wartość a może być całkowicie dowolna. Jeśli bowiem uznamy, że zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym wymaga, aby wartość ilorazu kary i ciężaru przestępstwa była jakaś konkretna (na przykład ze względów sprawiedliwościowych uznamy, że wartość ta powinna wynosić 1), zmuszeni

będziemy też uznać, że realizacja zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym nie gwarantuje wcale realizacji zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym.

3. Jeśli proporcjonalność w ujęciu porównawczym uznamy za pewien odpowiednik sprawiedliwości formalnej, to proporcjonalność w ujęciu materialnym, wraz z przyporządkowaną mu określoną wartością ilorazu pomiędzy dolegliwością kary a ciężarem przestępstwa, a więc wartością a, jest pewnym odpowiednikiem sprawiedliwości konkretnej. Wskazuje bowiem, choć jak wszystkie formuły sprawiedliwości bardzo ogólnie, w jaki sposób należy potraktować tych, którzy popełnili czyn danego rodzaju – że należy wymierzyć im karę odpowiadającą w taki czy inny sposób ciężarowi popełnionego przestępstwa. Takie usytuowanie proporcjonalności w ujęciu materialnym potwierdzałby także fakt, że wiele z koncepcji odwołujących się do proporcjonalności w ujęciu materialnym posługuje się pojęciem „zasługi" czy „zasłużenia"[646], co wprost odsyła do jednej z najbardziej znanych formuł sprawiedliwości „każdemu według jego zasług"[647].

Podsumowując badanie relacji pomiędzy zasadą proporcjonalności w ujęciu porównawczym i zasadą proporcjonalności w ujęciu materialnym, trzeba stwierdzić, że realizowanie zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym może być w pełni skutecznym środkiem do realizowania zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym, podczas gdy realizowanie zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym, z formalnego punktu widzenia, takim w pełni skutecznym środkiem do realizowania zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym być nie może.

Wniosek powyższy oraz założenie, że sprawiedliwość retrybutywna wymaga, aby stosunek dolegliwości kary do ciężaru przestępstwa wynosił nie mniej i nie więcej niż 1, a więc aby były

---

[646] *Ibidem*, s. 18–25.

[647] Por. Ch. Perelman: *O sprawiedliwości…*, s. 42: „Jeśli stosując sprawiedliwość nie zadowalamy się wynagradzaniem, ale chcemy także mieć możność karania, musimy rozszerzyć pojęcie zasługi tak, by obejmowało ono uchybienia".

one sobie wielkościowo równe, wydaje się przesądzać o tym, że traktując poważnie zasadę sprawiedliwości retrybutywnej należałoby realizować przede wszystkim zasadę proporcjonalności w ujęciu materialnym, bo tylko ona teoretycznie mogłaby gwarantować osiągnięcie takiej równości. Zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym, jako że sama bezpośrednio efektu takiej równości nie zapewnia oraz nie może być nawet skutecznym środkiem do osiągnięcia takiej równości, powinna być w takim razie traktowana wyłącznie pomocniczo.

4.3.4. Realizacja zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym oraz zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym w koncepcjach prawnokarnych

W sformułowanej wyżej tezie założono, że – przyjmując ideę sprawiedliwości retrybutywnej – za najważniejszą należy uznać zasadę proporcjonalności w ujęciu materialnym. Powstaje jednak pytanie, czy opracowane i przyjmowane szczegółowe koncepcje prawnokarne na tak rozumianej zasadzie proporcjonalności rzeczywiście się opierają. Aby praktycznie realizować zasadę proporcjonalności w ujęciu materialnym, musiałyby bowiem zostać opracowane i przyjęte w konkretnych systemach prawa trzy istotne elementy: sposoby oszacowania ciężaru przestępstwa (materialnej treści bezprawia)[648], metody oszacowania surowości kary oraz sposób przekładu ustalonego ciężaru przestępstwa na karę o ustalonej surowości. Wobec faktu, że relacja z istniejącej literatury dotyczącej tych zagadnień zdecydowanie wykraczałaby poza temat niniejszej pracy, proponowane w niej koncepcje zostaną poniżej zaprezentowane tylko w schematyczny sposób.

[648] Por. *ibidem*, s. 41: „Do stosowania tej formuły [każdemu według jego zasług] potrzebne jest więc kryterium, które by pozwalało czy to wymierzyć stopień zasługi osób, jeśli nagrody mają być liczebnie porównywalne, czy to uszeregować ludzi według wielkości ich zasług, jeśli większe zasługi mają otrzymywać większą nagrodę. Nagroda musi być oczywiście zmienna w tej samej mierze co zasługi, jeśli pragnie się bezwzględnej proporcjonalności".

Oszacowanie ciężaru przestępstwa wedle funkcjonujących w literaturze koncepcji najczęściej jest dokonywane poprzez odwołanie się do dwóch elementów: zawinienia i szkody. Ale, jak wiadomo, oba te elementy same słabo poddają się oszacowaniu. Nawet jeżeli – zakładając wariant najbardziej optymistyczny – w przypadku winy przyjmie się jej zobiektywizowane pojmowanie – związane przede wszystkim z określonym wzorcem osobowościowym – to i tak pozostanie problem ustalenia takiego wzorca i użycia go dla oceny konkretnego czynu. Z konieczności bowiem tego rodzaju wzorzec musi zostać wyznaczony tylko na pewnym stopniu ogólności, a jego aplikacja do szczegółowego przypadku musi w pewnym stopniu być obciążona niepewnością, również z tego powodu, że wzorzec taki sam podlega interpretacji w procesie stosowania prawa[649]. Podobne, a może nawet większe trudności wiążą się z oszacowaniem szkody, która w wymiarze prawnokarnym najczęściej ma dwojaki charakter – majątkowy i moralny. O kłopotach związanych z oszacowaniem szkody niemajątkowej pisano tu już zresztą wcześniej. Sam Królikowski przyznaje, że „w konstrukcji przestępstw nie mamy do czynienia […] z jednolicie pojmowaną i funkcjonującą szkodą, czy też szkodliwością lub niebezpieczeństwem wystąpienia szkody, ale szerokim wachlarzem procesów jej powstawania, sposobów konkretyzacji niebezpieczeństwa jej wystąpienia, w końcu – zróżnicowaniem treści tej szkody w zależności od pojęcia dóbr chronionych i decyzji jak szeroko zostaną one zdefiniowane”[650]. I choć później wyraźnie pisze, iż – jego zdaniem – nie oznacza to wcale, że „jakakolwiek próba wprowadzania zasady proporcjonalności – zarówno w sensie porównawczym, jak i materialnym – musiałaby się rozbić o tę niedookreśloność w ocenie, w której: »znamy [jedynie] przybliżone proporcje zachodzące między wagą

[649] Por. J. Kochanowski: *Standard „rozsądnego człowieka" w prawie karnym*. „Studia Iuridica”, T. 20, 1991, s. 130–135, o tym, że takie wzorce są w istocie personifikacją ocen reprezentowanych przez sąd, że wymagają konkretyzacji w pewnym trudnym do określenia stopniu, że nie podlegają dokładnemu opisowi i skatalogowaniu, że muszą być uzupełniane określeniami szczegółowych obowiązków, które wchodzą w ich zakres oraz że pomiędzy ich wymaganiami mogą zachodzić sprzeczności.
[650] M. Królikowski: *op.cit.*, s. 130.

poszczególnych typów przestępstw«[651]", to nie podaje żadnego sposobu na rozwiązanie tej kwestii, a co więcej – zadaje kolejne pytania (na które sam nie znajduje jednoznacznej odpowiedzi) i dodaje nowe problemy. Pyta on na przykład o dobra i uprawnienia chronione: o to czy są traktowane jako samoistne czy też jako służące realizacji jakichś celów; o to czy mają charakter obiektywny i trwały, czy też zmieniają się wraz ze przemianami w rzeczywistości społecznej, tak że wciąż trzeba je określać na nowo. I sam w końcu przyznaje, że pojęcie szkody jest w pewnej części opisowe, ale w znacznej części ocenne. A ostatecznie odwołuje się do – jego zdaniem chyba najlepszej – koncepcji tzw. standardu życia Andrew von Hirscha i Nilsa Jareborga[652]. A przecież także ta koncepcja jest obciążona podobnymi wadami jak te, które czynią mało przekonującymi inne koncepcje: po pierwsze, jest do pewnego stopnia skonstruowana arbitralnie i można dyskutować zarówno co do ilości wyróżnionych standardów, jak i co do tego, jakie pogwałcenie jakiego dobra możliwe jest na którym poziomie, a po drugie jej stosowanie jest czysto ocenne[653]. Zresztą sam Królikowski kwalifikuje tę koncepcję raczej jako instrument porównawczej oceny ciężaru przestępstw. Jak się więc w końcu okazuje, w najlepszym razie można założyć, że kombinacja tych dwóch elementów – zawinienia i szkodliwości – „z założenia jest stworzona dla uzyskania metody porównawczej oceny przestępstw, tak by móc je uszeregować i ocenić różnice między nimi i w konsekwencji – konieczność odpowiedniej reakcji na dany czyn"[654].

---

[651] Królikowski (*ibidem*) cytuje tu za: L. Gardocki: *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*. „Państwo i Prawo", nr 7-8, 1979, s. 132.

[652] Wedle koncepcji standardu życia, szkoda jest szacowana ze względu na to, że dany czyn stanowi naruszenie standardu życia na jednym z czterech możliwych poziomów: poziomu egzystencji, poziomu minimalnego dobrostanu, poziomu satysfakcjonującego dobrostanu i poziomu wysokiego dobrostanu. Im niższy poziom, na którym dochodzi do pogwałcenia danego dobra, albo im więcej poziomów dane pogwałcenie obejmuje, tym większa szkoda.

[653] *Ibidem*, s.132–134.

[654] *Ibidem*, s. 127.

Oszacowanie surowości kar, a w dalszej kolejności także wzajemny przekład (czy też znalezienie wspólnego mianownika pozwalającego na taki przekład) kary i ciężaru przestępstwa (czyli dobieranie surowości kar), również wiąże się z wieloma problemami. Powstaje na przykład kwestia porównywania (przekładu) pomiędzy karami różnych rodzajów: karą pozbawienia wolności, karą grzywny czy karami wolnościowymi. Proponowane w literaturze sposoby „przeliczania", nawet tylko ograniczonego, jednych kar na drugie[655] mają wprawdzie pewne walory ujednolicające, a więc umożliwiają w pewnym zakresie proporcjonalność porównawczą i przewidywalność, obciążone są jednak tymi samymi wadami, którymi obciążone są sformalizowane czy zalgorytmizowane sposoby szacowania ciężaru przestępstwa, tzn. są arbitralne, sztywne, a ich ukształtowanie zależy przede wszystkim od ocen ich autorów. Ale na tej płaszczyźnie przede wszystkim powstaje problem sposobu dobrania sankcji karnej do ciężaru przestępstwa. Królikowski wprost pisze, relacjonując odpowiednią literaturę, że dobór ten zależy od konwencji, tradycji polityki karnej, założeń moralnych, kultury prawnej i etycznej danego społeczeństwa[656]. Wskazuje, że dobór ten zależy także od stopnia punitywności danego systemu[657]. Przy czym – jak twierdzi – niektórzy autorzy są zdania, że ustalenie takiej konwencji, tradycji i innych czynników należy wyłącznie do kompetencji ustawodawcy i w związku z tym opowiadają się za znacznym ograniczeniem lub wręcz odebraniem sądom luzu decyzyjnego w zakresie wymiaru kary. Inni natomiast są zdania, że wprawdzie luz ten powinien być ograniczony, na przykład poprzez zbliżone do siebie dolne i górne progi zagrożenia ustawowego oraz jednoznaczne dyrektywy sądowego wymiaru kary, to jednak nie tak dalece, aby sprowadzać sędziego do roli „ust ustawy"[658]. Tak czy inaczej, niezależnie od tego, jak ten spór zostanie rozstrzygnięty, jakiemu podmiotowi – sądowi czy

[655] Por: *ibidem*, s. 135–138.
[656] *Ibidem*, s. 134–135.
[657] Por. *ibidem*, s. 144.
[658] *Ibidem*, s. 139–140.

prawodawcy – ostatecznie udzielona zostanie (i w jakim zakresie) kompetencja do ustalania czy też eksplikowania społecznej konwencji, tradycji prawnokarnej, kultury prawnej i etycznej, to trzeba się raczej zastanowić, na ile możliwe jest, aby ta społeczna konwencja (tradycja danego systemu czy kultura prawna i etyczna danego społeczeństwa), nie ustaliwszy jednego konkretnego współczynnika służącego wzajemnemu przeliczaniu kar i przestępstw (a oczywiste jest, że takowy nie został współcześnie ustalony[659]), zdolna była ustalić takie zasady dobierania surowości kar do ciężaru przestępstw, które z jednej strony nie odwoływałyby się tylko do proporcjonalności w ujęciu porównawczym, a z drugiej nie byłyby oparte na czystej kazuistyce. Odpowiedź na tak zadane pytanie musi być przecząca. Konwencja, tradycja czy kultura, nie ustaliwszy z góry formuły „przeliczenia" ciężaru przestępstwa na dolegliwość kary, musi w tym zakresie odwoływać się albo do pewnych kazuistycznie wyznaczonych punktów wspólnych, albo do metod o charakterze proporcjonalnoporównawczym. A ponieważ tych kazuistycznie wyznaczonych punktów wspólnych, także ze względu na współcześnie panujący pluralizm światopoglądowy, nie ma zbyt wielu, a te, które dadzą się zidentyfikować, zwykle mają charakter graniczny, stosowane metody „przekładu" pomiędzy dolegliwością kary a ciężarem przestępstwa z konieczności muszą mieć charakter proporcjonalnoporównawczy. I tak na przykład, choć w większości społeczeństw tzw. zachodniej kultury prawnej z aprobatą spotkałby się pogląd, że pozbawienie życia wielu ludzi ze szczególnym okrucieństwem zasługuje na najwyższą przewidzianą przez dany system prawny karę (np. karę dożywotniego pozbawienia wolności czy karę śmierci) oraz że bardzo drobna kradzież nie zasługuje na karę pozbawienia wolności, to jednak trudno byłoby znaleźć pomiędzy tymi granicznymi, a w pewien sposób paradygmatycznymi kazusami, inne niekontrowersyjne przypadki – przypadki, które

[659] W historii prawa był jeden taki ustalony a czytelny współczynnik przekładu: ustanawiała go właśnie zasada talionu.

wypełniałyby całe spektrum możliwych i występujących w praktyce sytuacji.

Michał Królikowski opisuje dwa funkcjonujące w praktyce konkretnych systemów prawa modelowe mechanizmy doboru kary – dwa typy przyjętych we współczesnych systemach prawa dyrektyw wymiaru kary – wyróżniane ze względu na stopień swobody sędziowskiej i sposób legislacji: tzw. wytyczne przeliczeniowe oraz dyrektywy sędziowskiego wymiaru kary[660].

Wytyczne przeliczeniowe to tworzone, zwykle z udziałem ekspertów, bardzo szczegółowe algorytmy obligujące sędziego do określenia konkretnej kary za konkretne przestępstwo poprzez zaliczenie danego indywidualnego przypadku do jednej z wielu wyraźnie określonych kategorii. Przy czym kategorie takie wyróżnia się ze względu na skrzyżowane ze sobą dwojakiego rodzaju kryteria: stypizowany ciężar przestępstwa (tu istotna jest jak zwykle forma zawinienia oraz szkoda) oraz liczba dotychczasowych skazań sprawcy. Sędzia może od takich ścisłych, narzuconych mu prawem reguł odstąpić tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko wówczas, kiedy potrafi uzasadnić w wymagany prawem sposób konieczność takiego odstąpienia. Michał Królikowski nie wskazuje żadnego mechanizmu, który nadawałby konstruowaniu wytycznych przeliczeniowych jakiś walor obiektywności, mechanizmu, który eliminowałby arbitralność dobierania kryteriów, wedle których indywidualne przypadki są klasyfikowane w celu dobrania kary. Pisząc o arbitralności doboru kryteriów, nie mam zresztą wcale zamiaru nadawać temu określeniu silnie pejoratywnego wydźwięku. Chodzi mi jedynie o to, że dobór takich kryteriów jest – co najmniej do pewnego stopnia – kwestią indywidualnego wyboru twórcy konkretnych wytycznych przeliczeniowych. Wyboru, który może być oparty na bardzo różnych przesłankach. I który, mimo pozorów bezstronności, nie jest jednak nigdy całkowicie bezstronny, zależy bowiem od celów, jakimi kieruje się podmiot dokonujący wyboru. Zależy on w dużym stopniu od tego, jakie interesy (na przykład czy jednostkowe, czy społeczne) są

[660] M. Królikowski: *op.cit.,* s. 144–150.

uznawane za wartościowe i godne realizacji. Zresztą sam Królikowski pisze, iż istnieje „[…] niebezpieczeństwo tego, że konstruowanie przelicznika do przypasowania sankcji karnych do przestępstw sprawców danej kategorii może przesłonić założenia, na których stworzono cały system […]. Stałe uzależnianie wymiaru kary od czynnika powrotu do przestępstwa – stopniowane pod względem ilości powrotów – prowadzi do coraz większego przechodzenia w stronę argumentacji związanej z ideą niebezpieczeństwa sprawcy, nie zaś ze stopniem winy (ciężarem przestępstwa)”[661]. Jak z tego i innych jego wypowiedzi[662] wynika, wytyczne przeliczeniowe mogłyby być uznane wyłącznie za środek do osiągnięcia proporcjonalności porównawczej, nie gwarantują natomiast proporcjonalności w ujęciu materialnym.

Powstaje w tym miejscu jednak pytanie, w jakim stopniu wytyczne takie pozwalają na osiągnięcie choćby tylko proporcjonalności porównawczej, jeżeli kryteria klasyfikacji indywidualnych przypadków mają charakter całkowicie arbitralny, a od nich przecież zależy, jakie przypadki zostaną uznane za należące do tego samego typu[663]. Podobny problem miał, moim zdaniem, na myśli Jürgen Habermas, kiedy pisał, że „[…] w procedurach stanowienia prawa moralność, która przeniknęła do prawa pozytywnego, może dojść do głosu w ten sposób, że polityczne dyskursy teleologiczne ograniczy zasada zdatności do powszechnej aprobaty, a więc ów moralny punkt widzenia, który musimy brać pod uwagę uzasadniając normy. Jednakże we wrażliwym na uwarunkowania stosowaniu norm bezstronność wyroku nie dochodzi do głosu już przez to, że pytamy siebie, czego wszyscy mogliby chcieć, lecz: czy odpowiednio uwzględniliśmy wszystkie istotne aspekty danej sytuacji. Aby móc

---

[661] *Ibidem*, s. 147.

[662] Por. *ibidem*, s. 146: „wytyczne te pozwalają w bardzo czytelny i spójny sposób skonstruować system sankcji karnych odpowiadający porównawczym wymogom zasady proporcjonalności”.

[663] Por. też: „[…] to, czy dwa obiekty są izomorficzne czy nie, zależy od sposobu, w jaki je opiszemy. Można pokazać, że niemal każde dwie rzeczy są izomorficzne, jeśli zastosujemy opis na odpowiednio wysokim poziomie abstrakcji”. (A. Bullock, O. Stallybrass, S. Trombley: *Słownik pojęć współczesnych*. Katowice, 1999, s. 245).

rozstrzygnąć, które z norm ewentualnie kolidujących ze sobą, a następnie w świetle pryncypiów bezwarunkowo porządkowanych według rangi, stosują się do jakiegoś przypadku, należy wyjaśnić, czy właściwy i zupełny jest opis sytuacji ze względu na wszystkie interesy wchodzące w grę"[664]. I tak, w odniesieniu do wytycznych przeliczeniowych, obok wątpliwości dotyczących stosowanego przelicznika pomiędzy czynem sprawcy a karą, powstaje także fundamentalne pytanie, czy wytyczne takie faktycznie uwzględniają wszystkie istotne (i tylko takie) aspekty danej sytuacji oraz czy uwzględniany przez nie opis sytuacji jest właściwy i zupełny. Wątpliwość tę można byłoby wprawdzie zlekceważyć, wskazując, że w przypadku związania sędziego takimi wytycznymi zwykle przewidziany jest jakiś sposób pozwalający na odstąpienie od nich. Jednakże, ponieważ mechanizm odstąpienia od wytycznych ma charakter nadzwyczajny, konfrontuje sędziego z koniecznością przyjęcia na siebie dodatkowych ciężarów – co najmniej ciężaru uzasadnienia odstępstwa od przewidzianego wytycznymi standardu orzeczniczego oraz ciężaru ryzyka, że jego decyzja w toku instancji może zostać zakwestionowana. Ciężary takie, w zależności od swojego faktycznego rozmiaru mogą – mniej lub bardziej – zniechęcać sędziów do podejmowania decyzji w zgodzie z własnym, wykształconym na podstawie bezpośredniego kontaktu ze szczegółowymi okolicznościami konkretnej sprawy, przekonaniem[665] i w efekcie – spowodować, że proporcjonalność, nawet tylko porównawcza, będzie czysto pozorna.

W tym właśnie miejscu może warto pokusić się także o pewną istotną dygresję. Otóż, trzeba się zastanowić, jaka jest relacja pomiędzy proporcjonalnością w ujęciu porównawczym a jednolitością sądowego stosowania prawa. Pojęcia te wydają się być bowiem co najmniej pokrewne. Według Jerzego Wróblewskiego, co już wcześniej cytowano, „decyzje sądowe są

---

[664] J. Habermas: *op.cit.*, s. 518.

[665] O zjawisku takim pisze A. Sen, wskazując, że związana z dokonywanym wyborem szczególna odpowiedzialność może zachęcać podmiot podejmujący decyzję do pewnego oportunizmu i zniechęcać go do podejmowania ryzyka. Por. A. Sen: *Maximization and…*, s. 758–759.

wtedy jednolite, gdy sądy w określonych typach spraw będą wydawały decyzje tego samego typu”[666]. Podobnie więc jak w przypadku zasady proporcjonalności chodzi o przyporządkowanie sobie jakichś dwóch elementów. Pierwszy element to typ sprawy. Wróblewski pisze, że „sądy ujmują jednolicie »typ sprawy«, jeżeli (a) fakty *x* nazywane f w języku J_f, w którym dokonuje się ustaleń faktycznych, są traktowane jako desygnaty nazwy F w języku J_p stosowanej normy N; (b) ustalenie faktów *x* odbywa się za pomocą tych samych dyrektyw dowodowych DD; (c) do *x*-ów stosuje się normę N w tym samym znaczeniu”[667] oraz zauważa, że w takim razie jednolite ujęcie typu sprawy wymaga podwójnej typizacji: typizacji ze względu na język, w którym dokonywane są ustalenia faktyczne, a więc na język naturalny, w którym toczy się dane postępowanie, oraz typizacji ze względu na język prawny, w którym sformułowana jest stosowana norma. Przy czym ze względu na to, że typizacja w języku prawnym będzie ogólniejsza niż typizacja w języku naturalnym „określenie »typu sprawy« jest relatywizowane przede wszystkim do języka prawnego J_p”[668]. Drugi element to typ decyzji. Wróblewski wskazuje, że „decyzja sądowa należy do jednego typu wówczas, gdy dla danego typu spraw ustala określonego typu konsekwencje prawne”, tj. gdy „(a) dla danego rozstrzygnięcia typu sprawy sąd posługuje się tymi samymi normami w tym samym znaczeniu; (b) jeśli istnieje luz decyzyjny, to sąd posługuje się tymi samymi dyrektywami wyboru konsekwencji”, przy czym warunek (a) jest powtórzeniem warunków co do wyodrębnienia „typu sprawy”[669]. Jak więc z powyższego wynika decydująca dla jednolitości jest typizacja sprawy na gruncie języka prawnego, a więc ze względu na kryteria określone na gruncie tego języka – to znaczy ze względu na te okoliczności, które przez język prawny zostały wskazane, określone, wyróżnione oraz uznane za istotne. Na obszarze jednolitości

[666] J. Wróblewski: *Wartości a decyzja…*, s. 130.
[667] *Ibidem*, s. 131.
[668] *Ibidem*.
[669] *Ibidem*, s. 132.

chodzi więc o to, aby do spraw (faktów) istotnie podobnych do siebie z prawnego punktu widzenia, stosowano tę samą normę prawną i aby wiązano z nimi określonego typu konsekwencje prawne, wybrane wedle tych samych dyrektyw wyboru konsekwencji prawnych. Czy o to samo chodzi w proporcjonalności porównawczej? Czy chodzi o to, żeby sprawy podobne do siebie z prawnego punktu widzenia były rozstrzygane na podstawie tej samej normy prawnej i by przypisywano im konsekwencje prawne tego samego typu? Chyba nie. Przede wszystkim, jak się wydaje, dla zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym nie ma szczególnego znaczenia to, czy podobne przypadki są rozstrzygane na podstawie tych samych norm prawnych. Zasada proporcjonalności ma charakter bardziej „konsekwencjalistyczny" – ważny jest jedynie efekt procesu stosowania prawa, a więc przyporządkowanie określonym faktom określonych konsekwencji prawnych, niezależnie od sposobu, w jaki to nastąpiło. W tym miejscu można by zapytać, czy – zakładając, że stosowanie tych samych norm jest środkiem do osiągnięcia podobieństwa konsekwencji – powoduje to jakąś istotną różnicę. Różnica taka ujawnia się jednak mocniej w powiązaniu z drugą różnicą, jaką można by wskazać pomiędzy proporcjonalnością w ujęciu porównawczym a jednolitością. Powstaje bowiem także wątpliwość, czy w przypadku proporcjonalności porównawczej chodzi o podobne rozstrzyganie spraw podobnych „z prawnego punktu widzenia", czy też spraw podobnych z punktu widzenia jakichś kryteriów ustalonych w sposób niezależny od kryteriów prawnych. Oczywiście może się zdarzyć, że kryteria prawne będą się pokrywały z innymi, ustalonymi niezależnie od nich kryteriami, nie ma jednak między nimi związku o charakterze koniecznym. Jeśli chodziłoby w niej jedynie o kryteria prawne, to zasada proporcjonalności utraciłaby – moim zdaniem – wiele ze swego sensu. Nie miałaby na przykład zastosowania (nie byłaby konieczna i nie wywoływałaby żadnych skutków) na gruncie ustalania ustawowego wymiaru kary oraz na gruncie ustalania dyrektyw wyboru konsekwencji prawnych. Przecież to prawodawca określa tak naprawdę, ujmując pewne

czyny jako typy przestępstw, a także ograniczając luz decyzyjny poprzez dyrektywy wyboru konsekwencji prawnych, prawne kryteria podobieństwa danych faktów i – teoretycznie przynajmniej – może to czynić wedle własnego konceptu. W ten sposób, odnoszona tylko do kryteriów prawnych, zasada proporcjonalności utraciłaby w dużym stopniu swoją funkcję gwarancyjną, sprawiedliwościową (w innym niż legalistyczne ujęcie sprawiedliwości), równościową itp. W zasadzie proporcjonalności chodzi raczej o to, aby rozstrzygać podobnie sprawy podobne do siebie obiektywnie (w takim czy innym sensie obiektywności), podobne do siebie wedle bezstronnie określonych kryteriów. Widać to zwłaszcza wtedy, kiedy zasadę proporcjonalności porównawczej wiąże się (a tak przecież czynią zwolennicy sprawiedliwości retrybutywnej) z zasadą proporcjonalności w ujęciu materialnym. Ta druga odpowiada – jak to już powyżej wskazano – dość wiernie sprawiedliwościowej formule „każdemu według zasług". Jeśli podobieństwo pomiędzy czynami oraz podobieństwo pomiędzy karami będzie ustalane według kryteriów ściśle prawnych, zacznie odpowiadać raczej formule „każdemu według tego, co przyznaje mu prawo". A, jak pisze Perelman, „[…] ta formuła sprawiedliwości różni się od wszystkich innych tym, że sędzia, tj. osoba, która ją stosuje, nie ma prawa wybierać koncepcji sprawiedliwości, którą woli […]. Klasyfikacja, podział na kategorie istotne jest mu z góry narzucony i musi być bezwzględnie przestrzegany […]. *A priori* nie można nic powiedzieć […] o tym jak kategorie ustalone przez prawodawcę pokrywają się z kategoriami przyjętymi przez masy […]"[670]. W zasadzie proporcjonalności chodzi więc raczej o to, aby klasyfikacja służąca identyfikacji przypadków podobnych była oparta na podziale przypominającym podział naturalny w sensie logicznym. Proporcjonalność porównawcza jest w takim razie czymś nieco innym niż jednolitość. Nie można więc teoretycznie wykluczyć wystąpienia sytuacji, w której orzecznictwo będzie realizowało wartość jednolitości a nie będzie jednak tym samym realizowało zasady proporcjonalności. Niebezpieczeństwo takie

[670] Ch. Perelman: *O sprawiedliwości…*, s. 50–53.

jest – moim zdaniem – tym większe, im bardziej szczegółowe są prawne kryteria klasyfikacji spraw, od których zależy wymiar kary kryminalnej, a więc im bardziej szczegółowo określa się typy przestępstw oraz dyrektywy wyboru konsekwencji prawnych. Jest więc szczególnie duże w przypadku stosowania techniki tzw. wytycznych przeliczeniowych.

Drugi typ występujących współcześnie dyrektyw wymiaru kary – dyrektywy sędziowskiego wymiaru kary – to reguły bardziej ogólne, nie tyle o charakterze algorytmicznym, co raczej argumentacyjnym, często o pluralistycznej treści i o niezbyt wyraźnie, albo w ogóle, określonej hierarchii. Zwykle składnikiem zbioru takich reguł jest dyrektywa współmierności kary do stopnia winy. Zdaniem Michała Królikowskiego kształt tego rodzaju dyrektyw „ma charakter bardziej kontrowersyjny, niż […] wytyczne przeliczeniowe […]”[671], immanentną ich cechą jest stały spór o prymat jednej z nich, a „doświadczenia polskie nie pozwalają odnieść się z zaufaniem do większej roli dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary”[672]. Za Andrew von Hirschem zauważa też, że dyrektywy takie „w mniejszym stopniu mogą prowadzić do kontrolowania poziomu populacji więziennej niż wytyczne przeliczeniowe”[673]. Ten ton dezaprobaty świadczyłby o tym, że – według niego – ten model w mniejszym stopniu pozwala zrealizować zasadę proporcjonalności. Myślę, że taka opinia jest zresztą dość powszechna, gdyż zwykle większa swoboda decyzji sędziowskiej jest uznawana za zagrożenie dla jednolitości orzecznictwa, a proporcjonalność, zwłaszcza porównawcza, bywa często (jak powyżej wykazano – błędnie) identyfikowana z jednolitością. Jeśli jednak różnica pomiędzy proporcjonalnością a jednolitością zostanie uwypuklona, można przyjąć, że przy zastosowaniu różnego rodzaju środków zabezpieczających, takich jak na przykład właściwy dobór sędziów, zasada proporcjonalności porównawczej będzie lepiej

[671] M. Królikowski: *op.cit.,* s. 147.
[672] *Ibidem*, s. 50. M. Królikowski powołuje się tu na opinię prof. T. Kaczmarka, według którego dyrektywy wymiaru sędziowskiego nie mają realnego wpływu na praktykę orzekania kar.
[673] *Ibidem*, s. 148.

realizowana w systemie, w którym dyrektywy sędziowskiego wymiaru kary będą bardziej ogólne.

4.3.5. Wnioski. Rola analogii w realizowaniu zasady proporcjonalności

Podsumowując ten przeprowadzony powyżej pobieżny przegląd konkretnych przedstawionym w literaturze propozycji dotyczących sposobów realizowania zasady proporcjonalności, można stwierdzić, że w gruncie rzeczy oferowane przez prawnokarne koncepcje środki podejmowania decyzji skupiają się przede wszystkim na zapewnieniu w sferze operatywnej, mniej lub bardziej udolnie, proporcjonalności w ujęciu porównawczym. Nie oferują zaś tak naprawdę instrumentów, które bezpośrednio mogłyby zapewnić realizację zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym. Można tu więc zaobserwować pewien paradoks, zachodzący zwłaszcza w odniesieniu do tych koncepcji, które odwołują się do sprawiedliwości retrybutywnej. Jak to już wcześniej wskazano, w szczególności dla retrybutywizmu, ze względów aksjologicznych pierwszorzędne znaczenie powinna mieć zasada proporcjonalności w ujęciu materialnym. Tymczasem nie oferuje on żadnych środków, które zasadę tę pozwalałyby realizować, choćby tylko, jak chciał tego Michał Królikowski, jako zasadę optymalizacyjną. Za środki takie nie można bowiem uznać metod służących realizacji wyłącznie zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym, ta bowiem samodzielnie nie gwarantuje realizacji proporcjonalności w ujęciu materialnym. Konsekwencje zaś faktycznej dominacji zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym i obecności zasady proporcjonalności w ujęciu materialnym tylko na płaszczyźnie uzasadnienia (i to na poziomie powierzchniowym, czysto retorycznym) są bardzo poważne, a szczególnie istotne z punktu widzenia oceny tego, jak niewspółmierność wartości wpływa na rozumowania prawnicze i sposób stosowania prawa. Po pierwsze bowiem, okazuje się, że choć ideologia retrybutywizmu domaga

się zawieszenia założenia niewspółmierności wartości, bo wymaga porównywania tego co niewspółmierne (kar i czynów), to jako koncepcja teoretyczna nie dostarcza środków do realizacji tego wymagania. Po drugie, skoro retrybutywizm ma tak naprawdę ma charakter czysto fasadowy i ideologiczny (skoro nie jest w stanie zapewnić instrumentów do realizacji własnych postulatów i nie daje nadziei na zapewnienie tych instrumentów w przyszłości), to należałoby go odrzucić, co najmniej w profesjonalnym dyskursie prawniczym[674]. Po trzecie, jeśli rzeczywiście retrybutywizm odrzucić, tym większego znaczenia nabiera, zwłaszcza w sferze uzasadnienia (bo w kontekście odkrycia i tak jest, jak to powyżej wykazano, niezastąpiona), zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym. Przy czym korzyść z takiego kroku – odrzucenia retrybutywizmu i wzmocnienia mocy uzasadniającej zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym – wydaje się ewidentna: w takiej sytuacji niezbędne staje się bowiem ujawnienie wszystkich faktycznie przyjmowanych w procesie sądowego wymiaru kary kryminalnej szczegółowych przesłanek, niezbędnych dla ustalenia branych pod uwagę (zestawianych wedle zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym) konkretnych czynów i kar oraz relacji pomiędzy nimi. Ujawnienia wymagają więc nie tylko przesłanki związane ze sposobem oszacowania ciężaru przestępstwa i dolegliwości kary, które w podejściu retrybutywistycznym mają charakter pierwotny, a w czystej, modelowej postaci retrybutywizmu są w zasadzie jedynymi istotnymi przesłankami. (Choć i przy odrzuceniu retrybutywizmu nie są one pozbawione znaczenia, ponieważ, decydując o podobieństwie pomiędzy różnymi czynami i pomiędzy różnymi karami, decydują one również o tym, jakie, zgodnie z zasadą proporcjonalności w ujęciu porównawczym, pary kara–czyn są ze sobą zestawiane). Ujawnienia wymagają także, niewygodne dla retrybutywizmu i przez to traktowane niejako mimochodem, a mimo to silnie obecne przecież w każdym procesie orzekania, przesłanki

[674] Być może pozostałby wówczas obecny w potocznie rozumianym dyskursie politycznym czy ideologicznym.

kulturowe oraz przesłanki funkcjonalne (prewencyjne, resocjalizacyjne lub inne). One wszak decydują tak naprawdę, jaka jest relacja wewnątrz zestawianych ze sobą par kara – czyn.

Jawne i bezkompromisowe, zarówno na płaszczyźnie heurystycznej jak i płaszczyźnie uzasadnienia, przyjęcie zasady proporcjonalności w ujęciu porównawczym w sądowym orzekaniu kary kryminalnej miałoby ten skutek, że nie sprawiałoby szczególnej trudności stwierdzenie, jaki sposób rozumowania stosują sędziowie orzekając o rodzaju i wysokości kary za dokonany czyn przestępny. Zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym definicyjnie[675] bowiem ewokuje niejako konieczność stosowania rozumowania analogicznego. Dodatkowym potwierdzeniem tego wniosku może być i taka okoliczność, że w omawianej zasadzie nie tylko chodzi o to, że „sprawcy przestępstw o określonym ciężarze powinni otrzymywać kary o surowości odpowiedniej do kar przewidzianych za popełnienie innych przestępstw"[676], ale także o to, żeby zbieżność kar w zakresie ich dolegliwości nie była przypadkowa: aby przypisanie rożnym osobom kary o tej samej lub podobnej dolegliwości oznaczało, że popełnione przez nie przestępstwa coś łączy[677] (najczęściej przypisywany im na gruncie danego systemu prawa i konkretnych okoliczności ciężar). Ta zaś symetryczność jest charakterystyczna dla analogii[678].

---

[675] Aby przypomnieć raz jeszcze: zasada proporcjonalności w ujęciu porównawczym „oznacza porównywanie kary z innymi karami, a ciężaru przestępstwa z ciężarami innych przestępstw" (*ibidem*, s. 116).

[676] *Ibidem*.

[677] Por. S. Buda: *Dynamika analogii*. „Zagadnienia Filozoficzne w Nauce". R. XXXVIII, 2006, s. 141: „Analogia […]. Nie stwierdza ona w kategoryczny sposób zachodzenia jakichś zależności. Formułowana przezeń proporcjonalna zbieżność pewnych relacji sugeruje tylko istnienie bardziej lub mniej wyraziście rysującego się ich teoretycznego węzła, bez którego zbieżność ową należałoby traktować jako przypadkową, czy wręcz pozorną" (podkreślenie – S. W.).

[678] Por. *ibidem*, s. 129–131.

4.3.6. Znaczenie założenia niewspółmierności wartości dla sądowego wymiaru kary kryminalnej na gruncie aktualnie obowiązującego prawa polskiego

Koncepcje filozoficzne i teorie kary są bardzo istotne z punktu widzenia podjętego w niniejszej pracy zadania, ponieważ wpływają nie tylko na rozwiązania prawodawcze, ale mają także znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości i faktycznie realizowanej polityki karnej. Dlatego w dalszej części niniejszej pracy niezbędne będzie jeszcze zwrócenie uwagi na aktualny na gruncie polskiego prawa karnego stan normatywny i zbadanie, czy założenie niewspółmierności wartości, a w szczególności – ewentualna niewspółmierność kary i czynu przestępnego, powoduje tu jakieś trudności lub konsekwencje. Dla uproszczenia w niniejszej pracy poruszane będą wyłącznie zagadnienia z zakresu prawa karnego powszechnego, dotyczące wymierzania kar za przestępstwa.

Na początku trzeba zaznaczyć, że z punktu widzenia stopnia skrępowania sądów, współczesne polskie prawo przyjmuje system sankcji względnie oznaczonych, to jest zasadę, że prawo pozytywne, ustawa, określa zarówno rodzaj kary grożącej za poszczególne typy rodzajowe przestępstw, jak i dolne i górne granice swobody rozstrzygnięcia, a więc minimum i maksimum w jakim musi się zmieścić sądowy wymiar kary[679]. Ponadto zwykły ustawowy wymiar kary, wynikający z sankcji przepisu prawnokarnego statuującego typ rodzajowy przestępstwa lub jego odmianę, bywa niekiedy modyfikowany przepisami ogólnymi kodeksu karnego wprowadzającymi obligatoryjne zmiany dotyczące kar grożących[680]. Ustawowy wymiar kary wyznacza ramy sądowego wymiaru kary, który, wedle zmodyfikowanej dla naszych potrzeb definicji Violetty Konarskiej-Wrzosek, polega na konkretyzacji „przez sąd […] dolegliwości przewidzianych w ustawie wobec zindywidualizowanego sprawcy,

---

[679] V. Konarska-Wrzosek: *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń, 2002, s. 39.

[680] Por. *ibidem*, s. 42: „Unormowania i instytucje dotyczące wymiaru kary, które mają charakter fakultatywny, należą do domeny sądowego wymiaru kary".

któremu udowodniono popełnienie czynu zabronionego i winę" i „obejmuje: wymiar kar, środków karnych, środków probacyjnych polegających na warunkowym zawieszeniu efektywnego wykonania kary oraz wydawanie orzeczeń o odstąpieniu od wymierzenia kary"[681]. W granicach wyznaczonych systemem sankcji luzy decyzyjne sądów w zakresie sądowego wymiaru kary są ograniczone poprzez zasady wymiaru kary oraz dyrektywy wymiaru kary.

Zgodnie z definicją Violetty Konarskiej-Wrzosek „zasady wymiaru kary to reguły o charakterze normatywnym [...] rozstrzygające kwestie natury ogólnej dotyczące wymiaru kary, na których opiera się każdy bez wyjątku akt wymiaru kary – nie przewidujące żadnej uznaniowości w zakresie ich przestrzegania – abstrahujące od cech charakterystycznych dotyczących konkretnego czynu i danego sprawcy, nie związane bezpośrednio z wyborem i dawkowaniem kar i środków karnych w indywidualnych przypadkach"[682]. Do zasad wymiaru kary sensu *stricto* można zaliczyć:

1. zasadę względnej swobody sądu przy wymiarze kary;
2. zasadę indywidualizacji kary;
3. zasadę oznaczoności kar i środków karnych i względnej nieoznaczoności środków zabezpieczających;
4. zasadę zaliczania tymczasowego aresztowania na poczet kary;
5. zasadę humanitaryzmu[683].

Natomiast, według definicji Konarskiej-Wrzosek, „dyrektywy wymiaru kar i środków karnych to ustawowe wskazania ukierunkowujące sąd – w ramach przyznanej mu uznaniowości i swobody decyzji – w kwestii wyboru rodzaju kar i środków karnych oraz ich wysokości na gruncie indywidualnego przypadku, których zadaniem jest zagwarantowanie realizacji założonych w danym systemie prawa celów stawianych przed

[681] *Ibidem*, s. 46.
[682] *Ibidem*, s. 50–51.
[683] *Ibidem*, s. 51–52.

karą i środkami karnymi”[684]. Zgodnie z zaproponowaną przez nią typologią dyrektywy te można przedstawić następująco:

1. Dyrektywy ogólne:

a. sprawiedliwościowe:

i) dyrektywa, aby dolegliwość nie przekraczała stopnia winy – wynikająca z art. 53 § 1 k.k. (pełni funkcję limitującą w stosunku do potrzeb prewencji ogólnej lub szczególnej[685]);

ii) dyrektywa uwzględniania stopnia społecznej szkodliwości czynu – wynikająca z art. 53 § 1 k.k. („ma gwarantować zachowanie właściwej proporcji między reakcją karną a czynem sprawcy”[686]);

b. prewencji szczególnej (indywidualnej) – dyrektywa uwzględniania celów zapobiegawczych i wychowawczych, które mają być osiągnięte w stosunku do sprawcy – wynikająca z art. 53 § 1 k.k.;

c. prewencji ogólnej (generalnej) – dyrektywa wzięcia pod uwagę potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa – wynikająca z art. 53 § 1 k.k. (zarówno prewencja negatywna, jak i prewencja pozytywna[687]).

2. Dyrektywy szczególne:

a. odnoszące się do osoby sprawcy, na przykład dotycząca młodocianych i nieletnich (preferowanie celu wychowawczego – wynikająca z art. 54 § 1 k.k.);

b. dotyczące określonego rodzaju kar lub środków karnych, na przykład zakaz orzekania wobec sprawcy, który w chwili popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat, kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 54 § 2 k.k.), albo zakaz orzekania kary grzywny, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny

[684] *Ibidem*, s. 73.
[685] *Ibidem*, s. 86, 102–103.
[686] *Ibidem*, s. 86, 101–102.
[687] *Ibidem*, s. 95–97.

nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji (art. 58 § 2 k.k.), czy możliwość orzeczenia obok kary pozbawienia wolności kary grzywny, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął (art. 33 § 2 k.k.);

c. dotyczące czynów zabronionych o określonym ciężarze gatunkowym, na przykład nakaz traktowania w przypadku przestępczości drobnej bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* (art. 58 § 1 k.k.) czy możliwość odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary w przypadku przestępstw drobnych lub lżejszych średnich, gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, a sąd orzeka środek karny zabezpieczający spełnienie celów kary (art. 59 k.k.).

Analizując przedstawione powyżej zasady i dyrektywy, można stwierdzić, że tylko dwie z nich, a mianowicie dyrektywy sprawiedliwościowe, zdają się być w bezpośredni sposób uwikłane w konieczność dokonywania w procesie sądowego stosowania prawa porównania pomiędzy pewnymi elementami, które można byłoby uznać za niewspółmierne.

Ale – należy od razu zauważyć, że – dyrektywa nakazująca sądowi wymierzającemu karę baczenie, aby dolegliwość kary nie przekraczała stopnia winy sprawcy, choćby przemawiały za tym względy prewencji ogólnej i szczególnej, jakkolwiek w tej postaci oceniana przez wielu negatywnie, to w obecnym stanie prawnym pełni wyłącznie funkcję limitującą. Nie wymaga wobec tego od sądu dokonywania takiego porównania, które w sposób ścisły ustalałoby relację pomiędzy dolegliwością kary a stopniem winy. Wystarczy spełnienie warunku negatywnego. Z punktu widzenia tej dyrektywy sąd nie musi więc orzec kary, której dolegliwość byłaby równa stopniowi winy, czy nawet takiej, która w przybliżeniu odpowiadałaby stopniowi winy. Jedyną zarzucalną sytuacją jest taka, w której dolegliwość orzeczonej kary przekracza stopień winy.

Natomiast dyrektywa nakazująca sądowi wymierzającemu karę uwzględnianie stopnia społecznej szkodliwości czynu nakazuje sądowi branie pod uwagę szeregu czynników wyliczonych enumeratywnie w ustawie (art. 115 § 2 k.k.), to jest rodzaju i charakteru naruszonego dobra, rozmiaru wyrządzonej lub grożącej szkody, sposobu i okoliczności popełnienia czynu, wagi naruszonych przez sprawcę obowiązków, postaci zamiaru, motywacji sprawcy, rodzaju naruszonych reguł ostrożności i stopnia ich naruszenia. Dyrektywa ta nie wymaga więc od sądu osiągnięcia stanu równości czy nawet przybliżonej równości pomiędzy wymierzaną karą a stopniem społecznej szkodliwości czynu. Chodzi, jak się wydaje, o to, aby, po pierwsze, w procesie decyzyjnym wszystkie wyżej wymienione, określone ustawą czynniki zostały wzięte pod uwagę i żaden z nich nie został pominięty, a po drugie, aby te czynniki uwzględniane były przez sąd względnie jednolicie wedle pewnych przyjętych w orzecznictwie standardów. Mechanizm wypracowywania takich standardów jest tu, jak się wydaje, taki sam jak w przypadku standardów, o których pisano powyżej, a które są wypracowywane dla potrzeb orzekania zadośćuczynienia za krzywdę w prawie cywilnym. Zasadniczą rolę odgrywają tu więc niecałkowicie teoretyzowane porozumienia dotyczące pewnych *loci communes* oraz rozumowanie analogiczne. Te *loci communes*, a w związku z tym same standardy, nie są stałe, ale ulegają cały czas zmianom wraz z następującymi zmianami społeczno-kulturowymi. Dobrym przykładem mogą tu być następujące w orzecznictwie karnym zmiany dotyczące oceny stopnia społecznej szkodliwości, a co za tym idzie rozmiaru karania, czynów określonych w art. 35 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, tj. zabicia z naruszeniem obowiązujących przepisów lub znęcania się nad zwierzęciem. Obecnie coraz częściej zdarza się bowiem, że w takich przypadkach orzekana jest kara bezwzględnego pozbawienia wolności, co jeszcze parę lat temu było w ogóle nie do pomyślenia. Tendencja ta jest w sposób niewątpliwy powiązana z następującymi obecnie zmianami kulturowymi w zakresie stosunku ludzi do zwierząt.

Dokonując zaś zestawienia przepisów prawa materialnego z prawem procesowym trzeba na koniec zwrócić uwagę na fakt, że podstawą uchylenia lub zmiany orzeczenia w postępowaniu odwoławczym może być rażąca niewspółmierność kary (art. 438 pkt 4 kodeksu postępowania karnego). Powstaje więc pytanie, o jaką niewspółmierność tu chodzi i czy ma ona coś wspólnego z niewspółmiernością dolegliwości kary i ciężaru przestępstwa, której ewentualne występowanie i różne konsekwencje były badane powyżej w tej pracy.

Dokonany w zakresie art. 438 pkt 4 k.p.k. przegląd orzecznictwa skłania do następujących wniosków.

Po pierwsze, sam art. 438 pkt 4 k.p.k. nie wskazuje w ogóle, o jaką niewspółmierność kary chodzi, a w szczególności – o niewspółmierność kary w stosunku do czego. Trafnie wyraził to Sąd Apelacyjny we Wrocławiu: *Przepis art. 438 pkt 4 k.p.k., traktując o rażącej niewspółmierności kary, nie odnosi się, nie zawęża tego pojęcia do żadnej z zasad czy dyrektyw wymiaru kary, nie wprowadza prymatu którejś ze wskazówek dla kształtowania rozmiaru kary* (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 maja 2003 r., sygn. akt II AKa 163/03[688]). Gdyby zająć konsekwentnie stanowisko retrybutywistyczne należałoby przyjąć, że chodzi o niewspółmierność pomiędzy karą a czynem. Rażąca niewspółmierność kary jednak, o jakiej mowa w tym przepisie, nie jest tak naprawdę niewspółmiernością kary i popełnionego czynu, a mówiąc dokładniej – niewspółmiernością dolegliwości kary i ciężaru popełnionego przestępstwa. Nie jest to niewspółmierność wartości taka, jaka jest przedmiotem niniejszej pracy. Zauważmy, że konkretna kara mogłaby być uznana za rażąco niewspółmierną w rozumieniu ww. przepisu, także wtedy gdyby była całkowicie porównywalna z przestępstwem, za które ją orzeczono, ale gdyby była zdecydowanie za wysoka albo za niska. Nie jest to więc niewspółmierność rozumiana jako brak możliwości osiągnięcia równowagi pomiędzy karą a przestępstwem, ale jako rzeczywisty brak takiej równowagi.

---

[688] Lex 81392 [dostęp: 14 marca 2009]; OSA 2003/11/113, Wokanda 2003/11/47, KZS 2003/12/34.

Na tego rodzaju konkluzję wskazuje również fakt, że podstawą stwierdzenia tej niewspółmierności nie jest uchybienie dwóm tylko dyrektywom sprawiedliwościowym, o których mowa powyżej (a więc konieczności uwzględnienia społecznej szkodliwości czynu i nakazowi baczenia, aby dolegliwość kary nie przekraczała stopnia winy), ale znacznie szerszy katalog równorzędnych przesłanek nie mających wiele wspólnego z poszukiwaniem równowagi pomiędzy karą a przestępstwem. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt II AKa 109/08[689], *rażąca niewspółmierność wymierzonej kary w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. ma miejsce wtedy, gdy suma zastosowanych kar i środków karnych orzeczonych za dane przestępstwo nie uwzględnia stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celów kary w zakresie jej oddziaływania społecznego z jednoczesnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie ma osiągnąć w stosunku do sprawcy*.

Jeśli więc w ogóle można uznać, że przyczyna odwoławcza rażącej niewspółmierności kary ma wyróżnić te sytuacje, które są naruszeniem sprawiedliwości, to raczej sprawiedliwości bardzo wąsko pojmowanej – na pewno nie sprawiedliwości, o jaką chodzi w koncepcjach retrybutywistycznych, ale sprawiedliwości w ujęciu czysto legalistycznym, rozumianej jako zgodność z obowiązującym prawem podjętej przez sąd decyzji w zakresie wymiaru kary. Jak bowiem stwierdzono w szeregu orzeczeń, *rażąca niewspółmierność kary, o której mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k., zachodzić może tylko wówczas, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd I instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 53 k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego* (wyrok Sądu Apelacyjnego

[689] Lex 466403 [dostęp: 17 marca 2009].

w Łodzi z dnia 12 lipca 2000 r., sygn. akt II AKa 116/00[690], wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 września 2001 r., sygn. akt II AKa 154/01[691]). Decydujące znaczenie dla karnoprawnego pojęcia niewspółmierności mają więc przede wszystkim ściśle rozumiane i ściśle oznaczone względy prawne. Dodatkowym potwierdzeniem takiego stanu rzeczy może być także opinia zawarta w jednym z uzasadnień orzeczeń, że *miarą surowości kary nie jest jej ilościowy wymiar, ale stopień wykorzystania sankcji karnej przewidzianej dla danego przestępstwa* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt II AKa 350/06[692]). Czy więc kara jest rażąco niewspółmierna czy nie, nie zależy bezpośrednio od tego, jaki jest jej rodzaj i wymiar (jakość i ilość), ale od tego, jak wymierzona kara sytuuje się w granicach wyznaczonych przez prawodawcę. Jak obrazowo tłumaczy to dalej Sąd Apelacyjny w Lublinie na przykładzie konkretnej, rozpatrywanej w tym orzeczeniu sprawy: *Jeśli zatem odnieść się do górnej granicy ustawowego zagrożenia, to w ocenie Sądu odwoławczego, karami współmiernymi do stopnia szkodliwości społecznej i ustalonych przez Sąd Okręgowy okoliczności obciążających, będą kary w wysokości przekraczającej w sposób znaczący połowę ustawowego zagrożenia, a zbliżone do ośmiokrotnego najniższego zagrożenia z art. 158 § 3 k.k.*"[693].

Po drugie, jeśli przy badaniu czy nie zachodzi rażąca niewspółmierność kary sądy w ogóle biorą pod uwagę względy sprawiedliwościowe, to posługują się bardzo szczególnym pojęciem sprawiedliwości. Nie próbują nawet stwarzać pozorów, że chodzi tu o jakąś sprawiedliwość obiektywną i o jakąś obiektywną współmierność kary i popełnionego przestępstwa. Sprawiedliwość, jakiej się tu poszukuje, czy też raczej jaką stara

---

690 Lex 50220 [dostęp: 10 kwietnia 2009]; Prok. i Pr – wkł. 2002/1/29, KZS 2002/2/61.

691 Lex 55804 [dostęp: 10 kwietnia 2009]; Prok. i Pr – wkł. 2002/11/29, KZS 2002/12/70. Por. analogiczny wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. akt III CK 392/04 dotyczący zadośćuczynienia, *supra* s. 287.

692 Lex 314617 [dostęp: 17 marca 2009].

693 *Ibidem*.

się tu zapewnić, to sprawiedliwość relatywna. Rażąca niewspółmierność, wedle uzasadnień wielu orzeczeń zachodzi bowiem wtedy, *gdy* [*kara*] *w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą*" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 lipca 2000 r., sygn. akt II AKa 116/00[694], wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt II AKa 350/06[695]). Chodzi więc o to, aby *respektować uznawany powszechnie kanon moralny* i to nie z powodów zasadniczych, ale dlatego, że *względy, na społeczne oddziaływanie kary, oznaczają potrzebę wymierzenia takich kar, które odpowiadają społecznemu poczuciu sprawiedliwości, dają gwarancję skutecznego zwalczania przestępczości, tworzą atmosferę zaufania do obowiązującego systemu prawnego i potępienia, a nie współczucia dla ludzi, którzy to prawo łamią* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt II AKa 350/06[696]).

Po trzecie, przyczyną odwoławczą nie jest każda niewspółmierność kary, ale wyłącznie niewspółmierność rażąca. Ten stopień niewspółmierności sądy opisują najczęściej jako niewspółmierność „bijącą w oczy" (*sic!*), niewspółmierność nie nadającą się do zaakceptowania, niewspółmierność znaczną czy zasadniczą (przy czym z kontekstu wynika, że nie chodzi tu o niewspółmierność opartą na ocenach zasadniczych, ale o niewspółmierność istotną) (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2003 r., sygn. akt SNO 57/02[697]; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 30 maja 2003 r., sygn. akt II AKa 163/03[698]; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 grudnia 2000 r., sygn. akt II AKa 218/00[699]; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 marca 2001 r., sygn. akt

[694] Lex 50220 [dostęp: 10 kwietnia 2009]; Prok. i Pr. – wkł. 2002/1/29, KZS 2002/2/61.
[695] Lex 314617 [dostęp: 17 marca 2009].
[696] *Ibidem*.
[697] Lex 470261 [dostęp: 12 marca 2009].
[698] Lex 81392 [dostęp: 14 marca 2009]; OSA 2003/11/113, Wokanda 2003/11/47, KZS 2003/12/34.
[699] Lex 46122 [dostęp: 17 marca 2009]; KZS 2001/1/33.

II AKa 55/01[700]; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 października 2008 r., sygn. akt II AKa 132/08[701]; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 lipca 2000 r., sygn. akt II AKa 116/00[702]; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. akt II AKa 156/06[703]; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt II AKa 109/08[704]).

Pomimo tego, że – jak to powyżej stwierdzono[705] – niewspółmierność, o jakiej mowa w art. 438 pkt 4 k.p.k. to nie ta sama niewspółmierność, jaką rozumie się pod etykietą „niewspółmierności wartości", to jednak pozostaje ona w pewnym dość istotnym związku z omawianym tu problemem. Jeśli bowiem podstawą skorygowania orzeczenia sądowego w zakresie wymiaru kary może być tylko taka, jak to opisano powyżej, „rażąca niewspółmierność" (niewspółmierność rozumiana jako brak równowagi pomiędzy karą a przestępstwem, a nie jako brak możliwości osiągnięcia takiej równowagi; niewspółmierność nieodwołująca się tylko do wagi czynu i dolegliwości kary, ale także do szeregu innych przesłanek; niewspółmierność z punktu widzenia faktycznie odczuwanego społecznego a nie zobiektywizowanego poczucia sprawiedliwości i do tego nie każda niewspółmierność, ale niewspółmierność wielkich rozmiarów), to oznacza to, że na gruncie obecnie obowiązującego polskiego prawa prawdziwe jest jedno z dwóch albo łącznie oba następujące stwierdzenia:

1. Prawodawca nie zapewnił i nie próbował nawet zapewnić środków, które na drodze instytucjonalnej (poprzez kontrolę instancyjną) wymuszałyby w procesie sądowego wymiaru kary idealną (czy choćby przybliżoną) równowagę pomiędzy dolegliwością kary a ciężarem przestępstwa, ponieważ

[700] Lex 49441 [dostęp: 10 kwietnia 2009]; Prok. i Pr. – wkł. 2001/10/21.
[701] Lex 484825 [dostęp: 17 marca 2009]; KZS 2008/11/64.
[702] Lex 50220 [dostęp: 10 kwietnia 2009]; Prok. i Pr – wkł. 2002/1/29, KZS 2002/2/61.
[703] Lex 227293 [dostęp: 17 marca 2009]; KZS 2006/12/28.
[704] Lex 466403 [dostęp: 17 marca 2009].
[705] Por. *supra* s. 345.

równowaga ta nie była dla niego istotna lub istotniejsze była od niej realizacja innych celów karania.

2. Prawodawca nie zapewnił i nie próbował nawet zapewnić środków, które na drodze instytucjonalnej (poprzez kontrolę instancyjną) wymuszałyby w procesie sądowego wymiaru kary idealną (czy choćby przybliżoną) równowagę pomiędzy dolegliwością kary a ciężarem przestępstwa, ponieważ nie potrafił tego uczynić, ze względu na niewspółmierność zachodzącą pomiędzy tymi obiektami[706].

Podsumowując przeprowadzoną tu analizę dotyczącą sądowego wymiaru kary, także na gruncie prawa polskiego, trzeba stwierdzić, że nie znajduje potwierdzenia teza, jakoby prawnicy na potrzeby uczestniczenia w dyskursie prawnym (tu w dyskursie stosowania prawa) byli zmuszeni zawieszać założenie niewspółmierności wartości. Materiał normatywny i doktryna wskazują bowiem na to, że tak naprawdę prawodawca nie wymaga od sądu w procesie karnym porównywania tego, co niewspółmierne, tj. kary i przestępstwa. Sądowy wymiar kary jest bowiem oparty – jeśli w ogóle na jakiejś zasadzie proporcjonalności – to raczej na zasadzie proporcjonalności w ujęciu porównawczym, a nie materialnym. Ponadto analiza zasad i dyrektyw wymiaru kary na gruncie aktualnie obowiązującego prawa potwierdza, że ich stosowanie nie wymusza na sądach zawieszania założenia niewspółmierności.

[706] Odrzucam świadomie możliwość, że prawodawca nie zapewnił i nie próbował nawet zapewnić środków, które wymuszałyby w procesie sądowego wymiaru kary idealną (czy choćby przybliżoną) równowagę pomiędzy dolegliwością kary a ciężarem przestępstwa, ponieważ dysponował zbyt małą wiedzą, która to wiedza byłaby jednakże, jego zdaniem, faktycznie osiągalna. Gdyby prawodawca uznawał taką wiedzę za osiągalną i gdyby uznał taką równowagę za istotną, podjąłby przynajmniej próbę egzekwowania tej równowagi.

4.4. Wpływ zjawiska niewspółmierności wartości na warunki przeprowadzania niektórych wnioskowań prawniczych na przykładzie wnioskowania *a fortiori*

Jednym z momentów, w których prawnik jest zmuszony korzystać z porównania jako narzędzia, jest moment stosowania *argumentum a fortiori*. W prawniczej wersji *argumentum a fortiori* jest klasyfikowane albo jako dyrektywa szeroko rozumianej wykładni[707] albo jako reguła inferencyjna[708]. Określone przezeń wnioskowanie nakazuje „[...] zaliczać do systemu prawa także normy wyprowadzane z poprzednich [norm] uznanych za obowiązujące w oparciu na założeniu konsekwentności ocen, założeniu »aksjologicznej racjonalności prawodawcy« [...]. [J]eżeli uznaje się za obowiązujące w danym systemie prawnym normy mające określone uzasadnienie aksjologiczne, to należy też uznać za obowiązujące w nim inne normy, które mają takie samo, czy tym bardziej silniejsze uzasadnienie"[709]. Mechanizm działania *argumentum a fortiori* można więc opisać za pomocą formuły „Jeżeli *x* to tym bardziej *y*". Jak wiadomo argument ten występuje w dwóch odmianach: stosującego się do nakazów i dozwoleń *a maiori ad minus* (jeżeli nakazano – lub dozwolono – czynić coś więcej, to tym bardziej nakazano – dozwolono – czynić coś mniej) oraz stosującego się do zakazów *a minori ad maius* (jeżeli zakazano czynić coś mniej, to tym bardziej zakazano czynić coś więcej). Korzystanie z *argumentum a fortiori* bywa trudne, a samo wnioskowanie jest zawodne. W wielu przypadkach też – i na te przede wszystkim zwrócimy uwagę – wnioskowanie to nie jest w ogóle możliwe do wykorzystania. Trudności takie wynikają z faktu, że, jak trafnie wyraził to Zygmunt Ziembiński, „stosowanie tego rodzaju reguł inferencyjnych wymaga bardzo precyzyjnego określania ocen preferencyjnych, co się uważa za

---

[707] Por. L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*. Toruń, 2006, s. 219; K. Szymanek: *op.cit.*, s. 63.
[708] Por. S. Lewandowski, A. Malinowski, J. Petzel: *op.cit.*, s. 16.
[709] A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziembiński: *Zarys teorii państwa i prawa*. Warszawa, 1993, s. 212.

dobro większe, co się uważa za zło mniejsze, a co za zło większe w zakresie wartościowań jednorodzajowych, a przy tym, czy różnica jest dostatecznie duża, by uzasadniać przyjęcie dalszej normy za obowiązującą na podstawie uznania za obowiązującą normy wyjściowej"[710].

W uświadomieniu sobie roli, jaką we wnioskowaniu *a fortiori* spełnia porównanie, pomocne może być zastanowienie się nad tym, czym różni się wnioskowanie *a fortiori* od innych wnioskowań opartych na założeniu konsekwentności ocen prawodawcy, na przykład wnioskowania przez analogię *legis*. Różnicę tę dobrze widać, zestawiając pochodzące od jednego autora definicje obu wnioskowań, w tym przypadku definicje autorstwa Krzysztofa Szymanka[711] (dla omawianego problemu nie ma znaczenia kwestia różnicy pomiędzy normą a przepisem prawnym, użyta terminologia czy definiowanie tych wnioskowań jako dyrektyw interpretacyjnych):

Argumentum a simili:

„Jeśli przepis orzeka P (uprawnienie, obowiązek) o podmiotach będących w sytuacji S, to interpretacja *a simili* stanowi, iż orzeczenie P dotyczy również – jeśli brak wyraźnego przepisu odmiennego – tych podmiotów, które znajdują się w sytuacji S′ *podobnej* pod istotnym względami do S"[712].

Argumentum a fortiori:

„Jeśli przepis orzeka P o podmiotach będących w sytuacji S, to interpretacja *a fortiori* stanowi, iż orzeczenie P dotyczy również – jeśli brak wyraźnego przepisu odmiennego – tych

[710] Z. Ziembiński: *Wstęp do aksjologii dla prawników*. Warszawa, 1990, s. 193.
[711] Wiem, że kontrowersje może wzbudzić dokonany przeze mnie wybór definicji i pominięcie takich autorytetów jak Z. Ziembiński czy N. MacCormick. Ale dla moich potrzeb definicje K. Szymanka lepiej się nadawały. Jeśli bowiem definicje pochodzą od jednego autora, do tego z tej samej publikacji i to z publikacji o charakterze słownikowym czy encyklopedycznym, bardziej uprawnione wydaje się założenie, że różnice pomiędzy tymi definicjami są znaczące i że nie wynikają wyłącznie z charakterystyki stosowanego stylu czy używanej terminologii.
[712] K. Szymanek: *op.cit.*, s. 65 (podreślenie – S. W.).

podmiotów, które w jeszcze większym stopniu od podmiotów znajdujących się w sytuacji S zasługują na orzeczenie P”[713].

Dla potrzeb dalszych rozważań opisaną powyżej sytuację S możemy nazwać sytuacją wyjściową, ponieważ jest ona podstawową, niezbędną i w pewnym sensie pierwotną przesłanką każdego z rozpatrywanych wnioskowań. Jest to bowiem sytuacja, bez której zidentyfikowania omawiane wnioskowania nie mogą nawet być wzięte pod uwagę jako możliwe do zastosowania narzędzia. Jest to sytuacja, której konstytutywną cechą jest to, że jest uregulowana przez prawo (gdyż przepis orzeka P o podmiotach będących w tej sytuacji).

Jak z powyższego wynika *analogia legis* ma zastosowanie wtedy, gdy podmiot znajduje się w sytuacji podobnej pod istotnymi względami do sytuacji wyjściowej S (nazwijmy taką sytuację podmiotu sytuacją S′), a wnioskowanie *a fortiori* ma zastosowanie, gdy podmiot znajduje się w sytuacji, która w wyższym stopniu niż sytuacja wyjściowa S zasługuje na dane orzeczenie (nazwijmy taką sytuację S″). Zestawienie to pokazuje, że za każdym razem, czy przy analogii *legis* czy wnioskowaniu *a fortiori* następuje odniesienie się do sytuacji wyjściowej S, ale przyjęte definicje sugerowałyby *prima facie*, że zbieżność ta jest przypadkowa. W pierwszym przypadku bowiem (analogii *legis*) wymiar, w którym określana jest relacja pomiędzy S a S′ to „podobieństwo”, w drugim zaś (*a fortiori*) wymiar, w którym określana jest relacja pomiędzy S a S″ stanowi „zasługiwanie na orzeczenie P”. Pierwszy wymiar wydaje się mieć charakter opisowy, a drugi ocenny. Rozłączność tych wymiarów jednak, co nie stanowi we współczesnym prawoznawstwie żadnej nowości[714], jest bardzo złudna. Dlatego możliwe jest postawienie sobie następujących pytań:

1. Czy sytuacja będąca S′ także zasługuje, jak sytuacja będąca S″ (choć niekoniecznie tak jak S″ w wyższym stopniu), na orzeczenie P właściwe dla sytuacji wyjściowej S?

---

[713] *Ibidem*, s. 63 (podreślenie – S. W.).
[714] Por. choćby Z. Ziembiński: *Wstęp do aksjologii…*, s. 7–10.

2. Czy dana sytuacja, żeby była S″, musi być zarazem sytuacją podobną pod istotnymi względami do sytuacji wyjściowej S?

Innymi słowy można sobie zadać pytanie o wzajemną relację pomiędzy wyżej wymienionymi wymiarami: wymiarem „podobieństwa" i wymiarem „zasługiwania na dane orzeczenie".

Ad 1. Mając na uwadze względy natury etycznej (sprawiedliwościowej), na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Jeśli sytuacja jest pod istotnymi względami podobna do sytuacji wyjściowej to zasługuje ona na to samo orzeczenie, na jakie zasługuje sytuacja wyjściowa. Przemawiają za tym względy formalnie rozumianej sprawiedliwości[715]. Należy jednak zauważyć, że co do wielkości tego wymiaru (wymiaru zasługiwania) nie da się stwierdzić nic więcej ponad to, że stopień tego zasługiwania nie może być niższy niż zasługiwanie, które można przypisać sytuacji wyjściowej S (gdyby stopień zasługiwania sytuacji S′ na orzeczenie P był niższy niż stopień zasługiwania na to orzeczenie sytuacji S, to o S′ nie można byłoby orzec, że na pewno i w każdym przypadku zasługuje na to samo orzeczenie co sytuacja wyjściowa).

Ad 2. Jednocześnie, mimo że Chaim Perelman pisał, iż „*argumentum a fortiori* opiera się nie na podobieństwie rozpatrywanej sprawy do wybranego precedensu, ale na *ratio decidendi*, będącej dla poprzedniego wypadku podstawą określonego rozstrzygnięcia […], również na duchu ustawy"[716], to trzeba zauważyć, że i w przypadku *argumentum a fortiori* chodzi jednak o pewne, może rozumiane w nieco bardziej wyrafinowany sposób, ale jednak – podobieństwo. Podobieństwo określane z pomocą pewnego *tertium comparationis*, którym w danym przypadku jest – według określenia Perelmana – *ratio decidendi* czy duch ustawy. Zresztą trudno tu mówić o ujawnieniu się w opisie Perelmana jakiejś drastycznej różnicy pomiędzy analogią a wnioskowaniem *a fortiori*, skoro sama analogia – według wielu –

[715] Por.: J. Nowacki: *op.cit.*, s. 182.
[716] Ch. Perelman: *Logika prawnicza. Nowa retoryka*. Warszawa, 1984, s. 38.

nie polega tylko i wyłącznie na „prostym ustalaniu podobieństwa między dwoma przypadkami, z których jeden jest objęty unormowaniem przez prawo”[717], ale także wymaga odwołania się do jakiegoś wspólnego elementu uzasadniającego rozstrzygnięcie obu przypadków, sytuacji wyjściowej S i sytuacji S′[718]. Jakkolwiek by nie nazwać tego wspólnego elementu: myślą przewodnią, zasadą ogólną czy *ratio legis*, stanowi on, podobnie jak w przypadku *argumentum a fortiori*, podstawę, ze względu na którą orzeka się właśnie o podobieństwie rozpatrywanych przypadków (niektórzy mówią tu o tożsamości podstawy)[719]. Rozważania powyższe pozwalają, na razie przynajmniej prowizorycznie, odpowiedzieć na drugie z zadanych powyżej pytań. Wynika z nich bowiem, że sytuacja w wyższym stopniu zasługująca na orzeczenie P niż sytuacja wyjściowa to, w taki czy inny sposób, sytuacja podobna pod istotnymi względami do sytuacji wyjściowej. Należy jednak tę kwestię zbadać dokładniej.

W tym celu trzeba powrócić do definicji obu sposobów wnioskowania i zastanowić się, co oznacza w *argumentum a simili* „istotne podobieństwo”? Jak się wydaje *prima facie* oznacza ono, że sytuacja podobna i sytuacja wyjściowa mają pewne wspólne cechy (przy braku istotnych różnic). Nie chodzi tu jednak o jakiekolwiek cechy, ale cechy, ze względu na które przypisuje się tym sytuacjom te same konsekwencje. Wydaje się bowiem, że wprawdzie nie musi to być koniecznie takie podobieństwo, które (przy spełnieniu wszystkich innych warunków) pozwalałoby zgrupować te sytuacje w jednym członie podziału naturalnego, ale na pewno powinno to być takie podobieństwo, które choć może nie-wieloaspektowe, to jest uznawane za istotne ze względu na rodzaj ewentualnych przypisywanych sytuacjom konsekwencji[720]. Niektórzy nawet twierdzą, że powinno być to podo-

[717] J. Nowacki: *op.cit.*, s. 21.
[718] Por. o analogii – *supra* s. 299 i n.
[719] J. Nowacki: *op.cit.*, s. 21–36.
[720] Por. L. Morawski: *Zasady wykładni…*, s. 204: „[...] podobieństwo, które stanowi warunek stosowania analogii może polegać zarówno na podobieństwie faktycznym nieuregulowanej i uregulowanej sytuacji, jak i na podobieństwie celów regulacji [...]. Łącznie oba te czynniki bierze pod uwagę SN, gdy stwierdza: »zasadniczą

bieństwo ze względu na cechy „prawne", ten pogląd może jednak budzić pewne wątpliwości[721].

Co oznacza natomiast w *argumentum a fortiori* „wyższy stopień zasługiwania"? Jak się wydaje oznacza to także (bo cóż innego może oznaczać), że obie sytuacje – sytuacja w wyższym stopniu zasługująca i sytuacja wyjściowa – mają pewne wspólne cechy (przy braku istotnych różnic), ze względu na które przypisuje się tym sytuacjom te same konsekwencje, ale że sytuacji pierwszej przysługują te cechy w wyższym stopniu. Posiadanie wspólnych cech, ze względu na które sytuacjom przypisuje się te same konsekwencje, oznacza w gruncie rzeczy podobieństwo, i to chyba właśnie takie podobieństwo, o jakie chodzi w *argumentum a simili*. A więc nie podobieństwo globalne, ale podobieństwo ze względu na określone konkretne, relewantne z punktu widzenia konsekwencji prawnych, cechy. Można wskazywać na to wprawdzie, że w grę mogą tu wchodzić innego rodzaju cechy niż w przypadku wnioskowania przez analogię. Cechy w mniejszym stopniu wynikające z tego, do jakiego rodzaju należą badane sytuacje (to wydaje się jednak nieco bardziej właściwe dla wnioskowania przez analogię), a bardziej związane ze sposobem uzasadnienia dla danej regulacji. Biorąc jednak pod uwagę, że wyróżnienie i nazwanie takich cech jest w gruncie rzeczy sprawą czysto konwencjonalną, kwestia ta chyba nie ma większego znaczenia. Zresztą, jak to już powyżej wskazywano, odwołanie się do różnie nazywanego *ratio* regulacji jest właściwe także dla analogii, co znajduje swoje odzwierciedlenie choćby w tym, że to przede wszystkim przy tym sposobie wnioskowania odwołujemy się do argumentu wyrażonego w znanej paremii: *Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dipositio*. Tym samym więc udzielona została ostateczna odpowiedź na drugie pytanie: S″ także musi być sytuacją podobną pod istotnymi względami do sytuacji wyjściowej S.

---

przesłanką sięgania do analogii z ustawy jest podobieństwo stanów faktycznych przy takim samym motywie legislacyjnym [...]«″.

[721] Por.: J. Nowacki: *op.cit.*, s. 184–187.

Jeżeli jest więc tak, że S′, podobnie jak S″, zasługuje na takie orzeczenie jak sytuacja wyjściowa S, a zarazem S″ jest, podobnie jak S′, sytuacją podobną pod istotnymi względami do sytuacji wyjściowej, to czy różnica pomiędzy wnioskowaniem przez analogię *legis* i wnioskowaniem *a fortiori* nie jest tylko różnicą do pewnego stopnia pozorną, różnicą w sferze stosowanej retoryki? Różnicą polegającą na tym, że *argumentum a fortiori* oddziałuje skuteczniej niż analogia na sferę emocjonalną podmiotu, do którego kierowana jest argumentacja[722]? Moim zdaniem nie jest to jednak różnica pozorna, a jej waga ujawnia się właśnie wtedy, kiedy bierzemy pod uwagę zjawisko niewspółmierności wartości.

Różnica pomiędzy tymi dwoma sposobami wnioskowań ma dwa aspekty, które są jak dwie strony tego samego medalu, a które odpowiadają dwóm uwikłanym w te wnioskowania wymiarom: podobieństwu i zasługiwaniu.

Pierwszy aspekt, w wymiarze podobieństwa, odnosi się do występowania w branych pod uwagę sytuacjach wspólnych cech: z punktu widzenia reguł wnioskowania przez analogię w obu sytuacjach – uregulowanej i nieuregulowanej – wspólne cechy powinny w ogóle występować, ale nie ma tu decydującego znaczenia aspekt ilościowy (jak wyjaśniono to wcześniej „istotne podobieństwo" to niekoniecznie podobieństwo istotne ze względu na jego natężenie); z punktu widzenia reguł wnioskowania *a fortiori* występowanie cech wspólnych powinno być niesymetryczne – wspólne cechy powinny w wyższym stopniu występować w sytuacji nieuregulowanej niż w sytuacji wyjściowej[723].

Drugi aspekt, w wymiarze zasługi, odnosi się do stopnia tejże: z punktu widzenia wnioskowania przez analogię sytuacja nieuregulowana musi zasługiwać na dane orzeczenie w stopniu nie niższym, niż sytuacja uregulowana; z punktu widzenia wnioskowania *a fortiori* sytuacja nieuregulowana musi

[722] Por. stanowczą opinię J. Stelmacha: „[…] argument *a fortiori* należy do najważniejszych i najbardziej jednoznacznych w dyskursie prawniczym. Prawidłowo użyty prowadzi w zasadzie do niepodważalnych rozstrzygnięć". (J. Stelmach: *Kodeks argumentacyjny dla prawników*. Kraków, 2003, s. 79).
[723] Por. A. Peczenik: *On law…*, s. 404.

zasługiwać na dane orzeczenie w stopniu wyższym niż sytuacja uregulowana.

Z powyższych różnic natomiast wynika natomiast, że:

1. Dla przeprowadzenia wnioskowania przez analogię *legis* ani wymiar podobieństwa (występowania wspólnych cech) ani wymiar zasługi nie wymagają współmierności sytuacji uregulowanej i nieuregulowanej: nie jest bowiem konieczne ani stwierdzenie, że obie sytuacje mają równe natężenie wspólnych cech, albo że jedna z nich ma takie natężenie większe od drugiej ani też stwierdzenie, że sytuacje S i S′ w równym stopniu zasługują na dane orzeczenie albo że jedna z nich zasługuje na dane orzeczenie bardziej niż druga. Wystarczy bowiem, że S′ legitymuje się podobieństwem a nie identycznością[724] oraz że S′ zasługuje na dane orzeczenie w stopniu nie mniejszym niż S.

2. Dla przeprowadzenia wnioskowania *a fortiori* niezbędna jest współmierność sytuacji uregulowanej i nieuregulowanej w obu wyżej wymienionych wymiarach.

I ta różnica właśnie – jak mi się zdaje – odpowiada przede wszystkim za mniejszą niż *argumentum a fortiori* skuteczność analogii jako argumentu i większą jej zawodność jako sposobu wnioskowania.

Obserwacje te można następnie rozwinąć, skupiając się w dalszych rozważaniach na wnioskowaniu *a fortiori*.

Będzie chyba zgodne z powszechną intuicją stwierdzenie, że skoro zastosowanie wnioskowania *a fortiori* wymaga ustalenia pewnych wspólnych cech obu sytuacji, a następnie stwierdzenia, że cechy te występują w wyższym stopniu w sytuacji nieuregulowanej niż w sytuacji wyjściowej, to znaczy, że zastosowanie tego wnioskowania także w wymiarze podobieństwa (a definicyjnie – także w wymiarze zasługiwania) wymaga dokonania porównania obu sytuacji.

---

[724] Tylko identyczność wymaga zgodnie z *principium identitatis indiscernibilium* wspólnoty określonej liczby, tj. wszystkich właściwości danych przedmiotów.

Powstają w tym kontekście trzy ważne pytania:

1. co tak naprawdę jest tu przedmiotem porównania;
2. jakie jest kryterium tego porównania;
3. jakie są (czy w ogóle są jakieś) warunki umożliwiające dokonanie porównania.

Ad 1. Do tego momentu badając oba wnioskowania i trzymając się konsekwentnie terminologii Krzysztofa Szymanka, używano tu w odniesieniu do zestawianych w danym wnioskowaniu elementów ogólnego terminu „sytuacja". W przypadku wnioskowania przez analogię *legis* Józef Nowacki pisze jednak o trzech parach elementów, których podobieństwo zgodnie z różnymi koncepcjami tego wnioskowania może być ustalane: podobieństwo to może być ustalane pomiędzy faktem przez prawo unormowanym i faktem przez prawo nieunormowanym albo podobieństwo to może być ustalane pomiędzy „zasadą", „racją" dla unormowania pewnego faktu a przypadkiem przez prawo nieunormowanym albo podobieństwo to może być ustalane pomiędzy postanowieniami jakiegoś przepisu prawa a przypadkiem przez prawo nieunormowanym, na który wspomniany przepis ma być „rozciągnięty"[725]. Należałoby więc może, choć przez chwilę, zastanowić się, czy i w przypadku wnioskowania *a fortiori* przedmiotem porównania nie mogłyby być takie właśnie pary elementów. W mojej opinii jednak, nawet w przypadku analogii *legis*, tak naprawdę przedmiotem ustalania podobieństwa jest zawsze fakt unormowany i fakt nieunormowany. Bo przecież, jeśli poszukuje się podobieństwa pomiędzy „zasadą" czy „racją" dla unormowania jakiegoś faktu a faktem nieunormowanym, to nie jakimkolwiek faktem nieunormowanym, ale faktem zbliżonym do faktu unormowanego[726]. W gruncie rzeczy więc podstawą wyróżnienia „zasady" czy też „racji" jest ustalenie

[725] J. Nowacki: *op.cit.*, s. 44.

[726] Por. *ibidem*, s. 31–32: „Punktem wyjścia […] ma być jakiś przepis prawa […]. Jest oczywiste, że chodzi tu o taki przepis, który unormowaniem swym obejmuje przypadki zbliżone czy najbardziej zbliżone do przypadku, który ma być jakoś rozstrzygnięty […]. Kierując się postanowieniami tegoż przepisu prawa należy wywieść z jego treści zasadę, regułę czy rację o charakterze ogólnym […]".

podobieństwa takich dwóch faktów. Jeśli zaś z kolei podobieństwo miałoby być ustalane pomiędzy postanowieniami jakiegoś przepisu prawa a przypadkiem przez prawo nieunormowanym, na który wspomniany przepis ma być „rozciągnięty", to tak naprawdę ustalano by je pomiędzy stanem faktycznym, opisanym w tym przepisie (a więc stanem faktycznym unormowanym), a stanem faktycznym nieunormowanym. Dlatego, jak się wydaje, i w przypadku wnioskowania *per analogiam*, i w przypadku wnioskowania *a fortiori* zawsze elementami, które tak naprawdę podlegają badaniu i ewentualnie porównywaniu będą dwie sytuacje (dwa stany faktyczne) – unormowany i nieunormowany.

Trzeba jednak pamiętać, że sytuacje (stany faktyczne) mogą charakteryzować się różnym stopniem złożoności, co wpływać będzie na sposób ich analizy. Przedmiotem porównania we wnioskowaniu *a fortiori* mogą więc być albo sytuacje (S i S″) jako pewne całości, albo ich elementy, takie jak np. zachowania (prawnie kwalifikowane i prawnie niekwalifikowane), gdy zachowania te są różne, lub ewentualnie przedmioty, które są elementem sytuacji czy zachowania, jeżeli same sytuacje czy zachowania są tego samego rodzaju. Można by wprawdzie twierdzić, że porównanie tak naprawdę, niezależnie od jego szczegółowych etapów, zawsze dotyczy sytuacji albo zachowań jako pewnej całości. Wydaje się jednak, że tego rodzaju spór nie ma tu istotnego znaczenia. Jeżeli sytuacje lub zachowania są tego samego rodzaju, to w praktyce porównanie będzie zwykle dotyczyło samych przedmiotów.

Porównywanie sytuacji S i S″ jako pewnych całości nie powinno chyba nawet być regułą, ponieważ w wielu przypadkach prowadziłoby to do zupełnie niepotrzebnych komplikacji. Chociaż mogą się zdarzyć przypadki, w których język regulacji sytuacji wyjściowej (S) – najczęściej język przepisu prawnego – ujmuje ją w taki sposób, który nadaje się do prostego przełożenia na schemat wnioskowania *a fortiori*. Wówczas takie rozumowanie mogłoby wyglądać następująco: Jeżeli dziecku wychowywanemu przez samotną matkę przysługuje pomoc ze strony państwa, to

tym bardziej pomoc ze strony państwa przysługuje dziecku pozbawionemu obojga rodziców. Przeprowadzenie takiego rozumowania wymaga porównania, które dotyczy dwóch sytuacji: pierwszej (S) – sytuacji dziecka wychowywanego przez samotną matkę oraz drugiej (S″) – sytuacji dziecka pozbawionego obojga rodziców.

Jeśli chodzi o porównywanie zachowań, to porównanie takie dotyczyłoby najczęściej dwóch rodzajów zachowań, z których jedno (Z) jest przedmiotem obowiązku prawnego albo jest prawnie dozwolone, a drugie (Z″) potencjalnie może być uznane (po zastosowaniu wnioskowania *a fortiori*) odpowiednio za przedmiot obowiązku prawnego albo za prawnie dozwolone. Rozpatrzmy tę kwestię na dwóch prostych przykładach.

Pierwszy przykład zastosowania *a minori ad maius* mógłby być taki: Jeżeli nie wolno deptać trawników, to tym bardziej nie wolno na nich parkować pojazdów. Przeprowadzenie takiego rozumowania wymaga porównania, które dotyczy dwóch zachowań: pierwszego *explicite* przez prawo zakazanego – deptania trawników (Z) oraz drugiego, które zaakceptowawszy wnioskowanie uznaje się za prawnie zakazane – parkowania pojazdów na trawnikach (Z″).

Drugi przykład opiera się na schemacie *a maiori ad minus*: Jeżeli dozwolone jest zbieranie w lesie jagód, tym bardziej dozwolone jest spacerowanie po lesie. Przeprowadzenie tego rozumowania wymaga porównania, które dotyczy dwóch rodzajów zachowań: pierwszego *explicite* przez prawo dozwolonego – zbierania jagód (Z) oraz drugiego, które pod warunkiem zaakceptowania wnioskowania uznaje się za prawnie dozwolone – spacerowania (Z″).

Porównanie to może też w istocie dotyczyć dwóch rodzajów szeroko rozumianych przedmiotów, jeśli zachowanie, którego są elementem, jest zachowaniem tego samego rodzaju. Rozpatrzmy tę kwestię na następujących przykładach:

Pierwszy przykład zastosowania *a minori ad maius* mógłby być taki: Jeżeli nie wolno w parku niszczyć trawy, to tym bardziej nie wolno tam niszczyć drzew. Przeprowadzenie tego rozumowania wymaga porównania, które dotyczy w istocie dwóch rodzajów przedmiotów: trawy (P), której niszczenie jest *explicite* zakazane oraz drzew (P″), których niszczenie, po zaakceptowaniu tak przeprowadzonego rozumowania, zostanie uznane za zakazane. Trzeba bowiem orzec, że trawa jest przez prawo chroniona, ze względu na pewne swoje cechy, że cechy te również posiadają drzewa oraz że cechy te występują u drzew w większym niż u trawy natężeniu.

Drugi przykład opiera się na schemacie *a maiori ad minus*: Jeżeli dozwolone jest posiadanie broni palnej półautomatycznej, to tym bardziej dozwolone jest posiadanie broni palnej nieautomatycznej. Przeprowadzenie tego rozumowania wymaga porównania, które dotyczy w istocie dwóch rodzajów przedmiotów: broni półautomatycznej (P), której posiadanie jest *explicite* dozwolone oraz broni nieautomatycznej (P″), której posiadanie, po zaakceptowaniu tak przeprowadzonego rozumowania, zostanie uznane za dozwolone. Trzeba bowiem orzec, że broń półautomatyczna charakteryzuje się pewnymi cechami, których obecność zadecydowała o tym, że jej posiadanie jest dozwolone oraz że broń nieautomatyczna posiada te same cechy i że cechy te występują u tej broni w większym natężeniu.

Ad 2. Kryterium porównania powinny stanowić pewne cechy (C_{ratio}), których obecność i natężenie w przedmiotach porównania będzie sprawdzane w procesie porównania. Dobór tych cech jest istotny w co najmniej dwóch aspektach.

Po pierwsze z czysto wewnętrznego dla prawa punktu widzenia. Z tego punktu widzenia wybór cech odbywa się niejako dwuetapowo. W pierwszym etapie należy ustalić *ratio legis* lub *ratio decidendi*[727] regulacji właściwej dla sytuacji wyjściowej.

[727] Por. Ch. Perelman: *Logika prawnicza…*, s. 38: „Trzeba […] odróżnić sytuacje, w których te argumenty stosują się do reguły, od tych, w których stosują się do precedensu".

Ustalenie to wiąże się z szeroko opisywanymi w literaturze prawniczej trudnościami[728], których omówienie wykracza jednak poza ramy niniejszej rozprawy. W drugim etapie należy natomiast wskazać, które z cech będących częścią opisu sytuacji wyjściowej można uznać za relewantne z punktu widzenia ustalonego wcześniej *ratio legis* czy *ratio decidendi*. Niewątpliwie bowiem punktem wyjścia dla ustalenia przedmiotowych cech będą właściwości sytuacji wyjściowej.

Po drugie wybór cech jest istotny z punktu widzenia sposobu i samej możliwości dokonania porównania. Jerzy Wróblewski wskazuje[729], że dla sformułowania wypowiedzi komparatystycznych duże znaczenie ma kwestia zdefiniowania cech, ze względu na które pomiędzy elementami będącymi przedmiotem tych wypowiedzi zachodzi relacja „porównywalności", „podobieństwa", „różnicy", „podobieństwa (różnicy) w stopniu", „nieporównywalności". Cechy te bowiem mogą być cechami opisowymi albo cechami oceniającymi.

Zdaniem Wróblewskiego, jeśli cechy mają charakter opisowy, to nie powstają żadne specyficzne problemy. Cechy te są bowiem stwierdzalne przy założeniu rozumienia określonych zwrotów językowych i (lub) obserwacji określonych faktów. Ze stanowiskiem Wróblewskiego nie można się jednak chyba do końca zgodzić. Właściwości języka prawnego, jak i prawniczego, dziedziczone po języku naturalnym mogą bowiem spowodować trudne do rozwiązania problemy, a i obserwacja określonych faktów może być z różnych powodów utrudniona. Zresztą sam Wróblewski zauważa tu dwie fundamentalne kwestie. Pierwszy to problem przyjęcia określonej typologii przedmiotów badania. Drugi natomiast to możliwe kontrowersje związane z ustaleniem, które cechy są cechami istotnymi, bo – jak sam pisze – „kryteria tej »istotności« mogą mieć charakter mieszany opisowo-oceniający"[730].

---

[728] Por. np.: Z. Ziembiński: *Wstęp do aksjologii…*, s. 193.
[729] J. Wróblewski: *Problem nieporównywalności w komparatystyce prawniczej*. „Państwo i Prawo", nr 8–9, 1975, s. 10–14.
[730] *Ibidem*, s. 12.

Jeśli natomiast cechy mają charakter oceniający, to wówczas – zdaniem Wróblewskiego – wszystko zależy od przyjęcia określonego stanowiska filozoficznego (kognitywistycznego czy antykognitywistycznego) oraz od tego czy stwierdzenie danej cechy wyraża ocenę niezrelatywizowaną, zrelatywizowaną instrumentalnie czy też zrelatywizowaną systemowo. Trzeba tu jednak dodać, że istotną kwestią jest także – oczywiście w jakimś stopniu zależną od powyższych czynników, ale w pewnym sensie odrębną – stosunek podmiotu dokonującego porównania do zjawiska niewspółmierności. Jeśli bowiem podmiot dokonujący porównania dopuszcza występowanie zjawiska niewspółmierności wartości, to wówczas wybór na kryterium porównania cechy o charakterze oceniającym wiąże się z ryzykiem, że elementy poddawane badaniu będą z punktu widzenia wybranej cechy niewspółmierne.

Ad 3. Aby odpowiedzieć na pytanie, co jest warunkiem dokonania porównania, trzeba zauważyć, że efektem porównania jest sformułowanie pewnej wypowiedzi, którą można nazwać porównawczą albo komparatystyczną. Jakie wypowiedzi można zaliczyć do wypowiedzi komparatystycznych? Warto tu posłużyć się typologią zaproponowaną przez Jerzego Wróblewskiego, co prawda skonstruowaną dla nieco innych celów, bo na użytek badania komparatystyki prawniczej[731], ale na tyle ogólną, że przydatną także dla naszych potrzeb:

(WK1) L_1 jest porównywalne z L_2 ze względu na cechy C_1, C_2… C_n w języku J.

(WK2) L_1 jest podobne do L_2 ze względu na cechy CS_1, CS_2… CS_n w języku J.

(WK3) L_1 jest różne od L_2 ze względu na cechy CD_1, CD_2… CD_n w języku J.

(WK4) L_1 jest podobne (różne) do (od) L_2 ze względu na cechy C_1, C_2… C_n w stopniu D_1, D_2… D_n w języku J.

(WK5) L_1 jest nieporównywalne z L_2 ze względu na cechy C_1, C_2… C_n w języku J.

---

[731] *Ibidem*, s. 4.

Za Wróblewskim należy zauważyć, że (WK1) nie jest alternatywą (WK2) i (WK3) co najmniej z tego powodu, że konsekwencją takiego stanowiska byłoby przyjęcie, że dane elementy są porównywalne także wtedy, gdy istnieją między nimi same różnice. Prowadzi to sformułowanego przezeń słusznego wniosku, że aby elementy były porównywalne, muszą mieć jakieś minimum cech wspólnych.

Zdaniem Wróblewskiego (WK1) jest stwierdzeniem, że porównywane elementy należą do jednego typu zjawisk, a więc posiadają pewne cechy konieczne i wystarczające dla zaliczenia ich do zjawiska tego typu (CT). Ale Wróblewski, przyznaje, że zawęża tym samym zakres używania terminu „podobny", wyłączając zeń orzekanie podobieństwa na podstawie przynależności do wspólnego typu. Dlatego stwierdza, że cechy CT są różne od cech, ze względu na które stwierdza się podobieństwo CS i cech, ze względu na które stwierdza się różnice CD. Jeśli tak zdefiniuje się (WK1), to (WK5) będzie oznaczało, że dane elementy nie należą do jednego typu przedmiotów. Taką nieporównywalność Wróblewski nazywa „nieporównywalnością przedmiotową". Należy tu jednak szczególnie podkreślić, że nie chodzi tylko o przynależność do jednego typu ontologicznego. W zależności bowiem od badanej dziedziny można przyjąć różne typologie przedmiotów badania.

Według Wróblewskiego można też przyjąć, że (WK1) może także oznaczać, że pośród cech C_1, C_2... C_n jest przynajmniej jedna cecha istotna, ze względu na którą porównywane elementy są podobne. Wówczas (WK5) jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że porównywane elementy nie mają nawet jednej wspólnej cechy istotnej. Taką nieporównywalność nazywa „nieporównywalnością atrybutową". Według Wróblewskiego „nieporównywalność atrybutowa" zakłada porównywalność „przedmiotową". Wróblewski wskazuje także na trudności, jakie nasuwa kwestia „istotności".

Wróblewski stwierdza też, że (WK4) wymaga założenia, że cechy, ze względu na które stwierdza się podobieństwa lub różnice są stopniowalne oraz określenia jakiegoś „minimum" ich natężenia, przy którym to „minimum" dane elementy byłyby

porównywalne, a poniżej którego byłyby nieporównywalne. Ponadto zaznacza, że właściwości podobieństwa i różnicy pomiędzy porównywanymi elementami są komplementarne: „Jeśli np. skala mierząca podobieństwa i różnice L_1 i L_2 ze względu na cechę C_1 zawiera sto przedziałów (0 – oznacza niewystępowanie cechy charakteryzującej L_1 w przedmiocie L_2, 100 oznacza takie samo występowanie cechy w L_1 i w L_2) i stwierdza się występowanie tej cechy w stopniu *x*, to L_1 i L_2 są podobne w stopniu *x* i różne w stopniu 100-*x*”[732].

Które w takim razie z opisanych powyżej wypowiedzi komparatystycznych będą odpowiednie dla opisania stanu spełnienia wymagań, jakie są niezbędne do tego, aby zastosować *argumentum a fortiori*?

Można stwierdzić, że:

1. Warunkiem koniecznym ale niewystarczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori*, jest, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK1), tj.:

S″ (Z″ lub P″) jest porównywalne z S (Z lub P) ze względu na cechy C_1, C_2, C_3… C_n w języku J.

2. Warunkiem koniecznym ale niewystarczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori*, jest, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK2), tj.:

S″ (Z″ lub P″) jest podobne do S (Z lub P) ze względu na cechę C_{ratio} w języku J.

3. Warunkiem koniecznym ale niewystarczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori*, jest, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK4), tj.:

S″ (Z″ lub P″) jest podobne do S (Z lub P) ze względu na cechę C_{ratio} w stopniu D w języku J.

---

[732] *Ibidem*, s. 5.

Powyżej wymienione warunki mają charakter konieczny, ale niewystarczający. Aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori*, niezbędne jest bowiem, aby warunki konieczne, ale niewystarczające zostały uzupełnione o jeszcze jeden warunek, dotyczący zawartości (WK4).

Z definicji *argumentum a fortiori* wynika, że sytuacja, której w wyniku zastosowania tego argumentu przypisuje się orzeczenie takie, jak sytuacji wyjściowej, ma być sytuacją bardziej zasługującą na to orzeczenie niż sytuacja wyjściowa. Oznacza to, że sytuacja bardziej zasługująca na orzeczenie (S″) (albo – konkretnie – stanowiące jej element zachowanie (Z″) lub przedmiot (P″)) musi w większym stopniu niż sytuacja wyjściowa (S) (albo – konkretnie – będące jej elementem zachowanie (Z) lub przedmiot (P)) posiadać cechę C_{ratio} (a więc cechę, która ze względu na *ratio decidendi* czy *ratio legis* zadecydowała o przyporządkowaniu sytuacji wyjściowej danego orzeczenia, a która została wskazana jako kryterium porównania). Z tego wynika, że – przyjmując za Wróblewskim wskazaną już powyżej skalę stuprzedziałową od 0 do 100, gdzie 0 oznacza niewystępowanie cechy charakteryzującej S″ (Z″ lub P″) w S (Z lub P), a 100 oznacza takie samo występowanie danej cechy w S″ (Z″ lub P″) i w S (Z lub P) – wypowiedź komparatystyczna, sformułowanie której jest warunkiem koniecznym i wystarczającym, aby móc zastosować wnioskowanie *a fortiori,* powinna mieć następującą postać:

S″ (lub Z″ albo P″) jest podobne do S (lub odpowiednio Z albo P) ze względu na C_{ratio} w stopniu x, gdzie $0 < x < 100$

Jeśli bowiem x byłoby równe 0, to oznaczałoby, że S (lub Z albo P) nie ma cechy C_{ratio}, którą ma S″ (lub Z″ albo P″), a to z definicji *argumentum a fortiori* jest niedopuszczalne. Wówczas zresztą można by sformułować wypowiedź (WK3), że:

S″ (Z″ lub P″) jest różne od S (Z lub P) ze względu na cechę C_{ratio} w języku J.

Jeśli natomiast *x* byłoby równe 100, to oznaczałoby, że S (lub Z albo P) i S″ (lub Z″ albo P″) posiadają C_{ratio} w tym samym stopniu, a co za tym idzie S″ nie byłaby lepsza pod tym względem od S, a to z definicji *argumentum a fortiori* jest również niedopuszczalne.

Kolejne pytanie, jakie należy sobie zadać, jest następujące: sformułowanie których wypowiedzi komparatystycznych, jako poprawnie opisujących stosunek pomiędzy S i S″, wykluczy możliwość zastosowania *argumentum a fortiori*? Można stwierdzić, że:

1. Warunkiem wykluczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori* jest, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK3), tj.:

S″ (Z″ lub P″) jest różne od S (Z lub P) ze względu na cechę C_{ratio} w języku J.

2. Warunkiem wykluczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori* jest również, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK5), tj.:

S″ (Z″ lub P″) jest nieporównywalne z S (Z lub P) ze względu na cechy C_1, C_2, C_3… C_n w języku J.

3. Warunkiem wykluczającym, aby możliwe było zastosowanie *argumentum a fortiori* jest także, aby stosunek pomiędzy dwoma porównywanymi elementami dał się opisać za pomocą (WK4) o następującej zawartości:

S″ (lub Z″ albo P″) jest podobne do S (lub odpowiednio Z albo P) ze względu na C_{ratio} w stopniu *x*, gdzie $x=0$ albo $x=100$.

Zwracając uwagę na kwestie istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania i podsumowując przeprowadzone tu rozważania, trzeba więc stwierdzić, że jednym z istotnych warunków umożliwiających przeprowadzenie wnioskowania

a fortiori jest możliwość przeprowadzenia efektywnego porównania sytuacji wyjściowej (S) i sytuacji nieuregulowanej (S″). Jeśli bowiem stosunek pomiędzy tymi sytuacjami da się opisać za pomocą (WK5), to wówczas zastosowanie *argumentum a fortiori* nie jest możliwe. Przypomnijmy jednak w jakich przypadkach będzie miało to miejsce:

Po pierwsze wówczas, gdy rozważane sytuacje (S) i (S″) lub zachowania (Z) i (Z″) albo przedmioty (P) i (P″) nie mają nawet minimum cech wspólnych.

Po drugie wówczas, kiedy rozważane sytuacje (S) i (S″) lub zachowania (Z) i (Z″) albo przedmioty (P) i (P″) nie należą do jednego typu przedmiotów.

Po trzecie wtedy, kiedy rozważane sytuacje (S) i (S″) lub zachowania (Z) i (Z″) albo przedmioty (P) i (P″) nie mają nawet jednej wspólnej cechy istotnej.

Po czwarte wtedy, kiedy spełnione są łącznie następujące warunki:

1. cecha C_{ratio} jest cechą oceniającą;
2. interpretator dopuszcza występowanie zjawiska niewspółmierności wartości;
3. sytuacje (S) i (S″) lub zachowania (Z) i (Z″) albo przedmioty (P) i (P″) są niewspółmierne z punktu widzenia cechy C_{ratio}.

5. Ronalda Dworkina teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu a założenie niewspółmierności wartości

Jedną z niezmiernie wpływowych obecnie koncepcji filozoficznoprawnych jest integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina. Częścią tej koncepcji jest teza o tzw. jedynej poprawnej odpowiedzi czy też jedynym słusznym rozstrzygnięciu. Przejrzyście i krótko zreferował tę tezę Herbert Hart: „Wedle […] teorii Dworkina, sędzia, niezależnie od tego, jak trudną sprawę ma przed sobą, nigdy nie określa, jakie prawo powinno być. Ogranicza się do powiedzenia, co – jego zdaniem – jest prawem, nim podejmie decyzję, aczkolwiek, rzecz jasna, może się pomylić. Znaczy to, że sędzia zawsze musi założyć, iż dla każdego możliwego przypadku istnieje jakieś rozwiązanie, zawarte w już istniejącym prawie i oczekujące na odkrycie. Nie może zakładać, że prawo jest niezupełne, sprzeczne lub nieokreślone. Jeśli przejawia się jako takie, błąd tkwi nie w nim, ale w ograniczonych możliwościach sędziego jako człowieka […]. Nawet gdy

nie ma sposobu wykazania, które z niezgodnych rozwiązań dobrze usprawiedliwionych przez istniejące prawo jest poprawne, zawsze musi istnieć pojedyncza trafna odpowiedź oczekująca na odkrycie […]. Nawet gdy się wykaże, iż prawo pozytywne niekiedy jest nieustalone, zawsze istnieje wcześniejsze prawo dla każdego, nawet najtrudniejszego przypadku"[733]. Dworkin z charakterystyką swego stanowiska zaprezentowaną przez Harta wprawdzie się nie zgodził, ale według wielu badaczy jego filozofii – niesłusznie[734].

Teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu (*one right answer thesis*) była przedmiotem wielu wątpliwości i uwag krytycznych. Poważne zastrzeżenia budzi także ze względu na to, że nie da się, albo (formułując ten zarzut nieco bardziej ostrożnie) z trudem da się pogodzić z założeniem niewspółmierności wartości, które współcześnie jest przyjmowane w większym lub mniejszym zakresie przez wielu autorów. Przedstawienie tych zastrzeżeń wymaga jednak omówienia stanowiska samego Dworkina.

5.1. Poglądy Ronalda Dworkina w kwestii tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu

Dworkin tłumaczy, że głosząc *one right answer thesis* zaprzecza tak naprawdę tezie o braku słusznego rozstrzygnięcia, która – według niego – pojawia się w dwóch wersjach[735].

W pierwszej wersji teza, której zaprzecza, głosi, że nie jest tak, iż nigdy nie istnieje żadna logiczna przestrzeń pomiędzy dwoma werbalnie przeciwnymi twierdzeniami prawnymi. Mówiąc inaczej, zaprzeczana teza głosi, że nie jest tak, iż nigdy nie istnieje sytuacja, w której dwa różne twierdzenia mogą być jednocześnie fałszywe. Zgodnie z tą wersją, jeżeli spór dotyczy twierdzeń, z których jedno obstaje przy tym, że dana umowa jest

[733] H. L. Hart: *Eseje z filozofii prawa*. Warszawa, 2001, s. 136–138 i 152.
[734] Por. opis tego sporu w: M. Bayles: *Hart vs. Dworkin*. „Law and Philosophy", vol. 10, no. 4, 1991, s. 367–368.
[735] Ta część argumentu Dworkina opisana jest w R. Dworkin: *A Matter of Principle*. Cambridge (Massachusetts), London (England), 1985, s. 119–145.

ważna, a drugie przy tym, że umowa ta jest nieważna, to może się zdarzyć, że każde z tych twierdzeń jest fałszywe, bo przedmiotowa umowa jest „niezupełna", na przykład jest czynnością prawną kulejącą. Druga wersja twierdzenia, któremu Dworkin zaprzecza, głosi, że choć w sytuacji konkurowania dwóch przeciwnych twierdzeń nie istnieje żadna „trzecia droga", to istnieją sytuacje, w których żadne z obu twierdzeń nie jest prawdziwe. A więc – jak Dworkin wyjaśnia – w pierwszej wersji utrzymuje się, że (nie-p)[736] nie jest identyczne z logiczną negacją (p)[737], a więc z (~p), a w drugiej utrzymuje się, że możliwe są sytuacje, w których ani (p) ani (~p) nie jest prawdziwe.

O pierwszej wersji krytykowanego argumentu pisze, że jest to tylko twierdzenie semantyczne, dotyczące znaczenia pojęć prawnych i odwołujące się do praktyki językowej. Jego zdaniem praktyka językowa nie jest jednak takiego rodzaju, jak zakłada to krytykowana przezeń teza. Jeśli prawnicy używają pewnych pojęć niejako w opozycji (np. ważny – nieważny; ponosić odpowiedzialność – nie ponosić odpowiedzialności), to pojęcia te są tak konstruowane, aby jedno z nich było negacją drugiego.

Druga wersja krytykowanej tezy, zdecydowanie dla Dworkina ważniejsza, wspiera się – wedle jego opinii – na trzech argumentach.

Po pierwsze, że nieunikniona nieostrość czy otwarta tekstowość języka prawnego uniemożliwiają czasami stwierdzenie, czy jakieś twierdzenie prawne jest prawdziwe czy fałszywe. Dworkin odpowiada na to, że prawnicy dysponują odpowiednimi technikami interpretacyjnymi, które skutki takiej nieostrości czy otwartej tekstowości potrafią w zakresie prawa znieść, a ewentualne spory dotyczące prawdziwości określonych twierdzeń prawnych prowadzone w związku z ich nieostrością to raczej spory dotyczące tychże technik interpretacyjnych.

Po drugie (argument wiązany przez Dworkina z pozytywizmem), że jeżeli nie nastąpił fakt (czy też akt), z racji którego obowiązuje jakaś reguła, wedle której jakiemuś twierdzeniu

---

[736] (nie-p) oznacza np. „Umowa jest nieważna".
[737] (p) oznacza np. „Umowa jest ważna".

prawnemu można byłoby przypisać wartość prawdy lub fałszu, to twierdzenie takie nie jest ani prawdziwe, ani fałszywe. A więc jeżeli np. suweren milczał i nie nakazał ani nie zakazał danego zachowania, to oba twierdzenia – i twierdzenie, że dane zachowanie jest nakazane, i twierdzenie, że dane zachowanie jest zakazane – nie są prawdziwe. Tu Dworkin odpowiada, że tak naprawdę żadna znana wersja pozytywizmu nie może (albo może w ograniczony sposób) głosić takiej tezy, ale – co istotniejsze – zauważa też, że ważność takiego argumentu zależy od tego, czy założenia pozytywizmu prawniczego, a w szczególności teza, że jedynym źródłem prawa jest odpowiedni fakt (akt) społeczny, jest słuszna.

Trzeci argument (argument z kontrowersji) zakłada, że jeśli nie można wykazać, że jakieś twierdzenie jest prawdziwe, mimo znajomości wszystkich relewantnych twardych faktów, to znaczy, że nie może być ono prawdziwe. Krytykując ten argument, Dworkin wskazuje, że fakty, które mają znaczenie w dyskursie prawniczym, to nie tylko twarde fakty dotyczące empirycznie poznawalnej rzeczywistości, a więc fakty fizykalne i fakty obejmujące ludzkie zachowanie, ale także inne fakty, które w ramach i wedle reguł przedsięwzięcia jakim jest prawo, mogą być poznawane, a twierdzenia ich dotyczące mogą być uznawane za prawdziwe albo fałszywe. Prawdziwość lub fałszywość takich twierdzeń przyjmowana jest nie ze względu na odniesienie ich do jakiejś wprost pojmowanej rzeczywistości, ale dlatego, że za twierdzeniami tymi stoją racje, z których pewne są lepsze od innych. O tym, które są lepsze od innych decyduje charakter i reguły danego przedsięwzięcia. Uczestnicy przedsięwzięcia mają przecież powody, aby pewne twierdzenia uznawać za lepsze od innych, nawet wtedy, kiedy się między sobą nie zgadzają. Rozpoznawania tych powodów uczy ich samo przedsięwzięcie i nie jest według Dworkina prawdą, że powody te są czysto subiektywne. Jeśli więc ktoś twierdzi, że czyjeś racje nie są lepsze od jakichś innych racji (a to jest istota twierdzenia, że nie ma słusznej odpowiedzi na pewne pytania), to takie twierdzenie może być sformułowane tylko w ramach przedsięwzięcia. Bo tylko

w jego ramach można stwierdzić, że jakieś twierdzenie jest fałszywe. Prawo jest dla Dworkina takim właśnie przedsięwzięciem, które formułuje własne reguły rozpoznawania racji lepszych od gorszych; ustalania, które twierdzenia należy przyjąć, a które odrzucić, choć – jak przyznaje Dworkin – reguły te są bardzo złożone. W jego opinii wymagania, jakie stawia w tym zakresie prawo, są oparte na idei normatywnej spójności, która jest bardziej skomplikowana niż chociażby idea spójności narracyjnej. Ale jego zdaniem wymagania te są tego rodzaju, że niemal do zera zmniejszają prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji, w której na powstające w ramach prawa pytanie nie byłoby słusznej odpowiedzi.

Dworkin, zaprzeczając, iż sędziowie mają prawo do swobodnego orzekania wedle własnego uznania, zakłada jednocześnie, że rolą sędziego, także w trudnych sprawach, jest odkrycie raczej niż kreowanie praw zainteresowanych stron[738]: „Teza o prawach zakłada, że sędziowie orzekają w trudnych sprawach potwierdzając lub przecząc istnieniu konkretnych praw”[739]. Skoro tak, znaczy to, że strona, której racje przeważają, ma prawo do wygrania sprawy, ma prawo do konkretnego rozstrzygnięcia. Jeśli więc sędzia rozstrzyga sprawę, może uznać zdanie prawne za prawdziwe albo może je odrzucić jako fałszywe. Może się też zdarzyć, że w ramach fundamentalnych reguł przedsięwzięcia sprawa jest tzw. sprawą remisową. Pojęcie sprawy remisowej wydaje się być dla Dworkina dość istotne (wiąże się to z zaprzeczeniem przez niego tezy o braku słusznego rozstrzygnięcia w drugiej z opisywanych powyżej wersji). Jest to taka sprawa, w której argumenty za jednym twierdzeniem są równie mocne jak argumenty za drugim, a w związku z tym żadne ze sprzecznych zdań nie jest prawdziwe. Jak sam pisze: „Ani twierdzenie, że pozwany ponosi odpowiedzialność (p), ani twierdzenie, że pozwany nie ponosi odpowiedzialności (nie-p), nie jest prawdziwe”[740]. Przy czym kładzie szczególny nacisk na to,

[738] Zob. R. Dworkin: *Biorąc prawa…*, s. 495.
[739] *Ibidem*, s. 190.
[740] *Ibidem*, s. 505.

aby odróżnić tego rodzaju sytuację od sytuacji, w której sędzia nie ma wyrobionego zdania co do tego, na rzecz którego twierdzenia przemawiają silniejsze argumenty, tj. sytuacji, w której sędzia nie został przekonany na rzecz któregoś z rozwiązań. Dworkin uważa, że rozstrzygnięcie stwierdzające remis ma taki sam charakter, jak rozstrzygnięcie faworyzujące jedno bądź drugie twierdzenie. Takie stwierdzenie remisu samo w sobie jest również jedynym właściwym rozstrzygnięciem. Precyzując to stanowisko wyjaśnia, że jeżeli dwóch prawników spiera się o to, która ze stron – powód czy też pozwany – ma prawo do wygrania sprawy, może się zdarzyć, że obaj są w błędzie, „ponieważ właściwą odpowiedzią jest, że żadna ze stron nie ma prawa do wygrania sprawy”[741]. Przyznaje też, że możliwe jest, aby reguły jakiegoś przedsięwzięcia (ale nie mówi tu konkretnie o przedsięwzięciu prawnym) dekretowały taki remis w sytuacji braku odpowiednich danych, pozwalających wydać rozstrzygnięcie. Według Dworkina sytuacja remisowa będzie zdarzała się częściej w tych systemach prawnych, które są we wczesnej fazie rozwoju, w tych, w których materiał prawny nie jest tak duży i zagęszczony. Tam zaś gdzie system jest rozwinięty, gdzie obowiązuje wiele ustaw czy innych źródeł prawa, gdzie bogaty jest dorobek orzecznictwa – tam prawdopodobieństwo remisu zmniejsza się stopniowo. A na pewnym etapie prawdopodobieństwo to będzie już tak niewielkie, że to raczej prawdopodobieństwo popełnienia błędu w orzeczeniu będzie większe. Wtedy możliwe i racjonalne byłoby wprowadzenie do danego systemu reguły wyłączającej możliwość wydawania orzeczeń remisowych, przy założeniu, że tego rodzaju reguła przyniosłaby także pewne korzyści natury praktycznej i politycznej. Tak czy inaczej prawdopodobieństwo remisu istnieje w odniesieniu do niektórych, a więc nie wszystkich, trudnych spraw[742].

Dworkin zaprzecza w szczególności tezie o braku właściwego rozstrzygnięcia rozumianej jako teza głoszona

[741] *Ibidem*, s. 586.
[742] *Ibidem*, s. 507.

z zewnętrznego wobec prawa punktu widzenia (na przykład z punktu widzenia filozoficznego), zgodnie z którą w pewnych sytuacjach nie istnieje możliwość stwierdzenia, czy któraś ze stron (właśnie „czy któraś", a nie „że któraś") ma prawo do rozstrzygnięcia sprawy na swoją korzyść. Zaprzecza więc, aby w sytuacji sporu pomiędzy prawnikami, sporu o to która ze stron powinna sprawę wygrać, mogło być tak, iżby żaden z nich nie miał racji ale zarazem nie był w błędzie, żeby każdy z nich mówił coś, co nie jest ani prawdziwe, ani fałszywe[743]. Niezgodność w opiniach nie oznacza bowiem braku wartości logicznej[744]. Spór pomiędzy prawnikami może być co najwyżej dowodem na to, że w niektórych przypadkach jedyna słuszna odpowiedź, choć słuszna, to jednak nie da się udowodnić; że wyższość danego rozwiązania nad innymi nie zawsze będzie mogła być wykazana w taki sposób, który usatysfakcjonowałby większość lub wszystkich kompetentnych prawników[745].

W tym miejscu warto zauważyć, że stanowisko Dworkina jest oparte na innym, jeszcze silniejszym założeniu, dotyczącym charakteru przedsięwzięcia, jakim jest prawo. Tak naprawdę bowiem Dworkin zaprzecza, aby to z wewnętrznego punktu widzenia, to znaczy z punktu widzenia samego prawa, można byłoby przyjąć za możliwą sytuację inną niż jedną z trzech następujących:

1. argumenty przeważają na korzyść powoda;
2. argumenty przeważają na korzyść pozwanego;
3. argumenty na korzyść powoda i argumenty na korzyść pozwanego mają równą siłę.

Brak zgody pomiędzy prawnikami co do tego, której ze stron przysługuje prawo do korzystnego rozstrzygnięcia, może być – jego zdaniem – spowodowany albo równą siłą argumentów stojących za obiema stronami, albo defektem (brakiem czy niedostatkiem) wiedzy na temat tych argumentów. Dworkin

---

743 *Ibidem*, s. 586.
744 *Ibidem*, s. 588.
745 Por. B. Bix: *Law, Language…*, s. 107.

wyklucza możliwość, aby z punktu widzenia prawa argumenty te były niewspółmierne.

Słusznie jednak zauważyli Jules Coleman i Brian Leiter, że poglądy Dworkina uległy z biegiem czasu pewnej ewolucji[746], także w kwestiach istotnych z punktu widzenia tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu[747]. W swoich wcześniejszych pracach Dworkin uzasadniał konieczność jedynego słusznego rozstrzygnięcia inaczej niż w późniejszych. Wedle pierwotnej koncepcji sędzia – jak już to powyżej wspomniano – ma przede wszystkim za zadanie ustalić, komu przysługuje uprzednio istniejące prawo i to to właśnie zadanie jest racją, dla której sędzia ma obowiązek poszukiwać jedynego słusznego rozstrzygnięcia (*one right answer*). Takie stanowisko Dworkin prezentuje jeszcze w książce *Biorąc prawa poważnie*. W *Imperium prawa* natomiast, ideą, jaka przeważa, jest już jednak integralność w prawie. I to właśnie w zasadzie integralności należy upatrywać racji, która ma narzucać sędziemu określony sposób postępowania prowadzący do ustalenia słusznego rozstrzygnięcia: „Zasada integralności w orzekaniu nakazuje sędziom identyfikować legalnie ustanowione uprawnienia i obowiązki, w takim zakresie, w jakim jest to możliwe, przy odwołaniu do założenia, że zostały stworzone przez tego samego autora – spersonifikowaną wspólnotę – wyrażającego w ten sposób spójną koncepcję sprawiedliwości i słuszności […] twierdzenia prawne są prawdziwe, jeśli wynikają z […] zasad, które stanowią najlepszą, twórczą interpretację praktyki prawnej danej wspólnoty”[748]. Zdaniem Colemana i Leitera, Dworkin w ten sposób łagodzi swoje stanowisko w kwestii jedynej słusznej odpowiedzi. Jednakże wydaje się, że ten ich wniosek jest nieco pochopny, a widać to szczególnie z perspektywy, do jakiej skłania badanie założenia niewspółmierności. Na początku teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu była dość prostą konsekwencją założenia, które miało silny

[746] B. Leiter, J. L. Coleman: *Determinacy, Objectivity, and Authority*. [w:] *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1997, s. 214–215 i 274–275. Podobną ewolucję poglądów Dworkina zauważa B. Bix. (B. Bix: *Law, Language…, passim*).
[747] Por. też B. Bix: *Law, Language…* s. 107.
[748] R. Dworkin: *Imperium prawa*. Warszawa, 2006, s. 228.

związek z praktyką prawniczą i prawniczymi intuicjami – założenia, że albo prawo strony do wygrania procesu istnieje albo nie istnieje, *tertium non datur*. Później fundament staje się czysto polityczny, mocno nieneutralny i kontrowersyjny. Dworkin wszak sam pisze: „Akceptujemy integralność jako ideał polityczny, ponieważ chcemy traktować naszą wspólnotę polityczną jako wspólnotę zasad; obywatele wspólnoty zasad zmierzają zaś po prostu do realizacji wspólnych im zasad, tak jak gdyby jednolitość była wszystkim czego chcą: mają być to najlepsze wspólne zasady, jakie może odnaleźć polityka”[749]. Fundament taki to coś więcej niż tylko zaprzeczenie zewnętrznemu sceptycyzmowi.

5.2. Filozoficzne fundamenty Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu

Filozoficzną podbudową tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu jest odrzucenie przez Dworkina tzw. zewnętrznego sceptycyzmu szeroko uzasadniane w pracy *Objectivity and the Truth. You'd Better Believe It*[750]. W jaki sposób przebiega przedstawiony tam argument Dworkina?

Dworkin rozpoczyna od zadania pytania, czy istnieje jakakolwiek obiektywna prawda, czy też musimy pogodzić się z tym, że na samym końcu, „na samym dnie”, nie ma żadnej prawdy, która byłaby „prawdziwa”, „obiektywna”, „absolutna” czy też „fundamentalna”. Negatywną odpowiedź na pytanie o prawdę klasyfikuje jako sceptycyzm, który nazywa archimedejskim. Archimedejskim, ponieważ sceptycyzm taki stara się wobec wszelkich przekonań zająć pozycję zewnętrzną. Dzieli taki sceptycyzm na globalny (wszechogarniający, pełny) i selektywny

[749] *Ibidem*, s. 264.

[750] Dworkin pisał o tym w kilku swoich dziełach, również w *Imperium prawa*, ale najobszerniej chyba swoje stanowisko wyłożył w artykule *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, który wydaje się o tyle istotny, że został przygotowany specjalnie na potrzeby zbioru pod redakcją R. Chang poświęconego problemom niewspółmierności. Ostatecznie jednak tekst ten ukazał się w *Philosophy & Public Affairs*, (R. Dworkin: *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. „Philosophy & Public Affairs”, vol. 25, no. 2, 1996).

(wybiórczy). Sceptycyzm globalny kwestionuje samą ideę prawdy obiektywnej w odniesieniu do czegokolwiek. Sceptycyzm selektywny zaś kwestionuje prawdę obiektywną w odniesieniu do twierdzeń o charakterze ocennym, a więc kwestionuje możliwość dostarczenia prawdy obiektywnej w takich dziedzinach jak moralność, etyka, estetyka czy interpretacja. W swoich rozważaniach Dworkin skupia się przede wszystkim na sceptycyzmie selektywnym. Sceptycyzm taki ma charakter zewnętrzny, gdy oferuje uzasadnienie swego stanowiska nie wychodzące, wedle wyznawców takiego sceptycyzmu, od przesłanek moralnych, etycznych czy estetycznych, ale z punktu widzenia jakiejś teorii o charakterze nieewaluatywnym. Z punktu widzenia przesłanek, które – dokonując dychotomicznego podziału wszelkich przesłanek na opisowe i inne – możemy zakwalifikować jako opisowe. Zdaniem Dworkina taki selektywny sceptycyzm jest nawet bardziej niebezpieczny niż sceptycyzm globalny, gdyż, jak pisze: „[…] żaden nawet najbardziej zażarty postmodernista czy antyfundacjonalista nie rości sobie pretensji do tego, żeby jego poglądy wpływały na pracę fizyków czy matematyków. Za to uparcie się twierdzi, że ponieważ nie ma prawdy obiektywnej w dziedzinie interpretacji, sztuki czy moralności, nie może być żadnego standardu zasługi lub sukcesu w myśli artystycznej, moralnej lub prawnej, wykraczającego poza daną teorię i dziedzinę akademicką, która ją [tę myśl] zabezpiecza”[751]. Uzasadniając swoje stanowisko, Dworkin zestawia sceptycyzm zewnętrzny ze sceptycyzmem wewnętrznym. Sceptycyzm ma charakter wewnętrzny, jeżeli zaprzecza pewnej grupie pozytywnych sądów o wartościach[752] i usprawiedliwia to zaprzeczenie popieraniem innych pozytywnych sądów o wartościach, sądów czasami bardziej ogólnych, czy też kontrfaktycznych lub teoretycznych. Jako przykład wyrażenia sceptycyzmu wewnętrznego podaje sytuację, w której pewni

[751] *Ibidem*, s. 2 z 36.

[752] Pozytywny sąd moralny (w terminologii używanej przez Dworkina) przypisuje, w sposób prosty albo złożony, np. warunkowy, moralny predykat czynowi, osobie albo zdarzeniu, negatywny zaś odmawia takiego przypisania.

ludzie zaprzeczają, aby homoseksualne akty były same w sobie złe lub dobre, ponieważ wierzą oni, że tylko cierpienie jest czymś, co jest samo w sobie złe, a jednocześnie wątpią, aby homoseksualne akty same w sobie miały związek z wystąpieniem cierpienia. Taki wewnętrzny sceptycyzm ma bezpośrednie implikacje dla działania swoich wyznawców. Sceptycy, o których była mowa w przykładzie, nie mogą – zachowując spójność – osądzać ludzi za ich seksualne wybory czy na przykład chcieć zdelegalizowania homoseksualizmu. Sceptycyzm zewnętrzny natomiast – według Dworkina – czerpie swoją atrakcyjność i nośność z tego, co (tylko rzekomo, zdaniem Dworkina) różni go od sceptycyzmu wewnętrznego. Zwolennik sceptycyzmu zewnętrznego twierdzi, że nie bazuje na żadnych pozytywnych sądach moralnych oraz że jest neutralny, gdyż nie zajmuje żadnego stanowiska w substancjalnych moralnych sporach. Przy tym także w większości przypadków nie kwestionuje cudzych przekonań, w szczególności zaś takich, które podziela większość ludzi, na przykład co do tego, że ludobójstwo jest złem. Zewnętrznemu sceptykowi chodzi „tylko" o to, że przekonania te nie mają przymiotu prawdy obiektywnej, że nie są częścią obiektywnej wiedzy o rzeczywistości. Takie podejście jest – jak pisze Dworkin – ekumeniczne i „daje tym, którzy są rozdarci pomiędzy własnymi przekonaniami moralnymi a szacunkiem do przekonań innych (np. innych kultur) to, czego chcą"[753].

Ale – według Dworkina – ta zewnętrzność i neutralność głosicieli zewnętrznego sceptycyzmu jest tylko pozorem. Dworkin analizuje status zdań, które w sposób zewnętrzny, wedle intencji tych, którzy je głoszą, stwierdzają coś o pewnych przekonaniach moralnych (zdań niejako drugiego stopnia). Chodzi tu o bardziej lub mniej skomplikowane zdania typu: „Jest obiektywną prawdą to, że ludobójstwo jest złem" albo „To oczywista prawda, że ludobójstwo jest złe". Z analizy tej wynika, że najbardziej przekonującą interpretacją tego rodzaju zdań jest taka, że zdania te są powtórzeniami, podkreśleniami, wyjaśnieniami, rozwinięciami lub opracowaniami pierwotnego sądu (że ludobójstwo jest

[753] *Ibidem*, s. 5 z 36.

złe). Nie można też znaleźć – w opinii Dworkina – przekonującej interpretacji tych zdań, która pozwalałaby je rozumieć rzeczywiście jako zdania drugiego stopnia pozbawione treści moralnej, jako metaetyczne, filozoficzne twierdzenia o sądach wartościujących. Nie powiodłoby się to – jego zdaniem – nawet wówczas, gdybyśmy zaakceptowali jakąś absurdalną tezę z rodzaju tych, że istnieją w świecie pewne cząstki, które emitują pole powodujące moralność lub niemoralność ludzkich działań czy instytucji. Argumentuje też, że nie jest przekonujące stanowisko, zgodnie z którym zdania takie oparte byłyby na założeniu, że własności moralne są własnościami pierwotnymi, ani że relacjonują one bezpośrednią kauzalną korespondencję pomiędzy moralnymi faktami a moralnymi przekonaniami, ani że zawierają one ukryte twierdzenia o najlepszym wyjaśnieniu moralnego sporu lub błędu, ani że relacjonują czyjąś aprobatę lub dezaprobatę, albo wyrażają czyjś stosunek wobec pewnych działań lub osób. W takim razie analizowane tego rodzaju „zewnętrzne" zdania w gruncie rzeczy są wyrazem pewnego substancjalnego wcale nieneutralnego sądu moralnego. A skoro tak, to (i to jest wniosek, o który Dworkinowi chodziło) także zdania używane przez zewnętrznych sceptyków, używane do zaprzeczenia tym pierwszym, muszą mieć taki sam status. Zdania używane przez zewnętrznych sceptyków są wyrazem ich własnego substancjalnego sądu moralnego i nie mają waloru żadnej neutralności. W istocie więc prawdziwy zewnętrzny sceptycyzm nie jest tak naprawdę możliwy.

Rozwiązanie problemu związanego z zewnętrznym sceptycyzmem być może zależy od tego, w jakim kierunku przebiega filozoficzne badanie. Otóż – zdaniem Dworkina – kierunek filozoficznego badania zależy od tego, jaka jest przyjęta opinia w momencie, w którym badanie to się rozpoczyna. Nie jest to sprawa jakkolwiek rozumianego ciężaru dowodu, ale problem tego, w co rzeczywiście wierzymy. Oczywiście nasza wiara nie jest gwarancją słuszności naszych przekonań. Ale chodzi o to, że jeśli w coś wierzymy, to żaden – w tym także sceptyczny argument – nie może odnieść sukcesu, dopóki nie zmieni naszego

przekonania. Przy czym każda racja, którą uznajemy za dobrą i uzasadniającą porzucenie jakiegoś przekonania, sama w sobie jest nowym przekonaniem. Dworkin radzi więc: „Jeśli nie możesz nic poradzić na to, że wierzysz w coś stale i całym sercem, lepiej w to uwierz. Nie [...] dlatego, że fakt twojej wiary ma swoją własną prawdę, ale ponieważ nie możesz uznać żadnego argumentu za ostatecznie odpierającego twoją wiarę, żaden jej nawet nie dotknie. Na początku i na końcu jest przekonanie”[754].

Dlatego właśnie – w opinii Dworkina – „archimedejska” epistemologia jest nieprzekonująca: ponieważ próbuje narzucać standardy oceny słuszności przekonań z góry, *a priori*, bez związku z tym, że przekonania te już funkcjonują i są uznawane za godne zaufania, że mają różną treść i charakter, że należą do różnych dziedzin. Epistemologia każdej dziedziny powinna być – według Dworkina – w pewnym przynajmniej stopniu, w stopniu wystarczającym, wewnętrzna wobec zawartości takiej dziedziny. Powinna zapewniać racje widziane z perspektywy tych, którzy przekonania w danej dziedzinie mają, aby mogli oni te przekonania za pomocą tych racji testować, modyfikować i ewentualnie porzucać.

Z drugiej strony Dworkin, odrzucając zewnętrzny sceptycyzm, odrzuca też moralny realizm w jego mocnej wersji. Uważa, że moralni realiści mają ten problem, iż zupełnie niepotrzebnie przyjęli archimedejskie wyzwanie i usiłują mu sprostać. Archimedejskie wyzwanie, które nalega na to, aby odkryć jakieś nie-moralne, bezpieczniejsze, pewniejsze, fundamenty dla moralności. Właśnie z tego powodu moralni realiści twierdzą, że istnieją w rzeczywistości pewne obiektywne normatywne fakty, które są prawdziwe, o których można coś orzekać; jednak orzekać w języku, którego prawdziwość powinna być odkryta w jakiejś innej filozoficznej dziedzinie niż ta, do której należy substancjalna ewaluacja. Z tego wynika też, zdaniem Dworkina, ich dzielony z „archimedejczykami” błąd, który polega na złudzeniu, że można przypisać metafizycznym roszczeniom inny niż normatywny sens, że można ustanowić jakiś

[754] *Ibidem*, s. 20 z 36.

normatywny sąd w inny sposób niż za pomocą substancjalnych normatywnych argumentów.

Sam Dworkin jednakże siebie określa także jako realistę, tyle że realistę skromniejszego niż ci powyżej wspomniani (jego zdaniem silniejszy niż jego własny realizm, podobnie jak i antyrealizm, musi być odrzucony). Jego realizm, ma – jak pisze – silne konsekwencje. „Mocna konsekwencja jest taka. Moralność jest oddzielnym wymiarem naszego doświadczenia i wykonuje swoją własną suwerenność. Nie możemy się upierać, że jesteśmy od niej wolni, chyba że przez jej własne odejście, chyba że poprzez zawarcie z nią pokoju […]. Nie możemy wspiąć się na zewnątrz moralności, żeby osądzić ją z jakiegoś zewnętrznego, archimedejskiego trybunału, tak jak nie możemy wspiąć się poza sam rozum, aby go z góry testować”[755].

Dworkin przyznaje zarazem, że wszyscy jesteśmy wewnętrznymi sceptykami co do pewnych ocennych, ewaluatywnych twierdzeń. Jako dowód wskazuje, że ludzie często mówią, iż pewne takie twierdzenia nie są ani prawdziwe, ani fałszywe i że dana kwestia jest nieokreślona, albo że jakieś porównywane przedmioty są niewspółmierne, albo że nie ma żadnej prawidłowej odpowiedzi na pewne pytania dotyczące wartości. Wszystkie tego rodzaju stwierdzenia (uważa – co charakterystyczne – i co moim zdaniem jest jednak ekspresją pewnego lekceważenia, wyrazem *a priori* odrzucenia takiego sposobu myślenia – że nie ma potrzeby rozróżniania ich form), będące przecież formą sceptycyzmu, nazywa twierdzeniami o nieokreśloności. A ponieważ, jak to już wcześniej zostało wywiedzione, sceptycyzm tego rodzaju to sceptycyzm wewnętrzny (bo sceptycyzm zewnętrzny jest niemożliwy), to oznacza, że twierdzenia takie muszą znajdować oparcie w jakichś pozytywnych racjach. Jeśli rzecz dotyczy sfery moralności, w racjach moralnych. Jeśli estetyki, w racjach estetycznych. Jeśli prawa, w racjach prawnych, itd. Ale Dworkin zwraca uwagę (bo sam buntuje się przeciwko takiej tendencji), że wielu filozofów uważa, iż takie racje nie są w ogóle potrzebne. Jego zdaniem filozofowie

[755] *Ibidem*, s. 26–27 z 36.

ci przekonani są, że nieokreśloność jest niejako założona, że jest domyślnym stanowiskiem w moralności, etyce, sztuce i prawie. I – jak pisze – tego rodzaju podejście może występować w dwóch wersjach. Zgodnie z pierwszą wersją, sąd o nieokreśloności jest słuszny dla kogoś, kto doszedł do niego poprzez swoje własne bezpośrednie moralne doświadczenie, kto ma poważny problem z jakąś moralną kwestią. Zgodnie z drugą, nieokreśloność może być w sposób słuszny przyjęta przez zewnętrznych obserwatorów, kiedy okazuje się, że inni ludzie nie zgadzają się w swoich własnych dokonywanych bezpośrednio sądach moralnych. Dworkin argumentuje, że można obalić pierwszą, a co za tym idzie – także i drugą wersję w następujący sposób. Jeżeli człowiek waha się, jest zdezorientowany co do wartości argumentów za lub przeciw jakiemuś przekonaniu. Jeżeli człowiekowi brak pewnego lub stabilnego poczucia, który z zestawów argumentów jest lepszy, to taka sytuacja, która zresztą może być interpretowana jako brak jednej prawidłowej odpowiedzi na dane pytanie i istnienie wielu rożnych odpowiedzi, jest poznawczo gorsza niż sytuacja, w której odpowiedź może być udzielona. Taką nieokreśloność, jeśli się ją zakłada, należałoby uznać za nieokreśloność prawdziwą zaocznie (prawdziwą domyślnie – wobec nieobecności jakiegoś określonego przekonania)[756]. Ale Dworkin zwraca uwagę, że czym innym jest nieokreśloność, a czym innym niepewność. Niepewność nie wymaga żadnego substancjalnego uzasadnienia; niepewność może utrzymać się poprzez brak. Nieokreśloność natomiast wymaga – jego zdaniem – czegoś więcej[757]. Przekonanie o nieokreśloności jest pozytywnym roszczeniem, które wymaga wsparcia pozytywną racją. Same więc osobiste doświadczenia, przeżywanie moralnych rozterek nie wystarczą, aby przyjąć tezę o nieokreśloności. Nie wystarczy też obserwowanie występowania tego zjawiska u innych.

---

[756] W oryginalnym tekście jest napisane *indeterminacy* […] *true by default*. Interesujące tłumaczenie pojęcia *default*, które oddaje chyba po trosze myśl Dworkina, znajduje się na stronie internetowej http://automaciej.jogger.pl/2007/12/02/co-to-znaczy--default/ [blog] [dostęp:] 14 sierpnia 2009: „Jeżeli masz różne opcje do wyboru to *default* to jest taka opcja, która wybiera się sama, jeżeli ty niczego nie wybierzesz".

[757] Zdaniem Dworkina twierdzenia o nieokreśloności nie mogą być *true by default*.

Dworkin uważa, że jeżeli przyjmuje się za dobrą monetę tezę o nieokreśloności to, inaczej niż w przypadku osoby tylko niepewnej, nie ma powodu, aby na przykład powstrzymywać się od zajęcia stanowiska w sporze albo aby czuć się zobowiązanym do dalszych rozważań na dany temat, albo aby brak odpowiedzi na pewne pytania odczuwać jako dręczący. Uważa też, że przyjąwszy tezę o nieokreśloności i zakładając, że nie ma właściwej odpowiedzi na pewne moralne pytania, traci się racje określonego rodzaju (racje wewnętrzne dla danej dziedziny, na przykład moralności), aby w dany sposób działać czy też chwalić albo ganić jakiś rodzaj działania.

Dworkin podkreśla, że taka pozytywna, substancjalna racja, która może popierać tezę o nieokreśloności, jest jak najbardziej podatna na krytykę. Może się bowiem okazać nieprzekonująca dla innych, w dokładnie taki sam sposób, jak nieprzekonujące może być czyjeś stanowisko, które pewne określone rozwiązanie danego sporu uważa za najlepsze. Prowadzi go to do wniosku, że w każdym sporze, który zachodzi w jakiejś ewaluatywnej dziedzinie, mamy do wyboru trzy opcje – możemy opowiedzieć się po jednej stronie sporu, albo po drugiej, albo orzec, że ani jedna ani druga strona nie ma racji – a dopiero wtedy, gdy żadna z tych opcji nas nie przekonuje, musimy zadowolić się tym, co pozostanie wobec wyczerpania dostępnych opcji, a więc niepewnością (nie zaś nieokreślonością).

Dworkin uważa, że skłonność ku temu, aby przyjmować tezę o nieokreśloności jest wynikiem pewnej szczególnej koncepcji moralności, mianowicie takiej, która zakłada ślepy, nieodsuwalny, głęboki i bezkompromisowy charakter obowiązków pewnego rodzaju. Stanowisko takie odróżnia się chociażby od koncepcji utylitarystycznych. Starcie pomiędzy takimi koncepcjami jednak to starcie równorzędnych i równosilnych z epistemologicznego czy logicznego punktu widzenia poglądów. Przeważenie szali na którąkolwiek stronę w sposób nieunikniony wymaga spowodowania (wywołania, wytworzenia) przekonania.

Dworkin wyraźnie stwierdza, że także w dziedzinie prawa teza o braku właściwego rozstrzygnięcia nie może być prawdziwa zaocznie (nie może być *true by default*), podobnie jak jest to w dziedzinie moralności, etyki czy estetyki. Ponieważ filozoficzno-prawne twierdzenie o braku jednego właściwego rozstrzygnięcia jest twierdzeniem prawnym, musi więc opierać się na jakiejś teorii czy koncepcji prawa. Błędem natomiast jest zakładanie nieokreśloności, odwołując się tylko do braku pewności.

Według Dworkina koncepcjami, które mają pretensje do tego, aby wspierać tezę o nieokreśloności, są choćby prostsze wersje pozytywizmu prawniczego czy też te koncepcje, które czynią moralne konkluzje decydującymi w argumentacji prawnej, przy jednoczesnym założeniu wizji moralności opartej na nieokreśloności. Prawo różni się jednak – jego zdaniem – od innych dziedzin tym, że jego częścią jest funkcjonalna potrzeba konkluzywnej decyzji instytucjonalnej. Czynnik ten musi być brany pod uwagę przy ustalaniu, z wewnętrznego przecież dla prawa punktu widzenia, czy w prawie można zakładać nieokreśloność. Ponadto, w opinii Dworkina, właśnie na gruncie prawa szczególnie trudno, trudniej niż w innej dziedzinie, jest uzasadnić tezę o nieokreśloności. Jeżeli pomiędzy prawnikami trwa spór, to istnieje przecież nieskończona wprost liczba argumentów, dla których pewni, ale nie wszyscy prawnicy mogliby uznać ten spór za rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron. Wykazanie w takim przypadku, że szala w istocie nie przechyla się w żadną stronę, jest znacznie trudniejsze i możliwe tylko przy odwołaniu do jakiejś, niekoniecznie przecież powszechnie przyjętej koncepcji prawa.

Już nie w *Objectivity and the Truth. You'd Better Believe It,* ale w innej swojej pracy (w której na podstawie podobnych argumentów zakwestionował możliwość występowania luk w prawie) Dworkin wyjaśnił tę kwestię jeszcze dobitniej, pisząc: „W ramach bardzo ograniczonego obszaru, na którym możemy porównywać różne interpretacje danej ustawy z ogólnym podłożem politycznej kultury, w ramach której ustawa została ustanowiona, na bardzo ograniczonym obszarze takiego

porównania, doświadczenie wykazuje, że możemy niemal zawsze mieć jakąś opinię [co do tego, która z interpretacji jest lepsza]"[758]. A więc – według niego – sytuacja, w której dwie interpretacje ustawy mogłyby być uznane za równie dobre, nie jest w zasadzie możliwa, nie ma żadnego sensu. Dworkin wyraźnie odniósł się tu również do kwestii niewspółmierności. Jego zdaniem można, kiedy mówi się o niewspółmierności, w istocie mówić o dwóch jej rodzajach. Pierwsza to niewspółmierność pojęciowa, czyli sposób rozumienia dwóch pojęć, które można postrzegać jako niemożliwe do zrozumiałego porównania. Podaje tu przykład następujący: Co jest bardziej jasne, argument Kartezjusza czy greckie niebo? Niewspółmierność taka jest zauważalna *a priori*. I jej występowania Dworkin nie neguje, ale też nie komentuje roli, jaką ta niewspółmierność mogłaby odgrywać w prawie, uznając ją prawdopodobnie (powstaje pytanie, czy słusznie) za nieistotną. Drugi natomiast rodzaj niewspółmierności, który bardziej go zajmuje, to sytuacja, kiedy porównywalności (czy nieporównywalności) dwóch elementów nie można odkryć *a priori*, bo porównywalność ta jest uzależniona od przyjęcia lub nieprzyjęcia określonego substancjalnego argumentu. Na przykład, wedle podanego przezeń przykładu, wyłącznie od przyjętej teorii estetycznej zależy, czy da się w sposób zrozumiały zapytać o to, czy Szekspir był większym dramatopisarzem niż Molier i udzielić na takie pytanie odpowiedzi[759]. A skoro tak, to – jak dodał – przyjęcie tezy o współmierności czy niewspółmierności w obszarze prawa jest wyłącznie kwestią przyjętej politycznej moralności, kwestią własnych politycznych przekonań danej osoby, a nie jej przekonań ontologicznych[760].

---

[758] R. Dworkin: *On the Gaps in the Law*. [w:] *Controversies About Law's Ontology*. Eds: N. MacCormick, P. Amselek, Edinburgh, 1991, s. 90.
[759] *Ibidem*, s. 89.
[760] *Ibidem*.

5.3. Założenie niewspółmierności wartości a teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu

Jak zakwalifikować stanowisko Dworkina w pewnych szerszych kategoriach filozoficznych? Poniżej podjęta zostanie próba takiej kwalifikacji w oparciu o aparat pojęciowy zaproponowany przez Julesa L. Colemana i Briana Leitera[761].

Coleman i Leiter rozróżnili dwa rodzaje (nie)określoności: (nie)określoność racji oraz (nie)określoność przyczyn. Różnica pomiędzy nimi zasadza się na tym, że racje dostarczają nam uzasadnienia danego rezultatu prawnego (danej decyzji prawnej), natomiast przyczyny – wyjaśnienia tego rezultatu. Nie wyklucza to możliwości, aby racja pełniła także funkcję przyczyny. Rozróżnili także dwie formy nieokreśloności reguł. Reguła jest nieokreślona wówczas, gdy istnieje więcej niż jeden sposób jej spełnienia albo wtedy, gdy brak jest jednoznaczności co do tego, jaka w istocie ta reguła jest.

Zastanawiali się, jaką postać mogą przyjąć tezy o nieokreśloności racji oraz czy przyjęcie tezy o nieokreśloności w którejś z wyróżnionych przez nich postaci powoduje jakiś poważny problem dla autorytetu prawa. Według ich analizy teza o nieokreśloności prawa może przyjąć następujące postacie:

1. Zestaw prawnych racji nigdy nie gwarantuje żadnego rezultatu. Według tego założenia prawo jest nieokreślone wtedy i tylko wtedy, gdy żaden prawny rezultat nie może być uzasadniony w świetle dostępnych prawnych przesłanek.

2. Zestaw prawnych racji jest wystarczający, aby zagwarantować jakikolwiek rezultat. Przy założeniu takiej nieokreśloności, ponieważ racje mogą uzasadniać każdą decyzję, wobec tego organ stosujący prawo będzie uprawniony do podjęcia jakiejkolwiek decyzji.

3. Zestaw prawnych racji nigdy nie gwarantuje (nie uzasadnia) jednego i tylko jednego rezultatu w poszczególnym przypadku. Zgodnie z tym założeniem zawsze może zdarzyć się

[761] Zob. B. Leiter, J. L. Coleman: *op.cit., passim.*

tak, że zestaw prawnych racji będzie uzasadnieniem dla więcej niż jednego rozstrzygnięcia.

4. Zestaw prawnych racji nigdy nie gwarantuje (nie uzasadnia) jednego i tylko jednego rezultatu w ważnych lub trudnych przypadkach. W takiej sytuacji zakłada się, że nawet jeżeli czasami prawo daje podstawy dla jednego i tylko jednego rozstrzygnięcia, to co najmniej w przypadkach kontrowersyjnych, ważnych lub trudnych, daje podstawy do więcej niż jednego rozstrzygnięcia.

Według Colemana i Leitera teza o nieokreśloności racji może być tezą ogólną albo szczegółową. Jeśli zakłada się ogólną nieokreśloność racji, to znaczy, że nieokreśloność ta odnosi się do każdego dyskursu opartego na racjach[762]. Wówczas nieokreśloność dyskursu prawnego nie wynika wyłącznie z przyczyn właściwych dla tego dyskursu, ale z powodów bardziej ogólnej natury. Jeżeli zakłada się szczególną nieokreśloność prawa, to oznacza, że nieokreśloność ta jest efektem czynników specyficznych tylko i wyłącznie dla prawa[763].

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że jeżeli niewspółmierność wartości uznamy za przyczynę nieokreśloności, to będzie to przyczyna natury ogólnej, właściwa dla wszystkich dyskursów nie-teoretycznych, a nie tylko dla prawnego dyskursu. W takim przypadku głoszona teza o nieokreśloności byłaby tezą ogólną. Dworkin wszak swoje argumenty zaprzeczające tezie o nieokreśloności, które można przyjąć lub nie, snuje w odniesieniu nie tylko do prawa, ale i do moralności, etyki czy estetyki[764]. Po głębszym jednak namyśle należy stwierdzić, że prawo jest tego rodzaju materią, w której – jeśli zakłada się niewspółmierność wartości – istnieją jej własne przyczyny potęgujące nieokreśloność, wynikające z tej niewspółmierności. Przecież takie problemy, jak istnienie luk w prawie czy konflikty

[762] Odpowiadałoby to chyba przedstawionemu powyżej Dworkinowskiemu sceptycyzmowi globalnemu.
[763] Por. B. Leiter, J. L. Coleman: *op.cit.*, s. 212–215.
[764] Por. *supra* rozdział 5.2 od s. 379.

norm, o których Coleman i Leiter piszą, że są specyficzne dla prawa, potęgują jeszcze nieokreśloność opartą na niewspółmierności, gdyż rozwiązanie konfliktów czy uzupełnienie luk często wymaga odwołania się do wartości[765], które mogą okazać się niewspółmierne. Należy więc podsumować, że przyjęcie założenia niewspółmierności skutkuje w prawie przyjęciem i ogólnej, i zarazem szczegółowej tezy o nieokreśloności.

Jaki jednak rodzaj nieokreśloności byłby skutkiem przyjęcia założenia niewspółmierności wartości?

Ogólna odpowiedź na to pytanie jest chyba niemożliwa. Okazuje się, że nie wystarczy przyjąć tylko, że zjawisko niewspółmierności wartości występuje, aby na to pytanie odpowiedzieć. Wiele zależy bowiem od uszczegółowienia tego stanowiska i przyjęcia określonych jego konsekwencji. Po pierwsze, należy odpowiedzieć na pytanie, na czym niewspółmierność polega i w jakich postaciach występuje. Po drugie, czy zjawisko to występuje zawsze czy nie zawsze, powszechnie czy też incydentalnie. Po trzecie, czy może prowadzić do wyborów tragicznych. Po czwarte, czy zjawisko niewspółmierności wyklucza racjonalne podejmowanie decyzji, czy też są jakieś akceptowalne formy racjonalności, które decyzję pozwalają podjąć. Po piąte, czy takie – jeżeli przyjąć, że są – akceptowalne formy racjonalności mogą być konkluzywne, przynajmniej w jakimś słabym sensie. Ten właśnie stopień skomplikowania problemu i trudność w udzieleniu ogólnej odpowiedzi, jaki rodzaj nieokreśloności prawa byłby skutkiem przyjęcia tezy o niewspółmierności wartości, już czyni podejrzanym stanowisko Dworkina, który przecież bez szczegółowej analizy, i jak to już wcześniej wspomniano bez żadnych rozróżnień, niewspółmierność wartości odrzuca[766].

---

[765] Jak pisał A. Peczenik, „Prawnik musi więc formułować sądy wartościujące *inter alia* po to, aby dokonać subsumpcji […]; aby zinterpretować ustawę czy inne źródło prawa […]; aby ustalić i uzupełnić luki w prawie […]; aby ustalić fakty sprawy […]; aby wybrać stosowalną normę […]; aby wybrać konsekwencje prawne […] oraz aby odpowiedzieć na pytanie czy ustawa jest zdezaktualizowana […]" (A. Peczenik: *On Law…*, s. 29). Por. też Z. Ziembiński: *Wstęp do aksjologii…*, s. 115–241.

[766] Por. *supra* s. 384.

Coleman i Leiter wyróżnili obiektywność proceduralną i metafizyczną. Według nich obiektywność proceduralna wymaga braku stronniczości. W prawie to, co uzasadnia rozstrzygnięcie, to fakt, że zostało ono osiągnięte przy użyciu obiektywnych procedur.

Metafizyczna obiektywność sprowadza się do stanowiska, że istnieją poprawne (właściwe) odpowiedzi na palące prawne polityczne i moralne pytania, odpowiedzi, których poprawność jest niezależna od ludzkich przekonań. Orzekanie jest więc obiektywne w sensie metafizycznym, jeżeli rezultat orzekania odpowiada relewantnym prawnym faktom, niezależnym od przekonań sędziego.

Kiedy zaś mamy do czynienia z subiektywnością? W przeciwieństwie do obiektywności orzekania, orzekanie jest subiektywne w sensie proceduralnym, jeżeli sędziowie podejmują swoje decyzje w oparciu o swoje własne, stronnicze wobec jednej ze stron odczucia. W sensie metafizycznym orzekanie jest subiektywne wówczas, gdy coś jest faktem prawnym z racji indywidualnych przekonań sędziego. Autorzy ci zwracają uwagę na to, że czym innym jest obiektywność, a czym innym jest określoność, choć między nimi istnieją pewne związki. Teza o określoności rozstrzygnięć prawnych dotyczy odpowiedniości pomiędzy podejmowanymi decyzjami a faktami prawnymi. Teza o obiektywności dotyczy statusu tych faktów prawnych.

Roszczenia obiektywności prawa mogą być formułowane na dwa różne sposoby: w kategoriach semantycznych lub metafizycznych. W pierwszym przypadku roszczenia te dotyczą dyskursu prawnego, w drugim zaś – dotyczą obiektów, do których dyskurs ten się odnosi. Z punktu widzenia obiektywności w sensie metafizycznym istotne jest wyróżnienie dwóch typów stanowisk – metafizycznego realizmu i metafizycznego antyrealizmu. Przyjęcie stanowiska metafizycznego realizmu oznacza zaakceptowanie, że to co jest, jest niezależne od ludzkiego umysłu w dwojakim sensie. Po pierwsze istnienie i właściwości rzeczywistości nie są wymiarem (*extension*) ludzkiego umysłu. Po drugie istnienie i właściwości rzeczywis-

tości nie są zależne od narzędzi służących do poznania tej rzeczywistości.

Metafizyczny antyrealizm zaprzecza niezależności rzeczywistości w obu wymienionych powyżej sensach. Antyrealizm zdaniem Colemana i Leitera nie zakłada jednak wcale subiektywizmu. Autorzy ci zwracają uwagę na to, że przyjęcie metafizycznego realizmu czy antyrealizmu nie musi dotyczyć wszystkich dziedzin. Może bowiem być tak, że w odniesieniu do pewnych obiektów (na przykład pewnych fizycznych przedmiotów) będziemy realistami, a w odniesieniu do innych (na przykład właściwości moralnych) – antyrealistami.

Kolejnym istotnym rozróżnieniem jest to pomiędzy semantycznym realizmem a semantycznym antyrealizmem, które to stanowiska odnoszą się do tego, jak zdania czy wyrażenia języka uzyskują swoje znaczenie. Semantyczny realizm głosi, z jednej strony, że znaczenie zdania jest dane poprzez jego warunki prawdziwości, a z drugiej strony, że te warunki prawdziwości mogą być niezależne od sposobu ich poznania (*evidence-transcedent*).

Semantyczny antyrealizm natomiast zaprzecza jednemu albo obu z wyżej wymienionych twierdzeń. Można na przykład twierdzić, że znaczenie zdania jest dane poprzez jego warunki stwierdzalności (*assertibility conditions*). Przyjęcie stanowiska semantycznego realizmu zakłada realizm metafizyczny. Ale opowiedzenie się po stronie metafizycznego realizmu nie musi wcale oznaczać realizmu semantycznego. Jeśli bowiem zakłada się, że znaczenie zależy od sposobu, w jaki świat jest, to zakłada się zarazem, że świat ten istnieje niezależnie od ludzkich przekonań czy wiedzy. Jeśli jednak zakłada się tylko, że rzeczywistość jest niezależna od naszego do niej dostępu, od naszej o niej wiedzy, nie przesądza to niczego na temat znaczenia.

Według Leitera i Colemana można odróżnić obiektywizm mocny od minimalnego. Obiektywizm mocny zakłada, że czyjeś wyobrażenia na temat tego, co jest prawdziwe (dobre, słuszne, poprawne) nie mogą wpłynąć na to, co jest w rzeczywistości prawdziwe (dobre, słuszne, poprawne). A więc ze strony

obiektywizmu metafizycznego chodzi o to, że to, jaka rzeczywistość jest, w żaden sposób nie zależy od tego, jak jest postrzegana. Obiektywizm semantyczny w wersji mocnej zaś zakłada, że znaczenie wyrażenia danego języka nigdy nie zależy od tego, jakie znaczenie chciał mu nadać mówca czy wspólnota użytkowników danego języka. W dziedzinie filozofii prawa obiektywizm w tej wersji jest obecny przede wszystkim w doktrynach prawnonaturalnych.

Obiektywizm w wersji minimalnej to pogląd bliski konwencjonalizmowi, zajmujący miejsce pomiędzy obiektywizmem mocnym a subiektywizmem. Zakłada on, że to co większości danej społeczności wydaje się prawdziwe (dobre, poprawne, słuszne) decyduje o tym, co faktycznie jest prawdziwe (dobre, poprawne, słuszne). Różnica pomiędzy subiektywizmem a obiektywizmem w wersji minimalnej jest taka, że obiektywizm taki nie czyni miarą wszystkiego jednostki, tak jak to czyni subiektywizm. Punktem odniesienia jest tu bowiem pewna wspólnota. Niemniej jednak taki obiektywizm jest ze swojej istoty antyrealistyczny. W filozofii prawa minimalny obiektywizm jest obecny w większości współczesnych koncepcji pozytywistycznych.

Zdaniem Leitera i Colemana błędem jest postawa generalizująca, tj. stwierdzenie, że wszystko jest subiektywne albo wszystko jest obiektywne. Uważają, że każda dziedzina, czy też każdy dyskurs, wymagają odrębnego rozważenia i określenia stanowiska. Dwiema z takich odrębnych dziedzin są również prawo i moralność. Ich zdaniem w obu tych dziedzinach dochodzi do szczególnego rozdwojenia. Otóż nawet jeżeli w tych dziedzinach fakty są często postrzegane jako pochodna praktyk danej wspólnoty, co byłoby zgodne ze stanowiskiem minimalnego obiektywizmu, to na poziomie uzasadniania i dyskursu obecne jest stanowisko o znacznie silniejszym obiektywistycznym zabarwieniu. Zauważają, że nie jest przyjęte, aby uzasadniać czy bronić jakichś sądów moralnych albo zachowań, twierdząc, że odpowiadają one opinii większości członków wspólnoty. Nie mówi się, że coś jest moralne albo niemoralne, bo większość ludzi tak uważa. A więc można powiedzieć, że często w sferze moralnej

i prawnej stanowisko metafizyczne bywa słabsze niż to prezentowane na płaszczyźnie semantycznej. Autorzy zwracają uwagę na to, że sędziowie, uzasadniając swoje rozstrzygnięcia, odwołują się do pewnych racji w sposób, który sugeruje coś znacznie silniejszego niż subiektywizm czy obiektywizm w wersji minimalnej. Po analizie problemów, jakie powoduje obiektywizm w wersji mocnej[767] oraz obiektywizm w wersji minimalnej[768], proponują jako właściwy dla dziedziny prawa i moralności obiektywizm w wersji umiarkowanej.

Obiektywizm w wersji umiarkowanej to według Leitera i Colemana pogląd, zgodnie z którym słuszne jest to, co okazuje się być (co wydaje się być) słuszne przy spełnieniu idealnych warunków epistemicznych[769]. Obiektywizm taki dzieli z minimalnym obiektywizmem jego antyrealizm, a z obiektywizmem mocnym przekonanie, że to co słuszne nie zależy koniecznie od stanowiska większości. Słuszne jest to, co wydawać się będzie słuszne jednostce umieszczonej w idealnej sytuacji epistemicznej. Autorzy wskazują, że koncepcja idealnych warunków epistemicznych może być dla każdej dziedziny inna – inna na przykład będzie w nauce, a inna w prawie czy moralności. Warunki takie będą ściśle zależały od istniejącego pojęcia, w ramach którego prowadzone jest badanie. Pojęcia, którego dotyczy poznanie. Jako przykład podają sprawdzanie, czy jakiś przedmiot jest czerwony. Warunki, w jakich należy to zrobić, aby uzyskać akceptowalnie wiarygodny rezultat, zależą ściśle od przyjętego pojęcia koloru.

Umiarkowany obiektywizm według Colemana i Leitera szczególnie pasuje do prawa i dobrze wyjaśnia to, co prawnicy, a zwłaszcza sędziowie, czynią w praktyce. Wedle stanowiska tego

---

[767] Między innymi problem ze wskazaniem wiarygodnego mechanizmu dostępu sędziów w procesie orzeczniczym do faktów prawnych.

[768] Między innymi problem wyjaśnienia możliwości wystąpienia w orzecznictwie masowego błędu, niemożność wyjaśnienia racjonalnych sporów, problem prawa jako instrumentu wcielającego w życie dominującą ideologię lub kulturę.

[769] Trzeba tu od razu zaznaczyć, że prezentacja pojęcia obiektywizmu umiarkowanego nie jest przez jego autorów traktowane jako prezentacja nowego poglądu czy stanowiska, ale raczej jako prezentacja nowego przydatnego narzędzia klasyfikacyjnego czy też typologicznego dla istniejących czy też mających powstać koncepcji.

rodzaju fakty prawne są ustalane w drodze sądów formułowanych w idealnych warunkach epistemicznych. Powinnością sędziego jest więc odkrycie, jaką decyzję podjąłby sędzia albo zespół sędziów w idealnych warunkach epistemicznych – w warunkach, które w przypadku prawa nie są zbyt trudne do sformułowania. A więc dla spełnienia tych warunków wystarczy, aby sędzia ten lub sędziowie byli w pełni poinformowani zarówno w kwestiach dotyczących faktów, jak i w kwestiach prawnych; w pełni racjonalni (stosowaliby się np. do reguł logiki); całkowicie bezstronni; pełni empatii i wyobraźni; doskonale znający i wyczuwający nieformalną kulturalną i społeczną wiedzę niezbędną między innymi do stosowania wnioskowania przez analogię itd.

Jednocześnie jednak, jak słusznie zauważają Coleman i Leiter, jeśli prawo i moralność są ze sobą powiązane w tym sensie, że prawdziwość twierdzeń prawnych zależy często od prawdziwości sądów moralnych, to z punktu widzenia prawa istotne znaczenie ma to, czy moralność jest obiektywna choćby w sensie umiarkowanym.

Coleman i Leiter uważają jednak, że idealne warunki epistemiczne nie byłoby wcale łatwo sformułować w dziedzinie moralności, a to dlatego, że – ich zdaniem – moralność jest pojęciem niewystarczająco koherentnym i dobrze zdefiniowanym, aby mogła być do tego podstawą.

Jak, posługując się zaprezentowanym powyżej aparatem pojęciowym, można zakwalifikować stanowisko Ronalda Dworkina, w szczególności w zakresie tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu?

Dworkin – jak się wydaje – odrzuca obiektywność w wersji mocnej. O takim odrzuceniu świadczy jego krytyka zewnętrznego sceptycyzmu i silnego realizmu jako pozycji, które w gruncie rzeczy nie tylko nie są możliwe do obrony, ale których tak naprawdę nie da się w ogóle zająć. Jego zdaniem, wszystkie twierdzenia dotyczące moralności, etyki, estetyki czy prawa są formułowane z wewnętrznego punktu widzenia, w odniesieniu do jakichś substancjalnych przekonań moralnych, etycznych,

estetycznych czy prawnych. Kwestionuje także obiektywność w wersji minimalnej oraz subiektywizm, czego świadectwem jest jego polemika z konwencjonalizmem[770], pozytywizmem prawniczym, także ta dotycząca swobodnego uznania oraz chociażby to, że jego idealny sędzia Herkules w procesie orzekania nie musi poddawać się stanowisku większości, ale nie jest też w swej decyzji całkowicie swobodny[771]. Można więc chyba zgodzić się z Colemanem i Leiterem, że Dworkin przyjmuje obiektywność umiarkowaną prawa. Prezentując swoją teorię orzekania, posługuje się w tym celu „wyobrażonym sędzią, dysponującym nadludzkimi władzami intelektualnymi i cierpliwością"[772]. Sędzia ten celowo jest przecież przez Dworkina nazwany Herkulesem, bo ma to jeszcze bardziej podkreślić jego wyjątkowe, niemalże boskie cechy. Sędzia ten nie jest ograniczony ani w dostępie do jakiejkolwiek wiedzy – ani czasowo, ani jakimikolwiek uwarunkowaniami materialnymi, ani jakimikolwiek typowo ludzkimi ułomnościami, jak choćby lenistwo, źle pojęty oportunizm, nadmierna ambicja, określone sympatie polityczne itp. Można więc powiedzieć, że Herkules spełnia wszystkie te warunki, które Coleman i Leiter wyliczyli jako idealne warunki epistemiczne. Oczywiście, że żaden z rzeczywistych sędziów

---

[770] Zwłaszcza mocnym (ograniczającym prawo wspólnoty do jawnego rozszerzania jej konwencji prawnych), bo słaby (dopuszczający rozszerzanie konwencji) jest – zdaniem Dworkina – niedojrzałą postacią integryzmu prawnego. Por. R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 130. „Konwencjonalizm tym jednak różni się od integryzmu prawnego, że przeczy tezie, jakoby spójność zasad mogła być źródłem legalnie ustanowionych praw. Integryzm uznaje natomiast to przekonanie: zakłada, że obywatele posiadają legalnie ustanowione prawa […], które wykraczają poza jawne rozszerzenia praktyk politycznych postrzeganych jako konwencje". *Ibidem*, s. 136.

[771] Por. R. Dworkin: *Biorąc prawa…*, s. 240: „Herbert uważa, że w sytuacji gdy konkretne przepisy prawa są niejasne lub nieokreślone, strony nie mają w ogóle żadnego prawa instytucjonalnego, tak, że każde jego orzeczenie będzie stanowiło nowy akt legislacyjny. Ponieważ żadne jego orzeczenie nie pozbawi żadnej ze stron tego, do czego już wcześniej miała prawo, argument ten jest do przyjęcia, przynajmniej w tej części, w której głosi, że ustanawiając prawo powinien się on uważać za pełnomocnika większości. Herkules nie może jednak przyjąć takiego poglądu […]; ponieważ Herkules sądzi, że strony mają prawa zarówno w prostych jak i trudnych sprawach, nie podporządkuje się on popularnym poglądom także w trudnych sprawach".

[772] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 241.

warunków tego rodzaju nie jest w stanie spełnić i Dworkin to przyznaje[773]. Uważa jednak, że rzeczywiści sędziowie mają obowiązek rozstrzygać w taki sposób, który w najlepszym możliwym stopniu będzie zbliżony do wytyczonego ideału. Tylko wtedy sędziowie będą mogli orzekać o istniejących uprawnieniach prawnych, nie będą zaś tworzyć nowych praw.

Ale przecież samo tylko odwołanie się do takich idealnych warunków epistemicznych, zarówno w wersji Dworkina, czy nawet w wersji Colemana i Leitera, nie przesądza jeszcze, że w każdej sprawie możliwe jest jedno, słuszne rozstrzygnięcie. Nawet jeżeli założy się, że prawdziwe (dobre, słuszne, poprawne) jest to, co postrzega się jako prawdziwe (dobre, słuszne, poprawne) w idealnych warunkach epistemicznych, to nie oznacza to w sposób konieczny, że prawdziwe (dobre, słuszne, poprawne) rozstrzygnięcie będzie tylko jedno i to nawet wówczas, gdy wchodzące w rachubę rozstrzygnięcia będą konkurencyjne i wzajemnie wykluczające się[774]. Aby słuszne rozstrzygnięcie było możliwe tylko jedno, musi być postawiony jeszcze jakiś warunek. I Dworkin taki warunek stawia. Znajduje on swoje najlepsze odzwierciedlenie w tym, że – wedle jego słów – sędzia Herkules ma być nie tylko sędzią, jak to już powyżej cytowano „dysponującym nadludzkimi władzami intelektualnymi i cierpliwością", ale ma być też sędzią „uznającym integryzm prawny"[775].

Prima facie wydaje się więc, że to integryzm prawny, a nie cokolwiek innego, jest odpowiedzialny za *one right answer thesis*. To integryzm „nakłada na sędziów wymóg, w takim stopniu w jakim jest to możliwe, by pojmowali nasz wspólny system standardów życia publicznego jako wyrażający i respektujący spójny zestaw zasad, i, by osiągnąć ten cel, interpretowali te standardy w taki sposób, by odnaleźć standardy ukryte między i za standardami jawnymi"[776]. To integryzm odwołuje się do

[773] *Ibidem*, s. 266.
[774] Załóżmy, że o prawo do opieki nad dzieckiem pozbawionym rodziców ubiegają się rodzina ojca i rodzina matki. Obie rodziny mogą w równy sposób spełniać wszystkie warunki przewidziane prawem.
[775] *Ibidem*, s. 241.
[776] *Ibidem*, s. 218.

pojęcia wspólnoty politycznej i w sposób celowy oraz założony personifikuje tę wspólnotę, traktując ją (choć nie w kategoriach metafizycznych) w kategoriach zbioru kolektywnego, jako rodzaj bytu, odrębny od jego naturalnych składników, którymi są jej obywatele[777]. Wspólnota taka ma być rozumiana przez sędziego-wyznawcę integryzmu – jako odrębny podmiot moralny, któremu można przypisać działanie moralne i moralną odpowiedzialność.

Nie ma tu jednak w poglądach Dworkina żadnej niekonsekwencji ani manipulacji. Dworkin całkiem jawnie zakłada przecież, jak to już powyżej opisano, że w dziedzinie prawa teza o braku właściwego rozstrzygnięcia jest tezą prawną i musi opierać się na jakiejś teorii czy koncepcji prawa. Analogicznie, zaprzeczająca teza (teza o jedynym właściwym rozstrzygnięciu) także musi opierać się na jakiejś koncepcji czy teorii prawa. Koncepcją, do której odwołuje się Dworkin, którą popiera i w którą wierzy, jest właśnie integryzm prawny. Uważa, że integryzm najlepiej wyjaśnia praktykę prawną, najlepiej wyjaśnia to, co robią prawnicy, a w szczególności sędziowie. Lepiej też – niż inne koncepcje – tę praktykę uzasadnia. Ale Dworkin zakłada również coś więcej; a mianowicie, że w taki sposób uprawiana praktyka będzie najlepsza z możliwych. Trzeba więc w koncepcji Dworkina odróżnić to, co jest niezbędne do pełnienia funkcji wyjaśniającej, od tego, co ma pełnić funkcję optymalizacyjną.

Powstaje w takim razie pytanie, czy integryzm prawny rzeczywiście implikuje tezę o jedynym słusznym rozstrzygnięciu. Pytanie jest o tyle istotne, że nie ma – jak się w pierwszej chwili wydaje – w koncepcji Dworkina nic poza integryzmem, co taką tezę mogłoby implikować. Ale odpowiedź na to pytanie musi być niejednoznaczna. Na poziomie tych elementów koncepcji integryzmu, które pełnią funkcję wyjaśniającą, nie implikuje ona tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu. Jeżeli już, to raczej na poziomie czysto normatywnym, ten jednak jest wyłącznie odzwierciedleniem osobistych poglądów Dworkina. Można więc chyba mówić o pewnej niespójności w tym zakresie, bo przecież

[777] *Ibidem*, s. 169.

według Dworkina teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu ma swe źródło przede wszystkim w obserwacji, tego, co prawnicy czynią. I taka niespójność faktycznie jest w poglądach Dworkina widoczna. To ona właśnie utrudnia interpretację jego stanowiska.

Dlaczego integryzm prawny nie implikuje – ograniczony do poziomu tych jego elementów, które są niezbędne do opisu praktyki prawnej – *one right answer thesis*?

Wydaje się, że przyczyna tkwi w dwóch kwestiach. Pierwsza kwestia to pojęcie wspólnoty politycznej[778], jakie integryzm zakłada. A druga to stosunek prawa i moralności.

Pojęcie wspólnoty politycznej u Dworkina przypomina prominentną w polskiej literaturze prawniczej koncepcję racjonalnego prawodawcy[779]. Podobne są też chyba z obiema

---

[778] Zob. opis założeń Dworkinowskiej koncepcji wspólnoty politycznej w M. Smolak: *op.cit.*, s. 50–54.

[779] Por. L. Nowak: *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa.* Warszawa, 1973, s. 205: „[…] argumenty uznawane są zwykle za przekonywujące na gruncie odpowiedniej kultury prawnej. Łatwo zaś zauważyć, że owe kryteria poprawnej argumentacji […] opierają się na określonych tezach dotyczących doskonałego prawodawcy. Tak więc kryteria uzasadniania przyjmowane w prawoznawstwie są o tyle jednolite, o ile jednolity jest ideał doskonałego prawodawcy zakładany przez prawników […]. Jednolitość kulturowa prawoznawstwa, przede wszystkim wspólnota […] hierarchii wartości środowiska prawniczego w danym państwie, a także typ zadań społecznych stawianych przed interpretacją prawniczą – wszystko to decyduje o tym, iż zakładany przez prawników ideał prawodawcy (wewnętrznie) doskonałego jest mniej więcej taki sam. To zaś umożliwia intersubiektywną […] kontrolę wygłaszanych twierdzeń". Nie chodzi mi tu jednak tylko i wyłącznie o koncepcję L. Nowaka, ale pojęcie racjonalnego prawodawcy, jakie obecnie funkcjonuje w polskim dyskursie prawniczym. Choć oczywiście idea Nowaka była tu najważniejszym katalizatorem jej rozwoju, nie sposób przecież zignorować, że koncepcja racjonalnego prawodawcy – będąca pokłosiem Weberowskiej idei racjonalizującego wyjaśniania (por. J. Jabłońska-Bonca, T. Langer: *Weberowska idea racjonalizującego wyjaśniania a założenie racjonalności w koncepcjach J. Wróblewskiego.* „Studia Prawnicze", z. 3–4, 1985, s. 71–86), a także koncepcji interpretacji humanistycznej Jerzego Kmity (por. J. Kmita: *Z metodologicznych problemów interpretacji humanistycznej*. Warszawa, 1971, *passim*) – z teorii mającej być w założeniu rekonstrukcją struktury głębokiej prawoznawstwa (por. L. Nowak: *op.cit.*, s. 15), ewentualnie – pragmatycznego założenia dyskursu prawniczego (por. M. Zirk-Sadowski: *Prawo a uczestniczenie…*, s. 81–92), w ciągu 40 lat przepoczwarzyła się w postulat racjonalnego działania prawodawcy (por. S. Wronkowska: *Problemy racjonalnego tworzenia prawa.* Poznań 1982, s. 28), w domniemanie interpretacyjne (por. L. Morawski: *Zasady…*, s. 159–162), później zaś stała się częścią obowiązującego prawa, początkowo jako argumentacyjnie wywiedziona z konstytu-

koncepcjami związane problemy. Oczywiście nie można mówić tu o pełnej przystawalności. Trzeba brać również pod uwagę różnice pomiędzy typami systemów prawa, na gruncie których obie koncepcje powstały. Trzeba też pamiętać, że koncepcja racjonalnego prawodawcy jest opracowywana w literaturze polskiej od wielu lat i przez wielu, niekoniecznie zgodnych ze sobą, badaczy, podczas gdy koncepcja integralności pochodzi od jednego autora. Wreszcie należy brać w rachubę różnice w swego rodzaju retoryce, jaka służy do wyrażania jednej i drugiej koncepcji (w przypadku koncepcji polskiej – jest to retoryka teoretycznonaukowa, w przypadku koncepcji Dworkina – przede wszystkim polityczna i filozoficzna). Wydaje się jednak, że pomimo ww. różnic zachodzenie co najmniej daleko idącej analogii nie powinno budzić wątpliwości[780].

Podobieństwa Dworkinowskiej koncepcji wspólnoty i integralności oraz polskiej koncepcji racjonalnego prawodawcy można scharakteryzować krótko w następujący sposób.

Według Dworkina autorem legalnie ustanowionych praw i obowiązków jest wspólnota; według koncepcji racjonalnego prawodawcy autorem prawa jest prawodawca. W obu przypadkach nie chodzi o autora w dosłownym tego słowa znaczeniu.

---

cyjnej zasady państwa prawnego (bogate jest w tym zakresie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; tytułem przykładu można zacytować zdanie z uzasadnienia orzeczenia TK z dnia 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K9/95: „Państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy"), a następnie poprzez wyraźne ustanowienie norm prawa powszechnie obowiązującego opartych na jednym z opracowanych w prawoznawstwie modeli racjonalnego tworzenia prawa (por. § 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej", Dz.U. Nr 100, poz. 908).

[780] Podobieństwo tych koncepcji zauważył też L. Morawski. Wysnuł z niego jednak inne wnioski od tych, które są tu przedstawiane. Napisał bowiem: „Jeśli chodzi o mnie, to nie widzę nic takiego, co dodawałaby teoria prawodawcy racjonalnego do kilku prostych i zrozumiałych dla każdego słów Dworkina, że zadaniem każdego interpretatora jest znalezienie najlepszej z możliwych interpretacji przepisu na gruncie danego systemu, jego reguł, kultury i tradycji". (L. Morawski: *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*. „Państwo i Prawo", z. 11, 2000, s. 36). Jak bowiem z powyższego wynika, L. Morawski uważa, że koncepcja Dworkina jest lepsza od teorii racjonalnego prawodawcy i że unika stawianych tej teorii zarzutów. W niniejszej pracy prezentowane jest stanowisko przeciwne, a może nawet dalej idące w swym wydźwięku krytycznym.

Sam Dworkin wydziela z integralności dwie zasady[781]: zasadę integralności w legislacji, która ma wymagać od twórców prawa, aby utrzymywali spójność prawa, oraz zasadę integralności w orzecznictwie, która wymaga od sędziów, by postrzegali prawo i je stosowali jakby było spójne. Dla obu tych zasad punktem odniesienia jest wspólnota polityczna. Podobnie w polskim prawoznawstwie koncepcja racjonalnego prawodawcy, choć w zupełnie innej roli, pojawia się zarówno w odniesieniu do tworzenia, jak i do stosowania prawa[782].

Według Dworkina wspólnota polityczna nie jest podmiotem, któremu przypisywałoby się zasady, które wyznają jej członkowie, ale jest odrębnym podmiotem. Wedle polskiej koncepcji racjonalny prawodawca nie jest sumą osób uczestniczących w procesie legislacyjnym, ale zdepersonalizowanym, pojedynczo branym autorem tekstu prawnego.

Wspólnota Dworkina to produkt personifikacji, niemający odniesienia do konkretnych danych empirycznych. Dworkin często przyznaje, że rzeczywista wspólnota nie posiada takich cech, które on uznaje za istotne[783]. Polski racjonalny prawodawca to konstrukt teoretyczny, nieposiadający odniesienia empirycznego. Żadne z nich nie jest też traktowane jako odrębny byt metafizyczny.

Wedle polskiej koncepcji racjonalnego prawodawcy (a szczegółowiej rzecz ujmując prawodawcy doskonałego) prawodawca racjonalny (doskonały) to taki, co do którego się zakłada: że jego wiedza (zarówno prawnicza, jak i empiryczna) jest najlepsza, aktualna, niesprzeczna i ma charakter systemowy,

---

[781] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 168.

[782] Por. S. Wronkowska: *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego.* [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*. Red.: S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań, 1990.

[783] Por. R. Dworkin: *Imperium prawa…*, 2006, s. 178–179: „Konflikty między ideałami są w polityce na porządku dziennym. Nawet gdybyśmy odrzucili integralność i opierali naszą działalność polityczną jedynie na słuszności, sprawiedliwości i proceduralnej zasadzie rzetelnego procesu, uznalibyśmy dwie pierwsze cnoty za popychające nas w przeciwnych kierunkach […]. Skoro tak, to w zwykłej polityce musimy niekiedy, decydując, jaki wesprzeć program polityczny, wybierać między dwiema cnotami".

że dysponuje on doskonałą kompetencją językową, jego system ocen jest pełny, a preferencje mają charakter asymetryczny i przechodni[784]. Wspólnota Dworkina to homogeniczna wspólnota zasady, która uznaje integralność. Integralność zaś „wymaga, by standardy życia publicznego były zarówno tworzone jak i postrzegane, tak dalece jak to tylko możliwe, jako wyraz spójnego modelu sprawiedliwości i słuszności odpowiednich stosunków społecznych"[785].

Przyjęcie asymetryczności i przechodniości preferencji prawodawcy w koncepcji prawodawcy racjonalnego z natury rzeczy wyklucza, przynajmniej *prima facie,* niewspółmierność wartości. Przyjęcie w koncepcji Dworkina integralności jako zasady uznawanej przez wspólnotę co najmniej wymusza spychanie tego zjawiska na margines; jest u Dworkina zastrzeżenie, że należy spójność kultywować „tak dalece jak to tylko jest możliwe" (co jednakże oznacza, że może nie zawsze w pełni się da).

Jedną z funkcji zarówno jednej, jak i drugiej koncepcji jest funkcja legitymizująca. Koncepcja racjonalnego prawodawcy w dyskursie stosowania prawa legitymizuje działania prawników, które są dzięki niej odnoszone wprost do prawodawcy. O swojej koncepcji Dworkin wprost mówi, „że państwo, które uznaje integralność za ideał polityczny, ma większe szanse, by być legitymizowane"[786].

Obie koncepcje borykają się z podobnymi zastrzeżeniami i problemami. Obu zarzuca się:

1. Niezgodność z faktyczną praktyką prawną[787].

---

[784] Por. L. Nowak, *op.cit.*, s. 39–46, 53–54.
[785] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 220.
[786] *Ibidem*, s. 193.
[787] Por. o koncepcji racjonalnego prawodawcy – L. Morawski: *Teoria prawodawcy…*, s. 33–34: „Możemy oczywiście tak czy inaczej oceniać argumentację TK, trudno byłoby jednak twierdzić, iż oparł ją on na założeniu racjonalności prawodawcy. Podobnie trudno jest też twierdzić, ze opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy interpretator, który występuje do TK z wnioskiem o stwierdzenie sprzeczności ustawy czy innego aktu z konstytucją, lub Trybunał, który taką sprzeczność stwierdza, skoro w obu wypadkach opierają się oni na naruszeniu

2. Maskowanie aktywizmu sędziów[788].

3. Możliwość bycia instrumentem politycznej przemocy i ideologizacji[789].

Zarzuty i problemy, z którymi boryka się koncepcja racjonalnego prawodawcy – jak się wydaje – wynikają z wielości ról, w jakich koncepcja ta występuje. Ról, które niejednokrotnie nie są dla tej koncepcji odpowiednie. Jedno ze stanowisk głosi, że racjonalny prawodawca jest elementem tzw. głębokiej struktury prawoznawstwa[790]. Według innego, konstrukcja racjonalnego

---

przez ustawodawcę najbardziej elementarnej zasady logiki […] mamy zatem zarówno reguły wykładni, które opierają się na założeniu o racjonalności prawodawcy, jak i reguły, w których to założenie się odrzuca […]". O koncepcji Dworkina – B. Bix: *Law, Language*…, s. 95: „przynajmniej w amerykańskim systemie prawnym praktycy i teoretycy często naprawdę mówią, że są sytuacje, w których sędziowska dyskrecjonalność jest istotnie ograniczona, a istnieje więcej niż jeden poprawny rezultat" oraz M. Smolak, *op.cit.*, s. 58: „Koncepcja jedynej właściwej decyzji sądu załamuje się, bowiem oparta jest na fałszywej przesłance istnienia idealnej wspólnoty politycznej zasad moralnych. Cała praktyka orzecznicza przemawia przeciwko temu założeniu. Również z tego powodu rozstrzygnięcia w takich samych bądź podobnych przypadkach różnią się".

[788] Por. o koncepcji racjonalnego prawodawcy – L. Morawski: *Zasady wykładni*…, s. 161: „Mam wrażenie, że w wielu przypadkach domniemanie racjonalności służy […] sądom właśnie do tego, by zastępować wolę prawodawcy lub poprawiać prawo zgodnie ze swoimi wyobrażeniami na temat tego, co jest rozsądne i słuszne". O koncepcji Dworkina – H. Hart: *Eseje*…, s. 142: „Są […] poglądy, że sędziowie zawsze tworzą prawo dla stron procesowych i nigdy go nie znajdują [Hart nazwał je Nocną Marą], oraz przeciwny temu, że sędziowie nigdy nie są prawotwórcami [ten nazwał Szlachetnym Snem]. Podobnie jak inne nocne mary i inne sny, oba poglądy są w moim przekonaniu iluzjami […]. Prawda […] polega na tym, że sędziowie czasem czynią jedno, a czasem drugie".

[789] Por. o koncepcji racjonalnego prawodawcy – L. Morawski: *Teoria prawodawcy*…, s. 35: „[…] teoria prawodawcy racjonalnego *volens nolens* staje się wyrazem pewnego stylu interpretacyjnego – nazwałbym go snem urzędnika o władzy, która nigdy się nie myli, a jeśli nawet myli się, to jego zadaniem jest wykazanie, że jednak się nie myli. W pewnym stopniu usprawiedliwieniem dla zwolenników teorii racjonalnego prawodawcy może być okoliczność, że w czasach komunistycznych oficjalnie obowiązywał dość niewolniczy styl interpretacji przepisów prawa, który zasadniczo nie tolerował żadnej otwartej krytyki prawodawców". M.in. o koncepcji Dworkina – J. Raz, (J. Raz: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.* Oxford, 1995, s. 311): „Czy orzekanie powinno być oparte na założeniu, że prawo mówi jednym głosem? [...] W polityce tego niedoskonałego świata wiemy, że narzucenie prawu jednego głosu może być osiągnięte – jeśli w ogóle – tylko poprzez dyktat reżimu z nieodłączną tendencją do poświęcania sprawiedliwości i słuszności, ograniczania praw obywatelskich i dławienia wolności jednostki".

[790] Por. L. Nowak: *op.cit.*, s. 46, 50; Z. Ziembiński: *Problemy podstawowe*…, s. 37–38.

prawodawcy jest pragmatycznym założeniem dyskursu prawniczego[791]. W ostatnich zaś dwudziestu latach racjonalny prawodawca – jak słusznie zauważył Artur Kozak[792] – przestał być kategorią ściśle teoretyczną i stał się częścią doktryny prawniczej[793]. Proces ten doprowadził do silnego uproszczenia całej koncepcji oraz do jej silnego „unormatywnienia". Przejawem tych zjawisk jest choćby umieszczenie domniemania racjonalności prawodawcy w katalogu domniemań interpretacyjnych czy odwoływanie się doń w orzecznictwie sądowym[794]. I właśnie ta ostatnia rola, w jakiej występuje koncepcja racjonalnego prawodawcy, powoduje najwięcej nieporozumień i trudności. Wydaje się, że najbardziej trafnym stanowiskiem jest to wymienione powyżej jako drugie – stanowisko Marka Zirk-Sadowskiego, który stwierdził, że konstrukcja racjonalnego prawodawcy jest w dyskursie prawniczym takim samym warunkiem komunikowania się, jak w dyskursie praktycznym założenia, że mówiący komunikuje prawdziwe zdania, że mówiący wypowiada się szczerze, że mówiący wybiera tę wypowiedź, która jest słuszna. Przy takim podejściu do konstrukcji racjonalnego prawodawcy opisane powyżej, a wysuwane w stosunku do niej zarzuty, tracą swoją siłę.

Jakie w takim razie role, lub jaką rolę, pełni koncepcja wspólnoty i integryzmu u Dworkina? Czy podobną do tych, w których występuje polska koncepcja racjonalnego prawodawcy, a jeżeli tak, to czy wiążą się z tym podobne konsekwencje? Wydaje się, że pomimo tego, iż Dworkin stara się udowodnić, że jego koncepcja w najlepszy sposób wyjaśnia istniejącą praktykę prawną, to wspólnota i integryzm pełnią u niego przede wszystkim rolę idei regulatywnej, tego nieosiągalnego horyzontu, który wyznacza kierunek starań podmiotów uczestniczących w prawnym przedsięwzięciu. Pisze wszak, że „[…] jest rzeczą nieosiągalną ujęcie za pomocą pojedynczego spójnego schematu

[791] M. Zirk-Sadowski: *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź, 1998, s. 89.
[792] A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka: *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*. Warszawa, 2006, s. 62.
[793] Por. także *supra* przyp. 779.
[794] Por. L. Morawski: *Zasady wykładni*…, s. 159–162.

zasady, wszystkich naszych reguł i innych standardów uchwalonych kiedyś przez organy prawodawcze i ciągle obowiązujących. Nasze zaangażowanie na rzecz integralności oznacza jednak, że musimy przedstawiać ten stan rzeczy jako porażkę, a nie pożądany efekt sprawiedliwego podziału władzy politycznej między różne ciała opiniodawcze, i że musimy starać się przeciwdziałać wszelkim niespójnościom pod względem zasady, jakie staną się dla nas widoczne"[795]. Idee wspólnoty i integryzmu są wobec tego nasiąknięte silnym ładunkiem normatywnym, zdecydowanie wykraczającym poza normatywność będącą efektem normatywności dziedziny, do której się odnoszą. Wydaje się, że według Dworkina idee wspólnoty i integryzmu powinny być realizowane niemal za wszelką cenę. Świadczą o tym następujące stwierdzenia:

„Wyobraźmy sobie jednak, że Herkules w efekcie […] otrzymuje układ mieszany […]. Odkryta przezeń sprzeczność, choć istnieje naprawdę, nie jest sama w sobie tak głęboka lub wszechobecna, by uzasadnić sceptyczną interpretację polityki prawnej jako takiej, bo problem nieograniczonych odszkodowań, choć ważny, nie jest tak istotny, by ukryta w nim sprzeczność niszczyła integralność szerszego systemu"[796].

„[…] [S]ędzia wierzy, że nieosiągająca jego progu odpowiedniości interpretacja stawia historię prawa wspólnoty w nieodwracalnie złym świetle, ponieważ jej popieranie sugeruje, że wspólnotę tę cechuje brak szacunku dla własnych zasad"[797].

Takie postawienie sprawy czyni koncepcję Dworkina szczególnie podatną na krytykę[798]. Krytyka ta nie mogłaby jej jednak dotknąć, gdyby wiele – słusznych skądinąd – intuicji Dworkina nie zostało przedstawione w tej właśnie formie. Gdyby swojej idei wspólnoty i integryzmu przydzielił inną rolę – rolę być może podobną do tej, którą Marek Zirk-Sadowski przydzielił założeniu racjonalności prawodawcy. W takim przypadku jednak

[795] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 218.
[796] *Ibidem*, s. 248.
[797] *Ibidem*, s. 259.
[798] Krytyka ta, jako że bardzo obszerna i odnosząca się bezpośrednio do zagadnienia niewspółmierności wartości, zostanie przedstawiona w dalszej części tego rozdziału.

należałoby rozważyć możliwość, czy także założenie o jedynym słusznym rozstrzygnięciu, będąc nieodłącznym składnikiem Dworkinowskiego integryzmu, nie nabrałoby podobnego charakteru, tzn. czy nie stałoby się założeniem dyskursu prawniczego, które byłoby podstawą roszczenia, jakie mogliby stawiać uczestnicy tego dyskursu. Trafność tej intuicji potwierdza – jak się wydaje – sposób, w jaki Jürgen Habermas opisuje działanie i rolę tego rodzaju założeń. Jego słowa wydają się pasować idealnie i do polskiej koncepcji racjonalnego prawodawcy, i do Dworkinowskich koncepcji wspólnoty politycznej oraz idei jednego słusznego rozstrzygnięcia. Habermas pisze: „[…] działający komunikacyjnie musi przyjąć pewne założenia pragmatyczne o charakterze kontrfaktycznym. Musi mianowicie dokonywać idealizacji – np. musi przypisywać wyrażeniom te same znaczenia, podnosić wobec wypowiedzi takie roszczenie do ważności, które wykracza poza ich kontekst, zakładać u adresatów poczytalność, tzn. autonomię i szczerość, wobec siebie i innych. Działający komunikacyjnie znajduje się przy tym pod »przymusem« pewnego słabego wymagania transcendentalnego, nie napotyka jednak przez to jeszcze żadnego preskryptywnego »przymusu« ze strony jakiejś reguły działania – niezależnie od tego, czy da się go sprowadzić deontologicznie do powinnościowej ważności jakiegoś nakazu moralnego, aksjologicznie do jakiejś konstelacji preferowanych wartości czy empirycznie do skuteczności jakiejś reguły technicznej. Ów krąg nieuniknionych idealizacji tworzy kontrfaktyczną podstawę faktycznej praktyki dochodzenia do porozumienia, która może zwracać się krytycznie przeciwko własnym rezultatom, może samą siebie transcendować. Wskutek tego napięcie między ideą i rzeczywistością wdziera się w faktyczność samych ustrukturyzowanych form życia. Codzienna praktyka komunikacyjna nie potrafi sprostać swym idealizującym założeniom; ale tylko w świetle tej wewnątrzświatowej transcendencji mogą się dokonywać procesy uczenia”[799]. Dokonując swego rodzaju eksperymentu, można strawestować ten cytat następująco: […]

[799] J. Habermas: *op.cit.,* s. 18.

prawnik posługując się prawem (*sędzia rozstrzygając sprawę*) *musi przyjąć pewne założenia pragmatyczne o charakterze kontrfaktycznym. Musi mianowicie dokonywać idealizacji – np. musi zakładać, że prawo jest wytworem wspólnoty politycznej, zakładać, że prawodawca jest racjonalny, że istnieje słuszne rozstrzygnięcie badanego przypadku i że jest ono tylko jedno. Prawnik* (*sędzia*) *znajduje się przy tym pod »przymusem« pewnego słabego wymagania transcendentalnego, nie napotyka jednak przez to jeszcze żadnego preskryptywnego »przymusu« ze strony jakiejś reguły działania – niezależnie od tego, czy da się go sprowadzić deontologicznie do powinnościowej ważności jakiejś dyrektywy interpretacyjnej* (*np. domniemania racjonalności prawodawcy*)*, aksjologicznie do jakiejś konstelacji preferowanych wewnętrznych wartości prawa* (*np. jednolitości*) *czy empirycznie do skuteczności jakiejś reguły technicznej. Ów krąg nieuniknionych idealizacji tworzy kontrfaktyczną podstawę faktycznej praktyki stosowania prawa, która może zwracać się krytycznie przeciwko własnym rezultatom, może samą siebie transcendować. Wskutek tego napięcie między ideą i rzeczywistością wdziera się w faktyczność samych ustrukturyzowanych form życia. Codzienna praktyka stosowania prawa nie potrafi sprostać swym idealizującym założeniom; ale tylko w świetle tej wewnątrzsystemowej transcendencji mogą się dokonywać procesy uczenia.*

Co jednak wynika z powyższej analizy dla tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu i zagadnienia niewspółmierności?

Jeśli odczytujemy ideę wspólnoty zasad oraz ideę integryzmu jako idee regulatywne, wiele to wyjaśnia w sprawie tezy o jednym słusznym rozstrzygnięciu. (Wszak bez wspólnoty zasad i zasady integryzmu teza ta bardzo utraciłaby na sile; można mieć wątpliwości, czy bez nich byłaby możliwa). Wyjaśnia, na przykład, pewną nieprecyzyjność, a może i niekonsekwencję Dworkina w prezentowaniu tej tezy[800]. Powstaje przecież choćby

[800] Por. J. Woleński: *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina.* [wstęp do:] R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*. Warszawa, 1998, s. XVIII: „tezy opisowe

wątpliwość, czemu (jakiej tezie) w gruncie rzeczy Dworkin zaprzecza, a więc co znaczy dla niego brak jednego słusznego rozstrzygnięcia.

Z jednej strony Dworkin dość stanowczo wyjaśnia, że nie chodzi tu o przypadki, w których argumenty na rzecz powoda i argumenty na rzecz pozwanego mają równą siłę. W tych sytuacjach, jego zdaniem, możliwe jest rozstrzygnięcie słuszne – takie, które nie przyznaje żadnej ze stron prawa do wygrania procesu. W takich okolicznościach bowiem – jak twierdzi – obie strony roszczące sobie prawo do wygrania procesu są w błędzie. Jest to postawienie sprawy mocno kontrowersyjne. Po pierwsze, jak praktycznie miałoby wyglądać takie rozstrzygnięcie? Nie może to być rozstrzygnięcie pośrednie, bo to byłoby – zdaniem Dworkina – wybraniem trzeciej drogi, jak wtedy, gdy oskarżony wnosi o najniższy przewidziany prawem wymiar kary, oskarżyciel o najwyższy wymiar kary, a sąd orzeka gdzieś pośrodku[801]. Nie może to być brak rozstrzygnięcia merytorycznego, bo w istocie skutki takiego orzeczenia w wielu przypadkach byłyby korzystne tylko dla jednej ze stron (dla tej, która nie domagała się rozstrzygnięcia). Po drugie, dlaczego w takiej sytuacji konkluzją jest to, że obie strony są w błędzie? Może w takiej sytuacji należy przyznać, że obie mają rację? Dlaczego ma być tak, że żadna ze stron nie ma prawa do wygrania procesu, a nie tak, że każda z nich ma prawo proces wygrać (przy założeniu, że, jak przyjmuje Dworkin, nie istnieje jakaś trzecia droga). Ten problem zdaje się mieć związek z samym rozumieniem sytuacji remisowej. Żeby go zrozumieć, trzeba przypomnieć o pewnym porównaniu, które Dworkin sam uczynił[802]. Porównał to co robią prawnicy, z sytuacją kiedy jakaś grupa badaczy twórczości Dickensa dyskutuje o tym, jaki był Dawid Copperfield, w taki sposób, jakby był on faktycznie istniejącą osobą. Przy czym przedsięwzięcie to jest oparte na regule, że można Dawidowi Copperfieldowi

Dworkina uzasadniają twierdzenie, iż rozstrzygnięcie właściwe ma charakter relatywny, a jego tezy normatywne, że jest ono absolutne".

[801] R. Dworkin: *A Matter of…*, s. 122.

[802] *Ibidem*, s. 142–143.

przypisać takie cechy czy działania, które w lepszy niż ich negacja sposób pasują do tego, co wprost lub pośrednio zasugerował sam Dickens i lepiej niż ich negacja wyjaśniają, dlaczego Dawid był taki, jaki był, powiedział to, co powiedział lub zrobił to, co zrobił[803]. I mogłoby się zdarzyć, że w trakcie tego rodzaju dyskusji powstałoby pytanie, czy Dawid miał grupę krwi A. Dickens nie udzielił w tej kwestii żadnych wskazówek. W takim przypadku miałoby podstawy twierdzenie, że reguły samego przedsięwzięcia nie pozwalają na takie pytanie odpowiedzieć. A więc ani twierdzenie, że Dawid miał grupę krwi A, ani, że miał inną grupę krwi, nie jest prawdziwe. Możliwość wystąpienia tego rodzaju sytuacji stanowi, według Dworkina, funkcję dwóch czynników. Po pierwsze, zagęszczenia informacji, jakie dostarczył Dickens, a po drugie, rodzaju pytania. Bo z jednej strony Dickens dostarczył zbyt mało informacji, aby na pytanie o grupę krwi Dawida odpowiedzieć, a z drugiej strony pytanie dotyczy takiej cechy, która w zasadzie nie ma związku z tym, o czym pisał Dickens, dotyczy cechy, która w populacji rozkłada się losowo.

Dworkin wyraźnie sugeruje, że opisana powyżej fikcyjna sytuacja jest analogiczna do wyróżnionej przez niego sytuacji remisowej w prawie. Sytuacji, która może się zdarzyć w systemach prawnych, we wczesnej fazie rozwoju, w tych, w których materiał prawny nie jest tak duży i zagęszczony, żeby dostarczył dostatecznej liczby informacji. Sytuacji, która niemal nie zdarza się tam, gdzie system jest rozwinięty, gdzie obowiązuje wiele ustaw czy innych źródeł prawa, gdzie bogaty jest dorobek orzecznictwa. Ale czy rzeczywiście Dworkin ma rację przeprowadzając tę analogię i co ta analogia w odniesieniu do założeń Dworkina ujawnia?

Po pierwsze Dworkin – jak to już powyżej wspomniano – pisze, że sytuacja remisowa w prawie występuje wtedy, kiedy argumenty jednej strony są równie mocne, jak argumenty drugiej strony. To sugeruje – i chyba zresztą prawidłowo – że każda ze stron dysponuje jakimiś argumentami, które mają pewną

[803] Przypomina to, jako żywo, inne literackie porównanie Dworkina – porównanie działalności sędziów do pisania powieści w odcinkach.

merytoryczną wartość. Merytoryczna wartość tych argumentów może być co prawda różna, ale nie jest przecież przesądzone, że jest żadna. Wydaje się nawet, że w trudnych przypadkach cała trudność nie polega na tym, że argumenty są równie słabe, ale właśnie na tym, że są równie mocne. W literackim przykładzie Dworkina jest zaś odwrotnie. Im słabsze (choć równe) argumenty stoją za twierdzeniami dotyczącymi grupy krwi Dawida Copperfielda, tym bardziej uzasadnione jest twierdzenie, że oba twierdzenia są fałszywe. Jeśli bowiem argumenty te byłyby mocne, to musiałyby być oparte na materiale literackim.

Po drugie, w przypadku prawnej sytuacji remisowej brak jest tego, o czym Dworkin pisze w odniesieniu do fikcyjnej sytuacji literackiej. W fikcyjnej sytuacji to charakter pytania decyduje na równi z zagęszczeniem informacji o tym, czy istnieje słuszna odpowiedź na takie pytanie. A o jaki charakter pytania chodzi? Tak naprawdę chodzi o istotność pytania. Pytanie o grupę krwi Davida Copperfielda jest nieistotne z punktu widzenia reguł i celów literackiego przedsięwzięcia. Reguły te zakładają przecież, że uczestnicy przedsięwzięcia mają poszukiwać takich cech, które decydują o tym, kim był Dawid i co wpływało na jego postępowanie. Jeżeli w materiale literackim brak jest jakichkolwiek przesłanek, aby ustalić grupę krwi Dawida, to znaczy, że – (i to jest szczególnie ważne!) zakładając narracyjną spójność, na której tak zależy Dworkinowi – ustalenie grupy krwi Dawida nie ma żadnego znaczenia. A więc samo pytanie nie jest istotne. W prawnej sytuacji remisowej musi być inaczej. Zadawane pytanie nie może być nieistotne z punktu widzenia reguł i celów przedsięwzięcia prawnego. Zwłaszcza wtedy, gdy rozstrzygany jest trudny przypadek. Wręcz przeciwnie. Trudne przypadki to te, w których zadawane pytania są uznawane za szczególnie ważne. Powodzenie przedsięwzięcia, jakim jest prawo, mierzone jest przecież także tym, w jaki sposób radzi sobie ono z trudnymi przypadkami.

Po trzecie, przeprowadzona przez Dworkina analogia szczególnie silnie ujawnia to, co jest wprawdzie wprost przezeń powiedziane, ale co może umknąć, gdy się jej nie zanalizuje.

Ujawnia, że – zdaniem Dworkina – kwalifikacja twierdzeń prawnych zawsze oparta jest na zasadzie maksymalizacji, to znaczy regule, zgodnie z którą usprawiedliwiony jest wybór tej opcji, która jest nośnikiem największej liczby jednostek wartości obranej na kryterium wyboru. Jeśli bowiem opcje są równe co do wartości, jeżeli argumenty obu stron są równie mocne, nie można – według niego – uprzywilejować żadnego z nich. Jeśli obie strony przedstawiają za swoim stanowiskiem argumenty równej mocy, żadna ze stron nie ma racji. Żadnej nie przysługuje prawo do wygrania procesu.

Po czwarte, dokonując podsumowania przeprowadzonej analogii pomiędzy fikcyjnym literackim przedsięwzięciem a prawną sytuacją remisową, Dworkin wyraźnie twierdzi w odniesieniu do przedsięwzięcia prawnego, że „[…] jeśli dwa uzasadnienia opierają się na równie dobrym dopasowaniu [*fit*] do materiału prawnego, jedno tak czy inaczej zapewnia lepsze uzasadnienie niż drugie, jeśli jest nadrzędne na zasadach politycznej lub moralnej teorii […]. Dostępność tego drugiego wymiaru czyni jeszcze mniej prawdopodobnym, że jakiś szczególny przypadek nie będzie miał słusznego rozstrzygnięcia […]. Jeśli brak jest słusznego rozstrzygnięcia w trudnym przypadku, to musi tak być z powodu […] nieokreślenia lub niewspółmierności w moralnej teorii”[804]. W tym miejscu Dworkin zdradza, że jego zdaniem kluczem do osiągnięcia jedynej słusznej odpowiedzi w trudnych przypadkach jest zawsze kryterium moralne oraz po raz kolejny ujawnia, że to kryterium w jego teorii nie ma charakteru formalnego, nie ma charakteru odesłania. Odkrywa, że jego teoria jako całość z góry zakłada jednolitą, systemowo wręcz skonstruowaną koncepcję moralności, odrzucającą występowanie zjawiska niewspółmierności. Tylko bowiem taka koncepcja może rzeczywiście zmniejszyć (a nie zwiększyć, co mogłoby się zdarzyć przy innej, bardziej heterogenicznej koncepcji moralności) prawdopodobieństwo wystąpienia przypadków, które nie mają jedynego słusznego rozstrzygnięcia.

[804] *Ibidem*, s. 143.

Wydaje się, że stwierdzenie Dworkina, iż w sytuacji równości argumentów także mamy do czynienia z jedynym słusznym rozstrzygnięciem, jest stwierdzeniem także mocno kontrintuicyjnym. Zresztą sam Dworkin w wielu miejscach mocno podkreśla, że brak słusznego rozstrzygnięcia miałby miejsce wtedy, gdyby można było powiedzieć, że twierdzenia obu stron nie są ani prawdziwe, ani fałszywe, że żadna ze stron nie ma racji i jednocześnie żadna nie jest w błędzie; to jest wtedy, gdy argumenty jednej ze stron nie byłyby lepsze niż argumenty drugiej, a zarazem waga tych argumentów nie byłaby równa. Jednocześnie jednak mocno rozwija swoją argumentację na rzecz tezy, że im bardziej system prawa jest rozwinięty, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo wystąpienia „sytuacji remisowej" – tak jakby to od tego zależała słuszność tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu, a więc jakby mimo wszystko to „sytuacja remisowa" nie miała swego słusznego rozstrzygnięcia. Z tego punktu widzenia wydaje się, że tak naprawdę Dworkin traktuje tezę o jedynym słusznym rozstrzygnięciu ściśle normatywnie, co byłoby zresztą naturalną konsekwencją traktowania idei wspólnoty i integryzmu jako idei regulatywnej. Skoro „sędziowie, którzy akceptują interpretacyjny ideał integralności, orzekają w trudnych sprawach, próbując odnaleźć, w jakimś spójnym zbiorze zasad dotyczących praw i obowiązków człowieka, najlepszą twórczą interpretację ustroju politycznego i doktryny prawnej ich wspólnoty"[805], to w takim razie mają obowiązek rozstrzygać tak, jakby ta najlepsza interpretacja była możliwa, mają obowiązek zakładać, że istnieje słuszne rozstrzygnięcie. Niemniej jednak nawet przy takim założeniu powstaje pytanie, czy takie najlepsze rozstrzygnięcie jest jedno, czy też może być ich więcej[806]. Wątpliwość taka może się nasunąć choćby z tego powodu, że jeśli Dworkin zakłada, iż podczas ważenia argumentów stron (argumentów odnoszących się do prawa strony

[805] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 256.

[806] Por. J. Woleński: *op.cit.*, s. XVIII: „W gruncie rzeczy Dworkin uzasadnił, co najwyżej, że zawsze można uzyskać rozwiązanie spójne z daną kulturą prawną, ale nie, że jest tylko jedno takie rozwiązanie".

do korzystnego rozstrzygnięcia) może powstać „sytuacja remisowa", tj. sytuacja, w której argumenty te mają tę samą wagę, to równie dobrze także w procesie wykładni, w odniesieniu do różnych decyzji interpretacyjnych, sytuacja tego samego rodzaju może powstać. Tylko że wówczas problem nie może zostać rozwiązany podobnym chytrym zabiegiem, jak ten, który Dworkin zastosował w odniesieniu do równowagi argumentów stron. (Dworkin stwierdził, że w takiej sytuacji obie strony są w błędzie i żadnej nie przysługuje prawo do korzystnego rozstrzygnięcia). Nie można przecież stwierdzić, że skoro za dwoma (dodajmy – dwoma najlepszymi) sposobami interpretacji stoją argumenty o równej sile, to że oba te sposoby interpretacji są błędne. Raczej są one równie poprawne.

Jak z powyższego wynika, polityczne podstawy myśli Dworkina – jego koncepcja wspólnoty i integryzmu – mogą być co najwyżej uzasadnieniem dla tezy, że w każdej sprawie istnieje choćby jedno słuszne rozstrzygnięcie. A więc ta część jego stanowiska ogranicza się tylko i wyłącznie do zaprzeczenia tezy o nieokreśloności, w ujęciu Leitera i Colemana – w wersji pierwszej i drugiej. Nie wyklucza natomiast przyjęcia tezy o nieokreśloności w wersji trzeciej i czwartej. A zatem na tym etapie, w tym punkcie swojej koncepcji, Dworkin zaprzecza tylko temu, że określony zestaw prawnych racji nie gwarantuje żadnego rezultatu oraz – że określony zestaw prawnych racji może uzasadniać jakikolwiek rezultat. Trzeba przyznać, że jest to mało imponujący efekt jak na ambitne założenia autora.

Tak naprawdę *one right answer thesis* znajduje swoje uzasadnienie w czymś zupełnie innym, w czymś co z natury swojej jest bardzo kontrowersyjne i co – podkreślam to z całą mocą – tylko w bardzo niewielkim stopniu daje się bezpośrednio powiązać z praktyką prawną. Chodzi tu o filozoficzne założenia, o filozoficzne *credo* Dworkina. Chodzi przede wszystkim o zaprzeczenie istnieniu zjawiska niewspółmierności wartości. To właśnie przyjęcie przez Dworkina przeciwnego założenia – założenia współmierności wartości – odpowiada za jego *one right answer*

thesis[807]. Jak to już powyżej opisano, Dworkin uważa, że nie jest możliwy żaden zewnętrzny punkt widzenia; że nie jest możliwe, aby twierdzenia ze sfery ewaluacyjnej, ze sfery moralności, etyki, prawa czy estetyki, mogły być zweryfikowane czy sfalsyfikowane z punktu widzenia zewnętrznych wobec danej dziedziny argumentów, albo żeby można było z takiego punktu widzenia orzec, iż twierdzenia te nie są ani prawdziwe, ani fałszywe. Do tego – co więcej – Dworkin jest zdania, że nie istnieje żaden przekonujący punkt widzenia wewnętrzny dla wyżej wymienionych dziedzin, który pozwalałby o pewnych twierdzeniach orzec, iż nie są one ani prawdziwe, ani fałszywe. Uważa – jak się wydaje – że jeśli w grę nie wchodzi niepewność, jakiś defekt czy brak (np. wiedzy), to o danym twierdzeniu (moralnym, etycznym, prawnym czy estetycznym) zawsze możemy orzec, że jest ono prawdziwe albo fałszywe. Argument ten ma zaś dla *one right answer thesis* potrójne wręcz znaczenie. Znajduje bowiem zastosowanie i ma swoje konsekwencje na trzech płaszczyznach związanych z jego integralną filozofią prawa.

---

[807] To jest właśnie ta fundamentalna różnica pomiędzy na przykład Razem (który – jak wiadomo – jest zagorzałym zwolennikiem tezy o niewspółmierności wartości) a Dworkinem. Różnica ta ma konsekwencje dla całości formułowanych przez obu autorów koncepcji, dla każdego niemal ich elementu. Raz (żeby posłużyć się przykładem konkretnego jego poglądu) jest zdania, że nie da się zbudować ogólnej teorii interpretacji czy rozumowania prawniczego, która dawałaby sędziemu receptę pozwalającą na podjęcie właściwej decyzji w każdym rozstrzyganym przypadku albo – która zapewniałaby niezawodne kryteria pozwalające sprawdzać poprawność podjętych decyzji i odróżniać decyzje poprawne od niepoprawnych. Jednak zwróćmy uwagę na to, dlaczego Raz tak uważa. Interpretacja i rozumowania prawnicze są bowiem – według niego – przerzucone nad przepaścią pomiędzy prostym identyfikowaniem istniejącego prawa a jego rozwijaniem i modyfikowaniem, a ten innowacyjny ich aspekt wymaga uciekania się w procesie interpretacji do moralności. Ta zaś – zdaniem Raza – nie da się wyjaśnić generalnymi teoriami, takimi które w każdym konkretnym przypadku pozwalałyby podmiotowi mającemu wątpliwości co do swego moralnego osądu – posłużywszy się taką teorią – dojść do słusznej moralnej konkluzji. (J. Raz: *On the Nature of Law*. „Archive für Rechts- und Sozialphilosophie", no. 82, 1996, s. 21). Przeciwnie zaś w tej kwestii wypowiada się Dworkin, który – jak wiadomo – sam konstruuje taką generalną teorię interpretacji, która – w jego zamyśle – ma służyć sędziemu w ustaleniu jedynej słusznej odpowiedzi.

Pierwsza płaszczyzna to płaszczyzna twierdzeń prawnych, identyfikowanych na poziomie danej wspólnoty.

Druga płaszczyzna to płaszczyzna twierdzeń prawnych, identyfikowanych na poziomie sędziego.

Trzecia płaszczyzna to poziom ocen moralnych w tych kwestiach, w których sformułowanie twierdzeń prawnych wymaga bezpośrednio lub pośrednio odwołania się do jakiegoś zewnętrznego wobec prawa systemu aksjologicznego.

Argument filozoficzny, o którym mowa powyżej, ma znaczenie na pierwszej płaszczyźnie, ponieważ punktem odniesienia wszelkiego wartościowania jest według koncepcji Dworkina wspólnota polityczna (wspólnota zasad), którą należy uznać za autora legalnie ustanowionych uprawnień i obowiązków i której wolę oraz preferencje musi w procesie stosowania prawa ustalić sędzia. Wspólnota ta – jak to już wspomniano – jest zdaniem Dworkina produktem głębokiej personifikacji i powinna być traktowana jako odrębny podmiot moralny. „[W]spólnota może uznać, wyrazić i być wierna lub niewierna własnym zasadom […]”[808]. Oznacza to, że Dworkin wspólnotę silnie antropomorfizuje. Gdyby więc zastanawiać się nad tym, jaka jest struktura rozumowania praktycznego takiej wspólnoty, to zmuszeni bylibyśmy dojść do wniosku, że odpowiada ona strukturze rozumowania praktycznego jednostki, człowieka. A jaka to jest struktura? Taka, w jaką wierzy Dworkin. Wspólnota więc (podobnie jak Dworkin i – jego zdaniem – każdy inny człowiek), jeśli w grę nie wchodzi niepewność, zawsze ma określone i „jakieś” przekonanie co tego, czy dane twierdzenie prawne lub moralne jest prawdziwe czy też fałszywe. Brak tu wobec tego miejsca na niewspółmierność. Zawsze istnieje jakieś i jedno rozstrzygnięcie.

Kolejna płaszczyzna, na której argument filozoficzny Dworkina ma swoje konsekwencje, to ustalanie twierdzeń prawnych przez samego sędziego. Podmiotem, który musi dokonać ostatecznego rozstrzygnięcia, jest przecież właśnie

[808] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 173.

sędzia. Sędzia, który – według stanowiska Dworkina – jeśli w grę nie wchodzi niepewność, zawsze ma określone przekonanie co tego, czy dane twierdzenie prawne lub moralne jest prawdziwe czy też fałszywe. Przekonanie sędziego dotyczy zresztą także i tego, jakie przekonanie można przypisać wspólnocie politycznej. Tu także brak jest miejsca dla zjawiska niewspółmierności. Sędzia zawsze podejmuje jakąś decyzję, wydaje jakieś rozstrzygnięcie.

Następny moment, w którym filozoficzne założenia Dworkina wymuszają jedno słuszne rozstrzygnięcie, to sytuacja, w której samo prawo w sposób pośredni lub bezpośredni wymaga odwołania się do moralności. Chodzi więc o moment, w którym sformułowanie twierdzenia prawnego wymaga uprzedniego sformułowania twierdzenia moralnego. Cała przecież koncepcja Dworkina – co nie budzi żadnych wątpliwości – oparta jest na przekonaniu o silnym związku pomiędzy prawem i moralnością (wystarczy przywołać tu choćby rolę, jaką w prawie pełnią, według niego, zasady). Jego zdaniem „[…] zagadnienia prawoznawcze dotyczą w swej istocie problematyki zasad moralnych, a nie prawnego faktu czy strategii […]. Warunkiem odniesienia przez prawoznawstwo sukcesu jest jej wydobycie i potraktowanie jako zbioru zagadnień teorii moralności”[809]. Dworkin podkreśla, że odrzucenie *one right answer thesis* samo w sobie jest twierdzeniem prawnym i może być dokonane tylko w ramach określonej koncepcji prawa. I przyznaje zarazem, że obok takich koncepcji prawa, które – jak pozytywizm prawniczy – negują konieczny związek prawa i moralności, istnieją także inne niż jego własna teorie prawne, które czasami czynią moralne konkluzje decydującymi w argumentacji prawnej. Teorie te uznaje za bardziej przekonujące niż pozytywizm prawniczy. Nie zgadza się z nimi jednak, jeśli teorie te są połączone z wizją moralności, która zakłada nieokreśloność (niewspółmierność) w pewnych przypadkach. Ma to bowiem określone konsekwencje dla zakładanego pojęcia prawa. On sam przyjmuje odmienną koncepcję moralności, taką, w której na nieokreśloność

[809] R. Dworkin: *Biorąc prawa…*, s. 29.

(niewspółmierność) nie ma miejsca. (Wprost pisze, że jego teoria „zakłada koncepcję moralności inną niż pewne koncepcje, według których różne moralne teorie są często niewspółmierne”[810]). Dlatego, pomimo założonego silnego związku pomiędzy prawem i moralnością, a właściwie właśnie ze względu na ten związek[811], opowiada się za tezą o jedynym słusznym rozstrzygnięciu[812].

5.4. Krytyka Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu z perspektywy założenia niewspółmierności wartości

Dworkinowska teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu była przedmiotem dyskusji odnoszących się do różnych jej aspektów, w tym także do problemu (nie)współmierności. Nawet zwolennicy założenia współmierności zwracają uwagę na to, że Dworkin nie zawsze jest w tej kwestii konsekwentny. Frederick Schauer pisze na przykład, że „choć Ronald Dworkin wyrażał, w kontekście debat o słuszności tezy o słusznym rozstrzygnięciu, sympatię dla szeroko zakrojonej współmierności, jego podstawowy argument dotyczący władzy sędziowskiej jest takim, który wydaje się wypływać z głównego stanowiska zakładającego niewspółmierność”[813]. Jednak szczególnie mocno krytykują Dworkina ci, którzy wierzą w niewspółmierność wartości.

Teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu, i to właśnie w kontekście niewspółmierności, była przedmiotem sporu pomiędzy Dworkinem a Johnem Finnisem. Pierwszym, choć nie ostatnim etapem dyskusji była polemika Finnisa zaprezentowana w opublikowanym w 1984 r. artykule *On Reason and Authority in*

---

[810] R. Dworkin: *A Reply by Ronald Dworkin*. [w:] *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, 1984, s. 272; za B. Bix: *Law, Language*…, s. 96.

[811] Trzeba tu koniecznie podkreślić ten paradoksalny efekt, jaki daje koncepcja Dworkina. Akceptacja silnego powiązania prawa i moralności współcześnie często jest uznawana za zagrożenie dla konkluzywności prawa, za czynnik, który odbiera prawu jego algorytmiczność i pewność. U Dworkina jest odwrotnie: dzięki powiązaniu z moralnością prawo staje się konkluzywne.

[812] R. Dworkin: *Objectivity and Truth*…, s. 32 z 36.

[813] F. Schauer: *Commensurability*…, s. 796.

Law's Empire[814]. Finnis zwraca w nim uwagę na to, że pomostem pomiędzy Dworkinowską teorią interpretacji a teorią prawa jako integralności są wszechobecne (wskazuje na ich użycie w olbrzymiej ilości w tekście *Imperium prawa*) kategorie „najlepszego" i „słusznego". Ale – według Finnisa – Dworkin przecenia moc praktycznego rozumowania w zakresie identyfikowania opcji jako najlepszych lub słusznych. Uważa, że Dworkin nie ma racji, gdy zaprzecza klasycznemu poglądowi, zgodnie z którym tak jak istnieje wiele sposobów czynienia zła, tak i istnieje wiele niezgodnych ze sobą sposobów słusznego postępowania, spośród których nie da się wskazać tych najlepszych. Wprawdzie pewne mechanizmy dokonywania wyboru, indywidualnego czy publicznego, mogą w jakimś stopniu zredukować tę liczbę dostępnych opcji, ale nie do jakiejś jednej słusznej opcji wymaganej od decydenta przez rozum. W opinii Finnisa, zwłaszcza jeżeli mamy do czynienia z trudnym przypadkiem, a więc przypadkiem, który nie został stanowczo rozstrzygnięty przez uprzednio dokonany wybór albo uprzednio ustanowioną regułę społeczną, nie możemy nawet marzyć o znalezieniu jednej najlepszej odpowiedzi; możemy tylko poszukiwać odpowiedzi dobrych i odrzucać złe[815]. Finnis kładzie przy tym nacisk na to, że jego odrzucenie Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu nie opiera się na żadnych sceptycznych założeniach, czy to wewnętrznych czy zewnętrznych, ani na zarzucie, że żaden z ludzi nie ma takiej nadludzkiej mocy jak Dworkinowski sędzia Herkules, które to zarzuty stawiano Dworkinowi dosyć często i przed którymi ten dość skutecznie się bronił. Dla Finnisa decydujące znaczenie ma tutaj innego rodzaju błąd Dworkina[816].

Finnis zwraca uwagę, że według Dworkina rozstrzygnięcie przypadku przez sędziego powinno być dokonywane w oparciu o dwa kryteria: dopasowanie rozstrzygnięcia do przeszłych decyzji politycznych (*fit*) oraz jego uzasadnialność (trafność) z punktu

[814] J. Finnis: *On Reason…, passim*.
[815] Por. też J. Finnis: *Natural Law…*, s. 7.
[816] Takie same argumenty *ibidem*, s. 7–8.

widzenia wewnętrznych moralnych kryteriów (*soundness*). Stwierdza jednak, że jego zdaniem (zdaniem Finnisa), kryteria te są niewspółmierne i to niewspółmierne do tego stopnia, iż „twierdzenie, że znalazło się właściwą odpowiedź [za ich pomocą w trudnej sprawie z zakresu prawa] jest bezsensowne, w bardzo podobny sposób, jak jest bezsensowne twierdzenie, że wskazało się angielską powieść, która spełnia dwa kryteria »najkrótszej i najbardziej romantycznej« (lub »najzabawniejszej i najlepszej« albo »najbardziej angielskiej i najbardziej głębokiej«)"[817]. W rozumowaniu sędziowskim, tak jak je scharakteryzował Dworkin, musiałoby dojść do porównania dwóch kryteriów, z których każde należy do odrębnego porządku racjonalności: *fit* należy bowiem do porządku technicznego, a *soundness* (*justifiability*) do porządku moralnego. Ustalone zgodnie z nimi rankingi rozwiązań mogą być różne i nie do pogodzenia. Przecież, gdyby były takie same, dany przypadek nie byłby wcale trudny[818]. Finnis uważa też, że w gruncie rzeczy Dworkin nie wskazał żadnego możliwego do zastosowania sposobu pogodzenia tych dwóch kryteriów. Według rekonstrukcji Finnisa, w swoich wcześniejszych pracach Dworkin proponował rodzaj leksykalnego ich uporządkowania: dane teorie (na których miało być oparte rozstrzygnięcie) musiały pasować do przeszłych decyzji politycznych wystarczająco (było to kryterium progowe), spośród zaś tych, które test ten przeszły, wybrać należało tę, której przypisać można najwyższą trafność. Ale – co niepokoi, choć nie dziwi Finnisa – Dworkin nie określił, co oznacza dopasowanie wystarczające. W dalszych swoich pracach, zwłaszcza w *Imperium prawa*, Dworkin – według Finnisa – porzucił tę strategię. Zaprzeczył pierwotnemu (leksykalnemu) usytuowaniu dopasowania przed trafnością i nakazał dokonywać ogólnego bilansu (ważenia) politycznych cnót ucieleśnionych w konkurencyjnych

[817] J. Finnis: *On Reason…*, s. 372; idem: *Natural Law…*, s. 8. W innym miejscu Finnis zaznacza jednak wyraźnie, że niewspółmierność pomiędzy *fit* i *soundness* jest tylko analogiczna do tej, która może zachodzić pomiędzy racjonalnie akceptowalnymi moralnie znaczącymi opcjami; nie jest jednak przykładem takiej niewspółmierności. Por. idem: *Concluding Reflections…*, s. 238.
[818] Por. też J. Finnis: *Natural Law…*, s. 8.

interpretacjach. Finnis stwierdza jednak, że jest to tylko metafora, że wobec braku jakiejkolwiek miary, która pozwoliłaby uwspółmiernić dwa ww. kryteria, bilansowanie takie nie może oznaczać niczego więcej niż tylko mechanizm polegający na wzięciu pod uwagę (uświadomieniu sobie) wszystkich istotnych czynników i po prostu dokonaniu wyboru (albo w sferze prawnej – przeprowadzeniu głosowania wśród sędziów danego składu)[819]. Finnis przypomina w tym miejscu, iż można dość powszechnie zaobserwować, że gdy ktoś dokona już wyboru, to zwykle wydaje mu się, że argumenty za wybraną alternatywą przeważają nad tymi, które przemawiały za alternatywą odrzuconą. Wówczas wybrana alternatywa sprawia na tym, kto wyboru dokonał, wrażenie takiej, której przysługuje najwyższa słuszność. Finnis zauważa też, że w prawie zjawisko to ulega jeszcze dalszemu wzmocnieniu, bo kiedy wybór został już dokonany (i to przez większość sądów odpowiednio wysokiej instancji), najwyższa słuszność zostaje ustanowiona nie mocą czyichś jednostkowych przekonań, ale mocą autorytetu reguły, w której ten wybór znalazł odzwierciedlenie. Jak się wydaje, Finnis ma tutaj rację nie tylko w odniesieniu do systemów prawa *common law*. W systemach prawa stanowionego opisany przez niego mechanizm przejawia się – z jeszcze większą siłą, bo przecież bez instytucjonalnego wsparcia – w zjawisku precedensu *de facto* i wzrostu roli prawa operatywnego[820].

Finnis podkreśla, że w prawdziwym świecie problem niewspółmierności jest jeszcze poważniejszy niż nawet wynikałoby to z koncepcji Dworkina. Istnieje bowiem wiele niewspółmiernych wymiarów, a nie tylko dwa – dopasowanie i trafność. Niewspółmierność jest szczególnie ważna w dziedzinie sądów politycznych i etycznych. Dlatego za rzadko – zdaniem Finnisa – dostrzega się, jak dalece Dworkin podziela utylitarystyczne założenie o współmierności podstawowych dóbr i stanów rzeczy, których częścią są te dobra, i jak bardzo

[819] Por. też *ibidem*, s. 9.
[820] Por. też *ibidem*.

założenie to wpływa na jego koncepcję[821]. Zdaniem Finnisa Dworkinowi brakuje jednakże jakiegokolwiek ważnego argumentu przeciwko zdroworozsądkowemu przekonaniu wielu prawników i innych ludzi, że wprawdzie w pewnych przypadkach jest tylko jedno prawidłowe rozstrzygnięcie, ale w innych, nie tak wcale rzadkich, jest więcej niż jedno (i że w tych ostatnich przypadkach rozumowi nie dostaje środków, aby zidentyfikować rozwiązanie najlepsze). Zresztą – w opinii Finnisa – z trudnym przypadkiem (w takim znaczeniu, które w ogóle jest dla prawników interesujące) mamy do czynienia właśnie wtedy, gdy na pytanie, będące istotą takiego przypadku, istnieje więcej niż jedna poprawna odpowiedź. Bo to przecież możliwość istnienia wielu odpowiedzi jest pierwotną i wieczną (choć nie jedyną) przyczyną, dla której prawu niezbędny jest autorytet (władza). Można stąd dalej wnosić, iż Finnis uważa, że gdyby faktycznie zawsze istniało jedno poprawne rozstrzygnięcie danej sprawy i było ono choćby tylko potencjalnie dostępne ludzkiemu poznaniu, to prawu (oczywiście tylko w wymiarze dyskursu) wystarczyłaby sama siła argumentu.

---

[821] Tu warto wykazać, jak bardzo Finnis miał rację w tym względzie. Por. R. Dworkin: *A Matter of…*, s. 144, gdzie Dworkin pisał z przekonaniem: „Ktoś kto wyznaje staromodną […] utylitarną teorię praw […] uzna za niewiarygodne, że dwie teorie różne na tyle, aby wymagały różnych decyzji w jakiejś konkretnej sprawie, dały takie same wyniki w drugim wymiarze [moralnej trafności – przyp. S. W.]. Rozpozna teoretyczną możliwość, że dwa różne zestawy reguł moralnych dadzą dokładnie takie same konsekwencje przyjemność – ból w długim okresie czasu; ale będzie myślał, że jej prawdopodobieństwo jest tak małe, że może ona być zignorowana w praktyce […]. Wyobraźmy sobie opartą na prawach teorię politycznej moralności, która próbuje wydobyć poszczególne indywidualne prawa z pewnego prawa traktowanego jako absolutne: prawa do bycia traktowanym jako równy, to znaczy z równą troską i poszanowaniem. Dwóch prawników, którzy akceptują tę ogólną teorię, może mieć różne koncepcje dotyczące tego, co liczy się jako równe poszanowanie. Czy trzeci prawnik może przekonująco myśleć, że żaden z nich nie ma racji, ponieważ jedna koncepcja poszanowania jest dokładnie tak dobra jak druga? Kiedy pojmiemy idee staromodnego utylitarysty, możemy zobaczyć, jaki sens ma zakładanie powiązania, w ramach jego systemu, pomiędzy dwoma działaniami lub regułami czy zasadami. Są one powiązane, jeśli każde z nich wyprodukowałoby dokładnie ten sam pozytywny bilans przyjemności. Ale nie jest tak łatwo widzieć, jak ktoś mógłby zaakceptować ogólną ideę teorii równego poszanowania i wciąż utrzymywać, nie – że jest niepewny, która koncepcja jest nadrzędna, ale – że żadna z nich nie jest".

Ten ostatni argument Finnisa przypomina nieco stanowisko Roberta Alexy'ego, który, choć nie miał tu wprost na myśli Dworkinowskiej *one right answer thesis*, to stwierdził, że podporządkowanie się regułom ogólnego dyskursu praktycznego nie daje gwarancji (choć podnosi prawdopodobieństwo) uzyskania zgody w każdej sprawie. Są przypadki, jak je nazywa, „dyskursywnej niemożliwości", jak i „dyskursywnej konieczności"; ale istnieją też przypadki „dyskursywnej możliwości", tj. takie, kiedy dwa niezgodne ze sobą normatywne twierdzenia lub reguły mogą być uzasadnione bez naruszenia żadnej z reguł dyskursu. Z tego powodu usprawiedliwione jest w pewnych dyskursach ustalenie takich reguł, które pozwalałyby dokonać wyboru pomiędzy takimi dwoma niezgodnymi, a uzasadnionymi możliwościami. Ta właśnie niekonkluzywność, to ograniczenie ogólnego dyskursu praktycznego, jest – według Alexy'ego – uzasadnieniem tego, że reguły prawne są konieczne[822]. Co więcej, Alexy uważa, że rozumowanie prawnicze wprawdzie łagodzi tę słabość ogólnego praktycznego dyskursu, ale też nigdy całkowicie jej nie eliminuje. Nie istnieje bowiem żadna procedura, która gwarantowałaby pewność swoich wyników. Wprawdzie, jeśli dyskurs odbywa się zgodnie ze swoimi regułami, to jego rezultat może być nazwany „poprawnym", ale w stopniu, w jakim argumenty ogólnego praktycznego dyskursu są niezbędne dla prawniczego rozumowania, rozumowanie to będzie obciążone niepewnością. Ona z kolei polega na tym, że sąd o poprawności określonej decyzji (z wyjątkiem sytuacji, gdy mamy do czynienia z dyskursywną koniecznością) zawsze ma charakter tymczasowy i zawsze może być przedmiotem sporu[823]. Alexy sytuacji, gdy istnieje kilka rozwiązań danej kwestii, z których nie można wybrać najlepszego, nie definiuje w kategoriach niewspółmierności, ale wydaje się, że niewspółmierność jest co najmniej jednym z możliwych dla takiej sytuacji wyjaśnień.

Wątpliwości korespondujące z uwagami Finnisa, formułowanymi na pierwszym etapie jego dyskusji z Dworkinem,

---

[822] R. Alexy: *A Theory…*, s. 206–208.
[823] *Ibidem*, s. 291–294.

prezentują też inni autorzy. Między innymi relacji *fit* i *soundness* (choć nie tylko) dotyczyła polemika Dworkina z Josephem Razem. W trakcie tej polemiki Dworkin przyznaje się zresztą do pewnej zmiany w opisywaniu ww. relacji, jaka nastąpiła w jego twórczości (opisał tę zmianę podobnie jak uczynił to Finnis). Upiera się jednak, że Raz niesłusznie przypisuje mu pogląd[824], zgodnie z którym *fit* i *soundness* są niezależnymi wobec siebie wymiarami interpretacji, w tym sensie, że – jakoby według Dworkina – ten drugi wymiar miał wchodzić w rachubę dopiero wtedy, gdy pojawią się dwie interpretacje spełniające kryterium *fit*. Dworkin tłumaczy się: „Wprawdzie kiedyś zaprezentowałem to rozróżnienie w taki sposób, ale zadbałem, żeby powiedzieć, iż ten opis tej relacji jest konstrukcją heurystyczną i że pełna analiza pokazałaby owe dwa wymiary jako współzależne i że żaden z nich nie ma pierwszeństwa przed drugim"[825]. Dworkin ustosunkował się zresztą krytycznie do koncepcji Josepha Raza przedstawionej w *Morality of Freedom* i stwierdził, że odrębną kwestią jest to, iż przy rozstrzyganiu trudnego przypadku (z dziedziny prawa albo jakiegoś innego) nie szuka się racji, dla której można byłoby przedłożyć jedno rozwiązanie problemu nad drugie oraz że czasami w ogóle nie można byłoby wyobrazić sobie, że takie racje mogłyby być odnalezione, a inną jest to, czy alternatywy (lub odnoszące się do nich kryteria oceny) są niewspółmierne. Drugie nie wynika zresztą – jego zdaniem – z pierwszego[826].

Raz natomiast daje do zrozumienia, że podziela krytykę koncepcji Dworkina przeprowadzoną przez Finnisa, bo – jego zdaniem – nie istnieje żaden sposób, żeby stwierdzić, która z wartości określających sposób orzekania powinna być ważniejsza, czy też która z mieszanek tych wartości (relacji pomiędzy nimi) jest najlepsza[827]. Raz zarzuca Dworkinowi, że jego

---

[824] Por. J. Raz: *Ethics in the Public Domain…*, – polemika z Dworkinem występuje tu w wielu miejscach, najwięcej na stronach 307–325.
[825] R. Dworkin: *Replies to Critics*. [w:] *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Ed.: J. Burley, Edinburgh, 2004, s. 381–382.
[826] Wykłady Dworkina na Uniwersytecie Oksfordzkim 20 i 27 lutego 1990 r. – za B. Bix: *Law, Language…*, s. 97.
[827] J. Raz: *Ethics in the Public Domain…*, s. 303.

wypowiedzi są niekonsekwentne i nie pozwalają na jasne zrekonstruowanie jego stanowiska. Zdaniem Raza niektóre wypowiedzi Dworkina świadczą o tym, że rozumie interpretację prawa w kategoriach silnie monistycznej koherencji – wszak interpretacja ma być – według Dworkina – dokonywana poprzez nałożenie celu (jednego celu – jak podkreśla Raz) na dany obiekt czy praktykę po to, aby ten obiekt lub praktykę uczynić najlepszym możliwym przykładem formy czy rodzaju, do którego należy. Inne wypowiedzi Dworkina wskazują zaś – w opinii Raza – że Dworkin uważa za możliwe (i z punktu widzenia integralności konieczne) konstruowanie koherentnego rankingu różnych zasad sprawiedliwości, słuszności oraz proceduralnej rzetelności procesowej. Według Raza tego rodzaju ranking nie jest w ogóle możliwy do stworzenia z powodu mnogości nieredukowalnych, różnych zasad sprawiedliwości i słuszności[828]. Raz podkreśla wagę zjawiska pluralizmu wartości, które jest niedostatecznie docenione przez teorie stojące na stanowisku globalnej koherencji. Pluralizm ten należy widzieć w dwóch perspektywach: społecznej i moralnej. Pluralizm społeczny wyraża się w tym, że w społeczeństwie zachodzi duża rozbieżność poglądów dotyczących wartości i kwestii moralnych, przy czym co najmniej jedno z takich prezentowanych stanowisk jest prawdziwe (słuszne), a inne mogą być błędne. Pluralizm społeczny może prowadzić do sytuacji, w której prawo (szczególnie jeżeli jest kreowane demokratycznie) będzie wyrazem różnych przekonań co do spraw moralnych, religijnych, społecznych czy politycznych, będzie zawierało reguły popychające w różnych kierunkach. W takiej sytuacji – zdaniem Raza – niekiedy rozstrzygnięcie danej sprawy będące odzwierciedleniem najlepszych moralnych zasad może pociągać za sobą niezbyt dobre faktyczne konsekwencje. Wówczas sąd ma do czynienia z konfliktem pomiędzy koherencją celów i wymogami moralnymi, w związku z którym musi podjąć jakąś decyzję. Może się bowiem zdarzyć – w opinii Raza – że w pewnych okolicznościach lepiej będzie zdobyć się na kompromis i wybrać nieco gorsze z moralnego punktu widzenia

[828] *Ibidem*, s. 319–320.

rozwiązanie, ale o lepszych (korzystniejszych) konsekwencjach; a w pewnych przypadkach trzeba będzie dać pierwszeństwo rozwiązaniu najlepszemu z moralnego punktu widzenia. Pluralizm moralny natomiast polega – zgodnie z relacją Raza – na tym, że dane pluralistyczne stanowisko moralne zakłada ważność wielu różnorodnych, nieredukowalnych i konkurujących ze sobą wartości oraz bardzo często występującą niemożliwość znalezienia poprawnego sposobu zbalansowania konkurujących ze sobą wartości. Dlatego często jedynym sposobem poprawnej reakcji na konkurencyjność różnych wartości może być ich wymieszanie, społeczna koordynacja i sprawiedliwa dystrybucja. Te środki, stosowane głównie przez legislaturę, mogą okazać się jednak niewystarczające. Wówczas niezbędne jest już dokonanie pewnego wyboru – wyboru określonych społecznych kierunków polityki (*policies*). Selekcja ta – w opinii Raza – choć nie oparta na przesłankach rozumowych, nie jest arbitralna. (Byłaby takowa, gdyby rozum mógł mieć w danej sprawie zastosowanie, a zostałby zignorowany). Wyboru takiego dokonują najczęściej legislatorzy. Ale do dokonania takiego wyboru, nawet częściej niż legislatura, mogą być – według Raza – zmuszone także sądy. Sądy bowiem mają mniejsze niż legislatura możliwości, w tym także instytucjonalne, w zakresie dystrybucji. Wybór kierunku polityki jest zaś niezbędny ze względów społecznej koordynacji, a także po to, aby prawo mogło być znane i przewidywalne. Ten moralny pluralizm (choć i społeczny także) powoduje więc – zdaniem Raza – że możliwa jest tylko lokalna koherencja, pewne ogniska koherencji (*pockets of coherence*). Ta lokalna koherencja jest zresztą nie tylko możliwa, ale i pożądana – ze względu na wymuszony przez pluralizm wszechobecny konflikt. Przy czym konflikt taki nie tylko nie jest zjawiskiem niebezpiecznym czy niekorzystnym – jest on pewnym normalnym moralnym stanem ludzkich istnień. Spór taki wymaga – zgodnie z koncepcją Raza – dokonywania wyboru, nie zaś odwoływania się do rozumu[829]. Jeśli więc Dworkin zakłada (a tak sądzi Raz), że prawo mówi jednym głosem w szerszym sensie niż ten tylko, że prawo nie jest

[829] *Ibidem*, s. 314–318.

arbitralne oraz że nie odzwierciedla przypadkowych zmian w polityce czy podjętych już decyzjach, ale w tym sensie, że prawo nie odzwierciedla kompromisów pomiędzy ludźmi i grupami ludzi, to jest – zadaniem Raza – w błędzie[830]. Raz uważa, że jednym głosem przemawia tylko prawo idealne i – co więcej – nie jest to wcale żadna wartość sama w sobie, ale uboczny niejako produkt tego, że takie idealne prawo realizuje w pełni pierwszorzędne wartości, takie jak sprawiedliwość czy słuszność. Ale rzeczywiste, nieidealne prawo nie realizuje tych wartości w całej pełni, nie mówi też jednym głosem. Jeżeli prawo nie jest idealne (nie jest w całości moralnie poprawne), to dlaczego – pyta Raz – sądy miałyby orzekać tak, jakby prawo takie było? Nie można, jego zdaniem, przecież traktować integralności jako niezależnej wartości, która usprawiedliwiałaby odstąpienie od innych wartości prawnych i moralnych. Tym bardziej, że jest bardzo ostrożny wobec poglądu Dworkina, jakoby źródłem obowiązku przestrzegania prawa było członkostwo podmiotu we wspólnocie politycznej, a już zupełnie otwarcie kwestionuje dokonywaną na tej podstawie personifikację prawa. Zarzuca Dworkinowi, że jego koncepcja próbuje prawo upiększyć i odciąć od faktycznej polityki. Ta faktyczna polityka, której nieuporządkowanie jest w państwach z przyzwoitą konstytucją moralnie usankcjonowane, czyni – według Raza – samo prawo nieuporządkowanym. Nie ma więc powodu, aby sądy usiłowały ten stan rzeczy minimalizować kosztem sprawiedliwości. Zdaniem Raza bowiem jednego głosu nie da się prawu narzucić, a jeżeli nawet się to uda, to kosztem sprawiedliwości, słuszności, praw obywatelskich i indywidualnej wolności. Przybliżenie się do ideału koherencji jako jedności bez tego rodzaju kosztów może być osiągnięte wyłącznie poprzez różnego rodzaju prawnie procedowane i zabezpieczane kompromisy[831]. Ponadto – według Raza, wbrew zaś opinii Dworkina – w prawie występują luki, które sądy muszą wypełniać. I choć ludzie często miewają sformułowane oczekiwania dotyczące prawnych uprawnień, na

[830] *Ibidem*, s. 325.
[831] *Ibidem*, s. 307–313.

których polegają w swoim działaniu, to bardzo często również ich nie mają (albo mają nie uzasadnialne). Wiedzą oni bowiem, że prawo jest pełne luk. Również ze względu na niewspółmierność wartości – zdaniem Raza – decyzja sędziowska, jak każda inna polityczna decyzja, często musi wiązać się z wyborem pomiędzy takimi opcjami, z których każda jest dobra, ale żadna – nie lepsza niż pozostałe[832].

Dworkin odpowiada na to, że nie ma powodu przyjmować, iż pewne elementy są niewspółmierne przed przeprowadzeniem analizy poszczególnych przypadków. Jednocześnie przyznaje, że sędzia, który nagiął się w procesie orzekania do integralności, może czasami podejmować decyzje wbrew własnemu przekonaniu na temat tego, czego wymagała od niego sprawiedliwość. I przyznaje, że ludzie o różnych politycznych przekonaniach wolą niekiedy kompromis, aby – w sytuacji, gdy alternatywą jest brak sprawiedliwości – osiągnąć jej choć trochę. Ale – jak twierdzi – dlatego właśnie przyjął, że integralność jest osobną wartością polityczną, która może wchodzić w konflikt ze sprawiedliwością i innymi wartościami. Nie oznacza to bowiem, że wszystkie decyzje podejmowane „pod gwiazdą" integralności będą mniej sprawiedliwe niż mogłyby być, a wyklucza to, zwłaszcza w sytuacji rozbieżności przekonań, dominację przekonań sędziego. Dworkin twierdzi, że jego integralność nie odbiega specjalnie od poglądów Raza, kiedy ten wskazuje, że prawo nie jest funkcją pojedynczego aktu, ale wielu aktów, wielu działalności i płaszczyzn działalności władz prawnych, w ciągłej interakcji[833]. Dworkin przyznaje, że historia legislacji i stosowania prawa faktycznie jest nieuporządkowana. Ale nie oznacza to – według niego – że to nieuporządkowanie powinno być przenoszone na prawo. Walka z tym nieuporządkowaniem nie oznacza upiększania historii prawa, ale walkę z tym, co w tej historii zdarzyło się złego[834].

---

832 *Ibidem*, s. 337–338.
833 Por. *ibidem*, s. 300.
834 R. Dworkin: *Replies to critics…*, s. 384–386.

Brian Bix z kolei uważa, iż skoro Dworkin nie określił w swej teorii, jaki jest stosunek kryterium dopasowania do kryterium trafności, jaka jest waga *fit* w stosunku do *soundness*, to każdy sędzia może ten stosunek określić w różny sposób. Ponieważ Dworkin nie wskazał żadnego algorytmu czy procedury w tym zakresie, niektórzy sędziowie mogą przyznawać większą rolę dopasowaniu, a inni trafności. To powoduje, że pojawią się różnice w rozstrzyganiu. Według Bixa różnice te będą mniejsze, jeśli większość sędziów w większym stopniu będzie uwzględniała dopasowanie niż trafność, a większe – jeśli większość sędziów da pierwszeństwo trafności przed dopasowaniem. Kryterium moralnej trafności będzie bowiem wypełniane przez różnych sędziów w różny sposób ze względu na występujące pomiędzy sędziami różnice w kwestiach politycznych i moralnych. Ale nawet jeżeli sędziowie w dużym stopniu będą podzielali wspólne przekonania polityczne i moralne, to jeśli w różny sposób będą określali stosunek pomiędzy trafnością i dopasowaniem, różnice w rozstrzyganiu są nieuniknione, a żadna jedyna słuszna odpowiedź nie jest osiągalna. Zdaniem Bixa koncepcja Dworkina, a zwłaszcza pomieszanie w niej elementów opisowych i oceniających, prowadzi do tego, że to, czym jest słuszne rozstrzygnięcie, staje się czysto subiektywne: „Dla każdego sędziego, który rozstrzyga sprawę, będzie jedno słuszne rozwiązanie”[835]. I jeśli nawet obstawać przy tym, że istnieje pewien obiektywny standard, a sędziowie, którzy między sobą się różnią, są w błędzie, to nie rozwiązuje to następującego problemu: Otóż, jeżeli z powodu trudności poznawczych niewielu tylko sędziów będzie mogło poznać słuszne rozstrzygnięcie i – co więcej – tych niewielu nie będzie w stanie przekonać innych sędziów do tego rozstrzygnięcia, to słuszne rozstrzygnięcie będzie stale zagłuszane przez różne, konkurencyjne i niepoprawne odpowiedzi obecne w praktyce prawnej. A taka sytuacja nie jest przecież korzystna z punktu widzenia wewnętrznych wartości prawa. Zwłaszcza, że można uznać za całkiem odrębne wartości

[835] B. Bix: *Law, Language…*, s. 108.

to, że sędziowie dochodzą do słusznej odpowiedzi i to, że sędziowie dochodzą do tej samej odpowiedzi[836].

Podobnie jak stosunek *fit* i *soundness*, wątpliwości badaczy budzi również stosunek sprawiedliwości i słuszności w koncepcji Dworkina[837]. Sprawiedliwości, która na wyższym poziomie jest odpowiednikiem *soundness*, i słuszności, która na wyższym poziomie jest odpowiednikiem *fit*. Oba czynniki są częścią politycznej moralności sędziego Herkulesa, ale Dworkin pomimo to – w gruncie rzeczy *a priori* – daje pierwszeństwo sprawiedliwości[838]. Nie zauważa w takim razie, że wartości te mogą być (przynajmniej dla niektórych) niewspółmierne. Według Williama N. Eskridge'a i Johna Ferejohna takie podejście stanowi zagrożenie dla wartości demokratycznych. Wykluczając bowiem pewne polityczne kompromisy i targi, takie jak na przykład strategie „szachownicowe"[839], można doprowadzić do tego, że uniemożliwione zostaną lub opóźnione wartościowe rozwiązania legislacyjne[840].

Dworkin ustosunkował się do zarzutów Finnisa postawionych w pierwszej fazie ich dyskusji i zarzucił mu, że ten nie wykazał słuszności założenia niewspółmierności, a tylko założył z góry, że sądy o dopasowaniu i moralnej trafności są ze sobą niewspółmierne. A zdaniem Dworkina to tych, którzy uważają, że niewspółmierność zachodzi, powinien obarczać ciężar udowodnienia poprawności swego stanowiska, praktyka wskazuje bowiem na jego niesłuszność. Wszak – w jego przekonaniu – bez przerwy, w przeróżnych sytuacjach dokonujemy różnych całościowych, globalnych ocen (*all-things-considered*

---

836 *Ibidem*.

837 Por. T. R. S. Allan: *Justice and Fairness in Law's Empire*. „Cambridge Law Journal", vol. 52, no. 1, 1993, s. 64–88.

838 Por. R. Dworkin: *Imperium prawa*…, s. 407: „Spośród rożnych cnót politycznych chylimy czoło przed sprawiedliwością [...]. Obiektu szacunku nie wybieramy jednak arbitralnie. Konkretne efekty słuszności i proceduralnej rzetelności procesowej są znacznie bardziej niepewne niż te, które wynikają ze sprawiedliwości, a często żałuje się, że w ogóle nastąpiły […]".

839 Por. *ibidem*, s. 179–188.

840 W. N. Eskridge Jr., J. Ferejohn: *Politics, Interpretation, and the Rule of Law*. [w:] *Nomos XXXVI: The Rule of Law*. New York, 1994, s. 279–280.

judgments) wedle całkowicie rozbieżnych kryteriów[841]. Dlatego właśnie – według Dworkina – jeśli ktoś twierdzi, że moralna trafność (*soundness*) i dopasowanie (*fit*) są niewspółmierne w rozumowaniu sędziego, to musi przedstawić argument popierający taką tezę.

Wydaje się jednak, że Finnis i Dworkin już na tym początkowym etapie swojej dyskusji nie byli tak niezgodni, jak na pierwszy rzut oka można byłoby sądzić. Finnis bowiem dopuszczał możliwość porównywania złożonych wartości czy raczej dóbr, których ocena wymaga odwołania się do wielu wartości. Porównanie takie jest jednak – według niego – możliwe dopiero po tym, jak porównujący wybierze pewną strukturę (pewien schemat), w ramach którego będzie dokonywał porównania lub porównań. Wybór takiego schematu może mieć charakter arbitralny albo może odwoływać się do jakiegoś osobistego zaangażowania w dany plan życiowy. Dopiero na gruncie takiej struktury można orzec, że jakieś dobro o złożonej wartości jest lepsze od innego dobra[842]. Na przykład, choć nie można powiedzieć po prostu, że spędzanie popołudnia na pogawędce z przyjaciółmi jest lepsze lub gorsze niż spędzanie go na spacerze z psem, to takie uszeregowanie da się już przeprowadzić, jeśli wyboru dokonuje osoba, która towarzystwo zwierząt ceni bardziej niż towarzystwo ludzi. Różnica jednak polega na tym, że Finnisowska struktura, w ramach której wybór byłby możliwy, ma inny charakter niż argument, do którego odwołuje się Dworkin, obstając przy współmierności dopasowania i trafności. Wprawdzie i u jednego, i u drugiego, któraś z konkurujących opcji musi zostać przez dokonującego wyboru wybrana, ale – jak się wydaje – wybór ten jest inaczej dokonywany. Tak czy inaczej, sygnalizowane tu podobieństwo można traktować jako zapowiedź zbliżenia stanowisk obu filozofów.

---

[841] B. Bix relacjonuje, że R. Dworkin takiej odpowiedzi udzielił podczas wykładów w Oksfordzie 18 i 25 stycznia oraz 1 lutego 1989 r., a także 20, 21, 27 lutego 1990 r. (B. Bix: *Law, Language…*, s. 97); też w R. Dworkin: *On the Gaps…*

[842] J. Finnis: *Concluding Reflections…*, s. 238–241.

Po upływie dziesięciu lat od polemiki Finnisa z Dworkinem sprowokowanej przez opublikowanie przez tego drugiego *Imperium prawa* nastąpił poważny przełom. Finnis otwarcie przyznał, że mylił się w kwestii niewspółmierności dopasowania i trafności. Potwierdził jednak, że w dalszym ciągu uważa tezę o jednej słusznej odpowiedzi za chybioną. Swoje nowe stanowisko wyjaśnił w następujący sposób[843].

Kluczowy, jak się wydaje, dla poglądu Finnisa jest Tomaszowy podział na cztery nieredukowalnie różne porządki, których dotyczy nasze rozumowanie: naturalny, logiczny, moralny i techniczny. W ramach każdego z tych czterech porządków wyboru, który jest efektem rozumowania, dokonuje się w inny sposób. Każdy z tych porządków odwołuje się bowiem do innej rzeczywistości. I każdy z nich może być „wmieszany" w wolny ludzki wybór dotyczący podejmowanego działania. Zdaniem Finnisa nie jest wobec tego możliwe stworzenie ogólnej teorii niewspółmierności czy nieporównywalności; takiej, której twierdzenia byłyby prawdziwe dla wszystkich tych czterech porządków. Odpowiedź na pytanie, czy dane obiekty są (nie)współmierne lub (nie)porównywalne i – ewentualnie – w jaki sposób, zawsze wymaga uprzedniej odpowiedzi na pytanie, czym w istocie są porównywane obiekty. W moralności tymi obiektami, które podlegają porównaniu, są opcje, a więc propozycje działania, którego podjęcie ma być wynikiem dokonania wyboru.

W opinii Finnisa ściśle rozumiane porównanie tego co dobre i złe w różnych sposobach działania jest możliwe wówczas, kiedy rozważanie toczy się w ramach porządku technicznego. Wtedy bowiem spełnione są cztery warunki: cele są dobrze zdefiniowane; koszty mogą być przedstawione wedle jakiejś zunifikowanej jednostki wartości (na przykład w pieniądzu); korzyści mogą być policzone w taki sposób, który pozwala na porównanie jednych z drugimi; różnice pomiędzy stosowanymi środkami osiągania celów inne niż ich mierzalne koszty i korzyści, czy też inne aspekty ich skuteczności jako środków, są

[843] J. Finnis: *Commensuration…*, s. 213–233. Cały przedstawiony poniżej argument Finnisa pochodzi z tej publikacji.

traktowane jako nieznaczące. Natomiast w ramach porządku moralnego – tam gdzie dokonuje się moralnie znaczącego wyboru – żaden z tych czterech warunków nie może być spełniony. Nie można wobec tego w ramach tego porządku uwspółmiernić – w ścisłym tego słowa znaczeniu – tego co dobre i złe, chociaż, zdaniem Finnisa, możliwe jest dokonywanie porównania, tyle że w zupełnie inny niż w sferze technicznej sposób.

W tym miejscu warto jednak od razu zaznaczyć, że – zdaniem tego autora – techniczne rozumowanie i techniczna współmierność mają często dla rozważań moralnych bardzo wielkie znaczenie i nie są tylko ograniczone do dziedziny ekonomii czy inżynierii. Ale ich użycie w dziedzinie moralności jest ograniczone i nie prowadzi wcale do jakiegokolwiek wyboru w mocnym, moralnie istotnym znaczeniu słowa „wybór" oraz nie wiąże się z odwoływaniem do tych racji, które nazywamy moralnymi.

W jaki sposób w takim razie w sferze moralnej dokonywany jest wybór?

Według Finnisa każdy ludzki wybór jest krokiem w nowy świat oraz w jakimś sensie powoduje stanie się nową osobą. I nie dotyczy to tylko wyborów poważnych, takich jak ten, czy zawrzeć małżeństwo albo jakie studia ukończyć. Krokiem w nowy świat jest nawet bardzo mało znaczący wybór, jak ten, czy napisać miły list do swojego oponenta. To wkroczenie w nowy świat ściśle wiąże się z tym, że choć każdy wybór jest związany jakimś mniej lub bardziej określonymi celami, to treść oraz znaczenie tego wyboru nie są wyczerpane przez te cele. Jeśli wybór jest prawdziwie wolny, to racje na rzecz określonej opcji mają oczywiście wielkie znaczenie, ale nie są kauzalnie determinujące. Racje takie są koniecznym, ale niewystarczającym warunkiem dokonania takiego a nie innego wyboru. Prawdziwa kreatywność wolnego wyboru polega na tym, że to sam wybór określa, która alternatywa jest wybierana.

Każdy z takich wyborów ma – zdaniem Finnisa – tzw. efekt nieprzechodni. To znaczy, że każdy taki wybór zmienia człowieka, wpływa na jego następne wybory, trwa w danym człowieku aż do

momentu, kiedy ten (o ile się na to kiedykolwiek zdecyduje) swego wyboru nie zaneguje. A więc – jak twierdzi Finnis – w sferze moralnej życie nie ma nigdy żadnego celu, który ktoś mógłby osiągnąć własnym swoim działaniem, tak jak osiąga się jakieś cele techniczne poprzez umiejętne stosowanie jakiejś sztuki czy techniki. Ludzkie życie w tym sensie jest otwarte (*open-ended*). I to właśnie ta otwartość ludzkiego życia czyni niemożliwym uwspółmiernienie dobra i zła w różnych możliwych opcjach działania, w ramach których trzeba dokonać moralnie znaczącego wyboru.

Jeśli więc trzeba dokonać wyboru, jeśli trzeba porównać i uszeregować różne opcje działania, to racjonalnymi standardami, wedle których można to uczynić, są standardy moralne. Każdy z takich standardów jest zaś, wedle koncepcji Finnisa, uszczegółowieniem jednej ogólnej idei – idei całościowej ludzkiej samorealizacji – tj. idei, że każdy człowiek i każda ludzka wspólnota samorealizuje się, rozkwita, we wszystkich podstawowych ludzkich dobrach[844]. Oznacza to, że we wszystkich swoich rozumowaniach i działaniach należy wybierać to (i chcieć tego), czego chcenie jest zgodne z całościową ludzką samorealizacją. Oznacza to również, że pozostali ludzie mają prawo do tego, aby – tak dalece jak zaspokojenie ich potrzeb zależy od wyboru i woli innych – ci inni również wybierali i chcieli tego, czego chcenie jest zgodne z ideą całościowej ludzkiej samorealizacji.

Jak z tak określonej podstawowej, pierwszej zasady moralności przejść do określenia konkretnych obowiązków? Finnis wylicza trzy zasady wyższego rzędu (wyższego wobec innych bardziej szczegółowych zasad), które są pośrednikiem w tym określeniu. Zasady, które choć nie jedyne tego rodzaju, to są bezpośrednio konstytutywne dla sprawiedliwości i ważne także dla zrozumienia systemów prawnych, reguł, instytucji i praktyk.

Ponieważ z podstawowej zasady wynika, że nie wolno, kierując się nieracjonalnymi motywami, to znaczy motywami

[844] Oczywiste nawiązanie do podstawowej koncepcji Finnisa. Por. J. Finnis: *Prawo naturalne…, passim.*

niesprzyjającymi podstawowym ludzkim dobrom, swobodnie ograniczać kategorii osób i dóbr, na których nam zależy (które są przedmiotem naszej troski), to pierwsza zasada brzmi: nie odpowiadaj krzywdą na krzywdę.

Druga zasada zakazuje czynienia zła – niszczenia, zaprzeczania, ograniczania podstawowych dóbr – nawet, jeśli miałoby z tego wyniknąć dobro. Ta właśnie zasada jest, według określenia Finnisa, fundamentem praw człowieka i kręgosłupem przyzwoitych systemów prawnych. Różnica pomiędzy pierwszą i drugą zasadą polega na tym, że pierwsza wyklucza uczynienie ze zła celu, druga zaś wyklucza uczynienie ze zła środka do osiągnięcia celu. To właśnie naruszenie drugiej zasady bywa często wynikiem niezrozumienia kwestii niewspółmierności i istoty dokonywania moralnych wyborów. Zdarza się bowiem, że czyimś celem jest nośnik określonego dobra i dla osiągnięcia tego celu ktoś działa przeciwko egzemplifikacji innego dobra. Ale pierwszy nośnik dobra, na rzecz którego poświęcałoby się nośnik dobra drugiego, mógłby tworzyć rację dla takiego działania tylko wtedy, gdyby pierwsze dobro dało się zważyć, porównać, uwspółmiernić z drugim dobrem i gdyby w wyniku tej operacji dało się orzec, że to pierwsze jest większe, ważniejsze itp. Ale – jak to już wcześniej wyjaśniono – według Finnisa tego rodzaju racjonalnie porównujący sąd nie jest możliwy. Jeśli więc ktoś przedkłada jedno dobro nad drugie, to nie kieruje się rozumem, ale uczuciami. Takie uczucia często są racjonalizowane czy też ubierane w szaty konwencjonalnej mądrości, ale tylko pozornie czynią racjonalnie współmiernym to, co niewspółmierne.

Trzecia zasada to Złota Zasada, jak pisze Finnis, „serce zasady słuszności": czyń innym jak chciałbyś, aby ci inni czynili, nie nakładaj na innych obciążeń, których byś dla siebie od innych nie zaakceptował. Konkretne zastosowanie tej zasady w czyimś osobistym życiu zakłada pewien rodzaj uwspółmiernienia korzyści i obciążeń, których rozum nie jest w stanie uwspółmiernić. Żeby bowiem zastosować tę zasadę, dana osoba musi wiedzieć, jakie obciążenia są zbyt wielkie, aby mogła je zaakceptować. Ale takie uwspółmiernienie nie może być

dokonywane przez rozum, nie może być obiektywne. Dla jednostki dokonuje się ono poprzez jej własną intuicyjną świadomość, własną wnikliwość, własne uczucia w stosunku do różnych dóbr oraz złych rzeczy konkretnie zapamiętanych, doświadczonych i wyobrażonych. Oczywiście najlepiej jest, jeśli uczucia takie będą emocjami osoby wcielającej w życie zasady i ideę całościowej ludzkiej samorealizacji.

Większość z tego, co Finnis ustalił w odniesieniu do jednostki, ma – według niego – zastosowanie w życiu wspólnoty i w prawie. Tworzenie prawa jest zawsze moralnie istotnym społecznym aktem; tworzenie prawa oraz jego realizowanie zawsze wiąże się z dokonywaniem wyboru pomiędzy opcjami i dlatego niewspółmierność wartości różnych alternatywnych opcji ma olbrzymie znaczenie. Oczywiście w wielu aspektach prawo jest też techniką, a w związku z tym wiele aspektów rozumowania prawniczego ma charakter techniczny. Zdarza się to na przykład wtedy, gdy za pomocą prawa manipuluje się kulturowymi artefaktami dla pewnych szczególnych celów, które mogą być zrealizowane i zakończone. Ale w większej części prawo jest także przedsięwzięciem moralnym, kierowanym przez wiele racji (czy to z zakresu zasad czy wytycznych polityki), nie zaś przez jakiś możliwy do wskazania cel. A więc prawo, podobnie jak i inne aspekty życia społecznego, także cechuje się tą otwartością (*open-endedness*), która uniemożliwia techniczne uwspółmiernienie dobra i zła, tkwiącego w opcjach indywidualnego działania. Ale – jak już powyżej wspomniano – zastosowanie trzeciej z wyżej wymienionych zasad, zasady słuszności, wymaga dokonania swego rodzaju uwspółmiernienia racjonalnie nieporównywalnych elementów; wymaga bowiem ustalenia, jaki poziom obciążeń można w słuszny sposób nałożyć na członków danej społeczności. W przypadku jednostek uwspółmiernienie takie dokonuje się w sferze uczuć. W życiu społecznym, również w prawie, uwspółmiernienie to także nie może dokonać się poprzez rozumowo zdeterminowane sądy – dokonuje się więc poprzez decyzje (choć, jak pisze Finnis, decyzje te prawdopodobnie oparte są ostatecznie na uwspółmiernieniu opcji

za pomocą uczuć). I – podobnie jak w przypadku rozumowania indywidualnego – dobrze jest, jeżeli decyzja taka podejmowana jest w ramach i w zgodzie z podstawową zasadą i ideą moralności. Jako konkretny przykład na poparcie swojej wizji podejmowania decyzji w prawie Finnis podaje sytuację, w której prawodawca musi dokonać wyboru, na jakim poziomie ustali limity prędkości jazdy samochodem albo czy zezwoli na sadzenie drzew wzdłuż dróg. Pytanie, jakie wówczas należy sobie zadać, brzmi: „Czy słusznym jest wystawiać innych na ryzyko wynikające z jazdy z określoną prędkością albo z obsadzenia dróg drzewami?" Trzeba zauważyć, że podjęta przez daną społeczność w tej kwestii decyzja nie podlega w gruncie rzeczy racjonalnej krytyce aż do tego momentu, poza którym członkowie tej społeczności są wprawdzie skłonni zaakceptować płynące z tej decyzji korzyści, ale nie są skłonni zaakceptować skorelowanych z tymi korzyściami ciężarów, które będą przecież obarczać ich i ich bliskich. I tak: podlega racjonalnej krytyce ten, kto sam, prowadząc niekiedy samochód z prędkością 120 km/h, twierdzi po potrąceniu go przez samochód, że szybkość powyżej 100 km/h jest szybkością niedopuszczalną.

Prawo może – zdaniem Finnisa – tylko wtedy efektywnie spełniać rolę wspólnej zasady i miary dla danej społeczności, jeśli zapewnia członkom tej społeczności takie standardy, które każdy z nich byłby skłonny przyjąć i używać w ramach własnego autonomicznie zaakceptowanego schematu działania. Aby to osiągnąć niezbędne jest jednak ustanowienie takich kryteriów obowiązywania norm prawnych oraz kryteriów legalności aktów na tych normach opartych, które byłyby – przynajmniej w pewnym zakresie – niezależne od treści tych reguł czy aktów. Takie kryteria odsyłają nas do przeszłych aktów i faktów (np. działań prawodawcy lub ukształtowania się zwyczaju). Stosowanie tych kryteriów jest pewną techniką. A więc – jak uważa Finnis – w pewnym bardzo istotnym aspekcie norma prawna jest relacją pomiędzy przeszłym aktem (czy faktem) a obecnym wyborem i działaniem danego członka społeczności. Ale też w innym ważnym sensie norma prawna jest relacją pomiędzy podstawową

zasadą moralności i ideałem całościowej ludzkiej samorealizacji, a tym samym wyborem i działaniem. Oczywiście ta druga relacja zachodzi o tyle, o ile ta podstawowa zasada moralności jest rzeczywiście uszczegółowiana w poszczególnych wyborach dokonywanych przez normodawców, włączając w to wybory dotyczące konstytucyjnych kryteriów ważności norm prawnych. Dlatego właśnie – jak podkreśla Finnis – w systemie *common law* sędzia musi odnieść się do tych dwóch wymiarów, o których pisał Dworkin: dopasowania i moralnej trafności. I – choć dopasowanie można zaliczyć do porządku kulturalno-technicznego, a trafność do porządku moralnego – nie oznacza to wcale (i tu zdaniem autorki przejawia się fundamentalna zmiana stanowiska Finnisa), że nie można dla nich znaleźć wspólnej miary. Jak jednak ją znaleźć?

Dopasowanie, choć ze swej istoty jest sprawą techniczną, ma bowiem – w myśl stanowiska Finnisa – za zadanie służyć dobru wspólnemu społeczności. Cała bowiem technika tworzenia prawa i identyfikowania prawa została stworzona i jest używana po to, aby osiągać wspólne dobro[845]. To wspólne dobro jest natomiast wymogiem moralności. To wspólne dobro jest osiągalne przez uczciwą i pokojową kooperację z pełnym uwzględnieniem praw każdego członka społeczności. Oznacza to według Finnisa, że identyfikowanie norm prawnych nie może być rozumiane jako zwykła gra, jest bowiem moralnie znaczącym działaniem. Takie działanie, jak każde inne, aby było w pełni racjonalne, musi być zgodne z ideą całkowitej ludzkiej samorealizacji. Z tego wynika, że istnieje wspólna miara dla obu

[845] Por. *ibidem*, s. 173: „Istnieje […] »dobro wspólne« istot ludzkich przez to, że życie, wiedza, zabawa, przeżycie estetyczne, przyjaźń, religia i wolność w posługiwaniu się rozumnością praktyczną są dobre dla każdej osoby. Każda z tych ludzkich wartości sama jest »wspólnym dobrem« przez to, że może w niej uczestniczyć nieskończenie wiele osób na nieskończenie wiele sposobów czy w nieskończenie wielu rozmaitych sytuacjach. Należy odróżnić te dwa znaczenia »dobra wspólnego« od trzeciego znaczenia tego terminu […] a jest nim: zbiór warunków umożliwiających członkom danej wspólnoty osiągnięcie celów, które sami uważają za słuszne lub realizację swojej (swoich) własnej (własnych) rozumnej (rozumnych) wartości, w imię której (których) mogą oni ze sobą współpracować (pozytywnie i/lub negatywnie) w obrębie wspólnoty".

wymiarów, zgodnie z którymi dokonuje się identyfikowania norm prawnych – a ta wspólna miara to moralna trafność. Ale, pomimo tego, że wspólną miarą jest trafność moralna, Dworkin nie popełnił błędu, zdaniem Finnisa, mówiąc aż o dwóch wymiarach – moralnej trafności i dopasowaniu. Bo wprawdzie dopasowanie nie może być rozpatrywane w oderwaniu od moralnej trafności, ale moralna trafność – zgodność z przyjętymi w społeczeństwie substancjalnymi zasadami i regułami – może być rozpatrywana w oderwaniu od technicznie pojmowanego związania alternatywnymi rozwiązaniami. To właśnie świadczy – według Finnisa – o tym, że mamy do czynienia z dwoma odrębnymi, rozróżnialnymi wymiarami, czy też momentami, tego samego – w ostatecznym rozrachunku moralnego – rozumowania.

Jednakże w dalszym ciągu (pomimo zmiany zapatrywań) Finnis uważa, że błędem jest zakładanie, iż każdy prawny przypadek, nawet trudny, ma swoje jedno trafne rozwiązanie. Bo choć przyznaje on, że mylił się co do niewspółmierności trafności i dopasowania, to sądzi, że, szczególnie w trudnych przypadkach, nie da się wskazać rozwiązania, które byłoby jedynie słuszne. Problem ten wynika z faktu, że – wedle koncepcji Finnisa – tym, co rządzi ustaleniem proporcji między trafnością i dopasowaniem, jest zasada słuszności. I chodzi tu o zasadę słuszności w opisanym powyżej Finnisowskim, a nie w Dworkinowskim rozumieniu. Zasada ta, choć w pełni racjonalna, wymusza dla swego zastosowania posłużenie się w dużej mierze uczuciami. Uwspółmiernienie musi dokonać się poprzez rozpoznanie emocji tego, kto dokonuje uwspółmiernienia. Podmiot taki musi sobie bowiem zadać pytanie w rodzaju: „Czy podobałoby mi się, gdyby...?" A więc to nie rozum, czy to techniczny, czy moralny, odpowiada za to, jaką decyzję w trudnej sprawie podejmie sędzia. Rozum bowiem nie może uczynić nic więcej, jak tylko podpowiedzieć, które rozwiązania są złe i rozumowi przeciwne, nie może zaś wskazać żadnego, które byłoby jedynie słuszne.

Podsumowując swoje na nowo wyrażone, zmodyfikowane stanowisko, Finnis stwierdził, że każda wypowiedź o niewspółmierności zakłada jakąś koncepcję miary; spór zaś o niewspół-

mierność bierze się stąd, że mówienie o tej mierze nie jest jednogłośne, tylko w wysokim stopniu analogiczne. Prawo to – według niego – miara, która sama jest dokładnie określona. Bezpośrednia racjonalna miara prawa to wspólne dobro społeczności, która to prawo przyjęła. Przy czym to wspólne dobro nie jest niczym innym, jak określeniem całościowej ludzkiej samorealizacji w odniesieniu do konkretnej grupy społecznej. Ta zaś idea nie mierzy naszego rozumowania w taki sposób, w jaki dane cele pozwalają wymierzyć skuteczność odpowiednich do ich osiągnięcia środków. Idea ta nie zapewnia też żadnej jednostki (wzorca miary), w której tego rodzaju rachunki mogłyby być prowadzone. Idea dobra wspólnego mierzy raczej poprzez rodzaj uszczegółowienia standardów w pełni racjonalnego zachowania, standardów dotyczących także zachowań normodawców. Wprawdzie standardy takie ustalają pewne ograniczenia, ale wiele musi tu zostać określone poprzez indywidualne i grupowe zobowiązanie, dokonane w zgodzie z rozpoznaniem uczuć i słusznymi procedurami tworzenia prawa. Ta konieczna rola uczuć i emocji w indywidualnym życiu i działaniu – wedle słów Finnisa – dorównuje ściśle koniecznej roli procedur podejmowania decyzji w życiu i działaniu wspólnot. Uczucia i procedury tak długo oddziałują korzystnie, jak długo są podporządkowane, odpowiednio: podstawowym ludzkim dobrom (te bowiem są podstawowymi racjami działania) oraz moralnym zasadom i normom (te bowiem są standardami nieskrępowanego rozumowania praktycznego). Uczucia i zobowiązania (przykładem takiego kolektywnego zobowiązania są choćby konstytucje) pozwalają jednostkom i grupom racjonalnie porównywać, uszeregowywać i – w tym sensie – uwspółmierniać wiele opcji, które na poziomie standardów samego rozumu są niewspółmierne. Co oznacza, że niewspółmierność – zdaniem Finnisa – wcale nie przeszkadza w tym, aby nasze wybory były w prawdziwym tego słowa znaczeniu racjonalnymi wyborami.

Jeśli więc w odpowiedni sposób pojmuje się praktyczny rozum, to konsekwencją takiego pojmowania jest – zdaniem Finnisa – zaprzeczenie wielu typom niewspółmierności, które są

zakładane przez inne, nietrafne koncepcje. Dotyczy to na przykład niewspółmierności będących rezultatem czysto woluntarystycznych teorii prawa (tu Finnis wymienia ostatnie prace Kelsena), teorii relatywistycznych i etniczno-intuicjonistycznych oraz każdej metody praktycznego rozumowania, która oparta jest – w najsubtelniejszy nawet sposób – na sumowaniu wartości. Wniosek ten zaś – jako że oparty na założeniu szczególnego charakteru i odrębności procesu dokonywania wyboru w ramach porządku moralnego (wobec rozumowania w ramach porządków naturalnego, logicznego i technicznego) – w dużym stopniu stanowi potwierdzenie tezy Dworkina, zgodnie z którą stosunek do (nie)współmierności jest zawsze sprawą punktu widzenia wewnętrznego dla danego przedsięwzięcia. Konkluzja ta jednak, choć pozornie osłabia znaczenie zjawiska niewspółmierności, to nie tylko nie przesądza o konieczności istnienia w sferze moralnej zawsze jednego słusznego rozstrzygnięcia, ale wręcz takiej konieczności zaprzecza.

Najbardziej znacząca, a i chyba najbardziej dramatyczna krytyka Dworkinowskiego projektu, dokonana w kontekście tezy o niewspółmierności wartości, przeprowadzona została przez Scotta Veitcha z pozycji radykalnej teorii liberalnej opartej na koncepcji Isaiaha Berlina[846]. Jak wiadomo, kluczową tezą Berlinowskiego liberalizmu jest teza o pluralizmie i niewspółmierności wartości[847]. Berlin nie był w historii filozofii pierwszym, który dostrzegł możliwość wielości i różnorodności wartości[848], ale był chyba pierwszym filozofem, który na pluralizm wartości i problem niewspółmierności wartości zwrócił w tak znaczącym stopniu uwagę, a przynajmniej pierwszym, któremu udało się ten

[846] S. Veitch: *Moral Conflict and Legal Reasoning*. Oxford, Portland (Oregon), 1999.
[847] Myśl I. Berlina zostanie tu omówiona tylko w zakresie niezbędnym do przedstawienia krytyki koncepcji R. Dworkina. Istnieje zresztą w tym zakresie, oprócz książki Veitcha, bardzo bogata literatura, także w języku polskim, na przykład B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości*…
[848] Por. wyliczenie piśmiennictwa pluralistycznego przed Berlinem w: Wirtualna Biblioteka Isaiaha Berlina [@:] http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/pluralism/index.html

problem wprowadzić do szerokiej, a wręcz publicznej dyskusji[849]. U Berlina niewspółmierność wartości nieodłącznie związana jest z konfliktem. I choć skutkiem samej niewspółmierności jest – według niego – to, że wybierając spośród niewspółmiernych opcji musimy czegoś się wyrzec, coś w pewnym sensie utracić, to ani ta utrata, ani ten konflikt nie są dla człowieka nieszczęściem, które należy eliminować; defektem, który należy naprawić; chorobą, którą należy leczyć. Jak pisze: „W codziennym doświadczeniu stykamy się ze światem, który zmusza nas do dokonywania wyborów między celami równie ostatecznymi i roszczeniami równie bezwzględnymi; wybór jednych nieuchronnie prowadzi do poświęcenia innych. Właśnie z tego powodu ludzie przykładają tak ogromną wagę do swobody wyboru; bo gdyby mieli pewność, że istnieje stan doskonały, osiągalny dla ludzi na ziemi, w którym cele ich dążeń nie będą ze sobą nigdy kolidować, znikłaby konieczność i męka wyboru, a wraz z tym swoboda wyboru utraciłaby swe zasadnicze znaczenie […]. [N]igdy nie będzie można całkowicie wyeliminować z życia ludzkiego możliwości konfliktów – i tragedii – osobistych i społecznych. Konieczność wyboru między różnymi absolutami jest zatem nieuniknioną cechą kondycji ludzkiej. Nadaje to wartość wolności […] jako cel samoistny […]”[850]. Zdaniem Scotta Veitcha stanowisko Berlina w tej kwestii doskonale tłumaczy i uzupełnia (omawiana powyżej) Razowska koncepcja niewspółmierności konstytutywnej. Występowanie zjawiska niewspółmierności konstytutywnej i związane z tym ludzkie doświadczenie pokazuje, że sam fakt dokonywania wyboru spomiędzy skonfliktowanych opcji nie oznacza wcale, że opcje te są porównywane i porównywalne. Pokazuje również, że wybór spośród niewspółmiernych opcji nie jest z konieczności wyborem arbitralnym, ale może być wyborem opartym na pewnych racjach i dlatego racjonalnym[851]. (Veitch w swojej książce wielokrotnie cytuje zdanie Raza: „Niewspółmierność mówi nie o tym, co umyka

[849] Zob. B. Polanowska-Sygulska: *Pluralizm wartości…*, s. 49–93.
[850] I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 235–236.
[851] S. Veitch: *op.cit.*, s. 81.

rozumowi, ale o tym, co powinno go unikać"[852]). Koncepcja niewspółmierności konstytutywnej szczególnie dobitnie wykazuje także – według Veitcha – że tożsamość człowieka nie może być odseparowana od jego społecznego podłoża; że pluralizmu i niewspółmierności wartości nie wolno traktować jako zjawisk niepożądanych, a wręcz przeciwnie. Są one nie tylko czystą koniecznością, ale stanowią konstytutywną i nieodłączną część tego, co znaczy bycie człowiekiem; są niezbędnym elementem społecznych form, które w ogromnym stopniu decydują o kształcie ludzkiego dobra[853]. (Trzeba tu przypomnieć, że – a podkreśla to również Veitch – nie jest to stanowisko, które podzielaliby wszyscy, którzy założenie niewspółmierności wartości przyjmują. Dla Alasdaira MacIntyre'a na przykład, choć niewspółmierność jest niekwestionowalnym aspektem naszego współczesnego życia, to jednak stanowi efekt pewnych niekorzystnych zjawisk, dla których powinniśmy szukać jakiegoś remedium[854]). Konsekwencją takiego a nie innego usytuowania niewspółmierności i konfliktu wartości w ramach opisywanego tu stanowiska jest olbrzymi nacisk kładziony przez jego zwolenników na to, aby nie tłumić konfliktu w szeroko rozumianym życiu społecznym, ale by być nań otwartym i to otwartym w sposób zaangażowany. Otwartość na konflikt ma wprawdzie swoją cenę i jest bardzo wymagająca politycznie, ale brak tej otwartości, tak zdaniem Berlina, jak i Veitcha, kosztuje znacznie więcej[855]. Traktowanie konfliktu jak intruza, którego należy się pozbyć – związane zresztą najczęściej z „*a priori*

---

[852] J. Raz: *The Morality…*, s. 334.

[853] S. Veitch: *op.cit.*, s. 89–90.

[854] Por. A. MacIntyre: *Dziedzictwo cnoty…*, m.in. s. 461 i 466: „uważam, że starą tradycję arystotelesowską można przeformułować w sposób, który przywróci zrozumiałość oraz racjonalność naszym moralnym i społecznym postawom i wyborom". „Na obecnym etapie sprawą zasadniczą jest budowa lokalnych form wspólnotowych, w których możliwe byłoby zachowanie dobrych obyczajów oraz życia intelektualnego i moralnego w obliczu epoki barbarzyństwa, które już nadchodzi. A jeżeli tradycja cnót zdołała przetrwać okropności minionego okresu ciemnoty, nasze nadzieje nie są całkiem bezpodstawne. Tym razem jednak barbarzyńcy nie gromadzą się u naszych granic; oni od pewnego czasu sprawują nad nami władzę".

[855] S. Veitch: *op.cit.*, s. 94–95.

zaangażowaniem na rzecz współmierności”[856] – prowadzi do wielu niekorzystnych skutków. Nastawienie na zlikwidowanie, zredukowanie, zepchnięcie konfliktu wiąże się bowiem z przekonaniem, że uda się wyznaczyć i implementować taki stan rzeczy, który pogodzi sprzeczne wartości – pogodzi je w ten sposób, iż przyzna pierwszeństwo pewnym z nich, tym zidentyfikowanym jako ważniejsze. Wobec takiego założenia każdy inny niż terapeutyczny sposób reagowania na konflikt jest uznawany za irracjonalny. Powstaje jednak problem, kto ma decydować o tym, co jest zgodne z rozumem, kto ma decydować o metodzie zredukowania konfliktu. Odpowiedź na to pytanie jest we współczesnych państwach zachodnich udzielana poprzez wprowadzenie pewnych instytucjonalnych rozwiązań przyznających prawo do wyznaczania takiego słusznego rozwiązania różnego rodzaju profesjonalistom, zresztą członkom swego rodzaju społecznej elity. Konflikt ma być minimalizowany, wedle słów Berlina cytowanych i analizowanych przez Veitcha, przez „technicznie sprawnych ekspertów: moderatorów konfliktów, sprawców pokoju ciała i ducha, inżynierów i innych specjalistów naukowych […] psychologów, socjologów, ekonomistów, społecznych planistów i tak dalej”[857]. Wszyscy oni są traktowani w danym porządku instytucjonalnym na podobieństwo terapeutów, „wykształconych uzdrowicieli”, którzy eliminują „napięcia (w jednostkach, grupach, narodach), które trzeba rozładować, rany, konflikty, fiksacje, »fobie« i trwogi, psychiczne i psychofizyczne zwyrodnienia wszelkich typów”[858]. Jeśli ktoś się z takimi ekspertami nie zgadza i nie podporządkowuje się ich decyzjom, jest traktowany przez owo instytucjonalne otoczenie jak ktoś nierozumny, obciążony pewnym defektem, „ktoś, kto nie słuchał swojego wewnętrznego rozumu”, jak „dziecko, dzikus, idiota niedojrzały do kierowania sobą lub trwale do tego

[856] Pojęcie *„a priori* zaangażowania na rzecz współmierności” (*a priori commitment to commensurability*) odgrywa w krytyce Veitcha bardzo dużą rolę. Por. *ibidem*, s. 82, 94, 113, 130, 155, 167, 183.
[857] I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 91; por. S. Veitch: *op.cit.*, s. 96–97.
[858] I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 97.

niezdolny"[859], „ofiara własnych namiętności, niewolnik uległy władzy pobudek zewnętrznych, tępak niezdolny do zrozumienia swoich prawdziwych celów"[860]. Podsumowując tę kwestię, zamknięcie na konflikt – systemowo zaprojektowane „wypychanie" go z życia społecznego – skutkuje zwiększeniem sfery, w której następuje homogenizacja życia społecznego; obszaru, w którym człowiek jest manipulowany, a w dalszej konsekwencji – grozi zaprzeczeniem tego, co czyni nas ludźmi. Zdaniem Veitcha podobne zagrożenia niesie za sobą koncepcja Ronalda Dworkina, a w szczególności jego teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu.

Veitch sklasyfikował poglądy Dworkina jako kierunek, który nazwał liberalnym legalizmem. Ten liberalny legalizm to „etyczne nastawienie dotyczące tego, jak ludzie ustosunkowują się lub powinni ustosunkowywać się do siebie wzajemnie, wtedy kiedy w grę wchodzą ich prawne stosunki we wspólnocie"[861]. Legalizm zaś w ogóle to także etyczne nastawienie, dla którego pierwszorzędną rolę jako wskazówka postępowania pełni reguła; dlatego tym, co decyduje o wartości danego postępowania jest jego zgodność z regułami. Reguły są także tym, co decyduje o prawach i obowiązkach człowieka[862]. Legalizm znajduje swoje odbicie także w koncepcjach politycznych i koncepcjach prawnych. W wersji prawnej odwołuje się on do reguł prawnych, z tym, że Veitch rozumie te reguły szeroko i zalicza do nich także zasady prawa w dworkinowskim czy innym podobnym rozumieniu. Przy czym legalizm liberalny charakteryzuje się dodatkowo tym, że reguły takie muszą spełniać pewne szczególne warunki. Przede wszystkim muszą gwarantować jednostce autonomię w społeczności i respektować jej prawa[863]. U Dworkina znalazło to spuentowanie w jego słynnej frazie o „równej trosce i poszanowaniu" z jakim jednostka powinna być

[859] *Ibidem*, s. 220; por. S. Veitch: *op.cit.*, s. 96–97.
[860] I. Berlin: *Cztery eseje…*, s. 216.
[861] S. Veitch: *op.cit.*, s. 139.
[862] Veitch posłużył się tu koncepcją J. Shklar zaprezentowaną w J. N. Shklar: *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge (Ma), 1986.
[863] S. Veitch: *op.cit.*, s. 139.

traktowana[864]. Posługując się rozróżnieniem Rogera Cotterrella, Veitch dzieli koncepcje liberalnego legalizmu na dwie grupy według kryterium tego, jaki wizerunek społecznego otoczenia prawa stanowi ich zaplecze ideologiczne. A więc – w myśl tego podziału – konstruuje się takie koncepcje, które zapleczem tym czynią wizerunek społeczeństwa jako wspólnoty, ale są też takie, które zapleczem tym czynią prawo jako *imperium*. Te ostatnie, współcześnie przede wszystkim koncepcje pozytywizmu prawniczego, prezentują podmioty jako zbiorowisko odrębnych jednostek podległych zwierzchności prawa, które to prawo nie czerpie ani swej treści, ani swego autorytetu z woli tych jednostek jako pewnej zbiorowości. Te pierwsze zaś to koncepcje, w których uzasadnieniem dla prawa i jego treści jest nie zbiorowość luźno powiązanych ze sobą jednostek, ale spójna moralnie wspólnota politycznie autonomicznych ludzi. I do tych właśnie koncepcji zalicza Veitch koncepcję Dworkina.

Dworkinowską tezę o jedynym słusznym rozstrzygnięciu, wizję integralności prawa oraz stanowiącą jej fundament ideę wspólnoty zasad omówiono już powyżej. Dla przedstawienia obaw Veitcha wymaga ona jednak uzupełnienia o jeszcze jeden bardzo istotny element, a mianowicie o wskazanie miejsca i roli jaką Dworkin przypisuje w swojej koncepcji sądom i sędziom. Najlepiej miejsce to i rolę opisać, posługując się słynną metaforą Dworkina: „Sądy stanowią stolice imperium prawa, a sędziowie są jego książętami”[865]. Warto tu również przypomnieć rolę, jaką Dworkin przypisuje specjalnemu szkoleniu, doświadczeniu i szczególnym sposobom kwalifikowania sędziów do zawodu.

Veitch w pierwszej kolejności zadaje sobie pytanie o to, kim jest owa Dworkinowska wspólnota, kim są ci, którzy na tę wspólnotę się składają. I dochodzi do wniosku, że pojęciu wspólnoty Dworkin nadał nieakceptowalnie homogeniczną konstrukcję[866]. Ta jednorodność stoi w sprzeczności z fundamentalnym liberalnym założeniem tolerancji dla różnorodności

[864] Por. R. Dworkin: *Biorąc prawa…*, s. 483.
[865] R. Dworkin: *Imperium prawa…*, s. 409.
[866] S. Veitch: *op.cit.*, s. 149.

i poświęca je na rzecz formułowania i artykułowania jednego, właściwego dla tak rozumianej wspólnoty, systemu wartości. Veitch pisze: „Jeśli sędzia Dworkina musi w każdym przypadku odkryć właściwą odpowiedź na pytanie, kto ma prawne uprawnienie, staje się niemożliwe dla sędziego, aby poparł jakąkolwiek możliwość, która nie wyprodukowałaby jednej odpowiedzi. W takim razie »moralność wspólnoty« musi być zhomogenizowana wystarczająco, żeby wyprodukować pojedynczy standard, z którego wyniknie prawo”[867]. Przy czym (i to jest następny problem) tym, kto przemawia w imieniu jednorodnej wspólnoty, jest zawsze ta sama grupa ludzi – sędziów-książąt prawa, którzy do swojego werdyktu dochodzą jedyną poprawną z założenia metodą. Takie podejście nie tylko maskuje fakt, że wspólnota nie jest jednorodna, ale maskuje także to, że sama społeczność sędziów nie jest jednorodna oraz że nie stanowi ona doskonałego odzwierciedlenia całej wspólnoty politycznej. W ramach jednej jak i drugiej społeczności (wspólnoty politycznej i wspólnoty sędziów) mogą zachodzić i zachodzą prawdziwe i poważne konflikty moralne, które nie mają szans na odzwierciedlenie za pomocą techniki orzeczniczej proponowanej przez Dworkina. Konflikty te nie mają szans na ich ujawnienie i wyeliminowanie, nawet za pomocą Dworkinowskiej zasady „równej troski i poszanowania.” Veitch prezentuje ten problem na przykładzie rozważań feministycznych, które szczególnie dobitnie pokazują, że nie jest bez znaczenia to, kto ma władzę definiowania danej wspólnoty i jej moralności. Jeśli bowiem, na przykład, sposobem na zniesienie czy ograniczenie dyskryminacji kobiet ma być zasada równości płci, to wedle obecnych standardów oznacza to, że punktem odniesienia – a więc tym, wobec czego wszyscy (kobiety i mężczyźni) mamy być równi, mimo tego, że kobiety są inne – jest standard męski. Kwestia ta zwykle nie jest zauważana, a jest zupełnie nie do uchwycenia z perspektywy homogenicznej Dworkinowskiej wspólnoty[868]. Sędziowie, jako ci, którzy mają własny, partykularny rozum, nie

[867] *Ibidem*, s. 151.
[868] *Ibidem*, s. 153–155.

są więc tak naprawdę w stanie uosabiać jakiegoś uniwersalnego rozumu publicznego i artykułować moralności wspólnoty. Ale pomimo to, w dużym stopniu dzięki takiej jak Dworkina wizji prawa, pełnią rolę ekspertów, których zadaniem jest redukowanie konfliktów; uznaje się ich za profesjonalistów, których głos jest jedynym prawomocnym głosem i których mądrość inni ludzie (choć także przecież członkowie danej wspólnoty) muszą uznawać. Powagę tego problemu potęguje także – zdaniem Veitcha – fakt, że coraz większy obszar zagadnień, i to właśnie trudnych przypadków, które z natury swojej są polem najbardziej doniosłych i prawdziwych konfliktów (np. aborcja, eutanazja, niektóre problemy z zakresu stosunków rodzinnych itp.), oddawany jest we władanie prawa. A więc – co za tym idzie – coraz większy zakres spraw podlega mechanizmowi „jedynej słusznej odpowiedzi". „Jedynej słusznej odpowiedzi" będącej w założeniu Dworkina artykulacją, najlepszą zresztą, moralności wspólnoty. W ten sposób obszar obiecywanego przez liberalizm pluralizmu i tolerancji staje się coraz mniejszy, a „imperium prawa niewątpliwie kolonizuje właśnie ten krajobraz – moralny i polityczny – na którym mają się opierać jego zasadnicze źródła"[869].

Popularność takich jak Dworkina koncepcji, opartych na „*a priori* zaangażowaniu na rzecz współmierności" oraz akcentujących instytucjonalną konieczność wydawania w każdej sprawie decyzji sprawia, że we współczesnym zachodnim prawie powstają trudności, z których ta z legitymizacją decyzji sędziowskich nie wydaje się być największa. Veitch zwraca uwagę na następujące.

Pierwsza, z obszaru rozumowań prawniczych, polega na tym, że aby było możliwe jedyne słuszne rozstrzygnięcie, niezbędne jest ustalenie pojedynczej, uznanej za słuszną reguły, na której rozstrzygnięcie się oprze. Trzeba pamiętać, że jeśli na etapie ustalania reguły ujawni się uwikłany w niewspółmierność konflikt, również i na tym etapie rozumowanie sędziego zostanie

[869] *Ibidem*, s. 157.

zdeterminowane przez „*a priori* zaangażowanie na rzecz współmierności".

Druga trudność polega na tym, że w procesie wydawania jedynego słusznego rozstrzygnięcia rozstrzygana sprawa musi ulec pewnemu przekształceniu (a można by się nawet zastanawiać, czy jest to „tylko" przekształcenie czy też może już zniekształcenie). Veitch cytuje tu Georga Cohna: „Prawo wybiera z konkretnej sytuacji te elementy tylko, które na pierwszy rzut oka korespondują z regułą. Wszystko pozostałe jest odrzucane jako nieistotne"[870]. Konkretny przypadek musi więc zostać zuniwersalizowany, przykrojony do standardów, jakie wyznacza wymóg dokonania rozstrzygnięcia. Jeśli elementem takiego przypadku jest konflikt (a tak jest przecież bardzo często), to w każdym przypadku, niezależnie od przekonania uczestniczących w nim podmiotów (również przecież członków danej wspólnoty), konflikt ten musi zostać w procesie orzekania uwspółmierniony. Być może w pewnych przypadkach jest to możliwe bez specjalnych komplikacji czy strat. Ale to stawia nas przed pytaniem, czy w każdej sytuacji da się to zrobić (jeżeli przyjmuje się założenie niewspółmierności staje się jasne, że nie) i kogo obciążyć ewentualnymi stratami. Ponadto ekspercka rola, w jakiej występują prawnicy, powoduje odpersonalizowanie, „oderwanie" niejako sytuacji konfliktowej od jej pierwotnego źródła, czego dowodem jest chociażby, przytaczana przez Veitcha jako przykład, procedura jednego z krajów skandynawskich, gdzie w sprawach przed Sądem Najwyższym w ogóle nie mogą uczestniczyć strony[871].

Kolejna konsekwencja, o której pisze Veitch, jest już natury bardziej społecznej niż prawnej. Jego zdaniem, preferowana przez Dworkina interpretacja sądowych sporów w kategoriach „wygranej – przegranej" wywołuje niespodziewany efekt zwrotny. Oczekiwanie na ostateczne, jasne i wiążące rozwiązanie konfliktu w wyniku procedury prawnej może czynić

---

[870] G. Cohn: *Existentialism and Legal Science*. New York, 1967, s. 111. Cytat za S. Veitch: *op.cit.*, s. 179.
[871] S. Veitch: *op.cit.*, s. 187.

ludzi nieskłonnymi do kompromisu i osiągania porozumienia poza tą procedurą[872]. Na marginesie tej obserwacji Veitcha można zresztą zauważyć, że działa tu pewien naturalny psychologicznie, ale niszczący dla sprawiedliwości mechanizm. Po pierwsze, w sytuacji silnego i trudnego konfliktu najmniej skłonni do kompromisu będą nie ci, których racje są silniejsze, ale ci, którym zaplecze materialne czy intelektualne daje przewagę nad drugą stroną tego konfliktu. Po drugie zaś, ewentualny kompromis w sytuacji konfliktu będzie pojawiał się tylko wtedy, kiedy niepewność co do rozstrzygnięcia prawnego będzie bardzo duża (na przykład brak jeszcze ustalonej linii orzecznictwa co do danej kwestii); kompromis ten nie będzie więc wynikiem wzajemnego szacunku, uznania w niewielkim przynajmniej stopniu racji drugiej strony czy wzajemnego ustąpienia sobie z innych godnych pochwały pobudek, ale będzie wyłącznie rezultatem strachu przed nieznanym (kalkulacji ryzyka). Przy interpretacji sporów sądowych w kategoriach „wygranej – przegranej" przecież albo zyskuje się wszystko, albo wszystko się traci. Neutralizuje się zresztą w taki sposób ten błogosławiony efekt, który miał być – w zamyśle Dworkina – osiągnięty poprzez włączenie do systemu prawnego i ważenie zasad, że – inaczej niż w przypadku reguł – zasady można godzić, realizując je w różnym stopniu. Ostatecznym bowiem rezultatem zastosowania zasad w procesie sądowym jest dla strony – przy założeniu jedynego słusznego rozstrzygnięcia – „wszystko albo nic".

Jeszcze inną konsekwencją związanego z *one right answer thesis* zaangażowania *a priori* sędziów we współmierność jest to, że coraz większy udział tak rozumianego prawa w życiu społecznym (zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych) – także będący efektem coraz słabszej skłonności ludzi do kompromisowego ustalania warunków współżycia i radzenia sobie z konfliktami w ramach ogólnego dyskursu praktycznego – powoduje głębokie zmiany w formach społecznych. Następujące w procesach

[872] *Ibidem*, s. 167.

sądowych uwspółmiernienie pewnych niewspółmiernych dóbr, zmienia nieodwołalnie ludzkie życie[873].

Istnieją także konsekwencje natury politycznej. Prawo bywa używane jako element gry strategicznej, zwłaszcza w tych sytuacjach, kiedy istnieje głęboki konflikt społeczny, którego władza publiczna nie odważy się sama rozwiązać, albo co do którego nie chce, aby toczyła się publiczna debata. Przeniesienie konfliktu na arenę prawa gwarantuje w takiej sytuacji jego zniesienie – w procedurze prawnej zostanie podjęta decyzja mająca status jedynej słusznej, a ponadto zdejmuje z przyjętego rozwiązania odium „polityczności" w potocznym, niezbyt pozytywnym tego słowa znaczeniu. Jak zauważa Veitch zjawisko to było doskonale widoczne w Europie wschodniej w latach 90. XX w., kiedy w młodych liberalnych demokracjach wciągano sądy konstytucyjne w rozstrzyganie spraw, które wymagały odpowiedzi na szczególnie palące i kontrowersyjne pytania moralne. Politycy obawiali się konfrontacji z tego rodzaju problemami, a decyzje sądu traktowano jako sposób na uchronienie rodzącej się demokracji przed nadmiernymi wstrząsami[874].

Wniosek jaki Veitch wyciągnął ze swojej analizy może niektórym wydawać się szokujący, choć po głębszym zastanowieniu chyba takowy być przestaje. Veitch sprzeciwia się temu, co prawnicy odczuwają jako nieuniknioną presję; temu, co szczególnie charakterystyczne w koncepcji Dworkina, a mianowicie założeniu, że im trudniejszy przypadek, tym większe wyzwanie i tym bardziej decyzja musi być podjęta. Jego zdaniem bowiem im przypadek jest trudniejszy, tym mniej racjonalnym jest, aby go rozstrzygać. Trudność przypadku rośnie bowiem odwrotnie proporcjonalnie do stopnia, w jakim w społeczeństwie istnieją podzielane standardy niezbędne do jego rozstrzygnięcia. Jeśli zaś tych standardów brak, jeśli w danym obszarze zagadnień toczy się konflikt, wówczas rozstrzygnięciu sądowemu brakować będzie legitymizacji, będzie ono odbierane jako

[873] *Ibidem*, s. 184.
[874] *Ibidem*, s. 187.

arbitralne, jako zwykłe wykonanie i użycie władzy. Kiedy racje obu stron będą doskonale wyważone, nie będzie przecież racjonalne podjęcie decyzji faworyzującej jedną ze stron. Argumentuje, podając przykłady z historii angielskiego prawa, że możliwość podjęcia decyzji *non liquet* nie jest tak bardzo nie do pomyślenia, jak się to czasami współcześnie wydaje[875].

5.5. Podsumowanie

Jak z powyższych rozważań wynika, podstawowym fundamentem Dworkinowskiej tezy o jedynym słusznym rozstrzygnięciu jest odrzucenie przez niego założenia niewspółmierności wartości i jego – jak by to określił Scott Veitch – *a priori* zaangażowanie na rzecz współmierności. Same bowiem idee integryzmu czy wspólnoty politycznej, postrzeganej jako wspólnota zasad, prowadzą wprawdzie do zaakceptowania tezy, że w każdej sprawie istnieje słuszne rozstrzygnięcie, ale bez odrzucenia niewspółmierności nie wymuszają one koniecznie wniosku, że rozstrzygnięcie takie zawsze musi być jedno.

Dlatego ostrze krytyki wobec tej części filozofii Dworkina uderza w dwóch kierunkach. Bezpośrednio w samą tezę o jedynym słusznym rozstrzygnięciu i pośrednio w nią, poprzez zakwestionowanie przyjętej przez Dworkina współmierności wartości. Przy czym w każdym przypadku krytyka ta skupia się na innego rodzaju niedomodze. W przypadku bezpośredniej krytyki *one right answer thesis* głosy polemiczne odnoszą się najczęściej do jej dwóch aspektów: opisowego i normatywnego. W przypadku natomiast krytyki przywiązania Dworkina do współmierności spór najczęściej przenosi się na aspekt operatywny jego koncepcji.

Niezgoda na *one right answer thesis* w jej aspekcie opisowym polega na tym, że ci, którzy tę niezgodę artykułują, twierdzą, iż teza ta nie pokrywa się z powszechnymi intuicjami prawników i nie-prawników. Uważają, że w prawdziwym życiu (także w dyskursie prawnym) stykamy się z wieloma takimi

[875] *Ibidem*, s. 163–171.

sytuacjami, w których nie jedna, ale wiele odpowiedzi wydaje się nam poprawnych. Nie zmienia wcale tego faktu to, że jedna z takich odpowiedzi zostaje w sposób instytucjonalny wybrana i wskazana jako wiążąca (co – jak w konkursie z jedną tylko regulaminową nagrodą – wymuszają reguły danego przedsięwzięcia, w tym przypadku przedsięwzięcia prawnego). Decyzja taka nie dodaje przecież namaszczonemu autorytetem instytucji rozstrzygnięciu większej wagi z punktu widzenia stojących za nim racji; nie uprzywilejowuje tego rozstrzygnięcia w wymiarze słuszności w stosunku do pozostałych odrzuconych opcji.

Brak akceptacji *one right answer thesis* w jej aspekcie normatywnym sprowadza się natomiast do wykazywania, że przyjęcie, iż sędzia ma obowiązek założyć, że jest jedno słuszne rozstrzygnięcie każdej rozstrzyganej przez niego sprawy oraz że ma obowiązek takiego jedynego rozstrzygnięcia poszukiwać, prowadzi do wielu konsekwencji zagrażających bardzo istotnym wartościom – istotnym społecznie, politycznie, ale także istotnym dla samego prawa; wartościom takim jak sprawiedliwość, demokracja, pluralizm czy legitymizacja prawa.

Krytyka przekonania Dworkina o współmierności wszystkich wartości, będąca pośrednim atakiem także na tezę o jedynym słusznym rozstrzygnięciu, skupia się natomiast przede wszystkim na aspekcie operatywnym koncepcji Dworkina. Zwraca się bowiem uwagę na to, że Dworkin – zaprzeczając niewspółmierności, a wymagając zarazem poszukiwania jedynego słusznego rozstrzygnięcia – nie podaje żadnego sposobu nadającego się do praktycznego zastosowania, który pozwoliłby uwspółmierniać skonfliktowane wartości, a w szczególności nie podaje recepty na ustalenie relacji pomiędzy kluczowymi dla jego koncepcji stosowania prawa wartościami, jakimi są dopasowanie (*fit*) i moralna trafność (*soundness*).

Na koniec należy też zwrócić uwagę, że takie właśnie, a nie inne, główne kierunki krytyki stanowiska Dworkina sprawiają, iż jest ona szczególnie dotkliwa. W ten bowiem sposób oponenci Dworkina przenoszą niejako spór na płaszczyznę faktów (zgodności tezy z rzeczywistą praktyką prawną, niekorzystnych

dla prawa i społeczeństwa konsekwencji przyjęcia tezy, braku określenia praktycznych metod wdrażania tezy w życie). Nie wkraczają tym samym w obszar jego substancjalnych przekonań moralnych i prawnych, te są bowiem przyjęte przez niego z wewnętrznego punktu widzenia i jako takie nie poddają się (w ogóle albo słabo) zewnętrznej krytyce.

ZAKOŃCZENIE

Przedstawione powyżej rozważania nie miały za zadanie przekonywać nikogo do tego, że zjawisko niewspółmierności w sferze wartości faktycznie występuje, choć niewątpliwie prowadzone były z pozycji przychylnej takiej tezie. Chodziło raczej o to, aby zwrócić uwagę na następujące kwestie.

Po pierwsze, dla osiągnięcia jasności w zakresie używanych w dyskursie praktycznym (także w dyskursie prawniczym) pojęć należało wydobyć na światło dzienne fakt, że niewspółmierność wartości nie jest jednolicie rozumiana przez wszystkich tych, którzy się o niej wypowiadają. Przedstawiono wobec powyższego różne sposoby rozumienia tezy o niewspółmierności wartości, z jakimi można się zetknąć we współczesnym dyskursie filozoficznym, etycznym, metaetycznym i prawniczym. Wskazano, że można pojmować niewspółmierność wartości na przykład jako prostą nieporównywalność albo brak wspólnej miary, niemożliwość uporządkowania, niepowodzenie przechodniości, tragiczny konflikt czy brak jednolitego schematu podejmowania decyzji. Przy czym – jak się zdaje – wiele sytuacji

niekontrowersyjnie uznawanych za sytuację niewspółmierności wartości może spełniać jednocześnie kilka tego rodzaju kryteriów i trudno jednoznacznie stwierdzić, które z nich ma konstytutywny, a które konsekutywny charakter. Zwrócono uwagę na to, że na sposób postrzegania niewspółmierności wartości wpływa także rodzaj obiektów, o których niewspółmierności się orzeka i że mimo nazwy (swego rodzaju etykietki), wskazującej na niewspółmierność tylko wartości, obiektami niewspółmiernymi, które obejmuje ta kategoria, mogą być mogą także racje, opcje, dobra i inne elementy. Odrębnie omówiono szczególny rodzaj niewspółmierności, której istnienie przyjmują niektórzy badacze, a mianowicie niewspółmierność konstytutywną.

Po drugie, wskazano, że teza o niewspółmierności wartości nie musi być w sposób konieczny wiązana z jakimś ściśle określonym stanowiskiem filozoficznym, etycznym, metaetycznym czy prawnym. Możliwe jest bowiem na przykład, przy odpowiednich założeniach, przyjęcie tej tezy zarówno na gruncie monizmu, jak i relatywizmu czy pluralizmu etycznego. Na gruncie filozofii prawa akceptują tę tezę zarówno pozytywiści, jak i zwolennicy koncepcji prawnonaturalnych. Wskazano także, że choć teza o niewspółmierności wartości łączy się zwykle z krytyką konsekwencjalizmu, to krytyka ta nie musi być absolutna i odrzucająca wszystkie bez wyjątku tezy i założenia konsekwencjalizmu.

Po trzecie, argumentowano, że nie są właściwą podstawą dla odrzucenia tezy o niewspółmierności same tylko obawy przed konsekwencjami jej przyjęcia, w szczególności obawa przed odebraniem dyskursowi praktycznemu waloru intersubiektywności, uczynieniem naszego życia etycznego i podejmowania decyzji irracjonalnym, a także przed arbitralnością decyzji prywatnych i publicznych podejmowanych w sytuacji niewspółmierności wartości. Obawy te w świetle przedstawionych argumentów należy uznać za nieuzasadnione, gdyż – jak pokazano – istnieje wiele podzielanych intersubiektywnie sposobów rozumienia racjonalności oraz wiele racjonalnych metod podejmowania decyzji jednostkowych i społecznych, które

ze zjawiskiem niewspółmierności dają się pogodzić i które – choć go nie likwidują ani nie ignorują – to pozwalają pomimo niego podejmować decyzje w sposób niearbitralny i racjonalny. Przy czym przy okazji, z wielości i różnorodności takowych wynika, że nie sposób znaleźć jednego tylko, uniwersalnego i mającego zastosowanie do wszystkich decyzji rozumienia racjonalności czy metody dokonywania wyboru i podejmowania decyzji.

Po czwarte, posługując się kilkoma wybranymi przykładami problemów prawnych, przeanalizowano także kwestię, czy teza o niewspółmierności wartości bywa przyjmowana na gruncie dyskursu prawniczego; czy jej przyjęcie lub odrzucenie w dyskursie prawniczym może wiązać się z jakimiś istotnymi lub niekorzystnymi konsekwencjami; czy założenia niewspółmierności wartości można w ogóle uniknąć na gruncie dyskursu prawniczego, jeżeli przyjmuje się je dla ogólnego dyskursu praktycznego; w jaki sposób prawnicy radzą sobie z podejmowaniem decyzji w trudnych przypadkach, które wydają się być uwikłane w problem niewspółmierności; jakie implikacje może mieć przyjęcie lub odrzucenie tezy o niewspółmierności wartości dla pewnych koncepcji filozoficznoprawnych. Z przedstawionej analizy wynika niekonkluzywny wprawdzie, ale jak się wydaje uprawdopodobniony wniosek, że wbrew niektórym stanowiskom, trudno wskazać jakieś specyficznie prawne przyczyny albo mechanizmy, które pozwalałyby tezę o niewspółmierności wartości odrzucić na gruncie dyskursu prawniczego, jeżeli przyjmuje się ją dla ogólnego dyskursu praktycznego. Zaakceptowanie tezy o niewspółmierności wartości nie prowadzi przecież, na przykład na gruncie dyskursu stosowania prawa, do żadnych katastrofalnych konsekwencji, gdyż decyzje w procesie stosowania prawa, które *prima facie* wydają się być oparte na porównaniu niewspółmiernych obiektów (na przykład krzywdy i pieniędzy czy kary i przestępstwa) w istocie są podejmowane w zupełnie inny sposób: taki, który z reguły w ogóle nie konfrontuje prawnika z koniecznością porównywania tego, co niewspółmierne. Tam zaś, gdzie konieczność ustalenia jakiejś relacji pomiędzy niewspółmiernymi obiektami zachodzi (choć

niekoniecznie może tu chodzić o relację w kategoriach lepszy – gorszy – równy) prawnicy posługują się szeroko pojmowanym rozumowaniem przez analogię oraz zawierają niecałkowicie teoretyzowane porozumienia. Odwrotnie nawet w stosunku do obaw przeciwników zaakceptowania tezy o niewspółmierności w dyskursie prawniczym, jak wskazuje krytyka Dworkinowskiej *one right answer thesis,* to raczej odrzucenie tezy o niewspółmierności wartości może zagrażać niektórym wartościom istotnym dla prawa.

Na koniec warto chyba zasygnalizować, że pojawienie się w ostatnich trzydziestu latach zagadnienia niewspółmierności w polu widzenia filozofów, etyków, prawników, ekonomistów i innych poszukiwaczy wiedzy o świecie nieprzyrodniczym, jest wynikiem a zarazem świadectwem pewnej tendencji. Trendu, który został wprawdzie zauważony już jakiś czas temu i który pozostawał stale obecny, to jednak podlegał czasowym, samoistnym lub świadomie wywoływanym zahamowaniom. Wydaje się jednak, że w ostatnich kilku latach tendencja ta odniosła, jeśli nie ostateczne, to przynajmniej kapitalne zwycięstwo. Jakkolwiek by jej zresztą nie nazwać – począwszy od tego, że na najbardziej ogólnym poziomie można by na przykład mówić o porzuceniu projektu modernistycznego, a skończywszy na naukach prawnych, gdzie można by mówić o porzuceniu technologicznej wizji prawa[876] – za każdym razem chodzi o to samo: o porzucenie wiary w to, że w jakiejś skończonej perspektywie czasowej ludziom jako gatunkowi uda się zgromadzić o sobie i o otaczającym ich świecie, zwłaszcza nieprzyrodniczym, taką wiedzę, która pozwoli im, jeśli nawet nie sterować zachodzącymi w tym świecie procesami, to przynajmniej takie procesy przewidywać.

[876] O procesie tym w bardzo interesujący sposób pisze L. Morawski (L. Morawski: *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa, 2000, s. 39–77).

Jestem jednak zobowiązana wyjaśnić, na jakiej podstawie ogłosiłam rzeczone kapitalne zwycięstwo wyżej wymienionej tendencji. Posługując się dalej terminologią wojenną, można powiedzieć, że najsilniej opierającą się jej fortecą była współczesna ekonomia – największy, można powiedzieć wręcz naturalny, wróg założenia niewspółmierności wartości. Forteca ta uległa jednak ostatecznemu skruszeniu. Nie stało się to oczywiście w wyniku jednorazowego ataku. Proces degradacji jej murów trwał już od jakiegoś czasu. Wystarczy przypomnieć noblowski wykład Friedricha A. von Hayeka wygłoszony 11 grudnia 1974 r., którego obszerny fragment z racji jego doskonałej adekwatności do omawianych tu problemów, zostanie poniżej przytoczony.

„Podczas gdy w naukach przyrodniczych generalnie się zakłada […], że każdy ważny czynnik, od którego zależą obserwowane zdarzenia, będzie sam w sobie obserwowalny lub mierzalny, w badaniu tak złożonego zjawiska jakim jest rynek, które zależy od działań wielu jednostek, wszystkie okoliczności, które będą determinowały rezultat procesu […] nigdy nie będą w pełni znane lub mierzalne. I podczas gdy w naukach przyrodniczych badacz będzie mógł zmierzyć to, co na podstawie *prima facie* teorii, uzna za istotne, w naukach społecznych często uznawane jest za istotne to, co okazuje się być mierzalne […]. Wiemy: oczywiście, w odniesieniu do rynku i innych podobnych społecznych struktur jest bardzo wiele faktów, których nie możemy mierzyć i o których mamy tak naprawdę tylko pewne bardzo nieprecyzyjne i ogólne informacje. A ponieważ efekty tych faktów w żadnym poszczególnym przypadku nie mogą być potwierdzone przez ilościowe dowody, fakty te są po prostu ignorowane przez tych, którzy są wierni przyznawaniu tylko tego, co uznają za dowód naukowy: działają oni w oparciu o fikcję, że te czynniki, które mogą zmierzyć, są jedynymi, które są istotne. […] Zgodnie z tym standardem może całkiem dobrze istnieć lepszy »naukowy« dowód na poparcie fałszywej teorii, który będzie akceptowany, ponieważ jest bardziej »naukowy«, niż na poparcie ważnego wyjaśnienia, które jest odrzucane, ponieważ brak dlań

wystarczającego dowodu ilościowego [...]. Chcę [...] uniknąć wrażenia, że generalnie odrzucam metody matematyczne w ekonomii. [...] Doprowadziło to [stosowanie technik matematycznych], jednakże, do złudzenia, że możemy używać tej techniki do określania i przewidywania numerycznej wartości tych wielkości; i doprowadziło to do próżnego poszukiwania ilościowych lub numerycznych stałych. [...] W istocie ta zasadnicza kwestia była już zauważona przez tych niezwykłych prekursorów współczesnej ekonomii, XVI-wiecznych hiszpańskich uczonych, którzy podkreślali, że to co nazwali *pretium mathematicum*, ceną matematyczną, zależy od tak wielu szczególnych okoliczności, że człowiekowi nigdy nie dane będzie tego poznać, bo znane jest tylko Bogu. [...] To, co chciałem głównie pokazać [...] to to, że, na pewno na moim polu, ale wierzę także, że w naukach o człowieku w ogóle, to, co wygląda sztucznie, jak wiele naukowych procedur, jest często najbardziej nienaukowe, a poza tym, że na tych polach są określone ograniczenia co do osiągnięć, jakich możemy oczekiwać od nauki. [...] Jeśli człowiek nie ma czynić więcej szkody niż dobra w swoich wysiłkach na rzecz poprawy społecznego porządku, musi się nauczyć, że w tym [ekonomii] i na innych polach [...] nie może nabyć pełnej wiedzy [...]"[877].

Ten i kilka innych jeszcze głosów nie zostało jednakże w tamtym czasie wysłuchanych. Rok 2007 przyniósł natomiast przełomową, zdaniem wielu, książkę Romana Frydmana i Michaela D. Goldberga *Ekonomia wiedzy niedoskonałej*, po której, jak pisze noblista Edmund S. Phelps „ekonomiści muszą rozpocząć podróż w nieznane"[878]. Osobiście jestem nawet przekonana, że podróż ta czeka nie tylko ekonomistów i nie tylko tych, którzy na gruncie innych dziedzin wiedzy stosują metody ekonomiczne. Także prawnicy, choć z natury konserwatywni, zmuszeni będą choćby wziąć pod uwagę ten nowy, zaoferowany

[877] F. A. von Hayek: *The Pretence of Knowledge*. [w:] *Nobel Lectures, Economics 1969–1980*. Ed.: A. Linbeck, Singapore, 1992.
[878] E. S. Phelps: *Przedmowa*. [w:] R. Frydman, M. D. Goldberg, *Ekonomia wiedzy niedoskonałej*. Warszawa, 2009, s. xvii.

przez Frydmana i Goldberga, sposób myślenia. Ich propozycja ma bowiem – moim zdaniem – i będzie miała w przyszłości wymiar znacznie szerszy niż tylko ekonomiczny[879].

Frydman i Goldberg dowodzą w swojej książce, że uczestnicy rynku i ekonomiści dysponują tylko niedoskonałą wiedzą: „Mówimy o wiedzy niedoskonałej, gdy nikt nie ma dostępu do całkowicie zdeterminowanego modelu stanowiącego adekwatny, wedle wszelkich możliwych kryteriów, opis mechanizmu przyczynowo-skutkowego leżącego u podstaw wyników we wszystkich okresach czasu, w przeszłości i w przyszłości. Skoro wiedza jest niedoskonała, jednostki nie muszą widzieć świata przez pryzmat tego samego modelu [...]. [U]czestnicy rynku, działając w oparciu o różne preferencje, ograniczenia i czynniki przyczynowe, także przyjmą różne strategie przewidywania przyszłości jak również konsekwencji własnych decyzji"[880]. Taki punkt wyjścia, trzeba to przyznać, ma wiele implikacji doskonale kompatybilnych z założeniem niewspółmierności wartości. Pierwsza – i chyba najważniejsza – to taka, że przyjmując go, trzeba otwarcie uznać, iż nie da się, nawet przy najbardziej zaawansowanym i wyrafinowanym aparacie badawczym, skonstruować żadnego jedynie poprawnego modelu racjonalnego zachowania. Konstruowane dotychczas na gruncie ekonomii modele okazały się zresztą – czego nikt nie kryje – zawodne, odkryto bowiem, że faktyczne podmioty nie zachowują się zgodnie z tymi modelami. Jak jednak zauważają Frydman i Goldberg, ekonomiści behawioralni paradoksalnie nie uznali tego faktu za świadectwo nieadekwatności przyjętych modeli, ale za dowód, że

[879] Nie oznacza to oczywiście, że podobne do tej koncepcje nie pojawiły się już wcześniej (sama podałam przykład Hayeka) oraz że nie pojawiły się poza ekonomią i że wobec tego nie było dotychczas źródła, z którego można było czerpać inspirację tego rodzaju (wystarczy tu przecież przypomnieć choćby Poppera czy MacIntyre'a). Chodzi raczej o to, że ekonomia jest w powszechnym odczuciu przeciwieństwem „pięknoduchostwa" i jako taka w dobie królowania rozumu instrumentalnego jest, mimo wielokrotnych porażek, uznawana za najbardziej wiarygodną. Dlatego koncepcja ekonomiczna ma szansę wywrzeć, zwłaszcza na masową wyobraźnię, także wyobraźnię przeciętnego naukowca, wpływ, jakiego nie sposób nie doceniać.

[880] R. Frydman, M. D. Goldberg: *Ekonomia wiedzy niedoskonałej*. Warszawa, 2009, s. 7–8.

to ludzie są ograniczeni i nieracjonalni. Tym samym ekonomiści ci, zdaniem Frydmana i Goldberga, „ignorują wagę indywidualnej kreatywności, która jest niewątpliwie jedną z definicyjnych cech ludzkiego zachowania”[881]. To właśnie indywidualna kreatywność i niedoskonała wiedza powodują, że – jak wynika to z tytułu jednego z rozdziałów omawianej pracy – jednostka nie jest w pełni zrozumiała: „ekonomista nie jest w stanie ostatecznie stwierdzić, czy ktoś zachowuje się racjonalnie, czy nie, inaczej mówiąc, nie może ustalić, czy ktoś stara się realizować swoje cele w sposób rozsądny, czy też nie”[882]. Druga istotna implikacja to zarazem dokonana już dawno temu przez Keynesa obserwacja, że indywidualne decyzje zapadają w wyniku zastosowania nie tylko kalkulacji probabilistycznych czy statystycznych, ale także przy wykorzystaniu procedur nieformalnych, które nie dadzą się należycie przedstawić w ścisłej matematycznej postaci[883].

Autorzy *Ekonomii wiedzy niedoskonałej* antycypują też bardzo trafnie defensywny argument, jakim mogą posłużyć się ich krytykowani koledzy, a który – jak łatwo mogę sobie wyobrazić – mógłby paść i zresztą pada niekiedy także w ramach sporów prowadzonych na gruncie prawoznawstwa (ze strony zwolenników tych koncepcji, które posługują się szeroko rozumianym modelowaniem). Otóż Frydman i Goldberg podejrzewają, że zwolennicy dotychczasowego, standardowego podejścia ekonomicznego mogliby powiedzieć, że „ekonomia, jak każda inna dziedzina ludzkich dociekań, musi abstrahować od wielu cech rzeczywistego świata i że jej w pełni z góry ustalone modele są tu jedynie szczególnie odważnymi abstrakcjami”, a za Miltonem Friedmanem powtórzyliby, że założenia teorii nie muszą być realistyczne, ponieważ nigdy nie są, powinny być jedynie wystarczająco dobrymi przybliżeniami dla danych celów[884]. Innymi słowy argument ten sprowadzałby się do stwierdzenia, że modele mogą abstrahować od cech rzeczywistego świata, pod

[881] *Ibidem*, s. 11.
[882] *Ibidem*, s. 13.
[883] *Ibidem*, s. 33.
[884] *Ibidem*, s. 8.

warunkiem, że są to cechy nieistotne z punktu widzenia modelowanego problemu. Frydman i Goldberg odpowiadają na taki hipotetyczny zarzut krótko – że „modele całkowicie zdeterminowane są błędne nie ponieważ są abstrakcyjne, ale dlatego, że pomijają *zasadniczą* cechę wpływającą na wyniki na prawdziwych rynkach, mianowicie to, że uczestnicy rynku, podejmując decyzje, które kształtują te wyniki, muszą sobie radzić z niedoskonałą wiedzą”[885].

Znaczenie omówionego powyżej zwrotu w ekonomii jest z punktu widzenia analizowanego z tej książce założenia niewspółmierności wartości dwojakie. Z jednej strony stanowi potwierdzenie występowania tego samego trendu, którego częścią jest – moim zdaniem – dyskusja nad niewspółmiernością. Z drugiej zaś strony jest argumentem wspierającym stanowisko tych, którzy za realnością (niedosłowną oczywiście) zjawiska niewspółmierności się opowiadają. Bo nawet jeżeli twórcy ekonomii wiedzy niedoskonałej nie mówią wprost, że niedoskonałość naszej wiedzy to w jakimś stopniu efekt zjawiska niewspółmierności wartości, to co najmniej przyznają, że kwestia ludzkiej racjonalności lub jej braku nie może być rozstrzygnięta ostatecznie i raz na zawsze ani teraz, ani w przyszłości. Przy czym brak takiej perspektywy nie jest – w ich odczuciu – ani powodem do zmartwienia, ani do porzucenia badań. To raczej naturalna konsekwencja między innymi ludzkiej kreatywności oraz impuls otwierający nowe kierunki myślenia. I podobnie można myśleć o niewspółmierności wartości.

[885] *Ibidem*, s. 9, kursywa w oryginale.

INDEKS OSÓB

A

Achebe, Chinua 74
Ajdukiewicz, Kazimierz 317
Alexander, Larry 77–78
Alexy, Robert 21–25, 315, 423
Allan, Trevor 430
Amselek, Paul 388
Anderson, Elisabeth 65–77, 81, 126–127, 146–162, 168, 190, 228, 242–247, 270
Arrow, Kenneth 65, 219, 221, 233
Arystoteles 19, 142, 182, 228, 319

B

Barańczak, Stanisław 196
Bator, Andrzej 405
Bayles, Michael 372
Beccaria, Cesare 310
Beethoven, Ludwig van 83
Bentham, Jeremy 118, 310
Berlin, Isaiah 11, 20, 61–62, 83, 94, 100, 107–109, 441–445
Bix, Brian 87, 175–176, 377–378, 404, 418, 424, 429, 431
Bobbitt, Philip 245, 289, 298
Borucka-Arctowa, Maria 167
Boyle, Joseph 125, 209, 210
Brentano, Franz 149
Breyer, Stephen 255
Broome, John 53–59, 116–117, 124
Brożek, Bartosz 219
Buda, Stanisław 339
Bullock, Allan 331
Bulygin, Eugenio 123
Buonarotti, Michelangelo 113–114, 117, 193
Burley, Justine 424
Bush, George 17
Byron, Michael 226

C

Calabresi, Guido 245, 289, 298
Camilleri, Andrea 58
Cervantes, Miguel de 206
Chang, Ruth 39, 42–44, 48, 75–77, 80–83, 89, 92–93, 101–102, 112–118, 139–144, 162, 193, 199, 223–224, 227, 379
Chapman, Bruce 231–238, 242
Chmielewski, Adam 104
Chopin, Fryderyk 138
Cohen, Gerald Allan 12
Cohn, Georg 449
Coleman, Jules 378, 389–398, 414
Cotterrell, Roger 446
Czajkowski, Piotr 74

D

Descartes, René 388
Dickens, Charles 409–410
Dickson, Julie 255
Dolińska, Grażyna 264
Durkheim, Emil 310
Dworkin, Ronald 26, 31, 52, 71, 145, 155–156, 158–159, 221, 371–391, 396–406, 408–422, 424–431, 438, 441, 445–453

E

Eskridge, William N. 430

F

Feigl, Herbert 12, 14
Ferejohn, John 430
Ferri, Enrico 310
Feuerbach, Anselm 310
Fielding, Henry 206
Finnis, John 87–88, 100, 122, 125, 145–146, 176, 189, 208–214, 217–218, 235, 261, 418–424, 430–441
Fletcher, George 238
Friedman, Milton 462
Frydman, Roman 460–463
Fuller, Lon L. 144, 226

G

Gajdus, Felicjan 160
Gardbaum, Stephen 80, 83–84
Gardocki, Lech 327
George, Robert P. 176, 215–218
Giezek, Jacek 264
Gizbert-Studnicki, Tomasz 28, 177, 260, 280, 295
Głąb, Anna 19
Goldberg, Michael D. 460–463
Grabowski, Andrzej 21–22, 24, 123, 184
Gray, John 79, 83, 86–87, 100, 107–108, 175, 270, 275
Griffin, James 43, 49, 53, 80, 83–84, 91–92, 103, 111–112, 199
Grimmelshausen, Hans J.Ch. von 206
Grisez, Germain 125, 209–210
Grolman, Karl von 310
Gromski, Włodzimierz 405

H

Habermas, Jürgen 271, 331–332, 407
Hadfield, Gillian 228–229
Hampshire, Stuart 179
Hart, Herbert 236–238, 371–372, 404
Hayek, Friedrich A. von 459, 461
Hegel, Georg W. F. 310
Hirsch, Andrew von 327, 336
Holmes, Oliver 305

J

Jabłońska-Bonca, Jolanta 400
Jareborg, Nils 327
Jeffrey, Richard C. 45–46

K

Kaczmarek, Tomasz 264, 336
Kahneman, Daniel 233, 254–255, 262, 265, 269, 289
Kant, Immanuel 91, 174, 310
Kartezjusz *Patrz* Descartes, René
Kaufmann, Arthur 299, 302, 305
Kaźmierczyk, Stanisław 405
Kelly, John M. 15
Kelsen, Hans 441
King, Stephen 47–48
Kmita, Jerzy 46, 400
Kochanowski, Janusz 326
Kojder, Andrzej 89, 177
Konarska-Wrzosek, Violetta 340–341
Kordela, Marzena 30
Kornhauser, Lewis A. 88, 97, 99–100, 103, 126–128, 166–169, 219–222, 228
Kozak, Artur 405
Kozakiewicz, Helena 49

K (c.d.)

Królikowski, Michał 312–314, 319–320, 322, 326–328, 330–331, 336–337
Kuhn, Thomas 95

L

Lang, Wiesław 205, 298
Langer, Tomasz 400
Lautmann, Rüdiger 9, 14, 89, 90
Lazari-Pawłowska, Ija 9, 103
Leiter, Brian 275–276, 378, 389–398, 414
Lesage, Alain-René 206
Leszczyński, Jerzy 30
Levi, Edward H. 205
Lewandowski, Sławomir 41–42, 351
Liszt, Franz von 310
Lombroso, Cesare 310
Lukes, Steven 49, 61, 95, 161–164
Lyne, Adrian 137

Ł

Łabieniec, Paweł 218
Łojewska-Krawczyk, Maria 90–91, 93

M

MacCormick, Neil 12, 305, 352, 388
MacIntyre, Alasdair 94–95, 104–106, 443, 461
Macklem, Timothy 114
Malinowski, Andrzej 41–42, 351
Mann, Thomas 206
Marszałek, Robert 46
Michał Anioł *Patrz* Buonarotti, Michelangelo
Mill, John S. 102, 147
Miller, James 166
Minsky, Marvin L. 259
Mokrzycki, Edmund 49
Molière *Patrz* Poquelin, Jean Baptiste
Moore, George E. 119, 195
Moore, Henry 74
Morawski, Lech 30, 351, 355, 400–401, 404–405, 458
Motycka, Alina 90
Mozart, Wolfgang Amadeusz 46–48, 113–114, 116–117, 193

N

Nagel, Thomas 62, 98–99, 126, 179–185
Nashe, Thomas 206
Neurath, Otto 12
Nowacki, Józef 300–301, 304, 354–356, 359
Nowak, Leszek 400, 403–404
Nowak-Juchacz, Ewa 46
Nussbaum, Martha C. 19, 25, 64, 102, 176, 179, 228, 274–275

O

Ossowski, Stanisław 93

P

Paweł, św. 216
Pawłowski, Tadeusz 41–42
Peczenik, Aleksander 18, 25, 184, 357, 391
Perelman, Chaim 95–96, 314, 317, 324, 335, 354, 362
Petrażycki, Leon 166–167, 184
Petzel, Jacek 41–42, 351

P (c.d.)

Phelps, Edmund S. 460
Piechowiak, Marek 302, 305
Pildes, Richard 65, 69, 157–161, 242–247, 270
Platon 19, 118
Polanowska-Sygulska, Beata 61–62, 83, 89, 107–108, 110–111, 161, 441–442
Pollock, John L. 225
Popper, Karl 461
Poquelin, Jean Baptiste 388
Posner, Richard 15
Prakken, Henry 225, 242
Pulka, Zbigniew 405

Q

Quevedo, Francisco de 206

R

Radbruch, Gustav 21, 240–241
Radin, Margaret J. 170–171, 278, 291
Rawls, John 94, 235
Raz, Joseph 11, 13–14, 23, 46, 50–53, 57, 59, 65, 80, 84–85, 89, 96–98, 109, 120–121, 124, 131–141, 143–144, 146, 149, 153, 155, 161, 180, 182, 185–206, 208, 259, 404, 415, 424–428, 442
Redelbach, Andrzej 351
Ritov, Ilana 233, 254–255, 262, 265, 269, 289
Roeder, Karl 310
Ross, Alf 161
Rubik, Piotr 138
Russell, Bertrand 46

S

Salieri, Antonio 46
Sartor, Giovanni 225, 242
Scharffs, Brett 79, 83, 85, 119
Schauer, Frederick 18, 119, 269–270, 272–276, 278, 418
Schkade, David 233, 254–255, 262, 265, 269, 289
Sen, Amartya 11, 15, 24, 50, 63–64, 96, 119–120, 150, 174–175, 224, 226–227, 230–235, 243, 297, 332
Shakespeare, William 74, 196, 388
Shklar, Judith 445
Siemek, Marek J. 49
Simon, Herbert 225
Sitek, Wojciech 264
Siuda, Wojciech 237
Slote, Michael 225
Smolak, Marek 27, 86, 400, 404
Sondel, Janusz 290
Stallybrass, Oliver 331
Staśkiewicz, Wiesław 101
Stawecki, Tomasz 101
Stelmach, Jerzy 62, 219, 357
Stevenson, Charles L. 161
Stocker, Michael 102, 111, 224
Styron, William 125
Sunstein, Cass R. 46–48, 51–52, 63–64, 80, 118, 125, 133, 135–136, 151, 165–169, 194, 233, 254–255, 259, 262, 265–266, 269, 289, 296–306
Szaniawski, Klemens 44–45
Szekspir *Patrz* Shakespeare, William
Szpunar, Adam 277, 279–280, 282

S (c.d.)

Szymanek, Krzysztof 40, 351–352, 359
Szymczak, Mirosław 39–40
Szyszkowska, Maria 241

T

Tobor, Zygmunt 300–301, 304
Trombley, Stephen 331

V

Veitch, Scott 441–452

W

Wałachowska, Monika 279, 280, 283
Warylewski, Jarosław 310–311
Weinberger, Ota 12
Whitehead, Alfred N. 46
Wiggins, David 59–63, 119–120
Williams, Bernard 62–64, 151
Wittgenstein, Ludwig 176
Wojciechowski, Bartosz 49, 311
Wojtczak, Sylwia 49, 101, 126
Woleński, Jan 408, 413
Woźniak, Jacek 203–207
Wright, R. George 174, 215, 217
Wronkowska, Sławomira 351, 400, 402
Wróblewski, Jerzy 205, 255–256, 298, 332–333, 363–365

Z

Zajadło, Jerzy 241, 302
Załuski, Wojciech 219
Zieliński, Maciej 402
Ziembiński, Zygmunt 177, 351–353, 363, 391, 404
Zimmerman, Michael 51–52, 91
Zirk-Sadowski, Marek 41, 48, 149, 177, 271–273, 276, 289, 400, 405–406
Znamierowski, Czesław 3, 261

BIBLIOGRAFIA

ADLER Mathew: *Incommensurability and Cost-Benefit Analysis*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1371–1418, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

ADLER Mathew: *Law and Incommensurability: Introduction*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1169–1184, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

AJDUKIEWICZ Kazimierz: *Pomiar*. [w:] Idem: *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1945–1963*. T. 2, Warszawa, PWN, 2006.

ALEXANDER Larry: *Banishing the Bogey of Incommensurability*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1641–1649, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 1 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

ALEXY Robert: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Transl.: R. Adler, N. MacCormick. Oxford, Clarendon Press, 1989.

ALEXY Robert: *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. „Ratio Juris", vol. 16, no. 4, December 2003, s. 433–449.

ALLAN [Trevor] T. R. S.: *Justice and Fairness in Law's Empire*. „The Cambridge Law Journal", vol. 52, no 1, March 1993, s. 64–88.

ANDERSON Elisabeth: *Practical Reason and Incommensurable Goods*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 90–109.

ANDERSON Elisabeth: *Value in Ethics and Economics*. Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1993.

ARROW Kenneth J.: *Invaluable Goods*. „Journal of Economic Literature", vol. 35, June 1997, s. 757–765.

ARROW Kenneth J.: *Social Choice and Individual Values*. New York, Wiley, 1951.

ARYSTOTELES: *Etyka nikomachejska*. Przeł.: D. Gromska, Warszawa, PWN, 2007.

BAGNOLI Carla: *Deliberare, comparare, misurare*. „Ragion Pratica", no. 1, giugno 2006, s. 65–80

BARAŃCZAK Stanisław: *Ocalone w tłumaczeniu*. Wyd. 3, popr., Kraków, Wydawnictwo a5, 2004.

BATOR Andrzej, GROMSKI Włodzimierz, KOZAK Artur, KAŹMIERCZYK Stanisław, PULKA Zbigniew: *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*. Wyd. 1, Warszawa, LexisNexis, 2006.

BAYLES Michael: *Hart vs. Dworkin*. „Law and Philosophy", vol. 10, no. 4, November 1991, s. 349–381.

BERLIN Isaiah: *Cztery eseje o wolności*. Przekł.: D. Grinberg, D. Lachowska, J. Łoziński, Poznań, Zysk i S-ka, 2000, [Tyt. oryg.: *Four Essays on Liberty*].

BERLIN Isaiah: *Pokrzywione drzewo człowieczeństwa*. Red.: H. Hardy, przeł.: M. Pietrzak-Merta, M. Tański, Warszawa, Prószyński i S-ka, 2004, [Tyt. oryg.: *The Crooked Timber of Humanity*].

BIX Brian: *Dealing with Incommensurability for Dessert and Desert: Comments on Chapman and Katz*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1651–1670, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

BIX Brian: *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford, Clarendon Press, 1995.

BORUCKA-ARCTOWA Maria: *Poglądy na społeczne funkcje prawa w świetle badań empirycznych*. „Państwo i Prawo", z. 5, 1981.

BROOME John: *Is Incommensurability Vagueness?* [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 67–89.

BUDA Stanisław: *Dynamika analogii*. „Zagadnienia Filozoficzne w Nauce", nr 38, 2006, s. 127–141.

BULLOCK Allan, STALLYBRASS Oliver, TROMBLEY Stephen: *Słownik pojęć współczesnych*. Katowice, Książnica, 1999, [Tyt. oryg.: *The Fontana Dictionary of Modern Thought*].

BYRON Michael: *Could Aristotle Satisfice?* [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 190–212.

BYRON Michael: *Introduction*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 1–13.

CALABRESI Guido, BOBBITT Philip: *Tragic Choices*. New York, W. W. Norton & Company, 1978.

CHANG Ruth: *Against Constitutive Incommensurability or Buying and Selling Friends*. „Philosophical Issues", vol. 11, no. 1, October 2001, s. 33–60

CHANG Ruth: *Comparisons and the Justification of Choice*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1569–1598, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

CHANG Ruth: *Introduction*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 1–34.

CHANG Ruth: *Making Comparisons Count*. New York, London, Routledge, 2002.

CHANG Ruth: *The Possibility of Parity*. „Ethics", vol. 112, no. 4, July 2002, s. 659–688.

CHAPMAN Bruce: *Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1487–1528, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

CHMIELEWSKI Adam: *Niewspółmierność, nieprzekładalność, konflikt. Relatywizm we współczesnej filozofii analitycznej*. Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 1997.

COHN Georg: *Existentialism and Legal Science*. Transl.: G. H. Kendal, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publications Inc., 1967.

COLEMAN Jules L., HOLAHAN William L.: *Tragic Choices by Guido Calabresi and Philip Bobbitt* [review]. „California Law Review", vol. 67, no. 6, December 1979, s. 1379–1393.

COLEMAN Jules L., LEITER Brian: *Determinacy, Objectivity, and Authority*. [w:] *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Ed.: A. Marmor, New York, Oxford University Press, 1997, s. 202–278.

COWEN Tyler: *How Do Economists Think About Rationality?* [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 213–236.

CRASWELL Richard: *Incommensurability, Welfare Economics, and the Law*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1419–1464, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

DEVENNEY Mark: *Toward an Ethics of Incommensurability*. „Strategies", vol. 14, no. 2, 2001, [online] [dostęp:] 4 marca 2008, [@:] http://www.informaworld.com/smpp/content~content=a713697884&db=all.

DICKSON Julie: *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], 2001, sub. rev. 2005, [dostęp:] 4 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/

Dicta. Zbiór łacińskich sentencji, przysłów, zwrotów, powiedzeń z indeksem osobowym i tematycznym. Zebrał, oprac. i zredagował: Cz. Michalunio, Kraków, WAM, 2007.

DREIER James: *Why Ethical Satisficing Makes Sense and Rational Satisficing Doesn't*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 131–154.

DWORKIN Ronald: *A Matter of Principle*. Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1985.

DWORKIN Ronald: *A Reply by Ronald Dworkin*. [w:] *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Ed.: M. Cohen, London, Duckworth, 1984.

DWORKIN Ronald: *Biorąc prawa poważnie*. Przeł.: T. Kowalski, Warszawa, PWN, 1998, [Tyt. oryg.: *Taking Rights Seriously*].

DWORKIN Ronald: *Imperium prawa*. Tłum.: J. Winczorek, Warszawa, Wolters Kluwer, 2006 [Tyt. oryg.: *Law's Empire*].

DWORKIN Ronald: *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. „Philosophy & Public Affairs", vol. 25, no. 2, Spring 1996, s. 87–139.

DWORKIN Ronald: *On Gaps in the Law*. [w:] *Controversies About Law's Ontology*. Eds: N. MacCormick, P. Amselek, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991, s. 84–90.

DWORKIN Ronald: *Replies to Critics*. [w:] *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Ed.: J. Burley, Edinburgh, Blackwell Publishing, 2004.

ELLIS Stephen: *The Main Argument for Value Incommensurability (and Why It Fails)*. „The Southern Journal of Philosophy", vol. 46, no. 1, Spring 2008, s. 27–43.

Encyklopedia szkolna PWN. Literatura i nauka o języku. Red.: K. Damm, M. Kardasz, Warszawa, PWN, 2003.

EPSTEIN Richard A.: *Are Values Incommensurable, or Is Utility the Ruler of the World?* „Utah Law Review", vol. 1995, no. 3, s. 683–715.

ESKRIDGE William N., Jr., FEREJOHN John: *Politics, Interpretation, and the Rule of Law*. [w:] *Nomos XXXVI: The Rule of Law*. Ed.: I. Shapiro, New York, NY University Press, 1994, s. 265–294.

FALLON Richard H., Jr.: *Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law*. „Notre Dame Law Review", vol. 67, no. 3, 1992, s. 553–585.

FARBER Daniel A.: *Saving Overton Park: a Comment on Environmental Values*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1671–1685, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

FEIGL Herbert: *Uzasadnianie a usprawiedliwianie pragmatyczne*. Tłum.: E. Klimowicz, [w:] *Metaetyka*. Wybór i red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, PWN, 1975, s. 124–144.

FINNIS John: *Commensuration and Public Reason*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 215–233.

FINNIS John: *Concluding Reflections*. „Cleveland State Law Review", vol. 38, 1990, s. 231–250.

FINNIS John: *Natural Law and Legal Reasoning*. „Cleveland State Law Review", vol. 38, 1990, s. 1–13.

FINNIS John: *On Reason and Authority in Law's Empire*. „Law and Philosophy", vol. 6, no. 3, December 1987, s. 357–380.

FINNIS John: *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*. Tłum.: K. Lossman, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC, 2001, [Tyt. oryg.: *Natural Law and Natural Rights*].

FINNIS John, BOYLE Joseph, GRISEZ Germain: *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*. Oxford, New York, Oxford University Press, 1987.

FLETCHER George P.: *The Right and Reasonable*. „Harvard Law Review", vol. 98, no.5, March 1985, s. 949+.

FRYDMAN Roman, GOLDBERG Michael D.: *Ekonomia wiedzy niedoskonałej*. Przeł.: M. Krawczyk, Warszawa, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, 2009.

FULLER Lon L.: *Moralność prawa*. Tłum.: S. Amsterdamski, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC, 2004, [Tyt. oryg.: *The Morality of Law*].

GARDBAUM Stephen: *Law, Incommensurability, and Expression*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1687–1700, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

GARDOCKI Lech: *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, „Państwo i Prawo", z. 8–9, 1979, s. 129–134.

GEORGE Robert P.: *In Defense of Natural Law*. New York, Clarendon / Oxford University Press, 1999.

GIZBERT-STUDNICKI Tomasz: *Konflikt dóbr i kolizja norm*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", z.1, 1989, s.1–15.

GIZBERT-STUDNICKI Tomasz: *Znamiona porównawcze w kodeksie karnym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny", z.1, 1981, s. 157–165.

GLENN Patrick H.: *Are Legal Traditions Incommensurable?* „The American Journal of Comparative Law", vol. 49, no. 1, Winter 2001, s. 133–145.

GŁĄB Anna: *Rozum w świecie praktyki. Poglądy filozoficzne Marthy C. Nussbaum.* Warszawa, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2010.

GRABOWSKI Andrzej: *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków, Księgarnia Akademicka, 2009.

GRAY John: *Dwie twarze liberalizmu*. Przeł.: P. Rymarczyk, Warszawa, Fundacja ALETHEIA, 2001, [Tyt. oryg.: *Two Faces of Liberalism*].

GRIFFIN James: *Incommensurability: What's the Problem?* [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 35–51.

GRIFFIN James: *Mixing Values*. „Proceedings of the Aristotelian Society", Supplementary Volumes, vol. 65, 1991, s. 83–118.

GRIFFIN James: *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*. Oxford, Clarendon Press, 1986.

GRIMM Stephen R.: *Easy Cases and Value Incommensurability*. „Ratio" (New Series), vol. 20, no. 1, March 2007, s. 26–44.

GRISEZ Germain, BOYLE Joseph, FINNIS John: *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*. „American Journal of Jurisprudence", vol. 32, 1987, s. 99–151.

HABERMAS Jürgen: *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł.: A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe „Scholar", 2005, [Tyt. oryg.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur diskursiven Theorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*].

HADFIELD Gilian K.: *An Expressive Theory of Contract: from Feminist Dillemas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1235–1285, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

HAMPSHIRE Stuart: *Justice is Conflict*. Princeton, N.Y., Princeton University Press, 2000.

HART Herbert L. A.: *Eseje z filozofii prawa*. Tłum.: J. Woleński, Warszawa, Dom Wydawniczy ABC, 2001, [Tyt. oryg.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*].

HART Herbert L. A.: *The Ascription of Responsibility and Rights*. „Proceedings of the Aristotelian Society", New Series, vol. 49, 1948–1949, s. 171–194.

HAYEK Fridrich August von: *The Pretence of Knowledge (Nobel Memorial Lecture December, 11, 1974)*. [w:] *Nobel Lectures in Economics Sciences 1969–1980*. Ed.: Assar Lindbeck, Singapore, World Scientific Publishing Co., 1992, s. 179–188.

HSIEH Nien-hê: *Incommensurable Values*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], Mon 23 July, 2007, [dostęp:] 4 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/value--incommensurable/

HUANG Peter H.: *Dangers of Monetary Commensurability: A Psychological Game Model of Contagion*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1701–1722, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

HURKA Thomas: *Satisficing and Substantive Values*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s.71–76.

JABŁOŃSKA-BONCA Jolanta, LANGER Tomasz: *Weberowska idea racjonalizującego wyjaśniania a założenie racjonalności w koncepcjach J. Wróblewskiego*. „Studia Prawnicze", z. 3–4, 1985, s. 71–86.

JEFFREY Richard: *The Logic of Decision*. Chicago, University of Chicago Press, 1990.

JOHNSTON Jason Scott: *Million-dollar Mountains: Prices, Sanctions, and the Legal Regulation of Collective Social and Environmental Goods*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1327–1369, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

KACZMAREK Tomasz, DOLIŃSKA Grażyna, GIEZEK Jacek, SITEK Wojciech: *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*. Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 1987.

KANT Immanuel: *Ugruntowanie metafizyki moralności*. Przeł.: P. Zarychta, Kraków, Wydawnictwo Zielona Sowa, 2005, [Tyt. oryg.: *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*].

KATZ Leo: *Incommensurable Choices and the Problem of Moral Ignorance*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1465–1485, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

KAUFMANN Arthur: *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*. Trad.: G. Carlizzi, Napoli, Vivarium, 2004, [Tyt. oryg.: *Analogie und «Natur der Sache» – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*].

KEKES John: *The Morality of Pluralism*. Princeton, N.Y., Princeton University Press, 1993.

KELLY John M.: *Historia zachodniej teorii prawa*. Przeł.: D. Pietrzyk-Reeves *et al.*, Kraków, WAM, 2006, [Tyt. oryg.: *A Short History of Western Legal Theory*].

KMITA Jerzy: *Rehabilitacja „racjonalności instrumentalnej"*. [w:] *Rozum jest wolny, wolność – rozumna*. Red.: R. Marszałek, E. Nowak-Juchacz, Warszawa, IFiS PAN, 2002, s. 364–374.

KMITA Jerzy: *Z metodologicznych problemów interpretacji humanistycznej*. Warszawa, PWN, 1971.

KOCHANOWSKI Janusz: *Standard „rozsądnego człowieka" w prawie karnym*. „Studia Iuridica", t. 20., 1991, s. 125–135.

KOJDER Andrzej: *Godność i siła prawa*. Warszawa, Oficyna Naukowa, 1995.

KONARSKA-WRZOSEK Violetta: *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*. Toruń, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2002.

KORDELA Marzena: *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Bydgoszcz – Poznań, OW BRANTA, 2001.

KORNHAUSER Lewis A.: *No Best Answer?* „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1599–1637, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

KORSGAARD Christine M.: *The Dependence of Value on Humanity*. [w:] Joseph Raz: *The Practice of Value*. New York, Oxford University Press, 2003 [repr. 2008], s. 63–85.

KRĄPIEC Mieczysław A.: *Analogia*. [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii* [online:] Internetowa wersja PEF, [dostęp:] 12 czerwca 2008, [@:] http://ptta.pl/pef/pdf/a/analogia.pdf

KRĄPIEC Mieczysław A.: *Dzieła. Teoria analogii bytu*. T. 1, Lublin, RW KUL, 1993.

KRÓLIKOWSKI Michał: *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*. Warszawa, Wyd. C. H. Beck, 2005.

KUHN Thomas: *Postscriptum (1969)*. Przeł.: J. Nowotniak, [w:] Thomas Kuhn: *Struktura rewolucji naukowych*. Przeł.: H. Ostromęcka, Warszawa, Fundacja ALETHEIA, 2001 [Tyt. oryg.: *The Structure of Scientific Revolutions*].

LANG Wiesław, WRÓBLEWSKI Jerzy: *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*. Warszawa, PWN, 1986.

LAUTMANN Rüdiger: *Uwagi o metaetyce*. Tłum.: I. Lazari-Pawłowska, [w:] *Metaetyka*. Wybór i red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, PWN, 1975, s. 13–18.

LAZARI-PAWŁOWSKA Ija: *Relatywizm etyczny*. [w:] Eadem: *Etyka. Pisma wybrane*. Red.: P. Smoczyński, Wrocław, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1992, s. 109–120.

LEITER Brian: *Incommensurability: Truth or Consequences?* „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1723–1731, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

LESZCZYŃSKI Jerzy: *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków, Universitas, 2010.

LEVY Edward H.: *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago & London, The University of Chicago Press, 1949.

LEWANDOWSKI Sławomir, MALINOWSKI Andrzej, PETZEL Jacek: *Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*. Warszawa, LexisNexis, 2004.

LUCY William: *Understanding and Explaining Adjudictaion*. New York, Oxford University Press, 1999.

LUKES Steven: *Comparing the Incomparable: Trade-offs and Sacrifices*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, 184–195.

LUKES Steven: *Niewspółmierność w nauce i w etyce*. Tłum.: A. Romaniuk, [w:] *Racjonalność współczesności. Między filozofią a socjologią*. Red.: H. Kozakiewicz, E. Mokrzycki, M. J. Siemek, Warszawa, PWN, 1992, s. 131–146.

ŁABIENIEC Paweł: *Prawo rozumu. O teorii prawa naturalnego Johna Finnisa*. Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2004.

ŁOJEWSKA-KRAWCZYK Maria: *Wiedza o wartościach*. [w:] *Wiedza a wartości*. Red.: A. Motycka, Warszawa, IFiS PAN, 2001, s. 9–47.

MACCORMICK Neil: *Law, Morality and Positivism* [w:] Neil MacCormick, Ota Weinberger: *An institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1992, s. 127–144.

MACCORMICK Neil: *Rethoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford, New York, Oxford University Press, 2009.

MACINTYRE Alasdair: *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?* Przeł.: A. Chmielewski *et al*., Warszawa, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2007, [Tyt. oryg.: *Whose Justice? Which Rationality?*].

MACINTYRE Alasdair: *Dziedzictwo cnoty. Studium z teorii moralności*. Przeł.: A. Chmielewski, Warszawa, PWN, 1996, [Tyt. oryg.: *After Virtue. A Study In Moral Theory*].

MACINTYRE Alasdair: *Etyka i polityka*. Przeł.: A. Chmielewski *et al*., Warszawa, PWN, 2009, [Tyt. oryg.: *Ethics and Politics. Volume 2*].

MACKLEM Timothy: *Choice and Value.* „Legal Theory", vol. 7, no. 01, March 2001, s. 1–34.

MASON Elinor: *Value Pluralism*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], Tue June 20, 2006, [dostęp:] 4 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/value-pluralism/

Metaetyka. Wybór i red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, PWN, 1975.

MILLER James: *"Democracy is in the Streets": from Port Huron to the Siege of Chicago*. New York, Simon & Schuster Inc., 1987.

MILLGRAM Elijah: *Incommensurability and Practical Reasoning*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 151–169.

MINSKY Marvin L.: *The Society of Mind*. New York, Simon & Schuster Inc.,1986.

MOORE George E.: *Principia Ethica*. Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1903.

MORAWSKI Lech: *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Wyd. II, Warszawa, PWN, 2000.

MORAWSKI Lech: *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*. „Państwo i Prawo", z. 11, 2000, s. 29–38.

MORAWSKI Lech: *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*. Toruń, TNOiK „Dom Organizatora", 2002.

MORAWSKI Lech: *Zasady wykładni prawa*. Toruń, TNOiK „Dom Organizatora", 2006.

NAGEL Thomas: *The Fragmentation of Value*. [w:] Idem: *Mortal Questions*. Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1979, s. 128–141.

NARVESON Jan: *Maxificing: Life on Budget; or, If You Would Maximize, Then Satisfice!* [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 59–70.

NOWACKI Józef: *Analogia legis*. Warszawa, PWN, 1966.

NOWACKI Józef, TOBOR Zygmunt: *Wstęp do prawoznawstwa*. Kraków, Zakamycze, 2000.

NOWAK Leszek: *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*. Warszawa, PWN, 1973.

NUSSBAUM Martha C.: *Mill between Aristotle & Bentham.* „Daedalus", vol. 133, no. 2, 2004, s. 60+, [online library:] Questia, [@:] www.questia.com.

NUSSBAUM Martha C.: *Plato on Commensurability and Desire*. [w:] Eadem: *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature.* New York, Oxford University Press, 1990, s. 106–124.

NUSSBAUM Martha C.: *The Cost of Tragedy: Some Moral Limits of Cost--Benefit Analysis*. „The Journal of Legal Studies", vol. 29, no. 2, June 2000, s. 1005–1036.

NUSSBAUM Martha C.: *The Dicernment of Perception: An Aristotelian Conception of Private and Public Rationality*. [w:] Eadem: *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*. New York, Oxford University Press, 1990, s. 54–105.

OSSOWSKI Stanisław: *Dzieła. Z zagadnień psychologii społecznej*. T. 3, Warszawa, PWN, 1967.

OSSOWSKI Stanisław: *O osobliwościach nauk społecznych*. Warszawa, PWN, 2001.

PAWŁOWSKI Tadeusz: *Pojęcia i metody współczesnej humanistyki*. Wrocław, Ossolineum, 1977.

PECZENIK Aleksander: *Against Reductionism*. „Associations – Journal of Social and Legal Theory", vol. 2, no. 1, 1998, s. 101–120.

PECZENIK Aleksander: *On Law and Reason*. Dordrecht–Boston–London, Kluwer Academic Publishers, 1989.

PERELMAN Chaim: *Logika prawnicza. Nowa retoryka*. Przeł.: T. Pajor, Warszawa, PWN, 1984, [Tyt. oryg.: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*].

PERELMAN Chaim: *O sprawiedliwości*. Tłum.: W. Bieńkowska, Warszawa, PWN, 1959.

PETRAŻYCKI Leon: *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. T. 2, oprac.: W. Leśniewski, Warszawa, PWN, 1960, [Tyt. oryg.: *Tieorija prawa i gosudarstwa w swiazi s tieorijej nrawstwiennosti*].

PHELPS Edmund S.: *Przedmowa*. [w:] Frydman Roman, Goldberg Michael D.: *Ekonomia wiedzy niedoskonałej*. Przeł.: M. Krawczyk, Warszawa, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, 2009, s. xiii–xix.

PIECHOWIAK Marek: *Arthur Kaufmann – hermeneutyka prawnicza*. [w:] *Przyszłość dziedzictwa.* […] *portrety filozofów prawa*, Red.: J. Zajadło. T.2, Gdańsk, Arche, 2008, s. 135–167.

PIECHOWIAK Marek: *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Artura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*. Warszawa–Poznań, Instytut Nauk Prawnych PAN, 1992.

PILDES Richard H., ANDERSON Elisabeth S.: *Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics*. „Columbia Law Review", vol. 90, no. 8, December 1990, s. 2121–2214.

PIPPIN Robert: *The Conditions of Value*. [w:] Joseph Raz: *The Practice of Value*. New York, Oxford University Press, 2003 [repr. 2008], s. 86–105.

POLANOWSKA-SYGULSKA Beata: *Każdy musi podjąć decyzję. Steven Lukes w rozmowie z Beatą Polanowską-Sygulską*. „Przegląd Polityczny", nr 73/74, 2005, s. 115–117.

POLANOWSKA-SYGULSKA Beata: *Oblicza liberalizmu. Isaiah Berlin, John Gray, Steven Lukes i Joseph Raz w rozmowie z Beatą Polanowską--Sygulską*. Kraków, Księgarnia Akademicka, 2003.

POLANOWSKA-SYGULSKA Beata: *Pluralizm i tragiczność*. [w:] *Studia z filozofii prawa*. Red.: J. Stelmach, T. 2, Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2003, s. 185–200.

POLANOWSKA-SYGULSKA Beata: *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*. Kraków, Księgarnia Akademicka Ośrodek Myśli Politycznej, 2008.

POLLOCK John L.: *Cognitive Carpentry: A Blueprint for How to Build a Person*. Cambridge (Ma), MIT Press, 1995.

POSNER Eric. A.: *The Strategic Basis of Principled Behavior: a Critique of the Incommensurability Thesis*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1185-1215, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

POSNER Richard: *The Problems of Jurisprudence*. London, Harvard University Press, 1990.

PRAKKEN Henry, SARTOR Giovanni: *The Three Faces of Defeasibility in the Law*. „Ratio Juris", vol. 17, no. 1, March 2004, s. 118–139.

RADBRUCH Gustav: *Rechtsphilosophie III*. Bearb.: W. Hassemer, [w:] Gustav Radbruch: *Gesamtausgabe*. Bd 3, Hrsg.: A. Kaufmann, Heidelberg, Müller Juristischer Verl., 1990.

RADBRUCH Gustav: *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*. Przeł.: Cz. Tarnogórski [Tyt. oryg.: *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*], [w:] Maria Szyszkowska: *Zarys filozofii prawa*. Białystok, Temida 2, 1994, s. 237–250.

RADIN Margaret J.: *Compensation and Commensurability*. „Duke Law Journal", vol. 43, no. 1, October 1993, s. 56–86.

RAWLS John: *Teoria sprawiedliwości*. Przeł.: M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa, PWN, 1994, [Tyt. oryg.: *A Theory of Justice*].

RAZ Joseph: *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. New York, Oxford University Press, 2001.

RAZ Joseph: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. New York, Oxford University Press, 1995.

RAZ Joseph: *Facing Up: A Reply*. „Southern California Law Review", vol. 62, nos. 3&4, March–May 1989, s. 1153–1235.

RAZ Joseph: *Incommensurability and Agency*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 110–128.

RAZ Joseph: *Mixing Values*. [w:] Idem: *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*. Oxford, 2001, s. 182–201.

RAZ Joseph: *On the Nature of Law*. „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", no. 82, 1996, s. 1–25.

RAZ Joseph: *The morality of freedom*. New York, Oxford University Press, 1986.

RAZ Joseph: *The Practice of Value*. New York, Oxford University Press, 2003 [repr. 2008].

RAZ Joseph: *The Relevance of Coherence*. „Boston University Law Review", vol. 72, no. 2, March 1992, s. 273–320.

RAZ Joseph: *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004.

REDELBACH Andrzej, WRONKOWSKA Sławomira, ZIEMBIŃSKI Zygmunt: *Zarys teorii państwa i prawa*. Warszawa, PWN, 1993.

REGAN Donald: *Value, Comparability and Choice*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 129–150.

RICHARDSON Henry S.: *Moral Reasoning*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], Mon Sep 15, 2003; sub. rev. August 4, 2007, [dostęp:] 4 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-moral/

RICHARDSON Henry S.: *Satisficing: Not Good Enough*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 106–130.

ROBBENNOLT Jennifer K., DARLEY John M., MACCOUN Robert J.: *Symbolism and Incommensurability in Civil Sanctioning: Decision Makers as Goal Managers*. „Boalt Working Papers in Public Law", no. 11, 2003, [plik pdf], [dostęp:] 7 lutego 2009, [@:] http://escholarship.org/uc/item/1zx0q651

ROOJEN Mark van: *The Plausibility of Satisficing and the Role of Good in Ordinary Thought*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 155–175.

ROSS Alf: *Argumentacja i perswazja*. Tłum.: I. Lazari-Pawłowska, [w:] *Metaetyka*. Wybór i red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, PWN, 1975, s. 163–184.

SCHARFFS Brett G.: *The Adjudication and the Problems of Incommensurability*. „William and Mary Law Review", vol. 42, no. 4, 2001, s. 1367+, [online library:] Questia, [@:] www.questia.com

SCHAUER Frederick: *Commensurability and Its Constitutional Consequences*. „Hastings Law Journal", vol. 45, April 1994, s. 785–812, [online database:] HeinOnline, [dostęp:] 11 lipca 2008.

SCHAUER Frederick: *Instrumental commensurability*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1215–1234, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

SCHAUER Frederick: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York, Oxford University Press, 1992.

SCHMIDTZ David: *Satisficing as Humanly Rational Strategy*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 30–58.

SCHROEDER Mark: *Value Theory*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], Tue Feb 5, 2008, [dostęp:] 4 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/value-theory/

SEN Amartya: *Internal Consistency of Choice*. „Econometrica" , vol. 61, no. 3., May 1993, s. 495–521.

SEN Amartya: *Maximization and the Act of Choice*. „Econometrica", vol. 65, no. 4., July 1997, s. 745–780.

SEN Amartya: *On Ethics & Economics*. Malden (Ma), Oxford (UK), Carlton, Blackwell Publishing, 1988.

SEN Amartya: *The Idea of Justice*. Cambridge (Ma), The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SHKLAR Judith N.: *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge (Ma), Harvard University Press, 1986.

SIMON Herbert: *A Behavioral Model of Rational Choice*. „Quarterly Journal of Economics", vol. 69, no. 1, February 1955, s. 99–118.

SIUDA Wojciech: *Elementy prawa dla ekonomistów*. Poznań, Scriptum, 1999.

SLOTE Michael: *Two Views of Satisficing*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 14–29.

Słownik języka polskiego PWN. Red.: M. Szymczak. T. 1–3, Warszawa, PWN, 1999.

SMOLAK Marek: *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Kraków, KW Zakamycze, 2003.

SONDEL Janusz: *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*. Kraków, Universitas, 2003.

STELMACH Jerzy: *Kodeks argumentacyjny dla prawników*. Kraków, Zakamycze, 2003.

STELMACH Jerzy, BROŻEK Bartosz, ZAŁUSKI Wojciech: *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa, Wolters Kluwer Polska, 2007.

STEVENSON Charles L.: *Istota sporów etycznych*. [w:] *Metaetyka*. Wybór i red.: I. Lazari-Pawłowska, Warszawa, PWN, 1975, s. 113–123.

STOCKER Michael: *Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict and Maximization*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 196–214.

STOCKER Michael: *Plural and Conflicting Values*. New York, Oxford University Press, 1989.

STRUDLER Allan: *Incommensurable Goods, Rightful Lies, and the Wrongness of Fraud*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1529–1567, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

SUNSTEIN Cass R.: *Commentary on Analogical Reasoning*. „Harvard Law Review", vol. 106, no. 3, 1993, s. 741–791.

SUNSTEIN Cass R.: *On the Expressive Function of law*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 144, no. 5, May 1996, s. 2021–2053.

SUNSTEIN Cass R: *Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 234–254.

SUNSTEIN Cass R: *Incommensurability and Valuation in Law*. „Michigan Law Review", vol. 92, no. 4, 1992, s. 779–861.

SUNSTEIN Cass R: *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York, Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN Cass R., KAHNEMAN Daniel, SCHKADE David, RITOV Ilana: *Predictably Incoherent Judgments*. „Stanford Law Review", vol. 54, no. 6, June 2002, s. 1153+, [online library:] Questia, [@:] www.questia.com

SWANTON Christine: *Satisficing and Perfectionism in Virtue Ethics*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 176–189.

SZANIAWSKI Klemens: *Teoria decyzji a etyka*. [w:] Idem: *O nauce, rozumowaniu i wartościach. Pisma wybrane*. Wybrał i oprac.: J. Woleński, Warszawa, PWN, 1994, s. 476–485.

SZPUNAR Adam: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*. Bydgoszcz, OW BRANTA, 1999.

SZYMANEK Krzysztof: *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*. Warszawa, PWN, 2004.

TAYLOR Charles: *Leading a Life*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 170–183.

VEITCH Scott: *Moral Conflict and Legal Reasoning*. Oxford–Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999.

WAŁACHOWSKA Monika: *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*. Toruń, TNOiK, 2007.

WARNER Richard: *Does Incommensurability Mmatter? Incommensurability and Public Policy*. „University of Pennsylvania Law Review", vol. 146, no. 5, June 1998, s. 1287–1325, [online database] *Academic Search Complete*, EBSCO*host*, [dostęp:] 5 marca 2008, [@:] http://search.ebscohost.com/

WARNER Richard: *Incommensurability as A Jurisprudential Puzzle*. „Chicago–Kent Law Review", vol. 68, 1992, s. 147–170.

WARYLEWSKI Jarosław: *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*. Gdańsk, Uniwersytet Gdański, 2007.

WEBER Michael: *A New Defense of Satisficing*. [w:] *Satisficing and Maximizing. Moral Theorists on Practical Reason*. Ed.: M. Byron, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2004, s. 77–105.

WENDEL W. Bradley: *Value Pluralism in Legal Ethics*. „Washington University Law Quarterly", vol. 78, no. 1, Spring 2000, s. 113–213.

WIGGINS David: *Incommensurability: Four Proposals*. [w:] *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Ed.: R. Chang, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 1997, s. 52–66.

WIGGINS David: *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*. New York, Oxford University Press, 1998.

WILLIAMS Bernard: *A Critique of Utilitarianism*. [w:] J. J. C. Smart, Bernard Williams: *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge, Cambridge University Press, 1973, s. 82–117.

WILLIAMS Bernard: *Moral Luck*. Cambridge, Cambrodge University Press, 1981.

WILLIAMS Bernard: *Relativism, History and Existence of Values*. [w:] Joseph Raz: *The Practice of Value*. New York, Oxford University Press, 2003 [repr. 2008], s. 106–118.

WINTER Steven L.: *Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law*. „California Law Review", vol. 78, no. 6, December 1990, s. 1441–1541.

WITTGENSTEIN Ludwig: *Dociekania filozoficzne*. Tłum.: B. Wolniewicz, wyd. 3, Warszawa, PWN, 2008, [Tyt. oryg.: *Philosophische Untersuchunden*].

WOJCIECHOWSKI Bartosz: *Interkulturowe prawo karne*. Toruń, Wydawnictwo Adam Marszałek, 2009.

WOJTCZAK Sylwia: *Kilka uwag o pojęciu niewspółmierności oraz o jego przydatności dla filozofii i teorii prawa*. [w:] *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*. Red.: B. Wojciechowski, M. Golecki, Toruń, Wydawnictwo Adam Marszałek, 2008, s. 248–262.

WOJTCZAK Sylwia: *Założenie niewspółmierności wartości a dyskrecjonalność sędziowska*. [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*. Red. nauk.: T. Stawecki, W. Staśkiewicz, Warszawa, LexisNexis, 2010.

WOLEŃSKI Jan: *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina*. [wstęp do:] Ronald Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*. Warszawa, PWN, 1998, s. VII–XIX.

WOLTER Władysław: *Sądowe zastępowanie ilościowych znamion ocennych przez znamiona określone liczbowo*. „Państwo i Prawo", z. 1, 1977, s. 3–7.

WOOZLEY [Anthony] A. D.: *No Right Answer*. „Philosophical Quarterly", vol. 29, no. 114, January 1979, s. 25–34.

WOŹNIAK Jacek: *Logiczna analiza pojęć typologicznych*. Warszawa, Polskie Towarzystwo Semiotyczne, 1990.

WRIGHT R. George: *Does Free Speech Jurisprudence Rest on a Mistake?: Implications of the Commensurability Debate*. „Loyola of Los Angeles Law Review", vol. 23, 1990, s. 763–789.

WRONKOWSKA Sławomira: *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*. [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*. Red.: S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań, UAM, 1990, s. 117 i n.

WRONKOWSKA Sławomira: *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*. Poznań, UAM, 1982.

WRÓBLEWSKI Jerzy: *Problem nieporównywalności w komparatystyce prawniczej*. „Państwo i Prawo", z. 8–9, 1975, s. 3–16.

WRÓBLEWSKI Jerzy: *Problems Related to the One Right Answer Thesis*. „Ratio Juris", vol. 2, no. 3, December 1989, s. 240–253.

WRÓBLEWSKI Jerzy: *Wartości a decyzja sądowa*. Wrocław, Ossolineum, 1973.

ZAJADŁO Jerzy: *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk, Arche, 2001.

ZIEMBIŃSKI Zygmunt: *O czym mówią prawnicy, gdy mówią o „ocenach”*. „Państwo i Prawo”, z. 12, 1986, s. 11–23.

ZIEMBIŃSKI Zygmunt: *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warszawa, PWN, 1980.

ZIEMBIŃSKI Zygmunt: *Wstęp do aksjologii dla prawników*. Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1990.

ZIMMERMAN Michael J.: *Intrinsic vs. Extrinsic Value*. [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed.: E. N. Zalta [online], 2002 (sub. rev. 2007), [dostęp:] 5 czerwca 2008, [@:] http://plato.stanford.edu/entries/value-intrinsic-extrinsic/

ZIRK-SADOWSKI Marek: *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1998.

ZIRK-SADOWSKI Marek: *Rozumienie ocen w języku prawnym*. Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1984.

ZNAMIEROWSKI Czesław: *Oceny i normy*. Warszawa, PWN, 1957.

ZNAMIEROWSKI Czesław: *Rozważania wstępne do nauki o moralności i prawie*. Warszawa, PWN, 1964.

On Incommensurability of Values and Its Consequences for the Application of Law

Summary

The book concerns the issue of incommensurability of values and touches on the question of some of the consequences of the phenomenon of incommensurability of values for the law application process.

The conception of incommensurability of values is not a commonly accepted one. On the contrary, it raises many disputes and controversies. Also, it is not ultimately clear – even for those who accept this conception – what incommensurability is and what consequences it has for practical reasoning, also including legal reasoning.

This book, therefore, presents a variety of – assumed by various authors – ways of understanding the concept of value incommensurability, such as: incommensurability as a mere incomparability, incommensurability as absence of a common measure, incommensurability as an impossibility of ordering, incommensurability as a failure of transitivity, incommensurability as indeterminacy, incommensurability as a tragedy and absence of a uniform decision-making matrix, and finally incommensurability as approached by one of the most ardent and influential champions, next to Joseph Raz, of the incommensurability thesis – Elisabeth Anderson.

Since it has not as yet been agreed what incommensurability is, no consensus has been achieved in respect of what it is not, either. In view of the foregoing the book presents a variety of outlooks on this issue. And so, some of the authors postulate that incommensurability should be differentiated from: indeterminacy, uncertainty, incomparability, noncomparability, incompatibility, unsubstitutability, unexchangeability, irreplaceability,

uncompensability, or uncomputability that occur between various objects.

Next, it is indicated that supporters of the value incommensurability thesis understand this notion not only as incommensurability of literally understood values, but of other objects as well, such as options, goods, arguments, rights, and others. Anyway, even if you exclusively study incommensurability of exactly understood values, then differentiation also applies here, as it may be about values defined for certain specific situations, as well as values being certain general categories, concepts, ideas, or theories.

Further on, the book indicates the philosophical directions that may be linked to the conception of incommensurability and which are criticized from the point of view of incommensurability. Hence the broad discussion of the relationship between incommensurability of values and ethical monism, relativism, and pluralism, and the indication of the principled anticonsequentialism of the value incommensurability thesis.

The book also presents the sources and kinds of incommensurability found in the literature on the subject.

The notion of constitutive incommensurability, originated by Joseph Raz, is discussed separately in the book, and so are the ways of developing and transforming this notion by other philosophers. In the author's opinion, anyway, the concept of constitutive incommensurability is of particular importance for the law, since, apart from its other functions, the law also fulfils the expressive function, which means that it expresses or declares certain values that are significant for the law itself. Thus, not infrequently, the law is an instrument that serves to express and protect, and often to intentionally develop constitutive incommensurability in relation to certain objects.

Another important part of the book is the analysis of the issues pertaining to rational decision making in a situation of incommensurability of values. In a way, this chapter is meant to address the concerns of the critics of the value incommensurability thesis who claim that such a phenomenon, if it actually

existed, would pose a threat to human rationality. This is so because, in their opinion, decision making is rational only if it follows value comparisons of the available options and selection of the winner that is second to none or at least as good as the other available options. Meanwhile, supporters of the value incommensurability thesis believe that in a value incommensurability situation it is possible to make decisions in a manner that at least cannot be dubbed irrational, or which – even – is fully rational; this rationality, however, being of a different kind – more suitable for the generic valuation process. They are of the opinion that it is possible to make decisions and choose from incommensurable options applying methods other than mere comparison. Thus they question maximization and optimization as the sole rational decision-making mechanisms. According to them, such strategies as: satisficing, maximalizing, and absolutizing are appropriate for individual decision making. Collective decisions may employ conceptually sequenced argument, cyclicity, neutrality, or avoidance. The aspect of limited comparability of objects that are the bearers of mixed values, developed by Raz, is treated separately. The author observes the similarity of this project to Jacek Woźniak's reconstruction of the functioning of typological notions in natural language.

Another issue under analysis in the book is the impact of incommensurability on the law application process, which is presented on several selected examples. The starting point for this analysis is Marek Zirk-Sadowski's postulation that although lawyers do accept the value incommensurability thesis, out of necessity they suspend this thesis for the purposes of legal reasoning. A consequence of such suspension is that the law application process employs comparisons of what is incommensurate. Therefore, the book examines the decision-making process in the course of the law application on adjudicating compensation for non-property damage (this is where incommensurability of such damage and money is frequently brought to attention) and the judicial imposition of criminal penalty (since in this context incommensurability of offence and punishment is

frequently mentioned). The conclusions drawn from this study are as follows: the law application process does not really involve comparison of what is incommensurate. No comparisons of non-property damage and money or offence and punishment are applied, among other things for the reason that no choices are made between these objects. Therefore, it is not necessary to suspend the value incommensurability assumption. The decision-making process in the course of law application utilises such ways of reasoning that are not at all founded on comparisons of incommensurate objects. On making decisions in the law application process in an incommensurability situation, lawyers avoid this risk by employing the kind of reasoning that is based on analogy as well as the standards, as developed by the legislator and legal doctrine, that are subject to incompletely theorized agreements. The foregoing concept has the advantage of clarifying, or even removing, the various problems that have so far arisen in connection with the cases under discussion. For instance, it explains why, notwithstanding the incommensurability of non-property damage and money, the institution of redress is nevertheless accepted; why the compensations adjudged in various countries for similar non-property damages substantially vary; what are the difficulties with retributive justice, etc.

Additionally, the book analyses the relationships between incommensurability of values and prerequisites of the *a fortiori* argument.

Finally, the book examines the relationship between the assumed position on incommensurability of values and the one right answer thesis proposed by Ronald Dworkin. It is finally concluded that it is Dworkin's non-acceptance of the assumption of incommensurability of values that is the most important (if not the only) reason that basically informs the one right answer thesis. Also, the paper presents the broad critique of Dworkin's position on incommensurability of values.