

**Mariusz Jerzy Golecki**

## Precedens sądowy w świetle ewolucji brytyjskiego pozytywizmu prawniczego

### *I. Precedens w prawie angielskim – uwagi wstępne*

Problematyka rozumienia precedensu sądowego pozostaje przedmiotem ożywionej refleksji zarówno teoretyków prawa, jak i komparatystów, a także punktem odniesienia dla innych dyscyplin w ramach prawoznawstwa. Wydaje się, że szczególne miejsce w tych rozważaniach zajmować powinna kwestia rozumienia precedensu w prawie angielskim. Wynika to przynajmniej z trzech przesłanek.

Po pierwsze, stanowiąca punkt odniesienia dla refleksji nad precedensem w różnych systemach i kulturach prawnych forma wiążącego, normatywnego precedensu, rozumianego jako pierwsze orzeczenie w danej sprawie stanowiące źródło normy wiążącej określone sądy na przyszłość, zgodnie z założeniami tej doktryny, wykształciła się w pełnej formie właściwie jedynie w prawie angielskim, albo też w ścisłym powiązaniu z rozwojem precedensu w angielskim *common law*. W tym sensie wiążący precedens sądowy stanowi rodzaj prototypu czy też przypadku wzorcowego, z którym konfrontowane są różne przejawy prawotwórczej aktywności sądów występujące nie tylko poza prawem angielskim, ale także poza kulturą prawa precedensowego, a zatem także w systemach prawa stanowionego (kontynentalnego).

Po drugie, precedens rozumiany jako orzeczenie sądu a zarazem źródło norm prawnych ustanowionych w powiązaniu z rozstrzygnięciem danej sprawy, stanowiący podstawowe źródło prawa w *common law* wykształcił się najwcześniej, bo na przełomie wieku XVI i XVII. Wreszcie po trzecie dodać należy, że wykształcenie się doktryny wiążącego precedensu postępowало w pewnej izolacji w stosunku do rozwoju podobnych instytucji w innych kulturach i systemach prawnych,

zarówno inspirując jak i odzwierciedlając ustalenia filozoficzno prawne poczynione w angielskiej, czy szerzej brytyjskiej filozofii prawa oraz do pewnego stopnia także filozofii politycznej. Stąd też wydaje się zasadne przedstawienie zagadnień związanych z wykształceniem się precedensu w powiązaniu z ewolucją brytyjskiej analitycznej filozofii prawa, albowiem badanie związków występujących pomiędzy precedensem i pozytywizmem rzucić może nowe światło zarówno na rozumienie charakteru samego precedensu jak i problemów związanych z rozumieniem jego mocy wiążącej.

W systemie prawa angielskiego, w szczególności w sędziowskim *common law* pojęcie precedensu używane jest w odniesieniu do ogólnej i abstrakcyjnej normy (*ratio decidendi*), wyrażonej w orzeczeniu dotyczącym rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, pozostającej w związku z towarzyszącym jej stanem faktycznym, ale wykraczającym poza rozwiązanie stanowiące rozstrzygnięcie danej sprawy w postaci normy indywidualnej i konkretnej. Tak rozumiany precedens posiada moc wiążącą *de iure* (precedens konkretny i normatywny). Nie występują natomiast precedensy abstrakcyjne.

Wydanie orzeczenia niezgodnego z normą wyrażoną w precedensie skutkuje uznaniem orzeczenia za wydane z naruszeniem prawa. Sąd niższej instancji związany jest nim formalnie (związanie wertykalne). Kluczowe dla funkcjonowania precedensu jest zatem istnienie zcentralizowanej, jednolitej hierarchii sądów. Wykształciła się ona w obecnej postaci w wyniku reform przeprowadzonych w latach 1873-1875 (Ustawa o Sądownictwie- *Judicature Act i Supreme Court of Judicature Act*) oraz w roku 2009 (*Constitutional Reform Act 2005*). Od 2009 r. najwyższym sądem w Wielkiej Brytanii jest Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa ( do 2009 r. był nim Sąd Izby Lordów). Jego jurysdykcja rozciąga się na sprawy cywilne, karne i administracyjne w odniesieniu do Anglii i Walii. Sądami niższych instancji są Sądy Apelacyjne. Sądami pierwszej instancji są Sądy Krajowe i Sądy Królewskie w zależności od rodzaju sprawy. Hierarchicznie wyżej usytuowany jest Sąd Wyższy.

Ponadto także sąd ustanawiający precedens może być nim związany (związanie horyzontalne). Generalnie orzeczenia Sądu Izby Lordów były wiążące i nie mogły być przez nią zmienione jedynie w okresie pomiędzy 1898 r (*London Street Tramways Co v London County Council* [1898] AC 375, a 1966 r (*The Practice Statement* [1966] 3 All ER 77). 26.07.1966 roku Sąd Izby Lordów wydał oświadczenie, w któ-

rym stwierdził, że może odstąpić od wiążącego dotychczas precedensu<sup>1</sup>. Jednocześnie precedensy ustanowione przez Sąd Izby Lordów (obecnie Sąd Najwyższy UK) są wiążące dla wszystkich innych sądów. Ponadto precedensy wydane przez Sąd Apelacyjny są wiążące dla wszystkich sądów poza Sądem Najwyższym (Sądem Izby Lordów), w tym także dla samego Sądu Apelacyjnego. Zasadą jest, że wiążą precedensy sądu wyższej instancji i tej samej instancji. Aby nie zastosować precedensu należy wykazać, że w danej, rozpatrywanej sprawie zachodzą ogólne lub indywidualne okoliczności, warunki czy przesłanki uzasadniające nie zastosowanie czy odstąpienie od wcześniejszej zasady w tych konkretnych okolicznościach (*distinguishing*). W związku z wprowadzoną w 1966 r. zmianą nie istnieją w prawie angielskim precedensy, które nie mogłyby być zmienione. Precedens może zostać zmieniony w wyniku tzw. unieważnienia (*overruling*) przez upoważniony do tego sąd. Taka zmiana ma postać wyraźną. Ponadto możliwe jest także niezastosowanie precedensu w wyniku wyróżnienia precedensu (*distinguishing*), kiedy to Sąd deklaruje, że ze względu na różnice stanów faktycznych norma precedensowa nie ma zastosowania do rozpatrywanego przypadku. Długotrwałe i powszechne wyróżnianie precedensu prowadzi zasadniczo do sytuacji, w której sądy wprowadzając liczne wyjątki, nie stosują normy precedensowej. Proces ten wymaga jednak skoordynowanego działania różnych sądów, w tym także sądów niższych instancji.

Wypracowanie zarysowanej powyżej skrótowo współczesnej doktryny precedensu stanowi rezultat długiego, bo sięgającego wieku XVI procesu historycznego. Należy zauważyć, że do połowy wieku XIX pre-

<sup>1</sup> Lord Gardiner: „Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection, they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.” *The Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

cedensy sądowe nie były formalnie wiążące. Orzeczenia sądów wiązały jedynie strony postępowania, nie zaś inne sądy, orzekające w podobnych sprawach. Do wieku XVIII panowało przekonanie, że precedens jedynie odzwierciedla, albo wyraża szerzej rozumiane prawo, które przejawia się w postaci zbioru precedensów. Równocześnie precedens utożsamiano z racją mającą pewną siłę perswazji, z typem prawidłowego uzasadnienia dla przyznania lub zadośćuczynienia wcześniej *prima facie* przyznanym roszczeniom. Uzasadnienie takie może, ale nie musi być przywołane przez sąd w innej sprawie. Dotyczyło to zarówno tego samego jak i innych sądów, choć już w tym czasie wykształciło się przekonanie, że bez uzasadnienia sąd nie powinien odstępować od wcześniejszej linii orzeczniczej, zgodnie z zasadą *stare deisis et non quieta movere*. Przekonanie to nie miało jednak charakteru absolutnego ani też nie stanowiło obowiązku prawnego względem orzekającego sądu. Koncepcję tę odzwierciedla doprecyzowana przez W. Blackstone'a deklaratoryjna teoria precedensu, zgodnie z którą ustanowienie precedensu nie jest postrzegane jako tworzenie prawa, a raczej jako jego odkrywanie, względnie doprecyzowywanie ogólnych reguł w konkretnych przypadkach<sup>2</sup>. Logiczną konsekwencją tego rodzaju poglądów jest teza o wzruszalności precedensów, gdyż sędzia może być omylny i nieprawidłowo odczytać istniejącą zasadę, jak to podkreślał już Thomas Hobbes<sup>3</sup>.

W tym kontekście *ratio* rozumiane było jako uzasadnienie oddziałujące siłą autorytetu, nie zaś źródło wiążącej normy prawnej. Precedens do połowy XIX wieku był zatem precedensem *de facto*, nie zaś *de iure*. Na tym tle niektórzy upatrują wyjątkowej roli pozytywizmu prawniczego, twierdząc, że zasadnicze znaczenie dla ukształtowania się precedensu miało sformułowanie nowej koncepcji prawa, rozumianego jako zbiór nakazów suwerena, reguł ustanowionych w danym miejscu i czasie, powiązanych z pewnymi faktami społecznymi<sup>4</sup>. W rzeczywistości twórcy klasycznego pozytywizmu zaproponowali nowe

<sup>2</sup> Blackstone William. 1979. *Commentaries on the Laws of England*. Tom I. 69-70. Chicago: University of Chicago Press.

<sup>3</sup> Poglądy Hobbsa na istotę precedensu szczegółowo omawia N. Duxbury. Por. Duxbury Neil. 2008 *The Nature and Authority of Precedent*. 47. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>4</sup> Por. Lobban Michael. 1991. *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, 258-259. Oxford: Clarendon Press.

rozumienie prawa, które wpłynąć musiało na przeorientowanie zapatrywań dotyczących istoty precedensu.

## *II. Precedens a pozytywizm klasyczny*

Punkt wyjścia dla zarysowanej przez J. Benthama, a następnie spopularyzowanej przez J. Austina koncepcji prawa stanowiła krytyka teorii deklaratoryjnej sformułowanej przez E. Cooke'a oraz W. Blackstone'a, jako swoista interpretacja prawa precedensowego.

Zgodnie z deklaratoryjną teorią precedensu stwierdza się, że sędziowie jedynie czy „odkrywają” a następnie „deklarują” uprzednio istniejące zasady, znajdujące odzwierciedlenie w „odwiecznych zwyczajach i praktykach”. Precedensowe wyroki stanowią w związku z tym wyraz immanentnej mądrości prawa, mającej zbiorowy i ponadczasowy charakter.

Jak zauważył Bentham, sędziowie ukryci za parawanem teorii prawa natury oraz towarzyszącej jej i z nią powiązanej teorii deklaratoryjnej tworzą prawo, które ginie w gąszczu nakładających się na siebie jurysdykcji sądów oraz nierzadko sprzecznych zasad<sup>5</sup>. Prawo precedensowe charakteryzowała nieokreśloność oraz dowolność kreowanych rozstrzygnięć. Wizji XVIII wiecznego prawa precedensowego Bentham przeciwstawił teorię, w ujęciu której prawo powinno być rozumiane jako zbiór reguł prawnych, wyrażających powinność. Reguły te są tworzone przez suwerena i niezależne od nakazów rozumu, prawa naturalnego czy innych dyrektyw. Jednocześnie Bentham sformułował postulat kodyfikacji, czyli przeprowadzenia przez ustawodawcę całościowej reformy prawa angielskiego oraz ograniczenia roli sędziów, sprowadzając ich do roli wykonawców ustaw, gdyż *common law* nie spełniało sformułowanych przez niego wymogów jasności i spójności:

As a System of general rules, Common Law is a thing merely imaginary<sup>6</sup>,

gdź:

From a set of data like these [namely, a set of judicial decisions] a law is to be extracted by every man who can fancy that he is able: by each man, perhaps

<sup>5</sup> Bentham Jeremy. 1970. *Of Laws in General*, Hart Herbert L.A. red. London: Athlone Press, *passim*.

<sup>6</sup> Bentham Jeremy. 2008. *Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*. 119. Oxford: Oxford University Press.

a different law; and these, then, are the monades which meeting together, constitute the rules... of common or customary law<sup>7</sup>.

Poglądy te dopracował, ale także poddał pewnym modyfikacjom John Austin (1790-1859). Austin podjął się opracowania teorii prawa rozumianej, jako opis relacji występujących pomiędzy podstawowymi pojęciami prawnymi<sup>8</sup>. W skrócie koncepcję tę, określoną, jako pozytywistyczna, analityczna teoria prawa można sprowadzić do następujących twierdzeń<sup>9</sup>. Prawo jest zbiorem reguł prawnych. Reguły należy rozumieć, jako nakazy istoty rozumnej skierowanej do innej istoty rozumnej. Reguły prawne charakteryzują dwie cechy. Po pierwsze, wyrażają one wolę suwerena, czyli podmiotu w, stosunku do którego zachowanie adresatów norm odpowiada temu, co Austin określił jako „nawyk posłuszeństwa”. Po drugie, nawyk posłuszeństwa stanowi rezultat powiązania reguł z groźbą zastosowania sankcji. Prawdopodobieństwo zastosowania sankcji (przykrości, dolegliwości w znaczeniu psychofizycznym) stabilizuje zachowanie adresatów prawa oraz zapewnia jego skuteczność. Nie wdając się w dalszą charakterystykę niezmiernie rozbudowanej teorii Austina należy zauważyć, że zarysowana przez niego „imperatywna koncepcja prawa jako nakazu zabezpieczonego sankcją” nienajlepiej odzwierciedlała charakter angielskiego prawa precedensowego z okresu pierwszej połowy XIX wieku. Zasadniczo wyłaniają się w tym obszarze następujące problemy. Po pierwsze, koncepcja J. Benthama i J. Austina w centrum procesu prawotwórczego umieszczała ustawodawcę, w sposób naturalny utożsamianego z suwerenem. Nic więc dziwnego, że zdaniem Benthama proces prawotwórczy powinien być zasadniczo ograniczony do stanowienia prawa przez ustawodawcę, politycznie odpowiedzialny parlament. Tymczasem Austin, w odróżnieniu od swego nauczyciela i poprzednika, nie podzielał jego awersji wobec szeroko rozumianego prawa sędziowskiego.

Austin wielokrotnie wyrażał przekonanie o koniecznym charakterze prawotwórczej działalności sądów. Pojęcie precedensu, zrekonstruowanego zgodnie z założeniami teorii imperatywnej, stawało się istotnym przedmiotem jego dociekań i swoistym problemem klasycznego

<sup>7</sup> Bentham Jeremy. 2010. *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. 195. Oxford: Clarendon Press.

<sup>8</sup> Por. Lobban M., op. cit., 234-240.

<sup>9</sup> Austin John. 1885. *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*. 31-39. Red. Campbell Richard. London: John Murray.

pozytywizmu prawniczego. Pozytywizm oferował całkowicie nowe wyjaśnienie istoty precedensu. Precedens ujawnił w tym ujęciu swoją Janusową naturę. Z jednej strony zaczął być postrzegany, jako orzeczenie sądu zawierające regułę prawną wiążącą strony (regułę indywidualną i konkretną). Z drugiej odrzucenie teorii deklaratoryjnej przy jednoczesnym uznaniu istotnej i niezaprzeczalnie koniecznej roli prawa precedensowego doprowadziło Austina do sformułowania kreatywnej teorii precedensu. Ustanowienie precedensu interpretowane w świetle założeń pozytywizmu prawniczego stawało się aktem tworzenia (nie zaś odkrywania) nowej reguły. W tym obszarze wyłoniły się dwa problemy. Po pierwsze, problem uzasadnienia prawotwórczej roli sądów, legitymizacji ich działań. Austin sięgnął w tym przypadku po konstrukcję „milczącego nakazu” suwerena, który obejmuje także prawotwórcze działania sądów, Sąd w tym ujęciu stawał się zatem organem prawodawczym na mocy swoistej delegacji suwerena, a precedens właściwym zatem prawotwórczym zawierającym jego nakaz (tj. nakaz wydany w jego imieniu). O ile koncepcja ta dość dobrze wyjaśniała relacje pomiędzy sadem a adresatami reguł, o tyle nastroczała ona szereg wątpliwości w odniesieniu do relacji, jakie istniały pomiędzy poszczególnymi sadami. W tym miejscu pojawia się zatem drugie istotne zagadnienie- jak w świetle imperatywnej teorii prawa wyjaśnić można sam charakter kształtującej się równolegle w praktyce orzeczniczej sądów brytyjskich doktryny związania precedensem (*stare deisis*). Jeśli precedens tożsamy jest nie tyle z „właściwym uzasadnieniem”, racją niewyrażonej zasady *common law*, albo jej egzemplifikacją, ale z regułą prawną (o pewnym stopniu ogólności i abstrakcyjności, choć wciąż powiązaną ze stanem faktycznym towarzyszącym pierwszemu rozstrzygnięciu i ustanowieniu precedensu), to na czym polega moc wiążąca precedensu? Wszakże reguła prawna jest nią ze względu na fakt zabezpieczenia sankcją. Jak zatem wyjaśnić można obowiązek zastosowania do innego rozstrzygnięcia reguły ustanowionej przez dany sąd. Wyłaniają się tu dwie kwestie dotyczące tego, jak precedens wiąże inne sądy: jakie sądy i w jakich okolicznościach?

John Austin w *The Province of jurisprudence determined* rozważał następujące trzy przyczyny związania precedensem (rozumianym jako milczący nakaz suwerena, zgodnie z którym podstawa wydanego orzeczenia powinna być stosowana także jako podstawa przyszłych rozstrzygnięć):

Po pierwsze przyczyna związania może wynikać z ilości spraw, w których odwołano się do określonej *ratio decidendi*.

Po drugie związanie regułą precedensową może wynikać z jej „elegancji” rozumianej jako zdolność do uchwycenia i wyrażenia harmonii zapewnienia spójności prawa precedensowego (*common law*) jako całości.

Wreszcie po trzecie, zdaniem Austina moc wiążąca precedensu może znajdować swe źródło w autorytecie sędziego lub sędziów, którzy rozstrzygając konkretną sprawę lub sprawy ustanowili daną regułą precedensową. Austin nie był przy tym właściwie w stanie wskazać, które z wymienionych uzasadnień stanowi właściwą podstawę przyjęcia, że milczący nakaz suwerena, nakazujący sankcjonować naruszenie precedensu, rzeczywiście obowiązuje<sup>10</sup>. Co więcej, nie wskazał on także najbardziej oczywistego, jak mogłoby się wydawać wyjaśnienia, takiego mianowicie, że moc wiążąca precedensu wynika po prostu z hierarchicznego usytuowania sądu w ramach hierarchii sądów<sup>11</sup>.

Należy wszak zauważyć, że w kontekście XIX wiecznego prawa angielskiego pytanie to nie było banalne, właściwa hierarchia sądów, dopiero bowiem zaczęła się kształtować. Warto przypomnieć, że po raz pierwszy wyłoniła się ona po reformie w 1850 r. Istniało w prawdzie powszechne przekonanie, że Sąd Izby Lordów jest sądem ostatecznej instancji, ale struktura hierarchii sądów nie była ani czytelna ani dobrze ukształtowana.

Istotne znaczenie odgrywało w tym kontekście rozróżnienie na sądy *Common law* (królewskie) oraz sądy equity (kanclerskie), które od pierwszej połowy XVII wieku zazdrośnie strzegły swej autonomii, a występujące pomiędzy nimi konflikty kompetencyjne raz po raz wstrząsały systemem sadownictwa (żeby wspomnieć choćby konflikt Edwar-da Coke’a z Kanclerzem Thomasem Egertonem (Lordem Ellesmere) wieku XVII). W świetle imperatywnej teorii prawa obowiązek zastosowania precedensu w określonych okolicznościach powinien zostać poparty groźbą zastosowaniem sankcji. Natura sankcji stosowanej w odniesieniu do sędziego, który odstąpił od zastosowania wiążącego precedensu nie mogła jednak do końca odpowiadać charakterystyce sankcji zarysowanej przez Austina. Mogło by tak być jedynie, jeśli w odniesieniu do naruszenia doktryny wiążącego precedensu zawsze ist-

<sup>10</sup> Por. Austin J. op. cit., 531-533.

<sup>11</sup> Por. Loban M. op. cit., 241-243, Duxbury N. op. cit., 38.



niałoby prawdopodobieństwo ukarania sędziego. Ze względu na podstawowy wymóg niezawisłości sędziowskiej, a także inne okoliczności (kto, zgodnie z jaką procedurą). Problemy dotyczące zastosowania imperatywnej teorii precedensu prowadziły zatem do niemożliwych do przewyżczenia antynomii. Sprawę dodatkowo komplikowała kwestia związana z drugim aspektem *stare deisis*, a mianowicie jak należy rozumieć związanie sądu ustanowionym przez ten sąd precedensem (precedens horyzontalnie wiążący)- czy i ewentualnie kiedy od takiego związania można odstąpić. Charakter związania w aspekcie horyzontalnym stanowił dodatkowo problem, gdyż takie „samozwiązanie” w świetle imperatywnej teorii prawa mogło być interpretowane analogicznie do charakteru reguł prawa konstytucyjnego i międzynarodowego, jako „pozytywna moralność”. Austin stanął, zatem przed dylematem, którego zasadniczo rozwiązać w sposób zadowalający nie potrafił, a mianowicie jak sankcjonować naruszenia *stare deisis* w aspekcie wertykalnym oraz jak kwalifikować charakter *stare deisis* w aspekcie horyzontalnym. Pytania te stały się wyzwaniem intelektualnym dla brytyjskich teoretyków prawa przełomu XIX i XX wieku. Zaproponowana przez J. Austina, teoria imperatywna określająca związanie precedensem jako związanie prawem, została w istotny sposób zmodyfikowana przez jego następców, zaliczanych także do grona pozytywistów klasycznych: Sir Thomasa Erskine Hollanda (1835-1926), John Chipman Gray (1839-1915) oraz Johna Salmonda (1862-1924).

Thomas Erskine Holland (1835-1926) zarysował nowe rozumienie kompetencji prawotwórczej sądów<sup>12</sup>. Podobnie jak Austin określał on prawo jako zbiór nakazów istoty rozumnej adresowanych do innej istoty rozumnej. Nakazy te stanowić miały przejaw wyłącznej woli państwa. Jednocześnie jego zdaniem przyznane sądom upoważnienie do podejmowania działań prawotwórczych nie dotyczyło kwestii ustanawiania poszczególnych reguł (*rationes decidendi*), ale ogólnego milczącego pełnomocnictwa do ustanawiania, także prospektywnych reguł umożliwiających następnie tworzenie wiążących precedensów (teoria ogólnego upoważnienia<sup>13</sup>). Wydaje się, że teoria ta lepiej wyjaśniała charakter przemian zachodzących równocześnie w prawie angielskim, w tym przede wszystkim wzrastające przekonanie o wiążącym charakterze

<sup>12</sup> Holland Thomas Erskine. 1880. *Elements of Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.

<sup>13</sup> Holland T.E. op. cit., 60-61.

*stare deisis*, co z kolei znalazło także swoje odzwierciedlenie w poglądach wybitnego brytyjskiego pozytywisty klasycznego, jednego z twórców brytyjskiej doktryny prawa konstytucyjnego, Johna Chipmana Gray'a (1839-1915), który w klasycznej pracy zatytułowanej *The Nature and Sources of Law*, podążając za poglądami J. Benthama, wprowadził rozróżnienie pomiędzy prawem a jego źródłami, utożsamianymi z pewnymi faktami instytucjonalnymi<sup>14</sup>. W tym sensie, jak stwierdza John Gray: „precedensowe orzeczenia sądów nie są prawem właściwie nazywanym, ale raczej źródłami praw, co do których sądy, rozstrzygając konkretne sprawy, dopiero dokonują ustaleń odnośnie stanu prawnego, biorąc pod uwagę różne źródła prawa”<sup>15</sup>. Tym samym prawem jest to, co sądy autorytatywnie i w sposób wiążący traktują jako prawo (*the law is what the courts authoritatively determine*). Równocześnie źródła prawa, w oparciu o które sądy dokonują ustaleń walidacyjnych nie są przez nie (sądy) wskazywane, a ustalone w wyniku decyzji podejmowanej przez podmioty posiadające władze w państwie. System źródeł prawa ma zatem charakter zewnętrzny wobec prawa sędziowskiego. Jednocześnie katalog źródeł, w oparciu o które sądy określają treść reguł prawnych Grey pojmował szeroko, zaliczając do nich także zasady moralne, w tym moralności konwencjonalnej panującej w danym społeczeństwie, zasady polityki, sprawiedliwości oraz inne, zapewniające wewnętrzną spójność (integralność) określonych doktryn prawnych czy instytucji prawnych. Oczywiście, stanowisko to można określić jako zaczątek tzw. pozytywizmu inkluzyjnego, czyli takiej wersji pozytywizmu, która wskazywała na możliwość włączenia norm i standardów pozaprawnych do systemu prawa, łagodząc tym samym pozytywistyczną tezę o separacji prawa i moralności. Stanowisko to znajdziemy zatem już u Greya w związku z jego rozważaniami poświęconymi charakterowi precedensu jako (kłopotliwego) źródła prawa. Należy zauważyć, że nie wyjaśnia ono jednak ani istoty precedensu ani charakteru *stare deisis*, gdyż właśnie uznanie precedensu za źródło prawa nie wynikało z politycznej decyzji, jak sugerował Grey, ale raczej z praktyki orzeczniczej – zróżnicowanej w odniesieniu do różnych sądów i dynamicznie kształtującej się jako rezultat interakcji sądów. Problem ten zdawał się natomiast dostrzegać inny wybitny,

<sup>14</sup> Gray John Chipman. 1909. *The Nature and Sources of Law*. New York: Columbia University Press.

<sup>15</sup> Gray J.Ch., op cit., 124.

teoretyk prawa, John Salmond (1862-1924). Zakwestionował on ostatecznie założenia imperatywnej teorii prawa, ze względu na to, że nie jest ona w stanie wyjaśnić charakteru szeregu reguł posiadających niewątpliwie charakter obowiązującego prawa, takich jak: reguły procedury, dotyczące oceny dowodów, dozwoleń, reguł przyznających obywatelom oraz urzędnikom kompetencje prawotwórcze<sup>16</sup>. Jednocześnie podkreślał on, że obowiązujące reguły prawne w sposób najpełniejszy najtrafniejszy można zrekonstruować nie w oparciu o badanie prawotwórcze działalności ustawodawcy i sądów, ale raczej poprzez analizę zwykłej praktyki orzeczniczej. Austin błędnie przenosił środek ciężkości na proces tworzenia prawa, gdy tymczasem to proces stosowania prawa odgrywa najistotniejszą rolę dla dokonania ustaleń odnośnie treści obowiązującego prawa. W centrum zainteresowania teorii prawa powinny zatem znaleźć się sądy, a ściśle ich praktyka orzecznicza: „it is to courts of justice, and to them alone, that we must have recourse if we wish to find out what rules are rules of law and what are not”<sup>17</sup>.

Decydującymi dla obowiązywania i treści prawa faktami społecznymi pozostają zatem zdaniem Salmonda praktyki sądów orzekających w oparciu o reguły, co do których można stwierdzić, że ponieważ na ich podstawie sądy orzekają, to są one prawem. Nie trudno zauważyć, że zagadnienia dotyczące precedensowego charakteru niektórych orzeczeń znajdują się w centrum koncepcji prawa, rozumianego jako zbiór reguł zrekonstruowanych w oparciu o analizę orzeczeń sądów (praktyki orzeczniczej). Precedens jest zdaniem Salmonda niczym innym jak przejawem takiej praktyki, w ramach której jest on przez pewne sądy traktowany jak źródło prawa, zaś stare deisis stanowi także rodzaj konwencji ustanowionej i przestrzeganej przez sądy. Jak stwierdza Salmond, podważając imperatywną teorię precedensu J. Austina: „law is law, not because the courts are under any obligation to observe it, but because they do in fact observe it”<sup>18</sup>. Jednocześnie Salmond dystansował się w stosunku do predyktywistycznej teorii reguł O.W. Holmesa, stwierdzając, że praktyka sądów sama w sobie reguluje

<sup>16</sup> Por. Salmond John W. 1893. *The First Principles of Jurisprudence*. 98-140. London: Stevens & Haynes.

<sup>17</sup> Por. Salmond John W. 1924. *Jurisprudence*. 57. Wyd. 7. London: Sweet and Maxwell.

<sup>18</sup> Por. Salmond J.W., op. cit., 57.

wana jest przez prawo, związanie precedensem ma charakter prawny, gdyż reguła prawna staje się racją, przyczyną istnienia spójnego stosowania akceptowanej przez sędziów reguły. Praktyka ta ma charakter łańcuchowy- sądy niższych instancji są związane precedensami ustanawianymi przez sądy wyższych instancji, a orzeczenia sądów wyższych instancji stanowią podstawę obowiązywania precedensów niższych instancji. Na samym szczycie hierarchii sądów dokonuje się formułowanie i re-formułowanie ostatecznych kryteriów obowiązywania ustalanych w ramach praktyki orzeczniczej sądów:

there must be found in every legal system certain ultimate principles, from which all others are derived, but which are themselves self-existent<sup>19</sup>.

Rozważania wymienionych teoretyków prawa bezpośrednio przygotowują, a w zasadzie poprzedzają wszystkie elementy krytyki Harta pod adresem imperatywnej teorii prawa, czy szerzej klasycznego pozytywizmu. A zatem już w tym miejscu można zaryzykować postawienie tezy, że ewolucja poglądów pozytywistów wiedzy w kierunku umieszczenia praktyki orzeczniczej sądów w centrum rozważań nad istotą prawa).

Pytania o to jak sankcjonować naruszenia *stare deisis* w aspekcie wertykalnym oraz jak kwalifikować charakter *stare deisis* w aspekcie horyzontalnym stały się jednak także problemem praktycznym, na którego rozwiązanie ostatecznie różne sądy decydowały się w różny sposób.

### III. *Precedens a pozytywizm wyrafinowany*

H.L.A. Hart dokonując krytyki imperatywnej teorii *stare deisis* zaproponował następnie jej zastąpienie teorią precedensu rozumianego jako instrument koordynacji praktyki orzeczniczej (teoria konwencjonalistyczna), znajdującej swe odzwierciedlenie w postaci reguły uznania<sup>20</sup>.

Punkt wyjścia dla Harta stanowiła krytyka imperatywnej teorii prawa Austina, ale także krytyka predyktywistycznej teorii reguły akceptowanej w prawoznawstwie amerykańskim czy tradycyjnych teorii prawno naturalnych. Hart postawił problem dotyczący autonomicz-

<sup>19</sup> Ibidem, 169.

<sup>20</sup> Hart Herbert L.A. 1998. *Pojęcie Prawa*. 143-155. Warszawa: PWN.

nego charakteru obowiązku prawnego, jako obowiązku prawnego. Obowiązek prawny nie może być utożsamiany z sankcją, jak sugerowali Bentham i Austin. Nie może on też z drugiej strony zostać zdegradowany do roli „pozytywnej moralności” czy też utożsamiony z obowiązkiem moralnym. Hart poszukiwał zatem odpowiedzi na pytanie, co konstytuuje ostatecznie obowiązek prawny. W ramach tak zarysowanego programu nawiązywał do ustaleń J. Salmonda, który udowodnił niemożliwość redukcji reguł prawnych do nakazu (tzw. problem bandyty: czym różni się rozkaz bandyty od rozkazu wydanego przez dowódcę w wojsku?). Zdaniem Harta reguły prawne pierwszego stopnia, traktowane jako nakazy i zakazy są wspierane regułami wtórnymi. Dopiero powiązanie reguł pierwotnych i wtórnych zapewnia efektywność, pewność i elastyczność systemu prawnego. Reguła zmiany umożliwia jego samoregulację, reguła orzekania autorytatywnie rozwiązywanie wątpliwości dotyczących jego stosowania, wreszcie reguła uznania wyznacza ostateczne kryteria obowiązywania- od jej treści zależy to, czy dana reguła jest czy też nie jest regułą prawną. Powstaje pytanie, jak możliwe jest efektywne, skuteczne prawo. Skuteczność ta wynika zdaniem Harta nie tyle z faktu zabezpieczenia reguły prawnej sankcją, ale raczej z przyjęcia przez sędziów i urzędników, stosujących prawo, postawy refleksyjno-krytycznej, określanej jako wewnętrzny punkt widzenia. Wewnętrzny punkt widzenia stanowi podstawę traktowania reguły jako źródła obowiązku prawnego, nie zaś jedynie groźby zastosowania sankcji. W samym centrum rozważań Harta pojawia się zatem pytanie: jak możliwe jest związanie precedensem i jaki ma ono charakter? Hart proponuje rozwiązanie, które z jednej strony byłoby zgodne z podstawowymi założeniami zmodyfikowanego przez niego pozytywizmu prawniczego, z drugiej zaś byłoby ono możliwe do wyjaśnienia bez konieczności odwoływania się do zagrożenia sankcją, zastosowaną w przypadku pominięcia precedensu.

Należy w tym miejscu zauważyć, że Hart konsekwentnie obnaża brak spójności imperatywnej teorii precedensu. Teoria ta zakłada wszak, że zasada *stare deisis* wiąże niektórych sędziów ze względu na milczący nakaz suwerena odnośnie stosowania sankcji wobec tych, którzy naruszają tę zasadę i w sytuacji, gdy precedens zastosować powinni, nie czynią tego. Czym jednak jest ta sankcja? Czy imperatywna teoria dysponuje taką sankcją? Otóż, jak zauważa Hart, sankcja nie-

ważności z pewnością nie może być traktowana jako zabezpieczenie *stare decisis* i warunek związania precedensem, gdyż :

...rozszerzenie idei sankcji tak, aby objęła nieważność, jest źródłem (i oznaką) nieporozumienia. (...) I tak, w wielu przypadkach nieważność może wcale nie być złem dla danej osoby, która nie spełniła jakiegoś warunku niezbędnego do prawnej ważności. Sędzia może być materialnie nie zainteresowany i neutralny wobec ważności swego nakazu<sup>21</sup>.

Jednocześnie trudno wyobrazić sobie, że każdy przypadek odstąpienia od *stare decisis* byłby sankcjonowany poprzez złożenie sędziego lub sędziów z urzędu. Hart wskazuje na to, że reguła stanowi rację wydanego orzeczenia, a ponadto nakłada na sędziego obowiązek. Zestawiając ze sobą zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia Hart w pewnym sensie porównuje także obydwie pozytywistyczne koncepcje precedensu, tj. z jednej strony koncepcję imperatywną, z drugiej zaś konwencjonalną. Stwierdza on w szczególności, że:

Zewnętrzny punkt widzenia ograniczony do obserwowalnych prawidłowości zachowania się nie może odtworzyć sposobu, w jaki reguły funkcjonują jako reguły właśnie w życiu tych, którzy zwykle są większością społeczeństwa. Należą do niej urzędnicy, prawnicy i osoby prywatne, a więc ci, którzy przy każdej okazji stosują reguły jako wskazówki postępowania w życiu społecznym, jako podstawę roszczeń, żądań, zezwoleń, ocen czy kar tj. we wszystkich zwyczajnych sprawach życiowych podlegających regułom. Dla tych ludzi naruszenie reguły nie jest tylko i wyłącznie podstawą do przewidywań wystąpienia nieprzyjemnej reakcji, ale racją dla niej<sup>22</sup>.

Ważność reguły oraz obowiązek jej zastosowania wynikają z przyjęcia wewnętrznego punktu widzenia przez sędziów oraz rozpoznania reguły jako obowiązującej ze względu na to, że spełnia ona test przy pomocy którego sędzia rozpoznaje reguły jako prawo obowiązujące w odniesieniu do danego sądu. Możliwość ustanawiania precedensów wynika zatem z treści reguły zmiany oraz reguły orzekania. Jak uważa Hart:

W samej rzeczy system z regułami orzekania musi mieć również jakąś regułę uznania, nawet w jakiejś prostej i niedoskonałej postaci. Jest tak dlatego, że jeśli sądy są upoważnione do autorytatywnego rozstrzygnięcia pytań o naruszenie reguł, trzeba wprzód rozwiązać problem autorytatywnego określania owych reguł. W ten sposób reguły nadające kompetencje judykacyjne będą również regułami uznania, kwalifikującymi reguły pierwotne przez orzeczenia sądów, a te ostatnie stają się źródłem prawa. Oczywiście ta forma reguły uznania, nie-

<sup>21</sup> Por. Hart H.L.A. op. cit., 55.

<sup>22</sup> Ibidem, 129.

odróżnialna od minimalnej formy orzekania, jest nader niedoskonała. Przeciwnie do autorytatywnego tekstu lub zbioru ustaw, orzeczenia sądów nie muszą być formułowane w terminach ogólnych, a ich zastosowanie jako autorytatywnego przewodnika po regulach zależy od niezbyt pewnego wnioskowania wychodzącego od konkretnych decyzji, którego niezawodność podlega fluktuacjom zależnie od umiejętności interpretatora i konsekwencji sędziów<sup>23</sup>.

Wykształcenie się konwencjonalistycznej teorii *stare deisis* oznaczało, że precedens mógł stanowić przejaw prawotwórczej działalności sądu, prowadzonej jednak w granicach reguły uznania, a jednocześnie zabezpieczonej poprzez koordynację działalności orzeczniczej, dokonującą się właśnie za pomocą tej reguły.

Konfrontując teorię Harta z poglądami Austina zauważyć należy dwie kwestie. Po pierwsze, Hart zastąpił koncepcję imperatywną mocnego precedensu, teorią miękkiego precedensu, starając się jednocześnie skonstruować pojęcie swoiście prawniczego obowiązku, wynikającego z przyjęcia wewnętrznego punktu widzenia przez sędziów i urzędników. Po drugie, proponowane przez niego odejście od zasady ścisłego związania korespondowało ze zmianą, jaka torowała sobie drogę w prawie angielskim za sprawą odrzucenia przez Sąd Izby Lordów zasady związania precedensem w wydanym w 1966 oświadczeniu dotyczącym praktyki precedensu: *Practice Statement*.

#### *IV. Podsumowanie*

Pozytywizm brytyjski może być rozumiany, jako teoria stanowiąca podstawę do wykształcenia się współczesnej formy wiążącego precedensu, teoria z jednej strony o charakterze opisowym (wyjaśniająca naturę precedensu w świetle przyjętych uprzednio założeń dotyczących istoty prawa), ale także teoria dostarczająca argumentów na rzecz przyjęcia koncepcji wiążącego precedensu. Na rzecz tezy o pozytywistycznej genezie doktryny precedensu przemawiają cztery argumenty. Po pierwsze, podejście analityczne wypracowane przez Benthama i Austina pomogło w utożsamieniu precedensu z regułą prawną w nim zawartą. Po drugie klasyczny pozytywizm skutecznie podważył deklarytoryjną teorię precedensu. Po trzecie istotnym argumentem na rzecz tezy o wpływie pozytywizmu na ukształtowanie doktryny *stare deisis* wydaje się być to, że przyczynił się on do rozwiązywania konfliktów

<sup>23</sup> Ibidem, 137.

pomiędzy sprzecznymi precedensami, a tym samym wykazał nieodzowność czytelnej i hierarchicznie uporządkowanej, zcentralizowanej struktury sądów. Wreszcie po czwarte należy zauważyć, że klasyczny pozytywizm ujawnił także podwójną naturę precedensu, jako źródła reguły czy samej reguły utożsamianej z milczącym nakazem suweryna z jednej strony, a racją dla określonego rozstrzygnięcia z drugiej.

Wydaje się jednak, że związek precedensu z ewolucją brytyjskiego pozytywizmu nie przedstawia się tak prosto. Można nawet postawić tezę, że rozumienie natury precedensu stało się rzeczywistym wyzwaniem dla brytyjskiego pozytywizmu, wyzwaniem, któremu pozytywiści nie byli i nie są być może do końca w stanie sprostać. Idąc dalej można próbować postawić też, że kryzys pozytywizmu prowadzi do pozbawienia precedensu swoistych cech, nie występujących w zasadzie poza Wlk. Brytanią, a klasyczna doktryna precedensu oraz pozytywizm prawniczy niejako wzajemnie się warunkują.

Na zakończenie proponuję alternatywne w stosunku do przeważających dotychczas w literaturze wyjaśnienie relacji pomiędzy precedensem a ewolucją pozytywizmu. W przeciwieństwie do stanowiska, zgodnie z którym pozytywizm przyczynił się do ukształtowania instytucji precedensu, pozwolę sobie na odmienną konstatację – twierdząc mianowicie, że nie sposób w rzeczywistości udowodnić stopnia wpływu pozytywizmu na kształtowanie się doktryny precedensu. Jednocześnie jednak można z dużą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że problemy związane z adekwatnymi próbami wyjaśnienia istoty oraz zmian doktryny *stare decisis* stały się przyczyną poszukiwania nowych wyjaśnień, a zatem modyfikowania poszczególnych twierdzeń pozytywizmu (przynajmniej w jego brytyjskim czy szerzej anglosaskim wydaniu). Stąd też można w moim przekonaniu mówić o ewolucji stanowiska pozytywistycznego w tym sensie, że jest to proces generowania bardziej przekonujących uzasadnień oraz trafniejszych wyjaśnień odnośnie do istoty samego precedensu jak i charakteru jego mocy wiążącej. Jednocześnie pojawia się pytanie, czy rozszerzenie tej metody na opis najbardziej ogólnych zjawisk prawnych jest możliwa w oderwaniu od konkretnych, rzeczywistych, uwarunkowanych historycznie i kulturowo zjawisk prawnych. H.L.A. Hart i J. Raz uważają, że tak. Przygoda z precedensem paradoksalnie zdaje się jednak potwierdzać stanowisko R. Dworkina, który twierdził, że teoria prawa zawsze jest teorią „jakiegoś” prawa, nie zaś jedynie zawieszoną w próżni analizą pojęciową.



### Bibliografia

- Austin John. 1885. *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*. Red. Campbell Richard. London: John Murray.
- Bentham Jeremy. 1970. *Of Laws in General*. Hart Herbert. L.A. (red.) London: Athlone Press.
- Bentham Jeremy. 2008. *Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Bentham Jeremy. 2010. *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- Blackstone William. 1979. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: University of Chicago Press.
- Duxbury Neil. 2008. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gray John Chipman. 1909. *The Nature and Sources of Law*. New York: Columbia University Press.
- Hart Herbert L.A. 1998. *Pojęcie Prawa*. Przeł. Woleński J. Warszawa: PWN.
- Holland Thomas Erskin. 1880. *Elements of Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Lobban Michael. 1991. *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*. Oxford: Clarendon Press.
- Salmond John W. 1893. *The First Principles of Jurisprudence*. London: Stevens & Haynes.
- Salmond John W. 1924. *Jurisprudence*. Wyd. 7. London: Sweet and Maxwell.

### Streszczenie

Artykuł dotyczy relacji pomiędzy rozwojem doktryny precedensu w angielskiej praktyce orzeczniczej a ewolucją brytyjskiego pozytywizmu prawniczego. Przedmiot analizy stanowi w szczególności problematyka kształtowania się praktyki orzeczniczej oraz kryteriów prawomocności. Na przykładzie konkretnych sporów dotyczących rozumienia precedensu, a pośrednio także rozumienia kryteriów ważności prawa, przedstawione zostały dylematy imperatywnej teorii prawa. Proponowana w tekście hipoteza zakłada, iż ewolucja doktryny precedensu w prawie angielskim stanowiła istotny impuls dla powstania wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego, w szczególności zaś koncepcji reguły uznania.

Słowa kluczowe: precedens, doktryna wiążącego precedensu, związanie poziome i pionowe, imperatywna teoria prawa, reguła uznania

### **The doctrine of binding precedent in English jurisprudence and the evolution of British legal positivism**

#### **Summary**

This paper concerns the relationship between the development of the doctrine of binding precedent in English jurisprudence and the evolution of British legal posi-

tivism, with particular focus on the development of judicial practice and the search for the ultimate criteria of validity. Based on examples from English judicial practice, the article explores the dilemmas of imperative legal theory. The proposed hypothesis is based on the assumption that the evolution of the doctrine of binding precedent in English law became an essential factor behind refined legal positivism in general and the concept of the rule of recognition in particular.

Keywords: precedent, doctrine of binding precedent, horizontal and vertical binding, imperative theory of law, rule of recognition

Dr hab. Mariusz Jerzy Golecki, prof. UŁ  
Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytet Łódzki