

Maciej Koszowski
Politechnika Śląska

Model precedensu z analogii

1. Wprowadzenie

Prawnikom – zarówno praktykom, jak i przedstawicielom nauki – z krajów *civil law* może się nieraz wydawać, że jedynym możliwym ujęciem istoty związania precedensem sądowym jest koncepcja określana w literaturze anglojęzycznej jako *the rule model*. W myśl jej założeń precedensowy wyrok sprowadzany jest do ogólnej, generalno-abstrakcyjnej reguły (normy) przypominającej swoją postacią reguły (normy) wyprowadzane z tekstów aktów prawa stanowionego (konstytucji, ustaw, dyrektyw, rozporządzeń). Przy tym, jeżeli tylko pozostaje to w zgodzie z zakresem podmiotowym zasady *stare decisis* (zasady związania precedensem sądowym)¹, taka ogólna reguła, zwana zwyczajowo regułą precedensu lub *ratio decidendi*, ma być wiążąca dla sędziów, którym przyjdzie orzekać w sprawach objętych jej zakresem zastosowania.

Taka ograniczająca się do *the rule model* postawa jest jednak całkowicie błędna. Bierze się ona, jak się wydaje, z przyzwyczajień oraz swoistego zaślepienia, jakie niesie ze sobą system prawny typu *civil law* wraz z podtrzymującą go ideologią pozytywizmu czy wręcz normatywizmu prawniczego. Poza modelem precedensu z reguł prawnikom anglosaskim znane są bowiem również i inne sposoby ujmowania fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem. W niniejszym artykule zajmę się jednym z nich, tj. wysoko cenionym – zwłaszcza za oceanem – modelem precedensu z analogii (zwanym też czasem modelem z „konkretnej” analogii (ang. *the model of particular analogy*), co odróżnia go od koncepcji, według której decyzje sądowe w prawie precedensowym mają być podejmowane na podstawie analogii „totalnej”²). Zanim to jednak uczynię, pokrótce przedstawię ideę reguł precedensowych, na jakich opiera się koncepcja *the rule model*. Reguły te, choć niewątpliwie odznaczają się generalno-abstrakcyjnym charakterem, zdają się bowiem znacznie różnić z wyobrażeniem, jakie mają o nich kontynentalni

¹ W przedmiocie zakresu podmiotowego zasady *stare decisis* w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, a więc kwestii, które sądy są w tych krajach związane precedensami ustanowionymi przez które sądy – por. M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*, Warszawa 2009, s. 21–24.

² Jako przykład takiego spojrzenia na istotę prawa precedensowego (sposób jego stosowania) odwołującego się do „analogii totalnej” tudzież „super analogii iuris” podaje się teorię R. Dworkina – por. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 205–206, przypis 19; C.W. Maris, *Milking the Meter – On Analogy, Universalizability and World Views*, w: P. Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht 1991, s. 81. Odnośnie do samej tej teorii zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, s. 110–123.

prawnicy, bynajmniej nie stanowiąc tego samego co tzw. – w Polsce – tezy wyroku lub włoskie *massime*³.

2. The rule model

2.1. Istota modelu

Jak już zostało wyżej zasugerowane, jednym z możliwych – a zarazem pewnie najbliższym wyobrażeniom prawników funkcjonujących w systemach prawnych typu *civil law* – ujęć istoty wiążącego precedensu jest propozycja zakładająca sprowadzanie decyzji sądowej do ogólnej reguły (normy) przypominającej swoją postacią regułę (normę) wywodzoną z aktów prawa stanowionego. Posługując się językiem polskiej teorii prawa, reguła ta składałaby się więc z hipotezy i dyspozycji oraz ewentualnie jeszcze sankcji.

Ponadto, by precedens mógł wiązać w sposób skuteczny, reguła, o jakiej tu mowa, musi być jeszcze w wysokim stopniu dookreślona (użyte w niej pojęcia ostre i jednoznaczne). Gdyby bowiem pozostawiała ona sporą dozę luzu decyzyjnego po stronie mających ją stosować organów, trudno byłoby mówić, że organy takie są w jej przypadku czymkolwiek związane. Przy tym sama tak pojmowana reguła precedensu jest tradycyjnie określana mianem *ratio decidendi* (lm. *rationes decidendi*)⁴, a zasadzająca się na niej koncepcja nosi nazwę modelu precedensu z regułą (ang. *the rule* albo *the rule-based/stating model*).

2.2. Wyprowadzanie *ratio decidendi* z decyzji sądowej

Ogólnie regułę (normę)⁵ o generalno-abstrakcyjnym charakterze można wywieść z wyroku wydanego w konkretnej sprawie na wiele różnych sposobów, poczynając od bardzo prostego, typowego zresztą dla polskich tez i włoskich *massime*, po o wiele bardziej złożone i wysublimowane.

Po pierwsze, jako regułę precedensu można traktować jedną z regułą (norm), jakie znajdują się w treści uzasadnienia do precedensowego wyroku. Precedensowy sędzia – tym bardziej gdy ma świadomość, że jego wyrok będzie stanowił wiążący dla innych precedens – może bowiem sam podać „gotową” regułę, najlepiej jeszcze z wyraźnym zaznaczeniem, że to właśnie ona ma uchodzić za *ratio decidendi*. Ewentualnie sędzia ten może w taki sposób uzasadnić swoje rozstrzygnięcie, posłużyć się takimi zwrotami, wywodami i argumentami, że mimo niewysunięcia wprost przez niego żadnej generalno-abstrakcyjnej propozycji, reguła mająca stanowić *ratio* – bez jakichkolwiek wątpliwości

³ Na temat innych niż *the rule model* i modelu precedensu z analogii ujęć fenomenowi bycia związanym precedensowym wyrokiem zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 63–67, 69–73 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁴ Inne spotykane na gruncie anglosaskim określenia dla reguły precedensu to *ruling* lub ewentualnie *holding*. Tym ostatnim określeniem, nie do końca akceptując jednak jego generalno-abstrakcyjny charakter, posługuje się głównie w Stanach Zjednoczonych – por. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 34.

⁵ Trzeba jednak mieć tu na uwadze, iż w anglosaskiej teorii i filozofii prawa nie używa się tak często – jak ma to miejsce w polskiej nauce prawa – takich pojęć jak norma prawna czy jej hipoteza (ang. *hypothesis*, *protasis*, *operative facts*, *factual predicate*) i dyspozycja (ang. *consequent*, *apodosis*), poprzestając na ogół na pojęciu reguły albo zasady, ewentualnie z dodaniem jeszcze przymiotnika „ogólna”. Co więcej, na skutek nadawania mu psychologicznego i „empirycznego” wymiaru kwestionuje się też czasem nawet samą możliwość występowania w prawie i stosowania takiego konstruktów, jakim jest norma – por. G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, Londyn 1982, s. 1–43; F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oksford 1991, s. 12–16, 23–24.

co do jej kształtu – sama się nasuwa. W obu tych przypadkach, jako że reguła precedensu została wyrażona tu niejako bezpośrednio, można mówić o niej jako o tzw. *ratio* wyraźnym (ang. *express* lub *explicit*).

Po drugie, zwłaszcza ilekroć brak możliwości odnalezienia reguły nadającej się na *ratio decidendi* w treści sądowego uzasadnienia, *ratio* można próbować konstruować w oparciu o wynik (sposób rozstrzygnięcia) i stan faktyczny precedensowej sprawy. W trakcie tego procesu szczególnie pomocne mogą okazać się argumenty, teorie i wartości, jakie zostały przytoczone na uzasadnienie precedensowego wyroku tudzież jakie znajdują się w pismach procesowych pochodzących od uczestników postępowania i ich pełnomocników, a także ogólny stan wiedzy prawniczej i empirycznej oraz intencje i dotychczasowy dorobek orzecznicy sędziego ustanawiającego precedens. Ponieważ tak powstała precedensowa reguła nie jest wyrażona wprost, lecz trzeba się jej tu dopiero domyślać, można by o niej mówić jako o tzw. *ratio* dorozumianym (ang. *implied* lub *implicit*).

Po trzecie, teoretycznie możliwe są oczywiście także i inne, bardziej skomplikowane rozwiązania. Jednym z nich jest niewątpliwie propozycja, by za punkt wyjścia obrać *ratio* wyraźne, a następnie dokonywać w nim „udoskonalających” modyfikacji, np. drogą (re)interpretacji jego zawartości z uwagi na stan faktyczny, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie, tudzież w świetle argumentów (wartości, celów, „polityk”), jakie faktycznie rozważono lub jakie „obiektywnie” powinny być uwzględnione w trakcie wydania precedensowego wyroku. W tym ostatnim przypadku regułę precedensu stanowi nie reguła wyrażona przez (lub istniejąca w zamyśle) ustanawiającego precedens sędziego, lecz reguła będąca wynikiem godzenia różnorodnych czynników, jakie w danej kulturze uważane są za prawnie istotne⁶.

2.3. „Specyficzny” charakter reguły precedensu

Co więcej, reguła precedensu, niezależnie od tego, czy jest to *ratio* wyraźne, wyraźne zmodyfikowane czy dorozumiane, posiada też inny charakter niż normy, jakie wywodzi się („derywuje”) z wydawanych przez legislaturę lub egzekutywę aktów prawnych. Abstrahując już od tego, że musi być ona normą niezbędną (konieczną) do rozstrzygnięcia sprawy precedensowej (co odróżnia ją od innych reguł znajdujących się w sądowym uzasadnieniu, jakie zwyczajowo uznawane są za niewiążące *dicta* lub *obiter dicta*), reguła precedensu jest z definicji normą „podważalną” i w tym sensie z samego już założenia niekonkluzywną. Reguła ta zawsze może bowiem nie zostać zastosowana w stanie faktycznym, który pod nią podpada, jeśli przemawia za tym specyfika tego stanu; przy czym taka odmowa zastosowania nie pozbawia tej reguły mocy obowiązującej (bycia wiążącą).

Tak też pojmowana możliwość „podważenia” reguły stanowiącej *ratio* określana jest na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu mianem *distinguishing* („wyróżniania precedensów”), która to instytucja zdaje się być zresztą nierozzerwalnie związana z koncepcją precedensowych reguł. Sam natomiast mechanizm, za pomocą jakiego dokonuje się

⁶ Jeszcze bardziej „wysublimowanym” sposobem ustalania treści reguły mającej uchodzić za *ratio decidendi* danego precedensu jest tzw. metoda A.L. Goodharta, zgodnie z którą w skład *ratio* powinny wchodzić tylko te fakty sprawy precedensowej, które są istotne. Odnośnie do tej metody zob. A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” 1930/2, s. 169–183.

Ogólnie na temat reguły precedensu w ramach koncepcji *the rule model* zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 34–59 wraz z literaturą tam przywołaną.

wyróżniania poszczególnych precedensów postrzegany jest u Anglosasów często jako odwrotność analogii (dysanalogia), a więc jako rodzaj rozumowania co do istoty tożsamy z tym, jaki zostanie przedstawiony w punktach poniżej, z tą różnicą, że zamiast na szukaniu (stwierdzeniu) istotnych podobieństw między porównywanymi stanami faktycznymi ogniskuje się on na szukaniu (stwierdzeniu) między tymi stanami istotnych odmienności⁷.

3. Model precedensu z analogii

3.1. Istota modelu

Drugi podstawowy, a mimo to – jak można nieraz odnieść wrażenie – zupełnie nieznanymi na Kontynencie, sposób spojrzenia na istotę sądowego precedensu zasadza się na rozumowaniu przez analogię⁸. Dokładnie w myśl założeń tej koncepcji alternatywę do poszukiwania (konstruowania) generalno-abstrakcyjnych reguł (*rationes decidendi*) ma stanowić ustalanie podobieństwa pomiędzy stanem faktycznym, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, a stanem faktycznym w sprawie, jaka nie została jeszcze przez sąd rozpoznana. W razie gdy to podobieństwo zachodzi, skutki prawne takiego nierozpoznanego jeszcze stanu faktycznego mają być bowiem takie same lub bardzo zbliżone do skutków prawnych, jakie zostały przypisane stanowi faktycznemu sprawy precedensowej (spór powinna wygrać ta strona, która stanowi odpowiednik strony, na rzecz której zapadł precedensowy wyrok).

Ponieważ jednak między wszelkimi dowolnie wybranymi stanami faktycznymi można doszukać się nieskończonej liczby zarówno podobieństw, jak i różnic (przynajmniej ilekroć patrzemy na to z czysto logicznego, a nie semantyczno-kulturowego punktu widzenia)⁹, to w modelu precedensu z analogii szczególną wagę przywiązuje się

⁷ Odnośnie do założeń instytucji *distinguishing* zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 93–106 wraz z literaturą tam przytoczoną.

⁸ W polskiej praktyce sądowej do analogii, tym bardziej postrzeganej jako metoda stosowania prawa – czy to mającego postać precedensów sądowych, czy to przepisów (norm) prawa stanowionego – sięga się, przynajmniej w sposób „oficjalny”, niezmiernie rzadko. W zasadzie z tym rodzajem prawniczego rozumowania spotykamy się wyłącznie w kontekście wypełniania tzw. luk w prawie – zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 123–125, 126; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, w: D.N. McCormick (red.), R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot 1997, s. 229–230, 231, 245. Odnośnie do koncepcji luki w prawie i jej poszczególnych rodzajów zob. M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013/1, s. 109–122 wraz z przywołaną tam literaturą.

Generalnie wskazuje się też, że w państwach z systemem prawnym typu *civil law* modelowi precedensu, jaki bazuje na rozumowaniu *per analogiam*, przyszło odgrywać dużo mniejszą rolę, niż ma to miejsce w systemach prawa anglosaskiego – zob. D.N. McCormick, R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, w: D.N. McCormick (red.), R.S. Summers (red.), *Interpreting...*, s. 537.

⁹ Dość wymowny pozostaje w tym względzie dowód przytaczany przez S. Brewera, że każde dwa dowolnie wybrane stany faktyczne są do siebie podobne choćby na tej podstawie, że w żadnym z nich nie występuje zwierzę zwane łosiem (oczywiście pod warunkiem, że jest tak naprawdę; w przeciwnym razie łosia należy zastąpić jakimkolwiek innym rzeczownikiem, którego w porównanych stanach faktycznych rzeczywiście brakuje). Jeśli bowiem w żadnym z tych stanów nie ma jednego łosia, to tym samym nie ma w nich dwóch łosi, trzech łosi, czterech łosi, pięciu łosi i tak dalej *ad infinitum*, co w rezultacie sprawia, że liczba podobieństw między tymi stanami jest nieskończona – por. S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” 1995–1996/109, s. 932, przypis 19.

To, że niezmiernie łatwo jest doszukiwać się podobieństw pomiędzy dowolnie wybranymi stanami faktycznymi, jest też wynikiem samego postrzegania czasu i przestrzeni, tj. np. tego, że poszczególne obiekty (podmioty, przedmioty) są w mniej więcej jednakowym stopniu oddalone od innych obiektów (podmiotów, przedmiotów, miejscowości, krain geograficznych, planet): występujący w jednym z porównywanych stanów faktycznych pies i występujący w drugim z takich stanów taboret znajduje się dalej niż 100 km od Londynu, 1000 km od Australii, 10.000 km od Marsa – por. K.J. Holyoak, P. Thagard, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, Cambridge 1996, s. 22.

do rodzaju (natury) podobieństwa, jakie ma wystąpić pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi. Z definicji chodzi tu bowiem nie o jakiegokolwiek podobieństwo, ale o podobieństwo zachodzące z perspektywy obowiązującego prawa, tudzież o podobieństwo (prawnie) istotne (relewantne)¹⁰. W jaki jednak dokładnie sposób będziemy przesądzać w prawie precedensowym o zaistnieniu takiego istotnego (relewantnego) podobieństwa, zależne jest od modelu (ujęcia, koncepcji, teorii) rozumowania *per analogiam*, jaki na użytek tego prawa przyjmemy¹¹.

3.2. Dwa modele rozumowania z analogii

Zasadniczo wydaje się, że rozumowanie *per analogiam* w prawie precedensowym może przebiegać na dwa konkurencyjne względem siebie sposoby. Pierwszy z nich nazywał być modelem faktycznym, co podyktowane jest głównie tym, że jego zwolennicy postrzegają podobieństwo jako coś, co inherentnie tkwi w samych faktach porównywanych spraw¹², ewentualnie, chcąc bardziej przybliżyć, skąd się ono bierze, posługują się „zagadkowym” pojęciem osądu, pożądania, pragnień, emocji, intuicji, nie wyjaśniając już jednak, według jakich prawideł te funkcjonują.

Drugiemu sposobowi stosowania precedensów drogą analogii postanowiłem z kolei nadać miano modelu racjonalnego. Takie określenie ma bowiem nawiązywać przede wszystkim do tego, że na płaszczyźnie rozumowania racjonalnego model ten czyni analogię bardziej wytłumaczalną i przewidywalną, odzierając ją na tyle, na ile to możliwe, z elementów „mistycznych”. Przy tym używanie tu przymiotnika „racjonalny” znajduje uzasadnienie zarówno w samej procedurze, w jakiej dochodzi w tym modelu do ustalania

¹⁰ Niewątpliwie jednym z najsłabszych jest tu stanowisko, zgodnie z którym podobieństwo, od którego uzależniony jest wymóg zastosowania precedensu w danej sprawie, polega na tym, że w sprawie tej występuje identyczna – co w sprawie precedensowej – „precyzyjna” kwestia, strony są te same, a postępowanie toczy się przed sądem, który ustanowił precedens, pozostałe zaś elementy stanu faktycznego pozostają jeszcze co do istoty jednakowe – zob. D.H. Chamberlain, *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*, Nowy Jork 1885, s. 12.

¹¹ Mimo że można by doszukiwać się zbieżności pomiędzy rozumowaniem *per analogiam* w prawie precedensowym oraz w prawie stanowionym (zwłaszcza, gdy zawarte w tekstach aktów prawnych normy/przepisy chciałobyśmy stosować na podstawie porównania obecnie rozpoznawanego przypadku z przypadkami, w jakich te normy/przepisy w sposób niewątpliwie znajdują swoje zastosowanie), z racji tematyki niniejszego artykułu koncentrował się będę wyłącznie na problematyce analogii w kontekście stosowania precedensów sądowych.

¹² O tym, że na płaszczyźnie faktycznej dwa (lub więcej) stany faktyczne wykazują wzajemne podobieństwo, może świadczyć: a) „podobieństwo kategoriale” – obecne w każdym z takich stanów osoby, zwierzęta, obiekty, zachowania lub sytuacje podpadają pod jakąś wspólną im kategorię lub subkategorię pojęciową, np. w każdym z takich stanów występuje pies, pies danej rasy (dog, jamnik itd.), mebel, mebel danego rodzaju (stół, taboret itd.), pożar, ogień; b) „podobieństwo atrybutów” – obecne w porównywanych stanach faktycznych przedmioty, podmioty, zachowania czy sytuacje posiadają tę samą cechę (właściwość), np. mają taki sam kolor, umieją pływać, są tak samo niebezpieczne dla ludzi itd.; c) „podobieństwo relacji” – pomiędzy podmiotami, obiektami i zachowaniami, jakie występują w wytypowanych do celów porównania stanach faktycznych, zachodzą identyczne relacje, np. proporcja, w jakiej jamnik jest mniejszy od doga, które to zwierzęta obecne są w jednym z takich stanów faktycznych, jest identyczna jak proporcja, w jakiej taboret jest mniejszy od stołu, które to meble obecne są w drugim z takich stanów faktycznych; d) „podobieństwo związków przyczynowych” – w każdym z porównywanych stanów faktycznych ta sama przyczyna wywołuje (wywołała) ten sam skutek, np. w wyniku powodzi w każdym z takich stanów zostały zniszczone pola uprawne. W zastosowaniach prawniczych o podobieństwie natury faktycznej mogą też decydować dodatkowo kategorie, atrybuty, relacje oraz związki przyczynowe, jakie służą do opisywania „rzeczywistości prawnej”; a więc odpowiednio byłby to np.: a) spadek, spółka; b) bycie w złej lub dobrej wierze, pozostawanie w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego; c) stosunek, jaki występuje w ramach opieki, powinowactwa, zobowiązania; d) śmierć powodująca otwarcie spadku czy wyrządzenie szkody rodzące obowiązek jej naprawienia – por. K.J. Holyoak, P. Thagard, *Mental...*, s. 22–34; D. Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, „Journal of the Association of Legal Writing Directors” 2004/2, s. 159–166, <http://ssrn.com/abstract=1089669>; L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 128–130. Jak się również wskazuje, same występujące w języku naturalnym pojęcia i terminy miały powstać po to, by oddać różnice i podobieństwa, jakie zachodzą pomiędzy poszczególnymi obiektami tudzież grupami takich obiektów – zob. T. Fowler, *The Elements of Deductive Logic*, Londyn 1895, s. 13, 16–17.

(nie)istnienia istotnego podobieństwa, jak i w kluczowej dla tej procedury koncepcji „racji” (ang. *reasons, rationale*), jakie „stoją” za precedensowym wyrokiem¹³.

3.2.1. Faktualny model analogii

W modelu faktualnym etapy rozumowania *per analogiam* pozwalają się przedstawić za pomocą następującej sekwencji:

- 1) odtworzenie stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, oraz stanu faktycznego występującego w sprawie, której skutki prawne – poprzez sięgnięcie do wnioskowania drogą analogii – chcemy ustalić;
- 2) stwierdzenie, czy między obydwoma powyższymi stanami faktycznymi zachodzi istotne podobieństwo;
- 3) w zależności od wyniku z pkt 2 zastosowanie bądź odmowa zastosowania precedensu w sprawie, w której skutki prawne nie są nam znane¹⁴.

Szczegóły stanu faktycznego sprawy, której skutki prawne chcemy poprzez sięgnięcie do wnioskowania z analogii ustalić, na ogół są jej stronom wiadome. Jeśli zaś sprawa ta trafiła do sądu, to do odtworzenia tego, co się w niej wydarzyło, dochodzi się na podstawie twierdzeń stron, przeprowadzonych dowodów i odpowiednich reguł materialno-procesowych (zwłaszcza w zakresie obowiązującej teorii dowodowej, zasad rozkładu ciężaru dowodu oraz domniemań i fikcji prawnych). Informacje o szczegółach stanu faktycznego w sprawie precedensowej czerpiemy z kolei z jego opisu, jaki znajduje się w uzasadnieniu precedensowego wyroku. Konsekwencją takiego sposobu ustalania tego, co wydarzyło się w sprawie precedensowej, jest jednak to, że nasza wiedza na ten temat nigdy nie będzie zupełna – pewne aspekty stanu faktycznego precedensowej sprawy mogły bowiem zostać przy opisywaniu tego stanu przez sędziego ustanawiającego precedens (tego, kto mu w tym pomagał) w znacznym stopniu zniekształcone, a nawet całkowicie pominięte. Uwaga ta dotyczy zarówno tzw. faktów (okoliczności) pozytywnych (tj. tych, które wystąpiły), jak i faktów (okoliczności) negatywnych (tj. tych, które miejsca nie miały). W zasadzie, poza zawartym w sądowym uzasadnieniu opisem faktów precedensowej sprawy, o faktach tych można by się jeszcze próbować dowiadywać już tylko z protokołu rozprawy oraz treści wystosowanych przez strony i ich pełnomocników pism procesowych, jakie znajdują się w aktach sprawy, ewentualnie których najważniejsze części zostały w swej niezmienionej lub przeredagowanej postaci „wciągnięte” do stosownego zbioru orzeczeń¹⁵.

Etap, na którym w modelu faktualnym stwierdza się, czy pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi – po ich odtworzeniu – zachodzi istotne podobieństwo, stanowi najbardziej zagadkowe stadium tego modelu. Nie do końca bowiem wiadomo, co dokładnie ma tu przesądzać, że dwa różniące się pod pewnymi względami, a zarazem pod innymi podobne, stany faktyczne zostają ostatecznie zakwalifikowane jako identyczne z punktu widzenia prawa.

¹³ Również S. Brewer o takim (lub zbliżonym do niego) ujęciu wnioskowania *per analogiam* mówi, że można by je nazywać „racjonalistycznym” (ang. *rationalistic*) – zob. S. Brewer, *Exemplary...*, s. 934.

¹⁴ W przedmiocie struktury faktualnego modelu analogii na tle prawa precedensowego zob. S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Austin 2007, s. 40; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 66; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 2; R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968, s. 182; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, Toronto 2001, s. 45; J. White, *Analogical reasoning*, w: D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Chichester 1996, s. 584.

¹⁵ Na temat problemów z adekwatnością opisu stanu faktycznego w sprawie precedensowej zawartego w sądowym uzasadnieniu zob. zwłaszcza K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*, Nowy Jork 2008, s. 34–36, 57–61.

Samo zliczanie wszystkich zachodzących między porównywanymi stanami faktycznymi podobieństw i różnic w celu określenia, które z nich są w przewadze, już na pierwszy rzut oka jawi się jako rozwiązanie całkowicie niecelowe, a przy tym jeszcze praktycznie niewykonalne. Takie bowiem procedowanie musiałoby prowadzić do czysto przypadkowych, i przez to chyba dla nikogo nieprzekonywających, rezultatów. Ponadto nieskończona liczba podobieństw i odmienności, jakie można wskazać między wszelkimi dowolnie wybranymi stanami faktycznymi, czyniłaby je w praktyce – przynajmniej na gruncie rozumowania świadomego – niemożliwym do przeprowadzenia¹⁶. Stąd też zresztą pojawiają się sugestie, by kluczową rolę w determinowaniu istotnego podobieństwa odgrywała tu nie „matematyka”, lecz np. intuicja, pojmowana jako szczególny, rozwinięty w pełni tylko u człowieka zmysł. Przy tym nie ma być to intuicja przeciętnego człowieka, ale intuicja „wytrenowana”, tj. taka, jaką odznaczać się może tylko osoba dobrze wyedukowana, posiadająca dużą wiedzę prawniczą i bogate doświadczenie życiowo-zawodowe. Dopiero bowiem wnioski poparte taką intuicją będą – w przypadku prawniczej analogii – dawać gwarancję ich słuszności (prawdziwości)¹⁷.

Poza intuicją, o zachodzeniu istotnego podobieństwa w modelu faktycznym może decydować także to, że porównywane stany faktyczne budzą u osoby sędziego (innego prawnika) – a najlepiej jakiegoś większego grona ludzi – identyczne lub bardzo zbliżone emocje¹⁸. Ewentualnie na uznaniu obu takich stanów za jednakowe z punktu widzenia prawa wpływ może mieć też sam rezultat (wynik), jakiego pożąda się w sprawie, której skutki prawne chcemy na drodze analogii ustalić. Wówczas to – biorąc się czy to z woli sędziego¹⁹, czy to z nastrojów społecznych²⁰ – chęć przypisania danej sprawie określonych skutków prawnych decydowałaby o zakwalifikowaniu jej jako istotnie podobnej do tej z precedensowych spraw, w której orzeczono takie same – lub bardzo do nich zbliżone – skutki prawne²¹. Tym razem więc o tym, czy (nie)występuje istotne podobieństwo, przesądzałaby w faktycznym modelu analogii już nie tyle intuicja czy tożsamość emocji, ile sam oczekiwany po stronie sędziego lub społeczeństwa – z jakichś innych niż one przyczyn, np. z powodu zważenia wchodzących w grę argumentów przemawiających za i przeciw – sposób rozstrzygnięcia danego przypadku²².

¹⁶ Zob. Szerzej S. Brewer, *Exemplary...*, s. 932, przypis 19.

¹⁷ Zob. np. C. Fried, *Observation. The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know*, „Texas Law Review” 1981–1982/60, s. 57; L.L. Weinreb, *Legal...*, s. 91–92, por. też s. 12–13, 68, 71–74, 124, 131, 132–134, 136–138; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 72–75; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 99–100; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 181. Za bardzo zbliżoną do koncepcji analogii działającej w oparciu o korzystającą z nagromadzonej wiedzy i doświadczenia lub jeszcze z czegoś innego intuicję można by uznać propozycję, iż o istotnym podobieństwie rozstrzyga zmysł wyobraźni, jaka działa w kontekście prawnej tradycji – zob. Z. Bankowski, *Analogical Reasoning and Legal Institutions*, w: P. Nerhot (red.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht 1991, s. 207–214.

¹⁸ O takiej możliwości wspominają np. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 72.

¹⁹ Zob. np. L.L. Weinreb, *Legal...*, s. 92; R. Cross, *Precedent...*, s. 185–186; G.C. Christie, *Law...*, s. 69; F. Schauer, *Thinking...*, s. 87–88, 91, 94, 96; N. Duxbury, *The Nature...*, s. 181.

²⁰ Zob. np. E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 4–6, 104; por. też C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nowy Jork 1996, s. 69, 72, 74–76; G.C. Christie, *Law...*, s. 69, 72.

²¹ Odnośnie do roli, jaką w rozumowaniu *per analogiam* odgrywają skutki prawne pożądane w danym przypadku przez rozumującego, zob. E. Braman, *Law, Politics & Perception. How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009, s. 86–111; B.A. Spellman, *Reflections of a Recovering Lawyer: How Becoming a Cognitive Psychologist – and (in Particular) Studying Analogical and Casual Reasoning – Changed my Views about the Field of Psychology and Law*, „Chicago-Kent Law Review” 2004/79, s. 1201–1203.

²² W kontekście modelu faktycznego można by też próbować odwoływać się do podobieństwa „naturalnego”, tj. takiego, jakie wynika z natury rzeczy i porządku świata, będąc niezależnym od woli ludzkiej („zebry są różne od skół nie dlatego, że ludzie tak postanowili, tylko dlatego, że taka jest natura”). Abstrahując już od wątpliwości co do poprawności ontologicznej takiej tezy, wskazuje się jednak, że w przypadku prawa – z uwagi na jego specyficzne cele i wartości – za istotnie podobne może nieraz uchodzić to, co nie jest naturalnie podobne – zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 47–50.

Jeśli chodzi o etap końcowy, tj. zastosowanie precedensu w sprawie, której skutki prawne nie były dotąd znane, to polega on na przypisaniu jej takich samych lub zbliżonych konsekwencji prawnych jak orzeczone w precedensowym wyroku. W efekcie, w razie zwrócenia się na drogę sądową, wygrać powinna ta ze stron, która stanowi odpowiednik strony wygrywającej ze sprawy precedensowej. Choć skutki prawne przypisywane stanowi faktycznemu uznanemu za istotnie podobny do stanu faktycznego sprawy precedensowej powinny rodzajowo odpowiadać skutkom prawnym orzeczonym w sprawie precedensowej, to jednak w zależności od tego, jak znaczne jest podobieństwo między tymi stanami, skutki mogą być „surowsze” lub „łagodniejsze”. O tym z kolei, w którym kierunku ma nastąpić taka modyfikacja – będąc w zgodzie z założeniami modelu faktualnego – będzie decydować intuicja tudzież intensywność (rodzaj) odczuwanych emocji albo samo rozstrzygnięcie, jakiego pożąda się w sprawie, której skutki prawne określane są na drodze wnioskowania z analogii²³.

3.2.2. Model racjonalny analogii

W racjonalnym modelu analogii zarówno sam sposób, jak i poszczególne stadia dochodzenia do ostatecznej konkluzji są z analitycznego punktu widzenia znacznie bardziej skomplikowane. Ogólnie przebieg rozumowania *per analogiam* można by tu zobrazować według następującego schematu:

- 1) odtworzenie stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, oraz stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy;
- 2) zidentyfikowanie „racji” (przyczyn, powodów), jakie „stoja” za precedensowym wyrokiem;
- 3) określenie w świetle racji z pkt 2, które z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej miały istotne znaczenie dla jej wyniku (przypisania jej takich, a nie innych skutków prawnych) i w tym sensie stanowiły „fakty sprawcze” *vel* „prawnie istotne”;
- 4) ustalenie, czy w sprawie, której skutki prawne chcemy określić poprzez sięgnięcie do wnioskowania z analogii, obecne są te same fakty (lub fakty do nich zbliżone), co fakty uznane za sprawcze (prawnie istotne) zgodnie z procedurą, o której mowa w pkt 3;
- 5) w zależności od wyniku z pkt 4 zastosowanie lub odmowa zastosowania precedensu w sprawie, której skutki prawne były przez nas poszukiwane²⁴.

Ustalanie szczegółów stanu faktycznego w każdej z porównywanych spraw co do zasady napotyka w modelu racjonalnym te same trudności i ograniczenia co w modelu faktualnym, chociaż można dopatrzeć się tu też pewnych – wynikających z istoty modelu racjonalnego – ułatwień. Nieco korzystniej w tym modelu przedstawia się mianowicie

²³ W przedmiocie takiego ujęcia rozumowania *per analogiam* jak opisane przeze mnie pod nazwą faktualnego modelu analogii – w tym sposobów, za pomocą jakich dochodzi w jego ramach do ustalania (nie)istnienia istotnego podobieństwa – w kontekście prawa precedensowego zob. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 66–76; R. Cross, *Precedent...*, s. 181–186; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 1–27; L.L. Weinreb, *Legal...*, s. 41–138; G.C. Christie, *Law...*, s. 68–72.

²⁴ Odnośnie do struktury wnioskowania *per analogiam* przebiegającego według założeń modelu racjonalnego zob. zwłaszcza J. Raz, *The Authority...*, s. 204; S. Brewer, *Exemplary...*, s. 962–963, 965–966, 1005, 1007; M.P. Golding, *Legal...*, s. 45, 102–103; por. też C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 65; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 76–77, 82.

zarówno problem z „niepełnym” opisem stanu faktycznego sprawy precedensowej, jaki znajduje się w sądowym uzasadnieniu, jak i kwestia tego, które z faktów sprawy, której skutki prawne chcemy określić drogą analogii, mają stanowić przedmiot dowodu w ewentualnym postępowaniu sądowym. Te swoiste „ułatwienia” zostaną też szerzej omówione poniżej.

Tym, co niewątpliwie odróżnia model racjonalny analogii od faktualnego, jest natomiast dodatkowe pojęcie „racji” tudzież „powodów”, „przyczyn” (ang. *reasons* albo *rationale*), jakie przemawiają („stoją”) za precedensowym wyrokiem. To też udział takich racji w ustalaniu (nie)istnienia istotnego podobieństwa ma czynić ten model bardziej przejrzystym i obliczalnym, świadcząc o adekwatności jego nazwy. Racje (powody, przyczyny), o jakich tu mowa, to nic innego jak to, co „racjonalnie” uzasadnia wydanie wyroku stanowiącego stosowany drogą analogii precedens. Na uzasadnienie to mogą się przy tym składać zarówno cele, „polityki”, teorie, doktryny, zasady, jakich „realizację” stanowi ten wyrok (fakt jego wydania), jak i wartości, jakie ten wyrok chroni, albo argumenty, jakie za jego wydaniem przemawiają – odwołujące się np. do pryncypiów ekonomii, nakazów zdrowego rozsądku czy wymogów moralności. Przy tym, jak się wydaje, preferowane powinny być tu zawsze racje – to, co je stanowi – o jak najniższym stopniu ogólności (jak najwyższym stopniu „konkretności”)²⁵. Biorąc więc za przykład precedens, w którym zakazano samochodowi osobowemu wjazdu do parku, za precedensowe racje – chociaż o dość wysokim stopniu abstrakcji – uchodzić mogłyby względ na ochronę środowiska oraz bezpieczeństwo osób wypoczywających (przebywających) w parkach.

Inną kwestią pozostaje, skąd wspomniane wyżej racje *vel* przyczyny lub powody – to, co wchodzi w ich skład – mają brać swe źródło i kto może być ich autorem. Spośród licznych możliwości warto wskazać tu przede wszystkim na to z możliwych racjonalnych uzasadnień precedensowego wyroku, jakim kierował się sędzia, który ten wyrok wydał (intencja historycznego prawodawcy). Po drugie, w ustalaniu tego, co stanowi precedensowe racje, pomocne mogą się okazać argumenty, zasady, teorie, doktryny, koncepcje, na jakie powoływała się strona (jej pełnomocnik), która wygrała precedensową sprawę. Po trzecie, w grę mogą tu wchodzić cele, wartości i Idee, jakie pozwalają się powiązać z precedensowym rozstrzygnięciem i które w powszechnej ocenie uchodzą za obowiązujące. Przy tym głębszego źródła dla tego rodzaju racji można by się doszukiwać w ludzkim rozumie, naturze rzeczy lub jakimś pozapozytywnym czy pozaprawnym porządku normatywnym – np. w prawie natury, moralności, duchu narodu czy islandzkim *eðli máls*²⁶. Ponadto za stojące za precedensowym wyrokiem racje mogą zostać uznane te wartości, teorie, cele i argumenty, jakie zdaniem komentujących go akademików, sędziów czy innych członków środowiska prawniczego musiały lub powinny zostać wzięte pod uwagę podczas wydawania tego wyroku. Szczególna rola w ustalaniu zawartości precedensowych racji mogłaby też przyspaść tym celom, wartościom i teoriom, jakie w danym porządku prawnym są konsekwentnie „promowane”, zwłaszcza w tym sensie, iż znajdują one swój wyraz w regulacjach przyjmowanych w prawie ustawowym oraz dotychczas ustanowionych i nieunieważnionych precedensach sądowych (intencja aktualnego prawodawcy). Niewątpliwie też taka mnogość źródeł i podmiotów, od których mogą

²⁵ Na temat różnych możliwych stopni ogólności takiego uzasadnienia – aczkolwiek w kontekście reguł, a nie precedensów – zob. F. Schauer, *Playing...*, s. 73–76.

²⁶ Odnośnie do źródła prawa, jakim jest *eðli máls*, zob. R. Tryggvadóttir i T. Ingadóttir, *Researching Icelandic Law*, zaktualizowane przez E. Mathiesen, 2010, <http://nyulawglobal.org/globalx/Iceland1.htm>, pkt 3.6.

pochodzić precedensowe racje, spowoduje, że w praktyce będą mogły występować na ich tle poważne spory i trudności, co jednak nie przekreśla zasadności samej ich koncepcji²⁷.

Zakładając, że wiemy już, co w danym przypadku stanowi precedensowe racje, możemy przejść do kolejnej fazy racjonalnego modelu analogii, tj. do określenia, które okoliczności z całokształtu stanu faktycznego precedensowej sprawy tworzą „fakty sprawcze” (prawnie istotne). W efekcie automatycznie dowiemy się, jakie okoliczności faktyczne nie miały znaczenia dla wydawania precedensowego wyroku, stanowiąc fakty prawnie nieistotne (irrelevantne). Przy tym oczywiście pozostaje, że aby prawidłowo dokonać identyfikacji faktów sprawczych, trzeba nie tylko znać zawartość precedensowych racji, ale ponadto dysponować odpowiednią wiedzą empiryczną w zakresie tego, co (jakie zachowania i wystąpienie jakich okoliczności) do ochrony i realizacji takich racji prowadzi, a co (jakie zachowania i wystąpienie jakich okoliczności) tym racjom „szkodzi”.

Nie sposób też nie zauważyć, że na skutek wyłonienia faktów sprawczych dojdzie do nieuchronnej redukcji i generalizacji. W wyniku takiej bowiem operacji – po pierwsze – zostanie odsiana cała masa szczegółów dotyczących stanu faktycznego precedensowej sprawy, a po drugie – chcąc „wyrazić” elementy stanu faktycznego, które są w świetle precedensowych racji istotne, wobec konieczności posłużenia się z braku innego medium językiem (czy to „naturalnym”, czy to narodowym), *nolens volens* przeniesiemy się na pewien poziom ogólności, utraciwszy niedające się tym językiem opisać (nieznajdujące w tym języku odzwierciedlenia) detale. W przykładzie z precedensem zakazującym samochodowi osobowemu wjazdu do parku, którego racje stanowi chęć ochrony środowiska oraz zapewnienia bezpieczeństwa osobom przebywającym w parkach, za fakty sprawcze należałoby zatem uznać emitowanie pewnej ilości spalin i stwarzanie pewnego stopnia zagrożenia dla osób odwiedzających parki, wszystkie zaś pozostałe szczegóły, jak np. to, że kierowca był w czarnym smokingu i czerwonym kapeluszu, samochód był marki Nissan, a na jego tylnym siedzeniu leżał wielki pies z długimi zwisającymi uszami, podczas gdy pasażerem siedzącym z boku kierowcy była niewysoka kobieta, której palto mieniło się w słońcu, dodając uroku czerwonemu kapeluszu, jaki jamnik, którego miała ona na kolanach, trzymał w pysku, zaliczone musiałyby być do faktów prawnie irrelevantnych.

Ponadto trudno nie spostrzec, że w przypadku racjonalnego modelu analogii sporządzenie adekwatnego opisu faktów precedensowej sprawy jest znacznie ułatwione, korzystanie zaś z takiego opisu nawet przy założeniu, że jest on „niepełny”, staje się – przynajmniej po części – usprawiedliwione. Mianowicie precedensowy sędzia, chcąc opisać to, co wydarzyło się w sprawie przedłożonej mu do rozpoznania, musi – kosztem wierności przekazu – dokonać daleko idącej selekcji i generalizacji. W przeciwnym razie jego relacja byłaby bardzo (żeby nie powiedzieć: nieskończenie) długa, co nie tylko wymagałoby poświęcenia jej takiej ilości czasu, jakiej żaden sędzia w praktyce nie posiada, ale ponadto czyniłoby zapoznanie się z jej zawartością – ze względu na dotyczące nas wszystkich ograniczenia czasowe – niezmiernie utrudnionym. Stąd najprostszym, a zarazem wydaje się jedynym sensowym środkiem mogącym zaradzić problemowi wiążącemu się z wiernością przekazu i powyższymi ograniczeniami, jest skoncentrowanie się

²⁷ W przedmiocie istoty oraz tego, co może się kryć pod pojęciem precedensowych racji, zob. przede wszystkim J. Raz, *The Authority...*, s. 203, 204; S.J. Burton, *An Introduction...*, s. 97, 98–101, 105–106, 115; S. Brewer, *Exemplary...*, s. 962–963, 965, 971, 1022; G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, w: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, s. 20, 22–23, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 63, 65–66, 71, 68–69, 80, 82–83, 84–89; M.P. Golding, *Legal...*, s. 46, 102 i 106; por. też B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, s. 148.

podczas dokonywania opisu stanu faktycznego precedensowej sprawy głównie na tych okolicznościach, które mogą mieć jakieś znaczenie z punktu widzenia argumentów, celów i wartości lub też teorii, polityk i doktryn ogólnie liczących się w danej kulturze prawnej, w tym i dobranie odpowiednich z takiej perspektywy wyrażań językowych i stopnia ich ogólności. Skoro zaś tak, to precedensowy sędzia, który poniechał opisywania całej masy przeróżnych szczegółów sprawy precedensowej, nie tyle pozbawia nas cennego źródła informacji, ile wskazuje na te z faktów sprawy, które miały lub potencjalnie mogły mieć charakter „sprawczy” (prawnie relewantny), co w konsekwencji powinno usprawniać, a nie utrudniać przeprowadzenie wniosku drogą analogii.

Po zidentyfikowaniu, które z okoliczności faktycznych precedensowej sprawy były w świetle precedensowych racji istotne, możemy przystąpić do ustalania, czy okoliczności te występują również w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy. Jest to przy tym o tyle łatwe, iż – jak już wyżej zaznaczono – w procesie wyłaniania faktów sprawczych odpadło wiele niuansów i detali, a same te fakty *ex definitione* są już w jakimś stopniu uogólnione. Dlatego też stwierdzenie ich istnienia w sprawie, której skutki prawne nie są nam znane, nie powinno być ani czasochłonne, ani pracochłonne. Mało tego, nawet gdy fakty istotne sprawy precedensowej oraz mające stanowić ich odpowiedniki fakty sprawy, której skutki prawne chcemy *per analogiam* ustalić, okażą się nie do końca tożsame, nie oznacza to wcale, że rozumowanie z analogii na pewno nie będzie się mogło w takim przypadku odbyć. Wówczas bowiem zachodzące między tymi faktami różnice można zawsze poddać ocenie przez pryzmat zawartości racji stojących za precedensowym wyrokiem i na podstawie wniosku *a fortiori* próbować określić, jak bardzo porównywane sprawy są względem siebie podobne.

W przykładzie precedensu, w którym zakazano wjazdu samochodowi osobowemu do parku, odmiennosc w stanie faktycznym sprawy, której skutki prawne chcemy poprzez sięgnięcie do analogii ustalić, polegająca na tym, że do parku zamierza wjechać samochód ciężarowy, a nie osobowy, należałoby zatem tłumaczyć przez pryzmat wyższego niż w przypadku samochodów osobowych poziomu emitowanych spalin oraz większego stopnia zagrożenia dla osób postronnych. W efekcie – z uwagi na to, że precedensowymi racjami były tu ochrona środowiska i bezpieczeństwo wypoczywających w parkach – obie sprawy, choć ich fakty sprawcze nie są identyczne, nadal uważalibyśmy za istotnie podobne. Więcej, sprawa z samochodem ciężarowym byłaby tu nawet „podobniejsza”, bo wydanie w niej wyroku takiego jak w sprawie z samochodem osobowym byłoby w jej przypadku z punktu widzenia precedensowych racji jeszcze bardziej uzasadnione. Kwestia podobieństwa miałyby się natomiast inaczej, gdyby w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy, występował nie samochód ciężarowy, ale motocykl, wydzielający mniej spalin od pojazdów osobowych i w mniejszym stopniu niż one niebezpieczny dla osób postronnych. Wówczas nie byłoby co prawda żadnego problemu z identyfikacją, które z faktów sprawy z motocyklem należy wytypować dla ich porównania z faktami sprawczymi sprawy precedensowej, określenie już jednak tego, czy sprawy te są do siebie istotnie podobne, z uwagi na mniejsze w świetle precedensowych racji – niż w sprawie precedensowej – uzasadnienie dla wydania wyroku takiego jak w sprawie precedensowej zdaje się pozostawać tu w dużej mierze uznaniowe (czy też zależne od czynników, od których zależało istotne podobieństwo w faktycznym modelu analogii).

Na marginesie warto dodać, że koncepcja precedensowych racji ułatwia też przeprowadzenie postępowania dowodowego w sprawie zawisłej przed sądem. Patrząc przez pryzmat poszczególnych wartości (argumentów, celów, „polityk”, teorii czy doktryn),

możemy bowiem – bez uszczerbku dla jej późniejszego rozstrzygnięcia – poprzestać na dowodzeniu tylko niektórych okoliczności tej sprawy, tj. zrezygnować z dowodzenia całej rzeszy nieistotnych w świetle takich wartości szczegółów i subtelności. Jeśli to tylko racje z dotychczas ustanowionych precedensów (lub to, co może te racje potencjalnie stanowić) wpływałyby na wydawane przez sądy rozstrzygnięcia, to skupianie się przez strony (ich pełnomocników) na faktach, jakie z punktu widzenia tych racji nie mają żadnego znaczenia, byłoby – mając na uwadze cel, jakim jest wygranie procesu – zupełnie bezzasadne. Dowodzenie i koncentrowanie się na wszystkich szczegółach stanu faktycznego, jaki wystąpił w danej sprawie, skutkowałoby zresztą tym, że postępowanie sądowe nigdy nie mogłoby się zakończyć.

Jeśli chodzi o sam sposób zastosowania precedensu w sprawie, której chcemy przypisać skutki prawne drogą analogii, to co do zasady w modelu racjonalnym wygląda on tak samo jak w modelu faktycznym. Tutaj jednak, przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym złagodzeniu lub zaostrzeniu takich skutków, będziemy się kierować nie tyle intuicją, pożądanym rezultatem lub emocjami, ile różnicami zachodzącymi w stanach faktycznych porównywanych spraw, ocenianych z perspektywy precedensowych racji. Wnioskując na tej podstawie *a fortiori*, skutki prawne orzeczone w sprawie precedensowej będą więc mogły – przy przypisywaniu ich do sprawy, do jakiej precedens stosujemy *per analogiam* – być poddawane stosownej modyfikacji, oczywiście pod warunkiem, że w ogóle nadają się one do stopniowania (np. wymiar orzekanej kary lub wysokość zasądzanego odszkodowania)²⁸.

3.3. Siła (moc) poszczególnych analogii

Równie intrygujący jak samo ustalanie (nie)istnienia istotnego prawdopodobieństwa jest problem siły (mocy) wniosków stawianych na drodze rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym i związane z nim zjawisko tzw. konkurencji (współzawodnictwa) analogii. Z konkurencją analogii w prawie precedensowym mamy do czynienia, ilekroć – co w praktyce zdarza się zresztą nader często – w stanie faktycznym, jakiego skutków prawnych poszukujemy, *prima facie* pozwala się *per analogiam* zastosować więcej niż jeden tylko precedens²⁹. Do rozstrzygnięcia takiej konkurencji konieczne jest ustalenie, która ze spraw precedensowych jest najbardziej podobna do sprawy, której skutki prawne nie są nam znane, a więc – ujmując to w pewnym skrócie myślowym – ustalenie, która z wchodzących w grę analogii jest tą najsilniejszą (najbliższą, najmocniejszą, najwłaściwszą)³⁰.

²⁸ W przedmiocie koncepcji określonej przeze mnie mianem racjonalnego modelu analogii zob. zwłaszcza G. Lamond, *Precedent...*, s. 22–23; M.P. Golding, *Legal...*, s. 45–49, 102–111; J. Raz, *The Authority...*, s. 201–206; S.J. Burton, *An Introduction...*, s. 25–41, 97–115; S. Brewer, *Exemplary...*, s. 962–1028; Z. Bankowski, *Reasoning...*, s. 203–215; por. też L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 76–83; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 65–74, 96–100; G.C. Christie, *Law...*, s. 69.

²⁹ Ze zjawiskiem konkurencji analogii spotykamy się oczywiście nie tylko w prawie (czy to precedensowym, czy to stanowionym), ale także w razie stawiania *per analogiam* hipotez i też w naukach przyrodniczych i społecznych, a nawet podczas rozwiązywania za pomocą wnioskowania *a simile* problemów z życia codziennego.

³⁰ Na temat konkurencji analogii, w tym określania, która z wchodzących w grę analogii jest tą najsilniejszą, zob. G. Lamond, *Precedent...*, s. 22; R. Cross, *Precedent...*, s. 185–186; J. Raz, *The Authority...*, s. 205–206; S.J. Burton, *An Introduction...*, s. 29; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oksford 1978, s. 155–156, 192; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oksford 2005, s. 211–212; B. Brożek, *Rationality...*, s. 147–151; D. Hunter, *Teaching...*, s. 166–167; M.P. Golding, *Legal...*, s. 110–111; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, Durham 2008, s. 125–126; S. Brewer, *Exemplary...*, s. 965, 1012–1016, 1022–1026; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 2008, s. 327–328; K.J. Holyoak, P. Thagard, *Mental...*, s. 151–152, 179–181; por. też Z. Bankowski, *Analogical...*, s. 203–212; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 77–83, 87, 95–96, 98.

W zależności od tego, za którym z modeli analogii się opowiemy, faktualnym czy racjonalnym, rozstrzygnięcie pierwszeństwa konkurujących ze sobą analogii (decydowanie o tym, który z precedensów, do których te analogie się odnoszą, ma znaleźć w danej sprawie zastosowanie) zdaje się wyglądać zupełnie inaczej. W faktualnym ujęciu rozumowania *per analogiam* kwestia ta – przynajmniej z analitycznego punktu widzenia – nie przedstawia się bowiem nazbyt skomplikowanie, tj. o tym, która z wchodzących w grę analogii jest tą najbardziej właściwą (najsilniejszą, najbliższą), zdaje się decydować – leżąca u podstaw tego ujęcia – intuicja, tudzież emocje albo rezultat pożądany w danym przypadku. Jeśli mianowicie intuicja ma być w stanie powiedzieć, co jest, a co nie jest, istotnie podobne, to dlaczego nie miałyby ona móc również wskazać na to, co jest podobne w stopniu najwyższym. Gdy natomiast o wystąpieniu istotnego podobieństwa miałyby decydować w faktualnym modelu analogii emocje, to za najbliższą należałoby pewnie traktować analogię do tej sprawy precedensowej, która wzbudza odczucia w największym stopniu pokrywające się z odczuciami, jakie rodzi sprawa, której skutków prawnych poszukujemy. W razie zaś, gdy o takim podobieństwie przesądzać miałyby tu rezultat, jaki jest pożądany w danym przypadku, najsilniejszą powinna być pewnie ta analogia, która odnosi się do tego z precedensowych wyroków, w którym orzeczono skutki prawne najbardziej zbliżone (a najlepiej identyczne) do tych, jakie obecnie są pożądane.

W racjonalnym ujęciu rozumowania *per analogiam* sposób rozstrzygnięcia konkurencji analogii przedstawia się o wiele bardziej złożenie, co nie znaczy jednak wcale, że propagatorzy tego modelu próbują go w szczegółach objaśniać. Biorąc pod uwagę podstawowe założenia tego ujęcia, zasadniczo wydaje się, że decydujące znaczenie w określaniu siły wniosków stawianych na drodze analogii przypadnie trzem parametrom: a) stopniowi szczegółowości faktów sprawczych sprawy precedensowej, b) stopniowi rozwinięcia (dookreśloności) tego, co stanowi precedensowe racje, oraz c) wadze, jaką przypisujemy takim racjom (stanowiącym je wartościom, celom, argumentom, teoriom, doktrynom, „politykom”) w danym porządku/systemie prawnym.

Pierwszy z parametrów, odnoszący się do stopnia szczegółowości faktów sprawczych sprawy precedensowej, związany jest ściśle ze sposobem, w jaki dokonuje się wyszczególnienia tych faktów z całości kształtu okoliczności faktycznych mających miejsce w precedensowej sprawie. Jak była o tym mowa w pkt 3.2.2. niniejszego artykułu, kluczowa rola w tym procesie przypada zawartości precedensowych racji, to z ich bowiem perspektywy dokonujemy tu oceny, które dokładnie z faktów precedensowej sprawy należy traktować jako istotne (sprawcze), a które jako nieistotne (irrelevantne). Łatwo jednak zauważyć, że dokonywana na poziomie takiej oceny generalizacja – przy takiej samej zawartości precedensowej racji – może być różna, przez co też fakty sprawcze (istotne) mogą zostać określone na niejednakowym stopniu ogólności.

Na przykład w sprawie, w której zakazano samochodowi osobowemu wjazdu do parku i w której za racje tego zakazu uznamy ochronę środowiska i bezpieczeństwo osób wypoczywających w parkach, za fakty sprawcze możemy uważać – tak jak było to przyjmowane w pkt. 3.2.2. niniejszego artykułu – wydzielanie jakiejś ilości spalin oraz stwarzanie pewnego stopnia zagrożenia dla osób przebywających w parkach. Równie dobrze możemy tu jednak przyjąć, że z perspektywy ochrony środowiska do faktów istotnych należy zaliczyć emitowanie specyficznych substancji chemicznych, będących efektem spalania danego rodzaju benzyny w danej marce samochodu osobowego wyposażonego w taki, a nie inny typ silnika i katalizatora; a z punktu widzenia bezpieczeństwa osób

wypoczywających w parkach jako istotne potraktować to, że samochód osobowy w zdarzeniu z człowiekiem powoduje u niego dany rodzaj obrażeń zagrażających jego życiu i zdrowiu, grożących takim, a nie innym stopniem niepełnosprawności. Ponadto – idąc niejako w kierunku przeciwnym – za fakty sprawcze możemy tutaj również uważać: samo wyrządzanie szkody w środowisku oraz stwarzanie niebezpieczeństwa dla ludzi bez określania jak wysoka ma być ta szkoda i niebezpieczeństwo.

Jak też łatwo zauważyć, w zależności od tego, jaki będzie stopień ogólności faktów sprawczych, zupełnie inne stany faktyczne będą mogły zostać uznane za identyczne ze stanem faktycznym w sprawie precedensowej. W pierwszej z powyższych konfiguracji za „identyczną” ze sprawą precedensową uważać należałoby sprawę z samochodem innej marki albo nawet pojazdem innego rodzaju emitującym taki sam poziom spalin i stwarzającym taki sam stopień niebezpieczeństwa dla osób wypoczywających w parkach jak czynił to samochód występujący w sprawie precedensowej. W drugiej z ww. konfiguracji za jednakową dla celów porównania mogłaby już zostać potraktowana tylko sprawa z samochodem takiej samej marki jak samochód ze sprawy precedensowej, posiadającym taki jak on typ silnika i katalizatora i wydzielający ten sam rodzaj substancji chemicznej oraz mogącym doprowadzić do takich samych – jak w przypadku samochodu ze sprawy precedensowej – obrażeń zagrażających życiu i zdrowiu u przechodniów, grożących im danym stopniem niepełnosprawności. W trzeciej z kolei z ww. konfiguracji za tożsamy ze sprawą precedensową mógłby uchodzić nawet przypadek, w jakim rozważano by zakazanie samolotom możliwości latania nad terenem zabudowanym (wszak powodują one szkodę w środowisku, a w razie gdy dojdzie do ich katastrofy, ludzkie życie i zdrowie znajduje się w niebezpieczeństwie).

Co więcej, w przypadku precedensu, na mocy którego zakazano wjazdu do parku samochodowi osobowemu, z punktu widzenia bezpieczeństwa wypoczywających znaczenie mogło mieć również to, jaką osobą był kierowca pojazdu: czy był on kimś rozważnym, na ogół jeżdżącym ostrożnie i powoli, czy też przeciwnie, kimś, kto lubi prędkość, popisy i brawurę. Gdy bowiem przy opisywaniu faktów sprawczych uwzględnimy tego rodzaju dodatkowe okoliczności, sprawą identyczną do sprawy precedensowej będzie tylko taka, w której udział bierze kierowca odznaczający się takimi samymi jak kierowca ze sprawy precedensowej przymiotami.

Na powyższym tle wydaje się również, że co do zasady można przyjąć, iż im niższy będzie stopień ogólności faktów sprawczych (istotnych) sprawy precedensowej oraz odpowiadających im faktów sprawy, której skutków prawnych poszukujemy, tym większa będzie siła – zasadzającej się na tożsamości/identyczności takich faktów – analogii. Przy tym, do szczególnych komplikacji będzie dochodzić tu wtedy, gdy w porównywanych sprawach brak będzie wspomnianej tożsamości (identyczności), a więc ilekroć gdy fakty sprawcze sprawy precedensowej będą się różnić od faktów stanowiących ich odpowiedniki w sprawie, której skutki prawne chcemy *per analogiam* ustalić. Wówczas bowiem wydaje się, że siła danej analogii będzie – w zależności od tego, w którym kierunku przemawia to różnienie się, jak spojrzymy na nie z perspektywy tego, co stanowi precedensowe racje – bądź większa, bądź mniejsza; o ile jednak, tego założenia modelu racjonalnego zdają się już nie wyjaśniać.

Podobnie jak w przypadku faktów sprawczych sprawy precedensowej kwestia ogólności/szczegółowości wygląda w przypadku drugiego z parametrów, od których – jak się wydaje – zależy siła (moc) wniosków stawianych drogą rozumowania z analogii według modelu racjonalnego. Pod pojęciem precedensowych racji mogą się mianowicie kryć

zarówno proste wartości, argumenty i cele, jak i rozbudowane teorie, doktryny czy „polityki” pociągające za sobą cały szereg szczegółowych założeń, celów i wartościowań. Tak w stosunku do precedensu, w którym ustanowiono zakaz wjazdu samochodu osobowego do parku, za jego racje można by uznawać zarówno ochronę środowiska i bezpieczeństwa ludzkiego w ogólności, jak i wzgląd na ochronę środowiska i bezpieczeństwo ludzi, ale tylko w zakresie, w jakim odnosi się to do parków (poza nimi już nie).

Mało tego, za precedensowe racje można by tu uważać politykę ochrony bardzo rzadkich roślin szczególnie wrażliwych na konkretny typ spalin (np. będących wynikiem spalania ropy, ale już nie benzyny), jakie rosną akurat w parku, którego „bezpośrednio” dotyczył precedensowy wyrok, oraz/albo bezpieczeństwo osób wypoczywających w parkach, lecz już nie wszystkich, ale tylko tych, które poruszają się po bardzo wąskich uliczkach (100 cm), jakie to uliczki były obecne w parku, jaki stanowił element stanu faktycznego precedensowej sprawy. W zależności od obrania jednej z wyżej wymienionych – oczywiście bynajmniej nie wszystkich – możliwych postaci precedensowych racji, za identyczne do stanu faktycznego, na tle którego doszło do ustanowienia precedensu zakazującego samochodowi osobowemu wjazdu do parku, będą mogły zostać uznane zupełnie inne stany faktyczne. Przy tym, również w odniesieniu do tego parametru wydaje się, że im niższy jest stopień jego szczegółowości (tj. im stojące za danym precedensem racje są bardziej dookreślone i rozwinięte), tym i analogia, jaka na nim bazuje, jest silniejsza (mocniejsza).

Kolejnym, trzecim czynnikiem, jaki ma wpływ na moc wniosków stawianych drogą analogii, zdaje się być w modelu racjonalnym waga, jaką w danym systemie (porządku) prawnym przypisuje się temu, co zostało przyjęte na precedensowe racje. Poszczególne wartości, argumenty, cele i „polityki”, tudzież teorie i doktryny mogą być bowiem w różnym stopniu przez prawo obowiązujące w danym państwie (jurysdykcji) chronione/realizowane. Tak np. ochrona życia i zdrowia ludzkiego może być uznawana za ważniejszą od ochrony środowiska, zaś bezpieczeństwo przechodniów może być postrzegane jako mające pierwszeństwo przed prawem ludzi do szybkiego poruszania się dowolnie wybranym środkiem lokomocji. W efekcie, w przypadku konkurencji analogii do dwu lub większej liczby precedensów, za jakimi „stoją” racje o niejednakowej wadze, silniejsza byłaby analogia do tego z tych precedensów, którego racje są ważniejsze.

Biorąc za przykład dwa precedensy: jeden, w którym z uwagi na ochronę środowiska zakazano samochodowi osobowemu wjazdu do rezerwatu, oraz drugi, w którym zezwolono samochodowi osobowemu jeździć po drogach polnych w celu zapewnienia ludziom swobody w przemieszczaniu się, stwierdzenie tego, który z tych precedensów powinien znaleźć zastosowanie w sprawie, w jakiej zachodzi konieczność rozstrzygnięcia kwestii, czy samochód osobowy może poruszać się po drogach wytyczonych w lasach, zależałoby więc od zdobycia wiedzy w zakresie tego, czy ochrona środowiska jest mniej czy więcej warta od prawa ludzi do swobodnego się przemieszczenia.

Przypisywanie wagi precedensowym racjom (temu, co się na nie składa) w kontekście rozstrzygnięcia tego, której z konkurujących analogii należy przyznać pierwszeństwo, doznaje jednak pewnej szczególnej komplikacji. Mianowicie, nie wystarczy tutaj wiedzieć, które z precedensowych racji są w danym porządku (systemie) prawnym ważniejsze *in abstracto* (posługując się w tym celu jakąś metryką/hierarchią składających się na te racje wartości, argumentów, celów, „polityk”, doktryn i teorii), ale trzeba dodatkowo dysponować jeszcze informacją odnośnie do: a) stopnia, w jakim racje, które stoją za precedensowymi wyrokami, przemawiają za zawartymi w tych wyrokach

rozstrzygnięciami, oraz b) stopnia (może on być równy, wyższy lub niższy), w jakim racje te przemawiałyby za rozstrzygnięciem sprawy, jakiej skutków prawnych poszukujemy, gdyby została ona rozpoznana na podstawie, dających się w niej zastosować *per analogiam*, precedensowych wyroków. Jeśli bowiem w jednym precedensie opowiedziano się za ochroną bezpieczeństwa ludzi, bo inaczej jego naruszenie byłoby poważne, w drugim natomiast przyjęto rozstrzygnięcie sprzyjające swobodzie ludzi do przemieszczania się przy niewielkim stopniu realizacji tej wartości, to przy rozstrzygnięciu *per analogiam* sprawy, w której wchodzące w grę ewentualne niebezpieczeństwo dla ludzi jest niewielkie, a możliwość usprawnienia komunikacji znaczna, można by wydać wyrok na korzyść tej drugiej wartości bez podważenia tego, że *in abstracto* życie i zdrowie (bezpieczeństwo) ludzkie jest najważniejsze.

Reasumując, wszystkie wymienione wyżej parametry: stopień ogólności faktów sprawczych sprawy precedensowej i faktów stanowiących ich odpowiedniki w sprawie, której skutki prawne chcemy drogą analogii ustalić [wraz z kwestią różnic w tych faktach ocenianych z perspektywy precedensowych racji], dookreśloność i rozwinięcie takich racji oraz pozycja, jaką te racje zajmują w danym systemie/porządku prawnym (w tym stopień ich realizacji w porównywanych stanach faktycznych), będą mieć w modelu racjonalnym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia o pierwszeństwie konkurujących ze sobą analogii. To, jaką wagę powinno się nadać każdemu z tych parametrów z osobna, zdaje się już jednak w dużej mierze zależne od uznania osoby rozumującej *per analogiam*. Tak np. przy określaniu siły poszczególnych analogii ktoś może kierować się przede wszystkim tym, jaką rangę mają racje precedensów nadających się do zastosowania *per analogiam* w danym przypadku; ktoś inny może przywiązywać szczególną wagę do stopnia szczególności faktów sprawczych i ich tożsamości/odmienności w stosunku do ich odpowiedników ze sprawy, której skutki prawne ustalane są na drodze analogii; a ktoś jeszcze inny może skupiać się na tym, jak precyzyjne i rozwinięte są wartości, argumenty, cele, „polityki”, teorie i doktryny stanowiącej precedensowe racje, oraz stopniu, w jakim te wartości, argumenty itd. zostaną zrealizowane w razie opowiedzenia się za wchodzącymi w grę analogiami.

Przy tym, biorąc pod uwagę charakter rozumowania z podobieństwa oraz naturę prawa jako takiego, wydaje się, że podstawowe znaczenie powinno przypaść dwóm pierwszym z wymienionych w poprzednim akapicie parametrów, tj. szczególności faktów sprawczych i ich odpowiedników ze sprawy, której skutki prawne chcemy określić na podstawie analogii, oraz doprecyzowaniu (rozbudowaniu) precedensowych racji – o ile między tymi faktami i ich odpowiednikami będzie zachodziła tożsamość lub łatwe w świetle precedensowych racji do oceny *a fortiori* odmienności a zawartość precedensowych racji będzie się w danej kulturze prawnej dawała w sposób niebudzący wątpliwości powiązać z precedensowym wyrokiem. Sama natomiast pozycja tego, co stanowi precedensowe racje, w obowiązującej w ramach danego systemu (porządku) prawnego hierarchii – czy to ujmowanej *in abstracto*, czy przy uwzględnieniu jeszcze stopnia realizacji składających się na nią wartości w konkretnych przypadkach – zdaje się odgrywać w racjonalnym modelu analogii rolę drugo-, jeśli nie trzecioplanową. Jest tak dlatego, że po pierwsze, wnioskowanie *per analogiam* jest z definicji rozumowaniem od szczegółu do szczegółu (a nie od ogółu do szczegółu), działającym od dołu (ang. *bottom-up*), a nie od góry (ang. *top-down*). Po drugie, ze zbudowaniem i zarazem poznaniem hierarchii tego, co może wchodzić w skład precedensowych racji, w przypadku porządków (systemów) prawnych, jakie występują w rzeczywistości, będą się na ogół wiązać bardzo poważne trudności.

Źródłem zasygnalizowanych trudności jest przede wszystkim to, że prawo, tym bardziej jeszcze precedensowe, tworzone jest w sposób fragmentaryczny: jego poszczególne części powstają w różnym czasie, pochodząc często jeszcze od różnych autorów. W związku też z tym, podczas jego tworzenia na plan pierwszy mogą wysuwać się za każdym razem inne teorie, doktryny, cele, argumenty, „polityki”, wartości i związane z nimi interesy. Tak raz prawo (stanowiący je przepis lub precedens sądowy) może być wynikiem uwzględnienia interesów jednej grupy społecznej lub zawodowej, innym zaś razem – przy innym układzie sił w parlamencie lub innym składzie orzekającym – wynikiem uwzględnienia sprzecznych z nimi interesów innej grupy społecznej lub zawodowej. Poza tym, za przyjętym w danej kwestii prawnej rozwiązaniem mogą często przemawiać niejednorodne (w znaczeniu: niedające się sprowadzić do wspólnego mianownika) argumenty, wartości, cele, „polityki” itd.: np. natury ekonomicznej, podparte prawną i pozaprawną tradycją, o charakterze moralnym, biorąc się ze stanu wiedzy empirycznej czy też tego, co aktualnie jest powszechnie uważane za słuszne (właściwe).

W efekcie, w przypadku konkretnego systemu (porządku) prawnego może być nieraz bardzo trudno mówić o jakiejś wyraźnej hierarchii tego, co potencjalnie może w nim stanowić treści precedensowych racji, a dla koegzystencji obowiązujących w nim przepisów lub precedensów na próżno może być szukać jakiegoś wspólnego „racjonalnego” uzasadnienia. Jak się bowiem wydaje taki system/porządek prawny, w którym obowiązujące prawo byłoby w sposób zupełny i odgórny koherentne (spójne), pozwalając tym samym na zbudowanie w nim hierarchii poszczególnych celów, doktryn, argumentów, teorii, „polityk” i wartości, stanowi nic innego jak tylko – być może i bardzo atrakcyjną z filozoficznego punktu widzenia – utopię. Jeśli zaś tak, to również osoba wnioskująca w prawie *per analogiam* nie może zakładać takiej totalnej koherencji i na jej podstawie określać siły wniosków stawianych drogą tego rozumowania.

Powyższe nie przeczy jednak powszechnemu mniemaniu o tym, że korzystanie z prawniczej analogii wiąże się ze zwiększaniem spójności w danym systemie (porządku) prawnym. Spójność, jaką uzyskujemy dzięki sięganiu w prawie do wnioskowania z analogii, nie jest bowiem koherencją całkowitą, budowaną od góry (z przyjętego *a priori* systemu wartości), ale koherencją o charakterze „lokalnym” („miejscowym”), jaka budowana jest od dołu np. poprzez realizację precedensowych racji (tego, co je stanowi) w stanach faktycznych podobnych do stanu faktycznego sprawy precedensowej³¹.

3.4. Porównanie modelu racjonalnego i faktycznego prawniczej analogii

Zestawiając przedstawione w pkt 3.2.1 i 3.2.2 niniejszego artykułu ujęcia rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym, należy przede wszystkim zauważyć, że różni je nasycenie elementami ocennymi, tj. elementami zależnymi od przymiotów, woli i poglądów osoby rozumującej drogą analogii. Ta z kolei właściwość zdaje się mieć bezpośrednio przełożenie zarówno na możliwość przewidzenia z góry oraz późniejszej weryfikacji (krytyki) postawionych *per analogiam* wniosków, jak i na zdolność do wydawania przez sądy sprawiedliwych (słusznych) wyroków. Podobnie, nie jest ona też obojętna dla

³¹ Na temat koherencji, w tym jej lokalnego *versus* globalnego (totalnego) charakteru, w kontekście prawniczej analogii zob. C.W. Maris, *Milking...*, zwłaszcza s. 79–80, 102; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 67, 68, 76; C.R. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, „Harvard Law Review” 1992–1993/106, s. 775–778; G. Lamond, *Precedent...*, s. 24; D.N. McCormick, *Legal...*, s. 153, 187.

samej przejrzystości rozważań, jakie poprzedzają dojście do konkluzji stawianych drogą analogii, czy też dla ilości czasu, jaka jest niezbędna do postawienia takich konkluzji.

Poczynając od przewidywalności wyników uzyskiwanych w drodze rozumowania *per analogiam*, wydaje się – przynajmniej *prima facie* – że przewidywalność ta jest mniejsza w modelu faktualnym. Dwóm różnym osobom, z uwagi na odmienne doświadczenia, jakie w ciągu swojego życia udało im się zebrać, niejednakowy poziom posiadanej wiedzy prawniczej, ale i „pozaprawniczej”, intuicja może podpowiadać coś innego. Co więcej, jako że rozumowanie intuicyjne jest z definicji przedświadome i osoba, która rozumuje za jego pomocą, nie jest co do zasady w stanie wytłumaczyć, co dokładnie nią powodowało, decyzje podjęte drogą „intuicyjnej” analogii będą – również i dla samej tej osoby – owiane jakąś dozą „mystyczności”, a co się z tym wiąże – nieprzewidywalności³². Nawet gdy przyjmujemy, że intuicja, poza danymi zgromadzonymi w pamięci długoterminowej, może korzystać z tzw. informacji nielokalnych (np. pochodzących od rzeczy, innych osób, ponadziemskiej inteligencji, Boga)³³ i że informacje te są bezbłędne, to powstaje pytanie, jak mamy odróżniać (weryfikować), kiedy rozumujący *per analogiam* czerpał z takich właśnie informacji, a kiedy mu się tego zrobić nie udało.

Do poważnych rozbieżności pod względem rezultatów otrzymany za pośrednictwem faktualnego modelu analogii może dochodzić również wtedy, gdy tym, co ma decydować w tym modelu o istotnym podobieństwie pomiędzy porównywanymi sprawami jest nie intuicja, lecz emocje albo rezultat pożądany w danym przypadku. Na tle jednakowych stanów faktycznych ludzie mogą bowiem odczuwać nawet krańcowo odmienne emocje (tudzież emocje o różnej intensywności). Z kolei skutki prawne, jakie pragnie się przypisać danej sprawie, zdają się już z samego założenia być zrelatywizowane do nierzadko pozostających w sprzeczności interesów poszczególnych kategorii osób i grup społecznych (przedsiębiorcy *versus* konsumenci, uprawnieni *versus* zobowiązani do alimentacji, wynajmujący *versus* najemcy, przestępcy *versus* ich ofiary), co na pewno nie zapewnia „obiektywności” wniosków uzyskiwanych na podstawie determinowanej takimi skutkami analogii.

Bardziej przewidywalny pod względem otrzymany rezultatów jawi się racjonalny model analogii. Precedensowe racje nie mogą być już bowiem tak „niezgrabne” i zaskakujące jak intuicja czy emocje danej osoby, tym bardziej gdy zostaną one przez rozumującego *per analogiam* wyartykułowane, a ich powiązanie z precedensowym wyrokiem będzie w jakiś przekonywający dla uczestników danej kultury prawnej sposób uzasadnione, np. poprzez wskazanie, iż składające się na precedensowe racje cele i wartości są w wielu przypadkach chronione aktami prawa stanowionego lub znajdują odzwierciedlenie w treści sądowego uzasadnienia do precedensowego wyroku. Ponadto,

³² Na temat wyróżnianego w psychologii rozumowania intuicyjnego (przedświadomego, skojarzeniowego, „doświadczeniowego”) oraz rozumowania racjonalnego (świadomego, „rozsądnego”), w tym części ciała, z których one korzystają, możliwych zastosowań każdego z nich oraz czasu niezbędnego na ich przeprowadzenie i wiarygodności uzyskiwanych w ich ramach wyników, zob. np. M. Koszowski, *Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej*, w: S.M. Grochalski (red.), *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*, Dąbrowa Górnicza 2013, s. 122–126; S. Epstein, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, „American Psychologist” 1994/49, s. 709–724; M. Gladwell, *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, Londyn 2005; M. Sinclair (red.), *Handbook of Intuition Research*, Cheltenham 2011; T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman (red.), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge 2002; H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch (red.), *Intuition in Judgment and Decision Making*, Mahwah 2008.

³³ Odnośnie do takiej możliwości zob. np. D. Radin, *Intuition and the noetic*, w: M. Sinclair (red.), *Handbook...*, s. 183–196; R.T. Bradley, *Resolving the enigma of nonlocal intuition: a quantum-holographic approach*, w: M. Sinclair (red.), *Handbook...*, s. 197–213; D.E. Tomasino, *The heart in intuition: tools for cultivating intuitive intelligence*, w: M. Sinclair (red.), *Handbook...*, s. 247–260.

wyszczególnienie „faktów sprawczych” (prawnie istotnych) z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej pozwala określić, które stany faktyczne – choćby czysto potencjalnie – mogą zostać potraktowane jako istotnie podobne do stanu faktycznego występującego w sprawie precedensowej. Dodatkowo, gdy tylko wiemy, analogie do jakich spraw były w przeszłości preferowane i odrzucane przez organy stosujące prawo, w racjonalnym modelu analogii jesteśmy w stanie ustalić, jakie „polityki”, cele, wartości, argumenty czy doktryny i teorie uważane są przez takie organy za ważniejsze, a tym samym i prognozować, jakie decyzje – gdy w grę będą wchodzić „przeciwstawne” racje z dwóch lub większej liczby precedensów – organy te podejmą w przyszłości (stosując te precedensy *per analogiam*).

Poza *prima facie* lepszą przewidywalnością uzyskiwanych wyników, wnioskowanie *per analogiam* w modelu racjonalnym cechuje też większa przejrzystość, a przez to i większa podatność na ewentualną późniejszą weryfikację czy krytykę. W przeciwieństwie do tajemniczych, niedostępnych w pełni dla naukowego poznania procesów zachodzących w ludzkim sercu i umyśle (ewentualnie innych jeszcze organach), w tym modelu analogii dane jest nam poznać przynajmniej część operacji myślowych poprzedzających dojście do stawianej *per analogiam* konkluzji. Co więcej, jeśli tylko osoba rozumująca drogą analogii poda do wiadomości, jakie dokładnie treści podstawiła pod zmienne tego modelu (precedensowe racje, fakty sprawcze ze sprawy precedensowej i ich odpowiedniki w sprawie, której skutki prawne są poszukiwane), jesteśmy w stanie dokonać następczego, w tym „intersubiektywnego”, sprawdzenia poprawności jej toku rozumowania. Przykładowo, możemy wytknąć takiej osobie błąd oczywisty z punktu widzenia zasad logiki, aktualnego stanu wiedzy empirycznej lub powszechnie przyjętych (niekwestionowanych) wartości – tj. zarzucając jej na przykład, że:

- a) bezpodstawnie uznała jakiś fakt za istotny z punktu widzenia obranych przez nią racji (np. poprzez zakwalifikowanie danego rodzaju spalin jako szkodliwego dla środowiska, podczas gdy akurat on nie wyrządza w środowisku żadnej szkody),
- b) przyjęła za precedensowe racje wartości i cele, które w sposób oczywisty dla każdego uczestnika tej co ona kultury prawnej nie tylko nie są prawem chronione, ale jeszcze są postrzegane jako wysoce niepożądane.

Z większą przejrzystością i większymi możliwościami dla następczej weryfikacji postawionych drogą analogii wniosków wiąże się też szersze pole dla ewentualnej krytyki takich wniosków. O wiele łatwiej jest bowiem kierować krytyczne uwagi pod adresem kogoś, kto ujawnił przesłanki i mechanizm (jego etapy), na podstawie których dochodzi do swojej konkluzji, niż kogoś, kto odwołuje się do niedającej się ująć w karby rozumowań racjonalnych, intuicji (wyobraźni, emocji) czy też wewnętrznego pragnienia rozstrzygnięcia danego stanu faktycznego w określony sposób.

Za faktualnym modelem analogii zdaje się z kolei przemawiać szybkość, z jaką można podejmować w nim decyzje co do nie(istnienia) istotnego podobieństwa lub siły (mocy) konkurujących ze sobą analogii. W tym bowiem modelu wnioski – przynajmniej teoretycznie – mogą być stawiane błyskawicznie, bez konieczności wikłania się w jakiegokolwiek rozważania na temat tego, co stanowi precedensowe racje (i jaka ewentualnie jest tych racji waga), tudzież tego, które dokładnie z faktów precedensowej sprawy tworzą fakty sprawcze (prawnie istotne). Drugą mocną zaletą modelu faktualnego jawi się – wpisana, jak się wydaje, już w samą jego istotę – zdolność do generowania „intuicyjnie” słusznych (sprawiedliwych, społecznie pożądanych) rozstrzygnięć. Ta słuszność

(sprawiedliwość, społeczna akceptowalność) zdaje się przy tym korelować z – warunkującą prawidłowość rezultatów uzyskiwanych w tym modelu analogii – wiedzą i doświadczeniem, jakie występują po stronie osoby rozumującej *per analogiam*. Pomijając już, że podyktowane przez intuicję wnioski (za sprawą pozytywnego afirmującego uczucia, jakie się z tym często wiąże) niemalże z definicji jawią się jako zasadne dla tego, kto je artykułuje, to autorytet wynikający ze sporej wiedzy prawniczej popartej długoletnim doświadczeniem zawodowym może w oczach społeczeństwa stanowić istotny argument za trafnością podjętej – nawet podświadomie, intuicyjnie – w oparciu o taką wiedzę i doświadczenie decyzji.

Nieco inaczej oba omawiane ujęcia analogii wypadają pod względem ekonomicznym. Przypisywana modelowi faktualnemu błyskawiczna w teorii szybkość działania niekoniecznie musi być tu bowiem czynnikiem przesądającym.

Po pierwsze, jak się wydaje, osoba, która operuje intuicją, nie zawsze podejmie decyzję o istotnym podobieństwie, lub sile danej analogii, niezwłocznie. Całkiem prawdopodobne, że wraz z zapoznaniem się ze szczegółami danego stanu faktycznego, ewentualnie biegiem postępowania dowodowego, oraz analizą precedensowych wyroków, jakie potencjalnie mogą znaleźć w tym stanie zastosowanie, intuicja będzie podsuwać różne rozwiązania, przy czym nie te pierwsze, ale późniejsze będą uchodzić za trafniejsze, jako lepiej „przemyślane”. Co więcej – nawet w razie akceptacji możliwości korzystania z informacji nielokalnych – na nadejście intuicji i wiążącego się z nią uczucia afirmacji (pewności) w przypadku prawniczej analogii, jak się wydaje, trzeba będzie nieraz poczekać³⁴. Ponadto, aby upewnić się co do słuszności nasuwającego się intuicyjnie wniosku, osoba rozumująca *per analogiam* może chcieć przetestować go przed jego ostateczną akceptacją także na tle innych niż obecny w sprawie precedensowej oraz w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy drogą analogii, stanach faktycznych, łącznie z czysto wymagowanymi (hipotecznymi). Takie testowanie mogłoby w szczególności polegać na sprawdzeniu, czy po wyobrażeniu (zwizualizowaniu) sobie jakichś kolejnych stanów faktycznych, a tym samym i zwiększeniu na swój sposób dotychczas posiadanego doświadczenia, intuicja będzie podpowiadać to samo, co podpowiadała wcześniej. W efekcie, czas niezbędny do stwierdzenia, czy między porównywanymi stanami faktycznymi zachodzi istotne podobieństwo, może okazać się wcale niekrótszy od czasu, w jakim o takim podobieństwie rozstrzygnięto by w modelu racjonalnym³⁵.

Po drugie, co nawet ważniejsze, po przeprowadzeniu wnioskowania *per analogiam* według modelu faktualnego – oprócz samego potwierdzenia, że między porównywanymi sprawami zachodziło istotne podobieństwo – nie pozostaje żaden materiał i informacje mogące następnie służyć prawnikom i adresatom prawa. Samo tylko stwierdzenie, bez jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia, iż jakieś dwa stany faktyczne z punktu widzenia prawa zasługują na jednakowe potraktowanie, nie daje jasnej wskazówki, czy również jakieś inne stany faktyczne powinny być z nimi pod względem wywoływanych przez nie skutków prawnych zrównane. Zupełnie odmiennie kwestia ta przedstawia się w racjonalnym modelu analogii. Samo już bowiem wyartykułowanie tego, jaka jest zawartość

³⁴ Zob. S.A. Sloman, *Two Systems of Reasoning*, w: T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman (red.), *Heuristics...*, s. 379–380; M. Sinclair, *An integrated framework of intuition*, w: M. Sinclair (red.), *Handbook...*, s. 10; por. też J.C. Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the „Hunch” in Judicial Decision*, „South Texas Law Review” 1998/39, s. 893.

³⁵ *Mutatis mutandis* poczynione uwagi, zwłaszcza odnośnie do testowania otrzymanywnych konkluzji oraz ich zmienności na skutek takiego testowania i zapoznawania się z kolejnymi szczegółami rozpoznawanej sprawy, można by też odnieść do – mogących również determinować w modelu faktualnym istotne podobieństwo – emocji, a nawet rezultatu, jaki jest pożądany w danym przypadku.

precedensowych racji (co wskazuje na ich większą moc niż racji z innych precedensów dających się zastosować w danej sprawie *per analogiam*), i wyłonienie z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej faktów sprawczych, będzie umożliwiać prognozowanie, które stany faktyczne – przynajmniej potencjalnie – mogą zostać uznane za istotnie podobne do stanu faktycznego precedensowej sprawy.

Podstawową wadą racjonalnego modelu analogii jest natomiast to, że nie zawsze uda się na jego podstawie przesądzić o (nie)istnieniu istotnego podobieństwa tudzież o tym, którą z konkurujących ze sobą analogii należy uznać za najsilniejszą, podobnie zresztą jak i podjąć decyzji o „obostrzeniu” lub złagodzeniu” skutków prawnych, jakie mają zostać przypisane danemu stanowi faktycznemu *per analogiam*. Ilekroć bowiem nie uda się nam ustalić, co wchodzi w skład precedensowych racji (w przypadku konkurencji analogii określić wagi tych racji), lub zidentyfikować w świetle takich racji, które z faktów sprawy precedensowej mają uchodzić za sprawcze, albo ilekroć odmienności w odpowiednikach faktów sprawczych w sprawie, której skutki prawne chcemy drogą analogii dopiero ustalić, *a fortiori* będą osłabiać, a nie wzmacniać rozstrzygnięcie obrane w precedensowym wyroku, tylekroć – bez sięgnięcia do intuicji (emocji, pożądanego rezultatu) – nie sformułujemy w modelu racjonalnym ostatecznej konkluzji.

3.5. Zwolennicy i przeciwnicy opisanych wyżej ujęć analogii

Wśród teoretyków i filozofów prawa nie ma zgody co do tego, które z dwóch opisanych wyżej ujęć rozumowania *per analogiam* jest właściwsze. Za najbardziej zagorzałego propagatora modelu faktualnego, działającego na podstawie intuicji bazującej na zgromadzonym doświadczeniu i wiedzy, wydaje się, że należałoby traktować L.L. Weinreba³⁶. Ponadto do zwolenników takiego lub bardzo do niego podobnego (zasadzającego się na intuicji, emocjach, pożądanym rezultacie) ujmowania istoty prawniczej analogii powinni zostać zaliczeni: R. Cross, G.C. Christie, E.H. Levi i R.J. Aldisert³⁷. Krytykami modelu faktualnego, niezależnie od jego postaci, są natomiast niewątpliwi: L. Alexander i E. Sherwin³⁸, a także *ipso facto* wymienieni bezpośrednio poniżej orędownicy rozwiązań w stosunku do tego modelu alternatywnych.

Wśród zwolenników rozumowania *per analogiam* przebiegającego według koncepcji takiej lub zbliżonej do tej, jaka została nazwana przeze mnie racjonalnym modelem analogii, należy wymienić przede wszystkim S. Brewera, G. Lamonda, M.P. Goldinga, J. Raza, S.J. Burtona, Z. Bankowskiego oraz S. Hanson³⁹. Ponadto w tym kontekście nie wypadaloby nie uczynić wzmianki o takich postaciach jak C.R. Sunstein oraz D. Hunter, którzy przynajmniej w jakiejś części skłaniają się ku założeniom takiego właśnie sposobu ujmowania istoty wnioskowania drogą prawniczej analogii⁴⁰. Również D.N. MacCormick wydaje się mimochodem opowiadać za modelem racjonalnym⁴¹. Co więcej, nawet u zwolenników ujęcia faktualnego (jak choćby wspomniani już L.L. Weinreb i G.C. Christie),

³⁶ Zob. L.L. Weinreb, *Legal...*, zwłaszcza s. 12–13 oraz 77–103.

³⁷ Zob. R. Cross, *Precedent...*, s. 181–186; G.C. Christie, *Law...*, s. 68–70; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 1–8; R.J. Aldisert, *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, South Bend 1997, s. 93–97.

³⁸ Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying...*, s. 68–76 i 87.

³⁹ Zob. J. Raz, *The Authority...*, s. 203, 204; M.P. Golding, *Legal...*, s. 45–47, 102, 106, 109, 111; S. Brewer, *Exemplary...*, s. 934, 962–963, 965–966, 1027; S.J. Burton, *An Introduction...*, s. 97–115; G. Lamond, *Precedent...*, s. 20, 22–23; Z. Bankowski, *Analogical...*, s. 203–212; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, Londyn 2003, s. 66.

⁴⁰ Zob. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 63, 64, 65, 68, 69, 71, 83–90; D. Hunter, *Teaching...*, s. 165–166.

⁴¹ Zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 191–192.

można nieraz znaleźć wypowiedzi wskazujące na jakąś koncesję na rzecz idei precedensowych racji⁴².

4. Koda

Pod koniec niniejszego artykułu warto ostrzec, że przedstawione w nim ujęcia rozumowania *per analogiam* to konstrukty teoretyczno-filozoficzne i z tego zresztą powodu nadające się do łatwego wyszczególnienia i przeanalizowania⁴³. W praktyce stwierdzenie, którym z nich posługuje się konkretny sędzia lub prawnik, może się nieraz okazać bardzo trudne, jeśli nie wręcz niemożliwe. Ogólnie, ilekroć osoba rozumująca drogą analogii, by uzasadnić swój wniosek, wskazuje na jakieś wartości i cele czy też argumenty i teorie oraz fakty w ich świetle istotne, to możemy przypuszczać, że mamy do czynienia z modelem racjonalnym. Z kolei jeśli ktoś obstaje, że jakieś stany faktyczne zasługują na jednakowe z punktu widzenia prawa potraktowanie, nie umiając przy tym jednak w żaden „racjonalny” sposób wyjaśnić, czym motywuje swoją decyzję, to wstępnie można zakładać, iż posługuje się on modelem faktualnym.

Nie można też wykluczyć, że wnioskowanie drogą analogii u konkretnej osoby będzie łączyć w sobie elementy różnych jej ujęć (modeli), czyli że w pewnej mierze wnioskowanie to będzie się przykładowo opierać na świadomym uwzględnianiu wartości i celów albo teorii i argumentów, jakie dają się powiązać z precedensowym wyrokiem i wyodrębnionymi w ich świetle faktami sprawczymi sprawy precedensowej, a w pewnej mierze zasadać na podświadomej intuicji, emocjach lub pożądanym dla danego przypadku rezultacie.

5. Podsumowanie

W niniejszym artykule, poza zwięzłym przybliżeniem istoty modelu precedensu z regułą, przedstawiony został model precedensu z analogii, zwany też czasem – dla podkreślenia, że bazuje on na poszczególnych precedensowych wyrokach, a nie na całokształcie takich wyroków – modelem precedensu z „konkretnej” analogii. W ramach tego drugiego modelu wyszczególnione zostały też dwa podstawowe ujęcia (sposoby), za pomocą których można stwierdzać zachodzenie istotnego podobieństwa między stanem faktycznym sprawy precedensowej a stanem faktycznym sprawy, której skutki prawne chcemy poprzez sięgnięcie do analogii dopiero ustalić. Pierwszy z tych sposobów, tzw. faktualny model analogii, zasada się na podobieństwie faktualnym (występowaniu tych samych kategorii, atrybutów, relacji i związków przyczynowych w porównywanych stanach faktycznych) oraz ludzkiej intuicji, emocjach tudzież skutkach prawnych, jakich pożąda się dla danego przypadku. Drugi z kolei, zwany racjonalnym modelem analogii, opiera się na idei „precedensowych racji” oraz pojęciu faktów w świetle tych racji istotnych.

Racjonalne ujęcie analogii zdaje się przy tym w większym stopniu przyczyniać do przewidywalności i zrozumiałości precedensowego prawa. Ujęcie faktualne natomiast

⁴² Zob. L.L. Weinreb, *Legal...*, s. 91–92, 130–131, 132, 133; G.C. Christie, *Law...*, s. 69.

⁴³ Trudno jest tu też całkowicie zaprzeczyć opinii J. White’a, zdaniem którego trudności w wyjaśnieniu fenomenu rozumowania drogą analogii (oraz istotnego podobieństwa) biorą się stąd, iż na chwilę dzisiejszą nie wiemy, jak takie rozumowanie w rzeczywistości przebiega, i to zarówno gdy mowa o analogii w prawie, jak i poza nim – zob. J. White, *Analogical...*, s. 589. Co trzeba jednak zauważyć, problem ten dotyczy – jak się wydaje – nie tylko prawniczej analogii, ale również wielu innych metod oraz argumentów prawniczych, by nie odnieść go do większości zagadnień, które próbuje wyjaśnić i uporządkować filozofia prawa.

– przynajmniej w teorii – umożliwia szybsze stwierdzenie, czy pomiędzy porównywanymi sprawami (nie)zachodzi istotne podobieństwo, tudzież podjęcie decyzji co do tego, która z możliwych analogii (do którego z wchodzących w grę precedensów) jest najsilniejsza, stwarzając jednocześnie dogodniejsze warunki dla wydawania sprawiedliwych (słusznych, społecznie akceptowanych) rozstrzygnięć sądowych.

W kontekście prawa precedensowego warto mieć ponadto na uwadze, że reguły precedensowe (tzw. *rationes decidendi*) nie stanowią tego samego, co normy, jakie w systemach prawnych typu *civil law* wywodzi się z tekstów aktów prawa stanowionego. Nie dość, że *rationes decidendi* nie zawsze są podane wprost, i przez to nieraz trzeba się ich kształtu dopiero domyślać, to jeszcze z definicji są one „zaczepialne”, co przejawia się przede wszystkim w możliwości wyłączenia ich zastosowania na drodze rozumowania stanowiącego odwrotność analogii, a więc rozumowania ogniskującego się nie na szukaniu istotnych podobieństw, lecz istotnych różnic pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi.

Summary

Maciej Koszowski

The Model of Precedent Based upon Analogical Reasoning

Apart from the concise presentation of the rule-based model of binding judicial precedent, this article describes two basic accounts of analogical reasoning in precedential law. The first account has been named: the factual model and the second: the rational model. This terminology was adopted due to the fact that the judgment of similarity within the factual model is deemed to be a direct result of the very facts of the cases being compared, or of the unfathomed mystical workings of human intuition (emotions), or the outcome desired for the case at hand. The rational model, in turn, is based upon the notion of precedential reasons and casual facts, i.e. the facts that are relevant in the light of such reasons. Dependence upon these two notions makes the rational model more predictable and explicable. In certain circumstances, however, analogy to proceeds needs therein some additional factors which do not stem from the gist of that model. The factual model, unpredictable though it may seem to be, is faster and apt to generate just, or socially desirable, conclusions, especially when utilized by a person of a great legal knowledge and experience.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Aldisert, R.J. (1997). *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*. South Bend: National Institute for Trial Advocacy.
- Alexander, L., Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bankowski, Z. (1991). Analogical Reasoning and Legal Institutions. In P. Nerhot (Ed.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*. Dordrecht: Springer Science.
- Braman, E. (2009). *Law, Politics & Perception. How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: University of Virginia Press.
- Brewer, S. (1996). Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy. *Harvard Law Review* 109/5, 923–1028.
- Brożek, B. (2007). *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Burton, S.J. (2007). *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business.
- Chamberlain, D.H. (1885). *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: New York State Bar Association.
- Christie, G.C. (1982). *Law, Norms & Authority*. London: Duckworth.
- Cross, R. (1968). *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Duckworth.
- Epstein, S. (1994). Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious. *American Psychologist*, 709–724.
- Fowler, T. (1895). *The Elements of Deductive Logic*. Oxford: Clarendon Press.
- Fried, C. (1982). Observation. The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, „Texas Law Review” 1981–1982/60
- Gilovich, T., Griffin, D.W., Kahneman D. (2002). (Ed.) *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgement*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gladwell, M. (2005). *Blink. The Power of Thinking without Thinking*. London: Brettenham House.
- Golding, M.P. (2001). *Legal Reasoning*. Toronto: Ontario Broadview Press.
- Goodhart, A.L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal* 40/2, 161–183.
- Holyoak, K.J., Thagard, P. (1996). *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*. Cambridge (Mass.): MIT Press.
- Huhn, W. (2008). *The Five Types of Legal Argument*. Durham: Carolina Academic Press.
- Hunter, D. (2004). Teaching and Using Analogy in Law. *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 2, 151–168.

- Hutcheson, J.C. (1998). The Judgment Intuitive: The Function of the „Hunch” in Judicial Decision. *South Texas Law Review* 39/4, 889–904.
- Koszowski, M. (2009). *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*. Warszawa: Warszawska Firma Wydawnicza.
- Koszowski, M. (2013). Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej. In S.M. Grochalski (Ed.), *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*. Dąbrowa Górnicza: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Biznesu.
- Koszowski, M. (2013). O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 6/1, 109–122.
- Levi, E.H. (1949). *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.
- Llewellyn, K.N. (2008). *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, D.N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MacCormick, D.N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- Maris, C.W. (1991). Milking the Meter – On Analogy, Universalizability and World Views. In P. Nerhot (Ed.), *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics* (pp. 71–106). Dordrecht: Springer Science.
- Morawski, L., Zirk-Sadowski, M. (1997). Precedent in Poland. In D.N. MacCormick, R.S. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 219–258). London: Routledge.
- Peczenik, A. (2008). *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer Netherlands.
- Plessner, H., Betsch, C., Betsch, T. (Ed.) *Intuition in Judgment and Decision Making*. Mahwah: Routledge.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F. (2009). *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Sinclair, M. (2011). (Ed.) *Handbook of Intuition Research*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Spellman, B.A. (2004). Reflections of a Recovering Lawyer: How Becoming a Cognitive Psychologist – and (in Particular) Studying Analogical and Casual Reasoning – Changed my Views about the Field of Psychology and Law. *Chicago-Kent Law Review* 79/3, 1187–1214.
- Sunstein, C.R. (1993). Commentary on Analogical Reasoning. *Harvard Law Review* 106/3, 741–791.
- Sunstein, C.R. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Weinreb, L.L. (2005). *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- White, J. (1996). Analogical reasoning. In D. Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Chichester: Wiley-Blackwell.