

Milena Korycka-Zirk*

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Obowiązki *prima facie* Williama Davida Rossa a zasady prawa Ronalda Dworkina

1. Wprowadzenie

Celem artykułu jest odnalezienie koherencji pomiędzy istotną prawniczo koncepcją względnego zakresu zastosowania zasad prawnych a koncepcją obowiązków *prima facie*. Analiza porównawcza jest dokonywana z perspektywy uwzględniającej prawne i faktyczne możliwości realizacji dyspozycji zasady prawnej, a nadto opiera się na antymonistycznym założeniu o determinacji istotności zasady etycznej i ocenie jej abstrakcyjnie zakładanej ważności, opartej na czynnikach innych niż konsekwencje czy motywy stosowania zasady moralnej. Pierwotna wobec prawniczych koncepcji zasad prawnych etyka obowiązków *prima facie* Williama Davida Rossa wskazuje prawnikom, po pierwsze, że dyskurs prawny w zakresie zasad prawnych można postrzegać jako odbicie dyskursu praktycznego, zwłaszcza w momencie kolizji obowiązków moralnych, a po drugie, że stosowanie zasady proporcjonalności koniecznie wymuszającej ocenę wagi zasady prawnej można łatwiej zrozumieć, uzewnętrzniając argumentację etyczną leżącą u jej podstaw.

Najbardziej zasadniczym zagadnieniem podejmowanym w artykule będzie próba konfrontacji Rossowskiej koncepcji podmiotów moralnych z Dworkinowską koncepcją sędziego Herkulesa, a nadto porównanie koncepcji ważności zasady *in concreto* ocenianej poprzez ważność zasady samej w sobie (koncepcja Rossowska) z Dworkinowską

* ORCID: 0000-0001-6441-1747; e-mail: milenakorycka@gmail.com

koncepcją wagi zasady determinowanej instytucjonalnym wsparciem (praktyka instytucjonalna, element faktyczny) i moralnością polityczną (istotność sama w sobie zasady). Ponadto analizie zostaną poddane możliwość zachowania koherencji pomiędzy Rossowskim obowiązkiem nieszkodzenia i Dworkinowską tezą o prawach oraz problem możliwego zastosowaniu obu wskazań jako reguły preferencji w rozstrzygnięciu kolizji obowiązków *prima facie* czy analogicznie zasad prawnych.

2. Obowiązki *prima facie* u Williama Davida Rossa

Zasadniczym punktem wyjścia dla przedmiotowej koncepcji stanowi refleksja nad tym, czy jest możliwa generalizacja co do tego, czy prawo (np. do czegoś) sprawia, że zawsze postąpimy prawidłowo¹. Innymi słowy, czy abstrakcyjnie określona zasada wyznaczy prawidłowość postępowania, a nadto czy jesteśmy w stanie wszyscy poznać ją w sposób prawidłowy (tj. czy epistemologicznie dostępne kryteria przedmiotowe poznania, np. Kantowska koncepcja rozumu praktycznego, są w stanie zagwarantować obiektywizm poznania zasady i jej relewancji). Ross, analizując możliwe obiektywne istnienie czy obiektywne poznanie zasady bądź zasad kierujących bezwyjątkowo naszym zachowaniem, zwraca uwagę, że determinujące nasz krąg cywilizacyjno-kulturowy utylitaryzm i kantyzm nie uwzględniają istnienia wyjątku od zasady. Przewaga prostoty koncepcji nad relewancją w stosunku do faktów prowadzi do problemu konfrontacji symplicystycznych teorii moralnych ze skomplikowanymi etycznie sytuacjami faktycznymi. I tak, abstrakcyjnie niekontrowersyjna zasada dotrzymywania przyrzeczeń w sytuacji konfrontacji z sytuacją konieczności udzielenia komuś pomocy pociąga za sobą niedotrzymanie obietnicy obecności na spotkaniu, co pozwala Rossowi określić zasady kierujące naszym postępowaniem jako obowiązki jedynie *prima facie*².

Nie można jednocześnie i absolutnie osądzić, że coś jest słuszne (*right*). Nie można w tym zakresie opierać się na jednej zasadzie – czy konsekwencjonalistycznej (maksymalizacja przyjemności), czy opartej na analizie jednoczynnikowej motywacji. Oba typy rozumowań są retrospektywne, a nie prospektywne, w ocenie autora nie są w stanie rozwiązać dylematów moralnych, obowiązki zachowań nie są bezwzględne. Możemy jedynie mówić o obowiązkach moralnie ważnych, ale jest ich wiele, są od nich wyjątki i w sposób nieunikniony popadają wzajemnie w konflikty. Obowiązki moralne pozwalają jedynie na stwierdzenie, że na ogół coś jest słuszne, sprawiedliwe. Ross określa je jako obowiązki *prima facie*³ albo jako warunkowe obowiązki i charakteryzuje je

¹ W.D. Ross, *The Right and the Good*, ed. P. Stratton-Lake, Clarendon Press, Oxford 1930 (reprint 2007), s. 16.

² *Ibidem*, s. 18–19.

³ Sam Ross uważał, że określenie „obowiązki *prima facie*” niekoniecznie jest bardzo właściwe i może prowadzić do mylnych interpretacji. Po pierwsze, można mylnie przyjąć, że *prima facie* oznacza brak realności obowiązku, po drugie, mylna jest interpretacja, zgodnie z którą *prima facie* oznacza, że w ogóle nie jest to

jako moralnie istotne, ale to, czy są właściwe (aktualne), zależy od wszystkich moralnie relewantnych (istotnych) czynników w danej sytuacji dylematu moralnego. *Prima facie* oznacza dla autora obowiązek⁴ na pierwszy rzut oka, którego relewancje oceniamy w konfrontacji z innymi moralnie doniosłymi obowiązkami⁵. Tak rozumiany obowiązek *prima facie* (*prima facie duty*), określane też jako obowiązek warunkowy (*conditional duty*), należy odróżnić od właściwego obowiązku (*proper duty*), czy inaczej aktualnego obowiązku (*actual duty*), rzadziej nazywanego absolutnym obowiązkiem⁶ (*absolute duty*), stanowi istotę teorii W.D. Rossa.

Istotą więc warunkowego charakteru obowiązków jest otwartość na popadanie w konflikty z innymi obowiązkami w konkretnych sytuacjach faktycznych⁷. Dla Rossa *hard cases* (trudne przypadki) to te, w których trzeba złamać wspomnianą wyżej obietnicę albo inny obowiązek *prima facie*, ale motywem takiego działania jest uniknięcie rezultatu realizacji tegoż obowiązku z uwagi na katastrofalne w skutkach konsekwencje trzymania się jego dyspozycji⁸.

Obowiązek *prima facie* jest pierwszym wrażeniem obowiązku, które może okazać się iluzoryczne⁹. Warunkowy charakter obowiązku wynika nadto z założenia, które czyni Ross, że obowiązek *prima facie* charakteryzuje cechą działania, a nie cechą typów działań, trzeba je rozpatrywać w odniesieniu do człowieka, a nie na poziomie abstrakcyjnym¹⁰. Oznacza to indywidualizację nawet obowiązku *prima facie* (nie tylko względem dopiero obowiązku właściwego).

Jak Ross stara się zidentyfikować obowiązki jako moralnie istotne? To znaczy, jak w ocenie autora odnaleźć potencjalną relewancję zasad wchodzących w grę jako determinujące rozstrzygnięcie dylematu moralnego? Po pierwsze, są to poprzednie działania podmiotu, w których oparł się on na tej zasadzie. Autor określa te motywacje działania jako wewnętrzne przekonanie o istotności obowiązku (*implicit premise*). Nazywa je obowiązkami wierności (*duties of fidelity*), uwewnętrznianymi przez cywilizowanego człowieka, co należy rozumieć jako kontynuację, lojalność wobec wcześniejszych ocen relewancji zasady. Obowiązki relewantne odnajdujemy również poprzez

obowiązek. Zob. szerzej: C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology Solve the Conflicting Duties Problem?*, „Review of Roumanian Philosophie” 2015, vol. 59, s. 109–110.

⁴ W.D. Ross zwraca uwagę, że Prichard używa określenia żądanie (*claim*), które w ocenie Rossa wymusza istnienie dwóch osób; zob. W.D. Ross, *The Right...*, s. 20.

⁵ *Ibidem*, s. 19–20. Frank Snare zauważa jednak, że Ross nigdzie precyzyjnie nie definiuje pojęcia obowiązku *prima facie*, co może rodzić wątpliwość co do jego użyteczności, ale pytaniem podstawowym jest to, czy w ogóle jest to termin uchwytny; zob. F. Snare, *The Definition of Prima Facie Duties*, „The Philosophical Quarterly” 1974, vol. 24, no. 96, s. 235.

⁶ Nazwa ta jednak, analizowana z perspektywy prawniczych koncepcji zasad konstytucyjnych egemplifikujących prawa i wolności jednostki, może być myląca. Absolutne bowiem prawo czy wolność oznaczają, że nie są stosowane wobec takiego prawa klauzule ograniczające (klauzule limitacyjne).

⁷ C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 109.

⁸ *Ibidem*, s. 109.

⁹ W.D. Ross, *The Right...*, s. 20.

¹⁰ J. Atwell, *Ross and Prima Facie Duties*, „Ethics” 1978, vol. 88, no. 3, s. 241.

argumentację *a contrario* w stosunku do obowiązków reparacji (*duties of reparation*), to znaczy tych, które stały się podstawą naszych działań niewłaściwych. Wewnętrzne przekonanie o istotności obowiązku może ponadto wynikać z zewnętrznych ocen, tj. obserwacji zachowań innych ludzi kierowanych obowiązkami, np. wobec mnie (*duties of gratitude*), a nadto ocen o istotności obowiązków motywowanych potrzebą uznawania wartości istotnych dla innych ludzi, nie doświadczając sytuacji egzemplifikacji zastosowania obowiązku – czy przeze mnie czy wobec mnie – tj. obowiązki związane z dystrybucją dóbr (*duties of justice*) i poprawą sytuacji innych osób (*duties of beneficence*). Obowiązki istotne to również te prowadzące do samodoskonalenia (*self-improvement duties*) oraz obowiązki chroniące nas przed wyrządzeniem krzywdy innym¹¹. Próbując dokonywać gradacji w ramach implikowanych obowiązków, Ross wskazuje na ten nakazujący nie krzywdzić innych. Chociaż obowiązek dotrzymywania obietnic i dla uniwersalistycznych teorii moralnych, takich jak np. kantyzm, i dla pluralistycznej koncepcji Rossa abstrakcyjnie jest ważniejszy niż np. wspaniałość, to są sytuacje, gdy preferowanie obowiązku dotrzymywania tajemnic jest złem¹².

Wszystkie wskazane wyżej działania moralnie ważne, będące wykonaniem obowiązków, muszą mieć swoje pierwotne źródło. Są mini refleksją nad naszymi wewnętrznymi moralnymi przekonaniem. W ocenie Rossa są samoewidentnymi moralnymi sędami (*self-evident*), a nadto *prima facie* obowiązkami, u podstaw których jest poznanie *a priori*, co Ross tłumaczy jako same w sobie, tj. wewnętrznie (*intrinsically*) dobre albo złe¹³. Podczas gdy obowiązki *prima facie* są uzasadnialne w sposób zbliżony do aksjomatów matematycznych, obowiązki właściwe nigdy nie są dla Rossa samoewidentne. Generalizując, zasady moralne mogą jedynie wskazywać kierunek, ale istota moralnej decyzji jest wysoce intuicyjna¹⁴. Obowiązek właściwy wyrasta z sytuacji faktycznej, dla której obowiązek *prima facie*, wynikający z zasady moralnej, jest mostem dla odnalezienia obowiązku właściwego¹⁵. Ten ostatni wyrasta więc z natury obowiązku intuicyjnie uwewnętrznianej i odbieranej jako samoewidentna i sytuacji faktycznej, w ramach której ujawnia się kolizja możliwości wykonania ważnych obowiązków *prima facie*. Obowiązki te nie mogą natomiast być sprowadzone do jednej zasady czy z niej wywiedzione, stąd jest to teoria pluralistyczna z wszystkimi konsekwencjami braku symplifyzacji teorii monistycznych¹⁶.

Czynniki konstytuujące oba rodzaje obowiązków wskazano w tabeli 1.

¹¹ W.D. Ross, *The Right...*, s. 20–21.

¹² C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 112.

¹³ W.D. Ross, *The Right...*, s. 31, 32.

¹⁴ C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 112.

¹⁵ W.D. Ross, *The Right...*, s. 20.

¹⁶ P. Stratton-Lake, *Can Hooker's Rule-Consequentialist Principle Justify Ross's Prima Facie Duties?*, „Mind. New Series” 1997, vol. 106, no. 424, s. 751.

Tabela 1. Czynniki konstytuujące *prima facie duty* oraz *proper duty*

<i>Prima facie duty</i>	<i>Proper duty</i>
intuicyjność	natura sytuacji faktycznej
samoewidentność (ocena ważności)	efekt rozwiązania kolizji obowiązków ważnych
abstrakcyjność	konkretność

Źródło: opracowanie własne.

Intuicyjność jako czynnik uzasadniający ważność określonego obowiązku *prima facie* przejawia się nadto w przyjęciu pluralizmu zasad moralnych, nazywanych deontologicznym pluralizmem¹⁷. Wykluczając maksymalizujące teorie moralne poszukujące zasadniczości w realizacji obowiązku, Ross wskazuje na skrajnie osobisty charakter istotnych obowiązków i rozumie przez to indywidualistyczne, tj. wykluczające narrację agregatywną, myślenie o obowiązku. Mówiąc np. o maksymalizacji dobra (w konfrontacji do utilitaryzmu), podnosi, że korzyści (przyjemność, dobro), które odnosi jednostka, są istotne, a motywacja zachowań maksymalizacją korzyści nie wskazuje jednostce, kto tę korzyść ma osiągnąć, aby zrealizować wskazania utilitarystycznej dyrektywy maksymalizującej przyjemność¹⁸.

Obowiązki powyższe w ocenie Rossa są przekonaniem opartym na wiedzy, a *prima facie* kształtująca się ich klasyfikacja jest przejawem naszych moralnych przekonań. Lista tych przekonań ma charakter autentycznych warunkowych obowiązków, niekoniecznie ma charakter zamknięty. Określenie więc „deontologiczny pluralizm” wynika ze wskazania listy takich obowiązków przytoczonej już w opracowaniu nieco wcześniej¹⁹.

Jednocześnie Ross jest daleki od wskazywania, że istnieje jedna zasada (np. utilitarystyczna maksymalizująca przyjemność) mogąca być drogowskazem rozwiązania potencjalnych konfliktów pomiędzy obowiązkami *prima facie*. Nie zakłada jednak, że każdy obowiązek ma to samo uzasadnienie w sensie takiej samej wagi. Taka aprioryczna redukcja nie jest możliwa, decydujące są okoliczności, w jakich zachodzi kolizja obowiązków²⁰. Ross wychodzi z założenia, że niektóre rzeczy wydają się same przez się oczywiste (*self-evident*) i niosą z sobą roszczenie do istnienia (*existence*) w większym stopniu niż do jego braku, a nadto implikują doprowadzenie do ich egzystencji

¹⁷ Określenie wskazane przez C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 110.

¹⁸ W.D. Ross, *The Right...*, s. 22.

¹⁹ C. Thoaneanu przywołuje je następująco: 1) obowiązki wynikające z naszych wcześniejszych działań: a) dotrzymanie obietnic, b) spłacanie długów; 2) obowiązki wynikające z wcześniejszych działań innych osób, z poczucia wdzięczności wobec tych osób; 3) obowiązki sprawiedliwości będące gwarancją, że ludzie otrzymają to, na co zasługują (oznacza to niedystrybuowanie dobra rodzącego przyjemność w sytuacji, gdy nie zasługuje się na to); 4) obowiązek wspaniałomyślności, poprzez którego realizację możemy poprawić sytuację innych osób; 5) obowiązek samodoskonalenia moralnego i intelektualnego; 6) obowiązek nieszkodzenia; zob. C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 110–111.

²⁰ W.D. Ross, *The Right...*, s. 24.

(istotności) tak dalece jak to możliwe (*as much of them into existence as possible*)²¹. Trzy rzeczy są same w sobie dobre: cnota, wiedza i – z ograniczeniami – przyjemność. Obowiązkiem jest doprowadzenie do ich urzeczywistnienia (*existence*). Ross tworzy konstrukcję niezależnego obserwatora (*impartial spectator*) dla oceny uzasadnienia istotności zmiernia do realizacji zwłaszcza własnej przyjemności (traktowanej jako zakładana realizacja tego dobra jako celu) i nie odrzuca przyjemności jako dobra *prima facie*²². Wymienienie tych zasadniczych obowiązków nie oznacza braku innych o charakterze *prima facie*, najbardziej zasadniczy to tworzenie tak dużo dobra, jak to jest możliwe. Istnieją ponadto obowiązki partykularne (poza generalnymi) ujawniające się w konkretnych sytuacjach, a nadto obowiązki uzasadniane obietnicą (*promises*)²³.

Analiza kolizji obowiązków prowadzi Rossa do wniosku, że są obowiązki absolutne i *prima facie*. Obowiązek podmiotu może przyjąć postać obowiązku częściowo wpływającego na zachowanie (*parti-resultant attitude*) lub całościowo wpływającego na zachowanie (*toti-resultant attitude*)²⁴. Nawet te ostatnie, zwłaszcza o charakterze generalnym, mogą być dyskusyjne, niemniej jednak mają charakter oczywistych (*self-evident*), natomiast obowiązki ujawniające się w konkretnych sytuacjach, jako efekt kolizji, nie mają takiego oczywistego same przez się charakteru²⁵. Obowiązki te nie są ani logiczną konsekwencją obowiązków generalnych, mamy jedynie bardziej lub mniej prawdopodobne opinie co do tego, jak ukierunkować obowiązek *prima facie*. Oczywiste same przez się obowiązki stanowią jedynie możliwe przewidywania tego, co dobre lub złe. Nie jest dla Rossa bezzasadne porównanie oceny tego, czy nasze zachowanie jest dobre, do losu fortuny, niemniej jednak refleksywność na obowiązki *prima facie* uprawdopodobnia możliwość zachowania się dobrze²⁶. Dobre zachowanie to nie to samo co zachowanie optymalne w rozumieniu utylitarystycznym, tak jak *prima facie* obowiązek wskazujący to, co powinno być tendencją do postępowania właściwego (*right*), nie jest synonimem zachowania optymalnego (*optimific*). Ocena konkretnego obowiązku wymaga bowiem uwzględnienia tych dotykanych zachowaniem bezpośrednio, ale również pośrednio, co wymaga uwzględniania konsekwencji zachowań *pro futuro* i to bez ograniczeń czasowych²⁷.

Obowiązki *prima facie* w ocenie Rossa nie są efektem jakiejś teorii, lecz wiedzy opartej na zwykłej (*ordinary*) moralnej świadomości. Aby przybliżyć to pojęcie, Ross mówi o teście refleksji (refleksywności) myślących i dobrze wykształconych ludzi, traktując moralne przekonania analogicznie do percepcji zmysłowych w ramach nauk empirycznych. W obu typach przekonania część ważeń należy odrzucić jako iluzoryczne, przy

²¹ *Ibidem*, s. 24.

²² *Ibidem*, s. 25–26.

²³ *Ibidem*, s. 27.

²⁴ *Ibidem*, s. 28.

²⁵ *Ibidem*, s. 30.

²⁶ *Ibidem*, s. 31–32.

²⁷ *Ibidem*, s. 35–36.

czym moralne przekonania są odrzucane w wyniku konfliktu z innymi przekonaniem, lepiej realizującymi test refleksji. Moralne przekonania są refleksją pokoleń, są rozwijane, więc częściowo budowane poprzez najlepsze założenia podmiotowe (człowieka refleksyjnego), najlepiej odnajdującego kumulatywną (generacyjną) moc uznania dla określonego werdyktu moralnej świadomości²⁸. Aktualna (*actual*) prawidłowość moralnej decyzji jest kwestią przeważenia (*outweigh*) innego obowiązku *prima facie* w danych okolicznościach. Wewnętrzna prawidłowość (*intrinsic rightness*) działania nie zależy, zdaniem Rossa, od konsekwencji tegoż działania, ale jego wewnętrznej (wrodzonej) natury²⁹.

Próbując przybliżyć specyfikę sytuacji kolizji obowiązków, należy przede wszystkim zauważyć, że punktem wyjścia dla rozwiązania konfliktu jest dobra identyfikacja sytuacji faktycznej, tj. ocena faktów relewantnych. Ponadto proces balansowania skonfliktowanych obowiązków wymaga uwzględnienia wagi (*stringency*), ale obowiązek ujawnia się najpełniej w specyfice sytuacji. Efektem konfliktu jest wyłonienie obowiązku właściwego, przejawiającego cechy obowiązku realizacji³⁰. Akcentowanie relatywności obowiązku *prima facie* wydaje się uzasadnione przez Rossa głównie poprzez fakty danej sytuacji; o rozwiązaniu konfliktu decyduje sytuacja, ona jest niepowtarzalna, co czyni ją czynnikiem warunkującym możliwość rozwiązania kolizji obowiązków. Ross zauważa, że należy analizować sytuację tak kompleksowo jak to możliwe, albowiem obowiązek staje się aktualny dopiero w danej sytuacji³¹. Fakty dają podstawy do konkluzji praktycznych w rozumieniu kantowskim, a nie logicznych. Fakty (określane przez Rossa jako naturalne fakty) nie rozstrzygają oczywiście same w sobie kolizji, ale dostarczają podstawy dla praktycznego rozstrzygnięcia (*practical conclusions*), co znaczy, że dobro (*rightness*) nie determinuje pojęcia dobre działanie (*right*), tym samym kantyzm i utylitaryzm są nieprzystawalne jako teorie redukujące faktyczność w wyborach moralnych³².

Tak jak obowiązek *prima facie* jest intuicyjny, tak rezultat kolizji jest do pewnego stopnia intuicyjny, skoro ocena przekonującego charakteru obowiązku *prima facie* ma taki charakter. Tłumacząc naturę konfliktu obowiązków *prima facie*, w literaturze zwraca się również uwagę na nawiązania Rossa w tym zakresie do arystotelesowskiego

²⁸ *Ibidem*, s. 41.

²⁹ *Ibidem*, s. 46–47.

³⁰ Podobnie na gruncie teorii prawa R. Alexy identyfikuje istotne okoliczności faktyczne i prawne jako te, które warunkują optymalizację rezultatu procesu kolizji zasad i ukształtowanie roszczenia do bycia optymalizowanym obowiązku będącego efektem kolizji. Alexy używa określenia optymalizacyjny charakter zasad w sensie nakazu do bycia optymalizowanymi (*commands to be optimize*), a regułę wyłonioną z procesu kolizji określa jako nakaz optymalizacji (*command to optimize*); zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 130–132; R. Alexy, *On the structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. 13 no. 3, s. 300. C. Thoaneanu mówi w kontekście Rossa o obowiązku realizacji jako obowiązku bardziej przekonującym (*stringent*); zob. C. Thoaneanu, *Could Ross’s Pluralist Deontology...*, s. 111.

³¹ W.D. Ross, *The Right...*, s. 21–22.

³² P. Stratton-Lake, *Preface*, w: W.D. Ross, *The Right...*, s. XX. Zwraca na to uwagę również C. Thoaneanu, *Could Ross’s Pluralist Deontology...*, s. 113.

phronesis, rozumianego jako mądrość praktyczna (jako przeciwieństwo mądrości teoretycznej). Ta oznacza umiejętność podjęcia konkretnej decyzji, jest działaniem, a nie tylko percepcją, cnotą umożliwiającą dobre życie³³. Czynnikiem uwewnętrznianym w pojęciu intuicyjności, tj. nieekspozowanym jako odrębny czynnik warunkujący prawidłowość osądu zarówno co do relewancji dla rozstrzygnięcia kolizji określonego obowiązku *prima facie*, jak i dla osądu dotyczącego obowiązku właściwego, jest podmiot określany jako *plain man*.

Zestawiając koncepcję Rossa i Arystotelesa w celu analizy szczegółowej zakładanej przez Rossa intuicyjności, można zauważyć, że zarówno *plain man*, jak i dobrze wychowanego człowieka cechuje istotność motywacji w ocenie, przy czym *plain man* jest zdolny do posiadania praktycznej wiedzy (percepcji w zakresie oceny istotnych faktów i obowiązków), zaś dla Arystotelesowskiego człowieka dobro jest rodzajem powszechnej wrażliwości³⁴.

Dobro czy zło w ocenie Rossa, w związku z tak określonym kryterium podmiotowym, nie determinuje samo w sobie rezultatu kolizji, istotne są motywacje³⁵. Wielość motywacji istotnych, obowiązków *prima facie*, decyduje o kwalifikacji koncepcji Rossa właśnie jako pluralistycznej, opartej na moralności powszechnego sensu (*common sense morality*). Obowiązki *prima facie* uwewnętrzniane przez *plain man* są same w sobie istotne i wartościowe, co dla procesu kolizji obowiązków oznacza, że obowiązek, którego nie wypełniamy z uwagi na fakty konkretnej sprawy, nadal pozostaje wartościowym obowiązkiem³⁶. Nasze mentalne (intuicyjne) skłonności postrzegania obowiązku przeważonego jako istotnego pozostają, nie możemy w związku z tym mówić o wyjątku od stosowania obowiązku *prima facie*, jeśli został on przeważony, bo sugerowałoby to coś przeciwnego do obowiązku, np. że niedotrzymanie tajemnicy jest dobre³⁷.

³³ B. Hooker, *Ideal Code, Real World: A Rule-Consequentialist Theory of Morality*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 133; cyt. za: C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 113.

³⁴ Szerzej na temat koncepcji dobrego człowieka zob. W.D. Ross, *Aristotele*, s. 226–228; cyt. za: C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 113.

³⁵ Jak zauważa C. Thoaneanu, powoduje to odrzucenie kantyżmu i utylitaryzmu przez Rossa. Kantyżm redukuje motywacje do jednego wskazania rozumu praktycznego, a utylitaryzm redukuje ocenę działania do relacji dawca – beneficjent (wybierany jest ten obowiązek, który powoduje więcej dobra). Związek pomiędzy prawidłową decyzją a moralnym dobrem jest związkiem faktycznym, a nie abstrakcyjnym, co odróżnia Rossa od obu koncepcji. Ross odrzuca w związku z tym założenie Kantowskie, że kłamstwo jest zawsze złem oraz to, że moralnie dobrym działaniem jest zawsze to, które powoduje produkcję największego dobra; C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 113, 115, 120; zob. też: W.D. Ross, *The Right...*, s. 4.

³⁶ C. Thoaneanu, *Could Ross's Pluralist Deontology...*, s. 116, 123.

³⁷ H. Jack, *More on Prima Facie Duties*, „The Journal of Philosophy” 1996, vol. 63, no. 18, s. 523; por. R.K. Shope, *Prima Facie Duty*, „The Journal of Philosophy” 1965, vol. 62, no. 11, s. 278–281. Należy zauważyć, że Shope, charakteryzując koncepcję kolizji obowiązków i reinterpretując teorię Rossa, nie zakładał przeważenia obowiązku jako wyjątku od obowiązku. Zakładał ponadto, że obowiązek *prima facie* jest poprzedzony moralnym żądaniem wykonania go lub nie (choć finalnie Shope dochodzi do konkluzji, że moralne żądanie tylko czasem ustanawia obowiązek *prima facie*). Żądanie to musi być wypełnione. Prowadzi go to do wniosku, że podtrzymanie obu obowiązków czyni teorię Rossa bezużyteczną. Nie można jednocześnie, zdaniem Shope'a, podtrzymać moralnego żądania w sytuacji podważenia obowiązku *prima facie*, które określa jako pominięcie

Ross nie posługuje się więc pojęciem wyjątku, wyjątki są bowiem od reguł defini-tywnych (zamkniętych) typowych dla teorii monistycznych, a nie dla wskazań deter-minowanych co do zasady sytuacji. Nie ma więc sytuacji przeciwnej do istotności obo-wiązku *prima facie*, czyli sytuacji braku charakteru obowiązku. Określenie przeważenia jednego obowiązku *prima facie* przez drugi nie może być kwalifikowane jako wyjątek w niestosowaniu obowiązku z uwagi na błąd uniwersalistycznej zasady tkwiący u pod-staw tego określenia. Wyjątek od obowiązku zakłada jego uniwersalistyczny charakter, zaprzecza jego charakterowi *prima facie*.

Wydaje się, że Ross nie tworzy porządku preferencji między obowiązkami *prima fa-cie*. Krytyka w tym zakresie opiera się na założeniu zmiany pluralistycznego charakteru teorii Rossa w koncepcję semimonistyczną czy monistyczną. Jako czynnik gradacyjny obowiązków *prima facie* wskazywany jest stopień sprawiedliwości i dobrostanu (*well-being*) i ma to być metazasada o charakterze konsekwencjonalistycznym³⁸. Wszystkie obowiązki *prima facie* można wywieść ponadto z tej zasady drugiego rzędu, nie znamy jednak powodu, dla którego określone obowiązki *prima facie* powinny być wzięte pod uwagę jako relewantne dla oceny moralnej konkretnego działania³⁹. Ponadto obo-wiązki drugiego rzędu – sprawiedliwości i dobrostanu (*fairness* i *well-being*) – są wyłączone z możliwej cechy bycia obowiązkiem *prima facie*, czyli intuicyjnym wskazaniem zasady istotnej dla moralnego osądu. Koncepcja ta, poza tym, że przeczy założeniom teorii Rossa, czyni te podstawowe zasady martwymi dla działań ludzkich (zwłaszcza tych angażujących oceny sprawiedliwościowe)⁴⁰.

Za cenę systematyczności koncepcja ta wymusza abstrakcyjną regułę (i podkreślam tu abstrakcyjność, a nie ocenę *in concreto*) oceny wagi i preferencji obowiązków *prima facie*. Wypacza więc istotę tej koncepcji i dokonuje jej konwersji w teorię, którą przy-najmniej potencjalnie da się określić jako semimonistyczną. Konflikt jest rozwiązywany

tego obowiązku. Shope uważa, że koncepcja wyjątku od obowiązku *prima facie* pozwala uzasadnić sytuację, iż obowiązek *prima facie* nie ma w ogóle wpływu na finalny obowiązek właściwy (R.K. Shope, *Prima Facie Duty...*, s. 281–282). Ross natomiast przyjmuje, że jakiś element istotności obowiązku *prima facie*, nawet w sy-tuacji jego przeważenia, pozostaje. Pogląd zbliżony do Rossa o istotności obu skonfliktowanych obowią-zków nawet po przeważeniu jednego (wykluczający koncepcję wyjątku) prezentuje H. Jack, *More on Prima Facie...*, s. 521–524.

³⁸ Zob. B. Hooker, *Ross-style Pluralism versus Rule-consequentialism*, „Mind” 1996, no. 420, s. 531–552; cyt. za: P. Stratton-Lake, *Can Hooker's Rule-Consequentialist...*, s. 751. P. Stratton-Lake ocenia tę koncepcję jako bardziej systematyczną, opartą jednak na założeniu, że tylko jedna zasada uznawana jest za podstawową.

³⁹ Zob. P. Stratton-Lake, *Can Hooker's Rule-Consequentialist...*, s. 752–754. Autor zauważa, że w myśl tej koncepcji obowiązki *prima facie* tracą status obowiązków realnych, a tylko na pierwszy rzut oka wydają się realne, bo jeśli nie znajdują uzasadnienia w regule drugiego stopnia, to po prostu ich nie ma. Autor, powołując się na pracę P. Foot pt. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy* (University of California Press, Berkley 1978), wskazuje, że takie myślenie o obowiązkach *prima facie* charakteryzuje je jako generalne roz-strzygające wskazania (*general verdictive considerations*), które co do zasady rozstrzygają, czy działanie jest dobre, czy złe, jest to konkluzja rozumowania o deontologicznym charakterze. Koncepcja Rossa ma nato-miast charakter wspierających wskazań dla właściwości określonego działania (*evidential considerations*), bo są one podstawą moralnego myślenia.

⁴⁰ P. Stratton-Lake, *Can Hooker's Rule-Consequentialist...*, s. 756.

w istocie abstrakcyjnie, w oderwaniu od sytuacji faktycznej i determinowany jedną zasadą. Jak więc można, nie wypaczając sensu teorii Rossa i zachowując jej pluralistyczny charakter, znaleźć jakiś porządek preferencji w ramach obowiązków *prima facie*? Wydaje się, że obowiązkiem *prima facie* mogącym pełnić taką funkcję jest obowiązek nieszkodzenia. Jest on jednocześnie obowiązkiem pierwszego stopnia i obowiązkiem o wyższej wadze, mającym co do zasady pierwszeństwo przed obowiązkiem wspaniałomyślności (ten porządek preferencji wskazuje Ross).

Można przyjąć rozumowanie *a contrario* i wskazać, że skoro żadnego innego obowiązku pierwszego rzędu nie wskazał Ross jako możliwie abstrakcyjnie wypierającego inny obowiązek, a jedynie obowiązek nieszkodzenia innym, to z pewnością ma on szczególnie istotny charakter na jego liście obowiązków *prima facie*. Jest to preferencja abstrakcyjna, co nie wyklucza innych możliwych rozwiązań *in concreto* takiej kolizji, ale wskazuje nam porządek rozumowania i przemożny charakter obowiązku nieszkodzenia. Jednocześnie pełni on funkcję zasady pierwszego i drugiego rzędu, nie pozostaje więc obowiązkiem milczącym w ramach intuicyjnych skojarzeń, jaki obowiązek jest *prima facie* ważny dla działań jednostki. Obowiązków *prima facie* z pewnością nie można abstrakcyjnie nazwać obowiązkami równie ważnymi, stwierdzenie to byłoby bowiem obarczone wadą wewnętrznej sprzeczności, gdyż któryś z obowiązków kolidujących będzie przeważony. Można jednak powiedzieć, że chociaż abstrakcyjnie kolizje są nierozstrzygalne, to możliwe jest ich ukierunkowywanie i wskazanie obowiązku nieszkodzenia jako pełniącego taką funkcję.

Ross obowiązków *prima facie* nie postrzega jako równie ważnych, albowiem akty moralne nie są istotne same przez się na tyle, aby stać się obowiązkiem właściwym, potrzebny jest element faktyczny – okoliczności działania jednostki⁴¹.

3. Istota zasad prawa w ujęciu Ronalda Dworkina

Integralna koncepcja prawa to klucz dla zrozumienia istoty i źródła zasad prawnych (*principles*) w ujęciu Dworkina. Opiera się ona na założeniu, że zasada zyskuje charakter relewancji w ramach kultury prawnej (*political morality*⁴²) dzięki analizie jej treści, a tę stanowi powinność z niej wynikająca⁴³. Walor normatywny (element powinności), który jest istotny dla danej kultury prawnej, nie zawsze ma odzwierciedlenie w materiałach

⁴¹ Zob. J. Atwell, *Ross...*, s. 242. Autor zauważa natomiast, że przybliżanie rozumienia, czym jest obowiązek *prima facie* z perspektywy kolizji, może prowadzić do błędu definiowania znanego jako *idem per idem* i proponuje rozumienie obowiązku *prima facie* przez charakterystykę, czym ten obowiązek nie jest. Dobre jest to, co nie jest złe (s. 249).

⁴² Dworkin rozumie moralność polityczną jako będącą przedzałożeniem prawa (w sensie materiału prawnego) i instytucji; zob. R. Dworkin, *Hard Cases*, „Harvard Law Review” 1975, vol. 88, no. 6, s. 1105.

⁴³ Dworkin konstruuje koncepcję zasady prawnej jako cechującej się tym, co nie jest właściwe regułom, te ostatnie są więc dla niego antytezą zasady.

prawnych, które spełniają reguły uznania (*recognition*), a więc konwencjonalne testy ustanowione w normie prawnej, różnicujące normę pozaprawną od tej mającej inkluzywny prawnie charakter. Zasada to nieregula, nie ma założonej inkluzywności prawnej (należenie do prawa z racji spełnienia testu uznania) ani określonego zakresu zastosowania. O jej zastosowaniu decydują dwa czynniki: sytuacja faktyczna i idealny podmiot – sędzia z cechami świadomości budowania poprzez wyrok zmiany w prawie. Kryteria obowiązywania narzucane przez system prawa są niewystarczające dla zasad prawnych. Bardzo często orzeczenia zapadają na podstawie norm, które tych kryteriów nie spełniają⁴⁴. One w największym stopniu są czynnikiem progresywnym dla kultury prawnej.

Jak Dworkin postrzega prawo (kulturę prawną)? Jako proces pisania książki, do której kolejne pokolenia prawników dopisują kolejne rozdziały, zachowując główny wątek narracji, istotę danej kultury prawnej. Wątek ten w największym stopniu wyrażają zasady prawne, normy, do których sędzia odwołuje się w trudnych niemechanicznych sprawach. Narracja książki jest ewolucyjna, oznacza to, że rozstrzygnięcie trudnej sprawy (*hard case*) to integracja zasady determinującej wyrok z indywidualistyczną kulturą prawną⁴⁵. Rolą sędziego jest wpisanie się z orzeczeniem w tę narrację, orzeczenie ma być kontynuacją, a nie dyskontynuacją książki. Rola sędziego nie polega na kreowaniu nowych rozdziałów poprzez zmianę rewolucyjną (co do zasady)⁴⁶, co nie znaczy oczywiście braku kreacji w procesie stosowania prawa. Nowość może wynikać zarówno z odnajdywania relewancji zasady do tej pory nieistotnej dla rozstrzygnięcia trudnych spraw, jak i ze sposobu rozstrzygnięcia kolizji zasad do tej pory silnie budujących podstawy normatywne prawa.

O wadze danej zasady prawnej (*weight*) decydują treść zasady (*fairness*) i wsparcie w dotychczasowym dyskursie orzeczniczym (*institutional history*)⁴⁷. Te dwa elementy są istotne. Prawo ewoluuje, powoli się zmienia, wartość, która była istotna, jak np. prywatność (jako istotna wartość narracji indywidualistycznej), długo pozostaje istotna, ale zmienia się jej waga. Dlatego sąd musi tę wartość stojącą za zasadą uwzględnić w procesie orzekania, przy czym niedeterminujący jest stopień zastosowania zasady. Ważność zasady dla porządku prawnego oznacza, że zasada ma wagę ukonstytuowaną przez jej treść. Musi przede wszystkim ukierunkować orzeczenie w ten sposób, aby

⁴⁴ R. Dworkin mówi w kontekście zasad o swoistym nieporozumieniu różnicowania zasad na wymienione i niewymienione w dostępnym materiale prawnym. Zasady są po prostu, a fakt ich ujęcia jest czysto konwencjonalny; zob. R. Dworkin, *The Concept of Unenumerated Rights*, „The University of Chicago Law Review” 1992, vol. 59, s. 386.

⁴⁵ Zob. R. Dworkin, *Law as Interpretation*, „Texas Law Review” 1981–1982, vol. 60, no. 1, s. 176–275.

⁴⁶ R. Dworkin mówi w tym kontekście o „niespodziance”; zob. R. Dworkin, *Hard Cases...*, s. 1062.

⁴⁷ Ważność zasady jest syntezą dwóch kryteriów: instytucjonalnego wsparcia (tj. odzwierciedlenia w poprzednich sprawach, orzekania na jej podstawie, przywoływania jej w sytuacji stosowania innych norm, ujęcia w konkretnych tekstach prawnych) oraz treści (rozumianej jako normatywność, powinność, z której wynika zasada).

w jak największym stopniu zrealizować ideę normatywności wynikającą z dotychczasowej narracji kultury prawnej.

Zasadniczą intuicją uwewnętrzną przez prawników jest, w ocenie Dworkina, teza o prawach (*the rights thesis*), czyli teza o konieczności ukierunkowywania narracji orzeczniczej tak, aby umacniać indywidualizm jednostki⁴⁸. Ta intuicja prawników znajduje uzasadnienie w idei konstytucjonalizmu, która konstytucyjną deklarację praw i wolności człowieka uzasadnia potrzebą ochrony autonomii jednostki przed prawnymi konsekwencjami dyskursu nieindywidualistycznego. Jednostki zdaniem Dworkina mają prawo do decyzji koherentnej z koncepcją, na jakiej oparte jest działanie instytucji (*consistent enforcement of principles upon which their institution rely*)⁴⁹.

Sędzia nie jest ustawodawcą⁵⁰ – nie ma wyrażać narracji większościowych (nie ma być *agent of majority*, dla którego podstawą jest opinia popularnościowa, tj. *ordinary mana*)⁵¹. Sędzia w ocenie Dworkina powinien orzekać na rzecz jednostki, mimo że bardzo często nie ma wsparcia w większości społeczeństwa. Większościowe orzekanie (oparte na jednej zasadzie – preferencji dla woli większości) nie jest rolą sędziego. Sędzia jest podmiotem ocennym, istotnie wartościującym kulturę prawną, mającym refleksyjnie ocenić prawo tworzone przez większość, tak aby oddać intuicję indywidualistyczną uwewnętrzną przez prawników, ma dokonać wyboru w trudnych sprawach konstytucyjnych, ma rozstrzygnąć kolizję zasad⁵². Na przykład rozstrzygając trudną sprawę poprzez odwołanie się do zasady poszanowania dla prywatności jednostki, wskazuje jednocześnie granice jej ochrony. Danie prymatu prywatności w efekcie rozstrzygnięcia *in concreto* kolizji zasad wyznacza granice ochrony (tym samym istotności) prywatności w danej kulturze prawnej. Sędzia decyduje, w jakim stopniu ochrona prywatności w ramach porządku prawnego jest możliwa, na ile jest ona ważna i w związku z tym, jakie jej ograniczenia będą proporcjonalne z uwagi na ochronę innych norm kolidujących z prywatnością, np. prawa innej jednostki do bezpieczeństwa⁵³. Każde naruszenie prawa jednostki (zasady) jest sprawą poważną, ważenie nie jest równowagą prawa jednostki i prawa społeczności, jest wskazaniem, że naruszenie (ograniczenie prawa jednostki) jest naprawdę konieczne. To, w jakim stopniu zastosować zasadę, jak

⁴⁸ Nie można co do zasady rozumieć ewolucji jako kroku wstecz – zmniejszenia standardu ochrony prywatności jednostki. Jest to zaprzeczenie narracji koherentnej z tezą o prawach.

⁴⁹ R. Dworkin, *Hard Cases...*, s. 1105.

⁵⁰ Zob. szerzej: R. Dworkin, *Seven Critics*, „Georgia Law Review” 1976–1977, vol. 11, s. 1204.

⁵¹ Zob. R. Dworkin, *Hard Cases...*, s. 1108.

⁵² Sędzia kreuje polityczną narrację indywidualistyczną, a roszczenie jednostki do tego typu orzekania Dworkin nazywa tezą o prawach; zob. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985, s. 2 i nn.

⁵³ Teza o prawach zakłada, że powinniśmy rozpatrywać kolizje zasad konstytucyjnych jako kolizje praw indywidualnych, nawet jeśli jedno z nich chroni wartość społeczną (większości). Nie ma znaczenia dla oceny wagi zasady w procesie rozstrzygnięcia kolizji to, że wartość jest istotna dla większej grupy osób, a jedynie to, jak jest istotna dla ochrony autonomii pojedynczej osoby; zob. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 350–351.

przeprowadzić proces ważenia kolidujących zasad, wiąże się z oceną konieczności naruszenia prawa jednostkowego⁵⁴. Ważność zasady oznacza, że w trudnych sprawach sędzia musi uznać, iż elementem prawa jest zasada niewyrażona w tekście prawnym, ale też określić stopień, w jakim będzie ona determinowała jego rozstrzygnięcie. Zasady funkcjonują w sposób stopniowalny⁵⁵ (zasada proporcjonalności nienazwana przez Dworkina czy zbliżone do niej w istocie testy *judicial review* tworzą kryteria ograniczenia zasad konstytucyjnych, które tylko pozornie pełnią funkcję jedynie proceduralnej zasady, wskazującej, jak ma wyglądać stosowanie stopniowalne zasady)⁵⁶.

Według Dwrokina w trudnej sprawie sędzia jest w stanie znaleźć jedno słuszne rozstrzygnięcie, co więcej – ma obowiązek je znaleźć. Ma wybrać tę zasadę (spośród kolidujących norm), która jest najbardziej koherentna – integralna w stosunku do materiału prawnego i normatywności przejawiających narrację proindywidualistyczną⁵⁷. Preferencja określonej zasady przy wydaniu orzeczenia⁵⁸ nie oznacza, że druga nie jest uznawana za obowiązującą, że traci ważność dla kultury prawnej. Preferencja dla określonej zasady nie kończy się ponadto całkowitym pominięciem drugiej, można bowiem zastosować dwie zasady – jedną w mniejszym, drugą w większym stopniu.

⁵⁴ Zob. szerzej: *ibidem*, s. 357–367.

⁵⁵ Dworkin zauważa, że stosowania zasady w sposób stopniowalny nie można zamknąć w koncepcji wyjątku od niestosowania zasady (podobnie do Rossa). Nieabsolutne stosowanie zasady, wynikające z jej immanentnej natury popadania w kolizje, nie może być zamknięte w enumeratywnie wyliczonych wyjątkach jej niestosowania, bo oznaczałoby to wyeliminowanie jej względnej natury; zob. R. Dworkin, *The Model of Rules*, „The Chicago Law Review” 1967–1968, vol. 35, no. 14, s. 26; szersza charakterystyka wykluczenia koncepcji kontrprzykładu dla stosowania zasady (wyjątku) zob. M. Korycka-Zirk, *Teorie...*, s. 65–77.

⁵⁶ Więcej na temat analizy porównawczej testów *judicial review* i zasady proporcjonalności w: M. Korycka-Zirk, *Rodzaje testów judicial review a zasada proporcjonalności*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022, nr 2, s. 54–69.

⁵⁷ Krytyka tak niedeterminacyjnej sytuacji, w jakiej jest sędzia w rozstrzyganiu kolizji zasad, w ocenie pozytywizmu powinna być określana jako tzw. mocne uznanie.

⁵⁸ Dworkin jako zasady prawne postrzega: 1) *policies* – wymogi polityki (mają inną normatywność, mogą podlegać ograniczeniom w większym stopniu, bo wyrażają nie interesy pojedynczych jednostek, a cele polityczne, ekonomiczne całych grup społecznych czy całego społeczeństwa; domena w kształtowaniu stopnia ochrony tych zasad należy do władzy ustawodawczej. Większość, w ocenie Dworkina, ma prawo kształtować stopień ich realizacji w porządku prawnym, tutaj ocena ograniczenia tych interesów w sposób np. zbyt drastyczny mija się z istotą roli władzy ustawodawczej, bo ta jest co do zasady powołana do realizacji i wyznaczania stopnia realizacji *policies*. Na przykład taką *policies* może być polityka pełnego zatrudnienia czy wsparcia socjalnego dla niepełnosprawnych; 2) zasady *sensu stricto* (wyrażają prawa jednostkowe, co do których roszczenie ma pojedyncza jednostka, a nie cała wspólnota; zasada broniona powinna być w porządku prawnym, ponieważ wyraża roszczenie, które ma jednostka z tytułu oparcia kultury prawnej na indywidualistycznie postrzeganej idei konstytucjonalizmu). Te dwa rodzaje argumentów są wykorzystywane w trudnych sprawach. Wybory sędziego jednak determinują prawa wyrażające pojedynczy interes jednostki – one stanowią istotę konstytucjonalizmu i kultury prawnej. Doraźny cel ekonomiczny to domena władzy ustawodawczej. Jeżeli występuje kolizja zasad prawnych i wymogów polityki (*policies*), to sędzia zawsze będzie preferował zasadę *sensu stricto* i ocena ta nie wymaga uwzględnienia sytuacji *in concreto*, jest nawet abstrakcyjnie determinowana. Cała teoria praw jest zbieżna z tą teorią zasad *sensu stricto*; zob. szerzej: R. Dworkin, *The Model...*, s. 23.

Dworkin wprowadza rozróżnienie praw abstrakcyjnych i konkretnych (*abstract rights, concrete rights*)⁵⁹. Zarówno zasady ujęte w konstytucji, jak i te w niej nieujęte (np. przywoływane wcześniej w orzecznictwie albo mające szczególnie istotną treść) są formą dla praw abstrakcyjnych. Zasady nie są jednak absolutnie chronione w porządku prawnym, doznają ograniczeń, a faktyczny stopień ich ochrony w porządku prawnym buduje i wyraża prawo konkretne. Wyraża ono faktyczną istotność zasady w sposób względny (*relative weight*)⁶⁰ i otwarty na zmianę, jest kategorią płynną. Co istotne, o faktycznym wymiarze istotności zasady decyduje podmiot decyzyjny poprzez kolejne rozstrzygnięcia w trudnych sprawach, w których zasada zyskuje wsparcie i determinuje sposób rozwiązania kolizji zasad. Sędzia – wyidealizowany Dworkinowski Herkules – nie jest po prostu podmiotem uczestniczącym w kulturze. Jest podmiotem najlepiej ją odczytującym i jednocześnie ukierunkowującym. Kreuje sensy dla bardzo w istocie pustych formuł konstytucyjnych, jak prywatność, równość. Postrzega orzekanie nie deskryptywnie, lecz prospektywnie. Zmiana zachodzi, ale nie wypacza dotychczasowej liberalnej narracji.

Intuicja podmiotu uczestniczącego w kulturze prawnej i najlepiej ją interpretującego ujawnia się dopiero w ramach konkretnej sytuacji faktycznej. Wybór kierunku narracji, tj. rozstrzygnięcie kolizji abstrakcyjnie, nie jest możliwy. Oznacza to, że nie można odczytać kultury prawnej w oderwaniu od zastosowania obecnych w jej ramach narracji. Prawo nie jest abstrakcją, moralność polityczna wyznaczająca kierunek rozstrzygnięcia ujawnia się najpełniej *in concreto*. Dworkin postrzega więc prawo bardzo realistycznie. Orzekanie w trudnych sprawach modeluje normatywnie, to znaczy kreuje założenie o podmiocie idealnym, najlepiej rozumiejącym ewolucję i potrzeby kultury prawnej, ale jednocześnie dostrzegającym konieczność wskazania rozstrzygnięcia w konkretnym sporze prawnym, między konkretnymi stronami. Wyznacza to prawu określoną rolę, staje się ono zbiorem norm intuicyjnie odczytywanych w ramach kultury prawnej, która jednak walor decydujący zyskuje w konkretnym zastosowaniu prawa. To sędzia integruje prawo poprzez decyzję w trudnej sprawie. Integracja nie jest hipotezą, a realnością nacechowaną elementami stanu faktycznego – prawo bowiem jest typem normatywności zyskującej kształt dzięki tej faktyczności.

Sam proces integrowania prawa zawiera kilka elementów istotnych. Pierwszy (etap przedinterpretacyjny) to próba odnalezienia instytucjonalnego wsparcia dla zasady, która ma zdeterminować wyrok i tym samym zintegrować kulturę prawną (odczytanie, czy dana zasada znalazła uzasadnienie w konstytucji czy innych aktach prawnych, tym samym współtworzyła dotychczasową narrację kultury prawnej i ocena, dlaczego dla społeczeństwa dana zasada miała znaczenie).

Drugi etap wymaga od sędziego przyjęcia perspektywy bycia elementem kultury prawnej (perspektywa wewnętrzna), to znaczy, że sędzia musi stać się elementem

⁵⁹ Zob. R. Dworkin, *Hard Cases...*, s. 1070.

⁶⁰ R. Dworkin, *The Model...*, s. 27.

kultury argumentacyjnej. Ocenia zarówno integralność z dostępnym materiałem historycznym (instytucjonalnym wsparciem), jak i to, czy zasada ta wymaga od niego osądzenia (oceny, czy powinność wynikająca z zasady jest na tyle istotna, by na jej podstawie orzekać). Bierze też pod uwagę treść zasady, która może być na tyle istotna, że zasada nie musi się legitymizować instytucjonalnym wsparciem, ale jest koherentna z narracją indywidualistyczną. Pojawia się tu element niemechaniczny, sędzia nie może powielać rozwiązań ustawodawcy. Nie jest to jego rolą. Jednostka na podstawie teorii praw ma roszczenie, aby sędzia orzekł w sposób niewiększościowy. Dyskurs większościowy zyskał już wsparcie w aktach ciała ustawodawczego, rolą sędziego jest eksplikacja narracji indywidualistycznej w kulturze prawnej, ochrona jednostki przed większością. Integrując zakładany wyrok z narracją indywidualistyczną, sędzia nie jest bezwolny. Powinien odnaleźć tę narrację i ukierunkować kolizję zasad w rozstrzygnięciu, tak aby ją podtrzymać. To jest jedno słuszne rozstrzygnięcie w koncepcji Dworkina. Zależenie jednego słusznego rozstrzygnięcia to nie proces zmierzający do zyskania akceptacji większości. Sędzia Herkules ma zbudować kompletną teorię praw, wykorzystać materiał prawny z przeszłości i maksymalnie dążyć do koherencji z moralnością polityczną (element normatywny – zachowanie indywidualizmu w kulturze prawnej). Tak przebiega moment interpretacyjny.

Trzeci etap interpretacji (postinterpretacyjny) włącza wyczucie osobiste sędziego, ocenę tego, co w jak największym stopniu będzie służyło normatywnemu uzasadnieniu moralności politycznej. Tu pojawia się osąd sędziego. Odczytując narrację indywidualistyczną kultury prawnej, Dworkin akcentuje dwa pojęcia. Pierwsze to wspomniana teoria praw, czyli roszczenie jednostki do rozstrzygnięcia kolizji zasad niewiększościowo, a indywidualistycznie. Jest to roszczenie, kierowane do sędziego, aby w procesie orzekania nie występował w roli przedłużenia ekspresji woli większości. Drugim pojęciem istotnym dla identyfikacji indywidualistycznie postrzeganej kultury prawnej jest pojęcie wolności. Wolność jest istotą zasady prawnej. Dworkin rekonstruuje pojęcie wolności ze swoicie rozumianej równości. Liberalna koncepcja równości jednostek to: 1) prawo do równego traktowania (podmioty podobne traktujemy podobnie, a podmioty różne traktujemy różnie), ale też 2) prawo do traktowania na równi z innymi, gdyby moje prawo niepodzielane przez większość nie było chronione w ramach porządku prawnego, nie byłabym traktowana na równi z innymi, odmówiono by mi równej ochrony i równego szacunku⁶¹. Sędzia musi wziąć pod uwagę to, że każdy ma prawo być traktowanym na równi z innymi. Indywidualistyczna kultura prawna daje więc roszczenie jednostce do wyrażenia jej praw, a ostatecznie podmiotem zobligowanym do zapewnienia równej troski i szacunku jednostce jest sędzia, nawet jeśli nie robi tego ciało większościowe. Nawet w sytuacji, gdy dane prawo ma wsparcie większości w rozpatrywaniu kolizji zasad, sędzia traktuje je jednostkowo, indywidualizując skonfliktowane wartości.

⁶¹ R. Dworkin, *Do Values Conflict? A Hedgehog Approach*, „Arizona Law Review” 2001, vol. 43, s. 259; *idem*, *Biorąc prawa...*, s. 486–487.

4. Obowiązki *prima facie* a zasady prawa w ujęciu Ronalda Dworkina

Porównując koncepcję obowiązku *prima facie* Rossa i koncepcję zasady prawnej Dworkina, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na podobieństwa wskazane w tabeli 2.

Tabela 2. Koncepcja obowiązku *prima facie* Rossa a koncepcja zasady prawnej Dworkina

Koncepcja obowiązku <i>prima facie</i> Rossa	Koncepcja zasady prawnej Dworkina
intuicja etyczna o istotności zasady etycznej (prawdy samej przez się – <i>self-evident truth</i>)	intuicja sędziego integrującego kulturę prawną
<i>plain man</i> zdolny do odczytania cech istotnych sytuacji faktycznej	podmiot istotny dla ustalenia istotności normy (idealny sędzia Herkules)
<i>in concreto</i> determinacja zakresu istotności obowiązku moralnego	<i>in concreto</i> determinacja zakresu istotności zasady prawnej
względna istotność obowiązku <i>prima facie</i> z uwagi na istnienie możliwych sytuacji ujawniających, że jest obowiązek istotniejszy <i>in concreto</i>	popadanie zasad w konflikty, niedefinitywny charakter tego typu norm
obowiązki moralne są obowiązkami <i>prima facie</i> , tj. abstrakcyjnie nie determinują swojej wagi dla rozstrzygnięcia dylematów etycznych	prawa abstrakcyjne nie wyznaczają stopnia ochrony zasady prawnej
obowiązki poznajemy w procesie doświadczenia moralnego	zasady poznajemy w procesie trzech etapów interpretacji dokonywanej przez sędziego
ciężar oceny istotności obowiązku przerzucony na oczywistość istotności obowiązku (czyli ważność obowiązku samego w sobie) i ocenę podmiotową (tj. podmioty moralne, czyli podmioty wrażliwe na istotne cechy sytuacji, właściwie postrzegające cechy istotne)	istotność oceny integracji z indywidualistyczną kulturą prawną jako podstawa wagi zasady i istotność podmiotu decydującego, szczególnie predestynowanego do rozstrzygnięcia kolizji zasad
koncepcja antymonistyczna – antyutilitarystyczna (istotne następstwa) i antykantowska (istotne motywy)	koncepcja oparta na istotności faktyczności prawa, jego realnej emanacji w realnych skutkach wyroku

Źródło: opracowanie własne.

Źródło zasad i obowiązków *prima facie* tkwi w dwóch czynnikach: 1) zewnętrznym wobec jednostki (ale ocenianym z wewnętrznego punktu widzenia) – moralności politycznej i prawdy samej przez się; oraz 2) wewnętrznym wobec jednostki – odczuciu normatywnym.

Jak należy rozumieć te dwa czynniki? Dworkin posługuje się pojęciem moralność polityczna, rozumiejąc ją jako koherentny obraz ciągłości kultury prawnej, spójny i poddany jednej zasadniczej narracji. Ross natomiast posługuje się pojęciem prawdy samej przez się (*self-evident truth*) dla oznaczenia oczywistości zasady. Podmiot czy kryteria podmiotowe jako decydujące dla odczytania zasady jako istotnej moralnie są w obu koncepcjach czynnikami subiektywnymi, ale nie dowolnymi w osądach. Nie decyduje o istotności zasady moralnej czy prawnej uniwersalistyczne kryterium podmiotowe w postaci chociażby Kantowskiego imperatywu kategorycznego, ale intuicyjna ocena o relewancji wartości, którą immanentnie przejawia zasada. W obu koncepcjach istnieje jednak element obiektywizujący relewancję zasady – u Rossa jest to założenie koncepcji podmiotu moralnego, tj. jednostki wrażliwej na czynniki moralnie istotne, u Dworkina jest to archetyp sędziego Herkulesa. Obie koncepcje są idealizujące w zakresie konstrukcji podmiotu wrażliwego na czynniki istotne czy to w orzekaniu, czy w ocenie moralnej zachowania. Nie jest to w mojej ocenie czysty intuicjonizm, który zwłaszcza w koncepcji Rossa poddawany jest krytyce⁶².

W obu koncepcjach w ocenie determinacji, która z zasad etycznych czy prawnych ma kierować zachowaniem bądź rozstrzygnięciem, istotne jest, po pierwsze, wykluczenie abstrakcyjnej możliwości wyznaczenia oceny co do sposobu rozstrzygnięcia kolizji obowiązków (zasad), a po drugie, założenie, że podmiot decyzyjny będzie uwewnętrzniał zewnętrzne kryteria istotności przy jednoczesnym założeniu jego/jej szczególnej predestynacji do dokonania wyboru (określony typ sędziego czy podmiotu wrażliwego na cechy istotne w wyborze moralnym). Ocena *in concreto* nie przesądza sposobu rozstrzygnięcia kolizji obowiązków *prima facie* (zasad) w przyszłości, może tworzyć preferencję (instytucjonalne wsparcie u Dworkina, indywidualistyczny kierunek narracji przejawiający się w teorii praw; czy kategoria doświadczenia moralnego u Rossa).

Wymiar wagi zasad prawnych czy „siły” obowiązków *prima facie* jest względny, bo zdeterminowany okolicznościami kolizji zasad czy obowiązków *prima facie*. W obu założeniach sposób rozstrzygnięcia tych konfliktów jest ukierunkowywany i nie zakłada niemożności oceny relatywnej siły konkretnej zasady czy obowiązku⁶³.

Elementem porównywalnym, w sposób nieoczywisty jednak wskazującym na podobieństwa obu teorii, jest natomiast preferencja ukierunkowująca rozstrzygnięcie kolizji Dworkinowskich zasad czy Rossowskich obowiązków. Dworkin wyraźnie zarysowuje narrację indywidualistyczną (jako kategorię wewnętrzną cechującą sędziego) jako

⁶² Zob. F. Snare, *The Definition...*, s. 236. Autor podaje w wątpliwość, przede wszystkim z perspektywy antropologicznej, istnienie jednego intuicyjnie uwewnętrznianego kodeksu moralnego, wskazuje natomiast, że faktycznie zasadnicze obowiązki *prima facie* mogą mieć charakter intuicyjny i można mówić o konsensusie w uzasadnieniu ich relewancji, niemniej jednak katalog istotnych obowiązków *prima facie* jest otwarty i poza konsensusem ma charakter perswazyjny.

⁶³ Ta charakterystyka obowiązków *prima facie* jest poddawana krytyce z uwagi na kompletny brak kontynuacji w ustalaniu siły obowiązku *prima facie*. Chodzi o brak, według krytycznej koncepcji Rossa, kształtowania kontynuacji w ocenie siły argumentacyjnej określonego obowiązku w kolejnych kolizjach wartości, w które popada; zob. *ibidem*, s. 243.

wyznaczającą kierunek rozstrzygnięcia kolizji. Ten aspekt porównania nie jest tak oczywisty u Rossa. Narrację preferencyjną można zrekonstruować w mojej ocenie z dwóch czynników. Pierwszym jest podmiotowe kryterium *plain mana* – człowieka wrażliwego na cechy istotne w rozstrzygnięciu kolizji. Ross nie determinuje tych cech istotnych, niemniej jednak wskazuje jeden rodzaj preferencji w ramach swojej koncepcji – obowiązek nieszkodzenia innym. Z pewnością podmiot wrażliwy tę cechę uwewnętrznia jako szczególnie istotną. Eksponowanie tego obowiązku, intuicyjnie rozumianego przez odbiorcę liberalnie, w duchu Millowskiej zasady krzywdy (szkody) z zastosowaniem rozumowania *a contrario*, może prowadzić do wniosku, że skoro żadnej innej preferencji Ross nie wskazuje, ta jest oczywista – intuicyjna. Niewątpliwie cechuje ona człowieka wrażliwego – *plain mana*.

Obie koncepcje odrzucają możliwość dokonania oceny moralnej i prawnej w trudnych sprawach w sposób abstrakcyjny, wykluczają więc systemy ocen moralnych i prawnych oparte na jednej zasadzie. Konkretność, faktyczność jest elementem oceny, determinuje ważność zasad i obowiązków dla rozstrzygnięcia sporu prawnego i moralnego. Obie koncepcje są więc emanacją pluralistycznej natury sporów etycznych i prawnych. Otwartość na kolizję obowiązków *prima facie* i zasad na gruncie prawnym jest koherentna z konstytucjonalizmem liberalnym, gwarantującym ochronę poszczególnych praw i wolności, ale jednocześnie koniecznie otwierającym zasady konstytucyjne na kolizje. Pluralizm jest nieodłączny dla konstytucji liberalnych, tak jak nieodłączna jest potencjalność konfliktu zasad i potrzeba oceny stopnia ich ochrony (proporcji). Dyskurs prawny oparty na wskazanej narracji jest więc refleksem szerszego dyskursu praktycznego o obowiązku moralnym jako obowiązku jedynie *prima facie*. Należy jednak podkreślić, że w obu analizach pluralizm nie oznacza nieukierunkowanej względności obowiązku czy zasady. Preferencja i narratyw indywidualistyczny tym ukierunkowaniem pozostają.

5. Wnioski

Poddane analizie w niniejszym artykule koncepcje obowiązków *prima facie* i zasad prawnych ujawniają duże podobieństwa. Wspólność założeń koncepcji Rossa i koncepcji Dworkina może świadczyć o ujawnianiu się w obu porządkach normatywnych elementów esencjonalnych dla każdego typu sporu normatywnego. Porównanie obowiązku *prima facie* z zasadą prawną, charakterystyka ich immanentnie niedefinitywnego charakteru na obu płaszczyznach – etycznej i prawnej, z jednoczesnym przekonaniem o wzajemnym przenikaniu się obu koncepcji (widoczne zwłaszcza w prawniczej koncepcji *hard cases*) świadczą o tym, że analiza problemu kolizji norm winna być interseksjonalna. Oznacza to, że oparcie narracji prawnej na tezie o konieczności redefiniowania kultury prawnej, jej ewolucji w kierunku indywidualistycznym jest bardziej kompletne, jeśli założymy, że spory normatywne nie są odbierane jako jednonarracyjne,

a u podstaw analizy prawnej winien tkwić element zewnętrznej wobec prawa narracji, charakteryzującej się analogicznym schematem rozumowania.

Analogie obu koncepcji poddane analizie w poprzednim punkcie są ewidentne, można jednak wskazać ewentualnie jedną odmienność. William D. Ross na gruncie etycznym jest bardziej powściągliwy w ukierunkowywaniu rozstrzygnięcia sporów etycznych, jego koncepcja nie jest tak oczywista dla odnalezienia elementu budującego szerszą narrację „książki” czy kierunku rozwoju etycznego człowieka, pozostawia ją intuicyjnemu odczuciu moralnemu. Nie determinuje z pewnością stałości tej intuicji, założenie to oznacza większą responsywność *plain mana* na czynniki zewnętrzne niż zdecydowanie ujawniająca więcej elementów normatywnych koncepcja Ronalda Dworkina. Jest to najbardziej dostrzegalna odmienność obu koncepcji – Dworkin wyraźnie konstruuje narrację „książki” symbolizującej prawo (której ciąg dalszy jest dopisywany głównie w procesie rozstrzygnięcia trudnych spraw), Ross pozostawia ją intuicji *plain mana*.

Literatura

- Alexy R., *On the Structure of Legal Principles*, „Ratio Juris” 2000, vol. 13, no. 3, s. 294–304.
- Atwell J., *Ross and Prima Facie Duties*, „Ethics” 1978, vol. 88, no. 3, s. 240–249.
- Dworkin R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000.
- Dworkin R., *Do Values Conflict? A Hedgehog Approach*, „Arizona Law Review” 2001, vol. 43, s. 251–259.
- Dworkin R., *Hard Cases*, „Harvard Law Review” 1975, vol. 88, no. 6, s. 1057–1109.
- Dworkin R., *Law as Interpretation*, „Texas Law Review” 1981–1982, vol. 60, no. 1, s. 179–200.
- Dworkin R., *Seven Critics*, „Georgia Law Review” 1976–1977, vol. 11, s. 1201–1268.
- Dworkin R., *The Concept of Unenumerated Rights*, „The University of Chicago Law Review” 1992, vol. 59, s. 381–432.
- Dworkin R., *The Model of Rules*, „The Chicago Law Review” 1967–1968, vol. 35, no. 14, s. 14–46.
- Foot P., *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, University of California Press, Berkeley 1978.
- Hooker B., *Ideal Code, Real World: A Rule-Consequentialist Theory of Morality*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Hooker B., *Ross-style Pluralism versus Rule-consequentialism*, „Mind” 1996, no. 420, s. 531–552.
- Jack H., *More on Prima Facie Duties*, „The Journal of Philosophy” 1996, vol. 63, no. 18, s. 521–524.
- Korycka-Zirk M., *Rodzaje testów judicial review a zasada proporcjonalności*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022, nr 2, s. 54–69.
- Korycka-Zirk M., *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Ross W.D., *The Right and the Good*, ed. P. Stratton-Lake, Clarendon Press, Oxford 1930 (reprint 2007).
- Shope R.K., *Prima Facie Duty*, „The Journal of Philosophy” 1965, vol. 62, no. 11, s. 279–287.
- Snare F., *The Definition of Prima Facie Duties*, „The Philosophical Quarterly” 1974, vol. 24, no. 96, s. 235–244.

Stratton-Lake P., *Can Hooker's Rule-Consequentialist Principle Justify Ross's Prima Facie Duties?*, „Mind. New Series” 1997, vol. 106, no. 424, s. 751–758.

Stratton-Lake P., *Preface*, w: W.D. Ross, *The Right and the Good*, ed. P. Stratton-Lake, Clarendon Press, Oxford 1930 (reprint 2007).

Thoaneanu C., *Could Ross's Pluralist Deontology Solve the Conflicting Duties Problem?*, „Review of Roumanian Philosophie” 2015, vol. 59, s. 109–124.

Abstract

Milena Korycka-Zirk

William David Ross's *prima facie* duties vis-à-vis Ronald Dworkin's principles of law

Prima facie duties central to W.D. Ross's concept of ethical conflict and principles of law, which are, in turn, central to R. Dworkin's individualistic conception of law as interpretation, show similarities in the process of their application. A comparative analysis of *prima facie* duties and principles of law leads to the conclusion that there is a shared essence underlying the notion of normative conflict (collision of *prima facie* duties or legal principles in so-called “hard cases”). This essence consists in the assumed importance of the factual situation as a factor determining an ethical and legal choice from among conflicting duties or principles, and the importance of the decision-making subject in resolving the conflict. Factuality and the unique subject (whether the “plain man” or Judge Hercules) are the factors that condition the possibility of identifying the proper duty and nonabstract right. Simultaneously, these are the factors that establish normative conflicts as disputes not determinable by an abstractly assumed moral principle; they open normativity to new narratives, to development, and to evolution. They individualize the conflict through the individualized nature of facts and the decision-making subject. Thus, a comparative analysis may lead to the conclusion that the assumption of openness to collisions of principles and duties is an expression of liberal thought, as it is not a narrative that imposes or excludes. Any abstract approach to conflict resolution is inherently oppressive, as it disregards the importance of the decision-making subject and the complexity of factual situations. Individualism opens up the conflict rather than closing it. This is the nature of declarations of individual rights and freedoms – when conceptualized as legal principles, they inevitably expose rights and freedoms to conflict.

Keywords: *prima facie* duties, principles of law, hard case, collision of principles, pluralism, individualism