

Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej¹

I. Wprowadzenie

Bezpieczeństwo w wymiarze prawnym można ujmować na wiele różnych sposobów. Może się ono mianowicie przejawiać w tym, że obowiązujące prawo nie wkracza ponad rozsądną miarę w osobiste prawa i wolności, że w należyтым stopniu prawo to chroni majątkowe i niemajątkowe interesy obywateli, że nie zmienia się ono w sposób nieprzewidywalny i gwałtowny, że nie działa wstecz, że wymogi, jakie stawia przed obywatelami, są dla nich fizycznie możliwe do spełnienia, itp. Szczególnie ważnym aspektem takiego bezpieczeństwa wydaje się jednak pewność prawa jako takiego, w sensie uprzedniej – istniejącej przed wydaniem rozstrzygnięcia przez organ stosujący prawo – możliwości dowiedzenia się o tym, jak prawo wygląda w konkretnym przypadku (jakie dokładnie są w danym stanie faktycznym nasze obowiązki i uprawnienia).

Z takim też aspektem prawnego bezpieczeństwa ściśle wiąże się problem sposobu (metody), w jaki prawo jest stosowane.² W zależności bowiem od tego sposobu, przynajmniej *prima facie*, pewność prawa powinna być mniejsza lub większa. W

¹ Artykuł powstał w związku z badaniami naukowymi, jakie autor przeprowadził na Uniwersytecie Aberystwyth w Wielkiej Brytanii w ramach rządowego programu „Mobilność Plus”.

² Od metod stosowania prawa można odróżniać metody prawnicze, które zdają się dotyczyć bardziej metodologiczno-filozoficznych aspektów prawa aniżeli samego tylko sposobu, w jaki prawo jest stosowane; na temat takich metod zob. np. J. Stelmach i B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 32-38.

niniejszym artykule, pod tym też kątem, zostaną porównane dwa takie sposoby/metody charakterystyczne odpowiednio dla porządków prawnych typu *civil* oraz *common law*, tj. tzw. dedukcja prawnicza (znana również pod nazwą sylogizmu prawniczego) oraz prawnicza analogia. Tej drugiej nie należy tu jednak mylić zarówno z wyróżnianą w polskiej literaturze teoretycznoprawnej analogią *legis* („z ustawy”), jak i analogią *iuris* („z ducha prawa”),³ ilekroć tylko ich rola – co, jak się wydaje, ma miejsce zazwyczaj – miałyby się wyczerpywać w wypełnianiu luk w prawie określanych mianem *extra* i *contra legem*.⁴

Poza ich popularnością i miejscem, jakie zajmują w świadomości współczesnych prawników, zwrócenie uwagi na wspomniane wyżej metody stosowania prawa jest dodatkowo uzasadnione koegzystencją w Unii Europejskiej trzech typów systemów prawnych: *common law* (Wielka Brytania i Irlandia), *civil law* (większość krajów Europy kontynentalnej, zwłaszcza Niemcy, Polska, Włochy, Hiszpania, Austria) oraz, plasujące się gdzieś pomiędzy tymi dwoma, skandynawskie porządki prawne (Dania, Szwecja, Finlandia).⁵ Mianowicie, na tle dokonującej się w ramach Unii Europejskiej integracji prawnej problem sposobu, za pomocą którego stosujemy prawo, jeszcze bardziej zyskuje na istotności. Integracja ta, by mogła być w wysokim stopniu zaawansowana, implikuje

³ W przedmiocie tych dwóch, wyróżnianych w polskiej nauce prawa, rodzajów wniosku *per analogiam* zob. przykładowo J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1968, s. 9-44, 121-134; E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970, s. 27-29; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 249-255; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 203-214; Z. Pulka, *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2008, s. 142-151.

⁴ Odnośnie do pojęcia luki w prawie oraz poszczególnych rodzajów takiej luki zob. M. Koszowski, O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* nr 1/2013, s. 109-122 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁵ Na temat specyfiki skandynawskich porządków prawnych i relacji, w jakiej pozostają one do systemów prawnych typu *common* i *civil law*, zob. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1-39; J.W.F. Sundberg, *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, *Scandinavian Studies in Law*, 1969 (t. XIII), s. 181-205; K. Zweigert i H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, tł. T. Weir, wyd. 3, 1998, s. 276-285.

bowiem nie tylko wprowadzanie jednakowych we wszystkich Państwach Członkowskich przepisów/norm prawnych, lecz także unifikację metod, za pośrednictwem których te przepisy/normy mają być stosowane. Skoro zaś tak, to zasadne zdaje się, by na metodę wspólną została wybrana ta, która jest bezpieczniejsza (która może w większym stopniu zagwarantować pewność „wspólnego” prawa). Co więcej, pewność unijnego prawa wydaje się warunkiem *sine qua non* jedności i efektywności tego prawa,⁶ które to wartości niewątpliwie trudno byłoby osiągnąć w sytuacji, gdy przed zajęciem stanowiska przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani sądy krajowe, mające stosować prawo unijne, ani obywatele Państw Członkowskich nie wiedzieliby, jakie dokładnie skutki na podstawie tego prawa należy wiązać z konkretnymi stanami faktycznymi.

II. Dedukcja prawnicza (sylogizm prawniczy)

Dedukcja prawnicza, występująca też często pod postacią tzw. sylogizmu prawniczego, to klasyczna, by nie powiedzieć: sztandarowa, metoda stosowania prawa w kulturach prawnych z obszaru *civil law*. Z nią też związane są takie nadzieje jak możliwość automatycznego (mechanicznego, logicznego, nieomylnego) przypisywania skutków prawnych konkretnym stanom faktycznym na podstawie tekstu znajdującego się w aktach prawa stanowionego (ustawach, rozporządzeniach, dyrektywach, uchwałach itp.); tudzież możliwość urzeczywistnienia postulatu ścisłego rozgraniczenia władzy (działalności) sądowniczej od prawodawczej. Metodę tę można przy tym łączyć z kierunkiem w filozofii prawa, jakim jest pozytywizm prawniczy, oraz koncepcją (teorią nauki) prawa forsowaną w XX w. przez Hansa Kelsena.⁷ Zgodnie bowiem z nakreślonymi wyżej założeniami tej metody działalność sędziów (organów stosujących prawo) można by przyrównać do bezwolnego wykonywania, pochodzących od suwerena, rozkazów, a samych tych sędziów, jak się to obrazowo ujmuje, do bycia niczym więcej jak „ustami ustawy”.

⁶ Odnośnie do tych wartości w kontekście prawa Unii Europejskiej zob. np. P. Craig i G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oksford 2011, s. 223-241, 533-538.

⁷ Zob. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, tł. M. Knight, Union 2002.

Już na wstępie należy jednak zauważyć, że dedukcja prawnicza, pojmowana jako rozumowanie niezawodne i całkowicie „odtwórcze”, to, choć być może bardzo wygodna dla organów stosujących prawo, ewidentna mistyfikacja. Jej ortodoksyjni propagatorzy całkowicie lekceważą zarówno naturę prawa jako takiego, jak i właściwości medium, w jakim to, co oni uważają za prawo, jest wyrażone. Subsumpcja danego stanu faktycznego (stanowi on przesłankę mniejszą w sylogizmie prawniczym) pod normę prawną wywiedzioną z tekstu aktu prawnego (przesłanka większa w sylogizmie prawniczym), jakiej skutkiem ma być przypisanie temu stanowi konsekwencji prawnych przewidzianych w tej normie (postawienie wniosku w sylogizmie prawniczym), bez wątplenia nie jest procesem ani mechanicznym, ani nieuwarunkowanym osobistymi przymiotami tego, kto go przeprowadza. *Ergo* nie jest to zabieg pod względem jego rezultatu ani na wskroś obiektywny, ani nawet intersubiektywny.⁸

Ten „nieautomatyczny” charakter prawniczej dedukcji bierze się już z samej wieloznaczności, ogólności i otwartości tekstowej (potencjalnej ogólności w przyszłości) terminów zawartych w tekstach aktów prawnych.⁹ Nieraz się bowiem zdarza, że teksty te,

⁸ Na temat dedukcji prawniczej (sylogizmu prawniczego) zob. A. Peczenik, *On Law and Reason*, 2009, s. 14-15; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3. 2007, s. 43-58; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oksford 2005, s. 32-48, zob też s. 49-77; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, s. 19-72; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, 2001 s. 39-42; J. Stelmach i B. Brożek, op. cit., s. 39-54; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht 1992, s. 30-35, zob. też s. 229-232. Odnośnie do pojęcia normy (reguły) zob. np. A. Ross, *Directives and Norms*, Londyn 1968, s. 78-138; F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991, s. 1-37; G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, Londyn 1982, s. 2-27. W przedmiocie rozumowań dedukcyjnych w ogólności zob. J.S. Mill, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, wyd. 8, Nowy Jork 1882, przedruk 2012, s. 126-157 oraz T. Fowler, *The Elements of Deductive Logic*, wyd. 10, Londyn 1895, s. 85-109.

⁹ Na temat ogólności, otwartości tekstowej oraz wieloznaczności terminów językowych zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2, 1994, s. 12-13, 124-129; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 18-23; F. Schauer, *Playing...*, 1991, s. 15-37; A. Peczenik, op. cit., s. 16-18; S.J. Burton, op. cit., s. 52; S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review nr 109 (1995-1996), s. 993-994; B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, s. 25-28.

wywiezione z nich normy/reguły, nawet przy dochowaniu maksimum staranności nie dają na płaszczyźnie językowej odpowiedzi na to, na którym z wielu możliwych znaczeń użytego w nich wyrażenia należy się oprzeć; podobnie jak i nie przesądzają tego, czy konkretny stan faktyczny (występujące w nim podmioty, obiekty, ich atrybuty tudzież relacje, jakie między nimi zachodzą) pod jakiś występujący w nich termin (pojęcie) podpada. Co więcej, abstrahując nawet od zjawiska wieloznaczności, ogólności i otwartości tekstowej, znaczenie terminów obecnych w języku naturalnym, z jakiego korzysta się przy formułowaniu tekstów prawnych, nie jest stałe i raz na zawsze ustalone, a nawet jednorodne w poszczególnych momentach czasowych. Osoby władające takim językiem (jego rodzimi użytkownicy) mogą korzystać z tego samego terminu (wyrażenia) przypisując mu jedno, ale niejednakowe znaczenie; z upływem czasu znaczenie danego terminu/wyrażenia może się dla wszystkich tych osób lub tylko części z nich zmienić; podobnie jak termin/wyrażenie, mający dzisiaj dla każdej z takich osób jedno jasne znaczenie, w przyszłości może stać się terminem/wyrażeniem dla wielu z nich wieloznacznym lub niejasnym itd.¹⁰ Przy dokonywaniu subsumpcji do rozstrzygnięcia zawsze pozostaje więc kwestia, czyje rozumienie, i istniejące w jakim momencie czasowym, należy przyjąć dla poszczególnych fragmentów tekstu aktu prawnego.¹¹ Jak nietrudno się domyślić, jeszcze większe komplikacje tego rodzaju będą występować w przypadku tzw. terminów prawnych, tj. takich terminów, które z założenia nie mają swoich odpowiedników w języku potocznym bądź też z definicji mają oznaczać co innego, niż znaczą w tym języku.

W życiu codziennym (codziennej konwersacji) powyższe problemy – i im podobne, jak przejęzyczenia, umyślne lub nieświadome nieprawidłowe użycie danego terminu – usuwane są przez odniesienie się do kontekstu, jaki zazwyczaj jest w miarę prosty do ustalenia, oraz intencji osoby formułującej daną wypowiedź. Ilekroć zaś takiej intencji i

¹⁰ Por. G.C. Christie, op. cit., s. 35.

¹¹ Z tego też pewnie powodu, przyjmuje się, że reguły prawa nigdy w pełni nie wskażą nam, w jakich stanach faktycznych mają one swoje zastosowanie, zob. np. G.C. Christie, op. cit., s. 7-8.

kontekstu nie jesteśmy pewni, to z reguły – aż do rozwiania naszych wątpliwości – zadajemy tej osobie odpowiednie pytania.¹² W prawie jednakże zarówno poznanie intencji mówcy, jak i kontekstu wypowiedzi zawartych w tekstach aktów prawnych jest o wiele bardziej skomplikowane. Co więcej, ta pierwsza – i to z uzasadnionych względów – nie jest tu tak ważna jak w codziennej konwersacji.

Trudno sobie mianowicie wyobrazić, byśmy zawsze, ilekroć nie wiemy, jak w świetle danego stanu faktycznego zrozumieć terminy lub wyrażenie użyte w tekście aktu prawnego, mieli się zwracać o wyjaśnienie do tego, kto ten akt wydał (uchwalił). Po drugie, co istotniejsze, intencja mówcy nie jest w przypadku prawa tak ważna, jak ma to miejsce w komunikacji międzyludzkiej, której warunkiem sukcesu jest wzajemne rozumienie się. Prawo to nie tylko to, co prawodawca chciał nam powiedzieć (nakazać, zakazać, dozwolić), lecz także to, na co my temu prawodawcy pozwolimy i czego od tego prawodawcy oczekujemy. Ponadto nietrudno zauważyć, że inaczej niż w codziennej konwersacji „klasycznej” intencji mówcy w prawie często brakuje. Ilekroć bowiem jakiś akt prawny pochodzi od ciała kolegialnego, bardzo prawdopodobne jest, że intencje członków tego ciała podczas przyjmowania takiego aktu w pełni się nie pokrywały (każdy z nich mógł przecież chcieć zrealizować za pośrednictwem tego aktu inne cele; ktoś zagłosował „za” przez pomyłkę; ktoś inny oddał swój głos zgodnie z dyscypliną partyjną, poddanego pod głosowanie aktu nawet nie czytając, itd.).¹³ W efekcie, mówiąc o intencji kolegialnego prawodawcy, *de facto* będziemy więc mówić o intencji podmiotu nieistniejącego (wymagowanego), jaki stworzymy poprzez nagromadzenie szeregu jego cech i właściwości (tak np. zakładamy, że taki zbiorowy prawodawca jest konsekwentny pod względem używanej terminologii, że nie popełnia błędów składniowych i

¹² Por. F. Schauer, *Playing...*, s. 39-41.

¹³ Intencji zbiorowego prawodawcy nie powinno się też utożsamiać z intencją projektodawcy, ten pierwszy niekoniecznie musi bowiem brać intencję tego drugiego na poważnie, a nawet, w chwili uchwalania danego projektu aktu prawnego, być z nią zapoznany. Ponadto ilekroć projektodawca nie jest jedną osobą, co ma miejsce zazwyczaj, w grę wchodzić będą te same problemy i komplikacje, które dotyczą intencji kolegialnego prawodawcy.

stylistycznych, że operuje językiem potocznym lub specjalistycznym, że jest racjonalny w sensie dobierania najlepszych środków do osiągnięcia zamierzonych celów, jakie sobie postawił do zrealizowania, że posiada znakomitą i aktualną wiedzę o przyrodzie, człowieku i społeczeństwie, itd.).¹⁴

Jeszcze więcej problemów niż sama intencja ich autora rodzi kontekst wypowiedzi znajdujących się w tekstach aktów prawnych. Wydaje się on być bowiem znacznie bogatszy, a przy tym i bardziej „rozmaity”, aniżeli ma to miejsce w przypadku wyrażań, jakimi posługujemy się w codziennej konwersacji. Na ten kontekst składa się mianowicie cała masa niejednorodnych, zróżnicowanych co do przedmiotu i stopnia ogólności (konkretności) zmiennych w czasie czynników, nieraz niezmiernie trudnych do precyzyjnego zidentyfikowania i ustalenia. Tak, oprócz wypowiedzi zamieszczonych w tym samym i innych aktach prawnych, będą to np.: wydarzenia historyczne, jakie miały związek z ustanowieniem poszczególnych przepisów prawa, świat fizyczny i warunki, w jakich żyją ludzie, moralność i inne charakteryzujące daną społeczność systemy wartości, cele, jakie ludzkość albo rządzący postawili sobie do zrealizowania, ich aspiracje, względy efektywności ekonomicznej, pożądane standardy życia politycznego, poglądy środowisk akademickich, w tym zwłaszcza przedstawicieli nauki prawa, ale także interesy oraz naciski różnych innych grup społecznych, stan wiedzy empirycznej, tudzież indywidualne i zbiorowe dotychczasowe doświadczenia.^{15 16}

¹⁴ Odnośnie do problematyki intencji mówcy (autora wypowiedzi) w prawie, w tym niemalże odwiecznego konfliktu pomiędzy nią a pozbawionym jej językowym znaczeniem tekstu prawnego, zob. np. O.W. Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, Harvard Law Review nr 12 (1898-1899), s. 417-420; L. Alexander i E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, 2008, s. 131-219; F. Schauer, *Playing...*, s. 207-228.

¹⁵ Z powodu tak złożonego kontekstu wypowiedzi zawartych w tekstach aktów prawnych kontekst ten często próbuje się rozbijać na czynniki pierwsze, czego najlepszym świadectwem są przeróżne dyrektywy interpretacji/wykładni prawa (odwołujące się do języka, systematyki aktu prawnego, kategorii jego adresatów, *ratio legis* danego przepisu i jego funkcji społecznej, zasad słuszności, moralności itd.) oraz argumenty prawnicze, jak np. *argumentum ad absurdum*, czy argument z konsekwencji. Zob. np. L. Morawski, op. cit., s. 87-153; L. Leszczyński, op. cit., s. 121-144; Z. Pulka, op. cit., s. 108-124; A. Peczenik, op. cit., s. 310-317.

Z tak szerokim kontekstem wiąże się też, trudny do lekceważenia, pragmatyczny aspekt prawa. Głównym celem prawa, inaczej niż w codziennej konwersacji, nie jest sprawozdawcze przedstawienie jakichś faktów tudzież przekazanie komuś jakiejś informacji, lecz określenie skutków prawnych, jakie mają rodzić poszczególne stany faktyczne, skutków, które mają ściśle przełożenie na losy i sposób życia ludzi (ich zdrowie, wolność, pozycję społeczną, partycypację w sprawowaniu władzy, majątek, możliwość realizacji swoich planów zawodowych itp.). Z tego też aspektu doskonale zdają sobie sprawę organy stosujące prawo. Ich członkowie na ogół mają bowiem pełną świadomość tego, że to, co zrobią, jakie rozstrzygnięcie wydadzą, będzie mieć swoje bezpośrednie odbicie w pozaprawnej rzeczywistości. Odcięcie się od tej świadomości, w imię jakiejś utopijnej – nakazującej trzymać się pryncypiów bez względu na ich konsekwencje – metody stosowania prawa, poza tym, że z etycznego punktu widzenia jest bardzo wątpliwe, nie wydaje się być psychologicznie możliwe.^{17 18}

Na tle powyższych uwag jasne powinno być zatem, że z racji właściwości języka, w jakim formułowane są teksty aktów prawnych, oraz szerokiego i „rozmytego” kontekstu zawartych w tych tekstach wypowiedzi, a także trudnego do pomijania w praktyce pragmatycznego aspektu prawa, przeprowadzenie subsumpcji w dedukcji prawniczej nie jest procesem mechanicznym i odtwórczym, lecz wymagającym aktywnego udziału

¹⁶ Taki kontekst, z racji braku ich ustalonego znaczenia językowego, będzie odgrywał jeszcze większą rolę w przypadku pojęć/terminów czysto prawniczych (takich, jakie nie występują bądź z założenia mają mieć inne znaczenie niż w języku potocznym). Por. F. Schauer, *Playing...*, s. 217-218.

¹⁷ Szeroki kontekst i pragmatyczny aspekt reguł prawnych jest też tym, co odróżnia takie reguły od reguł normujących zasady postępowania w grach sportowych. W przedmiocie doszukiwania się tej różnicy w związkach prawa z moralnością zob. F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Oksford 2001 s. 6-9.

¹⁸ Odnośnie do kierunku w filozofii prawa, jakim jest, zogniskowany na konsekwencjach rozstrzygnięć organów stosujących prawo, pragmatyzm prawniczy, zob. R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 230-254.

czynnika ludzkiego.¹⁹

III. Analogia jako metoda stosowania prawa

Analogia jest chyba najbardziej niezgłębionym i tajemniczym – by nie użyć słowa mistycznym – ze wszystkich znanych rozumowań prawniczych. Próby jej „logicznego” wyjaśnienia, zalecające liczenie wszystkich zachodzących między porównywanymi obiektami różnic i podobieństw, odwołujące się do schematu wnioskowania abdukcyjnego lub dedukcyjnego tudzież ważenia przeciwstawnych sobie zasad, podobnie jak i podciągające analogię pod założenia argumentacyjnego modelu stosowania prawa, mimo usilnych starań ich proponentów nie dały przekonywującej odpowiedzi na pytanie o to, jak to rozumowanie *per analogiam* faktycznie w prawie przebiega. Szczególnie problematyczne w prawniczej analogii pozostają dwie kwestie: *primo*, sposób, w jaki ustala się, że pomiędzy porównywanymi przypadkami zachodzi podobieństwo w stopniu uzasadniającym ich jednakowe z punktu widzenia prawa potraktowanie, oraz *secundo*, to, jaka jest „racjonalna” moc konkluzji otrzymanych na drodze takiej analogii.

Na tym też tle, jak sugeruje S. Brewer, możemy mówić o sceptykach i mistykach.²⁰ Ci pierwsi, choć nie zaprzeczają, że rozumowanie *per analogiam* faktycznie istnieje (i ludzie z niego w praktyce korzystają), to jednak ograniczają oni jego rolę głównie do funkcji heurystycznej (wynajdowania nowych hipotez), stanowczo odmawiając mu jakiegokolwiek mocy dowodowej (możliwości uzasadniania twierdzeń). Tym samym – w ich ocenie –

¹⁹ Kontekst i pragmatyczny aspekt wyrażen zawartych w tekstach aktów prawnych mają wpływ nie tylko na to, jak zrozumiemy te wyrażenia, lecz także na to, jaką normę/regulę prawną z tych tekstów wyprowadzimy („derywujemy”). Jak się bowiem wydaje, takie wyprowadzanie („derywowanie”) również nie jest zabiegiem ani mechanicznym, ani odtwórczym i – podobnie jak subsumpcja, choć w mniejszym stopniu – mieści w sobie element kreatywny. Odnośnie do podziału na, kładące akcent na wyciąganie z tekstu aktu prawnego normy prawnej, derywacyjne ujęcie wykładni oraz, skupiające się bardziej na objaśnianiu wyrażen zawartych w takim tekście, ujęcie klaryfikacyjne wykładni zob. przykładowo Z. Pulka, op. cit., s. 85-89 i L. Leszczyński, op. cit., s. 112-114.

²⁰ S. Brewer, op. cit., s. 951-955.

wniosek osiągnięty drogą analogii sam w sobie nie posiada żadnej wartości, a do uznania go za zasadny (prawdziwy) konieczne jest przeprowadzenie innych rozumowań i dowodów. Z tego też powodu, co do zasady, dla sceptyków zupełnie obojętne pozostaje to, jak rozumowanie *per analogiam* rzeczywiście przebiega.²¹

Niezależnie jednak od sceptyków – do najbardziej zagorzałych należą chyba R.A. Posner²² oraz L. Alexander i E. Sherwin²³ – istnieje cała rzesza filozofów i teoretyków prawa, którzy widzą w prawniczej analogii coś więcej aniżeli „niezobowiązujący” środek do stawiania hipotez. Mianowicie w ich oczach urasta ona do rangi metody prawniczej *par excellence*, unikalnej dla prawa jako takiego i zajmującej centralne miejsce w myśli prawniczej oraz procesie sądowego stosowania prawa.²⁴ Podstawowym problemem zwolenników prawniczej analogii jest jednak to, że choć wierzą oni w jej skuteczność i nieomyślność – co nie znaczy, że nie nachodzą ich chwile zwątpienia – to nie potrafią do końca, albo raczej w ogóle, wytłumaczyć skąd ta ich wiara się tak naprawdę bierze, a tym samym i przekonać do swojego stanowiska sceptyków.

Największym wyzwaniem dla analogii jako metody stosowania prawa jest

²¹ Odnośnie do wyraźnego odróżnienia sfery naukowego odkrycia od naukowego uzasadnienia, od którego uzależnione jest potraktowanie danej hipotezy jako mającą wartość naukową, zob. K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, tł. K. Popper przy pomocy: J. Freed i L. Freed, Londyn 1959, s. 7-9.

²² R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 86-98, R.A. Posner, *How...*, s. 180-191.

²³ L. Alexander i E. Sherwin, op. cit., s. 64-103 i 118-120.

²⁴ Zob. np. L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 4: „analogical arguments are, however, especially prominent in legal reasoning, so much so that they are regarded as its hallmark”; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflicts*, Nowy Jork, 1996, s. 99: „analogical reasoning lies at the heart of legal thinking and for good reasons”; S. Brewer, op. cit., s. 926: „legal argument is often associated with its own distinct method, usually referred to as “reasoning (or argument) by analogy”, indeed, if metaphor is the dreamwork of language, then analogy is the brainstorm of jurisdiction”; E. Braman, *Law, Politics & Perception. How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009, s. 84: „perhaps the best-known domain where analogy operates is legal reasoning”; D. Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, *Journal of the Association of Legal Writing Directors* t. II (2004), s. 151: „analogy play a central role in legal reasoning”.

wspomniany już proces ustalania istnienia istotnego (relewantnego, wystarczającego) podobieństwa oraz wiążące się z tym zjawisko konkurencji analogii. W konkretnym przypadku najczęściej mamy bowiem do czynienia nie z jedną, lecz większą liczbą możliwych analogii, co *nolens volens* wymusza na nas przyznanie pierwszeństwa tylko jednej z nich, jako tej najbliższej („najsilniejszej”), i odrzucenie wszystkich pozostałych, o ile te prowadzą do odmiennego od niej rezultatu.

Rozwiązania takie, jak propozycja zliczenia wszystkich faktualnych podobieństw (różnic) celem ustalenia, w przypadku której z konkurujących ze sobą analogii jest ich najwięcej (najmniej), postulat nakazujący wybranie tej analogii, w jakiej porównywane przypadki podpadają pod jakąś ogólną regułę/zasadę, czy też sugestia, by prym miała ta z analogii, która pozwala wydać takie rozstrzygnięcie, jakie najbardziej odpowiada organowi stosującemu prawo, są już na pierwszy rzut oka chybione. Między dowolnie wybranymi przypadkami możemy naliczyć nieskończoną liczbę różnic i podobieństw (przynajmniej, gdy patrzymy na nie z logicznego, a nie kulturalno-semantycznego punktu widzenia). Podobnie zawsze znajdzie się jakaś ogólna reguła/zasada, którą będzie można objąć takie przypadki; nie mówiąc już o tym, że ilekroć ta reguła/zasada miałaby być później stosowna drogą dedukcji, to wówczas byłoby to rozumowanie dedukcyjne, a nie *per analogiam*. Oparcie z kolei wyboru jednej z wielu wchodzących w grę analogii na rezultacie, jaki w danej sprawie preferowany jest przez organ stosujący prawo, świadczyłoby o tym, że prawnicza analogia nie jest żadnym unikalnym sposobem rozumowania, ale cyniczną „przykrywką” dla już wcześniej podjętej, i to niekoniecznie na podstawie prawa, decyzji. Nawet najbardziej atrakcyjna propozycja kładąca nacisk na tożsamości w obu porównywanych przypadkach faktów, istotnych w świetle uzasadnienia, jakie „racjonalnie” wyjaśnia przypisanie takich, a nie innych skutków prawych przypadkowi, którego skutki prawne są nam znane, nie daje jasnych wskazówek, jak należy postąpić w razie wystąpienia więcej niż jednej możliwej analogii.²⁵

²⁵ Na temat rozumowania *per analogiam* w zastosowaniach prawniczych zob. S.J. Burton, op. cit., s. 25-41; M.P. Golding, op. cit., s. 44-49; E. Sherwin, A Defense of Analogical Reasoning in Law,

W rezultacie o wyniku rozumowania *per analogiam* (poradzenia sobie z problemem konkurencji analogii) decydować będą – jak się wydaje – te same, lub bardzo do nich zbliżone, czynniki jak te, które składały się na kontekst w przypadku prawniczej dedukcji, w tym i względ na pragmatyczny aspekt prawa. *Ergo* również w odniesieniu do prawniczej analogii zachodzi potrzeba uwzględnienia całej rzeszy niewspółmiernych wartości, niedająca się w żaden sposób ująć w karby formalnego („logicznego”) procesu wnioskowania.

Dla pełnego wyjaśnienia warto tu też dodać, iż drogą analogii, o jakiej jest mowa w niniejszym artykule, można stosować zarówno prawo w postaci precedensów sądowych, jak i ogólnych reguł/norm, czy to zawartych w takich precedensach (tzw. *rationes decidendi* lub *rulings*), czy to w tekstach aktów prawnych (ustawach, konstytucjach, uchwałach, rozporządzeniach itp.). Wykorzystywanym dla celów porównania stanem faktycznym, jakiego skutki prawne są wiadome, jest tutaj odpowiednio stan faktyczny, jaki wystąpił w precedensowej sprawie, oraz stan faktyczny, w jakim dana reguła/norma z pewnością znajduje swoje zastosowanie (tzw. oczywisty, wzorcowy, niewątpliwy przypadek zastosowania tej reguły/normy).²⁶

The University of Chicago Law Review nr 66 (1999), s. 1179-1197; C.R. Sunstein, Commentary on Analogical Reasoning, Harvard Law Review nr 106 (1992-1993), s. 741-791; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 62-100; G.C. Christie, op. cit., s. 64-81; L.L. Weinreb, op. cit., s. 1-168; S. Brewer, op. cit., s. 923-1028; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 205-213, D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 161-194; J. Wróblewski, op. cit., s. 223-227; B. Brożek, op. cit., s. 140-157; F. Schauer, *Thinking...*, s. 85-102, *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991; D. Hunter, op. cit., s. 151-168; J. White, *Analogical reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 1996, s. 583-590; J. Nowacki, op. cit., s. 9-229; E. Smoktunowicz, op. cit., s. 13-30, 59-173. Ogólnie na temat wnioskowania przez analogię zob. też J.S. Mill, op. cit., s. 393-397; T. Fowler, *The Elements of Inductive Logic*, wyd. 6., Londyn 1895, s. 226-240; D. Walton, *Informal Logic. A Pragmatic Approach*, wyd. 2, 2008, s. 305-315; Ch. Perelman i L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, tł. J. Wilkinson i P. Weaver, Notre Dame 1969, s. 350-357, 362-398; Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, tł. M. Chomicz, Warszawa 2004, s. 122-124, 127-137; W. Biegański, *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909.

²⁶ Odnośnie do stosowania reguł, w tym prawa stanowionego, za pośrednictwem analogii zob. np. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 79-90; C.R. Sunstein, Commentary on..., przypis nr 147 na s. 785; S. Brewer, op. cit., s. 990-1003; L.L. Weinreb, op. cit., s. 88-94; G.C. Christie, op. cit., s. 65-67; E.H.

IV. Jeśli nie „logika”, to co w takim razie umożliwia dokonywanie w praktyce subsumpcji i stwierdzanie występowania istotnego podobieństwa?

1. Dwa systemy (rodzaje) ludzkiego rozumowania

Aby wyjaśnić to, co pozwala organom stosującym prawo przesądzać o zaistnieniu pomiędzy porównywanymi przypadkami istotnego podobieństwa (dokonać wyboru spośród konkurujących ze sobą analogii), tudzież to, co umożliwia tym organom przeprowadzenie subsumpcji w ramach sylogizmu prawniczego (poradzenie sobie ze zjawiskiem ogólności i wieloznaczności terminów użytych w tekstach aktów prawnych oraz bogatym, heterogenicznym i zarazem „płynnym” kontekstem znajdujących się w tych tekstach wypowiedzi), trzeba odwołać się do tego, jak naprawdę, a nie w teorii, rozumują ludzie. Mianowicie, co do zasady, na tle empirycznym wyróżnia się dwa systemy (sposoby, rodzaje), za pomocą których myśli, rozwiązuje problemy, podejmuje decyzje człowiek. Pierwszy zwany jest rozumowaniem racjonalnym *vel* „rozważnym” (ew. opartym na regułach),²⁷ drugim natomiast rozumowaniem intuicyjnym, „doświadczeniowym” albo skojarzeniowym.²⁸ Przy tym, jak się wskazuje, w życiu systemy te rzadko kiedy uświadczą się w czystej, absolutnej postaci. Z reguły – aczkolwiek w różnym stopniu – będą one ze sobą współlegzystować i wzajemnie się uzupełniać, co bynajmniej nie wyklucza sytuacji, w której każdy z nich dojdzie do innego rezultatu (wniosku, decyzji).

Z rozumowaniem racjonalnym („rozważnym”) na ogół wiążą się takie właściwości,

Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 6-8 i 27-102; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 212-213; J. Nowacki, op. cit., s. 49-51 i 62-67; H.L.A. Hart, op. cit., s. 127; M. P. Golding, op. cit., s. 104-107; S.J. Burton, op. cit., s. 65-74.

²⁷ Ang.: *rational, deliberative, rule-based*.

²⁸ Ang.: *intuitive, experiential, associative*.

jak: świadomość i kontrola nad przeprowadzanymi operacjami myślowymi, konieczność podjęcia wysiłku, powolność, niski udział afektu (w tym zarówno emocji, jak i uczuć bez emocji), możliwość przetwarzania naraz bardzo ograniczonej liczby informacji, operowanie na abstrakcyjnych regułach, symbolach, słowach, liczbach. Co do zasady, rozumowanie to dla prawidłowego działania wymaga korzystania z wielu zasobów, przy czym wykorzystywana jest pamięć krótkoterminowa (ang. *short-term memory*), zawarte w której informacje pozyskiwane są drogą świadomego zaznajamiania się z nimi (np. poprzez czytanie, uważne słuchanie). Choć istnieje tu możliwość skorzystania z informacji znajdujących się w pamięci długoterminowej (ang. *long-term memory*) drogą ich przypomnienia (świadomego przywołania do pamięci krótkoterminowej), to powstaje poważne ryzyko „wybiórczości” tak pozyskanych informacji w stosunku do wszystkich informacji, jakie są w takiej pamięci u danej osoby zgromadzone. Zaletą tego (bazowania na pamięci krótkoterminowej i myślenia w sposób świadomy i kontrolowany) jest natomiast brak ścisłego uzależnienia od zawartości pamięci długoterminowej i co się z tym wiąże, względnie duża otwartość na nowe doświadczenia. Ponadto osoba myśląca za pośrednictwem racjonalnego systemu rozumowania jest w stanie wytłumaczyć wnioski, do jakich doszła, za pomocą zasad logiki i wskazania dowodów (przesłanek), na których te wnioski się opierają. Jak się też przy tym nadmienia, rozumowanie racjonalne ma – w porównaniu z rozumowaniem intuicyjnym – niedługą historię ewolucyjną.

Drugie z rozumowań, intuicyjne („doświadczeniowe”), cechuje się przedświadomością, błyskawiczną szybkością, bezwysiłkowością i automatycznością przeprowadzanych w ramach niego operacji myślowych. Przetwarzanie informacji ma się tu jednak odbywać nie – jak w przypadku rozumowania racjonalnego – w oparciu o słowa i symbole, ale raczej za pośrednictwem obrazów, wzorców i skojarzeń; aczkolwiek niewykluczone ma być też dokonywanie w nim nieskomplikowanych operacji na ogólnych regułach. Co istotne, przetwarzanie to jest holistyczne, nieograniczone ilościowo i niewolne od afektu (niekoniecznie musi on być jednak zabarwiony emocjonalnie; jak się przykładowo podaje, pozbawione emocji jest np. uczucie, że się coś wie, czy też uczucie

dotyczące czasu, przestrzeni i ilości), a jego podstawę stanowią informacje *alias* doświadczenie zgromadzone, w tym poprzez samowolnie dokonujące się skojarzenia, ale też i przez świadome regularne uczenie się („powtarzanie”), w pamięci długoterminowej. Ponadto rozumowanie intuicyjne jest uważane za pasywne w sensie, iż człowiek myśli za jego pomocą mimowolnie (tj. niezależnie od tego, czy podejmuje w tym celu jakieś starania, czy nie), nie mając przy tym nad nim niemalże żadnej kontroli.²⁹ Niełatwo jest też wpływać na jego rezultat. To, w zasadzie, wymaga bowiem zbudowania nowych skojarzeń i zmiany informacji zgromadzonych w pamięci długoterminowej. O samych natomiast wynikach rozumowania intuicyjnego mamy dowiadywać się poprzez jakieś uczucie, które informuje naszą świadomość. Z tą chwilą/otrzymanymi wynikami często łączy się też swoiste poczucie nieomyślności oraz brak umiejętności wytłumaczenia tego, skąd coś jest nam wiadome („wiedza bez myślenia”). Jak się wskazuje, rozumowanie intuicyjne posiada długą historię ewolucyjną, pełniąc, warunkowaną prawdopodobnie pozytywnymi i negatywnymi odczuciami, funkcję adaptacyjną, i to nie tylko u ludzi, ale także u innych organizmów (choć błędem byłoby utożsamiać je z refleksem albo instynktem), co nie zmienia jednak faktu, że w nauce próbuje się wyróżniać różne jego poziomy, jak: podstawowy (ang. *basic*), prymitywny (ang. *primitive*) i wyrafinowany (ang. *sophisticated*). Ponadto godne uwagi jest to, że jak niedawno udowodniono, w przypadku istot ludzkich w rozumowaniu intuicyjnym – co na swój sposób potwierdza *prima facie* metaforyczne wierzenia ludowe – udział potrafi brać nie tylko *mózg*, lecz także i serce.

Głównym atutem rozumowania intuicyjnego, poza samą szybkością i bezwysiłkowością działania, jest możliwość jednoczesnego przetwarzania kolosalnej, w zasadzie nieograniczonej liczby informacji, w tym również niejednorodnych (łącznie z takimi, dla których brak jest wspólnego mianownika). W dodatku bazowanie na wszystkich informacjach (doświadczeniach) zapisanych w pamięci długoterminowej zapobiega tzw. uprzedzeniom i uproszczonym strategiom podejmowania decyzji, tudzież

²⁹ Z tego też względu rozumowanie to nie nadaje się do samoobserwacji.

skrótom myślowym, jak np. „kotwiczenie” (ang. *anchoring*) czy „szczytowa [pod względem jakości] i ostatnia [pod względem czasu] heurystyka” (ang. *peak-and-end heuristic*).³⁰ Taka właściwość rozumowania intuicyjnego ma też jednak stronę ujemną, mianowicie skutkuje ona małą otwartością na nowe doświadczenia i informacje, czyniąc to rozumowanie niewolnikiem tego, co zostało utrwalone w pamięci długoterminowej. W efekcie, by nie prowadziło ono do błędnych wyników, szczególnie istotne jest, by zgromadzone w tej pamięci doświadczenie/informacje były w dostatecznym stopniu reprezentatywne. Poza tym, ilekroć jest to możliwe (co wcale nie jest zasadą), rezultaty rozumowania intuicyjnego warto poddawać następczemu sprawdzeniu/testowaniu za pomocą rozumowania racjonalnego.³¹

Na kanwie powyższego ogólnie przyjmuje się, że to, które z dwóch zaprezentowanych rodzajów (systemów) rozumowania jest bardziej skuteczne (prowadzi do lepszych rezultatów), zależy od rodzaju problemu, z jakim mamy do czynienia, oraz wiedzy posiadanej przez daną osobę. I tak rozumowanie racjonalne ma się sprawdzać przy rozwiązywaniu zadań abstrakcyjnych (dokonywania operacji na regułach, symbolach itp.,

³⁰ Upředzenia i skróty myślowe, tudzież uproszczone strategie podejmowania decyzji (ang. *biases i heuristics*), pierwotnie łączono z rozumowaniem intuicyjnym, w jakim z tego powodu upatrywano bardziej zagrożenie niż usprawnienie dla podejmowania decyzji. Dopiero niedawno, z uwagi na to, iż ich przyczyną jest bazowanie nie na wszystkich, lecz selektywnie wybranych informacjach, jakie znajdują się w pamięci długoterminowej, udało się wykazać ich związek z rozumowaniem racjonalnym. Rozumowanie intuicyjne ma być natomiast nie tyle podatne na takie upředzenia, skróty i uproszczenia, ile jego wynik może być nieprawidłowy, ilekroć doświadczenie mające swoje odbicie w pamięci długoterminowej jest niereprezentatywne. Zob np. T. Betsch, *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, [w:] *Intuition in Judgment and Decision Making*, red. H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch, 2008, s. 8-17; H. Plessner i S. Czenna, *Benefits of Intuition*, [w:] *Intuition in Judgment and Decision Making*, red. H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch, 2008, s. 260-261.

³¹ Zagadkowa pozostaje kwestia korzystania w ramach rozumowania intuicyjnego z tzw. informacji nielokalnych, tj. uzyskanych bez pośrednictwa tradycyjnych zmysłów od innych osób, rzeczy albo z przyszłości; odnośnie do badań i eksperymentów w tym przedmiocie zob. np. D. Radin, *Intuition and the noetic*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, red. M. Sinclair, Cheltenham 2011, s. 183-196; R.T. Bradley, *Resolving the enigma of nonlocal intuition: a quantum-holographic approach*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, red. M. Sinclair, Cheltenham 2011, s. 197-213; D.E. Tomasino, *The heart in intuition: tools for cultivating intuitive intelligence*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, red. M. Sinclair, Cheltenham 2011, s. 247-260.

niewymagających równoczesnego przetwarzania dużej liczby informacji i korzystania z uprzednio zebranego doświadczenia). Natomiast rozumowanie intuicyjne ma mieć swoją przewagę w przypadku problemów, jakie mają związek z życiem (światem fizycznym) i jego doświadczaniem. W efekcie zadanie matematyczne wymagające obliczenia prawdopodobieństwa rozwiązywane przez osobę, która nigdy przedtem nie miała do czynienia z podobnymi zadaniami, to klasyczna domena systemu racjonalnego; gra w szachy na poziomie mistrzowskim/arcymistrzowskim z racji iż wymaga zarówno przeprowadzania operacji abstrakcyjnych, jak i korzystania z doświadczenia zebranego w pamięci długoterminowej (typowe zagrania i układy), to doskonały przykład na konieczność współdziałania obu systemów;³² a przewidywanie wyników meczów (koszykówki, piłkarskich) przez osoby, które od długiego czasu interesują się sportem, podejmowanie decyzji w trakcie działań wojennych, ocenianie czyichś osiągnięć w ciągu dłuższego czasu czy też obliczanie częstotliwości zdarzeń, jakich się w przeszłości nawet nieświadomie doświadczało, to pole, na którym zdecydowanie będzie wygrywać rozumowanie intuicyjne. Co do zasady, to ostatnie będzie też właściwsze w stosunku do problemów zawiłych i skomplikowanych, wymagających uwzględnienia dużej liczby niewspółmiernych zmiennych, tym bardziej jeszcze, gdy są one rozwiązywane pod presją czasu. Wskazuje się również, iż osobie myślącej tylko za pomocą systemu racjonalnego, z powodu braku umiejętności zważania wszystkich „za” i „przeciw”, bardzo trudno byłoby podjąć w życiu jakąkolwiek decyzję.³³

³² Zob. P.E. Ross, *The Expert Mind*, Scientific American nr 295 (2006), s. 64-71.

³³ Odnośnie do dwóch rodzajów (systemów) ludzkiego rozumowania: intuicyjnego („doświadczeniowego”) i racjonalnego („rozważnego”) zob. np. S. Epstein, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, American Psychologist nr 49 (1994), s. 709-724; M. Gladwell, *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, Londyn 2005; *Handbook of Intuition Research*, red. M. Sinclair, Cheltenham 2011; *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgement*, red. T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman, Cambridge 2002; *Intuition in Judgment and Decision Making*, red. H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch, 2008.

2. Rola obu systemów ludzkiego rozumowania w prawniczej dedukcji i analogii

Z przedstawionej wyżej charakterystyki systemów, za pośrednictwem których w rzeczywistości rozumują ludzie, jednoznacznie zdaje się wynikać, że zarówno w przypadku prawniczej analogii, jak i, wymagającej uwzględnienia specyficznego kontekstu, prawniczej dedukcji decydującą rolę będzie odgrywać rozumowanie intuicyjne.³⁴ Zarówno bowiem ustalenie tego, że pomiędzy porównywanymi przypadkami zachodzi istotne podobieństwo (jest ono na tyle silne, że przesądza o odrzuceniu innych możliwych analogii), jak i dokonanie subsumpcji w sylogizmie prawniczym pociąga za sobą konieczność podjęcia bardzo skomplikowanej decyzji, jaka ma być wynikiem wzięcia pod uwagę wielu różnorodnych czynników (płynących z nich informacji).³⁵ Co więcej, zobligowane do podjęcia takiej decyzji organy stosujące prawo nie dysponują nieograniczoną ilością czasu, będąc zmuszonymi do działania pod jego presją; ich członkowie – na ogół – nie są też zwolennikami jakichś jednowartościowych teorii typu

³⁴ Twierdzenia o wpływie rozumowania intuicyjnego (operacji myślowych, jakie dokonują się w podświadomości) na proces stosowania prawa, nie są oczywiście czymś nowym. Zob. np. Holmes, *The Path of the Law*, *Boston University Law Review* nr 45 (1965), s. 31; J.C. Hutcheson, *The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, *South Texas Law Review* nr 39 (1998), s. 889-903; J. Frank, *Law & the Modern Mind with a New Introduction by Brian H. Bix*, New Brunswick 2009, s. 108-126; Ch. Fried, *Observation. The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know*, *Texas Law Review* nr 60 (1981-1982), s. 57; L.L. Weinreb, op. cit., s. 91-92, zob. też s. 12-13, 124, 132; 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. 104, 107; A. Glöckner i I.D. Ebert, *Legal intuition and expertise*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, red. M. Sinclair, Cheltenham 2011, s. 157-167; Ch. Guthrie, A. J. Wistrich, J.J. Rachlinski, *Judicial Intuition*, http://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf, s. 5-10.

³⁵ Dzięki możliwościom, jakie daje rozumowanie intuicyjne, wykonalne staje się to, co zdaniem L. Alexandra i E. Sherwin miało być „oczywiście” niemożliwe, a więc równoczesne uwzględnianie tak różnorodnych czynników, jak: słowa, historia, cel regulacji prawnej, chronione nią wartości, atrybuty rządów prawa, normy społeczne i „instytucjonalne”, efektywność, sprawiedliwość itp.; realne zdaje się nawet, karykaturalnie przyrównywane przez tych autorów do takiego uwzględniania, zmieszanie liczby π , koloru zielonego, imperatywu kategorycznego oraz wojny secesyjnej. Zob. L. Alexander i E. Sherwin, op. cit., s. 214.

użyteczny czy ekonomiczna analiza prawa i upraszczanie w ten sposób złożonej prawnej i pozaprawnej rzeczywistości.³⁶

Nie oznacza to jednak, że w prawniczej dedukcji i analogii żadnego udziału nie ma rozumowanie racjonalne. Przykładowo, w przypadku tej pierwszej, z rozumowaniem tym można by łączyć: starania mające na celu ustalenie znaczenia językowego poszczególnych terminów i wyrażań, jakimi posłużono się w tekście aktu prawnego (analiza i porównywanie definicji słownikowych, zaznajamianie się z opiniami językoznawców, identyfikacja języka (żargonu), jakim na co dzień posługuje się typowy adresat danej regulacji prawnej, itp.); zabiegi zmierzające do poznania intencji prawodawcy (np. przeglądanie uzasadnień do projektów poszczególnych aktów prawnych, zapoznawanie się ze stenogramami z obrad plenarnych i posiedzeń komisji sejmowych); tudzież próby ustalenia konsekwencji, do jakich dojdzie w świecie zewnętrznym, na skutek dokonania subsumpcji w taki, a nie inny sposób. W prawniczej analogii obecność rozumowania racjonalnego można by natomiast widzieć w następczym uzasadnianiu trafności danej analogii poprzez odwołanie się do ogólnej reguły wraz z testowaniem słuszności tej reguły na innych przypadkach objętych jej zakresem zastosowania (jak się wydaje, taki też lub zbliżony do niego tryb procedowania rekomendują orędownicy metody tzw. *reflective equilibrium*)³⁷ lub w ustalaniu tego, jakie racje, argumenty (ang. *reasons*) przesądziły o tym, że w stanie faktycznym, którego skutki prawne są nam znane, skutki te są właśnie takie, a nie inne.

Końcowa decyzja, zarówno w prawniczej analogii, jak i w dedukcji (o ile ta z założenia nie powinna prowadzić do ekstremalnie niedorzecznych i niesprawiedliwych

³⁶ Zwolennicy zastosowania tego typu teorii w prawie bywają – nie bez uzasadnionych powodów – oskarżani o fanatyzm. Teorie takie, tym bardziej jeszcze, gdy są bezwzględnie wdrażane, mogą bowiem prowadzić do jawnie niesprawiedliwych i niemożliwych do zaakceptowania rezultatów, jak np. ten, że gwałt powinien zostać zalegalizowany, ilekroć tylko gwałciciele będą w stanie zapłacić więcej za ich prawo do gwałcenia aniżeli ofiary za to by tego prawa im nie przyznać. Zob. C.R. Sunstein, *Commentary on...*, s. 749-750.

³⁷ Na temat metody *reflective equilibrium* („refleksyjnej równowagi”) zob. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, s. 19-21, 46-51 oraz C.R. Sunstein, *Commentary on...*, s. 750-752.

rezultatów, o której to kwestii będzie jeszcze mowa poniżej), zawsze będzie podejmowana pod wpływem działania systemu intuicyjnego.^{38 39}

V. Osiąganie pewności prawa za pośrednictwem prawniczej dedukcji i analogii

Wiedząc już, na czym polega istota prawniczej dedukcji i analogii, można przejść do próby udzielenia odpowiedzi na postawione na początku niniejszego artykułu pytanie: która z tych dwóch metod jest w stanie w większym stopniu przysłużyć się pewności prawa? Mianowicie, z racji, iż wynik prawniczej dedukcji i analogii zależy jest od intuicyjnego systemu ludzkiego rozumowania, kwestia ta powinna wyglądać w przypadku obu tych metod identycznie. Jest tak jednak tylko *prima facie*. Dla pełnego jej zgłębienia należy wziąć tu bowiem jeszcze pod uwagę mechanizmy zapewniające intersubiektywną zbieżność wyników, jakie inherentnie tkwią w każdym z tych dwóch rodzajów rozumowań prawniczych. Są to tzw. oczywiste analogie w przypadku prawniczej analogii oraz próg, do którego mają być podejmowane absurdalne (niesprawiedliwe) w świetle kontekstu, a znajdujące oparcie w językowej analizie tekstu aktu prawnego, decyzje, jeśli chodzi o prawniczą dedukcję.

Mianowicie, jak potwierdził przeprowadzony w tym względzie eksperyment,

³⁸ Również wynik wielu innych rozumowań prawniczych, jak np. ważenia zasad (ang. *the balancing of principles*) lub argumentacyjnych modeli stosowania prawa, w praktyce będzie się w znacznym stopniu opierał na wyniku rozumowania intuicyjnego. Jak się bowiem trafnie podnosi, nikomu dotychczas nie udało się stworzyć metryki, jaka „logicznie” (racjonalnie) pozwoliłaby w sposób społecznie akceptowalny zważyć przeciwstawne sobie zasady (zob. G. Christie, op. cit., s. 9, 15-16). To samo dotyczy argumentów (stojących za nimi wartości), jakie występują powszechnie w dyskursie prawniczym. Odnośnie do ważenia (godzenia) zasady zob. np. A. Peczenik, op. cit., s. 61-77, por. też s. 77-94.

³⁹ Bez wątplenia rozumowanie intuicyjne dominuje także w przypadku dokonywania oceny dowodów, w tym zwłaszcza wiarygodności zeznań stron i świadków. To też właśnie ono pozwala sędziom radzić sobie z sytuacjami, w których nie ma jednoznacznych dowodów, a na tle istniejących nie da się „logicznie” wykluczyć innych możliwych wersji danego zdarzenia. W braku tego rozumowania – jeśli nie za pomocą rzutu monetą – decyzje, aż do granic absurdu, musiałyby być podejmowane na podstawie rachunku prawdopodobieństwa. Zob. np. A. Glöckner i I.D. Ebert, op. cit., s. 159-160, 162-163 (w tym kazus z niebieskim autobusem).

prawnikom nie jest łatwo lekceważyć analogie bardzo bliskie („oczywiste”). W ich bowiem przypadku – inaczej niż w przypadku analogii bardziej odległych, gdzie pomiędzy faktami porównywanymi spraw występują większe różnice, zwłaszcza pod względem relacji, jakie w nich występują – mamy do czynienia z wyraźną intersubiektywną zbieżnością wyników.⁴⁰ Oznacza to, że niezależnie od tego, jakim doświadczeniem ktoś dysponuje (jakie informacje ma zgromadzone w pamięci długoterminowej), konkluzja, do jakiej dochodzi on na gruncie prawniczej analogii, jest w stosunku do analogii oczywistych taka sama. W efekcie też wynik rozumowania *per analogiam*, jeśli chodzi o takie analogie, jest możliwy do przewidzenia, a przez to i w takim sensie „pewny”.

W odniesieniu natomiast do prawniczej dedukcji mechanizmem mogącym zapewnić intersubiektywną zbieżność jej wyników, a tym samym i pewność prawa, jest próg, do wysokości jakiego mają być, z uwagi na znaczenie językowe wyrażeń tekstu aktu prawnego (wyrażeń zawartych w regule/normie z takiego tekstu wywiezionej), podejmowane absurdalne lub niesprawiedliwe decyzje.⁴¹ Co więcej, próg ten wydaje się nieodłącznym atrybutem dedukcji prawniczej, a przez to i dodatkową zmienną, jaka winna być uwzględniona podczas subsumpcji. Prawnicy, zarówno akademicy, sędziowie, jak i pełnomocnicy procesowi, ale także pozostali członkowie społeczeństwa, mają w stosunku do dedukcji prawniczej pewne swoiste oczekiwania. Jak z początku niniejszego artykułu pamiętamy, w założeniach miała być ona bowiem metodą mechaniczną, niewymagającą ingerencji czynnika ludzkiego, pozwalającą na automatyczne wręcz stosowanie „istniejącego” w tekstach aktów prawnych prawa. I choć, jak zostało to w niniejszym artykule wykazane, wymaganiom tym nie sposób w pełni sprostać, to jednak można wprowadzić, czyniący im do pewnego stopnia zadość, próg, do wysokości jakiego decyzje

⁴⁰ E. Braman, op. cit., s. 86-111; zob. tu też F. Schauer, *Playing...*, s. 186-187.

⁴¹ Możliwość prowadzenia do absurdalnych (niesłusznych) rezultatów jako wpisana w istotę reguły, i biorący się stąd suboptymalny charakter reguł, uwypukla F. Schauer, *Playing...*, s. 100-102, 213-215, zob. też s. 38-52, 77-111.

niesprawiedliwe lub absurdalne w świetle kontekstu wypowiedzi zawartych w tekstach aktów prawnych będą musiały jednak zostać podjęte. Przy tym w każdej kulturze prawnej próg ten może być ustawiony na innym poziomie, co więcej, może się on też różnić w zależności od tego, z jaką gałęzią (dziedziną) prawa mamy do czynienia, jak i w zależności od tego, czy działa on na korzyść czy niekorzyść jakiejś grupy podmiotów (oskarżonych w procesie karnym, konsumentów, przedsiębiorców, obywateli, podatników itd.).⁴²

Notabene istnienie takiego progów, ilekroć jego wysokość nie będzie w danej kulturze prawnej wyraźnie określona (co zresztą wydaje się stanem typowym), będzie skutkować u organów stosujących prawo szczególnego rodzaju dyskomfortem. Z jego bowiem powodu członkowie takich organów na co dzień będą się musieli zmagać z tym, czy rozstrzygnąć przedłożoną im sprawę – niejako „na oślep” – na podstawie analizy językowej, czy też postąpić zgodnie z tym, co dyktuje kontekst i wzgląd na pragmatyczny aspekt prawa (choć można by się tu też dopatrywać konfliktu pomiędzy rozumowaniem racjonalnym a intuicyjnym, to on sam, jak się wydaje, będzie rozstrzygany za pomocą tego drugiego rozumowania). Na gruncie Polski zjawisko to przejawiałoby się w tym, że z jednej strony sędzia (członek innego organu stosującego prawo) wie, iż ma orzekać wyłącznie na podstawie tego, co zostało wyrażone („wysłowione”) w treści aktu prawa stanowionego, a z drugiej dysponuje całym arsenałem środków pozwalających mu uczynić coś przeciwnego: m.in. prowadzące do wykładni rozszerzającej lub zwąężającej, dyrektywy wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej, *argumentum ad absurdum*, koncepcja racjonalnego prawodawcy, argument występujący pod nazwą analogii *contra legem*. Taki sędzia (organ) jest przy tym pod swoistego rodzaju presją, i to zarówno wewnętrzną – jaką stwarza konieczność podjęcia optymalnej decyzji dla oceny trafności, której brak jest ścisłych kryteriów – jak i zewnętrzną: obojętne, jak postąpi, to grozi mu krytyka albo za nadmierny formalizm, albo za działanie wbrew „prawu” (jego „literze”). Co istotne, w przypadku prawniczej analogii taki konflikt i związana z nim presja zdają

⁴² Por. F. Schauer, *Playing...*, s. 112-118, 126-128.

się – jeśli w ogóle – występować w o wiele mniejszym stopniu (co nie wyklucza jednak powstania w jej ramach rozbieżności między wynikiem rozumowania intuicyjnego a rezultatem późniejszego testowania tego wyniku na drodze rozumowania racjonalnego).⁴³

Wracając do pytania, która z metod jest w stanie zapewnić większą pewność prawa, to w świetle powyższego należy zauważyć, że nie da się na nie udzielić jednej prostej odpowiedzi. Pomijając już nawet samo to, że oczywiste analogie oraz próg, do wysokości którego mają być podejmowane absurdalne (niesprawiedliwe) decyzje, to konstrukty zgoła odmienne, i stąd niełatwe do ewaluacyjnego porównywania, to ponieważ próg ten może być ustawiony na niejednakowym poziomie, pewność prawa gwarantowana przez prawniczą dedukcję również nie będzie zawsze taka sama. Dopiero w pozostałym zakresie rezultat stosowania prawa, w przypadku obu metod, będzie zależny od wyniku rozumowania intuicyjnego, w tym tego, co znajduje się w pamięci długoterminowej osób wchodzących w skład organów stosujących prawo. W odniesieniu też do tego zakresu, by zmniejszyć rozbieżność konkluzji otrzymywanych drogą prawniczej dedukcji i analogii, można by dążyć do ujednoczenia czynników składających się na kontekst wypowiedzi zawartych w tekstach aktów prawnych (mających wpływ na stwierdzanie (nie)istnienia istotnego podobieństwa między porównywanymi przypadkami). Przy tym ujednoczanie to, by maksymalnie zwiększyć pewność prawa, powinno obejmować zarówno członków organów stosujących prawo i innych prawników, ale także, czego nie należy bagatelizować, pozostałych członków społeczeństwa.⁴⁴

⁴³ Zupełnie czym innym jest natomiast dylemat, czy przestrzegać, czy nie, oczywiste analogie w sytuacji, gdy znane skutki prawne sprawy użytej dla celów porównania są niesprawiedliwe tudzież absurdalne (por. E. Sherwin, op. cit., s. 1197). Kwestię tę należałoby bowiem przyrównać nie do progu, do wysokości jakiego można/powinno się podejmować niesłuszne i niedorzeczne decyzje w ramach prawniczej dedukcji, ale do całkowitego odrzucenia z tych powodów reguły/normy, mającej zostać wykorzystaną podczas subsumpcji. Ergo w obu tych przypadkach mamy do czynienia z konfiguracją, w której *de facto* w ogóle nie dochodzi – z przyczyn leżących „na zewnątrz” tych metod – do zastosowania tego, co miało być drogą prawniczej dedukcji albo analogii stosowane.

⁴⁴ W razie doprowadzenia do takiego ujednoczenia poznania tego, co stanowi prawo w konkretnych przypadkach, mogłaby się przysłużyć introspekcja, polegająca na wyobrażeniu siebie

Ponadto warto tu dodać, że zarówno w razie korzystania z prawniczej dedukcji, jak i prawniczej analogii pewność prawa byłaby większa wówczas, gdy to, co stanowi podstawę tych rozumowań, byłoby lepszej „jakości”. Takiej pewności sprzyjałoby bowiem to, że, mające być użyte dla celów subsumpcji, reguły (fragmenty tekstu aktu prawnego) pokrywają się z tym, co nakazuje ich kontekst, będąc przy tym tak szczegółowe (kazuistyczne), by zjawisko ogólności i wieloznaczności tekstowej zostało ograniczone do minimum.⁴⁵ Z kolei stany faktyczne, których skutki prawne są znane i jakie mają służyć za podstawę dla prawniczej analogii, poza tym, że również musiałyby być merytorycznie słuszne, by doprowadzić do zwiększenia pewności prawa, powinny być na tyle liczne, że w przypadku stanów faktycznych, jakich skutków prawnych nie znamy, w grę wchodziłyby niemalże wyłącznie analogie oczywiste.⁴⁶

VI. Specyfika Unii Europejskiej

W świetle przeprowadzonych wyżej rozważań metodą, mogącą zapewnić prawu unijnemu największy stopień pewności, i tak pojmowane prawne bezpieczeństwo, jest niewątpliwie prawnicza dedukcja z wysokim progiem dla decyzji merytorycznie absurdalnych (niesprawiedliwych) mających oparcie w wynikach analizy językowej

samego jako organu stosującego prawo i projektowaniu decyzji, jaką by się w danym stanie faktycznym podjęło. Na temat roli introspekcji (samoobserwacji) w prawie zob. też L. Petrażycki, *Law and Morality*, 2011, zwłaszcza s. 6, 12-17.

⁴⁵ Nawet jednak najbardziej szczegółowy (kazuistyczny) sposób sformułowania reguły/normy prawnej nie zapobiegnie zjawisku otwartości tekstowej (potencjalnej możliwości stania się nieprecyzyjną (niekonkluzywną) w przyszłości), por. F. Schauer, *Playing...*, s. 83-84.

⁴⁶ Przeoczeniem byłoby również nie zauważyć, iż pewność prawa, zarówno w razie stosowania go za pośrednictwem prawniczej dedukcji, jak i analogii, może być zwiększana innymi jeszcze sposobami, jak np. poprzez obawę osób wchodzących w skład organu niższej instancji przed zakwestionowaniem wydanej przez nie decyzji przez organ instancji wyższej i związanymi z tym utrudnieniami w późniejszym awansie zawodowym tych osób. Te jednak sposoby, o ile nie powiążemy ich z kontekstem i pragmatycznym aspektem prawa, zadają się leżeć poza samą metodą stosowania prawa, co nie zmienia jednak faktu, iż z czasem również i doświadczenia na ich tle przejdą do pamięci długoterminowej, zaczynając tak wpływać na wynik rozumowania intuicyjnego.

tekstów aktów prawnych. Ponadto, niejako dodatkowo, do zwiększenia takiej pewności doszłoby tu też w razie wprowadzenia do obiegu bardzo dużej liczby niezmiernie szczegółowych (kazuistycznych) reguł/norm. Poza jednak tym, iż z uwagi na otwartość tekstową i zmienną zawartość kontekstu tych reguł pewność prawa nawet wtedy nie byłaby absolutna, to takie postąpienie mogłoby doprowadzić do stanu, w którym mających stanowić prawo reguł/norm nie tylko nie dałoby się spamiętać ani policzyć, ale w ich bezmiarze nie sposób byłoby odnaleźć tę, która ma stanowić podstawę dla rozstrzygnięcia danego przypadku, co z kolei groziłoby pełnym chaosem i związaną z nim nie maksymalną pewnością, lecz niepewnością prawa.⁴⁷

Teza, preferująca pod względem możliwości zapewnienia prawa Unii Europejskiej wysokiego stopnia pewności dedukcję prawniczą, jest tym bardziej słuszna, iż w przypadku stosowania prawa unijnego drogą analogii dochodzą dodatkowe trudności. Trudności te biorą się głównie ze sposobu organizacji „naczelnego” organu, jaki to prawo stosuje, a więc Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Mianowicie sędziami tego trybunału są osoby wyrosłe w różnych kulturach prawnych, a przez to i posiadające odmienne doświadczenia i informacje zgromadzone w pamięci długoterminowej. To z kolei sprawia, że obywatelom Państw Członkowskich niezmiernie trudno byłoby przewidzieć u takich sędziów wynik rozumowania intuicyjnego, a tym samym i to, co jest dla nich istotnie podobne. Co więcej, ilekroć w grę nie wchodziłyby analogie oczywiste, w zależności od tego, jacy konkretnie sędziowie tworzyliby skład orzekający, wydawane przez nich rozstrzygnięcia, mimo tego samego stanu faktycznego, mogłyby się diametralnie różnić.

Będąc przy Unii Europejskiej, warto odnieść się jeszcze do wspomnianej na początku niniejszego artykułu koegzystencji w jej ramach dwóch omawianych w niniejszym artykule metod stosowania prawa. Mianowicie dla pełnej ścisłości należy tutaj zaznaczyć,

⁴⁷ Ponadto warto tu odnotować, że brak pewności w prawie wydaje się nieunikniony, a walka z nim za wszelką cenę niekoniecznie czymś zasadnym i celowym, por. np. O.W. Holmes, *The Path...*, s. 31-32 oraz J. Frank, op. cit., s. 172-182.

iż choć Wielka Brytania niewątpliwie odznacza się systemem prawnym typu *common law*, to jednak rozumowanie *per analogiam* nie zajmuje w niej aż tak poczesnego miejsca jak w przypadku Stanów Zjednoczonych. Na Wyspach wiążące prawnie precedensy sądowe często sprowadza się do ogólnych, abstrakcyjno-generalnych, reguł (tradycyjnie zwanych *rationes decidendi*), nie stosując tych precedensów już wtedy – jak ma to miejsce w USA – bezpośrednio drogą analogii.⁴⁸ Jednakże należy tu podkreślić, że po pierwsze, *ratio decidendi* to nie, jakby się mogło wydawać prawnikom z kręgu *civil law*, dowolna reguła sformułowana przez ustanawiającego precedens sędziego, ale reguła w wysokim stopniu zrelatywizowana do faktów sprawy precedensowej, a po drugie, co nawet ważniejsze, reguła z definicji „zaczepiana” (niekonkluzywna), przy czym „zaczepialność” ta dokonuje się właśnie drogą, kładącej nacisk nie na to, co jest podobne, lecz odmienne, dysanalogii (tzw. *distinguishing*, w tłum.: „wyróżnienie precedensu”). Po trzecie, obecność w brytyjskiej kulturze prawnej konstruktu, jakim jest *ratio decidendi*, nie oznacza, że prawa w ogóle nie stosuje się tu za pośrednictwem rozumowania *per analogiam*.⁴⁹ Jak się nawet podaje, w Szkocji, gdzie przestępstwa w znacznej mierze są zdefiniowane za pomocą precedensów sądowych, trudno się nieraz oprzeć wrażeniu, że prawo karne, mimo iż teoretycznie nie jest to dopuszczalne, bywa stosowane właśnie na drodze analogii.⁵⁰

⁴⁸ Zob. np. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 143-146, 152-160; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Dartmouth 1997, s. 336-338; R. Cross i J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oksford 1991, s. 39-75, 186-192; A.L. Goodhart, Determining the Ratio Decidendi of a Case, *Yale Law Journal* t. XL nr 2 (1930), s. 161-183; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oksford 1979, s. 180-184.

⁴⁹ Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, op. cit., s. 338-340, 341-342; R. Cross i J.W. Harris, op. cit., s. 192-196; A.L. Goodhart, op. cit., s. 180-181; J. Raz, op. cit., s. 185-189; M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzecznictwem*, Warszawa 2009, *passim*. Zob. też G.C. Christie, op. cit., s. 46-48.

⁵⁰ Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, op. cit., s. 328.

VII. Podsumowanie

Podsumowując, należy zauważyć, że pewność prawa i biorące się z niej poczucie bezpieczeństwa nie mogą być w stopniu absolutnym zagwarantowane przez żadną z dwóch omówionych w niniejszym artykule metod stosowania prawa. W przypadku dedukcji prawniczej niemożność ta bierze się z właściwości języka, w jakim formułowane są teksty aktów prawnych (wieloznaczności, ogólności i otwartości tekstowej terminów zawartych w takich tekstach), oraz szerokiego i „płynnego” kontekstu obecnych w tych tekstach wypowiedzi. Z kolei w odniesieniu do prawniczej analogii na przeszkodzie absolutnej pewności prawa stoi brak zestandaryzowanych kryteriów dla ustalania istotnego podobieństwa i rozstrzygnięcia zjawiska znanego pod nazwą konkurencji analogii.

Przy tym, w przypadku obu tych metod, radzenie sobie przez organy stosujące prawo z ww. problemami możliwe jest dzięki posiadaniu przez ludzi obok systemu rozumowania racjonalnego („rozważnego”) również starszego od niego systemu rozumowania intuicyjnego („doświadczeniowego”), jaki bazuje na informacjach/doświadczeniach zgromadzonych w pamięci długoterminowej konkretnej osoby. Nie oznacza to jednak, że kwestia pewności prawa w prawniczej analogii i dedukcji przedstawia się jednakowo. Gdy mowa o tej pierwszej, minimalny poziom takiej pewności zapewniają tzw. oczywiste analogie, natomiast jeśli chodzi o tę drugą, to poziom pewności prawa rośnie wraz z podnoszeniem progu, do wysokości którego mają być podejmowane absurdalne (niesprawiedliwe) decyzje mające oparcie w językowej analizie tekstu aktu prawnego.

W efekcie największą pewność prawu Unii Europejskiej zapewniłoby obranie na metodę stosowania prawa prawniczej dedukcji z bardzo wysoko ustawionym tego rodzaju progiem. Otwarte pozostanie wówczas jednak pytanie, czy osiągnięta takim kosztem pewność w unijnym prawie wciąż może być uznawana za przejaw jakiegoś bezpieczeństwa.

Summary

The article touches on the issue of the method by which the law is applied in the context of the security flowing from the certainty of the European Union law. To this aim, the Author has analyzed, from the psychological and logical perspective, two such methods: legal analogy (being often regarded as a hallmark of common law) and legal deduction as a typical method of applying canonical texts in the civil law legal systems. The outcomes of both these methods turn out to be dependent on the rational, but to a great extent, also on the intuitive system of human reasoning. The latter bases on the experience and data accumulated in the so-called long-term memory, processing all information automatically and preconsciously. Nevertheless, the issue of legal certainty appears to be not the same in each of the aforementioned methods. With regard to legal deduction, the certainty of outcomes may be enhanced by the raising of the threshold of absurd (unjust) decision grounded in the linguistic meaning of the wording of a legal provision, while as to legal analogy such certainty is – if we do not wish to standardize the resources upon which intuition operates – the effect of the so-called obvious (in the sense: very close) analogies that are relatively fixed.