Od mitu legalizmu do dyskrecjonalnego tworzenia prawa

AUTOR

Fundacja Dobre Państwo

STRESZCZENIE / ABSTRACT

Artykuł stanowi głęboką analizę myśli Richarda Posnera, koncentrując się na dekonstrukcji tradycyjnego mitu legalizmu. Autor wyjaśnia, że sędziowie, szczególnie w sądach najwyższej instancji, nie są jedynie mechanicznymi wykonawcami przepisów, lecz działają jako okazjonalni ustawodawcy w tzw. szarej strefie. Tekst przybliża wielowymiarowe modele orzecznicze – od teorii strategicznej po ekonomię reputacji – które pozwalają zrozumieć rzeczywiste motywacje stojące za wyrokami. Analiza rzuca nowe światło na problem legitymizacji władzy sądowniczej w sytuacjach, gdy prawo nie daje jednoznacznych odpowiedzi, a sędzia musi polegać na intuicji, przekonaniach a priori oraz ograniczonej racjonalności. To kluczowa lektura dla osób zainteresowanych stykiem prawa, psychologii i ekonomii instytucjonalnej.

This article provides a thorough analysis of Richard Posner's thought, focusing on deconstructing the traditional myth of legalism. The author explains that judges, particularly in the highest courts, are not merely mechanical enforcers of laws but act as occasional legislators in a so-called gray zone. The text explores multidimensional models of adjudication—from strategic theory to reputation economics—that allow us to understand the real motivations behind judgments. The analysis sheds new light on the problem of judicial legitimacy in situations where the law provides no clear answers and judges must rely on intuition, a priori beliefs, and bounded rationality. This is essential reading for those interested in the intersection of law, psychology, and institutional economics.

Artykuł analizuje funkcjonowanie Sądu Najwyższego jako organu politycznego, nie w sensie partyjnym, lecz funkcjonalnym, wynikającym z konieczności podejmowania decyzji w obszarach niedookreślonych przez prawo. Wbrew legalistycznej mitologii, która zakłada neutralność i obiektywizm sędziów, autor argumentuje, że w sprawach

konstytucyjnych sędziowie działają w sferze dyskrecjonalności, gdzie ich decyzje kształtowane są przez szereg czynników, takich jak ideologia, strategia, psychologia i ekonomia bodźców. Krytycznie oceniana jest praktyka kosmopolityzmu sądowego, która często służy jako fasada dla subiektywnych wyborów. Artykuł, odwołując się do teorii Richarda Posnera, przedstawia model sędziowskiego zachowania, który uwzględnia zarówno aspekty formalne, jak i nieformalne, a także analizuje konsekwencje przesunięcia władzy interpretacyjnej z administracji do sądownictwa. Celem jest stworzenie realistycznego opisu funkcjonowania sądownictwa konstytucyjnego i zidentyfikowanie mechanizmów, które mogą uczynić je bardziej odpowiedzialnym i przewidywalnym.

SŁOWA KLUCZOWE

Dyskrecjonalne tworzenie prawa | Richard Posner | Mit legalizmu | Sąd Najwyższy | Szara strefa | Legitymacja instytucjonalna | Teoria strategiczna | Ograniczona racjonalność | Przekonania a priori | Kosmopolityzm sądowy | Ekonomia reputacji | Sędzia-automat | Rozumowanie bayesowskie | Model pryncypał-agent | Analiza instytucjonalna

Sąd Najwyższy: polityczna natura najwyższej instancji

Dopiero gdy postawimy rekonstrukcję Richarda Posnera na ostrzu noża, widać jej prawdziwą wagę. W publicystyce określenie „organ polityczny" jest obelgą, lecz w języku analizy instytucjonalnej staje się chłodną diagnozą funkcji. Sąd Najwyższy nie jest organem politycznym dlatego, że sędziowie budzą się rano z partyjną pieczęcią w sercu. Staje się nim, ponieważ w sprawach konstytucyjnych musi działać w szarej strefie niedookreślenia, gdzie legalistyczna pewność wyniku po prostu zanika, a wybór musi zostać dokonany mimo braku jasnej instrukcji. W momencie gdy prawo przestaje być zamkniętym układem reguł, sąd przeistacza się w instytucję, która dopełnia porządek normatywny decyzją. A decyzja dotycząca fundamentów jest zawsze decyzją o podziale dóbr, ciężarów, wolności i przymusu.

Warto ująć to w rygorystyczne ramy, bo tylko rygor chroni przed histerią. Władza Sądu Najwyższego wynika z trzech sprzężonych ze sobą okoliczności, z których żadna nie jest moralną skazą, lecz każda tworzy warunki dla polityczności. Pierwszą jest ostateczność, czyli brak wyższej

instancji zdolnej do rutynowego uchylenia wyroku. Drugą jest abstrakcyjność konstytucyjnego języka, która siłą rzeczy tworzy otwarte przestrzenie, gdzie argumentacja prawnicza przypomina bardziej sztukę wyboru między konkurencyjnymi racjami niż chłodny rachunek sylogistyczny. Trzecią jest reputacyjna ekonomia legitymacji: jedynym trwałym hamulcem dla sądu nie jest inny sąd, lecz ryzyko utraty społecznej akceptacji i groźba instytucjonalnego odwetu ze strony pozostałych ośrodków władzy. Ten układ tłumaczy, dlaczego sędziowie, nawet mając szeroką swobodę, działają tak, jakby wciąż musieli liczyć się z czymś, co nie ma formy paragrafu, lecz cichego warunku społecznej zgody.

Teza Posnera, że sędziowie w sprawach o wysoką stawkę działają jak okazjonalni ustawodawcy, bywa odbierana jako prowokacja. Tymczasem jest to po prostu próba przywrócenia debacie uczciwego opisu. Największą krzywdą, jaką legalistyczna mitologia wyrządza sferze publicznej, jest zamiana fundamentalnego sporu o wartości w teatr pozorów neutralności. W efekcie strony udają, że spierają się o znaczenie słów, gdy w istocie toczą bój o model człowieka i państwa. Posner, który lubił rozbrajać takie iluzje, wskazywał, że sędziowie i tak wnoszą do spraw swoje uprzednie przekonania, a w warunkach niepewności rozumowanie prawnicze staje się także rozumowaniem psychologicznym i strategicznym. To perspektywa zgodna z tym, jak w „How Judges Think" zburzył on jednowymiarowy mit sędziego-automatu, wymieniając obok legalizmu także podejścia postawowe, strategiczne, psychologiczne czy ekonomiczne.

Wyobraźmy sobie miejskie archiwum, w którym spoczywa stary statut. Dokument jest święty, bo stanowi o tożsamości miasta, ale jest też niejasny, bo pisał go ktoś, kto nie mógł przewidzieć współczesnych konfliktów. Gdy wybucha spór o nową technologię, jedni twierdzą, że statut jej zakazuje, inni – że do niej zachęca, a jeszcze inni – że o niej milczy. Rada mędrców musi wydać werdykt, choć wie, że słowa nie prowadzą do jednego rozwiązania. Jeśli rada oświadczy, że tylko odczytuje tekst, dopuści się instytucjonalnego kłamstwa. Jeśli przyzna, że wybiera interpretację, zostanie oskarżona o uzurpację. Wybiera więc trzecią drogę: ogłasza, że to słowa ją zmuszają do decyzji

Dyskrecjonalność: sędzia jako faktyczny ustawodawca

Aby nie ugrzęznąć w taniej metafizyce podejrzeń, należy najpierw doprecyzować pojęcie stanowiące oś konstrukcyjną tego wywodu, a mianowicie dyskrecjonalne tworzenie prawa. Mamy z nim do czynienia, gdy sędzia, zobowiązany do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, znajduje się w sytuacji, w której tekst ustawy, precedens i standardowe kanony wykładni nie wskazują jednego, nieuchronnego rezultatu. Zamiast tego otwierają one pole dla kilku konkurencyjnych wyników, z

których każdy da się racjonalnie uzasadnić jako zgodny z prawem. W takim położeniu sędzia przestaje być jedynie egzekutorem reguł, a staje się projektantem normatywnego następstwa, ponieważ jego wybór staje się regułą dla innych i sygnałem dla całego systemu prawnego. Richard Posner nazywa to wolnością mimowolną; sędzia nie może bowiem odmówić orzekania tylko dlatego, że prawo milczy lub jest niejednoznaczne. Musi wydać wyrok, nawet gdy w sensie czysto formalnym prawo nie dostarcza już paliwa do sylogizmu. Posner ujął to zresztą bez zbędnych ceremonii, wskazując, że analiza semantyczna i logiczna często nie dają rozsądnej odpowiedzi, a to, co uchodzi za rozsądne, zależy od ideologii, zdrowego rozsądku i emocji – a więc od czynników pozaprawnych.

Tę abstrakcję porządkuje prosta anegdota. Wyobraźmy sobie radę miasta odpowiedzialną za most nad rwącą rzeką. Podręcznik inżynierski nakazuje wymieniać belki nośne co pięć lat, lecz w międzyczasie rzeka zmieniła koryto, wiatr wieje z innej strony, a natężenie ruchu wzrosło dziesięciokrotnie. Inżynier nie może po prostu stwierdzić, że podręcznikowe reguły się wyczerpały, zamknąć mostu i pójść do domu. Musi podjąć decyzję: czy wzmocnić istniejącą konstrukcję, dobudować podporę, czy może ograniczyć dopuszczalny tonaż pojazdów. Każde z tych rozwiązań da się obronić w języku technicznym, ale żadne nie wynika automatycznie z podręcznika. Sędzia w strefie dyskrecjonalnej jest właśnie takim inżynierem normatywnej infrastruktury. Ocenia naprężenia społeczne, szacuje koszty potencjalnego błędu, a na końcu podpisuje się pod rozwiązaniem, które inni odtąd będą nazywać prawem.

Mit legalizmu: dlaczego litera prawa zawodzi w praktyce

Najpierw teoria legalistyczna, czyli oficjalna metafizyka sądownictwa, w której wyrok jawi się jako nieuchronny produkt sylogizmu z reguły i faktów. Posner widzi w niej jednak nie opis realnego procesu poznawczego, lecz język publicznej legitymizacji. Nie jest to bynajmniej totalna negacja; legalizm sprawnie obsługuje masę spraw rutynowych, gdzie system łaknie przewidywalności, a sędziowie – poznawczej ekonomii. Ostrze krytyki celuje jednak w jego fundamentalną niezdolność do rozstrzygania wielkich sporów konstytucyjnych, gdzie norma jest mgławicą, wartość polem bitwy, a konsekwencje – sejsmiczne. Nie jest to kaprys, lecz chłodna konstatacja: w takich starciach materiał prawny jest na tyle wieloznaczny, że te same formalne argumenty mogą z równą siłą wspierać przeciwstawne rozstrzygnięcia.

Ideologia i strategia: pozaprawne determinanty wyroków

Na drugim biegunie lokuje się teoria atytudinalna, która tłumaczy decyzję sędziego jego osobistą postawą ideologiczną. Posner bynajmniej jej nie odrzuca. Przeciwnie, włącza ją jako kluczowy składnik w sprawach, w których sędzia porusza się w sferze dyskrecjonalności. Zarazem jednak temperuje jej imperialne ambicje. Postawa nie działa bowiem w próżni. Działa wewnątrz instytucji, z jej procedurami, reputacją, kolegialnością, kosztami konfliktu i ograniczeniami narzucanymi przez inne ośrodki władzy. I tu na scenę wkracza teoria strategiczna, która przypomina, że sędzia w Sądzie Najwyższym nie jest samotnym sumieniem, lecz graczem w złożonej grze instytucjonalnej. W tej grze liczy się budowanie większości, dobór języka uzasadnienia oraz przewidywanie reakcji legislatywy, egzekutywy i opinii publicznej. To strategiczne ujęcie jest dla biznesu kluczowe, gdyż buduje pomost między orzeczeniem a jego przewidywalnością. Nie wystarczy znać ideologii. Trzeba rozumieć bodźce skłaniające do kompromisu, minimalizmu lub maksymalizmu.

Bayesowskie priory: psychologiczne kotwice orzekania

Dochodzimy do teorii psychologicznej, którą Posner eksponuje z wyjątkową siłą. Jej rdzeniem jest przekonanie, że sędzia działa w warunkach ograniczonej racjonalności: pod presją czasu, w obliczu nadmiaru informacji i w cieniu niepewności. W takim świecie dominuje intuicja, rozumiana jako skondensowane doświadczenie operujące poza pełną świadomością, oraz przekonania a priori. Te ostatnie to bayesowskie prawdopodobieństwa – filtr interpretacyjny, który sędzia, ukształtowany przez życie, nieuchronnie wnosi do sprawy. Posner, odwołując się do nieświadomości procesów myślowych, podkreśla, że początkowe przekonania, choć modyfikowane przez dowody, nadal oddziałują na ostateczny rezultat.

Tu właśnie pojawia się rozważna prowokacja. Jeżeli sędzia jest bayesowską maszyną aktualizującą przekonania a priori, to mit bezstronności nie jest kłamstwem, tylko błędem kategorialnym. Bezstronność w sensie braku przekonań wstępnych jest nieosiągalna, a system, który tego żąda, żąda rzeczy niemożliwej i w zamian produkuje jedynie hipokryzję rytualną. Posner broni jednak sędziów przed zarzutem złej wiary. Oni najczęściej szczerze wierzą, że są obiektywni, ponieważ ich własny aparat poznawczy dostarcza im przemożnego poczucia oczywistości. W tym sensie problem nie jest moralny, tylko epistemiczny – nie dotyczy etyki, lecz samej natury poznania.

Sędzia jako pracownik: ekonomika i organizacja sądu

Na kolejnym poziomie analizy pojawia się teoria ekonomiczna, która sprowadza sądownictwo do twardej logiki bodźców. Sędzia jest tu bowiem pracownikiem, choć w bardzo osobliwym sensie: ma pracodawcę w postaci państwa, ale nie podlega presji rynku, klasycznej kontroli menedżerskiej ani typowej strukturze awansów. W modelu pryncypał–agent, gdzie państwo jest pryncypałem, a sędzia jego agentem, niezawisłość staje się paradoksalnym problemem. Osłabia ona narzędzia nadzoru, co nieuchronnie podnosi koszty agencji – ryzyko, że sędzia zacznie realizować własne cele zamiast celów systemu.

Richard Posner równoważy jednak tę diagnozę, pokazując, że brak rynkowej kary nie oznacza braku hamulców. Są nimi reputacja, potrzeba szacunku dla samego siebie, etos rzemiosła i uzależnienie od uznania w oczach środowiska prawniczego. To dlatego sędziowie, choć mogliby często ograniczyć wysiłek, pracują z intensywnością poważnych artystów, dla których dzieło jest częścią tożsamości. Ta analogia jest w praktyce gospodarczej niepokojąco ważna, bo pokazuje, że władza sądowa jest stabilizowana nie tylko przez procedury, lecz przez kulturę zawodową – a więc przez zmienne miękkie, które biznes zwykle lekceważy, dopóki nie zapłaci za to w arbitrażu regulacyjnym.

Pragmatyzm prawniczy: prymat skutku nad doktryną

Jak projektować instytucje, które mają jednocześnie utrzymać legitymację, przewidywalność i zdolność adaptacji? Innymi słowy, jak ograniczać władzę, która nie daje się zamknąć w regułach, nie popadając przy tym w mit, że reguły same wystarczą? Posnerowskie ograniczenie pragmatyzmu nie polega na powrocie do czystego legalizmu, lecz na uznaniu, że władza dyskrecjonalna musi być hamowana.

Krytyka kosmopolityzmu: Posner w obronie suwerenności

Wykazano już, że dyskrecjonalne tworzenie prawa nie jest wypadkiem przy pracy, lecz strukturalnym następstwem konstytucyjnej ogólności i instytucjonalnej ostateczności. Teraz trzeba dopowiedzieć coś, co praktycy prawa rozumieją instynktownie, choć rzadko nazywają po imieniu. Jeżeli w sferze konstytucyjnej nie da się wyprowadzić jednego, słusznego wyniku z samej logiki tekstu, to instytucja musi wytworzyć zastępcze mechanizmy legitymizacji. Sąd rozstrzygający spory o najwyższej stawce nie może bowiem działać jak czysty suweren, nawet gdy w praktyce dysponuje

ogromną swobodą. Potrzebuje języka, który tłumaczy przemoc decyzji jako rozum, a arbitralność wyboru jako logiczną konieczność. Richard Posner rozpoznaje tu dwie konkurencyjne techniki maskowania i dyscyplinowania władzy sędziowskiej: pragmatyzm oraz kosmopolityzm sądowy. Obie przybierają pozór skromności, lecz w rzeczywistości są urządzeniami sterującymi, które mają wyprodukować społeczną zgodę na to, że ktoś w todze de facto ustala reguły gry.

Kosmopolityzm sądowy, w ujęciu Posnera, to praktyka odwoływania się w sprawach konstytucyjnych do orzeczeń zagranicznych i międzynarodowych. Traktuje się je jako autorytety perswazyjne, mające wesprzeć krajowe rozstrzygnięcie, gdy wewnętrzne materiały nie dają jednoznacznej odpowiedzi. W jego opisie jest to poszukiwanie globalnego konsensusu, które w skrajnej postaci ma zastąpić lokalną tradycję i historię czymś w rodzaju świeckiego prawa natury. Posner nazywa tę pogoń rozpaczliwą, ponieważ zdradza ona pragnienie, by spór polityczny zamienić na spór techniczny. Decyzja aksjologiczna zostaje przebrana za wynik rzekomo obiektywnej, ponadnarodowej mądrości, co zwalnia sędziego z ciężaru wyboru.

Warto zauważyć, że ta krytyka nie jest prostą odmianą metodologicznego nacjonalizmu. Posner nie twierdzi, że porównywanie prawa jest zakazane. Twierdzi, że porównanie, gdy wchodzi w rolę substytutu legitymizacji, staje się narzędziem arbitralności. Przy ogromie dostępnego materiału sędzia zawsze może znaleźć jakiś zagraniczny wyrok, który pasuje do z góry założonej tezy. Wówczas prawo obce przestaje być źródłem refleksji, a staje się jedynie rekwizytem w legitymizacyjnym spektaklu. Kosmopolityzm przyjmuje wtedy postać retorycznego urządzenia do nadawania pozoru konieczności temu, co jest w istocie wyborem – staje się tym, co w niniejszym tekście nazywamy listkiem figowym. W środowisku naukowym spór o tę praktykę trwa, a nowa literatura podkreśla, że zapożyczenia bywają produktywne, o ile są jawnie przyznane jako inspiracje, a nie jako źródła domniemanej nieuchronności.

Z punktu widzenia teorii legitymizacji kluczowy jest jednak nie sam fakt cytowania, lecz jego funkcja. Jeżeli funkcją jest wzmocnienie argumentu przez analogię, porównanie może działać uczciwie. Jeżeli jednak ma zastąpić spór o wartości sporem o rzekomy fakt, pojawia się manipulacja. Posner uderza właśnie w ten drugi przypadek. I tu pojawia się prowokacja, która jest zarazem testem intelektualnej uczciwości. Jeżeli sędzia w sprawie o najwyższej stawce powołuje się na prawo obce, to czy robi to dlatego, że jest ono lepszą wiedzą o dobru wspólnym, czy dlatego, że stanowi wygodniejszy sposób na oswojenie własnej odpowiedzialności? Odpowiedź, której boi się prawnicza celebracja kosmopolityzmu, brzmi: zbyt często chodzi o wygodę, bo wygoda polega na rozproszeniu winy. Skoro „świat tak robi”, to ja nie jestem twórcą, ja tylko dołączam. Tyle że w porządku konstytucyjnym dołączanie jest również tworzeniem.

Koniec doktryny Chevron: nowa era ryzyka dla biznesu

Ta polityczność ma dziś dla globalnego biznesu ciężar praktyczny większy niż kiedykolwiek, gdyż na szachownicy władzy zmienia się układ sił między sądami a administracją. Kluczowym ruchem w tej grze jest orzeczenie w sprawie Loper Bright Enterprises v. Raimondo, w którym Sąd Najwyższy porzucił doktrynę Chevron deference. Była to wieloletnia praktyka, w ramach której sędziowie zawieszali własny osąd na rzecz każdej racjonalnej interpretacji agencji rządowej, gdy ustawa okazywała się niejednoznaczna. W uzasadnieniu sformułowano tezę o fundamentalnym znaczeniu: sądy mają obowiązek dokonywać niezależnej oceny znaczenia ustawy, a nie automatycznie ustępować organom wykonawczym. W debacie regulacyjnej jest to tektoniczne przesunięcie władzy interpretacyjnej z administracji w stronę sądownictwa. Dla biznesu oznacza to całkowitą zmianę geometrii ryzyka. Zamiast ryzyka zmiany interpretacji wraz z nową administracją, rośnie ryzyko wieloletnich sporów o wykładnię w sądach, pokusy forum shopping, czyli szukania przychylnego sędziego, oraz chaosu sprzecznych orzeczeń między okręgami, zanim sprawa dotrze na szczyt piramidy. Przeglądy praktyki prawnej tylko potwierdzają tę niepewność, stawiając pytanie, ile z dawnego uznania dla stanowiska agencji w ogóle pozostało i jak szybko sądy zaczną rewidować ich utrwalone interpretacje.

Biznes bywa skłonny wierzyć, że ograniczenie władzy administracji automatycznie zwiększa przewidywalność. Jest to intuicja zrozumiała, lecz niebezpiecznie niepełna. Owszem, można argumentować, że w świecie po doktrynie Chevron spada ryzyko gwałtownego zwrotu interpretacyjnego między kolejnymi ekipami w Białym Domu, co tworzy pewien rodzaj stabilności dla regulowanych podmiotów. Takie argumenty pojawiają się w analizach rynku sporów sądowych. Zarazem jednak rośnie inny typ niepewności, znacznie bardziej kosztowny dla długoterminowych inwestycji. To niepewność wynikająca z rozproszenia wykładni oraz z faktu, że w sprawach trudnych sąd zawsze wprowadzi do równania własną psychologię, własne priorytety i własną wizję konsekwencji. W takim świecie strategia prawna przestaje być dodatkiem, a staje się kręgosłupem strategii korporacyjnej. Pęcznieją budżety na spory sądowe, rośnie koszt kapitału w sektorach podatnych na regulacyjny ogień krzyżowy i kwitnie popyt na analitykę prawną, która próbuje modelować zachowania sędziów w kategoriach probabilistycznych. Widać to bezpośrednio w komentarzach sektorowych, chociażby dotyczących sporów o kompetencje regulacyjne w obszarze ERISA i rosnącej skłonności do kwestionowania każdego ruchu agencji.

Model decyzyjny: synteza teorii zachowań sędziowskich

Jeżeli potraktować dziewięć teorii zachowania sędziów jako katalog luźnych hipotez, otrzymamy jedynie gabinet intelektualnych osobliwości. Jeżeli jednak spojrzymy na nie tak, jak sugeruje Posner – jako na zestaw współdziałających mechanizmów – z chaosu wyłania się spójny model. Model ten ma fundamentalne znaczenie nie tylko dla teorii prawa, ale i dla gospodarki. Nowoczesna ekonomia nie jest już bowiem wyłącznie światem cen i kontraktów, lecz polem nieustannej negocjacji granic regulacji. W tej grze najcenniejszym zasobem staje się przewidywalność instytucjonalna, a najdroższym kosztem – niepewność interpretacyjna.

Punktem wyjścia jest rozróżnienie, które w języku Posnera jest proste, a w swoich konsekwencjach bezlitosne. W ogromnej masie spraw prawo działa jak rzemiosło i rutyna, czyli w sposób zbliżony do legalistycznego ideału. Jednak w sprawach trudnych, zwłaszcza konstytucyjnych, staje się areną decyzji, a sędziowska władza nabiera charakteru dyskrecjonalnego. Granica między tymi światami nie jest moralna, lecz funkcjonalna. Przebiega tam, gdzie materiały prawne przestają determinować wynik, a zaczynają go jedynie umożliwiać. W tej mierze, w jakiej system jest niedookreślony, sędzia staje się okazjonalnym ustawodawcą, choć wciąż posługuje się językiem wykładni. To jest właśnie fundamentalna różnica między opisem a samoprezentacją. Opis mówi o tworzeniu normy. Samoprezentacja – o jej odkrywaniu.

Dziewięć teorii zachowania sędziów można wówczas potraktować jako dziewięć warstw jednego procesu decyzyjnego, w którym wynik nie rodzi się z pojedynczego źródła, lecz z kumulacji ograniczeń i swobód. W klasycznym zestawieniu, które Posner przedstawia w swoich pracach, pojawiają się teorie: postawowa, strategiczna, socjologiczna, psychologiczna, ekonomiczna, organizacyjna, pragmatyczna, fenomenologiczna i legalistyczna. Ich lista jest dobrze ugruntowana w literaturze przedmiotu oraz w tekstach samego Posnera, tworząc mapę sędziowskiej psychiki i instytucjonalnej dynamiki.

Zacznijmy od legalizmu, bo to on jest oficjalną maską systemu. Legalizm nie jest wyłącznie błędem poznawczym; jest także potężnym narzędziem stabilizacji. To język, który pozwala instytucji mówić do społeczeństwa w trybie obiektywizacji, a nie arbitralnej deklaracji woli. W tej mierze, w jakiej biznes wymaga przewidywalności, legalizm działa jak technologia koordynacji oczekiwań, nawet jeśli w głębi procesu nie wyjaśnia wszystkiego. Kłopot zaczyna się wtedy, gdy legalizm zostaje użyty jako teoria totalna, gdy próbuje opisać także obszar konstytucyjnego niedookreślenia. Wówczas maska zostaje wzięta za twarz, a retoryka za mechanizm.

Teoria postawowa, zwana też attytudinalną, wkracza tam, gdzie legalizm traci moc determinacji. Mówi ona, że w sprawach dyskrecjonalnych decyzje najlepiej wyjaśniają preferencje ideologiczne

sędziego. Nie jest to odkrycie sensacyjne, lecz logiczna konsekwencja struktury problemu. Jeżeli prawo dopuszcza kilka rozwiązań, to o wyborze decyduje to, co sędzia uważa za słuszne, rozsądne lub zgodne z jego rozumieniem wolności i ładu. O ile legalizm odpowiada na pytanie, jak uzasadnić wyrok, o tyle teoria postawowa wyjaśnia, skąd bierze się jego kierunek.

Natychmiast jednak na scenę wchodzi teoria strategiczna, ponieważ sędzia nigdy nie decyduje w próżni. Nawet w Sądzie Najwyższym decyzja jest wynikiem gry wewnętrznej i zewnętrznej. Wewnątrz trzeba zbudować większość, wybrać autora opinii i zaprojektować zakres

Fenomenologia orzekania: wolność w gorsecie instytucji

Pozostaje jeszcze teoria fenomenologiczna, która jest w tej układance niezbędna niczym cisza na sali sądowej. Stawia ona pytanie o doświadczenie decydowania z perspektywy pierwszej osoby. Sędzia odczuwa tu jednocześnie wolność i skrępowanie. Wolność, bo może wybrać spośród kilku równie uzasadnionych ścieżek prawnych. Skrępowanie, bo wie, że każde słowo zostanie zacytowane i użyte przeciw niemu, a instytucja ma pamięć dłuższą niż on sam. Wyrok jest bowiem zobowiązaniem, nie tylko logiczną konkluzją. Fenomenologia staje się w tym ujęciu pomostem między psychologią a organizacją. Uczy, że decyzja nie jest ani mechanicznym wynikiem reguł, ani swobodnym gestem woli, lecz aktem dokonywanym pod presją poznawczą, reputacyjną i historyczną.

Upolitycznienie sądów: erozja zaufania i stabilności

Jeżeli dziewięć teorii sędziowskiego zachowania potraktujemy jako dziewięć okien wychodzących na to samo pomieszczenie, spór o to, które z nich jest „prawdziwe", staje się jałowy. Prawdziwe jest samo pomieszczenie, którym jest praktyka rozstrzygania w warunkach niedookreśloności. To ona wymusza decyzję, następnie jej uzasadnienie, a wreszcie jej akceptację. Richard Posner od początku nie udaje, że w tym pomieszczeniu unosi się kadzidlany zapach czystej logiki. Przeciwnie, pokazuje, że w obszarze otwartym sędzia staje się okazjonalnym ustawodawcą, a pragmatyzm jest w istocie odmianą zwykłego rozumowania praktycznego, nastawionego na skutki w krótkim i długim okresie.

To pierwszy węzeł tej architektury. Dyskrecjonalność nie jest wyborem, lecz stanem faktycznym. Legalizm jest językiem stabilizacji, ale nie stanowi pełnego opisu mechanizmu. Ideologia, temperament i przekonania a priori są realne, lecz nie działają w próżni. Strategia, kolegialność i

reputacja również są realne, lecz nie anulują psychologii. Konsekwencje są realne, ale nie są w pełni mierzalne, toteż same potrzebują kryteriów istotności, a więc ponownie odwołują się do wartości. W ten sposób model zamyka się w pętli, która jest właściwą mapą myśli dla całego zagadnienia. Prawo w obszarze konstytucyjnym nie jest ani czystą normą, ani czystą polityką. Jest urządzeniem koordynacji działań, które działa tylko wtedy, gdy potrafi przetworzyć konflikt na decyzję, decyzję na argument, a argument na legitymację.

Drugi węzeł dotyczy legitymizacji. Skoro sędzia w obszarze otwartym tworzy normę, musi jednocześnie stworzyć powód, dla którego ma ona uchodzić za prawo, a nie za arbitralny dekret. Stąd biorą się dwie techniki, które Posner opisuje z niemal brutalną szczerością. Pierwszą jest pragmatyzm, czyli legitymizacja przez skutki. Drugą jest kosmopolityzm sądowy, czyli legitymizacja przez autorytet zewnętrzny, rozumiany jako globalny konsensus mający działać niczym świeckie prawo natury. Posner pisze o tej pogoni jako o czymś „rozpaczliwym", ponieważ w jego ocenie jest to próba ucieczki od odpowiedzialności za wybór pod pozorem, że jest on jedynie naśladowaniem mądrości świata.

W tym miejscu należy wprowadzić roztropną polemikę, bo teza Posnera, choć mocna, nie musi być absolutna. Jeżeli sędzia przywołuje prawo obce jako autorytet perswazyjny, może to robić w dwóch trybach. Pierwszy jest poznawczy, kiedy porównanie poszerza repertuar rozwiązań i uczy, jakie skutki miały analogiczne instytucje w innym systemie. Drugi jest retoryczny, kiedy porównanie staje się jedynie selektywnie dobranym rekwizytem. Posner atakuje ten drugi tryb, w którym kosmopolityzm staje się magazynem cytatów do już podjętej decyzji, a nie metodą uczenia się. Spór o to, jak często mamy do czynienia z pierwszym, a jak często z drugim, pozostaje w literaturze żywy, co widać w badaniach nad cytowaniem prawa obcego oraz w debacie o autonomii amerykańskiego konstytucjonalizmu.

Trzeci węzeł jest dla biznesu kluczowy, bo dotyczy umiejscowienia władzy interpretacyjnej w systemie. Kiedy sąd ogranicza powściągliwość (deference), czyli zasadę poszanowania dla interpretacji agencji rządowych, przenosi ciężar rozstrzygnięcia z administracji do sądownictwa. Tym samym przenosi też ryzyko z biurokracji do procesu sądowego. W wyroku w sprawie Loper Bright Enterprises v. Raimondo Sąd Najwyższy wprost przyznaje, że pod rządami doktryny Chevrona sądy bywały zobowią

Niepewność prawna: strategie adaptacyjne dla biznesu

Pytasz o przyszłe tendencje. Nie jest to jednak próba wróżbiarstwa, lecz racjonalna projekcja, ekstrapolacja obecnych mechanizmów. Globalny biznes, obserwując wektory zmian, dostrzeże pięć

kluczowych procesów, nawet jeśli nie ubierze ich w te same słowa. Po pierwsze, postępującą jurydyzację polityki regulacyjnej, w ramach której spory o sens norm będą coraz częściej przenoszone do sądów, zwłaszcza po przesunięciu równowagi sił w amerykańskim systemie po sprawie Loper Bright. W naturalny sposób pociągnie to za sobą drugą tendencję: wzrost znaczenia strategii procesowej jako integralnego elementu zarządzania. Nie będzie to już tylko reakcja na spór, lecz prewencyjne projektowanie produktów i struktur, by minimalizować ryzyko niekorzystnej wykładni.

Po trzecie, zobaczymy rosnący popyt na analizę behawioralną instytucji sądowych. Chodzi o modelowanie priorytetów i wrażliwości sędziów jako zmiennych o konkretnej wartości ekonomicznej, bo ich zrozumienie przesuwa prawdopodobieństwo zdarzeń prawnych. Po czwarte, będziemy świadkami selektywnego renesansu kosmopolityzmu, choć nie w formie ideologicznej, lecz jako narzędzia argumentacji strategicznej. Pojawi się on w sprawach o prawa człowieka i standardy proporcjonalności – czyli wszędzie tam, gdzie sąd zechce pokazać, że jego wyrok nie jest kaprysem samotnej wyspy, lecz wpisuje się w szerszy konsensus. Wreszcie po piąte, narastające napięcie między biznesowym oczekiwaniem przewidywalności a nieuchronnie politycznym charakterem sądu. Ten konflikt będzie napędzać presję na reformy proceduralne i etyczne, od reguł wyłączania sędziów po standardy transparentności ich działania.

Reputacja i legitymacja: bariery dla arbitralności

W tym miejscu powraca intuicja Richarda Posnera, widząca w sędzim pracownika, który reaguje na specyficzną sieć zachęt i ograniczeń. Sąd Najwyższy, choć pozbawiony klasycznej kontroli instancyjnej, nie jest bynajmniej wszechmocny; dyscyplinują go bowiem reputacja oraz granice społecznej legitymacji. To właśnie tę sytuację Posner opisał jako „ocean dyskrecjonalności” – metaforę, która nie oznacza moralnego bezprawia, lecz jedynie brak twardych, pozytywnoprawnych kotwic w najtrudniejszych sprawach konstytucyjnych. Sformułowanie to okazało się na tyle trafne, że nowsza literatura przejęła je jako poręczny skrót do opisu stanu, w którym rozumowanie konstytucyjne staje się ważeniem wartości i przewidywaniem skutków.

Prawo i kapitał: kierunki ewolucji wzajemnych powiązań

Nadszedł czas, by sformułować tezę końcową – bez asekuracji i zbędnych ozdobników. Prawo konstytucyjne w nowoczesnym państwie nie jest ani systemem zamkniętym, ani autonomicznym. Jest raczej wyspecjalizowanym mechanizmem koordynacji zbiorowych działań w warunkach

nieustannej niepewności: poznawczej, aksjologicznej i instytucjonalnej. W tym krajobrazie Sąd Najwyższy nie jest ani neutralnym automatem do dedukcji, ani suwerenem czystej woli. Jest węzłem decyzyjnym, w którym przecinają się ścieżki tekstu, precedensu, psychologii, strategii, ekonomii bodźców i fundamentalnej potrzeby legitymizacji. Można tę sytuację opisywać na wiele sposobów, lecz perspektywa posnerowska ma tę przewagę, że nie próbuje jej upiększać.

To, co na początku mogło wyglądać na patologię systemu – dyskrecjonalne tworzenie prawa – w finale okazuje się jego nieusuwalnym warunkiem. W sprawach o najwyższą stawkę prawo nie może być po prostu stosowane, ponieważ nie istnieje w formie wystarczająco precyzyjnej, by na to pozwolić. Musi być współtworzone, a każdy akt tworzenia zawiera w sobie element wyboru. Ten wybór nie znika, nawet gdy sędzia próbuje ukryć go za parawanem rygorystycznej wykładni. Różnica sprowadza się do tego, czy jest to wybór jawny i podatny na krytykę, czy też zamaskowany, a przez to odporny na jakiekolwiek racjonalne rozliczenie.

Dziewięć teorii sędziowskiego zachowania, które scalono w tym traktacie, nie tworzy konkurencyjnych doktryn. Są to raczej warstwy jednego, złożonego procesu. Legalizm dostarcza szkieletu i stabilizuje język. Postawa ideologiczna nadaje kierunek tam, gdzie sama forma nie jest w stanie zdeterminować wyniku. Strategia i socjologia kształtują szanse na zbudowanie większości i określają ostateczny zasięg rozstrzygnięcia. Psychologia i bayesowskie przekonania a priori tłumaczą, dlaczego jedne argumenty wydają się sędziemu oczywiste, a inne pozostają na marginesie. Ekonomia i teoria organizacji wyjaśniają, jakie dobra i koszty wchodzą w grę, nawet jeśli nie pojawiają się wprost w uzasadnieniu. Pragmatyzm dostarcza metody wyboru w warunkach niedookreślenia, a kosmopolityzm sądowy oferuje zewnętrzny rezerwuar argumentów, który można wykorzystać uczciwie lub instrumentalnie. Całość od środka spina fenomenologia, pokazując, że każda decyzja jest aktem zawieszonym w napięciu między wolnością a skrępowaniem.

Z tej misternej rekonstrukcji wynika wniosek, który jest jednocześnie opisowy i normatywny. Sąd Najwyższy jest organem politycznym w sensie funkcjonalnym, ale nie jest organem partyjnym ani czysto wolicjonalnym. Jego polityczność rodzi się z niedookreślenia materiału prawnego, a nie z defektu charakteru sędziów. Próba zaprzeczenia tej polityczności nieuchronnie prowadzi do hipokryzji. Próba jej absolutyzacji wiedzie prosto do cynizmu. Jedyną racjonalną drogą jest przyjęcie jej jako faktu i takie projektowanie instytucjonalnych ograniczeń, które czynią ją możliwie jak najbardziej odpowiedzialną.

Warto tu przywołać myśl Olivera Wendella Holmesa, która nie jest bon motem, lecz poważnym ostrzeżeniem. Pisał on, że prawo jest w istocie prognozą tego, co zrobią sądy. Zdanie to, czytane powierzchownie, bywa mylone z redukcją prawa do siły. Czytane uważnie, przypomina, że prawo

jest instytucją ludzkiego zachowania, a nie tylko zbiorem tekstów. Prognozowanie to nie wróżenie z fusów, lecz rozumienie mechanizmów. Posner stoi znacznie bliżej

> W obszarze konstytucyjnych dylematów prawo staje się sztuką wyboru, a nie jedynie egzekucją reguł. Sędziowie, niczym inżynierowie normatywnej infrastruktury, muszą ważyć sprzeczne racje i podpisywać się pod decyzjami, które inni nazwą prawem. Czy w tej nieustannej adaptacji prawa do zmieniającej się rzeczywistości, uda się nam zachować wiarę w jego sprawiedliwość, czy też skażemy się na cynizm i relatywizm?

Inspiracje

[1] **"How Judges think"** Richard A. Posner

2008 | Harvard University Press

Richard A. Posner to amerykański prawnik i ekonomista, znany ze swojego wkładu w prawo i ekonomię. Był sędzią Sądu Apelacyjnego Stanów Zjednoczonych w Siódmym Okręgu (1981-2017) oraz starszym wykładowcą na Wydziale Prawa Uniwersytetu Chicagowskiego. Jest autorem licznych publikacji z zakresu jurysprudencji, prawa antymonopolowego i wielu innych zagadnień.

Richard A. Posner *is an American legal scholar and economist known for his contributions to law and economics. He was a judge on the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit (1981-2017) and a senior lecturer at the University of Chicago Law School. He has written extensively on jurisprudence, antitrust law, and various other topics.*

University of Chicago Law School

Treść tworzy Fundacja Dobre Państwo.
Redaguje i publikuje APA ONE, autorski system redakcyjny Fundacji oparty na AI.
APA ONE Publishing System
Fundacja Dobre Państwo © 2026
Article ID: e73a2896-7192-4848-8ea5-b603e70d6e6b