

MAGDALENA KONOPACKA

*Wielopoziomowa niesprawiedliwość a Sędzia  
albo Złota Legenda o Świętym Jerzym  
opowiedziana we współczesnej Europie*



*Multilevel Injustice and The Judge  
or The Golden Legend of St George  
as told in contemporary Europe*



*Wielopoziomowa niesprawiedliwość  
a Sędzia  
albo Złota Legenda o Świętym Jerzym  
opowiedziana we współczesnej Europie*

---

*Multilevel Injustice and The Judge  
or  
The Golden Legend of St George  
as told in contemporary Europe*

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

*redakcja w języku polskim*

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

*redakcja w języku angielskim*

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

*tłumaczenie na język angielski*

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SP. Z O.O.

*skład i druk*

HOBODRUK, UL. LUTOSŁAWSKIEGO 18, 05-080 IZABELIN

*projekt graficzny*

WOJCIECH SOBOLEWSKI

*wydawca / published by*

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

ISBN 978-83-918811-7-0

WARSZAWA 2010

MAGDALENA KONOPACKA

*Wielopoziomowa niesprawiedliwość a Sędzia  
albo Złota Legenda o Świętym Jerzym  
opowiedziana we współczesnej Europie*



*Multilevel Injustice and The Judge  
or The Golden Legend of St George  
as told in contemporary Europe*



## *Spis treści*

Prolog .....	7
W poszukiwaniu sprawiedliwości, czyli jak walczyć z potworem? .....	10
Gdy rozum śpi, budzą się demony .....	31
Doskonały pośrednik – sędzia jako święty rycerz? .....	51
<i>Exempla – hard cases</i> .....	51
<i>Primum exemplum</i> .....	62
<i>Secundum exemplum</i> .....	70
<i>Tertium exemplum</i> .....	74
Miłośnik sprawiedliwości – potencjalny <i>everyman</i> czy utopia? .....	80
Moralny <i>Homo oeconomicus</i> ? .....	80
Epilog.....	110
O Autorce.....	115

## *Table of contents*

Prologue .....	119
In the quest for justice, or how to fight the monster? .....	122
The sleep of reason produces monsters .....	142
The perfect mediator – the judge as a saintly knight? .....	163
<i>Exempla – hard cases</i> .....	163
<i>Primum exemplum</i> .....	174
<i>Secundum exemplum</i> .....	182
<i>Tertium exemplum</i> .....	186
The lover of justice – a potential everyman or a utopia? .....	191
The moral <i>Homo oeconomicus</i> ? .....	191
Epilogue .....	219
About the Autor .....	224



## *Prolog*

Ostatnie dwie dekady, szczególnie zaś początek XXI wieku, cechuje intensywny wzrost tendencji harmonizacyjnych w zakresie prawa prywatnego, prywatnego międzynarodowego, wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych – na poziomie wiążących aktów wspólnotowych bądź inicjatyw prywatnych. Wiąże się to z zaawansowaniem techniki i wpływem fenomenu globalnej komunikacji, która opiera się obecnie na Internecie. W ślad za doświadczeniami amerykańskimi<sup>1</sup> Unia Europejska przebyła długą drogę do obecnej fazy rozwoju społeczeństwa informacyjnego.<sup>2</sup>

Wizja Komisji Europejskiej koncentruje się na poszanowaniu wartości podstawowych dla Wspólnoty i niezakłóconej konkurencji; zakłada też istnienie partnerstwa publiczno-prywatnego we wszystkich aspektach społeczeństwa informacyjnego i działania regulacyjne administracji publicznej oparte na filozofii rynkowej, a nie etatyzmie i interwencjonizmie. Stanowisko to uwzględnia czynniki rządzące globalizacją, a zarazem internacjonalizacją prawa: umowy między prywatnymi a publicznymi uczestnikami rynku (umowy międzynarodowe<sup>3</sup> i kontrakty handlowe<sup>4</sup>); hierarchia, w ramach której różne poziomy zarządzania (*governance*)

<sup>1</sup> Gdzie rolę głównego promotora powszechnej, globalnej sieci odegrał jej wielki entuzjasta, wiceprezydent Al Gore.

<sup>2</sup> Najwcześniejsze dokumenty Komisji to np. Biała Księga z 5.12.1993 Wzrost, konkurencyjność i zatrudnienie, COM (93) 700 final; Raport komisarza Bangemanna z 19.07.1994 Europa i globalne społeczeństwo informacyjne, COM (96) 347 final oraz Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 19.11.1996, OJ 1996, C 320, s. 164.

<sup>3</sup> Czego dobrym przykładem jest Haska Konferencja Prawa Prywatnego, istniejąca od 1893 i do której ponad połowa z jej 68 członków (włącznie ze Wspólnotą Europejską) przystąpiło w XXI wieku.

<sup>4</sup> Por. J. BASEDOW, *The Effects of Globalization on Private International Law*, [w:] *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, ed. J. Basedow and Toshiyuki Kono, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, s. 1-10.



wchodzą w interakcje i której integralność zapewnia otwarta metoda koordynacji, sieci transgraniczne (publiczne, prywatne i hybrydowe), w których uczestniczą eksperci różnych dziedzin; *lex mercatoria* – nowe prawo globalne i odpowiednik średniowiecznego prawa kupieckiego, wreszcie ośrodki nowego zarządzania jako elementy globalnego pluralizmu prawnego, które to ośrodki również mogą być publiczne, prywatne, mieszane; współdziałające bądź rywalizujące; hierarchiczne bądź autonomiczne.<sup>5</sup>

Globalizacja<sup>6</sup> jako taka ma proveniencję zimnowojenną, kiedy to dwa globalne supermocarstwa miały doktryny wojenne i ekonomiczne zakładające (i tworzące) konflikt globalny. W tym kontekście można by powtórzyć prorocze (?) słowa Fukuyamy o końcu historii i świecie ery globalnej liberalnej demokracji.<sup>7</sup> Wydaje się jednak, że konflikt globalny ma jedynie nowe szaty: uśpiony spór wschodnio-zachodni zakrywa całun dyplomacji; coraz głębszy staje się problem pęknięcia moralnego i ekonomicznego, które – mimo schematycznego podziału na bogatą Północ i biedne Południe – nie ma w istocie granic geograficznych i często rozprzestrzenia się w globalnych, wirtualnych sieciach, walcząc jednocześnie – paradoksalnie – z konsekwencjami globalizacji (czy macdonaldyzacji). Macdonaldyzacja prawa jest zgubna, na co zwraca uwagę Ritzer. W jego opinii stwarza ona żelazną klatkę reguł, które przyczyniają się do usztywnienia legislacji i jej nieefektywności. Cztery fundamentalne koncepcje tworzące rodzaj *fast-food Bible*: efektywność, mierzalność, przewidywalność i manipulacja stają się pułapką dla „słabszego” w danej relacji społecznej, także prawnej. Oczywistym przykładem jest konsument, który jest przewidywalny, na którego łatwo wpłynąć i który, zaiste,

<sup>5</sup> F. SNYDER, *Economic Globalization and the Law in the 21<sup>st</sup> Century*, The Blackwell Companion to Law and Society, red. A. Sarat, Blackwell Publishers, New York and Oxford 2003, s. 4-7.

<sup>6</sup> Termin użyty po raz pierwszy w *Webster's Third New International Dictionary*, t. 1, Londyn 1971, s. 965. Por. także: F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme: XV-XVIII*, Paris 1979.

<sup>7</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York 1992.

pomnaża bogactwo producenta (przedsiębiorcy). Racjonalne reguły, które powinny działać efektywnie, dla obu stron stają się dziwne i irracjonalne. Ritzer zwie ten mechanizm irracjonalnością racjonalności.<sup>8</sup>

Ludzki umysł, inaczej niż sztuczna inteligencja (AI), działa w ścisłym związku z emocjami. Wybór moralny nie może istnieć bez rozumowania, jednak jest ono oparte na uczuciach, takich jak duma, współczucie itp. Ludzka świadomość to nie tylko indywidualne preferencje rozumu – jest ona współkształtowana przez tożsamość i moralne wybory innych jednostek. Jesteśmy zwierzętami politycznymi i społecznymi nie dlatego, że potrafimy podejmować decyzje w kategoriach teorii gier, lecz także dlatego, że mamy pewne odczucia społeczne.<sup>9</sup>

Stąd też wydaje się, że ten proces – postrzegany przez niektórych jako nieodwracalny<sup>10</sup> – napędzany przez swego rodzaju AI, może się jednak okazać irracjonalny, również ze względu na podkreślanie wyłącznie efektywności prawa jako takiego. Na ustawodawstwo państw europejskich negatywnie wpływa ponadto pewien paradoks, obserwowany także w polskim życiu politycznym: tradycyjnie socjalistyczne (lewicowe) i tradycyjnie konserwatywne (prawicowe) partie zamieniają się częścią postulatów, stając się niespójnymi, podczas gdy liberalne centrum wygrywa wybory za pomocą dość ostrożnego liberalno-demokratycznego programu, po to by stopniowo wycofywać się z obietnic czynionych elektoratowi (jak choćby przystępując ostatecznie do tzw. protokołu brytyjskiego w sprawie Karty Praw Podstawowych). Także Europa – tradycyjnie oparta przecież na idei wolnego, wspólnego rynku – staje się socjalistyczna m.in. poprzez zwiększanie ochrony konsumenta, prawo konkurencji, głównie po to,

<sup>8</sup> G. RITZER, *Macdonaldyzacja społeczeństwa*, Muza, Warszawa 2005.

<sup>9</sup> F. FUKUYAMA, *Koniec człowieka (Our posthuman future)*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2004, s. 226.

<sup>10</sup> "We are not going to find any way to put the genie into the bottle". F. J. LAPORTA, *Globalization and the Rule of Law, Provisional Draft for Discussion with Some Doubts and Perplexities of an Old Westphalian*, w obiegu prywatnym, s. 255.

by zapobiec negatywnym skutkom globalizacji. Jednak ze względu na ograniczenia kompetencyjne, a także ogrom i stopień skomplikowania struktury, jaką jest już teraz UE, także te działania są niespójne i niepełne, przez co same w sobie mogą powodować deficyt sprawiedliwości na poziomie państw członkowskich. Tu zaczyna się rola sędziego sprawiedliwego, racjonalnego i odważnego, broniącego „słabszego” przed „potworem” – opresyjnym państwem czy silniejszą, nieuczciwą jednostką: sędziego Trybunału Sprawiedliwości, sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „sądów zasad” państw członkowskich; tu zaczyna się *Legenda Aurea* przełomu tysiącleci. Ów „potwór”, jak pisał Zbigniew Herbert w „Potworze Pana Cogito”, mając na myśli poprzednią rzeczywistość geopolityczną, także dziś „pozbawiony jest wymiarów, trudno go opisać, wymyka się definicjom”, jednak wydaje się, że teraz „da się go przebić piórem, argumentem, włócznią”.

### *W poszukiwaniu sprawiedliwości, czyli jak walczyć z potworem?*

Ostatnie dziesięciolecia obfitują w dyskusje filozofów społecznych, teoretyków polityki i prawa oraz ekonomistów politycznych na temat nierówności i sprawiedliwości w ramach struktury politycznej, jaką jest państwo. Więzią łączącą jednostkę z państwem jest obywatelstwo, zatem jest to jednocześnie dyskusja o społeczeństwie obywatelskim i łączących je wartościach (bądź braku jednolitego katalogu wspólnych wartości), o gwarancjach, jakie państwo powinno zapewniać, by umożliwić jednostce realizację jej celów, i o granicach, jakich nie powinno przekroczyć państwo w projektowaniu prawa chroniącego słabsze jednostki przed nadużyciami ze strony tych znajdujących się w lepszym położeniu. Debata ta trwa już od starożytności, a współcześni myśliciele wielokrotnie powracają do tych zasadniczych idei i podziałów, jakie towarzyszyły Platonowi, Arystotelesowi, Cynceronowi,

św. Tomaszowi z Akwinu, Hobbesowi, Rousseau, Kantowi. Aby podjąć próbę obiektywnej oceny ich idei, należy pamiętać o tle historycznym, o stosunkach ekonomiczno-społecznych istniejących w okresie, w którym żyli. Z kolei by zrozumieć współczesne teorie sprawiedliwości, chwalaące, krytykujące bądź wręcz negujące istnienie sprawiedliwości społecznej, nie można zapominać, że większość ich autorów rozwija je na gruncie systemu prawa amerykańskiego, ze wszystkimi jego cechami charakterystycznymi dla *common law*. Ponadto teorie te powstawały w różnych realiach politycznych i gospodarczych XX-wiecznej Ameryki, niektórzy z ekonomistów piszących o sprawiedliwości społecznej byli nawet doradcami amerykańskich prezydentów (jak np. Galston, który był doradcą prezydenta Clintona), co jest odzwierciedlone w ich pomysłach na państwo idealne. Przy tym żadna z teorii współczesnych, „mimo iż wyraża odmienne postulaty co do wizji sprawiedliwego układu relacji państwo – jednostka – wspólnota społeczna, nie koliduje z podstawowymi założeniami demokracji konstytucyjnych”.<sup>11</sup>

Jak zauważa J. Karp w swej monografii poświęconej sprawiedliwości społecznej, „Platon i Arystoteles inicjują w swych rozważaniach zachodnią filozofię polityczną”.<sup>12</sup> Sprawiedliwość była dla nich kategorią nie tylko moralną, ale i prawną. Ten sam autor przytacza poglądy wielu filozofów nowożytnych, m.in. Karla Poppera,<sup>13</sup> który uważał, że

<sup>11</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Księgarnia Akademicka Sp. z o.o, Kraków 2004, s. 75.

<sup>12</sup> Tamże, s. 14.

<sup>13</sup> Sceptycyzm Poppera (austriackiego filozofa i logika, 1902-1994) przejawiał się już w samej metodzie naukowej, jaką lansował. Była to metoda falsyfikacji (w przeciwieństwie do weryfikacji) teorii, zgodnie z którą teoria jest tylko wówczas teorią naukową, gdy ma taką formę logiczną, aby było możliwe jej obalenie przez doświadczenie. Konsekwentnie, teoria będzie potwierdzona (będzie mieć najbogatszą treść empiryczną) nie wtedy, gdy zgadzać się będzie z licznymi obserwacjami, lecz dopiero wtedy, gdy po wielokrotnym poddaniu surowym testom nie będzie można znaleźć żadnego faktu z nią sprzecznego. K. R. POPPER, *Logika odkrycia naukowego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 74-75. Zob. także W. STANKIEWICZ, *Historia myśli ekonomicznej...*, s. 22-24.

ze względu na wielość znaczeń i kontekstów, w jakich można mówić o pojęciu sprawiedliwości, niemożliwe jest podanie analitycznej definicji sprawiedliwości.<sup>14</sup> Nie sposób jednak i dziś zaprzeczyć obserwacji Arystotelesa, że uznając czyn za sprawiedliwy, wyrażamy dla niego aprobatę, czyli doświadczamy istnienia sprawiedliwości.<sup>15</sup> Już sam ten fakt sugeruje, że możliwe jest zdefiniowanie sprawiedliwości, a przynajmniej próby uchwycenia znaczenia tego terminu nie tylko w konkretnym kontekście ekonomiczno-społecznym, ale i w sposób bardziej uniwersalny. W konsekwencji możliwe powinno być uchwycenie tego pojęcia w konkretnym rozwiązaniu legislacyjnym – takie zaprojektowanie normy, by była ona sprawiedliwa. Teza ta jest punktem różnicującym współczesne teorie sprawiedliwości, z dwoma wyraźnymi biegunami: libertarianizmem (który traktuje społeczeństwo jako zbiór jednostek i którego główną cechą jest – najogólniej mówiąc – stawianie wolności jednostki nad dobrem

<sup>14</sup> K. POPPER, *Społeczeństwo otwarte i jego wrogowie*, t.1, Warszawa 1987, s. 209. Cyt. za J. KARP, *Sprawiedliwość ...*, s. 31. J. KARP przytacza także (za CH. PERELMANEM, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959) idealistyczną myśl P. PROUDHONA: „sprawiedliwość [...] rządzi światem, przyrodą i ludzkością, nauką i świadomością, logiką i moralnością, ekonomią polityczną, polityką, historią, literaturą i sztuką”. P. PROUDHON, *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Bruksela 1868, s. 44.

<sup>15</sup> Mowa tu o sprawiedliwości w sensie moralnym, nie zaś sprawiedliwości legalnej oznaczającej zgodność z literą prawa, czy sprawiedliwości polegającej na zgodności z duchem, ideą prawa (spośród *les trois justices* Pierra de Tourtoulon). Pojęcie sprawiedliwości moralnej wiąże się ściśle z pojęciem należenia wedle słuszności (*suum cuique Ulpiana*). Jak zauważa J. Szrednicki, „uzyskanie zgody w dyspacie na temat moralności jest niezwykle trudne. O ile jeszcze dysputanci podzielają założenia, o tyle jest jakaś nadzieja – gdy tych wspólnych założeń jest mało, sytuacja wygląda beznadziejnie. Jednak „swoiste i trudne do opisu słownego uczucie aprobaty moralnej” dla danego postępku jest jedynie kryterium, a nie treścią jego oceny. W niedostatecznym odróżnieniu tych dwu spraw, tj. kryterium sądu lub oceny i ich treści widział K. Ajdukiewicz jedno ze źródeł relatywizmu, zarówno w dziedzinie poznawczej, jak i etycznej. Zob. J. SZREDNICKI, *O subiektywnym odbieraniu obiektywnych wartości* [w:] *Kłopoty pojęciowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993, s. 263, a także: K. AJDUKIEWICZ, *O sprawiedliwości* [w:] *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920-1939*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s. 368-370.

wspólnym) i komunitaryzmem (koncentrującym się na wspólnocie i stawiającym dobro wspólne nad prawami jednostki) oraz teoriami próbującymi znaleźć między tymi skrajnościami kompromis.

W przeszłości, jak przypomina Lech Morawski, kontrowersyjny w rozważaniach o sprawiedliwości społecznej problem konfliktu między prawami jednostki a dobrem wspólnym był jednocześnie problemem konfliktu komunizmu i ustroju kapitalistycznego,<sup>16</sup> konfliktu Wschodu i Zachodu. Obecnie idee liberalne przenikają do teorii komunitariańskich, i na odwrót: „(...) chociaż liberałów uważa się zwykle za zwolenników tradycji modernistycznej, natomiast komunitarystów wiąże się na ogół z postmodernizmem, to podobnie jak w innych kwestiach spotykamy zarówno modernistów o orientacji komunitarystycznej, zwłaszcza tych, którzy solidaryzują się z tradycją socjalistyczną, jak i postmodernistów, którzy bronią podstaw ustroju liberalno-demokratycznego. (...) Tym, co różni współczesnego komunitarystę od typowego komunisty, jest przede wszystkim fakt, że ten pierwszy akceptuje podstawowe kanony ustroju kapitalistycznego z własnością prywatną, instytucjami demokracji parlamentarnej i podstawowymi prawami człowieka, chociaż zwykle jest on przeciwnikiem skrajnego *laissez-fairyzmu* i podkreśla szczególną wagę zobowiązań społecznych jednostki w stosunku do wspólnoty, w której ona żyje. (...) Ostrość konfliktu między liberałami i komunitarystami łagodzi fakt, że ani dla liberała, ani dla komunitarysty żadna z tych zasad nie ma wartości absolutnej. Zarówno liberał, jak i komunitarysta są w pełni świadomi faktu, że w określonych okolicznościach niewspółmierność między dobrem jednostki a dobrem ogólnym może być tak duża, iż uzasadnia ona odwrócenie preferowanego przez nich porządku wartości. W każdej przeto sytuacji konieczne jest ważenie argumentów, które przemawiają czy to za dobrem jednostkowym, czy to za dobrem ogólnym i dopiero

<sup>16</sup> L. MORAWSKI, *Główne problemy ...*, s. 126.

po stwierdzeniu, że nie zachodzi między nimi zbyt wielka dysproporcja, można będzie opowiedzieć się za zasadami, które wyrażają preferowany porządek wartości. Mając to na uwadze, R. Alexy twierdzi, że liberalizm akceptuje *prima facie*, a nie absolutne pierwszeństwo wolności nad dobrem wspólnym – *in dubio pro libertate*, i odpowiednio powiedzieć by można, że komunitaryzm opiera się na *prima facie* pierwszeństwie dobra wspólnego nad prawami jednostki – *in dubio pro rem publicam*<sup>17</sup>.

Współczesna analiza pojęcia sprawiedliwości częstokroć opiera się na starożytnym jeszcze, bo wprowadzonym przez Arystotelesa, dychotomicznym podziale na sprawiedliwość dystrybutywną, dążącą do równości materialnej wszystkich ludzi, i sprawiedliwość komutatywną, realizującą się w procesie wymiany dóbr, pozostawionym siłom rynku. Sprawiedliwość komutatywna (wyrównawcza) polega na „odpłacaniu odpowiednim dobrem za dobro czy ewentualnie złem za zło, bez względu na to, kto nam takie dobro czy zło uczynił”, a sprawiedliwość dystrybutywna (rozdzielcza) „nakazuje rozdzielać dobro, czy ewentualnie nieuniknione zło, w jednakowy sposób traktując ludzi, którzy wykazują określoną cechę uznawaną w danym przypadku za istotną. Inaczej mówiąc, sprawiedliwość sprowadza się do traktowania ludzi według określonej formuły, a nie w sposób arbitralny, tzn. w zależności od tego, z kim indywidualnie mamy do czynienia”<sup>18</sup>. Wyróżnia się ponadto sprawiedliwość statyczną, czyli równość wobec prawa, równość szans i równość materialna oraz dynamiczną – oznaczającą działanie zgodne nie tylko z obowiązującym

<sup>17</sup> Tamże, s. 127-129.

<sup>18</sup> Z wyróżnionych przez Z. Ziemińskiego dwóch nurtów myśli moralnej współcześnie dominuje nie „nurt perfekcjonistyczny, według którego przedmiotem oceny moralnej jakiegoś postępowania jest to, w jakim stopniu odpowiada ono pewnym wzorcom doskonałości człowieka, historycznie skądinąd zmiennym”, lecz „nurt zasad dobrego współżycia społecznego, nurt solidarnościowy, gdzie przedmiotem oceny moralnej postępowania jest to, w jakim stopniu przyczynia się ono do sprawiedliwego dobra innych ludzi lub przynajmniej jest intencją taką kierowaną”. Zob. Z. ZIEMBIŃSKI, *Prawo a inne normy* [w:] *Zarys teorii państwa i prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 127-128 oraz 139-142.

prawem, lecz także właściwe postępowanie i zachowanie, które nie narusza uznawanych w społeczeństwie norm moralnych, czego synonimem jest prawość i bezstronność.<sup>19</sup>

O. Höffe dokonał podziału sprawiedliwości na subiektywną, osobową i obiektywną, instytucjonalną, który przebiega wzdłuż podziału A. Tschentschera na sprawiedliwość w znaczeniu deontycznym (normatywnym) i aksjologicznym. „Sprawiedliwość w znaczeniu deontycznym jest słusnością i powinnością określonego postępowania w stosunku do innych podmiotów punktu widzenia równości. Sprawiedliwość w znaczeniu aksjologicznym jest słusnością i cnotą określonego postępowania w stosunku do innych podmiotów z punktu widzenia równości.”<sup>20</sup> Podział ten oznacza, że o sprawiedliwości na gruncie nauk prawnopolitycznych powinno się mówić w ujęciu normatywnym, deontycznym, a nie aksjologicznym. „Szukając argumentów na rzecz sprawiedliwości lub niesprawiedliwości konkretnego zdarzenia, powinniśmy brać pod uwagę następujące czynniki: element działania, element słusności, element powinnościowy, element społeczny i element równości.”<sup>21</sup> Współcześnie krytykowany jest najbardziej tradycyjny podział na sprawiedliwość proceduralną<sup>22</sup> i materialną.<sup>23</sup> Jedynym, ale niezbyt przekonującym uzasadnieniem utrzymywania takiego podziału jest podział prawa na materialne i procesowe. Jednym z argumentów przeciwko utrzymywaniu takiego podziału jest fakt, że nie jest on uniwersalny, niektóre bowiem

<sup>19</sup> Por. K. KOSTRO, *Koncepcja sprawiedliwości F.A. von Hayeka* [w:] *Efektywność a sprawiedliwość*, pod red. J. Wilkina, Wydawnictwo Key Text, Warszawa 1997, s. 74-75.

<sup>20</sup> A. TSCHENTSCHER, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und Procedurales Recht*, Baden-Baden 2000, s. 46.

<sup>21</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 38.

<sup>22</sup> „Sprawiedliwość formalna troszczy się o zachowanie wartości, nawet w samych formach stosowania prawa”. R. TOKARCZYK, *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 8, Zakamycze 2005, s. 110.

<sup>23</sup> „Sprawiedliwość materialna, głęboko osadzona w wielowiekowej tradycji prawa natury, jest samowystarczalna w tym sensie, że wyraźnie określa główne wartości prawa, ukazuje ich hierarchię, wskazuje na moralne środki ich realizacji.” Tamże.



normy prawne mogą – zależnie od systemu prawnego – być normami proceduralnymi bądź materialnymi. Nie można poza tym stosować wyłącznie norm materialnych bez proceduralnych, i odwrotnie. Natomiast nakazy wynikające ze sprawiedliwości mogą być ze swej natury materialne lub formalne.<sup>24</sup> Klasycznym przykładem tej drugiej jest słynna *paremia Ulpiana: Iustitia est perpetua voluntas suum quique tribuere*. Ta blankietowa klauzula – o czym mówi W. Sadurski – musi być jednak uzasadniona z punktu widzenia przyjętych uprzednio sądów moralnych.<sup>25</sup>

Z kolei teorie sprawiedliwości można podzielić na analityczne, empiryczne i normatywne, a te ostatnie jeszcze na teorie materialne sprawiedliwości (gdzie wyróżnia się dwa rodzaje: niepozytywistyczny, związany z filozofią św. Tomasza z Akwinu, Jana Jakuba Rousseau i Marksa, oraz racjonalistyczny, który za źródło sprawiedliwości przyjmuje rozum, prezentowany przez Hobbesa i Kanta) oraz teorie proceduralne sprawiedliwości. Teorie materialne „uzasadniają pogląd, że sprawiedliwość jest istniejącą obiektywnie właściwością stosunków społecznych”, a teorie proceduralne „określają warunki kooperacji w ramach wspólnoty państwowej i warunki zasad postępowania, których przestrzeganie urzeczywistnia sprawiedliwość stosunków społecznych oraz instytucji politycznych w państwie”.<sup>26</sup> Teorie proceduralne, zwłaszcza te liberalne, najczęściej odwołują się do koncepcji umowy społecznej, choć wielki filozof z Królewca uważał, że sprawiedliwe zasady postępowania nie są tworzone na zasadzie kontraktu społecznego, lecz są faktem, który łączy się z procesem moralnego samouświadamiania jednostek.<sup>27</sup>

Można też sklasyfikować teorie sprawiedliwości według kierunków historycznych filozofii politycznej, co uczynił cytowany wyżej R. Alexy. Wyróżnił on cztery rodzaje współczesnych teorii sprawiedliwości:

<sup>24</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 43.

<sup>25</sup> W. SADURSKI, *Myślenie konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 65.

<sup>26</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 69-70.

<sup>27</sup> Tamże, s. 71.

arystotelesowski (komunitariański, sprzeciwiający się egoizmowi jednostek i obojętności państwa na nierówności społeczne, charakterystyczny np. dla M. Walzera), hobbesowski<sup>28</sup> (oparty na utylitaryzmie, biorący pod uwagę interesy jednostki, ale także to, w jaki sposób uzyskane przez nią dobra maksymalizują korzyści ekonomiczne całego społeczeństwa; jego przedstawicielami są John Nash i J. Harsanyi) i neohobbesowski<sup>29</sup> (wywodzący się z myśli Locke'a, którego przedstawicielem jest libertarianin Nozick), kantowski (oparty na idei sprawiedliwości jako bezstronności – *justice as impartiality*, zgodnie z którym czyn jednostki jest słuszny, jeżeli za sprawiedliwy uznają go inne podmioty; reprezentuje go John Rawls) i nietzscheański (sceptyczny wobec sprawiedliwości, reprezentowany m.in. przez Kelsena i Hayeka).

Wielość teorii sprawiedliwości (ale nie przyczyny sporu o znaczenie sprawiedliwości społecznej) wyjaśnił noblista Amartya Sen. Każda z nich opiera się na innych informacyjnych podstawach sądów, tworzonych poprzez selekcjonowanie znaczących cech indywidualnych, a następnie wybór metody łączenia tych cech. „W utylitaryzmie znaczącą cechą indywidualną jest poziom korzyści pojedynczych osób, a metodą łączenia tych cech jest dodawanie dające sumę owych użyteczności. W modelu

<sup>28</sup> Ponieważ jednak, jak już wspomniano, w walce tej jednostki ponoszą szkody przez nieograniczone żadnymi nakazami i zakazami egoistyczne działania innych jednostek, ludzie postanowili opuścić stan natury i zgodzili się zawrzeć „umowę społeczną”. Na mocy tej umowy jednostki nie mają już pierwotnej wolności w walce o swoje dobro – ograniczyli ją sami w imię innej korzyści, jaką jest ochrona przed negatywnymi skutkami walki wszystkich przeciw wszystkim. Zamienili nieskrępowaną swobodę w stanie pierwotnym na strukturę państwową, która ma ich chronić; uczynili to z rozsądku i z obawy. Powstało nie tylko państwo, ale też instrument ochrony jednostek przed innymi: prawo, a wraz z nim obiektywna miara dobra i zła. Aby państwo dobrze funkcjonowało, na jego czele musi stać siła, w realiach Hobbesa – w osobie monarchy, któremu lud w umowie społecznej przyrzekł posłuszeństwo. Wcześniej, np. u Ockhama, siłą najwyższą był Bóg. Hobbes był rojalistą i podjął się filozoficznego uzasadnienia monarchii, przyczyniając się nieświadomie do powstania kilka wieków później licznych teorii sprawiedliwości społecznej, z teorią Rawlsa na czele. Por. w. TATARKIEWICZ, *Historia ...*, t. 2, s. 67 i n.

<sup>29</sup> Dodany przez ucznia Alexy'ego – A. Tschentschera.

sprawiedliwości Nozicka do znaczących cech indywidualnych należą takie wartości, jak wolność jednostki i poszanowanie własności prywatnej. Zasadą łączenia tych cech jest równość. W liberalnej teorii Rawlsa cechami indywidualnymi są podstawowe wolności i dobra pierwotne, a sposobem ich łączenia jest reguła leksykalnego zróżnicowania i *maksimin*.<sup>30</sup> Z kolei w koncepcji sprawiedliwości egalitarnej R. Dworkina cechami indywidualnymi są zasoby – rozumiane jako posiadanie przez każdą osobę równych szans dostępu do nabywania dóbr ekonomicznych oraz praw obywatelskich, a metodą ich łączenia jest równość”.<sup>31</sup>

John Rawls ustawił swoją teorię sprawiedliwości w opozycji do utilitaryzmu,<sup>32</sup> tworząc na tyle czytelny wzorzec, że następne teorie sprawiedliwości są właściwie odpowiedzią na tę wysuniętą przez Rawlsa.<sup>33</sup> W swej książce z 1971 r. *A Theory of Justice* odwołał się do oświeceniowej koncepcji umowy społecznej, którą uzupełnił jednak o znaczący element – „zasłonę niewiedzy” (*veil of ignorance*), odpowiadającą hobbesowskiemu „stanowi natury”, a umożliwiającą dokonanie testu sprawiedliwości. Przedmiotem tej umowy jest, według Rawlsa, koncepcja sprawiedliwości społecznej, która stosuje się do podstawowej struktury społeczeństwa, czyli do systemu politycznego oraz stosunków ekonomiczno-społecznych

<sup>30</sup> H. BRIGHOUSE, *Sprawiedliwość...*, s. 47-92.

<sup>31</sup> A. SEN, *Nierówności. Dalsze rozważania*, Kraków 2000, s. 92-93.

<sup>32</sup> Jak pokazuje Kymlicka: „Rawls i Nozick różnią się jednak co do tego, które prawa indywidualne są podstawowe, jeśli mamy traktować ludzi jako cele same w sobie. W uproszczeniu możemy powiedzieć, że dla Rawlsa jednym z takich podstawowych praw jest prawo do określonego udziału w zasobach społecznych. Z kolei dla Nozicka są to prawa do samego siebie – prawa składające się na „samoposiadanie. (...) [Zdaniem Nozicka] postulat Rawlsa, aby dobra wytwarzane przez uzdolnionych posłużyły poprawie położenia upośledzonych, nie da się pogodzić z zasadą samoposiadania. (...) Nie można twierdzić, że jestem właścicielem moich talentów, jeśli inni mogą wysuwać zasadne roszczenia do ich owoców.” W. KYMLICKA, *Współczesna Filozofia Polityczna*. Wprowadzenie, Demokracja, Filozofia i Praktyka, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 1998, s. 121-122.

<sup>33</sup> Zob. np. L. L. WEINREB, *Justice [w:] Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; London, England 1987, s. 184 i n.

tym społeczeństwem rządzących. Częścią swej teorii umowy społecznej uczynił on makroekonomiczne kryterium zwane *maksiminem*. Jedną z jego cech jest założenie, że niesprawiedliwość istnieje, ponieważ umowa społeczna „zawierana jest” za późno, kiedy jednostki znają już swoją pozycję w społeczeństwie, swoją „pozycję przetargową”, swoje umiejętności i preferencje, które to uwarunkowania i wiedza zakłócają system społeczny. Rawls nie pozbawia jednostek wiedzy o własnym społeczeństwie jako całości, o poziomie jego gospodarki, polityce, kulturze i zaawansowaniu cywilizacyjnym, która jest konieczna do dokonania wyboru konkretnych, sprawiedliwych zasad. Gdyby jednak ludzie przed wyrażeniem zgody na konkretny model państwa i prawa nie mieli wiedzy na temat swojej pozycji społecznej, klasowej czy statusu społecznego, ich udziału w dystrybucji naturalnych predyspozycji i umiejętności, ich głębszych celów i zainteresowań, ich szczególnej struktury psychologicznej, mogliby się wykazać prawdziwą bezstronnością i wyrazić zgodę na najbardziej sprawiedliwy układ społeczny.<sup>34</sup> Wszyscy są w tym sensie w tej samej sytuacji i chociaż nikt nie wie, jakie zasady powinien zaakceptować, by były jak najkorzystniejsze z uwagi na jego pozycję, każdy – według Rawlsa – będzie rozumował w ten sam sposób i decyzja będzie jednomyślna. Oczywiście, konieczne jest przyjęcie za Rawlsem, że jednostki podejmujące decyzję są racjonalne, mają swoją koncepcję dóbr (wołą otrzymać więcej podstawowych dóbr społecznych niż mniej) i mają jakiś racjonalny plan życiowy.<sup>35</sup>

Rawls przyznaje, że analizując rozumowanie jednostek, musimy dokonać pewnych uproszczeń, zwłaszcza jeżeli chodzi o listę dostępnych koncepcji, między którymi mają one dokonać wyboru. Zakłada on, że jednostki „dostają krótką listę” możliwości i sam dokonuje analizy dwóch.

<sup>34</sup> J. RAWLS, *Some Reasons for the Maximin Criterion. Concepts of Distributional Equity*, American Economic Association, May 1974, s. 141.

<sup>35</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1971, s. 142.

Pierwszy wybór to wybór między koncepcją definiowaną przez zasadę głoszącą, że średnia użyteczność powinna być maksymalizowana, a koncepcją definiowaną przez dwie zasady wyrażające demokratyczną ideę sprawiedliwości, z których pierwsza ma wymiar polityczny, a druga ekonomiczny. Zasady te są następujące:<sup>36</sup> po pierwsze, każda osoba powinna mieć równe prawo do jak najszerszego całościowego systemu równych podstawowych wolności, dającego się pogodzić z podobnym systemem dla wszystkich; po drugie, nierówności społeczne i ekonomiczne muszą spełniać dwa warunki: a) muszą nieść największą korzyść dla najmniej uprzywilejowanych członków społeczeństwa (kryterium słuszności *maximin*) i b) muszą być powiązane z dostępnością urzędów i stanowisk dla wszystkich w warunkach uczciwej równości szans.

Twórca powyższych zasad uważa, że pierwsza z nich ma priorytet nad drugą i że bez spełnienia nakazów pierwszej zasady nie można realizować zasady drugiej, a więc wolność może być ograniczana jedynie w imię wolności (priorytet wolności).<sup>37</sup> Druga reguła priorytetu (priorytet sprawiedliwości wobec efektywności i dobrobytu) głosi, że „druga zasada sprawiedliwości ma w porządku linearnym pierwszeństwo wobec zasady efektywności i wobec zasady maksymalizowania sumy korzyści; zaś zasada równych szans ma pierwszeństwo wobec zasady dyferencji.” Dla uproszczenia przyjmuje ponadto, że na użyteczność w ocenie jednostki wpływają głównie swobody i możliwości, dochód i bogactwo i ich dystrybucja. Jednostki uważają, że mają pewne fundamentalne interesy, żądania, które muszą chronić, o ile to możliwe. W imię tych interesów mają prawo do równego szacunku i uwzględnienia swojej osoby w projektowaniu społeczeństwa. Interesy te nie są im znane, za to mają świadomość istnienia gwarancji wynikających z pierwszej zasady, czyli swobód, w tym swobody wypowiedzi, sumienia i wyznania, ale także

<sup>36</sup> Tamże, s. 142.

<sup>37</sup> J. RAWLS, *A Theory...*, s. 40-45 i 62-65. Zob. także w. KYMLICKA, *Współczesna...*, s. 66.

kontraktowania. Rawls uważa, że przy takich założeniach w sytuacji wyżej opisanego wyboru – wybrane zostaną proponowane przez niego dwie zasady sprawiedliwości, a nie model utylitarystyczny. Ten drugi nie gwarantuje bowiem porządku społecznego z zachowaniem swobód, nawet jeżeli niekiedy mu się to udaje. Tymczasem zasady Rawlsa – jak sądzi ich autor – gwarantują zawsze ten sam efekt, którego główną zaletą jest ochrona swobód jednostki, w tym zwłaszcza swobody ustalenia, jakie są jej preferencje i ich ułożenie, a także zmiany tych preferencji czy ich hierarchii.

Rawls daje jeszcze jeden, trudniejszy przykład wyboru między modelami sprawiedliwości. W tym przypadku należy dokonać wyboru między dwiema powyższymi zasadami sprawiedliwości a takim wariantem tych zasad, w którym druga z nich brzmi: „nierówności ekonomiczne i społeczne powinny być tak ułożone, żeby maksymalizować średnią użyteczność dającą się pogodzić z uczciwą równością szans.”<sup>38</sup> Wariant drugi w takim brzmieniu utrudnia wybór, ponieważ nie można go wprost odrzucić pod zarzutem niezgodności z zasadą równości. Pierwsza zasada należy bowiem do obu koncepcji, a ponadto obecność postulatu użyteczności jest złączona towarzyszącym mu warunkiem „uczciwej równości szans”. Utylityści uważają, że użyteczność występuje niezależnie od wyborów zawierających czynnik ryzyka, zatem wg Rawlsa jednostki, które pod „zasłoną niewiedzy” dokonują wyboru, nie będą skłonne ryzykować. Jeżeli z drugiej strony użyteczność byłaby oceniana z „pozycji pierwotnej” (pozycji niewiedzy), Rawls utożsamia ją z własną koncepcją *maksimumu* (zasady 2a). Standard użyteczności zbliża się do *maksimumu*, w miarę jak niechęć do ryzyka rośnie w nieskończoność. Rawls wskazuje jeszcze inne czynniki przesądzające o atrakcyjności kryterium *maksimumu*. Po pierwsze, do jego zastosowania potrzeba mniej informacji: należy

<sup>38</sup> J. RAWLS, *Some Reasons...*, s. 143.

jedynie zidentyfikować najmniej uprzywilejowaną grupę, co pozwoli na stosunkowo łatwe określenie polityki poprawiającej jej sytuację. Dla odmiany, dowiedzenie się, co maksymalizuje średnią użyteczność, jest trudniejsze: trzeba by porównać użyteczność różnych grup społecznych, do czego potrzebny byłby jakiś znaczący standard, jak również konieczna jest metoda określenia ogólnego bilansu korzyści i strat. Będzie to kwestia ocenna, co wykorzystać mogą uprzywilejowane grupy społeczne i tylko powiększyć swoją przewagę, a to zrujnowałoby ideę sprawiedliwości. Po drugie, kryteria podziału dóbr w celu maksymalizowania użyteczności są nieostre, a najostrzejsze z nich – „każdemu po równo” – jest nieefektywne, w przeciwieństwie do *maksimumu*. Po trzecie, *maksimum* jest korzystny dla osób, które po „zdejściu zasłony niewiedzy” znajdują się w grupie nieuprzywilejowanej – nierówności będą bowiem działać na ich korzyść, czego nie oferuje kryterium maksymalnej użyteczności. *Maksimum* będzie również zdaniem Rawlsa zaakceptowany *ex post* przez osoby uprzywilejowane, bo będą się on znajdowały w sytuacji lepszej niż przeciętna, a cecha porównywania się do innych uczyni ich niejako wyrozumiałymi dla gorzej sytuowanych. Jednakże decydującym elementem przemawiającym na korzyść *maksimumu* są aspiracje wolności i równości, cechujące każdą jednostkę. Według Rawlsa nikt nie zasługuje na talenty, z jakimi się urodził, ani na status społeczny, z jakim się urodził (czyli status rodziców). Zadaje jednocześnie pytanie: w imię jakiej zasady jednostka pozwoli losowi decydować o jej relacjach społecznych? Z powyższych przyczyn odrzuca kryterium zasług i proponuje *maksimum*, jako ten czyniący z naturalnej dystrybucji talentów wartość przypadającą całemu społeczeństwu i zarazem tworzący więzi społeczne.

Rawls opisuje *maksimum* jako następujący nakaz: „od każdego według jego możliwości dla każdego według jego potrzeb”; nie pomija jednak potencjalnych jego wad: motywacji jednostki do zatajenia swych talentów

oraz drastycznego naruszenia wolności, jakim skutkowałby państwowy przymus pracy bardziej utalentowanych na rzecz mniej uprzywilejowanych. Jednak – uważa Rawls – nie urażając niczyjego poczucia godności, społeczeństwo może wymagać, by ci bardziej zdolni mogli poprawiać swoją sytuację tylko pod warunkiem, że jednocześnie pomogą innym,<sup>39</sup> co w rezultacie wypełnia postulat efektywności w sensie Pareto. Ponieważ punktem wyjścia był kontrakt społeczny, Rawls postępuje się charakterystyczną dla prawa umów instytucją naprawienia szkody (*redress*): niezawiniona gorsza pozycja społeczna z urodzenia jest szkodą, którą społeczeństwo powinno naprawić.<sup>40</sup>

Przedstawione wyżej założenia teorii Rawlsa były wielokrotnie krytykowane, z różnych przyczyn. Najczęściej powracające wątpliwości to te dotyczące samej idei umowy społecznej, czyli hipotetycznej woli, w rzeczywistości przez żadną ze stron nie wyartykułowanej, a więc słowo „umowa” używane jest tu w quasi-legalnym sensie. Ponieważ jest to umowa zawierana w stanie pierwotnym, nie istnieją jeszcze żadne konwencje, nie istnieje „prawo umów”, które zapewniałoby takiemu kontraktowi możliwość jego egzekwowania i określało sposób jego wykonania, a także potencjalne skutki niewykonania. Tym samym koncepcja kompensowania grupom upośledzonym społecznie ich szkody na mocy umowy społecznej, z intuicyjnymi tylko „zasadami prawa umów”, budzi wątpliwości niektórych autorów.<sup>41</sup> Wydaje się jednak, że są to argumenty nieadekwatne do tego, czym jest w istocie

<sup>39</sup> Tamże, s. 145.

<sup>40</sup> J. RAWLS, *A Theory...*, s. 100.

<sup>41</sup> Zob. np. K. BINMORE, *Social Contract I: Harsanyi and Rawls*, *The Economic Journal* 1999, Conference 1989, s. 94-95. Binmore podpira się autorytetem Hume'a, cytując: „... *a promise would not be intelligible, before human conventions had establish'd it ... even if it were intelligible, it would not be attended with any obligation*”, oraz: „*we are not surely bound to keep our word because we have given our word to keep it.*” D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739), ed. L. A. Selby, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford 1978, s. 516 i 306.



umowa społeczna – intelektualnym przedstawieniem ewolucji rodzaju ludzkiego, który uznał państwowość za właściwą formę utrzymywania porządku we wspólnocie, a nie zwykłą transakcję handlową. Poza tym nie sposób pominąć prostego faktu, że umowa społeczna nie jest „zawierana” przez konkretne społeczeństwo w konkretnym czasie, tylko kolejne pokolenia niejako do niej „przystępują” na zasadzie kontynuacji. Dużym uproszczeniem dla chcących zrozumieć ideę stanu pierwotnego i umowy społecznej, o jakich mówi Rawls, jest stworzone przez niego podsumowanie związanych z tym założeń, które opracował w formie „testu jednokrotnego wyboru”, gdzie wskazuje on tę właściwą w jego teorii odpowiedź.<sup>42</sup>

Inny społeczny liberał, William A. Galston swoją teorię sprawiedliwości, głoszoną w książce pt. *Justice and the Human Good*, oparł nie na utylitaryzmie, lecz na konsekwencjalizmie, który jest teorią teleologiczną, skoncentrowaną na celu. Nurt ten każe bowiem dokonywać oceny moralnej postępowania pod kątem jego skutków, gdzie dobro rozumiane jest jako korzyść, a wyrządzenie szkody jest złem. Teoria sprawiedliwości dystrybutywnej Galstona opiera się na trzech założeniach. Po pierwsze, Galston „obiektywną koncepcję dobra” prezentuje w kategoriach potrzeb; po drugie, do tej kategorii włącza różne rodzaje dóbr społecznych, które określa

---

<sup>42</sup> Jeżeli chodzi o naturę stron, są to wg Rawlsa jednostki kontynuujące (głowy rodziny, linie pokoleniowe); przedmiotem sprawiedliwości jest podstawowa struktura społeczeństwa; przystępującym zaprezentowano krótszą lub dłuższą listę alternatyw; momentem wejścia jest każda chwila (w wieku, w którym jest się rozsądnym) dla osób żyjących. Okoliczności sprawiedliwości to warunki umiarkowanie ograniczonych zasobów wg Hume’a; formalne warunki i zasady to: ogólność, uniwersalność, powszechność, uporządkowanie i skończoność; przystępujący pozostają za zasłoną niewiedzy, a ich motywacja to wzajemna bezinteresowność (ograniczony altruizm); strony są racjonalne – podejmują efektywne środki prowadzące do celu ze zunifikowanymi oczekiwaniami i obiektywnie interpretują prawdopodobieństwo. Warunki zawarcia umowy to ciągła jednomyślność, strony mają bezwzględny obowiązek stosowania się do umowy. Punktem niezawarcia umowy jest ogólny egoizm. J. RAWLS, *A Theory...*, s. 146-147.

mianem zespołu dóbr niezbędnego do prowadzenia dobrego życia (bez szeregowania tych dóbr według największej przydatności do osiągnięcia najkorzystniejszych skutków dla jednostki); po trzecie, postuluje, aby zasady dystrybucyjne nakazywały rozdział dóbr ekonomicznych według zasług, ale z poszanowaniem zasady równych szans wszystkich obywateli w życiu społecznym.<sup>43</sup> Galston stworzył „obiektywną koncepcję dobra”, do której pierwotnie włączył cztery priorytetowe dobra: życie, normalny rozwój elementarnych predyspozycji, szczęście i rozumność. W następnym dziele, *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*,<sup>44</sup> poszerzył tę listę o kolejne przykładowe dobra, stanowiące wg niego „rodzaj minimalnego perfekcjonizmu, który definiuje zakres normalnej, godnej egzystencji człowieka, ale nie ma na celu zdefiniowania pełnego «satisfakcjonującego» życia. Dobra te to: życie, normalny rozwój ludzkich predyspozycji, realizacja interesów i celów, wolność, racjonalność, społeczeństwo oraz subiektywne zadowolenie”.

Charakterystyczną dla komunitarianizmu teorię stworzył Michael Walzer. W swej pracy *Spheres of Justice*,<sup>45</sup> stwierdza, że sprawiedliwość stanowi moralną podbudowę społeczeństw i powinna być podstawową zasadą systemów demokratycznych. Zrelatywizował ją jednak wobec wzorców i praktyk moralnych w danym społeczeństwie oraz wartości, jaką reprezentują konkretne dobra dla jednostek w konkretnej społeczności. Podstawowymi wartościami sprawiedliwości społecznej są więc: pluralizm etyczny (różne wzorce postępowania w różnych społecznościach, w zależności m.in. od stopnia rozwoju cywilizacyjnego) oraz różnorodność kategorii dóbr będących przedmiotem dystrybucji

<sup>43</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 88.

<sup>44</sup> W. A. GALSTON, *Cele liberalizmu*, tłum. A. Pawelec, Kraków 1999, s. 198. Zob. także W. A. GALSTON, *Liberal Justice [w:] Morality and Social Justice. Point/Counterpoint*, Rowman & Littlefield Publishers Inc. 1995, s. 157-187.

<sup>45</sup> M. WALZER, *Spheres of Justice*, Basic Books, New York 1983.

społecznej, co implikuje wyróżnienie tzw. sfer sprawiedliwości. Walzer, inaczej niż Rawls, uznał, że nie ma jednolitych wzorców sprawiedliwej dystrybucji dóbr „dla wszystkich światów,”<sup>46</sup> można jednak wyróżnić dziesięć niezależnych sfer, które związane są z obywatelstwem (sferą jedenastą), jako najważniejszym łącznikiem między jednostką a państwem. Są to: sfera bezpieczeństwa i dobrobytu, sfera pieniędzy i towarów, sfera dostępu do urzędów publicznych, sfera pracy, sfera wolnego czasu, sfera edukacji, sfera miłości i pokrewieństwa (której nie można uregulować prawnie), sfera miłosierdzia (również zależna od subiektywnych przekonań moralnych), sfera szacunku dla konkretnej osoby (poczucie własnej wartości oraz godność), sfera władzy politycznej. Według Walzera „sprawiedliwość społeczną trzeba rozważać nie w ogólnych kategoriach użyteczności bądź szacunku dla prawa własności prywatnej i swobód osobistych, lecz w kontekście równości w każdej z wymienionych sfer z osobna.”<sup>47</sup> Warto również wspomnieć o koncepcji B. Barry’ego, który widzi sprawiedliwość jako bezstronność (*justice as impartiality*), nawiązując do teorii gier (*assurance game*). W myśl teorii Barry’ego jednostki zmotywowane do uczciwego zachowania będą postępowały zgodnie z zasadami sprawiedliwości jako bezstronności, jeżeli dostrzegą, że wystarczająco dużo innych osób również jest posłusznych tym zasadom.<sup>48</sup> Jednostki w pewnym sensie upewniają się, że takie postępowanie jest korzystne, zanim zdecydują się na zinternalizowanie sprawiedliwości jako bezstronności.

<sup>46</sup> „There is no single set of primary or basic goods conceivable across all moral and material worlds – or, any such set would have to be conceived in terms so abstract that they would be of little use in thinking about particular distributions”. M. WALZER, *Spheres...*, s. 8.

<sup>47</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 127-136.

<sup>48</sup> K. A. HEGTVEDT, K. S. COOK, *Distributive Justice. Recent Theoretical Developments and Applications* [w:] *Handbook of Justice Research in Law*, eds J. Anders, V. Lee Hamilton, Kluwer Academic/Plenum Publisher, New York/Boston/Dordrecht/London/Moscow 2001, s. 93.

Nie byłoby mowy o sprawiedliwości, ani społecznej, ani jednostkowej, gdyby nie uznano istnienia przyrodzonej godności ludzkiej. Jak wskazuje J. Zajadło, definicja człowieka nowoczesnego, której sformułowania podjęli się socjologowie amerykańscy Alex Inkeles i David N. Smith, opiera się na kategorii „świadomości godności innych i szacunku dla cudzej godności”.<sup>49</sup> Trafność tej definicji można ocenić, odwołując się do wielu aktów prawa międzynarodowego, zarówno *hard law* jak i *soft law*, zapewniających ochronę praw człowieka.<sup>50</sup> Aczkolwiek, wbrew wielu postulatam, nie istnieje jednolita konwencja regulująca szczegółowo problematykę ochrony godności człowieka – który to nieostry termin zawsze był przedmiotem kontrowersji w prawie konstytucyjnym, jak i w teorii prawa – jednak to właśnie „przyrodzona godność jednostki ludzkiej” pozostaje kategorią podstawową, z której wyprowadza się idee wolności, równości i sprawiedliwości.<sup>51</sup> W tym znaczeniu mówimy o godności ludzkiej (osobowej), czyli godności w ujęciu obiektywistycznym, jako o przyrodzonej cesze człowieka, wywodzonej przez starożytnych od wolności i woli człowieka doktryny chrześcijańskie od boskiego pochodzenia człowieka, przez naturalistów z supremacji praw natury, przez Kanta z moralnej autonomii jednostki. Gustaw Radbruch, co podkreśla J. Zajadło w „Formule Radbrucha”, uznając przestrzeganie podstawowych praw człowieka za podstawę demokratycznego państwa prawa, stwierdził: „Demokracja może czynić wszystko – z wyjątkiem rezygnacji z samej siebie. Relatywizm może tolerować każdy pogląd z wyjątkiem poglądu, który twierdzi, że jest absolutny. (...) Relatywizm jest powszechną tolerancją – z wyjątkiem tolerancji dla nietolerancji”.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Więcej na ten temat J. ZAJADŁO: *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka* [w:] *RPEiS*, Rok LI, z.2, 1989, s.103

<sup>50</sup> Tamże, s.103

<sup>51</sup> Tamże, s.116-117

<sup>52</sup> Por. J. ZAJADŁO, *Formuła Radbrucha*, Wydawnictwo ARCHE, Gdańsk 2001, s 41.

Rządy prawa w pojęciu wąskim, oparte na bezwzględnym posłuszeństwie prawu pozytywnemu, są cechą państw „ustawowego bezprawia”, czyli państw niesprawiedliwych.<sup>53</sup> Nie można oddzielić całkowicie prawa od moralności bez ryzykowania dyktatury, unicestwiającej wolność jednostki – a zatem wolności całego społeczeństwa.

Znamienne są poglądy filozoficzno–prawne, ewoluujące na przestrzeni wieków, nadające godności znaczenie obiektywistyczne, które z pojęciem godności jednostki wiązały jej wolną wolę. Suma zaś woli jednostek – obywateli jest wyłącznym źródłem prawa w demokratycznym państwie. Mówił o tym już w IV wieku p.n.e. mówca ateński Hipereides, z godnością człowieka wiąźali suwerenność narodu naturaliści; także polska doktryna Stanisława ze Skarbimierza już w XV wieku podkreślała, iż „człowiek jest najgodniejszym ze stworzeń na świecie”, a jego wartość nie sprowadza się wyłącznie do szacunku, jakim cieszy się w społeczeństwie. Tebański poeta z V wieku, Pindar, chwalać cnoty zwycięzców igrzysk, ukuł maksymę: „Stań się, kim jesteś, poznawszy to wprzód”.<sup>54</sup> Z kolei Demokryt, nazywając człowieka „mikrokosmosem”, opiera swą koncepcję szczęścia na pojęciu eutymii, oznaczającej „dobre”, właściwie funkcjonujące serce oraz harmonijny ruch tworzących duszę atomów, dzięki czemu rozum panuje nad sercem. Można tę teorię uznać za precedens późniejszej godnościowej kategorii niezeterminowania człowieka, choć nie operuje ona jeszcze pojęciem wolności. Seneka uważał, iż rzeczą wielką jest mieć słabość człowieka, lecz pewność siebie Boga, którą uzyskują mędracy stoicy, niejako przekraczając własną naturę.

Na podstawie tych wybranych przykładów można uznać, iż

<sup>53</sup> G. RADBRUCH, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [w:] M. SZYSZKOWSKA, *Dociekania nad prawem natury – czyli o potrzebach człowieka*, Warszawa 1972, s. 147-158.

<sup>54</sup> Zob. J. DOMAŃSKI, *Godność człowieka a zagadnienie jego wolności* [w:] *Zagadnienie godności człowieka*, pod red. J. Czerkawskiego, Lublin 1994, s.8.

filozofowie starożytni stworzyli załączki koncepcji „godności”, przyjmując dychotomiczny status człowieka. Zajmuje on centralne miejsce w hierarchicznym układzie całości bytu, a zarazem znajduje się na granicy sfery duchowej i materialnej. Jednocześnie pozycja ta może się zmienić, co zależy od samego człowieka i jest możliwe dzięki jego niezdeterninowaniu i atrybutowi wolnej woli. Ten ostatni czynnik jest podstawą ludzkiej autokreatywności, jest czymś niezwykłym i odróżnia człowieka od innych bytów; stanowi zatem o jego przyrodzonej godności. Ujął to najpełniej dopiero Giovanni Pico de Mirandola w swej mowie *De dignitate hominis* z roku 1486.<sup>55</sup> Renesans żywo zajmował się *dignitate hominis*. W 1554 r. Jan z Trzciany w swej pracy *De natura ac dignitate hominis* ujmował godność jako zespół cech wyróżniających człowieka od innych stworzeń, a nie konkretną grupę społeczną od innych. Podobnie jak Mikołaj Dłuski uważał, że świadomość własnej godności powinna iść w parze z przyjęciem na siebie obowiązku postępowania zgodnie z tą godnością. U podstaw tej myśli leżała starożytna idea, iż należy wiedzieć, kim się jest, aby wiedzieć, jak należy postępować.<sup>56</sup> Była to idea świecka, bo przecież jeszcze przedchrześcijańska, która odżyła wiele wieków później w filozofii Kanta, według którego „teoria obowiązków może i zgoła powinna posługiwać się takim wizerunkiem człowieka, który uwzględnia tylko człowieczeństwo w ludzkiej osobie (homo noumenon), człowieczeństwo, którego kardynalną właściwością jest pewna nadzmysłowa, niezależna od determinant fizycznych władza zwana wolnością (Freiheitsvermögen)”.<sup>57</sup>

W ujęciu doktryny Kościoła, szczególnie encyklik Jana Pawła II, treścią osobowej godności jest rozum, wola, sumienie i wolność.

<sup>55</sup> Tamże, s.7.

<sup>56</sup> J. CZERKAWSKI, *Renesansowe koncepcje godności człowieka* [w:] *Zagadnienie godności człowieka*, pod red. J. Czerkawskiego, Lublin 1994, s.66.

<sup>57</sup> I. KANT, *Metafizyka moralności*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 55.

Poszanowanie godności człowieka odnosi się jednak nie tylko do sfery jego rozumu i woli, ale do całego i konkretnego człowieka, do „tyłu i tak różnych potrzeb ciała”, do „doczesnej egzystencji” oraz do jego życia społecznego; rozlicznych więzi, kontaktów, układów, kręgów społecznych, jakie łączą go z innymi ludźmi.<sup>58</sup> Obecne rozumienie godności ludzkiej jako kategorii dotyczącej fundamentalnych problemów ludzkiej kondycji jest wynikiem historycznej ewolucji i kompromisu między sposobami rozumienia tej kategorii przez różne szkoły filozoficzne. Ani Europejska Konwencja Praw Człowieka, ani Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, w przeciwieństwie do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art.1), nie zawierają postanowień dotyczących godności człowieka, mimo to godność rozumianą w sensie obiektywnym można uznać za podstawę wszelkich praw człowieka. Przewiduje jej ochronę Karta Praw Podstawowych, stanowiąc, iż Unia zbudowana jest na nierozdzielnych, powszechnych zasadach ludzkiej godności wolności, równości i solidarności, wymienia już w rozdziale I pt. „Godność”, podkreślając w art.1, iż jest ona nienaruszalna, należy ją szanować i chronić.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> J. W. GAŁKOWSKI: *Jan Paweł II o godności człowieka* [w:] *Zagadnienie godności człowieka* pod red. J. Czerkawskiego, Lublin 1994

<sup>59</sup> Wyjaśnienie do art. 1 Karty, niemające mocy prawnej, przygotowane na prośbę prezydium Konwencji, która pracowała nad tekstem Karty, stanowi: „Godność osoby ludzkiej nie tylko sama jest podstawowym prawem, ale stanowi faktyczne źródło podstawowych praw. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948r. zawarła tę zasadę w preambule przez stwierdzenie, iż ‘uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie’. Z tego wynika, że żadne z praw zapisanych w Karcie [Praw Podstawowych] nie może być wykorzystane do zamachu na godność innej osoby oraz że godność ta musi być szanowana, nawet jeśli dane prawo podlega ograniczeniom”. Zob. Charte 4473/00, Convent 49 z 11 października 2000r., opublikowana 18 października 2000r. Por. „Karta podstawowych praw Unii Europejskiej”, *Tekst z objaśnieniami Sekretariatu Konwencji*, tłum. M. A. Nowicki, edycja specjalna „Spotkania Europejskie”, Zakamycze 2003, s. 9-10.

## *Gdy rozum śpi, budzą się demony*

Źródło niesprawiedliwości – nierówność materialna, ale także formalna – pogłębia się i rozlewa na świat.<sup>60</sup> To truizm, podobnie jak obarczanie winą za ten stan rzeczy globalizacji i napędzanego przez nią rosnącego konsumpcjonizmu. Oczywiście szansę na bogacenie się narodów przyniosła myśl liberalna ze wszystkimi pozytywnymi i negatywnymi konsekwencjami zdobywającej coraz to nowe sfery wolności. Duże szanse i nie mniejsze zagrożenia dla „słabszego” przyniosły kapitalizm (o korzeniach sięgających XVI w.) i gospodarka światowa – suma gospodarek krajowych – o której można mówić od wieku XIX i okresu tendencji znoszenia barier celnych (ale i wojen celnych) już po I wojnie światowej. Mimo relatywnej otwartości tych gospodarek, poziom globalizacji był wówczas bardzo niski, jako że określone dobra produkowane były w ramach jednego państwa, a handel międzynarodowy był jedynie wymianą produktów końcowych bądź ich wymianą na surowce naturalne. Przemysł, przedsiębiorcy i towary były ściśle narodowe.<sup>61</sup> Proces gwałtownego rozwoju techniki, wymiany informacji i integracji gospodarczej doprowadził do ekonomii globalnej. Sfera normatywna stała się niejednolita przestrzennie, temporalnie i koncepcyjnie. Denacjonalizacji towarzyszy – oczywiście – internacjonalizacja, decentralizacja i prywatyzacja źródeł prawa, a za nimi podąża destabilizacja porządku prawnego, a wreszcie

<sup>60</sup> Mimo oczywistości tego stwierdzenia, ów *spill-over effect* bardzo wyraźnie i w sposób szokujący nawet dla ekonomicznych guru pokazał kryzys finansowy, który wybuchł jesienią 2008 r. i błyskawicznie rozlał się na cały świat, choćby w postaci działań wyprzedzających bardziej dramatyczne tąpnięcie; być może – paradoksalnie dzięki swemu „zacofaniu” – najmniej w krótkim terminie ucierpiał tzw. Trzeci Świat.

<sup>61</sup> E. HOBBSBAWN, *The Development of the World Economy*, Cambridge Journal of Economics 3/1979, ss. 310-313.



jego delegalizacja (deregulacja).<sup>62</sup> „Denacjonalizacja polega na kilku procesach, włączając w to szczególnie reorientację agend krajowych na globalne i cyrkulację w granicach państwowych planów jednostek prywatnych przyobleczonej w szaty interesu publicznego”.<sup>63</sup> A zatem globalizację można zdefiniować jako denacjonalizację i przesunięcie uprawnień tradycyjnie przypisywanych państwu na poziom wyższy – ponadnarodowy bądź niższy – subnarodowy. Wyłania się nowy typ władzy państwowej, w którym państwa po uprzednich negocjacjach implementują reżimy transgraniczne czy to w sferze gospodarczej, czy też w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka. „W przypadku globalnej ekonomii negocjacje te obejmują rozwój wewnątrz państwa narodowego – poprzez akty prawne, orzeczenia sądów, decyzje administracyjne, polityki – mechanizmów koniecznych do rekonstrukcji pewnych komponentów kapitału krajowego w «globalny kapitał» i potrzebnych do stworzenia nowych możliwości/uprawnień dla kapitału zagranicznego (...) Polega to m.in. na uczynieniu państwa bardziej konkurencyjnym, głównie poprzez zredukowanie programów państwa opiekuńczego”.<sup>64</sup> Z drugiej strony, jak zauważa Stiglitz, w globalnej ekonomii i wolnym rynku ekonomia informacji jest kluczowym instrumentem pozwalającym konstruować zaawansowane modele makroekonomiczne. Jednym z powodów nierówności byłaby zatem występująca w każdej gospodarce asymetria informacyjna, czyli różnice w informacji posiadanej przez robotnika i jego pracodawcę, pożyczkodawcę i pożyczkobiorcę, producenta i konsumenta, firmę ubezpieczeniową i ubezpieczonego, właściciela fabryki zatruwającej

<sup>62</sup> M. DELMAS-MARTY, *Towards a Truly Common Law, Europe as Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge University Press 2007, s. 49.

<sup>63</sup> S. SASSEN, 'The State and Globalization: Denationalised Work and International Power Shifts' [w:] *Europe's challenges in a globalised world, Visions of leading policy makers and academics*, Global Jean-Monnet Conference, Brussels, 23 i 24 listopada 2006, European Communities 2007, s. 42.

<sup>64</sup> Tamże, s. 47.

środowisko i lokalnej społeczności. Przeciwdziałanie tej asymetrii jest możliwe przy „pożądaney interwencji państwa, czyli stosowaniu środków, które mogą doprowadzić do wzrostu gospodarczego i sprawić, by wszystkim się lepiej wiodło”. Według Stiglitz’a „ekonomia może się wydawać nauką suchą, dostępną tylko dla wtajemniczonych, jednak w rzeczywistości dobra polityka ekonomiczna może zmienić życie (...) biedaków”. „Jestem przekonany – pisze dalej Stiglitz – iż poszczególne rządy powinny i mogą zastosować taką politykę, która pomoże w rozwoju ich krajów, a jednocześnie zapewni, że owoce wzrostu będą dzielone bardziej równomiernie”.<sup>65</sup> W globalnym czy choćby tylko krajowym wymiarze postulaty Stiglitz’a mogą się jednak okazać zbyt wymagające i nierealne dla rządzących, ulegających globalnym – bądź krajowym – silnym graczom tzw. *New Governance* – nowego, globalnego, multicentrycznego, a nie hierarchicznego zarządzania.<sup>66</sup> Przy deficycie racjonalnych zachowań egzekutywy i legislatywy niejednokrotnie pozostaje pokładać nadzieję w interwencji racjonalnej trzeciej władzy.<sup>67</sup>

Nie tylko amerykański realizm, ale już także doktryna europejska dostrzega, że sędzia, zwłaszcza sędzia „sądu zasad”, nie jest tylko *la bouche de la*

<sup>65</sup> J. E. STIGLITZ, *Globalizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s. 8 i 9.

<sup>66</sup> Por. np. R. COMELA, *New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 06/06.

<sup>67</sup> Posługującej się nawet ‘czymś więcej’ niż racjonalność – ‘phronesis’, która jest mądrością praktyczną wykraczającą poza tę ostatnią. „Jeżeli ‘phronesis’ jest czynnością uświadomioną, to dzieje się tak w czasach kryzysu, gdy trzeba zerwać z rutyną.” Gdy pojawia się nowa sprawa niosąca nowy problem prawny, sędziowie czerpią inspirację ze stereotypów historycznych i socjologicznych, np. ze zdroworozsądkowego (*common sense*) uznania, że ‘innowacja jest dobra dla ekonomii, państwa i społeczeństwa’. Zob. K. SIDERI, *Law’s Practical Wisdom. The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union*, Ashgate, Aldershot 2007, s. 118-119 oraz D. KENNEDY, *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities*, American University La Review 1985/34, s. 941.

*loi*. Model Monteskiusza<sup>68</sup> zdezaktualizował się, podobnie jak model syllogistyczny stosowania prawa, traktowany jako operacja nie angażująca ocen i wartości, oraz tradycyjnie kontynentalny ruch kodeksowy ograniczający swobodę sędziowską. Uznać dziś należy, że nawet sędziowie kontynentalni mogą kreować politykę – w sensie określonej linii postępowania opartego na wielu czynnikach „wewnętrznych” (uznajmy, że jest to indywidualna kombinacja motywacji opartych na 9 teoriach wyróżnionych przez Posnera) i „zewnętrznych” (faktów sprawy w konkretnym kontekście). Decyzje będące wynikiem deliberacji miewają moc „katalizatora przemian społecznych,”<sup>69</sup> a zarazem są odpowiedzią na specyfikę momentu historycznego, w którym się znajdujemy, czyli reakcją na zmiany i nowe zjawiska w globalnej gospodarce i cyberspołeczeństwie, a nawet w globalizującej się moralności, tolerancyjnej dla coraz szerszego spektrum działań (np. wędrująca po Europie dyskusja o eutanazji, „katalizowana” przez systemy prawne państw, w których jest ona legalna). Nie chodzi tu więc koniecznie o polityczne przekonania i chęć wspierania polityki konkretnej partii, ale o szeroko pojętą politykę prawa, a jeszcze szerzej – wizję sprawiedliwości.

Wyróżnić można – w dużym uproszczeniu – dwa podstawowe typy sędziowskich postaw: pierwsza postawa to ucieczka w formalizm i ściśle trzymanie się procedury, druga to próba zmierzenia się z dylematem w sprawach trudnych.<sup>70</sup> Prof. Ewa Łętowska wyróżniła cztery sfery dylematów moralnych, choć przyjmijmy, że zawsze chodzić będzie o różne oblicza walki między subiektywnym przekonaniem a próbą możliwie obiektywnej wykładni przepisów prawa gwarantujących jego pewność i stabilność. Pierwszy z wymienianych dylematów stwarzać może antynomia prywatnego

<sup>68</sup> *L' esprit des lois*, ks. 11, rozdział 6.

<sup>69</sup> M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making in Western Europe* [w:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Routledge 1998, s. 1 i n.

<sup>70</sup> Relatywnie najmniej dylematów stwarzają sprawy z zakresu prawa umów, częściej angażujące moralnie są z całą pewnością sprawy z zakresu prawa karnego czy rodzinnego. Stąd wynika zwiększona „stresogenność” orzekania w tych wydziałach i możliwy typ trzeci, na który również wskazuje prof. E. Łętowska – zmiana wydziału.

systemu wartości sędziego oraz prawa pisanego. Drugi wiąże się z silnymi argumentami obu stron, które pozwalałyby – o ile jest taka możliwość – na przyznanie racji obu stronom.<sup>71</sup> Kolejny dylemat wywołać może rozdźwięk między indywidualnym poczuciem sprawiedliwości sędziego a wymogami prawa, w szczególności procesowego. Wreszcie, w sprawie karnej, sędzia może mieć inne pojęcie co do konieczności karalności czynu, podczas gdy prawo nie pozostawia wyboru. To, jak sędzia poradzi sobie z wyzwaniem sprawy skomplikowanej i jak skorzysta z dyskrecjonalności sędziowskiej, zależy – z punktu widzenia prof. Łętowskiej – od systemu aksjologicznego, jakemu hołduje; od umiejętności czy kunsztu powiązanego zapewne z nabytym doświadczeniem i nieustannie rozwijanego; a także od charakteru sędziego. Idealny sędzia-książę musi być zarówno znakomitym rzemieśl-

---

<sup>71</sup> Dużo większą swobodę mają tu oczywiście sądy polubowne; jeszcze większe pole do kompromisu dają mediacja. Jedną z idei promowanych na poziomie wspólnotowym jest mediacja jako alternatywa postępowania sądowego. ADR popularyzowany już w latach 70. przez ruch *access to justice* ma istotnie wiele cech poprawiających dostęp jednostek do sprawiedliwości. Mediacja, jako szybsza, tańsza i mniej sformalizowana, w większym nawet stopniu niż arbitraż koncentruje się na poszukiwaniu rozwiązania optymalnego, możliwie satysfakcjonującego dla obu stron, często także bardziej sprawiedliwego i łatwiej akceptowanego przez strony. Sędzia za pomocą klauzul generalnych może niekiedy moderować sztywność norm prawnych, jednak strony mają ograniczoną możliwość formułowania swoich oczekiwań i propozycji rozwiązania sporu; nie mogą też powściągać sędziego w niezawisłym podejmowaniu decyzji. Mediator nie podejmuje decyzji, uwzględniając politykę prawa i wymogi prewencji ogólnej, choć może uświadomić stronie prawa przeciwnika, w razie gdyby sprawa trafiła do sądu. Mediację można uznać za nowy model regulacji stosunków społecznych, a nie jedynie technikę rozwiązywania konfliktów. Sfera określana przez Jürgena Habermasa w jego teorii komunikacyjnej jako 'świat życia' powinna być poddana takim procedurom, jakie zapewniają sprawiedliwość, szybkość, prywatność i bardziej przyjazna atmosfera rozstrzygania sporów. Pomimo problemu, jaki stwarzać może brak mechanizmu przymusu w poddaniu się stron sugestiom mediatora, wydaje się, że w Europie stanie się ona tak popularna jak w Stanach Zjednoczonych czy Australii. Widocznym tego znakiem jest dyrektywa 2008/52/WE o pewnych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, O.J. L 136 z 24.05.2008, s. 3. Por. J. HABERMAS, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romaniuk i R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2005, s. 39.

nikiem, jak i filozofem.<sup>72</sup> Podobnie jak molierowski pan Jourdain, który nie był świadom, że mówi prozą,<sup>73</sup> sędzia może być całkiem nieświadomy, iż rozstrzygając sprawę, bierze pod uwagę kontekst historyczny, społeczny i ekonomiczny; analizuje ją z punktu widzenia ekonomii dobrobytu, realizując, zgodnie z regułami racjonalności, pewną szeroko akceptowaną i empirycznie sprawdzalną wizję sprawiedliwości.<sup>74</sup> Sądy krajowe wzorują się ponadto – z konieczności nawiązania dialogu<sup>75</sup> – na sądach międzyna-

<sup>72</sup> Tak powinna brzmieć odpowiedź na pytanie postawione w tytule wykładu prof. Ewy Łętowskiej i prof. Jerzego Zajadło, który to wykład odbył się w marcu 2008 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

<sup>73</sup> O czym chcącego trafić do wyższych sfer mieszczanina uświadamia wynajęty za duże pieniądze nauczyciel filozofii: – „Tak, panie. Wszystko, co nie jest prozą, jest wierszem, a wszystko co nie jest wierszem, jest prozą.” (...) – „Daję słowo, zatem ja już przeszło czterdzieści lat mówię prozą, nie mając o tem żywnego pojęcia!”. MOLIER, *Dziela*, t. V, *Mieszczuch szlachcicem*, w przekładzie Tadeusza Żeleńskiego (Boya), Nakładem Księgarni Polskiej Bernarda Połonieckiego, Lwów 1912, s. 250-251.

<sup>74</sup> Na uwagę zasługuje jedna z ostatnich prac Thelton Henderson Center for Social Justice (z 22 stycznia 2008 r.), będąca rezultatem seminariów zimowo-wiosennych. Jest to prawie 80-stronicowa publikacja pt. *Good Capitalism, Bad Capitalism and the Economics of Growth and Prosperity* (R. Litam, W. Baumol, C.J. Schramm), w której autorzy szczegółowo analizują sprzężenie zwrotne między uwarunkowaniami socjologicznymi, ekonomicznymi i prawnymi (wspominają też o czynnikach kulturowych czy geograficznych) w rozwoju społeczeństw, dokonując analizy porównawczej w sensie makro (Europa i Stany Zjednoczone, kraje tradycyjnie kapitalistyczne i postkomunistyczne).

<sup>75</sup> Do czego zmusza je przede wszystkim procedura prejudycjalna z art. 234 TWE. Jak podkreśla H. W. Micklitz, jest to główny demokratyczny fundament europejskiego porządku prawnego, jednak o ile krajowe i europejskie sądy rzeczywiście współpracują, grupy interesu publicznego staną się profesjonalnymi graczami w tym porządku prawnym, a wspólnotowe prawa i środki prawne będą rozumiane jako prawa polityczne. Niestety, na podstawie analizy przykładowych przypadków prof. Micklitz dochodzi do wniosku, że mimo judycjalizacji polityki, która jest paradygmatem rozwoju współczesnych społeczeństw demokratycznych, sądy krajowe wciąż nie zachowują się jak ‘sądy europejskie’. H. W. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU. Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge University Press 2005, s. 425-432. Zob. także W. SADURSKI, „Solange, chapter 3”: *Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, EUI Working Papers, Law No. 2006/40.

rodowych oraz – z chęci nawiązania dialogu – na sądach innych państw członkowskich. Prawdopodobnie z tej przyczyny – wbrew specyfice kultur *common law* i prawa pisanego czy systemów prawnych poszczególnych państw – rezultaty osiągnięte przez sędziów „sądów zasad”, w szczególności sądów konstytucyjnych, okazują się uderzająco podobne.

Rola sądów w gwarantowaniu praw podstawowych w relacjach wertykalnych, ale także horyzontalnych, jest tematem szczególnie aktualnym z racji momentu przełomu konstytucyjnego,<sup>76</sup> jaki dokonuje się w Europie (odłożone w czasie wejście w życie traktatu reformującego wraz z Kartą Praw Podstawowych), w jakim jednakże Polska – i to, niestety, z przyczyn politycznych – najprawdopodobniej nie w pełni będzie uczestniczyć.<sup>77</sup> Warto jednak przeanalizować europejskie *status quo* w dziedzinie standardów ochrony praw podstawowych, na które składa się dorobek prawny Rady Europy (dokonana zostanie analiza orzecznictwo ETPC), Unii Europejskiej (orzecznictwo TS) oraz orzecznictwo krajowych „sądów zasad” – sądów najwyższych i trybunałów konstytucyjnych państw członkowskich UE. W tym kontekście oczywiste *comparandum* to Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki oraz jej stosowanie przede wszystkim przez *Supreme Court* i pytanie: czy w związku istnieniem *judicial review* chroni on prawa podstawowe lepiej niż sądy europejskie,<sup>78</sup> a także szcze-

<sup>76</sup> Choćby był to – zamiast planowanej Konstytucji – jedynie „konstytucyjny impet” (constitutional momentum), który umożliwi zawarcie „europejskiego małżeństwa” w drodze „zwykłego” traktatu. Por. N. WALKER, *Europe's Constitutional Engagement*, *Ratio Juris*, Vol. 18, Nr 3, wrzesień 2005, s. 398. Zob. także J. WEILER, *A Constitution for Europe: Some Hard Choices*, *Journal of Common Market Studies* 40/2002, s. 563–580.

<sup>77</sup> Co zależy od drugiego referendum irlandzkiego (2 października 2009 r.) oraz sfinalizowania procedury ratyfikacyjnej Traktatu Lizbońskiego w Niemczech (po orzeczeniu FTK z 30 czerwca 2009), Czechach i Polsce.

<sup>78</sup> Na które negatywnej odpowiedzi udziela W. SADURSKI w *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, no. 2/2002, s. 277.

gólny wpływ doktryny – zwłaszcza szkoły Law & Economics<sup>79</sup> – na jednolitość amerykańskiej praktyki orzeczniczej.

Zadaniem tyleż wartościowym, co trudnym<sup>80</sup> jest przeanalizowanie rozumowań „książąt w imperium prawa” przy rozstrzygnięciu *hard cases* – spraw, gdzie powstał konflikt podmiotowych praw fundamentalnych, *ergo* – gdzie sąd waży równorzędne zasady prawa. Założeniem jest racjonalność owych rozumowań (czyli rozsądek sędziego), która w swym znaczeniu mocnym pojawia się w orzecznictwie w sprzężeniu z zasadą proporcjonalności, jako warunek niezbędny ograniczenia *implicite* (dopiero w momencie stosowania prawa) uprawnień konstytucyjnych jednostki.

W ogromnej mierze aktualne także w Europie są tu spostrzeżenia

<sup>79</sup> Potencjał ekonomicznej analizy prawa w kontekście komparatystyki prawniczej i „transplantacji” tej metody na grunt europejski akcentowany jest od co najmniej dekady. Zob. T. ULEN, *Firmly Grounded: Economics in the Future of the Law*, *Wisconsin Law Review* (1997), s. 433–463 oraz R. CATERINA, *Comparative law and economics* [w:] *Elgar encyclopaedia of comparative law*, red. J. M. Smits, Edward Elgar 2006, s. 161–171.

<sup>80</sup> Szczególnie dla niesędziego. Posner zwraca uwagę zarówno na wartość, jak i niedostatki teoretycznych rozważań akademików na ten temat. Akademicy (prawnicy, ale także ekonomiści) pokazują, według niego, konsekwencje orzeczeń sądów, których czasem nie uświadamiają sobie nawet sami sędziowie; ci ostatni zaś najczęściej uważają, że akademicy nie zrozumieli ich racji. Dogłębne, krytyczne studia nad przebiegiem procesu w badanej sprawie byłyby, zdaniem Posnera, bardzo przydatne, jednak przyznaje on, że teoretycy rzadko rozumieją rzeczywiste przesłanki i sposób podejmowania decyzji przez sędziego (a trzeba pamiętać, że analizuje on realia amerykańskie, gdzie nauczanie prawa ma wymiar bardziej praktyczny, realistyczny i krytyczny, niż dzieje się to w Europie, zaś akademicy piszą monografie o działalności znanych sędziów). Zob. R. POSNER, *How Judges Think...*, s. 216–219. Znakomitym przykładem książki, o jaką trudno w europejskiej, nawet brytyjskiej rzeczywistości prawnej, jest *Making Your Case. The Art of Persuading Judges* znanego sędziego *Supreme Court* Antonina Scali, napisana przy współpracy z zawodowym pisarzem Bryanem A. Garnerem. Jest to bardzo przystępne narzędzie wszechstronnie przygotowujące absolwentów prawa do jak najdoskonalszego praktykowania zawodu. Książka napisana w formie profesjonalnego poradnika, oprócz wyjaśnienia kwestii proceduralnych i materialno-prawnych, zwraca uwagę na wagę strategii, retoryki i autoprezentacji, tak ważnych w przygotowywaniu się do rozprawy przed amerykańskim sądem.

znanych sędziów amerykańskich na temat metod, jakimi posługują się oni sami i ich koledzy. Szczególne miejsce tu zajmują sędziowie *Supreme Court*, co wyraża hipoteza, że „dobro wspólne” jest fundamentalnym założeniem ich orzekania: niczym 9 kariatyd wspierają oni 27 konstytucyjnych poprawek, tworzących sklepienie, pod którym żyją wszyscy amerykańscy obywatele, we wszystkich stanach. W sferze symboli hipotezę tę weryfikuje pieczęć *Supreme Court of the United States*, na której widnieje paremia: *E pluribus unum*. Jest to doskonała płaszczyzna do porównań: Zjednoczoną Europę symbolizują nie tylko złote gwiazdy (faktycznie byłaby to już ponad połowa liczby gwiazd znajdujących się na fladze amerykańskiej!), ale także motto *United in diversity*. Mimo to, co podkreśla sędzia Guido Calabresi, Europa jest bardziej zjednoczona dzięki Unii i Radzie Europy oraz obu Europejskim Trybunałom niż Stany Zjednoczone Ameryki – dzięki swej federalnej strukturze, wspólnej konstytucji i Sądowi Najwyższemu.

Symbolika samej Konstytucji USA, a dokładnie treść I Poprawki, zdaje się też potwierdzać założenie, że dla sędziów-kariatyd, sędziów-książąt – *libertas est inaestimabilis*. Jednak inny symbol – wielka alabastrowa figura Temidy podarowana przez USA Narodom Zjednoczonym (a dokładnie – haskiemu Pałacowi Pokoju, gdzie mieści się m.in. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości) budzi wątpliwości co do roli wolności jednostki, przy założeniu towarzyszącemu zawsze wymiarowi sprawiedliwości: *iustitia civitatis fundamentum*. Temida owa charakteryzuje się bowiem bijącą od niej siłą – rzeźba jest nie tylko ogromna, ale też niezwykle postawna jak na kobietę – oraz ... brakiem przepaski na oczach. Władza sędziowska miała ostatnimi czasy wiele okazji do zaprzeczenia modelowi sprawiedliwości zaproponowanemu światu przez amerykańską administrację.

Wciąż jednak – przy próbie przeniesienia spostrzeżeń sędziów amerykańskich o ich pracy na grunt europejski – dużą rolę wydaje się grać wizja Stanów Zjednoczonych bazująca na stereotypach i nieco



uproszczonej wizji świata. Paradygmat amerykański można w skrócie określić, trawestując Billa Clintona, *It's the economy, stupid!*; europejski punkt widzenia wciąż symbolizować może art. 1 Karty Praw Podstawowych – „Godność ludzka”. Nie można tu jednak mówić o całkowitej polaryzacji – kultury europejska i amerykańska na skutek globalizacji coraz bardziej się do siebie upodabniają, a być może jesteśmy nawet świadkami „przebiegunowania”: coraz bardziej ekonomicznej orientacji Europy i większej koncentracji *US Supreme Court* na ochronie praw człowieka na skutek ujawnianych przez media okrucieństw amerykańskiej administracji (słynna sprawa *Abu Ghraib*<sup>81</sup>).

Aż dziewięć teorii sędziowskiego postępowania opisał Posner w swej najnowszej książce pt. *How Judges Think*.<sup>82</sup> Słynny sędzia amerykański i propagator ekonomicznej analizy prawa przedstawia je po kolei, poczynając od teorii opartej na poglądach politycznych (*attitudinal theory*), poprzez teorię strategiczną, socjologiczną, psychologiczną, ekonomiczną, organizacyjną, pragmatyczną, fenomenologiczną i wreszcie legalistyczną. Według Posnera żadna z powyższych teorii w czystej postaci nie daje odpowiedzi na pytanie postawione w tytule książki, jednak w każdym indywidualnym przypadku występuje pewna kombinacja powyższych czynników, mających wpływ na podejmowaną przez sędziego decyzję.

Pierwsza z teorii, najbardziej kontrowersyjna, głosi, że sędzia – zwłaszcza nominowany w sposób polityczny<sup>83</sup> – wnosi do rozstrzyganej sprawy swoje poglądy polityczne, czyli sędzia powołany przez prezydenta

<sup>81</sup> Por. np. J. ZAJADŁO, *Guantanamo i Abu Ghraib – problemy etyczno-prawne*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 3, – 2006, s. 19-32.

<sup>82</sup> R. POSNER, *Nine Theories of Judicial Behaviour* [w:] *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, s. 19-56.

<sup>83</sup> Zob. A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press 2000, s. 4 oraz M. SHAPIRO, *The United States* [w:] *The Global Expansion of Judicial Power*, red. C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, New York University Press, New York and London 1995, s. 47-49 oraz M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press 1986, s. 150-153.

– demokratę będzie najprawdopodobniej głosował głównie za rozwiązaniami liberalnymi, faworyzującymi np. pracownika, konsumenta, drobnych przedsiębiorców, związki zawodowe oraz powodów w sprawach z zakresu ochrony środowiska, deliktów, praw i wolności jednostki (i odwrotnie – w przypadku nominata republikańskiego). Im bardziej aktualna politycznie sprawa, tym większą rolę grać będą inklinacje polityczne sędziego; statystyki pokazują jednak, że nie jest to teoria niezawodna. Najlepszym na to dowodem jest słynny Oliver Wendell Holmes:<sup>84</sup> pośmiertna publikacja jego korespondencji ujawniła, że był on republikańcem z krwi i kości, choć wciąż głosował za umocnieniem rozwiązań liberalno-socjalnych (takich jak ograniczenie godzin pracy w sprawie *Lochner*, w której zgłosił zdanie odrębne), opisywanych przez niego prywatnie jako „socjalistyczny nonsens”.<sup>85</sup> Ograniczenia teorii politycznej wynikać mogą stąd, że nawet amerykańscy sędziowie *Supreme Court* lubią się szczyścić polityczną niezależnością, chcą być przede wszystkim dobrymi sędziami i niekoniecznie identyfikują się w stu procentach z polityką popieraną przez siebie partii, a także z tego, że sędzia może jednakowo cenić konkretne sprzeczne ze sobą wartości polityczne lub podjąć decyzję wbrew swym przekonaniom, lecz w imię wyższej racji politycznej. Tak stało się w przytoczanej przez Posnera sprawie *Buchanan v. Warley*.<sup>86</sup> W czasie gdy *Supreme Court* zdecydowanie nie miał inklinacji do walki z dyskryminacją rasową, unieważnił jednak przepisy zakazujące czarnym<sup>87</sup> zajmowania osiedli, w których większość mieszkańców stanowili biali i odwrotnie. Motywacją sądu była jednak XIV Poprawka gwarantująca fundamentalne prawo własności czarnym na równi z białymi, nie

<sup>84</sup> Który już w 1897 r. pisał: „Dla racjonalnej nauki prawa staranny (sumienny) interpretator przepisów może być człowiekiem teraźniejszości, ale człowiekiem przyszłości to statystyk i mistrz ekonomii”.

<sup>85</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, s. 25.

<sup>86</sup> 245 U.S. 60 (1917).

<sup>87</sup> Sam Posner pisze o „blacks” i „whites”.

zaś „zwykłe prawa socjalne” – prawo czarnych do przebywania tam, gdzie biali, i białych do nieprzebywania w towarzystwie czarnych (!). Posner przytacza wyjaśnienie tego fenomenu: sądu uznał, że naruszenie praw własności to większy afront dla polityki rządu niż segregacja w szkołach i innych miejscach publicznych, zwłaszcza że powodem był w tej sprawie biały, chcący sprzedać nieruchomość czarnemu.<sup>88</sup>

Teoria strategiczna (zwana również pozytywną polityczną teorią prawa) przyjmuje, że sędziowie nie zawsze głosują tak, jakby to uczynili, nie muszą się martwić o reakcję pozostałych sędziów (kolegów ze składu lub sądu wyższej instancji), ustawodawcy czy opinii publicznej.<sup>89</sup> Wiąże się to z teorią poprzednią: sędzia może ignorować oddźwięk, jaki wywoła jego polityczny wybór (takim sędzią był Brandeis), bądź wybrać strategię głosowania, która będzie odpowiednio promować jego cele (jak głosujący za ‘znaczącą dla przyszłości narodu’ eugeniką w sprawie *Buck v. Bell*<sup>90</sup> sędzia Holmes). Jednak teoria strategiczna jest zgodna z każdą inną zorientowaną na cel teorią motywacji sędziowskiej. Większość sędziów, według Posnera, poddaje czasem swoje przekonania w jednej sprawie, by zyskać poparcie kolegów i osiągnąć większą i długofalową skuteczność w innych, ważniejszych dla nich kwestiach.

Kombinacją dwóch poprzednich teorii jest teoria socjologiczna. Bazuje ona na teorii racjonalnego wyboru i psychologii społecznej i zakłada, że np. panel sędziów-mężczyzn osiągnie inny rezultat w sprawie dyskryminacji ze względu na płeć niż panel, w którym znajduje się kobieta. Przyczyną takiego stanu rzeczy może być obawa przed wykazaniem w opinii odrębnej braku uzasadnienia dla decyzji większości,

<sup>88</sup> M. J. KLARMAN, *Unfinished Business: Racial Equality in American Law*, 83-84 (2007).

<sup>89</sup> Por. np. A. F. DAUGHETY, J. F. REINGANUM, „Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review”, *Supreme Court Economic Review* 14/2006, s. 1.

<sup>90</sup> 274 U.S. 200 (1927).

choć może być to także uświadomienie sędziom o innych przekonaniach politycznych ważnych przesłanek, które mogli przeoczyć. W każdym wypadku *whistleblower* zapobiega przyjęciu rozwiązania ekstremalnego. Na orzeczenie może mieć także wpływ znana psychologom awersja do niezgody, która odzwierciedla jednoczesną trudność i wagę zasady kolegialności.<sup>91</sup>

Na teorię tę nakłada się teoria psychologiczna, koncentrująca się na działaniu w warunkach niepewności oraz zdolnościach poznawczych, w tym typowych ograniczeniach i stosowanych skrótach kognitywnych, które mogą zaburzać formalne rozumowanie. Teoria ekonomiczna traktuje sędziego jak „racjonalną jednostkę dążącą do maksymalizacji użyteczności we własnym interesie”. Racjonalność definiowana jest tu jako elementarna spójność i instrumentalne dostosowywanie środków do celów, a „funkcja użyteczności” sędziego składa się z takich elementów jak prestiż, reputacja, dochody, władza, szacunek do siebie samego, przyjemność z wykonywanej pracy, a nawet wypoczynek. Preferencja do oszczędzania czasu może, zdaniem Posnera, pomóc w wyjaśnieniu nacisku, jaki sędziowie kładą na ekonomikę orzekania, chętnie tworząc doktryny i testy w precedensowych orzeczeniach, a także np. namawiając strony do zawarcia ugody. Wady teorii ekonomicznej to pomijanie czynnika psychologicznego, czyli wpływu emocji i ograniczeń poznawczych na racjonalną kalkulację (choć mogą być one traktowane jako – odpowiednio – skuteczny instrument maksymalizacji użyteczności oraz koszty przetwarzania informacji), a także brak klarownego systemu motywacji i ograniczeń: obowiązek wyłączenia się przy konflikcie interesów, brak możliwości awansu (szczególnie w odniesieniu do sędziów federalnych w systemie *common law*) czy jakiegokolwiek nagradzania (premie) bądź karania (zasada nieusuwalności) za określone zachowanie (*sticks and carrots*).<sup>92</sup>

<sup>91</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, s. 31-34.

<sup>92</sup> Tamże, s. 35-39.

Teoria organizacyjna eksponuje relację wertykalną między sędzią a państwem, które go zatrudnia i związany z tym opór „pełnomocnika” przed wpływami „mocodawcy”<sup>93</sup> (niezawisłość sędziowska połączona z doktryną precedensu, motywującą sędziego do uzyskiwania maksymalnie trwałego rezultatu i redukcji błędów). Z kolei teoria pragmatyczna (w kontraście do legalizmu) zbliżona jest do założeń ekonomii dobrobytu ze względu na przewidywanie społecznych konsekwencji orzeczenia, które ma zawsze priorytet przed rozumowaniem sylogistycznym.<sup>94</sup>

Teoria kolejna – fenomenologiczna – to pomost między pragmatyczną a legalistyczną teorią zachowań sędziowskich: koncentruje się ona na świadomej refleksji sędziego na temat jego własnych motywacji. Większość sędziów uważa się za legalistów, choć unikają oni tego sformułowania. Bardziej wiarygodni są, według Posnera, pragmatycy, którzy mają przynajmniej odwagę demonstrowania i obrony własnych przekonań.<sup>95</sup> Ostatnia z wyróżnionych przez Posnera teorii to zgodna z „oficjalną” wersją postępowania sędziów teoria legalistyczna, zwana też teorią pozytywną. Czynności sędziego polegają tu na odczytaniu normy prawnej z istniejącego korpusu skodyfikowanego lub precedensowego prawa i dokonaniu operacji logicznej za pomocą istniejących reguł interpretacyjnych. Podejście legalistyczne bądź legalistyczno-strategiczne jest częste nawet w *US Supreme Court* (np. sprawa *Whitman v. American Trucking Associations*)<sup>96</sup> dotycząca standardów czystości powietrza, jakie na polecenie Kongresu miała ustalić Agencja Ochrony Środowiska), choć raczej nie zdarza się w sprawach konstytucyjnych.<sup>97</sup>

Unaoczniając cechy charakterystyczne orzekania w systemie prawa

<sup>93</sup> Por. A. STONE SWEET, *Governing with Judges...*, s. 26-27.

<sup>94</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, s. 39-40.

<sup>95</sup> Por. także D. KENNEDY, „Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education* 36/986, s. 518.

<sup>96</sup> 531 U.S. 457 (2001).

<sup>97</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, s. 51-52.

cywilnego i jego (doznającej wprawdzie coraz większych wyłomów) tradycji, bardzo celny cytat z Johna Henry'ego Merrymana podaje Richard Posner w „Encyklopedii jurysprudencji, teorii i filozofii prawa”: „Sędzia kontynentalny zostaje postawiony w obliczu stanu faktycznego, na który z łatwością znajdzie gotową opartą o ustawę odpowiedź prawną – o ile nie jest to sprawa wyjątkowa. Jego rola polega zaledwie na odszukaniu właściwego przepisu, przyporządkowaniu go do sytuacji i błogosławieniu uzyskanego wyniku, który z tego „związku” zostanie mniej lub bardziej automatycznie „wyprodukowany”. Cały proces wydawania orzeczenia jest dostosowany do formalnego sylogizmu logiki scholastycznej: przesłanka większa znajduje się w ustawie, fakty dostarczają przesłanki mniejszej, a konkluzja musi się w sposób nieunikniony pojawić.”<sup>98</sup>

Sędzia europejski – mimo wspomnianego zjawiska konstytucjonalizacji prawa prywatnego oraz roli trybunałów w Luksemburgu i Strasburgu – wciąż w większym stopniu niż amerykański przywiązany jest do litery prawa, choć na obu kontynentach zadaniem sędziego w sprawach trudnych jest znalezienie równowagi między pewnością prawa a poczuciem sprawiedliwości. Istnieje wiele koncepcji pewności prawa czy rządów prawa. Juha Raitio wyjaśnia: „Interpretacja pewności prawa i rządów prawa jest różna w zależności od kultury prawnej i szkoły prawa. Istnieją tu przykładowo różnice między Szkołą Analityczną a ruchem Critical Legal Studies (CLS).<sup>99</sup> Definicja i zakres stosowania pojęcia ‘pewność prawa’ są kontrowersyjne i łatwo je pomylić zasadą rządów prawa.”<sup>100</sup> *Hard cases* uniemożliwiają znalezienie rozwiązania poprzez jedynie techniczną rekonstrukcję normy w drodze interpretacji literalnej

<sup>98</sup> R. POSNER, *Law & Economics – Ethics, economics and adjudication* [w:] *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, <<http://ivrenc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=32>>

<sup>99</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously, With a New Appendix, a Response to Critics*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, ss. 134-136.

<sup>100</sup> J. RAITIO, *Legal certainty*, *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* <<http://ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=35>>

czy logicznej, ponieważ brakuje gotowej do zastosowania reguły, a odpowiedzi należy szukać wśród wyższych hierarchicznie zasad. Mimo że sędziowie kręgu *common law* mają większą swobodę decyzyjną, sędziowie kontynentalni w sensie realistycznym, nie formalistycznym, wykazują tendencję do kreatywnej interpretacji prawa. Ronald Dworkin wyjaśnia, że dyskrecjonalność sędziowska ograniczona jest do dostosowywania decyzji do przeważającej moralności publicznej systemu prawnego forum; Szkoła Analityczna widzi materialny aspekt pewności prawa w takiej interpretacji, która jest zgodna z prawem i spełnia charakterystyczne minimalne wymogi równości i sprawiedliwości.<sup>101</sup> Raitio sugeruje, że prowadzi to często do ważenia zasady proporcjonalności wobec innych zasad, podczas gdy bardziej stosowna wydaje się konstatacja, że sąd stosuje test proporcjonalności w ostatniej fazie ważenia dwóch zderzających się ze sobą w konkretnej sprawie, równorzędnych zasad.

Stosowanie reguły rozsądku nie oznacza jednak arbitralności, która uznawana jest za formalny aspekt pewności prawa rozumianej jako eliminowanie dowolności w orzeczeniach sądów i gwarancję ich przewidywalności. Pewność prawa w sensie formalnym obejmuje również zasadę legalności i rządów prawa, które częstą są związane z próbą zabezpieczenia przeważającego interesu publicznego (*overriding public interests*).<sup>102</sup> Raitio, zaznaczając, że pewność prawa stosuje się zarówno do legislatury, jak i judykatury, stwierdza: „Oczekiwanie pewności prawa *sensu stricto* oznacza, że każdy obywatel ma prawo do ochrony prawnej. Ponadto obowiązek sądu polegający na zapewnieniu tej ochrony oznacza,

<sup>101</sup> A. AARNIO, *Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1997, ss. 1 i n.

<sup>102</sup> Tamże. Przykładem przełomowej zmiany w percepcji zasady rządów prawa jest teoria Gustawa Radbrucha, który – po doświadczeniu reżimu nazistowskiego – zwrócił się do triady: *Rechtsicherheit* – *Zweckmäßigkeit* – *Gerechtigkeit*, twierdząc, że prawo niesprawiedliwe nie jest w ogóle prawem. Por. J. ZAJADŁO, *Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość: antynomie prawa*, Gdańskie Studia Prawnicze 2002, t. XIX, s. 234.

że problem prawny obywatela musi być rozwiązany zgodnie z prawem. Sądy muszą także uzasadniać swoje decyzje. Odmowa wydania decyzji (*denegatio iustitiae*) jest moralnie nie do zaakceptowania, ponieważ ludzie oczekują dostępu do wymiaru sprawiedliwości.” Widzimy, że Raitio dokonuje rozróżnienia między formalną i materialną pewnością prawa: „Materialny aspekt pewności prawa wymaga z kolei, by rozwiązanie przyjęte przez sąd było także właściwe materialnie, co można określić jako wymóg akceptowalności (*demand of acceptability*). Ma to wiele wspólnego z wymogami proporcjonalności. A zatem zwykle (rozwiązanie to) promuje prawa jednostki w okolicznościach konkretnej sprawy”.

Decyzja osiągnięta przez sąd w sprawie trudnej wymaga sięgnięcia do pozatekstualnych zasad (według moralnie zorientowanej teorii Ronald Dworkina<sup>103</sup>) bądź zastosowania reguły lub grupy reguł, z których wynika, „jakie jest prawo” (jak wołał opisywać ten proces bardziej pragmatyczny i pozytywistyczny nauczyciel Dworkina – H. L. A. Hart<sup>104</sup>). Czyniąc to, sąd upewnia się, że uzasadnione oczekiwania obu stron sporu (np. dłużnika i wierzyciela) zostały wzięte pod uwagę. Wiedząc o tym albo przynajmniej oczekując tego od sądu (oczekując osiągnięcia sprawiedliwego rezultatu), obie strony powinny czuć się bezpiecznie, co sprzyja zaakceptowaniu i podporządkowaniu się wyrokowi.

J. Raz, prezentujący angloamerykańską koncepcję „rządów prawa”, uważa, że *rule of law* oznacza dosłownie, iż ludzie powinni przestrzegać prawa i jemu podlegać. Węższe postrzeganie tej zasady wydaje się dziś bardziej adekwatne: podlegać prawu i przestrzegać go powinna przede wszystkim administracja państwowa. J. Raz podaje przykładową listę wymogów wynikających z analizowanej zasady. Według niego: (1) prawo powinno być przewidyujące, otwarte i jasne, (2) prawo powinno być relatywnie stałe,

<sup>103</sup> R. DWORKIN, *Biorąc prawa poważnie (Taking rights seriously)*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 120-122.

<sup>104</sup> H. L. A. HART, *Pojęcie prawa (The Concept of Law)*, Wydawnictwa Naukowe PWN, Warszawa, s. 58 i n.



(3) tworzenie poszczególnych aktów prawnych (porządków prawnych) powinno podlegać otwartym, stałym, jasnym i ogólnym regułom (*rules*), (4) niezależność sędziowska musi być zagwarantowana, (5) zasady sprawiedliwości naturalnej (*natural justice*) muszą być przestrzegane, (6) sądy powinny mieć uprawnienie kontrolowania implementacji również pozostałych zasad prawnych, (7) dostęp do sądu powinien być ułatwiony.<sup>105</sup>

Bardzo zwięzły test orzeczeń sądowych odpowiadających wymogowi pewności prawa sformułował Aleksander Peczenik: (1) orzeczenie wspierane jest przez ustawę i/lub inne źródło praw, (2) w sprawach trudnych bazuje ono również na sądach wartościujących moralnie oraz (3) można zrekonstruować proces podejmowania decyzji jako logicznie poprawny proces rozumowania.<sup>106</sup>

W prezentowanych koncepcjach powstaje zasadniczo dychotomia w rozumieniu pewności prawa i w jej funkcjonowaniu: rozróżnia się jej sferę formalną i materialną. Jednak niektórzy autorzy, jak np. Wróblewski, preferują koncepcję trójdzielną i łącząc akceptowalność z obowiązywaniem prawa, wyróżniają pewność prawa: systemową (odnoszącą się do przewidywalności), faktyczną (związaną z efektywnością, stabilnością czy uzasadnionymi oczekiwaniami – *legitimate expectations*<sup>107</sup> i aksjologiczną (sprowadzającą

<sup>105</sup> J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press 1979, p. 220.

<sup>106</sup> A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/ London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 29-31.

<sup>107</sup> Bardzo ogólną zasadę pewności prawa TS oraz SPI konkretyzują bądź to jako zasadę uzasadnionych oczekiwań (którą widzi jako odpowiednik zasady dobrej wiary w prawie międzynarodowym publicznym), bądź zasadę nieretroaktywności. Por. w odniesieniu do *legitimate expectations* sprawy: T-336/94 Efisol SA przeciwko Komisji, C-280/93 Niemcy przeciwko Radzie, C-112/77 Töpfer & Co. przeciwko Radzie, czy T-115/4 Opel Austria GmbH przeciwko Radzie. Jeżeli chodzi o zakaz działania prawa wstecz, może on doznać wyjątku wyłącznie wtedy gdy kwestionowane przepisy polepszają sytuację prawną jednostki (sprawa C-310/95 Road Air BV przeciwko Inspecteur der Invoerrechten en Accijzen). Por. J. STEINER & L. WOODS, *Textbook on EC Law*, wyd. 8, Oxford University Press 2003, s. 168-169.

się do wymogu akceptowalności). Podobnie owe trzy aspekty pewności prawa opisuje Siltala jako: pozytywistyczne, socjologiczne i aksjologiczne (naturalistyczne) obowiązywanie, ważenie których jest zadaniem sądu. Żadna z koncepcji nie pomija jednak idei sprawiedliwości.<sup>108</sup>

Powyższe rozważania pełnią szczególnie istotną funkcję w rozstrzyganiu *hard cases*, podczas czynności sędziego zostaną one zredukowane do prostej interpretacji normy i trzymania się litery prawa w sprawach „łatwych,”<sup>109</sup> które ze względu na większy korpus kodyfikacji i mniejszą swobodę sędziowską wciąż stanowią lwią część spraw w kontynentalnej Europie.<sup>110</sup> Jak już wspomniano, rola precedensu i rola sędziego na Starym Kontynencie

<sup>108</sup> Por. koncepcję wewnętrznej moralności prawa Fullera. Więcej na ten temat: B. B. HIX, *Natural law: the modern tradition* [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and philosophy of law*, J. Coleman and S. Shapiro (red.) Oxford University Press 2002, s. 79 i n.

<sup>109</sup> Takich, które nie są dworkinowskimi *hard cases*, a więc dla rozstrzygnięcia których wystarczy odnalezienie reguły i dokonanie subsumpcji, a nie jest niezbędne odwołanie się do zasad czy wymogów polityki. Warto jednak dodać, że poza najprostszym, lingwistycznym rozumieniem „easy case” odwołującym się do interpretacji literalnej (jasnego i dającego się zdefiniować znaczenia normy), dostrzec można także metodologiczny (eksponujący konieczność posłużenia się przez sędziego określonym zestawem dyrektyw interpretacyjnych) i socjologiczny aspekt tego pojęcia (norma ma sens ustalony i znany wśród profesji prawniczych lub wyjaśniony precedensem, a inna interpretacja byłaby oznaką ignorancji, błędu, bądź czystej arbitralności). Zob. R. DWORKIN, *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 56-68 oraz P. CHIASSONI, *On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation and Easy Cases*, *Ratio Iuris*, Vol. 21, nr 2, czerwiec 2008, s. 263-266.

<sup>110</sup> Mimo konstytucyjnej hierarchii norm nie uwzględniających precedensu i ograniczeniu roli sędziego do interpretatora w większości państw europejskich (np. w konstytucji francuskiej z 1958 r.), aktywizm sędziowski (np. francuskiej Rady Stanu) jest faktem. We francuskim *Code Civil* sankcjonuje go np. art. 4 zabraniający *denegationis iustitiae* w przypadku luki w prawie, choć art. 5 wydaje się zabraniać wyrażania zasad ogólnych w postaci quasi-precedensów. Por. M. DELMAS-MARTY, *Text and interpretation: the judge's role* [w:] *Towards a Truly Common Law...*, s. 50-52.

rośnie,<sup>111</sup> głównie za sprawą europejskich trybunałów i zjawiska konstytucjonalizacji prawa prywatnego oraz inspiracji czerpanej z tez Dworkina, Rawlsa, Calabresiego czy Posnera. Sprawy z zakresu prawa prywatnego, w tym nawet rynkowo i liberalnie uwarunkowanego, w dużej mierze moralnie neutralnego prawa umów, zyskują wymiar konstytucyjny i stają się ważnym forum ochrony praw człowieka. Przykładem jest choćby ewolucja orzecznictwa TS, w którego decyzjach już od ponad trzech dekad obserwujemy jednostajnie przyspieszone oddalanie się od wcześniejszej formalistycznej, zorientowanej na rynek refleksji na rzecz podejścia tradycyjnie i prawnie przypisywanego ETPC.<sup>112</sup> Aktywizm TS w konstytucjonalizacji traktatów nie jest przy tym zanadto krytykowany przez pozostałe „władze”, ponieważ żadna z instytucji WE, nawet Parlament Europejski, nie może w pełni przypisać sobie reprezentowania w sposób demokratyczny interesów obywateli.<sup>113</sup>

Wśród *Capricios Goyi* bardzo dosadnie oddaje ludzką naturę, ale i zmienność losu Kaprys 77: *Unos a otros*, który nie niesie optymistycznej diagnozy o relacjach w społeczeństwie. Nawet jeżeli uznać, że każdy człowiek jest z natury egoistyczny i stara się zyskać kosztem drugiego, wykorzystując jego słabość, ten ostatni będzie mógł liczyć na racjonalne rozstrzygnięcie sporu i obronę swych fundamentalnych praw.

<sup>111</sup> Wpływ system sądowego na prawo i politykę oraz autonomię sędziowską w Stanach Zjednoczonych i Europie analizują w pracy zbiorowej pt. H. Jacob et al (red.), *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, New Haven and London 1996 autorzy: H. JACOBS, 'Courts and Politics in the United States', s. 16-80; H. M. KRITZER, 'Courts, Justice and Politics in England', s. 81-176; D. M. PROVIN, 'Courts in the Political Process in France', s. 177-248 oraz E. BLANKENBURG, 'Changes in Political Regimes and the Continuity of the Rule of Law in Germany', s. 249-314.

<sup>112</sup> Por. rozdziały *Common Market and Human Rights* oraz *Common Market or Human Rights* autorstwa M. DELMAS-MARTY [w:] *Towards a Truly Common Law...*, s. 173-184.

<sup>113</sup> M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making in Western Europe* [w:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Routledge 1998, s. 6.

## *Doskonały pośrednik – sędzia jako święty rycerz?*

*Będąc świadkiem twójemu talentu w osiągnięciu takiego rezultatu, uznaję cię za znakomitego pośrednika. Albowiem człowiek umiejący odnaleźć tych, którzy mogą być sobie pomocni i potrafiący wzbudzić w nich chęć wzajemnego poznania się, ów człowiek, w mojej opinii, mógłby stworzyć przyjaźń między miastami i aranżować stosowne małżeństwa i byłby bardzo cennym nabytkiem jako przyjaciel czy sprzymierzeniec, zarówno dla państw, jak i jednostek.*

*Ksenofon, Symposium (c. 380 B.C.)<sup>114</sup>*

### *Exempla – hard cases*

„Kojarzenie prawa z prawdą, sprawiedliwością i słusnością należy do kanonów kultury *common law*. Ronald Dworkin (...) podjął próbę przeniesienia tych kanonów również do kultury prawa stanowionego. W swej pretendującej do uniwersalnego zasięgu koncepcji interpretacji konstrukcyjnej pojmuje on istotę prawa jako fakt interpretacyjny, zespalaający elementy opisowe (deskryptywne) z elementami normatywnymi (preskryptywnymi), w obu przypadkach przesyconymi wartościami, szczególnie respektem dla sprawiedliwości i słusności.”<sup>115</sup> Sądy angielskie, a potem sądy w krajach, które wchodziły w skład anglosaskiego kręgu kulturowego, od wieków zajmowały się rozwiązywaniem

<sup>114</sup> Ur. w 444 r. p.n.e., uczeń Sokratesa, a także grecki żołnierz i awanturnik. Jego *Symposium*, lub *Bankiet filozofów*, jest zapisem jednego z dialogów sokratejskich. Dzieło o tym samym tytule stworzył później Platon.

<sup>115</sup> R. TOKARCZYK, *Komparatystyka...*, s. 87.

problemów, które powstawały w związku z rozpatrywanymi problemami. Formułowali w ten sposób zasady, które po zaaprobowaniu w późniejszych sprawach i rozwijane w orzecznictwie stawały się zasadami ogólnymi, tworzącymi *common law*.<sup>116</sup> Tam, gdzie sztywny system proceduralny (oparty na tzw. *writs* i *forms of action*) uniemożliwiał uzyskanie rozstrzygnięcia w ramach *common law*, o sprawiedliwość można było się zwracać do działających w imieniu monarchy sądów kanclerskich, a obecnie – do sądów zwykłych.<sup>117</sup> Anglosaska kultura prawna ze swoim systemem precedensowym i przywiązaniem do zasady słuszności wywiera niekwestionowany i nieodwracalny wpływ na prawników i prawo Kontynentu, nie tylko przez przenikanie do kultury prawa pisanego poglądów Dworkina, ale przede wszystkim dzięki funkcjonowaniu w Unii Europejskiej obok kultury prawa kontynentalnego. Z drugiej strony, z chwilą wstąpienia do Unii Europejskiej w 1973 r. Zjednoczone Królestwo musiało poprzez *European Communities Act 1972* zaakceptować supremację prawa wspólnotowego. Wobec powyższego można twierdzić, że wzajemny wpływ na siebie obu kultur prawnych, będący zasługą przede wszystkim Trybunału w Luksemburgu (a już wcześniej Trybunału w Strasburgu), skutkuje wyrażaniem zasad ogólnych prawa i ujednolicaniem ich stosowania. Chcąc czynić sprawiedliwość, sądy państw prawa pisanego powinny brać pod uwagę nie tylko orzecznictwo ETPC, TS, ale też orzecznictwo sądów angiel-

<sup>116</sup> P. DARBYSHIRE, *Edey on The English Legal System*, Sixth edition, Sweet & Maxwell, London 1996, s. 249.

<sup>117</sup> Znanym przykładem tworzenia nowych środków prawnych w ramach *equity* jest wykonanie w naturze (*specific performance*) w prawie umów, gdzie zwykłym środkiem prawnym są roszczenie odszkodowawcze oraz środki tymczasowe, zapobiegające naruszeniu umowy, a także nadanie stronie uprawnienia do odstąpienia od umowy (*rescission*). Tamże, s. 251-255.

skich i innych państw członkowskich UE.<sup>118</sup> W dworkinowskich *hard cases* jedynie sędzia-książę może kreować *common law for Europe*.

Jak już wspomniano we wcześniejszych rozważaniach, charakterystyczna dla TS jest interpretacja przepisów prawa w kontekście zasad ogólnych, w tym zapisanych w Karcie Praw Podstawowych, której mocy perswazyjnej – mimo braku wiążącego charakteru – nie da się zaprzeczyć. Podobnie umowy międzynarodowe dotyczące ochrony praw człowieka, przy których państwa członkowskie współpracowały lub których są sygnatariuszami, mogą dostarczyć wzorców, które należy naśladować w ramach prawa wspólnotowego.<sup>119</sup> Istnieją jednak granice korzystania z praw człowieka, które w literaturze klasyfikuje się jako: wyjątki *ex definitione*, ograniczające zakres przedmiotu ochrony gwarantowanej w Traktacie, klauzule limitacyjne, ustalające dopuszczalność ingerencji Wspólnoty w korzystanie z danego prawa oraz klauzule derogacyjne, pozwalające na ograniczone odstępstwa przez państwo członkowskie od zobowiązań w dziedzinie praw człowieka ze względu na sytuacje nadzwyczajne.<sup>120</sup>

Kluczowa w kontekście sprawiedliwości ochrona godności jednostki należy do katalogu praw podstawowych; które mają

<sup>118</sup> Z pasją, niczym o sztuce, mówił o tym Sir Basil Markesinis podczas doskonałych wykładów „Art of Comparison” wygłoszonych na Uniwersytecie w Gandawie w 2005 r. Z kolei jednolitość prawno-kulturową Europy na tle Stanów Zjednoczonych (!) Ameryki, jedność jaką zawdzięczamy w dużej mierze Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Trybunałowi w Strasburgu, podkreślał w październiku 2006 r. we Florencji sędzia Guido Calabresi.

<sup>119</sup> Zob. orzeczenie w sprawie 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung v. Komisja*, Zb. Orz. 1974, s.491 Por. W. CZAPLIŃSKI: *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo ...*, s.334.

<sup>120</sup> Por. Z. BRODECKI, *Prawo europejskiej integracji*, Warszawa 2000, s.116 – 117.

charakter krajowo – międzynarodowy<sup>121</sup> i znajdują swój wyraz także w Karcie Praw i Wolności Podstawowych Unii Europejskiej.<sup>122</sup> Mimo iż długo nie była ona aktem wiążącym formalnoprawnie,<sup>123</sup> a jedynie politycznie, z całą pewnością był czymś

<sup>121</sup> Sprawiedliwość społeczna jest chroniona przez ustawy zasadnicze państw członkowskich UE jako jedna z podstawowych zasad państwa prawnego. W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. już w art. 2, po zapisie, iż „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, czytamy: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, zaś art. 20 stanowi: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. O ochronie wolności mówią dalsze przepisy, jednak czynią to nadal z punktu widzenia ochrony „przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka”, która „stanowi źródło wolności i praw człowieka.” Godność „jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych” (art. 30 Konstytucji). Podlegająca ochronie prawnej wolność człowieka ograniczona jest sferą wolności innych ludzi („Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych”). O czym przesądza art. 31 Konstytucji. Także ustawa zasadnicza RFN, uchwalona 23 maja 1949 r. gwarantuje ochronę wolność handlu oraz przedsiębiorczości kształtowanej w ramach swobody konkurencji (art. 2 ust. 1), równouprawnienia także w sferze gospodarczej (art. 3) oraz mówi o obowiązkach społeczno-socjalnych państwa (art. 20 i 30), a także o „wspieraniu stabilności i rozwoju gospodarki, zapisanym w art. 109 Konstytucji, a skonkretyzowanym poprzez zasady polityki gospodarczej zawarte w ustawie z 8 czerwca 1967 r.(...) Cały system, w przeciwieństwie do liberalizmu (albo *libertarianizmu*) oraz różnych odmian kolektywizmu, oparty jest na systemie zrównoważonego porządku wykluczającego ustrojowe ekstremizmy”. Zob. T. WŁUDYKA, *Społeczna gospodarka rynkowa. Podstawy prawno-gospodarcze* [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku*, Księga Pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, s. 321-322. Por. także w. SADURSKI, *Constitutional Courts in the Process of Articulating Constitutional Rights in the Post-Communist States of Central and Eastern Europe (Part II): Personal, Civil and Political Rights and Liberties*, EU Working Paper LAW No. 2003/1, s. 1-4.

<sup>122</sup> Art. 1. Tekst Karty z 28 września 2000 r. w tłum. M.A. Nowickiego, „Rzeczpospolita” nr 234, 6 października 2000.

<sup>123</sup> Stał się nim po zakończeniu procesu ratyfikacji i wejściu w życie 1 grudnia 2009 r. traktatu reformujący, zwanego Traktatem z Lizbony, w jego ostatecznej formie. Karta jest obecnie załącznikiem do traktatu.

więcej niż tylko deklaracją programową.<sup>124</sup> W art. 52 wyraźnie stanowi ona, że zawarte w niej prawa oparte są na traktatach i mogą być wykonywane w granicach przez nie wyznaczonych. Trybunał Sprawiedliwości nawet przed 1 grudnia 2009 r. zobowiązany był brać pod uwagę treść Karty jako wytyczne wykładni prawa wspólnotowego.<sup>125</sup> Oprócz funkcji promocyjnej, polegającej na uświadamianiu obywatelom Unii Europejskiej zakresu ich praw i wolności, zadaniem Karty ma być kształtowanie (i „petryfikowanie” istniejących) minimalnych standardów ochrony praw człowieka w całej Unii.<sup>126</sup> Można było mówić o wiążącym w sensie politycznym charakterze, ale nie o bezpośrednim skutku prawnym Karty, gdy była ona aktem „prawa miękkiego”. Oznacza to, że jej standardy musiały i muszą być uwzględnione zarówno w procesie stanowienia, jak również stosowania prawa unijnego, a organy państw członkowskich, tak ustawodawcze, jak i sędownicze, są zmuszone brać pod uwagę postanowienia Karty. Spodziewać się należy wpływu Karty na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jednocześnie, z racji powielenia przez Kartę standardów zaczerpniętych z innych międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka, dotychczasowa interpretacja tych ostatnich będzie miała wpływ na sposób interpretacji postanowień

<sup>124</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis of a European Private Law* [w:] *Towards a European Civil Code*, ed. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron, M. Veldman, Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen 2004, s. 209.

<sup>125</sup> Zob. R. WIERUSZEWSKI, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej* [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, pod. red. E. Popławskiej, Warszawa 2000, s. 63.

<sup>126</sup> Tym samym Karta rozwiązuje problem „znikającego celu”, jak również podwójnych standardów – podwyższonej czujności wobec nowych, postkomunistycznych państw członkowskich. W. SADURSKI, *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty Concerns of the New Accession States: The Role of the Charter of Rights*, EU Working Paper LAW No. 2003/11, s. 9.



Karty.<sup>127</sup> Artykuł 52 ust. 1 Karty wyznacza zakres zagwarantowanych w niej praw: „Każde ograniczenie korzystania z praw i wolności uznanych w niniejszej Karcie musi być przewidziane przez ustawę z poszanowaniem istoty ich treści. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia te mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście realizują cele wynikające z ogólnego interesu uznane przez Unię lub wynikają z potrzeby ochrony praw i wolności innych osób.” Sformułowanie to oparto na orzeczeniu ETS w sprawie C-292/97 *Karlsson*,<sup>128</sup> gdzie Trybunał stwierdził: „Istnieje ustalone orzecznictwo Trybunału, z którego wynika, że na korzystanie z podstawowych praw mogą być nałożone ograniczenia, zwłaszcza w kontekście wspólnej organizacji rynku, pod warunkiem jednak, że odpowiadają one w rzeczywistości zadaniom interesu ogólnego realizowanym przez Wspólnotę i nie stanowią, ze względu na realizowany cel, nieproporcjonalnej i nieuzasadnionej ingerencji osłabiającej istotę tych praw.”<sup>129</sup> Z po-

<sup>127</sup> Tamże, s. 63. Karta sama określa swoją relację do EKPC (prawa odpowiadające prawom zagwarantowanym w Konwencji mają to samo znaczenie i treść, choć ochrona gwarantowana przez prawo Unii może być szersza), odnosząc się w ten sposób do problemu standardu ochrony praw podstawowych w UE. W literaturze wskazuje się jednak na możliwe rozbieżności, gdy konkretne zasady nie „odpowiadają” w pełni prawom gwarantowanym przez EKPC, jak również na problem powtórzeń zasad w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy oraz ich niejasnej hierarchii. Zob. v. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis...*, s. 211. Ponadto dopiero przystąpienie UE (co stanie się możliwe, gdy uzyska ona osobowość prawną i jednoznaczną legitymację traktatową) rozwiąże kwestię kontroli działań instytucji WE przez niezależny organ, przez co rośnie liczba skarg do Strasburga przeciwko państwom członkowskim UE w związku ze wspólnotowymi aktami prawnymi. Zob. A. WYROZUMSKA, *Jednostka w unii Europejskiej* [w:] *Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe*, pod red. J. Barcza, wyd. drugie uzupełnione, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2003, s. 369-370.

<sup>128</sup> Sprawa C-292/97, Zb. Orz. 2000, s. I-2737.

<sup>129</sup> M. A. Nowicki (tłum.) „Karta podstawowych praw Unii Europejskiej”, Tekst z objaśnieniami Sekretariatu Konwencji, edycja specjalna „Spotkania Europejskie”, Zakamycze 2003, s. 69.

wyższego można wywnioskować, że godność ludzka – centralny koncept sprawiedliwości – jest chroniona przed mechanizmami wolnorynkowymi, z naczelnym postulatem efektywności, i może doznawać ograniczeń na rzecz tej ostatniej jedynie wówczas, gdy realizują one zadania interesu ogólnego gwarantowanego przez Wspólnotę, są uzasadnione i proporcjonalne. Unia Europejska także w tym kontekście scala obie kultury prawne Europy, czyniąc powyższą zasadę wyrazem wspólnotowej, a więc wspólnej polityki prawa. Ponadto – odniesieniem w art. 15 ust.2, dotyczącym jednak tylko osób fizycznych – Karta ignoruje cztery swobody ekonomiczne Wspólnoty. Z drugiej strony, w Traktacie Lizbońskim cele gospodarcze umieszczono symbolicznie w początkowych przepisach, wciąż przed „zwalczeniem wyłączenia społecznego i dyskryminacji oraz wspieraniem sprawiedliwości i ochrony socjalnej, równości kobiet i mężczyzn, solidarności między pokoleniami i ochroną praw dziecka”, a także przed spójnością gospodarczą, społeczną i – to novum – terytorialną. „Z punktu widzenia kształtowania się europejskiego prawa prywatnego (...) Karta ma silny charakter socjalny, który nie jest zrównoważony położeniem jednakowego nacisku na inicjatywy ekonomiczne.”<sup>130</sup>

Interesującą tendencją orzeczniczą w poszczególnych państwach członkowskich UE jest przywoływanie praw podstawowych w sprawach z zakresu prawa prywatnego. Prawa podstawowe, upowszechnione po II wojnie światowej, miały zgodnie z doktryną *Drittwirkung* zastosowanie przede wszystkim w relacjach wertykalnych, czyli jednostka – państwo (*mittelbare Drittwirkung*).<sup>131</sup> Jednak coraz częściej wywierają one pośredni skutek horyzontalny (*unmittelbare Drittwirkung*), prowadząc nawet do wykładni *contra legem* w sprawach między jednostkami. Jak zauważa m.in.

<sup>130</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis ...*, s. 210-211.

<sup>131</sup> O czym przesądza art. 1 Konstytucji RFN.

prof. B. Markesinis, prawo prywatne weszło w erę konstytucjonalizacji,<sup>132</sup> mamy więc do czynienia z ekspansją *horizontal effect of constitutional rights* zarówno na etapie tworzenia, jak i stosowania prawa. Zjawisko to, obserwowane głównie w orzecznictwie niemieckim i szeroko komentowane w niemieckiej doktrynie, widoczne jest w sprawach dotyczących ochrony prywatności,<sup>133</sup> swobody wypowiedzi czy tzw. złego urodzenia. Z czasem powinno się upowszechniać w pozostałych państwach członkowskich<sup>134</sup> i w pozostałych aspektach prawa prywatnego, gdzie zapewni ochronę godności ludzkiej, wzmacniając meta-zasadę sprawiedliwości.

W dotyczącej konfliktu swobody wypowiedzi i moralności publicznej sprawie *Lüth*<sup>135</sup> Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Treść prawna praw podstawowych jako obiektywnych norm rozwija prawo prywatne poprzez postanowienia, które bezpośrednio regulują tę sferę prawa. W ten sam sposób, w jaki nowe prawo musi być zgodne z podstawowymi

<sup>132</sup> B. MARKESINIS, *The Applicability of Human Rights as Between Individuals in German Constitutional Law* [w:] *Always on the Same Path*, red. B. Markesinis, Hart Publishing Oxford 2001, s. 189 – 190.

<sup>133</sup> B. MARKESINIS, ‘Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany’, *Law Quarterly Review* 115/1999, s. 47.

<sup>134</sup> W Anglii dotychczasowy brak podziału na prawo publiczne i prywatne oznaczał, że prawa człowieka nigdy nie były uważane za funkcjonujące jedynie w relacji wertykalnej. Zmienił to *Human Rights Act 1998*, wprowadzający EKPC do brytyjskiego systemu prawnego, choć podnoszone przez doktrynę argumenty skrajne – o skutku wyłącznie wertykalnym bądź pełnym skutku horyzontalnym – są błędne. Prawda leży gdzieś pośrodku, choć sprawa *Wainwright przeciwko Home Office* ([2003]UKHL 53) podważa argument na rzecz horyzontalnego skutku Konwencji. Prawa człowieka we francuskiej konstytucji są mniej sprecyzowane niż ma to miejsce w Konstytucji niemieckiej, czy w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) i nie należą do jurysdykcji wyłącznej *Conseil constitutionnel* ani *Conseil d’Etat*; brak wyraźnego rozgraniczenia między ich działaniem wertykalnym i horyzontalnym. R. YOUNGS, *English, French & German Comparative Law*, wyd. 2, Routledge Cavendish, London and New York 2007, s. 124-125. Zob. Także N. BAMFORTH, *Understanding the Impact and status of the Human Rights Act 1998 within English Law*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 10/04.

<sup>135</sup> BVerfGE 7, 198.

wartościami systemu prawnego, tak też prawo już istniejące musi dostosowywać swą treść do tychże wartości; z tego systemu szczególne treści konstytucyjne wpływają na prawo prywatne, od tego momentu determinując jego interpretację. Spór między osobami prywatnymi co do praw i obowiązków wynikających z takich norm prawa cywilnego, na które wpływa prawo konstytucyjne, pozostaje materialnie i proceduralnie sprawą cywilną. Prawo cywilne jest interpretowane i stosowane, nawet jeżeli interpretacja ta musi opierać się o prawo publiczne – prawo konstytucyjne.”<sup>136</sup>

Jak pisze Habermas, również posługując się przykładem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, „FTK kwalifikuje w swych orzeczeniach prawa podstawowe jako zasady całego porządku prawnego, którego zawartość normatywną strukturalizuje system reguł jako całość. W nawiązaniu do tego niemiecka dogmatyka prawa zasadniczego zajmuje się przede wszystkim wzajemnym oddziaływaniem między nienaruszalnymi tylko w ich istotnej treści prawami podstawowymi a ustawami zwykłymi, immanentnymi granicami praw podstawowych, które wynikają stąd także dla absolutnie obowiązujących praw podmiotowo-publicznych «promieniowaniem» praw podstawowych na wszystkie obszary prawa i ich dalszym wpływem na horyzontalne wzajemne obowiązki i prawa osób prywatnych, zleceniami działania, obowiązkami ochrony i troski państwa, które można wyprowadzić z obiektywno-prawnego charakteru praw podstawowych jako elementarnych zasad porządku; wreszcie «dynamiczną» ochroną praw podstawowych i procesualnym powiązaniem podmiotowo-prawnej i obiektywno-prawnej treści praw podstawowych.”<sup>137</sup> Według Habermasa zmiana w konceptualizacji praw podstawowych, znajdująca swe odbicie w orzecznictwie konstytucyjnym, jest bezsporna – prowadzi ona „od zabezpieczających wolność praw

<sup>136</sup> Zob. R. YOUNGS, *English, French & German Comparative Law...*, s. 126.

<sup>137</sup> J. HABERMAS, *Faktyczność i obowiązywanie...*, s. 264-265.

obronnych, które gwarantują zgodność z prawem ingerencji administracyjnych, do wiodących zasad porządku prawnego, które rezygnując z pojęciowej czystości, włączają treść podmiotowych praw wolnościowych do obiektywno-prawnej treści budujących struktury i porządkujących norm o charakterze zasad.” Z metodologicznego punktu widzenia zmianie tej odpowiadają „kluczowe pojęcia prawa konstytucyjnego”, jak np. zasada proporcjonalności. Rozwinąwszy owe pojęcia kluczowe, FTK „stworzył sobie, obok klasycznych figur prawnych zapisanej konstytucji, wysoce czułe instrumentarium, którego struktura pojęciowa i stopień złożoności struktury stawianych problemów, w szczególności tych, które wymagają zapośredniczenia między poziomem mikro (poziomem działań indywidualnych) i poziomem makro (poziomem systemu), wydaje się być odpowiedni. (...) To właśnie ta struktura relacyjna uzdatnia kluczowe pojęcia do formułowania problemów konstytucyjnych na takim poziomie, który pozwala uniknąć jednostronnego zafiksowania na funkcji strzeżenia prawa lub na funkcji socjalnego planowania. Na tym poziomie może się udać połączyć państwo socjalne, «udzielające świadczeń» i «rozdzielające» według prawa obowiązującego administrację, i gwarantujące określone stany posiadania państwo praworządne – w szerszych kategoriach prawa konstytucyjnego.”<sup>138</sup>

Jest to w szczególności sposób związane z koncepcją, która za sprawiedliwą alokację dóbr społecznych uznaje tę obejmującą dobra takie jak „prawa i wolności przysługujące ludziom jako obywatelom, a nie tylko materialne korzyści, które im przysługują ze strony innych ludzi.”<sup>139</sup> Takie ujęcie sprawiedliwości jest – paradoksalnie – kontynuacją wcześniejszego zjawiska, związanego ze społeczną rolą praw według ideologii neoliberalnej. Redukcja roli państwa w zapewnianiu dobrobytu poprzez instrumenty publiczno-prawne i promowanie rozwiązań rynkowych

<sup>138</sup> Tamże, s. 266. Habermas cytuje tu tekst Denningera *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe* [w:] *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990.

<sup>139</sup> J. O. TOMASI, *Justice...*

czyni prawo prywatne podstawowym narzędziem polityki społecznej,<sup>140</sup> a „sądy zasad” – na każdym poziomie niesprawiedliwości i w relacji horyzontalnej oraz wertykalnej – ostatnim bastionem broniącym fundamentalnych praw jednostki. Poniższe przykłady nie wyczerpią tematu, są jednak jaskrawymi przejawami znaczenia kreatywności sędziowskiej w sytuacjach, gdy prawo pisane nie umożliwia rozstrzygnięcia zawisłego sporu. Pokazują one jedynie – i aż – rolę dworkinowskiego księcia czy też średniowiecznego rycerza-męczennika (a zarazem patrona większości Europy) w tworzeniu w ramach UE efektywnej, spójnej myślowo, racjonalnej i sprawiedliwej zarazem „ostrej włóczni” oświeconego umysłu na wielu poziomach drakońskiej niesprawiedliwości.

Kazusy koncentrować się będą na obserwowaniu na kilku poziomach – w kolejnych kręgach otaczających jednostkę i przed sądami: krajowym, międzynarodowym i ponadnarodowym – ważenia równorzędnych zasad w relacjach horyzontalnych oraz na styku prawa publicznego i prywatnego. Przykład pierwszy poświęcony jest ochronie słabszej strony kontraktu w konflikcie z fundamentalną zasadą swobody umów w jurysdykcji sądów zasad wybranych państw członkowskich. Przykład drugi to widziana z perspektywy strasburskiej efektywna ochrona fundamentalnego prawa własności w konflikcie z interesem innej jednostki, a zarazem z interesem publicznym. Wreszcie – umieszczony w kontekście unijnym – przykład trzeci pokazuje niezwykle ciekawy aspekt walki z niesprawiedliwością w wielu postaciach: walki z dyskryminacją (np. ze względu na płeć czy niepełnosprawność), z (dalszym) wykluczeniem społecznym i dyskryminacją płacową mieszkańców regionów i państw upośledzonych ekonomicznie, a nawet z zanieczyszczaniem środowiska naturalnego<sup>141</sup>

<sup>140</sup> Zob. M. HESSELINK *et al* (Study Group on Social Justice in European Private Law), *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, ERPL 2004/10, s. 655.

<sup>141</sup> Zob. także M. TORRE-SCHAUB, *The Single Market and the Environment: Pathways to Integration*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 05/06.

w drodze *linkage*, umożliwiającego „kupienie” sprawiedliwości społecznej przy realizacji zamówień publicznych.

### *Primum exemplum*

Nie bez znaczenia dla rozwoju prawa konstytucyjnego w Europie epoki Oświecenia, ale także ważne dla dyskusji o swobodzie umów i jej ograniczeniach były poglądy filozoficzne Thomasa Hobbesa (1588-1679). Naturalizm Hobbesa, polegający na traktowaniu człowieka jako części przyrody, kazał mu wystąpić w opozycji do poglądów Arystotelesa, który uważał ludzi za istoty społeczne. Hobbes, przeciwnie, twierdził, że natura i instynkt kazał człowiekowi być egoistą, dążącym przede wszystkim do samozachowania i do własnego dobra. To, co dobre dla jednego, może być złe dla drugiego. Każdy walczy o to, co dla niego dobre i nie jest ograniczony żadnymi obowiązkami ani prawami innych, a jego sukces zależy tylko od jego własnych możliwości. „Stanem natury” według Hobbesa jest więc walka wszystkich przeciwko wszystkim.<sup>142</sup>

Od stoików przejął Smith sentencję Epikteta: „Traktuj swoje nieszczęście tak, jak potraktowałby je twój sąsiad”, uznając ją za przydatną wskazówkę postępowania w obliczu niepowodzeń.<sup>143</sup> Postulat hamowania swoich apetytów i ograniczania potrzeb w imię jakiegoś wyższego celu, choćby był oddalony w czasie, leży u podstaw ekonomicznej teorii Smitha. Zachowanie człowieka powinno być dalekowzroczne i owocne, nie tylko

<sup>142</sup> W opozycji do takiego pojmowania stanu natury znajdował się inny czołowy filozof Oświecenia – Jan Jakub Rousseau. Uważał on, że powstanie społeczeństwa, organizacji państwowej i postęp cywilizacyjny, jako wytwory sztuczne, nie naturalne, stały się przyczyną podziałów klasowych i nierówności ekonomicznych. Życie indywidualne i równość wszystkich zostały zastąpione przez życie zbiorowe i walką silniejszych i słabszych o własność. Żeby zapanował pokój, zawarło umowę, „sankcjonującą stan posiadania każdego”. Zob. W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii*, t.2, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 152.

<sup>143</sup> G. VIVENZA, *Adam Smith and the Classics*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 59. Jak wskazują autorka, Smith nie był jednakże zwolennikiem stoickiej „apatii”, uznając ją za niezgodną z naturą.

dla niego samego, ale również dla społeczeństwa. Sprawowanie kontroli nad własnymi potrzebami, zachowanie arystotelesowego „złotego środka” jest, według Smitha, przejawem roztropności. Wymóg sprawiedliwości (będącej zasadą równie fundamentalną jak zasady gramatyki) i roztropności przy transakcjach stawiany jest obu stronom umowy. Cnoty te są, zdaniem Smitha, konieczne do dobrego funkcjonowania wolnego rynku. Podobne założenia przyjmuje współczesna ekonomiczna analiza prawa umów. Pogląd Smitha na sprawiedliwość cechował antyutilitaryzm: ma ona walor użyteczności społecznej, jednak to nie ten walor, a uniwersalne ludzkie odczucia (w tym „sympatia”) decydują o potrzebie sprawiedliwości. W wymiarze jednostkowym, sprawiedliwość ma, według Smitha, wymiar negatywny, tzn. sprowadza się do unikania szkodenia innym – odpowiada to drugiej części definicji zaproponowanej przez Ulpiana: *alterum non laedere*.<sup>144</sup> Sprawiedliwość definiowana przez Smitha ma wiele wspólnego ze sprawiedliwością komutatywną Arystotelesa: pełni ona funkcję korekcyjną poprzez utrzymywanie równości w relacjach interpersonalnych, w tym także między stronami umowy.<sup>145</sup>

Wiążąca moc umów, a tym samym konieczność ich dotrzymania, to nie wynikający z „prawa natury” obowiązek wierności własnym słowom, o którym mówili Grocjusz i Pufendorf, lecz inny, sformułowany negatywnie, obowiązek moralny. Polega on na tym, że nie można budzić w kontrahencie określonych oczekiwań, by potem ich nie wypełnić – postępowanie takie jest zwodnicze i naganne. Owa maksyma powinna zawsze towarzyszyć sędziemu, wraz z innymi fundamentalnymi elementami etyki Smitha: solidarności ze stroną poszkodowaną, kategorią niezależnego obserwatora oraz większym znaczeniem z punktu widzenia moralności skutków czynu niż stojącą za nimi intencją. Jednakże zawsze, orzekając w danej sprawie, musi on brać sytuację społeczną – inaczej

<sup>144</sup> G. VIVENZA, *Adam Smith...*, s. 98. Smith mówił o konieczności sprawiedliwości zarówno w prawie karnym, jak i cywilnym.

<sup>145</sup> Tamże, s. 52.



trudno będzie wyznaczyć granice sprawiedliwości, których przekroczenie byłoby jednocześnie naruszeniem prawa.

Następstwem liberalizmu gospodarczego był kapitalizm monopolistyczny, charakteryzujący się rozdziwieniem między pracą a kapitałem, co z kolei zrodziło potrzebę radykalnej zmiany podejścia do legislacji. Okazało się, że prawo może i powinno pełnić funkcję ochronną wobec słabszych ekonomicznie (i społecznie) jednostek. Myśl ta, znana jako „solidaryzm społeczny”, czy „prąd socjalny”, opierała się na krytyce nastawionej na indywidualizm (a wręcz egoizm) i indywidualny zysk teorii autonomii woli i zasady swobody umów. Jak słusznie zauważa Kötz, obrońcy liberalnego prawa umów od dawna przyznają, iż warunki, pod którymi prawo umów może generować zysk dla społeczeństwa, niejednokrotnie nie zostają spełnione. Dzieje się tak na przykład, gdy jedna ze stron umowy w chwili jej zawierania nie jest w stanie dokonać właściwego osądu sytuacji i własnej pozycji kontraktowej w związku ze swym stanem psychofizycznym, bądź gdy druga strona wykorzystała jej niedoświadczenie, naiwność lub trudną sytuację.<sup>146</sup> Powyższe sytuacje wypełniają zresztą wspólnie hipotezę przepisów europejskich kodeksów cywilnych o wadach oświadczenia woli i wyzysku. Postanowienia o nadmiernym zysku i nieuczciwym czerpaniu korzyści wydają się wcielać oba elementy ochrony wyróżnione przez T. Wilhelmssona: ochronę zorientowaną na zdolność/możliwość (*ability-oriented protection*) i ochronę zorientowaną na potrzebę (*need-oriented protection*). Możliwośći strony, która na umowie zyskała, oceniane są na tle standardu uczciwości, lecz jednocześnie uwzględnić należy potrzebę chronienia strony słabszej.<sup>147</sup>

Angielskie prawo umów zawsze cechował duży nacisk na indy-

<sup>146</sup> H. KÖTZ i A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law. Volume 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford 1997, s. 12.

<sup>147</sup> T. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European contract law*, *European Law Journal* 2004/10, s.721-722.

widualizm, autonomię woli stron i dbanie o własne interesy, jednakże wiele obowiązujących obecnie zasad prawnych zawdzięcza swe istnienie sądownictwu opartemu o słuszność (equity).<sup>148</sup> Generalnie prawo angielskie dla ważności umowy wymaga, by każdemu zobowiązaniu odpowiadało świadczenie o jakiejś wartości ekonomicznej. Jest to tzw. doktryna *consideration*. Z tego powodu nie można np. dochodzić wykonania darowizny. Jednakże nie ma w powołanej doktrynie wymogu, by wzajemne świadczenia były równe. Instytucja „dorożumianego wyzysku” (*presumed undue influence*) daje stronie wyzyskanej możliwość żądania rozwiązania umowy przez sąd, jeżeli transakcję cechuje „oczywista i nieuczciwa niekorzystność” dla tej strony. Oprócz dorożumianego wyzysku istnieje też „wyzysk faktyczny” (*actual undue influence*), który jest w prawie angielskim odmianą podstępny i może mieć miejsce, nawet jeżeli transakcja nie będzie niekorzystna w sposób oczywisty (*C.I.B.C. Mortgages Plc v. Pitt*<sup>149</sup>). Wyzysk będzie oczywisty, jeżeli „byłoby to oczywiste dla każdej niezależnej i rozsądnej osoby oceniającej transakcję w chwili jej zawarcia, mającej wiedzę o wszystkich istotnych faktach” (*Bank of Credit and Commerce International SA v. Aboody*<sup>150</sup>). Niekorzystność transakcji dla jednej ze stron musi być ponadto jasna i oczywista (*Cheese v. Thomas*).<sup>151</sup> Istnieje domniemanie wyzysku, jeżeli jest on nie tylko oczywisty, ale także gdy między stronami istnieje specjalna relacja, jak np. między lekarzem a pacjentem, bądź inny typ związku, jak np. oparty na zaufaniu lub zależności, np. między mężem i żoną (jak miało to miejsce w sprawie *Aboody*). To domniemanie jest wzruszalne na podstawie przesłanki, że „dawca działał niezależnie

<sup>148</sup> W. GELDARD, *Introduction to English Law*, Tenth Edition, ed. D.C.M. Yardley, Oxford University Press, Oxford 1991, s. 17 i n.

<sup>149</sup> [1994] 1 AC 200.

<sup>150</sup> [1990] 1 QB 923.

<sup>151</sup> [1994] 1 WLR 129. Por. MCKENDRICK, *Contract law. Text, cases, materials, Second edition*, Oxford University Press 2005, s.767-769.

od jakiegokolwiek wpływu biorcy i z pełnym rozeznaniem tego, co czyni”. Ciężar dowodu przy podważeniu domniemania spoczywa na biorcy.<sup>152</sup> Szczególne przepisy oparte na koncepcie niekwalifikowanego *laesio enormis* zawarte zostały w art.137 *Consumer Credit Act* z 1974 r., który stanowi, że sąd może nakazać renegotjację umowy kredytowej, jeżeli uzna koszty kredytu za zbyt wygórowane (*extortionate*), podając jednocześnie przykłady takich sytuacji. Przy okazji opisywania instytucji wyzysku w prawie angielskim, należy wspomnieć o budzącej wiele wątpliwości doktrynie „nierówności pozycji przetargowej stron” (*imbalance of bargaining power*). Lord Denning w orzeczeniu *Lloyds Bank v. Bundy*<sup>153</sup> uczynił próbę powiązania faktu bycia niedoświadczonym w sprawach biznesowych ze stanem potrzeby, ignorancji lub niedołążności w połączeniu z *undue influence*. Jego idea nie została jednak zaakceptowana w późniejszym orzecznictwie (*Pao On v. Lau Yiu Long*<sup>154</sup>).

Stosownie do §138 BGB, rażąca nieproporcjonalność w wartości świadczeń nie stanowi sama w sobie przesłanki nieważności umowy jako sprzecznej z porządkiem publicznym.<sup>155</sup> Koniecznym warunkiem tego, by można było zakwalifikować transakcję jako opartą na „lichwie” (*Wucher*) jest zaistnienie którejkolwiek z wymienionych cech lub okoliczności wpływających na pozycję przetargową strony, która padła tej lichwy ofiarą. Należą do nich: stan ograniczenia, niedoświadczenia, brak zdolności rozróżniania lub znacząca słabość woli, która została wykorzystana przez drugą stronę. Konieczne jest ponadto, by osoba, która odniosła w związku z tym korzyść, bądź osoba trzecia, która skorzystała na umowie, otrzymała „wynagrodzenie finansowe w zamian za świadczenie”. Orzecznictwo pokazuje, że intencja strony wykorzystującej pozycję

<sup>152</sup> Tamże, s. 766-767.

<sup>153</sup> [1975] QB 316.

<sup>154</sup> [1980] AC 614.

<sup>155</sup> BGH, orzeczenie z 24 stycznia 1979, NJW 1979.758.

słabszego kontrahenta może zostać wywnioskowana z okoliczności i że istnienie takiej intencji będzie dla sądu podstawą do potraktowania umowy jako przypadku kwalifikowanego *laesio enormis*, a w rezultacie – unieważnienia jej.<sup>156</sup>

*Lésion* w prawie francuskim jest w pewnych wypadkach traktowane jako *vice de formation* (wada zawarcia umowy), oceniana z ekonomicznego punktu widzenia. Niektóre przypadki kwalifikowanego *laesio enormis* prawo francuskie traktuje jako *dol* (podstęp). Przypadkiem wykorzystania czyjegoś *état de nécessité* (stanu potrzeby) jest bardzo dawna sprawa z 27 kwietnia 1887 r.,<sup>157</sup> w której *Cour de Cassation* podtrzymał decyzje niższych instancji dotyczącą pomocy dla statku z ładunkiem, który utknął na mieliźnie. Zawarcie zbyt obciążającej potrzebującą stronę umowy sądy postrzegały jako przypadek przemocy (*violence*), a nie umowy opartej na wyrażeniu woli. Rażąca nierówność świadczeń będzie podstawą do rozwiązania umowy jedynie w odniesieniu do określonych umów, np. umowy najmu, licencji, umów o roboty budowlane; bądź w odniesieniu do określonych grup społecznych, np. małoletnich, spadkobierców.<sup>158</sup> Przypadek *lésion* można odnaleźć w art. 1674 i art. 1675 *Code civil*, które są przepisami bezwzględnie obowiązującymi, nakazującymi skorzystanie z roszczenia o rozwiązanie umowy (nie można z niego zrezygnować i np. żądać modyfikacji umowy), zakazującymi zadeklarowanie, że różnica w wartości była darowizną. Postanowienia te odnoszą się do sprzedaży nieruchomości i ustanawiają precyzyjną regułę, mówiącą, kiedy można żądać rozwiązania umowy: może to nastąpić tylko wówczas, gdy cena jest niższa niż 7/12 wartości. W przypadkach

<sup>156</sup> BGH, *orzeczenie z 12 marca 1981*, BGHZ 80.153. Por. H. BEALE, A. HARTKAMP, D. KÖTZ i D. TALLON, s.455-466

<sup>157</sup> D.1888.1.263; S.1887.1.372.

<sup>158</sup> A. MACHOWSKA, K. WOJTYCZAK (red), *Prawo francuskie*, tom 1, wyd. 1, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Zakamycze 2004, s.192.

innych, niż przewidziane wyraźnie ustawą doktryna *violence morale* nie zezwala na to, by zwykła nierówność świadczeń, nawet jeżeli jest zbyt duża, była podstawą rozwiązania umowy.<sup>159</sup> Byłoby to bowiem uznane za nadmierne ograniczenie swobody umów.

Artykuł 388 §1 polskiego kodeksu cywilnego, mający zastosowanie jedynie do kontraktów synalagmatycznych, odnosi się do sytuacji, w której jedna strona wykorzystuje przymusowe położenie drugiej strony, jej niedołęstwo lub niedoświadczenie, przyjmując albo zastrzegając dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jej własnego świadczenia. Wówczas druga strona może żądać zmniejszenia swojego świadczenia lub zwiększenia świadczenia jej należnego. Jeżeli jednak obie możliwości wiązałyby się z nadmiernym utrudnieniem, może żądać unieważnienia umowy.<sup>160</sup>

W wyroku z 13 stycznia 2005 r.<sup>161</sup> SN skonfrontował ze sobą zasadę swobody umów i zasady współżycia społecznego, w szczególności skodyfikowane w art. 388 k.c., stwierdzając: „Postanowienie umowy zastrzegające rażąco wygórowane odsetki jest nieważne, jednakże tylko w takiej części, w jakiej – w okolicznościach sprawy – zasady współżycia społecznego ograniczają zasadę swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c.). Zakresy art. 388 i art. 58 k.c. mogą się krzyżować, zwłaszcza wówczas, gdy zastrzeżenie świadczenia rażąco niewspółmiernego w stosunku do własnego jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego przez co narusza art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z przekroczeniem granicy swobody umów.” Przychylił się więc do

<sup>159</sup> H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ i D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 1<sup>st</sup> edn, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon 2002, s.455.

<sup>160</sup> Uprawnienie to stosownie do §2 cytowanego przepisu wygasa z upływem dwóch lat od zawarcia umowy. Orzeczenie sądu ma skutek retroaktywny, a zatem strony powinny zwrócić sobie to, co wzajemnie świadczyły.

<sup>161</sup> IV CK 444/04.

twierdzenia, że wolność w zawieraniu i kształtowaniu umów jest także przejawem sprawiedliwości – niesprawiedliwe byłoby, gdyby jedna ze stron umowy, strona ekonomicznie słabsza, była tej wolności pozbawiona.<sup>162</sup>

Jednakże „przymusowe położenie” Sąd Najwyższy definiuje niezbyt szeroko, stwierdzając w wyroku z 24 października 2003 r.,<sup>163</sup> iż „świadomość, że nieruchomości może zostać wywłaszczona i wówczas własność może zostać odjęta na warunkach ekonomicznych gorszych, niż w razie podjęcia decyzji o sprzedaży, nie stanowi rodzaju presji, czy braku swobody, który uniemożliwiłby lub utrudniał podjęcie racjonalnej decyzji, jak również nie są to okoliczności określone przez ustawodawcę w art. 388 k.c. jako «przymusowe położenie». Przymusowe położenie występuje, gdy strona znajduje się w takich warunkach materialnych, osobistych lub rodzinnych, które zmuszają do zawarcia umowy nawet bez ekwiwalentności świadczeń (za wszelką cenę) oraz nie pozwalają na swobodne pertraktacje. Zaś stan niedołęstwa należy rozumieć jako bezradność, niemożliwość przewyciężenia przeszkód na skutek braku sił fizycznych lub psychicznych, a niedoświadczenie jako brak ogólnego doświadczenia życiowego bądź jako brak doświadczenia w określonego rodzaju przedsięwzięciach.”<sup>164</sup>

<sup>162</sup> Traktowanie nierówności stron kontraktu jako uszczerbku dla swobody kontraktowania nie kłóci się ze twierdzeniem Amartya Sena na temat rynku i wolności: „Źródłem zniewolenia może być samo ograniczenie swobody transakcji poprzez arbitralne narzędzi kontroli. W ten sposób ludziom nie pozwala się na coś, co – jeśli nie ma wynikających z konkretnej sytuacji przeciwwskazań – należy do ich podstawowych praw. Problem ten nie wiąże się z efektywnością mechanizmu rynkowego ani w ogóle z rozważaniami na temat funkcjonowania mechanizmu rynkowego bądź jego braku; chodzi tu tylko i wyłącznie o znaczenie swobody wymiany i transakcji bez zewnętrznych zezwoleń czy przeszkód”. A. SEN, *Rozwój i wolność*, Zysk i S-ka, Poznań 2002, s. 41.

<sup>163</sup> III CK 31/02.

<sup>164</sup> Wyrok SN z 27 września 2005 r., V CK 191/05.

Obiektywny element normy zawartej w art. 388 k.c. jest analogiczny do *laesio enormis* (kiedy świadczenie jednej strony jest wyższe od świadczenia drugiej strony o więcej niż połowę), jest jednak bardziej elastyczny, używając sformułowania „przewyższa w rażącym stopniu”. Ponadto osoba zawierająca niekorzystną dla siebie umowę nie może mieć szczególnej woli zmniejszenia własnego zysku, co mogłoby mieć miejsce, gdyby zależało jej szczególnie na szybkości świadczenia przez drugą stronę bądź uznaniu własnego świadczenia w części za darowiznę.<sup>165</sup> Wyzysk wyznacza granicę swobody umów, która jest „uzasadniona właściwościami (naturą) stosunku prawnego wynikającego z umowy wzajemnej, a także względami natury moralnej. Regulacja skutków wyzysku, dopuszczając kontrolę treści umowy przez sąd, umożliwia albo korektę jej treści, albo wyeliminowanie danej umowy z aktów obrotu prawnego (wzruszalność czynności prawnej)”.<sup>166</sup>

### *Secundum exemplum*

Trybunał w Strasburgu wielokrotnie przypominał, że „wykonanie orzeczenia sądu musi być uznane za integralną część „procesu” w rozumieniu art. 6 EKPC” oraz że prawa człowieka w przepisie tym gwarantowane byłyby iluzoryczne, gdyby system prawny państw-stron Konwencji zezwalał na niewykonanie prawomocnego wyroku szkodząc jednej ze stron. Znaczącym przykładem z jursprudencji strasburskiej jest orzeczenie w sprawie *Immobiliare Saffi* przeciwko Republice Włoskiej,<sup>167</sup> gdzie Trybunał jednomyślnie stwierdził

<sup>165</sup> C. ŻUŁAWSKA [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, pod red. G. Bienka, wyd. 6, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, s.162-3.

<sup>166</sup> Tamże, s. 162.

<sup>167</sup> Orzeczenie z 28 lipca 1999 r. Por. podobne sprawy: orzeczenie z 28 marca 2000 r. *Georgiadis przeciwko Grecji* oraz orzeczenie z 21 kwietnia 1998 r. w sprawie *Estima Jorge przeciwko Portugalii*.

naruszenie art. 1 Protokołu Pierwszego do EKPC (ochrona własności) oraz art. 6 EKPC (prawo do sądu).

Powód, *Immobiliare Saffi*, włoski przedsiębiorca budowlany, w 1988 r. stał się właścicielem apartamentu w Livorno, który od wielu lat był wynajmowany. Choć umowa najmu wygasła 31 grudnia 1983 r. i sąd w Livorno nakazał przywrócenie posiadania, najemca odmówił opuszczenia lokalu. Mimo wielokrotnych prób, wykonanie nakazu okazało się niemożliwe, ponieważ postanowienia ustawowe o zawieszeniu eksmisji uniemożliwiały powodowi uzyskanie asysty policji. Posiadanie przywrócono dopiero w kwietniu 1996 r., po śmieci najemcy. Spółka pozwała Republikę Włoską, powołując się przed Trybunałem na zagwarantowaną w Konwencji ochronę własności i prawo do sądu oraz efektywnego środka prawnego poprzez nieracjonalną przewlekłość wykonania ostatecznego wyroku sądu.<sup>168</sup> Trybunał w pierwszym etapie testu naruszenia uznał, że cel legislacji włoskiej był uzasadniony, ponieważ służyła ona dobru wspólnemu, jako że „jednoczesna eksmisja dużej liczby najemców prowadziłaby niewątpliwie do znaczących napięć społecznych i zagrażała porządkowi publicznemu”.

Jednakże w kontekście proporcjonalności interwencji państwa, Trybunał zdecydował, że powinna ona być ustanawiać w sposób sprawiedliwy równowagę (*fair balance*) pomiędzy wymogami interesu ogólnego a koniecznością ochrony fundamentalnych praw jednostki. W sferach takich jak mieszkalnictwo, które odgrywa ważną rolę w politykach ekonomicznych i socjalnych współczesnych społeczeństw, Trybunał uwzględniłby ocenę wagi interesu ogólnego, dokonaną przez ustawodawcę na poziomie krajowym, o ile ocena ta nie miałaby rażąco nierozsądnych podstaw. Przez około 11 lat spółka *Immobiliare Saffi* pozostawała w stanie niepewności co do stanu swego posiadania i możliwości odzyskania zakupionej

<sup>168</sup> Z oficjalnej notatki prasowej dostępnej na stronie: [http://www.echr.coe.int/eng/Press/1999/Jul\\_Aug/Immobiliare%20Saffi.eng.htm](http://www.echr.coe.int/eng/Press/1999/Jul_Aug/Immobiliare%20Saffi.eng.htm)



nieruchomości. Była więc paradoksalnie w sytuacji „słabszego” wobec nieustępliwego najemcy (Trybunał podkreślił, że z analizowanego materiału dowodowego nie wynikała konieczność szczególnej jego ochrony). Przedsiębiorca nie uzyskał pomocy organów państwowych, zobowiązanych do zagwarantowania przestrzegania prawa. W rozpatrywanej sprawie to nie sąd, pozbawiony możliwości wywarcia presji na organy zobligowane do zapewnienia skutecznej egzekucji, lecz administracja państwowa ponosi, według Trybunału, odpowiedzialność za sytuację, w której powód nie mógł nawet liczyć na uzyskanie odszkodowania za niemożność korzystania ze swej własności (np. poprzez wynajęcie apartamentu po cenie rynkowej). Trybunał orzekł zatem, że naruszona zastała równowaga między koniecznością ochrony interesu ogólnego i fundamentalnych praw jednostki, która poniosła w tej sytuacji nadmierny ciężar.<sup>169</sup>

Powyższy kazus jest praktycznym i trudnym przypadkiem konieczności wyważenia przez sąd przeciwnych, zasługujących na ochronę interesów: interesu publicznego (choć bezpośrednio powiązanego z, w tym wypadku nieuzasadnionym prawnie, interesem jednostki – najemcy) i uzasadnionych oczekiwań właściciela. Sprawa ta ukazuje metodę i rozumowanie stosowane w trudnych sprawach przez sąd, którego zadaniem jest stosowanie zasad prawa i osiągnięcie właściwej między nimi równowagi. Europejski Trybunał Praw Człowieka przypomina także, że to, czy jednostce rzeczywiście przysługuje roszczenie według prawa krajowego, zależy może nie tylko od materialnej treści określonego prawa podmiotowego, lecz także od ewentualnego istnienia proceduralnych przeszkód uniemożliwiających bądź ograniczających możliwości wniesienia skargi do sądu. Nie oznacza to, co prawda, możliwości utworzenia za pomocą interpretacji art. 6.1 EKPC nowego prawa podmiotowego (zwłaszcza przy obowiązującej w prawie krajowym zasadzie *numerus clausus* praw rzeczowych), jednak niezgodne z tym przepisem, a także z zasadą

---

<sup>169</sup> Tamże.

demokratycznego państwa prawa byłoby faktyczne uniemożliwienie ochrony praw podmiotowych w postępowaniu przed sądami krajowymi.<sup>170</sup> Wynika z tego, że ETPC – podobnie jak TS w znanej sprawie *Factortame* stosujący art. 10 TWE – dopuszcza rozszerzającą interpretację Konwencji w celu zapewnienia efektywności systemowi ochrony praw jednostki, na którego straży stoi. Nawet jeżeli nie kreuje prawa podmiotowego, z całą pewnością zabrania państwom członkowskim odmowy ochrony praw zagwarantowanych – odpowiednio – w Konwencji czy w Traktacie.

Oznaczać to może – jeżeli okaże się to konieczne – kreowanie niepisanych gwarancji proceduralnych, do czego zobowiązane są sądy krajowe.<sup>171</sup> Podczas gdy Trybunał w Strasburgu powołuje się w takiej sytuacji na zasadę rządów prawa w demokratycznym społeczeństwie (*the rule of law in a democratic society*), Trybunał w Luksemburgu uzasadnia wyrok, posługując się doktryną *effet utile*. Jak podkreślił rzecznik generalny Tesouro we wspomnianej sprawie *Factortame*, utrwalone orzecznictwo TS wymaga od sądów krajowych zapewnienie kompletnej i efektywnej ochrony prawnej jednostkom, którym bezpośrednio skuteczna norma prawa wspólnotowego przyznaje uprawnienie, pod warunkiem że norma ta od chwili wejścia w życie reguluje przedmiotową kwestię, z czego wynika niezgodność z prawem wspólnotowym wszelkich przepisów i praktyk krajowych uniemożliwiających sądom krajowym zapewnie-

<sup>170</sup> *Dyer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, Decisions and Reports 39, ss. 246-66 i 251-252. Por także T. R. HICKMAN 'The "uncertain shadow": Throwing Light on the Right to a Court under Article 6 (1) ECHR [w:] *Public Law*, Spring 2004, Sweet & Maxwell and Contributors, s. 130.

<sup>171</sup> "The story of the Strasbourg Court had come to be seen as part of the 'constitutionalisation' of Europe: the successful implementation of a constitutional model of politics, in which the law lays down the ground rules of political life and enforces them through effective judicial bodies". N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 71 (2), Blackwell Publishing, Oxford 2008, s. 184.

nie pełnego skutku normie wspólnotowej.<sup>172</sup> To ostatnie z kolei wynika z zasady lojalności wyrażonej w art. 10 TWE. Warte przypomnienia w tym kontekście jest orzeczenie TS w sprawie *Peterbroeck*, stanowiące pomost myślowy między orzecznictwem ETPC i TS, w której Trybunał orzekł, że jeśli gdziekolwiek procedura krajowa uniemożliwia lub nadmiernie utrudnia stosowanie prawa wspólnotowego, sprawa musi być rozpatrywana z uwzględnieniem roli owego problematycznego środka proceduralnego w poszczególnych instancjach, i jego szczególnych cech. W świetle tej analizy podstawowe zasady krajowego systemu sądowego (takie jak prawo do obrony, zasada pewności prawa czy właściwego przebiegu postępowania) muszą, tam, gdzie to stosowne, być brane pod uwagę.<sup>173</sup>

### *Tertium exemplum*

Ochrona praw podstawowych w świadczeniu usług użyteczności publicznej i realizacji zadań państwa, ale także pośrednio poprzez nie wydaje się wielce pożądanym, lecz niełatwym celem. Oczywiście jest, że paradygmat wspólnotowy przesunął się z punktu, gdzie Wspólnota służyły wyłącznie otwieraniu i integrowaniu rynku przez ułatwianie wymiany ekonomicznej do punktu uznania i ochrony praw człowieka (praw podstawowych) na poziomie UE. Heraldem tej zmiany był Trybunał Sprawiedliwości, stopniowo wprowadzając do *acquis communautaire* prawa zagwarantowane wcześniej w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (np. prawo do prywatności

<sup>172</sup> Por. także sprawa C-222/86 Unectef przeciwko Georges Heylens i inni [1987] ECR 4097; sprawa C- 222/84 Marguerite Johnston przeciwko Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, [1986] ECR 1651; połączone sprawy C-87/90, 88/90 oraz 89-90 Verholen i inni przeciwko Sociale Verzekeringsbank Amsterdam [1987] ECR 3757.

<sup>173</sup> Np. sprawa C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS przeciwko Belgii [1995] ECR I-4599. Zob. M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making...*, s.6.

w orzeczeniu *Stauder v. Ulm*). Było to wówczas równie zaskakujące jak dziś rola przetargów publicznych w ochronie wartości podstawowych.

Również to wczesne orzecznictwo wprowadzało jednak ochronę praw człowieka niejako ‘przy okazji’ definiowania zakresu praw ekonomicznych wynikających z prawa UE (wcześniej EWG).

Już w 1890 r. *House of Lords* w raporcie dotyczącym kontraktów rządowych (w szczególności Ministerstwa Wojny) postulował gwarantowanie przy ich okazji ich realizacji „uczciwych i rozsądnych warunków” pracy i płacy.<sup>174</sup> Obecnie państwa członkowskie UE w coraz większym stopniu angażują się w promowanie idei równości<sup>175</sup> (równości „genderowej”, rasowej, integracji osób niepełnosprawnych, niedyskryminacji pracowników z innych państw członkowskich) oraz ochrony środowiska naturalnego przy okazji ogłaszania przetargów i realizowania zamówień publicznych. Próby powiązania tych priorytetów z nabywaniem przez jednostki publiczne dóbr i usług od podmiotów prywatnych budzą jednak

<sup>174</sup> C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press 2007, s. 47.

<sup>175</sup> McCrudden dokonuje rozróżnienia między modelem sprawiedliwości indywidualnej (na którym się koncentruje) a modelem sprawiedliwości grupowej. Ten pierwszy polega na gwarantowaniu redukcji dyskryminacji poprzez eliminowanie z decyzji nieuprawnionych przesłanek opartych na rasie czy innych warunkach mających negatywne konsekwencje dla jednostki – polega on na oczyszczeniu procesu podejmowania decyzji, a nie na ich ogólnym skutku dla grup społecznych. Koncentruje się na uczciwości wobec jednostki i daje się łatwo wyrazić w postaci uniwersalnych i symetrycznych terminów (np. kobiety i mężczyźni są równi). Model sprawiedliwości indywidualnej odzwierciedla uznanie dla efektywności, zasług i osiągnięć, biorąc pod uwagę ograniczony stopień możliwej interwencji, może także wzmacniać działanie rynku. Jej cele mogą być w dużej mierze jasno sprecyzowane i ma to na celu zakazanie dyskryminacji, bez ambicji promowania szerokiej koncepcji równości. Tamże, s. 65-66.

kontrowersje<sup>176</sup> i rodzą konflikty zasad, które muszą rozstrzygać sądy zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym. W Niemczech Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) był zmuszony przekazać sprawę dotyczącą berlińskiej regulacji zamówień publicznych, zakwestionowanych jako zagrożenie dla wolnej konkurencji, forsujące polityczne oczekiwania i kryteria zamiast żądania tradycyjnie (jak największej) wartości za (jak najmniejsze) pieniądze (*value for money*). BGH odesłał sprawę do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który ma zadecydować o ważności tego aktu prawnego, badając uprzednio jego zgodność z niemiecką konstytucją.<sup>177</sup> Z kolei francuski plan spójności społecznej (zakazu dyskryminacji i ekskluzji) z lipca 2004 r. oraz agenda promowania ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju zostały złagodzone w poprawkach do *Code du Marchés*

<sup>176</sup> Pytanie jakie się pojawiają w poszczególnych państwach, to pytania o instytucje i agendy rządowe i jednostki samorządu lokalnego zobligowane do organizowania przetargów, kwestia ewentualnej dyskryminacji podmiotów zagranicznych i protekcyjizmu przy 'powiązaniu' polityki rozwoju regionu i zapobiegania bezrobociu z zamówieniem publicznym, a także kwestia typów kontraktów (usługi, dostawy, roboty budowlane) podlegających *linkage*, a zarazem ograniczenie swobody umów związane z dodatkowymi wymogami stawianymi przedsiębiorcom. Kontrowersje budzą także próby ustalenia wymogów dotyczących zasad działania spółki np. w krajach Trzeciego Świata czy wykorzystania taniej siły roboczej w innych obszarach jej działalności (kwestia CSR – Corporate Social Responsibility). Tamże, s. 111-113 oraz 367-368 (CSR) i 522-531 (swoboda umów).

<sup>177</sup> Tamże, s. 352. Federalne Ministerstwo Kobiet i Rodziny ogłosiło plan włączenia – w nowej ustawie antydyskryminacyjnej – preferencji dla przedsiębiorców promujących zatrudnienie kobiet, a Bundesrat – odwrotnie – nie poparł projektu rządowego zobowiązującego przedsiębiorców poszukujących kontraktów publicznych do płacenia swym pracownikom zbiorowo wynegocjowanych stawek. Innym przykładem była propozycja Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, by kontrakty rządowe zawierały wymóg złożenia przez potencjalnego wykonawcę deklaracji o braku związków z kościołem scjentologicznym – po to, by 'chronić działalność państwa przed wpływ metod psychologicznych stosowanych przez scjentologów'. Pomysł ten upadł m.in. pod presją biznesmenów amerykańskich, zarzucających niemieckiemu Ministerstwu Gospodarki potencjalną dyskryminację ich spółek.

*Publics*, który gwarantuje także wolność dostępu do przetargów, równe traktowanie kandydatów oraz przejrzystość procedur.<sup>178</sup> W Anglii, podobnie jak ponad 100 lat wcześniej, rekomendująca *linkage* propozycja Lorda Lestera przedstawiona w Izbie Lordów została odrzucona przez rząd. Rząd zainicjował jednak szeroko zakrojony przegląd legislacji i polityk antydyskryminacyjnych pod kątem niezbędnych zmian.<sup>179</sup>

Regulacja szczególna na poziomie wspólnotowym, do której implementowania zobowiązane są państwa członkowskie, to dyrektywa 2004/18, która już w preambule (ust. 2 i 5) wymaga respektowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji i ochrony środowiska. Także warunki wykonania umowy mają być związane (lub mogą być zawarte w ogłoszeniu o przetargu) z „zatrudnieniem ludzi mających problem z integracją” (ust. 33). Artykuł 19 daje możliwość zastrzeżenia celu ochrony osób niepełnosprawnych, a art. 26 powtarza regułę wypowiedzianą wcześniej przez TS, zezwalając na postawienie szczególnych warunków wykonania umowy, tj. na przykład zakazu zanieczyszczania środowiska czy wykorzystywania pracy dzieci.<sup>180</sup> Są to jedynie przykłady obowiązujących w UE przepisów prawa;<sup>181</sup> oprócz tego

<sup>178</sup> Tamże, s. 418-419.

<sup>179</sup> Tamże, s. 429.

<sup>180</sup> Niestety, jest to częsta praktyka choćby w przemyśle odzieżowym, gdzie jednak ważna jest kwestia prestiżu i takie działania może eliminować sama negatywna opinia publiczna (tzw. *public naming and shaming*).

<sup>181</sup> Wcześniejsze regulacje to m.in. Dyrektywa Rady 92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dyrektywa Rady 93/36/EEC z 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy i dyrektywa Rady 93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Teksty zmienione dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/EC z 13 października 1997 r., aneksy dodane przez dyrektywę Komisji Wspólnot Europejskich 2001/78/EC z 13 września 2001 r.

istnieje wiele instrumentów politycznych, jak np. Odnowiona agenda społeczna<sup>182</sup> (czy poświęcone omawianym kwestiom Forum 2008), jednak najbardziej znaczącą rolę w promowaniu „kupowania przez państwo sprawiedliwości społecznej” odgrywa i odgrywać będzie Trybunał Sprawiedliwości.<sup>183</sup> Wśród znaczących orzeczeń wymienić trzeba sprawę *Rüffert*<sup>184</sup> (gdzie wartości ekonomiczne – w tym fundamentalna zasada gospodarcza swobody świadczenia usług – oraz konkurencyjność spółki dzięki nisko opłacanym polskim robotnikom weszły w konflikt z traktatową zasadą niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo, w szczególności równości płacy (także z *Posted Workers Directive*), a ta z kolei – być może – z podważeniem sensu swobody przepływu pracowników gotowych otrzymywać zapłatę niższą niż robotnicy niemieccy (lecz wyższą niż ich koledzy w Polsce), czy sprawa *Nord-Pas-de-Calais*,<sup>185</sup> gdzie dodatkowe (!) kryterium związane z obniżeniem bezrobocia na poziomie lokalnym zostało jednak

<sup>182</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno – Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 2 lipca 2008 „Odnowiona agenda społeczna: Możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku”, COM 2008 (412) final.

<sup>183</sup> Wśród kontrowersji, które może rozstrzygnąć TS, wymienić można art. 55 Dyrektywy 2004/18 – problematyczny ze względu na kwestię proporcjonalności i transparentności w procedurze przetargowej.

<sup>184</sup> Sprawa C-346/06. Trybunał orzekł: „Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, interpretowana w świetle art. 49 WE, sprzeciwia się, w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy, zastosowaniu podjętego przez władze państwa członkowskiego środka o charakterze ustawodawczym, nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia.” Dz.U. C 294 z 02.12.2006.

<sup>185</sup> Sprawa C-225/98 Komisja przeciwko Francji, Zb. Orz. 2000, s. I-7445.

uznane za zgodne ze wspólnotowym prawem konkurencji – jako przejrzyste i niedyskryminujące.<sup>186</sup>

TS podkreśla więc – np. w sprawie *Concordia Bus*<sup>187</sup> – konieczność stosowania jako podstawowego kryterium wyboru oferty ekonomicznie najkorzystniejszej (*most economically advantageous tender, MEAT*). Kryteria oceny ofert, związane np. z wymogami ekologii, są dopuszczalne, o ile dotyczą bezpośrednio przedmiotu zamówienia i nie zezwalają na dowolną ocenę ofert, zostały umieszczone w ogłoszeniu o przetargu wśród pozostałych kryteriów oraz są zgodne z zasadami traktatowymi (zwłaszcza z zasadą niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo, swoboda przedsiębiorczości, czy swobodą świadczenia usług).<sup>188</sup>

Mimo wymienionych trudności „nabywanie sprawiedliwości społecznej” w drodze przetargu – dzięki inicjatywom Komisji, ale przede wszystkim dzięki Trybunałowi<sup>189</sup> Sprawiedliwości – powinno budzić coraz mniejsze kontrowersje i coraz większe zainteresowanie podmiotów publicznych. Mogą one w ten sposób uzyskać wyjątkową „wartość za pieniądze”, a jednocześnie w sposób efektywny regulować zachowania korporacyjne, promując korporacyjną odpowiedzialność społeczną i przez to czynić bardziej ludzkim oblicze ekonomicznie zorientowanych i uwarunkowanych działań władz publicznych i przedsiębiorców.<sup>190</sup>

<sup>186</sup> C. MCCRUDDEN, *Buying...*, s. 395-396.

<sup>187</sup> C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab*, Zb. Orz. 2002, s. I-7213.

<sup>188</sup> MCCRUDDEN, *Buying...*, s. 398-401. Por. także sprawę C-448/01 *EVN AG and Wiensturm GmbH przeciwko Austrii*, Zb. Orz. 2003, s. I-14527.

<sup>189</sup> Tamże, s. 507-522. Nie wydaje się, by ‘język konstytucji ekonomicznej’ był przyczyną erozji wolności politycznych i obywatelskich, przez co ‘bardzo poważne dylematy stawiane w przyszłości Trybunałowi Sprawiedliwości w związku z dalszą integracją wymagać będą silnej interwencji legislatorów, a nie silnych sędziów.’ D. Chalmers, *The Single Market: From Prima Donna to Journeyman* [w:] *New Legal Dynamics of European Union*, red. J. Shaw i G. More Oxford University Press 1995, s. 55-72.

<sup>190</sup> C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press 2008, s. 344-346.



## *Miłośnik sprawiedliwości – potencjalny everyman czy utopia?*

*Doznawanie bowiem przyjemności należy do życia duchowego, każdemu zaś sprawia przyjemność to, czego jest miłośnikiem, jak np. koń miłośnikowi koni, widowisko zaś miłośnikowi widowisk; tak samo też to, co sprawiedliwe, miłośnikowi sprawiedliwości, a ogólnie mówiąc — to, co zgodne z dzielnością, miłośnikowi dzielności. Owoż te rzeczy, które sprawiają przyjemność szerokiemu ogółowi, są niezgodne między sobą, ponieważ są przyjemne nie z natury swej; rzeczy natomiast, które sprawiają przyjemność miłośnikom tego, co moralnie piękne, są z natury swej przyjemne. Tu należy postępowanie zgodne z nakazami dzielności etycznej, które tedy jest przyjemne zarówno dla wyżej wspomnianych ludzi, jak i samo w sobie.<sup>191</sup>*

*Arystoteles, Etyka nikomachejska, 350 p.n.e.*

## *Moralny Homo oeconomicus?*

Rozumna jednostka, nawet jeśli abstrakcyjna idea sprawiedliwości jest jej obca, powinna zaakceptować empiryczne i pragmatyczne przesłanki, na jakich opiera się teoria ekonomii dobrobytu. Szczególnie i zadziwiająco dziś aktualny realizm i empiryzm Arystotelesa uznać można za jej kolebkę. Nie abstrakcyjne prawo, lecz żywy wzór dobrego i mądrego człowieka. Arystoteles, inaczej niż Platon, wyprowadzał normy

---

<sup>191</sup> 8. 1099a 2-1099a 19.

nie z idei, a z realnej natury człowieka, łączył etykę z opisem działania ludzkiego, szukał celów osiągalnych, a nie transcendentnych, dobra realnego, a nie idei dobra.<sup>192</sup>

Teorię sprawiedliwości Arystotelesa, w której rozważa on przypadki poniesienia szkody przez jedną z dwóch stron na skutek działania tej drugiej strony, można uznać za antycypację ekonomicznej analizy prawa. Arystoteles zauważa, że termin „korzyść” odnosi się również do sytuacji, w której strona poszkodowana ponosi stratę – można to rozumieć jako korzyść „przeciwnika”. Dalej twierdzi Arystoteles, że to, co równe, znajduje się między szkodą (stratą) a korzyścią, jednak korzyścią jest zarówno więcej dobra, jak i mniej zła. To, co równe, jest zarazem sprawiedliwe, więc osoby znajdujące się w sporze odnoszą się do „wcielonej” sprawiedliwości wyrównawczej, czyli do sędziego. Arystoteles przytacza nawet fakt, że „w niektórych państwach” (jemu współczesnych) sędziego nazywają mediatorem, czyli tym, który jest między stronami i szuka pośredniego, a więc sprawiedliwego rozwiązania. Tym rozwiązaniem sprawiedliwym ma być, zdaniem starożytnego filozofa, wyciągnięcie arytmetycznej średniej między większą a mniejszą wartością (korzyścią i stratą). Analogiczny sposób rozumowania charakteryzuje analizę ekonomiczną: to, co „dobre dla społeczeństwa,” wyłania się poprzez porównanie uśrednionych wyników różnych możliwych zachowań stron kontraktu i wybiera się ten najwyższy, jako najbardziej efektywny ze społecznego punktu widzenia. To, co sprawiedliwe (*sikaion*), jest więc w istocie podziałem na dwie równe części (*sicha*), a sędzia (*sikastes*) jest tym, który dokonuje takiego podziału (*sichastes*).

Ekonomia jest przede wszystkim dyscypliną pozytywną, nauką o wyborach dokonywanych przez człowieka w warunkach niedoboru środków. Posner zwraca jednak uwagę na bezcenny poznawczo (dla ustawodawcy, sędziego, podmiotów stosunków prawnych) wymiar

<sup>192</sup> W. TATARKIEWICZ, Historia filozofii, t. I, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 118.

normatywny, zwany ekonomią dobrobytu. Ani tradycyjnie utylitarystyczna maksymalizacja indywidualnej korzyści, ani też czysta korzyść Pareto nie mogą być dziś szeroko akceptowanymi i stosowanymi kryteriami, więc w praktyce większość ekonomistów uznaje potencjalną korzyść Pareto za optymalnie godzącą indywidualny zysk z dobrobytem ogółu (choćby tylko stron danego stosunku prawnego).<sup>193</sup> Posner zwraca też naszą uwagę na fakt, że potencjalna korzyść Pareto czy maksymalizacja bogactwa stanowi wskazówkę dla amerykańskich (lecz prawdopodobnie – choćby podświadomie – także europejskich) sędziów w podejmowaniu decyzji w „sferach otwartych” (*open area*), gdzie ortodoksyjny materiał orzeczniczy – autorytatywne teksty prawne czy wcześniejsze precedensowe decyzje – nie wystarczy. Kryterium Kaldor-Hicka staje się zasadą etyczną rywalizującą z zasadami moralnymi, głównie z równością, które są przewodnikiem sądu Dworkinowskiego. Ekonomiczną analizę cechuje relatywna określoność i obiektywność stosowanych kryteriów. Prawo Europy kontynentalnej ze swym sztywnym konceptem „rządów prawa” (*rule of law*) jest, według Posnera, zaprojektowane tak, by zminimalizować dyskrecjonalność sędziowską – wystarczy wspomnieć dość dużą szczegółowość skodyfikowanych norm czy samą ścieżkę kariery sędziowskiej.<sup>194</sup>

Ekonomiczną szkołę prawa antycypował już empiryzm Locke’a i utylitaryzm Davida Hume’a,<sup>195</sup> Jeremy’ego Benthama oraz Johna

<sup>193</sup> R. POSNER ‘*Law & Economics – Main entry*’ in the IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, <<http://ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=31>>

<sup>194</sup> Porównując ją z karierą sędziego amerykańskiego. Por. R. POSNER, *The Judge as Labor – Market participant* [w:] *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, s. 57 i n. Zob. także M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, s. 32 i n.

<sup>195</sup> Na temat praktycznej racjonalności i sprawiedliwości Hume’a pisze A. MCINTYRE, *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?*, Wykłady Akademickie. Współczesna myśl humanistyczna, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2007, s. 410 i n.

Stuarta Milla, im zaś nieobca była myśl Arystotelesa sprzed prawie 2,5 tysiąca lat. Subiektywny empiryzm Johna Locke'a przejawiał się przede wszystkim w uwzniośleniu wolności i racjonalności jednostki, która w sposób rozumny może realizować swe cele. Jednostka jest u Locke'a egoistyczna; w dodatku nie powinna się opierać na żadnym autorytecie, kierując swym postępowaniem. To myślenie Locke'a – choć był on krytykowany za brak spójnej metodologii – intuicjonizm przygotowało grunt pod prąd do dziś płynący w żyłach libertarian – utylitaryzm.<sup>196</sup> David Hume, uznawany za protoplastę doktryny użyteczności w ekonomicznej analizie prawa, metodą eksperymentalną, a dokładnie metodą psychologii asocjacyjnej, zaprzeczył wrodzonemu egocentryzmowi jednostki i uznał sympatię, współczucie za naturalne dla niej zachowanie. To właśnie solidarność z innymi ludźmi jest standardem oceny własnych etycznych zachowań. Krytykując zarówno poznanie doświadczone (empiryzm), jak i rozumowe (racjonalizm), za jedyne niezawodne źródło poznania uważa Hume instynkt, konstruując biologiczną i praktyczną epistemologię. Neguje on zarówno istnienie

<sup>196</sup> Sama zaś idea utworzenia spójnej teorii naukowej, obejmującej różne sfery życia człowieka: gospodarczą, polityczną, moralną, której to idei hołduje ekonomiczna analiza prawa i niektóre związane z nią teorie sprawiedliwości społecznej, była głównym postulatem oświeceniowych filozofów angielskich, zwanych „hedonistami”. Grupa ta, której ojcami duchowymi byli Hobbes i Locke, a głównym przedstawicielem Hutcheson, uważała, że pobudką do wszelkich działań jednostki jest egoizm, jednak wystarcza on „jako podstawa do dobrego pokierowania życiem, do słusznej etyki, ekonomii, polityki” oraz że możliwe i pożądane jest stworzenie „teorii praktycznej” (czyli użycie nauk ścisłych, matematyki, logiki, do analizy życia ludzkiego, zarówno w sensie normatywnym, jak i opisowym), wyjaśniającej nie tylko, jak człowiek żyje, ale i także jak należy, aby żył”. Obóz przeciwny, choć współczesny hedonistom, to „entuzjaści”, podążający śladem Shaftesbury'ego i reprezentowani przez Hartleya. Uważali oni, że „jedną z naturalnych pobudek postępowania ludzkiego jest sympatia dla innych istot (współczucie, współodczuwanie, czyli umiejętność wczucia się w sytuację bliźniego, z czego wynikać może chęć niesienia mu pomocy), że jest ono kierowane przez swoisty zmysł moralny; za dobre mieli to postępowanie, które wypływa z sympatii i zmysłu moralnego”. W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii...*, t. 2, s. 122-123.

prawa naturalnego, jak i pojmowanie prawa jako czystej konwencji, dopatrując się w społeczeństwie i jego ewolucji źródła prawa i państwa. W rezultacie „zarówno filozofia moralna, jak i filozofia państwa i prawa miały u Hume’a charakter społeczny i historyczny”.<sup>197</sup> Człowiek przedstawia sobie rzeczy w sposób pierwotny – za pomocą wrażenia i w sposób wtórny – jako idee. Te ostatnie powstają, wg Hume’a, za pomocą „kojarzenia” (na zasadzie podobieństwa, czasowej i przestrzennej styczności albo związku przyczynowego), czyli subiektywnych obserwacji powtarzalnych związków. Wnioskowanie takie jest instynktowne, a formułowanie na jego podstawie sądów wynika z przyzwyczajenia, a nie rozumowania. Kojarzenie w sferze umysłu było dla Hume’a tym, czym dla Newtona grawitacja w świecie przyrody: tłumaczyło prawidłowość i konieczność zjawisk, w tym moralnych, społecznych i gospodarczych. Jednakże etyka służy wskazywaniu właściwych zachowań, a nie tylko stwierdzaniu tego, co jest, a więc Hume podał w wątpliwość możliwość stworzenia nauki o moralności.

Determinizm oparty na zasadzie kojarzenia dawał jednak następcom Hume’a podstawę do uczynienia wszystkich powyższych sfer życia ludzkiego przedmiotem nauki.<sup>198</sup> Zgodnie z naczelną tezą utilitaryzmu, czerpiącego z Hume’a, ale odrzucającego jego liczne zastrzeżenia i wątpliwości, człowiek dąży do zaspokojenia własnych potrzeb, jednak dążenie to może być moralne, jeżeli interes własny służyć będzie zarazem interesowi ogółu.<sup>199</sup> Uzasadnienie tej tezy było jednak trojaki: uzgadnianie interesu własnego z interesem społecznym przynosi jednostce przyjemność, jak uważali entuzjaści; zachodzi „naturalna tożsamość interesów”, albo przynajmniej interesy te stopniowo się ze sobą utożsamiają, czego dowodem

<sup>197</sup> Tamże, s. 110-116. Por. D. HUME, *Of the Dignity and Meanness of Human Nature* [w:] *Essays: Moral, Political and Literary*, ed. E.F. Miller, Library Fund, Indianapolis 1985, s. 80-86.

<sup>198</sup> W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii...*, s. 110-113 i 123-124.

<sup>199</sup> Tamże, s. 124.

jest harmonijny rozwój społeczeństw (o czym mówiła część hedonistów z – odpowiednio – Hartleyem i Mandevillem); zachodzi „sztuczna tożsamość interesów”, wytwarzana przez rządzących i prawo (jak chciał Hume, a później m.in. Bentham).<sup>200</sup> Generalnie, dla utilitarystów działanie ludzkie jest – lub przynajmniej ma być – nakierowane na szczęście ogółu, które było sumą przyjemności, a przyjemność utożsamiają oni z korzyścią. Poglądy etyczne utilitarystów miały charakter pozytywny („korzyści należy mnożyć”), racjonalny (wyrachowanie, brak sentymentalizmu), a zarazem społeczny – odrzucający subiektywizm, anarchię i autorytaryzm. Słuszne prawo to takie, którego celem jest dobro ogółu.

Z prądem utilitarystycznym wiąże się – zapoczątkowana przez Adama Smitha – ekonomia polityczna oraz teoria polityki, stopniowo ewoluująca w kierunku demokracji. Miały one w sposób naukowy ujmować zjawiska ekonomiczne i społeczne, a efekty tych analiz można zawrzeć w zdaniu wypowiedzianym przez A. Paine’a: „Społeczeństwo jest dobrem, rząd zaś w najlepszym razie – złem koniecznym”.<sup>201</sup> Jeremy Bentham stworzył precyzyjne i obiektywne kryteria mierzenia przyjemności, której „największa ilość największej liczby istot” jest największym dobrem. „Zasada największego szczęścia” lub „największego pożytku” była podstawą zasady użyteczności, „która uznaje lub potępia postęпки wedle tego, czy zdają się zwiększać, czy też zmniejszać szczęście osób zainteresowanych”. Bentham, współpracując z Jamesem Millem, na podstawie hedonizmu<sup>202</sup> stworzył zręby utilitaryzmu, zakładając, że wszyscy ludzie są z natury podobni i dążą do maksymalizacji swej przyjemności, którą rozpoznają za pomocą rozumu. Naturę człowieka można jednak

<sup>200</sup> Tamże, s. 124-125.

<sup>201</sup> Tamże, s. 125-126.

<sup>202</sup> Nie był to jednak hedonizm w swym oryginalnym sensie, który oddawało w starożytności hasło *carpe diem*. Był to hedonizm oparty na rozsądku, trzeźwej kalkulacji wartości rzeczy i postępków w kontekście zarówno bliskich, jak i odległych ich konsekwencji (*calculus of pleasures*). Tamże, s. 200.

kształtować, pomagając jednostce w zidentyfikowaniu jej celów. Interesy jednostek zharmonizować mają polityka i prawo, jednak czynić to powinny na solidnym, naukowym fundamencie.<sup>203</sup> John Stuart Mill, syn Jamesa Milla, był liberałem pochwalającym leseferyzm, przyznającym państwu jedynie rolę strażnika wolności, a jednocześnie sceptycznym wobec demokracji, której grozi przerodzenie się w „dyktaturę prymitywnej większości”. Maksymalizacja własnych korzyści w dobie wczesnego kapitalizmu uzyskała dzięki niemu filozoficzne uzasadnienie, choć szkoła klasyczna – z której zrodziła się późniejsza doktryna liberalna – dostrzegła potrzebę zwracania uwagi na interes wspólnoty, nie tylko jednostki. Wpływ J. St. Milla, zwanego przez Gladstone’a „świętym racjonalizmu”, na współczesną ekonomię polityczną i ekonomiczną analizę prawa jest niezaprzeczalny.<sup>204</sup> Uważał on, że ekonomia polityczna jest nauką zawierającą zbiór prawd pozytywnych, informującą o prawach produkcji i podziału bogactwa, włączanie z prawami konsumpcji. Metodą badawczą dla ogólnych twierdzeń ekonomii politycznej jest indukcja, tj. tworzenie

<sup>203</sup> Tamże, s. 200-201.

<sup>204</sup> „W przekonaniu, iż pewne prawdy można ujmować przez intuicję bez odwoływania się do doświadczenia, widział J. St. Mill podporę nie tylko mylnych doktryn, ale także złych urządzeń. Traktowanie różnic między ludźmi jako wrodzonych, a przeto nie dających się usunąć, miał za przeszkodę stojącą na drodze racjonalnemu ujęciu spraw społecznych, a źródło takiego traktowania widział w metafizyce. (...) Był powołany do tego, by zbliżyć do siebie sposoby myślenia XVIII i XIX wieku, w szczególności naturalistyczny punkt widzenia osiemnastego i historyczny dziewiętnastego.” W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii*, t. 3, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 29-33. Obok odnowionego przez J. St. Milla empiryzmu, w latach 30. XIX wieku za sprawą Sir Williama Hamiltona odżyła także XVIII-wieczna „filozofia zdrowego rozsądku”, którą pierwotnie cechował realizm, dogmatyzm i opozycja wobec relatywizmu, sceptycyzmu i fenomenalizmu, zaś zmodyfikowana przez Hamiltona, głosiła, że istnieją rzeczy od umysłu niezależne, jednak – paradoksalnie – odrzucała zdroworozsądkowe uzasadnienie realizmu, zastępując je krytycyzmem i kantowskim fenomenalizmem. W efekcie filozofia ta głosiła, że rzeczy poznajemy wprost i nie ma między nimi a umysłem żadnych ogniw pośrednich. Na początku XX wieku do zasad zdrowego rozsądku wrócił nowy angielski realizm. Tamże, s. 27-28.

hipotez i ich empiryczna weryfikacja, przy czym konieczne jest ogarnięcie całości zjawisk społecznych. Mill uważał, że „prawa rządzące produkcją opierają się na obiektywnych prawach przyrody i wymykają się spod ludzkiej kontroli”, natomiast „prawa podziału są związane z układem instytucji społecznych” i można je modyfikować. Chciał on tym samym wskazać możliwość dokonania zmian w dystrybucji dóbr, nawet przez rząd liberalny. Wiele miejsca poświęcił Mill konstruowaniu teorii wartości, zwracając uwagę na popyt i podaż, które „nadają rzeczy wartość chwilową poprzez wahania wokół wartości naturalnej – wynikającej z rzadkości dobra i kosztu jego wytworzenia.”<sup>205</sup> Według Milla „wartość jest pojęciem względnym. Wartość rzeczy oznacza ilość danej rzeczy w ogólności, na którą ta pierwsza rzecz jest wymieniana”.<sup>206</sup>

Jak pisze L. Morawski, z wymienionych przez M.D. Baylesa uzasadnień ograniczenia wolności jednostki, wynikających z zasady krzywdy, zasady prawnego moralizmu i zasady paternalizmu, liberał zaakceptuje tylko to pierwsze. Wolność jednostki może być ograniczona tylko wówczas, gdy swymi czynami wyrządza krzywdę innym osobom, a więc granicą sfery wolności indywidualnej jest wolność innej jednostki. Tak zorganizowane jest „państwo minimalne” libertarianina Nozicka, które ma jedynie chronić porządek i bezpieczeństwo, własność i wolności obywateli.<sup>207</sup> Zwolennicy „liberalnego państwa dobrobytu” (*liberal welfare state*), jak John Rawls, dopuszczają funkcję socjalną państwa tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne do tego, by jednostka mogła faktycznie korzystać z przysługującej jej sprawiedliwości. Komunitaryzm – uznany za Richarda Posnera za doktrynę tak niejednorodną, że z trudnością obejmuje wszystkie swoje odmiany – kładzie nacisk na wspólnotę, w której dopiero realizować się może wolność jednostki, zawsze związanej z jakąś społecznością. „Komunitarystyczna idea solidarności ze współbraćmi

<sup>205</sup> W. STANKIEWICZ, *Historia myśli ekonomicznej...*, s. 185-188.

<sup>206</sup> J. ST. MILL, *Zasady ekonomii politycznej*, Warszawa 1965, t. 2, s. 77.

<sup>207</sup> L. MORAWSKI, *Główne problemy...*, s. 130-131.



pozostaje w wyraźnej opozycji do liberalnej ideologii polegania na sobie samym (*ideology of self-reliance*).<sup>208</sup> Morawski przywołuje poglądy Harta, który kładł nacisk na wspólne procedury jako czynnik legitymizujący system demokratyczny. „(...) We współczesnych społeczeństwach, właśnie dlatego, że są to społeczeństwa funkcjonalnie i społecznie zróżnicowane, podstawą wspólnej egzystencji muszą stać się raczej wspólne instytucje i wspólne procedury podejmowania decyzji i rozstrzygania sporów, a nie wspólne systemy wartości”.<sup>209</sup> Wspólne wartości nie są więc warunkiem demokracji, choć Hart nie przeczy, „że każde społeczeństwo musi akceptować, jako warunek swojej egzystencji, pewne minimum reguł chroniących ludzkie życie, własność, dotrzymywanie zobowiązań, ale jest to jednak znacznie mniej niż wspólna moralność.”<sup>210</sup>

Libertarianie – czyli skrajni liberałowie – von Hayek i Nozick opo-  
nują przeciwko interwencjonizmowi państwowemu ukierunkowanemu  
na narzucenie drogą prawną egalitarnej sprawiedliwości dystrybucyj-  
nej.<sup>211</sup> Musi się to, według nich, wiązać z naruszeniem praw i wolności  
jednostki,<sup>212</sup> w tym zapewne autonomii woli strony kontraktu (*party*

<sup>208</sup> Tamże, s. 138-139.

<sup>209</sup> Taką niehomogeniczną moralnie wspólnotą jest niewątpliwie Unia Europejska – art. 4 ust. 2 (ex 6 ust. 3) TUE gwarantuje zresztą poszanowanie tożsamości kulturowej państw członkowskich, a więc UE nie tylko nie jest, ale i nie powinna kiedykolwiek być organizmem opartym na jednym, jedynie słusznym systemie wartości. Z drugiej strony nie można zaprzeczyć, że Europa budowana była przez tysiąclecia wokół kultury śródziemnomorskiej i wartości chrześcijańskich, które odnajdujemy obecnie we wszystkich konstytucjach europejskich, dodatkowo wzmocnione Europejską Konwencją Praw Człowieka i Kartą Praw Podstawowych. Nie są to wartości kontrowersyjne i wydaje się, że ich stosowanie nie jest oparte na przymusie, a więc zachowanie jądra wspólnej moralności (to nie to samo, co supermoralność!) nie wymaga wysokiego poziomu przymusu, przed czym przestrzegali R. Posner.

<sup>210</sup> Tamże, s. 141.

<sup>211</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Księgarnia Akademicka Sp. z o.o, Kraków 2004, s.19.

<sup>212</sup> R. NOZICK, *Anarchia, państwo, utopia*, Warszawa 1999, s. 202.

*autonomy*). Nozick, inaczej niż większość utylitarystów, odrzuca jakąkolwiek interwencję państwa, nawet gdyby miała ona służyć zwiększeniu efektywności. Uzasadnia on to stanowisko tzw. koncepcją uprawnień, zgodnie z którą każdy rezultat swobodnej wymiany dóbr między jednostkami będzie zawsze dystrybucją sprawiedliwą, o ile jednostki te pierwotnie były uprawnione do posiadanych przez siebie dóbr. Na „koncepcję uprawnień” Nozicka składają się trzy główne zasady: zasada transferu, zgodnie z którą wszystko, co zostało sprawiedliwie nabyte, może być przedmiotem wolnego transferu; zasada pierwszego, sprawiedliwego zawłaszczenia – opis pierwotnego nabywania rzeczy, które następnie można przekazywać zgodnie z zasadą transferu; oraz zasada naprawiania krzywd, która mówi, jak należy traktować udziały, jeśli nie zostały sprawiedliwie nabyte lub przekazane. Zasady te da się opisać jednym zdaniem: „Od każdego, jak sam wybrał; każdemu, jak go wybrano”. W efekcie Nozick uważa, że „usprawiedliwione jest państwo minimalne, którego funkcje ograniczają się do obrony przed przemocą, kradzieżą, oszustwem oraz ochrony umów itd.; każde państwo o szerszych uprawnieniach oznacza pogwałcenie praw jednostki do wolności od przymusu i jest nieuzasadnione”.<sup>213</sup> Stosunkowo łatwo jest się doszukać w teorii Nozicka pewnych niedoskonałości, a wręcz sprzeczności wewnętrznych. Odwołując się do sprawiedliwości, zapomina on bowiem o tych, którzy w pierwotnej dystrybucji zostali naturalnie pokrzywdzeni i nie są nawet godnymi partnerami do jakiegokolwiek wymiany dla tych, którzy zostali wyposażeni w więcej dóbr czy lepsze zdolności. Ci pierwsi nie mają tym drugim nic do zaoferowania, więc trudno przypuszczać, by ci ostatni zechcieli „wybrać” ich i przyczynić się do pomnożenia ich dóbr, bo w istocie nie ma czego pomnażać. Czy to jednak sprawiedliwe, by pozostawić ich samym sobie, na marginesie społeczeństwa, uniemożliwiając podniesienie

<sup>213</sup> W. KYMLICKA, *Współczesna Filozofia Polityczna*. Wprowadzenie, Demokracja, Filozofia i Praktyka, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 1998, s. 110-113.

się kiedykolwiek w ciągu życia ze złej sytuacji początkowej, zniwelowanie skutków „uczciwego startu”?

Will Kymlicka dyskredytuje argumentację intuicyjną Nozicka,<sup>214</sup> którą przeprowadza on na przykładzie popularnego w latach 70. koszykarza Wilta Chamberlaina. Zdaniem Nozicka, jeżeli pierwotne nabycie nastąpiło z dowolną koncepcją sprawiedliwości dystrybtywnej, właściciele tych dóbr mogą nimi swobodnie dysponować. Mogą zatem pójść na mecz z udziałem Wilta Chamberlaina, z którego – zgodnie z kontraktem, jaki Wilt zawarł ze swoim klubem – dostanie on 25 centów od biletu. Tym samym koszykarz będzie zarabiał krocie i nikt nie może mieć o to pretensji ani do Wilta, ponieważ był wyjątkowo atrakcyjny dla kibiców, ani do tych ostatnich, ponieważ dokonali autonomicznego wyboru, na co przeznaczyć posiadane przez nich środki – wymienili pieniądze na przyjemność podziwiania Wilta w akcji. Kymlicka zadaje jednak słuszne pytanie: „Wszelako do końca sezonu koszykarskiego Chamberlain zbierze ćwierć miliona dolarów, podczas gdy osoba upośledzona – być może niezdolna do pracy – wyczerpie swoje zasoby i głód zajrzy jej w oczy. Chyba nasze intuicje wciąż podpowiadają nam, że należy opodatkować Chamberlaina, by ocalić tę osobę przed głodem?”<sup>215</sup>

Nozick próbuje, co prawda, powołać się na stwierdzenie Kanta, że nie można traktować ludzi jako środków do celu, a jedynie jako cel sam w sobie, i głosi, że „jednostki mają prawa i nikt – ani pojedyncza osoba, ani grupa – nie może ich traktować w pewien sposób (nie gwałcąc przy tym ich praw)” oraz że „jednostek nie można poświęcić, ani użyć do osiągnięcia cudzych celów bez ich zgody”. W związku z tym dla Nozicka żądanie od kogokolwiek, by w imię solidarności czy sprawiedliwości społecznej podzielił się z kimś uboższym swoim

<sup>214</sup> Którą zresztą wydobyl z jego teorii za pomocą przyjaznej interpretacji, ponieważ wielu krytyków Nozicka oskarża go o „libertarianizm bez fundamentów”.

<sup>215</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, s. 117. Zob. także: H. BRIGHOUSE, *Sprawiedliwość*, Sic!, tł. S. Królak, Warszawa 2007, s. 131-135.

bogactwem (pod warunkiem, że jest do niego uprawniony), jest niedorzecznością, bo traktowanie ludzi jako równych stoi w sprzeczności z wykorzystaniem kogoś dla dobra innych ludzi bądź dla dobra ogółu.<sup>216</sup> „Samoposiadanie” uważa Nozick za kluczowe, jeżeli mamy traktować jednostki jako równe, a redystrybucja proponowana przez Rawlsa jest, wg niego, sprzeczna z traktowaniem jednostek jako swoich właścicieli. Wydaje się jednak, że Nozick źle rozumiał zarówno idee Kanta, jak również samą istotę pojęć: równość i sprawiedliwość, tworząc przy tym dość kuriozalną koncepcję praw podmiotowych jednostki do siebie samej. Postulat Kanta, by traktować jednostkę jako cel sam w sobie, jest właśnie doskonałym uzasadnieniem postawy altruistycznej, a nie egoistycznej. Trudno się zgodzić z Nozickiem, że samoposiadaniu czy – uogólniając – wolności jednostki zagraża czyjekolwiek roszczenie do jego talentu czy owoców jego pracy. Przeciwnie, to właśnie jednostka z natury bardziej utalentowana czy obdarzona bogactwem z racji urodzenia, powinna – stosując imperatyw kategoryczny Kanta – zadać sobie pytanie: „Gdybym ja był/była w sytuacji gorszej, niż jestem, jak chciałbym, żeby się zachował ktoś znajdujący się w mojej obecnej sytuacji?” Z pewnością Kant wymaga od korzystającej z wolnej woli jednostki właśnie takiej postawy (obowiązek niezupełny), którą powinien jej wskazać jej czysty, praktyczny rozum.<sup>217</sup>

Według Hayeka dynamika ekonomiczno-społeczna wymusza istnienie nierówności ekonomicznych między jednostkami, a sprawiedliwość dystrybucyjna hamowałaby postęp cywilizacyjny. Przy tym Hayek uważa, że bogacenie się niektórych grup społecznych po jakimś czasie spowoduje wzbogacenie się grup biedniejszych, które to zjawisko znane jest jako

<sup>216</sup> Nie przeczy temu twórca najspójniejszej współczesnej teorii sprawiedliwości John Rawls.

<sup>217</sup> I. KANT, *Metafizyka moralności*, *op.cit.* s. 254; *Krytyka czystego rozumu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1957, s. 190 oraz *Krytyka praktycznego rozumu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 25 i n.

*trickle-down effect*. Hayek uważa sprawiedliwość społeczną za miraż.<sup>218</sup> Swoją krytykę sprawiedliwości „społecznej”,<sup>219</sup> którą za J.S. Millem<sup>220</sup> utożsamia ze sprawiedliwością dystrybucyjną, rozpoczyna od przywołania dwóch wielkich filozofów: Davida Hume’a, mówiącego o niepewności kryterium „zasług”,<sup>221</sup> oraz Immanuela Kanta, zaprzeczającego, jakoby dobrobyt mógł być związany z jakąkolwiek generalną zasadą.<sup>222</sup> Hayek zadaje retoryczne pytanie, czy istnieje obowiązek moralny podporządkowania się władzy, która może koordynować wysiłki członków społeczeństwa, tak by osiągnąć dystrybucję uznaną za sprawiedliwą; po czym stwierdza, że gdyby rozdział korzyści i obciążeń między jednostki był dokonywany w sposób celowy, samo w sobie byłoby to niesprawiedliwe. Władza ma tendencję do nadużywania pustych haseł, które zyskują społeczną akceptację, po to, by sterować tym społeczeństwem, osiągając własne, a nie społeczne cele. Pojęcie „państwa dobrobytu” uważa Hayek

<sup>218</sup> O czym świadczy już sam tytuł jego książki: *„Law, Legislation and Liberty, vol.2: The Mirage of Social Justice”*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1978.

<sup>219</sup> Hayek konsekwentnie bierze ten przymiotnik w cudzysłów, jako że uważa istnienie sprawiedliwości społecznej za wytwór myślenia prymitywnego, według którego ma ona oznaczać cechę pożądaną we wszystkich działaniach społecznych, w traktowaniu jednostek i grup w społeczeństwie. Por. F. A. HAYEK, *Law...*, s. 62.

<sup>220</sup> Cztery pozostałe koncepcje sprawiedliwości Milla odnoszą się do zachowania jednostki – i te są akceptowane przez Hayeka.

<sup>221</sup> *„The most obvious thought would be, to assign the largest possessions to the most extensive virtue, and give everyone the power of doing good proportioned to his inclination... But were mankind to execute such law]; so great is uncertainty of merit, both from its natural obscurity, and from the self-conceit of each individual, that no determinate rule could ever follow from it; and the total dissolution of society must be the immediate consequence”*. D. HUME, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, sect.III, part II, Works IV, p. 187. Cyt. za F. A. HAYEK, *Law...*, s.62 i 175.

<sup>222</sup> *„Welfare, however, has no principle, neither for him who receives it, or for him who distributes it (one will place it here and another there); because it depends on the material content of the will, which is dependent upon particular facts and therefore incapable of a general rule”*. Tłumaczenie z oryginału (I.Kant, *Der Streit der Fakultaten*, 1798, sect.2, para 6, note 2) za „Kant’s Political Writings”, ed. H. Reiss, w tłumaczeniu H. B. Nisbett, Cambridge 1970, s. 183.

za niebezpieczne, choć nie neguje całkowicie roli państwa, np. w sferze ubezpieczeń społecznych, systemu emerytalnego czy opieki zdrowotnej, jednak bez naruszania sfery wolności jednostki i bez ustanawiania monopolu państwowego.<sup>223</sup>

Hayek uważa, że polityka socjalna prowadzona przez państwo dobrobytu nie zmniejsza ubóstwa, lecz je instytucjonalizuje, zamiast wspierać aktywność jednostek – w myśl zasady pomocniczości. Rynek działa natomiast samoistnie i nie sposób, według Hayeka, zaprojektować ani przewidzieć skutków zachodzących w nim procesów. Tylko rynek ma cechę, która umożliwia jednostkom dążenie do osiągnięcia ich indywidualnych celów i sprawia, że współistnieją one harmonijnie. Cecha ta to „katalaksja” (*catallaxy*) – termin, który zaadaptował Hayek ze starożytnej greki, gdzie *katallettein* lub *katallassein* oznaczało „wymieniać”, ale także „przyjmować do społeczeństwa” i „zamieniać wroga w przyjaciela.”<sup>224</sup> Na temat gry w katalaksję (która nie jest grą o sumie zerowej w rozumieniu teorii gier) pisze Hayek, że odzwierciedla ona siły rynku, a jej celem jest pomnażanie zysku i zaspokajanie potrzeb innych jednostek, bez konieczności precyzyjnej znajomości potrzeb każdej jednostki i analizowania wszystkich mechanizmów rynkowych, a wyłącznie na podstawie wiadomości o tym, co należy aktualnie zrobić. Wskaźnikami tych informacji są ceny, a ogólny skutek milionów transakcji jest niemożliwy

<sup>223</sup> F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1960, s. 260.

<sup>224</sup> F. A. VON HAYEK, *The Atavism of Social Justice* [w:] *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge, London 1978, s. 60. „Man can be allowed to act on their own knowledge and for their own purposes only if the reward they obtain is dependent in part on circumstances which they can neither control nor foresee. And if they are to be allowed to be guided in their actions by their own moral beliefs, it cannot also be morally required that the aggregate effects on their respective actions on the different people should correspond to some ideal of distributive justice. In this sense freedom is inseparable from rewards which often have no connection with merit and are therefore felt to be unjust”. Zob. F. A. HAYEK, *Law...*, s. 115-120.

do przewidzenia.<sup>225</sup> Wynik gry jest skutkiem połączenia umiejętności jednostki z łutem szczęścia, ślepym losem.

Nawet jeżeli ktoś będzie uważał, że wynik gry w katalaksję jest dla niego krzywdzący, nie będzie można o nim powiedzieć, że jest niesprawiedliwy, ponieważ mechanizmy rynku konkurencyjnego są „ślepe” i nie oddziałują „umyślnie” na jednostkę bez jej zgody, jak czyni to ustawodawca. Jednocześnie działanie sił rynkowych jest najbardziej efektywne. Efektywność tę można, według Hayeka, zmierzyć, wybierając dowolną jednostkę uczestniczącą w grze rynkowej i stwierdzając, że osiągnęła największy możliwy w danej sytuacji zysk. Efekt ten będzie też w rozumieniu Hayeka sprawiedliwy.

Hasło sprawiedliwości „społecznej” uważa natomiast Hayek za populistyczny wytrych polityków, choć przyznaje, że niekiedy nacisk konkretnych grup społecznych na polityków, by wcielali w życie tę ideę, przyczynił się do uczynienia prawa bardziej równym dla wszystkich.<sup>226</sup> I to jest jedyny rodzaj równości, jaki Hayek uważa za realny i pożądany – równość wobec prawa; inne metody niwelowania nierówności społecznych uważa on za utopię, jaką był krytykowany przez niego socjalizm. „Dobrobyt ludzi, jak i szczęście człowieka, zależy od wielu rzeczy, które mogą być dostarczone w nieskończenie urozmaiconych kombinacjach. Nie mogą one być wyrażone jako pojedynczy cel, ale jako hierarchia celów, wszechstronna podziałka wartości, w której każda potrzeba każdej osoby ma nadane miejsce.”<sup>227</sup>

Jak widać, w koncepcji Hayeka indywidualizm jest wartością samą w sobie. Uważa on, że żadna władza nie może uzurpować sobie prawa do arbitralnego stworzenia jednej hierarchii potrzeb dla wszystkich ludzi w społeczeństwie, ponieważ każdy jest inny i każdy ma inne potrzeby.

<sup>225</sup> Por. K. KOSTRO, *Koncepcja...*, s. 82.

<sup>226</sup> F. A. HAYEK, *Law...*, s. 64-65.

<sup>227</sup> F. A. HAYEK, *Droga do niewoli*, Londyn 1982, s. 47. Cyt. za K. KOSTRO, *Koncepcja...*, s. 77.

Próby zrównania ze sobą jednostek, które nie są równe, będą według Hayeka wykonaniem postulatów nierówności. Jednak każda jednostka współtworzy rynek i każda jednostka powinna się zachowywać sprawiedliwie, przez co sam rynek będzie oparty na sprawiedliwych zasadach. Jedyną rolą państwa jest stanie na straży wolności wyboru i dobrowolności w zawieraniu umów między podmiotami, a obowiązkiem tych podmiotów jest zachowanie zgodne z prawem i innymi normami społecznymi, postrzeganymi jako właściwe. Sprawiedliwość w tym sensie jest bliższa pojęciu prawości i bezstronności niż dobroczynności.<sup>228</sup> Stanowisko o normatywnym charakterze sprawiedliwości prezentuje jednak m.in. teoretyk sprawiedliwości O. Höffe: „W tradycji etycznej wyróżnia się obowiązki prawne i obowiązki cnoty. W pierwszym przypadku chodzi o obowiązki, których spełnienia można żądać, co nie ma miejsca w drugim przypadku. Według tego rozróżnienia sprawiedliwość jest obowiązkiem prawnym, natomiast dobroczynność, solidarność i inne wymagania etyki społecznej są obowiązkami cnoty.”<sup>229</sup>

Dodanie nic nie znaczącego przymiotnika „społeczna” do wyrazu „sprawiedliwość” uważa Hayek za manipulację i dostrzega w niej zagrożenie, o jakim myślał Konfucjusz, mówiąc: „Kiedy słowa tracą swoje znaczenie, ludzie tracą swoją wolność”. Sprawiedliwość społeczna służy w istocie interesom państwa, a nie jednostek. W odróżnieniu od pierwotnych plemion, których byt zależał od bezwzględnej posłuszeństwa wodzowi, dzisiejsze społeczeństwa to, według Hayeka, społeczeństwa otwarte (*open society*), czyli społeczeństwa wolne, pluralistyczne, bez jednolitej hierarchii celów. To właśnie fakt, że każdy ma inne potrzeby i ceni sobie jakąś rzecz bardziej niż jej właściciel, a ten jest skłonny ją sprzedać za kwotę, którą ceni bardziej niż tę rzecz, jest siłą napędową wymiany handlowej.<sup>230</sup>

<sup>228</sup> K. KOSTRO, *Koncepcja...*, s. 83.

<sup>229</sup> O. HÖFFE, *Sprawiedliwość polityczna*, Kraków 1999, s. 46.

<sup>230</sup> F. A. HAYEK, *Law...*, s. 109-115.



Już w XVIII w. szwajcarski matematyk Daniel Bernoulli zauważył, że dokonując wyboru, najczęściej działamy w warunkach niepewności co do efektu naszej decyzji. Maksymalizujemy więc użyteczność, a nie oczekiwaną wartość pieniężną. Osoba nie lubiąca ryzyka uważa, że użyteczność pewnej perspektywy dochodu jest wyższa od użyteczności niepewnej perspektywy dochodu o takiej samej oczekiwanej wartości pieniężnej. Ekonomiści mówią o takich osobach, że cechuje je „zmniejszająca się marginalna użyteczność dochodu”. Do tej kategorii należy większość ludzi, a ich marginalna użyteczność jest stała. Najmniej osób ma obojętny stosunek do ryzyka; cecha ta charakteryzuje raczej organizacje biznesowe. Ostatnia kategoria to jednostki lubiące ryzyko – marginalna użyteczność dochodu w ich przypadku będzie rosła. Najważniejszą konsekwencją faktu, że najwięcej osób nie lubi ryzyka, jest gotowość zapłacenia za uniknięcie ewentualnych niekorzystnych konsekwencji ich działań, co rodzi zapotrzebowanie na ubezpieczenia. Może być to wykupienie polisy, ale także własne zachowania minimalizujące ryzyko, czy obniżenie ceny, jaką osoba nie lubiąca ryzyka będzie chciała zapłacić za dobro, które może przynieść zysk, ale może też przynieść stratę.

Mikroekonomia posługuje się trzema podstawowymi konceptami. Są to: maksymalizacja (*maximization*), równowaga (*equilibrium*) i efektywność (*efficiency*). Teoria maksymalizacji zakłada, że konsument dóbr dokonuje zawsze racjonalnego wyboru,<sup>231</sup> tj. wybiera to z dostępnych dóbr, które daje największą szansę osiągnięcia celu, do jakiego dąży. Aby to uczynić, musi on przede wszystkim wiedzieć, jakie dobra ceni bardziej, jakie mniej, a jakich w ogóle nie ceni, i być w stanie ocenić, którą kombinację różnych dóbr ceni bardziej od każdej innej, którą mniej, a które ceni jednakowo. Tym samym każdy konsument porządkuje swoje preferencje, tworzy niejako ranking

<sup>231</sup> Należy jednak pamiętać o teorii Kahnemanna, który za wykazanie, iż konsumenci czasem łamią założenia teorii racjonalnego wyboru, otrzymał nagrodę Nobla.

alternatyw,<sup>232</sup> których liczba jest ograniczona. Ranking ów musi spełniać trzy warunki: musi być kompletny, refleksywny (zwrotny) i tranzytywny (przechodni). Pierwsza cecha oznacza, że konsument musi być w stanie ułożyć ranking wszystkich możliwych kombinacji dóbr/usług. Refleksywność to aprioryczne założenie, że w grupie dóbr dobro A jest przynajmniej tak cenione przez konsumenta jako ono samo. Cechę trzecią, czyli tranzytywność, ilustruje następujące rozumowanie: „jeżeli w grupie dóbr A jest lepsze od B, a B jest lepsze od C, to A jest lepsze od C”, „jeżeli w grupie dóbr A jest tak samo cenione jak B, a B tak samo jak C, to A jest cenione tak samo jak C”. Przy tym należy pamiętać, że preferencje konsumenta będą zawsze subiektywne.<sup>233</sup> Teoria ta wiąże się z utylityzmem: w istocie konsument dąży właśnie do maksymalizacji użyteczności. Im wyżej jakieś dobro znajduje się w rankingu użyteczności, tym większą wartość, wyrażoną liczbą, można mu przypisać (funkcja użyteczności, *utility function*). Funkcja użyteczności podlega jednak ograniczeniom wynikającym z ograniczonych możliwości wyboru (*feasibility constraint*). Możliwości te są ograniczane przez wiele czynników, w tym: czas, energię, wiedzę, kulturę, ale przede wszystkim – ograniczony dochód.<sup>234</sup> Upraszczając, możemy przyjąć, że po wzięciu pod uwagę wszelkich ograniczeń punkt

<sup>232</sup> Nie wiemy jednak nic o natężeniu preferencji konsumenta, a więc nie możemy dokonać obiektywnej oceny porównawczej preferencji dwóch różnych konsumentów. Innymi słowy, brakuje precyzyjnej ekonomicznej metody do stwierdzenia że konsument A bardziej ceni dobro x niż konsument B. To jest właśnie przyczyną niedoskonałości teorii mieszczących się w ramach ekonomii dobrobytu i nierozstrzygalnym problemem polityki prawa. Więcej na ten temat w części trzeciej niniejszego rozdziału.

<sup>233</sup> Naturalnie, w społeczeństwie informacyjnym ogromną rolę w kształtowaniu gustów i przyzwyczajzeń konsumentów odgrywa reklama. Te rozważania, aczkolwiek będące przedmiotem badań naukowych (zwłaszcza profesor Robert Cialdini z jego spostrzeżeniami dotyczącymi siły perswazji), pozostają poza zakresem niniejszej pracy.

<sup>234</sup> R. COOTER i T. ULEN, *Law and Economics...*, s. 24.

maksimum będzie punktem, w którym marginalny koszt będzie się równał marginalnemu zyskowi (*marginal cost equals marginal benefit*).<sup>235</sup> Jest to jednocześnie optimum ekonomiczne wszelkich decyzji. Jeżeli marginalny koszt zaczyna przekraczać marginalny zysk, decyzja staje się ekonomicznie nieefektywna (nieopłacalna).

Trzeba pamiętać, że maksymalizując użyteczność i wybierając najlepszą według nas z dostępnych możliwości, jednocześnie rezygnujemy z innych. W istocie kosztem (*opportunity cost*), jaki ponosimy na skutek określonego wyboru, jest następna po najlepszej, utracona możliwość. W podjęciu właściwej decyzji pomóc ma koncept względnej korzyści (*comparative advantage*), zgodnie z którym ludzie powinni dokonywać takich wyborów, z którymi wiąże się jak najmniejsze utracone korzyści. Z maksymalizacją użyteczności wiąże się znana powszechnie teoria popytu.<sup>236</sup> Indywidualny popyt jest odwrotnie proporcjonalny do ceny dobra  $x$ , co ilustruje krzywa popytu, która im bardziej jest stroma, tym mniejsza elastyczność cenowa popytu. Co do zasady, elastyczność cenowa popytu zależy będzie od dostępności substytutów danego dobra. Dla szerokiej kategorii dóbr znalezienie substytutu będzie trudne (np. paliwo); dla określonej wąsko – łatwiejsze (np. benzynę można zastąpić gazem). Elastyczność jest też większa w dłuższym okresie (np. czas potrzebny do założenia instalacji gazowej w samochodzie), a mniejsza w okresie krótkim.

Ekonomiści uważają, że każda interakcja stron dążących do maksymalizacji użyteczności zmierza do stanu równowagi, niezależnie od tego, czy zachodzi ona wewnątrz rynku, przedsiębiorstw, klubu sportowego czy małżeństwa. Do owego „punktu spoczynku” prowadzić mają właściwie wszystkie działania maksymalizujące użyteczność. Ten to właśnie samoczynnie się realizujący stan homeostazy miał na myśli Adam Smith,

<sup>235</sup> Tamże, s. 25.

<sup>236</sup> Pomijam w tym miejscu przedstawienie teorii podaży, mechanizmy są bowiem analogiczne, z tym że producenci maksymalizują zysk, podczas gdy konsumenci – użyteczność.

mówiąc o „niewidzialnej ręce rynku”. Jeżeli stan równowagi zostanie osiągnięty, nie zmieni się on, o ile nie zadziałają siły zewnętrzne (*externalities*). Problem w tym, że owe czynniki zewnętrzne najczęściej wpłyną na interakcję, zanim jeszcze równowaga zostanie osiągnięta, w efekcie ją uniemożliwiając. Mimo że w rzeczywistości stan równowagi będzie niezwykle rzadki, w teorii ekonomiści posługują się nim, by w jak najprostszy sposób opisać interakcję. Podstawową metodą w ekonomicznej analizie prawa jest tzw. statyka porównawcza (*comparative statics*), oparta na porównywaniu stanów równowagi.

W ekonomicznej analizie prawa czyni się pewne założenia. Są to założenia idealistyczne, ułatwiające przeprowadzenie analizy i wyznaczające standard, do którego należy dążyć, rekomendację dla ustawodawcy, a niezwykle rzadkie lub nawet niemożliwe do osiągnięcia w rzeczywistym świecie.<sup>237</sup> Jednym z nich będzie istnienie doskonałej konkurencji (*perfect competition*). Jeżeli w danej gałęzi przemysłu funkcjonuje tylu przedsiębiorców, że żaden z nich nie wpłynie na cenę rynkową poprzez swoje indywidualne decyzje, i jest tylu konsumentów, że indywidualne decyzje maksymalizujące użyteczność nie wpłyną na cenę rynkową, to mamy do czynienia ze stanem doskonałej konkurencji.<sup>238</sup> W warunkach doskonałej konkurencji obowiązuje wiele zasad, m.in. jednakowa cena za jednakowy produkt, brak barier w wejściu na rynek i wyjściu z rynku, pełna informacja o cechach towaru. W tych idealnych warunkach punkt równowagi dla ceny i ilości danego dobra znajduje się na przecięciu krzywej podaży z krzywą popytu.

Trzecią fundamentalną zasadą mikroekonomii jest efektywność. Istnieje kilka różnych jej definicji. Proces produkcji jest efektywny, jeżeli

<sup>237</sup> Zob. np. T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics* [w:] *Encyclopaedia of Law and Economics*.

<sup>238</sup> Sytuacja będzie diametralnie różna w warunkach monopolu – wówczas będziemy mówić o niedoskonałej konkurencji. Istnienie monopolu zaburza normalne funkcjonowanie rynku.

spełniony zostanie którykolwiek z poniższych dwu warunków: niemożliwa jest produkcja na tym samym poziomie (*amount of output*) przy zmniejszeniu nakładów (*lower-cost combination of inputs*); niemożliwe jest zwiększenie produkcji przy tych samych nakładach. Definicją efektywności, na której oparte będą dalsze rozważania, jest ta stworzona przez włoskiego politologa i ekonomistę Vilfredo Pareto oraz jej modyfikacja – definicja efektywności w sensie Kaldor-Hicksa (od nazwisk jej twórców). Obie zostaną opisane w części dotyczącej ekonomii dobrobytu.

Ekonomia dobrobytu jest wycinkiem mikroekonomii zajmującym się problemem wpływu decyzji wielu jednostek (konsumentów i przedsiębiorców) na dobrobyt (*well-being*)<sup>239</sup> tych jednostek jako grupy, którą tworzą. Postulaty ekonomii dobrobytu będą się więc odnosić do określonego społeczeństwa i skupiać się będą na polityce państwa i towarzyszącej jej filozofii prawa. Celem ekonomii dobrobytu nie jest opisanie, w jaki sposób działa gospodarka, lecz ocena tego, czy działa ona dobrze.<sup>240</sup> Ocenę tę umożliwiają dwa podstawowe kryteria: efektywność (*efficiency*)<sup>241</sup> i równość (*equity*),<sup>242</sup> a zwłaszcza próba odpowiedzi na pytanie, czy między nimi musi istnieć konflikt. To właśnie ten drugi element – równość – odróżnia *welfare economics* od ekonomii jako takiej, wiążąc ją z sądami wartościującymi i sądami moralnymi, jakimi zajmuje się filozofia prawa.

Ekonomia dobrobytu podejmuje również temat interwencji państwa

<sup>239</sup> Termin ten bywa tłumaczony jako „dobrostan”, dla odróżnienia od *welfare*. Niezależnie od przyjętego terminu polskiego (tu będzie to jeden termin dla obu zjawisk), *well-being* będzie się odnosiło do jednostki, zaś *welfare* – do analogicznego stanu grupy jednostek, czyli społeczeństwa. Należy przy tym zwrócić uwagę, że określenie *welfare state* tłumaczy się jako „państwo opiekuńcze”, a nie „państwo dobrobytu”.

<sup>240</sup> D. BEGG, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Ekonomia*, tom 1, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1995, s. 428.

<sup>241</sup> Z którą wiąże się pytanie, czy alokacja rzadkich zasobów nie doprowadza do marnotrawstwa. Tamże, s. 429.

<sup>242</sup> Wraz z pytaniem: „Na ile sprawiedliwy jest podział dóbr i usług między różnych członków społeczeństwa?”. Tamże, s. 429.

w wolny rynek w celu zapewnienia sprawiedliwego podziału dóbr i usług, badając sens i ewentualny zakres takiej interwencji. Ideałem, do jakiego należy dążyć, jest stan powszechnej równowagi (*general equilibrium*), czyli równowagi na wszystkich rynkach jednocześnie, która zostanie osiągnięta dopiero wówczas, gdy marginalny koszt będzie równy marginalnemu zyskowi dla każdego dobra i każdej usługi na rynku, czyli – uogólniając – kiedy na wszystkich rynkach zaistnieją warunki doskonałej konkurencji. W rzeczywistości, jak już wspomniano, taki ideał jest niemożliwy do osiągnięcia, ale stanowi wskazówkę dla ustawodawcy. Rynek narażony jest na niewydolność (*market failure*<sup>243</sup>), czyli na brak warunków doskonałej konkurencji, co ma cztery podstawowe źródła. Po pierwsze, są to różne formy monopoli (np. tylko jeden sprzedawca albo tylko jeden nabywca – *monopson*), które mogą być skorygowane normami chroniącymi konkurencję; po drugie, zakłócające rynek, pozytywne lub negatywne czynniki mające wpływ na osoby nie uczestniczące w wymianie dóbr lub usług (*externalities*), do których należą zewnętrzny koszt (*external cost*, np. skutek zanieczyszczenia środowiska) oraz zewnętrzna korzyść (*external benefit*, np. opadnięcie jabłek na mój grunt z drzewa sąsiada). Społecznym kosztem marginalnym będzie suma indywidualnego kosztu marginalnego i dodatkowy koszt marginalny, ponoszony przez osoby trzecie. Dokonując korekty (tj. internalizując negatywny czynnik), ustawodawca powinien więc brać pod uwagę to, co jest społecznie, a nie indywidualnie optymalne. Trzecim źródłem niedoskonałej konkurencji są dobra publiczne (jak np. obrona narodowa), które charakteryzuje brak rywalizacji o nie wśród konsumentów (są w tym sensie nieużywalne) i niewyłączalność konsumentów (tzn. zbyt wysoki koszt wyłączenia niepłacącego konsumenta z korzystania z tego dobra, by chciał je dostarczać przedsiębiorca prywatny, chyba że jego działalność będzie subsydiowana

<sup>243</sup> Zob. R. G. LIPSEY, C. HARBURY (eds.), *Market Efficiency and Market Failure* [w:] *First Principles of Economics*, second edition, Weidenfeld and Nicolson, London 1992, s. 81-93.

przez państwo). Czwartym, bardzo ważnym dla analizy prawa umów czynnikiem jest asymetria informacyjna, czyli nierówność stron wymiany handlowej w zakresie posiadanych przez nie informacji (np. nieporównywalnie większa wiedza producenta i sprzedawcy na temat oferowanego towaru niż wiedza konsumenta). Sposobem zapobieżenia takim asymetriom jest np. gwarancja jakości produktu.

Jak już wspomniano, podstawową kategorią ekonomii dobrobytu jest – oprócz efektywności – równość. Wyróżnia się dwa rodzaje równości. Pierwszy to tzw. równość pozioma, polegająca na jednakowym traktowaniu wszystkich ludzi. Postulat ten jest podstawą wszystkich ustrojów demokratycznych, koncentrując się na przyrodzonej godności jednostki ludzkiej, na której z kolei opiera się cały współczesny system ochrony praw człowieka. Równość pozioma raczej nie budzi kontrowersji, podczas gdy tzw. równość pionowa, polegająca – w ogólnym zarysie – na niwelowaniu nierówności za pomocą instrumentów prawnych jest przedmiotem wielu sporów, zwłaszcza wśród ekonomistów, filozofów, prawników, filozofów prawa, polityków – w przypadku tych ostatnich przeradzając się w oręż walki wyborczej. Wydaje się, że przyczyną tych sporów są w dużej mierze różnice w postrzeganiu znaczenia pojęcia owej równości pionowej. Mimo że postawa Robin Hooda czy Janosika *a priori* budzi naszą akceptację, ba, nawet uznanie, sytuacja może się zasadniczo zmienić, jeżeli okaże się, że to my będziemy tymi „bogatymi” (*haves*), którym trzeba zabrać, by poprawić sytuację „biednych” (*have-nots*). Nie chodzi tu tylko o dystrybucję dóbr za pomocą systemu podatkowego, co jest bodaj najjaskrawszym przykładem „wyrównawczej” działalności państwa. Dalsze rozważania pokażą, że projektując prawo/orzekając w określony sposób, władza państwowa/sąd może w mniejszym lub większym stopniu realizować ideał równości, znajdując zgodny z polityką rządu punkt między zagwarantowaniem równości poziomej (co, jak już wspomniano, jest, a przynajmniej powinno być standardem wszystkich państw demokratycznych) a pełną implementacją równości pionowej (co

z kolei nigdy nie będzie miało, a przynajmniej nie powinno mieć miejsca w państwach demokratycznych).<sup>244</sup> Prawo nie jest bowiem sekretną plątaniną mniej lub bardziej technicznych norm, a podstawowym instrumentem osiągnięcia ważnych społecznie celów. Aby dobrze znać skutki danej regulacji, ustawodawca, tak jak i sędzia powinni posługiwać się precyzyjną metodą naukową, która umożliwi dokonanie oceny wpływu określonej normy lub zbioru norm na podstawowe dla danego społeczeństwa wartości, przewidzenie zachowań ogółu jednostek w odpowiedzi na zmianę prawa w określonym zakresie. Ekonomiczna analiza prawa jest czymś więcej niż intuicją.<sup>245</sup> Podczas gdy w ekonomii dobrobytu mówimy o możliwie najlepszym połączeniu równości i efektywności, zasadniczą rolą ekonomii jako takiej jest przewidywanie skutku polityki prawa dla wartości, jaką jest efektywność.

Efektywna alokacja zasobów wiąże się nierozłącznie z gustami uczestników rynku, tzn. z ich preferencjami co do określonych dóbr. Podstawą jakiegokolwiek wymiany handlowej (a na niej się skupimy) jest właśnie fakt, że jedna osoba uważa za bardziej wartościowe jedno z dóbr, podczas gdy druga ceni sobie bardziej inne. Co więcej, każda z nich wycenia to, co ma otrzymać, wyżej niż to, co ma dać w zamian. Użyteczność może być oceniana proporcjonalnie do jakości danego dobra albo też ilości tego dobra; choć wydaje się, że w jednym i drugim przypadku wartością samą w sobie dla konsumenta tego dobra musi być jakaś jego cecha bądź cechy przez niego pożądane. Nigdy jednak nie

<sup>244</sup> Dzieje się tak choćby dlatego, że mechanizmy demokratyczne zakładają głosowanie nad projektem ustawy w parlamencie, a zbytni radykalizm w jakimkolwiek kierunku będzie przeważnie tonowany przez partie opozycyjne.

<sup>245</sup> Klasyką literatury prawno-ekonomicznej jest artykuł dwóch autorów: Guido Calabresi i A. Douglasa Melameda pt. „*Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*”, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). Melamed i Calabresi porównują ekonomiczną analizę prawa do jednego z możliwych spojrzeń na katedrę: ogromny, stary, piękny i skomplikowany obiekt. Por. R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics...*, s. 4.



będzie tak, że każdy będzie mógł mieć tyle i takich dóbr, jakie by chciał. Problemem jest obiektywne stwierdzenie, w jaki sposób powinna się dokonywać dystrybucja dóbr, których z natury rzeczy jest ograniczona ilość (*insufficiency of resources*). Tu właśnie muszą się pojawić sądy wartościujące dotyczące równości i słuszności podziału. Na gruncie ekonomii próbę rozstrzygnięcia tego dylematu podjął Vilfredo Pareto.<sup>246</sup> Na podstawie jego twierdzeń przyjmuje się, że dla danego zbioru gustów konsumentów, zasobów produkcji i technologii alokacja jest efektywna w sensie Pareto, jeżeli niemożliwe jest przejście do innej alokacji, która polepszyła położenie niektórych osób bez szkody dla innych.<sup>247</sup> Nieco upraszczając, o efektywności rozdziału dóbr między dwie osoby można mówić jedynie wtedy, gdy niemożliwe jest poprawienie sytuacji jednej z nich (A) bez jednoczesnego pogorszenia sytuacji drugiej z osób (B). W rezultacie widzimy, że ekonomia dobrobytu dopiero po odpowiedzi na pytanie, co jest najbardziej efektywne („wszystkie alokacje, które można umieścić na krzywej możliwości produkcyjnych”), przechodzi do pytania o równość (czyli o zasadność przesunięć wzdłuż krzywej możliwości produkcyjnych). Niedoskonałość efektywności w sensie Pareto, polegającą na konieczności każdorazowej kompensacji, gdyby zysk A powodował stratę B, koryguje efektywność w sensie Kaldor-Hicksa, zwana także potencjalną korzyścią Pareto. Alokacja jest efektywna w sensie K-H, jeżeli zysk A będzie większy niż strata B. Wówczas, nawet jeżeli potencjalnie A będzie musiał zrekompensować B stratę, wciąż odnotuje zysk.<sup>248</sup>

Ekonomiczna analiza prawa opiera się w dużej mierze na teorii gier,

<sup>246</sup> Uczynił to już w 1909 r. w pracy pt. „*Manuel d'Economie Politique*”.

<sup>247</sup> D. BEGG, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Ekonomia*, tom 1, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1995, s. 430.

<sup>248</sup> N. KALDOR, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal* 1939, nr 40, s. 549-552; J. R. HICKS, *The Foundation of Welfare Economics*, *Economic Journal* 1939, nr 49, s. 696-712.

stąd konieczne jest przedstawienie podstawowych jej założeń. „Teoria gier zajmuje się logiczną analizą sytuacji konfliktu i kooperacji. O grze w takim rozumieniu możemy mówić wszędzie tam, gdzie: po pierwsze, można wskazać co najmniej dwóch graczy (...); po drugie, każdy gracz ma do wyboru pewną liczbę możliwych strategii, określających sposób rozgrywania przez niego gry; po trzecie, wynik gry jest determinowany przez kombinację strategii wybranych przez poszczególnych graczy i, po czwarte, gdy każdemu możliwemu wynikowi gry odpowiada zestaw wypłat dla poszczególnych graczy, których wysokość można wyrazić liczbowo. Wypłaty określają wartość wyniku gry dla poszczególnych graczy.”<sup>249</sup> Posługując się teorią gier, możemy rozpatrywać różne warianty zachowań partnerów w negocjacjach, jak również stron umowy, ale także zachowania państw, czy nawet gatunków w znaczeniu biologicznym.<sup>250</sup> Teoria gier zakłada, że racjonalni gracze powinni dążyć do przewidzenia strategii przeciwnika i wyboru takiej strategii, która da im największą możliwą wypłatę. W przypadku gier dwuosobowych o sumie zerowej<sup>251</sup> mamy przeważnie do czynienia z konfliktem, natomiast w grach dwuosobowych o sumie niezerowej<sup>252</sup> i gier n-osobowych – częsta będzie kooperacja. Oczywiście teoria gier napotyka na dość istotne ograniczenia: tworzy jedynie pewne uproszczone modele, podczas gdy realne sytuacje bywają dużo bardziej skomplikowane; zakłada racjonalność wszystkich

<sup>249</sup> P. D. STRAFFIN, *Teoria gier*, tł. Jacek Haman, wyd. 2 poprawione, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2004, s. 1.

<sup>250</sup> Znanym przykładem tzw. gry w kurczaka (*chicken game*) jest kryzys w Zatoce Świń, kiedy to prezydent Kennedy „wygrał” z Chruszczowem, ryzykując jednak globalną wojnę nuklearną. Nawet rozprzestrzenianie się drobnoustrojów można wytłumaczyć na gruncie teorii gier za pomocą minimumu i maksimumu, czyli punktów równowagi w grze. Tamże, s. 1-13.

<sup>251</sup> Gdzie wypłata gracza X zawsze będzie równoznaczna ze stratą gracza Y w tej samej wysokości. Interesy graczy są tu dokładnie przeciwstawne. X musi dążyć do straty po stronie Y, żeby otrzymać wypłatę.

<sup>252</sup> Gracze mogą przyjąć takie strategie, na których obaj zyskają albo obaj stracą, jeżeli nie będą współpracować.

graczy; wreszcie – nie ma precyzyjnych instrumentów przewidywania wyniku gier o sumie niezerowej, czyli takich, gdzie interesy graczy nie są dokładnie przeciwstawne oraz gier, w których uczestniczy więcej niż jeden gracz.<sup>253</sup>

Znanym przykładem jest tzw. dylemat więźnia.<sup>254</sup> Gracze to więźniowie aresztowani pod zarzutem wspólnego popełnienia przestępstwa, przesłuchi- wani w oddzielnych pokojach. Prokurator, nie dysponując wystarczającymi dowodami, przedstawia każdemu z nich swoją propozycję: jeżeli jeden z nich będzie zeznawał, a drugi nie, ten pierwszy zostanie nagrodzony (wypłata +1), jego współnik zaś dostanie wysoki wyrok; jeżeli obaj będą zeznawać, dostaną łagodne wyroki (wypłata -1). Obaj jednak wiedzą, że jeżeli żaden się nie przyzna, obaj zostaną uwolnieni (wypłata 0).

Strategią dominującą, czyli najczęściej wybieraną, będzie dla obu więźniów strategia B, a więc zeznawanie. Jest to tzw. równowaga Nasha. Jednak nie jest ona optymalna w sensie Pareto, ponieważ obaj gracze byłiby w lepszej sytuacji, gdyby się nie przyznali (strategia A). Jak pisze Straffin: „Konflikt pomiędzy racjonalnością indywidualną w postaci kryterium dominacji i racjonalnością grupową w postaci kryterium Pareto jest nieusuwalny. Jednostki racjonalnie dbające o swoje interesy doprowadzają

<sup>253</sup> Duży sukces na tym polu odniósł genialny matematyk i laureat nagrody Nobla John Nash, który badając rozwiązania niekooperacyjne, udowodnił, że każda dwuosobowa gra o sumie niezerowej ma co najmniej jedną równowagę, albo w strategiach czystych, albo w mieszanych (tzw. równowagi Nasha). Twierdzenie to ma jednak pewne niepożądane właściwości i może prowadzić do wyniku niekorzystnego dla obu stron. W odniesieniu do rozwiązań kooperacyjnych Nash opracował tzw. schemat arbitrażowy. Więcej na ten temat P. D. STRAFFIN, *Teoria gier...*, s. 83-93 i 132-145.

<sup>254</sup> „*Prisoner's dilemma*”. Gra wymyślona przez Melvina Dreshera i Merrilla Flooda w latach 50. XX wieku w celu rozważenia szans zatrzymania wyścigu zbrojeń między USA i ZSRR. Historię o więźniu wymyślił Albert W. Tucker podczas seminarium na Uniwersytecie Stanforda – stąd nazwa. W literaturze jest ona przedstawiana na różne sposoby, jednak w niniejszej pracy zaprezentowano najprostszą formę tej gry za P. D. Straffinem. Tamże, s. 94. Por. także B. KLIMCZAK, *Etyka gospodarcza*, wyd. 4, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego we Wrocławiu, Wrocław 2003, s. 168; oraz: W. POUNDSTONE, *Prisoner's Dilemma, John von Neumann, Game Theory and the Puzzle of the Bomb*, New York 1992.

do wyniku niekorzystnego dla wszystkich, w tym i dla nich samych.”<sup>255</sup> R. Axelrod stwierdził, że przy grach powtarzanych określoną liczbę razy strategia zawsze będzie ta sama, a w przypadkach, gdy gracze nie wiedzą, która gra będzie ostatnia – strategią będzie wet za wet.<sup>256</sup> Jednak Straffin uważa, że nawet biorąc pod uwagę powtarzalność tej gry nieokreśloną ilość razy, gdzie może się opłacać kooperowanie w pierwszych partiach w nadziei uzyskania wyniku korzystnego dla obu stron, zadziałać może efekt domina. Polega on na tym, że gracze uświadamiają sobie, iż strategia B dominuje A i zakładają, że w ostatniej grze przeciwnik nie będzie kooperował, jak również w przedostatniej, i tak aż do pierwszej. „Dylemat więźnia ilustruje sytuację na rynku, na którym występuje współzawodnictwo o dobro rzadkie. Każdy uczestnik rynku chciałby mieć tych dóbr możliwie dużo, a najlepiej – wszystkie; jeżeli jednak wyłączymy taką możliwość, to uczestnicy rynku muszą się zgodzić na wymianę dóbr między sobą, według ustalonych reguł. Perspektywa współpracy, którą pokazuje dylemat więźnia, stała się powodem, dla którego grą tą zainteresowała się etyka biznesu.”<sup>257</sup> Gra ta ma również zastosowanie – przy zastąpieniu straty w strategii BB zyskiem – do prawa umów, zarówno w sferze współdziałania stron w wykonaniu kontraktu, jak i przy podejmowaniu decyzji o spełnieniu świadczenia, zanim uczyni to kontrahent. Gry powtarzane nieokreśloną ilość razy można odnieść do relacji ze stałymi kontrahentami, w przypadku zaś gdy np. zaistnieje wątpliwość co do wypłacalności dłużnika, gier może być już jedynie kilka – zaufanie i współpraca między wierzycielem a dłużnikiem może się zakończyć.

Podobną grą, którą można zastosować do analizy zachowań jednostek, jest gra w kurczaka, ewentualnie tchórza (*chicken game*). W oryginalnej wersji dwóch kierowców pędzi na zderzenie czołowe, a grę wygrywa ten, który nie przestraszy się i nie skręci w prawo. Oczywiście, jeżeli obaj będą na tyle odważni

<sup>255</sup> P. D. STRAFFIN, *Teoria gier...*, s. 95.

<sup>256</sup> Zob. R. COOTER i T. ULEN, *Law and Economics...*, s. 42.

<sup>257</sup> B. KLIMCZAK, *Etyka biznesu...*, s. 168.

(bądź po prostu nierozsądni), żeby w ostatniej chwili nie uciec, samochody zderzą się i obaj gracze stracą, być może nawet życie. W grze tej w pewnym sensie rozsądnie jest być nierozsądnym, o ile zdoła się przekonać o swoim braku rozsądku drugą stroną. Jeżeli obaj gracze się wystraszą, wypłaty wyniosą (0,0), jeżeli tylko jeden z nich skręci – otrzyma – 1, podczas gdy przeciwnik zyska +1 (zysk polega w przypadku oryginalnej gry na uznaniu obserwatorów). Jeżeli natomiast obaj przyjmą twardą strategię, to obaj poniosą stratę (-10,-10).

W grze tej, zresztą podobnie jak w poprzedniej, żadna strategia nie przynosi zysku społeczeństwu, nie pomnaża się tu bogactwa, a jedynie dwóch graczy może uniknąć dużej straty. W najlepszej sytuacji mamy grę o sumie zerowej, w najgorszej – o sumie ujemnej, czyli społeczeństwo na niej traci. Wydaje się, że rozsądny człowiek nie zgodziłby się na uczestnictwo w takiej grze, jednak sytuacje takie często się zdarzają. Gdyby jednak nieco ją zmodyfikować i przyjąć, że strategia BB polega na kooperacji, okazałoby się, że zarówno obaj gracze, jak i społeczeństwo się wzbogacą. Dlatego też np. negocjując warunki umowy, strony powinny mieć na względzie zysk z jej zawarcia, a strata poniesiona przez stronę liczącą na to powinna być skompensowana, gdy druga strona zerwie negocjacje (strategia AB).

Ostatnim przykładem gry mającej zastosowanie do teorii prawa prywatnego jest gra w dzielenie tortu.<sup>258</sup> Dwóch graczy dostanie 100 złotych, jeżeli porozumieją się co do podziału tej kwoty. Możliwe są wszelkie schematy dystrybucji (np. 50/50, 60/40, 10/90, a nawet 0/100). Jeżeli natomiast gracze nie osiągną porozumienia, nie dostaną nic. Wydawałoby się, że racjonalni ludzie osiągną satysfakcjonujący obie strony kompromis, czyli najprawdopodobniej podzielą się po połowie. Teoria gier pokazuje jednak, że ten wynik nie jest gwarantowany. W rzeczywistości na marginesie tej gry strony grają w *chicken game*, tzn. chcąc zyskać jak najwięcej, starają się przekonać przeciwnika, że zerwą negocjacje, jeżeli nie otrzymają zażądanej kwoty. Biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek

<sup>258</sup> „Divide 100” albo „split the pie game”.

zysku po obu stronach w przypadku braku kompromisu, taka strategia wydaje się irracjonalna. Jednak strona „silniejsza” może wymóc na stronie „słabszej” ustępstwo (np. 20/80), ponieważ ta ostatnia woli dostać 20 niż 0. W realnym świecie możliwe są jednak sytuacje, w których jedna ze stron ma więcej do stracenia bądź do zyskania, o czym druga strona nie wie. Jest to tzw. problem asymetrycznej informacji, który może utrudniać osiągnięcie kooperacji, a w skrajnych przypadkach będzie uzasadniał interwencję ustawodawcy lub sądu.<sup>259</sup>

Niezwykle ciekawe obserwacje na temat społeczeństwa, w którym umowy nie są wiążące (tzw. *Hobbesian Society*), poczynił na podstawie badania średniowiecznych traktatów pokojowych Oliver Williamson.<sup>260</sup> Zauważył on, że gwarantem traktatów pokojowych zawieranych przez władców w Średniowieczu była wymiana zakładników, których władcy ci wysoko cenili – można powiedzieć, że dużą rolę odgrywała *pretium affectionis*. Istotny jest także fakt, że strona biorąca zakładnika ceni go znacznie mniej albo nie przedstawia on dla niej żadnej wartości. Na osi czasu punktem pierwszym byłoby podpisanie traktatu, punktem drugim – danie zakładnika przez króla B, punktem trzecim – dotrzymanie umowy przez A, a punktem czwartym – dotrzymanie umowy również przez B. Tak więc na przykład potężny król oddawał słabszemu swoją córkę jako zakładniczkę, co wymuszało na królu przestrzeganie zawartego pokoju, władcy zaś mniej znaczącemu dawało gwarancję, że traktat będzie respektowany i tym samym niwelowało jego ewentualną chęć zerwania umowy i zaatakowania w obawie, że może wcześniej paść ofiarą podstępny. Takie postępowanie hamowało swego rodzaju średniowieczny „wyścig zbrojeń” i było pożądane ze względu na brak międzynarodowej organizacji, która

<sup>259</sup> Widać to zwłaszcza na przykładzie bezwzględnie obowiązujących norm chroniących konsumenta, który nie ma takiej wiedzy na temat nabywanego produktu lub usługi, jaką ma przedsiębiorca.

<sup>260</sup> O. E. WILLIAMSON 'Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange', *American Economic Review* 73/1983, ss. 519-540.

czuwałyby nad pokojem światowym i w jakiś sposób nakładała sankcje na władców łamiących dane słowo. Pewną analogię można zauważyć w działalności takich organizacji jak Liga Narodów, Pakt Północnoatlantycki, Unia Europejska czy ONZ. Jednakże przykładem wymuszenia na kimś wypełnienia tego, do czego się zobowiązał, może być także np. mafia (adept musi popełnić przestępstwo, a następnie w zamian za nieujawnienie dowodów zmuszony jest do lojalności). W demokratycznym państwie prawa to właśnie państwo i stanowiące przez nie prawo powinno być gwarantem nie tylko dotrzymywania umów, ale także zapobiegania takim przypadkom anarchii. Centralną ideą jest tu ‘branie zakładników’. Partner A, skłonny do oportunistycznego złamania przyrzeczenia, podejmuje działanie, które daje partnerowi w wymianie (B) kontrolę nad rzeczą wartościową dla A (choć niekoniecznie dla B). Przez opuszczenie tego układu po ewentualnym oszustwie A partner B może zastosować sankcję wobec nieuczciwej jednostki. Cały nacisk położony jest na celowe i bezpośrednie stworzenie opartego na tej konkretnej relacji systemu zysków z uczciwej współpracy (i strat dla partnera nieuczciwego). Model ten może służyć przede wszystkim ustawodawcy, ale też sądom i samym potencjalnym partnerom – stronom każdego stosunku prawnego, umożliwiając znajdowanie rozwiązań, które mogą łatwo zostać zinternalizowane przez jednostki oraz społeczeństwo jako całość.

## *Epilog*

Rozumny, sprawiedliwy sędzia powinien znać mechanizmy ludzkiego postępowania, często niegodziwych czynów wobec bliźnich czy nadużyć władzy wobec jednostki. Ale każdy człowiek powinien na swoim kawałku „ubitej ziemi,”<sup>261</sup> w tej sferze najbliższej nas, szczególnie w relacjach z innymi jednostkami, podejmować

<sup>261</sup> „*Pan Cogito jednak nie lubi życia na niby, chciałby walczyć z potworem na ubitej ziemi*”.  
Z. HERBERT, *Potwór Pana Cogito*.

trud walki z przejawami niesprawiedliwości, choćby wydawać się mogła na pierwszy rzut oka nie smokiem, zięjącym siarką potworem, lecz całkiem niegroźną małą jaszczurką. Dlaczego ten trud podejmować? Choćby w celu długoterminowej poprawy własnej sytuacji według reguł nieuświadomionej gry: czy to na zasadzie wzajemności, czy też zmiany społecznych przyzwyczajęń, ludzkiej mentalności, do wykorzenienia z nas resztek strachu przed odpowiedzialną wolnością – w przypadku krajów postkomunistycznych – naszego wewnętrznego potwora, owego *homo sovieticus* opisanego przez ks. Józefa Tischnera, aby nie okazał się dziedziczny i uległ etyce solidarności.

*Ludzie bowiem na ogół z natury słuchają nakazów nie wstydu, lecz tylko strachu, a od złych postępków powstrzymuje ich nie to, że przynoszą one hańbę, lecz obawa kary; bo kierując się namiętnościami, gonią za tym, co im sprawia rozkosz, i za wiodącymi do niej środkami, a unikają przeciwstawiających się jej cierpień i nie mają nawet wcale pojęcia o tym, co moralnie piękne i prawdziwie przyjemne, ponieważ nigdy tego nie zakosztowali. Jakie więc argumenty mogłyby wpłynąć na takich ludzi, by zmienili swe postępowanie? Nie jest przecie rzeczą możliwą, a w każdym razie jest nietatwą, wyperswadować komuś to, co zakorzenione jest głęboko, w jego charakterze. Należy więc może być zadowolonym, jeśli mając wszelkie po temu warunki, by stać się człowiekiem prawnym, posiadziemy przynajmniej jakąś część dzielności etycznej.<sup>262</sup>*

<sup>262</sup> Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, X-9. 1179 b 6- 1179 b 2.



Gdy zaś owe powody okażą się niewystarczające, być może przekona nas – choćby kontrowersyjna – świętość Jerzego: rycerza, męczennika,<sup>263</sup> patrona,<sup>264</sup> pogromcy smoka<sup>265</sup> (m.in. symbolu niesprawiedliwego władcy, prześladowającego np. chrześcijan, a także – bardziej ogólnie – groźby chaosu, wynikającego np. z cyklów natury czy starotestamentowego symbolu zła – upadłego anioła-serafina, zwanego Lewiatanem<sup>266</sup>) i możliwa odpowiedzialność za nasze czyny popełniane tu i teraz, odpowiedzialność, którą prawdopodobnie poniesiemy tam i kiedyś. Sobie współczesnych przestrzegał przed tym i do „dobrych uczynków” zachęcał już sześć wieków temu nieznanym flamandzki autor w moralitecie o każdym z nas. *Everyman* zaczynał się zdaniem:

*Here begynneth a treatyse how ye hve Fader of Heu-  
en sendeth dethe to somon euery creature to come and  
gyue acounte of theyr lyues in this worlde, and is in  
maner of a morall playe.*<sup>267</sup>

<sup>263</sup> Świętego wielu Kościołów: anglikańskiego, prawosławnego, katolickiego; a zarazem ikony obecnej w niezliczonych dziełach zgromadzonych w muzeach na całym świecie (m.in. w Wenecji czy Krakowie).

<sup>264</sup> Patrona wielu państw (m.in. Anglii, Palestyny, Rosji), regionów (np. Aragonii, Katalonii) oraz miast (np. Genui, Ferrary, Moskwy, Ljubjany). Do roku 1798 w Gdańsku istniało Bractwo Św. Jerzego, którego siedzibą był pierwotnie Dwór Artusa, później zaś XV-wieczny budynek w stylu flamandzkim, zwieńczony kopułą z figurą św. Jerzego zabijającego smoka.

<sup>265</sup> Według legendy (*Legenda Aurea* Jacobusa de Voragine z 1266 r.) Jerzy uratował księżniczkę, która zgodnie z tradycją miała zostać rzucona smokowi na pożarcie. Jego orężem miał być uczyniony znak krzyża, zaś mieszkańcy królestwa przyjęli chrzest. Zob. G. MORGAN, *St George. Knight, Martyr, Patron Saint and Dragon Slayer*, Chartwell Books Inc., New Jersey 2006, s. 45-48.

<sup>266</sup> J. HOULT, *Dragons: Their History and Symbolism*, Gothic Image Publications, Glastonbury 1987, s. 6.

<sup>267</sup> „Tu zaczyna się traktat w postaci sztuki moralnej o tym, jak Ojciec w Niebie zsyła śmierć, by wezwała każdą istotę do przyjścia i zdania mu sprawy ze swego życia na tym świecie”.

Mniej więcej w tym samym czasie o idei sprawiedliwości w idealnym państwie pisze humanista, prawnik i święty,<sup>268</sup> który śmiało przeciwstawił się samemu Henrykowi VIII za cenę własnej głowy.<sup>269</sup> Sir Thomas More pisząc – także we Flandrii<sup>270</sup> – „Utopię” usytuowaną w dopiero co odkrytym przez Amerigo Vespucciego Nowym Świecie i niebezpiecznie profetyczną bądź niebezpiecznie inspirującą, reagował jedynie na niesprawiedliwość czynioną ludowi przez władców, prowadzących nieustanne wojny i doprowadzających poddanych do śmierci głodowej. Ustami fikcyjnej postaci, Rafaela, More trawstuje Platona i szanse na panowanie sprawiedliwości widzi w rządach królów-filozofów:

*(...) Twój przyjaciel Platon uważa, że narody byłyby szczęśliwe, gdyby filozofowie zostali królami albo królowie filozofami. Nic dziwnego, że jesteśmy tak dalecy od szczęśliwości skoro filozofowie nie uważają, że ich obowiązkiem jest doradzać królom (...) Jednak Platon słusznie uważał, że o ile królowie sami nie zostaną filozofami, ci, którym od dzieciństwa wpajano fałszywe założenia nigdy w pełni nie postuchają rad filozofów.*

Idealnie byłoby, gdyby zarówno sprawujący władzę, także sędowniczą, jak i obywatele byli i filozofami, i ekonomistami, myślącymi w kategoriach wspólnoty europejskiej, niekoniecznie tej pisanej dużymi literami. Słowem: by stali się obywatelskim społeczeństwem

<sup>268</sup> Kanonizowany w 1935 r. przez Piusa XI, przez Jana Pawła II ogłoszony patronem polityków i mężów stanu.

<sup>269</sup> Wprawdzie sam jako Lord Chancellor wcześniej spalił na stosie wielu heretyków.

<sup>270</sup> Wydaną przez przyjaciela Moore’a, Erazma z Rotterdamu, w 1516 r. w Antwerpii.

europjskim<sup>271</sup> i umieli udźwignąć „nieszczęsny dar wolności”. „Różnica między nieszczęściem a niesprawiedliwością często zależy od naszej chęci i zdolności działania w imieniu ofiar, od obwiniania bądź rozgrzeszania, od pomocy, zapobiegania powiększaniu się szkód i ich rekompensowania – albo odwrócenia się od ofiary.” Brak możliwości postawienia wyraźnej granicy i zapewnienia pełnego „bezpieczeństwa moralnego” nie oznacza, że możemy zaniechać prób zaradzenia niesprawiedliwości.<sup>272</sup> ■

---

<sup>271</sup> O *transnational civil society* pisze Hugh Collins, promujący od lat jednoczącą, w jego opinii, ideę europejskiego kodeksu cywilnego i roli ujednoczania europejskiego prawa prywatnego w celu tworzenia wspólnoty prawnej, kulturowej i społecznej w Europie. Podkreśla on, że „interakcja społeczna musi być połączona z wiarą ludzi, że są członkami jednej wspólnoty lub że dzielą wspólną tożsamość. Przynależność ta może wówczas stworzyć potrzebę wyznawania wspólnego zestawu praw i obowiązków wobec innych członków (transgranicznego społeczeństwa)”. H. COLLINS, *Why Europe Needs a Civil Code: European Identity and the Social Model* [w:] *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, M. Andenas et al (red.), British Institute of International and Comparative Law, Londyn 2007, s. 261-262.

<sup>272</sup> J. N. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, Yale University Press, New Haven & London 1990, s. 2.

## *O Autorce*

Dr Magdalena Konopacka, LL.M. (*Universiteit Gent*), jest adiunktem w Katedrze Prawa Europejskiego i Komparatystyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji w Uniwersytecie Gdańskim. Specjalizuje się w komparatystyce, ze szczególnym uwzględnieniem europejskiego prawa prywatnego oraz jego analizy ekonomicznej. Ukończyła studia m.in. w Gandawie (*Master in Advanced Studies in European and Comparative Law*). Jest członkiem SECOLA (*Society of European Contract Law*).

Tekst publikacji został opracowany w wyniku badań przeprowadzonych w 2008 r. w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji w ramach programu „Badania letnie” w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.



*Multilevel Injustice and The Judge*  
or  
*The Golden Legend of St George*  
as told in contemporary Europe

---

*Wielopoziomowa niesprawiedliwość*  
*a Sędzia*  
albo *Złota Legenda o Świętym Jerzym*  
opowiedziana we współczesnej Europie



## *Prologue*

Over the past two decades, and particularly in the early 21st century, we have seen an increasing trend towards harmonisation in the area of private law, private international law and the mutual recognition of court judgements – at the level of binding Community legal acts or private law initiatives. This development has been connected with the advancement of technology and the impact of Internet-based global communications. Following the American experience<sup>1</sup> the European Union has come a long way to the present phase of development of the information society.<sup>2</sup> The vision of the European Commission is focused on respect for Community's fundamental values and undistorted competition; it also assumes the existence of public-private partnership in all aspects of the information society and regulatory activities of public administration based on market philosophy rather than statism and interventionism. This position takes into account factors governing both the globalisation and the internationalisation of law: contracts between private and public market stakeholders (international agreements<sup>3</sup> and commercial contracts<sup>4</sup>); the hierarchy within which different

<sup>1</sup> Where the role of the leading promoter of the global network has been played by its great enthusiast, former Vice-President Al Gore.

<sup>2</sup> The earliest Commission documents are the White Paper of 15.12.1993 on *Growth, competitiveness, and employment*, COM (93) 700 final; Commissioner Bangemann's Report of 19.07.1994 *Europe and the global information society*, COM (96) 347 final and the Resolution of the European Parliament of 19.11.1996, OJ 1996, C 320, p. 164.

<sup>3</sup> An example thereof is the Hague Convention of Private International Law, which was signed in 1893 and to which over a half of its 68 members (including the European Community) acceded in the 21st century.

<sup>4</sup> Cf. J. BASEDOW, *The Effects of Globalization on Private International Law*, [in:] *Legal Aspects of Globalization, Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, ed. J. Basedow and Toshiyuki Kono, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, pp. 1-10.



levels of governance interact with each other and the integrity of which is ensured by an open coordination method, cross-border networks (public, private and hybrid), involving experts in different areas; *lex mercatoria* – new global law, an equivalent to mediaeval merchant law, and finally new governance centres as elements of global legal pluralism, which can be public, private or mixed, cooperating or competing, hierarchical or autonomous.<sup>5</sup>

Globalisation<sup>6</sup> as such is of Cold War provenance, as at that time two global superpowers had their war and economic doctrines which envisaged (and created) a global conflict. In this context one can recall the prophetic (?) words of Fukuyama about the end of history and the dawn of an era of global liberal democracy.<sup>7</sup> However, it seems that global conflict is only disguised: the dormant conflict between East and West is veiled in diplomacy; moral and economic cracks aggravate – despite a schematic division between the rich North and the poor South – not knowing geographical borders and often spreading throughout global, virtual networks while at the same time, paradoxically, combating the consequences of globalisation (or McDonaldization). As Ritzer points out, the McDonaldization of law is pernicious and creates an iron cage of rules which render legislation more rigid and less efficient. The four fundamental concepts comprising a kind of *fast-food Bible*, i.e. efficiency, measurability, predictability and manipulation, become a trap for the "weaker" partner in social relations, as well as in legal relationships. An obvious example is that of a consumer, who is predictable, easily influenced and who, indeed, contributes to the accumulated wealth of the

<sup>5</sup> F. SNYDER, *Economic Globalization and the Law in the 21<sup>st</sup> Century*, The Blackwell Companion to Law and Society, ed. A Sarat, Blackwell Publishers, New York and Oxford 2003, pp. 4-7.

<sup>6</sup> The term which was first used in *Webster's Third New International Dictionary*, vol. 1, London 1971, p. 965. Cf. also: F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme: XV-XVIII*, Paris 1979.

<sup>7</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York 1992.

manufacturer (businessman). Rational rules which should be effective become wild and irrational on both sides. Ritzer calls this mechanism the irrationality of rationality.<sup>8</sup>

As opposed to artificial intelligence (AI), the human mind acts in strict connection with emotions. A moral choice cannot exist without reasoning, but it is based on emotions, such as pride, compassion etc. Human consciousness is more than the individual preferences of reason – it is also shaped by identity and moral choices of other individuals. We are political and social animals not because we can take decisions in terms of game theory, but also because we have certain social feelings.<sup>9</sup>

Thus, it seems that this process – which some see as irreversible<sup>10</sup> – driven by some sort of AI, may turn out to be irrational owing, among others, to the fact that the process focuses exclusively on the efficiency of law as such. Moreover, legislation of European countries is adversely affected by a paradox which is also observed in Polish political life: traditionally socialist (left-wing) and traditionally conservative (right-wing) parties swap some of their postulates and thus become inconsistent, while the liberal centre wins the election presenting a cautious liberal-democratic programme, then gradually withdraws from promises it has made to its electorate (for example by signing a so-called British Protocol to the Charter of Fundamental Rights). Similarly, Europe, traditionally based on the idea of the free, common market, is becoming socialist by, *inter alia*, extending consumer protection and competition law, with the main

<sup>8</sup> G. RITZER, *Macdonaldyzacja społeczeństwa*, (Polish edition) Muza, Warsaw 2005.

<sup>9</sup> F. FUKUYAMA, *Koniec człowieka (Our posthuman future)*, (Polish edition) Wydawnictwo Znak, Cracow 2004 (Polish edition), p. 226.

<sup>10</sup> "We are not going to find any way to put the genie into the bottle". F. J. LAPORTA, *Globalization and the Rule of Law, Provisional Draft for Discussion with Some Doubts and Perplexities of an Old Westphalian*, privately circulated, p. 255.

objective to prevent the negative effects of globalisation. However, in view of limited competence, as well as the size and complexity of the structure which the EU has become, these activities are also incoherent and inadequate, and may thus cause a deficit of justice at the level of Member States. Here, the role of a just, rational and brave judge begins; the one who protects "the weaker" against "the monster" – an oppressive state or a stronger, dishonest individual: the judge of the Court of Justice, the judge of the European Court of Human Rights – "the courts of principles" of the Member States; here the *Legenda Aurea* of the turn of the millenniums begins. As Zbigniew Herbert writes in his *Monster of Mr Cogito*, having in mind geopolitical realities of the past system, the "monster lacks dimensions, it is difficult to describe, escapes definition", but it seems that now we can "pierce it with a pen, with an argument or a spear".

### *In the quest for justice, or how to fight the monster?*

Recent decades abound with debates between social philosophers, theoreticians in politics and law, as well as political economists, on inequality and justice within the political structure of the state. Citizenship is a tie between the individual and society, so the debate concerns at the same time the civic society and values shared by such a society (or the absence of a uniform set of common values), the guarantees which the state should ensure to make it possible for the individual pursue his or her goals and the boundaries which the state should not cross in drafting legislation aimed at protection of the disadvantaged from being abused by those who are better-off. The debate has continued since ancient times and contemporary thinkers often refer to the fundamental ideas and divisions which accompanied Plato, Aristotle, Cicero, St Thomas

Acquinas, Hobbes, Rousseau and Kant. To attempt an objective analysis of their ideas, the historical background as well as economic and social relations in the times they lived need to be taken into account. On the other hand, in order to understand contemporary theories of justice, which praise, criticise or even negate social justice, one must not forget that most of these theories were developed by their authors on the basis of the American legal system, with all its characteristic features of *common law*. Moreover, these theories were created in the context of the different political and economic realities of the 20th-century America; some economists writing about justice were even advisers to US Presidents (e.g. Galston, a former advisor to president Clinton), a fact that has been reflected in their ideas of an ideal state. At the same time, no modern theory, "although expressing different postulates with regard to the vision of fairness of relations between the state, the individual and the community, contradicts basic ideas of constitutional democracies."<sup>11</sup>

As pointed out by J. Karp in his monographic paper devoted to the issue of social justice, "Plato's and Aristotle's discussions initiated western political philosophy."<sup>12</sup> They understood justice in both moral and legal terms. The same author refers to the ideas of many modern-time philosophers, e.g. Karl Popper,<sup>13</sup> who believed that

<sup>11</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu and praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Księgarnia Akademicka Sp. z o.o, Cracow 2004, p. 75.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>13</sup> Karl Popper's (an Austrian philosopher and logician, 1902-1994) scepticism can be seen in the research method he promoted. It was the falsification method (as opposed to the verification method) according to which a theory can be considered scientific when it has such a logical form that it can be experimentally disproved. Consequently, the theory is proved (i.e. has the richest empirical content) not where it is corroborated by numerous observations, but only when no fact contradicting the theory can be found after the theory is subjected to numerous, repeated strict tests. K. POPPER, *Logika odkrycia naukowego* (Polish edition) Wydawnictwo Naukowe PWN (Polish edition), pp. 74-75. See also W. STANKIEWICZ, *Historia myśli ekonomicznej...*, p. 22-24.

considering the multitude of meanings and contexts in which the issue of justice is discussed, an analytical definition of justice is simply impossible.<sup>14</sup> Even today, however, one cannot contest Aristotle's observation that when we consider an act righteous, we approve of it, and by doing this we experience the very existence of justice.<sup>15</sup> Thus, this fact itself suggests that it is possible to define justice or at least attempt to grasp the meaning of this term not only in a specific socio-economic context, but also in more universal terms. As a result it should be possible to grasp the meaning of this term in a specific piece of legislation – to draft the legal norm in such a way that it would be just. Modern theories of justice differ at this point, with two distinct extremes: libertarianism (which treats society as a group of individuals, and generally speaking, puts individual freedom first before the common good) and communitarianism (which focuses on

---

<sup>14</sup> K. POPPER, *Spoleczeństwo otwarte i jego wrogowie*, (Polish edition), vol. 1, Warsaw 1987 p. 209. Cited after J. KARP, *Sprawiedliwość ...*, p. 31. J. KARP also quotes (after Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warsaw 1959) the idealistic thought of P. PROUDHON: "justice [...] rules the world, nature and humanity, science and awareness, logic and morality, political economy, politics, history, literature and art". P. PROUDHON, *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Brussels 1868, p. 44.

<sup>15</sup> This refers to the moral aspect of justice, not the legal justice which means accordance with the letter of the law, or justice which relies on accordance with the spirit, the idea of the law (among the *trois justices* of Pierre de Tourtoulon). The idea of moral justice is strictly connected with the idea of what is due (Ulpian's *sum cuique*). J. SZREDNICKI notes that "it is extremely difficult to agree in a dispute on morality". Where discussants share the same assumptions, there is hope – where such common grounds are few, the situation is hopeless. However, a "certain feeling of social approval, difficult to verbalise" for a given act is merely a criterion rather than the content of its assessment. K. AJDUKIEWICZ believes a source of relativism (both cognitive and ethical one) lies in the insufficient distinction between these two issues, i.e. the criteria of judgment or assessment and the content thereof. See. J. SZREDNICKI, *O subiektywnym odbieraniu obiektywnych wartości* [in:] *Kłopoty pojęciowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 1993, p. 263, also: K. AJDUKIEWICZ, *O sprawiedliwości* [in:] *Język i poznanie. Wybór pism z lat 1920-1939*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2006, pp. 368-370.

community and puts common good first before individual rights), as well as theories which attempt to strike a compromise between these two extremities.

Lech Morawski recalls that in the past discussions on social justice, the controversial issue of the conflict between individual rights and the common good was at the same time the conflict between the communist and capitalist systems,<sup>16</sup> the conflict between East and West. Currently, liberal ideas have spread into communitarian theories and the other way round: "(...) though liberals are usually considered followers of modernist traditions, while communitarians are usually associated with post-modernism, similarly to other issues we may encounter both communitarianism-oriented modernists, particularly those who solidarize with socialist traditions, and postmodernists who defend the foundations of the liberal-democratic system. (...) What makes a contemporary communitarian different from a typical communist is, first of all, the fact that the former accepts basic canons of the capitalist system based on private property, parliamentary democracy and fundamental human rights, while at the same time opposing extreme *laissez-fairism* and stresses the special importance of social commitments of the individual towards the community which he or she lives in. (...) The severity of the conflict between liberals and communitarians is mitigated by the fact that neither for a liberal nor for a communitarian are any of these principles an absolute value. A liberal and a communitarian are both fully aware that given specific circumstances the inadequacy between the good of the individual and the common good can be so great that it justifies reversing the priorities of their preferred values. Thus, in any specific situation arguments for the individual good or for the common good need to be weighed, and only where it has been found out that the disproportion between

---

<sup>16</sup> L. MORAWSKI, *Główne problemy ...*, p. 126.

them is not too great, will one be able to decide whether the priorities of values preferred should be followed. With this in mind, R. Alexy says that liberalism gives priority to freedom over common good *prima facie*, that is according to the principle *in dubio pro libertate* and not in absolute terms, and respectively it can be said that communitarianism is based on the *prima facie* priority of common good over individual rights – *in dubio pro rem publicam*.<sup>17</sup>

Contemporary analysis of the concept of justice is based on an idea launched by Aristotle in ancient times, of a dualist division between distributive justice striving for the material equality of all people on the one hand and commutative justice, which is achieved in the process of the exchange of goods, which is left to the play of market forces. Commutative justice consists of "returning adequate good for good or maybe evil for evil, regardless of who has done good or evil to us," while distributive justice "demands distribution of good, or, if necessary, of inevitable evil, while treating in the same way people who show the same specific feature which is considered significant in this case. In other words, justice comes down to treating people following a defined formula and not arbitrarily, i.e. depending on whom we have to deal with individually".<sup>18</sup> Justice can also be divided into static justice, or in other words equality in terms of law, equal opportunities and material equality, and dynamic justice – which means acting not only in compliance with binding law but also

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 127-129.

<sup>18</sup> Among the two streams of moral thought identified by Z. Ziemiński, it is not the "perfectionist stream according to which the moral assessment of an act is the extent to which it reflects a certain model of human perfection, which, by the way, is historically changeable" is currently dominant, but rather "the stream of good social co-existence, solidarity, where the moral assessment of an act is to what extent it fairly contributes to the benefit of other people or at least is guided with this intention". See Z. ZIEMBIŃSKI, *Prawo a inne normy* [in:] *Zarys teorii państwa i prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 1992, pp. 127-128 and 139-142.

pursuing justness of action and conduct, not to infringe upon moral norms shared in the society, and being synonymous with integrity and impartiality.<sup>19</sup>

O. Höffe divided justice into subjective (individual) and objective (institutional) terms, along the lines of A. Tschentscher's division of justice into deontical (normative) and axiological one. "In deontical terms justice is justness and duty of a given action towards other subjects from the point of view of equality. In axiological terms, justice is justness and virtue of a given action from the point of view of equality."<sup>20</sup> This division means that in the context of legal and political science one can talk about justice in normative, deontical terms rather than axiological terms. "When looking for arguments for justice or injustice of a specific event, we should take into account the following elements: action, justness, duty, the social element and equality element."<sup>21</sup> Currently, the traditional division into procedural<sup>22</sup> and material (substantive) justice<sup>23</sup> is the most criticised one. The fact that law is divided into substantive and procedural law is the sole justification, and not a very convincing one, for maintaining this division. An argument against this division is the fact that it is not universal, as certain legal norms can be either procedural or material, depending on the legal system. In addition, neither material norms can be applied without procedural norms, nor the other way round. However, inflictions resulting from justice can be either material or formal by

<sup>19</sup> Cf. K. KOSTRO, *Koncepcja sprawiedliwości F.A. von Hayeka* [in:] *Efektywność a sprawiedliwość*, ed. J. Wilkin, Wydawnictwo Key Text, Warsaw 1997, pp. 74-75.

<sup>20</sup> A. TSCHENTSCHER, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und Procedurales Recht*, Baden-Baden 2000, p. 46.

<sup>21</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, p. 38.

<sup>22</sup> "Formal justice deals with preserving values, even in the very form of application of law". R. TOKARCZYK, *Komparatystyka prawnicza*, 8th edition, Zakamycze 2005, p. 110.

<sup>23</sup> "Material justice, deeply rooted in the centuries-old tradition of the law of nature, is self-sufficient in this sense that it clearly defines the main values of law, shows their hierarchies, indicates moral means to implement them." *Ibidem*.



their very nature.<sup>24</sup> A classic example of the latter is the famous Ulpian's *paremia*: *Iustitia est perpetua voluntas suum quique tribuere*. According to W. Sadurski, this blanket clause must, however, be justified from the point of view of preconceived moral judgements.<sup>25</sup>

Theories of justice can be further divided into analytical, empirical and normative, while the latter can again be subdivided into material theories of justice (where two types can be distinguished: non-positivist, associated with the philosophical thought of Thomas Aquinas, Jean Jacques Rousseau and Marx, and rationalist, represented by Hobbes and Kant, in which reason is considered to be the source of justice), as well as procedural theories of justice. Material theories "justify the thesis that justice is an objectively present quality of social relations", while procedural theories "define conditions of cooperation within the state community and the code of conduct which should be complied with so as justice in social relations and relationships between political institutions in the country is realised"<sup>26</sup> Procedural theories, in particular liberal ones, most frequently refer to the concept of a social contract, though the great philosopher from Königsberg argued that just principles of conduct are not created on the basis of a social contract but are facts connected with the process of achieving moral self-awareness by individuals.<sup>27</sup>

Theories on justice can also be classified according to historical streams in political philosophy, as has been done by R. Alexy (quoted above). He distinguished four types of modern theories of justice: Aristotelian (communitarian, opposing selfishness of individuals and indifference of the state to social inequalities, which is typical of e.g. M.

---

<sup>24</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, p. 43.

<sup>25</sup> W. SADURSKI, *Myslenie konstytucyjne*, Warsaw 1996, p. 65.

<sup>26</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, pp. 69-70.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 71.

Walzer), Hobbesian<sup>28</sup> (based on utilitarianism, taking into account the interests of the individual, but also the way in which goods acquired by the individual maximise economic benefits for society as a whole; it is represented by John Nash and J. Harsanyi) and neo-Hobbesian<sup>29</sup> (based on Locke's ideas; it is represented by the libertarian Nozick), Kantian (based on the idea of *justice as impartiality*, according to which the act of an individual is just if others consider it just; it is represented by John Rawls) and Nietzschean (sceptical about justice, represented by e.g. Kelsen and Hayek).

The multitude of justice theories (but not the causes of the dispute about what social justice is about) has been explained by the Nobel Prize laureate, Amartya Sen. Each theory is based on different information foundations for opinions which are created by selecting relevant individual features and then by selecting the method to combine these features.

In the utilitarian approach, the relevant personal feature is the level of utilities of respective individuals and the combining characteristic is

---

<sup>28</sup> However, as was mentioned earlier, in this struggle individuals suffered due to the selfish actions of other individuals, unrestricted by imperatives or prohibitions, so people decided to abandon the natural state and to make "the social contract". Based on this contract individuals do not have their original freedom to fight for their benefit – they have limited it themselves in the name of a different benefit, that is protection against negative results of the struggle of all against all. They have replaced the unrestricted freedom enjoyed in the state of nature, with the structures of the state which is supposed to protect them; they have done it out of reason and fear. Thus, not only the state was created but also the instrument to protect individuals against others, namely the law, accompanied by an objective measure of what is good and what is evil. For the better functioning of the state, it has exercised power, according to Hobbes – personified by the Sovereign, to whom the people plead obedience on the basis of the social contract. Earlier, according to Ockham, God was the supreme power. Hobbes was a royalist and undertook to provide the philosophical justification of monarchy, by which he unconsciously contributed to the emergence of many theories of social justice a few centuries later, with Rawls's theory leading the way. Cf. W. TATARKIEWICZ, *Historia ...*, vol. 2, p. 67 et seq.

<sup>29</sup> Added by Alexy's student – A. TSCHENTSCHER.

the summation yielding the total of those utilities. In Nozick's model relevant personal features encompass values such as freedom of an individual and respect for personal property. The combining characteristic of the above features is equality. In the liberal theory of Rawls the personal features are fundamental liberties and primary goods, the combining characteristic being lexicographic priorities and maximin.<sup>30</sup> By contrast R. Dworkin's egalitarian justice concept defines personal characteristics as resources – understood as every person's equal chance of access to acquisition of economic goods and citizen's rights, while equality is the combining characteristic.<sup>31</sup>

John Rawls has developed his theory of justice in opposition to utilitarianism,<sup>32</sup> by creating a model clear enough for further theories of justice to be, in fact, responses to Rawls' theory.<sup>33</sup> In his book of 1971, *A Theory of Justice*, he referred to the Enlightenment idea of a social contract, complemented with an important element – the *veil of ignorance*, equivalent to the Hobbesian "state of nature" and enabling a test of justice to be performed. According to Rawls, the subject of the contract is comprised by the concept of social justice which applies to the fundamental structure of society, that is the political system and

<sup>30</sup> H. BRIGHOUSE, *Sprawiedliwość...*, pp. 47-92.

<sup>31</sup> A. SEN, *Nierówności. Dalsze rozważania*, (Polish edition) Cracow 2000, pp. 92-93.

<sup>32</sup> Kymlicka argues that: "Rawls and Nozick differ, however, on the question of which rights are most important in treating people as ends in themselves. To simplify, we can say that for Rawls, one of the most important rights is the right to a certain share of society's resources. For Nozick, on the other hand, the most important rights are rights over oneself – the rights which constitute 'self-ownership'." (...) [According to Nozick] "Rawls's demand that goods produced by the talented ones be used to improve the well-being of the disadvantaged is incompatible with recognizing self-ownership. (...) I cannot be said to own my talents if others have a legitimate claim on the fruits of those talents." W. KYMLICKA, *Współczesna Filozofia Polityczna. Wprowadzenie, Demokracja, Filozofia i Praktyka*, (Polish edition), Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Cracow 1998, pp. 121-122.

<sup>33</sup> See, for example, L. L. WEINREB, *Justice* [in:] *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; London, England 1987, p. 184 *et seq.*

economic and social relations governing the society in question. Rawls made the macroeconomic criterion known as maximin criterion a part of his social contract theory. One feature of this concept is that injustice exists because the social contract "has been made" too late. People already know their social positions and relative "bargaining power", their abilities and preferences and these contingencies and knowledge of them cumulatively distort the social system. Rawls does not deny the individuals' knowledge about their own society as a whole, about economical, political, and cultural achievements as well as civilization development, which is necessary to select specific and just principles. However, if before expressing their consent to a specific model of the state and law people were unaware of their own place in society, class position or social status, their place in the distribution of natural assets and abilities, their deeper aims and interests or their particular psychological makeup, they would be genuinely impartial and agree to a more just social contract.<sup>34</sup> Since all are in this sense similarly situated and no one knows what principles to accept to favour their particular condition, according to Rawls, each will reason in the same way and the decision will be unanimous. Certainly, following Rawls, one should assume that individuals who make decisions are rational, have their own concept of a good (they prefer to obtain more social goods than less) and have a rational plan of life.<sup>35</sup>

Rawls admits that when analysing the reasoning of individuals, we are bound to simplify, in particular as far as the list of available concepts for making choices is concerned. He assumes that people receive "a short list" of options and he analyses two such options. The first one is the choice between a concept defined by the principle stipulating that an average utility should be maximised and a concept defined by

---

<sup>34</sup> J. RAWLS, *Some Reasons for the Maximin Criterion. Concepts of Distributional Equity*, American Economic Association, May 1974, p. 141.

<sup>35</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1971, p. 142.

two principles expressing a democratic idea of justice, one of which has a political dimension while the other has an economic dimension. These principles are as follows:<sup>36</sup> firstly, each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others; secondly, social and economic inequalities need to meet two conditions: a) are to be of the greatest benefit to the least-advantaged members of society (the maximin criterion), b) must entail openness of offices and positions to everyone under conditions of fair equality of opportunity.

The author of both principles believes that the first takes priority over the second and the first must be satisfied before moving on to the second. Thus, freedom can only be restricted in the name of freedom (the priority of liberty).<sup>37</sup> The second rule of priority (priority of justice over efficiency and welfare) is as follows: "the second principle of justice is lexically prior to the principle of efficiency and to that of maximizing the sum of advantages; and fair opportunity is prior to the difference principle." To simplify the discourse, he also assumes that the assessment of utility by an individual is mainly influenced by liberties, opportunities, income, wealth and distribution thereof. Individuals believe they have some fundamental interests, claims they must protect as far as is possible. In the name of those interests they have the right to equal respect and to being taken into account in the design of the society. They are not aware of those interests but they are aware of the guarantees resulting from the first principle, that is liberties, including the freedom of expression, conscience and religion, as well as of the freedom of contract. Rawls believes that given such assumptions in the case of the above-mentioned choice, people will select the two principles of justice he proposes rather than the utilitarian model, as the latter does not guarantee a social order

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>37</sup> J. RAWLS, *A Theory...*, pp. 40-45 and 62-65. See also W. KYMLICKA, *Współczesna...*, p. 66.

that respects freedom, even if it is sometimes achieved. By contrast Rawls believes that his principles always guarantee the same result, whose main merit is the protection of the individual's freedoms, including in particular the freedom to establish one's own preferences and their order of priority, as well as to change these preferences or their hierarchies.

Rawls gives an even more difficult example of a choice between models of justice. In this case one needs to make choices between the two above-mentioned principles of justice and such a variation of these principles where the second one stipulates that "economic and social inequalities are to be arranged so that average utility which could be reconciled with fair equality of opportunity is maximised."<sup>38</sup> This formulation of the second variant makes the choice more difficult because it cannot be rejected on the grounds that it does not comply with the principle of equality, as the first principle belongs to both concepts, and, furthermore the postulate of utility is alleviated by the accompanying condition of "fair equality of opportunities". Utilitarians believe that utility exists notwithstanding choices which contain the risk factor. Thus, according to Rawls, individuals who make choices under "the veil of ignorance", will not be ready to take risks. If, on the other hand, utility were to be assessed from the "original position" (position of ignorance), Rawls identifies it with his own concept of *maximin* (principle 2a). The standard of utility approaches the maximin, when the reluctance to take risks increases to infinity. Rawls indicates more factors which make the maximin criterion attractive. Firstly, less information is needed to use it: only the most disadvantaged group should be identified, which will make the policy to improve their situation relatively easy to define. By contrast, it is more difficult to find out what is needed to maximise average utility: the utility of different social groups should be compared and a significant standard would be needed to do it, as well as a method

---

<sup>38</sup> J. RAWLS, *Some Reasons...*, p. 143.

to develop the overall profit and loss balance. This will be a value issue, which the privileged groups might use and by doing so increase their advantage, and that would damage the idea of justice. Secondly, the criteria of distribution of goods to maximise utility are not clear, while the strongest one – i.e. "equal share for everybody" – is ineffective, in contrast to maximin. Thirdly, maximin is beneficial to those who, once "the veil of ignorance is taken off", find themselves in the disadvantaged group, because inequalities will act to their benefit, which is not offered by the maximum utility criterion. According to Rawls maximin will also be accepted *ex post* by privileged individuals as they will be better off than the average, and the feature to compare themselves with others will make them somehow understanding for those less privileged. However, the decisive argument in favour of maximin lies in aspirations to freedom and equality, which characterise every individual. According to Rawls, nobody deserves inborn talents or inherited social status (that is one of his parents). He also asks: in the name of what principle will an individual let fate decide their social relations? For those reasons he rejects the criterion based on merit and proposes the *maximin*, which makes the natural distribution of talents a value for the society as a whole while at the same time contributing to the creation of social ties.

Rawls describes maximin as the following imperative: "from each according to his ability, to each according to his needs"; however, he does not neglect its potential shortcomings: the motivations of the individual to keep his talents hidden and the drastic infringement on freedom, which would result from compulsory work imposed by the state on the more talented to the benefit of the least-privileged. However, argues Rawls, without offending anyone's dignity, the society can demand that those more talented may only improve their situation under the condition that they help others at the same time,<sup>39</sup> which as a result, fulfils

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 145.

the postulate of Pareto efficiency. As the starting point was the social contract, Rawls uses the concept of *redress* which characterises contract law: the society should redress an undeservedly disadvantageous social position one has by birth.<sup>40</sup>

The above-mentioned assumptions in Rawls's theory have been criticised many times, for various reasons. The most frequently raised doubts have concerned the very idea of the social contract, or the hypothetical will, which in fact has never been articulated by any party, so the word "contract" is used here in its quasi-legal sense. Considering that the contract is concluded in the original state, there are no consequences, there is no "contract law" which would make this contract enforceable and specify how it would be executed, as well as indicate potential effects of non-execution. Thus, the concept to redress the socially disadvantaged groups for damage on the basis of a social contract under only intuitive "principles of contract law", raises doubts among some authors.<sup>41</sup> It seems, however, that those arguments are inadequate to what the social contract actually is – an intellectual representation of the evolution of humanity which has considered statehood as an appropriate form to keep order within the community, and not a mere commercial transaction. Besides, one should not neglect the simple fact that a social contract is not "concluded" by a specific society at any specific point of time, but rather successive generations somehow "accede to it" on the basis of continuation. Rawls greatly simplified the task of those wanting to

---

<sup>40</sup> J. RAWLS, *A Theory...*, p. 100.

<sup>41</sup> See, for example, K. BINMORE, *Social Contract I: Harsanyi and Rawls*, *The Economic Journal* 1999, Conference 1989, pp. 94-95. Binmore backs himself up with Hume's authority, quoting "... a promise would not be intelligible, before human conventions had establish'd it ... even if it were intelligible, it would not be attended with any obligation", and: "we are not surely bound to keep our word because we have given our word to keep it." D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739), ed. L. A. Selby, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford 1978, pp. 516 and 306.



understand the idea of the original state and the social contract he discusses by summarising the relevant assumptions presented in the form of a "single choice test", where the right answer under his theory is shown.<sup>42</sup>

Another social liberal, William A. Galston, in his book *Justice and the Human Good*, presented his theory of justice, not on the basis of utilitarianism but on consequentialism, which is a teleological theory that focuses on the outcome of action. Consequentialism urges us to make the moral assessment of actions in view of the outcomes, where good is understood to be a benefit and damage an evil. Galston's theory of distributive justice is based on three premises. Firstly, Galston presents his "objective conception of the good" in terms of needs; secondly, he includes various types of social goods into this category, which he defines as a set of goods necessary to lead a good life (without prioritising these goods according to greater utility in terms of the most beneficial effects for the individual); and thirdly, he postulates that distribution rules should provide for the distribution of economic goods according to merits, however with respect for the principle of equal opportunity for all citizens in social life.<sup>43</sup> Galston created "the objective conception of the good", into which he originally included four priority goods:

---

<sup>42</sup> As to the nature of the parties they are, according to Rawls, continuing persons (family heads, genetic lines); the subject of justice is the basic structure of society; the acceding parties have been presented with a shorter or longer list of alternatives; the time of entry is any time (during age of reason) for living persons. Circumstances of justice are Hume's conditions of moderate scarcity; formal conditions and principles are: generality, universality, publicity, ordering and finality; parties remain under the veil of ignorance, and their motivation is mutual disinterestedness (limited altruism); the parties are rational – taking effective means to ends with unified expectations and objective interpretation of probability. Agreement conditions consist of unanimity in perpetuity; parties are under condition of strict compliance with the agreement. The non-agreement point is general egoism. J. RAWLS, *A Theory...*, pp. 146-147.

<sup>43</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, p. 88.

existence, normal development of basic capacities, happiness and reason. In his next work, *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*,<sup>44</sup> he extends the list by adding further goods which are for him "a kind of minimal perfectionism, that both defines a minimal, decent human functioning and fall short of defining a full life." [These goods are:] "life, normal development of basic capacities, fulfilment of interest and goals, freedom, rationality and subjective satisfaction".

A characteristic communitarian theory was created by Michael Walzer. In his work *Spheres of Justice*,<sup>45</sup> he argues that justice is a moral foundation of societies and should be a basic principle of democratic systems. However, he relativises it against a given society's moral standards and practices and values represented by specific goods for individuals in the community in question. Thus, the basic values of social justice are: ethical pluralism (different patterns of behaviour in different societies, depending e.g. on the level of their social development) and the varied categories of goods which are subject to social distribution, which implies the identification of the so-called spheres of justice. Unlike Rawls, Walzer considers that there are no uniform models of fair distribution of goods "across all worlds,"<sup>46</sup> however ten separate spheres may be identified, linked with citizenship (the eleventh sphere) as the most important link between the individual and the state. Those are the following spheres: security and welfare, money and commodities, access to public offices, hard work, free time, education, love and kinship (which cannot be regulated by law), divine grace (also

<sup>44</sup> W. A. GALSTON, *Cele liberalizmu* (Polish edition) transl. A. Pawelec, Cracow 1999, p. 198. See also W. A. GALSTON, *Liberal Justice* [in:] *Morality and Social Justice. Point/Counterpoint*, Rowman & Littlefield Publishers Inc. 1995, pp. 157-187.

<sup>45</sup> M. WALZER, *Spheres of Justice*, Basic Books, New York 1983.

<sup>46</sup> "There is no single set of primary or basic goods conceivable across all moral and material worlds – or, any such set would have to be conceived in terms so abstract that they would be of little use in thinking about particular distributions". M. WALZER, *Spheres...*, p. 8.

dependant on subjective moral beliefs), recognition (self-worth and dignity) and political power." According to Walzer social justice should be considered not in general terms of utility or respect for the right of private ownership and personal liberties but in the context of equality of every single sphere taken separately."<sup>47</sup> A concept of B. Barry who sees "justice as impartiality", while referring to game theory ("assurance game") should also be mentioned. According to Barry's theory, individuals motivated to honest behaviour will act in accordance with the principles of justice as impartiality, if they see that many other people likewise follow these principles.<sup>48</sup> In a sense, individuals want to make sure that such conduct is beneficial, before they decide to internalise justice as impartiality.

There would be no use to talk about justice, whether social or individual, if inherent human dignity were not recognised. As indicated by J. Zajadło, the definition of a modern man attempted by American sociologists, Alex Inkeles and David N. Smith, is based on the category of "awareness of and respect for the dignity of others".<sup>49</sup> The rightness of this definition can be stated by referring to many acts of international law – both "hard law" and "soft law", which ensure the protection of human rights.<sup>50</sup> Although, notwithstanding many postulates, there is no uniform convention to regulate in detail the issue of the protection of human dignity – which is a vague term and has always been a matter of controversy in both constitutional law and the theory of law – but still the

<sup>47</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, pp. 127-136.

<sup>48</sup> K. A. HEGTVEDT, K. S. COOK, *Distributive Justice. Recent Theoretical Developments and Applications* [in:] *Handbook of Justice Research in Law*, eds J. Anders, V. Lee Hamilton, Kluwer Academic/ Plenum Publisher, New York/Boston/Dordrecht/London/Moscow 2001, p. 93.

<sup>49</sup> For more details on the topic see: J. ZAJADŁO: *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka* [in:] *RPEiS*, year LI, bull. 2, 1989, p. 103

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.103

”inherent dignity of a human individual” remains a basic category from which ideas of freedom, equality and justice are derived.<sup>51</sup> In this context we talk about human (personal) dignity, that is dignity in the objectivistic sense as an inherent human quality, which ancient thinkers attributed to human freedom and will, Christian doctrines to the divine origins of man, naturalists to the supremacy of the laws of nature, and Kant attributed it to the moral autonomy of the individual. As stressed by J. Zajadło in his *Formuła Radbrucha* [the Radbruch formula], Gustaw Radbruch, who recognised respect for fundamental human rights as the basis of a democratic state, argued: ”Democracy can do anything – except to renounce itself. Relativism can tolerate any opinion – except the opinion which claims absolute dominion. (...) Relativism is general tolerance – but not tolerance towards intolerance.”<sup>52</sup> Taken in the narrow sense, the rule of law, based on absolute obedience to positive law, is a feature of ”statutory lawlessness” states, that is unjust states.<sup>53</sup> Law cannot be totally separated from morality without a risk of dictatorship, which annihilates individual freedom – and by this the freedom of a society as a whole.

There are characteristic ideas of philosophy and law which have evolved over the centuries, according to which dignity has an objectivist value and the human dignity of the individual has been connected with the free will of the individual. The sum of wills of individuals – citizens – is the sole source of law in a democratic state. This issue was addressed by Hypereides, an Athenian speaker, as early as

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.116-117

<sup>52</sup> Cf. J. ZAJADŁO, *Formuła Radbrucha*, Wydawnictwo ARCHE, Gdańsk 2001, p. 41.

<sup>53</sup> G. RADBRUCH, *Ustawowe bezprawie and ponadustawowe prawo* [in:] M. SZYSZKOWSKA, *Dociekania nad prawem natury – czyli o potrzebach człowieka*, Warsaw 1972, pp. 147-158.

the 4th century BC; the sovereignty of the nation was associated with human dignity by naturalists. The Polish doctrine by Stanisław of Skarbimierz as early as the 15th century stressed that "man is the most dignified creature in the world", and therefore his human value cannot be reduced to esteem he enjoys in society. Pindar, a poet who lived in Thebes in the 5<sup>th</sup> century BC, praised the virtues of winners in sports games and coined the maxim: "Learn what you are and be such."<sup>54</sup> According to Democritus, who speaks of man as a "microcosmos", the concept of happiness is based on the idea of *euthymia*, i.e. a "good", properly functioning heart and a harmonious movement of atoms which comprise the soul, due to which reason rules over the heart. This theory may be considered to precede the category of dignity-based non-determination of man, though it does not use the concept of freedom yet. Seneca believed that it is great to have the weakness of man but the certainty of God, a state which stoic wise men acquire, and in doing this they somehow go beyond their own nature.

On the basis of these selected examples one can say that the concept of "dignity" germinated among ancient philosophers, who believed in the duality of the status of a human being. Man has a central place in the hierarchical system of being, while at the same time is on the border between the spiritual and the material spheres. But this situation can change and this depends on man himself and is possible thanks to his non-determination and the attribute of free will. The latter is the basis of human self-creativity; it is something unusual and makes people different from other beings. Thus, it determines his inherent dignity. This idea was fully developed by Giovanni Pico de Mirandola in his speech *De dignitate hominis* of

---

<sup>54</sup> See J. DOMAŃSKI, *Godność człowieka a zagadnienie jego wolności* [in:] *Zagadnienie godności człowieka*, ed. J. Czerkawski, Lublin 1994, p. 8.

1486.<sup>55</sup> The idea of *dignitas hominis* was eagerly discussed in the Renaissance. In 1554, Jan of Trzciana in his work *De natura ac dignitate hominis* described dignity as a set of features which distinguish humans from other creatures rather than one social group from another. Similarly to Mikołaj Dłuski he believed that the awareness of one's own dignity should be coupled with the adoption of the commitment to act accordingly, with dignity. It was based on an ancient idea that you should know who you are in order to know how to act.<sup>56</sup> It was a secular, pre-Christian idea, which was revived a few centuries later in Kant's philosophy; according to him "in the doctrine of duties a human being can and should be represented in terms of his capacity for freedom which is wholly supersensible, and so merely in terms of his humanity, his personality independent of physical attributes (*homo noumenon*) himself."<sup>57</sup>

According to Church doctrine, in particular in John Paul II's encyclicals, the essence of personal dignity is comprised by: reason, will, conscience and freedom. Respect for human dignity refers not only to the sphere of reason and will but to the entire and specific human individual, "the many different needs of the body", to "the worldly existence" and to his social life, numerous contacts, agreements, social milieus which connect an individual with other people.<sup>58</sup> The present understanding of human dignity as a category which touches upon the fundamental problems of human condition results from historical evolution and a compromise between the ways of understanding of this issue by diverse schools of philosophy. Neither the European Convention on Human

<sup>55</sup> *Ibidem*, p.7.

<sup>56</sup> J. CZERKAWSKI, *Renesansowe koncepcje godności człowieka* [in:] *Zagadnienie godności człowieka*, ed. J. Czerkowski, Lublin 1994, p.66.

<sup>57</sup> I. KANT, *Metafizyka moralności* (Polish edition) Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2007, p. 55.

<sup>58</sup> J. W. GAŁKOWSKI: *Jan Paweł II o godności człowieka* [in:] *Zagadnienie godności człowieka*, ed. J. Czerkowski, Lublin 1994

Rights, nor the International Covenant on Civil and Political Rights, as opposed to the Universal Declaration of Human Rights (Article 1), contain provisions on human dignity, but regardless of this, dignity in its objective sense can be considered the basis of all human rights. The Charter of Fundamental Rights envisages the protection of human dignity, providing that the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity. In Article 1 of Chapter I, entitled "Dignity" it stresses that human dignity is inviolable and must be respected and protected.<sup>59</sup>

### *The sleep of reason produces monsters*

The source of injustice – not only material but also formal inequality – deepens and spills over throughout the world.<sup>60</sup> It is a truism,

---

<sup>59</sup> Explanations on Article 1 of the Charter, although not legally binding, prepared at the request of the Presidium of the Convent which has worked on the Charter, provide that: "The dignity of the human person is not only a fundamental right in itself but constitutes the real basis of fundamental rights. The 1948 Universal Declaration of Human Rights enshrined this principle in its preamble: 'Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.' From the above it follows that none of the rights laid down in this Charter [of Fundamental Rights] may be used to harm the dignity of another person, and that the dignity of the human person is part of the substance of the rights laid down in this Charter. It must, therefore, be respected, even where a right is restricted." See Charter 4473/00, Convent 49 of 11 October 2000, published on 18 October 2000. Cf. the Charter of Fundamental Rights of the European Union" with explanation of the Convention Secretariat, [Polish edition: translation by M. A. Nowicki, special edition "Spotkania Europejskie", Zakamycze 2003, pp. 9-10.

<sup>60</sup> As obvious as this statement may seem, the *spill-over effect* was very clearly illustrated by the financial crisis which occurred in Autumn 2008, which was a shock even for economic gurus, as the crisis immediately spread all over the world, if not anything else, in the form of measures taken to prevent an even more dramatic collapse; in short term, the so-called Third World was the least affected, perhaps – paradoxically – due to its "backwardness".

similar to blaming globalisation and the growth of globalisation-driven consumption. Obviously, liberal thought, with its all positive and negative consequences of expanding freedom, has had the greatest influence on the increasing wealth of nations. Great opportunities and even greater threats for the "weaker" have been brought about by capitalism (whose origins date back to the 16<sup>th</sup> century), as well as the world economy, being the sum of national economies, which can be retraced back to the 19<sup>th</sup> century and the period of lifting the customs barriers (accompanied by customs wars) after WWI. Despite the relative openness of those economies, the level of globalisation was very low at that time, as specific goods were manufactured within individual countries, and international trade consisted only in the exchange of end products or the exchange of such products for natural raw materials. Industries, businesses and goods were strictly national.<sup>61</sup> The process of rapid technological development, the exchange of information and economic integration has led to the global economy. The normative sphere has become non-uniform in terms of territory, time, and concept. Denationalisation is naturally accompanied by internationalisation, decentralisation and privatisation of the sources of law, which is followed by the destabilization of the legal order, and finally its delegalisation (deregulation).<sup>62</sup> "This denationalizing consists of several specific processes, including, importantly, the re-orienting of national agendas towards global ones, and the circulation of private agendas dressed as public policy inside national states."<sup>63</sup>

<sup>61</sup> E. HOBSBAWN, *The Development of the World Economy*, Cambridge Journal of Economics 3/1979, pp. 310-313.

<sup>62</sup> M. DELMAS-MARTY, *Towards a Truly Common Law, Europe as Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge University Press 2007, p. 49.

<sup>63</sup> S. SASSEN, *The State and Globalization: Denationalised Work and International Power Shifts* [in:] *Europe's challenges in a globalised world, Visions of leading policy makers and academics, Global Jean-Monnet Conference, Brussels, 23 and 24 November 2006*, European Communities 2007, p. 42.



Thus, globalisation can be defined as denationalisation and the shift of powers which are traditionally attributed to the state to a different level: higher – supranational, or lower – subnational. A new type of state power emerges, in which states, after prior negotiation, implement cross-border regimes whether in the economic sphere or within the system of international protection of human rights. "In the case of the global economy, this negotiation entails the development inside national states — through legislative acts, court rulings, executive orders, policy — of the mechanisms necessary for the reconstitution of certain components of national capital into 'global capital', and necessary to develop and ensure new types of rights/entitlements for foreign capital (...) And it involves developments aimed at making states more competitive, notably the shrinking of welfare programs."<sup>64</sup> On the other hand, notes Stiglitz, under global economy and market conditions, the economy of information is a key instrument which allows the building of advanced macroeconomic models. So one of the reasons of inequality would consist of information asymmetries which occur in every economy, i.e. the difference between information possessed by a worker from that possessed by his employer, creditor and debtor, manufacturer and consumer, insurance company and the insured, the owner of a plant which pollutes the environment and the local community affected. Counteracting such asymmetries is possible with "desirable government interventions in the market, measures which can guide economic growth and make everyone better off". According to Stiglitz "economics may seem like a dry, esoteric subject but, in fact, good economic policies have the power to change the lives of these poor people." "I believe" – continues Stiglitz – "governments need to — and can — adopt policies that help countries grow but

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 47.

that also ensure that growth is shared more equitably.”<sup>65</sup> In the global or even only national dimension Stiglitz’s postulates may seem too demanding or unrealistic to the rulers who succumb to global or national powerful actors in the so called New Governance – a new, global, multicentre rather than hierarchical governance.<sup>66</sup> Considering the deficit of rational approaches by both executive and legislative authorities, sometimes the only hope is for the intervention of a rational third power.<sup>67</sup>

Not only American realism but also the European doctrine notice that the judge, and in particular the judge of “the court of principles”, is not just *la bouche de la loi*. Then Montesquieu model<sup>68</sup> has become obsolete, as is the case with the syllogistic model of the application of law, treated as an operation which does not involve assessments or values, as well as the traditional continental statutory law system which limits the freedom of the judge.

Today, it should be noted that even continental judges can be policy-makers – in the sense of determining the line of procedure on the basis of numerous “internal” factors (let us assume that it is

<sup>65</sup> J. E. STIGLITZ, *Globalizacja*, (Polish edition) Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2006, pp. 8 and 9.

<sup>66</sup> Cf. e.g. R. COMELA, *New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 06/06.

<sup>67</sup> Even by using “something more” than rationality – *phronesis*, that is practical wisdom going beyond wisdom as such. “If ‘*phronesis*’ is a conscious activity, it happens in the times of crisis where there is a need to break with routine”. When a new case poses a new legal problem judges tackle it by drawing inspiration from historical and sociological stereotypes, e.g. the common-sense saying that “innovation is good for the economy, the state and society”. See K. SIDERI, *Law’s Practical Wisdom. The Theory and Practice of Law Making in New Governance Structures in the European Union*, Ashgate, Aldershot 2007, pp. 118-119 and D. KENNEDY, *The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities*, American University Law Review 1985/34, p. 941.

<sup>68</sup> *L’esprit des lois*, book 11, chapter 6.

an individual combination of motivations based on the nine theories presented by Posner) and "external" factors (facts of the case in a specific context). Decisions which result from deliberations have the power of a "catalyst of social change,"<sup>69</sup> while at the same time addressing the specificities of the present historical moment, thus responding to change and the new phenomena in the global economy and cybersociety, or even globalising morality, by showing tolerance to an increasingly widening array of acts (e.g. the euthanasia debate across Europe; the "catalysts" for this debate are legal systems in the countries where euthanasia is legal). So the issue is not necessarily about political convictions or intention to support the politics of a specific party, but rather a widely understood politics of law, and even more so – a vision of justice.

Simply speaking – two basic types of judge's attitudes can be distinguished: the first being escapism into formalism and strict compliance with procedures, while the other consists in trying to confront the difficult problems whenever they are encountered.<sup>70</sup> Professor Ewa Łętowska has identified four types of moral dilemmas, though we can assume that it is always about different aspects of the struggle between subjective beliefs and an attempt at a possibly objective interpretation of law which guarantee legal certainty and stability of law. The first such dilemma is the conflict between the judge's individual system of values and the system of written law. The second one involves strong arguments of the parties, which

---

<sup>69</sup> M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making in Western Europe* [in:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Routledge 1998, p. 1 *et seq.*

<sup>70</sup> In relative terms the lowest number of dilemmas are involved when it comes to considering contract law cases, while criminal law or family law cases are more morally demanding. Thus a greater "stress factor" is involved when judging in the latter court divisions and hence the possibility to resort to the third type, as pointed out by Professor E. Łętowska – to move to a different court division.

both might be considered right – if it is at all possible.<sup>71</sup> Another dilemma is the dissonance between the individual sense of justice and legal requirements, in particular those of procedural law. Finally, in a criminal case, the judge may have a completely different view on the criminal responsibility, while the law leaves him no choice. How the judge copes with the challenge of a complex case and what use he/she makes of judicial discretion depends – in Professor Łętowska’s opinion – on the axiological system to which the judge adheres; on his/her expertise and experience which is constantly developed; and, finally, on the judge’s personality traits. An ideal judge like an ideal prince should be both: a skilful craftsman and

---

<sup>71</sup> Of course, arbitration courts are much freer in this respect; mediation offers even more room for compromise. One of the ideas promoted at Community level is mediation as an alternative to court proceedings. ADR, which was promoted by the Access to Justice movement as early as the 1970s, has indeed many features which improve access of individuals to justice. Mediation, as a faster, cheaper and less formal dispute resolution method, even more than arbitration focuses on seeking the optimal solution, possibly satisfactory to both parties, while often more just and acceptable to the parties. By means of general clauses the judge can sometimes moderate the strictness of legal norms, but the parties have limited opportunities to formulate their expectations and suggest dispute solutions; neither can they influence the judge in taking an independent decision. The mediator does not take decisions, while taking the policy of law and general prevention into account, though he or she can inform the party about the rights of the opponent, should the case be referred to the court. Mediation may be considered as a new model of regulation of social relations, not only a technical mean to solve conflicts. The sphere which Jürgen Habermas defines as "the world of life" in his communication theory should be subject to procedures which ensure justice, speed, privacy and a friendlier atmosphere of dispute resolution. Notwithstanding the possible problem of the lack of coercive measures to make the parties accept the mediator’s suggestions, it seems mediation will become as popular in Europe as it is now in the United States or Australia. This is heralded by Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, O.J. L 136 of 24.05.2008, p. 3. Cf. J. HABERMAS, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, (Polish edition) transl. A. Romaniuk and R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warsaw 2005, p. 39.

philosopher.<sup>72</sup> Like Mr Jourdain in Moliere's play, who was unaware that he was speaking prose,<sup>73</sup> the judge may be totally unaware that when considering the case he or she takes into account the historical, social and economic context and analyses the case from the point of view of the welfare economy, while, following the rules of rational approach, pursuing a widely accepted and empirically verifiable vision of justice.<sup>74</sup> In addition, in view of the need for dialogue,<sup>75</sup> national courts also take models from courts in other Member States. Probably for this reason – against the specificities of common law or written legal cultures in individual

<sup>72</sup> This should be an answer to the question Professor Ewa Łętowska and Professor Jerzy Zajadło posed in the title of a lecture they gave at the Faculty of Law and Administration of Gdańsk University in March 2008.

<sup>73</sup> Of which a bourgeois who aspires to high society is informed by a well-paid private philosophy tutor: "No, sir, everything that is not prose is verse, and everything that is not verse is prose." (...) "By my faith! For more than forty years I have been speaking prose without knowing anything about it!". MOLIERE, *Dziela*, vol. V, *Mieszczuch szlachcicem*, transl. Tadeusz Żeleński (Boy), (Polish edition) Księgarnia Polska Bernarda Połonieckiego, Lvov 1912, pp. 250-251.

<sup>74</sup> Noteworthy is a recent work of the Thelton Henderson Center for Social Justice (of 22 January 2008), an outcome of the winter and spring seminars. It is a nearly eighty-page publication titled *Good Capitalism, Bad Capitalism and the Economics of Growth and Prosperity* (R. Litam, W. Baumol, C.J. Schramm), in which the authors analyse in detail the feedback between sociological, economic and legal considerations (while also mentioning cultural and geographical aspects) in the development of societies through comparative analysis at a macro level (Europe and the USA, traditionally capitalist countries and post-communist countries).

<sup>75</sup> Which is required by the preliminary ruling proceedings under Article 267 TFEU/234 TEC. For H. W. Micklitz, it is the principal democratic foundation of the European legal order; however, while national and European courts do cooperate, public interest groups will become professional players within the framework of this legal order while Community legislation and legal measures will be understood as political rights. Unfortunately, on the basis of the analysis of the case studies Professor Micklitz concludes that notwithstanding the judicialisation of politics, being a paradigm of development of modern democratic societies, national courts still do not behave like "European courts". H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU. Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge University Press 2005, pp. 425-432. See also W. SADURSKI, "Solange, chapter 3": *Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, EUI Working Papers, Law No. 2006/40.

Member States – results achieved by judges of ”courts of principles”, and in particular constitutional courts, turn out to be strikingly similar.

The role of courts in safeguarding fundamental rights in both vertical and horizontal relations is a highly topical theme considering the constitutional moment<sup>76</sup> in Europe (the postponed entry into force of the reform Treaty with the Charter of Fundamental Rights), in which unfortunately, for political reasons, Poland most probably will not fully participate.<sup>77</sup> However, it is worth analysing the European *status quo* in the area of fundamental rights protection standards, which consist of the entire *acquis* of the Council of Europe (case-law of the ECHR will be discussed), the European Union (ECJ case-law) and the case-law of national ”courts of principles”, that is supreme courts and constitutional courts of the EU Member States. In this context the obvious *comparandum* is the Constitution of the United States of America and its application, first of all, by the Supreme Court; thus the question is raised: does it protect fundamental rights better than European courts, in the context of judicial review?<sup>78</sup> There is also the issue of a special influence of the doctrine – in particular the Law & Economics school<sup>79</sup> – on the uniformity of American jurisprudential practice.

<sup>76</sup> Even if it were to be – instead of the planned Constitution – only a ”*constitutional momentum* which will make ”the European engagement” possible via a ”simple” treaty. Cf. N. WALKER, *Europe’s Constitutional Engagement*, Ratio Juris, Vol. 18, Nr 3, September 2005, p. 398. See also J. WEILER, A Constitution for Europe: Some Hard Choices, *Journal of Common Market Studies* 40/2002, pp. 563–580.

<sup>77</sup> This depends on the second Irish referendum (2 October 2009) and the completion of the ratification procedure of the Lisbon Treaty in Germany (following the FCC judgment of 30 June 2009), in the Czech Republic and Poland.

<sup>78</sup> The negative answer is given to this question by W. SADURSKI in *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 22, no. 2/2002, p. 277.

<sup>79</sup> For at least a decade the potential of the economic analysis of law in the context of legal comparatistics and the ”transplanting” of this method on European soil has been stressed. See T. ULEN, *Firmly Grounded: Economics in the Future of the Law*, Wisconsin Law Review (1997), p. 433–463 and R. CATERINA, *Comparative law and economics* [in:] *Elgar encyclopaedia of comparative law*, ed. J. M. Smits, Edward Elgar 2006, pp. 161–171.

An analysis of the reasoning of "the princes in the law's empire" when hearing hard cases is a valuable though, at the same time, difficult task;<sup>80</sup> cases in which a conflict of subjective fundamental rights can be seen, *ergo* where the court needs to balance legal principles of equal worth. It is assumed that the reasoning is to be rational (in other words the use of the judge's common sense is involved), which is clearly seen in case-law and is combined with the principle of proportionality as a prerequisite for the implicit limitation of constitutional rights of the individual (only at the moment when the law is enforced).

Eminent American judges' observations on methods their colleagues and themselves use seem to also be applicable in Europe. A particular role is played by Supreme Court justices, which is reflected in a hypothesis that the "common good" is a fundamental basis of

---

<sup>80</sup> In particular for someone who is not a judge. Posner points out both the value and the shortcomings of theoretical discussion by academics on this subject. According to him academics (lawyers, but also economists) show the consequences of court judgments, which sometimes even the judges themselves may be unaware of; the latter, however, often think that academics simply do not understand their arguments. In Posner's view, a critical, in-depth analysis of the course of the trial in the case examined would be very useful; however, he admits that theoreticians only rarely understand the judges' motivations and methods of arriving at a decision (while it should be remembered that he analyses American realities, where the approach to the teaching of law is more practical, realistic and critical than in Europe and academics write monographs on the activity of prominent judges). See R. POSNER, *How Judges Think...*, pp. 216-219. An excellent example of a book which would be difficult to find in the European or even British legal reality is *Making Your Case. The Art of Persuading Judges* by a prominent *Supreme Court* judge, Antonin Scalia, written in cooperation with a professional writer, Bryan A. Garner. It is a very accessible tool for law graduates to prepare themselves comprehensively to excelling in their professional practice. The publication is in the form of a professional guidebook, which, in addition to explaining procedural and substantive legal questions, points out the weight attached to strategies, rhetoric and self-presentation, which are of great importance for the preparation of a hearing before the American court.

their decisions: like the 9 caryatids they support the 27 amendments to the Constitution, which protect every American citizen in all the States. The symbol which verifies this thesis is the seal of the Supreme Court of the United States, bearing the motto which reads: "*E pluribus unum*." It is a perfect opportunity for comparison: the symbols of a United Europe are not only gold stars (indeed, it would be more than a half of the number of stars on the American flag!), but also the motto "United in diversity". Despite this, as stressed by judge Guido Calabresi, thanks to the Union and the Council of Europe, as well as both European Courts, Europe is more united than the United States of America – with their federal structure, common Constitution and the Supreme Court.

The symbolism of the US Constitution itself, and specifically the 1st Amendment, seems to corroborate the thesis that for the judge-caryatid, the judge-prince, *libertas est inaestimabilis*. However, another symbol, a great alabaster statue of Themida, a gift of the United States to the United Nations (to be precise, for the Peace Palace in the Hague, the seat of the International Court of Justice) raises doubts as to the role of individual freedom, in view of the idea which always accompanies justice: *iustitia civitatis fundamentum*. The statue of Themida emanates unusual strength – not only is it huge, but also extremely well-built for a woman – and ... not blindfolded. Recently judicial authorities have had many opportunities to question the model of justice which has been proposed to the world by the American administration.

However, when trying to transfer observations on the work of American judges to Europe, we see how the United States perceives the world; this vision is clichéd and somewhat simplified. The American paradigm can be summed up with a paraphrase of Bill Clinton's famous remark: "It's the economy, stupid!"; the European point of view can still be symbolised by Article 1 of the Charter of Fundamental Rights,



under the heading "Human dignity". But we cannot talk about the complete polarisation of opinions – as a result of globalisation European and American cultures have become increasingly alike. Perhaps we are even witnessing "pole-switching" with a more economy-oriented Europe and the US Supreme Court's greater focus on the protection of human rights in view of the atrocities committed by the American administration which have been uncovered by the media (e.g. the notorious *Abu Ghraib* case<sup>81</sup>).

In his recent book "How Judges Think"<sup>82</sup> Posner describes nine theories about judges' attitudes. The prominent American judge and promoter of the economic analysis of law, presents them, beginning with the theory based on political views (attitudinal theory), through strategic, sociological, psychological, economic, organizational, pragmatic, phenomenological, and, finally, legalist theories. According to Posner, none of these theories in its pure form gives an answer to the question asked in the book's title, but a combination of the above factors is involved in every individual case and influences the judge's decision.

The first of the theories, the most controversial one, claims that the judge – in particular one nominated on the basis of political criteria<sup>83</sup> – brings his or her political opinions into the case; the judge appointed by the President from the Democratic Party will most probably opt for liberal decisions, e.g. in favour of employees, consumers, small businessmen, labour unions, as well as environmental protection cases, tort, civil

<sup>81</sup> Cf. J. ZAJĄDŁO, *Guantanamo i Abu Ghraib – problemy etyczno-prawne*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 3, – 2006, pp. 19-32.

<sup>82</sup> R. POSNER, *Nine Theories of Judicial Behaviour* [in:] *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, pp. 19-56.

<sup>83</sup> See A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press 2000, p. 4 and M. SHAPIRO, *The United States* [in:] *The Global Expansion of Judicial Power*, ed. C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, New York University Press, New York and London 1995, pp. 47-49 and M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press 1986, pp. 150-153.

rights and individual liberties plaintiffs (and the other way round, when the judge has been appointed by the Republicans). The more politically topical the case is, the greater role the political opinions of the judge play; however, it is statistically proven that this theory is not always justified. The well-known Oliver Wendell Holmes is the best example to disprove that thesis:<sup>84</sup> the publication of his correspondence after his death revealed that he was a rock-ribbed Republican, though he repeatedly voted to uphold liberal and social legislation (such as maximum working hours in the *Lochner* case, in which he dissented), though privately he branded them "socialist nonsense."<sup>85</sup> The limited credibility of the attitudinal theory may result from the fact that even American judges of the Supreme Court like to boast their political independence – above all, they want to be good judges and do not necessarily follow the party line; another reason is that the judge can equally appreciate contradicting political values or decide against his own convictions, but consider a higher political reason, like in the *Buchanan v. Warley* case referred to by Posner.<sup>86</sup> At the time when the Supreme Court was definitely disinclined to fight racial discrimination, it annulled ordinances which prohibited blacks<sup>87</sup> from settling in areas which were predominantly inhabited by whites and vice versa. In its reasoning the Court was, however, motivated by the contents of the 14<sup>th</sup> Amendment which guarantees equal fundamental ownership rights to both blacks and whites, rather than by "simple social rights", put as the right of blacks to be where whites are and the right of whites not to be in the company of blacks (!). Posner gives the following explanation of this

---

<sup>84</sup> Who as early as 1897 wrote: "For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics".

<sup>85</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, p. 25.

<sup>86</sup> 245 U.S. 60 (1917).

<sup>87</sup> "Blacks" and "whites" are terms used by Posner himself.

phenomenon: the court considered the infringement upon ownership rights as a greater affront to government policy than racial segregation in schools and other public places, especially because the plaintiff in this case was a white individual who wanted to sell his property to a black individual.<sup>88</sup>

The strategic theory (also known as the positive political theory of law) assumes that judges do not always vote as they would have done if they were not to bother about other judges' reactions (fellow-judges on the jury or of the court of higher instance), the legislator or the public opinion.<sup>89</sup> This is connected with the theory referred to above: the judge may disregard reactions to his or her political decisions (like in the case of Judge Brandeis), or select a voting strategy which would promote his or her goals (like Judge Holmes in the case *Buck v. Bell* voting for eugenics which he believed to be for "public welfare"<sup>90</sup>). However, the strategic theory is in line with other goal-oriented theories of judge motivation. According to Posner, most judges renounce their convictions in one case to get their fellow-judges' support and greater long-term efficiency when dealing with other issues which are more important to them.

The sociological theory is a combination of two previous theories. It is based on the theory of rational choice and social psychology; it assumes that e.g. a judicial panel consisting of male judges will give a different decision in a gender-based discrimination case than a panel with a woman judge. The reason of this situation may be that judges are reluctant to show lack of justification for the majority opinion in

---

<sup>88</sup> M. J. KLARMAN, *Unfinished Business: Racial Equality in American Law*, pp. 83-84 (2007).

<sup>89</sup> Cf., for example, A. F. DAUGHETY, J. F. REINGANUM, *Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review*, Supreme Court Economic Review 14/2006, p. 1.

<sup>90</sup> 274 U.S. 200 (1927).

dissent, but it might also be due to making judges of different political views aware of important evidence they might have overlooked. In any case, the "whistleblower" prevents the adoption of an extreme solution. The decision may also be influenced by aversion to dissent, which is a phenomenon well-known to psychologists and which reflects at the same time the difficulties and the importance of the principle of collegiality.<sup>91</sup>

This theory goes together with the psychological theory which focuses on activity under unstable circumstances and on cognitive skills, typical cognitive limitedness and cognitive shortcuts, all of which sometimes can disturb formal reasoning. The economic theory treats the judge as a "rational, self-interested utility maximizer". Rationality means elementary consistency and instrumental rationality (fitting means to ends), while judge's utility is comprised of factors such as prestige, reputation, income, power, self-respect and the intrinsic pleasure of fulfilling the job and even leisure. Time-saving preferences can, according to Posner, sometimes help to explain why judges lay so much stress on the judicial economy, and are inclined to develop doctrines and tests in precedent rulings, as well as encourage parties to reach a settlement. The shortcomings of the economic theory involve neglect to psychological factors, that is how emotion and cognitive limitedness influence rational calculation (though they can be treated, respectively, as a useful instrument to maximize utility and costs of information processing), as well as the lack of a clear system of motivations and restrictions: the obligation to abstain when there is a conflict of interest, the lack of opportunities of career promotion (in particular as regards federal judges under the common-law system) or any incentives (bonuses) or punishment (principle of irremovability) for certain behaviour ("sticks and carrots").<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, pp. 31-34.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 35-39.

The organisational theory shows the vertical relation between the judge and the state which employs him or her and the ensuing resistance of the "agent" against the influence of the "principal"<sup>93</sup> (judicial independence combined with the rule of precedent motivate the judge to achieve a maximally durable outcome and to reduce errors), while the pragmatic theory (as opposed to legalism) is close to welfare economics in that it provides that the social effects of the judgement always take precedence over syllogistic reasoning.<sup>94</sup>

Yet another theory – the phenomenological one – is a bridge from the pragmatic theory to the legalist theory: it focuses on the judge's conscious reflection on his/her own motivation. Most judges consider themselves legalists, though they prefer to avoid this label. According to Posner, pragmatics are more credible, as they at least show the courage to demonstrate and defend their convictions.<sup>95</sup> The last theory mentioned by Posner is the legalist theory, also known as the positivist theory, which agrees with the "official" line of judicial activity. Here the judges' activity consists of reading the legal norm in the existing body of codified or precedent law and making a logical operation with the use of existing rules of interpretation. The legalist or legalist and strategic approaches are frequently used even by the US Supreme Court (e.g. Case *Whitman v. American Trucking Associations*<sup>96</sup> concerning air quality standards which were to be established by the Environmental Protection Agency as required by the Congress), though rather not applied to constitutional cases.<sup>97</sup>

In order to visualise the characteristic features of deciding cases in

<sup>93</sup> Cf. A. STONE SWEET, *Governing with Judges...*, pp. 26-27.

<sup>94</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, pp. 39-40.

<sup>95</sup> Cf. also D. KENNEDY, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, *Journal of Legal Education* 36/1986, p. 518.

<sup>96</sup> 531 U.S. 457 (2001).

<sup>97</sup> R. POSNER, *How Judges Think...*, pp. 51-52.

the civil law system and its tradition (though more and more frequently departed from), Richard Posner quotes a very accurate passage by John Henry Merryman, in the "Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law": "The Continental judge is presented with a fact situation to which a ready legislative response will be readily found in all except the extraordinary case. His function is merely to find the right legislative provision, couple it with the fact situation, and bless the solution that is more or less automatically produced from the union. The whole process of judicial decision is made to follow the formal syllogism of scholastic logic. The major premise is in the statute, the facts of the case furnish the minor premise, and the conclusion inevitably follows."<sup>98</sup>

Despite the above-mentioned phenomenon of the constitutionalisation of private law and the role the Luxembourg and Strasbourg Courts, a European judge is still more attached to the letter of the law than an American judge, though the judge's mission on both continents is to balance legal certainty and the idea of justice. There are many concepts of legal certainty or the rule of law. Juha Raitio explains: "The interpretation of legal certainty or rule of law varies depending on the legal culture and the School of law in question. For example, there are differences between Analytical School of Law and the Critical Legal Studies (CLS)<sup>99</sup> in this respect. The definition and scope of application of legal certainty is controversial and it is easily mixed up with the concept of 'rule of law.'<sup>100</sup> "Hard cases" prevent finding a solution through a solely technical reconstruction of the norm via literal or

<sup>98</sup> R. POSNER, *Law & Economics – Ethics, economics and adjudication* [in:] *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, <<http://ivrenc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=32>>

<sup>99</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 134-136.

<sup>100</sup> J. RAITIO, *Legal certainty*, *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* <<http://ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=35>>

logical interpretation, as there is no ready-made rule and the answer is to be sought among the rules which are ranked higher in the hierarchy. Judges within the common law area may have a greater discretionary decision-making power, while continental judges tend to follow creative interpretations of the law, in realistic rather than formal terms. Ronald Dworkin explains that the judge's discretionary power is limited, as he must fit his decisions to the prevailing public morality within his legal system; according to the Analytical School, the substantive aspect of legal certainty means that judicial interpretation must be in accordance with the law and it has to meet certain minimum distinctive criteria of equity and justice.<sup>101</sup> Raitio suggests that this often leads to the weighing and balancing the principle of proportionality in relation to other principles and policies. However, it should rather be stated that the court applies the proportionality test in the last phase of balancing two equally important principles which can be conflicting in the case in question.

However, the use of the common-sense rule does not mean arbitrariness which is considered the formal aspect of legal certainty understood as eliminating latitude in court judgements and guaranteeing their predictability. In formal terms, legal certainty also encompasses the principle of legality and the rule of law, which are often connected with attempts to safeguard overriding public interests.<sup>102</sup> While indicating that legal certainty is applicable to both legislative and judicature, Raitio argues: "The expectation of legal certainty

---

<sup>101</sup> A. AARNIO, *Reason and Authority, A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1997, pp. 1 *et seq.*

<sup>102</sup> *Ibidem.* An example of a break-through change in the perception of the rule of law principle is Gustaw Radbruch's theory; following the experience of the Nazi regime he addressed the: *Rechtsicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkeit*, stating that an unjust law is not a law at all. Cf. J. ZAJADŁO, *Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość: antynomie prawa*, Gdańskie Studia Prawnicze 2002, vol. XIX, p. 234.

sensu stricto means that every citizen has the right to expect legal protection. Furthermore, the courts' obligation to give legal protection is such that the citizen's legal problem is dealt with in accordance with the law. The courts must also make a justified legal decision in the case at hand. Court's refusal to make a decision (*denegatio iustitiae*) is not morally acceptable, because people expect access to justice." Thus we can see that Raitio makes a distinction between formal and substantive legal certainty: "The substantive aspect of legal certainty requires in turn that the solutions of the judicial decision-making must also be substantially right, which can be called the demand of acceptability. It has much in common with the requirements of proportionality. Thus it usually promotes rights of an individual in the circumstances of a single case."

The decision arrived at in a hard case calls for reaching to extra-textual principles (according to Ronald Dworkin's morally-oriented theory<sup>103</sup>) or using a rule or a group of rules from which it appears "what the law is" (as Dworkin's pragmatic and positivist master, H.L.A. Hart, preferred to describe this process<sup>104</sup>). By so doing, the court makes sure that legitimate expectations of both parties in the dispute (e.g. debtor and creditor) have been duly considered. Knowing about it or at least expecting it (that is the just result) from the court, both parties should feel secure, which makes it easier for them to accept and submit to the court judgement.

According to J. Raz, who represents the Anglo-American conception of the "rule of law", the basic idea of it is literally what the expression says: the rule of the law, which means that people should obey the law and be governed by it. A narrower interpretation of this principle seems to be more appropriate today: it is the state administration that shall be ruled by the

<sup>103</sup> R. DWORIN, *Biorąc prawa poważnie*, (Polish edition) Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 1998, pp. 120 -122.

<sup>104</sup> H. L. A. HART, *Pojęcie prawa*, (Polish edition) Wydawnictwa Naukowe PWN, Warsaw, p. 58 *et seq.*



law and subject to it. J. Raz gives an exemplary list of requirements resulting from the principle which is discussed; according to him: (1) All laws should be prospective, open and clear, (2) laws should be relatively stable, (3) the making of particular laws (particular legal orders) should be guided by open, stable, clear, and general rules, (4) the independence of the judiciary must be guaranteed, (5) the principles of natural justice must be guaranteed, (6) the courts should have review powers over the implementation of the other principles, (7) the courts should be easily accessible.<sup>105</sup>

A very concise test of court decisions which fulfil the requirement of legal certainty has been formulated by Alexander Peczenik: (1) The decision is supported by a statute and/or another source of law, (2) in hard cases the decision is also supported by moral value statements, and (3) one can reconstruct legal decision-making as a logically correct process of reasoning.<sup>106</sup>

The above-mentioned concepts represent a basic duality in how legal certainty and its functioning are understood, as the formal and the material spheres are distinguished. However, some authors, such as Wróblewski, combining acceptability with applicability of law, present three conceptions – systemic validity (with respect to predictability), factual validity (connected with efficiency, stability or legitimate expectations)<sup>107</sup>

<sup>105</sup> J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press 1979, p. 220.

<sup>106</sup> A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/ London: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 29-31.

<sup>107</sup> A very general principle of legal certainty has been made more specific by the ECJ and the CFI either by using the principle of legitimate expectations (which they see as an equivalent to good faith in international public law), or the non-retroactivity principle. Cf., with regard to *legitimate expectations* Cases: T-336/94 *Efisol SA v. Commission*, C-280/93 *Germany v. Council*, C-112/77 *Töpfer & Co. v. Council* or T-115/4 *Opel Austria GmbH v. Council*. As regards the prohibition of the retroactive application of law, such application is permissible provided that the persons concerned enjoy more favourable conditions than those previously in force (Case C-310/95 *Road Air BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijzen*). Cf. J. STEINER & L. WOODS, *Textbook on EC Law*, ed. 8, Oxford University Press 2003, pp. 168-169.

and axiological validity (reduced to the acceptability requirement). Similarly, Siltala describes these three aspects of legal certainty as: positivist, sociological and axiological (naturalist) validity, which the court must weigh. None of those concepts, however, neglects the idea of justice.<sup>108</sup>

The above discussion plays a particularly important role in adjudicating "hard cases", while in "easy" cases judicial activity is reduced to simple interpretation and keeping the letter of the law,<sup>109</sup> considering a more extensive body of codified law and a smaller degree of judicial discretion, the latter still form a lion's share of cases in continental Europe.<sup>110</sup> As was mentioned above,

<sup>108</sup> Cf. Fuller's concept of the internal morality of law. More on this subject: B. B. HIX, *Natural law: the modern tradition* [in:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence and philosophy of law*, J. Coleman and P. Shapiro (ed.) Oxford University Press 2002, p. 79 *et seq.*

<sup>109</sup> They are not Dworkin's *hard cases*, so they can be resolved by finding the rule and making a subsumption, and it is not necessary to refer to political rules or requirements. It should, however, be added that beyond the simplest, linguistic meaning of the term "easy case" which refers to the literal interpretation (a clear and definable meaning of the norm), one can also see the methodological (stressing the need for the judge to use a specific set of interpretation directives) and sociological aspects of this term (the meaning of the norm is set and known to law practitioners or explained by means of case-law, while a different interpretation would suggest ignorance, error or pure arbitrariness). See R. DWORKIN, *Biorąc prawa poważnie*, (Polish edition) Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 1998, pp. 56-68 oraz P. CHIASSONI, On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation and Easy Cases, *Ratio Iuris*, Vol. 21, no 2, June 2008, pp. 263-266.

<sup>110</sup> Despite the constitutional hierarchy of norms which does involve precedents and despite the limitation of the role of the judge to interpret in most of European countries (e.g. in the French Constitution of 1958), it is a fact that judges represent an active approach (e.g. the French Council of State). In the French *Code Civil* it is mentioned in, for example, Article 4 which prohibits the *denegationis iustitiae* in the situation of a legal gap, though Article 5 seems to forbid expressing general rules in the form of quasi-precedents. Cf. M. DELMAS-MARTY, *Text and interpretation: the judge's role* [in:] *Towards a Truly Common Law...*, pp. 50-52.

the role of the precedent and the judge on the Old Continent is still growing,<sup>111</sup> chiefly due to the European Courts and the phenomenon of constitutionalisation of private law, as well as inspiration drawn from Dworkin's, Rawls's, Calabresi's or Posner's theses. Private law cases, even under market-oriented, liberal, and to a large extent neutral contract law, are gaining a constitutional dimension and becoming an important forum of human rights' protection. An example is the evolution of ECJ case-law, as the Court's decisions for over three decades have shown steadily growing deviations from the early, formalist and market-oriented reflection towards an approach which is traditionally and legally attributed to ECHR.<sup>112</sup> ECJ's active involvement in the constitutionalisation of the Treaties is not much criticised by other "powers", because none of the Community's institutions, not even the European Parliament, can claim that they fully represent the democratic interests of their citizens.<sup>113</sup>

One of Goya's *Capricios*, Caprice 77: *Unos a otros*, which very impressively illustrates human nature and changing fortune, does not carry an optimistic diagnosis of social relations. But even if we consider that every individual is selfish by nature and seeks

---

<sup>111</sup> The impact of a legal system on legislation and politics and the judge's autonomy in the United States and Europe is analysed in joint work: H. Jacob et al (ed.), *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, New Haven and London 1996, authors: H. JACOBS, 'Courts and Politics in the United States', pp. 16-80; H. M. KRITZER, 'Courts, Justice and Politics in England', pp. 81-176; D. M. PROVINE, 'Courts in the Political Process in France', pp. 177-248 and E. BLANKENBURG, 'Changes in Political Regimes and the Continuity of the Rule of Law in Germany', pp. 249-314.

<sup>112</sup> Cf. chapters *Common Market and Human Rights* and *Common Market or Human Rights* by M. DELMAS-MARTY [in:] *Towards a Truly Common Law...*, pp. 173-184.

<sup>113</sup> M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making in Western Europe* [in:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Routledge 1998, p. 6.

their own benefit at someone else's expense, by taking advantage of the other's weaknesses, still the latter will be able to count on the rational resolution of disputes and the protection of fundamental rights.

### *The perfect mediator – the judge as a saintly knight?*

*It is the witnessing of your talent at achieving such a result that makes me judge you an excellent go-between. For the man who can recognize those who are fitted to be mutually helpful and can make them desire one another's acquaintance, that man, in my opinion, could also create friendship between cities and arrange suitable marriages, and would be a very valuable acquisition as friend or ally for both states and individuals.*

*Xenophon, Symposium (c. 380 BC)<sup>114</sup>*

#### ***Exempla – hard cases***

”Associating law with the truth, justice and rightness belong to the canons of common law culture. Ronald Dworkin (...) made an attempt to transfer these canons to statutory law. According to his concept of constructive interpretation which aspires to be a universal principle, the essence of law should be understood as an interpretive fact, which combines descriptive

<sup>114</sup> Born 444 r. BC, disciple of Socrates, a Greek soldier and adventurer. His *Symposium*, or *The Banquet of philosophers*, is an account of a Socratic dialogue. Later a work under the same title was created by Plato.

elements with normative (prescriptive) elements, in both cases saturated with values, and in particular respect to justice and fairness.”<sup>115</sup> British courts, and later courts in countries with Anglo-Saxon culture, have for centuries dealt with problems that emerged when considering a variety of issues. In this way judges formulated rules which, having been accepted in further cases and developed as case-law, have become general principles which have created common law.<sup>116</sup> Where the rigid procedural system (based on writs and forms of action) prevented decision to be taken under common law, justice was sought at Chancery Courts, which acted on behalf of the Sovereign, and presently at ordinary courts.<sup>117</sup> Anglo-Saxon legal culture with its system of case law and its attachment to the principle of fairness has an unquestionable and irrevocable influence on continental European lawyers and continental law, not only as a result of the influence of Dworkin’s views on the statutory law culture, but mainly due to the fact that the former functions in the European Union next to the culture of continental law. On the other hand, upon its accession to the European Union in 1973, the United Kingdom was bound to accept the supremacy of Community law via the European Communities Act 1972. In view of this, it can be said that mutual influence of both legal cultures, which is mainly owed to the Luxembourg Court (and earlier to the Court in Strasbourg), results in the expression of general legal

---

<sup>115</sup> R. TOKARCZYK, *Komparatystyka...*, p. 87.

<sup>116</sup> P. DARBYSHIRE, *Eddy on The English Legal System*, Sixth edition, Sweet & Maxwell, London 1996, p. 249.

<sup>117</sup> Another well-known example of the creation of new legal means within the *equity* framework is *specific performance* in contract law, where simple legal measures are indemnity claims and temporary measures which prevent violation of a contract, as well as the right of the party to rescind the agreement (*rescission*). *Ibidem*, pp. 251-255.

principles and uniform application thereof. If they do want to do justice, courts of statutory law countries should absorb not only EHRC and ECJ case-law, but also the case-law of British courts and of other EU Member States.<sup>118</sup> In Dworkin's hard cases only a judge-prince can create common law for Europe.

As mentioned earlier in this paper, the European Court of Justice typically interprets legislation in the context of general principles, including those enshrined in the Charter of Fundamental Rights, which could not be denied a persuasive power, even without being binding. Similarly, international agreements concerning the protection of human rights, on the drafting of which Member States cooperated or of which they are signatories, can provide models to be followed by Community law.<sup>119</sup> However, literature provides examples of limitations on the exercise of human rights, which are classified as *ex definitione* exemptions and which set certain limits on the protection guaranteed by the Treaty, restriction clauses, which envisage admissibility of Community intervention on the use of the right in question, and derogation clauses, which allow the Member States for some limited deviations from the obligations in respect of human rights in extraordinary situations.<sup>120</sup>

In the context of justice, a key element of the protection of dignity of the individual belongs to a set of fundamental rights which

<sup>118</sup> Sir Basil Markesinis gave a passionate speech on this subject, as if about an art issue, during his excellent lectures "Art of Comparison" at Ghent University in 2005; the issue of legal and cultural uniformity of Europe against the background of the United States of America (!), a uniformity which is largely owed to the European Convention on Human Rights and the Strasbourg Court, was covered by Justice Guido Calabresi in Florence, in October 2006.

<sup>119</sup> See judgment in Case 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung v. Commission*, ECR 1974, p. 491 Cf. W. CZAPLIŃSKI: *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo...*, p. 334.

<sup>120</sup> Cf. Z. BRODECKI, *Prawo europejskiej integracji*, Warsaw 2000, pp. 116 – 117.

are of national and international nature<sup>121</sup> and are also enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.<sup>122</sup> Despite the fact that the document had long been formally and legally non-binding,<sup>123</sup> having only a political significance, it was

<sup>121</sup> Social justice is protected by Basic Laws of the EU Member States as a fundamental principle of the rule of law. After the text "The Republic of Poland shall be the common good of all its citizens", in its Article 2, the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 reads as follows: "The Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice", while Article 20 provides that "A social market economy, based on the freedom of economic activity, private ownership, and solidarity, dialogue and cooperation between social partners, shall be the basis of the economic system of the Republic of Poland." Further provisions also refer to the protection of liberties, but they continue to do it from the point of view of the protection of "the inherent and inalienable human dignity", which "shall constitute a source freedoms and rights of persons", while "the respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities" (Article 30 of the Constitution). The legally protected freedom of the individual is limited by the sphere of freedom of other people ("everyone shall respect the freedoms and rights of others"), as provided in Article 31 of the Constitution. Also the Basic Law of the Federal Republic of Germany, voted on 23 May 1949, guarantees the freedom of commerce and entrepreneurship under free competition (Articles 2 (1) and 12 (1)), equality, also in the economic sphere (Article 3) and the social responsibilities of the state (Articles 20 and 30), as well as "supporting the stability of economic development enshrined in Article 109 of the Basic Law, and specified in the principles of economic policy provided in the law of 8 June 1967 (...) The entire system, contrary to liberalism (or libertarianism) and various forms of collectivism, is based on balanced order which precludes all systemic extremisms". See T. WŁUDYKA, *Spoleczna gospodarka rynkowa. Podstawy prawnogospodarcze* [in:] *Dziedzictwo prawne XX wieku*, Księga Pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2001, pp. 321-322. Cf. also W. SADURSKI, *Constitutional Courts in the Process of Articulating Constitutional Rights in the Post-Communist States of Central and Eastern Europe (Part II): Personal, Civil and Political Rights and Liberties*, *EUI Working Paper LAW No. 2003/1*, pp. 1-4.

<sup>122</sup> Article 1. The Polish text of the Charter of 28 September 2000, transl. M. A. Nowicki, "Rzeczpospolita" no 234, 6 October 2000.

<sup>123</sup> It has become so after the process of ratification had been completed and the Reform Treaty, known as the Treaty of Lisbon, entered into force, in its final form, on 1 December 2009. The Charter forms an Annex to the Treaty.

certainly more than a programme declaration.<sup>124</sup> Its Article 52 clearly states that rights recognised by the Charter are based on the Treaties and shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties. The European Court of Justice, even before 1 December 2009, was obliged to consider the Charter as a guideline for its interpretation of the Community law.<sup>125</sup> In addition to the Charter's role to promote the awareness of their rights and freedoms among citizens of the European Union, the purpose of the Charter is to develop minimal standards of human rights' protection throughout the EU (and to "ossify" the existing standards).<sup>126</sup> Thus it can be said that the Charter has been binding in political terms, even with no direct legal effect when it belonged to "soft law" acts. This means that standards contained therein had to and will have to be taken into account both in the law-making and application processes of EU legislation, and Member States' legislative and judicial authorities must take into account the provisions of the Charter. The Charter will be expected to influence case-law of the European Court of Human Rights. At the same time, as the Charter duplicates standards which are already laid down in other international instruments of human rights protection, existing interpretation of the latter will influence the

<sup>124</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis of a European Private Law* [in:] *Towards a European Civil Code*, ed. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron, M. Veldman, *Ars Aequi Libri*, Kluwer Law International, Nijmegen 2004, p. 209.

<sup>125</sup> See R. WIERUSZEWSKI, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej* [in:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, ed. E. Popławska, Warsaw 2000, p. 63

<sup>126</sup> By this the Charter resolves the problem of the "vanishing target", as well as of double standards – raised suspiciousness against new, post-Communist Member States. W. SADURSKI, *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty Concerns of the New Accession States: The Role of the Charter of Rights*, EUI Working Paper LAW No. 2003/11, p. 9.



interpretation of the Charter itself.<sup>127</sup> Article 52 (1) of the Charter lays down the scope of rights it guarantees: "Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others." Its wording has been based on ECJ judgement in Case C-292/97 *Karlssoon*,<sup>128</sup> where the Court stated: "it is well-established in the case-law of the Court that restrictions may be imposed on the exercise of those rights, in particular in the context of a common organisation of a market, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute, with regard to the aim pursued, disproportionate and unreasonable interference undermining the very substance of those rights."<sup>129</sup> It

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 63. The Charter itself defines its relation with the ECHR (rights reflecting those guaranteed by the Convention have the same meaning and content, though protection guaranteed by the EU legislation can be more extensive), and in this way refers to fundamental rights protection standards in the EU. Literature also indicates possible differences, where specific principles do not fully "reflect" the rights guaranteed by the ECHR, as well as the fact that some principles are repeated in the Treaty and that their hierarchy is unclear. See V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis ...*, p. 211. Moreover, only after the EU's accession (which will be possible when it has legal personality and unquestionable legitimacy on the Treaty basis) will the issue of review of EU institutions by an independent body be solved, which will result in an increased number of complaints filed with the Strasbourg Court against EU Member States in relation with Community legislation. See A. WYROZUMSKA, *Jednostka w Unii Europejskiej* [in:] *Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe*, ed. J. Barcz, second edition (supplemented), Wydawnictwo Prawo and Praktyka Gospodarcza, Warsaw 2003, p. 369-370.

<sup>128</sup> Case C-292/97, ECR 2000, p. I-2737.

<sup>129</sup> M. A. Nowicki (transl.) "Karta podstawowych praw Unii Europejskiej", The text with explanations of the Convention Secretariat, special edition, "Spotkania Europejskie", Zakamycze 2003, p. 69.

can be concluded from the above that human dignity – the central concept of justice – is protected against market mechanisms which are guided by the idea of efficiency and may be restricted only where public interest objectives are pursued as guaranteed by the Community, and where such restrictions are justified and proportionate. Also in this context the European Union merges both European legal cultures, by expressing this principle in the Community's (and therefore common) legal policy. In addition, by reference in Article 15 (2), though concerning only individuals, the Charter overlooks the four fundamental freedoms of the Community. On the other hand, the Lisbon Treaty lays down economic goals symbolically in its first provisions, before the goal which reads: "It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child", and before economic, social and territorial cohesion (the latter being a novelty). "From the point of view of the formation of European private law (...) the Charter has a strong "social" character which is not counterbalanced by equal importance that is given to economic initiative."<sup>130</sup>

An interesting trend in judicial practice in EU Member States is the reference to fundamental rights in private law cases. According to the *Drittwirkung* doctrine, the fundamental rights which have been promoted after WWII, are applied chiefly in vertical relations, i.e. between the individual and the state (*mittelbare Drittwirkung*).<sup>131</sup> However, their indirect horizontal effect may increasingly be seen (*unmittelbare Drittwirkung*), which leads to *contra legem* interpretation in litigations whose parties are individuals. As noted by Professor B. Markesinis and others, private law

<sup>130</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, N. VARDI, *The Constitutional Basis ...*, pp. 210-211.

<sup>131</sup> As provided in Article 1 of the Basic Act of the Federal Republic of Germany.

has entered a constitutionalisation era,<sup>132</sup> so we see the horizontal effect of constitutional rights in both phases: law-making and the application of law. This phenomenon which may be seen in German jurisprudence and is widely commented in the German doctrine, being particularly visible in cases concerning the protection of privacy,<sup>133</sup> freedom of expression or the so-called "wrongful birth". With time it will probably become increasingly popular in other Member States<sup>134</sup> and with respect to other aspects of private law under which it will ensure the protection of human dignity by strengthening the meta-principle of justice.

In the *Lüth* case concerning the conflict between the freedom of expression and public morals<sup>135</sup> the Federal Constitutional Court stated that: "The legal content of basic rights as objective norms informs private law by means of the rules which directly control this area of law. Just

<sup>132</sup> B. MARKESINIS, *The Applicability of Human Rights as Between Individuals in German Constitutional Law* [in:] *Always on the Same Path*, ed. B. Markesinis, Hart Publishing Oxford 2001, pp. 189 – 190.

<sup>133</sup> B. MARKESINIS, 'Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany', *Law Quarterly Review* 115/1999, p. 47.

<sup>134</sup> Until then, in Britain, considering the lack of division between public and private law, human rights had not been seen as functioning only in vertical relations. This has changed following the *Human Rights Act 1998*, which integrated the ECHR to the British law system, though the extreme arguments raised in the doctrine – about the purely vertical or fully horizontal effects are erroneous. The truth lies somewhere in-between, though Case *Wainwright v. Home Office* ([2003] UKHL 53) undermines the argument for the horizontal effect of the Convention. Human rights in the French Constitution are less precisely pronounced than in German Basic Law, or the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and do not fall under the exclusive jurisdiction either of *Conseil constitutionnel* or *Conseil d'Etat*; there is no clear-cut distinction between their horizontal and vertical effects. R. YOUNGS, *English, French & German Comparative Law*, ed. 2, Routledge Cavendish, London and New York 2007, pp. 124-125. See also N. BAMFORTH, *Understanding the Impact and status of the Human Rights Act 1998 within English Law*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 10/04.

<sup>135</sup> BVerfGE 7, 198.

as new rules must conform to the value-system of the basic rights, so existing and older rules receive from it a definite constitutional content which thereafter determines their construance. From the point of view of substantive and procedural law a dispute between private citizens on the rights and duties that arise from rules of conduct thus influenced by the basic rights remains a dispute of private law. It is private law which is interpreted and applied even if its interpreters must follow the public law of the constitution.”<sup>136</sup>

Habermas, also taking as an example the Federal Constitutional Court, writes that the ”FCC in its rulings qualifies fundamental rights as principles of the entire legal order, the overall normative content of which is structured by the system of rules. In relation to this, the German dogmatic of basic law deals primarily with ‘mutual relations’ between fundamental rights which are inviolable only as far as their ‘essential content’ is concerned and simple Acts; hence the ‘inherent limitations of fundamental rights’ also for absolutely binding ‘public subjective law’, the ‘radiation’ of fundamental rights on all areas of law and their ‘further influence’ on horizontal mutual obligations and the rights of private individuals, commissioned acts, the duty of protection and the responsibility for state protection and care, which can be derived from the objective and legal nature of fundamental rights as elementary order principles; and finally the ‘dynamic protection of fundamental rights’ and the processual relation of subjective-law and objective-law content of fundamental rights.”<sup>137</sup> According to Habermas a change in the concept of fundamental rights which is reflected in constitutional jurisprudence, is unquestionable – it leads ”from defensive rights which safeguard freedom, guarantee compliance of administrative intervention with the law, to the leading principles of

<sup>136</sup> See R. YOUNGS, *English, French & German Comparative Law...*, p. 126.

<sup>137</sup> J. HABERMAS, *Faktyczność i obowiązki...*, pp. 264-265.

the legal order, which renounce their conceptual purity, incorporating the content of individual freedom rights to the objective legal contents which create structures and ordering norms of principle nature.” From the methodological point of view this change is reflected in ”key terms of constitutional law”, such as the principle of proportionality. By developing these key concepts, ”the FCC has created, in addition to classical legal figures in the written constitution, a set of very subtle instruments, whose conceptual structure and degree of structural complexity of issues involved, in particular those which require the intermediation between the micro level (the level of individual action) and the macro level (the system level), seems to be adequate (...) It is by this relation that makes it possible for key conceptions to formulate constitutional issues at a level which allows to avoid a one-sided focus on the function of guarding the law or the function of social planning. At that level it may be possible to combine the social state which ‘provides benefits’ and ‘distributes’ under the law which is binding on administration, and the ruler of law which guarantees the relevant states of possession – in broader terms of constitutional law.”<sup>138</sup>

It is particularly connected with the concept according to which an equitable allocation of social goods is the one in which such goods are ”the rights and liberties that people are recognized as holding as citizens, and not just material benefits they may be owed by others.”<sup>139</sup> Such an approach to justice – paradoxically – is the continuation of a phenomenon which was seen earlier and is associated with the social role of law according to neo-liberal ideology. The reduced role of the state in ensuring welfare through public law instruments and

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 266. Habermas quotes Denninger’s *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe* [in :] *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990.

<sup>139</sup> J. O. TOMASI, *Justice*[in:] K.L. Hall (ed) *The Oxford Companion to American Law*, Oxford University Press 2002, Oxford Reference Online, accessed on: <<http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t122.e0485>>

promoting market solutions makes private law a basic instrument of social policy,<sup>140</sup> while "courts of principles" – which deal with every level of injustice, both in horizontal and vertical relations – become the last bastions to defend the fundamental rights of the individual. The examples below shall by no means exhaust the subject, but they clearly show the importance of judicial creativity where the resolution of a dispute pending at court is not viable under written law. They only – or perhaps as much as – show the role of Dworkin's prince or the mediaeval knight and martyr (the patron saint of most of Europe) in creating an effective, coherent, rational and just "sharp spear" in the EU, that is one of an enlightened mind on multiple levels of draconian injustice.

Case studies will focus on how equally important principles are weighed at several levels – in different environments that surround the individual and before the national, international and EU courts; the balance will be sought in terms of horizontal relations and at the junction of public law and private law. The first example deals with the protection of the weaker party to the contract, conflicting with the fundamental principle of the freedom of contract under the jurisdiction of courts of principles in some of the Member States. The second example shows the effective protection of the fundamental ownership right conflicting with the interest of another individual, while at the same time with public interest, seen from the Strasbourg perspective. Finally, the third example – in the European Community context – shows an extremely interesting aspect of the struggle with injustice in various forms: combating discrimination (e.g. gender- or disability-based), (further) social exclusion and discrimination in terms of pay, suffered by residents of economically disadvantaged regions and countries, and

---

<sup>140</sup> See M. HESSELINK *et al* (Study Group on Social Justice in European Private Law), *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, ERPL 2004/10, p. 655.

even combating environmental pollution<sup>141</sup> by way of "linkage", which enables one "to buy" social justice in the public procurement process.

### *Primum exemplum*

Of importance for the development of constitutional law in Europe of the Enlightenment era, as well as for the debate on the freedom of contract and limitations thereof were the philosophical views of Thomas Hobbes (1588-1679). Hobbesian naturalism, in which man is treated as part of nature, compelled him to oppose the views expressed by Aristotle who considered humans to be social creatures. In contrast, Hobbes maintains that nature and instinct make humans selfish and that they seek above all survival and their own well-being. What is good for you can be bad for someone else. Everyone fights for what is good for him, unrestricted by any duties or rights of others; success depends only on one's own abilities. Thus, according to Hobbes, "the state of nature" is a war of all against all.<sup>142</sup>

Smith borrowed from the stoics the following sentence by Epictetus: "take your misfortune just as your neighbour would take it", consider it a useful guideline on how to cope with failures.<sup>143</sup> The postulate to

<sup>141</sup> See also M. TORRE-SCHAUB, *The Single Market and the Environment: Pathways to Integration*, Global Working Paper Series New York University School of Law, GLWP 05/06.

<sup>142</sup> Another leading philosopher of the Enlightenment – Jean Jacques Rousseau – opposed the idea of the state of nature. He believed the development of society, state organisation and progress of civilisation to be artificial rather than natural products, which became the reasons of class divisions and economic inequalities. Individual life and equality of all have been replaced by the collective life and the struggle of both the stronger and the weaker for property. In order to keep peace, a contract has been concluded "to sanction everyone's state of possession". See W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii*, vol. 2, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2004, p. 152.

<sup>143</sup> G. VIVENZA, *Adam Smith and the Classics*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 59. As pointed out by the author, Smith was not, however, in favour of the stoic "apathy" which he considered against nature.

temper one's appetites and control one's needs in the name of a higher goal, though it may be distant in time, constitutes the basis of Smith's economic theory. Human behaviour should be far-sighted and fruitful not only for oneself but also for society as a whole. Controlling one's own needs by sticking to the Aristotelian "golden mean", is, according to Smith, a sign of prudence. Justice (which plays as equally a fundamental role as the rules of grammar) and prudence in transactions are required from both contracting parties. In Smith's opinion these virtues are needed for the successful operation of the free market. Similar assumptions are made by modern economic analysis of contract law.

Smithian idea of justice is anti-utilitarian: it has the value of social utility, but it is not this value but universal human feelings (including "sympathy") that are decisive for the need of justice. In its individual dimension, justice is, according to Smith, negative in that it simply means not to do harm to other people – which corresponds with the second part of the definition proposed in Ulpian's *paremia*: *alterum non laedere*.<sup>144</sup> Justice, as defined by Smith, has much in common with Aristotelian commutative justice: its role is the corrective one, aimed at keeping a balance in interpersonal relationships, including between contracting parties.<sup>145</sup>

The binding effect of contracts, and by this the need to fulfil contracts, is not a duty to keep one's word which stems from the "law of nature", referred to by Grotius and Pufendorf, but a different, negative moral obligation. It says that one must not raise the other party's expectations which are later not fulfilled – such an action is deceitful and reprehensible. The judge should always have this maxim in mind, along with other fundamental elements of Smithian ethics: solidarity with the aggrieved party, independence and greater importance attached to the

<sup>144</sup> G. VIVENZA, *Adam Smith...*, p. 98. Smith talked about the need for justice, both in criminal and civil law.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 52.



effects of an action than to its intention in moral terms. However, when adjudicating the case, the judge needs always to take into account the social context – otherwise it will be difficult to set the limits of justice beyond which law is infringed upon.

The consequence of economic liberalism was monopoly capitalism which is characterised by a rift between labour and capital, which, in turn, has resulted in the need for a radical change in the approach to legislation. It turned out that the law can and should protect the economically (and socially) weaker individuals. This idea, known as "social solidarism", or "the social current", is based on the critical approach to the theory of party autonomy which was oriented towards individualism (or even egoism) and the freedom of contracts. As rightly noted by Kötz, defenders of liberal contract law have long admitted that conditions under which contract law can bring profit to society are often unfulfilled. It is so when, for example, one contracting party, due to its psychological or physical condition, is unable to assess the situation and its own contractual position when concluding the contract, or when another party has benefited from the other party's inexperience, naïveté or difficult situation.<sup>146</sup> Incidentally, the above-mentioned situations fulfil the assumptions on which European civil codes are based, referring to vitiated consent and undue influence. The provisions on undue influence and unfair benefits seem to embody both elements of protection that T. Wilhelmsson has identified: "ability-oriented protection" and "need-oriented protection". Abilities of the party which benefits from the contract should be assessed against the fairness standard, but at the same time the need to protect the weaker party should be taken into account.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> H. KÖTZ and A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law. Volume 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford 1997, p. 12.

<sup>147</sup> T. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European contract law*, *European Law Journal* 2004/10, pp.721-722.

British contract law has always strongly stressed individualism, the parties' autonomy and protecting one's own interests. However, many still binding legal rules owe their existence to a judicial system that is based on equity.<sup>148</sup> Generally, for the contract to be binding, British law requires that every commitment is associated with reward of a certain economic value. It is the so-called "consideration doctrine". For this reason, for example, a promise to give a donation is not enforceable. However the doctrine does not require mutual considerations to be equal. The institution of a "presumed undue influence" offers the party affected the possibility to request the cancellation of a contract by the court if the transaction involved an "obvious and unfair disadvantage" to one party. Apart from the presumed undue influence there is also an "actual undue influence", which, under British law, is a kind of deceit and may be the case even if the transaction is not obviously disadvantageous (*C.I.B.C. Mortgages Plc v. Pitt*<sup>149</sup>). Undue influence will be evident, if it would "be obvious as such to any reasonable and independent persons who considered the transaction at the time with knowledge of all the relevant facts" (*Bank of Credit and Commerce International SA v. Aboody*<sup>150</sup>). Moreover, the fact that the transaction is disadvantageous for one party must be clear and obvious (*Cheese v. Thomas*).<sup>151</sup> Undue influence is presumed not only if it is obvious, but also when a special relationship between the parties exists, like, for example, between a doctor and a patient, or of a different type, e.g. based on trust or dependence, like between husband and wife (as was the *Aboody* case). This presumption can be set aside on

<sup>148</sup> W. GELDARD, *Introduction to English Law*, Tenth Edition, ed. D.C.M. Yardley, Oxford University Press, Oxford 1991, p. 17 *et seq.*

<sup>149</sup> [1994] 1 AC 200.

<sup>150</sup> [1990] 1 QB 923.

<sup>151</sup> [1994] 1 WLR 129. Cf. MCKENDRICK, *Contract law. Text, cases, materials, Second edition*, Oxford University Press 2005, pp.767-769.

the basis of the following premise: the donator acted independently of any influence of the beneficiary and being fully aware of what he was doing. The burden of proof in setting aside the presumption rests on the benefiting party.<sup>152</sup> Special provisions based on the concept of unqualified *laesio enormis* are contained in Section 137 of the Consumer Credit Act 1974, which provides that the court may re-open the credit agreement if it finds the credit bargain *extortionate*; examples of such situations are also given. When discussing the institution of undue influence in British law, one should mention the doctrine of the "imbalance of bargaining power", which is highly controversial. In his judgement *Lloyds Bank v. Bundy*,<sup>153</sup> Lord Denning made an attempt at combining the issues such as lack of experience in business matters with one's own needs, desires, ignorance or infirmity, coupled with undue influence. However, his idea has not been incorporated into case-law (*Pao On v. Lau Yiu Long*<sup>154</sup>).

Pursuant to Section 138 of BGB (German Civil Code), the fact that pecuniary advantages are clearly disproportionate to the performance does not by itself constitute a premise to declare the transaction void as being contrary to public policy.<sup>155</sup> The necessary condition to qualify the transaction as based on "usury" (*Wucher*) is the existence of the following characteristics or circumstances which influence the bargaining power of the party that has fallen victim to usury: exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another which has been used by the other party. It is also necessary that the person who has benefited from the transaction or a third party which otherwise benefited from it was granted "pecuniary advantages in exchange for

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 766-767.

<sup>153</sup> [1975] QB 316.

<sup>154</sup> [1980] AC 614.

<sup>155</sup> BGH, judgment of 24 January 1979, NJW 1979.758.

an act of performance”. Case-law shows that the intent of the party taking advantage of the weaker party’s position can be deduced from the facts of the case and that where such an intent exists the court shall treat the transaction as the case of a qualified *laesio enormis*, and as a result cancel the transaction.<sup>156</sup>

Under French law, *Lésion* is sometimes treated as a *vice de formation* (defect in concluding the contract), seen from an economic point of view. Certain cases of qualified *laesio enormis* are treated by French law as deceit (*dol*). An example of taking advantage of someone’s *état de nécessité* (state of need) is a very old case of 27 April 1887,<sup>157</sup> in which *Cour de Cassation* upheld lower instance decisions referring to a ship with cargo which had run aground. The courts considered the conclusion of a contract which was an excessive burden for the party in need as ‘violence’ rather than an autonomous transaction. Clearly disproportionate consideration will be a basis for terminating specific agreements such as leasing, licensing or construction work contracts or with regard to specific social groups, e.g. minors or successors.<sup>158</sup> Examples of *lésion* may be found in Articles 1674 and 1675 of the

*Code civil*, which are mandatory and require the party to apply for the rescission (which cannot be renounced or the modification of the contract requested) and it is prohibited to declare the surplus was a donation. These provisions refer to the selling of immovable property and lay down a precise rule which states when the termination of the contract can be requested: this can take place only when the price is lower than 7/12 of the value of the immovable. In cases other than provided by law the *violence morale* doctrine precludes the simple inequality of consideration,

<sup>156</sup> BGH, judgment of 12 March 1981, *BGHZ* 80.153. Cf. H. BEALE, A. HARTKAMP, D. KÖTZ and D. TALLON, pp.455-466

<sup>157</sup> D.1888.1.263; S.1887.1.372.

<sup>158</sup> A. MACHOWSKA, K. WOJTYCZAK (ed), *Prawo francuskie*, vol. 1, 1<sup>st</sup> edition, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Zakamycze 2004, p. 192.

even if excessive, to be the basis of contract termination<sup>159</sup> as it would be considered an excessive restriction of the freedom of contract.

Article 388 §1 of the Polish Civil Code, which applies only to synallagmatic contracts, refers to a situation in which one party takes advantage of the other party's involuntary situation, disability or inexperience, by accepting or stipulating for itself or a third party the value of which at the moment of concluding the contract grossly exceeds the value of its own performance. Then the party can demand the reduction of its own performance or increase in the performance due to it. However, if any of these is excessively difficult, the party may demand the invalidation of the contract.<sup>160</sup>

In its judgement of 13 January 2005<sup>161</sup> the Polish Supreme Court confronted the principle of the freedom of contract with the principles of social co-existence, in particular those codified in Article 388 of the Civil Code, stating that: "The provision of the contract which stipulates excessively high interests shall be invalid, however only in this part in which – under the circumstances of the case – the principles of social co-existence restrict the freedom of contract (Article 353<sup>1</sup> of the Civil Code in relation with Article 58 § 2 and 3 of the Civil Code). The scopes of application of Article 388 and Article 58 of the Civil Code can overlap, in particular when the stipulation of performance which grossly exceeds one's own performance contradicts the principles of social co-operation by which it contravenes Article 353<sup>1</sup> of the Civil Code in that it exceeds the freedom of contract." Thus the Court acceded to the opinion that freedom in concluding and drafting contracts is also an

<sup>159</sup> H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ and D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 1<sup>st</sup> edition, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon 2002, p. 455.

<sup>160</sup> Pursuant to § 2 of the regulation cited, this right expires two years after the contract is concluded. The court decision has a retroactive effect, so the parties should return mutual considerations to each other.

<sup>161</sup> IV CK 444/04.

aspect of justice – it would be unjust if one of the parties, economically weaker, was deprived of this freedom.<sup>162</sup>

However the Supreme Court does not define ”involuntary situation” in a very wide sense, stating in its judgement of 24 October 2003<sup>163</sup> that ”the knowledge that the property can be expropriated and then ownership taken away on the terms worse than when a decision about sale is taken, is not a pressure or the lack of freedom which would prevent from or hamper a rational decision to be taken, neither are these circumstances defined by the legislator as ‘involuntary situation’ under Article 388 of the Civil Code. An involuntary situation occurs when the party is in a financial, personal or family situation which forces it to conclude an agreement even with no equivalent consideration (at any price) and does not allow unrestricted negotiation; whereas the state of disability must be understood as helplessness, inability to overcome problems as a result of the party’s poor physical or psychological condition, while inexperience as a lack of general life experience or lack of experience in the relevant business.”<sup>164</sup>

An objective element of the norm of Article 388 of the Civil Code is similar to *laesio enormis* (where the consideration of one party exceeds that of another party by more than a half), however it is more flexible, as it uses the term ”grossly exceeds”. Moreover, the party entering into an agreement which is disadvantageous for this party cannot specifically be willing to reduce its own profit which would be the case if this

---

<sup>162</sup> Treating the inequality of contracting parties as adversely affecting the freedom of contracts does not contradict Amartya Sen’s opinion on market and freedom: ”First, a denial of opportunities of transaction, through arbitrary controls, can be a source of unfreedom itself. People are then prevented from doing what can be taken to be – in the absence of compelling reasons to the contrary – something that is within their right to do. This point does not depend on the efficiency of the market mechanism or on any extensive analysis of the consequences of having or not having a market system; it turns simply on the importance of freedom of exchange and transaction without let or hindrance”. A. SEN, *Rozwój i wolność*, (Polish edition) Zysk i S-ka, Poznań 2002, p. 41.

<sup>163</sup> III CK 31/02.

<sup>164</sup> Supreme Court judgment of 27 September 2005, V CK 191/05.

party was particularly interested in the other party's quick delivery or in considering its own input as a donation.<sup>165</sup> Undue influence sets the limit on the freedom of contract which is "justified by the properties (nature) of a legal relation which results from a bilateral contract, as well as by considerations of a moral nature. By allowing judicial control of the content of the contract, the regulation of undue influence enables either the revision thereof, or the elimination of the contract as a legal transaction act (voidability of legal act)."<sup>166</sup>

### *Secundum exemplum*

The Strasbourg Court has reiterated many times that "the enforcement of the court judgement must be considered an integral part of the 'trial' within the meaning of Article 6 ECHR" and that human rights guaranteed under this article would be illusory, if the legal systems of the states – parties to the Convention permitted the non-enforcement of the final judgement to the detriment of one of the parties. An important example of Strasbourg jurisprudence is the Court judgement in Case *Immobiliare Saffi versus Italy*,<sup>167</sup> in which the Court unanimously stated the violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights (protection of property) and Article 6 thereof (right to access to court).

The plaintiff, *Immobiliare Saffi*, was an Italian construction company, which in 1988 became the owner of an apartment in Livorno that had been let for many years. Although the tenancy had expired on 31 December 1983 and an order for possession had been made by the Livorno Magistrate, the tenant had refused to vacate. Despite numerous attempts,

<sup>165</sup> C. ŻUŁAWSKA [in:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, ed. G. Bieniek, 6th edition, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warsaw 2005, pp.162-3.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>167</sup> Judgment of 28 July 1999. Cf. Similar judgments: *Georgiadis v Greece* of 28 March 2000 and *Estima Jorge v Portugal* of 21 April 1998.

the order could not be enforced, as, under the statutory provisions for the staggering or suspension of evictions, the applicant company was not entitled to police assistance in enforcing the order. It did not recover possession of the apartment until April 1996, after the death of the tenant. The company brought an action against the Republic of Italy in the Court, on the grounds of the protection of property and the right of access to court along with the effective legal measure, which were guaranteed by the Convention, claiming that the enforcement proceedings of the final judgement had been unreasonably protracted.<sup>168</sup> In the first phase of the violation test, the Court recognised that the aim of Italian legislation was legitimate and served the common good as "the simultaneous eviction of a large number of tenants would undoubtedly have led to considerable social tension and jeopardised public order".

However, in the context of proportionality of the interference of the state, the Court decided that such interference must strike a "fair balance" between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual's fundamental right. In such areas as housing, which plays an important role in economic policies of modern societies, the Court would have taken into account the importance of the public interest following the national legislator's opinion, if the basis of such an assessment would not have been excessively unreasonable. However, *Immobiliare Saffi* remained uncertain for nearly 11 years as to its ownership and as to the possibility of restoring ownership of the property it purchased. So, paradoxically, it was in the situation of the "weaker" party when compared with the obstinate tenant (the Court found that nothing in the file suggested that the tenant deserved any special protection). The company did not receive assistance from the state authorities which are responsible for ensuring that law is enforced. According to the Court, it is not the national court, which has no means to exercise pressure on the

<sup>168</sup> Official press release available on the following website: [http://www.echr.coe.int/eng/Press/1999/Jul\\_Aug/Immobiliare%20Saffi.eng.htm](http://www.echr.coe.int/eng/Press/1999/Jul_Aug/Immobiliare%20Saffi.eng.htm)



authorities obliged to ensure effective enforcement, but rather the state administration that should be held responsible for the situation in which the applicant could not even count on reparation for the fact that it had not been able to exercise its possession (e.g. by letting the apartment at a market price). The Court held that the balance between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the fundamental rights of the individual who had to bear excessive burden had been upset in this situation.<sup>169</sup>

The above is a practical "hard case" in which the court needs to weigh conflicting interests which deserve protection: the public interest (though in this case directly connected with the illegitimate interest of the individual – the tenant) and the owner's legitimate expectations. This case illustrates the method and reasoning in difficult cases, where the court's task is to apply legal provisions and to strike the right balance between them. The European Court of Human Rights also argues that the question whether the individual is entitled to the claim under national law depends not only on the substantive content of the relevant subjective right, but also on whether there may be procedural obstacles which prevent from or reduce the possibility of lodging an application at the court. This does not mean, however, that a new subjective right can be created through the interpretation of Article 6.1 EHCR (in particular when the national law includes the *numerus clausus* principle in property laws). However, it would be non-compliant with this provision as well as with the principle of the democratic state governed by the rule of law to make the protection of legal rights actually impossible under proceedings before national courts.<sup>170</sup> This implies that – similarly to the Court of

---

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> *Dyer v. the United Kingdom*, Decisions and Reports 39, pp. 246-66 and 251-252. Cf. also T. R. HICKMAN *The "uncertain shadow": Throwing Light on the Right to a Court under Article 6 (1) ECHR* [in:] *Public Law*, Spring 2004, Sweet & Maxwell and Contributors, p. 130.

Justice in applying Article 10 TEC in the well-known Case *Factortame* – the European Court of Human Rights allows a broad interpretation of the Convention in order to ensure the efficient system of the protection of rights of the individual which the Court guards. Even if the Court does not create subjective rights, it certainly forbids the refusal to protect guaranteed rights by Member States, in the Convention or the Treaty, respectively. If necessary, this may involve the creation of unwritten procedural guarantees, which national courts are obliged to provide.<sup>171</sup>

While the Strasbourg Court refers to “the rule of law in a democratic society” in such situations, the Luxembourg Court issues its judgement using the *effet utile* doctrine. As Advocate General Tesouro stressed in the above-mentioned Case *Factortame*, the ECJ’s settled case-law requires national courts to ensure the complete and efficient legal protection of individuals who are granted the right under a Community legal norm having direct effect, provided, however, that this norm has regulated the relevant issue since its entry into force, which implies non-compliance with Community law of all national rules and practices that prevent national courts from ensuring the full effect of the Community norm.<sup>172</sup> The latter, in turn, results from the principle of loyalty enshrined in Article 10 TEC [now 4 (3) TEU]. In this context the ECJ judgement in Case *Peterbroeck* should be recalled, as a bridge between the ECHR and the ECJ case-law; in this case the Court holds that each case which raises the question whether a national procedural provision renders application

<sup>171</sup> “The story of the Strasbourg Court had come to be seen as part of the ‘constitutionalisation’ of Europe: the successful implementation of a constitutional model of politics, in which the law lays down the ground rules of political life and enforces them through effective judicial bodies”. N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 71 (2), Blackwell Publishing, Oxford 2008, p. 184.

<sup>172</sup> See also Case C-222/86 *Unectef v Georges Heylens et al* [1987] ECR 4097; Case C- 222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR 1651; Joint Cases C-87/90, 88/90 and 89-90 *Verholen et al v Sociale Verzekeringsbank Amsterdam* [1987] ECR 3757.

of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.<sup>173</sup>

### *Tertium exemplum*

The protection of fundamental rights in the provision of services of general economic interest and state services, as well as implicitly through these services, seems to be an objective which is highly desirable but difficult to achieve. It is obvious that the Community paradigm has been shifted from the point at which the Communities were exclusively used to open and integrate markets by facilitating economic exchange to the point at which human rights (fundamental rights) are recognised and protected at the EU level. This change was heralded by the European Court of Justice; step-by-step it has incorporated the rights that had been earlier safeguarded by the European Convention of Human Rights to the *acquis communautaire* (e.g. the right to privacy, Case *Stauder v. Ulm*). At that time it was as astounding as the role of public tenders in the protection of fundamental values is today. However, even early case-law involved the protection of human rights, so to say as a "side effect" of defining economic rights which stem from EU legislation (earlier EEC).

As early as 1890 the House of Lords in its report on government contracts (in particular the Ministry of War) postulated that "fair and reasonable terms" of work and pay should be ensured.<sup>174</sup> Currently EU Member States are being increasingly committed to promoting the idea

<sup>173</sup> E.G. Case C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS v. Belgium* [1995] ECR I-4599. See M. L. VOLCANSEK, *Judges, Courts and Policy Making...*, p. 6.

<sup>174</sup> C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press 2007, p. 47.

of equality<sup>175</sup> (in terms of gender, race, integration of disabled persons, non-discrimination of workers from other Member States) and environmental protection in calls for public tenders and public procurement contracts. However, attempts at linking these priorities with purchasing goods and services by public bodies from private entities are controversial<sup>176</sup> and create conflicts of principles, which must be resolved by courts at the national and Community level. In Germany the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) had to refer the case concerning the Berlin public procurement regulation, which was questioned as a threat to competition, promoting political expectations and criteria rather than traditionally following the rule of "value for money", to the Federal Constitutional Court which was to decide about the validity of the legal act in question, after examining whether it complies with German Basic

---

<sup>175</sup> McCrudden shows the difference between an individual justice model on which he focuses and a group justice model. The first aims to secure the reduction of discrimination through eliminating racial prejudice or other prohibited considerations that have harmful consequences for individuals; this approach concentrates on cleansing the process of decision-making and is not concerned with the general effect on social groups. It concentrates on securing fairness for the individual and can easily be expressed in symmetrical and universal terms (e.g.: "*women and men are equal*"). The individual justice model reflects respect to efficiency, merit and achievements and, given the limited degree of intervention, it can also strengthen the operation of the market. Its aims can be stated with some degree of certainty and prohibit discrimination, rather than aiming to advance a wider conception of equality. *Ibidem*, p. 65-66.

<sup>176</sup> Questions which arise in different countries refer to government institutions and agencies as well as local authorities which are obliged to organize tenders, the issue of discrimination of foreign entities and protectionism in view of the 'linkages' of regional development policies and unemployment prevention with public procurement, as well as the types of contracts (services, goods, construction works) which are subject to a *linkage*, while at the same time restrictions on freedom of contracts connected with additional requirements businesses have to meet. Attempts at laying down rules of company operations, e.g. in Third World countries, or the use of cheap labour in other areas of company's activity (the issue of CSR – Corporate Social Responsibility). *Ibidem*, pp. 111-113 and 367-368 (CSR) and 522-531 (freedom of contracts).

Law.<sup>177</sup> On the other hand, the French social cohesion plan (prohibition of discrimination and exclusion) of July 2004 and the agenda to promote environmental protection and sustainable development have been softened following the amendments to the *Code du Marchés Publics*, which also safeguards the freedom of access to procurement procedures, the equal treatment of competitors and transparency of procedures.<sup>178</sup> In the United Kingdom, similarly to what was proposed a hundred years ago, at the House of Lords, Lord Lester put forward the proposal which recommended the *linkage* but it was rejected by the government. However, the government has initiated an extensive review of legislation and anti-discrimination policies in view of necessary revision.<sup>179</sup>

A special regulation on Community level, to be implemented by Member States, is included in Directive 2004/18; in its very preamble (recitals 2 and 5) it requires equal treatment, non-discrimination and environmental protection. Also, contract performance conditions may be intended to favour "the employment of people experiencing particular difficulty in achieving integration" (Recital 33), or can be included in the call for tenders. Article 19 provides the opportunity to reserve work opportunities for handicapped persons, while Article 26 repeats the rule which had been expressed earlier by the ECJ, that special conditions relating

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 352. The Federal Ministry for Women and Family announced the plan to incorporate preferences for businesses which promote the employment of women in its new anti-discrimination act; in contrast, the Bundesrat did not support the government bill which obliged companies seeking public contracts to pay their workers collectively negotiated rates. Another example is the proposal tabled by the Ministry of Internal Affairs for government contracts to require from the prospective contractor to present the declaration of not having any relationship with the Scientologist Church – in order "to protect the state activity against the psychological methods used by scientologists". This idea was abandoned, among other reasons because of pressure from American businesspeople, who accused the German Ministry of the Economy of potential discrimination of their companies.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 418-419.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 429.

to the performance of a contract may be laid down, e.g. the prohibition of environmental pollution or the use of children's labour.<sup>180</sup> These are only examples of EU legislation in force;<sup>181</sup> in addition there are numerous political instruments, devoted to these issues, such as the Renewed Social Agenda<sup>182</sup> or the Forum 2008; however the most important role in promoting "buying social justice by the state" is and will be played by the European Court of Justice.<sup>183</sup> Noteworthy important judgements included: the *Rüffert* case<sup>184</sup> (where economic values – including the fundamental economic principle of the freedom to provide services – and competitiveness of the company due to the low wages of Polish workers were

---

<sup>180</sup> Unfortunately it is a common practice, in particular in the clothing industry, where, however, the company's profile is of importance and such actions can be eliminated by *public naming and shaming*.

<sup>181</sup> Earlier legislation includes Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, Council Directive 93/36/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public supply contracts and Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts. Texts amended by the Directive 97/52/EC of the European Parliament and the Council of 13 October 1997, annexes added by Commission Directive 2001/78/EC of 13 September 2001.

<sup>182</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 2 July 2008 "Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe" COM 2008 (412) final.

<sup>183</sup> Among the controversial issues to be solved by the Court of Justice, Article 55 of Directive 2004/18 should be mentioned as problematic in view of proportionality and transparency in tender procedures.

<sup>184</sup> Case C-346/06. In its sentence the Court upholds that "Directive 96/71 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, read in the light of Article 49 EC, precludes an authority of a Member State from adopting a measure of a legislative nature requiring the contracting authority to designate as contractors for public works contracts only contractors which, when submitting their tenders, agree in writing to pay their employees, in return for performance of the services concerned, at least the wage provided for in the collective agreement in force at the place where those services are performed [ ...]." OJ C 294 of 02.12.2006.

in conflict with the principle of non-discrimination on the grounds of citizenship as laid down in the Treaties and, in particular, with the equal-pay principle which was also expressed in ‘the Posted Workers Directive’; the latter might undermine the freedom of movement of workers who are likely to accept lower wages than German workers, though higher than their fellow-workers in Poland); another case was *Nord-Pas-de-Calais*,<sup>185</sup> where an additional (!) criterion aimed at reducing unemployment at the local level was, nevertheless, considered to comply with the Community competition law – as being transparent and non-discriminatory.<sup>186</sup>

Thus, the Court of Justice stresses – e.g. in Case *Concordia Bus*<sup>187</sup> – the need to use the key criterion of ‘the most economically advantageous tender’ (MEAT). The criteria of assessment of tenders, in view, for example, of environmental considerations, are acceptable if they refer directly to the object of procurement and do not permit latitude in the assessment of tenders, if they have been included in the call for tenders among other criteria and if they comply with the principles enshrined in the Treaties (in particular the principle of non-discrimination, the freedom of enterprise or the freedom of service provision).<sup>188</sup>

Despite the above-mentioned problems “buying social justice” through tender – thanks to the Commission’s initiative, but first of all owing to the Court of Justice<sup>189</sup> – should become less controversial and

<sup>185</sup> Case C-225/98 Commission versus France, ECR 2000, p. I-7445.

<sup>186</sup> MCCRUDDEN, *Buying...*, pp. 395-396.

<sup>187</sup> C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, ECR 2002, p. I-7213.

<sup>188</sup> MCCRUDDEN, *Buying...*, pp. 398-401. Cf. Case C-448/01 *EVNAG and Wiensturm GmbH versus Austria*, ECR 2003, p. I-14527.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pp. 507-522. “The language of economic constitution has been more extensively articulated than that of civil and political freedoms. If this base were eroded very real dilemmas would be posed to the future jurisdiction and authority of the Court of Justice and it might be that the integrationist cause will in future need strong legislators rather than strong judges”, D. Chalmers, *The Single Market: From Prima Donna to Journeyman* [in:] *New Legal Dynamics of European Union*, ed. J. Shaw and G. More Oxford University Press 1995, pp. 55-72.

enjoy the increased interest of public authorities. In this way, they can receive "value for money" while at the same time effectively regulating corporate behaviour, promoting corporate social responsibility and in this way make the economy-oriented and economy-conditioned activities of public authorities and businesses more human.<sup>190</sup>

### *The lover of justice – a potential "everyman" or a utopia?*

*For pleasure is a state of soul, and to each man that which he is said to be a lover of is pleasant; e.g. not only is a horse pleasant to the lover of horses, and a spectacle to the lover of sights, but also in the same way just acts are pleasant to the lover of justice and in general virtuous acts to the lover of virtue. Now for most men their pleasures are in conflict with one another because these are not by nature pleasant, but the lovers of what is noble find pleasant the things that are by nature pleasant; and virtuous actions are such, so that these are pleasant for such men as well as in their own nature.<sup>191</sup>*

*Aristotle, Nicomachean ethics, 350 BC*

### *The moral Homo oeconomicus?*

A reasonable individual, even if unfamiliar with an abstract idea of justice, should accept empirical and pragmatic premises on which welfare economics is based. The realism and empiricism of Aristotle,

<sup>190</sup> C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press 2008, pp. 344-346.

<sup>191</sup> 8. 1099a 2-1099a 19.



which today turns out to be particularly and surprisingly topical, can be considered the cradle of that notion, providing an example of a good and wise man rather than an abstract idea of law. Unlike Plato, Aristotle derived the norm not from ideas but rather from human nature as it is in reality; he combined ethics with a description of human actions, seeking attainable rather than transcendental goals, real good rather than the idea of good.<sup>192</sup>

The Aristotelian theory of justice, in which he considers one party's loss as a result of actions of another party, may be treated as anticipation of the economic analysis of law. Aristotle argues that the term "gain" also refers to the situation in which the aggrieved party incurs a loss – which can be understood as the opponent's gain. He further continues, that what is equal can be found between damage (loss) and gain, where gain means both more good and less evil. What is equal, then, is just, so when people dispute they take refuge in animate justice, i.e. the judge. Aristotle even refers to the fact that "in certain states (in his times)" the judge was called a mediator; that is one is between the parties and seeks an intermediate, and by this a just solution. According to that philosopher of the Ancient era, the just solution is an arithmetic mean between the greatest and the lowest values (gain and loss). Similar reasoning is followed in economic analysis: what is "good for society" emerges by comparing mean results of the possible behaviour of both parties of the contract and the highest value is selected as the most effective from the social point of view. Hence, what is called just (*sikaion*), is a division into two equal parts (*sicha*), while the judge (*sikastes*) is the one who makes this division (*sichastes*).

The economics is above all a positive discipline, the science about choices people make when faced with scarce resources. However, Posner points out the normative dimension, that is welfare economics, which

---

<sup>192</sup> W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii*, vol. I, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2004, p. 118.

is invaluable as a source of knowledge (for the legislator, the judge and parties to legal transactions). Neither the traditionally utilitarian maximisation of individual gains, nor the pure Pareto benefit can be now widely accepted criteria, so in practice most economists consider a potential Pareto efficiency as being optimal to reconcile individual gains with public welfare (even if this refers only to the parties of a given legal transaction).<sup>193</sup> Posner also points out the fact that the potential Pareto efficiency or wealth maximisation is an indication for American judges (and probably also – even if subconsciously – for European judges) when it comes to deciding ”open areas”, where orthodox case law – authoritative legal texts or earlier precedents – proves to be insufficient. The Kaldor-Hicks criterion becomes an ethical principle which competes with the guiding moral principles of the Dworkin courts, that is chiefly equality. Economic analysis is characterised by relatively well-defined and objective criteria. Continental European law with its rigid concept of the ”rule of law” is, according to Posner, designed in a way that minimises judicial discretion – to mention highly detailed codified norms and the path of the judge career itself.<sup>194</sup>

The economic school of law was already anticipated in Lockian empiricism and the utilitarianism of David Hume,<sup>195</sup> Jeremy Bentham and John Stuart Mill, who were also familiar with Aristotle’s ideas, which are nearly 2,500 years old. John Locke’s subjective empiricism manifested itself, first of all, in the glorification of freedom

<sup>193</sup> R. POSNER, *Law & Economics – Main entry* in the IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, <<http://ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntry&entryId=31>>

<sup>194</sup> As compared with the career of an American judge. Cf. R. POSNER, *The Judge as Labor – Market participant* [in:] *How Judges Think*, Harvard University Press 2008, p. 57 *et seq.* See also M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, p. 32 *et seq.*

<sup>195</sup> (Polish edition) Wykłady Akademickie. Współczesna myśl humanistyczna, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne Warsaw 2007, p. 410 *et seq.*

and the rationality of the individual, who can realise his objectives using reason. According to Locke, people are selfish; moreover, they should not rely on any authority in their actions. Though criticised for its lack of consistent methodology, Lockian thought – intuitionism – prepared the ground for a stream which is still active among libertarians, that is utilitarianism.<sup>196</sup> David Hume who is considered to be a precursor of the utility doctrine in the economic analysis of law, in his experimental method, and more specifically the method of associative psychology, disagreed with the idea of inherent ego-centrism of an individual and considered sympathy and compassion to be natural feelings. Solidarity with other people is the standard against which one's own ethical conduct is to be assessed. When criticising both experimental experience (empiricism) and rational cognition (rationalism), Hume argues that instinct is the only source of knowledge and develops a biological and practical epistemology. He rejects both the idea of natural law and the conception of law as a pure convention, seeing society and its evolution as the source of

---

<sup>196</sup> The very idea of developing a consistent scientific theory encompassing the various spheres of human activity: economic, political and moral, an idea to which the economic analysis of law and some related theories of social justice adhere, was the leading postulate of English philosophers of the Enlightenment era, known as the "hedonists". This group, for which the spiritual fathers were Hobbes and Locke, and the main representative was Hutcheson, believed that all individual activities stem from egoist motivations but this is sufficient as a basis of the good conduct in life, right ethics, economics and politics and that it is both possible and desirable to create "the practical theory" (i.e. the use of sciences, mathematics and logic to analyse human life both in regulatory and descriptive sense), which would explain not only how people live but also how they should live. An opposing camp contemporary to the hedonists were the "enthusiasts", who followed Shaftesbury's footsteps and were represented by Hartley. They believed sympathy for other beings is one of the natural human impulses (involving compassion, empathy, that is the ability to put oneself in the situation of one's neighbour, which can result in the willingness to help), in life that it is driven by a sense of morality; good deeds were supposed to result from sympathy and a sense of morality. W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii...*, vol. 2, pp. 122-123.

law and the state. As a result "both moral philosophy and philosophy of the state and law were for Hume of social and historical nature."<sup>197</sup> Man originally experiences things through impressions which are processed into ideas. According to Hume, the latter develops through "associations" (based on resemblance, contiguity or causation), that is subjective observations which result from repeated applications of these simple associations. It is an instinctive process and judgements formulated on that basis result from habit rather than reasoning. In the sphere of mind, association was for Hume what gravitation in the world of nature was for Newton: it explained the regularity and inevitability of moral, social and economic phenomena. However, ethics serves to show how to behave properly instead of only stating what is, so Hume questioned the idea of creating a science of morality.

However, according to Hume's successors, determinism which is based on association justifies an attempt at making all the above-mentioned spheres of human life scientific objects.<sup>198</sup> According to the guiding principle of utilitarianism which draws inspiration from Hume, but rejects his numerous objections and doubts, people strive to meet their own needs, but this can be moral if their own interest agrees with the public interest.<sup>199</sup> This thesis has been justified in three ways: reconciling one's own interest with social interest is a pleasure for the individual, as was believed by the enthusiasts; there is a "natural identity of interests", or at least those interests gradually move towards becoming identical, while the harmonious development of societies is proof of it (as stated by some hedonists, including Hartley and Mandeville); there can also be an "artificial identity of interests", developed by the rulers and the law (as

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 110-116. Cf. D. HUME, *Of the Dignity and Meanness of Human Nature* [in:] *Essays: Moral, Political and Literary*, ed. E.F. Miller, Library Fund, Indianapolis 1985, pp. 80-86.

<sup>198</sup> W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii...*, pp. 110-113 and 123-124.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 124.

believed by Hume, and later by Bentham).<sup>200</sup> Generally, for utilitarians, human activity is – or at least should be – directed towards the happiness of all, which is a sum of pleasure, while they identify pleasure with benefit. The ethical views of utilitarians were positive (“benefits should be multiplied”), rational (calculation, lack of sentimentalism), while at the same time social – rejecting subjectivism, anarchy and authoritarianism. The just law is a law that pursues the public good.

Utilitarianism is connected with political economics and the theory of politics that gradually evolved towards democracy – concepts launched by Adam Smith. They were supposed to describe economic and social phenomena scientifically. According to A. Paine the effects of these analyses can be summed up in one sentence: “Society is good, while government is at its best – a necessary evil.”<sup>201</sup> Jeremy Bentham developed precise and objective criteria for measuring pleasure, where “greatest happiness for the greatest number” is the greatest good. The principle of “the greatest happiness” or “the greatest benefit” was the basis for utility “which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question”. Working together with James Mill, Bentham created the concept of utilitarianism on the basis of hedonism,<sup>202</sup> assuming that all people are similar by nature and strive for maximum pleasure which they recognise the use of reason. However, human nature can be shaped to help the individual to identify his or her goals, while the interests of individuals are to be harmonised by politics and law, but they should do it on sound, scientific foundations.<sup>203</sup> John

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 125-126.

<sup>202</sup> However, it was not hedonism in its original sense which in the ancient times was reflected in the motto: *carpe diem*. It was hedonism based on reason, sober calculation of the value of things and acts in the context of their short-or long-term consequences (*calculus of pleasures*). *Ibidem*, p. 200.

<sup>203</sup> *Ibidem*, pp. 200-201.

Stuart Mill, a son of James Mill, was a liberal who approved of the laissez-faire principle, where the role of the state is only that of a guardian of freedom. He was sceptical about democracy, as a threat of "the tyranny of the majority". This provided a philosophical justification for the maximisation of one's own benefits in early capitalism, though the classical school – which later gave birth to the liberal doctrine – saw the need to take into account the interest of the community, not only the individual. The influence of J. S. Mill, whom Gladstone called "the saint of rationalism", on modern political economics and the economic analysis of law, is unquestionable.<sup>204</sup> Mill believed that political economics is a science that contains a set of positive truths about rules governing the production and distribution of wealth, as well as consumption rights. General statements of political economics are provided using the induction method, i.e. by creating and empirically verifying hypotheses, while all social phenomena should necessarily be covered. Mill argued that "the laws of the production of wealth, which are real laws of nature, dependent on the properties of objects, those of distribution are partly of human institution" and

---

<sup>204</sup> "The belief that certain truths can be grasped intuitively without the need to refer to experience, was seen by J. S. Mill as a justification of very wrongful doctrines, as well as poor organisation. He considered the treatment of differences between people as inherent, and thus impossible to remove, a barrier to the rational approach to social issues, and he was seeking the cause of such treatment in metaphysics. (...) His mission was to bring together ways of thinking that were popular in the 18th and 19th centuries, in particular the naturalistic point of view of the 18th century and the historicism of the 19th century." W. TATARKIEWICZ, *Historia filozofii*, vol. 3, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2004, pp. 29-33. In addition to the empiricism revived by J. S. Mill, due to Sir William Hamilton the 1930s saw the revival of the 18th-century "common-sense philosophy" which was originally based on realism, dogmatism and opposition to relativism, scepticism and phenomenalism, while after Hamilton's modifications it said that there are things which do not depend on reason, but – paradoxically – rejected the common-sense justification of realism, which was replaced by criticism and Kantian phenomenalism. Ultimately, according to this philosophy we have direct access to things we learn about and there are no intermediate links between these things and the mind. In the early 20th century, English realism returned to the principles of common sense. *Ibidem*, pp. 27-28.

thus can be modified. In this way he wanted to show that it is possible to change the distribution of goods, even for a liberal government. Mill devoted much space in his work to the development of a theory of value, pointing out that demand and supply "which give the good a temporary value by oscillating around the natural value resulting from the scarcity of goods and the cost of their manufacture."<sup>205</sup> According to Mill "value is a relative term: [...] the value of a commodity [...] means the quantity of other things which can be obtained in exchange for it."<sup>206</sup>

L. Morawski writes that from among the reasons for restricting individual freedoms listed by M.D. Bayles, which stem from the harm principle, the legal moralism and the paternalism principles, a liberal would only accept the first one. The freedom of the individual can only be restricted solely when his or her actions do harm to other people, so the sphere of individual freedoms is only limited by the freedom of another individual. In this way, libertarian Nozick's "minimal state" is organised – only to protect order and security as well as property and the freedoms of citizens.<sup>207</sup> Supporters of the idea of a "liberal welfare state", such as John Rawls, accept the social function of the state only to the extent necessary for individuals to be able to benefit from justice to which they are entitled. Communitarianism – which Richard Posner considered an inconsistent doctrine to the extent that it is difficult for it to cover all its variations – focuses on community, as only through community can the freedom of the individual be realised, as individuals are always associated with a certain community. "The communitarian idea of solidarity with one's neighbours clearly opposes the liberal ideology of self-reliance."<sup>208</sup> Morawski refers to the views of Hart who stressed common procedures as a factor of legitimacy of the democratic system.

<sup>205</sup> W. STANKIEWICZ, *Historia myśli ekonomicznej...*, pp. 185-188.

<sup>206</sup> J. S. MILL, *Zasady ekonomii politycznej*, (Polish edition) Warsaw 1965, vol. 2, p. 77.

<sup>207</sup> L. MORAWSKI, *Główne problemy ...*, pp. 130-131.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 138-139.

”(...) In modern societies, exactly for this reason that these are functionally and socially diversified societies, common institutions and common decision-making and dispute resolution procedures are the basis of common existence rather than common systems of values.”<sup>209</sup> Thus, shared values do not constitute a condition for democracy, though Hart does not deny that “as a condition of common existence, every society must accept some minimum rules which protect human life, property, keeping of commitments, but this is much less than common morality.”<sup>210</sup>

Libertarians – that is extreme liberals, like von Hayek and Nozick – oppose state interventionism aimed at imposing egalitarian distributive justice by legal means.<sup>211</sup> According to them, this must be connected with the violation of rights and freedoms of the individual,<sup>212</sup> including probably also party autonomy. Unlike other utilitarians, Nozick rejects any intervention of the state whatsoever, even if it is to help increase efficiency. He explains his view by the so-called “entitlement theory”, according to which any outcome of a free exchange of goods between individuals will always be a just distribution, provided that these individuals were originally entitled to goods in their possession. Nozick’s

---

<sup>209</sup> The European Union is most certainly such a morally unhomogeneous community – besides, Article 4 (2) (ex Article 6 (3)) TEU guarantees the respect to the cultural identity of Member States, so the EU not only is not but should never be an organisation based on a single system of values which are considered just. On the other hand, unquestionably, for thousands years Europe has been built upon Mediterranean culture and Christian values, which are still present in all European constitutions, additionally enhanced the European Human Rights Convention and the Charter of Fundamental Rights. These values are not controversial and they seem not to be based on coercion, so the preservation of a core common morality (not to be mistaken with supermorality!) does not require strong coercive measures, against which R. POSNER warned.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>211</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu and praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Księgarnia Akademicka Sp. z o.o, Cracow 2004, p.19.

<sup>212</sup> R. NOZICK, *Anarchia, państwo, utopia*, Warsaw 1999, p. 202.



"entitlement theory" consists of three main principles: "the principle of justice in transfer" – according to which any holding which was justly acquired can be subject to free transfer; "the principle of justice in acquisition" which deals with the initial acquisition of holdings, describing how people first come to own property, which then can be passed down according with the principle of justice in transfer; and "the principle of rectification of injustice" which says how to deal with holdings that are unjustly acquired or transferred. These principles can be put in one sentence: "from everyone as they choose, to everyone as they are chosen". Ultimately, Nozick argues that "a minimal state, limited to the narrow functions of protection against force, theft, fraud, enforcement of contracts, and so on is justified; that any more extensive state will violate persons' rights not to be forced to do certain things, and is unjustified."<sup>213</sup> It is relatively easy to find some imperfections, or even inconsistencies, in Nozick's theory. For example, referring to justice he forgets about those who are naturally disadvantaged in the initial distribution and are not even considered to be partners worthy of participating in any exchange with those who are endowed with more goods or higher abilities as they have nothing to offer them. Therefore one can hardly assume that they would be "chosen" and the other party would be willing to contribute to the multiplication of their goods; in fact there are no goods to multiply. Is it just to leave them to themselves, on the margins of society, and make it impossible for them to overcome their disadvantageous initial positions, the results of the "fair start"?

Will Kymlicka discredits Nozick's intuitive argumentation,<sup>214</sup> referring to the case of Wilt Chamberlain, a basketball player popular in the

---

<sup>213</sup> W. KYMLICKA, *Współczesna Filozofia Polityczna. Wprowadzenie, Demokracja, Filozofia i Praktyka*, (Polish edition) Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Cracow 1998, pp. 110-113.

<sup>214</sup> Which he derived from his theories using favourable interpretation, while many critics accuse Nozick of "unfounded libertarianism".

1970s. In Nozick's opinion, if the initial acquisition of holdings was in accordance with any conception of distributive justice, owners of these goods could dispose of them as they please. They could go to see a game with Wilt Chamberlain, who, according to the contract he had made with his team – would receive 25 cents from the price of each ticket of admission. So Wilt would make a fortune and no one could blame either him, as he is a great attraction for his fans, or the fans, who had made an autonomous choice for what they wanted to spend their money on – they exchanged money for the pleasure of admiring Wilt in action. Kymlicka rightly states: "Chamberlain will have earned \$250,000, while the handicapped person, who may have no earning power, will have exhausted her resources, and will be on the verge of starvation. Surely our intuitions still tell us that we can tax Chamberlain's income to prevent that starvation."<sup>215</sup>

Nozick tries, however, to invoke the Kantian principle that individuals are ends and not merely means", arguing that "Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)" and that "they may not be sacrificed or used for the achieving of other ends without their consent". Consequently, according to Nozick it is absurd to request people to share their wealth (to which they are entitled) with anybody else in the name of solidarity or social justice, because treating people as equal contradicts using people for the good of other people or the public good.<sup>216</sup> Nozick considers "self-ownership" to be of key importance if individuals are to be treated as equal; redistribution as proposed by Rawls, according to Nozick, contradicts treating individuals as owners of themselves. It seems, however, that Nozick misunderstood Kant's ideas as well the very essence of the

<sup>215</sup> J. KARP, *Sprawiedliwość...*, p. 117. See also: H. BRIGHOUSE, *Sprawiedliwość, Sic!*, (Polish edition) transl. P. Królak, Warsaw 2007, pp. 131-135.

<sup>216</sup> It is not questioned by the creator of the most consistent modern theory of justice, John Rawls.

concepts of equality and justice, while at the same time created a rather bizarre conception of personal rights of the individual over one's self. The Kantian postulate that individuals should be treated as ends in themselves, offers a perfect justification for altruistic rather than selfish attitudes. One can hardly agree with Nozick that "self-ownership", or – more generally – freedom of the individual is threatened by anyone's claim for his/her talents or fruit of his/her work. On the contrary, it is the more talented by nature or better-off by birth, should – according to Kant's categorical imperative – ask oneself: "If I were in a worse situation than I am, how would I want someone in my present position to behave?" Certainly, Kant requires such an attitude from an individual who enjoys his/her free will (conditional obligation), which should be prompted by pure, practical reason.<sup>217</sup>

According to Hayek, the economic and social dynamics imply economic inequalities between individuals, whilst distributive justice would hamper the progress of civilisation. Additionally, Hayek argues that as some social groups get richer, more disadvantaged groups also get richer after some time, which is known as "the trickle-down effect". Hayek considers social justice a mirage.<sup>218</sup> He begins his criticism of "social" justice,<sup>219</sup> which, following J. S. Mill,<sup>220</sup> he identifies with distributive justice, by referring to two great philosophers: David Hume who con-

<sup>217</sup> I. KANT, *Metafizyka moralności, op.cit.* p. 254; *Krytyka czystego rozumu*, (Polish edition), Wydawnictwo Naukowe PWN Warsaw 1957, p. 190 and *Krytyka praktycznego rozumu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, p. 25 *et seq.*

<sup>218</sup> As shown in the title of his book: *Law, Legislation and Liberty, vol.2: The Mirage of Social Justice*, The University of Chicago Press, Chicago and London 1978.

<sup>219</sup> Hayek consistently puts this adjective in quotation marks, as he considers social justice to be a product of primitive thinking that renders it a desirable feature of all kinds of social activity, in treating individuals and groups in society. Cf. F. A. HAYEK, *Law...*, p. 62.

<sup>220</sup> The remaining four concepts of justice presented by Mill refer to individual behaviour – and these are accepted by Hayek.

sidered the criterion of "merit" uncertain,<sup>221</sup> and Immanuel Kant who rejected the general principle of welfare.<sup>222</sup> Hayek poses the rhetorical question of whether there is a moral duty to submit to a power which can co-ordinate the efforts of members of society with the aim of achieving a particular pattern of distribution regarded as just; he also states that a deliberate distribution of benefits and burdens between individuals would be unjust in itself. To control society and to reach its own rather than social goals, authorities tend to overuse empty slogans which gain social acceptance. Hayek considers the concept of the "welfare state" to be dangerous, though he does not negate the role of the state altogether, e.g. in terms of social insurance, the pension system or health care, but without infringing upon the sphere of individual freedom or establishing state monopoly.<sup>223</sup> Hayek claims that social policy of the welfare state does not reduce but rather institutionalises poverty instead of supporting the activities of individuals following the principle of subsidiarity.

The market operates by itself, so, according to Hayek it is impossible to design or predict the effects of market processes. Only through the market can individuals strive for their individual goals and only due to the market can they coexist in harmony. This feature is called "catallaxy" – the term Hayek derived from the Greek word *katallasso* which means

<sup>221</sup> "The most obvious thought would be, to assign the largest possessions to the most extensive virtue, and give everyone the power of doing good proportioned to his inclination... But were mankind to execute such law; so great is uncertainty of merit, both from its natural obscurity, and from the self-conceit of each individual, that no determinate rule could ever follow from it; and the total dissolution of society must be the immediate consequence". D. HUME, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, sect. III, part II, Works IV, p. 187. Quoted after F.A. Hayek, *Law...*, pp. 62 and 175.

<sup>222</sup> "Welfare, however, has no principle, either for him who receives it, or for him who distributes it (one will place it here and another there); because it depends on the material content of the will, which is dependent upon particular facts and therefore incapable of a general rule". (I.Kant, *Der Streit der Fakultaten*, 1798, sect.2, para 6, note 2) after "Kant's Political Writings", ed. H. Reiss, transl. H.B.Nisbett, Cambridge 1970, p. 183.

<sup>223</sup> F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago 1960, p. 260.

not only "to exchange" but also "to admit in the community" and "to make friends with enemies."<sup>224</sup> The catallaxy game (which is not a zero-sum game in the meaning of game theory), says Hayek, does not reflect the market power, but only serves to accumulate profit and meet other individuals' needs without knowing precisely what the needs of every individual are or to analyse all market mechanisms, but knowing only what should be done at this point in time. Indicators of this information are prices; the overall effect of millions of transactions is unpredictable.<sup>225</sup> The outcome of the game is a result of a combination of the individual's abilities with a bit of luck, blind chance.

Even if you consider the outcome of the catallaxy game to be bad for you, you cannot say it is unjust, because competitive market mechanisms are "blind" and do not "deliberately" affect the individual without his or her consent, as does the legislator. At the same time, the operation of market forces is the most efficient. According to Hayek, this efficiency can be measured by selecting any individual who participates in the market and establishing that he or she has achieved the greatest benefit under the given circumstances. This effect is just in Hayek's opinion.

On the other hand, Hayek considers the idea of "social" justice to be a populist slogan of politicians, though he admits that sometimes the pressures of some social groups on politicians to realise this idea have contributed to making laws more equal for all.<sup>226</sup> This is the only kind

---

<sup>224</sup> F. A. VON HAYEK, *The Atavism of Social Justice* [in:] *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge, London 1978, p. 60. "Man can be allowed to act on their own knowledge and for their own purposes only if the reward they obtain is dependent in part on circumstances which they can neither control nor foresee. And if they are to be allowed to be guided in their actions by their own moral beliefs, it cannot also be morally required that the aggregate effects on their respective actions on the different people should correspond to some ideal of distributive justice. In this sense freedom is inseparable from rewards which often have no connection with merit and are therefore felt to be unjust". See F. A. HAYEK, *Law...*, pp. 115-120.

<sup>225</sup> Cf. K. KOSTRO, *Koncepcja...*, p. 82.

<sup>226</sup> F. A. HAYEK, *Law...*, pp. 64-65.

of equality which Hayek considers real and desirable – equality against the law; other methods to level social inequalities he considers utopian, like the socialism he criticises. "The welfare of people, like the happiness of a man, depends on a great many things that can be provided in an infinite variety of combinations. It cannot be adequately expressed as a single end, only as a hierarchy of ends, a comprehensive scale of values in which every need of every person is given its place."<sup>227</sup>

As can be seen, according to Hayek's conception, individualism is a value in itself. He believes that no power can usurp the right to arbitrarily create a single hierarchy of needs of all people in the society, as every human is different and has other needs. According to Hayek, attempts to make equal the individuals who are not equal will result in inequality. However, every individual is a market stakeholder who should be fair, and by this the market as such will be based on fair rules. The only role of the state is to guard the freedom of choice and of contracts between the parties, while the latter have the duty to comply with the law and other social norms perceived as appropriate. In this sense justice is closer to the concept of fairness and impartiality than to charity.<sup>228</sup> However, O. Höffe, a theoretician of justice, opts for the normative character of justice: "The ethical tradition has identified legal duties and duties of virtue. In the first case we deal with duties the fulfilment of which can be required, which is not the case with the latter. Following this distinction, justice is a legal duty, while charity, solidarity and other requirements of social ethics are duties of virtue."<sup>229</sup>

In Hayek's opinion, adding the meaningless adjective "social" to the word justice is manipulation which he sees as the threat Confucius had in mind saying: "When words lose their meaning people lose their freedom".

<sup>227</sup> F. A. HAYEK, *Droga do niewoli*, London 1982, p. 47. Quoted after K. KOSTRO, *Koncepcja...*, p. 77.

<sup>228</sup> K. KOSTRO, *Koncepcja...*, p. 83.

<sup>229</sup> O. HÖFFE, *Sprawiedliwość polityczna*, (Polish edition) Cracow 1999, p. 46.

Social justice is in fact in the interest of the state rather than individuals. Contrary to primitive tribes whose existence largely depended on absolute obedience to the chief, according to Hayek, today's society is an "open society", that is a free, pluralist society without a uniform hierarchy of goals. It is the fact that everyone has different needs and values some things more than their owner, while the latter is ready to sell them at a price which he or she considers higher than the value of the thing itself, which is a driver of trade exchange.<sup>230</sup>

As early as the 18th century, the Swiss mathematician Daniel Bernoulli noticed that when making choices, we usually act under conditions of uncertainty about the outcome of our decisions. So we maximise utility rather than the expected monetary value. The person who'd rather avoid risk believes that the utility of a safe prospective income is higher than an uncertain prospect of income representing the same expected monetary value. Economists say that such persons are characterised with "diminishing marginal utility of income". Most people belong to this category and the marginal utility is constant for them. The smallest number of people are indifferent to risk; this feature rather characterises business organisations. The last category is individuals who like risk – the marginal utility of income will grow in this case. The most important consequence of the fact that most people do not like risk is that they are ready to pay to avoid possible adverse effects of their activities, hence the need for insurance; by buying a policy, by their own behaviour which minimises risk or by decreasing the price, the person who does not like risk is ready to pay for the good which may bring benefit or loss.

Microeconomics uses three basic concepts: "maximization", "equilibrium" and "efficiency". According to the maximisation theory, consumers always make rational choices,<sup>231</sup> i.e. from among goods available select the one

---

<sup>230</sup> F.A. Hayek, *Law...*, pp. 109-115.

<sup>231</sup> One should not forget about the Khanemann theory showing that consumers' choices are often far from being rational, for which theory the author was awarded the Nobel Prize.

which offers the highest chance for reaching their goals. To do so, they first need to know what goods they value more, less or not at all, and to be able to assess which combination of different goods they value more from any other, less than other or equally. Thus, every consumer makes a hierarchy of his or her preferences, creating a ranking of a limited number of alternatives.<sup>232</sup> This ranking must meet three conditions: it must be complete, reflexive and transitive. The first feature means that the consumer needs to be able to make a ranking of all possible combinations of goods/services. Reflexiveness is an assumption a priori that A in a group of goods is valued by the consumer at least as much as itself. The third feature, that is transitivity, illustrates the following reasoning: "if A in a group of goods is better than B, and B better than C, then A is better than C", "if A in a group of goods is valued as much as B, and B as much as C, then A is valued as much as C". It should be remembered, however, that the consumer's preferences will always be subjective.<sup>233</sup> This theory is connected with utilitarianism: what the consumer actually wants is to maximise utility. The higher a given good in the ranking of utility, the higher a numerically expressed value can be attached to it (utility function). However, the utility function is subject to constraints resulting from limited choices (feasibility constraint). The choices are limited by numerous factors, such as time, energy, knowledge and culture, but first of all – a limited income.<sup>234</sup> Simply speaking, we can assume that considering

---

<sup>232</sup> However nothing is known about the intensity of consumer preferences, so we cannot make an objective comparative assessment of two different consumers' preferences. In other words, there is no accurate economic method to ascertain that consumer A values good "x" more than consumer B does. For this reason welfare economics theories are far from being accurate and the problem of legal policies remains insolvable. A more extensive discussion on this subject is provided in the third part of this section.

<sup>233</sup> Naturally, advertising plays a great role in shaping consumers' tastes and habits in the information society. However, research in this area (in particular by Professor Robert Cialdini with his observations on the power of persuasion), is outside the scope of this paper.

<sup>234</sup> R. COOTER and T. ULEN, *Law and Economics...*, p. 24.



all constraints the maximum point will be where "the marginal cost equals marginal benefit."<sup>235</sup> It is also the economic optimum of all decisions. If the marginal cost starts exceeding the marginal benefit, a decision becomes economically inefficient (unprofitable).

It should be remembered that when maximising utility and selecting the best, in our view, opportunity available, we renounce other opportunities. In fact, the cost incurred as a result of the choice made (opportunity cost), is second-best, lost opportunity. The concept of "comparative advantage" can help in taking the right decision; according to it people should make choices which involve the smallest lost opportunities. The well-known theory of demand is connected with the maximisation of utility.<sup>236</sup> Individual demand is inversely proportional to the price of good  $x$ , as illustrated by the demand curve – the steeper it is the lower the price flexibility of demand. As a rule, the price flexibility of demand will depend on the availability of substitutes for a given good. For a wide category of goods (e.g. fuels) a substitute will be difficult to find; for a narrowly defined category it is easier (e.g. petrol can be replaced by gas). Flexibility is also higher over a longer period of time (e.g. the time needed to fit a gas installation in the car), while it is lower over a shorter period.

Economists hold that every interaction between parties striving for maximum utility leads to the state of equilibrium, no matter if this refers to the market, a business, a sports club or a married couple. It is to this "point of rest" that all activities aimed at the maximum utility are supposed to lead. It is that self-induced state of homeostasis Adam Smith meant when talking about "the invisible hand of the market". If the state of equilibrium is reached it will not change if external forces (externalities) do not act. The problem is that these externalities usually influence

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>236</sup> Here I pass over the supply theory, as the mechanisms are the same, with the only difference that manufacturers maximise profit and consumers' utility.

interactions before the equilibrium is reached, and by this prevent it to be reached. Despite the fact that in reality the state of equilibrium occurs extremely rarely, in theory economists use this concept to describe interactions as simply as is possible. The basic method in the economic analysis of law is the so-called comparative statics, which is based on comparing states of equilibrium.

Certain assumptions are made in economic analysis of law. They are idealistic assumptions which facilitate analysis and set the standard to which one should strive, to be recommended to the legislator, extremely rare or even impossible to attain in the real world.<sup>237</sup> One such concept is 'perfect competition'. If so many businesses operate in a given sector of industry that none influences the market price by its individual decisions and there are so many consumers that individual decisions maximising utility do not influence the market price, then there is the state of perfect competition.<sup>238</sup> Perfect competition is guided by numerous binding rules – e.g. equal prices for the same product, the absence of barriers to market entry and exit, full information about product specifications. In this ideal situation the point of equilibrium for the price and quantity of the good in question can be found on the intersection of the supply and the demand curves.

The third fundamental principle of microeconomics is efficiency which has many definitions. The production process is efficient if one of the two following conditions is met: it is impossible to provide the same 'amount of output' with 'lower-cost combination of inputs'; it is impossible to increase production with the same input. The following discussion is based on the definition of efficiency created by the Italian economics and political scientist Vilfredo Pareto, and its modification,

---

<sup>237</sup> See e.g. T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics* [in:] *Encyclopaedia of Law and Economics*.

<sup>238</sup> Where monopolies occur the situation is completely different – then we talk about imperfect competition. Monopolies distort the normal functioning of the market.

the Kaldor-Hicks efficiency (named after its authors). Both will be discussed in the part devoted to welfare economics.

Welfare economics is a branch of microeconomics which deals with the impact of decisions of many individuals (consumers and businesspeople) on the group "well-being"<sup>239</sup> of these individuals. Thus, postulates of welfare economics will be valid for a specific society and focus on state politics and the accompanying philosophy of law. The aim of welfare economics is not to describe how the economy works but rather to assess whether it works well.<sup>240</sup> This assessment is made possible by using two basic criteria: efficiency<sup>241</sup> and equity,<sup>242</sup> and in particular attempting to answer if they must be in conflict. It is the second element – equity – that distinguishes "welfare economics" from economics as such, linking it with value judgements and moral judgements with which the philosophy of law deals.

Welfare economics also raises the issue of state intervention in the market in order to ensure a just distribution of goods and services, by examining the meaning and the possible scope of such intervention. The ideal to be pursued is the state of "general equilibrium", that is a simultaneous equilibrium on all markets, which will be reached no earlier than the marginal cost is equal to the marginal profit for each good and each service available on the market – so, in general, when perfect competition rules all markets. As was already mentioned, such an ideal situation is impossible to achieve but it is an indication for the legislator. The market

---

<sup>239</sup> *Well-being* will refer to the individual, while *welfare* – to the similar state of a group of individuals, that is society. It should be noted, that the term *welfare state* means "the state that cares" rather than the "state of wealth".

<sup>240</sup> D. BEGG, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Ekonomia*, vol. 1, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warsaw 1995 (Polish edition) p. 428.

<sup>241</sup> The question arises whether allocation of scarce resources might not lead to wastage. *Ibidem*, p. 429.

<sup>242</sup> Along with the question "How just is the distribution of goods and services among individual members of society?" *Ibidem*, p. 429.

is at risk of a market failure,<sup>243</sup> that is the absence of conditions for perfect competition, and there are four reasons for such a situation. Firstly, there are various forms of monopolies (e.g. a single supplier or a single buyer – monopson), which can be corrected using norms which protect competition; secondly, by positive or negative factors which distort the market (externalities), and influence those who do not participate in the exchange of goods and services; they involve ‘external costs’ (e.g. as a result of environmental pollution) and ‘external benefits’ (as in the case when apples from the neighbour’s tree fall into my garden). The social marginal cost will be the sum of the individual marginal cost and an additional marginal cost incurred by the third parties. Thus, in making corrections (internalising the negative factor), the legislator should take into account what is optimal from the social rather than individual point of view. The third source of imperfect competition are public goods (e.g. national defence), for which consumers do not compete (in this sense these goods cannot be used up) and from which consumers cannot be excluded (the cost will be too high to exclude a consumer who does not pay for using such a good or to have a private supplier, unless subsidised by the state). The fourth factor, of great importance for the analysis of contract law, is the asymmetry of information, i.e. unequal access to information of the parties involved in trade exchange (e.g. manufacturer’s or seller’s incomparably greater knowledge about the good they offer than that of the consumer). One method of preventing such asymmetries is offering a product quality guarantee.

As mentioned above, the basic category in welfare economics – beside efficiency – is equity, or equality. Two types of equality can be distinguished. The first is the so-called horizontal equality, i.e. equal treatment of all people. All democratic systems are based on this postulate, which

---

<sup>243</sup> See R.G. LIPSEY, C. HARBURY (eds.), *Market Efficiency and Market Failure* [in:] *First Principles of Economics*, second edition, Weidenfeld and Nicolson, London 1992, pp. 81-93.

focuses on the inherent human dignity of the individual, on which, in turn, the entire modern system of human rights protection is based. Horizontal equality is a rather uncontroversial issue, while the so-called vertical equality, which in general terms consists of eliminating inequalities through legal instruments, is a frequent subject of controversies among economists, philosophers, lawyers, philosophers of law and politicians; in this case of politicians it becomes a weapon in the political struggle. It seems that such disputes often result from different perceptions of vertical equality. Robin Hood's or Janosik's approach may have our *a priori* acceptance, or even applause, but the situation can drastically change when we are "the rich" ('the haves'), from whom goods must be taken to improve the situation of "the poor" ('the have-nots'). It is not only about the distribution of goods through the tax system, which is probably the most glaring example of the "equalising" activity of the state. Further discussion will show that by legislating/deciding in a certain manner, state authorities/the court can implement the ideal of equality to a greater or smaller extent, seeking, in accordance with government policy, a point of equilibrium between guaranteeing horizontal equality (which is or at least should be a standard in all democratic states) and the full implementation of vertical equality (which, in turn, will or at least should never take place in democratic countries),<sup>244</sup> as law is not a secret tangle of more or less technical norms, but a basic instrument in attaining socially important goals. To be well aware of effects of a given regulatory provision, both the legislator and the judge should use a precise scientific method which will enable assessment of the impact of the norm or the set of norms on values which are fundamental for the relevant society; they need to foresee behaviour of all individuals faced with revised law

---

<sup>244</sup> Let alone because of the fact that following democratic mechanisms provides for the voting on draft laws in parliament and so excessively radical views are usually moderated by the opposition.

in certain area. Economic analysis of law is more than mere intuition.<sup>245</sup> While welfare economics offers the best combination of equality and efficiency possible, the main role of economics as such is to foresee the effects of the legal policy on the value of efficiency.

An effective allocation of resources is inseparably connected with the market players' preferences with respect to specific goods. The basis of any trade exchange (on which we will focus) is the fact that one individual values more one good while the other values another. Moreover, one can attach a higher price to what one wants to obtain than to what is given in exchange. Utility can be assessed proportionally to the quality of a given good or to the amount of this good, though it seems that in both cases a desired feature or features should constitute the value by itself for the consumer. However, it will never happen that everyone has as many goods of the desired quality as one wants. It is a problem to objectively establish how to proceed with the distribution of naturally limited amounts of goods (insufficiency of resources). Here come value judgements concerning equality and fairness of distribution. In terms of economics, an attempt at solving this dilemma was made by Vilfredo Pareto.<sup>246</sup> On the basis of his theories it is assumed that for a given set of consumer tastes, production resources and technologies a given allocation is Pareto-efficient if it is impossible to pass to another allocation which would improve the situation of some individuals without harm to others.<sup>247</sup> Slightly simplifying, the distribution of goods between two individuals may be considered efficient only where it is impossible to

---

<sup>245</sup> The seminal contribution in the field of law and economics is the article of joint authorship of Guido Calabresi and A. Douglas Melamed *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089 (1972). Melamed and Calabresi compare the economic analysis of law to how a cathedral looks – a huge, ancient, fine and complex structure. Cf. R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics...*, p. 4.

<sup>246</sup> As he did in his work entitled. *Manuel d'Economie Politique* of 1909.

<sup>247</sup> D. BEGG, p. Fischer, R. DORNBUSCH, *Ekonomia*, (Polish edition) Vol.1, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warsaw 1995, p. 430.

improve the situation of one of them (A) without worsening the situation of another (B). As a result we can see that from what is the most efficient ("all allocations that can be placed on the curve of production capacity"), welfare economics moves to the question of equality (that is about the legitimacy of shifting along the production capacity curve). The imperfection of Pareto efficiency, which consists of the need for compensation each time if an A's gain causes B's loss, is corrected by Kaldor-Hicks efficiency, is also known as potential Pareto efficiency. An allocation is K-H efficient, if A's gain is higher than B's loss. Then, even if A potentially has to compensate B's loss, he will still receive some gain.<sup>248</sup>

The economic analysis of law is to a large extent based on game theory, thus its basic ideas should be presented. "Game theory is the logical analysis of situations of conflict and cooperation. More specifically, a game is defined to be any situation in which i) There are at least two players (...). ii) Each player has a number of possible strategies, courses of action which he or she may choose to follow. iii) The strategies chosen by each player determine the outcome of the game. iv) Associated to each possible outcome of the game is a collection of numerical payoffs, one to each player. These payoffs represent the value of the outcome to the different players."<sup>249</sup> Using game theory we can not only consider different variants of behaviour of partners in negotiations, as well as of contract parties, but also of states or even biological species.<sup>250</sup> Game theory assumes that reasonable players should try to predict another

<sup>248</sup> N. KALDOR, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, Economic Journal 1939, no 40, pp. 549-552; J. R. HICKS, *The Foundation of Welfare Economics*, Economic Journal 1939, No 49, pp. 696-712.

<sup>249</sup> P.D. Straffin, *Teoria gier*, transl. Jacek Haman, (Polish edition), second edition, revised, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warsaw 2004, p. 1.

<sup>250</sup> Another example of the *chicken game* was the crisis in the Bay of Pigs, where President Kennedy "won" with Khrushchev, however at the risk of a global nuclear war. Even the spreading of microbes can be explained using the game theory's minimax and maximin, i.e. points of equilibrium in the game. *Ibidem*, pp. 1-13.

player's strategies and to select a strategy which guarantees the highest payoff possible. Two-player zero-sum games<sup>251</sup> usually involve conflict, while two-player non-zero-sum games<sup>252</sup> and n-person games – will often involve cooperation. Obviously game theory has some major limitations: it creates only some simplified models, while real-life situations are much more complex; it assumes that all players act in a rational manner; and finally – there are no precise instruments to predict outcomes of non-zero-sum games, that is where the players' interests are not exactly conflicting, and in games in which there is more than one player.<sup>253</sup>

A well-known example is the prisoner's dilemma.<sup>254</sup> Players are suspects arrested for committing a crime together and interrogated in separate rooms. The prosecutor has insufficient evidence and offers each of them the same deal: if one testifies and the other not, the former will be rewarded (payoff +1), while his accomplice receives a high sentence; if both testify, the sentence will be lenient for both of them (payoff -1).

<sup>251</sup> Where the gain of player X will always mean the equivalent loss of player Y. Interests of players are contradictory. To have his gain X must seek Y's loss.

<sup>252</sup> Players can adopt strategies in which they both win or both lose if they do not cooperate.

<sup>253</sup> A great success in this field was that man of genius, the Nobel-Prize winning mathematician John Nash, who, in his studies of non-cooperative games proved that every non-zero sum game which involves two players has at least one point of equilibrium using either pure or mixed strategies (Nash equilibrium). This, however, has some undesirable effects, as it can lead to a result which is not good for both players. As regards cooperative solutions Nash has developed the arbitration system. More on this subject P.D. Straffin, *Teoria gier...*, pp. 83-93 and 132-145.

<sup>254</sup> "Prisoner's dilemma". A game invented by Melvin Dresher and Merrill Flood in the 1950s to consider the chances to stop the arms race between the USA and USSR. The story about a prisoner was conceived by Albert W. Tucker during his seminar at Stanford University – hence the name of the game. Literature presents various versions of the game; in the present work the simplest form of the game was presented after P.D. Straffin. *Ibidem*, p. 94. Cf. also B. KLIMCZAK, *Etyka gospodarcza*, 4th edition, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej im. Oskara Langego we Wrocławiu, Wrocław 2003, p. 168; and: W. POUNDSTONE, *Prisoner's Dilemma, John von Neumann, Game Theory and the Puzzle of the Bomb*, New York 1992.



However, they know that if none of them testifies, they will both be released (payoff 0).

The dominant, that is the most frequently selected strategy for both, is strategy B, which is testifying. It is the so-called Nash equilibrium. However, it is not Pareto optimal, because both players would have been in a better situation if they had remained silent (strategy A). According to Straffin: "The conflict between individual rationality in the form of the Dominance Principle and group rationality in the form of Pareto Principle is absolute. Individuals rationally pursuing their own best interest end at an outcome which is unfortunate for both of them."<sup>255</sup> R. Axelrod states that in games repeated a number of times the strategy will always be the same, and when players are unaware which game will be the last – the strategy will be an eye for an eye.<sup>256</sup> However, Straffin argues that even repeating the game an undefined number of times, when cooperation in the first rounds may pay off as there is a hope for a positive outcome for both parties, there may be a domino effect. It is due to the fact that players are aware that strategy B prevails over A and assume that in the last game the other player will not cooperate, as well as in the last but one, and so on, up to the first one. The "Prisoner's dilemma illustrates a situation on the market where there is competition for a scarce good. Every market player would like to have as many such goods as possible – preferably all; however, this possibility being excluded, market players must agree for an exchange of goods between themselves following fixed rules. The perspective of cooperation as shown in the prisoner's dilemma, was the reason for which business ethics took interest in this game."<sup>257</sup> This play is also applicable – where profit replaces strategy BB – to contract law, both in the sphere of the parties cooperation in executing the contract and as regards decisions whether to perform a service before it is done by another party.

<sup>255</sup> P. D. STRAFFIN, *Teoria gier...*, p. 95.

<sup>256</sup> See R. COOTER and T. ULEN, *Law and Economics...*, p. 42.

<sup>257</sup> B. KLIMCZAK, *Etyka biznesu...*, p. 168.

Games repeated an undefined number of times can refer to relationships between permanent contractors, while when, for instance, there is doubt about the debtor's solvency, there may be only a few games – as trust and cooperation between creditor and debtor can end.

A similar game which can be used to analyse the behaviour of individuals, is "the chicken game". In the original version of this game two drivers drive towards each other on a collision course and the one who is not scared to swerve right wins. Obviously, if both are brave (or simply silly) enough not to swerve at the last moment, the cars will crash and both players will lose, perhaps even their lives. In this game it is reasonable to be unreasonable if we are able to persuade the other party that we are unreasonable. If both players are scared, payoffs will be (0,0), if only one swerves, he will obtain -1, while the opponent obtains +1 (in the original game the payoff was the observer's appreciation). If they both adopt a collision strategy, they will both lose (-10,-10).

In this game, like the previous one, no strategy benefits society, no wealth is generated, the two players can only avoid a big loss. At the best it is a zero-sum game, while at the worst – a minus-sum game, so society loses. It may seem that no reasonable person would ever agree to participate in such a game, but such situations do often happen. However, should we modify the game a little, assuming that strategy BB is cooperation, it would turn out that both players and society as a whole get richer. So when, for example, negotiating contractual terms, the parties should bear in mind the profit which will result if the contract is made, and the loss of the party which counts for it which should be compensated when another party breaks the negotiations (strategy AB).

The last example of a game which can apply to the private law theory is "the split-the-pie game."<sup>258</sup> Two players receive 100 zlotys if they agree how to split this amount. All distribution schemes are possible

---

<sup>258</sup> "Divide 100" or "split the pie game".

(e.g. 50/50, 60/40, 10/90, or even 0/100). However, if players do not agree, they will receive nothing. It may seem that two rational people would reach a compromise which is satisfactory to both sides, that is probably divide the amount fifty-fifty. However, game theory shows that this outcome is not guaranteed. In fact, on the margin of this game they play the chicken game, that is, trying to get the most, they are trying to persuade the opponent that they will break negotiations if they do not receive the amount they claim. Considering the lack of any profit for any party in the event of not reaching the compromise, this strategy might seem irrational. However, the "stronger" party can force the "weaker" one to make a concession (e.g. 20/80), as the latter would rather prefer to get 20 than 0. In the real world there are situations in which one party has more to lose or win, while the other party does not know about it. It is an issue of asymmetric information, which can make cooperation more difficult, and in extreme cases it justifies the intervention of the legislator or the court.<sup>259</sup>

Extremely interesting observations on the society in which contracts are not binding (Hobbesian Society), were made by Oliver Williamson who analysed mediaeval peace treaties.<sup>260</sup> He noted that in the Middle Ages the enforcement of peace treaties was guaranteed by the exchange of hostages who were highly valued by rulers – it can be said that *pretium affectionis* played an important role. Of importance is also the fact that the party taking the hostage values him or her significantly less than another party, or even not at all. The first point on the time axis would be the signing of the treaty, the second point – offering a hostage by king B, the third point – keeping the agreement by A, and the fourth point – keeping

---

<sup>259</sup> It can be seen in particular when we take as an example the mandatory norms which apply to the protection of consumers who do not have the same knowledge about products or services as businesses.

<sup>260</sup> O.E. WILLIAMSON 'Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange', *American Economic Review* 73/1983, ss. 519-540.

the agreement also by B. Thus, the mighty king gave the weaker ruler his daughter as a hostage, which forced the king to keep peace, while the other, less powerful ruler had the guarantee that the treaty would be respected and thus he was not prone to breaking the agreement and attacking the other, fearing deceit. This practice prevented the mediaeval "arms race" and was desirable in view of the absence of an international organisation to see over world peace and to impose sanctions on rulers who break their word. A certain analogy can be found in the activities of such organisations as the League of Nations, NATO, the European Union or the United Nations. However, the mafia can also provide examples of the forced keeping of commitments (a candidate must commit a crime, and then he must be loyal in order for evidence not to be disclosed). In a democratic state governed by the rule of law it is the state and state law that should guarantee not only that agreements are respected but also prevent anarchy. The central idea is "taking hostages". Partner A, who may be prone to the opportunistic breach of commitment, takes an action which gives the partner in exchange (B) control over a thing which is valuable for A (though not necessarily for B). If A is found cheating, B can exercise a sanction against the unfair partner. The focus is on the purposeful and direct creation of a system of benefits that result from fair cooperation (and losses for the unfair partner) in the relationship. This model can serve, first of all, the legislator, but also the courts and potential partners – parties to any legal transaction – in seeking solutions which can be easily internalised by individuals and society as a whole.

## *Epilogue*

The wise, righteous judge should be aware of mechanisms of human conduct, and sometimes base acts against one's neighbour or abuse of power against the individual. But it is up to every human being, on his or

her own piece of "battleground,"<sup>261</sup> that is in the sphere which is closest to us, and in particular in relationships with other individuals, to take an effort to struggle with injustice, though at first glance it might seem not to be a dragon – a monster belching out fire – but a completely harmless, little lizard. Why is it worthwhile to take such an effort? If not anything else, in order to improve one's own situation in the longer term, by following the rules of play which we may not be quite aware of: whether it be the principle of reciprocity, change in social habits or human mentality, to eradicate the remnants of fear of pursuing responsible freedom which can still linger in ourselves – in the case of post-communist countries – that is our internal monster, the *homo sovieticus* so well-described by Rev. Józef Tischner, in order not to pass this trait down to generations to come and to make it yield to the ethics of solidarity.

*For these do not by nature obey the sense of shame, but only fear, and do not abstain from bad acts because of their baseness but through fear of punishment; living by passion they pursue their own pleasures and the means to them, and the opposite pains, and have not even a conception of what is noble and truly pleasant, since they have never tasted it. What argument would remould such people? It is hard, if not impossible, to remove by argument the traits that have long since been incorporated in the character; and perhaps we must be content if, when all the influences by which we are thought to become good are present, we get some tincture of virtue.*<sup>262</sup>

<sup>261</sup> "Mr Cogito however does not want a life of make-believe he would like to fight with the monster on firm ground". Z. HERBERT, *Potwór Pana Cogito, Wiersze wybrane*, Wydawnictwo A5, Cracow 2007, p. 269.

<sup>262</sup> Aristotle, *Nicomachean Ethics*, X-9.

When these reasons prove insufficient, perhaps we might be persuaded by the sainthood of George – the knight, the martyr,<sup>263</sup> the patron saint<sup>264</sup> and the dragon slayer<sup>265</sup> (the dragon stands as a symbol of an unjust ruler, persecutor e.g. of Christian people, and more generally a symbol of threatening chaos which results from the cycles of nature, or the symbol of evil in the Old Testament – the fallen angel – Seraphim, known as Leviathan<sup>266</sup>), even if the message of St George seems controversial – and the account we might have to give one day of our deeds we have committed here and now. Six centuries ago a Flemish author whose name remains unknown warned against it and recommended "good deeds" in his morality play about each and everyone of us. His *Everyman* begins with the following sentence:

*Here begynneth a treatyse how ye hye Fader of Heu-  
en sendeth dethe to somon euery creature to come and  
gyue acounte of theyr lyues in this worlde, and is in  
maner of a morall playe.*<sup>267</sup>

<sup>263</sup> The saint of many Churches: Anglican, Orthodox and Roman Catholic; his icons are present in numerous museums all over the world (e.g. in Venice and Cracow).

<sup>264</sup> Patron Saint of many countries (England, Palestine, Russia), regions (e.g. Aragon, Catalonia) and cities (e.g. Genoa, Ferrara, Moscow, Ljubjana). By 1798 there was the St George Confraternity in Gdańsk, whose original seat was at the Artus Mansion and later at a 15<sup>th</sup>-century building in the Flemish style, surmounted with a dome with the figure of St George slaying the dragon.

<sup>265</sup> Legend (*Legenda Aurea* by Jacobus de Voragine of 1266) has it that George rescued the princess, who, according to tradition, was about to be devoured by the dragon. He used the sign of the cross as a weapon. Residents of the kingdom accepted Christianity. See. G. MORGAN. *St George. Knight, Martyr, Patron Saint and Dragon Slayer*, Chartwell Books Inc., New Jersey 2006, pp. 45-48.

<sup>266</sup> J. HOULT, *Dragons: Their History and Symbolism*, Gothic Image Publications, Glastonbury 1987, p. 6.

<sup>267</sup> "Here begins a treatise on how the Father of Heaven sent death to summon every creature to come and give an account of their lives in this world."

More or less his contemporary, Sir Thomas More, a humanist, a lawyer and a saint,<sup>268</sup> who ventured to oppose Henry VIII putting his own head at stake,<sup>269</sup> addressed the idea of justice in an ideal state when writing (also in Flanders)<sup>270</sup> his *Utopia*, situated in the New World which had then just been discovered by Amerigo Vespucci. This work, which is dangerously prophetic or perhaps dangerously inspiring, is only a reaction to injustice done to the people by rulers who run constant wars and bring about death of starvation of their subjects. Using a fictitious protagonist, Raphael, as his *porte-parole*, More travesties Plato, seeing a chance for the rule of justice in the reign of philosopher-kings.

*(...) your friend Plato thinks that nations will be happy when either philosophers become kings or kings become philosophers. It is no wonder if we are so far from that happiness while philosophers will not think of it their duty to assist kings with their counsels (...) But Plato judged right that except kings themselves become philosophers, they who from their childhood are corrupted with false notions would never fall in entirely with the counsels of philosophers.*

Ideally, those who are in power, including those who administer justice, as well as ordinary citizens, should be philosophers and economists at the same time, sharing the idea of a European community (the latter not necessarily in capital letters). In short, they should become a European

---

<sup>268</sup> Canonised in 1935 by Pope Pius XI; John Paul II declared him patron saint of politicians and statesmen.

<sup>269</sup> Although in his capacity of Lord Chancellor he had earlier burned many heretics at the stake.

<sup>270</sup> Published by Moore's friend, Erasmus of Rotterdam, in Antwerp in 1516.

civic society<sup>271</sup> and know how to bear the burden of "the unfortunate gift of freedom". "The difference between tragedy and injustice often depends on our willingness or ability to act on behalf of the victims, accusing or absolving, on preventing increased damage or compensating for it instead of turning one's back on the victim." "The fact that it is impossible to draw a clear line and to ensure full "moral security" does not mean that we can abandon our attempts at combating injustice."<sup>272</sup> ■

---

<sup>271</sup> Hugh Collins writes about a *transnational civil society*, promoting a uniting, in his opinion, idea of a European Civil Code and the role of unification of European private law in order to create a legal, cultural and social community in Europe. He stresses that "social interaction must be combined together with a belief on the part of participants that they are members of the same community or share common identity. Membership of that community can then imply the need to recognize a mutual set of rights and obligations towards other members" (of the transnational society). H. COLLINS, *Why Europe Needs a Civil Code: European Identity and the Social Model* [in:] *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, M. Andenas et al (ed.), British Institute of International and Comparative Law, London 2007, pp. 261-262.

<sup>272</sup> J. N. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, Yale University Press, New Haven & London 1990, p. 2.



### *About the Author*

Magdalena Konopacka, Ph.D., LL.M. (Universiteit Gent), is an assistant professor of the Chair of European Law and Comparative Law in the Faculty of Law and Administration at the University of Gdansk. An expert in comparative law, with particular stress on European private law and economic analysis thereof. A graduate of the Universiteit Gent (Master in Advanced Studies in European and Comparative Law). A member of SECOLA (Society of European Contract Law).

The paper has been based on the research conducted by the Author in the Library of the European University Institute in Florence in 2008 within the project "Summer Fellowship" sponsored by the Natolin European Centre.

Laboratorium Badawcze Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego jest wspólnym projektem Centrum Europejskiego NATOLIN (CEN) w Warszawie oraz Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego (EIU) we Florencji.

Przedsięwzięcia podejmowane pod egidą Laboratorium mają na celu promowanie w Polsce działalności dydaktycznej i badawczej Instytutu, wspieranie badań naukowych podejmowanych w Polsce przez jego profesorów i doktorantów oraz badań podejmowanych w Instytucie przez przedstawicieli polskiego środowiska naukowego. Raporty z badań letnich prowadzonych w EIU przez przedstawicieli polskiego środowiska akademickiego w oparciu o granty przyznawane przez CEN są publikowane w serii „Zeszyty Natolińskie”.

W ramach Laboratorium organizowane są również seminaria naukowe z udziałem przedstawicieli EIU oraz konkursy na granty im. I.J. Paderewskiego promujące tematykę polską w badaniach i pracach doktorskich studentów EIU.

European University Institute Research Laboratory is a joint project of the European Centre NATOLIN (ECN) in Warsaw and the European University Institute (EUI) in Florence.

Promotion in Poland of the EUI educational and scientific research activity, support of the research taken up in Poland by the professors and doctoral students from the Institute and the Polish researchers in the EUI are the objectives of the joint ventures initiated under the auspices of the Laboratory. The reports by the Polish Summer Fellows from their research conducted in the EUI based on ECN grants are published in the series “Zeszyty Natolińskie” (Natolin Booklets).

Seminars with the participation of the EUI representatives and competitions for I. J. Paderewski grants with the aim to promote Polish topics in the EUI students’ research and doctoral thesis are also initiated in the framework of the Laboratory.