

MACIEJ KOSZOWSKI

Rozumowanie *per analogiam* w prawie precedensowym:
dwa ujęcia analogii

Analogical Reasoning in Precedential Law: Two Accounts of Analogy

WPROWADZENIE

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

Taka, ograniczająca się do *the rule model*, postawa jest jednak całkowicie błędna. Bierze się ona, jak się wydaje, z przyzwyczajień oraz swoistego zaślepienia, jakie niesie system prawny typu *civil law* wraz z podtrzymującą go ideologią pozytywizmu, czy wręcz normatywizmu prawniczego. Poza modelem precedensu z reguł, prawnikom anglosaskim znane są bowiem również inne sposoby ujmowania fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem. W niniejszym artykule zajmę się jednym z nich, tj. wysoko cenionym – zwłaszcza za oceanem – modelem precedensu z analogii, zwanym też czasem modelem z „konkretnej analogii” (ang. *the model of particular analogy*), co odróżnia go od koncepcji,

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

według której decyzje sądowe w prawie precedensowym mają być podejmowane na podstawie analogii „totalnej”². Zanim to jednak uczynię, pokrótce przedstawię ideę reguł precedensowych, na jakich opiera się koncepcja *the rule model*. Reguły te, choć niewątpliwie odznaczają się generalno-abstrakcyjnym charakterem, zdają się bowiem znacznie różnić z wyobrażeniem, jakie mają o nich kontynentalni prawnicy, bynajmniej nie stanowiąc tego samego co tzw. w Polsce tezy wyroku lub włoskie *massime*³.

THE RULE MODEL

Istota modelu

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

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

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

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

⁴ Inne spotykane na gruncie anglosaskim określenia dla reguły precedensu to *ruling* lub ewentualnie *holding*. Tym ostatnim, nie do końca akceptując jednak jego generalno-abstrakcyjny charakter, posługują się głównie w Stanach Zjednoczonych. Zob. *ibidem*, s. 34; G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>, s. 7; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, Austin 2007, s. 37; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nowy Jork 1996, s. 71; F. Schauer,

Wyprowadzanie *ratio decidendi* z decyzji sądowej

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

Tak, po pierwsze, jako regułę precedensu można traktować jedną z reguł (norm)⁵, jakie znajdują się w treści uzasadnienia do precedensowego wyroku. Precedensowy sędzia – tym bardziej gdy ma świadomość tego, że jego wyrok będzie stanowił wiążący dla innych precedens – może bowiem sam podać „gotową” regułę, najlepiej z wyraźnym zaznaczeniem, że to właśnie ona ma uchodzić za *ratio decidendi*. Ewentualnie sędzia ten może w taki sposób uzasadnić swoje rozstrzygnięcie, posłużyć się takimi zwrotami, wywodami i argumentami, że mimo iż wprost nie wysunął żadnej propozycji generalno-abstrakcyjnej reguły, reguła mająca stanowić *ratio* – bez jakichkolwiek wątpliwości co do jej kształtu – sama nasuwa się na myśl. W obu tych przypadkach, z racji, iż reguła precedensu została wyrażona tu niejako bezpośrednio, można mówić o niej jako o tzw. *ratio* wyraźnym (ang. *express* lub *explicit*).

Po drugie, zwłaszcza ilekroć brak jest możliwości odnalezienia reguły nadającej się na *ratio decidendi* w treści sądowego uzasadnienia, *ratio* można próbować konstruować w oparciu o wynik (sposób rozstrzygnięcia) i stan faktyczny precedensowej sprawy. W trakcie tego procesu szczególnie pomocne mogą okazać się argumenty, teorie i wartości, jakie zostały przytoczone na uzasadnienie precedensowego wyroku, tudzież jakie znajdują się w pismach procesowych pocho-

Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning, Cambridge 2009, s. 51, 54–55; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 383; G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *ibidem*, s. 513; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, Nowy Jork 2006, s. 46; J.M. Broekman, *Analogy in the Law*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 231; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 115; K.N. Lewellyn, *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*, Nowy Jork 2008, s. 42–43; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 81; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, Nowy Jork 2006, s. 103–106, 110–111.

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

dzących od uczestników postępowania i ich pełnomocników, a także ogólny stan wiedzy prawniczej i empirycznej oraz intencje i dotychczasowy dorobek orzecznicy sędziiego ustanawiającego precedens. Ponieważ tak powstała precedensowa reguła nie jest wyrażona wprost, lecz trzeba się jej tu dopiero domyślać, zwykle się mówić o niej jako o tzw. *ratio* dorozumianym (ang. *implied* lub *implicit*).

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

„Specyficzny” charakter reguły precedensu

Co więcej, reguła precedensu, niezależnie od tego, czy jest to *ratio* wyraźne, wyraźne zmodyfikowane, czy dorozumiane, posiada też inny charakter aniżeli normy, jakie wywodzi się („derywuje”) z wydawanych przez legislaturę lub egzekutywę aktów prawnych. Abstrahując już od tego, że musi być ona normą niezbędną/konieczną do rozstrzygnięcia sprawy precedensowej (co odróżnia ją od

⁶ Jeszcze bardziej „wysublimowanym” sposobem ustalania treści reguły mającej uchodzić za *ratio decidendi* danego precedensu jest tzw. metoda dr. Goodharta, zgodnie z którą w skład *ratio* powinny wchodzić tylko te fakty sprawy precedensowej, które są istotne. Odnośnie do tej metody zob. A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” 1930, Vol. XL, No. 2, s. 169–183. Ogólnie na temat reguły precedensu w ramach koncepcji *rule model* zob. np.: M. Koszowski, *op. cit.*, s. 34–59; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 40–63; L. Alexander, L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. D. Patterson, 1996, s. 506–507; G. Lamond, *op. cit.*, s. 6–8; R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968, s. 35–101; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Toronto 2001, s. 101–102; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 145, 152–161; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *Rationales for Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 497; R.S. Summers, *op. cit.*, s. 383–384, 386–387; K.N. Lewellyn, *op. cit.*, s. 30–35, 37–51; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 322; G. Marshall, *op. cit.*, s. 506–507, 510–515; J. Raz, *op. cit.*, s. 183–184; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 82–86; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 8–9, 39, 41–50; R. Dworkin, *op. cit.*, s. 110–111; S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, Vol. 39, s. 278–288; *idem*, *Analysis of Dis/Agreement – with Particular Reference to Law and Legal Theory*, 2003, s. 502–509.

innych reguł znajdujących się w sądowym uzasadnieniu, jakie zwyczajowo uznawane są za niewiążące *dicta* lub *obiter dicta*), reguła precedensu jest z definicji normą „podważalną” i w tym sensie z samego już założenia niekonkluzywną. Reguła ta zawsze może nie zostać zastosowana w stanie faktycznym, który pod nią podpada, jeśli przemawia za tym specyfika tego stanu, przy czym taka odmowa zastosowania nie pozbawia jej mocy obowiązującej (bycia wiążącą). Tak też pojmowana możliwość „podważenia” reguły stanowiącej *ratio* określana jest na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu mianem *distinguishing* („wyróżniania precedensów”), która to instytucja zdaje się być zresztą nierozdzielnie związana z koncepcją precedensowych reguł. Sam mechanizm, za pomocą jakiego dokonuje się wyróżniania poszczególnych precedensów, u Anglosasów postrzegany jest często jako odwrotność analogii (dysanalogia), a więc jako rodzaj rozumowania co do istoty tożsamy z tym, jaki zostanie przedstawiony w punktach poniżej, z tą różnicą, że zamiast na szukaniu (stwierdzaniu zachodzenia) istotnych podobieństw pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi, ogniskuje się on na szukaniu (stwierdzaniu zachodzenia) między tymi stanami istotnych odmienności⁷.

MODEL PRECEDENSU Z ANALOGII

Istota modelu

Drugi podstawowy, a mimo to – jak można nieraz odnieść wrażenie – zupełnie nieznanymi na Kontynencie sposób spojrzenia na istotę sądowego precedensu, zasadza się na rozumowaniu przez analogię⁸. Dokładnie w myśl założeń tej koncepcji

⁷ Odnośnie do założeń instytucji *distinguishing* zob. M. Koszowski, *op. cit.*, s. 93–106; R. Cross, *op. cit.*, s. 21–22, 102–103, 104–105, 130–131, 184–185; G. Lamond, *op. cit.*, s. 8–14, 19–21; J. Raz, *op. cit.*, s. 183–189, 196; L. Alexander, *op. cit.*, s. 504–505, 506; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 122–124; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 29–41; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 113–116; S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, “Harvard Law Review” 1995–1996, No. 109, s. 1006–1018; F. Schauer, *op. cit.*, s. 58–59; J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 198–201; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 2–3; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 101; R.S. Summers, *op. cit.*, s. 390–392; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 341–342; H.L.A. Hart, *Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994, s. 134–135; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 285–287; W. Huhn, *op. cit.*, s. 119–125.

⁸ W polskiej praktyce sądowej do analogii, tym bardziej jeszcze postrzeganej jako metoda stosowania prawa – czy mającego postać precedensów sądowych, czy przepisów (norm) prawa stanowionego – sięga się, przynajmniej w sposób „oficjalny”, niezmiernie rzadko. W zasadzie z tym rodzajem prawniczego rozumowania spotykamy się tu wyłącznie w kontekście wypełniania tzw. luk w prawie. Zob. M. Koszowski, *op. cit.*, s. 123–125, 126; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 229–230, 231, 245. Odnośnie do koncepcji luki w prawie i jej poszczególnych rodzajów zob. M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1,

alternatywę do poszukiwania/konstruowania generalno-abstrakcyjnych reguł (*rationes decidendi*) ma stanowić ustalanie podobieństwa pomiędzy stanem faktycznym, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, a stanem faktycznym w sprawie, jaka nie została jeszcze przez sąd rozpoznana. W razie gdy to podobieństwo zachodzi, skutki prawne takiego nierozpoznanego jeszcze stanu faktycznego mają być takie same lub bardzo zbliżone do skutków prawnych, jakie zostały przypisane stanowi faktycznemu sprawy precedensowej (~spór powinna wygrać ta strona, która stanowi odpowiednik strony, na rzecz której zapadł precedensowy wyrok).

Ponieważ jednak między każdymi dowolnie wybranymi stanami faktycznymi można doszukać się nieskończonej liczby zarówno podobieństw, jak i różnic (przynajmniej ilekroć patrzymy na to z czysto logicznego, a nie semantyczno-kulturowego punktu widzenia)⁹, to w modelu precedensu z analogii szczególną wagę przywiązuje się do rodzaju/natury podobieństwa, jakie ma wystąpić pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi. Z definicji chodzi tu bowiem nie o jakiegokolwiek podobieństwo, ale o podobieństwo, jakie zachodzi z perspektywy obowiązującego prawa, tudzież o podobieństwo (prawnie) istotne/relevantne¹⁰. To, w jaki dokładnie sposób będziemy w prawie precedensowym o zaistnieniu takiego istotnego/relevantnego podobieństwa przesądzać, zależy jest od modelu (ujęcia,

s. 109–122 wraz z przywołaną tam literaturą. Generalnie wskazuje się też, że w państwach z systemem prawnym typu *civil law* modelowi precedensu, jaki bazuje na rozumowaniu *per analogiam*, przyszło odgrywać dużo mniejszą rolę, aniżeli ma to miejsce w systemach prawa anglosaskiego. Zob. D.N. McCormick, R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 537.

⁹ Dość wymowny pozostaje w tym względzie dowód, jaki przytaczany jest przez S. Brewera. Mianowicie, że każde dwa dowolnie wybrane stany faktyczne są do siebie podobne choćby na tej podstawie, że w żadnym z nich nie występuje zwierzę zwane łosiem (oczywiście pod warunkiem, że jest tak naprawdę; gdyby tak nie było, łosia należy zastąpić tu jakimkolwiek innym rzeczownikiem, którego w porównanych stanach faktycznych rzeczywiście brakuje). Jeśli bowiem w żadnym z tych stanów nie ma jednego łosia, to tym samym i nie ma w nich dwóch łosia, trzech łosia, czterech łosia, pięciu łosia itd. *ad infinitum*, co w rezultacie sprawia, że liczba podobieństw między tymi stanami jest nieskończona. Zob. S. Brewer, *op. cit.*, przypis nr 19 na s. 932. To, że niezmiernie łatwo jest doszukiwać się podobieństw pomiędzy dowolnie wybranymi stanami faktycznymi, jest też wynikiem samego postrzegania czasu i przestrzeni, tj. np. tego, że poszczególne obiekty (podmioty, przedmioty) są w mniej więcej jednakowym stopniu oddalone od innych obiektów (podmiotów, przedmiotów, miejscowości, krain geograficznych, planet, itd.): występujący w jednym z porównywanych stanów faktycznych pies i występujący w drugim z takich stanów taboret znajduje się dalej niż 100 km od Londynu, 1000 km od Australii, 10.000 km od Marsa, itd. Zob. K.J. Holyoak, P. Thagard, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, Cambridge 1996, s. 22.

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

koncepcji, teorii) rozumowania *per analogiam*, jaki na użytek tego prawa przyjmujemy¹¹.

Dwa podstawowe modele rozumowania z analogii

Zasadniczo wydaje się, że rozumowanie *per analogiam* w prawie precedensowym może przebiegać na dwa konkurencyjne względem siebie sposoby. Pierwszy z nich będę nazywał modelem faktualnym, co podyktowane jest głównie tym, iż jego zwolennicy postrzegają podobieństwo jako coś, co inherentnie tkwi w samych faktach porównywanych spraw¹², ewentualnie, chcąc bardziej przybliżyć,

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

¹² O tym, że na płaszczyźnie faktualnej dwa lub więcej stanów faktycznych wykazuje wzajemne podobieństwo, może świadczyć: a) „podobieństwo kategoriale” – obecne w każdym z takich stanów osoby, zwierzęta, obiekty, zachowania lub sytuacje podpadają pod jakąś wspólną im kategorię lub subkategorię pojęciową, np. w każdym z takich stanów występuje pies, pies danej rasy (dog, jamnik, itd.), mebel, mebel danego rodzaju (stół, taboret, itd.), pożar, ogień, b) „podobieństwo atrybutów” – obecne w porównywanych stanach faktycznych przedmioty, podmioty, zachowania czy sytuacje posiadają tę samą cechę (właściwość), np. mają taki sam kolor, umieją pływać, są tak samo niebezpieczne dla ludzi, itd., c) „podobieństwo relacji” – pomiędzy podmiotami, obiektami i zachowaniami, jakie występują w wytypowanych do celów porównania stanach faktycznych, zachodzą identyczne relacje, np. proporcja, w jakiej jamnik jest mniejszy od doga, które to zwierzęta obecne są w jednym z takich stanów faktycznych, jest identyczna jak proporcja, w jakiej taboret jest mniejszy od stołu, które to meble obecne są w drugim z takich stanów faktycznych, d) „podobieństwo związków przyczynowych” – w każdym z porównywanych stanów faktycznych ta sama przyczyna wywołuje (wywołała) ten sam skutek, np. w wyniku powodzi w każdym z takich stanów zostały zniszczone pola uprawne. W zastosowaniach prawniczych o podobieństwie natury faktycznej decydować mogą też dodatkowo kategorie, atrybuty, relacje oraz związki przyczynowe, jakie służą do opisywania „rzeczywistości prawnej”, a więc odpowiednio byłyby to np.: a) spadek, spółka, b) bycie w złej lub dobrej wierze, pozostawanie w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, c) stosunek, jaki występuje w ramach opieki, powinowactwa, zobowiązania, d) śmierć powodująca otwarcie spadku czy wyrządzenie szkody rodzące obowiązek jej naprawienia. Por. K.J. Holyoak, P. Thagard, *op. cit.*, s. 22–34; D. Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, “Journal of the Association of Legal Writing Directors” 2004, Vol. 2, <http://ssrn.com/abstract=1089669>, s. 159–166; L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 128–130; J.S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej*, przeł. Cz. Znamierowski, t. 2, 1962, s. 117–118. Jak się również wskazuje, występujące w języku naturalnym pojęcia i terminy miały powstać po to, by oddać różnice i podobieństwa, jakie zachodzą pomiędzy poszczególnymi obiektami, tudzież grupami takich obiektów oraz grupami obiektów. Zob. T. Fowler, *The Elements of Deductive Logic*, wyd. 10, Londyn 1895, s. 13, 16–17.

skąd się ono bierze, posługują się „zagadkowym” pojęciem osądu, pożądania, pragnień, emocji, intuicji, nie wyjaśniając już jednak, według jakich prawideł one funkcjonują. Drugiemu sposobowi stosowania precedensów drogą analogii postanowiłem z kolei nadać miano modelu racjonalnego. Takie określenie ma bowiem nawiązywać przede wszystkim do tego, iż na płaszczyźnie rozumowania racjonalnego model ten czyni analogię bardziej wytłumaczalną i przewidywalną, odzierając ją na tyle, na ile to możliwe z elementów „mistycznych”. Przy tym używanie tu przymiotnika „racjonalny” znajduje uzasadnienie również w samej procedurze, w jakiej dochodzi w tym modelu do ustalania (nie)istnienia istotnego podobieństwa, jak i w kluczowej dla tej procedury koncepcji „racji”, (ang. *reasons, rationale*), jakie „stoja” za precedensowym wyrokiem¹³.

Faktualny model analogii

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

1. Odtworzenie stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, oraz stanu faktycznego występującego w sprawie, której skutki prawne – poprzez sięgnięcie do wnioskowania drogą analogii – chcemy ustalić.

2. Stwierdzenie, czy pomiędzy obydwooma wyżej wymienionymi stanami faktycznymi zachodzi istotne podobieństwo.

3. W zależności od wyniku z pkt. 2., zastosowanie bądź odmowa zastosowania precedensu w sprawie, w której skutki prawne nie są nam znane¹⁴.

Szczegóły stanu faktycznego sprawy, której skutki prawne chcemy poprzez

¹³ Również S. Brewer o takim lub zbliżonym do niego ujęciu wnioskowania *per analogiam* mówi, iż można by go nazywać „racjonalistycznym” (ang. *rationalistic*). Zob. S. Brewer, *op. cit.*, s. 934.

¹⁴ W przedmiocie struktury faktualnego modelu analogii zob. na tle prawa precedensowego: S.J. Burton, *op. cit.*, s. 40; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 66; E.H. Levi, *op. cit.*, s. 2; R. Cross, *op. cit.*, s. 182; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 45; J. White, *Analogical Reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 1996, s. 584. W kontekście prawa stanowionego zob. A. Peczenik, *On Law and Reason*, wyd. 2, 2008, s. 321; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, przeł. R. Adler, D.N. McCormick, Oxford 1989, s. 281–282; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 16; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Kraków 2007, s. 182–183; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 253–254; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 203; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, eds. Z. Bankowski, D.N. McCormick, Dordrecht 1992, s. 223–226; *idem*, *Sądowe stosowanie prawa*, wyd. 2, Warszawa 1988, s. 280–285; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 316. Ogólnie, tj. w zastosowaniach niekoniecznie prawniczych, na temat struktury faktualnego modelu analogii zob. W. Biegański, *Wnioskowanie z analogii*, t. 3, Lwów 1909, s. 32–33; J.S. Mill, *op. cit.*, s. 119; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 26; R.J. Aldisert, *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, wyd. 3, 1997, s. 93–94.

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

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

Samo zliczanie wszystkich zachodzących między porównywanymi stanami faktycznymi podobieństw i różnic w celu określenia, które z nich są w przewadze, już na pierwszy rzut oka jawi się rozwiązaniem całkowicie niecelowym, a przy tym jeszcze praktycznie niewykonalnym¹⁶. Takie procedowanie musiałoby prowa-

¹⁵ Na temat problemów z adekwatnością opisu stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej, zawartego w sądowym uzasadnieniu, zob. zwłaszcza: K.N. Lewellyn, *op. cit.*, s. 34–36, 57–61.

¹⁶ Taką metodę proponował jednak znany logik i filozof J.S. Mill, przy czym w ocenie tego myśliciela dodatkowo ważne miało być to, w jakim stopniu oba porównywane obiekty/sytuacje i stosunki, jakie w ich ramach zachodzą, są nam znane. Zob. J.S. Mill, *op. cit.*, s. 122–126; W. Biegański, *op. cit.*, s. 64–66. Propozycję Milla miał też później rozwinąć Minto poprzez wzbogacenie jej o zasadę, iż przy zliczaniu podobieństw i różnic, jakie zachodzą między porównywanymi przypadkami, należy brać pod uwagę nie wszystkie z nich, ale tylko te, które są zasadnicze (tj. pomijając ich pochodne). Zob. W. Biegański, *op. cit.*, s. 66 wraz z przypisem na tej stronie.

dzieć do czysto przypadkowych, i przez to chyba dla nikogo nieprzekonywujących, rezultatów. Ponadto nieskończona liczba możliwych podobieństw i odmienności, jakie można wskazać między każdymi dowolnie wybranymi stanami faktycznymi, czyniłaby je – przynajmniej na gruncie rozumowania świadomego – niemożliwym do przeprowadzenia w praktyce¹⁷. Stąd też zresztą pojawiają się sugestie/propozycje, by kluczową rolę w determinowaniu istotnego podobieństwa odgrywała tu nie „matematyka”, lecz np. intuicja, pojmowana jako szczególny, rozwinięty w pełni tylko u człowieka, zmysł. Przy tym nie ma być to intuicja przeciętnego człowieka, ale intuicja „wytrenowana”, tj. taka, jaką odznaczać się może tylko osoba dobrze wyedukowana, posiadająca dużą wiedzę prawniczą i bogate doświadczenie życiowo-zawodowe. Dopiero wnioski poparte taką intuicją będą – w przypadku prawniczej analogii – dawać gwarancję ich słuszności (prawdziwości)¹⁸.

Poza intuicją o zachodzeniu istotnego podobieństwa w modelu faktycznym może decydować także to, że porównywane stany faktyczne budzą u osoby sędziego (innego prawnika) – a najlepiej jakiegoś większego grona ludzi – identyczne lub bardzo zbliżone emocje¹⁹. Ewentualnie na uznanie obu takich stanów za z punktu widzenia prawa jednakowy wpływ może mieć tu też sam rezultat (wynik), jakiego pożąda się w sprawie, której skutki prawne chcemy na drodze analogii ustalić. Wówczas biorąc się czy to z woli sędziego²⁰, czy nastrojów społecznych²¹, chęć przypisania danej sprawie określonych skutków prawnych, decydowałaby o zakwalifikowaniu tej sprawy jako istotnie podobnej do tej z precedensowych spraw, w której orzeczono takie same – lub bardzo do nich zbliżone – skutki prawne²². Tym razem o tym, czy (nie) występuje istotne podobieństwo, przesądzałaby w fak-

¹⁷ Zob. przypis nr 9 do niniejszego artykułu.

¹⁸ Zob. np. Ch. Fried, *Observation. The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know*, “Texas Law Review” 1981–1981, No. 60, s. 57; L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 91–92, por. też s. 12–13, 68, 71–74, 124, 131, 132–134, 136–138; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 72–75; F. Schauer, *Thinking...*, s. 99–100; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 181. Za bardzo zbliżoną do koncepcji analogii, działającą w oparciu o korzystającą z nagromadzonej wiedzy i doświadczenia lub jeszcze czegoś innego, intuicję można by uznać propozycję, iż o istotnym podobieństwie rozstrzyga zmysł wyobraźni, jaki działa w kontekście prawnej tradycji. Zob. Z. Bankowski, *Analogical Reasoning and Legal Institutions*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 207–214.

¹⁹ O takiej możliwości wspominają przykładowo L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 72.

²⁰ Zob. np. L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 92; R. Cross, *op. cit.*, s. 185–186; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 69; F. Schauer, *Thinking...*, s. 87–88, 91, 94, 96; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 181.

²¹ Zob. np. E.H. Levi, *op. cit.*, s. 4–6, 104. Por. też: C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 69, 72, 74–76; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 69, 72.

²² Odnośnie do roli, jaką w rozumowaniu *per analogiam* odgrywają skutki prawne, jakich rozumujący pożąda w danym przypadku, zob. E. Braman, *Law, Politics & Perception. How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009, s. 86–111; B.A. Spellman, *Reflections of a Recovering Lawyer: How Becoming a Cognitive Psychologist – and (in Particular) Studying Analogical and Casual Reasoning – Changed my Views about the Field of Psychology and Law*, “Chicago-Kent Law Review” 2004, No. 79, s. 1201–1203.

tualnym modelu analogii już nie tyle intuicja czy tożsamość emocji, co sam oczekiwany po stronie sędziego lub społeczeństwa – z jakichś innych niż one przyczyn, np. z powodu zważenia wchodzących w grę argumentów, jakie przemawiają za nim i przeciw niemu²³ – sposób rozstrzygnięcia danego przypadku²⁴.

Jeśli chodzi o etap końcowy, tj. zastosowanie precedensu w sprawie, której skutki prawne nie były dotąd znane, to polega on na przypisaniu tej sprawie takich samych lub zbliżonych konsekwencji prawnych jak te, które orzeczono w precedensowym wyroku. W efekcie, w razie zwrócenia się na drogę sądową, wygrać powinna ta ze stron, która stanowi odpowiednik strony wygrywającej ze sprawy precedensowej. Choć skutki prawne przypisywane stanowi faktycznemu uznaniu za istotnie podobny do stanu faktycznego sprawy precedensowej powinny rodzajowo odpowiadać skutkom prawnym orzeczonym w sprawie precedensowej, to jednak w zależności od tego, jak znaczne jest podobieństwo między tymi stanami, skutki te mogą być „surowsze” lub „łagodniejsze”. O tym, w którym kierunku ma nastąpić taka modyfikacja – będąc w zgodzie z założeniami modelu faktualnego – decydować będzie intuicja tudzież intensywność/rodzaj odczuwanych emocji albo samo rozstrzygnięcie, jakiego pożąda się w sprawie, której skutki prawne określane są na drodze wniosku z analogii²⁵.

Model racjonalny analogii

W racjonalnym modelu analogii zarówno sam sposób, jak i poszczególne stadia w dochodzeniu do ostatecznej konkluzji są z analitycznego punktu widzenia

²³ Zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 321. Por. też pogląd, zgodnie z którym do uzasadnienia oceny tego, czy pomiędzy porównywanymi przypadkami zachodzi istotne podobieństwo, ma być wolno posłużyć się wszystkimi argumentami, jakie występują w dyskursie prawniczym, prezentowany przez R. Alexy, *op. cit.*, s. 282–283.

²⁴ W kontekście modelu faktualnego można by też próbować odwoływać się do podobieństwa „naturalnego”, tj. takiego, jakie wynika z natury rzeczy i porządku świata, będąc niezależnym od woli ludzkiej („zebry są różne od skał nie dlatego, że ludzie tak postanowili, tylko dlatego, że taka jest natura”). Abstrahując już od wątpliwości co do poprawności ontologicznej takiej tezy, wskazuje się jednak, że w przypadku prawa – z uwagi na jego specyficzne cele i wartości – za istotnie podobne może nieraz uchodzić to, co nie jest naturalnie podobne. Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 47–50.

²⁵ W przedmiocie takiego ujęcia rozumowania *per analogiam* jak opisane przeze mnie pod nazwą faktualnego modelu analogii – w tym sposobów, za jakich pomocą dochodzi w jego ramach do ustalania (nie)istnienia istotnego podobieństwa – zob. w kontekście prawa precedensowego: L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 66–76; R. Cross, *op. cit.*, s. 181–186; E.H. Levi, *op. cit.*, s. 1–27; L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 41–138; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 68–72. A na gruncie prawa stanowionego: J. Nowacki, *op. cit.*, s. 13–21, 34, 184–188, 190–194, 198, 203, 204–205; J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 182–183, 184; L. Morawski, *op. cit.*, s. 203–205; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 253–255; J. Wróblewski, *The Judicia...*, s. 223–227; *idem*, *Sądowe...*, s. 280–286; K. Opalek, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 316; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 320–321; ogólnie zaś: J.S. Mill, *op. cit.*, s. 119–128; W. Biegański, *op. cit.*, s. 32–35.

znacznie bardziej skomplikowane. Ogólnie przebieg rozumowania *per analogiam* można by tu zobrazować według następującego schematu:

1. Odtworzenie stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, oraz stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy.

2. Zidentyfikowanie „racji” (przyczyn, powodów), jakie „stoją” za precedensowym wyrokiem.

3. Określenie w świetle racji z pkt. 2., które z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej miały istotne znaczenie dla jej wyniku (przypisania jej takich a nie innych skutków prawnych) i w tym sensie stanowiły „fakty sprawcze” *vel* „prawnie istotne”.

4. Ustalenie, czy w sprawie, której skutki prawne chcemy określić poprzez sięgnięcie do wnioskowania z analogii, obecne są te same fakty (lub fakty do nich zbliżone), co fakty uznane za sprawcze/prawnie istotne zgodnie z procedurą, o której mowa w pkt. 3.

5. W zależności od wyniku z pkt. 4., zastosowanie lub odmowa zastosowania precedensu w sprawie, której skutki prawne były przez nas poszukiwane²⁶.

Ustalanie szczegółów stanu faktycznego w każdej z porównywanych spraw co do zasady napotyka w modelu racjonalnym na te same trudności i ograniczenia co w modelu faktualnym, aczkolwiek można dopatrzeć się tu też pewnych – wynikających z istoty modelu racjonalnego – ułatwień. Nieco korzystniej w tym modelu przedstawia się problem z „niepełnym” opisem stanu faktycznego sprawy precedensowej, jaki znajduje się w sądowym uzasadnieniu, oraz kwestia tego, które z faktów sprawy, której skutki prawne chcemy określić drogą analogii, mają stanowić przedmiot dowodu w ewentualnym postępowaniu sądowym. Te „swoiste” ułatwienia zostaną też szerzej omówione kilka akapitów poniżej.

Tym, co niewątpliwie odróżnia model racjonalny od faktualnego modelu analogii, jest dodatkowe pojęcie „racji” tudzież „powodów”, „przyczyn” (ang. *reasons* albo *rationale*), jakie przemawiają („stoją”) za precedensowym wyrokiem. Udział takich racji w ustalaniu (nie)istnienia istotnego podobieństwa ma czynić ten model bardziej przejrzystym i obliczalnym, świadcząc o adekwatności jego nazwy. Racje (powody, przyczyny), o jakich tu mowa, to nic innego jak to, co „racjonalnie” uzasadnia wydanie wyroku, jaki stanowi, stosowany drogą analogii, precedens. Na uzasadnienie to mogą się przy tym składać zarówno cele, „polityki”, teorie, doktryny, zasady, itp., jakich „realizację” stanowi ten wyrok (fakt jego wydania), jak i wartości, jakie ten wyrok chroni, albo argumenty, jakie za

²⁶ Odnośnie do struktury wnioskowania *per analogiam* przebiegającego według założeń modelu racjonalnego zob. zwłaszcza: J. Raz, *op. cit.*, s. 204; S. Brewer, *op. cit.*, s. 962–963, 965–966, 1005, 1007; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 45, 102–103. Por. też: C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 65; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 76–77, 82. W zastosowaniach pozaprawnych zob. tu w szczególności: W. Biegański, *op. cit.*, s. 35, 36–37, 46–47, 58–61; J.S. Mill, *op. cit.*, s. 118.

jego wydaniem przemawiają – odwołujące się np. do pryncypiów ekonomii, nakazów zdrowego rozsądku, czy wymogów moralności. Przy tym, jak się wydaje, preferowane powinny być tu zawsze racje – to, co je stanowi – o jak najniższym stopniu ogólności (jak najwyższym stopniu „konkretności”)27. Biorąc za przykład precedens, w którym zakazano samochodowi osobowemu wjazdu do parku, za precedensowe racje – aczkolwiek o dość wysokim stopniu abstrakcji – uchodzić by mogły: wzgląd na ochronę środowiska oraz bezpieczeństwo osób wypoczywających/przebywających w parkach.

Inną kwestią jest skąd wspomniane wyżej racje *vel* przyczyny lub powody – to, co wchodzi w ich skład – mają brać swe źródło i kto może być ich autorem. Spośród licznych możliwości warto wskazać tu przede wszystkim na to z możliwych racjonalnych uzasadnień precedensowego wyroku, jakim kierował się sędzia, który ten wyrok wydał (intencja historycznego prawodawcy). Po drugie, w ustalaniu tego, co stanowi precedensowe racje, pomocne mogą się okazać argumenty, zasady, teorie, doktryny, koncepcje, itp., na jakie powoływała się strona (jej pełnomocnik), która wygrała precedensową sprawę. Po trzecie, w grę mogą wchodzić tu cele, wartości i idee, jakie pozwalają się powiązać z precedensowym rozstrzygnięciem i jakie w powszechnej ocenie uchodzą za obowiązujące. Przy tym głębszego źródła dla tego rodzaju racji można by się doszukiwać w ludzkim rozumie, naturze rzeczy lub jakimś pozapozytywnym czy pozaprawnym porządku normatywnym: prawie natury, moralności, duchu narodu, islandzkim *eðli máls*28, itd. Ponadto za stojące za precedensowym wyrokiem racje mogą zostać uznane te wartości, teorie, cele i argumenty, jakie zdaniem komentujących go akademików, sędziów czy innych członków środowiska prawniczego musiały lub powinny zostać wzięte pod uwagę podczas wydawania tego wyroku. Szczególna rola w ustalaniu zawartości precedensowych racji mogłaby też przypadać tym celom, wartościom i teoriom, jakie są w danym porządku prawnym konsekwentnie „promowane”, zwłaszcza w tym sensie, iż znajdują swój wyraz w regulacjach, jakie są przyjmowane w prawie ustawowym oraz dotychczas ustanowionych i nieunieważnionych precedensach sądowych (intencja aktualnego prawodawcy). Niewątpliwie taka mnogość źródeł i podmiotów, od których mogą pochodzić precedensowe racje, będzie powodować, że w praktyce będą mogły występować na ich tle poważne spory i trudności, co jednak nie przekreśla zasadności samej ich koncepcji29.

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

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

29 W przedmiocie istoty oraz tego, co może się kryć pod pojęciem precedensowych racji, zob. przede wszystkim: J. Raz, *op. cit.*, s. 203, 204; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 97, 98–101, 105–106, 115; S. Brewer, *op. cit.*, s. 962–963, 965, 971, 1022; G. Lamond, *op. cit.*, s. 20, 22–23; C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 63, 65–66, 71, 68–69, 80, 82–83, 84–89; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 46, 102, 106. Por. też:

Zakładając, że wiemy już, co w danym przypadku stanowi precedensowe racje, możemy przejść do kolejnej fazy racjonalnego modelu analogii, tj. do określenia tego, które okoliczności z całokształtu stanu faktycznego precedensowej sprawy tworzą „fakty sprawcze” (prawnie istotne). W efekcie automatycznie dowiemy się, jakie okoliczności faktyczne nie miały znaczenia dla wydawania precedensowego wyroku, stanowiąc fakty prawnie nieistotne (irrelewantne). Przy tym oczywistym pozostaje, że aby prawidłowo dokonać identyfikacji faktów sprawczych, trzeba nie tylko znać zawartość precedensowych racji, ale ponadto dysponować jeszcze odpowiednią wiedzą empiryczną w zakresie tego, co (jakie zachowania i wystąpienie jakich okoliczności) do ochrony i realizacji takich racji prowadzi, a co (jakie zachowania i wystąpienie jakich okoliczności) tym racjom „szkodzi”. Nie sposób nie zauważyć też tutaj, iż na skutek wyłonienia faktów sprawczych dojdzie do nieuchronnej redukcji i generalizacji. W wyniku takiej operacji, po pierwsze, zostanie odsiana cała masa szczegółów dotyczących stanu faktycznego precedensowej sprawy, a po drugie, chcąc „wyrzucić” te elementy stanu faktycznego, jakie są w świetle precedensowych racji istotne, z racji konieczności posłużenia się z braku innego medium językiem (czy to „naturalnym”, czy narodowym), *nolens volens* przeniesiemy się na pewien poziom ogólności, utraciwszy niedające się tym językiem opisać (nieznajdujące w tym języku odzwierciedlenia) detale. W przykładzie z precedensem zakazującym samochodowi osobowemu wjazdu do parku, którego racje stanowią chęć ochrony środowiska oraz zapewnienie bezpieczeństwa osobom przebywającym w parkach, za fakty sprawcze uznać by zatem należało emitowanie pewnej ilości spalin i stwarzanie pewnego stopnia zagrożenia dla osób odwiedzających parki; wszystkie pozostałe szczegóły, jak np. to, że kierowca był w czarnym smokingu i czerwonym kapeluszu, samochód był marki Nissan, a na jego tylnym siedzeniu leżał wielki pies z długimi zwisającymi uszami, podczas gdy pasażerem siedzącym z boku kierowcy była niewysoka kobieta, której palto mieniło się w słońcu, dodając uroku czerwonemu kapeluszu, jak i co jamnik, którego miała na kolanach, trzymał w pysku, zaliczone musiałyby być do faktów prawnie irrelewantnych.

Ponadto trudno nie spostrzec, że w przypadku racjonalnego modelu analogii sporządzenie adekwatnego opisu faktów precedensowej sprawy jest znacznie ułatwione, a korzystanie z takiego opisu, nawet przy założeniu, że jest on „niepełny”, staje się – przynajmniej po części – usprawiedliwione. Precedensowy sędzia, chcąc opisać to, co wydarzyło się w sprawie, jaka została mu przedłożona do rozpoznania, musi – kosztem wierności przekazu – dokonać daleko idącej selekcji i generalizacji. W przeciwnym razie jego relacja byłaby bardzo, żeby nie powiedzieć – nieskończenie, długa, co nie tylko wymagałoby poświęcenia jej takiej

ilości czasu, jakiej żaden sędzia w praktyce nie posiada, ale ponadto czyniłoby zapoznanie się z jej zawartością – ze względu ograniczeń czasowych, jakie dotyczą nas wszystkich – niezmiernie utrudnionym. Stąd najprostszym, a zarazem wydaje się, że i jedynym sensowym środkiem mogącym zaradzić problemowi, jaki wiąże się z wiernością przekazu i wyżej wymienionymi ograniczeniami, jest skoncentrowanie się podczas dokonywania opisu stanu faktycznego precedensowej sprawy, głównie na tych okolicznościach, jakie mogą mieć jakieś znaczenie z punktu widzenia argumentów, celów i wartości, tudzież teorii, polityk i doktryn ogólnie liczących się w danej kulturze prawnej, w tym dobranie odpowiednich z takiej perspektywy wyrażen językowych i stopnia ich ogólności. Skoro zaś tak, to precedensowy sędzia, który poniechał opisywania całej masy przeróżnych szczegółów sprawy precedensowej, nie tyle pozbawia nas cennego źródła informacji, ile wskazuje na te z faktów tej sprawy, jakie miały, lub potencjalnie mogły mieć, charakter „sprawczy” (prawnie relewantny), co w konsekwencji powinno usprawniać, a nie utrudniać przeprowadzenie wnioskovania drogą analogii.

Po zidentyfikowaniu, które z okoliczności faktycznych precedensowej sprawy były w świetle precedensowych racji istotne, możemy przystąpić do ustalania tego, czy okoliczności te występują również w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy. Jest to przy tym o tyle łatwe, iż – jak już zostało to wyżej zaznaczone – w procesie wyłaniania faktów sprawczych odpadło wiele niuansów i detali, a same fakty *ex definitione* są już w jakimś stopniu uogólnione. Stąd też stwierdzenie ich istnienia w sprawie, której skutki prawne nie są nam znane, nie powinno być ani czaso-, ani pracochłonne. Mało tego, nawet gdy fakty istotne sprawy precedensowej oraz mające stanowić ich odpowiedniki fakty sprawy, której skutki prawne chcemy *per analogiam* ustalić, okażą się nie do końca tożsame, to nie oznacza to wcale, że rozumowanie z analogii na pewno nie będzie się mogło w takim przypadku odbyć. Wówczas zachodzące między tymi faktami różnice można zawsze poddać ocenie przez pryzmat zawartości racji stojących za precedensowym wyrokiem i na podstawie wnioskovania *a fortiori* próbować określić, jak bardzo porównywane sprawy są względem siebie podobne. W przykładzie precedensu, w którym zakazano wjazdu samochodowi osobowemu do parku, odmienność w stanie faktycznym sprawy, której skutki prawne chcemy poprzez sięgnięcie do analogii ustalić, polegająca na tym, że do parku zamierza wjechać samochód ciężarowy, a nie osobowy, należałoby zatem tłumaczyć przez pryzmat wyższego niż w przypadku samochodów osobowych poziomu emitowanych spalin oraz większego stopnia zagrożenia dla osób postronnych. W efekcie – z uwagi na to, że precedensowymi racjami były tu ochrona środowiska i bezpieczeństwo wypoczywających w parkach – obie sprawy, choć ich fakty sprawcze nie są identyczne, nadal uważalibyśmy za istotnie podobne. Więcej, sprawa z samochodem ciężarowym byłaby tu nawet „podobniejsza”, bo wydanie w niej wyroku takiego jak w sprawie z samochodem osobowym byłoby w jej przypadku, z punktu widze-

nia precedensowych racji, jeszcze bardziej uzasadnione. Kwestia podobieństwa miałyby się natomiast inaczej w razie gdyby w sprawie, której skutków prawnych poszukujemy, występował nie samochód ciężarowy, ale motocykl, jaki wydziela mniej spalin od pojazdów osobowych i w mniejszym stopniu niż one jest niebezpieczny dla osób postronnych. Wówczas nie byłoby co prawda żadnego problemu z identyfikacją tego, które z faktów sprawy z motocyklem należy wytypować do celu ich porównania z faktami sprawczymi sprawy precedensowej, określenie już jednak tego, czy sprawy te są do siebie istotnie podobne, z uwagi na mniejsze w świetle precedensowych racji – niż w sprawie precedensowej – uzasadnienie dla wydania wyroku takiego jak w sprawie precedensowej, zdaje się pozostawać tu w dużej mierze uznaniowe (tudzież zależne od tych czynników, od których zależało istotne podobieństwo w faktycznym modelu analogii).

Na marginesie warto dodać, że koncepcja precedensowych racji ułatwia też przeprowadzenie postępowania dowodowego w sprawie zawisłej przed sądem. Patrząc przez pryzmat poszczególnych wartości (argumentów, celów, „polityk”, teorii czy doktryn), możemy bowiem – bez uszczerbku dla jej późniejszego rozstrzygnięcia – poprzestać na dowodzeniu tylko niektórych okoliczności tej sprawy, tj. zrezygnować z dowodzenia całej rzeczy szczegółów i subtelności, jakie są w świetle takich wartości nieistotne. Jeśli to tylko racje z dotychczas ustanowionych precedensów lub to, co może te racje potencjalnie stanowić, wpływałoby na wydawane przez sądy rozstrzygnięcia, to skupianie się przez strony (ich pełnomocników) na faktach, jakie z punktu widzenia tych racji nie mają żadnego znaczenia, byłoby – mając na uwadze cel, jakim jest wygranie procesu – zupełnie bezzasadne. Dowodzenie i koncentrowanie się na wszystkich szczegółach stanu faktycznego, jaki wystąpił w danej sprawie, skutkowałoby zresztą tym, że postępowanie sądowe nigdy nie mogłoby się zakończyć.

Jeśli chodzi o sam sposób zastosowania precedensu w sprawie, której chcemy przypisać skutki prawne drogą analogii, to co do zasady w modelu racjonalnym wygląda on tak samo, jak w modelu faktycznym. Tutaj jednak, przy podejmowaniu decyzji o ewentualnym złagodzeniu lub zaostrzeniu takich skutków, będziemy się kierować nie tyle intuicją, pożądanym rezultatem lub emocjami, ile różnicami, jakie zachodzą w stanach faktycznych porównywanych spraw, ocenianych z perspektywy precedensowych racji. Wnioskując na tej podstawie *a fortiori*, skutki prawne orzeczone w sprawie precedensowej będą mogły bowiem – przy przypisywaniu ich do sprawy, do jakiej precedens stosujemy *per analogiam* – być poddawane stosownej modyfikacji, pod warunkiem, że w ogóle nadają się one do stopniowania (dotycząc np. wymiaru orzekanej kary lub wysokości zasądanego odszkodowania)³⁰.

³⁰ W przedmiocie koncepcji, jaka została przeze mnie określona mianem racjonalnego modelu analogii, zob. zwłaszcza: G. Lamond, *op. cit.*, s. 22–23; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 45–49, 102–111; J. Raz, *op. cit.*, s. 201–206; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 25–41, 97–115; S. Brewer, *op. cit.*, s. 962–1028;

Porównanie modelu racjonalnego i faktualnego prawniczej analogii

Zestawiając przedstawione w częściach „Faktualny model analogii” i „Model racjonalny analogii” niniejszego artykułu ujęcia rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym, należy przede wszystkim zauważyć, iż różni je nasylenie elementami ocennymi, tj. zależnymi od przymiotów, woli i poglądów osoby, jaka rozumuje drogą analogii. Ta z kolei właściwość zdaje się mieć bezpośrednio przełożenie zarówno na możliwość przewidzenia z góry oraz późniejszej weryfikacji/krytyki postawionych *per analogiam* wniosków, jak i na zdolność do wydawania przez sądy sprawiedliwych (słusznych) wyroków. Podobnie nie jest ona też obojętna dla samej przejrzystości rozważań, jakie poprzedzają dojście do konkluzji stawianych drogą analogii, tudzież ilości czasu, jaka jest do postawienia takich konkluzji niezbędna.

Poczynając od przewidywalności wyników, jakie uzyskuje się na drodze rozumowania *per analogiam*, to – przynajmniej *prima facie* – wydaje się, że przewidywalność ta jest mniejsza w modelu faktualnym. Dwóm różnym osobom, z uwagi na odmienne doświadczenia, jakie w ciągu swojego życia udało im się zebrać, niejednakowy poziom posiadanej wiedzy prawniczej, ale i „poprawniczej”, intuicja może podpowiadać co innego. Co więcej, z racji, iż rozumowanie intuicyjne jest z definicji przedświadome i osoba, która rozumuje za jego pomocą, nie jest co do zasady w stanie wytłumaczyć co dokładnie nią powodowało, decyzje podjęte drogą „intuicyjnej” analogii będą – również i dla tej osoby – owiane jakąś dozą „mistyczności”, a co się z tym wiąże – i nieprzewidywalności³¹. Nawet

Z. Bankowski, *op. cit.*, s. 203–215; J. Hage, *Studies in Legal Logic*, “Law and Philosophy Library”, Vol. 70, Dordrecht 2005, s. 113–119. Por. też: L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 76–83; C.R. Sunstein, *op. cit.*, 65–74, 96–100; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 69; W. Biegański, *op. cit.*, s. 34–37, 43–63, 67–73; J.S. Mill, *op. cit.*, 117–119. Co znamienne, J. Nowacki w swojej dość obszernej monografii poświęconej rozumowaniu *per analogiam* w prawie stanowionym, wydaje się w ogóle nie dostrzegać koncepcji odpowiadającej założeniom racjonalnego modelu analogii. Autor ten nie wyróżnia jej bowiem przy omawianiu teoretycznie możliwych schematów wnioskowania drogą prawniczej analogii, ograniczając się jedynie do lapidarnego stwierdzenia (na s. 43), iż możliwe jest również łączenie podobieństwa faktualnego z *ratio iuris* [odpowiednik precedensowych racji – M. K.]. Zob. J. Nowacki, *op. cit.*, s. 13–45.

³¹ Na temat wyróżnianego w psychologii rozumowania intuicyjnego (przedświadomego, skolarzeniowego, „doświadczeniowego”) oraz rozumowania racjonalnego (świadomego, „rozsądnego”), w tym części ciała, z których one korzystają, możliwych zastosowań każdego z nich oraz czasu niezbędnego na ich przeprowadzenie i wiarygodności uzyskiwanych w ich ramach wyników, zob. przykładowo: M. Koszowski, *Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej*, [w:] *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2013, s. 122–126; S. Epstein, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, “American Psychologist” 1994, No. 49, s. 709–724; M. Gladwell, *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, Londyn 2005; *Handbook of Intuition Research*, eds. M. Sinclair, Cheltenham 2011; *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman, Cambridge 2002; *Intuition in Judgment*

gdy przyjmiemy, że intuicja, poza danymi zgromadzonymi w pamięci długoterminowej, może korzystać z tzw. informacji nielokalnych (pochodzących od rzeczy, innych osób, ponadziemskiej inteligencji, Boga, itp.)³² i że informacje te są bezbłędne, to powstaje pytanie, jak mamy odróżniać/weryfikować to, kiedy rozumując *per analogiam* czerpał z takich właśnie informacji, a kiedy mu się tego zrobić nie udało. Do poważnych rozbieżności pod względem rezultatów otrzymywanych za pośrednictwem faktualnego modelu analogii może dochodzić również wtedy, gdy tym, co ma decydować w tym modelu o istotnym podobieństwie pomiędzy porównywanymi sprawami, jest nie intuicja, lecz emocje albo rezultat pożądany w danym przypadku. Na tle jednakowych stanów faktycznych ludzie mogą bowiem odczuwać nawet krańcowo odmienne emocje (tudzież emocje o różnej intensywności). Z kolei skutki prawne, jakie pragnie się przypisać danej sprawie, zdają się już z samego założenia być zrelatywizowane od nierzadko pozostających w sprzeczności interesów poszczególnych kategorii osób i grup społecznych (przedsiębiorcy *versus* konsumenci, uprawnieni *versus* zobowiązani do alimentacji, wynajmujący *versus* najemcy, przestępcy *versus* ich ofiary, itd.), co na pewno nie zapewni „obiektywności” wniosków uzyskiwanych na podstawie determinowanej takimi skutkami analogii.

Bardziej przewidywalny pod względem otrzymywanych rezultatów jawi się racjonalny model analogii. Precedensowe racje nie mogą być już bowiem tak „niezgłębione” i zaskakujące, jak intuicja czy emocje danej osoby, tym bardziej w sytuacji, gdy zostaną przez rozumującego *per analogiam* wyartykułowane, a ich powiązanie z precedensowym wyrokiem będzie uzasadnione w jakiś przekonujący dla uczestników danej kultury prawnej sposób, np. poprzez wskazanie, iż składające się na precedensowe racje cele i wartości są w wielu przypadkach chronione aktami prawa stanowionego lub znajdują odzwierciedlenie w treści sądowego uzasadnienia do precedensowego wyroku. Wyszczególnienie faktów sprawczych (prawnie istotnych) z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej pozwala określić, które stany faktyczne – choćby czysto potencjalnie – mogą zostać potraktowane jako istotnie podobne do stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej. Dodatkowo, gdy tylko wiemy, do jakich spraw analogie były w przeszłości preferowane i odrzucane przez organy stosujące prawo, w racjonalnym modelu analogii jesteśmy w stanie ustalić, jakie „polityki”, cele, wartości, argumenty czy doktryny i teorie uważane są przez takie organy za ważniejsze, a tym samym prognozować to, jakie decyzje – gdy w grę będą wchodzić „przeciwstawne” racje z dwóch lub większej liczby precedensów

and Decision Making, ed. H. Plessner, C. Betsch, T. Betsch, 2008.

³² Odnośnie do takiej możliwości zob. np. D. Radin, *Intuition and the Noetic*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, s. 183–196; R.T. Bradley, *Resolving the Enigma of Nonlocal Intuition: a Quantum-Holographic Approach*, [w:] *ibidem*, s. 197–213; D.E. Tomasino, *The Heart in Intuition: Tools for Cultivating Intuitive Intelligence*, [w:] *ibidem*, s. 247–260.

– organy te podejmą w przyszłości (stosując precedensy *per analogiam*).

Poza *prima facie* lepszą przewidywalnością uzyskiwanych wyników, wnioskowanie *per analogiam* w modelu racjonalnym cechuje też większa przejrzystość, a przez to i większa podatność na ewentualną późniejszą weryfikację tudzież krytykę. W przeciwieństwie do tajemniczych, niedostępnych w pełni dla naukowego poznania procesów zachodzących w ludzkim sercu i umyśle (ewentualnie innych organach), w tym modelu analogii dane jest nam poznać przynajmniej część operacji myślowych, jakie poprzedzają dojście do stawianej *per analogiam* konkluzji. Co więcej, jeśli tylko osoba rozumująca drogą analogii poda tutaj do wiadomości to, jakie dokładnie treści podstawiała pod zmienne tego modelu (precedensowe racje, fakty sprawcze ze sprawy precedensowej i ich odpowiedniki w sprawie, której skutki prawne są poszukiwane), jesteśmy w stanie dokonać następczego, w tym i „intersubiektywnego”, sprawdzenia poprawności jej toku rozumowania. Przykładowo możemy wytknąć takiej osobie błąd oczywisty z punktu widzenia zasad logiki, aktualnego stanu wiedzy empirycznej lub powszechnie przyjętych (niekwestionowanych) wartości, tj. zarzucając jej, że: a) bezpodstawnie uznała jakiś fakt za istotny z punktu widzenia racji, jakie obrała (np. poprzez zakwalifikowanie danego rodzaju spalin jako szkodliwego dla środowiska, podczas gdy akurat on nie wyrządza środowisku żadnej szkody), b) przyjęła na precedensowe racje wartości i cele, które, w sposób oczywisty dla każdego uczestnika tej co ona kultury prawnej, nie tylko nie są prawem chronione, ale jeszcze są postrzegane jako wysoce niepożądane, itp. Z większą przejrzystością i większymi możliwościami dla następczej weryfikacji postawionych drogą analogii wniosków wiąże się też szersze pole dla ewentualnej ich krytyki. O wiele łatwiej jest kierować krytyczne uwagi pod adresem kogoś, kto ujawnił przesłanki i mechanizm (jego etapy), na podstawie których dochodzi on do swojej konkluzji, niż kogoś, kto odwołuje się do niedającej się ująć w karby rozumowań racjonalnych intuicji (wyobraźni, emocji), tudzież wewnętrznego pragnienia rozstrzygnięcia danego stanu faktycznego w określony sposób.

Za faktycznym modelem analogii zdaje się z kolei przemawiać szybkość, z jaką można podejmować w nim decyzje co do nie(istnienia) istotnego podobieństwa. W tym modelu wnioski – przynajmniej teoretycznie – mogą być stawiane błyskawicznie, bez konieczności wikłania się w jakiegokolwiek rozważania na temat tego, co stanowi precedensowe racje, tudzież tego, które dokładnie z faktów precedensowej sprawy tworzą fakty sprawcze (prawnie istotne). Drugą mocną zaletą modelu faktycznego jawi się – wpisana, jak się wydaje, już w samą jego istotę – zdolność do generowania „intuicyjnie” słusznych (sprawiedliwych, społecznie pożytecznych) rozstrzygnięć. Ta słuszność/sprawiedliwość/społeczna akceptowalność zdaje się przy tym korelować z warunkującą prawidłowością rezultatów uzyskiwanych w tym modelu analogii, wiedzą i doświadczeniem, jakie występują po stronie osoby

rozumującej *per analogiam*. Pomijając już to, że podyktowane przez intuicję wnioski, z racji na pozytywne afirmujące uczucie, jakie się z tym często wiąże, niemalże z definicji jawią się jako zasadne dla tego, kto je artykułuje, to autorytet, jaki wynika ze sporej wiedzy prawniczej, popartej długoletnim doświadczeniem zawodowym, może stanowić istotny argument w oczach społeczeństwa za trafnością podjętej – nawet podświadomie/intuicyjnie – w oparciu o taką wiedzę i doświadczenie decyzji.

Nieco inaczej oba omawiane ujęcia analogii wypadają pod względem ekonomicznym. Przypisywana modelowi faktualnemu błyskawiczna teoria szybkości działania niekoniecznie musi być tu czynnikiem przesądzającym. Po pierwsze, jak się wydaje, osoba, która operuje intuicją nie zawsze podejmie decyzję o istotnym podobieństwie lub jego braku, niezwłocznie. Całkiem prawdopodobne jawi się, że wraz z zapoznaniem się ze szczegółami danego stanu faktycznego, ewentualnie biegiem postępowania dowodowego, oraz analizą precedensowych wyroków, jakie potencjalnie mogą znaleźć w tym stanie zastosowanie, intuicja będzie podsuwać różne rozwiązania, przy czym nie te pierwsze, ale późniejsze będą uchodzić za trafniejsze – bo są lepiej „przemyślane”. Co więcej – nawet w razie akceptacji możliwości korzystania z informacji nielokalnych – na nadejście intuicji, wiążącego się z nią uczucia afirmacji/pewności, w przypadku prawniczej analogii, jak się wydaje, trzeba będzie nieraz poczekać³³. Ponadto, aby upewnić się co do słuszności nasuwającego się intuicyjnie wniosku, osoba rozumująca *per analogiam* może chcieć przetestować go przed jego ostateczną akceptacją także na tle innych niż obecny w sprawie precedensowej oraz sprawie, której skutków prawnych poszukujemy drogą analogii stanów faktycznych, łącznie z czysto wyimaginowanymi (hipotecznymi). Przy tym takie testowanie mogłoby tu w szczególności polegać na sprawdzeniu, czy po wyobrażeniu (zwizualizowaniu) sobie jakichś kolejnych stanów faktycznych, a tym samym i zwiększeniu na swój sposób dotychczas posiadanego doświadczenia, intuicja będzie podpowiadać to samo, co podpowiadała wcześniej. W efekcie czas niezbędny do stwierdzenia, czy pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi zachodzi istotne podobieństwo, może okazać się tu wcale nie krótszy od czasu, w jakim o takim podobieństwie rozstrzygnięto by w modelu racjonalnym³⁴.

Po drugie, co nawet ważniejsze, po przeprowadzeniu wnioskowania *per ana-*

³³ Zob. S.A. Sloman, *Two Systems of Reasoning*, [w:] *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahneman, Cambridge 2002, s. 379–380; M. Sinclair, *An Integrated Framework of Intuition*, [w:] *Handbook of Intuition Research*, s. 10. Por. też: J.C. Hutcheson, *The Judgement Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, “South Texas Law Review” 1998, No. 39, s. 893.

³⁴ *Mutatis mutandis* poczynione uwagi, zwłaszcza odnośnie do testowania otrzymywanych konkluzji oraz ich zmienności na skutek takiego testowania i zapoznawania się z kolejnymi szczegółami rozpoznawanej sprawy, można by też odnieść – do mogących również determinować w modelu faktualnym istotne podobieństwo – emocji, a nawet rezultatu, jaki jest pożądany w danym przypadku.

logiam według modelu faktualnego oprócz samego potwierdzenia tego, iż między porównywanymi sprawami zachodziło istotne podobieństwo, nie pozostaje żaden materiał i informacje, jakie mogłyby następnie służyć prawnikom i adresatom prawa. Samo tylko stwierdzenie, bez jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia, iż jakieś dwa stany faktyczne z punktu widzenia prawa zasługują na jednakowe potraktowanie, nie daje jasnej wskazówki odnośnie do tego, czy również jakieś inne stany faktyczne powinny być z nimi pod względem wywoływanych skutków prawnych zrównane. Zupełnie odmiennie kwestia ta przedstawia się w racjonalnym modelu analogii. Samo wyartykułowanie tego, jaka jest zawartość precedensowych racji, i wyłonienie z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej faktów sprawczych, będzie umożliwiać prognozowanie tego, które stany faktyczne – przynajmniej potencjalnie – mogą zostać uznane za istotnie podobne do stanu faktycznego precedensowej sprawy.

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

Zwolennicy i przeciwnicy opisanych wyżej ujęć analogii

Wśród teoretyków i filozofów prawa nie ma zgody co do tego, które z dwóch opisanych wyżej ujęć rozumowania *per analogiam* jest tym właściwym. Za najbardziej zagorzałego propagatora modelu faktualnego, działającego w oparciu o bazującą na zgromadzonym doświadczeniu i wiedzy intuicji, wydaje się, że należałoby traktować L.L. Weinreba³⁵. Ponadto do zwolenników takiego lub bardzo do niego podobnego (zasadzającego się na intuicji, emocjach, pożądanym rezultacie) ujmowania istoty prawniczej analogii powinni zostać przypisani: R. Cross, G.C. Christie, E.H. Levi i R.J. Aldisert³⁶. Krytykami modelu faktu-

³⁵ Zob. L.L. Weinreb, *op. cit.*, zwłaszcza s. 12–13, 77–103.

³⁶ Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 181–186; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 68–70; E.H. Levi, *op. cit.*, s. 1–8; R.J. Aldisert, *op. cit.*, s. 93–97. Również N. Bobbio, aczkolwiek odnosząc się bardziej do prawa stanowionego niż precedensowego, dopuszcza możliwość przeprowadzenia wniosku drogą analogii według założeń modelu faktualnego. Zob. P. Nerhot, *Legal Knowledge and Meaning (The Example of Legal Analogy)*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology*,

alnego, niezależnie od jego postaci, są natomiast niewątpliwie L. Alexander i E. Sherwin³⁷, a także *ipso facto* wymienieni bezpośrednio i w punkcie poniżej orędownicy rozwiązań alternatywnych w stosunku do tego modelu.

Wśród zwolenników rozumowania *per analogiam* przebiegającego według koncepcji takiej lub zbliżonej do niej, która została nazwana przede wszystkim S. Brewera, G. Lamonda, M.P. Goldinga, J. Raza, S.J. Burtona, Z. Bańkowskiego, S. Hanson oraz J. Hage'a³⁸. Ponadto w tym kontekście nie wypadaloby nie uczynić też wzmianki o takich postaciach, jak C.R. Sunstein oraz D. Hunter, którzy przynajmniej w jakiejś części skłaniają się ku założeniom takiego właśnie sposobu ujmowania istoty wnioskowania drogą prawniczej analogii³⁹. Również D.N. MacCormick wydaje się mimochodem opowiadać za modelem racjonalnym⁴⁰. Co więcej, nawet u zwolenników ujęcia faktualnego, jak choćby L.L. Weinreba i G.C. Christie, można nieraz znaleźć wypowiedzi wskazujące na jakąś koncesję na rzecz idei precedensowych racji⁴¹.

POZOSTAŁE MOŻLIWE UJĘCIA ANALOGII W PRAWIE PRECEDENSOWYM

W prawie precedensowym teoretycznie możliwe są też inne niż dwa opisywane dotychczas ujęcia/modele rozumowania drogą analogii. Przede wszystkim – poza enigmatycznym sposobem z modelu faktualnego i skomplikowanym mechanizmem z modelu racjonalnego – do ustalenia (nie)istnienia istotnego podobieństwa między porównywanymi stanami faktycznymi może dochodzić w prawie precedensowym poprzez stwierdzenie, że stany te pozwalają się objąć jakąś wspólną im zasadą (tj. zasadą, której zastosowanie w sprawie precedensowej prowadzi do wydania w niej takiego wyroku, jak wyrok precedensowy, i która jednocześnie umożliwia przypisanie skutków prawnych sprawie, jaka jest do pre-

Hermeneutics and Linguistics, ed. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 188–191.

³⁷ Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 68–76, 87. Co do krytyki faktualnego modelu analogii zob. też: W. Biegański, *op. cit.*, s. 35–36; J. Nowacki, *op. cit.*, s. 16–17; B. Brożek, *op. cit.*, s. 147.

³⁸ Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 203, 204; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 45–47, 102, 106, 109, 111; S. Brewer, *op. cit.*, s. 934, 962–963, 965–966, 1027; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 97–115; G. Lamond, *op. cit.*, s. 20, 22–23; Z. Bankowski, *op. cit.*, s. 203–212; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 66; J. Hage, *op. cit.*, s. 114. W zastosowaniach, nieograniczonych do materii prawnych, zwolennikiem koncepcji analogii zwanej w niniejszym artykule racjonalną, jest przede wszystkim W. Biegański, *op. cit.*, s. 34, 36–37, 46–51.

³⁹ Zob. C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 63–65, 68, 69, 71, 83–90; D. Hunter, *op. cit.*, s. 165–166.

⁴⁰ Zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 191–192. Myśl przewodnią modelu racjonalnego wydają się także dostrzegać: J.S. Mill, *op. cit.*, s. 117–119; K.J. Holyoak, P. Thagard, *op. cit.*, s. 34–38, 150–151.

⁴¹ Zob. L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 91–92, 130–133; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 69.

cedensowej sprawy porównywana). W takim ujęciu/modelu prawniczej analogii nie ma też potrzeby – w zakresie, w jakim wykraczałoby to poza dokonanie subsumpcji tych stanów pod wyżej wymienioną zasadę – wnikania w detale i subtelności stanów faktycznych objętych zamiarem porównania. Same zaś, decydujące o zachodzeniu bądź nie istotnego podobieństwa, zasady mogą mieć tu swoje źródło zarówno w intencji precedensowego sędziego, nakazach moralności, społecznym poczuciu tego, co słuszne, zdrowym rozsądku, jak i być wyłaniane zgodnie z założeniami jakichś bardziej rozbudowanych teorii/koncepcji – *vide*: koncepcja „wszechpotężnego” sędziego Herkulesa u R. Dworkina⁴². Przy tym postać takiej zasady może przybierać, przy takim ujmowaniu istoty prawniczej analogii, postać dwojaką, występując: a) jako typowa reguła, tj. norma, która w generalny sposób określa kategorie adresatów i okoliczności, w jakich muszą się oni znaleźć, abstrakcyjnie wyznaczając po ich stronie określone powinny zachowania, oraz b) jako norma, która nie podając dokładnie tego, w jakich okolicznościach znajduje ona swoje racje i kto jest jej adresatem, nakazuje realizację jakichś ogólnie zakreślonych celów, „polityk” lub wartości, typu chronienie środowiska lub zachowanie bezpieczeństwa na drodze.

Takie, oparte na wspólnej dla porównywanych stanów faktycznych zasadzie, ujęcie prawniczej analogii znajduje swoich zagorzałych zwolenników w takich osobach, jak: B. Brożek, D.N. MacCormick, C.R. Sunstein, C.W. Maris czy N. Bobbio⁴³. Co jednak znamienne, z racji, iż ujęcie to w ogóle nie bazuje na podobieństwie faktualnym pomiędzy porównywanymi przypadkami (szczegółowo opisanym w przypisie nr 12 do niniejszego artykułu), a jedynie zasadza się na idei ogólnej zasady, jaka często przybiera tu jeszcze postać normy, o jakiej mowa była w lit. b) powyższego akapitu, zaliczanie go do rodziny wnioskowania

⁴² Zob. R. Dworkin, *op. cit.*, s. 110–123.

⁴³ W przedmiocie ujęcia analogii, w jakim o zachodzeniu istotnego podobieństwa ma rozstrzygać ogólna zasada, zob. przede wszystkim: G. Lamond, *op. cit.*, s. 21–22; B. Brożek, *op. cit.*, s. 147–152; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 128–131; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 206–211; *idem*, *Legal...*, s. 161–163, 185–186 (por. s. 192, gdzie znajdują się wypowiedzi sugerujące racjonalny model analogii); C.W. Maris, *op. cit.*, s. 72, 74–78, 102; F. Schauer, *Thinking...*, s. 51–54; C.R. Sunstein, *op. cit.*, 62, 63, 65–70; Z. Bankowski, *Analogical...*, s. 202–203; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 68–74, 88–103; P. Nerhot, *op. cit.*, s. 188–191 (koncepcja analogii według N. Bobbio); D. Hunter, *op. cit.*, s. 153–154; E.H. Levi, *op. cit.*, s. 7; J. Nowacki, *op. cit.*, s. 21–34, 189; J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 183–184; E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970, s. 21; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 321–322. Por. też: S. Brewer, *op. cit.*, s. 962–963, 965, 971–978, 983–1006, 1017–1021, 1022–1026, 1027–1028. Na temat tak pojmanego wnioskowania *per analogiam* w zastosowaniach niekoniecznie prawniczych zob. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, przeł. J. Wilkinson, P. Weaver, Notre Dame 1969, s. 350–357; Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, przeł. M. Chomicz, Warszawa 2004, s. 122–124; *idem*, *Logika prawnicza. Nowa Retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 173–174; W. Biegański, *op. cit.*, s. 5–10; T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania logiki formalnej i metodologii nauk*, Warszawa 1986, s. 225–226.

z podobieństwa (*a simile*) staje pod dużym znakiem zapytania. Bardziej zasadne jawi się bowiem postrzeganie takiej koncepcji jako rozumowania/wnioskowania z zasad (ich ważenia, balansowania), ewentualnie połączonego jeszcze z jakimiś szczególnymi wytycznymi odnośnie do ich źródła (doboru)⁴⁴. Ponadto jeśli chodzi o prawo precedensowe, to taka koncepcja rozumowania *per analogiam* zdaje się niemalże zupełnie pokrywać z istotą modelu precedensu z zasad, a więc innym ujęciem istoty bycia związanym precedensowym wyrokiem aniżeli model precedensu z analogii⁴⁵.

Kolejną wartą wzmianki próbą uchwycenia kwintesencji stawiania wniosków drogą analogii jest nawiązanie do koncepcji podobieństwa (tożsamości) dwóch proporcji: A do B jest jak C do D (ewentualnie A do B jest jak B do C), czego klasyczny przykład stanowi sentencja: „Bóg ma się do człowieka tak, jak dorosły ma się do dziecka”. Jeśli koncepcję tę przenieśliśmy na grunt prawa precedensowego, to przebiegające według niej wnioskowanie musiałyby pewnie polegać na szukaniu podobieństwa (tożsamości) pomiędzy relacją, jaka zachodzi między stanem faktycznym sprawy precedensowej a jej wynikiem oraz relacją między stanem faktycznym, jakiego skutki prawne chcemy na drodze analogii ustalić, a jego „założonym” rezultatem (ponieważ tego rezultatu jeszcze nie znamy, konieczne jest podstawienie w jego miejsce jakiejś „wartości” – tutaj skutków prawnych – przyjętej *a priori*). Przy tym stwierdzenie, że tego rodzaju podobieństwo/tożsamość zachodzi, oznaczałoby, że precedens znajduje w stanie faktycznym, którego skutki prawne nie były nam znane, zastosowanie i tym samym należy mu przypisać takie skutki prawne, jakie dla niego wcześniej „założyliśmy”.

W takim procesie ustalania istotnego podobieństwa dodatkowo intryguje to, że pod zakładanym rezultatem (wynikiem) stanu faktycznego, którego skutki prawne chcemy ustalić poprzez sięgnięcie do wnioskowania z analogii, mogą się kryć – przynajmniej teoretycznie – przeróżne skutki prawne, nawet bardzo odbiegające od tych, jakie zostały orzeczone w stosowanym *per analogiam* precedensowym wyroku. O zasadności konkluzji decyduje tu bowiem wyłącznie tożsamość/podobieństwo proporcji (relacji), i to jeszcze dość specyficznie pojmowana, a już nie inne możliwe rodzaje faktycznego podobieństwa (wspólne kategorie, atrybuty, związki przyczynowe). Tym sposobem zakres oddziaływania wiążącego precedensu sądowego mógłby być bardzo szeroki, a jego zastosowanie w konkretnym przypadku mogłoby uzasadniać wydanie rozstrzygnięcia zgoła odmiennego od tego, jakie zapadło w sprawie precedensowej. Mimo tej niewątpliwej zalety, do-

⁴⁴ Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 71–72, 73–74, 95–103; G. Lamond, *op. cit.*, s. 21–22; D. Hunter, *op. cit.*, s. 153–155; Z. Bankowski, *op. cit.*, s. 202–203; S. Brewer, *op. cit.*, s. 975–978; W. Biegański, *op. cit.*, 10–20. Por. też: D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 207–210; *idem*, *Legal...*, s. 191–192.

⁴⁵ Odnośnie do modelu precedensu z zasad zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 65–66 wraz z przywołaną tam literaturą.

póki nie zostanie wyjaśnione, w jaki dokładnie sposób mamy w prawie precedensowym przesądzać o podobieństwie/tożsamości porównywanych relacji, dopóty taką koncepcję analogii, jak się wydaje, trzeba będzie w tym prawnie zarzucić. Nie widać przy tym też jakiegoś uzasadnienia dla wzbogacania o przewidziany w niej schemat rozumowania (proporcję) procesu, w jakim – zgodnie z tym, co zostało przedstawione w częściach „Model racjonalny analogii” i „Porównanie modelu racjonalnego i faktualnego prawniczej analogii” niniejszego artykułu – dochodzi się do postawienia ostatecznej konkluzji w faktualnym i racjonalnym modelu prawniczej analogii⁴⁶.

KODA

Pod koniec niniejszego artykułu warto ostrzec, iż przedstawione w nim ujęcie rozumowania *per analogiam* to konstrukty teoretyczno-filozoficzne i z tego zresztą powodu nadające się do łatwego wyszczególnienia i przeanalizowania⁴⁷. W praktyce stwierdzenie, którym z nich posługuje się konkretny sędzia lub prawnik, może się już nieraz okazać bardzo trudne, jeśli nie wręcz niemożliwe. Ogólnie, ilekroć osoba rozumująca drogą analogii, by uzasadnić swój wniosek wskazuje na jakieś wartości i cele tudzież argumenty i teorie oraz fakty w ich świetle istotne, to możemy przypuszczać, że mamy do czynienia z modelem racjonalnym. Z kolei jeśli ktoś z uporem stoi na stanowisku, że jakieś stany faktyczne zasługują na jednakowe z punktu widzenia prawa potraktowanie, nie umiając przy tym jednak w żaden „racjonalny” sposób wyjaśnić, czym motywuje swoją decyzję, to wstępnie można zakładać, iż posługuje się modelem faktualnym. Odpowiednio dotyczy to ujęcia analogii bazującego na wspólnej dla porównywanych stanów faktycznych zasadzie (wówczas rozumujący kładzie akcent na taką zasadę), jak i koncepcji analogii opierającej się na podobieństwie relacji, w jakiej te stany pozostają do posiadanych/„zakładanych” skutków prawnych (rozumujący kładzie wtedy nacisk na tożsamość proporcji).

Ponadto nie można tu wykluczyć, iż wnioskovanie drogą analogii u konkret-

⁴⁶ Ogólnie na temat modelu analogii opartej na proporcji (relacji) zob. Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, s. 371–377; Ch. Perelman, *Imperium...*, s. 131–134; *idem*, *Logika...*, s. 174; W. Biegański, *op. cit.*, s. 30–32, 38–41 (model z proporcji autorstwa Drobischa i Spencera); J.S. Mill, *op. cit.*, s. 117–118. W kontekście prawa o analogii zasadzającej się na podobieństwie proporcji zdaje się wspominać J. Nowacki, *op. cit.*, s. 188–189.

⁴⁷ Trudno jest tu też całkowicie zaprzeczyć opinii J. White’a, zdaniem którego trudności w wyjaśnieniu fenomenu rozumowania drogą analogii (oraz istotnego podobieństwa) biorą się stąd, iż na chwilę dzisiejszą to my (w rzeczywistości) nie wiemy, jak takie rozumowanie przebiega, i to zarówno gdy mowa jest o analogii w prawie, jak i poza nim. Zob. J. White, *op. cit.*, s. 589. Co trzeba jednak zauważyć, problem ten dotyczy – jak się wydaje – nie tylko prawniczej analogii, ale również wielu innych metod oraz argumentów prawniczych, by nie odnieść go do większości zagadnień, jakie próbuje wyjaśnić i uporządkować filozofia prawa.

nej osoby będzie łączyć w sobie elementy różnych jej ujęć (modeli). To znaczy, że w pewnej mierze wnioskowanie to będzie się przykładowo opierać na świadomym uwzględnianiu wartości i celów albo teorii i argumentów, jakie dają się powiązać z precedensowym wyrokiem, tudzież wyodrębnionymi w ich świetle faktami sprawczymi sprawy precedensowej, a w pewnej mierze zasadać na podświadomej intuicji, emocjach lub pożądanym dla danego przypadku rezultacie, czemu towarzyszyć będzie jeszcze przywiązywanie dużej wagi do ogólnej zasady lub tożsamości relacji, jakie zachodzą w porównywanych sprawach.

PODSUMOWANIE

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

Racjonalne ujęcie analogii zdaje się przy tym w większym stopniu przyczyniać do przewidywalności i zrozumiałości precedensowego prawa, natomiast ujęcie faktualne – przynajmniej w teorii – umożliwia szybsze stwierdzenie (nie) zachodzenia istotnego podobieństwa, stwarzając jednocześnie dogodniejsze warunki dla wydawania sprawiedliwych (słusznych, społecznie akceptowanych) rozstrzygnięć sądowych. Dwie inne zasygnalizowane w artykule możliwości pojmowania istoty rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym, jako że albo nie mają nic wspólnego z wnioskowaniem *a simile* (model analogii bazujący na ogólnych zasadach), albo jawią się niezmiernie trudne do zastosowania w tym prawie (model analogii z proporcji), zostały z tych powodów zarzucone.

Ponadto w kontekście prawa precedensowego warto mieć na uwadze, że reguły precedensowe (tzw. *rationes decidendi*) nie stanowią tego samego, co normy, jakie w systemach prawnych typu *civil law* wywodzi się z tekstów aktów prawa stanowionego. Nie dość, że *rationes decidendi* nie zawsze są podane wprost,

i przez to nieraz trzeba się ich kształtu dopiero domyślać, to jeszcze z definicji są one „zaczepialne”, co przejawia się przede wszystkim w możliwości wyłączenia ich zastosowania na drodze rozumowania stanowiącego odwrotność analogii, a więc rozumowania ogniskującego się nie na szukaniu istotnych podobieństw, lecz istotnych różnic pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi.

Poruszone w niniejszym artykule kwestie bynajmniej nie wyczerpują całości problematyki dotyczącej rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym. Bardziej szczegółowe zagadnienia, takie jak problem poszukiwania precedensów nadających się do zastosowania drogą analogii w stanie faktycznym, którego skutki prawne chcemy ustalić, niezbędność/możliwość pośrednictwa ogólnej reguły we wnioskowaniu przez podobieństwo, zjawisko tzw. konkurencji („współzawodnictwa”) analogii, w tym kwestia określania siły (mocy) poszczególnych wniosków, jakie zostały postawione *per analogiam*, czy też samo uzasadnienie dla sięgania w domenę prawa precedensowego do rozumowania drogą analogii zamiast korzystania z koncepcji precedensowych reguł – zostaną przedstawione w kolejnym artykule.

SUMMARY

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