



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, członek Komitetu Ewaluacji Jednostek Naukowych i Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.



Ks. Franciszek Longchamps de Bériér

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Zespołu ekspertów ds. bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski i prezydium Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Bériér

Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa

Second Thoughts about the Evaluation of Legal Journals and the Dispute on the Essence of Law

The Polish Ministry of Science and Higher Education made public a new evaluation of legal journals at the end of 2015. How much algorithmic and quantitative criteria of the evaluation are relevant to what is expected from legal journals? The answer could be tendered only by a resolution of the dispute on the essence of law. In order to start with the general criteria concerning the evaluation of legal science, the authors focus on two issues. They present how productive the tradition of Roman law is as against contemporary continental legal systems, and how autonomy and pragmatism dominated the development of the tradition of American common law. They prove how irrelevant declarations of journals founders are to the actual discussion in the journals: they are never to be an instrument of research policy as observed in longer periods of time. Bibliometric success of American journals, e.g. "Harvard Law Review" and "Yale Law Journal", proves that the autonomy of legal science always prevails over dreams of treating legal journals in a purely instrumental way. The conclusions concentrate on how the journals make participants of disputes on the essence of law moderate and better instructed. The article is written for the fifth anniversary of "Forum Prawnicze".

1. Wprowadzenie

W grudniu 2015 r. Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego ogłosił kolejne wyniki parametrycznej oceny czasopism naukowych¹. Procedura ta jest przeprowadzana w oparciu o przepisy

regulujące rozdział części środków budżetowych na naukę².

0b2497dad316de53da.pdf (dostęp 24.08.2016).

2 Dla oceny czasopism, do której się odnosimy, wskazać należy § 14 ust. 1. rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13.07.2012 r. w sprawie kryteriów

1 Por. http://www.nauka.gov.pl/g2/oryginal/2015_12/43c1be3f008be

Stanowiąca jej element ocena czasopism w istotny sposób wpływa na końcowy wynik oceny jednostek naukowych³. Jest zatem zrozumiałe, że taka procedura prowokowała do stawiania pytań o jej zasadność w ramach szerszego spojrzenia na system prawa⁴. Skłaniała do rozważania relacji między kryteriami algorytmicznej, ilościowej oceny czasopisma a celami, które sformułowano przy jego two-

ilościowych⁷. Listę zgłoszonych wcześniej i aktualnych do dziś kwestii związanych z prowadzeniem prawniczej dyskusji naukowej na łamach czasopism uzupełnia zagadnienie wychodzące istotnie poza instrumenty jej oceny dla potrzeb finansowania nauki.

Mamy na myśli pytania: Co, realnie patrząc, może być uznane za obiektywne kryteria doniosłości czasopisma z punktu widzenia funkcjonowania i rozwijania



Co może być uznane za obiektywne kryteria doniosłości czasopisma z punktu widzenia funkcjonowania i rozwijania porządku prawnego?

rzeńiu⁵. Innowacją w najnowszej ocenie czasopism było uzupełnienie kryteriów ilościowych o znaczącą możliwość podwyższenia jej wyniku na podstawie „oceny czasopisma naukowego w środowisku naukowym, spełniania standardów etycznych, wydawniczych, oceny wkładu w naukę polską oraz naukę światową oraz innych kryteriów oceny eksperckiej przyjętych przez zespół”⁶. Mogła ona w znaczącym stopniu wpłynąć na podwyższenie wyniku uzyskanego przez czasopismo na podstawie kryteriów

jania porządku prawnego? Czy można uznać praktykę wiodących wedle kryteriów bibliometrycznych amerykańskich czasopism prawniczych za wzór do naśladowania w Polsce?

2. Ogólne kryteria oceny nauki prawa

Pytanie o to, co jest kluczowe dla produktywności dyskusji o prawie, nie jest nowe. Można je podejmować w różnych kontekstach i na różnych poziomach ogólności. Jako *pars pro toto* odniesiemy je tutaj do dwóch obszarów doświadczenia prawniczego. Pierwszym będzie tradycja prawa rzymskiego, z której w dużym stopniu wyrasta także współczesne wyobrażenie o celu i metodzie prawniczej dyskusji w kontynentalnej Europie. Drugim – tradycja amerykańskiego *common law*, którego wyjątkowości upatruje się w połączeniu racjonalizmu wypracowanego w osiemnastowiecznej nauce prawa kontynentalnej Europy z przypisaniem sędziom „nieograniczonej swobody”⁸.

i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. z 2012 r., poz. 877).

3 Por. tabela 2 w załączniku nr 10 do rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 27.10.2015 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. z 2015 r., poz. 2015).

4 J. Bleszyński, *Kategoryzacja czasopism naukowych*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 11, s. 33 i n.

5 W. Dajczak, *Punkty, prestiż, misja czasopisma naukowego*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 5, s. 3–5.

6 Ust. 4 pkt 20 załącznika do komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 2 czerwca 2015 r. w sprawie kryteriów i trybu oceny czasopism naukowych. Zgodnie z ust. 4 pkt 21 oceniający czasopisma zespół mógł przyznać dodatkowe punkty po zasięgnięciu opinii innych zespołów lub komitetów dotyczącej poszczególnych czasopism z dziedzin nauki właściwych dla opiniujących zespołów.

7 Na podstawie ust. 4 pkt 2 załącznika do komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego zespół oceniający mógł przyznać do 5 punktów. W ramach oceny algorytmicznej polskie czasopismo prawnicze zgłoszone do tzw. listy B mogło otrzymać maksymalnie 10 punktów. Por. ust. 4 pkt 18, tabela 2 załącznika do komunikatu.

8 H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford 2014, s. 265.

2.1. Przesłanki produktywności tradycji prawa rzymskiego

Odnosząc pytanie o produktywność dyskusji prawniczej do doświadczenia toczonej od stuleci dyskusji o prawie rzymskim, centralne miejsce wypada przyznać dwóm kwestiom: czy w dyskusji o prawie można operować kryterium prawdziwości, a jeśli nie, to jak uchwycić jej naukowość? Jakie znaczenie ma autonomia dyskusji o prawie?

Opieranie rozwiązań problemów prawnych na krótkim stwierdzeniu, że jest ono prawdziwe (*verum est*) było zauważalnym elementem argumentacji antycznych prawników rzymskich⁹. Takie postrzeganie jurysprudencji jako elitarnej wspólnoty, której dyskusja zmierza ku poszukiwaniu prawniczych prawd, zostało podjęte przez zajmujących się rzymskimi tekstami prawników od późnego średniowiecza po pandektystów. Ci ostatni, budując w XIX wieku teorię prawa prywatnego, wskazywali wielowiekową naukę prawa rzymskiego jako „podstawę całej nauki prawa prywatnego, a w pewnym stopniu całej nauki prawa”¹⁰. Rosnące od późnego średniowiecza powiązanie poszukiwań prawniczych prawd z budowaniem systemowego obrazu prawa nie przyniosło jednak trwałego zwycięstwa idei autorytarnej jurysprudencji jako depozytariusza prawniczej prawdy¹¹. Postępującemu od wieku XVII ograniczaniu zakresu, a następnie kwestionowaniu istnienia dogmatycznej prawdy w prawie, towarzyszyło poszukiwanie takiej metody prawniczej, która przewyżczyłaby arbitralność prawniczych ocen. Znakomicie ilustruje to postawa jednego z prekursorów racjonalistycznego prawa natury Samuela Pufendorfa. Uważał on, że antidotum dla scholastycznej wiary w opinie oparte na autorytecie prawników powinna być metoda prawniczej argumentacji wzorowana na matematyce¹². Trwałym owocem podejmowanych

w XVII i XVIII stuleciu pod szyldem tzw. metody demonstratywnej prób matematyzacji rozumowań prawniczych stało się wyobrażenie, że naukowość prawa opiera się na ujęciu go w formalistyczny, logicznie spójny system¹³. Taki paradygmat naukowości sformułowany w powiązaniu z prawem rzymskim w Niemczech na przełomie XVIII i XIX wieku kształtuje do dziś naszą tradycję prawną. Dalej idąca matematyzacja rozumowań prawniczych została odrzucona w oparciu o akceptowane po współczesność stwierdzenie, że prawa nie można zbudować tak jak matematyki, za pomocą dających się opisać algorytmicznie, wolnych od wartościowania pojęć¹⁴. Praktyka kodyfikacji nie przyjęła formułowanego w niemieckiej pandektystyce postulatu uwolnienia aksjomatyczno-dedukcyjnego systemu prawa od wartości pozaprawnych¹⁵. Setki lat antycznego i nowożytnego doświadczenia prawa rzymskiego, refleksji o nim i wyrastająca z tego nasza tradycja prawna pokazują zatem, że nie ma dogmatycznej prawdy; jednak oderwanie nauki prawa od prawdy rodzi poczucie bezsensu tejże nauki¹⁶. Stworzyliśmy metody porządkujące argumentację prawniczą, ale musimy stwierdzić, że nie da się ich wyizolować od pozaprawnych wartości. Te spostrzeżenia uzasadniają zatem wniosek, że punktu ciężkości nowatorstwa dyskusji o prawie należy poszukiwać, wychodząc poza jego dogmatykę.

13 K. Tuori, *Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideals*.

Studies on the Impact of Contemporary Concerns in the Interpretation of Ancient Roman Legal History, Frankfurt am Main 2007, s. 62 i n.

14 Por. np. G.H. Elend, *Meditationes ad quaestionem: Utrum methodus demonstrativa sive mathematica in iurisprudentia civili adhiberi possit?*, Kilonia 1739, s. 19; J.F. Pollack, *Mathesis forensis*, wyd. 3, Lipszic 1756, s. 3–4 i 54; W. Cyrul, J. Duda, J. Opiła, T. Pelech-Pilichowski (red.), *Informatyzacja tekstu prawnego. Perspektywy zastosowania języków znacznikowych*, Warszawa 2014, s. 22 i 176.

15 Por. K. Tuori, *Ancient Roman Lawyers...*, dz. cyt., s. 62; B. Mertens, *Das Konzept der Generalklauseln im Allgemeinen Teil des BGB* (w:) Chr. Baldus, W. Dajczak (red.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Ländern*, Frankfurt am Main 2013, s. 103 i n.

16 T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten...*, dz. cyt., s. 615.

9 T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007, s. 268 i n. (tam źródła).

10 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, wyd. 8, Frankfurt am Main 1900, s. 19.

11 Por. T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten...*, dz. cyt., s. 614.

12 S. Pufendorf, *De statu hominum naturali* (w:) *Specimen Controversiam circa Ius Naturale*, Osnabrug 1678, s. 55.

Kaius Tuori wyodrębnił ochronę autonomii prawa jako jedną z osi refleksji o tym, co łączy dyskusję o prawie rzymskim z aktualnymi problemami prawnoznawstwa¹⁷. Pokazał, jak skąpe źródła o wprowadzonym przez cesarza Augusta instrumentie autoryzowania niektórych prawników przez przyznanie im tzw. *ius publicae respondendi* dały asumpt do precyzowania granic swobody prawnika w formułowaniu opinii. Zasadnicze ustalenie K. Tuori sprowadza się do wniosku, że interpretacje tych niepewnych

belli ac pacis dedykacja królowi Francji Ludwikowi XIII ma podkreślać, że napisał ją w obronie sprawiedliwości (*iusititia*)²¹. Fundamentalna dla rozwoju prawa tego okresu praca wspomnianej już S. Pufendorfa *De iure naturae et gentium* rozpoczyna się od deklaracji skierowanej do króla Szwecji Gustawa IX, w której powierzając władcy dzieło, odwołał się w szczególności do jego poczucia obowiązku (*pietas*) i uczciwości (*honestas*)²². W bliższym nam historycznie i kulturowo okresie ostatnich lat PRL także



Interdyscyplinarne spojrzenie na prawo ukazuje ubóstwo czysto prawniczych zasobów.

źródeł rzymskich można postrzegać jako powiązane z aktualnym kontekstem wyboru modelu relacji przyjaźni albo wrogości między prawnikami a piastunami władzy politycznej¹⁸. W pierwszym przypadku wyrażało się to w akcentowaniu swobody prawniczej dyskusji jako fundamentu jej autorytetu i zdolności do znajdowania trafnych rozwiązań¹⁹. Natomiast interpretację *ius respondendi* jako instrumentu ograniczenia swobody ocen prawniczych przez kontrolę piastuna władzy publicznej K. Tuori tłumaczył wpływem siedemnastowiecznego absolutyzmu oraz autorytaryzmu pierwszej połowy XX wieku²⁰. Ciekawym uzupełnieniem tego schematu może być zwrócenie uwagi na dedykacje dla władców zawarte w dziełach, które powstawały ze świadomością absolutystycznej kontroli, a które możemy *ex post* określić jako innowacyjne w prawnoznawstwie. Przykładowo jeden z prekursorów siedemnastowiecznych zmian w nauce prawa – Hugo Grocjusz – wyjaśnił, że otwierająca jego dzieło *De iure*

możemy znaleźć przykłady argumentacji broniącej autonomii prawniczych ocen przy świadomości ich politycznego ograniczenia. Rozważając relacje między tradycją i postępem w prawie cywilnym, Jerzy Ignatowicz i Mieczysław Sawczuk wyrazili pogląd, że polskich kodyfikacji cywilnych nie oderwano od tradycyjnych konstrukcji prawniczych, co „umożliwia (...) dalsze korzystanie z wielkiego dorobku polskiej myśli prawniczej poprzednich okresów i z doktryny innych krajów europejskich, (...) a jednocześnie wprowadzono (...) takie uregulowania, (...) jakie są potrzebne dla rozwoju i umacniania socjalistycznych stosunków międzyludzkich”²³.

Wskazane przykłady pozwalają rozwinąć wcześniejsze ustalenie i stwierdzić, że produktywność tradycji *civil law* była i jest owocem połączenia leżących poza dogmatyką inspiracji z zachowaniem autonomii prawniczej dyskusji. Mimo głębokich zmian politycznych i kulturowych jako trwałą cechę korzystania z tej autonomii można uchwycić budo-

17 K. Tuori, *Ancient Roman Lawyers...*, dz. cyt., s. 71 i n.
18 Tamże, s. 131.

19 Por. np. F.C. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (w:) *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenauer*, München 2002, s. 114 [130].

20 K. Tuori, *Ancient Roman Lawyers...*, dz. cyt., s. 131–133.

21 H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Amstelaedami 1712, s. 4 (pierwsze wydanie 1625).

22 S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, Francofurti ad Moenum 1716, s. 3 (pierwsze wydanie 1672).

23 J. Ignatowicz, M. Sawczuk, *Postęp a tradycja w prawie cywilnym* (w:) R. Tokarczuk (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 72.

wanie równowagi między prawniczymi ambicjami a zewnętrznymi względem prawa ograniczeniami lub oczekiwaniami; budowanie oparte na akcentowaniu troski o wartości takie, jak sprawiedliwość, uczciwość czy rozwój. Oczywiście każde z tych pojęć może być różnie rozumiane, co potencjalnie otwiera drogę do prostej instrumentalizacji prawa. Warto w tym kontekście przypomnieć szeroko dyskutowaną pracę Ernsta Weinriba z końca lat dziewięćdziesiątych minionego wieku, która była wystąpieniem przeciwko instrumentalizacji prawa prywatnego wskutek podporządkowywania go kryterium efektywności ekonomicznej. Amerykański prawnik zauważył, że choć interdyscyplinarne spojrzenie na prawo ukazuje ubóstwo czysto prawniczych zas-

mienionych piastunów władzy publicznej tylko ten ostatni jest prawnikiem. Owoce tego pragmatyzmu potwierdzają, że autonomia prawa nie jest nigdy absolutna, co wynika z praktyki i życia, które prawo reguluje. Źródłem samej koncepcji autonomii prawa należy doszukiwać się w prawie kanonicznym, gdzie od dawna oddzielano forum zewnętrzne od forum wewnętrznego: osobno orzekają sądy kościelne, inna jest rzeczywistość objęta tajemnicą sakramentu pojednania i pokuty, zwanego spowiedzią. Przyznanie niewielkiej choćby autonomii urzędnikowi nie służyło wszelako uniezależnieniu go od moralności czy przekonań społecznych. Jego decyzje wpływały na zmiany i rozwój prawa jako wynik systemowej zgody porządku prawnego na prawo-



Prawa nie można zbudować tak jak matematyki.

ów, to jednak klasyczne pojęcia prawa prywatnego osadzone w arystotelesowskich rozważaniach o sprawiedliwości przypominają aktualność pytania o to, czy wyraża ono autonomię, którą łączymy z rządami prawa (*rule of law*)²⁴. Spójrzmy, na ile refleksję o relacji między innowacyjnością a instrumentalnością w korzystaniu z autonomii prawniczej dyskusji wzbogaca doświadczenie amerykańskie.

2.2. Autonomia i pragmatyzm w rozwoju tradycji amerykańskiego common law

Prawo anglosaskie, podobnie jak rzymskie, powstawało dla prowadzenia procesów sądowych, z czego wynika jego kształt i specyfika. I prawo Kwirytów, i *common law* cechował zawsze głęboki, wręcz rozbrajający pragmatyzm. Procedura opierała się na działaniu urzędnika – w znacznej mierze autonomicznego w decyzjach. W Rzymie był to pretor, a potem princeps, w *common law* sędzia²⁵. Z wy-

twórczą rolę rzymskiego pretora²⁶ lub amerykańskiego sędziego. Pozostawienie w pełnym zaufaniu samodzielności każdemu z nich było podyktowane użytecznością, a przy tym nie wynikało z przyjętego ustawą zasadniczą katalogu źródeł prawa. Dostrzegano zalety elastyczności w prawie przy świadomości tego, że luki są nieuniknione. Daje się je bezpiecznie zapełniać dzięki konkretnym rozstrzygnięciom, zapadającym w stanach faktycznych, jakie przed oblicze pretora lub sędziego przynosi obrót prawny.

W Stanach Zjednoczonych wprowadzenie pojęcia nauki prawa łączy się z Christopherem Columbusem Langdellem, dziekanem harwardzkiej szkoły prawa w latach 1870–1895²⁷. Miejsce matematyki jako źródła inspiracji europejskiej dyskusji o naukowej metodzie prawniczej zajęły u Ch.C. Langdella

24 Por. E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge (MA) 1995, s. 229–231.

25 H.S. Maine, *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, London 1861, s. 66–67.

26 F. Longchamps de Bériér, *Pretor jako promotor dobra wspólnego* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bériér, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 78–91.

27 M.H. Hoeflich, *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, „The American Journal of Legal History” 1986, nr 30, z. 2, s. 95.

nauki eksperymentalne. Istniejąca – jego zdaniem – analogia między prawem a laboratorium naukowym stała się źródłem metody nauki i dydaktyki prawa, uznającej za punkt wyjścia orzeczenia sądowe²⁸. Przyjęcie takiego punktu ciężkości w refleksji o prawie przesądziło tak o wadze, jaką przypisano doświadczeniu prawniczemu, jak i o specyficznym amerykańskim rozumieniu tego doświadczenia. Już na pierwszej stronie *The Common Law* – książki prawie nieprzerwanie wydawanej w USA od 1881 r. – Oliver Wendell Holmes Jr. deklaruje: „Prawo ucieleśnia wiele wieków historii narodu i nie można z nim postępować, jakby zawierało aksjomaty i wynikania z książki do matematyki. W celu poznania go musimy wiedzieć, czym się stało, a w jaką stronę zmierza to, czym się stawać będzie. Trzeba naprzemiennie brać pod uwagę historię oraz teorię prawotwórstwa. Najtrudniejszą pracą stanowić będzie rozumienie kombinacji obydwu w nowych produktach na każdym etapie”²⁹. W stosunkowo krótkiej historii prawa amerykańskiego – podobnie jak w naszej tradycji prawnej – czytelnie wyklarował się pogląd, że prawa nie da się zredukować w rzeczywistości, a więc i w praktyce prawników, i w pracy profesorów prawa, do rozumowań czy sylogizmów. Trzeba to przyznać w imię prawdy o prawie i uczciwości wobec odbiorców prawa: klientów adwokata, osób proszących o opinię specjalistę jakiejś gałęzi prawa, wreszcie na potrzeby kształcenia adeptów prawa, ale też administracji, zarządzania, ekonomii itd. Jeden z najśłynniejszych amerykańskich cytatów to czwarte zdanie z przywołanej wyżej książki: „Życiem prawa nie jest logika, jest nim doświadczenie”. I żadna metoda nie zapewni w pełni przewidywalnego rozwiązania, gdyż ostatecznie decyduje zachowanie sądu. Znalazł tu wyraz realizm amerykański, którego O.W. Holmes uchodzi za postać czołową.

Głównym aktorem amerykańskiego *common law* jest sędzia. Odgrywa po wielokroć ważniejszą rolę niż jego starszy angielski kolega. Do dziś bowiem nie straciła aktualności obserwacja, ogłoszona drukiem po raz pierwszy w 1835 r.: w Stanach Zjednoczonych prawie nie ma sprawy politycznej, która

wcześniej czy później nie przerodziła się w kwestię do rozstrzygnięcia przez sąd³⁰. Tak tedy zakres problemów do rozwiązywania przez autonomicznego sędziego jest w amerykańskim *common law* znacznie większy, niż wynikałoby to z brzmienia prawa stanowionego. Rola sędziego jest tym większa, im w wyższej instancji zasiada. O rozstrzygnięciu stojącego na szczycie władzy sądowniczej Sądu Najwyższego USA potrafi w praktyce zdecydować pojedynczy głos dziewiętego sędziego, gdy reszta składu równo się podzieli cztery do czterech. Ostateczność tak osiągniętego ostatecznego rozwiązania wydaje się racjonalna i do cna pragmatyczna. Dlatego jest powszechnie akceptowana, a w konsekwencji wynik pięć do czterech uważany bywa za tak samo autorytatywny, jak dziewięć do zera.

Wynikająca z racjonalizmu pragmatyczność kazała przystać na to, że sędziowie amerykańscy sami sięgnęli po ogromną władzę. Podstawy konstytucyjne stworzyli sobie orzeczeniem wydanym stosunkowo późno, bo w 1803 r.³¹ Wyszło ono spod pióra Johna Marshalla, a więc dopiero trzeciego z kolei prezesa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W wyroku autonomicznie określił on własną jurysdykcję i przyznał sobie kompetencję kontroli konstytucyjności – *judicial review*. Potrzebował bardziej szczegółowych instrumentów, których wypracowywanie przyniósł czas.

Wyrok z 1857 r.³² stał się szczytem nie tylko ugruntowywania odmowy przyznania praw całym grupom ludzi, lecz wręcz rozszerzania niewolnictwa. Jak widać, tendencje społeczne lub przekonania najsilniejszych warstw zawsze ubierano w orzeczenia sądowe. Stosunkiem głosów siedem do dwóch zadeklarowano, że konstytucja uznaje

30 A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. 2, wyd. 14, Paris 1864, s. 175: „Il n'est presque pas de question politique, aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire”. Jednak zdaniem A.B. Coan, *Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law*, „Yale Law Journal” 2012, nr 122, s. 425 i n., Sąd Najwyższy USA przyjął zasady rozstrzygania, które zapewniają ochronienie znacznej większości działań politycznych przed poważniejszą sądową kontrolą.

31 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

32 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

28 Tamże, s. 119–120 (i zamieszczona tam literatura).

29 O.W. Holmes Jr., *The Common Law*, London 1882, s. 1.

niewolników za przedmiot własności i zobowiązuje władze do jej ochrony. W szczególności władza ustawodawcza nie może zdecydować o własności w postaci niewolników inaczej niż o każdym innym przedmiocie własności. Jeśli zatem w którymś ze stanów niewolnictwo jest prawnie dopuszczalne, federacja nie ma mocy zmienić. Także najwyższemu sądowi federalnemu brakuje tu jurysdykcji, a w konsekwencji władzy narzucenia wszystkim stanom zakazu niewolnictwa. Żaden – nawet wolny – potomek osób przywiezionych z Afryki nie

i powtórzona w XIV pozwoliła – przy kreatywnej wykładni sądu – kontrolować nie tylko proces stanowienia prawa, lecz przede wszystkim jego efekty: zarówno brzmienie aktów prawnych, jak i skutki ich stosowania w indywidualnych przypadkach. Zgoda na kreatywność wymagała czasu i wymiany pokoleniowej w sądach, czego efekty widać na dobre dopiero w XX wieku.

Jeszcze w 1896 r.³³ zapadł wyrok osłabiający społeczne skutki zniesienia niewolnictwa. W wielu miejscach kwitła segregacja rasowa obywateli,



Dziś wiara w ekspertów w prawie wydaje się naiwna lub wręcz przewrotna, ale czy wkrótce za taką będziemy uznawać również wiarę w aktywistycznego sędziego moralistę?

stał się nigdy obywatelem w rozumieniu Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Toteż nikt z nich nie ma legitymacji procesowej przed amerykańskimi sądami, a rząd federalny nie ma konstytucyjnych podstaw do ewentualnego ograniczania czy zakazu niewolnictwa. Z porządku ustrojowego wynikało, że sytuację mogłaby zmienić poprawka do konstytucji. Tę zawsze bardzo trudno wprowadzić z uwagi na skomplikowaną procedurę, a w niej niepokonywalną barierą byłaby odmowa ratyfikacji przez Południe.

Stan prawny mogła zmienić jedynie wojna, która wkrótce wybuchła. Zwycięstwo abolicjonistów przyniosło XIV Poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Potomków osób przywiezionych z Afryki uznano za obywateli nie tylko federacji, ale też poszczególnych stanów. Niekörtka w swym brzmieniu zawierała klauzule, które pozwoliły Sądowi Najwyższemu samodzielnie wypracować instrumenty szczegółowej kontroli regulacji federalnych i stanowych. Najpotężniejszym i najwszechstronniejszym okazał się *due process of law* – klauzula prawidłowego wymiaru sprawiedliwości. Wzięta z V Poprawki

schoro w stanie Luizjana nakazano w 1890 r. zakwaterowywanie podróżnych w osobnych wagonach. Regulację uciążliwą ekonomicznie dla kolei skarżył powód będący w siedmiu ósmym potomkiem przybyszów z Europy, a tylko w jednej ósmej osób przywiezionych z Afryki. Został wyproszony z wagonu dla białych, a wedle Sądu Najwyższego USA nie naruszono jego praw wynikających z XIV Poprawki. W konsekwencji ta i podobne regulacje zyskały konstytucyjną rację bytu. Doktrynę je sankcjonującą nazwano *separate but equal*, w czym skorzystano ze słów jedyne sędziego, który napisał zdanie odrębne³⁴. Podsumował w nich skutki wyroku, które jak się okazało, miały potrwać długie pół wieku. Doktrynę obalono dopiero w 1954 r. Jednomyślne orzeczenie powołało inną klauzulę XIV Poprawki: *equal protection* – równą ochronę prawną³⁵. I okazało się sztandarowym przykładem aktywizmu sędziowskiego, dopuszczającego prymat osobistych

33 *Plessy v. Fergusson* 163 U.S. 537 (1896).

34 Tamże, s. 552 (Harlan J., dissenting).

35 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

czy politycznych przekonań sędziego nad obowiązującym prawem, z czego słynął ówczesny Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych pod prezesurą Earla Warrena. Dotąd zauważano fasadowość konstytucyjnej gwarancji *separate but equal*, gdzie pierwszy człon okazywał się o niebo ważniejszy od drugiego. Te rasistowskie skutki były jednak nie do legislacyjnego obalenia – przynajmniej nie w dającej się przewidzieć perspektywie dziejowej. Droga sądowa wydała się najłatwiejsza i najskuteczniejsza. Sytuacja nabrzmiała społecznie, dlatego powszechnie przyjęto rozwiązanie. I nikt nie domaga się obalenia orzeczenia z 1954 r.

Wrogowie sędziowskiego aktywizmu mieliby trudne zadanie, gdyby dziś musieli się opowiedzieć w głosowaniu z 1954 r. Wskazaliby chyba za właściwsze zgłoszenie zdania odrębnego w 1896 r., niż wyraźne opowiedzenie się za zmianą prawa przez wyrok sądowy. A nie słabnie kontrowersja, wyznaczana biegunami: samoograniczenie sędziów, czyli powściągliwość (*judicial restraint*), a sędziowski aktywizm (*judicial activism*). I dawniej, i później sędziowie orzekali według własnych przekonań, w tym oczywiście moralnych; nie byli wolni od wpływu spoza dogmatyki prawa, w szczególności prądów myślowych i politycznych swej epoki³⁶. Widać to najlepiej w najwyższych sądach, bo gdy się wyłoży wszystkie argumenty prawne, decyzję tworzy wynik głosowania. Jak jeden sędzia potrafi przeważać szalę, tak może się okazać decydujący pogląd niekoniecznie ściśle prawny, który tym sędzią pokierował.

W XX wieku zaczęło się mówić o konieczności swobodnego traktowania precedensu, zwłaszcza w prawie konstytucyjnym³⁷. Obserwowano ewolucję norm prawnych w związku z rozwojem społecznym i politycznym, co stymulowało tzw. dynamiczną wy-

kładnię konstytucji³⁸ jako „żyjącego dokumentu”. Tak formułowany aktywizm zyskiwał akceptację w czasach kolejnego po wojnie secesyjnej, wstrząsającego przełomu w Stanach Zjednoczonych, tj. podczas wielkiego kryzysu lat trzydziestych ubiegłego stulecia. Sąd stał się koniecznym narzędziem zmian w ramach *New Deal*. Nie starano się nawet obalać dawnych wyroków. Po prostu zaczęto orzekać w nowy sposób³⁹, co się udało dzięki spokojnej wymianie sędziów. Wszystko jako pochodna publicznej debaty i wyraz powszechnych przekonań o konieczności zmian niezależnie od ewentualnych prawno-dogmatycznych przeszkód. Przełom przyniosła deklaracja Sądu Najwyższego USA z 1958 r. o konieczności dostosowywania konstytucji do „ewoluujących standardów przyzwoitości, które cechują postęp dojrzewającego społeczeństwa”⁴⁰. Uznano tak najpierw w związku z prawem karnym, lecz wkrótce aktywizm zyskał rangę oficjalnej doktryny w metodologii orzecznictwa. Zakwestionowano statyczność i pewność prawa, które wyrażały się w przekonaniu, że do rzeczywistej treści prawa należy docierać przez analizę wcześniej przyjmowanej praktyki oraz niekwestionowanych rozwiązań z przeszłości. Z końcem XIX wieku O.W. Holmes szczerze przyznawał: „pod pojęciem prawa rozumiem prorocтва o tym, co faktycznie zrobią sądy, a nie coś bardziej pretensjonalnego”⁴¹. Za podstawowe zadanie w poszukiwaniu obowiązującego prawa uznawał przewidywanie rezultatów. Prawo ujawnia się w działaniu, a więc gdy przychodzi sprawdzić, co tak naprawdę obowiązuje w danym momencie i w określonym stanie faktycznym. Przekonanie to zyskało szczególne potwierdzenie w doświadczeniu prawniczym, gdy od drugiej połowy XX wieku w Stanach Zjednoczo-

36 Por. np. E. Chemerinsky, *The Case Against the Supreme Court*, Viking Penguin 2014, który dowodzi roli osobistych przekonań sędziów przez całe niemal dzieje Sądu Najwyższego USA i podejmuje krytykę orzecznictwa z liberalnych pozycji.

37 Por. J.F. Mitchell, *Stare Decisis and Constitutional Text*, „Michigan Law Review” 2011, nr 110, s. 1–68; J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, „Michigan Law Review” 2012, nr 111, s. 1–31.

38 P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, wyd. 2, Kraków 2007, s. 66.

39 W polskiej literaturze przedmiotu znajdziemy pracę opisującą SN USA dopóki ten nowy okres się nie rozpoczął: G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006.

40 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

41 O.W. Holmes, *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, nr 10, s. 461.

nych wiara w eksperckość, która wyrażała się dotychczas powoływaniem specjalistycznych komisji do podejmowania decyzji administracyjnych (często niezależnie od władzy wykonawczej prezydenta USA), została zastąpiona wiarą w sędzięgo moralistę⁴². Dziś wiara w ekspertów w prawie wydaje się naiwna lub wręcz przewrotna, ale czy wkrótce za taką będziemy uznawać również wiarę w aktywistycznego sędzięgo moralistę? Na razie autonomia dyskusji o prawie jest faktem, bo przekłada się na wyroki, a więc obowiązujące prawo. Debata toczy się w sądzie, między sądami w ramach kontroli instancyjnej, ale też w ramach porównania linii orzeczniczych równorzędnych sądów, które mają inną właściwość miejscową. Nie mniej wpływowa toczy się wokół wyroków, a więc w czasopiśmie prawniczych i poważnej prasie, która okazuje się tu bardziej fachowa, niż bywa w Europie.

Apostoł sędziowskiej powściągliwości Felix Frankfurter pisał w 1943 r.: „w żadnej sytuacji nasza funkcja nie jest porównywalną z pełnioną przez prawodawcę ani też nie wolno nam działać, jakbyśmy byli nadlegislaturą”⁴³. Słowa pojawiły się w zdaniu odrębnym do wyroku, który po zaledwie trzech latach obalił opinię sądu przez niego sporządzoną. Wtedy podkreślał, że Sąd Najwyższy USA nie powinien podejmować roli narodowego kuratorium i kontrolować meritum; musi zatem podtrzymać skazanie za odmowę przez dzieci oddawania czci amerykańskiej fladze⁴⁴. Powszechna międzywyznaniowa krytyka zmiotła orzeczenie⁴⁵ i uświadomiła zagrożenia, jakie niesie zbyt zachowawcze postępowanie sędziów. W imię pragmatyki życia społecznego podkreślano, że lepiej i trwalej wychowywać do szacunku wobec wartości narodowych, niż wymuszać go siłą. Autonomia sędziowska pozwoliła na szybki

zwrot po chwili zastanowienia – zupełnie jakby przy wydawaniu pierwszego orzeczenia sędziom zabrakło chęci, uwagi, czasu do dłuższego namysłu.

Aktywistyczny kurs „sądu Warrena” doprowadził w niespełna 20 lat do groźnego incydentu. Sąd Najwyższy zadeklarował istnienie prawa do aborcji, które miałyby wynikać z prawa do prywatności⁴⁶. Wszystko wbrew tradycji prawnej wielu stanów i ponad głowami ludzi o różnych poglądach. Stąd i potężna kontestacja, która nabrała politycznego wymiaru w postaci wsparcia kandydata republikanów w wyborach 1980 r. Liczono, że mianuje sędziów, którzy doprowadzą do obalenia precedensu. Do tego nie doszło, ale też przez długie trzy dekady wydawało się, że już nigdy na podobnie ryzykowne, aktywistyczne orzeczenie Sąd Najwyższy sobie nie pozwoli. W 2015 r. pięcioro sędziów uznało, że sytuacja społeczna dojrzała do zadeklarowania, że na podstawie *due process of law* każdemu przysługuje prawo do małżeństwa⁴⁷. W imię wolności chronionej XIV Poprawką ogłoszono, że nie ma przeszkód dla małżeństw jednopłciowych: małżeństwo to związek dwóch osób odmiennych albo tej samej płci. Dla czego tylko dwóch osób, pozostało sekretem sądu.

O ile jeszcze w latach czterdziestych sprawy o salutowaniu fladze przyniosły ważne rozstrzygnięcie ustrojowe, że oto poprawki do konstytucji dotyczą nie tylko federacji, ale i stanów, o tyle aktywizm późniejszych dziesięcioleci postawił pod znakiem zapytania zgodność zachowania sędziów z federalizmem. Dopóki przekonania społeczne pokonywały wyrokami konserwatywnych elit władzy, wszystko musiało być przez nie do zaakceptowania, bo do jej sprawowania potrzebowały głosów. Niedemokratycznie powoływany organ przekroczył wszelako w 1973 r. punkt krytyczny, narzucając wszystkim stanom dopuszczalność aborcji. Wyrok z 2015 r. za-

42 A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters* – Mułhowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni, tłum.

A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009, s. 9–10, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf> (dostęp 9.08.2016).

43 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 648 (1943), (Frankfurter J., dissenting).

44 *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

45 J.T. Noonan, *The Believer and the Powers that Are*, New York–London 1987, s. 250–251.

46 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Nowy przykład aktywizmu w tej samej materii przyniosło orzeczenie wydane w ostatnim czasie *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 136 S.Ct. 2292 (2016).

47 *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015). Por. P. Michalik, *Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne? Hollingsworth v. Perry i United States v. Windsor*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1, s. 39–41.

padł w kraju, w którym wciąż trwały żywe i szczerze debaty. Wiele stanów zinstytucjonalizowało związki jednopłciowe, nie mało absolutnie nie było w stanie przystać na podobne rozwiązanie. Sąd przeciął dyskusje i podeptał argumenty, a przede wszystkim podkopał zaufanie do siebie.

Podobnie jak o aborcji czy małżeństwie, Konstytucja USA ani słowem nie wspomina o karze śmierci. Sądy próbowały wprowadzić jej zakaz przez XIV, ale głównie VIII Poprawkę, która dotyczy kary okrutnej i nadmiernej (*cruel and unusual punishment*). Sąd Najwyższy w 1976 r. nie podzielił argumentacji, że za taką należy uznać najwyższy wymiar kary za morderstwo⁴⁸, chociaż od czterech lat było nie małe zamieszanie: w 1972 r. za nadmierną uznano karę śmierci za gwałt⁴⁹. Natomiast w początkach nowego wieku za okrutne i nadmierne uznano jej orzekanie i wykonywanie wobec osób, które w momencie popełnienia przestępstwa były upośledzone umysłowo⁵⁰ albo nie ukończyły osiemnastego roku życia⁵¹. W drugiej ze spraw sąd powołał się nie tylko na ewoluujące standardy przyzwoitości i narodowy konsensus w kwestii sprzeciwu wobec kary śmierci dla takich małoletnich. Przytoczył też szerszy kontekst prawnoporównawczy, co zawsze w Sądzie Najwyższym USA budzi kontrowersje i jest uważane za stosunkowo słaby argument. A tylko siedem innych krajów niż Stany Zjednoczone dopuszczało egzekucje młodocianych przestępców od 1990 r.: Iran, Pakistan, Arabia Saudyjska, Jemen, Nigeria, Demokratyczna Republika Konga i Chiny; w krajach tych albo już zrezygnowano z tego proceduru, albo mocno się go krytykuje⁵². Wyrok stosunkiem głosów pięć do czterech nie wynikał z braku wrażliwości czterech sędziów na przerywanie życia tak młodych osób, lecz z niezgody na odebranie stanom prawa do demokratycznego decydowania w kwestii, o której konstytucja ani słowem nie wspomina.

Wskazane orzeczenia świadczą o autonomii i produktywności dyskusji o prawie, a nie tylko o ogro-

mie władzy sędziów. Tradycja amerykańskiego *common law* przyznaje im ją w imię pragmatyzmu i realizmu, aby konkretnie podali stronom prawo, jakie je obowiązuje. Oczyma angielskiego prawnika Herberta Hart trafnie opisał tę amerykańską jurysprudencję za pomocą dwóch metafor: koszmaru i szlachetnego snu. Pierwszy wynika z iluzji, że sędzia uważany za bezstronnego znawcę obowiązującego prawa nie jest prawodawcą. Drugi to nadzieja, że wbrew wszelkim pozorom oraz sędziowskim aberracjom czy błędom, będą oni stosowali obowiązujące prawo oraz poszukiwali rzeczywistej jego treści; wiara, iż da się ją zawsze ustalić w możliwie jednoznacznym brzmieniu⁵³. Sprawy aborcyjne i małżeństw jednopłciowych wymykają się subtelnościom, robiąc wrażenie przejawów nagiej siły o niebezpiecznych skutkach. To dlatego po pierwszej ze spraw wielu się spodziewało, że do podobnej manifestacji władzy nigdy nie dojdzie. I długo nie dochodziło dzięki nie tylko politycznym, ale też naukowym zabiegom. Dopiero orzeczenie z 2015 r. jako równie aktywistyczne podobnie spolaryzowało i tak silnie podzielonych Amerykanów. Jako sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych O.W. Holmes pisał dla wsparcia argumentu z użyteczności: „wielkie sprawy, trudne sprawy tworzą złe prawo”⁵⁴. Nie jest to opinia niekwestionowana. W literaturze przedmiotu pojawia się i teza przeciwna⁵⁵. Do ustalenia w konkretnych przypadkach pozostaje – między koszmarem a szlachetnym snem – która z nich powinna przekonać do wstrzemięźliwości w nowatorskim wyrokowaniu. Wiele zależy od autonomicznej debaty wokół wyroków, a nade wszystko sposobów orzekania. Antonin Scalia mówił na przykład

53 H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence*, Oxford 1983, s. 126 i 132.

54 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400 (1904) (Holmes J., dissenting): „Great cases, like hard cases, make bad law”. Por. dyskusję w „The University of Chicago Law Review” 2006, nr 73: F. Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, s. 883–918; Emily Sherwin, *Judges as Rulemakers*, s. 919–931; J.J. Rachlinski, *Bottom-up versus Top-down Law-making*, s. 933–964.

55 Por. A.L. Corbin, *Hard Cases Make Good Law*, „Yale Law Journal” 1923, nr 33, s. 78–82.

48 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

49 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

50 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

51 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

52 Tamże, s. 577.

o niestosowności, a tak naprawdę kwestionował sensowność podejmowania wartościujących decyzji z uwagi na trudne do uzasadnienia przyznanie sędziom – lub przez nich samym sobie – kwalifikacji do udzielania ludziom odpowiedzi na pytania moralne, które tkwią w każdej dokonywanej *a priori* ocenie praw człowieka⁵⁶.

W zdaniu odrębnym do wspomnianego wyroku z 2015 r. o małżeństwie prezes John Roberts zaczął od przypomnienia, co jest podstawowym wyznacznikiem ustrojowego odróżnienia sądu od prawodaw-

cy. Wyroki są ostateczne dziś, jutro mogą ulec zmianie. Amerykańskie doświadczenie prawnicze dowodzi, że elementy pozaprawne odgrywają tu istotną rolę. Udawaniem zdaje się więc ukrywanie rozważań i rozstrzygnięć za samą dogmatyką prawa, jakoby decyzja, stanowisko wynikały wyłącznie z obowiązujących regulacji. To znowu zawieszenie między koszmarem a szlachetnym marzeniem. Jak wskazanie tych metafor, tak wyróżnianie postaw sędziowskiej powściągliwości albo aktywizmu służą opisowi rzeczywistości. Niezależnie od poglądów



Wyroki są ostateczne dziś, jutro mogą ulec zmianie.

cy w porządku *common law*: „pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno”⁵⁷. Gdy więc Sąd Najwyższy uznał, że pary jednopłciowe były dotąd pozbawione całej konstelacji korzyści, jakie stany przewidywały dla małżeństw, zrodziła się zasadnicza wątpliwość: na jakiej podstawie sądowi wolno przyznać komuś takie korzyści? Gdzie przebiega granica między dozwolonym prawotwórstwem sądownictwa a usurpacją władzy? Co z legitymacją demokratyczną? W ostatniej kwestii odpowiedzią bywa wskazanie na ostateczność, przyznaną w systemie ustrojowym wyrokom sądów. Ma ona jednak charakter mocno formalny, co widać zwłaszcza, gdy rozstrzygnięcie nie spotka się ze społecznym zrozumieniem⁵⁸. Dobrze to widać w perspektywie historii prawa i rozwoju linii orzeczniczych nawet w stosunkowo krótkich okresach.

ceniony jest umiar, którego zabrakło w sprawach aborcyjnej i dotyczącej małżeństwa. Ani aktywizm, ani powściągliwość nie staną się nigdy jedną i najlepszą postawą. Zachowania tedy i decyzje próbują się mierzyć⁵⁹, a stopień nasilenia jednego albo drugiego różnie bywa oceniany.

Raz otwarta furtka aktywizmu sprawia, że rola sędziego rośnie wraz ze społecznymi wobec niego oczekiwaniami. Wciąż jednak ma być to obiektywny, bezstronny erudyta, doświadczony w ogłaszaniu, jakie prawo obowiązuje strony procesu. Może jednakże stracić instynkt samozachowawczy, choć teoretycznie wie, że granice jego autonomii, w tym swobody wypowiedzi, wyznacza niedopuszczalność zaangażowania politycznego. Wyjątkowy przykład przyniosły ostatnie miesiące. Wybitna aktywistka w składzie najwyższego amerykańskiego organu sądowego i forpocztą przyspieszania w ostatnich latach zmian społecznych odważnymi wyrokami, zdecydowała się otwarcie wesprzeć osobę, ubiegającą się o wybór na urząd prezydenta Stanów Zjednoczonych. Osiemdziesięcioletnia Ruth Bader Ginsburg nazwała jej kontrkandydata *faker* – hochsztaplerem, oszustem i zwierzała się pełna emocji:

56 A. Scalia, *Mullahs...*, dz. cyt., s. 16.

57 *Obergefell v. Hodges*, s. 2611 (Roberts C.J., dissenting).

58 Por. odmienne spojrzenia na zależność orzecznictwa od poglądów większości społeczeństwa: B. Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2009 oraz R.H. Pildes, *Is the Supreme Court a „Majoritarian” Institution?*, „Supreme Court Review” 2010, nr 1, s. 103–158.

59 Por. np. S.A. Lindquist, F.B. Cross, *Measuring Judicial Activism*, Oxford 2009.

„Nie mogę sobie wyobrazić, jakim to miejsce mogłoby być – nie mogę sobie wyobrazić, jakim kraj mógłby być z Donaldem Trumpem jako naszym prezydentem. Dla kraju byłyby to cztery lata, dla sądu mogłoby to być... nie chcę nawet o tym myśleć!”⁶⁰. Wszystko to nie przypadek czy wynik nieuwagi: udzieliła czterech kolejnych wywiadów w tym samym duchu. Podjęła próbę udziału w polityce, niesłyszczaną odkąd w pierwszej połowie XIX wie-

dama amerykańskiej jurysprudencji szybko przyznała rację krytykom⁶².

Pytanie o autonomię i pragmatyzm w amerykańskim *common law* dotyczy przede wszystkim sędziego jako ust prawa. Znaczenie ma wyrok, a nie jego omówienie, czyli literatura przedmiotu. Nie uczeni zatem, lecz sędziowie decydują o obowiązującej doktrynie prawnej. Prawnicze uczelnie różnią się rangą, co ma znaczenie dla zatrudnianych w nich



Pytanie o autonomię i pragmatyzm w amerykańskim *common law* dotyczy przede wszystkim sędziego jako ust prawa.

ku ukształtowała się pozycja Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako niezależnego organu sądownictwa. Absolutnie bezprecedensowe, przynajmniej w ciągu ostatnich stu lat, zachowanie wywołało ostre protesty. Wyszły one też z poważnych środowisk opiniotwórczych, które wspierają tę samą co pani sędzia kandydatkę⁶¹. Negatywna ocena nie była narzędziem gry politycznej, lecz wynikała ze szczerzej troski o utrzymanie autorytetu sędziów i autonomii dyskusji o prawie. Dlatego wiekowa

wykładowców – zwłaszcza gdy chodzi o zewnętrzny odbiór. Jednakże liczącym się profesorem prawa jest nie ten, kto zajmuje prestiżową pozycję akademicką, lecz ten, na którego sądy się powołują w wyrokach. Cytat w orzeczeniu znacznie umacnia pozycję autora na rynku usług edukacyjnych.

To, co robią sędziowie, poddane jest ocenie szerokiej opinii publicznej, reprezentowanej przez piszących prawników. Postawione na wstępie pytania inspirują zatem, by zapytać o widoczne za sprawą czasopism naukowych zasadnicze cechy dyskusji o prawie.

3. Czasopisma prawnicze wobec pragmatyzmu i autonomii nauki prawa

W świetle powyższego szkicu możemy postrzegać czasopismo prawnicze jako pole, na którym spotykają się obecne w nauce prawa przekonania co do sposobu rozumienia autonomii dyskusji o prawie w postaci adekwatnej do ambicji, przekonani lub interesów jej uczestników. Ciekawe w tym kontekście

60 A. Liptak, *Ruth Bader Ginsburg, No Fan of Donald Trump, Critiques Latest Term*, „The New York Times”, 10.07.2016, http://www.nytimes.com/2016/07/11/us/politics/ruth-bader-ginsburg-no-fan-of-donald-trump-critiques-latest-term.html?_r=0 (dostęp 9.08.2016).

61 Editorial Board, *Justice Ginsburg's inappropriate comments on Donald Trump*, „The Washington Post”, 12.07.2016, https://www.washingtonpost.com/opinions/justice-ginsburgs-inappropriate-comments-on-donald-trump/2016/07/12/981df404-4862-11e6-bdb9-701687974517_story.html?tid=a_inl (dostęp 9.08.2016); R. Marcus, *Justice Ginsburg's damage to the Supreme Court*, „The Washington Post”, 14.07.2016, https://www.washingtonpost.com/opinions/the-damage-justice-ginsburg-did-to-the-supreme-court/2016/07/15/7c80f054-4ab8-11e6-90a8-fb84201e0645_story.html (dostęp 9.08.2016).

62 M.D. Shear, *Ruth Bader Ginsburg Expresses Regret for Criticizing Donald Trump*, „The New York Times”, 10.07.2016, http://www.nytimes.com/2016/07/15/us/politics/ruth-bader-ginsburg-donald-trump.html?_r=0 (dostęp 9.08.2016).

jest spojrzenie na wybrane choćby czasopisma, których powstaniu towarzyszyła deklaracja wspierania określonego kierunku myślenia o prawie i jego rozwoju. Zasadne będzie następnie postawienie pytania o relację między takimi założeniami pisma, a bibliometrycznym sukcesem współcześnie.

3.1. Deklaracje twórców czasopism prawniczych

Pierwszy numer prestiżowego czasopisma historyczno-prawnego wychodzącego od roku 1861, a od roku 1883 pod zmodyfikowanym tytułem „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte”, otwierało wyjaśnienie, że jest ono realizacją programu wspierania historycznego badania prawa opartego na przekonaniu, że prawo jest owocem kultury, a badanie jego przeszłości, przede wszystkim prawa rzymskiego, będzie służyć rozwojowi „świadomości i naukowości prawa niemieckiego”⁶³. W konsekwencji myślano o wspieraniu przekonania, że „pewność naszego myślenia o prawie można wyjaśnić nie wyjątkowymi zdolnościami naszych czasów, lecz spuścizną, którą otrzymaliśmy od przeszłości”⁶⁴. Budowano przekonanie o istnieniu istotnego związku między historią prawa a „krytyczną metodą, bez której żadne zadanie nauki prawa nie może być obecnie rozwiązane”⁶⁵. Przywołane słowa wskazują, że czasopismo powstało jako instrument promowania drogi i metody rozwoju prawa tzw. szkoły historycznej, która zyskała kluczową pozycję w dziewiętnastowiecznej niemieckiej nauce prawa prywatnego i istotnie wpłynęła na kształt kodyfikacji cywilnej w tym kraju. Jednak dwudzieste stulecie, a zwłaszcza jego ostatnie dziesięciolecie, przyniosły – wbrew ambicjom twórców pisma – ograniczenie wagi argumentów historycznych w głównym nurcie prawoznawstwa. Mimo to otwarte dzięki utworzeniu pisma pole dyskusji o historii prawa nieprzerwanie zachowuje naukową atrakcyjność i ma wysoką, jak na europejskie czasopisma prawnicze, pozycję bibliometryczną⁶⁶.

63 *Die Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, „Zeitschrift für Rechtsgeschichte” 1861, nr 1, s. 2.

64 Tamże.

65 Tamże, s. 2–3.

66 Pismo jest indeksowane w bazie danych ERIH.

Wizja głębokiej zmiany porządku prawnego bliższa była także twórcom ważnego polskiego czasopisma naukowego „Państwo i Prawo”. W otwierających pierwszy jego zeszyt słowach redaktorów czytamy w szczególności, że pismo „powołane zostało do życia jako organ Zrzeszenia Prawników Demokratów, by uczynić zadość potrzebie krzewienia demokratycznej myśli prawniczej”⁶⁷. *Ex post* możemy stwierdzić, że przyjęto ku temu niemożliwe do połączenia w okresie dominacji partii komunistycznej założenia: „służenia sprawie ugruntowania demokracji ludowej opartej na niewzruszonych fundamentach reformy rolnej i nacjonalizacji kluczowego przemysłu”⁶⁸, a z drugiej strony „dołożenia starań, by z tej trybuny rozbrzmiewał głos swobodnej krytyki”⁶⁹. Autorytaryzm czasów PRL wymuszał ograniczenie swobody dyskusji. Przełom polityczny roku 1989 dokonał się pod hasłami odejścia od „demokracji ludowej”, którą chcieli umacniać twórcy „Państwa i Prawa”. Liczba czasopism prawniczych rośnie, co w demokratycznym otoczeniu politycznym daje podstawę do pluralizmu dyskusji. „Państwo i Prawo” stało się jej ważnym elementem, zachowało wysoką pozycję w polskim prawoznawstwie, czego najnowszym formalnym wyrazem były wyniki oceny czasopism przeprowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w 2015 r.

Wspólne dla dwóch wskazanych wyżej przykładów jest to, że przedstawiają one cieszące się dziś autorytetem naukowym czasopisma utworzone jako instrumenty wspierające ideę rozwoju prawa, która była nowatorska, ale z czasem utraciła tę pozycję. Trwanie i autorytet tych czasopism można więc postrzegać jako dowód potwierdzający, że autonomia nauki prawa przewyższyła instrumentalne spojrzenie na czasopismo, dające się wyprowadzić z deklaracji ich twórców. Jak pokazały wcześniejsze uwagi o kontynentalnej tradycji prawnej, autonomia może być użyta pragmatycznie do kontynuowania dyskusji o prawie i do umacniania autorytetu nauki prawa, tak aby zachowywała szczególną pozycję względem samego prawa. Jednak nowatorstwu tej

67 *Od redakcji*, „Państwo i Prawo” 1946, nr 1, s. 3.

68 Tamże.

69 Tamże, s. 4.

dyskusji służy dopiero – tak w naszej tradycji prawnej, jak i w *common law* – poszukiwanie źródeł inspiracji poza dogmatyką prawniczą. Spójrzmy, jak wygląda relacja między nowatorstwem a produktywnością autonomicznej dyskusji o prawie w wyróżniających się dziś pod względem bibliometrycznym amerykańskich czasopismach prawniczych.

3.2. Bibliometryczny sukces amerykańskich czasopism prawniczych

Porównując wspomniane europejskie czasopisma prawnicze z wiodącymi amerykańskimi, wiadać wyraźną odmienność wyrażającą się w tym, że te drugie zostały utworzone przez studentów. Ich pierwszym numerem z końca XIX wieku nie towa-

tor, który wyraża średnią liczbę cytowań każdego artykułu ogłoszonego w danym piśmie w ciągu dwóch lat poprzedzających rok, którego dany parametr dotyczy (w 2014 dla „Harvard Law Review” 4979, dla „Yale Law Journal” 4032)⁷². Warto dodać jako dane wzbogacające ocenę takiego spojrzenia na wagę czasopisma prawniczego, że w roku 2014 wśród 143 objętych bazą Web of Science pism prawniczych były tylko dwa niepublikowane wyłącznie w języku angielskim⁷³. Zajmujące najwyższą pozycję w rankingu Web of Science za rok 2014 europejskie pismo prawnicze „Common Market Law Review” wykazywało 606 cytowań i *impact factor* wynoszący 1,795. Podobne co do problematyki publikacji do omawianego „Zeitschrift der Savigny Stiftung



Autonomia może być użyta pragmatycznie do kontynuowania dyskusji o prawie i do umacniania autorytetu nauki prawa, tak aby zachowywała szczególną pozycję względem samego prawa.

rzyszyły deklaracje co do metody lub celu nauki prawa. Natomiast współcześnie wyróżniają się w oparciu o kryteria bibliometryczne, a w uznawanej za kluczową w dzisiejszej nauce bazie Web of Science⁷⁰ stanowią większość. Zajmują pierwsze dziesięć miejsc rankingu, który w ostatnich latach otwierają pisma „Harvard Law Review” oraz „Yale Law Journal”. Pierwsze powstało w 1887 r., drugie w 1891 r., ale ich tak wysoka pozycja dziś nie wynika z długiej historii nieprzerwanego wydawania. Jest wynikiem niesłabnącej popularności, której miarę stanowi ustalona przez tę bazę danych liczba cytowań (w roku 2014 dla „Harvard Law Review” 5353, dla „Yale Law Journal” 4728)⁷¹ oraz tzw. *impact fac-*

für Rechtsgeschichte” wydawane w Holandii pismo „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” miało tylko 14 cytowań i *impact factor* wynoszący jedynie 0,048.

Wskazaną odmienność wolno interpretować jako jedną z konsekwencji odmiennego rozumienia autonomii dyskusji naukowej. Wcześniejsze uwagi pozwalają stwierdzić, że w przypadku pism europejskich wyrażała się ona w elastyczności względem deklaracji ich twórców, w imię autorytetu nauki prawa zakładającej pewną kontynuację rozumienia formalnych cech naukowości. Natomiast w wiodących pismach amerykańskich ważne jest

70 Jest to komercyjny produkt firmy Thomson Reuters.

71 Web of Science (dostęp 8.04.2016).

72 Tamże (dostęp 8.04.2016).

73 „Revista Chilena de Derecho” oraz „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d’Histoire du Droit – The Legal History Review”.

takie korzystanie z autonomii, aby dostosować się do wypracowanych w innych naukach standardów zwiększania popularności, a w konsekwencji budowania wizerunku wagi naukowej. Powiązanie tej odmienności z bibliometrycznym sukcesem czasopism amerykańskich prowokuje pytanie o relację między przypisaniem dużej wagi popularności czasopisma, a rozumieniem źródeł nowatorstwa w dyskusji prawniczej. Rozważmy w ten sposób jako *pars pro toto* tematy i cechy metody artykułów opublikowanych w okresie od listopada 2013 do maja 2016 przez „Harvard Law Review”, czasopismo wiodące na liście Web of Science, oraz bliski mu popularnością według tej bazy „Yale Law Journal”.

3.3. „Harvard Law Review” oraz „Yale Law Journal” – przestanki popularności

Uznane amerykańskie czasopisma „Harvard Law Review” oraz „Yale Law Journal” wydają rocznie po osiem numerów. Czytając zeszyty każdego z nich wydane w tym wieku, dostrzeżemy już w samej strukturze wyraźną odmienność względem typowej praktyki europejskich czasopism prawniczych. Polega ona na tym, że co do zasady w jednym zeszycie czasopisma umieszczany jest zazwyczaj jeden, rzadziej dwa artykuły. Na pozostałą treść numeru składają się eseje, noty, komentarze, artykuły recenzyjne, artykuły ku czci lub pośmiertne wspomnienia, a w „Harvard Law Review” właściwie zawsze prezentacja i analiza kilku lub kilkunastu orzeczeń. Ważne i stałe miejsce mają także informacje o toczonych debatach legislacyjnych, nowościach w ustawodawstwie, innowacjach w zakresie praktyki. Takie podejście można interpretować jako wyraz pragmatyzmu, zmierzającego do znalezienia równowagi między efektywnością naukowej dyskusji a praktyczną użytecznością publikacji prawniczych. Właściwemu wyważeniu pierwszego z tych celów służy zasada ekskluzywności artykułu w zeszycie czasopisma. Lektura tych publikacji pozwala uchwycić kolejne cechy wymaganego od nich nowatorstwa. Po pierwsze, wszystkie artykuły odnoszą się do problemów istotnych dla amerykańskiej praktyki prawnej. Czytelne jest podejmowanie w nich pytań związanych z funkcjonowaniem prawa wobec istotnych zmian jego kontekstu społecznego, obyczajowego

lub technologicznego. W podejmowaniu tych problemów – stosownie do ich specyfiki – wyraźne jest uwzględnianie obok perspektywy prawniczej także perspektywy politycznej albo sięganie w argumentacji do dorobku innych nauk, jak np. zarządzanie, historia, historia sztuki czy psychologia. W znacznej części takich rozważań wyraźna jest postawa uznająca pierwotną względem prawa funkcję wartości porządkujących funkcjonowanie społeczności lub promowania zmian wartości odczytywanych przez autorów jako mających potwierdzenie w zmianach społecznych.

Powyższe ustalenia pozwalają na konkluzję, że źródeł popularności „Harvard Law Review” czy „Yale Law Journal” można upatrywać w podejmowaniu pytań istotnych także w szerszym dyskursie społecznym, gdy sposób spojrzenia na nie zasada się na uznaniu historyczności prawa i prowadzi w poszukiwaniu oryginalnych odpowiedzi poza dogmatykę ku dorobkowi innych nauk. Rejestrowana przez wskaźniki bibliometryczne popularność łączy się zatem z cechami, które od XVII do XIX wieku były źródłami innowacyjności tradycji *civil law*.

4. Przez czasopisma prawnicze ku lepszej orientacji i większej równowadze w świecie sporów o istotę prawa

Coraz mocniej wpływające na polską naukę prawa zjawisko punktacji i budowania rankingów czasopism zainspirowało nas do postawienia pytań: co, realnie patrząc, może być uznane za obiektywne kryteria doniosłości czasopisma z punktu widzenia funkcjonowania i rozwijania nauk prawnych? Czy można uznać praktykę wiodących wedle kryteriów bibliometrycznych amerykańskich czasopism prawniczych za wzór do naśladowania w Polsce?

Uważamy, że kwestii tych nie można rozważać bez zajęcia stanowiska wobec cech i ograniczeń naukowości dyskusji o prawie. Temu posłużył szkic poświęcony tradycji naukowej wyrastającej z oddziaływania prawa rzymskiego oraz tradycji budowanej od XIX stulecia w USA. Pozwolił on zauważyć, że realizm w odniesieniu do pierwszego z postawionych pytań łączyć należy z uznaniem, iż postęp w dyskusji o prawie wymaga jej autonomii. Jednocześnie

istnienie tej autonomii nie gwarantuje przewidywalności rozwiązania *ad casum*, co może prowadzić do rodzących sprzeciw nadużyć. Przedstawiony szkic pokazał wyraźnie, że źródła innowacyjności prawniczej dyskusji leżą poza dogmatyką i łączą się z tęsknotą za większą przewidywalnością prawa. Wyrażające to w nauce kontynentalnej Europy szukanie inspiracji w matematyce, a także widoczne w XIX stuleciu w USA zainteresowanie naukami eksperymentalnymi pokazały jednak niemożliwość

powoływanie w dyskusji o prawie takich wartości jak sprawiedliwość, uczciwość, rozwój czy zmiany standardów przyzwoitości, należy do przesłanek wskazanych zjawisk. Oczywiście wartości te mogą być różnie rozumiane, zorientowane na zgoła odmiennie cele praktyczne. Prawo to przecież tylko instrument, za którym stoją wartości i w którym znajdują wyraz zasady. Nadto nie wolno zapomnieć, że prawnicze inspiracje metodami nauk ścisłych oparte były na ich stanie sprzed kilkuset lat.



Nieracjonalne jest formułowanie w odniesieniu do publikowanych w języku polskim czasopism prawniczych oczekiwanie popularności ustalanej w oparciu o bazę przeznaczoną dla publikacji anglojęzycznych.

prostego skopiowania w prawoznawstwie dorobku nauk ścisłych. Nie były to wszelako inspiracje w pełni jałowe. Z perspektywy historycznej możemy stwierdzić, że matematycznie inspirowane dążenie do uporządkowania prawniczej argumentacji miało wpływ na rozwój systematyki prawa, powstanie kodyfikacji i sformalizowanych metod ich interpretacji. Przypominające laboratorium fizyka lub biologa spojrzenie na prawo przez wyroki sądów legło u podstaw amerykańskiego realizmu prawniczego. Czytelnymi symbolami kryzysu tych osiągnięć stały się odpowiednio słabości pozytywizmu prawniczego⁷⁴ i postępy procesu dekodyfikacji⁷⁵ oraz budzące kontrowersje skutki sędziowskiego aktywizmu w Stanach Zjednoczonych. W nawiązaniu do przedstawionego szkicu możemy przypomnieć, że trwałe

Odpowiadając zatem na pierwsze z postawionych pytań, uważamy, że warto rozróżnić między doniosłością czasopisma naukowego z punktu widzenia stosowania prawa oraz z punktu widzenia jego rozwoju⁷⁶. W pierwszym przypadku upatrujemy tej doniosłości w odnoszeniu się do problemów budzących zasadnicze kontrowersje praktyczne lub ukazujących wyraźne deficyty rozwoju prawa. W drugim przypadku uważamy, że takim kryterium jest otwartość na metodologiczne innowacje innych nauk, które mogą okazać się użyteczne dla wspierania oryginalnych ocen, służących przełamaniu nadmiernego formalizmu i usuwających deficyty prawne, a także gdy mogą wesprzeć krytyczną weryfikację opinii oryginalnych, ale rodzących w danym czasie poważne kontrowersje społeczne. Wspólnym

74 Por. np. J. Stelmach, *pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 3, s. 7–14.

75 Por. np. W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2, s. 8–22.

76 W ramach pierwszej grupy łatwiej ocenić pisma poświęcone wybranym obszarom praktyki i dogmatyki prawa obowiązującego. Natomiast druga grupa jest adekwatna dla pism skupionych na zagadnieniach historii i teorii prawa oraz otwartych na wszystkie aspekty prawoznawstwa.

mianownikiem dla obu przypadków powinno być, naszym zdaniem, dążenie do budowania pogłębio- nego obrazu przyczyn, celów i możliwych skutków konkretnych *rationes* tak w procesie tworzenia, jak i stosowania prawa.

gającej antyku za fundament naukowości prawo- znawstwa⁷⁸, tak obecnie adekwatne dla kulturowej tożsamości *civil law* wydaje się rozwinięte w dwu- dziesiątowiecznej włoskiej filozofii prawa pojęcie do- świadczenia prawniczego (*esperienza giuridica*)⁷⁹.



Proponujemy premiowanie pism zachęcających autora do klarownego wskazania wartości i interesów, które uważa się za kluczowe w spojrzeniu na dyskutowane zagadnienie prawne. Taka deklaracja posłuży weryfikacji wiarygodności dyskusji.

Przechodząc do pytania o czerpanie inspi- racji z wyróżniających się pod względem bibliome- trycznym czasopism amerykańskich, uważamy, że skoro liczba cytowań jest miarą popularności publikacji włączonych do konkretnej bazy danych, to nieracjonalne jest formułowanie w odniesieniu do publikowanych w języku polskim czasopism prawniczych oczekiwania popularności ustalonej w oparciu o bazę przeznaczoną dla publikacji anglo- języcznych⁷⁷. Natomiast zgodnie ze sformułowanymi wyżej kryteriami doniosłości czasopisma warto podążyć za wyraźną w wiodących pismach ame- rykańskich tendencją sięgania do dorobku innych nauk i szerszego uwzględniania w dyskusji o prawie zmian kontekstu, w którym ono funkcjonuje. Nasza tradycja prawna oferuje znacznie głębsze od ame- rykańskiej możliwości refleksji o doświadczeniu sto- jącym za dyskutowanym problemem. Gdy bowiem w XIX stuleciu jakąś paralelę w prawoznawstwie europejskim dla amerykańskich inspiracji nauka- mi eksperymentalnymi było przyjęcie historii się-

Powstało ono z przekonania o kryzysie dziewię- nastowiecznej wizji nauki prawa i jako sprzeciw wobec amerykańskiego realizmu oraz marksistow- skiego spojrzenia na prawo⁸⁰. Dlatego uważamy, że w odróżnieniu od czasopism amerykańskich, otwar- tości wobec metod i dorobku innych nauk powin- no towarzyszyć w naszych czasopismach możliwe szerokie korzystanie z argumentów historyczno- porównawczych.

Udzielone odpowiedzi skłaniają na koniec do ogólniejszej refleksji. Ocena naukowej doniosłości czasopisma prawniczego nie powinna opierać się na kryteriach ilościowych, ale brać pod uwagę tematy- kę i cechy metody, a więc zobiektywizowane kryte-

⁷⁷ Co do zagrożeń związanych z operowaniem kryterium cy- towania, por. M. Biagioli, *Watch out for Cheats in Citation Game*, „Nature” 2016, nr 535, s. 201.

⁷⁸ Por. D. v. Stephanitz, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechts- denken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß*, Berlin 1970, s. 142 i n.

⁷⁹ Por. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Mi- lano 1957, s. 176 i n.; G. Capograssi, *Il problema della scena del diritto*, Milano 1962, s. 43 i n.

⁸⁰ E. Opocher, *La filosofia dell'esperienza giuridica* (w:) R. Orec- chia (red.), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell'XI Congresso Nazionale*, Napoli 1976, s. 99.

ria merytoryczne. Ich propozycję przedstawiliśmy. W ocenie tak rozumianego czasopisma prawniczego warto także wziąć pod uwagę stymulowanie dyskursu naukowego⁸¹ i szerszej dyskusji publicznej⁸² oraz tak cenione w USA uwzględnienie publikacji w uzasadnieniach orzeczeń i projektów aktów prawnych. Rozważanie międzynarodowej pozycji czasopisma prawniczego trzeba z polskiej perspektywy ograniczyć tylko do pism zawierających publikacje w językach używanych tradycyjnie do prowadzenia międzynarodowej dyskusji naukowej. W takim przypadku docenić można nie sam fakt publikacji w języku obcym, lecz tylko weryfikowalną popularność wśród pism ogłaszanych w tym samym języku⁸³.

Przy ocenie polskiego czasopisma prawniczego spełniającego jakiś zobiektywizowany standard naukowości nie można w końcu zapomnieć, że prowadzone w nim dyskusje zawsze będą służyć wyrażeniu przekonań o tym, co sprawiedliwe, nowoczesne, efektywne itp. Dlatego proponujemy, aby premiować pisma zachęcające autora do klarownego wskazania wartości i interesów, które uważa się za kluczowe w spojrzeniu na dyskutowany problem prawny. Taka deklaracja posłuży weryfikacji wiarygodności dyskusji. Nie może podlegać ocenie merytorycznej przez recenzenta czy redakcję. Jedynie w skrajnym wypadku uzasadnia odmowę publikacji.

81 Por. np. A. Dziadzio, „*Quis custodiet custodes ipsos?*” Trybunał Konstytucyjny jako (nie)obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 roku, „Forum Prawnicze” 2015, nr 5, s. 12–29; J. Mikołajewicz, *Czy dobrze się bawimy? O zadaniach nauki prawa w warunkach kryzysu konstytucyjnego*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 1, s. 3–22.

82 Por. np. Trybunał nie dochował rzetelności i bezstronności (z prof. Andrzejem Dziadzio rozmawia Marek Domański), „Rzeczpospolita”, 1.02.2016, <http://www.rp.pl/Opinie/302019972-Prof-Andrzej-Dziadzio-Trybunał-nie-dochował-rzetelności-i-bezstronności.html> (dostęp 9.08.2016); J. Zajadło, *Jerzy Zajadło – spór o TK: Logika prawa, głupcze!*, „Rzeczpospolita”, 17.04.2016, <http://www.rp.pl/Rzeczpospolite/304179991-Jerzy-Zajadło---spór-o-TK-Logika-prawa-głupcze.html> (dostęp 24.08.2016).

83 W praktyce wymagałoby to włączenia pisma do uznanej w świecie bazy danych, jak np. wspomniana baza Web of Science lub baza Scopus.

Przecież nie można zapomnieć o fundamentalnej dla cywilizacji Zachodu autonomii dyskusji o prawie⁸⁴. Wolność forum w świecie kontrowersji co do istoty prawa zyskuje tu szczególną misję, dlatego przed pięć laty zdecydowaliśmy się słowa „forum” użyć w nazwie dwumiesięcznika.

Orzecznictwo

- Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).
Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).
Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).
Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Minersville School Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).
Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904).
Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).
Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958).
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S.Ct. 2292 (2016).

Bibliografia

- Biagioli M., *Watch out for Cheats in Citation Game*, „Nature” 2016, nr 535, s. 201.
 Błęszyński J., *Kategoryzacja czasopism naukowych*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 11, s. 33–45.
 Capograssi G., *Il problema della scena del diritto*, Milano 1962.
 Chemerinsky E., *The Case Against the Supreme Court*, Viking Penguin 2014.
 Coan A.B., *Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law*, „Yale Law Journal” 2012, nr 122, s. 422–458.
 Corbin A.L., *Hard Cases Make Good Law*, „Yale Law Journal” 1923, nr 33, s. 78–82.
 Cyrul W., Duda J., Opia J., Pelech-Pilichowski T. (red.), *Informatyzacja tekstu prawnego. Perspektywy zastosowania języków znacznikowych*, Warszawa 2014.

84 Odmowa może dotyczyć przypadków, w których zachodzi prawdopodobieństwo, że ogłoszenie tekstu będzie przestępstwem lub naruszeniem dóbr osobistych.

- Dajczak W., *Punkty, prestiż, misja czasopisma naukowego*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 5, s. 3–5.
- Dajczak W., Longchamps de Bériér F., *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 2, s. 8–22.
- Dziadzio A., „*Quis custodiet custodes ipsos?*” Trybunał Konstytucyjny jako (nie)obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 roku, „Forum Prawnicze” 2015, nr 5, s. 12–29.
- Elend G.H., *Meditationes ad quaestionem: Utrum methodus demonstrativa sive mathematica in iurisprudentia civili adhiberi possit?*, Kilonia 1739.
- Friedman B., *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2009.
- Giario T., *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007.
- Giuliani A., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957.
- Glenn H.P., *Legal Traditions of the World*, Oxford 2014.
- Górski G., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006.
- Grotius H., *De iure belli ac pacis*, Amstelaedami 1712.
- Hart H.L.A., *Essays in Jurisprudence*, Oxford 1983.
- Hoeflich M.H., *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, „The American Journal of Legal History” 1986, nr 30, z. 2, s. 95–121.
- Holmes O.W. Jr., *The Common Law*, London 1882.
- Holmes O.W., *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, nr 10, s. 457–478.
- Ignatowicz J., Sawczuk M., *Postęp a tradycja w prawie cywilnym* (w:) R. Tokarczuk (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 61–73.
- Lindquist S.A., Cross F.B., *Measuring Judicial Activism*, Oxford 2009.
- Longchamps de Bériér F., *Pretor jako promotor dobra wspólnego* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bériér, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 78–91.
- Maine H.S., *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, London 1861.
- Mertens B., *Das Konzept der Generalklauseln im Allgemeinen Teil des BGB* (w:) Chr. Baldus, W. Dajczak (red.) *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Ländern*, Frankfurt am Main 2013, s. 99–119.
- Michalik P., *Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne? Hollingsworth v. Perry i United States v. Windsor*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1, s. 36–49.
- Mikołajewicz J., *Czy dobrze się bawimy? O zadaniach nauki prawa w warunkach kryzysu konstytucyjnego*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 1, s. 3–22.
- Mikuli P., *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, wyd. 2, Kraków 2007.
- Mitchell J.F., *Stare Decisis and Constitutional Text*, „Michigan Law Review” 2011, nr 110, s. 1–68.
- Noonan T., *The Believer and the Powers that Are*, New York–London 1987.
- Opocher E., *La filosofia dell’esperienza giuridica* (w:) R. Orecchia (red.), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell’XI Congresso Nazionale*, Napoli 1976, s. 71–101.
- Pildes R.H., *Is the Supreme Court a „Majoritarian” Institution?*, „Supreme Court Review” 2010, nr 1, s. 103–158.
- Pollack J.F., *Mathesis forensis*, wyd. 3, Leipzig 1756.
- Pufendorf S., *De iure naturae et gentium*, Francofurti ad Moenum 1716.
- Pufendorf S., *De statu hominum naturali* (w:) *Specimen Controversiarum circa Ius Naturale*, Osnabrüge 1678, s. 30–55.
- Rachlinski J.J., *Bottom-up versus Top-down Lawmaking*, „The University of Chicago Law Review” 2006, nr 73, s. 933–964.
- Savigny F.C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (w:) Thibaut und Savigny. *Ihre programmatischen Schriften mit einer Einführung von Professor Dr. Hans Hattenauer*, München 2002, s. 61–130.
- Scalia A., *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters – Mułłowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni*, tłum. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009.
- Schauer F., *Do Cases Make Bad Law?*, „The University of Chicago Law Review” 2006, nr 73, s. 883–918.
- Sherwin E., *Judges as Rulemakers*, „The University of Chicago Law Review” 2006, nr 73, s. 919–931.
- Stelmach J., *Pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 3, s. 7–14.
- Stephanitz D. v., *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß*, Berlin 1970.

- Tocqueville A. de, *De la Démocratie en Amérique*, t. 2, wyd. 14, Paris 1864.
- Tuori K., *Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideals. Studies on the Impact of Contemporary Concerns in the Interpretation of Ancient Roman Legal History*, Frankfurt am Main 2007.
- Waldron J., *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, „Michigan Law Review” 2012, nr 111, s. 1–31.
- Weinrib E.J., *The Idea of Private Law*, Cambridge (MA) 1995.
- Windscheid B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, wyd. 8, Frankfurt am Main 1900.