

MYKOLO ROMERIO UNIVERSITETAS
TEISĖS FAKULTETAS
TEISĖS FILOSOFIJOS KATEDRA

Martynas Žilionis
Teisės ir valdymo studijų programa

R.POSNERIO PRAGMATINĖ JURISPRUDENCIJA
KAIP ALTERNATYVA TRADICIONALIZMUI

Magistro baigiamasis darbas

Darbo vadovas –
Doc. dr. Saulius Arlauskas

Vilnius, 2004

Turinys

Įvadas	3
1. Tradicionalizmo samprata ir jos kritika	8
1.1 Tradicionalizmas: tarp normatyvizmo ir prigimtinių teisės.....	8
1.1.1 Normatyvistinė H.Kelseno teorija	8
1.1.2 Prigimtinių teisės teorija: normos negali būti amoralios	10
1.2 Instrumentalistinis Posnerio požiūris į teisę	12
1.2.1 Filosofinės Posnerio jurisprudencijos prielaidos	13
1.2.2 Teisės funkcionalumas	17
2. Pragmatizmas kaip atsvara formalizmui	21
2.1 Formalizmo problema ir logikos taikymo ribos.....	22
2.2 Ribotas mokslinio tyrimo taikymas teisėje	26
2.3 Praktinio mąstymo teisėje pavyzdžiai.....	28
2.3.1 Intuicija	28
2.3.2 Autoritetas.....	29
2.3.3 Išbandymas laiku	30
3. Teisės ekonominės analizės galimybės ir ribos	33
3.1 Gerovės maksimizavimo samprata	34
3.2 Įstatymų ir teismų sprendimų ekonominė analizė	35
3.3 Patikimų duomenų problema	38
4. Neotradicionalizmas ir jo kritika	42
5. Išvados	44
Literatūros sąrašas.....	46
Santrauka.....	48
Summary	48

Ivadas

Darbo aktualumas. Šio darbo pavadinimas gali kelti tam tikrų neaiškumų. XXI amžiuje, skirtingai nei, pavyzdžiui, Viduramžiais, tokio dalyko, kaip vieninga tradicija (nesvarbu ko – filosofijos, teisės, ar kiti mokslų), regis, nėra. Nepaisant to, galima pastebėti, jog šiuolaikinei teisei didelę įtaką padarė, paprastai tariant, dvi teorijos – pozityvizmas ir prigimtinė teisė.

Šį teiginį neblogai iliustruoja Lietuvos Konstitucijoje įtvirtintos nuostatos, kad žmogaus teisės ir laisvės yra prigimtinės (19 straipsnis) ir kad, pavyzdžiui, žmogaus nuosavybę ir orumą gina įstatymas (19 ir 21 straipsniai). Šiose nuostatose pripažįstama, kad kiekvienas asmuo, viena vertus, turi tam tikras abstrakčias teises ir laisves (prigimtinės teisės įtaka) ir, antra vertus, jos gali būti legaliai apgintos vadovaujantis įstatymu, tai yra, Seimo priimtu normatyviniu dokumentu (pozityvizmo įtaka).

Tam tikrų vyraujančių tendencijų ar tradicijų galima aptikti ir atidžiau panagrinėjus, kaip paprastai yra suvokiama teisėjų bei advokatų veikla ir kokį tikslą visuomenė kelia pačiai teisei. Pažvelgus į bet kurį teismo sprendimą, galima aptikti konstatuojamą dalį, kurioje teismas išvardina, jo manymu, bylai svarbias aplinkybes, ir rezoliucinę dalį, kurioje, vadovaudamasis teisės aktuose įtvirtintomis normomis jis įvardina savo sprendimą. Trumpai tariant, daugeliui žmonių, kurie nėra arčiau susipažinę su teise, gali atrodyti, kad teisėjai atlieka paprastą loginį veiksmą: susipažįsta su faktais ir, jei buvo padarytas nusižengimas, implicitiškai pritaiko reikiamą teisės normą. Kaip įprasta manyti, šio proceso tikslas – teisingumo vykdymas.

Neseniai lietuvių kalba išleistoje knygoje “Jurisprudencijos problemos” Jungtinių Amerikos Valstijų teisėjas ir garsus šių laikų teisės teoretikas Richardas Allenas Posneris atskleidžia silpnąsias vyraujančių požiūrių į teisę ir jos metodus puses. Su pragmatikams būdingu skeptiškumu jis įrodinėja, kad sudėtinga analizė dėl to, kam teikti pirmenybę – prigimtinėi ar pozityviajai teisei – mažai naudinga sprendžiant sudėtingas bylas teismuose. Be to, jis kritiškai vertina absoliutų pasitikėjimą dažnai teisininkų naudojamais metodais ir akcentuoja, kad teisės tikslas yra ne abstraktus teisingumo įgyvendinimas, bet veikiau efektyvus socialinių problemų sprendimas.

Reikia pripažinti, kad darbo pavadinimas gali atrodyti per daug pretenzingas, mat juo tarsi norima parodyti, jog Posnerio pragmatinė jurisprudencijos teorija yra teisingesnė ir objektyvesnė, nei tradicinės kryptys ir kad ji yra panacėja daugeliui teisės

problemų spręsti. Tačiau toli gražu taip nėra. Posneris nesiekia sukurti “teisingiausios” ir viską paaiškinančios teorijos. Be to, jis pripažįsta, kad ir tradicionalistinėse jurisprudencijos teorijose yra naudingų išvalgų, o nepriimtinos yra tik pačios radikaliausios, skatinančios teisės formalizmą ir ontologizavimą.

Taip pat reikia pastebėti, kad šis darbas iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti kiek “pritemptas”, kadangi Posneris yra Jungtinių Amerikos Valstijų teisėjas ir atstovauja ne kontinentinės, bet bendrosios teisės sistemai. Tačiau turint galvoje globalizacijos tendencijas, toks požiūris būtų per daug siauras. Nereikėtų pamiršti, kad kai kurie teisės institutai (pvz., konkurencijos ar elektroninių ryšių teisė) buvo išplėtoti ir tebėra plėtojami ne kontinentinėje Europos dalyje, o Jungtinėse Amerikos Valstijose – bendrosios teisės sistemos šalyje.

Antra vertus, dabartinėje teisės teorijoje pripažįstama, kad bendroji ir kontinentinė teisė panašėja. Pavyzdžiui, Didžioji Britanija, įstojusi į Europos Sąjungą priversta daugiau dėmesio skirti ne tik precedentams, bet ir teisės aktų taikymui. Tuo tarpu kontinentinėje teisėje vis daugiau dėmesio skiriama teismų precedentams (pvz., ir Lietuvoje siekiant suvienodinti teisės taikymą įtvirtinta nuostata, jog žemesnės instancijos teismai privalo atsižvelgti į Aukščiausiojo teismo praktiką).

Nors Posnerio darbai ir idėjos Lietuvoje žinomos¹, tačiau išsamesnės jų analizės vis dar trūksta. Taigi šis darbas, kuriame analizuojamos pragmatinės jurisprudencijos išvalgos apie teisės ontologiją, epistemologiją ir apie tai, kokių tikslų turėtų siekti teisė, galbūt bent iš dalies užpildys šią spragą.

Darbo problema. A.Vaišvilos teigimu, šiuo metu Lietuvos teisėkūroje galima pastebėti tendenciją, kai teisės aktų tikslai tapatinami su jų reguliavimo objektu. “Įstatymo tikslą (paskirtį) sutapatinus su pačiu teisiniu reguliavimu arba jo objektu <...>, išeity, kad reguliavimas įstatymais lyg pats save laiko tikslu, jis lyg ir abejingas reguliavimo kokybei, jis tuos santykius tiesiog reglamentuoja, o ne derina priešingus interesus, ne siekia didesnio teisingumo, efektyvesnės žmogaus teisių apsaugos. Todėl čia lyg ir išnyksta žmogus ir jo teisės kaip to reguliavimo adresatai, yra tiesiog

¹ Pvz., R.Šimašius. Teisinis pliuralizmas: daktaro dis. soc. mokslai: teisė (01S)/ LTU. – Vilnius, 2002, p. 107-111

reglamentuojanti veikla, nežinia, kam skirta ir nežinia, kokios kokybės”², - rašo A.Vaišvila.

Pratęsiant šią mintį galima teigti, kad jeigu teisės aktai dažnai neatliepia tam tikrų socialinių tikslų, tikėtina, kad ir priimant teismų sprendimus, kurių pagrindas - galiojantys įstatymai, netiesiogiai susiduria su panašiomis problemomis.

Taigi kyla klausimas, kas lemia tokias neigiamas tendencijas ir kaip jų išvengti? Be to, kokius socialinius tikslus apskritai turi atitikti teisė? Kokie teisininkų naudojami metodai geriausiai atliepia šiuos tikslus?

Darbo tikslas, uždaviniai ir objektas. Šio darbo tikslas yra pateikti sistemingą Posnerio pragmatinės jurisprudencijos analizę, ištirti, kokie jos privalumai ir trūkumai, kokios pragmatizmo principų taikymo teisėje perspektyvos. Siekiant šio tikslo keliami tokie uždaviniai: a) atskleisti, kuo pragmatikų pateikiamas teisės apibrėžimas pranašesnis už normatyvinį; b) patikrinti, ar jų siūlomi teisės pažinimo metodai realiai “veikia” teisės aktų ir teismų sprendimų priėmimo; c) įvertinti teisės efektyvumo vertinimo ekonominiu požiūriu galimybes.

Pagrindinis darbo objektas – teorinės jurisprudencijos idėjos, o taip pat Lietuvos Respublikos Konstitucijos ir kai kurių teisės aktų, analizuojamų ekonominiu aspektu, normos bei teismų sprendimai.

Darbo hipotezė. Nors daugeliu atvejų teisė apibrėžiama, kaip norminė sistema, toks apibrėžimas yra nepakankamas, ją tikslingiau apibrėžti kaip tam tikrą teisininkų veiklą. Taip apibrėžus teisę, galima atrasti jos efektyvumo vertinimo kriterijų.

Pagrindinės sąvokos. Tarptautinių žodžių žodyne išskiriamos dvi žodžio “pragmatizmas” (gr. *pragma* - darbas, veiksmas] reikšmės: a) tai nuostata, pateisinanti tik tokią veiklą ar elgesį, kai atsižvelgiama į konkrečias galimybes ir yra garantuoti pageidaujami tos veiklos rezultatai; b) filosofijos kryptis, praktinius mąstymo ir veiklos būdus laiko svarbiausiais, o tiesos kriterijumi pripažįsta praktinį jos pritaikomumą³.

Čia reikia pabrėžti, kad į pragmatizmą ir jam giminingą utilitarizmą teoriniame diskurse neretai žiūrima kiek atsainiai. Tokią daugelio mokslininkų poziciją lemia keli

² Vaišvila A. Ar kiekvienam įstatymui taikytinas socialinio veiksmingumo kriterijus?// Jurisprudencija, 2004, t. 54 (46), p. 9

³ Tarptautinių žodžių žodynas. – Vilnius: Alma Littera, 2001, p. 595

dalykai: pirma, ne visiškai tikslus pragmatizmo suvokimas ir, antra, vyraujanti nuostata, jog bet koks tyrimas turėtų būti pirmiausia teisingas ir objektyvus, bet ne naudingas. Vis dėlto šiuolaikinė epistemologija atsisako pretenzijų į tokį tiesos pažinimą ir postuluoja, kad visos teorijos yra veikiau tikėtinos, o ne teisingos. Be to, tvirtinama, jog apskritai mokslinė teorija yra mokslinė tiek, kiek ji sprendžia konkrečias problemas (taigi tam tikra prasme yra pragmatiška), o ne užsiima spekuliatyviais samprotavimais. Šiame darbe kaip tik ir siekiama parodyti, kad svarstant jurisprudencijos problemas buvo (ir tebėra) neišvengta tuščio spekuliatyvumo ir trūko pragmatizmo.

Šiame darbe “pragmatizmo” sąvoka bus vartojama kiek platesne, “posneriška” prasme. Knygoje “Jurisprudencijos problemos” mokslininkas atvirai vadina save pragmatiku. “Man patinkanti pragmatizmo kryptis pažymi mokslines vertybes (proto atvirumą, jokių beprasmiškų tyrimų), iškelia tyrimo procesą virš tyrimo rezultatų, judėjimui teikia pirmenybę prieš sąstingį, nemėgsta išskyrimų, neturinčių praktinių skirtumų – kitaip sakant – “metafizikos”, abejoja “objektyvia tiesa” bet kurioje tyrimo srityje, <...> mėgsta eksperimentuoti, erzinti šventas karves ir atsargiai prognozuoti ateitį nei laikytis nuoseklumo su praeitimi”⁴, - rašo Posneris.

Darbo struktūra ir tyrimo eiga. Pirmame šio darbo skyriuje analizuojamas skirtumas tarp *tradicinės* teisės sampratos, kuri iš esmės remiasi normatyvine ir prigimtine teisės teorija, ir Posnerio siūlomos alternatyvos, tai yra instrumentalistinio požiūrio į teisę.

Antrajame darbo skyriuje daugiau aptariamos epistemologinės teisės problemos. Kadangi, Posneris siūlo teisę apibrėžti, kaip teisininkų veiklą, analizuojama, kokiais metodais remiasi teisininkai sprenddami teises problemas. Šiame skyriuje taip pat analizuojama Lietuvos teismų praktika ir bandoma patikrinti Posnerio išsakytus nuogastavimus dėl to, kad teisininkų naudojami logikos ir kiti metodai ne visada pasiteisina sprendžiant sudėtingus teisinius klausimus.

Trečiame skyriuje aptariama ekonomikos metodų taikymo teisėje galimybė. Čia bandoma atsakyti į klausimą, ar visuomenės gerovės maksimizavimo principas visada gali būti pritaikytas priimant teisės aktus ir sprendžiant sudėtingas bylas.

Reikia pripažinti, kad rašant šį darbą susidurta su daugeliu sunkumų. Nors Posnerio kalba yra paprasta ir suprantama, nors jo argumentavimas gana aiškus,

⁴ Posner R. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p.35

skaitant jo knygą “Jurisprudencijos problemos”, susiduriama su ta pačia problema. Mokslininkas, imdamas tirti vieną ar kitą reiškinį, pirmiausia jį tarsi priima kaip neabejotiną, tačiau vėliau pateikia visiškai priešingų argumentų. Pavyzdžiui, ne vienoje vietoje jis užsimena, kad visuomenės gerovės maksimizavimo požiūriu teisės normos ir teismų sprendimai tikrinami per mažai. Tačiau kai šią problemą ima nagrinėti išsamiau, pripažįsta, kad teisės ekonominės analizės galimybės yra pakankamai ribotos.

Kita ne mažesnė problema – Posnerio jurisprudencijos idėjų nuoseklumas. Jeigu, pavyzdžiui, normatyvinę Kelseno teoriją, galima pakankamai aiškiai apibrėžti, tai tą patį padaryti su Posnerio koncepcija beveik neįmanoma. Savo darbuose jis nagrinėja atskirus teisės fenomenus, tačiau vientisų prielaidų ir vienareikšmių analizės išvadų nepateikia.

Literatūra. Kaip jau minėta, pasitelkiant Posnerio pragmatinę jurisprudenciją, šiame darbe analizuojamos teisės ontologijos ir epistemologijos problemos, gvildinama teisės efektyvumo ir veiksmingumo problema. Kai kurie iš šių klausimų visai neseniai nagrinėti periodiniame leidinyje “Jurisprudencija”⁵. Deja, šiuose darbuose liko neaptarta, kaip teisės efektyvumas ir veiksmingumas gali būti vertinami pragmatinės jurisprudencijos požiūriu. Taip pat čia plačiau nenagrinėjama, kaip pragmatinė jurisprudencija atsako į pamatinius teisės ontologijos ir epistemologijos klausimus.

Kadangi pagrindinė darbo tema – Posnerio pragmatizmas, jame daugiausiai remiamasi šio autoriaus monografija “Jurisprudencijos problemos”. Darbe analizuojami ir kiti mokslininko darbai, kurie publikuojami Čikagos universiteto interneto tinklapyje. Aptariant bendrąsias teisinio pragmatizmo problemas pasitelkiama teisės ir ekonomikos interneto enciklopedija. Tiriant problemas, susijusias su teisiniu normatyvizmu ir prigimtinės teisės teorija, analizuojami Kelseno, J.Finnio, A.Vaišvilos, darbai.

⁵ Jurisprudencija, 2004, t. 54 (46)

1. Tradicionalizmo samprata ir jos kritika

Tradiciskai teisė suvokiama kaip tam tikra normatyvinė tvarka. Neseniai pasirodžiusioje studijoje rašoma: “Moksliniuose darbuose, atsižvelgiant į teisės, kaip socialinio fenomeno, savybes, teisė paprastai apibrėžiama kaip valstybės nustatytų ar sankcionuotų ir jos saugomų privalomų elgesio taisyklių (normų) visuma”⁶. Kitas mokslininkas taip pat nurodo: “Teisė – tai sistema valstybės nustatytų ar sankcionuotų visiems privalomų formaliai apibrėžtų normų (bendrų elgesio taisyklių), skirtų reguliuoti visuomenės santykius ir prireikus garantuoti valstybės prievartą”⁷.

Trumpai tariant, pozityvistai teise laiko aiškiai išreikštą, atitinkamus įgaliojimus turinčių institucijų patvirtintų taisyklių rinkinį. Prigimtinės teisės šalininkai įrodinėja, kad formalus normų įtvirtinimas nepakankamas tam, kad jos galėtų būti laikomos teise. Jų įsitikinimu teisė yra ir tai, kas nėra pozityviai išreiškiama.

Nors amerikiečių mokslininkas pripažįsta šių teorijų indėlį į šiuolaikinę jurisprudenciją, jo įsitikinimu, jos nepakankamos, kad paaiškintų, kas yra teisė. Amerikiečių mokslininkas įrodinėja, kad kur kas prasmingiau teisę apibrėžti ne kaip koncepciją, bet kaip veiklą.

Šiame skyriuje kaip tik analizuojami kai kurie pozityvizmo ir prigimtinės teisės įtaka formuojantis tradicinei teisės sampratai, atkreipiamas dėmesys į kai kuriuos silpnuosius šių teorijų aspektus. Atsižvelgiant į tai, analizuojama ir Posnerio siūloma alternatyva ir jos taikymo ribos.

1.1 Tradicionalizmas: tarp normatyvizmo ir prigimtinės teisės

1.1.1 Normatyvistinė H.Kelseno teorija

Atsakydami į klausimą, kas yra teisė, pozityvistai teigia, kad ji yra teisės normos, kurias laikydamiesi procedūros taisyklių įtvirtina kompetetingos institucijos. Visa kita, pagal pozityvistus, negali būti jurisprudencijos tyrimo objektu. Tai esą yra ne

⁶ G.Dambrauskienė, A.Macionas ir kt. Lietuvos teisės pagrindai. – Vilnius: Justitia, 2004, p. 26

⁷ P.A.Čiočys. Teisės pagrindai. – Vilnius: Vilniaus vadybos kolegija, 2002, p.16

teisės, o kitų sričių – moralės, politikos – tyrimo objektas. Radikalūs pozityvistai yra įsitikinę, kad teisė neprivalo būti teisinga tam, kad būtų galiojanti.

Pozityviosios teisės “tėvu” laikomas Čekijoje gimęs žydu kilmės mokslininkas Hansas Kelsenas (1881-1973). Jį išgarsino į daugelį pasaulio kalbų išversta “Grynosios teisės teorija”, dar 1934 m. pasirodžiusi monografijos pavidalu. Kaip pastebi Egidijus Kūris, teisės teorija apskritai neišsivaizduojama be Kelseno ir jo grynosios teisės teorijos. “Trumpai tariant, grynosios teisės teorijos analizė (vadinasi, *pirmiausia* Kelseno “Grynosios Teisės Teorijos” analizė!) yra būtina prielaida gyvuoti ir plėtotis teisės teorijai kaip mokslui ir kaip universitetinei akademiniai disciplinai”⁸, - įsitikinęs E.Kūris.

Kelseno teigimu, teisė susideda iš normų. “Normos, kurios savo požiūriu yra teisės normos ir tam tikrus aktus įteisina kaip teisėtus ar neteisėtus, yra teisės mokslo objektas. Teisinė tvarka, kuri yra šio pažinimo objektas, yra normatyvi žmogiškosios elgsenos tvarka – žmonių elgesį reguliuojančių normų sistema”⁹, - rašo Kelsenas. Pasak jo, normos sukuriamos individualiais valios aktais arba valingai įtvirtinamos, jeigu visuomenėje įprastu tampa tam tikras elgesys.

Mokslininko įsitikinimu, teisės normų privalomumo negalima kildinti iš politinės valios, o tik iš kitų normų. Teisės negali grįsti koks nors faktas, iš to, kas *yra* negali išplaukti tai, kas *privalo būti*.

Kelsenas postuluoja, kad bet kokią normą turi grįsti kita, aukštesnį statusą turinti norma. Tačiau šis regresas negali būti begalinis. Turi būti kažkokia pamatinė norma, kuri priimama kaip nekvestionuojama prielaida. Visos normos, kurių galiojimą galima kildinti iš tos pačios pamatinės normos, sudaro normų sistemą, normatyvinę tvarką. Pamatinė norma yra bendrasis visų tai pačiai tvarkai priklausančių normų galiojimo šaltinis, bendras jų galiojimo pagrindas, aiškina austrų teoretikas. “Pamatinė norma – tai preziumuojamas šio proceso, t.y. pozityviosios teisės kūrimo proceso išeities taškas. Ji pati nėra papročiu arba teisinio organo sukurta norma; tiek, kiek į konstituciją kuriantį autoritetą yra žvelgiama kaip į aukščiausiąjį autoritetą, <...> tiek ir pamatinė norma yra ne pozityvioji, bet preziumuojama”¹⁰, - rašo Kelsenas, pamatine norma laikydamas pirmąją šalies konstitucija.

⁸ Kūris E. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis//Kelsen H. Grynoji teisės teorija, Vilnius, 2002

⁹ Kelsen H. Grynoji teisės teorija. – Vilnius: Eugrimas, 2002, p. 45

¹⁰ Ten pat, p. 176

Kaip pastebi E.Kūris, Kelsenas konstruoja teisės sistemą, kaip gigantišką piramidę, kurioje einama nuo bendriausios – pamatinės – normos prie vadinamųjų individualiųjų normų, kuriomis remiantis jokios normos jau nėra kuriamos. Pamatinė norma konstituoja visą teisinę tvarką, ji yra konstitucija”¹¹.

Reikia pabrėžti, kad Kelsenas ypatingą dėmesį skiria teisės ir moralės santykiui. Mokslininko teigimu, jeigu pripažįstame, kad skirtingais laikais, skirtingais laikais, skirtingose tautose ir net toje pačioje tautoje galioja skirtingos ir net priešingos moralės sistemos. Jeigu pripažįstame, kad moralinės vertybės tėra santykinės, tai teiginys, jog socialinės normos, kad jas būtų galima kvalifikuoti kaip teisę, turi turėti moralinį turinį, jog jos turi būti teisingos, gali reikšti tik tai, kad šiose normose turi būti kažkas, kas yra bendra visoms įmanomoms moralės sistemoms, kaip teisingumo sistemoms.

Tačiau, pasak Kelseno, tokių bendrų dalykų nėra. Tad “jeigu išlieka teisinės ir moralinės tvarkų neatitikties galimybė, tada teisės ir moralės, teisės mokslo ir etikos atskyrimo postulatą reiškia, kad pozityviųjų teisės normų galiojimas nepriklauso nuo jų atitikties moralinei tvarkai; jis reiškia, kad pozityviosios teisės pažinimo požiūriu teisės normą galima laikyti galiojančia, net jeigu ji prieštarauja moralinei tvarkai”¹².

1.1.2 Prigimtinės teisės teorija: normos negali būti amoralios

Vienas iš aršiausių pozityvizmo kritikų – liberalas Frydrichas von Hayekas. Jis neigia Kelseno argumentus, esą teisės normos kyla tik iš žmogaus valios. Jam visiškai nepriimtinas pastarojo akcentuojamas radikalus teisės ir moralės atskyrimas. “Teisę apibrėžus kaip įstatymdavio valios išraišką, ne tik galime laikyti “teise” bet kurią tos valios išraišką nepaisant jos turinio <...>, bet ir padaryti išvadą, kad turinys nelemia esminio skirtumo tarp įvairių teise vadinamų reikalavimų ir, konkrečiai, kad teisingumas jokia prasme negali determinuoti faktinės teisės, o veikiau teisė determinuoja teisingumą”¹³, - rašo Hayekas.

Jis nesutinka, kad teisė tėra tos normos, kurios yra įtvirtintos teisės aktuose. Pasak filosofo, teise laikytinos ir tos normos arba principai, atspindintys tam tikrą spontaniinę tvarką, kuri per ilgus metus susiformuoja individams praktikuojant vienokį ar kitokį elgesį.

¹¹ Ten pat, p.16

¹² Ten pat, p.86

¹³ F.A. von Hayek. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, II t. – Vilnius: Eugrimas, 1998, p.76

Kaip pastebi Johnas Finnisas, prigimtinės teisės teorija pretenduoja nustatyti praktinio proto (angl. *right-mindedness*), geros ir tinkamos tvarkos tarp žmonių ir individualaus elgesio, sąlygas bei principus¹⁴. Finnisas išskiria tris šių principų bruožus: pirma, tai yra rinkinys pagrindinių praktinių žmogaus gero elgesio principų, antra, tai yra rinkinys metodologinių praktinio mąstymo reikalavimų, ir trečia - bendrų moralinių standartų rinkinys¹⁵. Amerikiečių mąstytojas prisipažįsta, kad kai kurios jo tezės sutampa ir pratęsia Tomo Akviniečio teoriją apie prigimtinę teisę, kaip Amžinosios teisės atspindį racionalioje būtybėje¹⁶.

Pasak Petro Leono, Šv. Augustinas, remdamasis neoplatonizmu, nors ir pripažįsta teisingumą esant dorybe, bet skelbė, jog teisingumas tiek atskirame asmenyje, tiek ir valstybėje priklauso nuo klusnumo Dievui, kuris yra didžiausias teisingumo šaltinis¹⁷. Šv. Augustinas išskyrė tris teisės rūšis - amžinąją teisę (*lex aeterna*), kuri "reiškia amžinąjį Dievo planą ir pasaulio dorovės santvarkos visumą; prigimtinę teisę (*lex naturalis*), kuri suprantama kaip dorovės dėsnis, Dievo apvaizdos įrašytas žmogaus sieloje; ir laikinąją teisę (*lex temporalis*), kuria Šv. Augustinas laiko įstatymų leidėjo duotą pozityviają teisę¹⁸.

Pagrindinius prigimtinės teisės požymius taikliai nurodo A.Vaišvila: 1) prigimtinei teisei – rinkinys normų arba vertinimų, reglamentuojančių žmonių elgesį ir priklausančių tai pačiai žmogaus interesų sričiai, kurią paprastai normina pozityvioji teisė; 2) teisės šaltinis yra žmogaus ar visuomenės prigimtis, teisė nėra tikslinės veiklos rezultatas, o egzistuoja nepriklausomai nuo žmogaus valios ir sąmonės; 3) prigimtinės teisės normos įpareigoja tam tikram elgesiui nepriklausomai nuo pozityviosios teisės įpareigojimų; 4) prigimtinei teisei laikoma vienu kriterijų vertinti pozityviosios teisės turinį ir valstybės institucijų veiklą apskritai žmoniškumo požiūriu¹⁹.

Šias idėjas galima aptikti ir šių dienų amerikiečių filosofo Ronaldo Dworkino darbuose. "Mūsų visuomenėje žmogus kartais turi teisę (griežtąja prasme) nepaklusti teisei. Jis turi šią teisę visada, kai neteisingai pažeidžiamos jo teisės vyriausybės atžvilgiu. Kitaip tariant, jeigu jis turi moralinę teisę į žodžio laisvę, tai jis turi teisę

¹⁴ J.Finnis. Natural Law and Natural Rights. – Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 18

¹⁵ Ten pat, p. 23

¹⁶ Ten pat, p. 398

¹⁷ P. Leonas. Teisės filosofijos istorija. – Vilnius: Mintis, 1995, p. 113

¹⁸ Ten pat.

¹⁹ A.Vaišvila. Teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000, p. 77

pažeisti bet kokį įstatymą, kurio valdžia, dėl jo turimos teisės, neturi teisės priimti”²⁰, - argumentuoja Dworkinas.

Taigi pagrindinė prigimtinės teisės teorijos idėja yra ta, kad teisė negali būti neteisinga. Kitaip tariant, prigimtinės teisės doktrina pozityviajai teisei kelia moralumo ir teisingumo reikalavimus: vyrauja požiūris, kad prigimtinio teisingumo neatitinkanti, nemorali socialinė tvarka nėra nelaikytina teisine.

Vis dėlto kalbant apie ontologinę teisės plotmę, prigimtinės teisės atstovai, kaip ir pozityviosios teisės šalininkai, pripažįsta, kad viena iš svarbiausių teisės egzistavimo sąlygų – jų įtvirtinimas norminiuose aktuose. Tiesa, jie pabrėžia, kad įtvirtintos normos turi atitikti tam tikrus reikalavimus, be to, pripažįstam, kad yra ir tokių normų, kurios nebūtinai valingai įtvirtintos, tačiau egzistuoja kaip teisė.

1.2 Instrumentalistinis Posnerio požiūris į teisę

Iš principo Posneris neneigia nei pozityviosios, nei prigimtinės teisės teorijų. Jis pripažįsta, kad teise gali būti laikomos tiek teisės normos, tiek, pavyzdžiui, teisės principai, ar kiti sunkiau apibrėžiami fenomenai. Vis dėlto, pasak Posnerio, teisė negali būti redukuota į vien aiškias konstitucijos ir įstatymų normas arba į taisykles ir pasirenkamus valios pareiškimus. Didelė teisėjų taikomos teisės dalis, neminint jau “teisės”, kuri mums pasako ar taisyklės ir patys teisėjai yra teisėti, susideda iš moralinių ir politinių pasvarstymų²¹.

Antra vertus, kaip pastebi amerikiečių mokslininkas, negali būti suabsoliutinama ir moralės įtaka teisei. Taigi, jo teigimu, takoskyra tarp pozityviosios ir prigimtinės teisės nėra nei įdomi, nei svarbi, ir pačios šios sąvokos yra tapusios beprasmiškos. Tačiau jeigu susilaikome nuo tvirtinimo, kad teisė – tai pozityviai išreikštos normos, arba kažkokie numanomi bendražmogiški principai, kyla klausimas, kaip dar galima ją apibrėžti.

Prieš atsakant į šį klausimą reikia aptarti, kokios yra filosofinės Posnerio jurisprudencijos prielaidos.

²⁰ R.Dworkin. Rimtas požiūris į teises. – Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004, p. 272

²¹ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, p. 203

1.2.1 Filosofinės Posnerio jurisprudencijos prielaidos

Nuo pat pirmųjų teisinių dokumentų atsiradimo iki šiol teisė neretai kiek mitologizuojama. Jeigu senovėje ji buvo kildinama iš dievų, dabar operuojama abstrakčiomis “tautos”, “suvereno”, “prigimtinių teisių” sąvokomis. Iki šiol bandant apibūdinti teisę, pasitelkiamos gerokai supaprastintos schemos. Esą teisė – tai “aukštesnės” valios (nesvarbu, kas tai bebūtų – Dievas, Karalius ar tauta) išraiška, įkūnyta visiems suprantamose teisės normose ir ginama nepriekaištingos reputacijos, sąžiningų ir kompetetingų teisėjų.

Modernioji filosofija paneigė požiūrį, kad gali egzistuoti objektyvi ir nekintama tiesa. Net ir patys moksliausi tyrimai, nekalbant jau apie teisėjų sprendimus probleminėse bylose, yra tam tikra prasme subjektyvūs. Dėl to abejotina darosi ir tradicinė teisės samprata. Kai pripažįstama, kad nė vienam žmogui nepriklauso tiesos monopolis, kad niekas negali nekvestionuojamai pasakyti, kokia teisės norma ir jos interpretacija yra neabejotinai teisinga, kyla klausimas, kokia turėtų būti pati teisė.

Kaip jau minėta, Posneris JAV teismo teisėjas. Taigi natūralu, kad jo darbuose galima aptikti daugelį teorijų, kurios apskritai būdingos anglosaksų šalių mąstytojams (ne tik teisės, bet ir filosofijos, psichologijos, sociologijos, ekonomikos ir t.t.). Bene svarbiausi ir pastebimiausi šios tradicijos bruožų – pragmatiškumas, utilitarizmas ir santūrus skepticizmas.

Žodis “skepticiškumas” dažnai vartojamas ne tik epistemologijoje bet ir etikoje, tačiau pirmiausia Paprastai skepticizmo pradininku laikomas dar Antikiniėje Graikijoje gyvenęs mąstytojas Protagoras, kurį išgarsino reliatyvistinė frazė “žmogus visų daiktų matas”. Skeptikai kritikavo Platoną ir kitus graikų klasikų dėl jų darbuose vyraujančio idealizmo. Skeptikai mokslą vertino pagal jo reikšmę žmogaus gyvenimui, jo naudingumą²².

Skepticizmo bruožų galima aptikti ir daugelyje vėlesnių laikų autorių darbų. Vienas iš įtakingiausių Naujųjų amžių skeptikų – Davidas Hume’as. Savo darbuose jis įrodinėja, kad indukcija besiremiantis mokslinis pažinimas logiškai negali būti pagrįstas, o priežastingumo ryšis tarp dviejų faktų – psichologinė kategorija²³. Bene didžiausias Hume’o nuopelnas filosofijai – skeptiškas ir kritinis požiūris į iki tol nekvestionuotas mokslines tiesas ir įsitikinimus.

²² E. von Aster. Filosofijos istorija, V., Alma littera, 1995, p. 55

²³ Žr. Hume D. Žmogaus proto tyrinėjimas. – Vilnius: Pradai, 1995, p.78-89

Bendras visų skeptikų bruožas – abejonė vienintele ir nekintama tiesa. Tačiau tokia išvada nereiškia, kad apskritai negalima nieko pasakyti apie mus supantį pasaulį. Pasak Posnerio, pragmatikai mano, kad tiesa yra tai, ką nustato laisvas netrukdomas ir nenutrūkstantis tyrimas. Jo įsitikinimu, tyrimo procesas yra begalinis ir dėl to tiesa visuomet yra už horizonto.

“Pragmatiškas skepticizmas nėra ta skepticizmo rūšis, kuri abejoja žmogaus pažinimui neprieinamo pasaulio egzistavimu ar netgi tiesos (skirtingai nuo jos žinojimo) egzistavimu”²⁴, - aiškina amerikiečių teisininkas. Jis pripažįsta skeptikų argumentus dėl to, kad žmogaus pažinimas yra ribotas ir kad nėra tvirtų, objektyvių ir nekintamų kriterijų, jo teisingumui nustatyti.

“Galime sutarti, kad Žemė yra “reali”, apvali arba neapvali, o jeigu apvali, tai ir prieš 2500 metų tikriausiai buvo apvali, nors bendras konsensusas tuo metu tvirtino, kad ji plokščia. Šiandieninis konsensusas yra rimtai pagrįstas įrodymais, kurie laikomi įtikinamais (atkreipkite dėmesį į rato elementą šiame pagrindime). Tikimybę, kad mes šiuo klausimu esame teisūs, o protėviai klydo, vertiname kaip labai didelę. Arčiau priartėti prie tiesos neįmanoma, tad dėl ko reikėtų jaudintis?”, - retoriškai klausia Posneris.

Tiesa, reikia pastebėti, kad nors Posneris save vadina skeptiku, ir atrodytų pakankamai kritiškai formuluoja savo teiginius, “Jurisprudencijos problemose” galima aptikti ir tam tikrų epistemologinių prieštaravimų. Pavyzdžiui, jis teigia sutinkantis su T.S.Kuhno ir K.R.Popperio moderniąja epistemologija.

Šie filosofai įrodinėjo, kad mokslinės teorijos kuriamos pasitelkiant ne indukciją, o dedukciją. Tačiau Posneris ne vienoje vietoje tikina, kad indukcija taip pat galima. “Galbūt indukcija yra indukcija, universalus mąstymo būdas, kurio negali išvengti nei teisė, nei mokslas. Tačiau nei faktas, kad teisininkai, kaip ir mokslininkai, naudoja indukciją, nei intriguojantis teiginys, kad mokslininkai, kaip ir teisininkai, naudoja indukciją kūrybiškai <...> nepadarą teisės moksliška kokia nors įdomia prasme”²⁵, - konstatuoja Posneris.

Vis dėlto nekritiškas jo požiūris į indukciją nėra esminis. Minėtieji mokslo filosofai pabrėžia, kad stebėjimas, kaip ir kiti pažinimo šaltiniai yra galimas ir netgi būtinas. Tačiau, jų teigimu, stebimi faktai ne tiek leidžia sukurti naują teoriją, bet kiek patikrinti, ar ji veikia, ar ne.

²⁴ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 102

²⁵ Ten pat, p. 66-67

Galima būtų pastebėti, kad nei utilitarizmas, nei skepticizmas negali turėti nieko bendra su teise ir apskritai gimdo piktnaudžiavimą ja. Tare, kad teisė turi būti naudinga, susidursime su klausimu, kam ji turėtų būti naudinga? Vyrauja nuostata, kad teisėkūroje ir teisiniuose ginčiuose turėtų būti pasiekta pusiausvyra. Priešingu atveju, jeigu teisės aktai ir teismų sprendimai bus naudingi tik vienam asmeniui ar tam tikrai asmenų grupei, visuomenė gali kilti įvairių socialinių nesklandumų.

Iš pirmo žvilgsnio ir skepticizmas neturi nieko bendra su teise. Vienas iš pagrindinių teisės sistemos požymių – tai, kad skirtingiems subjektams tokiose pačiose situacijose turi būti taikoma vienoda teisė. Neteisingais laikomi tie sprendimai, kuriuose teismas skirtingai interpretuoja panašius faktus arba taikomas teisės normas. Radikalus skepticizmas ir iš jo išsivystęs reliatyvizmas įrodinėja, kad absoliučios tiesos nėra, kad kiekvienas žmogus yra skirtingas. Dėl to ir vienodo teisės taikymo galimybės gali atrodyti ribotos, o skirtingų subjektų veiksmai iš principo yra skirtingi, kaip ir skirtingos, juos vertinančių teisėjų nuomonės.

Vis dėlto, kaip matysime toliau, Posneris nepasiduoda tokiam reliatyvizmui. Jo skeptiškumas ne absoliutus, o pragmatiškas, nukreiptas į tam tikro idealizmo ir formalizmo, dažnai pasitaikančio teisėje, kritiką.

Pragmatizmo teoriją įkvėpė utilitarizmas, kurio pradininku galima laikyti anglų filosofą Jeremy Benthamą (1748-1832). Konstruodamas savo teoriją, jis klausia, koks yra svarbiausias visos visuomenės kartu ir kiekvieno individo atskirai tikslas. Pasak Benthamo, “geriausia” yra tokia tvarka, kurioje žmogus jaučiasi laimingas. Kitaip tariant, anot filosofo, svarbiausia yra siekti didžiausios laimės didžiausiam žmonių skaičiui arba didinti patiriamus malonumus ir mažinti nemalonumus. Tiesa, Benthamas pripažįsta, kad kiekvienas individas pirmiausia laimės siekia sau. Tačiau kadangi gyvena ne vienas, žmogus esą turėtų suprasti, kad visiškos laimės jis nepasieks, jeigu aplinkiniai patirs kančias.

Benthamo idėjas toliau plėtojo Johnas Stewartas Millis (1806-1873). Pasak jo, vertingais mes vadiname tuos objektus, į kuriuos nukreiptas mūsų siekimas. Šis yra ne kas kita, kaip malonumas. Taigi mes siekiame tam tikrų tikslų ir juos vertiname dėl jų sukeliamų malonumų. “Vėliau šis malonių išdavų vaizdinys asociatyviai susyja su minėtu tikslu, apie kurį mes iš patirties žinome, kad jis *apskritai* tokias išdavas paprastai turi, ir nesvarbu, ar jos tokios bus *man* šiuo ar kitu konkrečiu atveju. Iš įsivaizduotų malonių išdavų tos asociacijos keliu “vertybė” tampa to tikslo “savybė”. Taigi “vertybė” yra iš tikrųjų to, kas įvertinama “naudingumas”, kaip priemonė

įgyvendinti malonumui *apskritai* (“Utilitarizmas”)²⁶. Taigi utilitaristai imasi žmogaus elgesį vertinti atsižvelgdami ne į jo priežastis, bet į tikslą.

Be abejo, utilitaristai turėjo daugybę kritikų. Vienas iš kertinių jų priešininkų argumentas buvo tas, kad iš principo neįmanoma apibrėžti, kas kiekvienam žmogui yra laimė ir kokie dalykai jam bus naudingi. Kita vertus, neįmanoma nustatyti, koks malonumas bus malonesnis ar kokia nelaimė mažiau skausminga.

Vis dėlto utilitarizmas ir jam giminingas pragmatizmas turėjo teigiamą poveikį Vakarų mąstymo tradicijai. Jis tarsi “sugrąžino ant žemės” iki tol dominavusius filosofus, kurie neretai užsiėmė spekuliatyvia vertybių metafizika. Beje, pastaruosius XIX a. kritikavo ne tik utilitaristai, bet ir marksistai, taip pat kai kurie gyvenimo filosofijos atstovai (pvz., Nietzsche).

Posneris pripažįsta galimybę teisę vertinti ekonominiu požiūriu, jį labiau vertėtų laikyti pragmatiku, nei utilitaristu:

Pragmatizmas ta prasme, kurią aš laikau priimtina, reiškia žiūrėjimą į problemas konkrečiai, pagrindžiamai, be iliuzijų, visiškai suvokiant žmogaus proto ribas, jaučiant žmogaus žinių “lokalumą”, bendravimo tarp skirtingų kultūrų sunkumus, “tiesos” nepasiekiamumą, iš to kylančią svarbą neslėpti skirtingų tyrinėjimo kelių, tyrinėjimo priklausomumą nuo kultūros ir socialinių institucijų ir, visų svarbiausia, reikalavimų, kad socialinis mąstymas ir veikla būtų vertinami kaip instrumentai siekti vertingų žmogiškųjų tikslų, o ne kaip savaiminiai tikslai²⁷.

Taigi Posneris teisę laiko socialiniu institutu, kuris atlieka tam tikrą funkciją. Vadovaudamasis šiuo požiūriu jis analizuoja, kokius metodus teisininkai naudoja siekdami teisės įgyvendinimo, ir kaip teisę būtų galima padaryti efektyvesnę.

Mokslininkas skeptiškai pripažįsta, kad įrodyti teismo priimto sprendimo teisingumą dažnai yra neįmanoma. Be to, sudėtingos bylos retai būna išsprendžiamos objektyviai, jeigu objektyvumas suprantamas kaip kas nors daugiau nei protingumas.

²⁶ E. von Aster. Filosofijos istorija. – Vilnius: Alma Littera, 1995, p. 252

²⁷ R.Posner. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 388

1.2.2 Teisės funkcionalumas

Aptarus pamatines Posnerio jurisprudencijos prielaidas galima nuspėti, kad jis neigs tradiciškai nusistovėjusį teisės supratimą.

Pateikdamas savo teoriją amerikiečių mokslininkas pirmiausia atskiria tam tikrus teisės aspektus. “Pirma, teisė gali būti suprantama kaip išskirtinis socialinis institutas <...>. Antrąją prasme teisė yra teiginių rinkinių katalogas <...>. Trečiajame prasme teisė yra teisių, pareigų ir galių šaltinis kaip sakinyje “teisė neleidžia paveldėti nužudžiusiam įpėdiniui”. <...> Faktas, jog susidaro įspūdis, kad “teisė” nurodo ir įgalioja, nukreipia ir uždraudžia, leidžia intuityviai manyti, kad ji yra tam tikros rūšies daiktas ar daiktų rinkinys, o būtent – taisyklės, nes tik pastarosios nurodo, uždraudžia ir įgalioja. Arba, jei teisė yra ne taisyklės (ar ne tik taisyklės), tuomet yra normos ir principai”²⁸, - rašo Posneris ir priduria prieštaraujantis tokiai pozicijai.

Rekonstruodamas Holmso teisės sampratą, jis sutinka su idėja, kad teisė tam tikra prasme gali būti laikoma realia, nes ji daro poveikį žmogaus elgesiui. Tačiau kyla klausimas, kaip teisė daro tą poveikį? Paprastai tariant, valstybė turi prievartos galią, o žmonės nori žinoti, kaip jiems neatsidurti šios prievartos kelyje ir dėl to kreipiasi į advokatus. Kad galėtų patarti, advokatas turi numanyti, kaip elgsis teisėjai, nuo kurių priklauso valstybės prievartos taikymas kliento numanomo poelgio atveju. “Taigi teisė tėra prognozė, kaip valstybės valdžia dirbs konkrečiomis aplinkybėmis”²⁹, - Holmso išvalgas reziumuoja Posneris.

Jis pastebi, kad abstraktus dalykas “teisė” virsta kitu abstrakčių dalyku – fizine jėga ir pripažįsta, kad tokia teorija gali būti sukritikuota argumentuojant, jog yra žmonių, kurie laikosi teisės dėl to, kad ji yra teisė, kad pažeisti įstatymus jiems trukdo ne bausmės baimė, o moralinės nuostatos, rūpestis gera reputacija ir pan.. Vis dėlto, kaip pastebi Posneris, klausimas, ar egzistuoja moralinė pareiga laikytis įstatymų, gali neturėti visiškai jokios praktinės svarbos³⁰.

Antra vertus, amerikiečių mokslininkas taip pat pripažįsta, kad teisės kaip prognozės teorija gali būti kritikuojama dėl to, kad ji esą sunkiai pritaikoma teisėjų veiklai (nors dėl advokato veiklos ir pritariama). Posneris sutinka, kad tokį kontrargumentą sunku paneigti, bet tik aukščiausios instancijos teisme. Tačiau

²⁸ Ten pat, p. 185

²⁹ Ten pat, p. 187

³⁰ Ten pat, p. 188

žemesnės instancijos teisėjai, pasak jo, taip pat baiminasi galimų sankcijų. “Dauguma teisėjų itin jautriai reaguoja į savo sprendimų panaikinimą, todėl jiems atrodo protinga vadovautis prognozavimo teorija. Švelnios sankcijos gali smarkiai paveikti teisėjus. Viena iš tokių sankcijų yra kritika, o sprendimo panaikinimas yra kritikos rūšis”³¹, - įsitikinęs Posneris.

Beje, šią teoriją galima išplėsti dar labiau. Amerikiečių mokslininkas abejoja, ar ji pritaikoma aukščiausios kompetencijos teismams, tačiau yra argumentų, kurie bent iš dalies paneigia tokią abejonę. Pagal LR Konstituciją, Konstitucinio teismo teisėjų įgaliojimai nutrūksta, kai jis, pavyzdžiui, atsistatydina arba Seimo yra pašalinamas apkaltos proceso tvarka (108 str.). Pritaikius šią procedūrą, už šiurkštų Konstitucijos pažeidimą arba priesaikos sulaužymą taip pat gali būti pašalintas Aukščiausiojo teismo pirmininkas, teisėjai ir Apeliacinio teismo pirmininkas (116 str.). Taigi bent jau teoriškai net aukščiausios kompetencijos teismų teisėjai privalo prognozuoti, ar jų sprendimai ir veiksmai neatsidurs visuomenės dėmesio taikiklyje ir ar viešosios nuomonės paveiktas Seimas jiems neinicijuos apkaltos proceso.

Grįžtant prie Posnerio plėtojamos teorijos, reikia pabrėžti, kad ji tarsi nugludina aštriausius pozityvizmo ir prigimtinės teisės kampus:

Paneigdamas teisės “daiktiškumą”, aš nesakau, kad teisė yra niekas. Ji yra praktika, atpažįstama daugelyje savo apraiškų. Šis atskyrimas gali padėti mums pastebėti, kad yra praleidžiamas klausimas, ar teisė susideda tik iš viešosios valdžios išdėstytų taisyklių (tradicinis teisės pozityvizmas), ar taip pat ir “aukštesnės teisės”, kuri gali būti panaudojama taisyklėms pakeisti, pritaikyti jas prie naujų aplinkybių arba užpildyti jų spragas. Klausime pripažįstama, jog tyrinėjame koncepcijų rinkinio ribas, kai tuo tarpu turime domėtis praktika³².

Mokslininkas aptaria dviejų teisininkų – L.A.Harto bei L.Fullerio – diskusiją, apie tai, kaip interpretuoti nacių teisės aktus, nedraudusius žydų žudymo. Pasak Posnerio, Hartas baiminasi, kad jei teisė ir moralė bus vertinamos kartu, nacių įstatymų moralinis pasmerkimas ištirps. Todėl šis siūlo žodį “įstatymas” laikyti sinonimu pozityviajai teisei, kuriai priklausė nacių įstatymai, tačiau nepriklausė Niurnbergo tribunolo taikyti principai. Tuo tarpu Fulleris buvo susirūpinęs, kad, jeigu teisė bus

³¹ Ten pat.

³² Ten pat, p. 190

apibrėžiama plačiai – tiek plačiai, kad įtrauktų visus, net ir blogus įstatymus, bet kartu ir siaurai, atmesdama prigimtinę teisę – gali būti suabejota Aukščiausiojo teismo pateiktomis Konstitucijos interpretacijomis³³.

Vis dėlto, kaip pastebi Posneris, faktas, kad šioje situacijoje nėra neabejotinai teisingo ir abi puses patenkinančio atsakymo, neturi didelių praktinių padarinių. Jis taikliai argumentuoja, kad net tada, kai teismas neturi įstatymo kuriuo galėtų pasiremti, jis privalo išspręsti ginčą. Dėl to amerikiečių mokslininkas siūlo šią problemą spręsti “iš kito galo”:

Mūsų mąstymas apie teisę yra linkęs laikinai atskirti ją nuo teisinio ginčo sprendimo, tačiau taip mes darome klaidą (kylančią iš klaidingo teisės kaip koncepcijos, o ne veiklos suvokimo), manydami, kad teisė egzistuoja atskirai nuo proceso, kuriuo teisės subjektams priskiriamos teisinės pareigos ir sankcijos. Atvirkštinė seka yra aiškesnė. Visuomenėje kunkuliuoja konfliktai ir ginčai ir tam tikriems ginčams visuomenė nutarė esant tikslinga sukurti nuolatinių pareigūnų tinklą, kurie juos spręstų pagal oficialias normas. Tai yra teisėjai, o jų užduotis yra išspręsti ginčus taip, kad apgintų šias normas ir svarbiausia patenkintų socialinius poreikius³⁴.

Detalizuodamas šią išvalgą, Posneris pastebi, kad teisėjai ne visada turi pakankamai aiškias nuorodas, kaip spręsti vieną ar kitą ginčą. Nepaisant to, teismų užduotis per kuo trumpesnę laiką pateikti sprendimą. “Tokiu atveju teisėjai meta visas pastangas, panaudodami bet kokią informaciją ir išvalgas, kurias jiems pateikia advokatai arba kurias jie gali išpešti iš perskaitytos literatūros. Ši nesutvarkyta, netikslų procesą mes vadiname “teise”³⁵.

Tačiau galima klausti, kuo vadovaujasi teisėjas, priimdamas sprendimą sudėtingoje byloje – pozityviai išreikštomis normomis, ar prigimtinės teisės principais? Posneris atsakytų, kad teisėjas vadovaujasi tiek pozityviai išreikštomis normomis, tiek ir moralinėmis nuostatomis: “Būdama pareigų, teisių ir galių šaltinis teisė geriausiai apibūdintina kaip įgaliotų profesionalų (teisėjų ir advokatų) veikla, išprausta į neaiškias, tačiau galingas profesinio padorumo normas, kurios remiasi socialiniu

³³ Ten pat, p. 192

³⁴ Ten pat, p.195

³⁵ Ten pat.

tinkamumu arba ilgalaike viešąja nuomone. Pozityviosios ir prigimtinės teisės medžiaga yra indėlis į veiklą, kurią vadiname teise”³⁶, - reziumuoja Posneris.

Apibendrinant galima teigti, kad normatyvistinis požiūris į teisę kaip valstybės sankcionuotą taisyklių sistemą nepasitvirtina. Teisė veikiau yra tam tikras procesas, kuriuo siekiama efektyviai spręsti socialines problemas.

Taip pat reikia pastebėti, kad šiame procese “veikia” ne tik tos taisyklės arba normos, kurios yra pozityviai įtvirtintos teisės aktuose. Didelė teisėjų taikomos teisės dalis susideda iš moralinių ir politinių pasvarstymų.

Visuomenėje kunkuliuoja konfliktai ir ginčai ir tam tikriems ginčams visuomenė nutarė esant tikslinga sukurti nuolatinių pareigūnų tinklą, kurie juos spręstų pagal oficialias normas. Tai yra teisėjai, o jų užduotis yra išspręsti ginčus taip, kad apgintų šias normas ir svarbiausia patenkintų socialinius poreikius.

Teisėjai ne visada turi pakankamai aiškias nuorodas, kaip spręsti vieną ar kitą ginčą. Nepaisant to, teismų užduotis per kuo trumpesnę laiką pateikti sprendimą. Taigi teisėjai meta visas pastangas, panaudodami bet kokią informaciją ir išvalgas, kurias jiems pateikia advokatai arba kurias jie gali išpešti iš perskaitytos literatūros.

³⁶ Ten pat, p. 200

2. Pragmatizmas kaip atsvara formalizmui

Ankstesniame skyriuje buvo aptarta Posnerio teorija, tvirtinanti, kad teisė nėra vien normų ar principų rinkinys, o veikia teisėjų, advokatų ir kitų teisininkų veikla. Tačiau liko neatsakyta, kas yra būdinga tai veiklai, arba, kitaip tariant, kaip ir kokius “teisinius” metodus naudoja teisininkai, sprenddami vieną ar kitą ginčą.

Visuomenėje vyrauja nuomonė, kad teismai “objektyviai” įvertina ginčo aplinkybes, pritaiko atitinkamas teisės aktuose numatytas normas, ir priima sprendimą. Objektivistinių nuostatų galima aptikti ir kai kuriuose teisės teorijos darbuose. Pavyzdžiui, A.Vaišvila teigia, kad teisė (objektinė) – tai visiems bendras reikalaujamo elgesio modelis, pagrįstas subjektinių teisių ir pareigų pusiausvyra (reikalavimas derinti savo naudą su artimo nauda). “Objektyvioji tiesa (reikšminga jurisprudencijai) – tai nustatytas faktas, kad konkretaus asmens (institucijos) elgesys neperžengia teisių ir pareigų pusiausvyros ribų (teisėtas elgesys) arba asmuo atsisakė vykdyti jo teises legalizuojančias pareigas ir šitaip sugriovė šią pusiausvyrą”³⁷, - rašo A.Vaišvila.

Pasak jo, objektyvi tiesa sujungia objektinę teisę su konkretaus asmens veikla, didinančia ar mažinančia jo teises, o tą veiklą – su teisingumo vykdymu. “Kur negalima nustatyti objektyvios tiesos konkrečioje byloje (teisės pažeidimo fakto ir jo subjekto), ten negali būti įgyvendinamas ir teisingumas, nes neįmanoma nustatyti, ar konkretus asmuo, naudodamasis subjektinėmis teisėmis, realiai atsisakė vykdyti pareigas, kuriomis jis privalėjo legalizuoti šį naudojimąsi. Todėl teisės praktikoje tiesos problema paverčia teisės realumo problemą įrodymų problema. (*Objektyvios tiesos sąvoką dabartinis Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas keičia teisėją mažiau įpareigojančia psichologine kategorija – teisėjo visišku įsitikinimu*)”³⁸, - aiškina profesorius.

Be abejo, tokiuose teiginiuose yra tiesos, juolab kad jie padeda pakankamai aiškiai apibrėžti teisingumo vykdymo procesą. Vis dėlto pats A.Vaišvila, duodamas nuorodą į “teisėją mažiau įpareigojančią psichologinę kategoriją” įsitikinimą, netiesiogiai pripažįsta, kad iš principo teisingumas susijęs, ne su grynai objektyvia, bet, kaip pasakytų postmodernistai, intersubjektyvia tiesa.

Posneris pripažįsta, kad formalus metodas, kai teisės norma vienareikšmiškai atitinka faktines kokio nors veiksmo aplinkybes, “veikia” nesudėtingose bylose. Tačiau,

³⁷ A.Vaišvila. Teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000, p.110

³⁸ Ten pat, p.110-111

pasak jo, praktikoje dažnai atsitinka taip, kad toks loginis metodas neveikia. Mokslininkas atkreipia dėmesį, kad teisėjai gali susidurti ne tik su faktų, bet ir normų turinio problema.

2.1 Formalizmo problema ir logikos taikymo ribos

LR Baudžiamojo proceso kodekso pirmame straipsnyje įtvirtinta nuostata, kad paties proceso paskirtis yra ginant žmogaus ir piliečio teises bei laisves, visuomenės ir valstybės interesus greitai, išsamiai atskleisti nusikalstamas veikas ir tinkamai pritaikyti įstatymą, kad nusikalstamą veiką padaręs asmuo būtų teisingai nubaustas ir niekas nekaltas nebūtų nuteistas. Interpretuojant šios normos tekstą galima sakyti, jog ją įgyvendinantys ikiteisminio tyrimo pareigūnai privalo ištirti visus faktus, kurie gali turėti reikšmės bylai, o jas įvertinę teisėjai – parinkti atitinkamą Baudžiamojo kodekso normą ir priimti nuosprendį įtariamajam.

Taip suprantamą teisinės veiklos modelį galima aptikti jau minėto Kelseno knygoje “Grynosios teisės teorija”. Jau pačioje jos knygos pradžioje mokslininkas apibrėžia, kas yra teisės norma ir kuo ji skiriasi nuo fizinio pasaulio aprašymo:

Išorinis faktas, kurio objektyvioji prasmė yra teisėtas arba neteisėtas aktas, visada yra jutimiškai suvokiamas įvykis (nes vyksta laike ir erdvėje), taigi ir gamtos reiškinys, determinuojamas priežastingumo. Tačiau šis įvykis pats savaime, kaip gamtos elementas, nėra teisinio pažinimo objektas. Šį įvykį teisėtu arba neteisėtu padaro ne jo fizinis egzistavimas, sąlygojamas gamtoje dominuojančių priežastingumo dėsnų, bet jo objektyvioji prasmė, atsirandanti jį aiškinant. Specifiškai teisinė akto prasmė kildinama iš “normos”, kurios turinys šį aktą nurodo; aktui teisinę prasmę suteikia norma, tad jį galima aiškinti pagal aiškinti pagal šią normą. <...> Norma, aktui suteikianti teisėtumo arba neteisėtumo prasmę, pati yra sukuriama aktu, kuris teisinę prasmę savo ruožtu įgyja iš kitos normos³⁹.

Toks supaprastintas teisės modelis slepia kelias esmines prielaidas, su kuriomis ne visada galima sutikti. Atidžiau išsiskaičius į šią citatą, galima pastebėti, kad Kelsenas “nuasmenina” teisės aktų leidybą ir jų taikymą. Vietoj to, kad sakytų, jog įvertinę tam tikrą veiksmą, teisėtu ar neteisėtu jį pripažįsta teisėjai, mokslininkas aiškina, kad “aktui teisinę prasmę suteikia norma”. Taigi vadovaujantis Kelseno modeliu, regis, pakanka

³⁹ H.Kelsenas. Grynoji teisės teorija. – Vilnius: Eugrimas, 2002, p.45

tinkamai išmanyti teisės aktus, juose įtvirtintų teisės normų loginius ryšius ir tinkamai įvardyti objektyvią fizinio pasaulio padėtį. Dėl tokio požiūrio ginčo atveju teismui tereikėtų parinkti situaciją nusakančią teisės normą ir (jeigu ji buvo pažeista) tinkamą sankciją.

Cituotoje ištraukoje galima aptikti ir kitą ne mažiau svarbią prezumpciją. Čia Kelsenas tarsi postuluota, kad tiek pats įvykis, tiek ir jam “prasmė suteikianti” norma yra visada aiški. Beje, visoje Kelseno knygoje ryškus šis motyvas. Tik jos pabaigoje mokslininkas truputį miglotai pripažįsta ir prabėgom nurodo, kad teisėjai turi tam tikrą diskreciją ir kartais gali nevienaprasmiškai interpretuoti teisės normą. “Žvelgiant į pozityviąją teisę nėra jokio kriterijaus, pagal kurį tarp tų [teisės normos aiškinimo, - aut. past.] rėmų reikėtų rinktis vieną, o ne kitą galimybę. Paprasčiausiai nėra metodo <...>, leidžiančio iš kelių normos prasmių išskirti vieną kaip vienintelę teisingą (žinoma, jeigu yra galimi keli išaiškinimai)”⁴⁰, - rašo Kelsenas.

Pasak Posnerio panašaus formalizmo galima aptikti ne tik pozityviosios, bet ir prigimtinės teisės šalininkų gretose. “Formalizmas egzistuoja ir prigimtinėje, ir pozityviojoje teisėje. Formalizmui tereikia visiško tikėjimo turimomis prielaidomis ir išvadų darymo metodų teisingumu. Prigimtinės teisės formalistas tiki teisingumo principais ir logikos galia rasti sprendimą konkrečioje byloje pagal turimas prielaidas. Pozityviosios teisės formalistas tiki, kad teisę sudaro įstatymai ir kiti oficialūs paliepimai, kurių atidus skaitymas visais atvejais duos akivaizdžiai teisingą rezultatą”⁴¹, - rašo amerikiečių mokslininkas. Jis skeptiškai vertina teisininkų polinkį teisės taikymą objektyvizuoti ir formalizuoti. Pasak Posnerio, apskritai teisėje dažnai susiduria su neapibrėžtumu ir vienintelės ir galutinės tiesos paieškos dažnai būna bergždžios.

Pirmiausia Posneris atkreipia dėmesį, kad logika iki šiol dominuoja teisiniame tyrime. Jo įsitikinimu, teisininkai ir teisėjai, visuomet norėdami savo veiklą parodyti kaip objektyvią, deda daug pastangų, kad jų teisinė argumentacija būtų kuo labiau silogistinė. Vis dėlto šiandien kritiškai naudojamas “formalizmas” “labiau remiasi ne silogizmų pertekliumi, o perdėtu tikėjimu statutinės ir konstitucinės kalbos skaidrumu ir iš to kylančia visiškai teisingų atsakymų į sudėtingus interpretacinius klausimus galimybe”⁴².

⁴⁰ Ten pat, p. 279

⁴¹ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 44

⁴² Ten pat, p. 43

Ši problema kyla dėl to, kad pati teisė, kaip formalių taisyklių rinkinys dažnai yra nepajėgi tinkamai atsakyti į klausimus dėl faktinės dalykų padėties. Kitaip tariant, kaip pastebi amerikiečių teisininkas, analizuojant teisės veikimą galima pastebėti tam tikrą kontrastą tarp formos ir turinio. “Forma siejasi su tuo, kas būdinga pačiai teisei, o turinys – su tuo, kas būdinga išoriniam pasauliui <...>. Teisės autonomiją ir objektyvumą užtikrina teisinės analizės perkėlimas į formalų lygį, kuris reikalauja nagrinėti tik teisinių idėjų santykių”⁴³.

Tiesa, Posneris pripažįsta, kad daugeliu atvejų klausimas dėl loginės išvados pagrįstumo neiškyla. Pavyzdžiui, jeigu klausama, ar vairuotojas, kuriam nustatytas sunkus girtumo laipsnis, pažeidė kelių eismo taisykles, ir ar jam turėtų būti taikoma Administracinės teisės pažeidimų kodekse nustatyta bauda, be jokių abejonių atsakymas teigiamas. Vis dėlto yra daugybė bylų, kur atsakymas dėl to, kaip interpretuoti vieną ar kitą teisės normą, yra ypač sudėtingas.

Čia praverstų kai kurių bylų analizė. Kaip pavyzdys galėtų būti Aukščiausiame teisme nagrinėta viena iš daugelio bylų dėl tikrovės neatitinkančios informacijos paneigimo ir neturtinės žalos atlyginimo⁴⁴. Šioje sudėtingoje byloje ieškovas B.Kaplanas įrodinėjo, kad dienraštis “Respublika” paskleidė žinias, pažeidusias jo garbę ir orumą.

Teismas atkreipė dėmesį, kad LR Konstitucijoje įtvirtintos kelios nuostatos dėl žmogaus orumo, jo apsaugos (Konstitucijos 21 str.) ir kitos teisės reikšti įsitikinimus, gauti ir skleisti informaciją (Konstitucijos 25 str.). Nors konstitucijos nuostatos šiuo atveju pakankamai suprantamos, tačiau kaip matyti iš teismo argumentacijos, realiai taip nėra. Konstatuojamoje nutarties dalyje teismas argumentuoja:

Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika <...> orientuota į tai, kad teisė skleisti informaciją negali būti ribojama ne tik valstybės įvedama cenzūra, bet ir privačia cenzūra, kuri galima tada, kai pažeidžiant proporcingumo principą ir nepaisant dviejų lygiaverčių teisių pusiausvyros reikalavimo, išimtinai ginama teisė į garbę ir orumą. Taigi Lietuvos Respublikos Konstitucijos 21 straipsnis ir CK 7 straipsnis turi būti aiškinami kaip normos, įtvirtinančios vidutinio, normalaus jautrumo asmens orumo gynimą. Teisė yra vienodas matas, taikomas

⁴³ Ten pat, p. 43-44

⁴⁴ Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. B.Kaplanas v. laikraščio “Respublika” redakcija. Civilinės bylos nr. 3 K-3-546/2003

visiems žmonėms. Todėl teisės norma, ginanti asmens teisę į orumą, gali orientuotis tik į normaliai jautrus, o ne hiperjautrus asmens orumo gynimą.

Įstatymas įpareigoja teisėjus sprendžiant bylas atsižvelgti į Aukščiausiojo teismo praktiką. Tačiau šiuo atveju nereikia turėti ypatingų teisės žinių, jog suprastum, kad toks teismo išaiškinimas yra nekonkretus. Jis nenurodo teisėjams jokių aiškesnių orientyrų, kada (sudėtingesnėje situacijoje) reikėtų laikyti, kad žmogaus orumas buvo pažeistas, o kada jo ieškinys – hiperjautrios reakcijos išraiška.

Žodžių junginys “normaliai jautrus” suponuoja, kad kiekvienas teisėjas apie normalumą spręs atsižvelgdamas į savo patirtį. Ir labai tikėtina, kad tas, kuris jaunystėje propagavo hipių kultūrą, “normalumą” apibrėš kur kas plačiau nei tas, kuris buvo griežtai auklėjamas, pavyzdžiui, katalikiškoje šeimoje. Šiuo atveju taikant teisės normas dėl orumo gynimo ir tas normas, kurios įtvirtina teisę sleisti informaciją, teismams gali kilti nemažai problemų.

Taigi, kaip pastebi Posneris, norma įtvirtintos taisyklės taikymas dažnai yra neapibrėžtas. Dėl to teisėjai turės kiekvieną kartą nuspręsti, ar taisyklė taikytina nenumatytoms ar neaptartoms taisyklės kūrimo metu situacijoms. “Sprendimai, kuriuos teisėjams tenka priimti pritaikant taisykles prie faktų, gali būti apibūdinami kaip aiškinimas arba kaip *ad hoc* išimčių ir pataisų darymas – iš esmės nuolatinis taisyklių perdarymas. Praktiškai tai yra tas pats, tačiau teisėjai pirmenybę atiduoda pirmajai formulotei, t.y. aiškinimui, nes jos suteikiamas vaidmuo turi mažiau kūrybinės erdvės ir todėl atrodo mažiau uzurpuojantis”⁴⁵, - reziumuoja amerikiečių mokslininkas, pridurdamas, kad taisyklės užmaskuoja, bet neeliminuoja ir netgi negali sumažinti subjektyvumo ir politikos vaidmens formuojant teises ir pareigas.

Amerikiečių mokslininkas daro išvadą, kad nors paprastose bylose logika puikiai pasitarnauja, tačiau iš principo jos vaidmuo nėra toks svarbus, kaip galėtų atrodyti. “Logika, kaip ir matematika, nagrinėja santykį tarp idėjų, o ne tai, kaip jos atitinka faktus. Teisės sistema negali būti nejautri empirinėms tiesoms”⁴⁶, - įsitikinęs Posneris. Turint galvoje ką tik aptartą bylą, tenka sutikti ir su kita jo išvada, kad sudėtingoje byloje teisėjas yra daugiau politikas negu įprastas teisininkas, ir savo laisvės ar diskrecijos ribose gali taip pat laisvai judėti kaip ir įstatymų leidėjas⁴⁷.

⁴⁵ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 48.

⁴⁶ Ten pat, p. 55

⁴⁷ Ten pat, p. 116

2.2 Ribotas mokslinio tyrimo taikymas teisėje

A.Vaišvila teisę priskiria prie kitų visuomeninių mokslų, kurie sau kelia tris uždavinius: 1) nustatyti socialinės tikrovės faktus ir reiškinius, jų savybes; 2) juos paaiškinti (atskleisti priežastinius šių faktų ryšius); ir 3) įvertinti tiriamą tikrovę jos naudingumo ar grėsmingumo žmogaus teisių saugai požiūriu⁴⁸. Apskritai, pasak profesoriaus, “mokslas – tai pažintinė žmonių veikla, kuria siekiama įgyti objektyvių žinių apie tikrovės reiškinių savybes, jų tarpusavio priklausomybę, kitaip sakant, mokslas – tai objektyvių žinių gamyba”⁴⁹.

Nors tokia objektyvistinė mokslo samprata yra labai patraukli, tačiau ji susiduria su daugybe sunkumų. Vadovaujantis ja, iš principo galima sutikti su Posnerio pastebėjimu, jog “daug kam gali kilti noras teigti, kad, nors kiekviena šiandien pripažįstama teisės norma ateityje gali būti pakeista, egzistuojanti normų sistema yra tokia pat konkreti, naudinga ir gerai įtvirtinta kaip ir mokslo žinių visuma”⁵⁰. Priimtinas atrodytų ir pastebėjimas, kad daryti tokią išvadą būtų klaida, nes epistemologiniai mokslo pagrindai nebėra tokie tvirti, kaip kažkada atrodė. Nors, kaip matysime toliau, teisė gali naudotis panašiais instrumentais kaip ir kiti mokslai, tačiau apskritai mokslinių arba, tiksliau tariant, eksperimentinių metodų panaudojimas teisėje yra pakankamai ribotas.

Čia reikėtų trumpai aptarti, paties mokslinio metodo sampratą. Nuo pat Aristotelio iki šių dienų vyrauja nuostata, kad mokslininkai fiksuoja tikrovės faktus ir tarp jų egzistuojantį priežastingumą. Pavyzdžiui, koks nors chemikas atlieka daugybę bandymų laboratorijoje ir nustatinėja kokios nors medžiagos fizines, chemines ir kitas savybes. Užfiksavęs pakankamą skaičių duomenų apie tiriamą dalyką, mokslininkas formuluoja tam tikrą teoriją. Ji, regis, tuo patikimesnė, kuo didesnis skaičius faktų buvo “suregistruotas”. Akivaizdu, kad tokia schema teisėje neveikia. Tačiau, kaip matysime vėliau, ir kituose moksluose toks indukcinis metodas neegzistuoja.

Tai nėra kažkoks naujas revoliucinis atradimas. Dar XVIII a. anglų filosofas Hume’as suformulavo idėją, kad tokia indukcija logiškai prieštaringa. Jo teigimu, jeigu jau daugelį tūkstančių metų saulė kas rytą patekėdavo, tai nereiškia, kad ji patekės ir

⁴⁸ A.Vaišvila. Teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000, p. 23

⁴⁹ Ten pat, p. 31

⁵⁰ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 65

rytoj. Pasak Hume'o tik mūsų įprotis verčia tikėti tokiomis tiesomis. Analogiškai ir mokslinė teorija, net jeigu ji ir turi pakankamai išsamų empirinį pagrindą, tai nereiškia, kad jų pagrindu suformuluoti dėsniai yra būtinai teisingi.

Vieną iš galimų šios problemų sprendimų galime laikyti kritinio racionalizmą ir falsifikacijos teoriją, kurios pradininku laikomas austrų filosofas Popperis, kuris jau seniai įrodinėjo, kad net ir pačios patikimiausios teorijos gali nuvilti. Pirminė Popperio prielaida yra labai paprasta ir akivaizdi: visi galime klysti ir dėl to, absoliučiai patikimų teorijų nėra, o prie tiesos priartėti galima tik kritinės diskusijos pagalba.

Filosofas siūlo keisti induktyvią pažinimo sampratą deduktyvia: „Indukcija loginiu požiūriu yra nepagrįsta, tačiau atmetimas ar falsifikavimas yra logiškai pagrįstas būdas racionaliai pereiti nuo pavienio priešingo atvejo prie atitinkamo dėsnio (ar veikiau prie jo paneigimo)⁵¹. Šia prasme dėsnis patvirtinamas arba paneigiamas deduktyviai. Pirmiausia jis suformuluojamas ir įvairiais kritiniais argumentais ir moksliniais eksperimentais tikrinamas, kol galiausiai atmetamas, arba priimamas, kaip (bent jau dabar) neatmetamas.

Kriterijus, pagal kurį racionaliai pasirenkamos vienos ar kitos teorijos, yra teorijų informacinio turiningumo dydis ir didesnis kritinių bandymų atmesti teoriją skaičius. Taigi, pasak Popperio, „absolūtaus patikimumo“ neturi jokia teorija. „Bet kadangi mums reikia rinktis, bus „racionalu“ rinktis geriausiai patikrintą teoriją. Tai bus „racionalu“ akivaizdžiausia man žinoma šio žodžio prasme: geriausia teorija yra ta, kuri turint galvoje mūsų *kritinę diskusiją* – pasirodo kaip kol kas geriausia“⁵². Akivaizdu, kad jokia teisės teorija nebus tokia pat patikima, kaip pavyzdžiui, teorija apie tai, kaip pagaminti lėktuvą, kuris nenukristų. Taip yra dėl to, kad teisės teorijos negalima taip akivaizdžiai patikrinti praktiškai. Nepaisant to, jeigu sekdami Posneriu, teisę laikysime teisininkų ir įstatymų leidėjų veikla, galėsime aptikti kai kuriuos jos metodų panašumus į mokslinį metodą.

Čia kaip pavyzdį galima būtų paminėti antstolių reformą Lietuvoje. Statistika rodo, kad iki reformos, kol antstoliai buvo „valstybiniai“, skolų išieškojimas šalyje buvo minimalus. Šią problemą buvo galima išspręsti tik teisinėmis priemonėmis – sukuriant naują sistemą. Be abejo, būtų galima diskutuoti, ar nauja sistema yra pati geriausia ir teisingiausia (tikriausiai taip manančių yra kur kas mažiau). Tačiau akivaizdu, kad jos įvedimas pagerino skolų išieškojimą. Bent jau antstoliai skelbia kad

⁵¹ K.R. Popper. Rinktinė. – Vilnius: Pradai, 2001, p. 143

⁵² Ten pat, p. 149

skolų išieškojimas pagerėjo net keliasdešimt procentų. Kita vertus, galima būtų pateikti kontrargumentą, kad galbūt taip atsitiko dėl to, kad apskritai pagerėjo šalies ekonominė padėtis ir gyventojai bei įmonės turi daugiau pinigų skoloms atiduoti. Tačiau taip pat galima argumentuoti, kad viena iš daugelio ekonominės plėtros priežasčių kaip tik ir buvo geresnis skolų išieškojimas ir apskritai vengimas nemokėti skolų. Taigi nepaisant šių problemų (plačiau apie jas bus kalbama kitame skyriuje), galima tvirtinti, kad teorija apie būtiną reformą bent iš dalies pasitvirtino.

Vis dėlto šis pavyzdys greičiau išimtis, nei taisyklė. Kaip pastebi Posneris, mokslinis metodas vaidina menką vaidmenį teisiniame mąstyme. “Teisinio ginčo šalys neturi laiko ir pinigų moksliniams eksperimentams ar kitiems moksliniams tyrimams. Reikalingi duomenys dažnai būna sunkiai arba iš vis neprieinami”⁵³.

Sunku būtų nesutikti su Posnerio išvada, kad “teisei trūksta gilių ir griežtų teorijų, suklastojamų, bet nesuklastotų (taigi nors šiek tiek pritaikomų) kontraintuityvių hipotezių, preciziškų instrumentų, tikslaus žodyno, aiškaus pozityvaus ir normatyvinio tyrimo atskyrimo, duomenų apskaičiavimo, patikimų kontroliuojamų eksperimentų, griežtų statistinių išvadų, naudingų antrinių technologinių produktų, dramatiškų intervencijų su pamatuotomis pasekmėmis, ir labiausiai iš visų bei apibendrinant išvardytus dalykus – objektyviai patikrintų ir nuolat pakartotinai tikrinamų hipotezių. Teisėje yra mokslinio mąstymo atspaudas arba šešėlis, tačiau paties kūno nėra”⁵⁴.

2.3 Praktinio mąstymo teisėje pavyzdžiai

Amerikiečių mokslininkas, kvestionuodamas absoliutų pasitikėjimą loginiais ir mokslinio tyrimo metodais, pastebi, kad teisėje dažnai naudojami tam tikri praktinio mąstymo metodai. Tačiau ir jie negali užtikrinti absoliutaus pasitikėjimo teisininkų priimamais sprendimais epistemologine prasme.

Šiame skyriuje kaip tik bus aptarti keli praktinio proto instrumento - intuicija, autoritetas ir išbandymas laiku.

2.3.1 Intuicija

⁵³ R. Posner. Jurisprudencijos problemos – Vilnius: Eugrimas, 2004 p. 61

⁵⁴ Ten pat, p. 67

Posneris atkreipia dėmesį, kad teisininkams, sprendžiantiems sudėtingas bylas, dažnai tenka griebtis kur kas mažiau patikimų metodų nei mokslinis eksperimentas. Pasak mokslininko, sprenddami ginčus teisininkai dažnai naudojami praktiniu mąstymu. Vienas iš praktinio mąstymo pavyzdžių – intuicija. Posnerio teigimu, ji yra mūsų pamatinių įsitikinimų visuma: tie įsitikinimai yra taip giliai, kad mes net nežinome, kaip jais suabejoti⁵⁵. Pasak Posnerio, intuicija susideda iš tam tikrų įsitikinimų, kurie visuotinai pripažįstami kaip neabejotini. Kaip pavyzdį jis pateikia betikslį vaikų žudymą. “Mūsų nujautimas, kad betikslis žudymas yra blogas dalykas, yra toks pats stiprus kaip ir daugelis nujautimų kuriais pagrįstas mūsų žinojimas apie empirinį pasaulį, ir stipresnis nei daugelis įrodomų išvadų”⁵⁶, - rašo amerikiečių mokslininkas.

Tačiau egzistuoja daug klausimų, dėl kurių teisėjai (o juo labiau skirtingos socialinės grupės) gali turėti skirtingas intuicijas. Nepaisant to, jog daugelyje pasaulio šalių pripažįstama (o dažnai ir absoliutinama) žmogaus teisė į gyvybę, net ir išsivysčiusiose Vakarų valstybėse (pavyzdžiui, keliose JAV valstijose) iki šiol nepanaikinta mirties bausmė. Net jeigu daugelio žmonių intuicija dėl to betikslio žudymo sutampa, tačiau vis dar diskutuojama ar žudymas kaip mirties bausmės vykdymas gali būti pateisinamas.

Taigi nors intuicija dažnai net nesąmoningai naudojama priimant teisinius sprendimus, absoliučiai ja pasitikėti negalima.

2.3.2 Autoritetas

Posneris taip pat pastebi, kad teisėje vyrauja ir pasitikėjimas autoritetu. Tiesa, jis skiriasi, nuo pasitikėjimo autoritetu moksle (čia autoritetingu teiginiu laikomas tas teiginys, dėl kurio sutaria dauguma mokslininkų):

Teisėje autoritetas yra visai kas kita. Teismų sprendimai turi autoritetą todėl, kad juos išleidžia politiškai įgaliojtas šaltinis, o ne todėl, kad individai, kuriems visuomenė suteikė visišką episteminių pasitikėjimą, susitarė tai laikyti teisingu sprendimu. Teismo valdžios ištaigingumas – mantija, orumas, iškilminga kalbėsena ir taip toliau – yra šios valdžios politinės prigimties rodiklis. Kitas

⁵⁵ Ten pat, p. 70

⁵⁶ Ten pat, p. 73

rodiklis yra pati precedento doktrina, kuri tam tikra prasme yra atsisakymas taisyti klaidas – moksliniame tyrinėjime tokia pozicija būtų pripažinta keista⁵⁷.

Čia reikėtų prisiminti, kad amerikietiška teisės sistema, kuriai atstovauja Posneris ir kuri remiasi precedentais, skiriasi nuo kontinentinės. Nepaisant to, kaip jau buvo minėta, Lietuvos teismams, priimantiems sprendimus, taip pat privalu atsižvelgti į Aukščiausiojo teismo formuojamą praktiką. Vis dėlto toks privalėjimas ne visada bus vaisingas. Gali būti, kad net ir Aukščiausiasis teismas tuo pačiu klausimu priims dvi radikaliai priešingas nutartis. Šiuo požiūriu teisė nebus moksliška tiesos atradimo prasme.

Tokį teiginį galima būtų pailustruoti dvejomis bylomis, kuriose buvo sprendžiamas teisės privatizuoti gyvenamąsias patalpas klausimas⁵⁸. Telšių gyventoja, siekė, kad jai būtų pripažinta teisė privatizuoti butą, kuriame ji ilgą laiką gyveno. Tačiau jai nespėjus to padaryti, visą namą, kuriame buvo jos butas privatizavo UAB “Telšių viešbutis” dėl to ji neteko galimybės privatizuoti butą kuriame gyveno.

2002 m. Aukščiausiasis teismas pažymėjo, kad patalpų privatizavimo metu telšietė iš tikrųjų nebuvo gyvenamosios patalpos nuomos santykiuose su atsakovu Telšių savivaldybės įmone, kuriai priklausė gyvenamosios patalpos. Ji taip pat nebuvo ginčo gyvenamosios patalpos nuomininko šeimos nare. Teismas nustatė, kad ji patalpomis naudojosi subnuomininkės teisėmis ir pagal Butų privatizavimo įstatymą nebuvo pirkimo-pardavimo subjektu. Taigi jos prašymas nebuvo patenkintas.

Tačiau 2004 m. Aukščiausiasis teismas pripažino, kad telšietė ginčo patalpose gyveno ne kaip subnuomininkė, o kaip nuomininkė. Dėl to vadovaujantis Būtų privatizavimo įstatymu ji turėjo teisę privatizuoti patalpas, kuriose ilgus metus gyveno.

Taigi ir pasitikėjimas autoritetingais aukščiausios instancijos teismų sprendimais gali nuvilti ieškant neabejotinai teisingo atsakymo į sudėtingas teises problemas.

2.3.3 Išbandymas laiku

⁵⁷ Ten pat, p. 77

⁵⁸ Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. V.Jackienės v. Lietuvos Respublikos Vyriausybė, civilinės bylos nr. 3K-3-813/2002 ir Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. UAB “Telšių viešbutis” v. V.Jackienė, civilinės bylos nr. 3K-3-476/2004

Pasak Posnerio, praktinio proto įrankis išbandyti teiginį laiku ir jį patvirtinti, jei testas išlaikomas, įvertintas nepakankamai. Jo teigimu, kuo ilgiau koks nors masinis įsitikinimas išlieka, atsispirdamas požiūrių, kultūros bei žinių evoliucijai, tuo didesnė tikimybė, kad jis yra teisingas⁵⁹.

Tiesa, amerikiečių mokslininkas pastebi, kad pragmatikai įsitikinę, jog tiesa yra tai, ką laisvas, netrukdomas ir nenutrūkstamas tyrimas galų gale atskleis apie tyrimo objektus. Bet tokia koncepcija yra nukreipta į priekį, o išbandymas laiku – atgal. “Tačiau abu požiūriai nurodo tiesą kaip įsitikinimo formavimosi laike procesą. Jie pradeda nuo įprastinių terminų vartojimo, kur “tiesa” ir “įsitikinimas” yra griežtai atskirti <...> Na ir kas? Būtų labiau naudinga pamiršti “tiesą” ir kalbėti apie pagrįstus, o dar geriau (nes silpniau) – garantuotus įsitikinimus (tokia ir yra pragmatizmo tendencija), pripažįstant, kad praktiškai labai sunku atskirti tiesą, nuo to, kuo neįmanoma netikėti, ir pabrėžiant, kad konsensusas yra teisėtas, tačiau labai klaidingas argumentavimo metodas”⁶⁰, - rašo Posneris. Šia prasme išbandymas laiku padeda ištaisyti konsensuso (kuris, beje, gali būti paremtas jėga), kaip tiesos kriterijaus trūkumus.

Tačiau kaip intuicija ar pasitikėjimas autoritetu, taip ir išbandymas laiku, kaip pastebi Posneris, susiduria su tam tikrais keblumais, jis nevisiškai atitinka teisės sistemos dinamiškoje visuomenėje:

Pirma, išbandymas vyksta jau po fakto: jis nepasako teisėjui, kaip priimti ilgalaikį sprendimą. Antra precedentų grandinėje dauguma sprendimų gali būti nekritiškai paremti pirmuoju sprendimu, nes pagarba precedentui gali atspindėti stabilumo siekimą, o ne pritarimą išvadoms ankstesnėje byloje. Trečia, precedentų grandinės stiprybės šaltinis – trukmė laike – besikeičiančioje visuomenėje gali reikšti pasenusį dalyką. Ketvirta, dauguma profesiskai įdomių sprendimų yra per jauni, kad būtų galima vertinti jų ilgaamžiškumo galimybes⁶¹.

Mokslininkas pastebi, kad ilgą laiką gyvuojantis sprendimas vienoje ar kitoje byloje, gali reikšti ne patikimumą, o stabilumo siekį. Kita vertus, tai gali reikšti, jog

⁵⁹ R. Posner. Jurisprudencijos problemos – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 101

⁶⁰ Ten pat, p. 102

⁶¹ Ten pat, p. 105

visuomenėje susiformavo pakankamai galinga interesų grupė, kuri turi politinės galios, kad tas sprendimas nebūtų pakeistas. Nors Posneris čia nekalba apie įstatymus ir kitus aktus, kurie yra pagrindinis teisės šaltinis kontinentinėje sistemoje, šiuos pastebėjimus galima pritaikyti ir jiems.

Taigi, kaip pastebi mokslininkas, teisėje juntamas hierarchijos, tęstinumo ir stabilumo akcentas sukelia įtampą ieškant tiesos. Jo teigimu, tai – siektinas dalykas, tačiau teisinis mąstymas, negali jo užtikrinti. “<...> Teisinį stabilumą būtų lengviau pasiekti, jei teisėjai būtų homogeniško mąstymo, o mąstymas tuo homogeniškesnis, kuo artimesnis socialinis pagrindas ir išsilavinimas. Tačiau kuo jie homogeniškesni, tuo silpnesni bus jų sprendimai epistemine, nors nebūtinai politine ar socialine, prasme”⁶², - rašo Posneris. Jis taip pat atkreipia dėmesį, kad be šių problemų, išbandymas laiku teisėje susiduria ir su grįžtamojo ryšio problema. Paprastai tariant, įstatymų projektai vėliau gali būti kuo puikiau įgyvendinti.

Apibendrinant galima teigti, jog vyraujantis požiūris į teisininkų veiklą nėra visiškai pagrįstas. Nors manoma, kad teisėjai tikrai ištiria faktus ir pagal juos pritaiko teisės normas, tai nėra visiškai tikslu.

Teisės aktuose įtvirtintos taisyklės taikymas dažnai yra neapibrėžtas. Dėl to teisėjai turės kiekvieną kartą nuspręsti, ar taisyklė taikytina nenumatytomis ar neapartotoms taisyklės kūrimo metu situacijoms.

Mokslinio metodo, kaip eksperimento, panaudojimo galimybės teisėje yra ribotos. Įstatymų leidėjai ir teisėjai dažniausiai negali tiksliai empiriškai patikrinti priimtų įstatymų ir sprendimų teisingumo.

Lietuvoje žemesnių instancijų teismai priimdami sprendimus remiasi autoritetinga Aukščiausiojo teismo praktika. Tačiau pasitaiko atvejų, kai sprenddamas tą patį klausimą ir Aukščiausiasis teismas priima radikaliai priešingas nutartis.

Didesnio tikrumo teisei negali suteikti ir praktinis mąstymo instrumentai (pvz., intuicija, autoritetas, išbandymas laiku), kuriais neretai naudojasi teisininkai.

⁶² Ten pat, p. 106

3. Teisės ekonominės analizės galimybės ir ribos

Ankstesniuose skyriuose buvo nagrinėjami klausimai, susiję su teisės ontologija ir epistemologija. Tačiau patikrinus hipotezes apie tai, kas yra (nėra) teisė, ir kokie jos naudojami metodai, lieka neatsakytas kitas labai svarbus klausimas – kam ji apskritai reikalinga ir koks jos tikslas.

Paprastai į teisę linkstama žiūrėti pro moralės prizmę. Jau pati žodžio “teisė” etimologija suponuoja, kad ji bus teisinga, t.y. atlieps tam tikras moralines nuostatas. Morale persmelktas požiūris vyravo nuo pat Antikos (Platonas, Aristotelis) iki XX a. Net ir tada, kai jurisprudencijos tradicijoje imti viršų pradėdavo grynas pozityvizmas ir normatyvizmas, moralė tik laikinai pasitraukdavo į šalį, tačiau galiausiai prie jos vėl ir vėl būdavo sugrįžtama. Vis dėlto jeigu, sekdami Posneriu, pripažinsime, kad teisė nėra vien sąvokų rinkinys, o pirmiausia teisininkų (jie dažnai turi pakankamai skirtingus moralinius įsitikinimus) veikla, turėsime pripažinti ir tai, kad sprendžiant konkrečias juridines problemas, moralė dažnai negali pateikti sprendimo.

“Abejoju, jog moralinė filosofija turi didelę reikšmę teisei, tiek padedant atsakyti į specifinius klausimus, tiek bendrąja prasme, - rašo amerikiečių mokslininkas. – Pirminis moralinės filosofijos vaidmuo teiseje yra gana svarbus. <...> Tačiau vos susidūrusi su specifiniais teisiniais klausimais ji mus apvilia. Reikalas tas, kad moralinė filosofija dažniausiai yra metadiskursas. Ji ne tiek neatsako į klausimą, kaip nugyventi dorą gyvenimą, kiek aiškinasi, ar tokio pobūdžio klausimai iš viso turi atsakymus, bei kuo etikos klausimai skiriasi nuo mokslo. Kai moralės filosofas suka galvą, sprenddamas specifinius etikos klausimus, arba kai teisininkas kreipiasi į moralės filosofą padėti išspręsti sudėtingus teisinius klausimus, tampa akivaizdu, kad moralinė filosofija nežino moralinių dilemų, darančių sudėtingus daugybę teisės klausimų, sprendimų”⁶³.

Posneris atkreipia dėmesį, kad, jeigu mokslo teiginiai ir hipotezės gali būti akivaizdžiai patikrinami stebint fizinio pasaulio reiškinius, tai intuicija, kuria galiausiai patikrinami moraliniai teiginiai, nėra tokia akivaizdi. Pasak amerikiečių mokslininko, kiekvienas moralistas remiasi savo intuicija, absoliutais ar “silpnybėmis”, ir jokie argumentai neveikia, kai nesutariama dėl kai kurių pamatinių moralinių nuostatų.

⁶³ Ten pat, 292

3.1 Gerovės maksimizavimo samprata

Jei moralė negali padėti išspręsti kai kurių sudėtingų teisinių problemų, tai kas gali? Pasak Posnerio, teisė turi funkcinį pobūdį, o ne išreiškiamąjį ar simbolinį tiek siekiuose, tiek tokiu mastu, koku dar atrodo – tikrumoje. Todėl tose srityse, kuriose socialinė funkcija yra efektyvus išteklių paskirstymas, teisė pagrįstai pasiima savo dalį iš ekonomikos⁶⁴. Taigi savo teorijoje Posneris bando parodyti, kad kai kurias teisės normas ir institutus o taip pat teismų sprendimus galima analizuoti pagal tai, ar jie padidina visuomenės gerovę.

Čia reikėtų pabrėžti, kad Posneris atsiriboja nuo griežto utilitarizmo, kurio didžiausia siekiamybė – kuo daugiau naudos kuo didesniai žmonių skaičiui. Vietoje Benthamo pasiūlytos naudos (arba laimės), kaip esminio žmogaus veiklos principo jis siūlo gerovės maksimizavimą. “Aš tikiu, kad ekonominė norma, kurią vadinsiu “gerovės maksimizavimu”, suteikia tvirtesnius pagrindus etinei teorijai nei utilitarizmas”⁶⁵, - rašo amerikiečių mokslininkas. Savo darbuose jis įrodinėja, kad gerovės maksimizavimo principas gali būti ne tik etikos, bet ir teisės siekiamybė.

Posnerio teigimu, ekonomistai sutartinai laikosi prielaidos, kad žmonės elgiasi racionaliai. Jie “linkę racionaliai didinti savo gaunamą pasitenkinimą – visi žmonės (išskyrus mažamečius vaikus ir protiškai atsilikusius) visose savo veiklos srityse (išskyrus, kai jie veikia paveikti psichozės dėl narkotikų ar alkoholio vartojimo, kuriose egzistuoja pasirinkimo galimybė”⁶⁶. Vadinasi, šį principą geriausia atlieps tos teisės normos ir teismų sprendimai, kurie leis žmonėms gauti didžiausią pasitenkinimą arba naudą (problemas, susiję su sąvokų “nauda”, “gerovė” neapibrėžtumu, bus analizuojamos kitame skyrelyje).

Kaip pastebi H. Kerkmeesteris, savo teorijoje Posneris⁶⁷ gerovės matu laiko piniginę jos išraišką. Pagrindinė šios teorijos prielaida yra visiškai akivaizdi: jeigu visi dalykai lieka tokie patys, žmonės bus linkę siekti daugiau pinigų negu mažiau. Ši teorija patogi ir tuo, kad apibūdinama kiekvieno žmogaus gaunamą naudą, ji vartoja vieną matą. Paprastai tariant, nors vienas litas skirtingiems žmonėms gali būti ne vienodai vertingas, tačiau vis tiek tai bus vienas litas.

⁶⁴ Ten pat, p. 385

⁶⁵ R. Posner. *The Economics of Justice*. – Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 49

⁶⁶ R. Posner. *Jurisprudencijos problemos* – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 297

⁶⁷ <http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>, p. 386

Posneris žodį “gerovė” įvardina kaip materialių ir nematerialių vertybių ir paslaugų visumą, apibūdinamą dviejų rūšių kainomis: siūlomomis (kurias žmonės linkę mokėti už gėrybes, kurių jie dar neturi) ir prašomomis (kurių žmonės reikalauja norėdami parduoti jų turimas gėrybes)⁶⁸. Jis pateikia tokį pavyzdį:

Jei A yra pasirengęs sumokėti B 100 JAV dolerių už pastarojo turimą pašto ženklų kolekciją, reiškia A ją tiek įvertina. Savo ruožtu, jei B yra pasirengęs parduoti kolekciją ne mažiau kaip už 90 dolerių, tai reiškia, kad jis pats vertina ją būtent tiek. Galiausiai jeigu B parduos kolekciją A (sakykime, už 100 dolerių <...>) visuomenės gerovė padidės 10 dolerių. Iki sandorio sudarymo A turėjo 100 dolerių grynųjų pinigų, o B – pašto ženklų kolekciją, vertą 90 dolerių (iš viso – 190 dolerių); po sandorio sudarymo A priklauso kolekcija, verta 100 dolerių, o B gavo 100 dolerių grynais. Sandoris nepadidins išmatuojamos gerovės – bendrojo nacionalinio produkto, nacionalinių pajamų ir pan. – 10 dolerių suma; jis nepadidins jos visai, kol nebus sudarytas raštu, o rašytinis sandoris gali padidinti išmatuojamą gerovę net 100 dolerių, t.y. visa pirkimo kaina. Tačiau tikrasis indėlis į visuomenės gerovę yra 10 dolerių vertės nematerialus pasitenkinimas, kurį A gauna iš pirkinio, palyginus su B⁶⁹.

Taigi “gerovė” ekonomine prasme nėra paprastas piniginis matas ir klaidinga būtų ją prilyginti pelnui, kurį gauna viena iš sandorio šalių. Posneris pripažįsta, kad kai kurie dalykai būdami naudingi vieniems individams, gali būti žalingi kitiems. Taigi gerovė padidės, jeigu sandoris arba, kaip matysime vėliau, teisės aktas ar teismo sprendimas ne suteiks progą pasipelnyti vienam individui ar ribotam jų skaičiui, bet įtvirtins tokią tvarką, kuri potencialiai maksimizuos daugelio individų gerovę.

3.2 Įstatymų ir teismų sprendimų ekonominė analizė

Ši teiginį galima būtų pailiuoti konkurencijos įstatymų pavyzdžiu. LR Konstitucijos 46 straipsnyje įtvirtinta nuostata, kad šalies ūkis grindžiamas privačios nuosavybės teise, asmens ūkinės veiklos laisve ir iniciatyva. Taip pat Konstitucijoje

⁶⁸ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p.299

⁶⁹ Ten pat, p. 299-300

įtvirtintas principas, kad valstybė reguliuoja ūkinę veiklą taip, kad ji tarnautų bendrai tautos gerovei. Tokia nuostata nurodo, kad kurdama teisės aktus ir juos taikydama valstybė privalo atsižvelgti į visų gyventojų interesus.

Natūralu, kad kiekviena įmonė iš savo veiklos siekia gauti kuo didesnę pelną. Maksimizuodama naudą, tam ji imasi visų galimų priemonių. Tačiau jeigu rinkoje vyraus pakankama konkurencija, ji negalės nepagrįstai didinti gaminių kainos ar visiškai nekreipti dėmesio į jų kokybę. Norėdama pasiekti didesnę apyvartą ir pelną nei konkurentai, bendrovė bus priversta parduoti produktus mažesniais kainomis arba pasiūlyti kokybiškesnius produktus. Tokiu būdu bus pasiekama maksimali gerovė ne vienai kompanijai, o daugeliui žmonių, kurie galės rinktis pigesnes arba kokybiškesnes prekes.

Tačiau jeigu rinkoje susiklostys monopolinė situacija ir ta bendrovė, kuriai priklausys monopolis, juo nesažiningai naudosis arba jeigu tarp rinkos dalyvių bus sudarytas draudžiamas susitarimas, visos visuomenės gaunama gerovė gali būti kur kas mažesnė nei tą susitarimą sudariusių subjektų.

Pavyzdžiui, privatizavus „Lietuvos telekomą“ daugelio telekomunikacijų paslaugų kainos šalyje buvo santykinai aukštos. Reikalas tas, kad privatizavimo sutartyje bendrovei leista turėti tam tikrų paslaugų monopolį. Tačiau kai baigėsi sutartyje numatytas terminas, šios paslaugos smarkiai atpigo. Taigi gyventojai už mažesnę kainą gavo tokios pačios vertės paslaugas.

Kitas pavyzdys – „Mažeikių naftos“, degalų gamintojos monopolininkės Lietuvoje, vykdyti susitarimai su mažmeninės prekybos bendrovėmis. Kaip nustatė Konkurencijos taryba, naftos perdirbimo įmonė, siekdama apriboti degalų importą į Lietuvą, ir taip dar labiau sustiprinti dominuojančią savo padėtį, sudarė Konkurencijos įstatyme apibrėžtus draudžiamus susitarimus ir suteikė kai kuriems mažmenininkams palankias sąlygas prekiauti jos degalais. Tačiau dėl to nukentėjo kiti mažmeniniai ir paprasti vartotojai, kurie prarado galimybę pirkti pigesnius importinius degalus.

Vis dėlto pats savaime rinkos monopolis nėra blogybė. Egzistuoja daugybė monopolijų, kurie ne sumažina, o padidina (bent jau netiesiogiai) visuomenės gerovę⁷⁰. Akivaizdu, kad kiekviename bute instaliuoti dvi vandens tiekimo sistemas arba dvi

⁷⁰ Apie monopolinės rinkos reguliavimo problemas nuodugnai aprašo M.Freedmanas ir F.von Hayekas. Žr. M.Freedman, Kapitalizmas ir laisvė. – Vilnius: Mintis, 1998, II ir VIII sk., F.Hayek, Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, III t. – Vilnius: Eugrimas, 1999, p. 101-139.

elektros energijos tiekimo sistemas yra kur kas brangiau nei efektyviai prižiūrėti, kad šias paslaugas teikiančios bendrovės nepiktnaudžiautų monopolium.

Ekonominiu požiūriu galima analizuoti ir teismų praktiką. Kaip pavyzdys galėtų Aukščiausiasią teismą pasiekusi byla, kurioje buvo sprendžiamas klausimas dėl to, ar draudėjas privalo atlyginti nuostolius apdraustajam net ir tada, kai šis, sudarydamas draudimo sutartį, elgėsi nesąžiningai⁷¹.

Prieš kelis metus bendrovė, užsiimanti tarptautinių krovinių pervežimu sudarė vilkiko ir puspriekabės draudimo sutartį su viena šalies draudimo kompanija. Nepasibaigus draudimo laikotarpiui šis vilkikas su puspriekabe buvo pagrobti. Aiškinantis bylos aplinkybes taip pat paaiškėjo, kad per Lietuvos sieną vilkiku buvo gabenami ne tik kroviniai, bet ir nedeklaruojamos stambios pinigų sumos. Žemesnių instancijų teismai pripažino, kad tai nėra esminė aplinkybė, kuri galėtų atleisti draudimo bendrovę nuo prievolės išmokėti draudimo sumą. Tačiau Aukščiausiasis teismas atmetė tokią argumentaciją. Aukščiausiojo teismo teisėjų kolegijos teigimu, draudimo sutartis yra rizikos sutartis, pagal kurią draudikui tenka civilinė atsakomybė įvykus draudimui įvykiui atlyginti atsiradusius nuostolius:

Ši draudimo sutarties esmė lemia nurodytos sutarties ypatumus. Palyginus su kitomis sutartimis, draudimo sutartis yra specifinė – fiduciarinė (lot. *fiducia* - pasitikėjimas), taigi tokia sutartis, kurios šalys sieja tarpusavio didžiausio pasitikėjimo (*uberrimae fidei*) principas, kuris lemia ir šios prievolės šalių pareigą bendradarbiauti ir kooperuotis <...>. Dėl šių priežasčių draudimo sutarties šalys privalo būti viena kitai absoliučiai atviros ir abipusiškai atskleisti visą informaciją, galinčią turėti įtakos šios sutarties sudarymui ir jos sąlygų nustatymui. Draudėjo pareiga suteikti draudikui visą nurodytai sutarčiai reikšmingą informaciją gali lemti tiek šio apsisprendimą prisiimti draudimo riziką, tiek draudimo sutarties sąlygas, tarp jų ir draudimo įmokų (premijų) bei draudimo išmokų dydžius.

Aukščiausiasis teismas pripažino, kad draudimo bendrovės argumentas, jog nepateikdamas informacijos apie tai, kad draudimo objektu – vilkiku – per Lietuvos

⁷¹ Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. UAB "Vigidas" v. UAB DK "Censum", civilinės bylos nr. 3K-3-964/2000

Respublikos sieną neteisėtai gabenami pinigai, pažeidė šalių pareigą bendradarbiauti ir elgtis sąžiningai.

Nors krovinių gabenimo bendrovė prarado ir vilkiką, ir juo nelegaliai gabentus, o draudimo kompanija nenukentėjo, pirmajai nepalankus teismo sprendimas gali būti pagrįstas kaip ekonomiškai naudingas ne tik draudikui, bet ir visai visuomenei.

Nesileidžiant į galias ekonomines analizes, galima įsivaizduoti, kad teismas nusprendžia priešingai. Jeigu visos kitos sąlygos būtų vienodos, toks sprendimas atvertų galimybes blogų kėslų vedamiems žmonės juo pasinaudoti. Akivaizdu, kad, jei tokių klientų padaugėtų, žymiai išaugtų draudiminė rizika. O jeigu draudimo bendrovė nepadidintų įmokų kiltų grėsmė, kad prireikus jai neužtektų lėšų kompensuoti sąžiningų žmonių patirtus nuostolius. Jeigu dėl tokio sprendimo bendrovė pakeltų draudimo įmokos dydį, tai taip pat nepadidintų visų likusių žmonių gerovės.

Šiuo aspektu galima būtų nagrinėti ir kitą visai neseniai Apeliacinio teismo priimtą sprendimą. Šalies žiniasklaidoje plačiai nuskambėjo istorija, kai dėl Marijampolės ligoninės darbuotojų nerūpestingumo nukentėjo mažamečiai dvynukai. Jų tėvai sau ir vaikams ketino prisiteisti iš ligoninės 1 mln. litų neturtinės žalos. Kauno apygardos teismas buvo patenkinęs jų ieškinį, tačiau Apeliacinis teismas jį pakeitė ir ženkliai sumažino žalos dydį. Toks teismo sprendimas visiškai suprantamas, kadangi ligoninė neturėjo jokių galimybių sumokėti 1 mln. litų. Jeigu žemesnės instancijos sprendimas nebūtų pakeistas, kiltų grėsmė, kad kiti ligoniai apskritai netektų galimybės būti gydomi šioje ligoninėje. O tai, suprantama, tikrai nepadidintų jų gerovės.

Taigi, kaip pastebi Posneris, bendroji teisė įvairiais būdais palengvina maksimizuojančių gerovę sandorių sudarymą. “Ji pripažįsta nuosavybės teisę ir taip palengvina mainus. Ji taip pat gina nuosavybę deliktų ir baudžiamosios teisės pagalba. <...> Sutarčių teisės pagalba apsaugomas mainų procesas. Be to, yra nustatytos procesinės normos įmanomai efektyviam šiose srityse kylančių ginčų sprendimui”⁷².

3.3 Patikimų duomenų problema

Vis dėlto požiūris, kad teisės paskirtis yra didinti žmonių pasitenkinimą arba kitaip tariant gerovę susiduria su daugeliu problemų. Kaip pastebi Hayekas, viena iš svarbiausių idėjų, kuria remiamasi demokratinė tradicija, yra ta, kad prievarta prieš individus leistina tik ten, kur ji yra būtina bendrajai gerovei užtikrinti. “Akivaizdu, kad

⁷² R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 300

pabrėžiant šį bendrąjį, arba viešąjį, teisėtų valdžios galių pobūdį buvo siekiama užkirsti kelią valdžios naudojimui atskiriems interesams tenkinti. Tačiau šių sąvokų neapibrėžtumai beveik kiekvieną interesą leido pavaizduoti kaip bendrąjį verčiant daugybę žmonių tarnauti tikslams, mažiausiai jiems rūpimiems. Bendrojo labo, arba viešųjų gėrybių, sąvokos iki šiol nepavyksta griežtai apibrėžti, tad priklausomai nuo valdančiosios grupės interesų jai gali būti suteiktas bet koks turinys”⁷³, - rašo filosofas.

Galimas ir kitas argumentas prieš ekonominę požiūrį į teisę, teigiant, kad daugelis žmonių iš principo elgiasi gerai, altruistiškai ir tokiais savo poelgiais netgi “skriaudžia” save (pvz., šventieji ir filantropai). Tiesa, perskyra tarp altruizmo ir egoizmo, kaip ir daugelis kitų klasifikacijų yra daugiau pagalbinės ir spekuliatyvios. Šiuo atveju kas nors galėtų pasakyti, kad šventųjų elgesys netiesiogiai užtikrina geresnį gyvenimą jiems patiems, arba gyvensiantiems po jų. Kaip pastebi Heico Kerkmeesteris, naudos požiūriu gali būti pamatuota bet kas, neišskiriant, pavyzdžiui, malonumo, meilės, altruistinių jausmų, paklusnumo normoms ir pan. Visiškai suprantama, kad kas nors gauna naudą ir prarasdamas savo pinigus⁷⁴. Pavyzdžiui, kai kurios didžiosios tarptautinės kompanijos paaukvoja labai daug pinigų ir technikos. Piniginės aukos gerina bendrovės vardą ir pirkėjas, žinodamas labdaros faktą, visai nesąmoningai dėl to ateityje gali pirkti daugiau jos produktų. Kita vertus, jeigu tokia bendrovė, kaip, pavyzdžiui, “Microsoft” padovanoja kam nors kompiuterinės technikos, tai veikiausiai ją gavę vartotojai kažkada nusipirks tuos produktus, kurie yra suderinti su padovanota technika.

Gerovės maksimizavimo teorija gali būti kritikuojama ir dėl to, kad praktikoje ypač sunku nustatyti, ko siekia skirtingi individai ir kokių tikslų pasiekimą jie traktuos kaip maksimizuojantį gerovę. Antra vertus, “bet kuris metodas artėti prie tikslo (taigi ir bet kuri teisės norma, jei daroma prielaida, kad ji skirta padėti įgyvendinti individų interesus) gali būti veiksmingas konkrečiam individui”⁷⁵, viename straipsnyje rašo R. Šimašius. Kitaip tariant, teisė gali būti naudinga vieniems individams, tačiau nenaudinga kitiems. Net jeigu ir susitarsime, kokios gėrybės laikytinos visiems priimtiniomis, sunku bus nustatyti, kaip ir kiek naudą bus gaunama iš vienos ar kitos teisės normos įtvirtinimo ir ar iš viso ta nauda buvo gauta.

⁷³ F. A. von Hayek. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, II t. – Vilnius: Eugrimas, 1998, p. 15

⁷⁴ <http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>, p. 386

⁷⁵ R. Šimašius. Teisėkūra ir teisės socialinis veiksmingumas// Jurisprudencija, 2004, t. 54 (46), p. 64

Minėtame straipsnyje R.Šimašius pateikia gerą pavyzdį, iliustruojantį šią problemą. Tarkime, pakeičiant kelių eismo taisykles, mieste sumažinamas didžiausias leistinas greitis ir dėl to sumažėja žuvusiųjų bei sužeistųjų skaičius. Akivaizdu, jog išsaugojus bent vieną gyvybę visuomenės gerovė padidėja, kadangi kiekvienas individas sukuria dalį visos šalies bendrojo vidaus produkto. Tačiau galima būtų argumentuoti, kad žuvusiųjų skaičius sumažėjo, pavyzdžiui, dėl to, jog vis gerėjant ekonominei šaliai padėčiai, jie įsigyja geresnius, saugesnius automobilius arba dėl to, kad sumažinus greitį miestuose susidaro didžiulės spūstys ir nemaža dalis vairuotojų nusprendė ne važinėti automobiliais, bet vaikščioti pėsčiomis. Taigi čia susiduriame su bendra socialinių mokslų problema – teoriją patvirtinančių duomenų patikimumu. Reikalas tas, kad patikrinti hipotezes apie fizinio pasaulio dėsningumus yra kur kas paprasčiau. Pavyzdžiui, patikrinti hipotezę, kad visi daiktai krenta veikiami sunkio jėgos, galima pačiam. Tuo tarpu tiksliai ir neabejotinai paaiškinti, kodėl žmonės elgiasi arba turėtų elgtis tam tikru būdu dažnai yra neįmanoma.

Posneris pripažįsta, kad teisės ekonomika gali būti visai silpna sritis tiek dėl bendro ekonomikos silpnumo, tiek dėl pačiai teisei būdingų specifinių silpnumų⁷⁶. Antra vertus, jis pastebi, kad nemažiau teorinių problemų turi ir kiti pakankamai nauji mokslai (pvz., teisės psichologija, teisės sociologija, teisės antropologija). Taigi amerikiečių mokslininkas įsitikinęs, kad pozityvioji ekonominė teisės teorija, bus priskirta platesnei socialinės elgsenos, mūsų vadinamos teise, teorijai⁷⁷.

Pasak Posnerio, faktas, kad pragmatiškai aiškinamas gerovės maksimizavimas yra instrumentinio, o ne pamatinio pobūdžio, nėra kliūtis ja pasinaudoti grindžiant teisę ir valstybės politiką. “Tam tikslui ji gali būti teisingas principas, net ir tuo atveju, jei jis teisingas dėl savo tikslų, kurie nėra vien ekonominiai. Šis principas gali būti laikomas teisingu bent jau ta prasme, kad gerovės maksimizavimo išimčių šalininką įpareigoja įrodyti tokių išimčių leidžiamumą”, - rašo amerikiečių mokslininkas.

Taigi moralė ne visada gali būti naudinga sprendžiant sudėtingas teises problemas. Ji ne tiek neatsako į klausimą, kaip nugyventi dorą gyvenimą, kiek aiškinasi, ar tokio pobūdžio klausimai iš viso turi atsakymus. Dėl to kai kuriais atvejais

⁷⁶ R.Posneris. Jurisprudencijos problemos. – Vilnius: Eugrimas, 2004, p. 308

⁷⁷ Ten pat, p. 314

kaip alternatyvą teisės pagrindimui vietoj moralės galima pasitelkti jos ekonominį pagrindumą.

Teisės aktai (ypatingai tie, kurie apima ūkio reguliavimą), ir civilinių bylų sprendimai gali būti analizuojami pagal tai, ar jie padeda maksimizuoti visuomenės gerovę.

Gerovė skiriasi nuo paprasčiausios naudos ar laimės. Ji nėra paprasčiausias ūkio subjektų pelnas, gaunamas iš sandorių, ar žmonių pajamos.

Teisės ekonomikos teorija susiduria su tam tikrais sunkumais, kurie būdingi daugeliui socialinių mokslų. Nepaisant to, tai nepaneigia atsargaus jos taikymo galimybių.

4. Neotradicionalizmas ir jo kritika

Posnerio plėtojamose idėjose pastebima skeptiška nuostata dėl to, kad teisė nėra autonomiška socialinės minties sritis. Pasak mokslininko, ji tokia galėtų būti tada, jei net sunkiausi teisės klausimai galėtų būti galutinai ar bent patenkinamai išspręsti, neperžengiant konvencinių teisinės kultūros sričių. Tačiau “atrodo, kad teisininkai ir teisėjai laužo galvas ir vargais negalais išsprendžia klausimus, kurie negali būti išspręsti kitaip nei pagal paties sprendimą priimančio asmens asmenines vertybes ir preferencijas, sudarančias socialinę viziją, kuri gali būti visiškai nesiderinanti su kitų asmenų socialinėmis vizijomis”⁷⁸.

Tačiau, pasak amerikiečių mokslininko, kai kurie teoretikai, tiksliau neotradicionalistai, nepaisydami vis labiau stiprėjančių kai kurių jurisprudencijos mokyklų pastangų teisėje remtis ir kitais mokslais, tvirtina, kad teisė savyje turi visus tinkamus teisinių ginčų sprendimui reikiamus išteklius, kad ir koks rimtas kultų ginčas⁷⁹.

Posneris išskiria keturias neotradicionalizmo atmainas: antiredukcionizmą, teisę kaip vidurio kelią tarp nepriimtinių kraštutinių, teisę kaip praktinį protą ir interpretuojančiąsias bendrijas. Pirmojo požiūrio šalininkai argumentuoja, kad teisė negali būti redukuoti į jokią kitą dalyką, ji yra menas įstatymais vairuoti visuomenę. O ši meną esą geriausia išmano būtent teisininkai. Tie, kurie teisę laiko tam tikru vidurio keliu įrodinėja, kad, jeigu teisė yra menas, ji turi būti priešpriešinama tiek kritinėms teisės studijoms (pagrindinė jų mintis – ta, kad teisė iš tikrųjų yra paremta politika), tiek ekonominiam požiūriui į teisę. Laikantys teisę praktinio proto šaka teigia, kad ji yra tradicinių vertybių, metodų, teisinio žodyno rėmėja, įtariai vertinanti sisteminius požiūrius. Paskutiniosios krypties atstovai, pasak Posnerio, siekia susigražinti teisės interpretavimą iš neapibrėžtumo, teigdami, kad net jeigu joks tekstas neturi objektyvios reikšmės, teisininkų bendrija, kuriai skiriami konstitucijos ir įstatymų tekstai, gali primesti apibrėžtą reikšmę dėl to, kad bendrijos nariai turi bendrą požiūrį⁸⁰.

Mokslininko teigimu, šie požiūriai atspindi Amerikos socialinių ir religinių konservatorių nostalgiją seniems laikams, norą išvaduoti teisę iš kitų disciplinų įtakos, bodėjimąsi abstrakcijomis, priešiškus mokslui ir sisteminiam pažinimui apskritai,

⁷⁸ Ten pat, p. 355

⁷⁹ Ten pat.

⁸⁰ Ten pat, p. 364-366

galiausiai baime, kad teisininko profesija kitomis disciplinomis pasinaudos nevykusiai. Be jokios abejonės, tokį konservatyvizmą jis atmeta. Posnerio įsitikinimu, teisininkai gali ir privalo naudotis kitomis disciplinomis, grįsdami savo teiginius. “Teisei kaip sistemai suprasti reikia perspektyvos iš išorės. Profesionalų negebėjimas atsitraukti per atstumą ir taip pamatyti perspektyvą yra profesionalizmo nelaimė”⁸¹, - rašo jis.

Mokslininkas įsitikinęs, kad teisei reikia daugiau mokslo dvasios, nei ji turi: tyrimo, prieštaravimo, falibilizmo dvasios, plataus akiračio, atidumo faktams ir pokyčių akceptavimo. “Teisė yra ne šventas tekstas, o paprasta socialinė praktika, neapibrėžtai ribojama etinių ir politinių įsitikinimų. Todėl teisinių aiškinimų ir kitokių teisinių teiginių pagrįstumą geriausia vertinti tikrinant jų išvadas realiame pasaulyje”⁸², - įsitikinęs Posneris.

Šios tezės ir galutinė išvada atrodo itin patraukliai. Tačiau, kaip jau ne kartą buvo pabrėžta šiame darbe, jų įgyvendinimas susiduria su įvairiausiomis problemomis. Prisiminus antrame skyriuje paminėtą pavyzdį apie antstolių sistemos reformą Lietuvoje, galima sutikti, kad iš principo teisinių sprendimų tikrinimas tikrovėje nėra neįmanomas. Kita vertus, egzistuoja daug teisės sričių, kuriose šį siekį įgyvendinti vargu ar pavyktų. Pavyzdžiui, kaip patikrinti, ar Baudžiamojo kodekso nuostata labai pavojingiems nusikaltėliams skirti laisvės atėmimo iki gyvos galvos bausmę pasitvirtina tikrovėje? Tarkime, jos įvedimas gali būti grindžiamas siekiu pažaboti nusikalstamumą. Tačiau net jei po daugelio metų nusikalstamumas sumažėtų, ar galėtume daryti pagrįstą išvadą, kad taip atsitiko būtent dėl minėtosios nuostatos?

Taigi nors kritiškas Posnerio požiūris metodologiškai yra patikimesnis ir patrauklesnis nei jo kritikuojamų tradicionalistų, tačiau, kita vertus, ir patikimumas taip pat nėra absoliutus.

⁸¹ Ten pat, p. 370

⁸² Ten pat, p. 391

5. Išvados

Apibendrinant darbe išanalizuotą medžiagą ir teorines problemas galima daryti tokias išvadas:

1. Remdamasis šiuolaikine mokslo teorija Posneris įrodo, kad tradicinis požiūris į teisę kaip valstybės sankcionuotų taisyklių sistemą neišlaiko kritikos. Teisė veikia kaip tam tikras procesas, kuriuo siekiama efektyviai spręsti socialines problemas, nei norminė sistema. Šiame procese „veikia“ ne tik tos taisyklės, kurios yra pozityviai įtvirtintos teisės aktu. Didelė teisėjų taikomos teisės dalis susideda iš moralinių ir politinių pasvarstymų.
2. Posneris taip pat atskleidžia, kad vyraujantis požiūris į teisininkų veiklą nėra visiškai pagrįstas. Nors manoma, kad teisėjai tikrai ištiria faktus ir pagal juos pritaiko teisės normas, tai nėra visiškai tikslu. Teisės aktuose įtvirtintų taisyklių taikymas dažnai yra neapibrėžtas. Dėl to teisėjai turės kiekvieną kartą nuspręsti, ar taisyklė taikytina nenumatytoms ar neaptartoms taisyklės kūrimo metu situacijoms.
3. Turėdamas daugiametę teisėjo praktiką Posneris įtikinamai parodo, kad teisėjai, kuriems patikėtas socialinių problemų sprendimas, ne visada turi pakankamai aiškias nuorodas, kaip spręsti vieną ar kitą ginčą. Nepaisant to, teismų užduotis per kuo trumpesnę laiką pateikti sprendimą. Taigi teisėjai meta visas pastangas, panaudodami bet kokią informaciją ir išvalgas, kurias jiems pateikia advokatai arba kurias jie gali atrasti perskaitytoje literatūroje.
4. Posneris taip pat įtikinamai atskleidžia, kad mokslinio metodo, kaip eksperimento, panaudojimo galimybės teisėje yra nors ir pageidautinos, tačiau ribotos. Įstatymų leidėjai ir teisėjai dažniausiai negali empiriškai patikrinti priimtų įstatymų ir sprendimų teisingumo. Absoliutaus teisėjų priimamų sprendimų patikimumo taip pat neužtikrina praktinio mąstymo instrumentai.
5. Amerikiečių mokslininkas argumentuotai parodo, jog ir moralė ne visada gali būti naudinga sprendžiant sudėtingas teises problemas. Nors dėl kai kurių pamatinių moralės principų sutariama, tačiau apskritai ji ne tiek neatsako į klausimą, kaip nugyventi dorą gyvenimą, kiek aiškinasi, ar tokio pobūdžio klausimai iš viso turi atsakymus. Posneris nurodo daug svarių argumentų, kad kai kuriais atvejais kaip pagrindą galima remtis teisės

ekonominiu veiksmingumu (visuomenės gerovės maksimizavimo prasme). Šia prasme teisės aktai (ypatingai tie, kurie apima ūkio reguliavimą), ir kai kurių bylų sprendimai gali būti analizuojami pagal tai, ar jie padeda maksimizuoti visuomenės gerovę. Tačiau tokia analizė kol kas dar nėra smarkiai išplėtotą ir ją reikėtų taikyti pakankamai atsargiai.

Darbo pradžioje buvo iškeltas klausimas, kas lemia, kad teisėkūros ir teisės taikymo procese tarsi išnyksta žmogus ir jo teisės, kaip teisės reguliavimo objektas. Be to, buvo klausama, kokias funkcijas turi teisė, ir kokie teisininkų naudojami metodai geriausiai atliepia tas funkcijas. Apibendrinant darbe išsakytas mintis, galima teigti, kad vienas iš veiksnių, lemiančių tokio požiūrio išsigalėjimą – išsienėjęs požiūris, kad teisė – tai tik valstybės įtvirtintų ar sankcionuotų normų sistema. Šia prasme pragmatinė jurisprudencija gali būti alternatyva vyraujančiam tradicionalizmui, kadangi ji teisę traktuoja kaip tam tikrą veiklą, kuria siekiama spręsti socialines problemas. Nors ji pripažįsta, kad norėdamas tinkamai ir greitai išspręsti bylą teisėjas privalo naudotis visais galimais metodais, tačiau įspėja, kad negalima visiškai pasitikėti vienu ar kitu metodu.

Vis dėlto reikia pripažinti, kad Posnerio alternatyva nėra absoliučiai veiksminga. Galima sutikti su mokslininko pasiūlymu teisę apibrėžti kaip veiklą, o ne koncepcijų rinkinį. Galbūt toks apibrėžimas labiau atitinka teisės prigimtį, tačiau tai mažai turi praktinių padarinių jos efektyvumui. Jo pasiūlymas teisės aktus ir teismų sprendimus vertinti pasitelkiant ekonominius metodus yra patrauklus, tačiau susiduria su įvairiais keblumais, kuriems išspręsti prireiks nemažai laiko.

Galiausiai reikia pripažinti, jog analizuojant Posnerio išsakytas idėjas gali susidaryti įspūdis, kad mokslininkas tarsi kvestionuoja daugelį tradicionalistinėmis vadinamų teisės teorijų. Vis dėlto jo pasiūlymas teisės pagalba socialines problemas spręsti pasitelkiant kuo daugiau ir kuo įvairesnių teisininkams prieinamų metodų bei idėjų (tiek tų, kurias skelbia normatyvizmas, tiek tų, kurias akcentuoja prigimtinė teisė), gražina atgal prie tradicionalizmo. Kitaip tariant, abejodamas tradicionalizmu jis siūlo pragmatinę tradicionalizmą.

Literatūros sąrašas

Teisės aktai:

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija// Valstybės žinios. 1992. Nr. 33-1014
2. Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas// Valstybės žinios. 2000. Nr. 74-2262
3. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas// Valstybės žinios. 2002. Nr. 37-1341
4. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas// Valstybės žinios. 1999. Nr. 30-865

Mokslinė literatūra:

5. Aster von E. Filosofijos istorija. – Vilnius: Alma littera, 1995
6. Čiočys P.A. Teisės pagrindai. – Vilnius: Vilniaus vadybos kolegija, 2002
7. Dambrauskienė G., Marcijonas J. ir kt. Lietuvos teisės pagrindai. – Vilnius: Justitia, 2004
8. Dworkin R., Rimtas požiūris į teises. – Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004
9. Finnis J. Natural Law and Natural Rights. – Oxford: Clarendon Press, 1980
10. Freedman M. Kapitalizmas ir laisvė – Vilnius: Mintis, 1998
11. Hart H.L.A. Teisės samprata. – Vilnius: Pradai, 1997
12. Hayek von F.A. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, I t. – Vilnius: Eugrimas, 1998
13. Hayek von F.A. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, II t. – Vilnius: Eugrimas, 1998
14. Hayek von F.A. Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė, III t. – Vilnius: Eugrimas, 1998
15. Hume D. Žmogaus proto tyrinėjimas – Vilnius: Pradai, 1995
16. Kelsen. H. Grynoji teisės teorija – Vilnius: Eugrimas, 2002
17. Kūris E. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis// Kelsen H. Grynoji teisės teorija, 2002
18. Leonas. P. Teisės filosofijos istorija. – Vilnius: Mintis, 1995
19. Popper K.R. Rinktinė. – Vilnius: Pradai, 2001
20. Posner R.A. The Economics of Justice. – Cambridge: Harvard University Press, 1994
21. Posner R.A. Jurisprudencijos problemos – Vilnius: Eugrimas, 2004

22. Šimašius R. Teisėkūra ir teisės socialinis veiksmingumas// Jurisprudencija, 2004, t. 54 (46)
23. Šimašius R. Teisinis pliuralizmas: daktaro dis. soc. mokslai: teisė (01S)/ LTU. – Vilnius, 2002
24. Tarptautinių žodžių žodynas. – Vilnius: Alma litera, 2003
25. Vaišvila A. Teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000
26. Vaišvila A. Ar kiekvienam įstatymui taikytinas socialinio veiksmingumo kriterijus?// Jurisprudencija, 2004, t. 54 (46)

Elektroniniai šaltiniai:

27. <http://www.utm.edu/research/iep>
28. <http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>

Teismų praktika:

29. Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. UAB “Vigidas” v. UAB DK “Censum”. Civilinės bylos nr. 3K-3-964/2000
30. Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. V.Jackienės v. Lietuvos Respublikos Vyriausybė. Civilinės bylos nr. 3K-3-813/2002
31. Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. B.Kaplanas v. laikraščio “Respublika” redakcija. Civilinės bylos nr. 3 K-3-546/2003
32. Lietuvos Respublikos Aukščiausiasis teismas. UAB “Telšių viešbutis” v. V.Jackienė. Civilinės bylos nr. 3K-3-476/2004

Santrauka

Šiame darbe analizuojama, kaip pragmatinė jurisprudencija gali papildyti vyraujančias teisės ontologijos ir epistemologijos idėjas, ar ji gali vienareikšmiškai atsakyti į klausimą, kaip ir kokio tikslo turi siekti teisė. Prieinama išvados, kad teisė negali būti apibrėžiama tik kaip tam tikra normatyvinė tvarka. Ji veikia yra teisininkų veikla, kuria siekiama spręsti socialines problemas. Jas nagrinėdami teisininkai naudoja daugelį metodų, tačiau nė vienu iš jų absoliučiai pasitikėti negalima. Nors pragmatinė jurisprudencija pabrėžia, kad teisės aktai ir teismų sprendimai turėtų atsižvelgti į visuomenės gerovę, tačiau pripažįsta, kad šio principo taikymas taip pat ribotas.

Summary

This thesis analyzes how can pragmatic jurisprudence supplement the dominant ideas of law ontology and epistemology, if it is possible to reach unequivocal answer about its purpose. The conclusion made here is that law cannot be described only as some normative order. It is lawyers' activity, which aim is to solve some social problems, rather than normative order. In order to solve it lawyers usually use many methods, nevertheless none of them is unmistakable. Although pragmatic jurisprudence emphasize that normative acts and judgments must take into consideration the wealth of society, it does acknowledge that use of this principle has some limits as well.