

Natalia Karczevska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

Legal indeterminacy – nieokreśloność prawa w doktrynie amerykańskiej

DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2013.005>

W latach dwudziestych i trzydziestych XX wieku została rozwinięta przez amerykańskich realistów teza o nieokreśloności prawa (tzw. *legal indeterminacy*)¹. W latach osiemdziesiątych XX wieku teza ta zyskała większą popularność, została wskrzeszona i uaktualniona przez przedstawicieli ruchu Critical Legal Studies (CLS), aby służyć jako oręż w walce przeciwko liberalizmowi prawniczemu². Na poparcie tej teorii powoływano przypadki, jak poniżej:

A) Kobieta mieszkająca na wsi choruje i dzwoni po pomoc do lekarza rodzinnego, który jest jednocześnie jedynym lekarzem w okolicy. Jednak lekarz ma dzień wolny i nie odpowiada na telefon. Stan kobiety pogarsza się, a żaden inny lekarz nie może przybyć w odpowiednim czasie. W końcu kobieta umiera. Lekarz zostaje pozwany za nieudzielenie kobiecie pomocy.

W prawie amerykańskim istnieje jednak zasada, że nie ponosi odpowiedzialności podmiot, który nie był związany aktualną umową

¹ Amerykańscy realisci powoływali wówczas argument nieokreśloności prawa, termin *legal determinacy* w obecnej formule pojawił się po raz pierwszy w latach sześćdziesiątych XX wieku, rozpowszechniony został jednak 20 lat później za sprawą tzw. Crits, przedstawicieli ruchu Critical Legal Studies.

² J. Hasnas, *Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward Legal Realism, or How not to Dismiss the Legal Indeterminacy Argument*, "Duke Law Journal" 1995–1996, vol. 45, s. 85, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1372948>.

o świadczenie usług (Hurley v. Eddingfield³). Z drugiej strony istnieje zasada, że w braku wyraźnej umowy, domniemywa się stosunek umowny pomiędzy stronami, jeśli jest to konieczne, aby uniknąć niesprawiedliwości (Cotnam v. Wisdom⁴). To, którą zasadę zastosuje sędzia, zależy m.in. od tego, jak rozumie zawód lekarza. Jeśli uzna, że lekarz jest zwykłym człowiekiem, który nie musi odpowiadać na każde zawołanie pacjentów, to prawdopodobnie zastosuje zasadę zwalniającą z odpowiedzialności w braku wyraźnej umowy. Jeśli natomiast traktuje zawód lekarza jako pewnego rodzaju misję i twierdzi, że człowiek, decydując się na zawód lekarza, bierze na siebie wyjątkowy obowiązek troski o zdrowie i życie chorych, to bardziej prawdopodobne będzie zastosowanie przez sędziego drugiej z przedstawionych zasad⁵.

B) Dom aukcyjny sprzedał obraz za kwotę 100\$. Po pewnym czasie okazało się, że było to zaginione dzieło sztuki warte miliony dolarów. Po odkryciu tej informacji, dom aukcyjny wniósł powództwo o unieważnienie umowy. W prawie USA istnieje zasada, że można unieważnić umowę, jeżeli obie strony działały pod wpływem istotnego błędu⁶. Jeśli przedmiotem umowy był małowartościowy obraz, to strony z pewnością działały pod wpływem błędu. Nie działały jednak pod wpływem błędu, jeśli przedmiotem umowy było dzieło o nieznannej wartości. W jaki sposób sędzia powinien zakwalifikować przedmiot umowy? Jeśli sędzia twierdzi, że celem umowy było zapewnienie uczciwego obrotu, najprawdopodobniej zakwalifikuje przedmiot umowy jako małowartościowy obraz i unieważni umowę. Natomiast w przypadku, gdy sędzia uważa, że celem umowy było zachęcenie do odpowiedzialności i ostrożności w prowadzonych interesach, prawdopodobnie uzna przedmiot umowy za dzieło o nieznannej wartości i odmówi unieważnienia transakcji⁷.

³ 59 N.E. 1058 (1901).

⁴ 104 S.W. 164 (1907).

⁵ Przykład podaję za: J. Hasnas, op.cit., s. 84–85.

⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Michigan w sprawie Sherwood v. Walker 33 N.W. 919 (1887) – zob. J.P. Dawson, W.B. Harvey, *Contracts. Cases and Comment*, Mineola, N.Y. 1977, s. 704 i n.

⁷ Podaję za: J. Hasnas, op.cit., s. 85.

Teza o nieokreśloności skłania do sformułowania następujących wniosków: prawo jest nasycone przeciwstawnymi zasadami, co pozwala sędziemu wybierać między konkurującymi zasadami, prowadzącymi do odmiennych rozstrzygnięć⁸ (czego przykładem jest przypadek A); sędziowie zawsze mają możliwość interpretacji reguł i faktów w taki sposób, by uzyskać odmienne rezultaty. Wynika to z faktu, że reguły są formułowane językiem nieprecyzyjnym, który pozwala na tak szeroką lub tak wąską ich interpretację, aby uzyskać zamierzony rezultat, oraz z faktu, że to sami sędziowie określają okoliczności sprawy i decydują, które z nich są istotne (przypadek B)⁹.

Celem tezy o nieokreśloności prawa było ukazanie, że formalistyczny obraz sędziogo, jako tego, który prawa nie tworzy, a jedynie stwierdza i stosuje już istniejące prawo (reguły), jest mitem. Reguły prawa nie mogą ograniczać wyborów sędziogo, bo to właśnie sędzia decyduje, jaką regułę wybrać i jak ją zastosować¹⁰. Sędziowie z systemów *common law*, w odróżnieniu od sędziów z państw *civil law*, mogą decydować, jakie prawo i w jaki sposób należy zastosować do konkretnej sprawy, i mogą tworzyć reguły rządzące stosowaniem prawa (precedensy) wiążące dla sędziów niższej instancji¹¹. Stawia się tezę, że prawo składa się zarówno z części pisanej, jak i części, którą można z niego wyinterpretować¹². Uważa się, że w systemie *common law* sędziowie zdają sobie sprawę z wpływu, jakie orzecznictwo wywiera na kształt prawa, i są świadomi swej kreatywnej roli¹³.

Realisci wskazywali, że takie ujęcie miało poważne implikacje zarówno dla praktyki, jak i teorii prawa. W odniesieniu do praktyki skupili się na istocie zawodu prawnika – dobry prawnik to taki, który potrafi przygotować klienta na to, czego może się spodziewać

⁸ Por. A. Altman, *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, "Philosophy & Public Affairs" 1986, vol. 15, s. 209.

⁹ J. Hasnas, op.cit., s. 88–89.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ A.M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999, s. 55.

¹² Ibidem, s. 224.

¹³ Ibidem, s. 69.

w procesie sądowym. Taki prawnik będzie musiał wiedzieć, co skłania sędziego do podjęcia takiej, a nie innej decyzji. Powinien zatem poddawać głębszej analizie czynniki społeczne mające wpływ na decyzję sędziego aniżeli same reguły prawne¹⁴. Mając na uwadze teorię prawa, realisci twierdzili, że należy zmienić sposób kształcenia, większą wagę przykładać do skutków, jakie wywołuje prawo i rozstrzygnięcia sądu na społeczeństwo, niż do relacji logicznych między abstrakcyjnymi regułami prawa¹⁵.

Większość realistów była reformatorami społecznymi sprzeciwiającymi się rozstrzygnięciom Sądu Najwyższego w tzw. erze Lochnera, kiedy to sądy uchylały przepisy dotyczące zabezpieczeń społecznych jako sprzeczne z wolnością umów. Z tego powodu teza o nieokreśloności prawa uchodzi za środek w walce z libertariańską jurysprudencją Sądu Najwyższego USA. Jednak początki tej koncepcji datowane są dużo wcześniej. W 1897 roku wybitny sędzia Sądu Najwyższego Oliver Wendell Holmes w swojej pracy *The path of the Law*¹⁶ postawił fundamentalne pytanie, co tworzy prawo, i odpowiedział, że prawem jest „przewidywanie tego, co sądy rzeczywiście uczynią”. Dostrzegł, że sędziowie posługują się utrwalonymi wzorcami postępowania sędziowskiego, które to wzorce miały być przedmiotem badań teoretyka prawa. Zamiast studiować *law in books*, należałoby badać *law in action*, co umożliwiłoby formułowanie funkcjonalnie zorientowanej dogmatyki prawa¹⁷.

W roku 1937, kiedy to w sprawie *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹⁸ Sąd Najwyższy USA uznał stanową ustawę o płacach minimalnych za zgodną z Konstytucją, nastąpił zmierzch ery Lochnera. Teza o nieokreśloności prawa triumfowała nad formalizmem prawniczym. Prawnicy rutynowo powoływali argumenty polityczne, ustalenia

¹⁴ Zob. J.L. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, “University of Pennsylvania Law Review” 1993–1994, vol. 142, s. 581, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/3312546>.

¹⁵ J. Hasnas, op.cit., s. 89–90.

¹⁶ O.W. Holmes, *The Part of the Law*, “Harvard Law Review” 1997, vol. 10, s. 457 i n., DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1342108>; J.P. Dawson, W.B. Harvey, op.cit., s. 139.

¹⁷ Zob. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 140.

¹⁸ 300 U.S. 379 (1937).

nauk społecznych, opierając się na tzw. *Brandeisbriefs*¹⁹, a sądy coraz chętniej czyniły z tych argumentów podstawę swoich decyzji. Pomimo to środowiska prawnicze odnosiły się z dużą ostrożnością do konsekwencji, które wynikają z przyjęcia tezy o nieokreśloności prawa. Jeżeli to subiektywne oceny i względy osobiste zamiast reguł prawa decydują o tym, jakie sędzia wyda rozstrzygnięcie w sprawie, to nie ma znacznej różnicy pomiędzy argumentacją prawniczą a dyskursem politycznym. To by znaczyło, że prawo jest niczym więcej, jak wykonywaniem władzy politycznej. Szczególnie po II wojnie światowej takie podejście wydawało się przybierać niebezpieczną formę relatywizmu²⁰.

Podczas gdy prawnicy na całym świecie debatują o pewności prawa, w USA wręcz przeciwnie. Kiedyś amerykańscy uczeni rozprawiali o pewności prawa, teraz o jego nieokreśloności (*legal indeterminacy*). Mówi się nawet o ich *credo: we are all realists now*.

Realisci krytykowali powszechny formalizm w systemie prawa. Stali na stanowisku, że sędziowie podejmują decyzje, nie rozumiejąc do końca, jakimi rzeczy są naprawdę. Kiedy dziś amerykańscy juryści mówią: „wszyscy jesteśmy dziś realistami”, mają na myśli to, że współcześni prawnicy działają ze świadomością wad i ograniczeń w prawie oraz złożoności i otwartości procesu podejmowania decyzji przez sędziego. Według Julesa Colemana i Briana Leitera jedynie laicy, niektórzy prawnicy oraz studenci pierwszego roku prawa traktują prawo jako określone (*determinate*)²¹. Wielu prawników amerykańskich uważa pewność prawa (*legal certainty*) za iluzję, „mit z okresu dzieciństwa, z którego wyrasta się tak samo jak wyrasta się z wiary w Świętego Mikołaja czy Czarnoksiężnika

¹⁹ „Pismo Brandeisa” – nazwa pochodzi od nazwiska amerykańskiego adwokata, później sędziego Sądu Najwyższego USA. Jako adwokat w sprawie *Muller v. Oregon* (1908) wniósł do Sądu Najwyższego pismo, w którym na dwóch stronach przedstawił argumentację prawniczą, a na ponad stu – argumenty oparte na ustaleniach nauk społecznych.

²⁰ Więcej o historii i rozwoju idei *legal indeterminacy* zob.: J.E. Herget, *Unearthing the Origins of Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy*, „The American Journal of Legal History” 1995, vol. 39, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/845750>; J. Hasnas, op. cit., s. 86 i n.

²¹ Zob. J.L. Coleman, B. Leiter, op.cit., przypis 54.

z Krainy Oz”²². Jerome Frank w swojej pracy *Law and the Modern Mind* sprzeciwił się twierdzeniu, że decyzje wydawane przez sędziów są zawsze pewne (*certain*). Pisał, że należy porzucić mitotwórcze kłamstwa o całkowitej pewności prawa, jest to wiara, która przypomina wiarę w Świętego Mikołaja. Trzeba przestać opowiadać bajki o tym, jak powstaje prawo, przestać nawet sugerować, że być może jest ziarno prawdy w twierdzeniu o doskonałym i pewnym prawie, które można porównać do baśni o Piotrusiu Panu²³.

Większość realistów nie podzielała skrajnego stanowiska Franka odnośnie do braku pewności prawa. Nie twierdzili oni, że decyzje sędziów są **zawsze** niepewne. Większość nie twierdziła nawet, że są niepewne **zazwyczaj**. Karl Nickerson Llewellyn odniósł się do dzieła Franka, twierdząc, że przedstawione argumenty nie dowodzą tezy, że prawo jest niepewne. Jego zdaniem argumenty przedstawione przez Franka pokazują, że brakuje stuprocentowej pewności, ale tylko tyle (powstaje jednak pytanie, ile procent pewności musi wykazywać prawo, by uznać je za pewne lub nie; czy brak pewności w 100% nie jest niepewnością?)²⁴. Llewellyn przyjął, że prawo **nie zawsze** jest pewne, nie zgodził się natomiast z twierdzeniem, że **koniecznie** musi być/jest niepewne²⁵.

Dziś pojęcie pewności prawa (*legal certainty*) w amerykańskim systemie prawa praktycznie przestało istnieć²⁶. Można stwierdzić, że zostało zastąpione pojęciem nieokreśloności prawa (*legal indetermi-*

²² M. Kiełb, *Pewność prawa vs. Nieokreśloność prawa*, „Forum Prawnicze” 2011, z. 3, s. 57–58.

²³ Podaję za: C.M. Bradley, *The Uncertainty Principle in the Supreme Court*, „Duke Law Journal” 1986, z. 1, s. 63, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1372445>. W bajkowej konwencji wypowiedział się także ćwierć wieku temu C.M. Bradley, określając okoliczności analizowane i kwestionowane przez J. Franka, jako dziecinne założenie o pewności i doskonałości prawa, stwierdził, że teoria prawa osiągnęła wiek dojrzenia – prawo pojmuje się nie jako coś co odkrywają sędziowie, ale coś co od nich pochodzi. Zob. C.M. Bradley, op. cit., s. 64–65.

²⁴ K.N. Llewellyn, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, „Columbia Law Review” 1940, z. 4, s. 599, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1117814>.

²⁵ J.R. Maxeiner, *Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law*, „Houston Journal of International Law” 2008–2009, vol. 31, s. 34.

²⁶ *Ibidem*, s. 35.

nacy), którego istota polega na tym, że prawo nie zawsze określa rozwiązanie problemu prawnego, nie zawsze daje odpowiedź na pytanie prawne. Zgodnie z najbardziej skrajną postacią tezy o nieokreśloności prawa, tzw. nieokreślonością radykalną (*radical indeterminacy*), prawo jest zawsze niesprecyzowane i nigdy pewne, jakakolwiek decyzja w jakiegokolwiek sprawie jest prawnie uzasadniona, a prawo jest niczym innym jak polityką²⁷. Przedstawiciele doktryny jednak szybko odrzucili ten pogląd²⁸. Większość przyjęła łagodniejszą wersję nieokreśloności prawa, określaną niekiedy jako *underdeterminacy*, według której prawo co prawda wyznacza granice decyzjom sędziów, ale ich w żaden wyjątkowy sposób nie określa²⁹.

Pomimo wcześniejszych uwag o pewności prawa, pewność prawa i nieokreśloność prawa nie są pojęciami „uzupełniającymi się”. W odniesieniu do jednostek pewność prawa spełnia dwie podstawowe funkcje: po pierwsze, wskazuje, jakie zachowania są zgodne z prawem, po drugie, chroni przed arbitralnymi działaniami władzy przez kontrolę wykonywania władzy ustawodawczej i sądowniczej. Nieokreśloność prawa dotyczy w zasadzie jedynie drugiej z przedstawionych funkcji³⁰. James R. Maxeiner zauważa, że te dwa pojęcia (*indeterminacy* i *uncertainty*) nie są przeciwstawne. Wysoki poziom pewności prawa nie wyklucza wysokiego poziomu nieokreśloności prawa³¹. W związku z tym nieokreśloność prawa nie można utożsamiać z jego niepewnością, a często te dwa poję-

²⁷ J.R. Maxeiner, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy*, „Tulane Journal of International and Comparative Law” 2006–2007, vol. 15, s. 543.

²⁸ K. Kress, *Legal Indeterminacy*, „California Law Review” 1989, vol. 77, s. 283 i n., DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/3480606>. Autor przedstawia szereg argumentów przeciwko radykalnej postaci nieokreśloności prawa.

²⁹ J.R. Maxeiner, *Some Realism*, s. 36; zob. L.B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, „The University of Chicago Law Review” 1987, vol. 54, s. 473 i n., DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1599797>. Autor tak przedstawia, na czym polega *underdeterminacy*: „The law is underdeterminate with respect to a given case if and only if the set of results in the case that can be squared with the legal materials is a nonidentical subset of the set of all imaginable results”.

³⁰ Zob. więcej na ten temat: J.R. Maxeiner, *Some Realism*, s. 36 i n.

³¹ *Ibidem*, s. 37–38.

cia bywają używane zamiennie. Gary Lawson przedstawia różnicę między nimi, którą można ująć w jednym pytaniu: jak niepewne musi być prawo, by mówić o jego nieokreśloności? Innymi słowy, jeśli dokonaliśmy analizy zagadnienia prawnego pod względem niepewności, nadal pozostaje pytanie, czy ustalony w wyniku tej analizy stopień niepewności pozwala na stwierdzenie, że dane zagadnienie jest nieokreślone³².

Warto zauważyć, że realiści, przynajmniej w większości, w przeciwieństwie do późnych przedstawicieli CLS, nie wyolbrzymiali zakresu zjawiska nieokreśloności prawa. Jasno twierdzili, że ich rozważania dotyczą w głównej mierze instancji odwoławczej, gdzie można się spodziewać wyższego stopnia niepewności w prawie³³.

Jednym z krytyków omawianej tezy był Herbert Hart, który twierdził, że nieokreśloność prawa jest zjawiskiem marginalnym, nawet jeśli chodzi o sprawy rozpatrywane w drugiej instancji³⁴. Ken Kress z kolei odrzuca argumenty (głównie przedstawicieli CLS) przemawiające za radykalną wersją nieokreśloności prawa, twierdząc, że można mówić co najwyżej o nieokreśloności umiarkowanej. Ponadto przekonuje, że nieokreśloność nie jest tak poważnym problemem, jak bywa niekiedy przedstawiana, a zwłaszcza nie umniejsza zasadności stosowania reguł prawa. Autor utrzymuje też, że nieokreśloność umiarkowana, jeśli istnieje, to w niewielkim stopniu³⁵.

Choć teza o nieokreśloności prawa głoszona przez przedstawicieli CLS, podobnie jak sam ruch CLS, dawno straciła na popularności³⁶, to wydaje się, że uwagi poczynione na tle tego problemu nie są bezprzedmiotowe.

³² G. Lawson, *Legal Indeterminacy: Its Cause and Cure*, "Harvard Journal of Law & Public Policy" 1995–1996, vol. 19, s. 411, 413 i n.

³³ B. Leiter, *American Legal Realism*, w: M.P. Golding, W.A. Edmundson, *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, "Blackwell Publishing" 2005, s. 52, DOI: <http://dx.doi.org/10.1002/9780470690116.ch3>.

³⁴ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 171 i n.

³⁵ K. Kress, op.cit., s. 283 i n.

³⁶ J. Hasnas, op.cit., s. 85–85. Autor wskazuje: "Throughout the 1980s and 1990s, so much ink was spilled on this topic that today-only eighteen years after the First Conference on Critical Legal Studies – the dispute over the indeterminacy argument, and to some extent, the Critics themselves, are regarded as passé".

Nie przysparza żadnych trudności odrzucenie radykalnej wersji nieokreśloności prawa, można ją podważyć choćby przez wykazanie, że w jakiejś sprawie przynajmniej jedno z konkretnych rozstrzygnięć nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle akceptowalnej klasy racji prawnych (ogółu racji, jakie sąd może w poprawny sposób przywołać w celu uzasadnienia podjętej decyzji, np. legitymowane metody wnioskowań prawniczych, legitymowane źródła prawa)³⁷. Trudno natomiast odrzucić całkowicie tezę o nieokreśloności prawa amerykańskiego, chociażby ze względu na występowanie tzw. trudnych przypadków (*hard cases*), np. dotyczących wykładni prawa, których rozstrzygnięcie dalekie jest od jednoznacznego zdeterminowania przez prawo, nawet pomimo nienagannej znajomości reguł prawa (ustaw, precedensów) i zastosowania akceptowalnych metod wykładni³⁸.

Bardzo wyrazistym przykładem nieokreśloności prawa jest tzw. *best interest* – standard najlepszego interesu, często powoływany na gruncie prawa rodzinnego (*best interest of the child*)³⁹, do którego odwołują się sądy w swoich rozstrzygnięciach, wielokrotnie w sprawach medycznych, zwłaszcza gdy chodzi o osoby niepełnoletnie lub niezdolne do wyrażenia świadomej zgody na zabieg. Przykładem niech będą sprawy o dokonanie sterylizacji. Większość współczesnych ustaw sterylizacyjnych w USA jest ściśle związana z doktryną *paren patriae* i dozwala na sterylizację, jeśli są spełnione określone kryteria⁴⁰. W 18 stanach obowiązują ustawy przewidujące sterylizację osób upośledzonych umysłowo z nakazu sądu. Regulacje te różnią się jednak od siebie w pewnym stopniu. Niektóre ustawy wymagają, aby osoba, która ma zostać poddana sterylizacji, była zdolna do wyrażenia świadomej zgody (*informed consent*), zanim jeszcze sąd wyda orzeczenie o sterylizacji, inne nakazują zbadanie

³⁷ M. Kiełb, op.cit., przypis 36 oraz 45.

³⁸ Ibidem, s. 65–66.

³⁹ K.D. Richman, *Courting Change: Queer Parents, Judges, and the Transformation of American Family Law*, New York–London 2009, s. 7.

⁴⁰ E.S. Scott, *Sterilization of Mentally Retarded Persons: Reproductive Rights and Family Privacy*, “Duke Law Journal” 1986, z. 5, s. 817, DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1372669>.

najlepszego interesu osoby, która jest niezdolna do wyrażenia zgody na sterylizację⁴¹. Jak jednak określić ten najlepszy interes?

Sądy niekiedy korzystają z tzw. zasady *discretionary best interest*. Zasada ta pozwala na bardzo „elastyczną” analizę okoliczności sprawy. Sąd uwzględnia określone kryteria, aby ustalić, czy sterylizacja jest w najlepszym interesie osoby upośledzonej⁴².

W sprawie *In re Terwilliger*⁴³ sąd stworzył otwarty katalog kryteriów stanowiących wskazówki przy rozpoznawaniu podobnych spraw. W tej sprawie rodzice upośledzonej umysłowo dwudziesto- pięcioletniej kobiety wystąpili do sądu z wnioskiem o jej sterylizację. Sąd przedstawił otwarty katalog kryteriów, które mają pomóc określić, czy wnioskodawca w jasny, rozsądny i przekonujący sposób przedstawił dowody, że sterylizacja jest w najlepszym interesie osoby upośledzonej. Wśród wspomnianych kryteriów znalazły się m.in. możliwość, że osoba upośledzona zajdzie w ciążę; możliwość, że dozna szoku lub urazu psychicznego spowodowanego zajściem w ciążę lub narodzinami dziecka, ale też sterylizacją; prawdopodobieństwo, że dobrowolnie nawiąże stosunki seksualne albo będzie narażona na wykorzystanie seksualne; możliwość zastosowania innych środków antykoncepcyjnych itp.⁴⁴

Zbyt wielka swoboda przyznana sędziom budzi jednak wątpliwości, czy rozstrzygnięcia wydane przy zastosowaniu zasady *discretionary best interest* są właściwe i jednolite⁴⁵. Postuluje się wprowadzenie nowej zasady, tzw. *revised best interest inquiry*. Aby określić, czy wnioskowana sterylizacja osoby upośledzonej umysłowo jest w jej najlepszym interesie należy: po pierwsze, stwierdzić, opierając się na jasnej, rozsądnej i przekonującej przesłance, że dana osoba jest niezdolna do podjęcia świadomej decyzji oraz że antykoncepcja jest konieczna; po drugie, sąd bierze pod uwagę: sugestie rodziców lub opiekunów, dostępność mniej inwazyjnych

⁴¹ M. McIntyre, *Buck v. Bell and Beyond: A Revised Standard to evaluate the best interests of the mentally disabled in the sterilization context*, “University of Illinois Law Review” 2007, z. 4, s. 1309.

⁴² Ibidem, s. 1317.

⁴³ 450 A.2d 1376 (Pa. Super. Ct. 1982).

⁴⁴ M. McIntyre, op. cit., s. 1318.

⁴⁵ Ibidem, s. 1317.

środków antykoncepcyjnych, fizyczne oraz emocjonalne skutki zajścia w ciążę. Wskazuje się, iż ograniczając liczbę kryteriów branych pod uwagę oraz zachęcając sądy do korzystania ze swej władzy dyskrecjonalnej przy analizowaniu trzech wyżej wymienionych czynników, zasada ta będzie lepszą gwarancją prawidłowych rozstrzygnięć w sprawach o sterylizację osób upośledzonych umysłowo⁴⁶.

Niektóre ustawodawstwa mają wypracowane pewne reguły określania najlepszego interesu. Reguły te nie są jednak jednolite, często również są na tyle niejednoznaczne, że same mogą podlegać różnej interpretacji⁴⁷. Trudno więc całkowicie odrzucić przywołane wcześniej stwierdzenie, że reguły prawa nie mogą ograniczać wyborów sędziego, bo to właśnie sędzia decyduje, jaką regułę wybrać i jak ją zastosować⁴⁸.

SUMMARY

Legal indeterminacy in American doctrine

This article concerns the issue of legal indeterminacy in American doctrine. Legal indeterminacy in simple words means that law does not always determine the answer to a legal question. It has its origins in the 1920s and 30s, when the argument that Anglo-American law is indeterminate was developed by the legal realists. In the 1980s a new group of legal academics, known as „Crits” (from Critical Legal Studies) revived and unfolded this thesis. Although today it is regarded as *passé*, it seems that not all Crits’ arguments are insubstantial. The author of this article provides basic information about the thesis of legal indeterminacy, its development and kinds (radical indeterminacy, underdeterminacy), explain the relation between uncertainty and indeterminacy, and give some examples.

Keywords: legal indeterminacy, Critical Legal Studies, theory of law.

⁴⁶ Ibidem, s. 1323.

⁴⁷ K.D. Richman, *op.cit.*, s. 7.

⁴⁸ Ibidem.

