
Herbert L.A. Hart

Eseje z filozofii prawa

tłumaczenie Jan Woleński

Eseje z filozofii prawa

Herbert L.A. Hart

Eseje z filozofii prawa

tłumaczenie Jan Woleński

seria **klasyki filozofii prawa**

Tytuł oryginału

Essays in Jurisprudence and Philosophy

Wydawczyni

Joanna Dzwonnik

Redaktorka prowadząca

Joanna Olówek

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski

© H.L.A. Hart 1983

"Essays in Jurisprudence and Philosophy" was originally published in English in 1983. This translation is published by arrangement with Oxford University Press. Wolters Kluwer Polska is solely responsible for this translation from the original work and Oxford University Press shall have no liability for any errors, omissions or inaccuracies or ambiguities in such translation or for any losses caused by reliance thereon.

Książka „Eseje z filozofii prawa” została po raz pierwszy opublikowana w języku angielskim w 1983 roku. Niniejsze tłumaczenie zostało opublikowane w porozumieniu z Oxford University Press. Wolters Kluwer Polska ponosi pełną odpowiedzialność za tłumaczenie oryginalnego dzieła, a Oxford University Press nie ponosi odpowiedzialności za jakiegokolwiek błędy, pominięcia, nieścisłości lub niejasności w takim tłumaczeniu ani za wszelkie straty poniesione w wyniku polegania na tym tłumaczeniu.

© Copyright for the Polish edition by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2024

ISBN 978-83-8358-621-2

2. wydanie

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. +48 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	7
---------------------------	----------

Wstęp	25
--------------------	-----------

Część pierwsza TEORIA OGÓLNA

ESEJ 1. DEFINICJA I TEORIA W PRAWOZNAWSTWIE	43
--	-----------

ESEJ 2. POZYTYWIZM I ODDZIELENIE PRAWA OD MORALNOŚCI	68
---	-----------

ESEJ 3. PROBLEMY FILOZOFII PRAWA	103
---	------------

Część druga AMERYKAŃSKA TEORIA PRAWA

ESEJ 4. AMERYKAŃSKA TEORIA PRAWA WIDZIANA ANGIELSKIMI OCZAMI: NOCNA MARA I SZLACHETNY SEN	133
--	------------

ESEJ 5. 1776–1976: PRAWO W PERSPEKTYWIE FILOZOFII	153
--	------------

Część trzecia SKANDYNAWSKA TEORIA PRAWA

ESEJ 6. REALIZM SKANDYNAWSKI	167
---	------------

ESEJ 7. SAMOODNOSZENIE SIĘ PRZEPISÓW	175
---	------------

Część czwarta WOLNOŚĆ, UŻYTECZNOŚĆ I PRAWA PODMIOTOWE

ESEJ 8. UTYLITARYZM I PRAWA PODMIOTOWE	187
---	------------

ESEJ 9. POMIĘDZY UŻYTECZNOŚCIĄ A UPRAWNIENIAMI	202
---	------------

ESEJ 10. RAWLS O WOLNOŚCI I JEJ PRIORYTECIE	225
---	-----

ESEJ 11. SPRAWIEDLIWOŚĆ SPOŁECZNA I NARZUCANIE MORALNOŚCI	248
--	-----

Część piąta
CZTEREJ TEORETYCY PRAWA

ESEJ 12. NIEBO POJĘĆ IHERINGA I WSPÓŁCZESNA ANALITYCZNA FILOZOFIA PRAWA	265
--	-----

ESEJ 13. DIAMENTY I SZNUREK: HOLMES <i>O COMMON LAW</i>	276
---	-----

ESEJ 14. WIZYTA U KELSENA	283
---------------------------------	-----

ESEJ 15. DOKTRYNA KELSENA O JEDNOŚCI PRAWA	305
--	-----

ESEJ 16. LON L. FULLER: <i>MORALNOŚĆ PRAWA</i>	337
--	-----

Część szósta

ESEJ 17. IZBA LORDÓW O USIŁOWANIU NIEUDOLNYM	359
--	-----

Źródła pierwodruków	381
----------------------------------	------------

Indeks pojęć	383
---------------------------	------------

Indeks osób	387
--------------------------	------------

WPROWADZENIE¹

Herbert Lionel Adolphus Hart urodził się w 1907 r. w Harrogate w Anglii. Pochodził z rodziny żydowskiej, której korzenie sięgają ziem polskich w XVI w.² Hart studiował filozofię i historię starożytną w Oksfordzie oraz prawo, ale nie zyskał stopnia naukowego po ukończeniu studiów prawniczych. W latach 1932–1940 zajmował się praktyką prawniczą, miał prawo występowania przed sądami jako adwokat. Po wojnie został wykładowcą filozofii w Oksfordzie, a w 1952 r. profesorem jurysprudencji (czyli teorii prawa w naszym rozumieniu) na tymże uniwersytecie. W 1978 r. przeszedł na emeryturę. Wykładał też na Uniwersytecie Harvarda (1956–1957) i Uniwersytecie Kalifornijskim (1961–1962). Otrzymał szereg doktoratów honorowych, m.in. uniwersytetów w Sztokholmie, Jerozolimie, Harvarda i Tel Awiwie. Zmarł w 1992 r. w Oksfordzie.

Najważniejszym dziełem Harta jest książka *Pojęcie prawa* (*The Concept of Law*), wydana w 1960 r.; rozszerzone wydanie II ukazało się w 1994 r. (tłumaczenie polskie 1998). Napisana została jako podręcznik, ale bardzo szybko zyskała olbrzymią sławę i została uznana za jedno z najważniejszych wydarzeń we współczesnej ogólnej refleksji nad prawem. Ponadto wydał następujące książki: niewielkie, ale ważne dziełko *Definicja i teoria w prawoznawstwie* (1953; esej 1 w niniejszym zbiorze), *Causation in the Law* (Przyczynowość w prawie, 1956; wspólnie z A. Honorém, wybitnym specjalistą od prawa rzymskiego w Oksfordzie), *Law, Liberty and Morality* (Prawo, wolność i moralność, 1963), *The Morality of Criminal Law* (Moralność prawa karnego, 1965), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (Karanie i odpowiedzialność. Szkice z filozofii prawa, 1968) oraz niniejszy zbiór (1983). Wśród wielu artykułów Harta należy wymienić przede wszystkim *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności* (1958, esej 2 w niniejszym zbiorze),

¹ W niniejszym Wprowadzeniu wykorzystałem w pewnych miejscach materiał znajdujący się w moim Wstępie do książki Harta *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. IX–XXIV.

² Pełna rekonstrukcja historii rodziny Harta znajduje się w moim Wstępie wymienionym w poprzednim przypisie.

który odnowił dyskusję na temat stosunku pozytywizmu prawniczego i prawa natury. Artykuł ten był rezultatem spotkania Harta z Lonem Fullerem, które nastąpiło w związku z pobytem i wykładami Harta na Uniwersytecie Harvarda. W czasie pobytu w Kalifornii Hart miał okazję poznania Hansa Kelsena. Echa tego spotkania znajdujemy w esejach 14 i 15. Hart wydał też dzieła Johna Austina i Jeremiego Benthama, których uważał za swych ideowych protoplastów.

Hart należy do najwybitniejszych teoretyków i filozofów prawa XX w. Jak już wspomniałem, sławę przyniosła mu książka *Pojęcie prawa*, chyba najważniejsze dzieło teoretycznoprawne drugiej połowy XX w., przedmiot wielu komentarzy i kontrowersji. Niniejszy zbiór może być potraktowany jako uzupełnienie do tego *opus magnum* Harta³. Nie będę zajmował się w tym wprowadzeniu przedstawieniem treści poszczególnych esejów, bo zrobił to sam Hart we Wstępie do książki, natomiast postaram się przedstawić pewne idee ogólne leżące u podstaw teoretycznoprawnych koncepcji Harta. Mimo że on sam zwraca na nie uwagę, nie wszystko może być wystarczająco zrozumiałe dla polskich czytelników, głównie prawników, do których seria „Klasyka współczesnej filozofii prawa” jest adresowana. Hart na pewno nie jest zwolennikiem jakiejś *splendid isolation* brytyjskiej myśli prawniczej od idei kontynentalnych. Wręcz przeciwnie, z wielu jego tekstów przebija uznanie dla prawników kontynentalnych oraz dążenie do adaptacji niektórych ich poglądów na użytek prawoznawstwa *common law*. W tym sensie Hart jest na pewno budowniczym mostów pomiędzy anglosaską a kontynentalną kulturą prawną. Cechuje go duży respekt wobec wielkich współczesnych teoretyków prawa, jak Hans Kelsen czy Alf Ross. Wiele dobrego można znaleźć w jego pracach, także zamieszczonych w tym zbiorze, o wielkich dawnych mistrzach niemieckiej nauki prawa, jak Rudolf von Ihering, którego uważał za prekursora analitycznego prawoznawstwa. Nie zgadzał się z realistami amerykańskimi prawie w żadnej kwestii, ale mimo to wysoko cenił Olivera Wendella Holmesa czy Benjamina Cardozo; cenił również Roscoe Pounda, twórcę idei inżynierii społecznej przez prawo. Jest jednak oczywiste, że idee Harta są przede wszystkim produktem brytyjskiej kultury prawnej. Wskazując na specyficzne punkty swych doktryn, nie zawsze podkreśla jednak te elementy, których uchwycenie pomaga czytelnikowi wychowanemu w kulturze kontynentalnej w śledzeniu nieraz bardzo subtelnych jego rozważań. Pewne rzeczy wydawały mu się na tyle oczywiste dla czytelnika brytyjskiego, że nie widział powodu ich zbyt szczegółowego przedstawiania.

³ Większość esejów (poza 1, 2 i 6) ukazała się po *Pojęciu prawa*. Te trzy ogłoszone wcześniej mogą być traktowane jako znaki na drodze ku pełnej teorii prawa wyłożonej przez Harta w jego głównym dziele.

Hart zatytułował niniejszy zbiór *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Dosłowne tłumaczenie to: *Eseje z prawoznawstwa i filozofii* lub *Eseje z teorii prawa i filozofii*. Sugerowałoby to, że niektóre szkice dotyczą filozofii, inne mieszczą się w naukach prawnych, pewne zaś poruszają problematykę wspólną, z pogranicza filozofii i prawa. Zdecydowałem się na tytuł *Eseje z filozofii prawa* nie bez wyraźnego powodu. Uważam bowiem, że wszystkie artykuły zebrane w tym tomie, w liczbie siedemnastu, należą, może z wyjątkiem ostatniego, do filozofii prawa. Trzeba by tu uczynić kilka wyjaśnień na temat filozofii prawa. Filozofię można różnie dzielić, np. na ontologię, epistemologię i aksjologię. W ostatnich czasach szczególnie ważne są filozofie „czegoś”, tzn. określonej dziedziny, np. języka, kultury, matematyki, nauki itd. Taka filozofia „czegoś” obejmuje problematykę ontologiczną, epistemologiczną i niekiedy aksjologiczną dotyczącą danej dziedziny. Filozofia matematyki rozważa sposób istnienia przedmiotów matematycznych, drogi ich poznania, ale nie moralne wartości matematyki, gdyż to nie ma wielkiego sensu. Natomiast filozofia kultury nie może abstrahować od aksjologii, bo kultura ze swej natury jest nasycona wartościami. Powstaje pytanie, czy filozofie „czegoś” należą do filozofii, czy do kompleksu dyscyplin zajmujących się daną dziedziną. Nie ma raczej wątpliwości, że filozofia języka należy do filozofii, a nie do językoznawstwa, podobnie jak filozofia matematyki jest uważana za dyscyplinę filozoficzną, a nie matematyczną. Jasne jest, że zajmowanie się filozofią „czegoś” wymaga podwójnej kompetencji, zarówno filozoficznej, jak i w zakresie szczególnej dziedziny. Trudno bowiem zajmować się np. filozofią matematyki bez przygotowania matematycznego, ale także i filozoficznego.

Filozofia prawa jest w tym kontekście dyscypliną osobliwą. Bardzo często jest traktowana jako dyscyplina bardziej prawnicza niż filozoficzna, a od XIX w., przynajmniej w kulturze kontynentalnej, interesowała bardziej prawników niż filozofów. Nie miejsce tutaj na głębsze dociekanie przyczyn tego stanu rzeczy, ale na jedną rzecz trzeba zwrócić uwagę, mianowicie na separację wydziałów prawa od reszty uniwersytetu, co skutkowało m.in. tym, że filozofię prawa wykładali prawnikom znacznie częściej prawoznawcy niż filozofowie. Ten stan rzeczy ukształtował pewne rozumienie filozofii prawa jako przede wszystkim rozważania etycznych problemów prawa. Inne zagadnienia ogólne dotyczące prawa, jak np. problemy sposobu istnienia zjawiska prawnego lub dróg poznania prawa, zostały przerzucone do teorii prawa traktowanej wprawdzie jako dyscyplina ogólna, ale jednak „wyzwolona” od filozofii. Tymczasem okazuje się, że większość tradycyjnych problemów rozważanych przez teoretyków prawa to typowe problemy filozoficzne, bardzo często nie mające nic wspólnego ze stosunkiem prawa do moralności. Gdy np. Kelsen powiedział, że nauki prawne dotyczą czystej rzeczywistości normatywnej, a nie sfery faktów,

to wypowiadał się bardziej jako filozof niż jako prawnik. Podobnie psychologizm Leona Petrażyckiego był przede wszystkim ontologicznym poglądem w sprawie sposobu istnienia zjawiska prawnego (prawo istnieje jako zjawisko psychiczne). Separacja prawa od filozofii spowodowała, by tak rzec, niewłaściwą lokalizację filozoficznych problemów dotyczących prawa w tym sensie, że umiejscowiono je w teorii prawa⁴. Wzajemna izolacja prawoznawstwa od filozofii ogólnej była znacznie mniejsza w kulturze prawnej związanej z *common law*, nie tylko brytyjskiej, ale i amerykańskiej. Sprawilo to, że filozofia prawa kształtowała się tam w znacznie bardziej naturalny sposób, a przede wszystkim nie została okrojona do kwestii aksjologicznych. Kwestie poruszane przez Harta w poszczególnych esejach niniejszego tomu (a także w innych jego pracach) znakomicie ilustrują ten fakt. Jak wspomniałem wyżej, są to zagadnienia filozofii prawa, ale rozważane jako problemy filozoficzne dotyczące prawa, a nie jako pytania prawnicze⁵. Hart oczywiście osadza swe dociekania w kontekście prawnym, ale zawsze zachowują one charakter filozoficzny. Zdecydował o tym także fakt, że Hart był jednak, przynajmniej z punktu widzenia swojego wykształcenia, bardziej filozofem niż prawnikiem.

Powyższe uwagi uzasadniają bliższe zajęcie się filozofią reprezentowaną przez Harta. Studiował w Oksfordzie, gdy filozofia na tym znakomitym uniwersytecie daleka była od rozkwitu. Filozofia brytyjska była wtedy zdominowana przez Uniwersytet Cambridge i jego wielkich myślicieli G.E. Moore'a, B. Russella i L. Wittgensteina. W istocie rzeczy w pracach Harta nie znajdujemy niemal żadnych odniesień do jego nauczycieli z Oksfordu. Nie wspomina o nich również, gdy kreśli swój własny rozwój filozoficzny. Nie ma więc powodu, by zajmować się tym w niniejszym wprowadzeniu. Sytuacja filozoficzna w Oksfordzie zmieniła się radykalnie po drugiej wojnie światowej, gdy profesorem został tam John L. Austin. Zainicjował on ruch filozoficzny zwany „filozofią oksfordzką” lub „filozofią języka potocznego”⁶. Aby zrozumieć, o co chodziło przedstawicielom tego nurtu, trzeba powiedzieć parę słów o kształtowaniu się tzw. filozofii ana-

⁴ Dla uniknięcia nieporozumień dodam, że nie twierdzę, jakoby wszystkie problemy rozważane przez teoretyków prawa miały charakter filozoficzny. Nie jest tak oczywiście w przypadku zagadnień z zakresu socjologii prawa. Cały ten skomplikowany spłot okoliczności historycznych i powstałych na ich gruncie nawyków myślowych powoduje kłopoty terminologiczne, gdy porównuje się rozmaite tradycje myślowe. Z tego powodu nie unikam w pewnych przypadkach zamiennego używania nazw „filozofia prawa” i „teoria prawa”.

⁵ Jeszcze raz zaznaczam, że esej ostatni jest wyjątkowy. Porusza on typowy problem prawa karnego, mianowicie zagadnienie usiłowania nieudolnego. Ale i w tym przypadku znajdujemy w tym tekście wiele treści filozoficznych. Gorąco polecam ten tekst „twardym” dogmatykom, gdyż wskazuje na „filozoficzne zaangażowanie” prawa karnego, tej najbardziej filozoficznej dziedziny prawa.

⁶ Nie mogę tutaj wchodzić w szczegóły, ale odnotuję, że sam Hart odegrał istotną rolę w powstaniu i rozwoju tej formy filozofowania; Hart prowadził w 1948 r. razem z J.L. Austinem seminarium na temat odpowiedzialności. Warto o tym pamiętać, gdyż z lektury prac Harta można odnieść wrażenie, że był tylko konsumentem filozofii języka potocznego.

litycznej. Zaczęło się od G.E. Moore'a i B. Russella w początkach XX w. Obaj wystąpili przeciwko spekulatywnym kierunkom (głównie neoheglizmowi) popularnym wtedy w Wielkiej Brytanii (i gdzie indziej). Moore i Russell różnili się znacznie w swych poglądach. Pierwszy zalecał filozofię zgodną ze zdrowym rozsądkiem (*common sense*). Mając jakiś problem filozoficzny, trzeba go dokładnie zanalizować i starać się odpowiedzieć na pytanie, czy rozwiązania proponowane przez filozofów są zgodne czy nie ze zdrowym rozsądkiem. W tej perspektywie metody analityczne nie powinny odbiegać od tego, co jest zrozumiałe dla człowieka kierującego się zdrowym rozsądkiem. Natomiast Russell domagał się filozofowania zgodnego z logiką formalną. Analiza ma się liczyć przede wszystkim z wymaganiami logicznymi, a jeśli napotka coś logice przeciwnego, powinna to poprawić. W szczególności język codzienny (język zdrowego rozsądku) nie jest najlepszym przewodnikiem w filozofowaniu i powinien być zawsze zastępowany formalizmem logicznym. Krótko mówiąc, Moore reprezentował analizę nieformalną i deskryptywną, a Russell – formalną i konstrukcyjną. Obaj jednak zwracali uwagę na rolę języka i pojęć. Zadaniem filozofa jest więc przede wszystkim analiza, a to nie może obejść się bez zwrócenia uwagi na lingwistyczne środki wyrażania myśli. Lingwistyczny aspekt filozofii był od początku niezwykle istotny w filozofii analitycznej.

Formalizm w filozofii analitycznej szybko uzyskał przewagę. Russell znalazł wielkiego kontynuatora w Ludwigu Wittgensteinie, który głosił pogląd, że struktura świata jest taka sama jak struktura języka logiki. Filozofia formalistyczna w określonym tutaj rozumieniu została rozwinięta przez Koło Wiedeńskie (M. Schlick, R. Carnap, O. Neurath) i polskich filozofów analitycznych (szkoła lwowsko-warszawska, m.in. K. Ajdukiewicz, T. Kotarbiński, S. Leśniewski, J. Łukasiewicz, A. Tarski). Wszyscy przedstawiciele formalistycznej filozofii analitycznej wierzyli, że każde pojęcie daje się dobrze zdefiniować w idealnym języku logicznym, że nie ma miejsca na niejasności, wieloznaczności, nieostrości itd., a jeśli się już pojawiają, to można je łatwo wyeliminować przez zastosowanie odpowiednich procedur logicznych. Gdy Wittgenstein zastąpił w latach trzydziestych Moore'a jako profesor filozofii w Cambridge, zwycięstwo formalizmu wydawało się pełne. Okazało się jednak, że Wittgenstein zmienił swe wcześniejsze poglądy. Uznał, że formalizm był jednym wielkim złudzeniem i pomyłką. Filozof nie powinien odwoływać się do logiki, ale badać konkretne użycia wyrazów językowych. „Znaczenie wyrazów polega na ich użyciu” – oto dewiza późnego Wittgensteina. Operowanie językiem jest podobne do rozgrywania gry. Ustalenie, co znaczy dane wyrażenie, nie może dokonać się inaczej, jak tylko przez uwzględnienie danej gry, a najgorzej dzieje się wtedy, gdy słowa wypadają z gier. Zło czynione przez formalizm na tym właśnie polega, że analiza logiczna wkłada słowa do sztucznych gier językowych. Bywa tak, że dany wyraz „uczestniczy” w różnych

grach językowych. Wpływa to na jego stosowanie do przedmiotów, gdyż różne gry narzucają odmienne treści. Gdy chcemy odpowiedzieć na pytanie, czy jakieś przedmioty podpadają pod dany termin, to czasem trzeba uwzględnić tzw. podobieństwa rodzinne. Tak jest np. w przypadku słowa „gra”. Poszczególne gry nie posiadają żadnej wspólnej cechy, tj. własności przysługującej im wszystkim i tylko im, ale wykazują złożoną siatkę podobieństw, tak jak w dużej rodzinie, w której jedni mają podobne nosy, inni podobne oczy itd.

Wszystkie te obserwacje na temat języka prowadziły do zmiany w zapatrywaniach na cel analizy filozoficznej: filozofia ma opisywać, a nie konstruować. Analiza filozoficzna stała się nadto bardziej lingwistyczna niż w poprzednich programach metodologicznych.

Filozofia języka potocznego była kolejnym wydaniem analizy nieformalnej. J.L. Austin uznał, że język potoczny jest „pierwszym słowem” filozofa. Analiza filozoficzna musi zacząć od języka potocznego, bo akumuluje on podstawowe doświadczenie gatunku ludzkiego. Nie znaczy to wcale, że mamy wierzyć wiedzy potocznej w sposób niepodważalny. Możemy mieć powody do korekty przekonań wyrażanych potocznie, ale nie mamy wyboru: język potoczny jest początkiem filozofii⁷. Wedle J.L. Austina jest tak, że wyostrzona świadomość słów zaostrza świadomość rzeczy. Tak więc studiowanie potocznego znaczenia wyrażeń jest bardzo ważne dla naszego rozumienia świata. Filozofia języka potocznego ma charakter skrajnie lingwistyczny: analiza filozoficzna jest zredukowana do analizy języka potocznego, aczkolwiek trzeba dodać, że pośrednio jest skierowana ku rzeczom. Niemniej szereg kwestii filozoficznych można rozstrzygnąć po prostu przez analizę znaczenia słów.

Gdy Hart mówi we Wstępie o znaczeniu filozofii lingwistycznej dla swojej filozofii prawa, to ma na myśli analizę nieformalną rozwiniętą przez Wittgensteina i J.L. Austina. Chcąc najogólniej scharakteryzować sposób filozofowania Harta o prawie, można by powiedzieć, że jest to aplikacja ogólnych zasad i metod filozofii języka potocznego do problematyki prawniczej. Sam tak rozumiałem koncepcję Harta w swej pracy doktorskiej *Filozofia lingwistyczna i współczesna filozofia analityczna* (1968). Gdy w 1991 r. byłem w Oksfordzie na Polsko-Brytyjskiej

⁷ Moje uwagi mają charakter niemal wyłącznie sprawozdawczy. Nie rozważam tutaj blasków i cieni poszczególnych wariantów filozofii analitycznej. Może nie od rzeczy będzie, gdy poinformuję czytelnika o tym, że sam sympatyzuję z filozofią analityczną w jej wersji formalistycznej, aczkolwiek nie skrajnej. Byłoby sporo do powiedzenia na temat zastrzeżeń wobec filozofii języka potocznego (np. nie jest zbyt jasne, jakie są kryteria poprawności rozumowań filozoficznych, gdy mają one korygować wiedzę potoczną), ale nie będę kontynuował tej kwestii. Czytelnik zainteresowany tymi problemami może sięgnąć do mojej książki *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, PWN, Kraków 1980, w której znajduje się obszernie omówienie historii filozofii analitycznej. Wszystkie prace J.L. Austina zostały wydane po polsku w zbiorze J.L. Austin: *Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedeńczuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.

Konferencji Logicznej, poprosiłem organizatorów o umożliwienie mi spotkania z Hartem. Był już w nie najlepszej formie fizycznej, ale intelektualnie funkcjonował bardzo dobrze. Zapytałem go, czy zgadza się na interpretację swej filozofii prawa jako aplikowanej filozofii analitycznej. Odpowiedział, że całkowicie, i podkreślił wielką rolę J.L. Austina w ukształtowaniu się jego własnego oblicza filozoficznego. Trzeba przy tym podkreślić, że wykorzystanie filozofii języka potocznego na potrzeby prawoznawstwa było w ogólności zgodne z brytyjską tradycją myślenia o prawie. Sam Hart wielokrotnie wskazywał, że rozmaite sposoby analizy praktykowane przez filozofów języka potocznego były obecne już w myśleniu Benthama i Austina⁸. Ponadto system *common law* jest z natury rzeczy znacznie mniej formalistyczny (w sensie prawniczym, tzn. nie jest oparty na ścisłych ustanowionych regułach) niż system kontynentalny. Sędziowie systemu *common law* często odwołują się do *common sense*, do wiedzy potocznej, stosując argumentacje nieformalne itp. Filozofia języka potocznego mogłaby powstać na zamówienie prawników. Jej wykorzystanie w filozofii prawa istniejącej w brytyjskiej kulturze prawniczej było czymś całkowicie naturalnym⁹.

Filozofia języka potocznego wprowadziła do analizy filozoficznej kilka ważnych konkretnych idei. Omówię trzy takie kwestie: performatywne użycie języka, badanie presupozycji i argumentacje z przypadków wzorcowych (paradygmatycznych). Rozważmy ceremonię zawarcia małżeństwa. Gdy ksiądz lub urzędnik stanu cywilnego pyta narzeczonego (narzeczoną), czy chce poślubić przyszłego współmałżonka, trzeba odpowiedzieć „Tak”, użyć właśnie tego słowa, a nie innego. Znaczy to, że wypowiedzenie ściśle określonych słów jest istotnym warunkiem ważnego wykonania określonej procedury. J.L. Austin określał jako performatywy (lub wypowiedzi performatywne) zdania (lub ich skróty w rodzaju „Tak”) użyte w ramach danej procedury. Mają one swą formę gramatyczną. Jeżeli nie operujemy skrótem, to na ogół zaczynamy od słowa „Niniejszym”, a potem pojawia się wskazanie wykonywanej czynności, np. „Niniejszym nadaję ci imię...”. Istota sprawy polega na tym, że wypowiedź performatywna nie opisuje sytuacji, w której zostaje użyta, ale jest użyta w zamiarze dokonania pewnej czynności. Gdy osoba wstępująca w związek małżeński powiada „Tak”, to nie opisuje danego zdarzenia

⁸ Gdy mowa o twórcy filozofii języka potocznego, posługuję się wyrażeniem „J.L. Austin”, natomiast słowo „Austin” odnosi się do wielkiego prawnika angielskiego z XIX w.

⁹ Nie należy tego rozumieć w ten sposób, że kształt brytyjskiego systemu prawa jednoznacznie zderminował analityczny sposób myślenia o prawie zgodny z filozofią języka potocznego. Amerykański system prawa jest jeszcze mniej sformalizowany niż brytyjski, a jednak nie doprowadził do odpowiednika filozofii prawa w rodzaju tej, którą uprawiał Hart, m.in. dlatego że amerykańska teoria prawa od początku znalazła się pod wpływem filozofii pragmatyzmu. Jak zwykle, musiał znaleźć się ktoś, kto sformułował właśnie takie, a nie inne idee: Hart pod wpływem filozofii języka potocznego, Holmes pod wpływem pragmatyzmu.

(„Tak” jest skrótem zdania „Chcę pojąć za żonę [męża]...”), ale właśnie zachowuje się w przepisany sposób i dopełnia wymaganej procedury. Sta-je się to jasne, gdy zważymy, że odpowiednie skutki prawne następują nawet wtedy, gdy subiektywny stan jednego lub obojga zawierających małżeństwo uzasadniał odpowiedź „Nie”. Tak więc, zdaniem J.L. Austina, nie ma sensu oceniać performatywów w kategoriach prawdy czy fałszu, natomiast można to czynić odwołując się do kryteriów proceduralnych. Wypowiedź performatywna jest skuteczna, gdy przewidziana procedura została dopełniona, a nieskuteczna, gdy nie została. Jest rzeczą oczywistą, że performatywy są częste w prawie¹⁰. Czynności formułkowe w prawie rzymskim sprowadzały się niemal bez reszty do performatywów. Ogłoszenie wyroku, promulgacja ustawy i wiele innych przypadków znanych z prawa stanowią kolejne przykłady performatywów. Waga tej kategorii dla filozofii czy teorii prawa polega na tym, że tradycyjne podziały wypowiedzi, np. na zdania opisowe i rozkazniki, nie wyczerpują bogactwa form występujących w szeroko rozumianej praktyce prawniczej¹¹.

Rozważmy teraz przykład niemal anegdotyczny. Oto X pyta Y: „Czy już się rozwiódłeś?”, w sytuacji gdy Y jest kawalerem. Y nie może odpowiedzieć jednoznacznie na to pytanie. Gdy odpowie „Tak”, to wypowie zdanie fałszywe. Odpowiedź „Nie” jest wieloznaczna. Po pierwsze, może sugerować, że Y jeszcze się nie rozwiódł. Po drugie, jest prawdziwa, bo Y nie mógł się rozwieść, skoro nigdy nie był żonaty. Jeżeli X nie zna stanu cywilnego Y, to może zrozumieć opacznie każdą z odpowiedzi, której mu udzieli zapytany. Rozpatrywane pytanie, jeśli w ogóle ma być sensowne, musi opierać się na pewnym założeniu (presupozycji), mianowicie na tym, że Y był żonaty. Jeszcze inaczej: bywa tak, że dorzeczną odpowiedź na dane pytanie zależna jest od określonej presupozycji wyznaczonej przez treść pytania. Rzecz niekoniecznie dotyczy pytań. Możemy nieco zmodyfikować nasz przykład i powiedzieć, że zdanie „rozwiódłem się” jest prawdziwe lub fałszywe, gdy prawdziwe jest zdanie „byłem żonaty”, a w przeciwnym wypadku nie ma określonej wartości logicznej. W ogólności zdanie A jest presupozycją dla zdania B, gdy posiadanie przez B wartości logicznej (tj. prawdy lub fałszu) zależy od prawdziwości zdania A. Filozofowie języka potocznego włożyli wiele wysiłku w tropienie

¹⁰ W istocie rzeczy Hart zwrócił uwagę J.L. Austinowi na performatywne użycie języka. Zapewne stało się to w ramach seminarium wspomnianego w przypisie 6.

¹¹ Zreferowana pokrótce koncepcja performatywów została potem zastąpiona przez J.L. Austina teorią siły illokucyjnej. Rozkaz, prośba, przyrzeczenie, stwierdzenie stanowią przykłady rozmaitych illokucji, tj. rozmaitych czynności wykonywanych przez wypowiadanie słów. Powstała olbrzymia literatura poświęcona określeniom warunków poprawności rozmaitych illokucji. Aczkolwiek nie doprowadziło to do jednolitej teorii illokucji, prace te rzuciły nowe światło na funkcjonowanie języka. Mimo to wydaje się, że na potrzeby prawa teoria performatywów w jej pierwotnej postaci jest całkowicie wystarczająca. Typowe przypadki performatywnego użycia języka czy illokucji dotyczą sytuacji w wysokim stopniu skonwencjonalizowanych, a prawo zawiera wyłącznie właśnie takie.

presupozycji dla rozmaitych kłopotliwych zdań. A oto przykład z prawa rozważany przez Harta w *Pojęciu prawa*. Często dyskutuje się związek pomiędzy obowiązywaniem a przestrzeganiem prawa. Przypuśćmy, że jakiś przepis jest całkowicie nieprzestrzegany np. dlatego – stawiając rzecz krańcowo – że jest martwy. Pytamy, czy ten przepis obowiązuje. Odpowiedź twierdząca jest dziwna, bo trudno przyjąć, że martwe przepisy obowiązują w jakimś rozsądnym sensie. Ale i odpowiedź przecząca nasuwa wątpliwości, ponieważ obowiązuje każdy przepis, który nie został uchylony. I tak źle, i tak niedobrze. Hart zwrócił uwagę, że pytania o obowiązywanie przepisów są wtedy sensowne, gdy spełnione jest założenie o ich przestrzeganiu. Trzeba przy tym zaznaczyć, że takie postawienie sprawy jest znacznie naturalniejsze na gruncie *common law* niż w kontekście prawa stanowionego. Oczywisty powód jest taki, że system *common law* jest znacznie mniej sformalizowany i łatwiej ignorować jego martwe zasady. Nie chcę sugerować, że rozwiązanie Harta nie pozostawia nic do życzenia, bo tak nie jest. Gdy przepis jest martwy, to sprawa jest relatywnie jasna, aczkolwiek np. sąd zawsze może skorzystać z dowolnego nie uchylonego prawa. Wszelako gdy mamy do czynienia z sytuacją częściowo nieprzestrzeganego przepisu, sprawa się komplikuje. Moim głównym celem tutaj nie jest ocena rozmaitych koncepcji wysuwanych przez Harta, ale ich przedstawienie.

W związku z kwestią przypadków wzorcowych wygodnie jest od razu przejść do problematyki prawniczej. Każdy, kto nawet pobieżnie zaznajomił się z historią teorii prawa, wie dobrze, iż prawnicy włożyli wiele wysiłku w definiowanie rozmaitych pojęć. Prowadziło to do różnych sporów, ponieważ proponowane definicje nie były bynajmniej wzajemnie równoważne. Obowiązek, uprawnienie, prawo podmiotowe, czyn, zaniechanie, stosunek prawny, osoba prawna, zobowiązanie, obowiązywanie prawa, prawo międzynarodowe, norma prawna, państwo, odpowiedzialność i wreszcie samo prawo – oto pojęcia, które były przedmiotem niezliczonych definicji. A miały to być definicje wzorcowe wedle starego schematu: rodzaj najbliższy i różnica gatunkowa (*per genus proximum et differentiam specificam*), tak jak w przypadku definicji kwadratu jako prostokąta równobocznego. Wymagało to znalezienia jakiejś istotnej cechy (lub zespołu cech) kształtującej treść danego pojęcia, np. uprawnienia czy stosunku prawnego. Hart zakwestionował tę metodę rozstrzygania problemów filozofii prawa. Kierował się tutaj ideami filozofii języka potocznego i późnego Wittgensteina. Wedle tych zasad po to, by posługiwać się pojęciami ogólnymi, wcale nie trzeba poszukiwać istotnej cechy przysługującej wszystkim desygnatom danego pojęcia. Można procedować inaczej, mianowicie znaleźć niewątpliwy (wzorcowy, paradygmatyczny) przypadek zastosowania danego pojęcia i badać, jak daleko można go rozszerzyć, co często wymaga skorzystania z idei podobieństwa

rodzinnego. Hart zademonstrował ten sposób analizy w *Pojęciu prawa* przy rozważaniu pytania „Czy prawo międzynarodowe jest prawem?”. Tradycyjny sposób badania tej kwestii był taki. Termin „prawo” jest nazwą rodzajową, a prawo wewnętrzne i prawo międzynarodowe stanowią pojęcia gatunkowe. Najpierw trzeba więc zdefiniować prawo, a potem poszukiwać jakiejś różnicy gatunkowej cechującej prawo międzynarodowe, bo jego dotyczy pytanie. Znane problemy pojawiały się już na poziomie definiowania prawa w ogólności. Tytułem przykładu rozpatrzmy określenie: „prawo jest to system norm opatrzony przymusem państwowym”. Wszelako przymus w prawie międzynarodowym nie jest sankcją państwową. Hart zaproponował inną drogę. Potraktujmy prawo wewnętrzne jako przypadek paradygmatyczny, a potem poszukajmy jakichś podobieństw funkcjonalnych i strukturalnych pomiędzy prawem międzynarodowym a prawem wewnętrznym. Można ich upatrywać np. właśnie w funkcjach (nakładanie struktury praw i obowiązków), a to wystarcza do uznania prawa międzynarodowego za prawo. Dodatkową zaletą metody poszukiwania przypadków wzorcowych jest możliwość respektowania notorycznej otwartości pojęć ogólnych, tj. ich „zdolności” do obejmowania coraz to nowych przypadków.

Esej pierwszy *Definicja i teoria w prawoznawstwie* jest ogólnym manifestem wyrażającym wyżej opisane przeświadczenia metodologiczne (zob. też esej 3). Tekst ten został rozwinięty w *Pojęciu prawa*. Niemniej aplikacje metod zalecanych przez filozofię języka potocznego można znaleźć w większości artykułów zamieszczonych w niniejszym tomie, a czytelnik odnajdzie je bez trudności. Chciałbym teraz zwrócić uwagę, że filozofia prawa głoszona przez Harta nie tylko proponuje pewne rozwiązania pozytywne, ale ma też w znacznej mierze wydźwięk krytyczny. Wittgenstein i filozofowie języka potocznego wystąpili przeciwko formalizmowi. Przeciwnik był łatwo identyfikowalny: Russell, wczesny Wittgenstein i Koło Wiedeńskie. Zarzucano im szereg niedopuszczalnych uproszczeń wynikających z podciągania wszystkiego pod wzorec logiczny, a w szczególności zapoznavanie wartości języka potocznego. Przedmiot krytyki ze strony Harta nie jest tak jasno określony, chociażby dlatego że na terenie filozofii prawa formalizm typu logicznego nie był zbyt mocno reprezentowany¹². Ze znaczniejszych autorów tylko Alf Ross głosił poglądy pokrewne Kołu Wiedeńskiemu, i on też jest krytykowany przez Harta (eseje 6 i 7) w podobny sposób jak czynili to filozofowie języka potocznego w stosunku do swych formalistycznych adversarzy, a więc przede wszystkim za zbyt schematyczne traktowanie rozmaitych spraw. I tak np. Ross uważał za neopozytywistami, że tylko tautologie logiczne i zdania weryfikowalne empirycznie są sensowne. Wynikało z tego, że oceny czy normy nie są

¹² Mam tu na myśli polemiki w sprawie metodologicznych podstaw filozofii prawa.

wypowiedziami sensownymi. Hart zakwestionował ten pogląd, wskazując, że mamy wiele kryteriów sensowności. Przedmiotem krytyki Harta są autorzy, którzy starają się opierać rozważania o prawie na bardzo ścisłych definicjach i z tego wysnuwają teoretyczne konstrukcje; taki styl uprawiania prawoznawstwa jest jakimś surogatem formalizmu w filozofii analitycznej. Typowym przykładem jest tutaj Hans Kelsen. Hart pomimo swego olbrzymiego respektu dla Kelsena zarzucał mu sztuczność w przeprowadzaniu rozmaitych dystynkcji, wynikającą z dążenia do ich dopasowania do apriorycznie przyjętych założeń, np. w kwestii radykalnego oddzielenia sfery normatywnej od sfery faktycznej (zob. eseje 14 i 15). Z podobnych powodów metodologicznych nie odpowiadali mu realiści prawniczy, w szczególności za definicję obowiązku jako przewidywania sankcji (zob. eseje 4 i 5). Do kwestii tych wrócę przy okazji omawiania stosunku Harta do pozytywizmu prawniczego.

Ostatnie zdanie prowadzi do kolejnej kwestii. Dotychczas zwracałem uwagę na powinowactwa Harta ze współczesną mu filozofią analityczną, w szczególności z filozofią języka potocznego. Jednakże na tym nie wyczerpuje się jego intelektualny rodowód. Dwa inne kierunki filozoficzne i prawnicze wpłynęły na Harta w sposób równie wydatny jak filozofia języka potocznego, mianowicie utylitaryzm i pozytywizm prawniczy. Utylitaryzm ma szacowną tradycję w Anglii. Zaczął się od Tomasza Hobbesa, czyli na przełomie XVI i XVII w. Utylitarystą był Dawid Hume, ale najwybitniejszymi przedstawicielami tego kierunku byli Bentham, Austin i John Stuart Mill w XIX w. Najogólniej rzecz biorąc, utylitaryzm jest doktryną etyczną utożsamiającą dobro moralne z użytecznością. Główne zalecenie utylitaryzmu polega na potrzebie maksymalizacji użyteczności, którą utylitarysty rozumieć jako maksymalizację szczęścia. Prowadziło to do tzw. konsekwencjonalizmu moralnego: wartość czynu ocenia się nie wedle zamiaru, ale wedle rezultatów. Utylitaryzm brytyjski miał charakter społeczny, ponieważ zalecał maksymalizację użyteczności i szczęścia dla jak największej liczby osób. Bentham wysunął projekt rachunku przyjemności zbilansowanego z cierpieniem i wierzył, że można porównywać wszelkie wartości tak mierzone. Utylitaryzm odegrał wielką rolę w Wielkiej Brytanii w XIX w., stając się ideową podstawą wielu reform politycznych i społecznych. Był jednak równie zażarcie krytykowany nie tylko za naiwną, jak się okazało, wiarę w uniwersalne ilościowe miary szczęścia (to dotyczyło jedynie Benthama), ale przede wszystkim za stawianie przyziemnych ideałów etycznych. Nowa fala krytyki przyszła ze strony czołowych etyków, filozofów i teoretyków prawa ostatnich czasów, przede wszystkim Ronalda Dworkina, Roberta Nozicka i Johna Rawlsa. Krytyka ta wskazuje, że utylitaryzm preferuje sprawy ogólne kosztem spraw indywidualnych, a przeto nie stanowi właściwej podbudowy ideowej dla praw jednostek i wolności. Cała część IV (eseje 8–11, zwłaszcza

trzy pierwsze) w znacznej mierze jest poświęcona obronie utilitaryzmu przed krytyką ze strony Dworkina, Nozicka i Rawlsa. W szczególności Hart argumentuje, że krytycy operują jakąś karykaturalną wizją utilitaryzmu, która nie ma żadnego pokrycia w klasycznych pismach wielkich utilitarystów XIX w. Hart wcale nie jest bezkrytyczny wobec swych poprzedników, ale twierdzi, że nie ma żadnej zasadniczej niezgodności pomiędzy utilitaryzmem a liberalizmem, a jeśli tak, to stanowisko utilitarystyczne nie ma żadnych problemów z akomodacją praw i wolności obywatelskich. Eseje zamieszczone w tej części zawierają znacznie więcej niż tylko obronę utilitaryzmu przed krytykami. Zwrócę uwagę, że można tam znaleźć wiele subtelnych uwag na temat liberalizmu, co jest ważne dla czytelnika polskiego ze względu na to, że pojęcie liberalizmu zostało u nas niemiłosiernie zagmatwane, a przyznaje się do tej postawy niemal każdy, bez względu na swe prawicowe czy lewicowe sympatie. Czytelnik polski powinien też przestudiować esej 11, dotyczący wymuszania moralności. Warto ten tekst przemyśleć, ponieważ pozwoli to lepiej ocenić dążenia rozmaitych rodzimych moralizatorów zmierzających do wprowadzania reform moralnych poprzez prawo.

I tak doszliśmy do kwestii pozytywizmu prawniczego. To arcyważna sprawa ze względu na narosłe nieporozumienia wobec tego kierunku. Na początek kilka informacji historycznych. Starożytni sofisci, którzy pierwsi wydzielili prawo stanowione (*nomos*) obowiązujące niezależnie od jego wartości moralnej, mogą być uznani za prekursorów pozytywizmu prawniczego. Wilhelm Ockham, wybitny angielski scholastyk późnego średniowiecza, był kolejnym przedstawicielem tego stylu myślenia o prawie. Potem przyszedł Hobbes ze swą definicją prawa jako rozkazu suwerena. Pozytywistami byli Bentham, Austin i Mill, a więc utilitaryści. Nie ma jednak koniecznego związku pomiędzy utilitaryzmem a pozytywizmem prawniczym, mimo że tak złożyło się w XIX w. Dotychczas wymieniałem tylko pozytywistów brytyjskich. W Niemczech pojawił się ten kierunek pod wyraźnym wpływem Immanuela Kanta i około połowy XIX w. całkowicie opanował niemiecką naukę prawa. Skrajnym wydaniem pozytywizmu prawniczego stała się czysta teoria prawa Kelsena. Wypada się tu zatrzymać i krótko (na razie bardzo ogólnie) scharakteryzować ten kierunek w filozofii i teorii prawa. Powiedzmy więc tak: pozytywista prawniczy utrzymuje, że prawo legalnie obowiązuje niezależnie od swej treści, także moralnej. A zatem prawo obowiązuje niezależnie od tego, czy jest niegodzne, czy też respektuje wartości moralne. Doktryna pozytywizmu prawniczego była skierowana przeciwko koncepcjom prawa natury, które uzależniają obowiązywanie prawa od tego, czy spełnia ono zasady moralne, przynajmniej te podstawowe. Obrońcy prawa natury zarzucają pozytywistom amoralizm, a ci drudzy odwdzięczają się argumentem, że nie wiadomo, jakiego systemu moralnego mamy się trzymać, gdy oceniamy prawo

pozytywne. Spór dramatycznie zaostrzył się po drugiej wojnie światowej. Wskazywano, że nie można zamykać oczu na niegodziwości popełniane legalnie na mocy prawa obowiązującego w systemach totalitarnych. Gustaw Radbruch, niegdysiejszy pozytywista prawniczy, wręcz stwierdził, że jedną z przyczyn tolerancji prawników niemieckich wobec zbrodniczego prawa hitlerowskiego była ich edukacja w duchu pozytywizmu prawniczego. To spowodowało swoistą znieczulicę moralną w niemieckich środowiskach prawniczych. Radbruch bronił po 1945 r. koncepcji prawa natury. Nie on jeden zresztą. Wydarzenia wojenne spowodowały to, co określa się jako „odrodzenie prawa natury”. W Stanach Zjednoczonych najbardziej znanym rzecznikiem prawa naturalnego stał się Lon Fuller.

Ta krótka uwaga historyczna pozwoliła pokazać wielość historycznych źródeł i filozoficznych inspiracji pozytywizmu prawniczego. Prosta hipoteza jest taka: musiało to sprawić, że kierunek ten przybrał rozmaite formy, że wcale nie jest jednolity. Hart uważał się za pozytywistę prawniczego, ale nie skrajnego; za takich uważał Austina i Kelsena. Określał też swój pozytywizm jako „miękki”. Hart zajął się rozmaitymi wymiarami pozytywizmu prawniczego w artykule, który niestety nie wszedł do niniejszego zbioru¹³. Pozwolę sobie krótko przedstawić jego analizę, mam bowiem nadzieję, że umożliwi to bardziej wyważoną ocenę tego kierunku, ostatnio niemiłosiernie poniewieranego za rzekome sprzyjanie wszystkim możliwym niegodziwościom. Hart wyróżnił następujące aspekty pozytywizmu prawniczego. Po pierwsze, jest to określona teoria i metodologia nauk prawnych. Traktuje ona prawo pozytywne jako jedyny przedmiot prawoznawstwa, a tzw. metodę formalnodoogmatyczną jako właściwe narzędzie badawcze prawnika; wyklucza to z nauk prawnych rozważania socjologiczne, psychologiczne i historyczne. Po drugie, pozytywizm prawniczy głosi pewną doktrynę powstawania prawa: a mianowicie prawo jest wyrazem woli suwerena. Wola ta przejawia się w formie rozkazu suwerennej władzy adresowanego do poddanych (imperatywna koncepcja prawa). Po trzecie, pozytywizm jest teorią na temat metodologii stosowania prawa, głównie przez sędziów. Wedle tej teorii decyzje sędziów są rezultatem wnioskowania dedukcyjnego: konkluzja, np. wyrok w procesie, jest wnioskiem opartym na dwu przesłankach, mianowicie na określonej zasadzie ogólnej i zdaniu stwierdzającym stan faktyczny. Jest to tzw. mechaniczna teoria stosowania prawa. Po czwarte, pozytywizm prawniczy jest teorią na temat stosunku prawa do moralności. Pozytywiści prawniczy twierdzą, że taki związek nie ma znaczenia dla definicji prawa, a w szczególności dla jego obowiązywania. I wreszcie po piąte, pozytywizm postuluje, że prawo należy być posłusznym niezależnie od jego treści.

¹³ H.L.A. Hart: *Legal Positivism*, w: *The Encyclopedia of Philosophy*, pod red. P. Edwardsa, I. IV, Macmillan, Nowy Jork 1967, s. 418–420. Pewne kwestie z tym związane Hart omawia w esejach 2, 3 i 16.

Hart zwraca uwagę, że trudno byłoby znaleźć kogoś, kto uznawałby bez zastrzeżeń wszystkie pięć tez charakteryzujących rozmaite aspekty pozytywizmu prawniczego. Dlatego też należałoby mówić o rozmaitych pozytywizmach prawniczych w zależności od tego, co jest wysuwane na plan pierwszy. Ponadto mamy do czynienia z rozmaitym stopniem radykalizmu w głoszeniu powyższych tez. Kelsen powiadał, że w prawnoznawstwie nie ma miejsca na jakiekolwiek rozważania socjologiczne i psychologiczne, natomiast Ihering w pełni uznawał zasadność wykładni celowościowej. W związku z pierwszym aspektem pozytywizmu Kelsen był więc pozytywistą radykalnym, a Ihering pozytywistą umiarkowanym. Podobne uwagi dotyczą każdego innego aspektu pozytywizmu; zawsze dojdziemy do wniosku, że stosowne tezy pozytywistyczne były głoszone w duchu pozytywizmu skrajnego albo „miękkiego”. Wyżej wspomniałem już, że Hart był pozytywistą tego drugiego rodzaju. Akceptował pozytywistyczną koncepcję przedmiotu i metody nauk prawnych, niemniej nie uważał, że tylko prawo pozytywne jest przedmiotem prawnoznawstwa. Są nim także relacje prawa do innych form normatywnej struktury społeczeństwa, głównie moralności. Metoda formalnodoğmatyczna, w związku z osobliwościami *common law*, nigdy nie miała w Wielkiej Brytanii takiego znaczenia jak na kontynencie. Metoda stosowana przez Harta była analityczna w zarysowanym wyżej sensie i znacznie bardziej elastyczna niż klasyczna metoda formalnodoğmatyczna. W ogólności analiza poszukująca presupozycji i przypadków wzorcowych nie może abstrahować od tej rzeczywistości, do której stosuje się prawo. Krańcowym wydaniem metody formalnodoğmatycznej stała się tzw. *jurysprudence pojęciowa*, dość popularna w Niemczech pod koniec XIX w. Hart odrzucał ją równie radykalnie jak Ihering (zob. esej 12). Teraz można lepiej zrozumieć powody sympatii Harta do autora *Ducha współczesnego prawa rzymskiego*. Znając pogląd Harta w sprawie metody formalnodoğmatycznej i *jurysprudence pojęciowej*, trudno oczekiwać, że mógł on akceptować mechaniczną koncepcję stosowania prawa. Hart nie tylko jej nie akceptował, ale był w gruncie rzeczy jednym z jej najsurowszych krytyków. Wskazywał też, iż wbrew krytykom pozytywizmu była głoszona raczej okazjonalnie niż powszechnie. Nie ma jej w szczególności w poglądach Benthamu i Austina. Hart wprawdzie wiązał powstawanie prawa z wolą suwerena, ale sprzeciwiał się prostej imperatywnej koncepcji głoszonej m.in. przez Benthamu i Austina. Do istnienia prawa trzeba czegoś znacznie więcej niż rozkazu suwerena. Potrzebna jest mianowicie wielce skomplikowana struktura instytucjonalna, odpowiednie nastawienie psychiczne („nawyk posłuszeństwa”) i akceptacja określonych reguł przez sędziów. Te zagadnienia są jednym z głównych tematów *Pojęcia prawa* i nie będę tutaj rozwijał tej kwestii. Nie ma więc wątpliwości, że w omówionych tu punktach Hart był pozytywistą umiarkowanym.

Pozostała do rozważenia sprawa stosunku prawa do moralności. Z powodów wyłuszczonych wyżej jest to być może kwestia najważniejsza, a na pewno budząca nie tylko kontrowersje, ale i emocje. Na ogół pozytywizm prawniczy jest redukowany do poglądu na temat wzajemnego stosunku między prawem a moralnością. Hart, zgodnie ze swym lingwistycznym nastawieniem, ujął ten aspekt pozytywizmu prawniczego jako określony postulat wobec definicji prawa. Można to sformułować następująco: związek prawa z moralnością nie ma charakteru koniecznego lub definicyjnego. Znaczy to tylko tyle, że określenie prawa ma być niezależne od jego stosunku do moralności, że prawo jest prawem niezależnie od tego, czy jest moralne (sprawiedliwe), czy też nie. Jest oczywiste, że gdy prawo określa się jako wyraz woli suwerena, to owa wola istnieje niezależnie od tego, czy wybiera dobro, czy zło. Podobnie ma się sprawa, gdy weźmie się pod uwagę każdą inną definicję prawa proponowaną przez pozytywizm prawniczy, np. gdy określa się je jako system norm obowiązujących na pewnym terytorium państwowym i obwarowanych przymusem państwowym. Gdy już ustalili się sens podstawowej tezy pozytywizmu prawniczego w kwestii stosunku prawa do moralności, można stawiać dalsze pytania w rodzaju: Czy prawo może mieć dowolną treść? Czy prawa należy słuchać bez względu na jego treść? Różni pozytywiści rozmaicie odpowiadali na te kwestie. Tutaj interesuje nas jednak odpowiedź Harta. Otóż łatwo zauważyć, iż z tezy o braku koniecznego związku pomiędzy prawem a moralnością wcale nie wynika, że prawo ma mieć dowolną treść czy też że prawa należy słuchać bez względu na jego treść. Pozytywizm prawniczy, zaprzeczając, jakoby pomiędzy prawem a moralnością zachodził konieczny związek definicyjny, nie neguje rozmaitych związków faktycznych czy genetycznych, np. że moralność wpływa na prawo lub odwrotnie. To przesądza, że wedle pozytywizmu prawniczego nie każde prawo jest moralnie równowartościowe. Pozytywista wcale nie musi być subiektywistą czy relatywistą. Trzeba też przypomnieć, że utylitaryści, którzy byli zarazem pozytywistami, domagali się, by prawo służyło całkiem konkretnym wartościom moralnym. Zdaniem Austina, istnienie prawa to jedna rzecz, a jego zalety to inna. Hart kilkakrotnie przytoczył w niniejszym zbiorze pochodzące od Benthamu rozróżnienie pomiędzy prawoznawstwem oceniającym (krytycznym) a przedstawiającym. Podsumowując, zdaniem pozytywistów, kwalifikacja prawa jako prawa nie należy do moralności, gdyż nie jest to kwestia moralna, natomiast moralna ocena prawa jest oczywiście pochodną moralności, ale nie wpływa na obowiązywanie prawa.

Prymitywna krytyka pozytywizmu prawniczego polega na wyprowadzaniu wniosku, że prawo ma mieć dowolną treść, z przesłanki, że może mieć dowolną treść. Tego rodzaju zarzut jest po prostu absurdalny. Niemniej zarzuty wobec pozytywizmu ze strony Radbrucha czy Fullera nie

polegały na tym. Wskazywali oni, że już teza o możliwości posiadania przez prawo dowolnej treści jest groźna. Prowadzi bowiem do postulatu respektowania przez prawników dowolnego prawa wedle zasady *dura lex, sed lex*, a tego rodzaju legalizm może w końcu skutkować konformizmem wobec prawa jawnie zbrodniczego. Hart znakomicie rozumiał dylemat tradycyjnego pozytywizmu i dokonał dość radykalnej rewizji tej doktryny w sprawie treści prawa. Zaproponował mianowicie koncepcję minimum treści prawa natury. Pojawiła się ona w *Pojęciu prawa*, a w niniejszej książce w ogóle nie występuje. Esej 2, poświęcony kwestii stosunku prawa do moralności, prezentuje jeszcze dość tradycyjne stanowisko pozytywistyczne, a w innych artykułach nie było okazji, by rzecz poruszać. Zmiana nastąpiła zapewne z powodu polemiki Harta z Fullerem (esej 2; Fuller napisał odpowiedź), a niewykluczone, że w związku z coraz wyraźniejszym rozwojem koncepcji praw człowieka. Idea minimum treści prawa natury oparta jest na prostych obserwacjach dotyczących natury człowieka i jego miejsca w świecie. Ludzie mają ograniczone siły fizyczne, są w przybliżeniu równi, charakteryzują się ograniczonym altruizmem, zasoby, dzięki którym żyją, są ograniczone i wreszcie ich wola oraz zdolność rozumienia też podlegają ograniczeniom. Jeżeli ludzie mają przetrwać, to ich organizacja społeczna, w tym i prawo, musi respektować owe elementarne prawdy o człowieku. Prawo musi więc chronić życie, zdrowie, zasoby naturalne i żywność, nie wyróżniać zbytnio nikogo i organizować współdziałanie na skalę globalną i lokalną. Koncepcja ta jest jakimś kompromisem pomiędzy pozytywizmem prawniczym a koncepcjami prawa natury. Można oczywiście dyskutować, czy ów kompromis nadal uprawnia do stwierdzenia, że nie ma koniecznego związku definicyjnego pomiędzy prawem a moralnością, ale nie miejsce tutaj na analizę tej kwestii. Godzi się jednak zwrócić uwagę na to, że koncepcja minimum treści prawa natury jest bardzo dobrym podłożem dla koncepcji praw człowieka. W istocie rzeczy ostatnie kodyfikacje praw człowieka idą właśnie po linii omówionej koncepcji Harta.

Takie są główne punkty, które, mam nadzieję, ułatwią lekturę niniejszej książki osobom nie zajmującym się filozofią prawa na co dzień.

Wartość tekstów Harta polega jednak nie tylko na tym, że można tam znaleźć ważne idee ogólne. Znajdujemy tam masę wielce interesujących szczegółów dotyczących brytyjskiej i amerykańskiej praktyki prawniczej, wiele kasusów ukazujących *common law* niejako od kuchni oraz informacji historycznych, np. w sprawie stosunku Anglików do konstytucji Stanów Zjednoczonych. System *common law* jest na pewno czymś bardzo egzotycznym dla prawników ukształtowanych w ramach kontynentalnej kultury prawnej. Niniejsza książka pokazuje jednak, że obie kultury mają wspólne problemy. Także w tym sensie Hart jest budowniczym mostów pomiędzy anglosaską a kontynentalną myślą prawniczą.

Na koniec kilka uwag w sprawie tłumaczenia. Hart pisał jasno i na ogół nie ma wątpliwości, o co mu chodziło. Jako filozof języka potocznego w pełni wykorzystywał jego elastyczność, a przede wszystkim notorycznie posługiwał się zamiennie bliskoznacznikami, typowy przykład to *duty* i *obligation*. Polskie odpowiedniki „powinność” i „obowiązek” nie zawsze dają się zamieniać. Trzeba więc było uwzględniać kontekst. Termin *jurisprudence* został na ogół oddany przez „prawoznawstwo”, czasem jako „teoria prawa”. Bardzo ważny termin *rule* tłumaczyłem w zależności od kontekstu jako „przepis”, „zasadę” lub „regulę”. Jest rzeczą interesującą, że Hart bardzo rzadko stosował termin *norm* (z wyjątkiem polemiki z Kelsenem, ale tam referował jego poglądy). Musiał mieć ku temu jakieś powody, a to, moim zdaniem, wystarcza, by nie tłumaczyć *rule* jako „norma”. Termin *right* tłumaczyłem z reguły jako „uprawnienie”, a czasem (w bardziej teoretycznych kontekstach) jako „prawo podmiotowe”. Na ogół opuszczałem przymiotnik *legal* stojący przy *duty*, *obligation* lub *right*, jeżeli kontekst rozstrzygał, że mowa o uprawnieniach (obowiązkach) prawnych. Największy problem dotyczył przekładu zwrotu *attempting the impossible* (esej 17). Dosłownie znaczy on „usiłowanie tego, co niemożliwe”. Podane przez Harta przykłady (zabranie własnego parasola w przekonaniu, że to cudzy, włożenie ręki do pustej kieszeni w celu zabrania pieniędzy) od razu sugerują, że chodzi o to, co u nas nazywa się „nieudolnym usiłowaniem”. I tak też ostatecznie, za radą kolegów karnistów, tłumaczyłem ów zwrot. Niemniej jest rzeczą oczywistą, że brytyjska koncepcja usiłowania „tego, co niemożliwe” oraz nasza idea nieudolnego usiłowania nie pokrywają się do końca. W istocie rzeczy Hart często analizuje możliwość (niemożliwość) wykonania danego działania, a nie usiłowania.

Czytelnik znajdzie w książce pewną liczbę przypisów od tłumacza, zaznaczonych jako „przyp. tłum.” lub „J.W.”. Mają one rozmaity charakter. Niektóre podają uzupełnienia bibliograficzne, inne zawierają stosowne uściślenia (Hart nie zawsze był dokładny w cytatach), a jeszcze inne rozmaite dodatki.

Jan Woleński

WSTĘP

I

Siedemnaście esejów zebranych w niniejszym zbiorze powstało w okresie dwudziestu ośmiu lat (1953–1981) i obejmuje szeroki zakres problemów. Szesnaście z nich podzieliłem na cztery mniej lub bardziej różniące się grupy, które z grubsza można określić następująco: I. Teoria ogólna; II. Amerykańska teoria prawa; III. Skandynawska teoria prawa; IV. Wolność, użyteczność i prawa podmiotowe; V. Czterech teoretyków prawa. Ostatni szkic (*Izba Lordów o usiłowaniu nieudolnym*) ma inny charakter, ponieważ nie zajmuje się jakimś problemem filozoficznym czy teoretycznoprawnym, ale tym, co stanowiło, aż do jej usunięcia przez ustawę w 1981 r., szczególną doktrynę angielskiego prawa karnego. W moim przekonaniu, włączenie tego szkicu można uzasadnić tym, iż stosuję w nim pewną dystynkcję ustaloną we współczesnej semantyce dla rozwiązania (ewentualnie do pokazania, że rozwiązania nie ma) trudności dotyczącej pojęcia usiłowania, długo gnębiącej prawników po obu stronach Atlantyku. Mam nadzieję, że użytek z filozofii, jaki czynię w tym esej, potwierdza przekonanie, na którym opierałem się w większości swych prac, mianowicie, że jeśli z filozoficznego punktu widzenia można objaśnić lub nawet przyczynić się do rozwiązania kwestii uznawanej przez niefilozofów za problematyczną, zawsze można przedstawić im ów filozoficzny aspekt i jednocześnie zastosować go do wyżej wymienionego celu.

Przez lata, kiedy te eseje powstawały, niektóre moje poglądy uległy zmianom. Chociaż jeszcze przyznaję się do głównych tez, za którymi argumentuję, w pewnych punktach, jak teraz sędzę, pomyliłem się, innych natomiast nie udało mi się odnieść szerzej do ważnych zagadnień albo też przedstawiłem je w sposób uproszczony lub mylny. Wiele nauczyłem się w tym okresie od moich krytyków. Niektórzy z nich, np. profesor Dworakin, dr Raz, dr Finnis i zmarły profesor Lon Fuller, stworzyli własne teorie, w których moje prace są głównym celem ataku¹.

¹ Zob. odniesienia do ich prac zamieszczone na końcu wielu esejów w tym tomie.

Nauczyłem się również wiele w tym czasie śledząc rozwój filozofii i jej najnowsze osiągnięcia. I tak, by dać jeden przykład dotyczący eseju pierwszego (1953), zresztą szerzej omawiany poniżej, w związku z epokowym rozróżnieniem „znaczenia” od „siły” wypowiedzi, a także teorii „aktów mowy”, której podstawy pochodzą od J.L. Austina, nie powinienem już utrzymywać, że stwierdzenia uprawnień i obowiązków w sferze prawa nie są „deskryptywne”, czy też sugerować, jak to czyniłem nazywając je „wnioskami z przepisów” lub „końcówkami prawniczych rachunków”, że są to zawsze rezultaty wnioskowań dokonanych przez ich autorów. Mimo że jestem świadom błędów zawartych w tych esejach, pozostawiłem ich pierwotny tekst nie zmieniony. Dodałem jednak posłowania do większości z nich, informując czytelnika o najważniejszych uwagach krytycznych, którymi je opatrzone, lub też o poglądach przeciwnych.

Być może następujące spostrzeżenie (mam nadzieję, że nie tylko autobiograficzne) wystarczająco zaznaczy i wyjaśni charakter i stopień omyłki w tych esejach, tak jak to widzę retrospektywnie. Gdy w 1953 r. zostałem profesorem teorii prawa w Oksfordzie, moje kwalifikacje nie były typowe, gdyż nie miałem doktoratu z prawa, aczkolwiek przez osiem lat przed wojną paralem się praktyką adwokacką, a po wojnie siedem lat uczyłem filozofii w tymże uniwersytecie. W tym ostatnim okresie filozofowanie, nazywane „filozofią lingwistyczną”, było w rozkwicie zarówno w Oksfordzie, jak i w Cambridge. Między oksfordzkim wariantem tej filozofii (z J.L. Austinem jako głównym przedstawicielem) a uprawianym w Cambridge (rozkwitującym pod wpływem Wittgensteina) zachodziły znaczące różnice – na co innego kładziono nacisk i wyznaczano odmienne cele. Inspiracją dla obu w równym stopniu było uznanie różnorodności typów ludzkiego dyskursu i znaczenia międzyludzkiego porozumiewania się, a wraz z uznaniem tego faktu pojawiło się przekonanie, że długotrwałe trudności filozoficzne mogą być często rozwiązywane nie przez tworzenie teorii ogólnej, lecz przez staranne wyodrębnianie i charakteryzowanie na różne zresztą sposoby rozmaitych określonych form ludzkiego życia związanych z użyciem języka. W związku z tą koncepcją filozofii założenie, że jest zaledwie parę sensownych form dyskursu (empiryczny „ustalający fakty” i stwierdzenia definicyjne lub prawdy logicznie konieczne), i odrzucenie, jako bezsensownych lub wyrażających jedynie uczucia, wszystkich innych użyczeń języka, w szczególności takich jak zdania metafizyczne lub sądy moralne, których nie da się zredukować do kilku faworyzowanych form językowych, okazało się błędem powodującym zaślepienie wielu filozofów, a w szczególności logicznych pozytywistów w okresie międzywojennym.

Filozofia lingwistyczna zajmuje się również wyjaśnianiem wielorakich i zróżnicowanych funkcji języka, nie znających granic przedmiotowych. Wniknięcie w nie i ich rozjaśnienie pomogły wytłumaczyć nie tylko dyskurs życia codziennego, ale również wszelkie dziedziny, o których można

sądzić, że niepowodzenie w uchwyceniu pomiędzy jedną formą dyskursu i jakąś inną różnic, często ukrytych pod takimi samymi formami gramatycznymi, powodowało kłopoty i zamieszanie. I tak w eseju pierwszym, napisanym pod silnym i pobudzającym wpływem owych idei, próbowałem pokazać znaczenie tej formy filozofii lingwistycznej dla filozofii prawa i teorii prawa. Wydawało mi się i nadal tak uważam, iż zwrócenie uwagi na różnorodne i złożone sposoby pracy, jaką słowa wykonują w połączeniu z przepisami prawnymi rozmaitych typów, mogłoby posłużyć do ujawnienia zamętu, np. związanego z powstaniem niejasnych i wzajemnie niezgodnych teorii na temat osób prawnych, długo będących postrachem teorii prawa, lub też prowadzących poważnych prawników do głoszenia, jakoby stwierdzenia uprawnień odnosiły się do wymyślanych lub fikcyjnych bytów „nie mających nic wspólnego z rzeczywistością” albo też były tylko prognozami działań prawników. Jest prawdą, że takie rzeczowniki z języka prawniczego, jak „uprawnienie”, „obowiązek”, czy też nazwa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zdają się nie mieć oczywistych desygnatów w świecie, a to było głównym źródłem trudności. Już Bentham zauważył, że próby definiowania wyrażeń przez rodzaj i gatunek w oderwaniu od zdań i kontekstów, w których one zazwyczaj funkcjonują, są z góry skazane na niepowodzenie. Wszelako, jak argumentuję w tym przypadku, potrzebne jest drobiazgowo zbadanie sposobu, w jaki stwierdzenia, np. na temat uprawnień i obowiązków spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, odnoszą się, w połączeniu z przepisami prawnymi, do świata. Pierwszym i ważnym krokiem ku temu jest pytanie, pod jakimi warunkami takie stwierdzenia mają wartość logiczną, a w szczególności, kiedy są prawdziwe.

W esejach trzecim i dwunastym zwracam uwagę na inne specyficzne tematy filozofii lingwistycznej, posiadające szczególną wagę dla teorii prawa. Obejmują one identyfikację „performatywnego” użycia języka, tj. takiego, w którym słowa są stosowane w związku z regułami i konwencjami mi dotyczącymi zmiany normatywnej sytuacji jednostek, a przez to same mają konsekwencje normatywne, a nie tylko skutki przyczynowe. Ukazuję pokrótce, że użycie języka towarzyszy nie tylko procesowi legislacji (tak często mylnie utożsamianemu z prostszym pojęciem rozkazywania), ale także umowom czy tak zwanym działaniom na podstawie prawa. Nacisk położony na rozmaite modalności performatywnego użycia języka służy do objaśnienia, między innymi, idei kompetencji prawnej, kontraktów i zapisów spadkowych, a także do ujawnienia tego, co jest prawdą w utrwalonych i równocześnie niezgodnych subiektywnych (teoriach woli) i obiektywnych koncepcjach umów. Ukazuje także oczywiste i interesujące związki pomiędzy wspomnianymi ważnymi zjawiskami prawnymi a mniej formalnymi sposobami „czynienia czegoś przez słowa”, takimi jak ceremonia chrzcin, zaślubiny, a także (choć jest to jeszcze sprawa kontrowersyjna) obiecywanie.

Także, jak to pokazuję w esejach trzecim i dwunastym, debaty filozofów na temat „otwartości” języka i w ogóle sposobów udowodnienia, że terminy klasyfikujące języka naturalnego są nieokreślone, mają znaczenie dla badania, rozumowania i orzekania prawniczego. Podobnie naleganie, że istnieje nie tylko jedna forma uzasadniania (przez posiadanie wspólnych jakości) klasyfikacji indywiduów pod te same terminy ogólne, służy uwolnieniu się od ciasnego przesądu komplikującego zarówno ogólne rozważania o istocie prawa, jak i przedstawianie poszczególnych pojęć prawnych, np. posiadania.

II

Te i inne poglądy współczesnej filozofii lingwistycznej mają, jak myślę, trwałą wartość. Chociaż pogłębiły one analityczne badanie prawa, na pewno dostrzegam wiele niedostatków w zastosowaniu tych idei w moich wczesnych pracach. I tak pojęcie rozmaitych „użyć języka” nie jest tak proste, jak to sugerowałem; samo to pojęcie trzeba wyjaśnić, gdyż mamy do czynienia z wieloma odmiennymi sensami „użycia”. Dlatego też nie wprowadziłem w eseju pierwszym ważnej dystynkcji pomiędzy względnie stałym znaczeniem (czy sensem) zdania, ustalonym przez konwencje językowe, a zmieniającą się „siłą” lub sposobem używania go przez piszących i mówiących w różnych sytuacjach. Zdanie: „Na polu znajduje się byk”, ma to samo znaczenie lub treść, niezależnie od tego, czy jest użyte jako odpowiedź na pytanie postawione w celu uzyskania stosownej informacji, czy też jako ostrzeżenie albo hipoteza. Pominięcie tej dystynkcji, którą potem uwzględniłem w eseju trzecim, częściowo psuje ujęcie przeze mnie w eseju pierwszym znaczenia stwierdzeń na temat praw podmiotowych oraz stwierdzeń o spółkach. Powiedzenie, że takie stwierdzenia są wnioskami z przepisów prawnych, nie było właściwe, ponieważ posiadają one to samo znaczenie przy różnych okazjach ich użycia, niezależnie od tego, czy korzystający z nich wysuwają je na podstawie wnioskowań. Jeśli takowe stwierdzenia są rezultatami wnioskowań, ma to związek z siłą stosownych wypowiedzi, ale nie z ich znaczeniem. Mój błąd polegał na tym, że aczkolwiek mówiłem o takich zdaniach jako o prawdziwych lub fałszywych, równocześnie zaprzeczając ich „deskryptywnemu” charakterowi, tak jakby to było wykluczone przez status, jaki im niesłusznie nadałem jako konkluzjom z prawa. Negacja „deskryptywności” takich zdań zaciemniła to, iż aby je w pełni zrozumieć, musimy też pojąć, na czym polega to, że reguła czegoś wymaga, zakazuje lub zezwala.

Bardziej ogólnym niedostatkiem mojego wczesnego odwołania się w teorii prawa do filozofii lingwistycznej było niepowodzenie w wyjaśnieniu, iż zrozumienie, jakkolwiek byłoby wyrafinowane i głębokie, działania

języka przyniesie znaczące rezultaty w teorii prawa tylko wtedy, gdy pojmemy, że spore trudności wynikają z braku identyfikacji odmienności poszczególnych użyc języka w stosunku do milcząco przyjętego wzorca, a także, gdy zasadniczo różne formy językowe są błędnie przypisane pewnym dobrze znanym typom. Mylne teorie prawnicze, takie jak te, które są przeznaczone do wyjaśnienia pojęcia osoby prawnej, uprawnienia lub umowy, pojawiły się częściowo w taki właśnie sposób. Trzeba jednak stanowczo podkreślić, że ważnym rysem tych pojęć, rysem, który filozofia lingwistyczna pomaga oczyścić z nieporozumień i zamieszania, jest to, że stanowią one źródło trudności nawet wtedy, gdy ich stosowanie do poszczególnych przypadków byłoby bezsporne, i nawet dla tych osób, które osiągnęły pełne mistrzostwo w operowaniu nimi wewnątrz swych profesjonalnych dziedzin. Metody filozofii lingwistycznej, neutralne wobec zasad moralnych i politycznych i niezależne od rozmaitych punktów widzenia, które mogłyby wysuwać na plan pierwszy ten lub inny rys zjawisk prawnych, mają znaczenie ogólne. Dlatego metody te nie są właściwe do rozstrzygania lub objaśniania tych sporów, które pojawiają się – jak to jest w wielu głównych problemach teorii prawa – w związku z różnicami pomiędzy częściowo pokrywającymi się pojęciami, odzwierciedlającymi odmienną podstawowego punktu widzenia albo wartości czy teorii stanowiących ogólne tło, albo też wypływają z konfliktu lub niezupełności przepisów prawnych. Takie przypadki wymagają, po pierwsze, identyfikacji ukrytych punktów widzenia, które prowadzą do wyboru i tworzenia odmiennych pojęć, a po drugie, rozsądnych argumentów skierowanych na ustalenie pożytków z niezgodnych teorii, odmiennych pojęć i zasad, argumentów ewentualnie zmierzających do pokazania, jak można by dojść do zgody przez stosowne ograniczenie ich zakresu.

III

Esej drugi, wygłoszony w ramach wykładów im. Holmesa w Uniwersytecie Harvarda, zawiera w zarodku wiele argumentów użytych przeze mnie w obronie pozytywizmu prawniczego w książce *Pojęcie prawa*, opublikowanej pięć lat później². To sprowokowało powstanie sporej literatury, w znacznej mierze krytycznej, w związku z dwoma głównymi motywami tego eseju: po pierwsze, z moim zaprzeczeniem tezy, że zachodzi jakikolwiek istotny związek konieczny między prawem a moralnością, oraz – po drugie – z moim stanowczym poglądem, iż w każdym nowoczesnym systemie prawnym musi pojawić się wiele okazji, w których ustanowione prawo zawodzi w dyktowaniu decyzji na tak lub nie, wobec czego,

² Wyd. polskie (tłum. J. Woleński), Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998 [przyp. tłum.].

jeśli sądy muszą rozstrzygać takie przypadki, muszą też wykonywać ograniczoną „wewnętrzną” kompetencję prawodawczą lub stosować „uznanie”.

Mam nadzieję, że nie zaślepią mnie przyrodzony upór czy też mój wiek, gdy jeszcze podtrzymuję te tak bardzo krytykowane poglądy. Wszelako na pewno dostrzegam, że moje podejście w tym eseju do obu wymienionych kwestii jest w pewnych punktach zbyt proste, a w innych niejasne. I tak w związku z drugim problemem może się wydawać, na podstawie tego, co napisałem w eseju drugim, iż uważałem, jakoby sędziowie odrzucają zwyczajne źródła, gdy uznają obowiązujące prawo za niezdatne do rozstrzygnięcia, i zaczynają ustanawiać reguły *de novo* dla danego przypadku, bez dalszego oglądania się na przepisy prawne. W rzeczywistości mój pogląd nigdy taki nie był, a w różnych miejscach w esejach trzecim i czwartym pokazuję jedną z właściwości odróżniających stanowienie prawa przez sądy od stanowienia prawa przez organy prawodawcze; jest nią przywiązywanie wagi przez sądy w bardzo charakterystyczny sposób – gdy rozstrzygają przypadki nie uregulowane przez istniejące prawo – do postępowania drogą analogii tak, by zapewnić, że prawo przez nie tworzone jest zgodne z zasadami czy podstawowymi racjami, które już wcześniej zostały zawarte w systemie prawnym. Bardzo często przy rozstrzyganiu takich przypadków sądy powołują się na jakieś ogólne zasady bądź ogólne cele, dzięki którym rozległe części obowiązującego prawa mogą być traktowane jako ich egzemplifikacje lub rozwinięcia, a także wskazują określoną odpowiedź w danej sprawie. Jednak uznanie tego nie jest uznaniem poprawności ogólnej holistycznej teorii prawa jako pozbawionego luk systemu upoważnień, takiej teorii, jak rozwinięta przez Dworkina. Argumentuję w eseju czwartym, że jest to „szlachetny sen”, równie daleki od rzeczywistości jak „nocna mara”, tj. przekonanie, że sędziowie nigdy nie opierają się na przepisach, ale zawsze tworzą prawo, które stosują w poszczególnych przypadkach. Chociaż poszukiwanie i stosowanie zasad leżących u podstaw prawa odracza moment tworzenia prawa przez sądy, to nie może tego tworzenia wyeliminować całkowicie, ponieważ w każdym trudnym przypadku rozmaite reguły uzasadniające rywalizujące analogie mogą pojawić się same przez się i sędzia będzie musiał dokonać wyboru pomiędzy nimi, polegając jedynie na właściwym prawodawcy – w swoim mniemaniu – i na tym, co jest – jego zdaniem – najlepsze, a nie na jakimś wcześniej ustalonym porządku priorytetów pomiędzy zasadami zadanymi przez prawo. Jedynie wówczas, gdy dla wszystkich trudnych przypadków coś takiego zawsze dałoby się znaleźć, jak to implikuje teoria Dworkina, ukryty w obowiązującym prawie jeden jedyny zbiór zasad wyższego rzędu, przywiązujący względne znaczenia czy priorytety do niższych przepisów, tworzenie prawa przez sądy byłoby nie tylko odroczone, ale wręcz wyeliminowane.

Poważniejszy niedostatek mojego rozumowania w tej kwestii dotyczy jednak sprawy rzeczowej, a nie jedynie sposobu przedstawienia. Esej trzeci traktuje nieokreśloność przepisów prawa tak, jak gdyby to był zawsze problem językowy, to jest pojawiający się jedynie jako rezultat nieokreśloności słów składających się na sformułowanie danego przepisu. W samej rzeczy, jak to dostrzegłem później i powiedziałem w eseju czwartym, kwestia, czy *przepis* stosuje się czy też nie do danej sytuacji faktycznej, nie jest tym samym co pytanie, czy w związku z ustalonymi konwencjami językowymi jest to określone lub nie przez językowe elementy przepisu. System prawa ma często inne środki niż tylko słowa użyte w sformułowaniu przepisów, słowa, które służą do określenia treści czy znaczenia przepisów w związku z konkretnym przypadkiem. I tak, jak wskazuję w eseju trzecim, oczywisty lub uzgodniony cel przepisu może służyć do bliższego określenia przepisu, którego zastosowanie konwencje językowe pozostawiły otwarte, a także – do pokazania, że słowa w kontekście danego przepisu prawnego mają znaczenie odmienne od tego, jakie posiadają w innych kontekstach. Moje niepowodzenie w wyjaśnieniu tego prowadzi, jak Fuller wykazał w replice na esej drugi, do błędnej teorii wykładni ustaw, którą nieco skorygowałem w późniejszych omówieniach zawartych w eseju trzecim i dotyczących tego, co sprawia, że przypadki bezsporne są właśnie takie. Moje argumenty w tym punkcie na pewno powinny być rozwinięte i poprawione. A przecież poprawienie ich w niczym nie uzasadnia poglądu, że prawo jest systemem bez luk, zawsze pełnym i zawierającym w sobie odpowiedź na każde pytanie prawne, nawet w przypadku najtrudniejszych spraw, w taki sposób, że sędziowie nigdy nie muszą uciekać się do swej kompetencji prawodawczej w wybieraniu alternatyw pozostawionych przez obowiązujące prawo.

IV

Jednakże moim głównym celem w eseju trzecim była obrona, podobnie jak to czynili Bentham i Austin, poglądu, który uważam za rozsądny: trzeba odróżniać to, jakie prawo jest, od tego, jakim powinno być z moralnego punktu widzenia. Jest to niezgodne z koncepcją występującą w rozmaitych formach i głoszącą, że pojęciowy związek pomiędzy prawem a moralnością jest konieczny, a nie jedynie przypadkowy. Mimo że ogólna teoria prawa Benthama i Austina nie jest zadowalająca pod innymi względami, zaznaczonymi w tym eseju, próby zakwestionowania rzeczowej dystynkcji polegają na pomieszaniu, jakie próbuję wykazać, w szczególności na błędnym utożsamieniu „celu” lub funkcji spełnianej przez prawo z celami i wartościami moralnymi. Jednakże, na pewno nie udało mi się adekwatnie przedyskutować rozmaitych postaci poglądu, że istnieje

pojęciowy związek między prawem a moralnością, zgodny z dystynkcją pomiędzy tym, jakie prawo jest i jakie powinno być. Wśród owych postaci znajdujemy teorie, takie jak rozwinięta przez Fullera (krytykuję ją w eseju szesnastym), postulujące, że standardy moralnej oceny prawa są *implicite* zawarte już w pojęciu prawa („wewnętrzna moralność prawa”), nawet wtedy, gdy przepisy prawne często takich standardów nie spełniają. Trzeba nadto rozważyć teorie stwierdzające, że jeśli prawo schodzi poniżej tego, co jest moralnie wymagane, to i tak nie ma moralnego obowiązku jego przestrzegania, mimo iż zawsze istnieje jakaś moralna racja przestrzegania prawa, nawet jeśli to może być nadmiernie obciążone moralnym złem poszczególnych przepisów. Trzeba również zbadać teorię mówiącą, że prawo zawsze *postuluje* jakiś autorytet moralny, a stąd, gdy sądy utrzymują, iż jednostki są prawnie zobowiązane do działań sprzecznych ze swymi interesami, takie postanowienia z konieczności tworzą jakiś pogląd moralny, nawet jeśli jest on mylny lub nieuczciwy. (Teorie tego rodzaju, ściśle rzecz biorąc, nie stwierdzają pojęciowego związku pomiędzy prawem a moralnością, lecz raczej pomiędzy prawem a pewnymi obiegowymi poglądami moralnymi).

Ponieważ niektóre ważne odmiany takich koncepcji stanowią część nowych całościowych teorii prawa, rozwiniętych już po napisaniu eseju drugiego, na pewno zasługują one na dokładniejsze omówienie, ale w tym miejscu mogę jedynie krótko zaznaczyć moje obiekcje wobec nich. Tak więc Dworkin argumentuje za jakąś większą adekwatnością pojęcia prawa zawierającego, poza wyraźnie ustanowionymi przepisami, także zbiór domniemyanych zasad, uporządkowanych hierarchicznie („najbardziej rozsądna teoria prawa”), zasad, które zarówno objaśniają ustanowione przepisy, jak i ujawniają ich najlepsze moralne uzasadnienie, a także prowadzą do jednoznacznej odpowiedzi, wówczas gdy ustanowione prawo zawodzi w tym względzie. W dodatku do innych trudności (niektóre są zaznaczone w esejach czwartym i piątym) tej teorii, chociaż ona sama przedstawia się jako różna od „ortodoksyjnej teorii prawa naturalnego”, uważam, iż popada w nierozwiązalne kłopoty w dążeniu do wyjaśnienia, jak jest możliwy – co Dworkin sam dopuszcza – niegodziwy system prawa, w którym to, co prawnie słuszne, zasadniczo odbiega od tego, co jest dobre moralnie. W takim przypadku sędzia miałby moralny obowiązek raczej dopuścić się kłamstwa niż powiedzieć, jakie rzeczywiście prawo jest.

Z drugiej strony, Raz, którego teoria jest w ogólności nader pozytywistyczna (ponieważ wymaga, aby prawo w każdym systemie było rozpoznawane bez jakiegokolwiek odniesienia do kryteriów czy argumentów moralnych, i odrzuca ogólny moralny obowiązek przestrzegania prawa), wyciąga jednak gałązkę oliwną do tych, którzy utrzymują, że zachodzi jakiś istotny związek pojęciowy pomiędzy prawem a moralnością. Raz odrzuca to, co określa jako pozytywistyczną teorię semantyczną utrzymującą,

że stwierdzenia uprawnień, obowiązków i powinności mają odmienne znaczenia w kontekstach prawnych i moralnych. Odrzucenie to jednakże nie powoduje tego, iż stwierdzenia uprawnień i obowiązków etc. zawsze stanowią moralne uzasadnienie czy umocowanie prawa, do którego jego twórca jest obowiązany. Takie stwierdzenia, wedle Raza, mogą być „odrywane”, to jest formułowane jak gdyby z punktu widzenia tych, którzy utrzymują, że istnieje moralny obowiązek wypełniania prawa, aczkolwiek faktycznie pochodzą od osób nie podzielających danego punktu widzenia. Takie oderwane stwierdzenia wyjaśniają normatywny język używany nie tylko przez prawników do opisu treści prawa, bez zobowiązywania ich autorów w jakikolwiek sposób do jego moralnego aprobowania. Wedle tego poglądu, główny związek pojęciowy prawa z moralnością redukuje się do faktu, że tam, gdzie prawo obowiązuje, tam też uznaje się sędziów za moralny autorytet z punktu widzenia prawa. Oni to właśnie artykułują stwierdzenia na temat uprawnień i obowiązków, przeto wierzą lub przynajmniej udają, że wierzą w moralną powinność przestrzegania prawa. Ponieważ jednak wedle tej teorii nie ma ogólnej reguły wyrażającej taką powinność, może to być uważane za minimalną postać pojęciowego związku pomiędzy prawem a moralnością. Nie wystarcza to na pewno, aby zanegować dystynkcję pomiędzy prawem, jakie jest, a jakim być powinno. Mimo że jest to pogląd minimalistyczny, wydaje mi się grzeszyć brakiem realizmu zakładanie, że sędziowie w swych orzeczeniach o uprawnieniach i obowiązkach zawsze *muszą* wierzyć, lub udawać, że wierzą, w fałszywą teorię o powszechnym moralnym obowiązku przestrzegania prawa. Sądzę, że lepiej jest przyjąć, iż orzeczenia takie ustalają, czego można dorzecznie *wymagać* od adresatów prawa, w szczególności, jakie czyny są zgodne z prawem uznawanym przez sędziów na podstawie określenia poprawnych standardów wyrokowania i egzekwowania prawa.

Elastyczna interpretacja prawa naturalnego, dokonana przez Finnisa, raczej uzupełnia w wielu punktach teorię pozytywistyczną, niż stanowi dla niej alternatywę. Skupia się ona głównie na opracowaniu koncepcji prawa naturalnego jako składającego się z pewnych zasad „rozumu praktycznego” porządkujących życie jednostek i społeczeństw, zasad nastawionych na realizację pewnych oczywistych wartości i postaci dobra, a następnie pokazujących, że do osiągnięcia tego potrzebny jest autorytet prawa i szacunek dla niego. Niepowodzenie po stronie prawa tworzonego przez ludzi w kwestii jego zgodności z takimi zasadami rozumu praktycznego, chociaż psuje prawo w znacznej mierze, nie pozbawia go jednak, jak to jest wedle niektórych koncepcji prawa naturalnego (uważanych przez Finnisa za niewłaściwe), statusu prawa obowiązującego, aczkolwiek można je traktować, w myśl rozważanego poglądu, jako „mniej obowiązujące”. Niemniej jednak, koncepcja ta uznaje odmienność tego, jakie prawo jest, od tego, jakie być powinno. Upatruje ona głównej więzi pomiędzy

prawem a moralnością w tym, że pojęcie systemu prawa skierowanego na obiektywne dobro powszechne i w pełni zgodnego z wymaganiami rozumu praktycznego nie tylko dostarcza podstawowych form krytyki rzeczywistych systemów prawa, ale również tworzy najbardziej właściwą perspektywę dla zrozumienia ich działania w świecie, form rozumowań prawniczych oraz normatywnego opisu prawa w kategoriach obowiązków, powinności i uprawnień. Finnis określa tę koncepcję jako mającą „kluczowe” znaczenie i determinującą główny rdzeń prawa. Wszelako prawo pozytywne posiada względną autonomię czy też, raczej, jest w pewnym sensie niezależne od ideału, tak że prawnicy ze względu na wewnętrzne cele systemu prawa mówią, i to we właściwy sposób, o obowiązkach prawnych, jak gdyby były one wyprane z wartości moralnych, tam gdzie płynie „strumień” rozumu praktycznego.

Główna i wielka zaleta tego podejścia do prawa naturalnego polega na tym, że pokazuje ono potrzebę badania prawa w kontekście innych dyscyplin i uświadamia sposób, w jaki nie wypowiedziane założenia, zdrowy rozsądek i moralne cele wpływają na prawo i orzecznictwo. Jednakże te wartościowe spostrzeżenia mogą być również dokonane inaczej. Mój główny zarzut wobec ich przedstawienia (obok niezgody na podstawy filozoficzne dotyczące się oczywistego charakteru wartości obiektywnych) jako odnowionej teorii prawa naturalnego polega na tym, że koncepcja ta, podkreślając idealną postać prawa spełniającą wymagania rozumu praktycznego jako „główny rdzeń” lub „kluczowe znaczenie” prawa oraz traktując prawo złe moralnie jako „mniej prawne”, ożywia stare pomieszczenie prawa ze standardami właściwymi do jego krytyki. Aby obronić klasyczne teorie prawa naturalnego od niedostatków, za które Finnis obwinia pozytywistów (także i mnie), trzeba dokładnie wyjaśnić, jak to jest, iż sławne sformułowania, np. Tomasza z Akwinu, że „prawo jest po prostu zaleceniem rozumu dla dobra powszechnego”³, zgadza się z inną wypowiedzią tegoż filozofa, mianowicie, iż „prawa stanowione przez ludzi są sprawiedliwe lub nie”⁴. Jest tak dlatego, że wyraz „prawa” w drugim z tych sformułowań odnosi się do prawa pozytywnego, a w pierwszym – do prawa spełniającego wymagania rozumu praktycznego i przez to moralnie wiążącego. Obawiam się, że utożsamienie „głównego rdzenia” prawa z prawem w jego postaci idealnej prowadzi do powrotu mętnych zawłości. Gdy pozytywista, w przeciwieństwie do rozważanej sugestii, pozostaje przy objaśnieniu pojęcia prawa bez odniesienia do wartości moralnych, które system prawa może promować, dostarcza, moim zdaniem, lepszej gwarancji dla jasnej myśli. Niezależnie od tego, utożsamienie

³ *Summa Theologiae* 1–11, Q. 90, art. 4. *Definitio legis nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata.*

⁴ *Ibidem*, Q. 96, art. 5. *Leges positae humanitus sunt vel justae vel injustae.*

zasadniczego rozumienia prawa z tym, co jest moralnie dobre, ponieważ jest nakierowane ku dobru wspólnemu, wydaje mi się – uwzględniając nadużycia prawa jako środka przymusu – czymś niesłusznym, podobnie jak marksistowska identyfikacja głównego aspektu prawa z realizowaniem interesu klas panujących ekonomicznie.

V

W eseju szóstym zwracam uwagę na pewne kwestie wysunięte przez współczesną teorię prawa w Skandynawii, zapoczątkowaną przez Axela Hägerströma. Znajdujemy tutaj pouczające, a nawet uderzające przykłady tego samego błędu popełnianego przez filozofów, skądinąd o dużych kompetencjach, dotyczącego oceny rozmaitych form dyskursu w dziedzinie teorii prawa, napiętnowanych przez logicznych pozytywistów jako bezsensowne stwierdzenia metafizyczne lub sądy moralne. Sam Hägerström dostrzegał jaśniej niż jego poprzednicy, że pewne użycia języka w obrębie prawa są dewiacyjne w porównaniu z tym, co jest potocznie uznawane za jego normalną funkcję. W szczególności dostrzegał on, że formy słowne stosowane zarówno w prawie dawnym, jak i w obecnym do realizacji takich czynności prawnych, jak przeniesienie własności, oferta, oświadczenie woli czy umowa, nie są, na przekór ich oznajmującej formie gramatycznej, wyłącznie stwierdzeniami zamiaru czy woli stron. Hägerström wskazywał, że zwyczajowa prawnicza kwalifikacja takich form słownych jako „deklaracji zamiarów” nie wyjaśnia ich dynamicznej roli w *zmienianiu* prawnej sytuacji stron⁵. Wszelako jego własne wyjaśnienie rozważanego zjawiska w kategoriach „mistycznych więzów” i „magicznych” zdolności języka do stwarzania nadnaturalnego świata uprawnień i powinności uchyla po prostu poważną analizę bardzo ważnego aspektu języka, nie tylko prawnego. Zaprowadziło to następców Hägerströma w ślepią uliczkę.

I tak Alf Ross, najbardziej ścisły i najlepiej przygotowany przedstawiciel tej szkoły, zaproponował wąsko empirystyczną koncepcję racjonalnego i sensownego dyskursu, na mocy której pojęcia normatywne i sposoby opisu tradycyjnie stosowane przez prawników są ucieleśnieniem „przesądów”, „fikcji”, „bezsensownej metafizyki” czy też „wyprowadzaniem prawa poza świat faktów”. Ross uważa, iż jedynym sposobem opisu prawa mającym legitymację we współczesnym racjonalnym prawoznawstwie jest ten, który podziela strukturę i logikę zdań nauk empirycznych. W rezultacie prowadzi to do rozumienia zdań o prawie, np. o jego obowiązywaniu, o obowiązkach i uprawnieniach, jako w istocie przewidywań prawnych zachowań się, uzupełnionych przez odczucia adresatów dyrektyw prawnych.

⁵ *An Inquiry into the Nature of Law and Morals*, Uppsala 1953, s. 5 i n. i rozdz. 5.

Mój główny zarzut wobec tej redukcji zdań o prawie, likwidującej ich normatywny charakter, polega na wskazaniu, że zawodzi ona wówczas, gdy chcemy zaznaczyć i wyjaśnić zasadniczą różnicę zachodzącą pomiędzy ludzkim zachowaniem się, które jest jedynie powtarzalne, a takim, które kieruje się regułami. W ten sposób teoria Rossa wyrzuca za burtę coś bardzo ważnego dla rozumienia nie tylko prawa, ale także wszelkiej normatywnej struktury społecznej. Metodologia nauk empirycznych jest w tym względzie bezużyteczna. Trzeba zastosować metodę „hermeneutyczną”, umożliwiającą obrazowanie zachowania kierującego się regułami, tak jak przedstawia się ono jego uczestnikom, gdy spostrzegają pewne sposoby postępowania jako zgodne lub naruszające powszechnie uznawane standardy. Wyjaśniając ową dystynkcję, zasadniczą, jak sądzę, korzystam z pojęcia „akceptacji” preferowanego wzoru postępowania jako wskazówki i kryterium zachowania się, a więc z tego, co nazywam „wewnętrznym punktem widzenia”. Te idee są rozwinięte w *Pojęciu* prawa, aczkolwiek w sposób, który do końca mnie nie satysfakcjonuje. Krytycy, aczkolwiek wysunęli zarzuty wobec różnych szczegółów mojej koncepcji, jednak w ogólności powitali z zadowoleniem włączenie tych idei do teorii prawa jako prowadzących do właściwego podejścia hermeneutycznego.

Wyjaśniając w eseju szóstym istotne różnice pomiędzy „poczuciem bycia zobowiązanym”, co Ross włącza w swoją analizę, a wewnętrznym punktem widzenia tych, którzy akceptują regułę, dopuściłem się jednak pewnej nieścisłości. Zarysowałem dystynkcję pomiędzy stwierdzeniami wewnętrznymi, które manifestują akceptację reguły, a stwierdzeniami zewnętrznymi ustalającymi lub przewidującymi prawidłowości zachowania się, niezależnie od tego, czy kieruje się ono regułami, czy też nie. Niestety, błędnie napisałem, że słowa należące do słownika normatywnego, np. „powinien”, „musi”, „obowiązek” czy „powinność”, są używane właściwie jedynie w stwierdzeniach wewnętrznych. Jest to pomyłka, gdyż wyrazy takie są najzupełniej poprawnie stosowane w innych typach stwierdzeń, w szczególności w wypowiedziach prawników o obowiązkach i powinnościach, gdy treść prawa jest opisywana, niezależnie od tego, czy ma to miejsce w przypadku własnego czy też obcego systemu, a także bez względu na to, czy sami autorzy takich stwierdzeń akceptują je jako standardy zachowania się. Prawnicy, czyniąc tak, wyrażają treść prawa w sposób normatywny z punktu widzenia tych, którzy uznają dany system, ale bez konieczności podzielenia stanowiska tych, których postawę opisują. Stosując odróżnienie zaproponowane przez Raza, wspomniane przeze mnie wcześniej, można powiedzieć, że dotykamy tutaj różnicy pomiędzy stwierdzeniami obowiązków prawnych czy powinności „odrywanych” a takimi stwierdzeniami, które wyrażają postawę akceptacji przez „zaangażowanie się” po stronie reguł. Oczywiście, ci, którzy wypowiadają takie „odrywające” stwierdzenia, muszą rozumieć punkt widzenia tych,

k którzy uznają dane reguły. Jest to powód do nazwania ich punktu widzenia „hermeneutycznym”. Takie odrywające stwierdzenia należą do trzeciego rodzaju stwierdzeń, oprócz dwóch poprzednich zdań wewnętrznych i zewnętrznych. Aby to wszystko wyjaśnić, powinienem podkreślić, że obok odróżnienia zachowań jedynie powtarzalnych od takich, które kierują się regułami, konieczne jest też rozróżnienie akceptacji reguł od uznania tego faktu przez innych.

Rozróżnienie stwierdzeń normatywnych angażujących od odrywających, a także objaśnienie hermeneutycznego punktu widzenia rzuca pewne światło na to, co dla wielu stanowi niejasność w charakterystyce zdań prawnych podanej przez Kelsena. Rzeczę tę podnieśli teoretycy prawa w związku z traktowaniem przepisów prawnych jako „reguł w sensie deskryptywnym”. W eseju czternastym omawiam pogląd Kelsena na „zдания powinnościowe”, w którym teoretyk prawa przedstawia normy jako „posiadające wyłącznie treść opisową”, ale chociaż znalazłem pomoc w rozróżnieniu stwierdzeń angażujących od odrywających, nie mogłem jasno dostrzec, że było to właśnie owo odróżnienie wprowadzone przez Kelsena.

W eseju siódmym konfrontuję całkiem odmienny przypadek, w którym Ross twierdzi, że odkrył w myśleniu prawniczym wiarę w „magiczność”. Ross widzi ją w uznawaniu przez prawników „samoodnoszących się” regulacji wprowadzanych przez niektóre przepisy prawa konstytucyjnego w kwestiach dotyczących ich uchylania lub zmieniania jako prawnie obowiązujących i skutecznych. Angielscy konstytucjonaliści dobrze znają takie przypadki stosowane do „ochrony” podstawowych norm konstytucyjnych przed zmianą na podstawie zwyczajnych środków. Ross, który najwidoczniej wierzy, iż żadne zdanie (w tym także zdanie prawne) nie może logicznie czy też sensownie odnosić się do siebie, twierdzi, że jeśli np. artykuł 5. konstytucji Stanów Zjednoczonych, dotyczący poprawek konstytucyjnych, byłby traktowany przez prawników jako stosowny do siebie i zdalny do poprawki na podstawie procedury, którą sam ustanawia, to stanowisko takie miałoby charakter „społecznego faktu psychicznego”, a przekonanie o jego obowiązywaniu prawnym trzeba po prostu traktować jako „wyraz idei, które nie mogą być wypowiedziane w kategoriach racjonalnych, lecz tylko w sposób magiczny”.

Przeciwstawiając się temu osobliwemu pogładowi, wprowadziłem rozróżnienie przepisów *czysto* samoodnoszących się, rzeczywiście pustych z powodu braku jakiegokolwiek innego odniesienia, od przepisów częściowo samoodnoszących się, takich jak regulacje konstytucyjne, odsyłające zarówno do samych siebie, jak i do innych przepisów. Dalej usiłowałem pokazać, w jaki sposób te drugie nie prowadzą do błędnego cofania się w nieskończoność, czy też do innej trudności logicznej, lecz do nieskończonego ciągu możliwych zastosowań. Ponieważ moja kompetencja logiczna jest nader ograniczona, ucieszyłem się, widząc, że powyższa dystynkcja

została przyjęta i sformalizowana przez Johna Mackiego w jego wyjaśniającym opracowaniu paradoksów logicznych⁶. Chociaż myślę, że moje argumenty skutecznie rozpraszają sceptycyzm Rossa (a także argument Kelse-
na, iż teza Austina o obecności sankcji w każdym przepisie prawa prowadzi do błędnego cofania się w nieskończoność), inny argument Rossa, aczkolwiek niepoprawny, pomaga – jak widzę to teraz – wykazać, że pozostaje coś do wyjaśnienia w przypadku uznanym przez Rossa za problematyczny. Ross argumentuje, iż tam, gdzie prawo autoryzuje tworzenie innego prawa, nieprzerwane obowiązywanie przepisów tak ustanowionych musi logicznie zależeć od trwałego istnienia źródła prawa autoryzującego tworzenie owych przepisów. To jest błąd, aczkolwiek na pewno w niektórych porządkach prawnych (np. w angielskim *common law* do pewnego czasu) uchylenie regulacji upoważniającej do stanowienia prawa było traktowane jako derogacja wszystkich przepisów wydanych na jej podstawie. Nie jest to jednak sprawa konieczności logicznej, a przeciwna zasada jest szeroko akceptowana. Niemniej jednak to, co jest prawdą (i mogło zostać pomieszczone przez Rossa z jego błędnym poglądem), polega na czymś następującym: gdy sądy stwierdzają trwałe obowiązywanie przepisów podrzędnych po uchyleniu ich źródła prawnego, bez jakiegokolwiek odwoływania się do konkretnych przepisów usprawiedliwiających takie stanowisko, muszą milcząco uznać ogólną zasadę, że przepisy wydane w sposób prawnie właściwy w momencie ich stworzenia pozostają w mocy do czasu ich wygaśnięcia albo w momencie przewidzianym przez nie same, lub też zgodnie z obowiązującym prawem w chwili ich uchylenia. Tak więc, trwałość obowiązywania przepisów podrzędnych w związku z uchylaniem prawa, na podstawie którego zostały wydane, zależy właśnie od tej zasady, a nie, jak twierdzi Ross, od trwałości danego źródła prawa. Głównie dzięki omówieniu tej kwestii przez Finnisa⁷ dostrzegam obecnie, że powinienem odwołać się do tej zasady w odpowiedzi (w eseju szesnastym) na zarzut Fullera, że moja teoria prawa nie wyjaśnia przetrwania sporej części prawa wydanego przed rewolucją, a obowiązującego nadal po jej upadku.

VI

W esejach ósmym do jedenastego rozważam różne postacie indywidualizmu liberalnego wysuwane w teoriach podstawowych praw i wolności człowieka, w stwierdzeniach pierwszeństwa wolności wobec innych wartości, a także w związku z oporem wobec postulatów wymuszania przez prawo powszechnej moralności społecznej, aby ochronić społeczeństwo przed „dezintegracją”.

⁶ W książce *Truth, Probability, and Paradox*, Oksford 1973, rozdz. VI, s. 285 i n.

⁷ Por. *Revolution and Continuity of Law*, w: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oksford 1973, s. 61–65.