

Herbert L.A. Hart  
Uniwersytet Oksfordzki

## Nowe wyzwanie dla pozytywizmu prawniczego\*

I

W ostatnim dziesięcioleciu w świecie anglojęzycznym pojawiła się poważna reakcja przeciwko dwóm doktrynom, które na długi czas zdominowały angielską filozofię prawa i filozofię polityczną – utylityzmowi i pozytywizmowi prawniczemu. Utylityzm w oryginalnej postaci, nadanej mu przez Jeremiego Benthama, a później uszczegółowionej i zmodyfikowanej przez Johna Stuarta Milla oraz Henry’ego Sidgwicka, był przez prawie cały XIX wiek inspiracją dla wielkich reform prawnych i społecznych oraz głównym zapleczem teoretycznym postępowej myśli społecznej. Pomimo że do naszych czasów przetrwał w nowych i wyrafinowanych formach, to obecnie bywa intensywnie podważany przez doktryny podstawowych praw człowieka, które są bardzo podobne (mimo licznych różnic) do osiemnastowiecznych doktryn praw człowieka, przeciwko którym Bentham kierował swą najbardziej zjadliwą i uszczypliwą krytykę.

Podobnie pozytywizm w teorii prawa, bardziej znany w postaci nadanej mu przez ucznia Benthama, Johna Austina, niż w oryginalnej i bardziej złożonej, pochodzącej od samego Benthama, zdominował na długi czas spekulatywną myśl angielską odnoszącą się do ogólnej natury prawa. Teraz jest jednak głównym przedmiotem krytyki, a doktryny, które na pierwszy rzut oka co najmniej zdają się zbliżać do klasycznych teorii prawa natury, przedstawia się dzisiaj jako uzdrawiające korektury pozytywistycznych błędów.

Najważniejszy, najbardziej interesujący i filozoficznie doniosły atak na utylityzm i pozytywizm prawniczy został przeprowadzony przez współczesnych autorów amerykańskich, których prace są dzisiaj bardzo wpływowe w Anglii i coraz intensywniej przecierają sobie szlak na kontynencie europejskim. W innym miejscu rozważyłem niektóre aspekty tej nowej amerykańskiej krytyki utylityzmu i nowej filozofii praw człowieka, która jej towarzyszy<sup>1</sup>, z kolei w tym wykładzie skupię się wyłącznie

\* Tekst wykładu pt. *El nuevo desafío al positivismo jurídico* wygłoszonego przez H.L.A. Harta na Uniwersytecie Autonomicznym w Madrycie 29.10.1979 r., opublikowanego w „Sistema. Revista de Ciencias Sociales” 1980/36, s. 3–18. Publikacja tłumaczenia polskiego za zgodą fundacji SISTEMA. Tłumaczenie z języka hiszpańskiego w ramach projektu sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/HSS/01023. Dopiski tłumacza w tekście i przypisach umieszczono w nawiasach kwadratowych.

<sup>1</sup> Zob. H.L.A. Hart, *Entre el principio de utilidad y los derechos humanos*, „Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid” 1980/58 [oryginalna wersja angielska: *Between Utility and Human Rights*, „Columbia Law Review” 1979/79, s. 826–846; wersja polska: *Pomiędzy użytecznością a uprawnieniami*, w: H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 198–223].

na krytyce pozytywizmu prawniczego sformułowanej przez obecnie najważniejszego amerykańskiego filozofa prawa, Ronalda Dworkina, mojego następcę jako profesora jurysprudencji w Oksfordzie. Podstawowa praca Dworkina, w której przypuszcza on atak na pozytywizm prawniczy, to zbiór esejów zatytułowany *Biorąc prawa poważnie*<sup>2</sup>. W tej błyskotliwej i prowokacyjnej pracy moja książka *Pojęcie prawa*<sup>3</sup> jest uznawana za reprezentatywną nowoczesną wersję pozytywizmu prawniczego. Ten wykład zatem będzie, jakkolwiek tylko częściowo, polegał na zbadaniu krytyki Dworkina względem mojej pracy.

Pierwsze pytanie brzmi: Co rozumiemy przez pozytywizm prawniczy lub pozytywizm w filozofii prawa? Stawiam to pytanie w takiej formie, zamiast po prostu zwyczajnie zapytać, co to jest pozytywizm prawniczy, ponieważ używany przez filozofów prawa termin „pozytywizm” nie ma ustalonego i jednoznacznego znaczenia, a nie znam żadnego filozofa, posiadającego dorobek, który miałby wszystkie rozmaite cechy charakterystyczne w tym czy innym okresie nazywane „pozytywistycznymi”. Nie będę się więc starał podać żadnej ogólnej definicji „pozytywizmu” lub ustalić jego istoty. Zamiast tego wybiorę trzy tezy o naturze prawa. Nie tylko są one obecne w pracach wszystkich filozofów prawa, wliczając Benthama, Austina i mnie samego, których to dzieła są uznawane za część anglosaskiej tradycji pozytywizmu, lecz także są elementami prac, którym zarówno ich autorzy, jak i antypozytywistyczni krytycy, przypisują pierwszorzędne znaczenie. W rzeczy samej mój aktualny krytyk Dworkin, który mieni się antypozytywistą, odnajduje te trzy tezy w mojej pracy i utrzymuje, że należą one do kardynalnych błędów teorii pozytywistycznej. Unikając tym samym dyskusji o prawidłowej analizie lub o prawdziwej definicji „pozytywizmu”, absolutnie nie zamierzam twierdzić, że pozostałe tezy dotyczące natury prawa, które są od czasu do czasu przedstawiane jako „pozytywistyczne”, nie zasługują na dyskusję; niemniej jednak są one równocześnie logicznie niezależne od tych trzech tez, które uważam za centralne, i nie wywołały w ostatnich latach kontrowersji porównywalnej pod względem zainteresowania lub doniosłości.

Moje trzy pozytywistyczne tezy są następujące. Pierwszą nazywam tezę o POJĘCIOWEJ SEPARACJI PRAWA I MORALNOŚCI. Będę argumentował, że pomimo istnienia licznych związków między prawem a moralnością, polegających na częstym występowaniu faktycznej zbieżności [*coincidence*] lub krzyżowaniu się [*intersection*] prawa danego systemu i wymogów moralności, są one przygodne i ani logicznie, ani pojęciowo konieczne.

Pierwotni pozytywiści, Bentham i Austin, formułowali tezę o pojęciowej separacji prawa i moralności, twardo obstając przy rozróżnieniu prawa, jakie jest, i prawa, jakie być powinno. Istotnie, Bentham uważał, że w strasznej historii ludzkich społeczeństw obie kategorie różniły się między sobą zbyt często i moralnie niegodziwe regulacje prawne były często tworzone, przestrzegane lub narzucane; mimo to takie niegodziwości były prawem. Dlatego też Naukowiec nazwany przez Benthama „odkrywca” [*Expositor*], zajmujący się opisem systemu prawa, faktycznie musiał ująć w nim obok praw dobrych również prawa, które były moralnie złe, i nie pomylić zadania odkrywcy, polegającego na opisie prawa, z zadaniami preskryptywnymi, charakterystycznymi dla krytyka moralności lub – jak nazywał go Bentham – „cenzora” [*Censor*]. Uczeń Benthama, Austin,

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977; wszystkie odwołania dotyczą drugiego wydania z 1978 r. [wersja polska: *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998].

<sup>3</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961 [wersja polska: *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998].

wyraził to samo w swej słynnej konstatacji: „Jedną sprawą jest istnienie prawa; inną – jego wartość albo bezwartościowość”.

Zywienie przekonania, że teza o pojęciowej separacji prawa i moralności jest fałszywa i że istnieje jakaś forma związku koniecznego, nie wyłącznie przygodnego, między obowiązywaniem prawa a żądaniami moralności, jest z pewnością głównym atrybutem klasycznych teorii prawa natury. Jednakowoż, gdy nowoczesny antypozytywista upiera się przy takim koniecznym związku pojęciowym, odróżnia swoją teorię od tego, co nazywa „ortodoksyjnymi teoriami prawa natury”<sup>4</sup>, i nie utrzymuje, że to, co prawnie poprawne, zawsze jest poprawne moralnie<sup>5</sup>. Przeciwnie, proponuje teorię, którą za chwilę przedstawię i skrytykuję, jako trzecią alternatywę lub drogę pośrednią pomiędzy prawem natury a pozytywizmem.

Drugą tezę pozytywistyczną nazywam tezą o społecznych źródłach prawa. Według niej, by istniało prawo, musi występować pewna forma praktyki społecznej, obejmująca sędziów oraz zwykłych obywateli, która determinuje ostateczne źródła prawa lub ostateczne kryteria albo testy obowiązywania prawa w dowolnym systemie prawnym. Dla pierwotnych pozytywistów relewantną praktyką społeczną było nawykowe posłuszeństwo większości populacji wobec określonego suwerennego prawodawcy lub grupy suwerennych osób, których rozkazy były prawem; wobec tego „nakazane przez suwerena” stanowiło najważniejszy test lub ostateczne kryterium identyfikacji prawa w dowolnym systemie. Taka sama teza ogólna, z której wynika, że ostateczny test albo kryteria obowiązywania prawa są oparte na praktyce społecznej, pojawia się, aczkolwiek w specyficznie odmiennej formie, w pracach współczesnych pozytywistów, takich jak ja sam. Odrzucają oni jednak Benthamowskie i Austinowskie utożsamienie całego prawa z pewnym rodzajem rozkazów lub dozwoleń jako zupełne nieporozumienie. Odrzucają również ich koncepcję relewantnej praktyki, będącej wyłącznie ogólnym nawykiem posłuszeństwa suwerenowi, który rozkazuje lub tworzy prawo. Z pewnością to oczywiste, że istnieją ważne związki między tezą o społecznych źródłach prawa, uznającą ostateczne kryteria obowiązywania prawa za zdeterminowane przez jakąś formę praktyki społecznej, oraz tezą o pojęciowej separacji prawa i moralności. Obie te tezy są odrzucane przez współczesnych antypozytywistów takich jak, na przykład, Dworkin.

Trzecią tezę pozytywistyczną nazywam tezą o swobodnym uznaniu sędziowskim [*judicial discretion*]. Zgodnie z nią w całym systemie prawa zawsze wystąpią jakieś nieprzewidziane sprawy, nieuregulowane przez prawo, to znaczy sprawy, w przypadku których żadna decyzja nie jest podyktowana przez jasno ustanowione prawo, a w rezultacie prawo jest częściowo nieokreślone lub niezupełne. Dworkin używa dla nich terminu *ad hoc* „trudna sprawa” [*hard case*], i w tym wykładzie będę go używał w takim samym znaczeniu. Jeżeli sędzia ma sam dojść do decyzji w takiej sprawie, a nie zrzec się swej jurysdykcji albo (czego bronił Bentham) przekazać sprawę do rozstrzygnięcia legislatywie, musi uczynić użytek ze swej władzy dyskrecyjnej i stworzyć prawo dla tej sprawy, zamiast wyłącznie stosować prawo już wcześniej istniejące i ustalone. Czyniąc to, może jednak natrafić na wiele wymogów prawnych, które będą ograniczać jego wybór, a od których legislatywa jest zupełnie wolna. Zatem w takich nieprzewidzianych lub nieuregulowanych sprawach sędzia jednocześnie tworzy nowe prawo i stosuje prawo ustanowione, które przyznaje mu władzę prawotwórczą i zarazem ją ogranicza. Taki

<sup>4</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 339.

<sup>5</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 339.

obraz prawa, jako czegoś częściowo nieokreślonego i niepełnego, oraz sędziego, który wypełnia luki, czyniąc użytek ze swej ograniczonej władzy prawotwórczej, jest odrzucany przez nowoczesnego antypozytywistę jako zdeformowane ujęcie zarówno prawa, jak i rozumowania sędziowskiego. Utrzymuje on, że to, co rzeczywiście jest niepełne, to nie prawo, lecz jego pozytywistyczny obraz; a dowodem, że tak jest, staje się, według antypozytywisty, dokonany przez niego cenniejszy opis tego, co sędziowie robią i powinni robić, gdy stykają się ze standardowym materiałem prawnym, zidentyfikowanym dzięki odniesieniu do społecznych źródeł prawa, który okazuje się nieokreślony.

Nacisk kładziony przez antypozytywistów na naturę procesu sądowego może zaskakiwać europejskich prawników i filozofów prawa. Zawsze – jak sądzę – najbardziej uderzającą cechą charakterystyczną amerykańskiej teorii prawa było przeświadczenie, że jasne pojmowanie procesu sądowego jest najlepszym kluczem do zrozumienia, czym jest prawo, a także przekonanie, że największą jasność uzyskujemy, gdy skupiamy naszą uwagę nie na jasnych regułach, ustanowionych przez system prawa i na sposobie, w jaki działają one poza sądami, lecz raczej na kontrowersyjnych „trudnych sprawach”, to znaczy takich, w których wykwalifikowani prawnicy mogą mieć odmienne zdania w kwestii tego, co jest prawem w danym punkcie. Nawet pozytywizm prawniczy w formie, w której kiedyś dominował w Ameryce, takiej jak ta reprezentowana na przełomie XIX i XX wieku przez autorów takich jak Grey i Oliver Wendell Holmes, a także w latach dwudziestych przez ich następców, zwanych „realistami”, przejawiał tendencję do definiowania prawa za pomocą działania sądów w trakcie rozstrzygania sporów. Ich pozytywizm był zorientowany na sądy, w przeciwieństwie do zorientowanego na legislaturę pozytywizmu Bentham’a i Austina, którzy w zasadzie utożsamiali prawo z jawnym lub ukrytym prawodawstwem suwerennego legislatora. Sądzę, że ważnym świadectwem takiej obsesji teoretyków prawa amerykańskiego na punkcie procesu sądowego jest to, iż nowoczesne amerykańskie wyzwanie dla pozytywizmu, podobnie jak pozytywizm amerykański, któremu się przeciwstawia, jest również silnie zorientowane na sądy. Krytyka uprawiana przez amerykański antypozytywizm, kierowana przeciwko każdej z trzech tez pozytywistycznych, które wyróżniłem, w istocie polega na upartym twierdzeniu, że sędziowie ani tak nie postrzegają prawa, ani tak nie rozumują, kiedy rozstrzygają w „trudnych sprawach”. Co oczywiste, nawet jeśli uznamy różnicę między teorią pozytywistyczną a sądowym obrazem prawa, to pozostaje bardzo ważne pytanie dotyczące adekwatności teorii, która przypisuje tak przesadne znaczenie punktowi widzenia sędziego. Prawo, postrzegane tak jak przez sędziego zajętego rozstrzyganiem kontrowersyjnych spraw, może ignorować kwestie, które są ważne i mogą zostać zauważone wyłącznie z eksternalnego i zdystansowanego punktu widzenia. Fenomenologia decyzji sądowej może być jedną sprawą; natura prawa – inną.

## II

Przed rozważeniem aktualnej krytyki pozytywizmu oraz teorii, którą ta krytyka wprowadza w jego miejsce, konieczne jest bardziej szczegółowe wyrażenie każdej z trzech tez pozytywistycznych, powyżej przeze mnie jedynie ogólnie naszkicowanych. Jest to konieczne, ponieważ w trakcie debaty każda z nich została zaciemniona przez pewne niezrozumienie. Tak więc w przypadku tezy o pojęciowej separacji prawa i moralności nie wystarczy podkreślenie, że taka separacja jest spójna ze zgodnością *de facto* wymogów moralnych i prawnych, zachodzącą dzięki przygodnemu faktowi, że organ

prawodawczy, często świadomie, zabrania prawnie tego, co jest moralnie zabronione, i czyni prawnie nakazanym to, co jest moralnie nakazane. Ważne jest również podkreślenie, że ta teza pozytywistyczna jest także w pełni kompatybilna z systemem prawa, który inkorporuje na różne sposoby wskazówki moralne, tak ogólne, jak i szczegółowe, tym samym nadając im status prawny. Stąd w niektórych systemach prawnych zgodność z pewnymi zasadami moralnymi – na przykład z katalogiem indywidualnych praw i wolności – jest uznawana przez sądy za część podstawowego kryterium obowiązywania prawa. W takich przypadkach nawet akty normatywne najwyższych prawodawców mogą zostać uznane za nieobowiązujące, jeśli nie są zgodne z takimi zasadami. Ale w innych systemach prawnych, które takich zasad nie inkorporują, będą one miały wyłącznie moc moralną, a nie moc prawnej derogacji. Inkorporacja, o której mowa, może zostać dokonana przez ustawę albo, jak w Stanach Zjednoczonych, przez dokument lub spisaną poprawkę konstytucyjną. Jednak może ona być dokonana także w państwach, w których nie ma spisanej konstytucji, w drodze systematycznej praktyki sądowej, polegającej na uznawaniu zgodności z określonymi zasadami moralnymi za test obowiązywania prawa.

Oczywiście istnieją inne formy inkorporacji: konkretna ustawa może po prostu wymagać, by sądy podejmowały decyzje w pewnych typach sporów „zgodnie z zasadami sprawiedliwości” lub „jak tego wymaga moralność”. Inkorporacja zasad moralnych często będzie miała taką konsekwencję, że podejmując decyzję o legalnych prawach stron, sąd będzie musiał wziąć pod uwagę argumenty moralne i dokonać sądów moralnych, lecz we wszystkich takich przypadkach prawna relewancja zasad moralnych będzie czymś przygodnym, zależnym od tego, czy rzeczywiście zostały one zainkorporowane do konkretnego systemu prawa w którejś ze wzmiankowanych form. Takie zasady i argumenty moralne nie są prawnie relewantne *proprio vigore*, to znaczy wyłącznie dlatego, że są moralnie poprawne lub akceptowalne.

W przypadku drugiej tezy pozytywistycznej, o społecznych źródłach prawa, dzisiejszy antypozytywista zastępuje pierwotną koncepcję Benthama i Austina, głoszącą, że relewantną praktyką społeczną, która determinuje źródła prawa – i tym samym ostateczne kryterium obowiązywania – jest nawyk posłuszeństwa wobec suwerennego prawodawcy, koncepcją o wiele bardziej złożoną i elastyczną. Oto ona: ostateczne kryterium obowiązywania prawa wywodzone jest z praktyki sądowej polegającej na akceptacji tego, co w mojej książce nazwałem „regułą uznania”. Reguła uznania nakłada na sędziów obowiązek brania pod uwagę pewnych cech specyficznych jako identyfikatorów standardów prawnych, które muszą stosować przy rozstrzyganiu spraw. Wprowadzanie w życie ważnych norm przez najwyższego prawodawcę – co było obsesją dawnych pozytywistów – będzie wyłącznie jedną z takich rozmaitych cech identyfikacyjnych. Inne warianty obejmują pewne formy zwyczaju oraz, szczególnie w anglosaskiej jurysdykcji, precedensy, to znaczy wyprowadzanie, zgodnie ze specyficznymi technikami, reguł generalnych z wcześniejszych decyzji sądowych. Częstokroć kryteria obowiązywania przewidziane przez regułę uznania identyfikują regulacje prawne nie przez ich treść, ale przez coś, co zostało nazwane „rodowodem”<sup>6</sup>, to jest przez źródło regulacji lub sposób powstania, jak na przykład ustanowienie przez prawodawcę albo zwyczajowe praktykowanie przez wystarczający okres czasu.

<sup>6</sup> Zob. R. Dworkin, *Taking...*, s. 17. Twierdzi on błędnie, że wyłącznie kryteria oparte na *pedigree* mogą być zawarte w pozytywistycznej regule uznania.

Ale też nie ma żadnych powodów, by taka reguła uznania nie mogła bezpośrednio identyfikować pewnych zasad przez ich *treść* i wymagać, że będą one brane pod uwagę jako część kryterium obowiązywania prawa. Takie odesłanie do treści zasad może zostać urzeczywistnione w sposób ogólny, na przykład jako zasada moralności lub sprawiedliwości, albo w sposób specyficzny, na przykład przez zasadę, że nikomu nie powinno się pozwolić na czerpanie korzyści z jego własnego przestępczego działania.

Wśród licznych powodów zastąpienia staropozytywistycznego „nawyku posłuszeństwa” wobec suwerena przez akceptację sądów dla reguły uznania jako określającej kryterium obowiązywania w systemie prawa dwa są najważniejsze. Pierwszym jest niezdolność dawnej teorii do wyjaśnienia tego, że w wielu systemach prawnych władza prawodawcza najwyższego legislatora może zostać uznana przez sądy za kompetencję jednocześnie przyznaną i ograniczoną przez prawo. Drugim, ogólniejszym powodem jest to, że dawni teoretycy nie przewidzieli żadnego miejsca dla podstawowego pojęcia normatywnego – wymaganego dla zrozumienia prawa – czyli dla podzielanej przez grupę społeczną akceptacji reguły, zgodnie z którą pewne wzory zachowań są przyjmowane jako wskazówki zachowań jednostek oraz standardy krytycznej oceny zachowań innych ludzi. Krytyka dawnych pozytywistów za to, że zignorowali istotne normatywne aspekty prawa, jak doskonale wiadomo, została już dawno temu przeprowadzona przez Kelsena. Uważał on, że ta ułomność może zostać uleczona dzięki wprowadzeniu idei normy podstawowej, która oczywiście wykazuje pewne podobieństwo do idei reguły uznania. Jednakowoż ta ostatnia nie jest tym, czym jest norma podstawowa Kelsena, czyli wyłącznie postulatem lub hipotezą teoretycznoprawną, posiada bowiem naturę reguły zwyczajowej, którą faktycznie kierują się organy egzekwujące przestrzeganie prawa [*law-enforcing agencies*] w systemie prawa.

Na trzecim miejscu znajduje się pozytywistyczna teza o swobodnym uznaniu sędziowskim: twierdzenie, że sędziowie czasami muszą wyjść poza ustanowione prawo i skorzystać ze swej kompetencji prawotwórczej, aby dojść do decyzji w „trudnych sprawach”, to jest w sprawach, w których istniejące prawo okazuje się nieokreślone. Dawni pozytywiści dostrzegali możliwość takiej nieokreśloności, ale zapomnieli docenić jej znaczenie. Współcześni pozytywiści uważają tę nieokreśloność za nieuniknioną cechę każdej próby pokierowania ludzkim postępowaniem za pomocą reguł ogólnych i przypisują ją częściowo temu, że natura lub pomysłowość ludzka zawsze generuje przypadki, co do których żadna wcześniejsza definicja, zbudowana za pomocą używanych w prawie ogólnych terminów klasyfikujących, nie może zostać uprawomocniona. Oczywiście, kompetencje prawotwórcze sędziów, wymagane do uregulowania takich spraw, gdy się one pojawiają, różnią się od kompetencji legislatywy: w momencie, w którym kompetencje te są wykorzystywane wyłącznie do uporania się z konkretną sprawą, sędziowie nie mogą ich użyć do wprowadzania kodeksów lub reform na wielką skalę. To dlatego kompetencje prawotwórcze sędziów są „szczelinowe” [*interstitial*] i podlegają licznym ograniczeniom. Tym niemniej ograniczenia te znikają tam, gdzie istniejące prawo nie narzuca żadnej decyzji jako decyzji właściwej. Wtedy sędzia, by rozstrzygnąć sprawę, musi posłużyć się swoją władzą prawotwórczą, ale nie wolno mu tego zrobić arbitralnie: to znaczy, że musi zawsze posiadać jakieś ogólne racje uzasadniające jego decyzję i musi działać tak, jak działałby świadomy prawodawca, zgodnie z własnymi przekonaniem i wartościami. Jeśli jednak spełni te warunki, będzie uprawniony do kierowania się standardami lub racjami decyzyjnymi, które nie są dyktowane przez prawo, i może być odmiennego zdania niż inni sędziowie, którzy stają w obliczu podobnych „trudnych spraw”.

## III

Takie są zatem trzy dystynktywne cechy pozytywizmu w jego współczesnej formule. Jak atakuje je antypozytywizm? Rozpocznę od rozważenia krytyki tezy o swobodnym uznaniu sędziowskim, a to dlatego, że chociaż autorzy tej krytyki proponują pewną ogólną teorię prawa, to ma ona w swym centrum jako podstawową inspirację charakterystyczną teorię orzekania, wyraźnie zaproponowaną jako alternatywa dla tezy o swobodnym uznaniu sędziowskim. Ta antypozytywistyczna teoria orzekania jest jednocześnie teorią opisową i teorią normatywną, a w swej krytyce pozytywizmu pretenduje zarazem do stworzenia lepszego, bardziej precyzyjnego (choć w nowej terminologii) opisu sposobu rozstrzygania „trudnych spraw” przez sądy, jak i do przedstawienia racji w kategoriach wartości demokratycznych i sprawiedliwości, z uwagi na które sądy nie powinny rozstrzygać tych spraw tak, jak pozytywiści utrzymują, że to robią, czyli w drodze czynienia użytku ze swobodnego uznania lub kompetencji prawotwórczych.

Aby uzasadnić swój zarzut, że to wersja pozytywistyczna jest fałszywym opisem procesu sądowego, krytyk odwołuje się do języka używanego przez sędziów i prawników do opisu zadań sędziego oraz do fenomenologii sądowego podejmowania decyzji. Sędziowie, powiada, podczas rozstrzygania spraw i prawnicy naciskający, by zadecydowali na ich korzyść, nie mówią o sędziach jako o „tworzących” prawo, nawet w sprawach bezprecedensowych. Nawet w najcięższych takich sprawach sędziowie często zdradzają brak świadomości, że istnieją, jak to sugerują pozytywiści, dwa zupełnie różne etapy procesu decyzyjnego: pierwszy, w którym sędzia najpierw odkrywa, że istniejące prawo nie dyktuje jakiegokolwiek decyzji, i drugi, w którym wobec takiego stanu rzeczy odchodzi on od istniejącego prawa, by stworzyć, *de novo* i *ex post facto*, prawo dla stron zgodnie ze swoją ideą tego, co jest najlepsze. Natomiast krytyk twierdzi, że prawnicy zwracają się do sędziego tak, jakby był zawsze zajęty odkrywaniem i wprowadzaniem w życie istniejącego prawa, a sędzia wypowiada się tak, jakby prawo było pozbawionym luk systemem przyznanych uprawnień, w którym rozwiązanie każdej sprawy czeka na odkrycie, a nie na wymyślenie.

Nie ma wątpliwości, że codzienna retoryka procesu sądowego sprzyja pogładowi, iż w rozwiniętym systemie prawa nie ma nieuregulowanych przypadków. W jakim stopniu należy to jednak brać na poważnie? Oczywiście istnieje długa tradycja europejska oraz doktryna podziału władz, która wyolbrzymia rozróżnienie między prawodawcą a sędzią i obstaje przy tym, że sędzia jest zawsze tym, kim jest, wtedy gdy istniejące prawo jest jasne: wyłącznie „ustami” prawa, którego nie tworzy ani nie kształtuje. Ale to ważne, żeby odróżnić język rytualny, używany przez sędziów i prawników podczas rozstrzygania spraw w sądach, od ich bardziej refleksyjnych twierdzeń ogólnych dotyczących procesu sądowego. Sędziowie tej rangi co O.W. Holmes czy Cardozo w Stanach Zjednoczonych albo Lord Macmillan czy Lord Radcliffe w Anglii, a także wielu innych prawników, zarówno akademickich, jak i praktyków, z naciskiem twierdzili, że sędzia ma nieuniknione, chociaż „szczelinowe” zadanie prawotwórcze, oraz że na płaszczyźnie prawnej wiele spraw może zostać rozstrzygniętych tak lub inaczej. Jedna zasadnicza okoliczność pomaga wyjaśnić sprzeciw wobec twierdzenia, że sędziowie czasami zarówno tworzą, jak i stosują prawo, oraz wypukła główne cechy odróżniające prawotwórstwo sądowe od legislacyjnego. Jest to znaczenie zwykle przywiązywane przez sądy podczas rozstrzygania nieuregulowanych przypadków do postępowania w oparciu o *analogię*, tak by zapewnić, że nowe prawo przez nie tworzone jest zgodne z zasadami lub wspierane

racjami uznawanymi za uprzednio mające podstawy w istniejącym prawie. Jest prawdą, na co mocno wskazuje krytyk pozytywizmu, że kiedy konkretne ustawy lub precedensy okazują się nieokreślone lub kiedy wyraźnie sprecyzowane prawo [*explicit law*] milczy, sędziowie zazwyczaj nie odsuwają ksiąg prawniczych i nie zaczynają ustanawiać regulacji bez jakichkolwiek wskazówek płynących z istniejącego prawa. Bardzo często przy podejmowaniu decyzji w takich sprawach powołują oni jakąś ogólną zasadę lub jakiś ogólny cel bądź zamiar, względem których jakaś istotna dziedzina istniejącego prawa może być pojmowana jako je egzemplifikująca albo wspierająca, i które wskazują na określoną odpowiedź w bieżącej „trudnej sprawie”. Ta procedura, chociaż z pewnością wstrzymuje, to nie eliminuje momentu prawotwórstwa sądowego, ponieważ w jakiegokolwiek „trudnej sprawie” mogą się pojawić różne zasady wspierające konkurujące ze sobą analogie i sędzia często będzie musiał wybrać spośród nich, opierając się, podobnie jak świadomy prawodawca, na swym poczuciu tego, co jest najlepsze, a nie na jakimś wcześniej ustalonym porządku priorytetów, przepisany mu przez prawo. Tylko wtedy, gdy dla wszystkich takich spraw zawsze mógłby zostać odnaleziony w istniejącym prawie jakiś unikalny zbiór zasad wyższego rzędu, przypisujący względną wagę lub pierwszeństwo takim konkurującym zasadom niższego rzędu, moment prawotwórstwa sądowego byłby nie tylko odroczony, ale wyeliminowany.

Druga fundamentalna krytyka dotyczy pozytywistycznej doktryny dyskrecjonalności sędziowskiej i piętnuje ją nie jako opisowo nieprawdziwą, ale jako popierającą formę tworzenia prawa, która jest niedemokratyczna i niesprawiedliwa. Sędziowie zazwyczaj nie są wybierani, a w demokracji – argumentuje antypozytywista – tylko pochodzący z wyborów przedstawiciele obywateli winni posiadać władzę prawotwórczą.

Istnieje wiele odpowiedzi na taką krytykę. To, że sędziom powinno się przyznać kompetencje prawotwórcze, by radzili sobie ze sporami, których prawo nie zdołało uregulować, traktować można jako konieczną cenę za uniknięcie niedogodności wynikających z alternatywnych metod ich uregulowania, takich jak odesłanie do legislatywy; i ta cena może wydać się niska w sytuacji, gdy sędziowie są ograniczani w czynieniu użytku ze wspomnianych kompetencji i nie mogą nadawać kształtu kodeksom lub szeroko zakrojonym reformom, ale wyłącznie regułom do radzenia sobie z kwestiami szczegółowymi wywołanymi przez poszczególne sprawy. Przekazywanie ograniczonej władzy prawodawczej egzekutywie jest dobrze znaną cechą nowoczesnych demokracji i podobne przekazywanie jej sądownictwu nie wydaje się większym zagrożeniem dla demokracji. W obydwu formach przekazywania władzy prawodawczej wybrana legislatura będzie zwykle posiadać częściową kontrolę i będzie mogła uchylać lub modyfikować każde prawo niższej rangi, które uzna za nieakceptowalne, z wyjątkiem gdy, tak jak w USA, władza legislatury jest ograniczona przez spisana Konstytucję, a sądy mają rozległe kompetencje ocenno-kontrolne [*extensive powers of review*]. W takich przypadkach cena, którą musi zapłacić ograniczony prawem rząd, polega na tym, że ostateczna kontrola demokratyczna może być sprawowana wyłącznie poprzez ociężały mechanizm poprawki konstytucyjnej.

Kolejny zarzut głosi, że prawotwórstwo sądowe jest niesprawiedliwe i powinno zostać potępione jako forma prawotwórstwa retrospektywnego lub *ex post facto*, które oczywiście jest powszechnie uważane za niesprawiedliwe. Jednak powodem uznawania retrospektywnego prawotwórstwa za niesprawiedliwe jest to, że niweczy ono usprawiedliwione oczekiwania tych, którzy działając, opierali się na założeniu, iż konsekwencje prawne ich czynów będą określone przez znany im w momencie ich dokonywania stan



ustanowionego prawa. Jednakże przywołany zarzut, nawet jeśli posiada moc przeciwko sądowej retrospektywnej zmianie lub przełamaniu jasno ustanowionego prawa, wydaje się całkiem irrelevantny w „trudnych sprawach”, ponieważ są to sprawy, których prawo nie uregulowało i w których nie istnieje jakikolwiek znany stan jasno ustanowionego prawa uzasadniający takie oczekiwania.

Jak widzimy, żaden z przedstawionych zarzutów wobec pozytywistycznej teorii dyskrecjonalności sędziowskiej nie wydaje się przekonujący. Naturalnie, jest możliwe, że zaproponowana przez antypozytywistów przeciwstawna teoria orzekania posiada wartość samoistną. Teraz zamierzam bardziej szczegółowo zbadać jej wersję autorstwa Dworkina, ponieważ teoria orzekania stanowi rdzeń antypozytywistycznego przesłania, nie tylko przeciwko teorii dyskrecjonalności sędziowskiej, lecz także przeciwko pozytywistycznej tezie o pojęciowej separacji prawa i moralności oraz tezie o społecznych źródłach prawa.

#### IV

Główne twierdzenie Dworkina głosi, że w nowoczesnym, rozwiniętym systemie prawa nie ma miejsca na prawotwórstwo sądowe, gdyż dla każdego przypadku, nawet „trudnego”, to znaczy takiego, w którym występowałoby kontrowersyjne zagadnienie prawne, ustanowiony system, odpowiednio zinterpretowany, przewiduje nie tylko jakieś rozwiązanie, lecz – z pewnymi możliwymi do pominięcia wyjątkami – jedyną właściwą odpowiedź [*one right answer*], derywowaną z tego systemu. Podkreślane przez pozytywistę pojawianie się „szczelin” [*interstices*] jest powierzchowne, mylące i zanika, gdy adekwatna ogólna teoria interpretacji zostaje zastosowana do prawa. A dzieje się tak dlatego, że system prawa, tak jak jest postrzegany przez sędziów, zawiera nie tylko wyraźnie sprecyzowane prawo, uznawane za takie przez pozytywistę i zidentyfikowane przez odwołanie się do społecznych źródeł prawa (prawodawstwa, precedensu, zwyczaju oraz praktyki sądowej itd.), lecz również niesprzeczny zbiór hierarchicznie uporządkowanych zasad, które są zawarte w lub są presuponowane przez prawo wyraźnie sprecyzowane. Wyodrębnienie tego zbioru implicytnych zasad tworzy ogólną teorię systemu prawa jako całości. Taka teoria zarazem wyjaśnia prawo wyraźnie sprecyzowane w tym sensie, że dowolna część prawa może być postrzegana jako egzemplifikacja jednej albo więcej takich zasad, jak i *usprawiedliwia* prawo w tym sensie, że zasady te tworzą „najrozsądniejsze” [*soundest*], jak mówi Dworkin, lub moralnie najlepsze usprawiedliwienie prawa wyraźnie sprecyzowanego. Toteż teoria ta posiada zarówno „wymiar dopasowania” [*dimension of fit*], jak i „wymiar moralności” [*dimension of morality*]<sup>7</sup>.

Zastosowanie takiej ogólnej teorii prawa w trakcie orzekania idzie dużo dalej niż powściągliwe użycie rozumowania przez analogię, które – jak już mówiłem – starannie odróżnia prawotwórstwo sądowe od legislacyjnego, ale nierzadko pozostawia sędziemu swobodę wyboru spośród zasad, które zrodziły konkurencyjne analogie, dopuszczające różnorakie rozwiązania konkretnej „trudnej sprawy”.

Dworkin przyznaje, że na dowolnym poziomie badań dotyczących zasad, które można określić jako implicytne w istniejącym wyraźnie sprecyzowanym prawie, będą zachodzić pozorne konflikty tego typu. Według niego, aby sobie z nimi poradzić nie potrzebujemy możliwości wyboru lub sądowego tworzenia prawa, lecz konieczny jest dalszy

<sup>7</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 340–341.

rozwój wszechogarniającej [*all-embracing*] teorii prawa. Przykładowo, by usprawiedliwić ustanowiony system rządów, powinno się rozwinąć teorię konstytucyjną, a w tym celu należy sięgnąć do zasad filozofii politycznej oraz charakterystyk istniejących instytucji rządowych i porównać pierwsze z drugimi. By móc rozstrzygać dane sprawy, teoria ta musi nie tylko identyfikować fundamentalne wartości chronione przez system, jak wolność, równość lub bezpieczeństwo indywidualne, ale tam, gdzie istnieją rozbieżne koncepcje tych pojęć, musi rozpoznać ich „najlepszą” koncepcję. Definitywnie taka teoria orzekania nakłada na sędziego zadanie „herkulesowe” i Dworkin przyznaje, że tylko sędzia idealny (którego, w rzeczy samej, nazywa „Herkulesem”) będzie zdolny mu podołać. Przyznaje również, że tak samo dobrze zaznajomieni z prawem i doświadczeni sędziowie, jednak pochodzący z rozmaitych środowisk społecznych lub „subkultur”<sup>8</sup> i mający różne moralne punkty widzenia, konstruują odmienne teorie „herkulesowe”, a kiedy tak się dzieje, nie można wykazać, która (jeśli w ogóle jakakolwiek) z tych teorii jest obiektywnie najrozsądniejszym usprawiedliwieniem i wyjaśnieniem prawa, nawet jeśli każdy z nich wierzy, że istnieje ta jedyna obiektywnie najbardziej spójna i stara się ją sformułować.

W tym punkcie ważne jest docenienie tego, jak istotną rolę odgrywa w teorii prawa Dworkina obiektywistyczna<sup>9</sup> teoria moralności, i odróżnienie jej od konwencjonalistycznych oraz relatywistycznych teorii moralności społecznej. Pytanie o to, jaki zbiór zasad zapewnia najlepsze usprawiedliwienie moralne i przez to stanowi najbardziej spójną teorię prawa wyraźnie sprecyzowanego, jest dla niego kwestią dotyczącą materii obiektywnej. Chociaż sędzia, jak każdy inny człowiek, może jedynie opowiadać się za tym, w co wierzy, że jest moralnie dobre, lepsze albo słuszne, to nic nie jest moralnie dobre lub słuszne wyłącznie dlatego, że on w to wierzy, lub dlatego, że istnieje pewien konsensus tych, którzy zgadzają się z jego przekonaniem<sup>10</sup>.

W związku z tym sądy moralne są dla Dworkina sądami o zwykłych faktach i stąd jego nacisk na to, że istnieją „fakty moralne”<sup>11</sup>, które są opisywane przez prawdziwe sądy moralne, chociaż, wzięwszy pod uwagę, iż nawet co do zasady brak środków do wykazania ich prawdziwości albo fałszywości, są one z istoty kontrowersyjne. Ta obiektywistyczna teoria moralna jest niezbędna dla powodzenia ataku Dworkina na teorię swobodnego uznania sędziowskiego, bowiem jeśli nie istnieją takie obiektywne fakty moralne, najwięcej, co może zrobić Herkules, gdy zostanie wezwany do rozstrzygnięcia, która teoria prawa jest najrozsądniejsza i daje najlepsze moralne usprawiedliwienie prawa wyraźnie sprecyzowanego, to wyrazić swe własne preferencje po bezstronnym rozważeniu konsekwencji odmiennych decyzji. Jednak nie byłoby to odkryciem preegzystującego [*pre-existing*] moralnie obiektywnego składnika prawa, lecz aktem prawotwórczym, i dlatego zrobieniem użytku ze swobodnego uznania sędziowskiego. Mogłoby to być tylko odkrywaniem istniejącego prawa, jeśli zalety moralne kolidujących teorii byłyby moralnie obiektywnym preegzystującym faktem.

Antypozytywistyczna teoria Dworkina może zostać scharakteryzowana, jak już mówiłem, jako *droga pośrednia* pomiędzy klasycznymi teoriami prawa natury a pozytywizmem prawniczym, równie jednoznacznie odrzucanymi przez Dworkina. Toteż, w przeciwieństwie do teoretyka prawa natury, nie przeczy on, że prawo jasno ustanowione,

<sup>8</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 127.

<sup>9</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 332, 348, 349: „(by ująć to w sposób staromodny) obiektywne królestwo faktów moralnych”.

<sup>10</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 124.

<sup>11</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 349.

przepisy lub decyzje, którym brakuje zgodności z pewnymi standardami moralnymi (włączając nawet te należące do czegoś, co nazywa „niegodziwym systemem prawa”)<sup>12</sup>, będą prawem. Niemniej jednak, podobnie jak teoretyk prawa natury, utrzymuje, że istnieją pewne obiektywne zasady moralne, które także są prawem: konkretnie te, które są zawarte w „najrozsądniejszej” teorii prawa. Takie zasady nie zawdzięczają swego statusu prawnego ani żadnej formie inkorporacji lub jakiegś decyzji normatywnej, ani praktyce sądowej czy jakiemuś konsensowi. Są one prawem, nawet gdy nie są jako takie identyfikowane poprzez odwołanie się do społecznych źródeł prawa.

Podczas krytyki tej teorii orzekania pomijam trzy ważne kwestie, które ona implikuje. Nie sądzę, żeby Dworkin dowiódł poprawności swego stanowiska w odniesieniu do którejkolwiek z nich. Tym niemniej prowizorycznie założę tu, po pierwsze, że jego mocno obiektywistyczna teoria moralności jest filozoficznie akceptowalna, po drugie, że w Stanach Zjednoczonych lub Anglii albo w jakiegś innej jurysdykcji czysto „herkulesowy” styl orzekania, a nie po prostu powściągliwe użycie argumentu z analogii, które wcześniej zarysowałem, jest stosowany podczas rozstrzygania „trudnych spraw”, po trzecie, że kiedy teoria „herkulesowa” jest stosowana, sędziowie mogą z niej wyprowadzić jedyną właściwą odpowiedź i nie zderzają się ani ze znaczną liczbą spraw, ani z sytuacjami remisowymi między niezgodnymi zasadami o równych walorach moralnych i mocy wyjaśniającej czy z zasadami, których walory moralne i moc wyjaśniająca pozostają niewspółmierne [*incommensurable*]. Moim powodem, bym pominął tutaj te kwestie, jest obserwacja, że to, co najwyżej można wywnioskować, przy założeniu że Dworkin ma rację w odniesieniu do każdej z nich, to konkluzja, iż w niektórych jurysdykcjach „herkulesowy” styl orzekania jest faktycznie stosowany i przez to unikamy uciekania się do sądowego tworzenia prawa lub swobodnego uznania. Oczywiście to nie jest głównym celem teorii Dworkina. Nie wprowadza on „herkulesowego” stylu orzekania jako wyłącznie przygodnej cechy prawa, jako czegoś, z czym możemy się zetknąć w niektórych jurysdykcjach, a w innych już nie, tym samym dostarczając jedynie kontrprzykładu dla pozytywisty, który utrzymuje, że w „trudnych sprawach” prawotwórstwo sądowe jest nieuniknione. Dworkinowska teoria orzekania w tym miejscu zasadza się na takiej oto podstawie, że sędziowie w żadnym momencie nie mogą właściwie wywiązywać się ze swych obowiązków lub funkcji sędziowskich, jeśli nie próbują kierować się procedurą przepisaną przez tę teorię. Teoria ta pretenduje do tego, by być ogólną tezą naukowego prawoznawstwa, która rzuca wyzwanie nie tylko tezie o swobodnym uznaniu sędziowskim, lecz także tezie o pojęciowej separacji prawa i moralności oraz tezie o społecznych źródłach prawa. Nie stanowiłaby ona takiego wyzwania, gdyby jedynie faktem przygodnym było to, że w niektórych jurysdykcjach sędziowie faktycznie pracują przy pomocy („herkulesowej”) ogólnej teorii prawa: byłaby to wtedy jedynie jakaś cecha ogólnej praktyki sądowej w takiej jurysdykcji, w której zaakceptowawszy regułę uznania określającą źródła prawa, wymagane jest posłużenie się „herkulesową” procedurą jako regułą decyzji wówczas, gdy inne źródła prawa okazują się nieokreślone.

Pomimo że Dworkin nie rozpatruje takiej możliwości w swej krytyce pozytywistycznej koncepcji reguły uznania opartej na praktyce sądowej, w zasadzie nie ma powodu, by ta reguła nie mogła przewidywać użycia „herkulesowej” procedury wśród kryteriów, które oferuje do identyfikacji prawa. Oczywiście jest prawdą, że to spowoduje, iż argumenty moralne i sądy moralne staną się relewantne dla decyzji prawnej, lecz

<sup>12</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 342, 343.

ta relewancja w takich jurysdykcjach będzie po prostu przykładem przygodnej inkorporacji zasad moralnych przez system prawa. Wystąpi tu pełna zgodność z pozytywistycznym zaprzeczeniem związku pojęciowego między prawem a moralnością i z naciskiem pozytywistów na to, że status prawny jakiegokolwiek reguły lub zasady będzie w ostatniej instancji wywodzony z jakiegoś źródła społecznego. Tylko jeżeli zasady moralne byłyby *proprio vigore* relewancjne dla argumentacji prawniczej, a więc nie przez ich przygodną inkorporację, ale dzięki ich samoistnym [*intrinsic*] właściwościom moralnym lub prawości, to ich relewancja obalałaby główną tezę pozytywizmu i ustanawiałaby konieczny związek między prawem i moralnością, przy którym Dworkin uparcie obstaje.

## V

Jak w takim razie Dworkin wykazuje, że użycie „herkulesowej” metody orzekania, odpowiadające najrozsądniejszej teorii prawa, z jej wymiarem moralnym, jest czymś więcej niż przygodnym wymogiem, który reguła uznania bazująca na praktyce sądowej może przyjąć w poszczególnych jurysdykcjach? I czy to prawda, że to „coś więcej” wskazuje – jak Dworkin przesadnie podkreśla<sup>13</sup> – na pewien związek pojęciowy między prawem a moralnością oraz na to, że istnieją regulacje, które nie zawdzięczają swego statusu prawnego żadnemu źródłu społecznemu? W tym miejscu pojawiają się najłabsze ogniwka interesującej teorii Dworkina i zamiast solidnej *drogi pośredniej* pomiędzy prawem natury i pozytywizmem prawniczym teoria ta wydaje się oferować ich wzajemne pomieszanie [*confusion*].

W pracy Dworkina występują częste nawiązania do pojęciowego związku między prawem i moralnością, a to czasem zdaje się implikować, że jego opis procesu sądowego – który pokazuje, jak sędzia może spełnić zadanie zastosowania „herkulesowej” ogólnej teorii prawa z jej wymiarem moralnym – będzie sam przez się wystarczający do wykazania tego związku. Lecz nawet jeśli byłoby prawdą, że sędziowie w jakimś sensie *muszą* używać tej metody podejmowania decyzji w „trudnych sprawach”, pozostałoby to wyłącznie przygodną cechą prawa w takich jurysdykcjach, w których reguła uznania ustanowiona w praktyce sądowej przewiduje jej użycie. W takim przypadku związek między prawem i moralnością nie byłby pojęciowy, lecz spowodowany przez społeczne źródła prawa, które inkorporowały tę moralność.

Wobec tego, w jakim sensie słowa „musieć” używać musimy „herkulesowej” metody orzekania? W tym miejscu należy rozróżnić dwie linie lub być może etapy w myśli Dworkina. Przede wszystkim twierdzi on z naciskiem, że teoria pozytywistyczna, która redukuje prawo do prawa wyraźnie sprecyzowanego, pochodzącego ze społecznych źródeł prawa, jest „nieadekwatną pojęciową teorią prawa”<sup>14</sup>, i że adekwatna pojęciowa teoria prawa wykazuje, iż implicytne zasady moralne i polityczne, tkwiące w prawie wyraźnie sprecyzowanym, są także prawem, nawet gdy nie są wytworem żadnego źródła społecznego i są „w tym sensie naturalne”<sup>15</sup>. Tak więc dla Dworkina jest prawdą pojęciową lub wynikającą z definicji to, że sędziowie mający obowiązek stosowania prawa muszą używać metody „Herkulesa” podczas podejmowania decyzji w „trudnych sprawach”, która identyfikuje takie zakorzenione zasady.

<sup>13</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 326, 327, 342, 343.

<sup>14</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. xii (*Introduction*).

<sup>15</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. viii (*Introduction*).

Nie jest jasne, jakie kryterium „adekwatności” przyjmuje Dworkin, ale niektóre konsekwencje tej „adekwatnej” teorii prawa dla wielu prawników będą nie do zaakceptowania. Na przykład, jeśli system prawny, taki jak szwajcarski, wymaga, by sędziowie podejmowali decyzje w „trudnych sprawach” jak „świadomi prawodawcy”, to jest narażony, zgodnie z teorią Dworkina, nie tylko na zarzut, że jest złym systemem prawnym, ponieważ ignoruje najbardziej sprawiedliwą lub najlepszą moralnie metodę rozstrzygnięcia takich spraw, ale także na zarzut, że jest winny pominięcia istotnych części swojego własnego (szwajcarskiego) prawa. Każdy prawnik może odrzucić teorię mającą takie konsekwencje.

A już zwłaszcza gdy usłyszy, co mówi nam Dworkin, że oto równie kompetentni sędziowie, różniąc się co do treści takiego „naturalnego” składnika prawa, nawet gdyby to, czym się różnią, było kwestią obiektywną, nie dysponują żadnymi środkami, nawet co do zasady, by określić, który, jeśli w ogóle którykolwiek z nich, ma rację<sup>16</sup>.

Ta teoria ma również taką konsekwencję, wprost zaakceptowaną przez Dworkina, że od sędziego żąda się prawnie i moralnie nie tylko, by był wierny konstytucji swego państwa, lecz także zasadom moralnym i prawnym, które – jak sądzi – są najlepiej uzasadnione jako schemat rządów; bowiem te zasady są również prawem. Posłużmy się nieskomplikowanym przykładem. Sędzia w Anglii nie tylko ma obowiązek kierowania się ustaloną praktyką sądową i stosowania relewantnych aktów prawotwórczych Parlamentu w trakcie rozstrzygnięcia spraw, ale też, jeśli uważa, że ta praktyka jest najlepiej usprawiedliwiona zasadami demokracji parlamentarnej, powinien zaakceptować te zasady jako prawo, nawet gdy wie, że jego koledzy sędziowie tych zasad nie podzielają<sup>17</sup>. Z pewnością jednak sędzia mógłby, podobnie jak jego koledzy, równie wiarygodnie utrzymywać, że o ile fakt stosowania przez niego aktów prawodawczych Parlamentu podczas rozstrzygnięcia spraw jest kwestią interesu publicznego, o tyle jego poglądy polityczne są jego prywatną sprawą, a nawet mógłby dodać, przy aprobacie wielu sędziów i prawników, że nieodnalezienie żadnego moralnego lub politycznego usprawiedliwienia dla ustalonej praktyki sądowej nie będzie porzuceniem jego obowiązków jako sędziego.

By uzupełnić argument, że „herkulesowe” orzekanie wraz z jego wymiarem moralnym nie jest jedynie cechą przygodną specyficznych systemów prawnych, Dworkin podpira się kilkoma różnorodnymi tezami. Przynajmniej w ramach jednej z nich wydaje się przesądzać [*prejudge*] kwestię będącą przedmiotem debaty między nim a pozytywistami. Utrzymuje on, że jeśli sędzia kieruje się ustaloną praktyką swego systemu prawa i akceptuje fakt, iż przepisy ustanowione przez legislatywę kreują prawa i obowiązki, to by nadać swemu rozumowaniu sens, musi zaakceptować jakąś generalną zasadę uzasadniającą<sup>18</sup> (taką jak zasada demokracji parlamentarnej), która to wyjaśnia. Bezspornie taki sposób argumentacji jest jednak po prostu zakładaniem tego, co Dworkin wprost twierdzi, a mianowicie, że uprawnienia i obowiązki prawne są gatunkami praw moralnych<sup>19</sup>, a pozytywista popełnia błąd, traktując je jako pojęciowo odmienne.

Jednakowoż główny argument Dworkina wydaje się w swej istocie sądem moralnym, w którym autor odwołuje się do tego, co uznaje za niekontrowersyjną prawdę moralną. Jego zdaniem jednostki mają prawo do spójnego stosowania nie tylko regulacji prawnych ustanowionych przez ich system prawa, lecz także do stosowania zasad obiektywnej

<sup>16</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 123, 332.

<sup>17</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 106, 117.

<sup>18</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 105, 106.

<sup>19</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 106, 108.

moralności, które leżą u ich podstaw i je usprawiedliwiają<sup>20</sup>. Sędzia ma odpowiadający temu obowiązek moralny, zwany przez Dworkina „polityczną odpowiedzialnością”, sformułowania tych ugruntowanych zasad i zastosowania ich tam, gdzie ustanowione prawo nie jest jasne. Doktryna „politycznej odpowiedzialności”, od której te prawa i obowiązki zależą, jest przedstawiana jako kwestia sprawiedliwości. Prowadzi ona do przekonania, że kiedy prawo nie jest jasne, jednostki mają prawo do tego, by ich sprawy zostały rozstrzygnięte w drodze analogii do jasno ustanowionego prawa, a co za tym idzie – za pomocą tych samych zasad leżących u jego podstaw i zastosowanych w innych sprawach.

Powstrzymam się tu od wszelkich obiekcji szczegółowych, takich jak przedyskutowany już zarzut, że poszukiwanie rozstrzygnięcia za pomocą analogii jest równoznaczne z pozostawieniem sędziemu wyboru między analogiami pozostającymi w konflikcie lub niewspółmiernymi i przez to połączonego z ryzykiem tworzenia prawa. W każdym razie argumentacja Dworkina jest narażona na fundamentalny zarzut, że jeśli zasady leżące u podstaw prawa są moralnie złe, to nie będzie miało żadnej wartości moralnej – a w ekstremalnych przypadkach będzie wielką moralną przewrotnością – rozciąganie zastosowania tych zasad na przypadki nieuregulowane przez ustanowione prawo. Jeżeli ustanowione prawo jest niegodziwe (Dworkin przyznaje, że takie może być)<sup>21</sup>, zasady leżące u jego podstaw będą również niegodziwe i oczywiście nie będzie jasne, co mogłoby znaczyć mówienie o takich zasadach jako „usprawiedliwiających”, gdy są one przecież jednocześnie zasadami wyjaśniającymi prawo. W takich przypadkach moralność na pewno wymaga, żeby pojawienie się sprawy nieuregulowanej zostało wykorzystane nie do rozszerzania zła, ale do jego uniknięcia, i oczywiście nie istnieje żadne prawo moralne do spójnego stosowania takich zasad zła. To wydaje się obalać argument zbudowany w celu wykazania za pomocą doktryny politycznej odpowiedzialności, że „herkulesowa” metoda orzekania jest czymś więcej niżli przygodną cechą niektórych systemów prawnych i że istnieje związek pojęciowy między prawem a moralnością.

W swej odpowiedzi różnym krytykom, Dworkin zgodził się, że jasno ustalone prawo i leżące u jego podstaw zasady, zidentyfikowane metodą „Herkulesa” (lub jej możliwie najlepszą aproksymacją), mogą być zbyt nikczemne dla usprawiedliwienia ich stosowania<sup>22</sup>. „Najrozsądniejsza” teoria prawa może w takich przypadkach wydobyć na światło dzienne zupełnie nieakceptowalne zasady moralne, które jednakowoż będą prawem. Dworkin podaje jako przykład (mając na myśli nazistowskie Niemcy i Południową Afrykę)<sup>23</sup> taką zasadę: „czarni mniej zasługują na szacunek niż biali”<sup>24</sup>. I chociaż uparcie twierdzi, że istnieje związek pojęciowy między prawem a moralnością, to zgadza się, że to, co jest prawnie słuszne, nie zawsze jest słuszne moralnie, ani w „jasnych sprawach”, w których stosowane jest ustalone prawo, ani w „trudnych sprawach”, w których są stosowane leżące u jego podstaw zasady. W tych ostatnich sprawach, w zależności od stopnia niegodziwości, może się zdarzyć, że moralnym obowiązkiem sędziego (będącym kwestią obiektywną) będzie kłamstwo<sup>25</sup> i ukrywanie tego, czym niegodziwe prawo, zidentyfikowane dzięki metodzie „Herkulesa”, jest naprawdę.

<sup>20</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 126.

<sup>21</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 326–327, 341–343.

<sup>22</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 327, 342.

<sup>23</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 326.

<sup>24</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 343.

<sup>25</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 341, 342.

Jak więc, po takich ustępstwach, może Dworkin podtrzymywać, że istnieje związek pojęciowy między prawem a moralnością i że „adekwatna teoria pojęciowa prawa” posiada wymiar moralny, który wyjaśnia i usprawiedliwia prawo wyraźnie sprezyzowane? Wydaje mi się, że odpowiedź Dworkina na te pytania odrzuca substancję jego teorii, aczkolwiek myląc zachowuje jej ducha. O ile w swej oryginalnej wersji jego teoria zakładała, że prawidłowo rozumiane prawo ma związek pojęciowy z zasadami autentycznej, obiektywnej moralności, to jej konkluzja zakłada, że w przypadku niegodziwych systemów prawnych ten moralny wymiar prawa może obejmować zasady kompletnie niezgodne z moralnością, a więc sędzia, który zda sobie z tego sprawę, będzie miał moralny obowiązek, żeby raczej kłamać niż stosować prawo. W ten sposób wszystko, co pozostaje z jego oryginalnej teorii, sprowadza się do tego, że zasady zidentyfikowane przez Herkulesa jako leżące u podstaw prawa muszą być, według Dworkina, tymi *najmniej* ohydnyymi (zgodnie z obiektywną moralnością) spośród rozmaitych nieakceptowalnych zasad, które mogło zainkorporować niegodziwe prawo. A to po prostu wyklucza pogląd, że te zasady usprawiedliwiają prawo. Praktycznie nic nie ocaleje też z oryginalnego argumentu, że „herkulesowe” orzekanie jest czymś więcej niż tylko cechą przygodną jakiegoś systemu prawnego, ponieważ jednostki mają zawsze moralne prawo do spójnego stosowania zasad, które leżą u podstaw prawa. Dworkin istotnie obstaje przy tym, że nawet w sprawach, w których te zasady są tak moralnie ohydne, że sędzia powinien kłamać, zamiast je stosować, zawsze istnieje prawo *prima facie* do ich zastosowania; aczkolwiek można je zignorować, jeżeli w grę wchodzi ogromna niegodziwość<sup>26</sup>. To wydaje się zaskakująco prostym błędem dla tak genialnego autora. Jeżeli bowiem zasady leżące u podstaw prawa, będące jedynie najmniej ohydnyymi spośród zasad moralnie nieakceptowalnych, nie posiadają żadnej mocy uzasadniającej, to nie możemy wtedy mieć nawet prawa *prima facie* do ich spójnego stosowania w „trudnych sprawach”, nieuregulowanych przez ustanowione prawo. Z innym problemem mamy do czynienia wówczas, gdy pytanie dotyczy tego, czy powinno się stosować jasno ustanowione, lecz niegodziwe prawo; bowiem odmowa zastosowania jasnego prawa prawdopodobnie może narazić na niebezpieczeństwo autorytet całego systemu, co jednak może być dobre z innych względów. W takim przypadku jest dyskusyjne, czy istnieje sędziowski obowiązek moralny *prima facie* stosowania jakiegoś szczegółowego prawa, które jest moralnie niegodziwe. Jednak taki argument nie znajduje zastosowania w odniesieniu do „trudnych spraw”.

Tłumaczenie: Andrzej Grabowski

<sup>26</sup> R. Dworkin, *Taking...*, s. 327.

### Summary

Herbert L.A. Hart  
New Challenge to Legal Positivism

In his lecture, delivered at the Department of the Philosophy of Law of the Autonomous University of Madrid on 29 October 1979, H.L.A. Hart directly responds to Ronald Dworkin's attack on Legal Positivism, launched in *Taking Rights Seriously*. In the Sections I–II, Hart explicates his version of Legal Positivism by means of three central positivist theses: the Thesis of the Conceptual Separation of Law and Morals, the Thesis of the Social Sources of Law, and

the Thesis of Judicial Discretion. Next, in Section III, he discusses Dworkin's fundamental objections against the positivist theory of judicial discretion and claims that none of them seem convincing. Finally, in Sections IV–V, Hart analyses a new, herculean theory of adjudication, proposed by Dworkin as a „middle way theory” between the classic theories of Natural Law and Legal Positivism. In his answer to the criticism of the positivist Rule of Recognition, Hart claims that there is no reason why this rule, in certain jurisdictions, would not predict the use of the herculean procedure among the criteria that it provides for the identification of the law. He also states that the use of the herculean method of adjudication is unacceptable for the lawyers and that an impracticable character of this method is easy to demonstrate by referring to the case of the wicked legal systems, in which the principles underlying the law are morally bad. Thus, Hart concludes that instead of a sound *via media* between Natural Law and Legal Positivism, the theory of Dworkin seems to offer the confusion of them.