

TOMASZ GIZBERT-STUDNICKI

Uniwersytet Jagielloński

FILOZOFIA POLITYCZNA A POZYTYWISTYCZNA
TEORIA PRAWA*

1. WPROWADZENIE

Tytuł obiecuje więcej, niż jestem w stanie spełnić. Zajmę się bowiem tylko jednym zagadnieniem, które dodatkowo zostanie znacznie ograniczone. Zagadnienie to sformułować można następująco: czy możliwe jest uprawianie pozytywistycznej teorii prawa niezależnie od filozofii politycznej, czy też także ta teoria prawa wymaga odwołania się do założeń, względnie do argumentacji z tej dziedziny pochodzących?

Oczywiście odpowiedź na to pytanie zależy od sposobu pojmowania zadań i metod teorii prawa oraz natury filozofii politycznej. Zwłaszcza to pierwsze zagadnienie jest kontrowersyjne. Rozpocznę jednakże od kilku uwag dotyczących filozofii politycznej.

Istnieje wiele definicji filozofii politycznej. Ich wspólną cechą jest to, że każda z nich określa filozofię polityczną jako dyscyplinę normatywną. Nie zawsze jest jasne, w jaki sposób normatywność jest pojmowana, ale w pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że filozofia polityczna odpowiada na pytanie, w jaki sposób społeczeństwo powinno być zorganizowane lub w jaki sposób, względnie — wedle jakich zasad i dla jakich celów, władza polityczna winna działać. Jednocześnie można stwierdzić, że filozofia polityczna zajmuje się uzasadnieniem norm, które kształtują instytucje polityczne i winny stanowić podstawę ich działania, a także oceną instytucji politycznych. Rzecz jasna, gdy mowa w tym kontekście o uzasadnieniu, ma się na myśli raczej usprawiedliwienie, czy inaczej — etyczne uzasadnienie, a nie uzasadnienie w rozumieniu metodologii nauk. Filozofia polityczna formułuje więc oceny (dany ustrój/zasada/system jest lepszy/gorszy,

* Artykuł jest częścią projektu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/HS5/01023. Autor dziękuje Adamowi Dyrdzie i Wojciechowi Ciszewskiemu za uwagi krytyczne, komentarze i wskazówki.

legitymowany/nielegitymowany) i normy (dane działanie jest nakazane/zakazane, dopuszczalne/niedopuszczalne) oraz projektuje pożądane instytucje polityczne. Dąży ona do dostarczenia nam racji działania w kwestiach uznanych za polityczne (przy czym zakres tych kwestii bywa różnorodnie określany). W tym więc najprostszym sensie jest dyscypliną normatywną.

Sporna natomiast jest relacja między filozofią polityczną a filozofią moralną. W tej mierze wyróżnić można, za Bernardem Williamsem, dwa podstawowe stanowiska (pomiędzy którymi znajduje się wiele stanowisk pośrednich)¹. Jedno z nich Williams nieco ironicznie określił jako moralizm: filozofia polityczna jest częścią filozofii moralnej, względnie zastosowaniem filozofii moralnej do rozstrzygania zagadnień wiążących się z państwem, władzą i instytucjami politycznymi, a w szczególności z użyciem przymusu itp. Filozofia moralna odpowiada na pytanie, co jest dobre, słuszne i sprawiedliwe w naszych relacjach z innymi ludźmi, natomiast filozofia polityczna, jako część czy zastosowanie ogólnej filozofii moralnej, rozpatruje te zagadnienia w odniesieniu do organizacji życia społecznego, politycznej struktury, relacji pomiędzy jednostką a wspólnotą i państwem, w szczególności starając się odpowiedzieć na pytanie, jaki sposób organizacja życia społecznego odpowiada sprawiedliwości, pojętej jako ideał moralny itp.² Dla zwolenników tego stanowiska celem zrzeszenia politycznego jest wspólna realizacja dobra, a uprawianie filozofii politycznej polega na zastosowaniu do sfery polityki zewnętrznych wobec niej standardów moralnych. Jest oczywiście sprawą sporną, w jaki sposób domena moralności politycznej (a zatem także domena filozofii politycznej) ma zostać wyodrębniona z całokształtu kwestii moralnych³.

Drugie stanowisko natomiast jest określane jako realizm. Wedle realizmu filozofia polityczna zachowuje autonomię wobec filozofii moralnej. Punktem wyjścia filozofii politycznej nie są prawdy moralne, ujawnione przez filozofię moralną, lecz obserwacje dotyczące właściwości rzeczywistości politycznej. Cechą charakterystyczną rzeczywistości politycznej jest istnienie sporów, które nie mogą zostać zredukowane do sporów intelektualnych lub interpretacyjnych⁴. Ludzie spierają

¹ B. Williams, *Realism and moralism in political theory*, [w:] *idem, In the Beginning Was the Deed*, Princeton 2005, s. 2–3. O tym rozróżnieniu zob. C. Larmore, *What is political philosophy?*, „Journal of Moral Philosophy” 2013, nr 3, s. 277–278.

² Tak ujmuję filozofię polityczną np. I. Berlin. Por. R. Jahanbegloo, *Rozmowy z Isaiahem Berlinem*, przeł. M. Pietrzak-Merta, Warszawa 2002, s. 72–73.

³ Np. sporne było to, czy moralność seksualna należy do domeny moralności politycznej, a zatem czy państwo ma legitymację do regulowania tej sfery (por. debata Hart–Devlin).

⁴ B. Williams, *From Freedom to Liberty*, [w:] *idem, In the Beginning...*, s. 77. Williams powołuje się w tym kontekście na Carla Schmitta, który definiował sferę polityczności przez odwołanie się do opozycji „wróg–przyjaciel”. Dyskurs moralny natomiast odwołuje się do opozycji „dobry–zły”. Wynika stąd, że dyskurs polityczny nie jest częścią dyskursu moralnego. Por. M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1, s. 58 n. Z kolei dla J. Rawlsa podstawową opozycją jest „sprawiedliwy–niesprawiedliwy”. Zbliżona jest ona raczej do charakteryzującej dyskurs moralny opozycji „do-

się, co jest dobre, właściwe i sprawiedliwe w organizacji życia społecznego. Stanowiska w takich sporach w dużej mierze są wyznaczone przez pozycję społeczną i interesy poszczególnych członków społeczeństwa i grup społecznych, a także przez indywidualne lub grupowe emocje. Odwołanie się do *ratio* nie pozwala na rozstrzygnięcie sporów relewantnych dla domeny publicznej, gdyż zwolennicy różnych stanowisk mogą być w tym samym stopniu racjonalni, lecz mogą się różnić co do przyjętych ideałów moralnych, mogą mieć różne interesy, różne doświadczenia historyczne, kierować się odmiennymi emocjami. Spory dotyczące kwestii politycznych są nierozstrzygalne za pomocą samego tylko rozumu.

Decyzja rozstrzygająca spór polityczny nie opiera się na tym, że jedna strona ma rację, a druga się myli, lecz na tym, że jedna strona wygrywa, a druga przegrywa⁵. Filozofia polityczna zadaje zatem pytanie, co powinniśmy zrobić, jeżeli fundamentalnie się z sobą nie zgadzamy. Odpowiedź na to pytanie jest źródłem politycznych racji działania. Zadaniem filozofii politycznej jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie normy postępowania są legitymowane (a zatem legitymowany jest także przymus za nimi stojący), nie tyle z punktu widzenia jakichś ideałów moralnych (które zawsze pozostaną sporne), przede wszystkim z punktu widzenia zdolności tych norm do rozwiązywania problemów życia politycznego, wyrastających z odmiennych zapatrywań członków społeczeństwa i grup społecznych.

Należy zauważyć, że o ile historycznie dominowało stanowisko moralistyczne, o tyle współcześnie coraz bardziej rozpowszechnione jest stanowisko realistyczne. Oba mają charakter normatywny. Różnica pomiędzy nimi polega na tym, że dla stanowiska moralistycznego punktem wyjścia filozofii politycznej są ogólne prawdy moralne, a w szczególności moralny ideał sprawiedliwości, podczas gdy dla stanowiska realistycznego punktem wyjścia jest empirycznie rozpoznana natura rzeczywistości politycznej, scharakteryzowana przez konflikty i spory mające często charakter fundamentalny. Jeszcze inaczej rzecz ujmując, można uznać, że: stanowisko moralistyczne poszukuje legitymizacji prawa jako niezbędnego elementu społeczności politycznej w moralności, a w szczególności przez odwołanie się do ideału sprawiedliwości, podczas gdy stanowisko realistyczne kładzie nacisk raczej na zdolność instytucji państwowych i prawnych do wprowadzania regulacji, przynajmniej hipotetycznie, akceptowalnych dla wszystkich, względnie do uzyskania generalnej legitymacji władzy (która to legitymacja nie przesądza o legitymacji poszczególnych rozstrzygnięć). Podkreśla się przy tym, że zwolennicy stanowiska realistycznego nie mogą uniknąć problemu uzasadnienia legitymacji władzy, a uzasadnienie to (przynajmniej współcześnie) musi odwołać się do argumentów moralnych⁶. Ostatecznie zatem różnica między stanowiskiem

bry–zły”. Dlatego też Williams zalicza Rawlsa do moralistów, choć zapewne Rawls uznaje pewien stopień autonomii filozofii politycznej wobec filozofii moralnej.

⁵ B. Williams, *Realism and moralism...*, s. 13.

⁶ C. Larmore, *op. cit.*, s. 21 n.

moralistycznym a realistycznym sprowadza się raczej do punktu wyjścia filozofii politycznej (zasady moralne *versus* realia życia politycznego), a stanowisko realistyczne wymaga również odwołania się do argumentów moralnych w celu uzasadnienia stosowania autorytatywnego przymusu państwowego⁷. Rzecz jasna, moralisci nie mogą przymykać oczu na realia życia politycznego, a realiści muszą uwzględniać postulaty moralne. Dlatego też odróżnienie moralizmu i realizmu nie jest klasyfikacją, lecz typologią. Zasadnicze kryterium tej typologii to stopień wrażliwości na fakty życia politycznego. Skrajni moralisci ignorują te fakty i nie oglądają się na ograniczenia praktyczne. G.A. Cohen pisze: „Justice is justice, whether or not it is possible to achieve it”⁸. Skrajni realiści odrzucają jakiegokolwiek generalne zasady moralne i twierdzą, że specyfika rzeczywistości politycznej jest różna w zależności od miejsca i czasu (gdyż rzeczywistość ta wyznaczana jest przez przygodne emocje, interesy, stereotypy, strach itp. w większym stopniu niż przez uniwersalne wartości i zasady), a zatem normatywne tezy filozofii politycznej mają charakter partykularny. Takie skrajne stanowiska są jednak rzadkie, a olbrzymia większość poglądów mieści się w spektrum pomiędzy nimi.

Przejdźmy z kolei do pojmowania zadań i metod teorii prawa⁹. Należy tu wskazać na dość oczywistą dwuznaczność określenia „teoria prawa”. Z jednej strony bowiem oznacza ono pewną dyscyplinę prawoznawstwa (w tradycji kontynentalnej przeciwstawianą dogmatyce prawa, a w tradycji anglosaskiej określaną na ogół jako *general jurisprudence*), a z drugiej strony pewne zespoły poglądów głoszonych w ramach tej dyscypliny, identyfikowane najczęściej, choć nie wyłącznie, przez nazwisko ich twórców lub przez odwołanie się do zasadniczych tez (np. teoria prawa H.L.A. Harta, psychologiczna teoria prawa L. Petrażyckiego, instytucjonalna teoria prawa).

Charakterystyka zadań i metod teorii prawa jako dyscypliny napotyka na znaczne trudności, będące konsekwencją jej wewnętrznej różnorodności. Zadania teorii prawa bywają różnorodnie określane, a jej metody są znacznie zdywersyfikowane. W ramach tej dyscypliny uprawiane są badania zarówno empiryczne, jak i analityczne. Dlatego też wszelkie próby skonfrontowania teorii prawa jako dyscypliny naukowej w jej aktualnym kształcie z filozofią polityczną są z góry skazane na porażkę, gdyż o teorii prawa jako dyscyplinie naukowej można sformułować bardzo niewiele ogólnych tez. Z tego też powodu zapowiedzianą w tytule konfrontację ograniczę do jednej tylko z istniejących współcześnie odmian teorii prawa, a mianowicie do analitycznych teorii prawa. Zakres określenia „analityczna teoria prawa” również wymaga definicji regulującej. W myśl przyjętej przeze mnie

⁷ *Ibidem*, s. 22.

⁸ G.A. Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, MA 2008, s. 155. Cyt. za: C. Larmore, *op. cit.*, s. 4.

⁹ Nie będę się zajmował odróżnieniem teorii i filozofii prawa, gdyż, jak się wydaje, przeprowadzenie demarkacji pomiędzy teorią a filozofią prawa nie ma znaczenia praktycznego, a każde kryterium ma czysto konwencjonalny charakter.

(dość arbitralnie) definicji zakres tego pojęcia wyznaczają trzy kryteria: (i) metodą analitycznej teorii prawa jest analiza pojęciowa, (ii) analityczną teorię prawa pojmujemy się jako dyscyplinę deskryptywną a nie normatywną oraz (iii) analityczna teoria prawa ma charakter ogólny w tym sensie, że jej przedmiotem nie jest żaden zindywidualizowany porządek prawny, lecz formułuje twierdzenia odnoszące się do wszystkich porządków prawnych, względnie co najmniej do porządków prawnych pewnego określonego rodzaju czy typu. I znów dokładniejsza charakterystyka tych kryteriów wyróżnienia analitycznych teorii prawa wymagałaby bardzo obszernych wyjaśnień. Pominę charakterystykę kryterium pierwszego i trzeciego (analityczność i ogólność), odsyłając w tej mierze do obszernego opracowania, którego jestem współautorem¹⁰. Można zauważyć, że zastosowanie wskazanych kryteriów prowadzi do zaliczenia do zakresu pojęcia „analityczna teoria prawa” praktycznie wyłącznie teorii pozytywistycznych (choć zapewne niektóre teorie prawa, określające się jako pozytywistyczne, nie spełniają kryterium pierwszego i trzeciego, gdyż np. stosują metody empiryczne lub nie roszczą sobie pretensji do ogólności). Pragnę podkreślić, że mam tu na myśli teorie zaliczane do współczesnego pozytywizmu anglosaskiego¹¹. Pominę przy tym wewnętrzne zróżnicowanie współczesnego pozytywizmu, a dalsze rozważania odnosić się będą prawie wyłącznie do teorii H.L.A. Harta jako paradygmatycznego przypadku teorii pozytywistycznych.

Z punktu widzenia zagadnienia relacji między filozofią polityczną a teorią prawa najbardziej istotne jest drugie kryterium. Skoro, jak podkreślono, przedsięwzięcie, którego podejmuje się filozofia polityczna, ma charakter normatywny (bez względu na to, czy jest uprawiana w duchu realizmu, czy też w duchu moralizmu), natomiast pozytywistyczna teoria prawa swoją tożsamość określa przez wskazanie na deskryptywność, to na pierwszy rzut oka relacja między tymi dyscyplinami wydaje się prosta: nie ma pomiędzy nimi żadnych istotnych związków, a w szczególności pozytywistyczna teoria prawa może być uprawiana w całkowitym oderwaniu od filozofii politycznej. Co najwyżej teoria prawa może mieć pewne znaczenie dla filozofii politycznej, zwłaszcza uprawianej w duchu realizmu, poprzez dostarczanie tej drugiej dyscyplinie informacji i wyjaśnień dotyczących rzeczywistych właściwości i sposobów funkcjonowania prawa. Czy jednak istotnie sprawa przedstawia się tak prosto?

¹⁰ T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, *passim*.

¹¹ Wokół pojęcia pozytywizmu, zwłaszcza w polskiej literaturze, narosło wiele nieporozumień. Por. A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, z. 2; oraz T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1.

2. TEZA O NEUTRALNOŚCI

Rozpocznijmy od słynnego odróżnienia dwóch rodzajów jurysprudencji, wprowadzonego przez Benthamą:

Istnieją dwa typy osobowości, z których jeden albo drugi posiadają ci, którzy mają do powiedzenia coś o Prawie; typ Ekspozytora oraz typ Cenzora. Przedmiotem zainteresowania Ekspozytora jest wyjaśnianie nam co, zgodnie z jego założeniami, jest Prawem; zaś dla Cenzora — przedstawienie nam, jakie to w jego mniemaniu Prawo powinno być. Ten pierwszy zatem zajmuje się przede wszystkim stwierdzaniem albo poszukiwaniem faktów, ten ostatni — badaniem racji. Ekspozytor, w granicach swoich zainteresowań, nie angażuje innych zdolności umysłu ponad te, które pozwalają mu coś zrozumieć, zapamiętać i stwierdzić; Cenzor zaś, za sprawą swych uczuć przyjemności lub przykrości, które wiąże z przedmiotem swojego badania, kieruje się uczuciami. To, co jest Prawem, w różnych krajach zasadniczo się różni. Podczas gdy to, co powinno być prawem w różnych krajach jest zasadniczo takie samo. Ekspozytor jest zatem zawsze obywatelem pewnego określonego kraju; Cenzor jest, albo powinien być obywatelem świata. Zadaniem Ekspozytora jest pokazanie co Legislator i jego podwładny sędzia już uczynili; zadaniem Cenzora jest wskazanie co Legislator powinien uczynić w przyszłości¹².

Dla Benthamy odróżnienie jurysprudencji ekspozytoryjnej (opisowej) i cenzorskiej (normatywnej) ma zatem charakter dychotomiczny. Zwróćmy jednak uwagę na to, że dla niego jurysprudencja ekspozytoryjna ma z konieczności charakter partykularny, a nie ogólny we wskazanym wyżej znaczeniu („Ekspozytor jest zatem zawsze obywatelem pewnego określonego kraju”). Bentham zatem miał na myśli raczej tę dziedzinę prawoznawstwa, którą dziś (przynajmniej w tradycji kontynentalnej) określa się jako dogmatykę prawa. Sądził on zapewne nieco naiwnie, że tego rodzaju badania nad prawem można prowadzić bez przyjmowania jakichkolwiek założeń normatywnych czy ocennych. Hart w tej mierze nie jest kontynuatorem Benthamy, gdyż dąży do zbudowania ogólnej teorii prawa, a nie partykularnej jurysprudencji. Jak sądzę, nawiązuje on raczej do stanowiska Austina, a w szczególności do jego twierdzenia, stanowiącego podstawowe sformułowanie pozytywistycznej tezy o rozdziale prawa i moralności.

Istnienie prawa to jedna sprawa; jego zalety lub wady to sprawa odrębna. To, czy prawo jest, czy go nie ma to jedna kwestia. To, czy prawo to zgadza się z założonym standardem oceny, to kwestia zupełnie inna. Prawo, które istnieje rzeczywiście, jest prawem pomimo, że nam się nie podoba, lub pomimo tego, że różni się od tekstu, który stanowi podstawę naszej aprobaty lub dezaprobaty¹³.

Teza o rozdziale ma wiele różnych interpretacji, a jej sformułowanie wywołuje spory w obozie pozytywistycznym. Przedmiotem dalszych rozważań będzie jedna tylko jej interpretacja, określana jako metodologiczna. Teza o rozdziale w interpretacji metodologicznej określana jest jako „teza o neutralności”. Tezę tę Hart formułuje następująco:

¹² J. Bentham, *A Fragment on Government*, <http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>. (tłum. A. Dyrda) (dostęp: 20.06.2016).

¹³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 1994, s. 157 (tłum. A. Dyrda).

Moje ujęcie jest *deskryptywne*, gdyż jest moralnie neutralne i nie ma celów uzasadniających (*justificatory aims*); nie poszukuje ono uzasadnienia i zalecania (*commend*), na podstawach moralnych i innych, form i struktur, które pojawiają się w moim ogólnym ujęciu prawa, jednakże jasne zrozumienie ich jest, jak myślę, ważnym krokiem wstępnym dla jakiegokolwiek pozytywnej krytyki moralnej prawa¹⁴.

Z tezy tej wynika wyraźnie, że Hart nie uznawał moralnej krytyki prawa za przedsięwzięcie nieistotne lub bezsensowne, postulował natomiast oddzielenie teorii prawa od takiej krytyki i twierdził, że moralna krytyka prawa wymaga dysponowania adekwatną opisową teorią prawa. Jeżeli moralną krytykę prawa uzna się za zadanie filozofii politycznej, to w takim razie Hartowi przypisać można realistyczne pojmowanie filozofii politycznej, skoro jej punktem wyjścia ma być opisowa teoria prawa, a nie tylko ogólne zasady moralne, a zatem filozofia polityczna ma być wrażliwa na fakty życia społecznego.

Błędne byłoby jednak przekonanie, że Hartowskie *Pojęcie prawa* nie zawiera żadnych rozważań należących do filozofii politycznej. M. Kramer wskazuje na następujące wątki z dziedziny filozofii politycznej zawarte w dziele Harta: zagadnienie minimalnej zawartości prawa natury, kwestię sprawiedliwości, problem suwerenności i obowiązków politycznych¹⁵. Powstaje tu oczywiście pytanie, czy te rozważania należące do filozofii politycznej są istotną częścią pozytywistycznej teorii prawa Harta, w tym sensie, że bez nich teoria byłaby niepełna lub cierpiałaby na deficyt uzasadnienia, czy raczej wątki te są w jakimś sensie niezależne od teorii prawa, która pozostaje pełnokrwistą teorią prawa nawet gdy zostaną one pominięte. Zapewne intencją Harta była ta druga możliwość, skoro wedle cytowanej wyżej deklaracji jego teoria nie poszukuje uzasadnienia „form i struktur” wyznaczonych przez pojęcie prawa. Nie sądzę jednak, aby ta intencja została przez Harta w pełni zrealizowana, a to z tego względu, że koncepcja minimum treści prawa natury, w moim przekonaniu (które postaram się uzasadnić poniżej), stanowi niezbędny i istotny składnik jego teorii¹⁶.

3. WARTOŚCIOWANIE W POZYTYWISTYCZNEJ TEORII PRAWA

Podstawowe zatem pytanie, na które będę się starał odpowiedzieć, to pytanie, czy pozytywistyczne teorie prawa (a w tym teoria Harta) są w stanie zachować czysto opisowy charakter, czy też muszą z konieczności przyjąć, choćby *implicite*, pewne założenia lub tezy ewaluatywne czy normatywne, a w szczególności zało-

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 3, Oxford 2012, s. 240 (tłum. własne). Cytowany fragment jest zawarty w Postscript.

¹⁵ M. Kramer, *The concept of law and political philosophy*, „Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge” 2014, nr 41.

¹⁶ Tezę taką uzasadnia P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008, s. 148 n.

żenia z dziedziny filozofii politycznej (lub stosować argumentację należącą do tej dziedziny). Jeżeli okaże się, że takie założenia, względnie argumenty ewaluatywne czy normatywne, są dla tych teorii konieczne, to pojawi się bardziej ogólne pytanie, czy w ogóle możliwe jest sformułowanie analitycznej teorii prawa, wolnej od wszelkich wartościowań.

Rzecz jasna, każda teoria naukowa wymaga wartościowań, które można określić jako epistemiczne lub metateoretyczne. Mam tu na myśli takie wartości, jak: koherentność argumentacji, adekwatność i prostotę opisu, jasność w przechodzeniu od przesłanek do wniosków, zrozumiałość, moc predyktywną teorii itp. Są to wartości uniwersalne dla każdej teorii, a więc również teoria prawa się nimi kieruje. Zagadnieniem wartości metateoretycznych nie będę się jednak zajmował¹⁷.

Wskazuje się też, że w dziedzinie teorii prawa niezbędne są wartościowania, które J. Dickson określiła jako „pośrednie” (*indirect*)¹⁸. Prawo jako przedmiot badań ma wiele właściwości, zarówno pozytywnych, jak i negatywnych (tj. polegających na tym, że prawo ma pewną cechę albo nie ma pewnej cechy). Teoria prawa interesuje się takimi właściwościami, które uznaje za ważne czy doniosłe (*important*), pomija zaś te, które nie są doniosłe czy interesujące. I tak zapewne doniosłą właściwością prawa jest istnienie, względnie nieistnienie, jego koniecznego związku z moralnością, podobnie jak istnienie, względnie nieistnienie, koniecznego związku z przymusem. Właśnie te kwestie (poza innymi) są przedmiotem sporów w teorii prawa pojętej jako dyscyplina naukowa. Dla teorii prawa nie są interesujące i doniosłe rozmaite inne właściwości prawa (np. związek rozwoju prawa z popytem na farbę drukarską czy relacja prawa do reguł etykiety dworskiej). Uznanie jakiejś właściwości za ważną czy doniosłą także wymaga wartościowania, choć nie jest to wartościowanie moralne. Takie właśnie wartościowania J. Dickson określa jako pośrednie i twierdzi, że są one w każdej teorii prawa niezbędne. Taką tezę przyjmują zarówno pozytywiści, jak i non-pozytywiści¹⁹. Choć status pośrednich wartościowań budzi pewne wątpliwości, tą kwestią nie będę się dalej zajmował²⁰.

W dalszym ciągu interesować nas będą tylko wartościowania bezpośrednie w rozumieniu J. Dickson, a w szczególności wartościowania, które należą do domeny filozofii politycznej.

¹⁷ Odsyłam w tej mierze do rozdziału III książki powołanej w przypisie 11.

¹⁸ J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford 2001, s. 51 n.

¹⁹ Por. np. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, wyd. 2, Oxford 2011, s. 17. Twierdzi on, że bez takich wartościowań teoria prawa byłaby „kupą różnorodnych śmieciowych faktów”. Por. także J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford 1994, s. 237.

²⁰ D. Priel (*The scientific model of jurisprudence*, [w:] *Neutrality and Legal Theory*, red. J.F. Beltran, J.J. Moreso, D.M. Papayannis, Dordrecht 2013, s. 231 n.) twierdzi, że wartościowania, określane przez Dickson jako „pośrednie”, zawierają z konieczności odniesienie do pojęć wartościujących, takich jak odpowiedzialność, wolność, autorytet itp. Jak zatem można sądzić, wartościowania pośrednie muszą odwołać się do wartościowań bezpośrednich, gdyż ważność oceniamy z punktu widzenia pewnych wartości politycznych.

Analityczne, a przede wszystkim pozytywistyczne, teorie prawa określają swoje zadanie jako opisanie i wyjaśnienie natury prawa²¹. I tak np. J. Dickson, odwołując się bezpośrednio do J. Raza, twierdzi, że zadaniem analitycznej teorii prawa jest wyjaśnienie natury prawa poprzez wskazanie i objaśnienie cech, które sprawiają, że prawo jest tym, czym jest²². Trafna analityczna teoria prawa jest zbiorem zdań, które (i) są konieczne prawdziwe oraz (ii) adekwatnie wyjaśniają naturę prawa²³. Takie określenie zadań teorii prawa jest dość enigmatyczne, gdyż posługuje się wyrażeniami obciążonymi kłopotliwym filozoficznym багаżem, takimi jak „natura (istota)”, „konieczność” oraz „wyjaśnienie”. Nie jestem w stanie w tym opracowaniu przeprowadzić analizy tych określeń, dlatego odsyłam do wskazanej już książki. Wprawdzie powyższe sformułowanie zadań teorii prawa nie pochodzi od Harta, jednak nie ulega większej wątpliwości, że sam Hart (choć uważał, że pytania o naturę są mętne)²⁴ rozumiał zadania swojej teorii w analogiczny sposób, a w szczególności starał się odpowiedzieć na pytanie „czym jest prawo?”²⁵. Pojawia się tu dylemat w kwestii relacji między pytaniem o naturę prawa (czy też pytaniem, czym jest prawo) a pytaniem o pojęcie prawa. Choć sprawa nie jest prosta, dla uproszczenia przyjmę, że te dwa pytania są tożsame, a zatem zasadnicze pytanie analitycznych teorii prawa to pytanie o pojęcie prawa. Za J. Colemanem można więc nasz zasadniczy problem sformułować w następujący sposób: Czy nasze pojęcie prawa zależy od tego, jakie prawo powinno być, a zatem czy analiza tego pojęcia wymaga odwołania się do argumentów moralno-politycznych²⁶.

²¹ Być może lepszym tłumaczeniem angielskiego wyrazu „natura” byłby wyraz „istota”.

²² J. Dickson, *op. cit.*, s. 17. Por. także J. Raz, *Can there be a theory of law?*, [w:] *idem, Between Authority and Interpretation*, Oxford 2009, s. 17. Podobnie S. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass. s. 7 n. J.C. Bayon (*The province of jurisprudence undetermined*, [w:] *Neutrality and Theory of Law*, red. J. Beltran, J.J. Moreso, D.M. Papayannis, s. 5) uważa, że jest to określenie zadań teorii prawa, charakteryzujące współczesny mainstream analitycznej jurysprudencji. Por. także R. Alexy, *The nature of legal philosophy*, „Associations” 2003, z. 1, s. 71. Zatem takie pojmowanie zadań teorii prawa przyjmowane jest także przez niepozytywistów, jak R. Alexy. Jednocześnie jednak inni niepozytywiści, a w szczególności R. Dworkin (*Justice in Robes*, Cambridge, Mass. 2006, s. 216), ostro sprzeciwiają się takiemu określeniu zadań teorii prawa. Dworkin pisze, że „natura prawa” to „conforming mantra, postivism’s phlogiston”.

²³ Tak określone zadanie analitycznych teorii prawa jest kwestionowane z różnych punktów widzenia. Ostatnio D. Enoch (*Is General Jurisprudence Interesting?*, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2601537 (dostęp: 20.06.2016) argumentował, że zadanie to jest po prostu mało interesujące. Z innego punktu widzenia twierdzić można, że prawo nie ma żadnej natury.

²⁴ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 18.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ J. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001, s. 3–4.

Pożyteczne wydaje się odróżnienie (przyjęte przeze mnie za J. Dickson) trzech odmiennych pytań dotyczących moralnej neutralności/moralnego zaangażowania teorii prawa²⁷.

— Czy w celu adekwatnego zrozumienia prawa teoretyk prawa musi ocenić prawo z punktu widzenia moralności (pytanie o moralną ocenę)?

— Czy w celu adekwatnego zrozumienia prawa teoretyk prawa musi uznać prawo za zjawisko uzasadnione moralnie (pytanie o moralne uzasadnienie)?

— Czy (jednym z) kryterium sukcesu teorii prawa jest to, że prowadzi ona do pozytywnych konsekwencji moralnych (pytanie o konsekwencje moralne teorii prawa)?

Ze względu na to, że interesują mnie relacje między teorią prawa a filozofią polityczną, zasadnicze znaczenie ma drugie pytanie. Pytanie pierwsze bowiem nie jest z konieczności związane z filozofią polityczną. Prawo można oceniać z różnych perspektyw, a w szczególności z punktu widzenia takich wartości, które nie mają charakteru wartości politycznych. Pozytywista nie musi negować tego, że zrozumienie prawa wymaga zaangażowania różnorodnych wartości. Drugie pytanie natomiast dotyczy moralnego uzasadnienia prawa jako zjawiska funkcjonującego w sferze polityki (a nie moralnej oceny poszczególnych regulacji prawnych, gdyż prawo może zostać uznane za zjawisko moralnie uzasadnione mimo negatywnej oceny moralnej poszczególnych regulacji prawnych). Nie ma wątpliwości, że jest to fundamentalne pytanie z dziedziny filozofii politycznej. Niewątpliwie punktem wyjścia takiego uzasadnienia są pewne rzeczywiste właściwości prawa składające się na jego naturę, a pytanie zadawane przez filozofię polityczną to pytanie, czy prawo znajduje uzasadnienie moralno-polityczne, czy też jakie wymagania prawo musi spełniać, aby (pozostając prawem, a nie stając się czymś innym) takie uzasadnienie uzyskać. Jak sądzę, odpowiedź wymaga zastosowania podejścia realistycznego w dziedzinie filozofii politycznej, skoro punktem wyjścia są rzeczywiste właściwości prawa składające się na jego naturę, a nie ideały moralne w rodzaju ideału sprawiedliwości. Rzecz jasna, w zależności od rodzaju filozofii politycznej odpowiedź na pytanie o uzasadnienie moralno-polityczne pozytywistycznego pojęcia prawa może wypaść albo pozytywnie, albo negatywnie.

Trzeba wyjaśnić, że ze względu na to, iż przedmiotem naszego zainteresowania jest metateoretyczna teza o neutralności, nawet negatywna odpowiedź na każde z tych trzech pytań nie przesądza o tym, że nie istnieją konieczne związki (w jakimkolwiek rozumieniu konieczności) między prawem a moralnością. To ostatnie twierdzenie ma bowiem charakter teoretyczny, a nie metateoretyczny. Nawet uznanie istnienia takich koniecznych związków nie musi powodować fałsyfikacji tezy o neutralności. Opis tych związków nie musi bowiem z konieczności prowadzić do porzucenia neutralnej postawy.

²⁷ J. Dickson, *op. cit.*, s. 9.

Spróbujmy zatem zidentyfikować (bez pretensji do kompletności) główne zagadnienia, w związku z którymi pojawiają się pytania, czy pozytywistycznie zorientowana teoria prawa jest w stanie zachować tezę o neutralności. Uwagi będą bezpośrednio odnosiły się do teorii H.L.A. Harta, lecz, jak sądzę, mają odpowiednie zastosowanie do innych teorii pozytywistycznych.

(a) Zagadnienie wewnętrznego punktu widzenia

Teza o neutralności wymaga, aby odpowiedź na pytanie o naturę prawa została udzielona odrębnie od odpowiedzi na pytanie o moralne uzasadnienie prawa. Teoria prawa musi zatem zostać sformułowana niejako z punktu archimedejskiego, przez neutralnego obserwatora stojącego na zewnątrz praktyk prawnych, a nie z punktu widzenia uczestnika tych praktyk. Teoria prawa zatem dla pozytywistów nie jest częścią porządku prawnego. Jak wiadomo, odmienne stanowisko zajmuje R. Dworkin, dla którego teoria prawa jest „silent prologue to any decision of law”²⁸, a możliwość stworzenia teorii prawa z archimedejskiego punktu widzenia jest iluzją²⁹. Pozytywiści zdają sobie sprawę z tej trudności i poświęcają jej dużo uwagi. Hart twierdzi, że zbudowanie teorii prawa wymaga uwzględnienia wewnętrznego punktu widzenia, jednakże nie narusza to tezy o neutralności, gdyż taki wewnętrzny punkt widzenia (a zatem zaangażowanie moralno-polityczne) nie musi zostać przyjęty przez teoretyka prawa, którego zadaniem jest opisanie roli tego punktu widzenia. Tezą teorii Harta jest natomiast twierdzenie, że przyjęcie wewnętrznego punktu widzenia przynajmniej przez urzędników (sędziów) jest koniecznym warunkiem istnienia porządku prawnego. Używając terminologii J. Raza, można powiedzieć, że dla teoretyka prawa wystarczający jest „zdystansowany” (*detached*) punkt widzenia, który uwzględnia wewnętrzny punkt widzenia uczestników praktyki prawnej, ale go nie podziela³⁰. Jest to stanowisko tych, którzy starają się przyjąć wewnętrzny punkt widzenia ze względów heurystycznych, czyli jedynie hipotetycznie, tj. starają się spojrzeć na porządek prawny oczyma jego uczestników. Powstaje trudne do rozstrzygnięcia zagadnienie, na czym taki punkt widzenia polega i czy istotnie próba odsłonięcia natury prawa nie wymaga zaangażowania wartości politycznych, choćby hipotetycznie przyjętych. Jeżeli wewnętrzny punkt widzenia z konieczności musi angażować wartości polityczne, a odsłonięcie natury prawa wymaga uwzględnienia go choćby w sposób zdystansowany, to zapewne odsłonięcie natury prawa wymaga zaangażowania przynajmniej ocen systemowo zrelatywizowanych do tych właśnie wartości politycznych³¹. Nie muszą być one podzielane przez teoretyka (a nawet jeśli są, to jego przekonania w tej mierze pozostają poza zakresem jego teorii), lecz tym niemniej odwołanie

²⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986, s. 90.

²⁹ R. Dworkin, *Justice...*, s. 140 n.

³⁰ J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 153 n.

³¹ Notabene, polska teoria prawa (J. Wróblewski, Z. Ziemiński) wprowadza pojęcie ocen zrelatywizowanych systemowo, które w moim przekonaniu pozwala na lepszy opis idei zdystansowanego punktu widzenia niż terminologia stosowana przez Raza.

się do nich jest niezbędne do sformułowania teorii prawa. Inaczej rzecz ujmując, można stwierdzić, że zrealizowanie hermeneutycznego celu teorii prawa wymaga odwołania się do wartości uznawanych przez tych, którzy przyjmują wewnętrzny punkt widzenia. Nie znaczy to jednak, że teoria prawa musi uznać prawo za uzasadnione z punktu widzenia moralności politycznej w mocnym znaczeniu tego określenia, obejmującym akceptację przez teoretyka wartości stanowiących podstawę uzasadnienia. Wystarczy bowiem słabe, czy inaczej — hipotetyczne, uzasadnienie: jeżeli przyjmie się wartości W, to prawo jest z ich punktu widzenia uzasadnione (lub dla teorii krytycznych odwrotnie: prawo z punktu widzenia tych wartości nie ma uzasadnienia). Teoria prawa zatem nie może obejść się bez ocen, lecz wystarczające są dla pozytywistów oceny systemowo zrelatywizowane. Przy takim ujęciu teorii musiałyby przyjąć tezę, że właściwością składającą się na naturę prawa jest to, że osoby przyjmujące wewnętrzny punkt widzenia uznają prawo za moralnie uzasadnione z punktu widzenia swoich wartości politycznych. Sporną kwestią jest to, czy wewnętrzny punkt widzenia aktorów praktyki prawa (urzędników) musi z konieczności odwoływać się do wartości polityczno-moralnych jako podstawy akceptacji prawa, a w szczególności akceptacji reguły uznania. Hart uważał, że tak nie jest (nie wykluczając przy tym, że wewnętrzny punkt może opierać się na racjach moralnych), a wyznawany przez niego konwencjonalizm zawiera tezę, iż oczekiwania, że inni uczestnicy praktyki prawnej (sędziowie) kierują się regułą uznania, stanowią przynajmniej część racji przemawiających za akceptacją tej reguły³². Taka racja ma charakter koordynacyjny, a nie aksjologiczny. Racją przemawiającą za posługiwaniem się regułą uznania są bowiem wzajemne oczekiwania wobec innych, a nie treściowo określone wartości. Rzecz jasna, takie oczekiwania opierają się (a przynajmniej mogą się opierać) na wartościach (w tym wartościach moralnych), lecz wartości przyjmowane przez różnych uczestników praktyk koordynacyjnych nie muszą być tożsame, o ile uzasadniają takie same oczekiwania. Pozytywizm w swej wersji konwencjonalistycznej nie musi więc prowadzić do moralnego uzasadnienia prawa, nawet w słabym (zdystansowanym) rozumieniu wskazanym wyżej.

Ściśle konwencjonalistyczna interpretacja Harta wydaje się jednak nieuzasadniona, o ile za składnik jego teorii natury prawa uzna się koncepcję minimum treści prawa natury³³. Hart uważa, że do przetrwania społeczeństwa niezbędne jest funkcjonowanie pewnych rudymenarnych reguł pierwotnych, w tym chroniących życie (a w szczególności ograniczających użycie siły fizycznej), chroniących choćby minimalistycznie pojmowaną własność, niekoniecznie indywidualną itp. Uzasadnienie tej Hartowskiej koncepcji minimum treści prawa natury jest raczej funkcjonalistyczne niż aksjologiczne. W wypadku braku takich

³² A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 41.

³³ Por. krytyczne omówienie tej koncepcji w P. Kamela, *op. cit.*, s. 123–195.

rudymenarnych reguł pierwotnych ludzie nie mieliby powodów (*reasons*) do przestrzegania jakichkolwiek reguł. Hart podkreśla, że między pewnymi naturalnymi faktami (ograniczone siły człowieka, ograniczoność zasobów) a zawartością tych rudymenarnych reguł istnieje „racjonalny związek”³⁴. Racją obowiązywania takich reguł w jakimkolwiek porządku normatywnym nie jest zatem konwencja (która jest natury rzeczy arbitralna), lecz konieczna funkcja prawa, polegająca na tym, że prawo umożliwia przetrwanie społeczeństwa. Ta funkcja jednakże nie działa automatycznie (na zasadzie związku przyczynowego), ale jest zapośredniczona przez rozum ludzki, a zatem musi być uznana przez ludzi za ważną czy wartościową. I to prowadzi nas do kluczowego zagadnienia celu lub funkcji prawa jako składnika jego natury.

(b) Zagadnienie celu lub funkcji prawa

Drugie zagadnienie, z którym wiąże się kwestia neutralności teorii prawa, to pytanie dotyczące celu lub funkcji prawa. Trzeba tu zauważyć, że dyskusja dotycząca celu lub funkcji prawa obarczona jest wieloma niejasnościami natury pojęciowej. Po pierwsze, w literaturze anglosaskiej używane są określenia takie, jak „purpose”, „aim”, „end”, które są przybliżonymi synonimami polskiego wyrazu „cel”, lecz zapewne mają zniuansowane odmienne konotacje znaczeniowe. Po drugie, cel jest często utożsamiany z funkcją, co przynajmniej na pierwszy rzut oka wydaje się niewłaściwe. Jak sądzę, cel jest pojęciowo związany z wyborem (coś może stać się celem, jeżeli jakiś podmiot dokonał odpowiedniego wyboru). Cel jest zawsze czymś celem, zatem mówienie o celu jakichkolwiek obiektów może być co najwyżej skrótem myślowym. Funkcja nie zawsze związana jest z czymkolwiek wyborem (np. trzustka w organizmie człowieka pełni pewne funkcje fizjologiczne niezależnie od naszego wyboru). Jeżeli zatem mówi się o celu prawa, należałoby wskazać podmiot, który dokonał odpowiedniego wyboru. Można jednak argumentować, że skoro prawo jest artefaktem społecznym, to cel przypisany został prawu w spontanicznym procesie tworzenia tego artefaktu. Kwestii zróżnicowania pojęciowego między celem a funkcją poświęca się jednak we współczesnej dyskusji bardzo mało uwagi, a ograniczone ramy tego opracowania nie pozwalają na dokładniejsze rozważenie tej kwestii.

Jeżeli do natury prawa należy jakiś określony cel lub funkcja (tj. istotową właściwością prawa jest to, że ma ono określony cel albo pełni określoną funkcję), to teoria prawa, bez naruszenia tezy o neutralności, może przeprowadzać wartościowania instrumentalne, a w szczególności udzielać odpowiedzi na pytania, jakie inne cechy prawa są niezbędne do wypełniania tej funkcji lub realizacji tego celu. Takie wartościowania, używając języka J. Raza, będą przeprowadzane ze zdystansowanego punktu widzenia, gdyż nie będą wymagały moralno-politycznej akceptacji takiego celu lub funkcji przez teoretyka. Instrumentalne wartościowania mogą zostać przeprowadzone nawet przez teoretyka, który prywatnie jest anar-

³⁴ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 193.

chistą i w dziedzinie filozofii politycznej zwalcza instytucje państwowo-prawne. Nie rozwiązuje to jednak naszego problemu, gdyż pojawia się pytanie, czy samo przypisanie prawu jakiegoś celu lub funkcji nie musi opierać się na wartościowaniu pierwotnym, należącym do dziedziny filozofii politycznej.

By uniknąć wątpliwości, pragnę podkreślić, że nie chodzi tu o cel jakiegoś określonego prawa (*the law*), lecz o cel prawa jako takiego (*law*). To, że określone prawa (np. ustawy) mają jakiś cel, jest oczywistością. Rozważania dotyczące celu prawa dotyczą istotowego celu prawa, a więc celu będącego składnikiem natury prawa.

Współczesne nie-pozytywistyczne teorie prawa (Dworkin, Finnis, Moore) nie wahają się przy przypisywaniu prawu takiego istotowego celu. Dla interpretacyjnej teorii R. Dworkina jest to wręcz warunek możliwości uprawiania teorii prawa. Prawo jest pojęciem interpretacyjnym, a interpretacja jest „przypisaniem celu obiektowi lub praktyce, tak aby uczynić ją najlepszym możliwym przykładem formy lub rodzaju, do którego należy”³⁵.

Jak wiadomo, dla Dworkina najbardziej abstrakcyjnym i fundamentalnym celem prawa jest

ograniczenie władzy rządu w następujący sposób. Prawo wymaga, że siła nie może być użyta, bez względu na to, jak użyteczne byłoby to dla realizacji przyjętych celów, chyba, że jej użycie jest dozwolone lub wymagane przez indywidualne prawa i zadania wynikające z przeszłych decyzji politycznych [...] ³⁶.

Jak można sądzić, tak określony cel prawa jest dla Dworkina celem dystynktywnym, gdyż odróżnia prawo od wszelkich innych systemów normatywnych. Jest to przy tym wspólny cel wszystkich porządków prawnych³⁷. Nawet jeżeli pominie się merytoryczną trafność tej tezy Dworkina, która zakłada, że odwoływanie się do przymusu jest konieczną właściwością prawa, nadal pojawia się zasadnicze pytanie, czy ta teza Dworkina może zostać uzasadniona z jakiegoś nie-archimedejskiego punktu widzenia. U Dworkina brak jest takiego uzasadnienia, przypisanie takiego celu prawu jest dla niego założeniem. Teza ta nie może być konkluzją zastosowania metodologii interpretacyjnej, gdyż przypisanie prawu celu jest punktem wyjścia zastosowania tej metodologii, a nie jej rezultatem³⁸. Założenie to ma charakter wyrażnie wartościujący, a jak można sądzić, podstawą dla przyjęcia takiego właśnie założenia jest Dworkinowska filozofia polityczna. Zatem, czego Dworkin wcale nie ukrywa, jego teoria prawa nie jest neutralna, lecz stronnicza, a w gruncie rzeczy jest częścią filozofii politycznej. Trzeba przy tym podkreślić, że takie określenie celu nie polega na wskazaniu moralnego ideału, do którego ma dążyć prawo, lecz cel ten ma charakter konstytutywny. Zatem jakkolwiek porządek normatywny, który nie miałby tego celu, nie byłby „złym prawem”, ale po prostu nie byłby prawem. W tym więc sensie Dworkinowska filozofia polityczna wyznacza jego teorię prawa.

³⁵ R. Dworkin, *Law's Empire*, s. 52 (tłum. własne). Współczesne teorie prawno-naturalne odwołują się raczej do celu prawa rozumianego jako realizacja wspólnego dobra.

³⁶ *Ibidem*, s. 93 (tłum. własne). Dworkin co prawda twierdzi, że ten cel przypisuje prawu tylko „provisionally” albo „for the sake of argument”, lecz wątek ten nie jest dalej przez niego rozwijany.

³⁷ O pojęciu „distinctive purpose” i „unifying purpose” zob. J. Gardner, *Law's Aim in Law's Empire*, [w:] *Exploring Law's Empire*, red. S. Hershovit, Oxford 2008, s. 207.

³⁸ Co wyrażnie uwidacznia się w stwierdzeniu Dworkina, że „[...] constructive interpretation is a matter of imposing [wyr. — T.G.-S.] purpose on the object [...]” (*idem*, *Law's Empire*, s. 52). Por. krytykę Dworkina w J. Coleman, *op. cit.*, s. 184.

Takie przypisanie celu spotkało się, jak wiadomo, z zasadniczym sprzeciwem Harta. Píše on w Postscript:

Podobnie jak inne postacie pozytywizmu, moja teoria nie postuluje identyfikacji celu prawa i praktyk prawnych jako takich [...] W rzeczywistości sędzę, że złudne byłoby poszukiwanie jakiegokolwiek bardziej specyficznego celu, któremu prawo jako takie służy, poza dostarczaniem wskazówek postępowania ludzi i standardów krytyki postępowania³⁹.

Tak ogólnie określony cel jest dla Harta celem wspólnym wszelkiego prawa, ale nie dystynktywnym, gdyż taki sam cel ma wiele innych, pozaprawnych systemów normatywnych. Jest to przy tym cel czysto formalny, gdyż nie określa w żadnej mierze treści regulacji prawnych. Można argumentować nawet, że jest on zdeterminowany językowym znaczeniem wyrazu „prawo”, a więc w tym sensie jest celem konstytutywnym. Nic, co nie stwarza „guides to human conduct”, nie jest prawem⁴⁰.

Taka odpowiedź Harta nie przesądza jednak o tym, że jego teoria jest całkowicie wolna od założeń odnoszących się do filozofii politycznej. Hart nie akceptuje Kelsenowskiej tezy, iż prawo może mieć dowolną treść. Mam tu na myśli wskazaną już Hartowską koncepcję minimum treści prawa natury. Nie wdając się w analizę tej koncepcji, pragnę podkreślić tylko, iż prawo nieinkorporujące minimum treści prawa natury, zdaniem Harta, „[...] nie mogłoby realizować minimalnego celu przeżycia, który to cel mają ludzie, stowarzyszając się z innymi”⁴¹.

Związek między pewnymi faktami dotyczącymi społeczeństwa (deficyt dóbr, nierówność siły, ograniczony altruizm) a konieczną minimalną zawartością prawa nie ma, rzecz jasna, dla Harta charakteru związku przyczynowego. Fakty te stanowią racje (*reasons*) uzasadniające to, że prawo winno mieć określoną minimalną treść⁴².

Cel polegający na umożliwieniu przeżycia jest celem niekontrowersyjnym ze względu na swoją minimalność⁴³. Oczywiście jego wyboru nie może jednak zaprzeczać temu, że jest to cel z dziedziny moralności politycznej. Hart wyraźnie sugeruje, że porządek normatywny, który by cel taki ignorował, nie byłby porządkiem prawnym, a więc cel jest celem konstytutywnym dla prawa (choć niekoniecznie celem specyficznym)⁴⁴. Nawet oczywisty wybór moralny pozostaje wyborem moralnym⁴⁵. Skoro wybór ten dotyczy sposobu organizacji społeczności,

³⁹ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 248–249 (tłum. własne).

⁴⁰ Nawet tak ogólnie określony cel prawa został odrzucony przez B. Tamanaha. Por. *idem*, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, s. 193 n.

⁴¹ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 193.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ B. Williams (*Realism and moralism...*, s. 3) określa zachowanie porządku i bezpieczeństwa jako „first political question”. Rozstrzygnięcie tej kwestii jest dla niego warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym legitymacji państwa.

⁴⁴ Wskazuje na to L. Green w przedmowie do trzeciego wydania *The Concept of Law*, s. 35.

⁴⁵ Por. M. Martin, *Judging Positivism*, Oxford, Portland, Oregon 2014, s. 149.

jest to wybór z dziedziny filozofii politycznej. Nie stanowi on kryterium selekcji jakiegokolwiek określonej filozofii politycznej, gdyż, jak można sądzić, tak minimalistycznie określony, akceptuje bardzo szerokie spektrum filozofii politycznych (być może z wyjątkiem skrajnego anarchizmu).

(c) Reguły pierwotne i wtórne

Trzecie zagadnienie jest nieco bardziej złożone. Dotyczy ono odróżnienia reguł pierwotnych i wtórnych jako składników porządku prawnego, a w szczególności kwestii uzasadnienia pojawiania się reguł wtórnych. Jak wiadomo, Hart przedstawił pewną wizję przyczyn, dla których w porządkach prawnych pojawiły się reguły wtórne. Wizja ta na pierwszy rzut oka wygląda jak zarys teorii z dziedziny antropologii społecznej. Nieporozumieniem byłoby jednakże traktowanie tej wizji jako zarysu teorii podlegającej empirycznym testom. Wizja ta jest u Harta, uprawiającego wszak teorię prawa „from the armchair”, raczej pewnym eksperymentem myślowym, a sam Hart nie jest zainteresowany gromadzeniem dowodów empirycznych popierających tę wizję⁴⁶.

Istotne jest natomiast to, że jako rację dla wzbogacenia o reguły wtórne prymitywnego porządku normatywnego, składającego się wyłącznie z reguł pierwotnych, wskazuje on pewne wady (*defects*) takiego prymitywnego porządku, a w szczególności niepewność, statyczność i niewydolność (*inefficiency*)⁴⁷. Ta argumentacja Harta jest powszechnie znana, a więc nie ma potrzeby jej dokładniejszego opisywania. Ważne wydaje się natomiast to, że Hart nie przyjmuje ewolucyjnego punktu widzenia, a zatem nie uważa, że prymitywne porządki normatywne, składające się wyłącznie z reguł pierwotnych, zostały wyeliminowane w drodze jakiegś spontanicznej selekcji naturalnej. Hart podkreśla wyraźnie, że cel wyeliminowania tych wad jest racją dla wzbogacenia porządku normatywnego o reguły wtórne. Nie chodzi tu zatem znowu o jakiś naturalistycznie pojmowany związek przyczynowy czy ewolucyjny proces, ale o rację uzasadniającą działania ludzkie (choć działania te nie są elementami jakiegoś ogólnego planu, lecz jawią się nam jako spontaniczne). Hart określa reguły wtórne jako „remedies”, a więc środki służące do eliminacji tych wad, a zatem odnosi się w jakiś sposób do racjonalności instrumentalnej. Racjonalność instrumentalna jakichkolwiek środków (*remedies*) zrelatywizowana jest do uprzednio wybranego celu. Ostatecznie niezbędnym składnikiem racji dla tychże środków jest zatem wybrany cel. I tu należy odróżnić dwie alternatywne sytuacje: badacz przyjmuje albo zdystansowany (*detached*), albo zaangażowany (*committed*) punkt widzenia. Przyjęcie zdystansowanego punktu widzenia nie wymaga moralnej akceptacji celu. Wystarczające jest hipotetyczne twierdzenie: jeżeli chcemy zrealizować cel C, to winni-

⁴⁶ Krytycznie o tym ujęciu Harta zob. J. Gardner, *Why Law May Emerge: Hart's Problematic Fable*, „University of Oxford Legal Research Papers Series” 2013, nr 61, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269613 (dostęp: 20.06.2016). Por. także M. Krygier, *The concept of law' and social theory*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1982, nr 2, s. 174 n.

⁴⁷ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 92–94.

śmy zastosować środek M, co nie przesądza o tym, że badacz musi zaakceptować cel C. Natomiast przyjęcie zaangażowanego punktu widzenia obejmuje akceptację celu C. Ta akceptacja musi się opierać na wyborze aksjologicznym; nie ma celów, które byłyby aksjologicznie neutralne. Nawet cele niekontrowersyjne i oczywiste uzasadnione są przez wybory aksjologiczne (które mogą być powszechnie przyjmowane i ewidentne).

Powstaje zatem pytanie, czy Hart, analizując rolę reguł wtórnych jako „remedies” eliminujących wady prymitywnego porządku składającego się wyłącznie z reguł pierwotnych, przyjął zdystansowany, czy zaangażowany punkt widzenia.

Lektura *Pojęcia prawa* nie pozostawia, moim zdaniem, wątpliwości co do tego, że Hart przyjął zaangażowany punkt widzenia⁴⁸. Pewność, dynamiczność i wydolność porządku prawnego nie funkcjonują w jego teorii tylko jako hipotetycznie przyjęte wartości, będące podstawą formułowania ocen zrelatywizowanych instrumentalnie i systemowo, lecz jako wartości, do realizacji których porządek prawny winien dążyć, choć nie mogą zostać one całkowicie zrealizowane (a nawet mogą powstać konflikty między tymi wartościami)⁴⁹. Jednakże prawo możemy należycie zrozumieć tylko wtedy, gdy uwzględnimy te wartości, a więc w tym sensie dążenie do ich realizacji jest istotową właściwością prawa. I znowu: wybór tych właśnie wartości wydaje się wyborem najzupełniej oczywistym, co nie zaprzecza temu, że jest to wybór moralny, należący do dziedziny moralności politycznej⁵⁰.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Okoliczność, że prawo ma pewną społeczną funkcję czy cel (np. zapewnienie przeżycia społeczności), a cel ten jest konstytutywny (choć nie specyficzny) dla prawa, nie oznacza z konieczności, że każde prawo tę funkcję lub cel faktycznie spełnia, a zatem, że każde prawo z punktu widzenia tych wartości moralno-politycznych zasługuje na aprobatę. Jakiś porządek prawny może zawieść w tym sensie, że nie zapewni zadowalającego kogokolwiek stopnia spełnienia tych funkcji lub celów. Pozostanie jednak porządkiem prawnym, podobnie jak zepsuty samochód pozostanie samochodem, choć nie może spełnić swej konstytutywnej funkcji⁵¹. Tak jak nie potrafimy postrzegać jakiegoś przedmiotu jako samochodu, jeżeli nie przypiszemy mu funkcji przemieszczania się, nie potrafimy zrozumieć jakiegoś porządku normatywnego jako prawa, jeżeli nie przypiszemy mu funkcji zapewniania przeżycia społeczności. Przypisanie prawu społecznej funkcji czy celu konstytutywnego (a więc będące-

⁴⁸ Zwraca na to uwagę T. Campbell. Por. *idem*, *Rewriting Hart's Postscript*, „Problema. Anuario de Filosofia e Teoria del Derecho” 5, 2011, s. 50.

⁴⁹ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 273.

⁵⁰ Inaczej L. Green, *The concept of law revisited [book review of the concept of law, 2nd ed. by H.L.A. Hart]*, „Michigan Law Review” 1996, nr 94.6, s. 1698 n., który twierdzi, iż teza, że Hart pojmował porządki prawne zawierające reguły wtórne jako „lepsze” od porządków składających się tylko z reguł pierwotnych, jest fałszywa.

⁵¹ *Ibidem*, s. 710.

go składnikiem natury prawa) nie przesądza zatem o pozytywnej ocenie żadnego określonego porządku prawnego, a w szczególności o tym, że prawo zawsze taki cel spełnia⁵². Takie ujęcie nie przesądza zatem o tym, że prawo jest niejako z natury rzeczy przynajmniej minimalnie legitymizowane.

W związku z tym można zauważyć u Harta jeszcze jedno założenie natury aksjologicznej. Podstawowa pozytywna wartość prawa jest konsekwencją zalet organizacji społeczeństwa za pomocą reguł. Reguły, bez względu na swoją treść, zawsze, przynajmniej w pewnym stopniu, chronią nas przed arbitralnością. Jak pisze T. Campbell, „to nie jest oczywiście twierdzenie, że reguły są pożyteczne bez względu na ich treść, lecz że reguły są niezbędną techniką zapewnienia pewnych rodzajów korzyści społecznych”⁵³.

Dla Harta reguły są pożyteczne ze względu na to, że ich istnienie jest koniecznym warunkiem uzyskania pewnych korzyści społecznych. Można powiedzieć, iż wedle Harta nie jest tak, że obowiązywanie prawa opiera się na wartościach, tym niemniej obowiązywanie prawa składającego się z reguł (bez względu na ich treść) skutkuje realizacją pewnych minimalnych wartości⁵⁴. Sam Hart zresztą *explicitie* podkreśla bliski związek zachodzący między sprawiedliwością a stosowaniem reguł, w uproszczeniu polegający na tym, że reguły umożliwiają (choć nie gwarantują) realizację minimalistycznie pojętej sprawiedliwości⁵⁵.

Jak sądzę więc, teoria Harta nie jest w stanie całkowicie uniknąć zaangażowania normatywnego, a w szczególności nie jest wolna od założeń i argumentów przynależnych do dziedziny filozofii politycznej. Wniosek ten, w moim przekonaniu, dotyczy wszystkich pozytywistycznych teorii prawa, które wszak recypują Hartowską „rule of recognition”. Sam Hart zresztą w pierwszym wydaniu *The Concept of Law* zdawał się przywiązywać mniejszą wagę do tezy o neutralności, a waga tej tezy została podkreślona przez niego dopiero w Postscript w kontekście polemiki z Dworkinem, w szczególności w celu wykazania, że jego własna teoria jest przedsięwzięciem zupełnie innego rodzaju niż teoria Dworkina. Chcę raz jeszcze podkreślić, że teza o neutralności ma charakter tezy metateoretycznej, a więc dotyczy teorii prawa, a nie bezpośrednio prawa. Dlatego też teza o separacji (separowalności) prawa i moralności jako teza teoretyczna nie wynika z tezy o neutralności, a z tezy o separacji nie wynika teza o neutralności, gdyż należą one do różnych poziomów refleksji.

⁵² Jak słusznie stwierdza J. Gardner (*Law's Aim...*, s. 216), samo pojęcie działalności celowej zakłada to, że działalność ta może okazać się bądź skuteczna, bądź nieskuteczna. Jeżeli „failure” w spełnianiu jakiegoś stanu rzeczy nie jest możliwa (tj. ten stan rzeczy musi z konieczności nastąpić), to ten stan rzeczy nie może być pojęciowo określany jako cel.

⁵³ T. Campbell, *op. cit.*, s. 36 (tłum. własne).

⁵⁴ J. Gardner, *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, „American Journal of Jurisprudence” 46, 2001, z. 1, s. 224.

⁵⁵ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 161.

Staralem się wykazać, że teza o neutralności jest fałszywa w tym sensie, że sam Hart nie zachowuje całkowitej neutralności wobec wartości politycznych. Oczywiście nie oznacza to, że Hart odchodzi od stanowiska pozytywistycznego. Trzeba bowiem odróżnić dwie całkowicie odrębne kwestie⁵⁶. Pierwsza z nich sprowadza się do pytania, czy odwoływanie się do wartości politycznych jest konieczne do zidentyfikowania pewnych zdań jako prawdziwych zdań prawnych (*true propositions of law*). Hart na to pytanie odpowiada przecząco, a jego koncesja na rzecz miękkiego pozytywizmu oznacza tylko, że uznaje on, iż systemy prawne mogą inkorporować kryteria moralne do swej reguły uznania (oprócz kryterium pochodzenia)⁵⁷. Jest to jednak teza opisowa, a nie wartościująca. Druga kwestia natomiast sprowadza się do pytania, czy sądy wartościujące (należące do dziedziny filozofii politycznej) są niezbędne do uzasadnienia tezy, że kryteria moralne nie są konieczne do identyfikacji prawa (względnie, w wersji twardego pozytywizmu, nie są nigdy kryteriami obowiązywania). Hart nie odpowiada wprost na to drugie pytanie. Sądzę jednak, że jego pozytywistyczna teoria prawa opiera się na wskazanych już założeniach, należących do domeny filozofii politycznej, które pełnią istotną rolę w uzasadnieniu koncepcji reguły uznania jako koniecznego (i istotowego) składnika porządku prawnego. Jeżeli tak jest, teza o neutralności jako teza metateoretyczna jest fałszywa. Podkreślam raz jeszcze, że fałszywość tej tezy w żadnej mierze nie wpływa na status teoretycznej „Separation Thesis”. Ta teza przedmiotowa może być prawdziwa, nawet gdy metapredmiotowa teza o neutralności jest fałszywa.

Uwikłanie pozytywizmu prawniczego w filozofię polityczną uwidocznia się w jeszcze inny sposób. Jeżeli analiza jest trafna, to pozytywiści, w celu utrzymania spójności swej teorii, muszą w jej ramach zaakceptować ideę „rule of law”. Wskazane już minimalne i niekontrowersyjne wartości polityczne, zakładane przez pozytywizm prawniczy, byłyby bowiem całkowicie nierealizowalne w sytuacji, w której reguły składające się na prawo są systematycznie nieprzestrzegane i naruszane, zwłaszcza przez organy władzy, a w tym sądy. „Rule of law” jest zbiorem wartości politycznych. Nie chodzi tu o to, że pozytywizm musi zaakceptować jakąś określoną koncepcję „rule of law”, lecz wyłącznie o to, że musi on uznać, iż postępowanie zgodne z regułami (bez względu na ich treść) niesie z sobą pewną wartość (która oczywiście może pozostawać w niezgodzie z innymi wartościami). Nie rozwijam tego zagadnienia, gdyż zostało ono szczegółowo omówione w książce, o której wspomniałem⁵⁸.

Czy konkluzja ta oznacza, że Hartowski pozytywizm prawniczy jest wewnętrznie niespójny, a w szczególności występuje napięcie między jego warstwą teoretyczną a metateoretyczną? Nie sądzę, aby taki wniosek był uprawniony. Jak

⁵⁶ Por. J. Waldron, *Kant's Legal Positivism*, „Harvard Law Review” 109, 1995, nr 6, s. 1541.

⁵⁷ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 250 n.

⁵⁸ T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *op. cit.*, s. 384 n.

wskazałem, trzeba odróżnić dwie całkowicie odrębne kwestie. Pierwsza z nich dotyczy zaangażowania wartości politycznych w wyjaśnienie natury prawa. Druga natomiast odnosi się do zaangażowania wartości w udzielanie odpowiedzi na pytanie, jakie normy obowiązują w danym porządku prawnym (lub inaczej: w określaniu warunków prawdziwości zdań prawnych)⁵⁹. Pozytywizm odróżnia się od innych teorii prawa negatywną odpowiedzią na to drugie, a nie na pierwsze pytanie, a w szczególności twierdzi, że takie zaangażowanie nie jest konieczną czy istotową właściwością prawa. Jak sądzę jednakże, wyjaśniając naturę prawa, pozytywizm odwołuje się do pewnych minimalistycznych wartości.

4. POZYTYWIZM JAKO TEORIA MINIMUM — ZAGADNIENIE NORMATYWNOŚCI PRAWA

Tak czy inaczej, przyjmowane przez Harta założenia z dziedziny filozofii politycznej są założeniami słabymi, a przez to zasadniczo niekontrowersyjnymi. Jak sądzę, podstawą przyjęcia tych założeń jest to, że są one implicytnymi składnikami potocznej teorii (*folk theory*) prawa. W książce, do której już się odwoływałem, staraliśmy się uzasadnić tezę, że teoria Harta jest rezultatem analizy pojęciowej w jej umiarkowanej roli, wedle znanego odróżnienia F. Jacksona⁶⁰. Teoria Harta jest rezultatem racjonalnej rekonstrukcji *folk theory* prawa. Jej składnikami są nie tylko sądy deskryptywne, lecz także sądy wartościujące, w tym przekonania dotyczące minimalnych wartości stojących u podstaw prawa. Kto (może z wyjątkiem anarchistów) odrzuca wartości, takie jak przetrwanie społeczeństwa, porządek społeczny, przewidywalność decyzji władczych, sprawiedliwość formalna? Zasadnicze różnice zdań między różnymi filozofiami politycznymi pojawiają się dopiero wtedy, gdy wartości te wchodzi w konflikt z innymi wartościami politycznymi, a w szczególności z jakkolwiek pojętą sprawiedliwością materialną. Pozytywizm prawniczy w jego współczesnym kształcie nie zajmuje (wbrew obiegowej opinii) żadnego stanowiska wobec takich konfliktów. Waga tezy o neutralności uwidocznia się właśnie w tym kontekście. I tak np. pozytywizm nie zajmuje żadnego stanowiska w kwestii rozwiązania konfliktu wartości „rule of law” i wartości sprawiedliwości materialnej, uznając, że jest to problem filozofii politycznej, a nie teorii prawa⁶¹. Prawny obowiązek przestrzegania prawa nie jest dla pozytywistów równoznaczny z moralnym obowiązkiem. Pozytywizm zatem zajmuje postawę neutralną, ale jest to neutralność względna.

⁵⁹ Por. A. Marmor, *Philosophy of law: Reply to critics*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 10, 2014, nr 1, s. 100 n.

⁶⁰ F. Jackson, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford 1998, s. 32 n.

⁶¹ Por. J. Waldron, *Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's Philosophy of Law*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 10, 2014, nr 1, s. 81 n.

Pozytywizm bowiem nie opowiada się po stronie żadnej określonej filozofii politycznej spośród tych, które uznają minimalne wartości już wskazane, a zatem uznających prawo (*law*) za zjawisko *prima facie* uzasadnione, co nie oznacza, że każdy konkretny porządek prawny (*the law*) jest z punktu widzenia filozofii politycznej uzasadniony. Pozytywizm jest natomiast nie do pogodzenia z koncepcjami anarchistycznymi i nihilistycznymi, negującymi wszelką wartość jakiegokolwiek prawa przez zanegowanie wewnętrznej (*intrinsic*) wartości jakichkolwiek reguł.

Należy przy tym podkreślić, że Hart w swej (minimalistycznej) filozofii politycznej jako punkcie wyjścia teorii prawa zajmuje stanowisko realistyczne, a nie moralistyczne. Jego punktem wyjścia nie są bowiem ideały moralne, lecz obserwacje dotyczące życia społecznego i faktycznych właściwości człowieka. Na tej właśnie podstawie buduje swoją koncepcję minimum treści prawa natury, która, jak starałem się wykazać, jest istotnym składnikiem jego teorii.

Słabość założeń z dziedziny filozofii politycznej ma oczywiście pewną cenę, którą pozytywizm prawniczy musi zapłacić. Nie pretendując do kompletności wyliczenia, wskażę tylko na dwa istotne zagadnienia, których, moim zdaniem, pozytywizm prawniczy nie jest w stanie zadowalająco rozstrzygnąć.

Pierwsze z tych zagadnień to zagadnienie normatywności prawa. Samo pojęcie normatywności jest niejasne i często trudno się zorientować, czego dotyczy dyskusja. Za D. Enochem należy odróżnić normatywność formalną i normatywność „pełnokrwistą”⁶². Normatywność formalna wyraża się w naszych sądach dotyczących tworzenia, istnienia, przestrzegania i naruszania reguł lub jakichkolwiek innych standardów poprawności. Lektura *Pojęcia prawa* skłania do wniosku, że Hart, mówiąc o normatywności prawa, ma zapewne na myśli właśnie takie formalne pojmowanie normatywności⁶³. Prawo ma charakter normatywny, gdyż w dyskursie prawnym mówimy o obowiązujących regułach, powinnościach, uprawnieniach, osądzamy jakieś działania jako zgodne lub niezgodne z regułami prawnymi itp. Tego samego rodzaju normatywność stwarzają wszelkie inne systemy reguł, np. reguły gry lub reguły etykiety. Z punktu widzenia tych systemów można bowiem oceniać jakieś zachowanie się jako zgodne lub niezgodne z regułą, można mówić o tym, co ktoś powinien uczynić lub do czego ktoś ma uprawnienie.

Gdy natomiast mówimy o „pełnokrwistej” normatywności, chodzi nam o odpowiedź na pytanie o rzeczywiste (*genuine*) racje działania⁶⁴. To, że z punktu widzenia reguł jakiejś gry lub z punktu widzenia reguł prawnych moje postępowanie może zostać określone jako zgodne lub niezgodne z odpowiednią regułą, zdaniem

⁶² D. Enoch, *op. cit.*, s. 8 n.

⁶³ Por. np. H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 85 n.

⁶⁴ Raz w tym kontekście mówi o „justified normativity”. Por. *idem*, *The Authority...*, s. 134 n.; oraz G. Postema, *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, [w:] *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, t. 11, Heidelberg, Dordrecht, New York, London 2011, s. 353.

Enocha, nie przesądza o tym, że ta reguła dostarcza mi rzeczywistej racji działania. To, że reguły etykiety nakazują mi używania widelca, nie przesądza jeszcze o tym, że mam rzeczywistą rację do używania go. Ta zrelatywizowana do reguł etykiety racja staje się rzeczywistą racją działania dopiero wtedy, gdy mam rację do przestrzegania reguł etykiety, względnie rację do uczestniczenia w jakiejś grze. Gdy mówmy o normatywności moralności lub prawa, mamy zwykle na myśli właśnie to, że dostarczają nam one rzeczywistych racji do działania. Moralność i prawo dają nam racje do działania, które są niezależne od naszego uprzedniego wyboru uczestniczenia w „grze” moralnej lub prawnej. Mam obowiązek postępowania zgodnie z moralnością i prawem. Jestem związany ich wymaganiami, mimo tego że nie dokonałem wyboru uczestniczenia w grze prawnej lub moralnej. Prawo i moralność są normatywne, o ile dostarczają nam rzeczywistych racji działania, a nie tylko stanowią podstawę do oceny naszego zachowania jako zgodnego lub niezgodnego z jakimiś wymaganiami⁶⁵.

Zdaniem wielu teoretyków prawa (w tym teoretyków z obozu pozytywistycznego, takich jak Raz i Shapiro) rzeczywiste racje działania to wyłącznie racje moralne, a rzeczywiste obowiązki to obowiązki moralne.

Takie ujęcie, rzecz jasna, budzi wiele kontrowersji. Po pierwsze, teza, że moralność dostarcza nam rzeczywistych racji działania wydaje się zakładać co najmniej kognitywizm metaetyczny (o ile nie realizm moralny). Coś staje się rzeczywistą racją działania, jeżeli odpowiednie przekonanie moralne „Powinno się X” jest prawdziwe. Normatywność w takim rozumieniu zatem to „uzasadniona normatywność”. Fałszywe przekonania moralne nie dostarcza nam żadnych racji działania, lecz co najwyżej pozoru takich racji. Po drugie, kontrowersyjny jest postulat, że zadaniem teorii prawa jest satysfakcjonujące wyjaśnienie normatywności prawa, a zatem wyjaśnienie, w jaki sposób prawo dostarcza rzeczywistych racji działania, a więc charakteryzuje się pełnokrwistą normatywnością. Teza, że prawo jest normatywne w tym właśnie sensie, może mieć co najmniej trzy interpretacje⁶⁶. Wedle pierwszej z nich prawo zawsze dostarcza nam rzeczywistych racji działania. Jeżeli rzeczywiste racje to zawsze racje moralne, a w szczególności polityczno-moralne, to taką interpretację mogą przyjąć tylko radykalne teorie antypozytywistyczne, gdyż z tezy tej wynika, że reguła, która dostarcza racji sprzecznych z racjami polityczno-moralnymi, nie jest z definicji regułą prawną, a racje takie są tylko pozorne⁶⁷. Wedle drugiej interpretacji prawo niekiedy (choć

⁶⁵ O różnych rozumieniach tezy, że prawo dostarcza nam racji do działania zob. D. Enoch, *Reason-giving and the law*, [w:] *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, red. L. Green, B. Leiter, Oxford 2011, *passim*.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 29.

⁶⁷ Taki pogląd przypisać można R. Dworkinowi, zwłaszcza w ostatnim etapie jego twórczości — por. *idem*, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass. 2013, s. 400 n., gdzie broni on tezy, że prawo jest „branch” moralności, a w szczególności moralności politycznej. „Legal rights” są „political rights”.

nie zawsze) dostarcza rzeczywistych racji działania. Teza o normatywności prawa w tej interpretacji jest banalna, gdyż, o ile rzeczywiste racje to racje moralne, głosi ona w gruncie rzeczy, że prawo czasami jest zgodne, a czasami niezgodne z moralnością. Dostarczanie rzeczywistych racji działania, wedle tej interpretacji, jest przygodną właściwością prawa, a zatem pozostaje poza obszarem zainteresowania teorii prawa, która ma odsłonić wyłącznie istotowe i konieczne właściwości prawa. W swej trzeciej interpretacji teza o normatywności prawa głosi, że prawo ma zdolność do dostarczania rzeczywistych racji działania, choć nie zawsze racji takich dostarcza. Zadaniem teorii prawa jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie właściwości prawa generują tę zdolność. Jak sądzę, taką interpretację tej tezy można przypisać Razowi, który swoją teorię prawa opiera na „service conception of authority” i związanej z nią koncepcji racji wyłączających. Na tej podstawie Raz twierdzi, że prawo zgłasza tylko roszczenie do dostarczania rzeczywistych racji, które nie zawsze jest spełnione. To, że prawo zgłasza roszczenie do dostarczania rzeczywistych (moralnych) racji działania, jest dla Raza konieczną (istotową) właściwością prawa. Żaden system normatywny nie jest prawem, o ile nie zgłasza lub nie ma zdolności do zgłaszania takiego roszczenia.

Jak wiadomo, sam Hart sprzeciwiał się utożsamianiu rzeczywistych racji z racjami moralnymi i uznawał, że obowiązki prawne są rzeczywistymi obowiązkami, różnymi od moralnych. Problem polega na tym, że jak wykazano, ujęcie reguły uznania jako reguły konwencjonalnej, rozwiązującej problem koordynacyjny, pozwala co najwyżej na uzasadnienie normatywności prawa przy założeniu, że racje koordynacyjne są rzeczywistymi racjami, różnymi od racji moralnych⁶⁸. Co więcej, teoria Harta wyjaśnia tylko normatywny charakter prawa w stosunku do urzędników (sędziów), którym reguła uznania dostarcza konwencjonalnych racji do identyfikowania reguł prawnych zgodnie z pewnymi kryteriami. Dla pozostałych osób prawo jest normatywne tylko w słabym sensie, zgodnie z odróżnieniem Enocha, a więc w tym sensie, że dostarcza podstawy do oceny ich zachowań jako zgodnych lub niezgodnych z wymaganiami prawnymi.

Podsumowując, należy stwierdzić, że pozytywiści na ogół przyjmują jedno z następujących rozwiązań: albo (i) uznają, że problem normatywności prawa (w mocnym rozumieniu normatywności) nie jest w ogóle zagadnieniem teorii prawa, a zatem nie muszą się nim zajmować⁶⁹, albo (ii) uznają, że wystarczającym rozwiązaniem tego problemu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, dlaczego ludzie uznają, że prawo dostarcza im racji działania⁷⁰ (niezależnie od tego, czy

⁶⁸ A. Dyrda, *Konwencja...*, s. 35 n. Jak wskazuje D. Enoch (*Reason-Giving...*, s. 29), konwencjonalizm pozwala na wyjaśnienie, że prawo niekiedy dostarcza racji działania, ale nie na uzasadnienie tezy, że prawo zawsze, bez względu na swoją treść, takich racji dostarcza.

⁶⁹ Tak np. B. Bix, *Legal positivism and “explaining” normativity and authority*, „University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Papers Series” 2006, nr 09-05, <http://ssrn.com/abstract=1331974> (dostęp: 20.06.2016), s. 6.

⁷⁰ Takie stanowisko przypisać można zapewne Hartowi.

racje te są rzeczywiste), albo też (iii) uznają, że zadaniem teorii prawa jest tylko wyjaśnienie możliwości stwarzania przez prawo rzeczywistych racji działania⁷¹. To, czy prawo takie racje *de facto* generuje, jest już zagadnieniem z dziedziny filozofii politycznej. Odpowiedź na to pytanie może być różna w odniesieniu do różnych porządków prawnych.

Jak sądzę, najbardziej ambitnym zadaniem jest ostatnie z wymienionych. Zadanie takie stawia swojej teorii J. Raz. Fundamentalne jest dla niej odróżnienie warunków prawdziwości roszczenia prawa do moralno-politycznej legitymacji od warunków *intelligibility* (zrozumiałości) takiego roszczenia. Warunki *intelligibility* mają charakter czysto faktyczny, warunki prawdziwości mają charakter wartościujący⁷². Odpowiedź na pytanie, jakie warunki dany porządek normatywny musi spełniać, aby móc zgłosić roszczenie do moralno-politycznej legitymacji, to zatem zadanie teorii prawa. Natomiast określenie warunków prawdziwości tego roszczenia to zadanie filozofii politycznej.

Czy pełnokrwista teoria prawa winna więc wyjaśniać, w jaki sposób prawo dostarcza swoim adresatom rzeczywistych racji działania? Jeżeli uzna się, że tylko racje moralne (a w wypadku prawa racje moralno-polityczne) są rzeczywistymi racjami działania, to teoria prawa, zachowująca tezę o neutralności, nie jest w stanie dostarczyć takiego wyjaśnienia. Racje moralno-polityczne nie są generowane przez moralność konwencjonalną (tj. moralność faktycznie wyznawaną przez daną społeczność), która może być przedmiotem neutralnego opisu, ale przez moralność krytyczną, dającą odpowiedź na pytanie, co jest dobre, a co złe (co oczywiście jest notoryjnie sporne), a nie tylko odpowiedź na pytanie, co jest uznawane za dobre i złe.

Teorie pozytywistyczne (w tym teoria Harta) nie są zatem pełnokrwistymi teoriami prawa, lecz raczej tylko „teoriami minimum”. Odpowiadają one na interesujące i ważne pytania, a odpowiedzi te są, jak starałem się wykazać, oparte na pewnym minimum niekontrowersyjnych założeń należących do domeny filozofii politycznej, lecz minimalistyczny charakter tych założeń nie pozwala im na udzielenie wyczerpującej odpowiedzi na pytanie o podstawy normatywności prawa. Pozytywistyczne teorie prawa nie są w stanie więc odpowiedzieć na wszystkie nurtujące nas pytania dotyczące natury prawa. Odpowiedzi na pytanie, czy i pod jakimi warunkami prawo dostarcza nam rzeczywistych racji działania (lub według języka Raza generuje uzasadnione obowiązki), musimy poszukiwać w dziedzinie filozofii politycznej. Sądzę zatem, że teoria Raza jest w tym sensie najmniej minimalistyczna spośród wszystkich pozytywistycznych teorii prawa, gdyż nie ignoruje zagadnienia normatywności prawa, lecz wskazuje granice, w jakich od teorii prawa możemy oczekiwać wyjaśnienia tej normatywności.

⁷¹ Takie stanowisko przypisać można zapewne J. Colemanowi. Por. *idem*, *The Practice...*, s. 153.

⁷² Krytycznie o tym odróżnieniu G. Postema, *op. cit.*, s. 359.

Minimalizm pozytywistycznych teorii prawa przejawia się jeszcze w co najmniej jednym ważnym aspekcie, który z uwagi na ograniczone cele tego opracowania mogę tylko wskazać. Wbrew często w polskiej nauce prawa wyrażanej opinii teorie pozytywistyczne są teoriami prawa, a nie teoriami orzekania czy teoriami rozumowań prawniczych. Dla J. Raza kluczowe jest odróżnienie „reasoning about law” i „reasoning in accordance with law”⁷³. Teoria prawa może się odnosić tylko do pierwszego z tych rodzajów rozumowań, natomiast jednolita teoria orzekania jest dla Raza niemożliwa do zbudowania⁷⁴. Pozytywistyczna teza o neutralności odnosi się do pierwszej z tych domen. Rozumowania prawnicze w procesie orzekania, jako rozumowania „in accordance with law”, są z konieczności rozumowaniami moralnymi⁷⁵. Choć może Hart nie stawia tez tak mocnych jak Raz, to jednakże w *The Concept of Law* ma bardzo mało do powiedzenia na temat teorii orzekania. Dla pozytywistów sądy nie są stolicami prawa.

POLITICAL PHILOSOPHY AND POSITIVISTIC LEGAL THEORY

Summary

The purpose of the paper is to explore the question whether the positivistic legal theory may be developed without any assumptions pertaining to political philosophy. The legal theory of H.L. Hart is examined. The author comes to the conclusion that Hart (notwithstanding the declaration that his theory is purely descriptive) adopts certain tacit evaluative assumptions, and, therefore does not maintain absolute neutrality vis-a-vis political values. Hart's assumption are, however, minimal and therefore uncontroversial. This causes that his theory is not able to propose a satisfactory explanation of the normativity of law. Various understandings of the role of a legal theory in such an explanation are discussed.

⁷³ J. Raz, *Ethics...*, s. 327–328.

⁷⁴ Por. G. Postema, *op. cit.*, s. 385 n. Krytykę ujęcia Raza, odróżniającego teorię prawa od teorii orzekania, zawiera praca M. Martin, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁵ J. Raz, *Ethics...*, s. 340.