

Tomasz Pietrzykowski

„MIĘKKI” POZYTYWIZM I SPÓR O REGUŁĘ UZNANIA

1. Uwagi wstępne

Pozytywizm prawniczy nigdy nie był w naszym kraju określeniem budzącym pozytywne skojarzenia¹. Poglądy określane tym mianem, we wszelkich ich wcieleniach, atakowane były zarówno z pozycji ideologii marksistowskiej², katolickich obrońców doktryny prawa natury³, jak i apologetów bliżej niesprecyzowanej filozofii „humanistycznej”⁴. Tymczasem stanowi on współcześnie najbardziej żywotny, płodny i wpływowy kierunek w myśleniu o prawie i kluczowych dla niego pojęciach. Co interesujące, na kształt współczesnego pozytywizmu prawniczego zasadniczy wpływ miały przynajmniej trzy potężne ataki, jakie doktryna ta odparła w XX w. Ich następstwem stała się zarówno ewolucja poglądów samych pozytywistów, jak również, a może przede wszystkim, wyjaśnienie wielu bezpodstawnie przypisywanych jego zwolennikom twierdzeń, tudzież nad- i dezinterpretacji stawianych przez pozytywistów tez. I tak, wyzwanie rzucone pozytywizmowi przez amerykańskich realistów w pierwszej połowie XX w. wywołało dyskusję, w trakcie której pozytywistom udało się sprostować fałszywie przypi-

¹ Nie jest to zresztą cechą charakterystyczną jedynie dla polskojęzycznego piśmiennictwa prawniczego, także w innych krajach zauważa się, iż „For most contemporary legal theorists legal positivism is little more than a backcloth which serves to highlight the superiority of their own more sophisticated and more enlightened approaches to law”. Autor ten dodaje, iż ustawiczne powtarzanie krytyki pozytywizmu doprowadziło do sytuacji, że bywa on traktowany jako swego rodzaju „oczywiście błędne, a potencjalnie niebezpieczne historyczne dziwactwo” (T. Campbell, *The Point of Legal Positivism*, „The King’s College Law Journal”, vol. 9 (1998), s. 63–65.)

² J. Wróblewski, *Krytyka normatywistycznej koncepcji Hansa Kelsena*, Warszawa 1954; K. Opalek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 1954 z. 1; jednym z nielicznych opracowań prezentujących mniej jednostronne stanowisko wobec tradycji pozytywistycznej jest artykuł J. Woleńskiego, *O pozytywizmie prawniczym* [w:] J. Pawlica (red.) *Etyka a prawo i praworządność*, Kraków 1998.

³ Cz. Martyniak, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938; J. Krapiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1975.

⁴ Por. np. odwołujące się do neokantyzmu poglądy M. Szyszkowskiej, *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Warszawa 1989; *idem*, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995.

ywane im stanowisko, jakoby stosowanie prawa miało, ich zdaniem, polegać na mechanicznym”, pozbawionym wpływu czynników pozaprawnych, sylogistycznym wnioskowaniu z ostrych i jednoznacznych norm prawnych⁵. Kolejny atak, wywołany głośnym „nawróceniem” G. Radbrucha na pozycje umiarkowanego usnaturalizmu, pozwolił sprostować mniemanie, jakoby pozytywści uznawali, iż eza o pojęciowej odrębności prawa od moralności implikuje obowiązek bezwinkowego posłuszeństwa wobec prawa, bez względu na jego treść⁶. Ostatni ze wspomnianych ataków, którego bynajmniej nie można potraktować w kategoriach zakończonego już epizodu, to wystąpienie R. Dworkina skoncentrowane na rytyce nowoczesnego pozytywizmu, za modelowy przykład którego autor ten uznaje poglądy H.L.A. Harta, zawarte w jego klasycznym już *Pojęciu prawa*⁷. Ten atak – który przynajmniej pod względem powszechności i emocji towarzyszących dyskusji, stanowi bez mała najważniejsze wydarzenie w anglosaskim piśmiennictwie z dziedziny teorii i filozofii prawa od czasu ukazania się książki Harta – postawił ponownie w centrum zainteresowania przyjmowany przez pozytywistów rozdział prawa od moralności, zmuszając do ponownego przemyślenia charakteru, roli i konsekwencji wartościowań moralnych, stosowanych przez sądy do rozstrzygania tzw. „trudnych przypadków” (*hard cases*)⁸. Atak ten, ściślej dyskusja nim wywołana, doprowadziła do wykształcenia się w ramach pozytywizmu dwóch stanowisk – tzw. pozytywizmu „miękkiego”, zgodnie z którym zasadne, a jednocześnie spójne z podstawowymi tezami pozytywizmu jest wierzenie, iż w realnie istniejących systemach prawnych wartości moralne inkorporowane są do prawa jako kryteria jego obowiązywania oraz pozytywizmu „twardego”, broniącego mocniejszej tezy o zupełnej walidacyjnej niezależności prawa od moralności, zgodnie z którą zawsze jest tak, iż obowiązywanie prawa sprowadza się do stwierdzenia istnienia pewnych obiektywnych i weryfikowalnych „faktów społecznych”, uznawanych za jego źródła⁹. Pozytywizm „twardy”

⁵ Literatura poświęcona realizmowi jest powszechnie znana, a zbyt obszerna, by powoływać tu, nawet tytułem przykładu, poszczególne dzieła. Z nowszego piśmiennictwa poświęconego szkole realizmowej i jej implikacjom dla teorii prawa por. np. zbiór okolicznościowych artykułów *The Path of Law after 100 Years*, Harvard Law Review vol. 50 (1997); na temat stosunku zarzutów szkoły realizmowej względem pozytywizmu por. np. A.J. Sebok, *Misunderstanding Positivism*, Michigan Law Review vol. 93 (1995).

⁶ Nowszą literaturą obrazującą stań dyskusji nad „formułą Radbrucha” to R. Alexy, *W obrocie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993 z. 11–12, *idem*, *Der Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992; ogólnie na temat współczesnej krytyki pozytywizmu z pozycji prawnonaturalnych ze szczególnym uwzględnieniem koncepcji J. Finnis’a, por. np. R. George, *In Defense of Natural Law*, Oxford 1999.

⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, I wyd. Oxford 1960, II wyd. wraz z *Postscript* (red. J. Bulloch, J. Raz), Oxford 1994. Polski przekład książki Harta pt. *Pojęcie prawa, wraz z Postscriptem* z 1994 r., w tłumaczeniu J. Woleńskiego, wydany został w 1998 r. nakładem PWN.

⁸ Por. R. Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien* [w:] B. Schichler, P. Koller, B. Funk (Hrsg.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, s. 31.

⁹ Należy jednak odnotować wyraźną nierównowagę w obu „obozach” – zdecydowana większość pozytywistów zajęła stanowisko „miękkiego” pozytywizmu (jak m.in. P. Soper, W. Waluhow, J. Coleman, D. Lyons oraz *last but not least* sam H.L.A. Hart), gdy pozytywizmu „twardego” bronią głównie Joseph Raz oraz Scott Shapiro.

odrzuca w całości zarzuty podnoszone przez Dworkina, a ponadto zarzuca pozytywistom „miękkim” wewnętrzną niespójność, wskazując, iż ich twierdzenia nie do pogodzenia z pozytywistycznym pojmowaniem prawa.

Niniejsze uwagi mają na celu zarysowanie podstawowych punktów spornej toczony wokół pozytywizmu „miękkiego” debaty oraz wysuwanych w niej argumentów, z całą jednak świadomością, iż daleko w niej jeszcze nie tylko do rozstrzygnięcia diskutowanych problemów, ale nawet do ostatecznego ukształtowania poszczególnych sformułowanych w niej stanowisk.

2. Dwie tezy współczesnego pozytywizmu prawniczego

Współczesny pozytywizm prawniczy, gdy spojrzeć nań przez pryzmat tego, co rzeczywiście twierdzą jego rzecznicy, nie zaś tego, jak przedstawiają go jego krytycy, w modelowym ujęciu opiera się na koniunkcji dwóch zasadniczych tez¹⁰:

- (i) Teza o źródłach (social sources thesis). Prawo ma swoje źródło w pewnej rodzaju faktach społecznych. Zgodnie z tym, fundamentalnym dla pozytywizmu twierdzeniem, o tym co jest prawem, a co nim nie jest, decyduje przyjmowana w danej społeczności konwencja, stanowiąca swego rodzaju fakt społeczny¹¹. Teza ta wyraża fundamentalne dla pozytywizmu twierdzenie, iż podstawa obowiązywania prawa nie ma charakteru metafizycznego, prawo bowiem nie wywodzi się z żadnej tak, czy inaczej pojmowanej „natury”, z której miałyby wynikać jakaś „konieczna” jego treść. O istnieniu i treści prawa obowiązującego w danej społeczności decyduje zatem określony zbiór faktów, dotyczących takich czy innych zachowań osób i tej społeczności należących¹². Zasadniczo i najogólniej rzecz biorąc, podstawowym faktem tego rodzaju jest istnienie pewnej zgodnej praktyki uznawania i identyfikacji określonych norm jako norm obowiązujących – praktyka stanowiąca jedynie wyraz akceptowanej (z takich czy innych powodów, przekonań, wierzeń itd.) konwencji.

¹⁰ Por. np. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 37 i n.; T. Campbell, *Introductory* [w:] *Idem* (ed.), *Legal Positivism*, Dartmouth 1999; B. Leiter, *Realism, Hard Positivism and Conceptual Analysis*, *Legal Theory* vol. 4 (1998), s. 534; J. Coleman, *Rules and Social Facts*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14 (1991); D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory. Essays in Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge 1993.

¹¹ Por. szerzej J. Coleman, *Rules...*, s. 717 i n.: „In short positivism as I understand it do not claim that law is necessarily a matter of rules. Nor does it claim that law necessarily has a limited domain. It does claim that law and morality are distinct and that law is a social fact (s. 724).

¹² D. Lyons, *Moral Aspects...*, s. 77.

(ii) teza o rozdziale (separability thesis); nie ma koniecznego, pojęciowego związku pomiędzy prawem a moralnością¹³. pozytywizm nie neguje (i nigdy nie negował), iż pomiędzy prawem a moralnością istnieje wiele powiązań różnego rodzaju. Jednakże są to powiązania natury faktycznej, a nie koniecznej¹⁴. Dla istnienia i obowiązywania prawa nie jest konieczne spełnienie jakichkolwiek kryteriów natury moralnej¹⁵. Teza o rozdziale jest również ujmowana jako założenie pojęciowej separacji prawa jakie jest, od prawa jakie być powinno, co wyraża zasadniczo tę samą ideę niezależności istnienia i obowiązywania prawa od moralnej oceny jego treści.

Poglądy na relację pomiędzy obiema powyższymi tezami są rozbieżne. Joseph az uważa, iż z tezy o źródłach bynajmniej nie wynika teza o rozdziale, tj. można rzymywać (i), a zaprzeczać (ii)¹⁶. Związane ma być to z okolicznością iż teza źródłach „nie mówi niczego na temat relacji pomiędzy faktami a wartościami oralnymi, nie wynikają z niej żadne wnioski dotyczące rozdziału prawa i molności”¹⁷. Według innego poglądu teza o rozdziale (ii) stanowi konsekwencję zy o źródłach (i)¹⁸. Nie można by więc przyjąć tezy (i), a odrzucić (ii). Z drugiej dnak strony, z tezy (ii) nie wynika teza (i). Relacja między tymi tezami ma więc iek charakter asymetryczny. O ile zatem wewnątrz sprzeczne byłoby stano- isko głoszące tezę o źródłach, a przeczące tezie o rozdziale, o tyle można, w myśl go poglądu twierdzić, iż nie istnieje konieczny, definicyjny związek pomiędzy awem a moralnością, pomimo że źródłem prawa nie jest żaden rodzaj faktu oiecznego¹⁹. Niezależnie od rozstrzygnięcia powyższej kontrowersji poza spo- m pozostaje raczej twierdzenie, iż trzon pozytywistycznego ujęcia prawa sta- wi łączna konfirmacja jakiejś postaci obu powyższych tez. Odrzucenie jednej nich przy akceptacji drugiej, nawet gdyby uznać to za postawę wewnątrznie

¹³ „Alle positivisitische Theorien vertreten die Trennungsthese. Diese sagt, daß der Begriff des Rechts so zu definieren ist, daß er keine moralischen Elemente einschließt. Die Trennungsthese setzt voraus, daß es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht und der Moral” (R. Alexy, *Der Begriff und Geltung...*, s. 15).

¹⁴ Por. H.L.A. Hart, *Positivism and Separation of Law and Morals* [w:] R. Dworkin, *The Philosophy of Law*, London 1979; K. Seelman, *Rechtsphilosophie*, München 1994, s. 34.

¹⁵ Por. słynne sformułowanie H. Kelsena: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein” *Keine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, s. 201 oraz J. Austina, „The existence of law is one thing; merit or demerit is another” (*The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, London 1954, s. 184).

¹⁶ J. Raz, *Practical Reason...*, s. 162 i n.; *Idem*, *The Authority...*, s. 38–39: „The claim that what is law and what is not is purely a matter of social fact still leaves it an open question whether or not those social facts by which we identify the law or determine its existence do or not endow it with moral merit”; podobnie D. Lyons, *Moral Aspects...*, s. 78 i n.

¹⁷ D. Lyons, *Moral Aspects...*, s. 79.

¹⁸ J.R. Toubes Muniz, *Is Soft Positivism a Positivism?* [w:] *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, Bologna 1995, s. 201: „the Separation thesis seems to follow from the social thesis, since the latter implies that the content of law can be identified without resort to moral argument”.

¹⁹ J.R. Toubes Muniz, *Is Soft Positivism...*, s. 201.

niesprzeczną, nie byłoby już jednak stanowiskiem pozytywistycznym – przynajmniej w powszechnie przyjmowanym jego rozumieniu²⁰.

Tak też, antycypując nieco dalsze rozważania, można nadmienić, iż jednym z podstawowych problemów charakterystyki koncepcji pozytywizmu „miękkiego” musi być wyjaśnienie spójności głoszonych w jego ramach poglądów z powyższymi – fundamentalnymi dla pozytywistycznego pojmowania prawa – tezami.

3. Argumentacja Ronalda Dworkina

Za punkt wyjścia argumentacji najgłośniejszego aktualnie oponenta pozytywizmu prawniczego można potraktować przeprowadzoną przez niego analizę wyroku sądu amerykańskiego w sprawie *Riggs vs. Palmer*²¹. W sprawie tej, najkrócej rzecz ujmując, chodziło o spadek, zapisany w testamencie osobie, która w obawie zmiany tegoż testamentu dokonała morderstwa spadkodawcy. Wina sprawcy nie ulegała wątpliwości, została ona stwierdzona w postępowaniu karnym, jednakże sąd cywilny stanął przed problemem, czy mimo to spadek należy się spadkobiercy. Obowiązująca wówczas ustawa nie przewidywała wyłączenia spadkobrania w razie morderstwa spadkodawcy przez spadkobiercę. Sąd jednak stanął na stanowisku, że zgodnie z zasadą, iż nie można osiągać korzyści z działań sprzecznych z prawem (*nemine dolous suus podesse debet*), czyn taki wyłącza możliwość przyznania spadku spadkobiercy. Tym samym, wywodzi R. Dworkin, decyzja o prawach i obowiązkach obywatela została wydana według „zasady prawnej”²², której status nie jest wytłumaczalny poprzez jej „pochodzenie”²³, a więc za pomocą odwołania do jakiegokolwiek pozytywistycznej reguły uznania. Wprost przeciwnie, jak podnosi Dworkin, zasady te uznawane są przez sądy ze względu na swą

²⁰ Zaznaczyć należy jednak, iż w literaturze niemieckojęzycznej dużo większy nacisk (być może pod wpływem wieloletniej dyskusji nad tzw. „formułą Radbrucha”) położony zdaje się być na tezę o rozdziale (*Trennungsthese*) – por. np. R. Alexy (por. *Begriff und Geltung...*, rozdz. 1 I) W. Ott, *Der Rechtspositivismus*, Berlin 1976, *passim*, szczególnie s. 98 i n.

²¹ 115 NY 506, 22 NE 188 (1889) – opis stanu faktycznego podaje za R. Dworkinem, *Biorąc prawa...*, s. 57 oraz zamieszczonym tam przypisem tłumacza. Opis stanu faktycznego tegoż przypadku zawarty jest także [w:] W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994, s. 247 i n.

²² Można zauważyć, że wskazuje się w literaturze (np. A. Peczenik, M. Atienza), iż zasady *nemine dolous suus podesse debet*, podana przez Dworkina jako przykład wyodrębnionej klasy „zasad”, stanowi w myśl jego własnego rozróżnienia właśnie regułę, a nie zasadę, przynajmniej pod względem sposobu jej stosowania (może być ona jedynie spełniona lub niespełniona). Wydaje się, iż zarzut ten jest o tyle nietrafny, iż Dworkin sam wskazuje, że poszczególne normy mogą być interpretowane jako k o zasady, bądź j a k o reguły – w zależności od tego, jak traktują się odstępstwa od nich (jak w wypadku analizowanej przez niego I poprawki do Konstytucji USA).

²³ Dworkin uznaje, że fundamentalną tezę pozytywizmu jest twierdzenie, iż reguły praw: identyfikowane (oraz indentyfikowalne) są za pomocą kryteriów odwołujących się nie do ich treści, lecz pochodzenia („rodowodu” – *pedigree*) z uznanych w myśl akceptowanej reguły uznania źródeł, a ponadto, że zbiór takich spełniających owo kryterium pochodzenia reguł wyczerpuje pojęcie „prawa” (*Biorąc prawa...*, s. 47–48).

reść; nie dlatego, iż pochodzą one od autorytetu prawotwórczego, lecz dlatego, że prowadzą do „słusznego” rozstrzygnięcia danego przypadku. Zasady prawne, takie właśnie jak zasada powołana przez sąd w sprawie *Riggs*, bez wątpienia z jednej strony odgrywają poważną rolę w argumentacji prawniczej zawartej w uzasadnieniach decyzji stosowania prawa, z drugiej zaś częstokroć nie są żaden bezpośredni sposób wyrażone w przepisach obowiązujących aktów prawnych (ustaw, rozporządzeń, precedensów itd.). Nie jest to, jak się wydaje, zezwolenie, którą postawić można jedynie w odniesieniu do systemów *common law*, lecz znajduje ona uzasadnienie także względem systemów prawa stanowionego²⁴. Zasady takie wykazują także, zdaniem R. Dworkina oraz wielu innych autorów, wiele „logicznych” odmienności od zwyczajnych reguł prawnych²⁵. Nie oznacza to jednak, iż zasady tego rodzaju nie mogą zostać zawarte w przepisach prawa stanowionego – dość oczywiste przykłady tego rodzaju podaje już sam Dworkin²⁶, dla oceny pozytywistycznego modelu prawa istotne są jednak przede wszystkim te, które nie zostały sponyzywizowane w żadnym przepisie prawa stanowionego. Podstawą argumentacji Dworkina skierowanej przeciw pozytywizmowi oraz centralnemu, jak zakłada, dla pozytywistycznego pojmowania prawa, pojęciu reguły uznania i związanemu z nim kryterium pochodzenia norm prawnych, jest więc wskazanie na te spośród zasad prawnych, które nie zostały zawarte w przepisach, a jednak funkcjonują w obrocie prawnym w sposób podobny do „standardowych” reguł prawa stanowionego.

Ewentualna strategia obronna pozytywisty, polegająca na wyłączeniu zasad prawnych tego rodzaju poza pojęcie prawa (poprzez założenie, że normami prawnymi są jedynie te normy, które spełniają kryterium pochodzenia, zaś niespełniające go zasady stanowią *ex definitione* normy pozaprawne) obarczona jest, zdaniem Dworkina, dwiema istotnymi słabościami. Po pierwsze, „musimy wówczas uznać, że rodzina mordercy w sprawie *Riggs* oraz producent w sprawie *Henningsen*²⁷ zo-

²⁴ Na ten temat np. M. Van Hoecke, *The Use of Unwritten Legal Principles by Courts*, Ratio Juris, vol. 8 (1995), Nr 3; G. Luf, *Zur Geltung von Rechtsprinzipien* [w:] B. Schilcher, P. Koller, B. Funk, *Prinzipien, Regeln und Elemente...*, s. 132; T. Pietrzykowski, Z. Tobor, *Pojęcie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, Lublin 1999; jako ciekawostkę można przytoczyć przykład rozstrzygnięcia przez polski Sąd Najwyższy w sprawie o zaprzeczenie odpowiedzialności za „nieumowny” zgodzie z tą samą zasadą, iż nikt nie może wyciągać korzyści z działań bezprawnych”, która posłużyła za przykład R. Dworkinowi – por., wyrok S.N. II CKN 378/98 (omówiony przez I. Lewandowską, *Nie płacił, a wymagał*, „Rzeczpospolita” z dnia 20 lipca 2000 r.); warto jednak przy tym zauważyć także, że rola takich zasad w orzecznictwie niższych instancji oraz – być może – pewnych kategorii spraw może być dużo bardziej ograniczona i nie powinna być przeceniana. Na ten temat zob. interesujące badania J. Górskiego, *Aksjologiczne przesłanki decyzji sądowych w sprawach gospodarczych* [w:] K. Palecki (red.), *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1997.

²⁵ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 56 i n.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 71 i n.; w polskiej literaturze problematykę tę omawia T. Gizbert-Studnicki, *Zasady reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 4; z nowszego piśmiennictwa na ten temat zob. B. Schilcher, P. Koller, B. Funk (red.) *Prinzipien, Regeln und Elemente...*, *passim*.

²⁶ R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, s. 66–67.

²⁷ Drugie z przykładowych rozstrzygnięć sądowych, którymi posługuje się Dworkin dla zilustrowania działania zasad prawnych – por. *Biorąc prawa...*, s. 58 i n.

stali pozbawieni swojej własności na skutek podjętego *ex post facto* działania sędziego według jego własnego uznania²⁸. Po drugie, jak zauważa Dworkin, „skoro zasady odgrywają pewną rolę w sporach na temat obowiązku prawnego, to model, który bierze je pod uwagę, ma już na wstępie przewagę nad tym, który tego nie czyni”, zaś „nieprzystawalność zasad do teorii pozytywistów nie może stanowić argumentu przemawiającego za tym, że zasady muszą być traktowane w jakiś szczególny sposób. Opiera się to na nie dowiedzionych przesłankach; jesteśmy zainteresowani statusem zasad, ponieważ pragniemy ocenić model pozytywistów. Pozytywista nie może bronić swojej teorii reguły uznania przez arbitralne zadekretowanie; jeśli zasady nie poddają się jego sprawdzianom, musi podać inny powód, dla którego nie mogą one zostać uznane za część prawa²⁹. Trudno zakwestionować powyższy pogląd Dworkina, w myśl którego odrzucenie jego zarzutów poprzez arbitralne wykluczenie zasad poza pojęcie prawa i traktowanie ich, jako jedynie uwzględnianych przez sąd „norm pozaprawnych”, stanowiłoby obronę wniosków pozytywizmu na podstawie jego własnych założeń, a zatem zawierałoby oczywisty błąd *petitio principii*.

Antypozytywistyczna argumentacja w wydaniu R. Dworkina opiera się więc na spostrzeżeniu roli odgrywanej w procesie stosowania prawa przez nieustanowione przez żaden autorytet normotwórczy (w sensie pozytywistycznym) zasady, z większą lub mniejszą wagą wpływające jednak na rozstrzygnięcia prawne (w szczególności w *hard cases*) poprzez okoliczność, iż sędziowie uznają tego rodzaju zasady za wiążące, a zatem rozstrzygnięcie, wydane z ich pogwałceniem, za sprzeczne z prawem.

Nie wdając się w ocenę zasadności i konkluzywności powyżej zreferowanej argumentacji Dworkina (co nie stanowi wszak przedmiotu niniejszych rozważań, a dla problemu „miękkiego” pozytywizmu nie musi wcale stanowić kwestii relevantnej), należy zauważyć, iż jego wystąpienie wywołało niezwykle żywą i trwającą do dziś dyskusję w szeregach obrońców współczesnego pozytywizmu prawniczego. Stawiając na porządku dziennym problem zasad prawnych, który – jak dość zgodnie przyznano – w dotychczasowym pozytywistycznym modelu prawa nie został dostatecznie wyeksponowany i uwzględniony³⁰, Dworkin zmusił pozytywistów do ponownego przemyślenia koncepcji reguły uznania i związanego z nim statusu norm moralnych w systemie prawa pozytywnego.

²⁸ *Ibidem*, s. 71.

²⁹ *Ibidem*, s. 81–82.

³⁰ Sam bezpośrednio zaatakowany H.L.A. Hart przyznaje, iż „argumentacje z takich niekonkluzywnych zasad są ważnym rysem przy orzekaniu i rozumowaniu prawniczym. (...) Odbryznia zasługa Dworkina polega na wskazaniu wagi i roli niekonkluzywnych zasad w rozumowaniu prawniczym” (*Postowie*, s. 351).

4. Możliwe strategie obrony pozytywizmu³¹

Problem zasad prawnych opisanych przez R. Dworkina stanowi dla pozytywizmu oczywistą trudność. Jeżeli bowiem jest tak w istocie, iż pewnego rodzaju zasady funkcjonują jako wiążące normy prawne z uwagi nie na pochodzenie, ale na treść, wówczas upada podstawowa dla pozytywizmu teza, zgodnie z którą obowiązywanie prawa jest niezależne od jego treści.

Jak zwrócić uwagę w literaturze, wobec problemu rozstrzygnięć typu *Riggs vs. Palmer* oraz wynikających z nich konsekwencji dla pozytywistycznego ujęcia prawa, pozytywista może przyjąć kilka zasadniczo odmiennych postaw³². Może nianowicie twierdzić, iż zasady, w rodzaju tych powołanych w *Riggs*, nie są obowiązującymi normami prawa, a sąd postąpił w sposób sprzeczny z prawem, gdyż w rozstrzyganym przypadku przepisy prawa jasno określały, kto jest uprawniony do dziedziczenia. Generalnie rzecz biorąc, sądy, odwołując się do tego rodzaju zasad, nie stosują prawa, a poruszają się w sferze dyskrecjonalności, wydając orzeczenia *praeter* bądź *contra legem* (jak w wypadku *Riggs*). Jednakże, „trudno lostrzec, coż takie stanowisko wnosi ponad powtórzenie tezy pozytywizmu. Z pewnością zaś nie zawiera argumentów na jego obronę”³³.

Po wtóre, pozytywista może twierdzić, iż wprawdzie zasady takie bywają wiążące dla sądów, jednakże nie podważa to pozytywistycznego ujęcia prawa. Można ironicznie postawić sprawę, jak dowodzi J. Raz³⁴, nawet przyznając, że zasady powoływane przez Dworkina mogą w niektórych sytuacjach być traktowane jako wiążące przez organy stosujące prawo. Wszak sędzia, stosując prawo, bywa niejednokrotnie związany nie tylko normami obowiązującego prawa, ale może mieć obowiązek zastosować chociażby normy prawa obcego, różnego rodzaju regulacji wewnętrznych, kodeksów etyki itd. To, iż są one wiążące dla sędziego w danej sprawie, nie musi bynajmniej oznaczać, że są one obowiązującym prawem. W myśl tego stanowiska, odwołanie do różnego rodzaju norm pozaprawnych, nawet wówczas, gdy nie jest wyrazem dyskrecjonalnej decyzji sędziego, a jego obowiązkiem, nie musi oznaczać inkorporacji tego rodzaju norm do obowiązującego prawa. Powyższe stanowisko stanowi rdzeń pozytywizmu „twardo”.

Można także utrzymywać, jak czyni to R. Sartorius³⁵, iż w wielu wypadkach istotnie normy moralne stają się obowiązującym prawem, jednakże dzieje się tak

³¹ „Miękki” pozytywizm (taką nazwą posługuje się np. H.L.A. Hart) określane bywa także jako „inkorporacjonizm” (J. Coleman), bądź w trudny do przetłumaczenia sposób, jako *inclusive legal positivism* (W. Waluchow).

³² J. Coleman, *Incorporationism, Conventionality and Practical Difference Thesis*, „Legal Theory”, vol. 4 (1998), s. 404, por. także odmienne ujęcie tego zagadnienia przez S.W. Balla, *Dworkin and his Critics...*, s. 353.

³³ J. Coleman, *Incorporationism...*, s. 404.

³⁴ J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law* [w:] *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London 1984, s. 74.

³⁵ R. Sartorius, *The Enforcement of Morality*, tenże, *Social Policy and Judicial Legislation*, *American Philosophical Quarterly*, vol. 8 (1971); do pewnego stopnia argumenty te podnosi, bez powołania na Sartoriusa, także H.L.A. Hart, *Postscript*, s. 355 i n.

nie z uwagi na ich treść, a jedynie z powodu spełnienia przez nie pozytywistycznych kryteriów pochodzenia. Sugeruje on, iż ani Dworkin, ani nikt inny nie wykaże przekonująco, że zasady powoływane w *hard cases* są uznawane przez sąd za wiążące normy prawne z uwagi na ich treść, a nie pochodzenie. Jego zdaniem w wypadku zasad omawianych przez Dworkina, kryterium takie stanowi teza „instytucjonalnego poparcia”, który nie jest niczym innym, jak właśnie rodzajem kryterium o nietreściowym charakterze³⁶. Stanowisko powyższe wydaje się pewnym rozwiązaniem pośrednim pomiędzy „twardym” a „miękkim” pozytywizmem. Ten ostatni idzie bowiem o krok dalej, uznając, iż pozytywistyczne ujęcie prawa jest całkowicie do pogodzenia z traktowaniem zasad moralnych jako obowiązujących norm prawnych również na podstawie ich treści. Zgodnie z tym stanowiskiem, przyjęcie argumentacji Dworkina i uznanie, iż zasady moralne bywają obowiązującym prawem nie poprzez swe pochodzenie, a na podstawie kryterium treści, nie stoi w sprzeczności ani z tezą o źródłach, ani też z tezą o rozdziale³⁷.

5. „Miękki” pozytywizm

Przypomnijmy, iż tłem referowanej dyskusji są dwie tezy uznawane za fundament pozytywistycznego ujęcia prawa. Zgodnie z nimi, to, co należy do prawa w danej społeczności jest kwestią przyjmowanej w tej społeczności konwencji (istniejącej jako fakt społeczny), zaś pomiędzy prawem a moralnością nie ma związków o charakterze koniecznym czy pojęciowym (co nie wyklucza związków faktycznych). Krótko mówiąc, pozytywizm utrzymuje, iż obowiązywanie prawa jest niezależne od jego treści i oceny moralnej³⁸.

Pozytywizm „miękki” dokonuje następującej interpretacji powyższych tez:

(1) O tym, co należy do prawa, a co nie, rozstrzyga reguła uznania; przyjmowana jako pewna istniejąca w danej społeczności konwencja, określająca kryteria obowiązywania³⁹ norm prawnych.

³⁶ R. Sartorius, *Social Policy...*; R. Dworkin polemizuje ze stanowiskiem Sartoriusa w *Biorąc prawo poważnie...*, s. 119 i n.

³⁷ J. Coleman, *Incorporationism...*, s. 404.

³⁸ Przy czym, dla uniknięcia wątpliwości, można jeszcze raz podkreślić, że żaden znany i przyjęty przez pozytywistów pogląd nie twierdzi, iż prawa należy przestrzegać bez względu na jego moralną ocenę. Kwestia uznania normy za prawnie obowiązującą, a wymóg przestrzegania takiej – uznanej – normy – to dla pozytywistów dwa odrębne zagadnienia. (por. J. Woleński, *Pozytywizm prawniczy*, s. 15). Innymi słowy – problem tego, które normy należy zaliczyć do obowiązujących, jest w pozytywizmie prawniczym, wbrew obiegowym twierdzeniom i zarzutom, starannie odróżniany. Zob. na ten temat chociażby stanowisko H.L.A. Harta wyrażone w *Positivism and Separation of Law and Morals*; także J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined...*, Lecture V, s. 185 i n.; por. także R. Sartorius, *Positivism and Foundation of Legal Authority* oraz P. Soper, *Obligation Obey the Law* [w:] R. Gavison (red.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford 1987; K. Scelman, *Rechtsphilosophie...*, s. 34.

³⁹ Dla uproszczenia przyjmuję tożsamość pojęć „prawa” i „prawa obowiązującego” zakładając, iż w kontekście omawianych zagadnień nie powinno prowadzić to do żadnych znaczących

(ii) Istnienie reguły uznania manifestowane przez zgodną praktykę organów osuszających prawo stanowi obiektywny i stwierdzalny niezależnie od jakichkolwiek wartościowań moralnych fakt społeczny.

(iii) Reguła uznania może dowolnie określać kryteria obowiązywania norm prawnych, mogą być to (i rzeczywiście z reguły są) kryteria odwołujące się do uchodzenia norm, jednakże mogą być to również kryteria wszelkiego innego rodzaju, w tym także o charakterze treściowym⁴⁰.

(iv) W związku z powyższym nie ma żadnych przeszkód, aby reguła uznania akazywała traktować jako normy prawne, normy spełniające określone wymogi treściowe (np. o charakterze moralnym).

(v) Teza o rozdziale prawa i moralności oznacza jedynie, iż nie ma żadnej konieczności, aby reguła uznania zawierała kryteria o charakterze treściowym, zaś czy reguła uznania faktycznie je zawiera, czy też nie zawiera, jest właśnie kwestią przyjmowanej w tej czy innej kulturze prawnej konwencji⁴¹.

Elementem kluczowym dla pozytywistycznego modelu prawa w takim „miękkim” ujęciu jest konwencjonalny charakter reguły uznania, która może, choć nie musi, zawierać kryteriów odwołujących się do pochodzenia. Do pogodzenia z takim ujęciem prawa jest zarówno sytuacja, w której reguła uznania zawiera wyłącznie kryterium pochodzenia (obowiązującym w społeczności X prawem są tylko i wyłącznie normy pochodzące od Y), jak i reguła odwołująca się wyłącznie do kryterium treści (prawem obowiązującym w społeczności X są tylko i wyłącznie normy, których treść spełnia wymogi Y). Możliwe są naturalnie również wszelkie warianty pośrednie. Pozytywizm „miękki” utrzymuje jedynie, iż sam wybór kryteriów uznawania norm prawnych przewidzianych przez regułę uznania jest sprawą konwencji, rodzaj zaś tych kryteriów stanowi już dla pojęcia prawa sprawę drugorzędną⁴². Istotne jest, że jakieś kryteria istnieć muszą, to zaś, jaki mają one charakter, stanowi kwestię danych okoliczności społeczno-historycznych. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby kryteria takie obejmowały zgodność treściową z tego czy innego rodzaju wymogami, również moralnymi. Krótko mówiąc, w jednej społeczności może być tak, iż za prawo uznaje się normy pochodzące od określonego autorytetu, w innej normy spełniające określone wymogi treściowe, w jesz-

eporozumień. (zob. na ten temat K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd I, Lipsk 1889, s. 35). A zatem zwrot „kryteria obowiązywania”, ściślej rzecz biorąc, należy rozumieć jako „kryteria uznawania norm za należące do obowiązującego prawa”.

⁴⁰ Por. J. Coleman, *Rules...*, s. 722.

⁴¹ J. Coleman, *Rules...*, s. 716; szerzej *Idem*, *Negative and Positive Positivism*, „*Journal of Legal Studies*”, vol. 11 (1982), s. 139 i n.

⁴² Ujmując rzecz w bardziej rozpowszechnionej w naszej literaturze terminologii kryteriów obowiązywania prawa – kwestia konieczności ich istnienia oraz zdeterminowania tego przyjmowanej konwencji to jedno, a rodzaj bądź rodzaje faktycznie akceptowanych kryteriów (i ich żnorodność) to drugie. Na temat kryteriów obowiązywania prawa – por. J. Nowacki, *Kryteria obowiązywania norm prawnych a wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej*, SPE 13, 1974; odniesienie dyskusji nad „miękkim” pozytywizmem do literatury dotyczącej kryteriów obowiązywania prawa stanowi kwestię z całą pewnością wymagającą osobnego opracowania – w szczególności w świetle poglądów postulujących rewizję dotychczasowych ujęć obowiązywania prawa – jak np. R. Summers, *Toward a Better Theory of Legal Validity* [w:] *idem Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin 1992; por. także G. Luf, *Zur Geltung...*, *ssim.*

cze zaś innej jakąś kombinację obydwu. To ostatnie rozwiązanie stanowi zapewne przypadek najbardziej rozpowszechniony – we współczesnych systemach prawnych zazwyczaj reguła uznania zawiera jednocześnie oba rodzaje kryteriów przewidując, iż za normę prawną uchodzi norma ustanowiona przez określony autorytet normotwórczy, o ile nie narusza pewnych wymogów treściowych (sprawiedliwość społeczna, wymogi państwa prawa, *due process of law* itd.)⁴³. W samej koncepcji reguły uznania nie ma jednak, zdaniem zwolenników „miękkiego” pozytywizmu, niczego, co wykluczałoby inne niż pochodzenie kryteria uznawani norm za należące do systemu prawa.

Pozytywizm „miękki” odrzuca zatem zarzuty Dworkina nie poprzez wykazanie błędności jego argumentacji, ale poprzez wskazanie na brak niezgodności pomiędzy jego argumentami a pozytywistycznym ujęciem prawa. Ów brak niezgodności wynika z odrzucenia Dworkinowskiej interpretacji pozytywistycznej tezy o źródłach. O ile bowiem prawdą jest, iż:

„Zgodnie z pozytywistycznym rozstrzygnięciem tego problemu ontologicznego o tym, co jest prawem, decydują ostatecznie fakty dotyczące tego, za co określone osoby – czy to suweren, jak u Austina, czy społeczność w ogólności, jak u Harta – zdecydowały się je uważać”⁴⁴.

Wbrew jednak Dworkinowi, nie jest już jednak tak, że:

„...powyższe rozstrzygnięcie kwestii ontologicznej sprawia, że problem ten na bardziej praktycznej płaszczyźnie epistemologicznej jest już dość prosty. Według pozytywisty można określić co jest prawem poprzez proste sprawdzenie uznawanych za prawotwórcze faktów historycznych, wskazujących, jakie normy prawne zostały ustanowione. A więc, w wypadku owego młodego człowieka, który zamordował swego dziadka, ab otrzymać po nim spadek, należy po prostu spojrzeć w księgi, aby stwierdzić, czy ustawodawca kiedykolwiek rozstrzygnął tę kwestię w ten czy inny sposób”⁴⁵.

„Miękki” pozytywizm z całą stanowczością podtrzymuje pierwszą z powyższych tez, a odrzuca drugą z nich. Ostatecznie bowiem o tym, co jest prawem, decyduje to, co społeczność „zdecydowała się” za nie uważać, jednakże nie ma żadnego powodu (a przynajmniej nie ma go w samym pojęciu reguły uznania, aby taka konwencja nakazywała traktować jako prawo jedynie normy, które dają się zidentyfikować poprzez bezpośrednie odwołanie do jakichś obiektywnie sprawdzalnych faktów, w szczególności zaś faktów dotyczących jedynie pochodzenia tych norm⁴⁶.

⁴³ Por. na ten temat F. Schauer, *Constitutional Positivism*, „*Connecticut Law Review*”, vol. 25 (1993); dyskusyjna w tym kontekście może być relacja reguły uznania do przepisów konstytucji, por. szerzej np. K. Greenawalt, *Rule of Recognition and the United States*, „*Ratio Juris*” z. 1, 1998; o koncepcji reguły uznania por. T. Pietrzykowski, *Rule of Recognition, The Province of Law Determined?*, referat wygłoszony na konferencji *Wendungen des Rechts*, Poczdam 199 (w druku).

⁴⁴ R. Dworkin, *Law, Philosophy and Interpretation*, ARSP vol. 80, 1994, s. 465.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 466.

⁴⁶ Koncepcja taka określana bywa jako „plain-fact positivism” (w tłumaczeniu J. Woleński go – „pozytywizm czysto faktualny”) i bywa często łączona z poglądami J. Raza (por. pkt V poniżej). Od takiego ujęcia pozytywizmu odcina się stanowczo H.L.A. Hart, *Postawie*, s. 334.

Dopuszczenie kryteriów natury moralnej jako elementu reguły uznania nie podważa tezy o rozdziale, gdyż prowadzi ono do uznania związku jedynie możliwego, nie zaś koniecznego pomiędzy prawem a moralnością. Prawem mogą być zarówno normy identyfikowane poprzez kryteria pochodzenia, jak również normy identyfikowane poprzez swą treść – w zależności od tego, „co określone osoby w danej społeczności zdecydowały się za prawo uważać”⁴⁷.

Jak się wydaje, prowadzona przez zwolenników pozytywizmu „miękkiego” obrona pozytywistycznego ujęcia prawa wskazuje, iż kluczowe dla niego tezy nie tyle przeczą twierdzeniom Dworkina, co raczej znajdują się względem nich na „metapozioście”⁴⁸. O ile bowiem stanowisko Dworkina, zgodnie z którym pewne zasady prawne identyfikowane są poprzez odwołanie do ich treści, może być prawdziwe w odniesieniu do poszczególnych systemów prawnych, to jednak będzie to jedynie kwestią rodzaju kryteriów zawartych w akceptowanych w tych systemach regulach uznania. Wszystko, co niezbędne dla utrzymania pozytywistycznego pojęcia prawa to wykazanie, iż nie ma żadnej pojęciowej konieczności, aby reguła uznania zawierała kryteria odwołujące się do moralnej oceny treści wchodzących w rachubę norm.

Jak podkreślają zwolennicy powyższej reinterpretacji pozytywizmu, zaletą jej jest „hipotetyczny” czy „defensywny” charakter. Podnosząc, iż pozytywistyczne pojęcie prawa wiąże się z poglądem o społecznym (konwencjonalnym) charakterze reguły uznania, nie zaś specyficznym rodzajem kryteriów legalności, jakie reguła ta ma zawierać (w szczególności związanych z niezależnym od treści norm pochodzeniem), „miękki” pozytywizm pozwala, zdaniem jego rzeczników, na zneutralizowanie zarzutów Dworkina bez konieczności rozstrzygnięcia o ich zasadności. Pozytywistyczne ujęcie prawa, tak jak rozumieją je zwolennicy pozytywizmu „miękkiego”, jest możliwe do utrzymania nawet wówczas, gdyby okazało się, iż rzeczywiście, tak jak dowodzi Dworkin, normy moralne bywają, ze względu na swą treść, traktowane i stosowane jako obowiązujące prawo.

Nieco dokładniejsze rozważenie tezy „miękkiego” pozytywizmu pozwoli ocenić, czy istotnie spełnia on rolę neutralizującą zreferowany wyżej zarzut Dworkina.

6. Walidacja, derogacja i „miękki” pozytywizm

Jak zwrócono uwagę, inkorporacja reguł moralnych do obowiązującego prawa w sensie „miękkiego” pozytywizmu może być rozumiana przynajmniej na dwa sposoby⁴⁹:

(i) W wersji walidacyjnej; norma prawna może być uznawana za obowiązującą normę prawną z uwagi na samą swą treść, innymi słowy, o ile praktyka społeczna wskazuje, iż zgodnie z akceptowaną regułą uznania określone normy moralne (niezawarte w przepisach prawa stanowionego) uznawane są przez *officials* i obowiązujące prawo, wówczas należą one do prawa pozytywistycznego. Reguły moralne mogą być, zgodnie z tym stanowiskiem, inkorporowane do prawa bądź bez żadnego bezpośredniego związku z przepisami prawa stanowionego, bądź też poprzez zawarte w takich przepisach odesłania do ocen moralnych, chociaż w formie klauzul generalnych⁵⁰. Ta, mocniejsza wersja „miękkiego” pozytywizmu określana bywa jako „inkorporacjonizm”⁵¹.

(ii) W wersji derogacyjnej; reguła uznania może zawierać kryteria moralne, których spełnienie warunkuje uznanie normy, pochodzącej skądinąd od uznanej autorytetu prawotwórczego, za obowiązujące prawo. Innymi słowy, norma moralna, jako taka nie może „stać” się prawem obowiązującym niezależnie od kryterium pochodzenia, jednakże może spełniać rolę negatywną, derogacyjną, uniemożliwiającą uznanie za regułę prawną (należącą do systemu obowiązujących norm prawnych) normy pochodzącej od autorytetu prawotwórczego, jednak niespełniającej pewnych „minimalnych” wymogów moralnych. Za przykłady mogłyby tu zapewne posłużyć wszelkie klauzule konstytucyjne, jak „sprawiedliwość społeczna”, „państwo prawa”, czy klauzula „*due process of law*”⁵². Można zauważyć, iż takie ujęcie „miękkiego” pozytywizmu przypomina nieco tzw. formu Radbrucha i głoszoną obecnie m.in. przez R. Alexego tzw. niepozytywistyczną koncepcję prawa. Mimo pozornego podobieństwa, różnica jest jednak zasadnicza:

⁴⁹ Por. S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, *Legal Theory* vol. 4 (1998); por. na ten temat tak M. Kramer, *How Moral Principles Can Enter into the Law*, *Legal Theory*, vol. 6 (2000), s. 8-84; inny autor określa je jako „elementy” (*components*) inkorporacjonizmu – K. Himma, *Waluchow's Defense of Inclusive Positivism*, *Legal Theory*, vol. 5 (1999).

⁵⁰ S. Shapiro podaje hipotetyczny przykład przepisu nakazującego pracodawcy płacić pracownikowi „godziwe stawki”. O ile, wywodzi Shapiro, istniałaby akceptowana reguła moralna, że stawka poniżej 6 USD za godzinę nie jest „godziwa”, wówczas dla pozytywisty „miękkiego” ostatnia reguła stanowiłaby regułę prawną. Przykład ten stanowi klasyczny dość przypadek klauzuli generalnej, który to rodzaj przepisów ma bardzo bogatą literaturę, również w języku polskim.

⁵¹ Tego rodzaju poglądy jak i samo określenie „inkorporacjonizm” pochodzą od J. Colema (por. *Incorporationism, Conventionality and Practical Difference Thesis*, *op.cit.*; w nieco innej terminologii pogląd taki określa się mianem „*sufficiency*” bądź „*derivative*” *version of soft positivism* w odróżnieniu od „*necessity version*” – por. W. Waluchow, *Authority and Practical Difference Thesis*, *Legal Theory*, vol. 6 (2000).

⁵² H.L.A. Hart, *Postowie*, s. 334-335; S. Shapiro właśnie Hartowi przypisuje taką słabszą wersję „miękkiego” pozytywizmu (zob. S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, s. 500).

⁴⁷ H.L.A. Hart, *Postowie*, s. 334-335.

⁴⁸ Brak rozróżnienia pomiędzy różnymi poziomami języka zarzucenia Dworkinowi M. Troper, *Judges Taken Too Seriously? Professor Dworkin's Views on Jurisprudence*, *Ratio Juris*, vol. 1 No 2 1988, s. 168; w tym kontekście można wspomnieć, iż poglądy Dworkina budzą szereg zasadniczych wątpliwości natury metodologicznej (jak otwarcie zauważa S. Guest, Dworkin jest „pleasingly candid in his approach to methodology” (S. Guest, *Ronald Dworkin*, Edinburgh 1997, s. 9).

- mianowicie w koncepcji „miękkiego” pozytywizmu tego rodzaju derogacyjne kryterium moralne może, lecz nie musi, być elementem faktycznie akceptowanej reguły uznania. O ile zatem istnienie takiego kryterium w koncepcjach niepozytywistycznych uważane jest za konieczną cechę każdego systemu prawnego, czy nawet samego pojęcia prawa, o tyle „miękki” pozytywizm jedynie uważa za możliwe jego funkcjonowanie w poszczególnych systemach prawnych, jeżeli wynika to z treści faktycznie akceptowanej w tym systemie reguły uznania. Inkorporacja kryteriów moralnych stanowi więc, w koncepcjach „miękkiego” pozytywizmu, kontyngentną raczej niż immanentną cechę właściwą części (a być może nawet wszystkim) spośród istniejących systemów prawnych⁵³.

Rozróżnienie powyższe stanowi podstawę poglądu, w myśl którego jedynie walidacyjna, dalej idąca postać „miękkiego” pozytywizmu pozwala zneutralizować zarzuty wysuwane przez Dworkina na gruncie analizy przypadku *Riggs vs. Palmer*⁵⁴. Wynikać ma to stąd, iż w przypadkach takich mamy do czynienia z normą (nikt nie może czerpać korzyści z czynionego przez siebie zła), na podstawie której rozstrzygany jest spór prawny, a która jednocześnie nie spełnia kryterium pochodzenia. Taka interpretacja powyższego orzeczenia jest możliwa, choć można by je równie dobrze potraktować jako przykład sytuacji, gdy spełniająca kryteria pochodzenia norma prawna (zstępny dziedziczy zawsze, bez względu na okoliczności) nie znajduje zastosowania z uwagi na sprzeczność z wymogami natury moralnej, w kontekście których – przynajmniej w danych okolicznościach sprawy – norma ta prowadzi do rezultatów moralnie nieaprobowanych. Wydaje mi się, iż obie interpretacje są możliwe do utrzymania, a co więcej, to że jak jest, świadczy, iż granica pomiędzy powyżej przedstawionymi formami „miękkiego” pozytywizmu nie jest bynajmniej ostra. Z całą pewnością można wyobrazić sobie orzeczenia zapadające w przypadkach zupełnie nieunormowanych, gdzie podstawą normatywną rozstrzygnięcia nie jest reguła spełniająca kryterium pochodzenia, a z drugiej zaś strony sytuacje, w których dość oczywiste jest, iż sąd jedynie odmawia zastosowania przepisu ustanowionego, z uwagi na jego negatywną ocenę, a w konsekwencji rozstrzyga sprawę na podstawie innych przepisów ustanowionych, a nie na podstawie normy moralnej, w imię której zaniechał zastosowania wchodzącej w grę normy prawa stanowionego. Jak jednak dowodzi chociażby przykład analizowanej przez Dworkina sprawy *Riggs vs. Palmer*, jak i zapewne większości rzeczywiście rozstrzyganych na salach sądowych spraw, zazwyczaj nie dają się one łatwo zaklasyfikować do którejkolwiek z powyższych kategorii. Wydaje się, iż odróżnienie obu postaci „miękkiego” pozytywizmu można uznać za zasadne jedynie przy uczynieniu powyższego zastrzeżenia.

⁵³ To także odróżnia derogacyjne ujęcie „miękkiego” pozytywizmu od koncepcji obowiązków prawnych jako obowiązków *prima facie*, rozwijanych przez niektórych teoretyków prawa. Por. np. M.B.E. Smith, *Is there a Prima Facie Obligation to Obey the Law?*, „Yale Law Journal”, vol. 2 (1973), s. 950 i n.; A. Peczenik, *Non-Positivist Conception of Law* [w:] *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo. Księga Pamiątkowa ofiarowana prof. W. Langowi*, Toruń 1998, s. 398 i n.

⁵⁴ S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, s. 499–501.

Niezależnie od tego wydaje się oczywiste, że walidacyjna wersja „miękkiego” pozytywizmu, jako wersja dalej idąca, jest szczególnie podatna na argumenty krytyczne kierowane pod adresem koncepcji „miękkiego” pozytywizmu. Trzy z nich, uznawane za najpoważniejsze i najbardziej interesujące, będą przedmiotem dalszej uwagi⁵⁵.

7. Joseph Raz i władczość prawa⁵⁶

Najważniejszy argument przeciw koncepcji „miękkiego” pozytywizmu wysunął J. Raz⁵⁷. Punkt wyjścia jego rozumowania stanowi teza, iż prawo jest instytucją ze swej istoty władczą. Oznacza to, iż z samego pojęcia normy prawnej wynika analitycznie wymóg postępowania zgodnego z tym, co norma ta nakazuje⁵⁸. Nie oznacza to oczywiście, ani tego, iż wymóg taki („roszczenie władczości”⁵⁹) jest zawsze skuteczny, a więc, że adresaci normy zawsze postępują w sposób przez nią nakazany, ani też tego, iż roszczenie takie jest zawsze legitymowane, tj. że roszczenie to winno być zawsze respektowane. Wprost przeciwnie, treść powyższej tezy Raza sprowadza się do tego, iż norma prawna jest zjawiskiem, które niesie ze sobą swego rodzaju „roszczenie”, czy „żądanie” postępowania zgodnego z jej dyspozycją⁶⁰. „Władczość” ta polega, zdaniem Raza, na tym, że powinność zachowania zgodnego z normą prawną jest powinnością niezależną od innych względów przemawiających za bądź przeciw takiemu zachowaniu, a co więcej, w myśl własnego „roszczenia”, względy takie wyłączają. Sens prawa nie polega więc na tym, że wymóg określonego zachowania przewidziany w normie prawnej stanowi dodatkową rację, która – obok wielu innych względów natury moralnej, celowościowej czy innej – przemawia za zachowaniem się w ten czy inny sposób⁶¹.

⁵⁵ Koncentruję się tu na argumentach natury pojęciowo-deskryptywnej, a pomijam osobną dyskusję dotyczącą tego, czy w jakim zakresie przepisy prawa powinny inkorporować wymogi określonych systemów moralnych. Na ten temat por. N. MacCormick, *A Moralistic Case for A-Moralistic Law?*, „Valparaiso University Law Review”, vol. 20 (1985), nr 1; z tym stanowiskiem polemizuje W. Waluchow, *Inclusive...*, s. 232 i n.

⁵⁶ Trudno przełożyć używane przez J. Raza pojęcie „authority of law” – ani „autorytet”, ani „autorytatywność” czy „autorytarność”, ani też wreszcie „władczość” nie wydają się terminami zadowalającymi. Będę używał słowa „władczość” z pełną świadomością jego ułomności, jako polskiego odpowiednika „authority”.

⁵⁷ Por. J. Raz, *The Authority of Law*, passim; *Idem*, *Authority, Law and Morality*, „The Monist”, vol. 68 (1985).

⁵⁸ Por. Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998, s. 71 i tam cyt. lit.

⁵⁹ Nie znajduję lepszego terminu na oddanie angielskiego zwrotu „law's claim to authority”.

⁶⁰ Wydaje się to stosunkowo niekontrowersyjnym rozwinięciem twierdzenia, iż każda norma (przepis) prawna stanowi regułę postępowania, a zatem wskazuje jako powinny pewien sposób zachowania (por. na ten temat D. Miers, W. Twining, *How To Do Things With Rules*, London-Edinburgh-Dublin 1999, s. 123 i n.).

⁶¹ Względy tego rodzaju bierze wszak pod uwagę ustawodawca, wyznaczając treść zachowania przewidzianego przez stanowione przezeń prawo. Ustanowienie władczej dyrektywy ma za zadanie zastąpienie rozumowania praktycznego opierającego się na zasadzie *all things consid-*

znacza to, że prawo samo w sobie stanowi niezależny czynnik, pociągający za sobą powinność zachowania X, i to czynnik „ważniejszy” (w myśl owego „roszczenia”) od wszelkich innych względów, z których mogłaby wynikać powinność zachowania X lub \sim X. Ustanowienie normy prawnej władczo rozstrzyga, jak w danych okolicznościach należy się zachować. Innymi słowy władczość prawa polega na tym, wywodzi Raz, iż zawiera ono roszczenie o zastąpienie czy „unieważnienie” (*preemption*) wszelkich innego rodzaju racji, mogących wpłynąć na zachowanie adresatów norm prawnych.

Przykładem takiego działania, podanym przez Raza, może być ustawa podatkowa, która autorytatywnie (władczo) rozstrzyga, jaki procent dochodu stanowi *air contribution* obywatela na cele publiczne. Ustanowienie takiej dyrektywy sprawia, iż wyklucza ona, czy też zastępuje samodzielną ocenę przez podatnika wysokości owego *fair contribution*⁶². Rola normy prawnej nakazującej zachowanie X nie polega więc na tym, iż nakazuje ona takie zachowanie, o ile względy akiejs innej natury (np. moralnej) za tego rodzaju zachowaniem przemawiają – norma prawna w takiej sytuacji byłaby albo zbędna, albo też przynajmniej pobawiona charakterystycznego dla prawa elementu władczości. Władczość ta oznacza natomiast, iż adresat ma obowiązek zachowania zgodnego z normą bez względu na to, czy postąpiłby w ten sposób, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności (*all things considered*). Z tych względów, argumentuje Raz, nie do pogodzenia: władczym charakterem prawa jest uzależnienie powinnego zachowania od jego ceny w kategoriach moralnych. Prowadziłoby to bowiem do wniosku, iż identyfikacja normy prawnej uzależniona jest właśnie od owych innych czynników, kierowanie się którymi ustanowienie władczej regulacji prawnej ma wykluczyć. I zatem dopuszczalne przez „miękkiego” pozytywizm uzależnienie uznania norm prawnych od względów natury wartościującej jest nie do pogodzenia z podstawową cechą prawa – jego władczym charakterem⁶³.

Argument powyższy, choć dość zgodnie uznawany za najpoważniejszy zarzut postawiony koncepcji pozytywizmu „miękkiego”⁶⁴, budzi jednak wiele zastrzeżeń, z których dwa wydają się szczególnie istotne. Otóż, wskazuje się, iż „władczość” wcale nie musi polegać na całkowitym wykluczeniu wzięcia pod uwagę innych względów. Władczość normy prawnej polega raczej na tym, że stanowi ona meta-czynnik, wskazujący jaką wagę przywiązywać należy do różnego rodzaju względów niższego stopnia. Przyznanie jakiemuś rodzajowi bądź nawet wszelkim rodzajom owych czynników pierwszego stopnia wagi „zerowej” (a więc ich wykluczenie) stanowi tylko szczególny przypadek tak rozumianej władczości prawa⁶⁵.

red – „It (authoritative directive) is there to act on reasons which apply to us anyway, because we will more closely conform to those reasons if we do our best to follow the directives of the authority than if we try to act on those reasons directly” (J. Raz, *Authority, Law...*, s. 303).

⁶² *Ibidem*, s. 306.

⁶³ Obszerne omówienie argumentacji Raza oraz krytyczną analizę kontrargumentów obrońców „miękkiego” pozytywizmu przedstawia T. Dare, W. Waluchow and the Argument from Authority, „Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 17 (1997).

⁶⁴ Por. B. Leiter, *Realism...*, s. 540; W. Waluchow, *Inclusive...*, s. 140; T. Dare, W. Waluchow *and...*, s. 348, 351.

⁶⁵ S. Perry, *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, „Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 7 (1987), s. 221 i n.; W. Waluchow, *Inclusive...*, s. 136; por. na ten temat także

Po drugie, zwraca się także uwagę, iż należy odróżnić walidacyjny oraz epistemiczny aspekt reguły uznania. Czym innym jest bowiem reguła uznania, za pomocą której urzędnicy rozstrzygają walidacyjne problemy uznania norm za obowiązujące, czym innym zaś reguła identyfikacji, którą kierują się adresaci przepisów prawa w celu ustalenia (w sensie poznawczym), jakich zachowań wymagają od nich w takich czy innych okolicznościach obowiązujące normy prawne. Twierdzenia pozytywizmu „miękkiego” dotyczą problemów walidacyjnych (reguły uznania), a nie epistemicznych, z którymi wiązałby się zarzut Raza. Byłby on więc zasadny tylko wówczas, gdyby adresaci norm prawnych musieli odwoływać się do wartościowań moralnych bądź innych podobnych względów, w celu rozstrzygnięcia epistemicznego problemu identyfikacji obowiązujących ich norm prawnych⁶⁶.

8. Scott Shapiro i teza o praktycznej różnicy

Argument krytyczny podobnego rodzaju, oparty jednak na nieco innym rozumowaniu, wysunął także S. Shapiro⁶⁷. Punkt wyjścia stanowi dla niego przyjęcie tezy H. Harta, iż funkcją prawa jest „dostarczanie wskazówek dla ludzkiego postępowania i standardów krytycznej oceny w tym względzie”⁶⁸. A zatem, za regułą prawną może zostać uznana jedynie taka, która jest zdolna do tego, aby takiej wskazówki dostarczyć⁶⁹. Z powyższego wynikać ma wniosek, iż obowiązywanie takiej reguły musi pociągać za sobą jakąś praktyczną różnicę w rozumowaniu jej adresata dotyczącym tego, w jaki sposób należy się w danych okolicznościach zachować. *A contrario*, Shapiro zakłada, iż reguła, która takiej praktycznej różnicy nie czyni, nie może być uznana za regułą prawną.

Owa praktyczna różnica czyniona może być na dwóch płaszczyznach – epistemicznej (pozwalającej określić okoliczności i rodzaj powinnego zachowania) i motywacyjnej (stanowiąc powód określonego zachowania). Powyższy wymóg

B. Leiter, *Realism...*, s. 543; por. także poglądy tych autorów, którzy uważają, iż prawo pociąga za sobą jedynie obowiązki *prima facie*, które mogą zostać „przeważone” w określonych okolicznościach względami natury pozaprawnej (por. np. A. Peczenik, *A Non-Positivist...*, s. 402 i n.).

⁶⁶ J. Coleman, *Incorporationism...*, s. 416 i n.; argument powyższy kwestionuje B. Leiter, *Realism...*, s. 541–543.

⁶⁷ S. Shapiro, *On Hart's...*, *passim*.

⁶⁸ H.L.A. Hart, *Postscript*, s. 332; w istocie rzeczy Hart jest zdania, iż kierowanie ludzkim zachowaniem oraz dostarczanie kryteriów jego oceny nie jest nawet jakąś specyficzną „funkcją” prawa, której poszukiwanie uważa za całkowicie jałowe. Takie ujęcie funkcji prawa mającej wynikać wprost z „normatywnego charakteru prawa” krytykuje I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 103 i n.

⁶⁹ Interesujące uwagi o zależności pojmowania prawa od przypisywanej mu funkcji i związanej z tym krytyce pozytywizmu i jego metodologii por. S. Perry, *Hart's Methodological Positivism*, „Legal Theory”, vol. 4 (1998); por. także G. Postema, *Jurisprudence as Practical Philosophy*, „Legal Theory”, vol. 4 (1998); innego zdania – iż to nie funkcja prawa determinuje jego definicję – lecz zakładana definicja prawa określa rodzaj przypisywanych mu funkcji – jest I. Bogucka, *Funkcje prawa*, s. 98 i n.

tyczy zarówno reguł pierwotnych, jak wtórnych (w tym naturalnie także samej reguły uznania, stanowiącej centralny element pozytywistycznego ujęcia prawa – rzynajmniej w wydaniu hartowskim). Tymczasem, dowodzi Shapiro, w wypadku systemu prawa opartego na „miękkiej” regule uznania, a więc takiej, która zawiera kryteria uznawania o charakterze treściowym (przede wszystkim związanym z moralną oceną treści reguł pierwotnych), prowadzi do zasadniczych trudności związanych ze wskazaniem odpowiedniego sposobu zachowania zarówno w sensie epistemicznym, jak i motywacyjnym. Jeżeli chodzi bowiem o wskazywanie adresatom odpowiedniego zachowania w sensie epistemicznym, „miękka” reguła uznania nie jest użyteczna dlatego, że nie rozstrzyga ona, jakie reguły moralne powinny zostać w takich czy innych okolicznościach zastosowane, a zatem nie dostarcza sędziemu żadnej wiedzy o tym, jak w danych okolicznościach należy się zachować. Wskazanie, iż należy się zachować zgodnie z regułą aprobowaną moralnie, nie rozstrzyga podstawowego problemu odróżnienia reguł obowiązujących i nieobowiązujących – adresat jest więc w takiej samej sytuacji, jak w wypadku systemu złożonego jedynie z reguł pierwotnych – musi samodzielnie rozstrzygnąć, jaką regułą powinien się w danych okolicznościach kierować. Gdy natomiast wziąć pod uwagę kierowanie w sensie motywacyjnym, zawarte w „miękkiej” regule uznania odwołanie do kryteriów natury moralnej, a zatem systemu charakterze statycznym⁷⁰, sprawia, iż reguły pierwotne, stanowiące treściowo determinowane konsekwencje reguł naczelnych, nie dostarczają żadnej autonomicznej wskazówki postępowania, poza tym, co już (z natury systemu statycznego) *implicite* tkwi w samej regule naczelnej. Innymi słowy, jeżeli reguła uznania nakazuje zachować się w sposób wskazany moralnie, wówczas reguła pierwotna wskazująca sposób odpowiedniego zachowania (np. zasada *nemine dolous suus potest debet*) nie niesie za sobą żadnej dodatkowej treści, ponad tę, zawartą już w samej regule uznania. Oczywiście, reguły te mogą konkretyzować wymagany sposób zachowania, nie stanowią jednak żadnego autonomicznego *reason to act*, zatem adresat nie może kierować się jednocześnie regułą uznania i regułą pierwotną uznaną na jej podstawie za obowiązującą, w sensie epistemicznym bowiem reguła uznania dostarcza zbyt słabych, w sensie motywacyjnym zaś zbyt mocnych wskazań co do odpowiedniego zachowania. Konsekwentnie reguły prawne w systemie opartym na „miękkiej” regule uznania nie spełniają warunku „praktycznej różnicy”, gdyż ich uznanie nie wnosi niczego istotnego do praktycznego rozumowania dotyczącego odpowiedniego zachowania⁷¹. Nie mogą wywierać więc ani motywacyjnego, ani epistemicznego wpływu na zachowania adresatów. Tym samym, Shapiro wskazuje, iż jeżeli poprawna byłaby najskromniejsza chociażby wersja „miękkiego” pozytywizmu, to upada twierdzenie, iż funkcją reguł prawnych jest „kierowanie” zachowaniami, tj. wskazywanie im (w sensie epistemicznym oraz motywacyjnym) zachowań odpowiednich. „Miękki” pozytywizm jest nie do pogodzenia z powyższym pojmowaniem funkcji reguł prawnych. W aspekcie epi-

stemicznym bowiem – reguła wtórna nie zawiera żadnej autonomicznej wskazówki co do tego, jakie zachowania są prawnie poprawne⁷², pozostawiając adresatom przepisów do samodzielnego rozstrzygnięcia, jakiej treści reguła należy się w danych okolicznościach kierować⁷³. W aspekcie motywacyjnym natomiast – gdy reguła uznania nakazywałaby uznawać za normy prawne wyłącznie „normy moralnie dobre” – zachowanie adresata reguły zostaje podjęte ze względu na wymóg zawarty w samej regule wtórnej, nie zaś regułą pierwotną uznaną na jej podstawie. Tym samym reguła uznania niejako „konsumuje” treść uznanych na jej podstawie reguł pierwotnych, a sama reguła pierwotna pozbawiona zostaje jakiegokolwiek niezależnego znaczenia, w charakterze czynnika uzasadniającego dane zachowanie – wykazywałaby więc brak oddziaływania motywacyjnego⁷⁴.

Nietrudno jednak zauważyć, iż argumentacja powyższa wykazuje dość wyraźne mankamenty. Po pierwsze wydaje się, że argument o braku praktycznej różnicy dotyczyć może jedynie mocniejszej (walidacyjnej) wersji pozytywizmu „miękkiego”. Po wtóre, jestem zdania, iż argumentacja przedstawiona przez Shapiro nie w pełni uzasadnia oparte na niej, a dość jednak daleko idące, wnioski. Nawet bowiem gdyby za zasadny uznać pogląd, iż zawarcie w regule uznania walidacyjnych kryteriów moralnych determinuje uznanie reguł pierwotnych o określonej treści⁷⁵, a co za tym idzie reguły takie nie mogą mieć motywacyjnego wpływu na zachowania, o tyle podobny brak wpływu również w sensie epistemicznym wydaje się wysoce dyskusyjny⁷⁶. Sądzę również, że nie jest uprawnione przyjęcie przez Shapiro założenie, iż skoro przypisywaną przez pozytywistów prawu funkcją jest wskazywanie adresatom zachowań odpowiednich, to nie można do systemu prawa zaliczyć żadnej normy, która nie jest zdolna do epistemicznego i motywacyjnego oddziaływania na adresatów. Jest bowiem dość oczywiste, iż funkcja poszczególnych elementów systemu nie musi być tożsama z funkcją systemu jako całości⁷⁷. Dlatego też nie sądzę, by akceptacja funkcji prawa polegającej na kie-

⁷² W literaturze sugeruje się także, iż „miękki” pozytywizm musi zawierać presupozycję obiektywnego charakteru norm moralnych – gdyż tylko wówczas reguła uznania odwołująca się do kryteriów natury moralnej stanowiłaby jakiegokolwiek ograniczenie swobody kierujących się nią adresatów.

⁷³ „Legal norms figure into adjudication by constraining judicial decision making in circumstances to which they apply. But a norm can serve this function only insofar as it has objective content; a nonobjective norm cannot constrain judicial behaviour because what that norm means is purely a matter of what the judge believes it means” K. E. Himma, *Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms*, „Legal Theory”, vol. 5 (1999).

⁷⁴ Por. S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, s. 496.

⁷⁵ Zagadnienie bliższego określenia rodzaju tej determinacji stanowi osobny problem związany z analizą kryterium podziału systemów normatywnych na statyczne i dynamiczne. Problem ten wydaje się interesujący i kontrowersyjny.

⁷⁶ Dotychczasowa praktyka identyfikowania poprzez taką regułę uznania określonych reguł moralnych jako norm obowiązującego prawa i wiązania z nimi takich czy innych skutków prawnych daje wszak pewną wskazówkę, dotyczącą rodzaju odpowiedniego zachowania w określonych sytuacjach, wymaganego przez uznawane w ten sposób reguły moralne.

⁷⁷ Zob. W. Waluchow (*Authority...*, s. 76) i podany przez niego interesujący przykład armii – o ile podstawową przypisywaną jej funkcją jest wygrywanie wojen, nie oznacza to, że taką samą funkcję pełni w niej żołnierz-zwiadowca, kucharz czy pomywacz; por. także I. Bogucka, *Funkcje...*, s. 98.

⁷⁰ Por. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 198 i n.; K. Opalek, *Problemy statycznych i dynamicznych systemów normatywnych* [w:] *Rozważania o państwie i prawie. Księga pamiątkowa poświęcona prof. J. Nowackiemu*, Katowice 1993, s. 158 i n.

⁷¹ Por. S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, s. 493.

owaniu zachowaniami (w rozumieniu wskazywania powinnego sposobu zachowań i kryteriów ich oceny) analitycznie pociągała za sobą przyjęcie jakichkolwiek wierzeń dotyczących funkcji poszczególnych reguł prawnych.

9. Ronald Dworkin i funkcja reguły uznania

Innego rodzaju zarzut pod adresem koncepcji „miękkiego” pozytywizmu (zaśwójno w jego walidacyjnej, jak i derogacyjnej postaci) postawił R. Dworkin. Jest na niezdolna, jak sądzi, do skutecznej neutralizacji wysuniętych przez niego wcześniej argumentów, bez zakwestionowania podstaw pozytywistycznego ujęcia prawa. Reguła uznania zawierająca kryteria odnoszące się do oceny treści reguł pierwotnych nieodłącznie pociągałaby za sobą spory margines niepewności. W większości przypadków odwołania do takich kryteriów zachodziłaby rozbieżność ocen, czy dana reguła spełnia, czy nie spełnia określonych wymogów treściowych. Obrona pozytywizmu odwołująca się do nieodłącznej dla każdej reguły, więc także i reguły uznania, strefy niepewności pomiędzy pozytywnym a negatywnym rdzeniem jej zakresu nie jest, zdaniem Dworkina, argumentem wystarczającym. Nie tylko bowiem należy pamiętać, iż reguła uznania ma być, według teorii Harta, remedium na notoryczną niepewność względem tego, co „liczy się” jako prawo, lecz, co jeszcze ważniejsze, skoro reguła uznania konstytuowana jest przez zgodną praktykę urzędników, a zatem istnieje tak długo, jak długo ta praktyka jest zgodna, to wówczas rozbieżności, nieokreśloność w ramach reguły uznania w ogóle podważa samo jej istnienie⁷⁸. W takim zakresie w jakim praktyka urzędników posługujących się regułą uznania jest rozbieżna, reguły takiej – myśl stanowiska Harta – w ogóle nie ma⁷⁹.

Argumentacja Dworkina poddana została przekonującej krytyce. Po pierwsze należy pamiętać, iż jak wskazuje Hart, krytyka Dworkina oparta jest na pewnej przesadzie „w ujęciu zarówno stopnia pewności przypisywanego przez konsewentnego pozytywistę układowi standardów prawnych, jak i niepewności powoływanej objęciem przez kryteria obowiązywania prawa także zgodności z określonymi zasadami i wartościami moralnymi”⁸⁰. Zdecydowanym uproszczeniem jest założenie, że zgodna praktyka musi oznaczać zgodność absolutną – reguła połączona konstytuuje się wszak i ewoluuje poprzez praktykę i w wyniku niezliczonej ilości faktycznych przypadków identyfikacji norm prawnych. Nie ma zatem niczego wewnętrznego sprzecznego w istnieniu obszarów niepewności co do oszczególnych kryteriów uznania – które mogą zyskiwać lub tracić swój status poprzez akceptację bądź refutację wśród stosujących prawo officials. Po drugie, założeniem argumentu Dworkina, i to założeniem bynajmniej nie bezdyskusyjnym jest pogląd, iż kryterium pochodzenia zapewnia zasadniczo wyższy stopień

⁷⁸ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, s. 124; por. analizę tego argumentu K.E. Himma, *Waluchow's Defense...*, s. 111.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 124–125.

⁸⁰ H.L.A. Hart, *Posłowie*, s. 335–336.

pewności prawa niż inne, w tym treściowe, kryteria jego uznawania. Założenie takie, choć zwykle przyjmowane intuicyjnie, nie zostało dotąd, o ile mi wiadomo przekonująco dowiedzione i może budzić istotne wątpliwości.

Po trzecie wreszcie, istotne znaczenie może mieć nieuwzględnione przez Dworkina odróżnienie kontrowersji wokół samej treści reguły uznania od kontrowersji dotyczących tego, jakie reguły pierwotne spełniają zawarte w niej kryteria (a więc spory o zastosowanie reguły uznania). Zgoda w odniesieniu do rodzaju kryteriów uznania reguł pierwotnych za normy prawa konstytuuje reguły uznania, lecz nie zapewnia automatycznie zgody w każdym wypadku zastosowania tych kryteriów. Brak zgody co do tego, czy taka czy inna reguła spełnia czy nie spełnia kryteriów przewidzianych przez regułę uznania, nie musi oznaczać jeszcze (choć oczywiście może oznaczać) brak zgody również co do samych stosowanych kryteriów⁸¹.

10. Pozytywizm prawniczy a „miękką” reguła uznania

Do rozważenia pozostaje jeszcze problem spójności twierdzeń „miękkiego” pozytywizmu z *differentia specifica* pozytywistycznego pojmowania prawa – przedstawiłymi powyżej tezami o źródłach oraz o rozdziale. Pozwoli to odpowiedzieć na pytanie, czy „miękki” pozytywizm jest jeszcze pozytywizmem?

Trzeba więc omówić kolejno obie z nich.

Jeżeli chodzi o tezę o źródłach – przypomnijmy, iż jej istota sprowadza się do twierdzenia, że normy prawne mają swe źródło w jakiegoś rodzaju faktach społecznych. W standardowej wersji za fakty takie uznawane są odpowiednie decyzje i zachowania ustawodawcy, sądów itd. Teza ta jednak też może zostać zinterpretowana na dwa różne sposoby – mocniejszy i słabszy. W wersji mocniejszej – stanowiącej fundament pozytywizmu twardego – a sformułowanej i broniącej przez J. Raza⁸², bezpośrednie odwołanie do faktów społecznych, i to faktów „twardych” tj. takich, których ustalenie jest niezależne od jakichkolwiek sądów wartościujących, stanowi kryterium obowiązywania każdej indywidualnej reguły prawnej. A zatem, aby określona norma mogła zostać zakwalifikowana jako reguła prawa, jej identyfikacja musi wymagać jedynie ustalenia istnienia określonych faktów bez konieczności dokonywania jakichkolwiek wartościowań (np. wydania ustawy, precedensowego orzeczenia itp.)⁸³. W wersji słabszej, istnienie i treść

⁸¹ Por. K.E. Himma, *Waluchow's Defense...*, s. 112–113; także J. Coleman, *Incorporationism*, s. 410–411; zupełnie wątpliwy natomiast wydaje się inny kontrargument Colemana, i teza Dworkina odnosi się do społeczeństw, które są „tak jak nasze, skrajnie heterogeniczne i pluralistyczne”. Jest to, jak uważa Coleman, „a contingent feature of social organizations not a necessary one” (*Rules...*, s. 721).

⁸² Por. J. Raz, *The Authority...*, rozdz. 3.

⁸³ Por. *ibidem*, s. 47: „A law has its source if its content and existence can be determined without using moral arguments (but allowing arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation for example). The sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content”; podobnie *idem*, *Authority...*, s. 29f.

edyne prawa jako całości (nie jego poszczególnych reguł), a ściślej rzecz biorąc, wtórnej reguły uznania, stanowi kwestię faktu społecznego. Wystarczy zatem, aby możliwa była identyfikacja w kategoriach faktów społecznych (a więc w sposób deskryptywny, pozbawiony wartościowań moralnych) samej tylko reguły uznania i zawartych w niej kryteriów uznawania reguł pierwotnych, bez dodatkowego wymogu oparcia na obiektywnych, niekontrowersyjnych faktach wszystkich poszczególnych reguł pierwotnych⁸⁴. To więc, jakie kryteria – zgodnie z taką konwencjonalną regułą uznania – wymagane są dla uznania obowiązującego poszczególnych norm reguł pierwotnych, jest sprawą irrelevantną⁸⁵. Jeżeli zgodnie z taką akceptowaną i istniejącą na zasadzie społecznej konwencji regułą uznania (której akceptacja i treść ma charakter obiektywnie istniejącego faktu) przyjmujemy, iż normą prawną jest norma mająca cechy x,y,z – wówczas stwierdzenie tych cech może, ale nie musi sprowadzać się do stwierdzenia wystąpienia niezaprzeczalnych i sprawdzalnych „twardych faktów”⁸⁶.

W obu wypadkach istnienie i treść prawa ostatecznie sprowadzają się do faktów, a żadne z nich nie wymaga przyjęcia dodatkowych założeń, które mogłyby „znieść ją „podejrzaną” z punktu widzenia pozytywistyczno-prawnej ontologii. Tym samym, wymagana przez stanowisko „miękkiego” pozytywizmu postać tezy o źródłach nie zawiera niczego, co mogłoby postawić pod znakiem zapytania pozytywistyczny charakter jego „miękkiej” wersji.

Podobnie jak w wypadku rozważanej wyżej tezy o źródłach, również teza o rozdziale może zostać sformułowana w wersji słabszej i mocniejszej. W wydaniu mocniejszej teza ta stwierdza, iż niezależność walidacyjna prawa od moralności jest koniecznym warunkiem istnienia systemu prawa, a więc w żadnym systemie prawa nie może być tak, aby obowiązywanie norm prawnych uzależnione było od ich oceny moralnej. Taka postać tezy o rozdziale zyskała również miało „pozytywizm „pozytywny” – tzn. takiego, który opiera się pewnym pozytywnym twierdzeniu, mającym dotyczyć każdego możliwego systemu prawa⁸⁷. Słabsza wersja tezy o rozdziale stwierdza natomiast jedynie tyle, iż zależność walidacyjna prawa od moralności nie jest koniecznym elementem systemu prawa. Innymi słowy, zależność taka nie jest konieczną cechą prawa, a zatem możliwy jest przynajmniej jeden system prawny, w którym identyfikacja normy prawnej nie opiera się na moralnej ocenie jej treści. Pozytywizm oparty na takim sformu-

A law is source based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument”.

⁸⁴ J. Coleman, *Rules...*, s. 722: „That a particular norm is a rule of recognition in a community is in my view a social fact about the community (...) That in my view is the cash value of the claim that law is a matter of social fact”.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 718; J.R. Toubes Muniz, *Is Soft Positivism...*, s. 203.

⁸⁶ Choć, jak zauważa J. Coleman, to że reguła pierwotna spełnia kryteria legalności zawarte w regule uznania również stanowi pewien fakt, bez względu na to, czy kryteria te odwołują się do wartościowań moralnych, czy nie, niekoniecznie jednak będzie to „plain, simple, historical or uncontroversial fact” (*Rules...*, s. 718). Sąd powyższy należałoby uściślić, w ten sposób, iż faktem może być to, że reguła taka jest uznawana za spełniającą owe kryteria, gdyż spełnienie, bądź niespełnienie kryteriów wartościujących samo w sobie faktem być oczywiście nie może (przynajmniej na gruncie nonkognitywizmu).

⁸⁷ J. Coleman, *Negative and Positive...*, *passim*.

waniu tezy o rozdziale jest pozytywizmem w tym sensie „negatywnym”, że jedyne nie kwestionuje tezę dotyczącą wszystkich możliwych systemów prawa, nie wy suwając na jej miejsce żadnego twierdzenia ogólnego⁸⁸. Należy podkreślić, iż jeżeli wziąć pod uwagę przeciwną tezie o rozdziale, a kojarzoną z prawnonaturalnym pojmowaniem prawa, tezę o związku, zgodnie z którą prawo koniecznie spełniać musi określone wymogi natury moralnej⁸⁹, wówczas jasno okazuje się, iż obie postaci tezy o rozdziale stoją w sprzeczności z tezą o związku. Jeżeli bowiem teza o związku sprowadza się do twierdzenia, że (i) $\forall x: f(x)$, to niezgodne z nią jest zarówno (ii) $\forall x: \neg f(x)$, jak i (iii): $\exists x: \neg f(x)$, a więc również z punktu widzenia tezy o rozdziale trudno kwestionować pozytywistyczny charakter omawianych poglądów⁹⁰.

11. Między twardym a „miękkim” pozytywizmem

Powyższe uwagi pozwalają obecnie na próbę dokładniejszego scharakteryzowania różnicy pomiędzy twardą a miękką wersją pozytywizmu. Jak zauważa P. Soper⁹¹, różnica ta nie sprowadza się do afirmacji bądź refutacji tezy, że sądy niejednokrotnie odwołują się do niespozytywizowanych zasad (w rozumieniu dworkinowskim) w tzw. trudnych przypadkach stosowania prawa. Jest to bowiem raczej bezsporny fakt. Problem dotyczy pojęcia kwalifikacji owych zasad, a ściślej tego, czy rola, jaką pełnią, prowadzi do ich inkorporacji do systemu prawa oraz relacji owego faktu do pozytywistycznych tez o rozdziale oraz o źródłach.⁹² Nie budzi wątpliwości, iż problemu nie da się rozstrzygnąć jedynie przez odwołanie do takiej czy innej definicji prawa, stanowiłoby to bowiem, jak już wyżej wspomniano, błędne koło sprowadzające się do powtórzenia stanowiska *strict* pozytywistycznego, a nie argument na jego obronę⁹³. Zwolennicy pozytywizmu twardego utrzymują jednak, że do takiej inkorporacji nie dochodzi – gdyż jej przyjęcie musiałoby prowadzić do zaprzeczenia władcemu charakterowi prawa (Raz) oraz naruszać wymóg czynienia przez każdą regułę prawną „praktyczne różnicy” (Shapiro). Ponadto, Dworkin dodaje, iż naruszałoby to przypisywane

⁸⁸ „Negative positivism simply denies that morality is necessarily a condition of legality for all possible legal systems” (J. Coleman, *Rules...*, s. 716).

⁸⁹ Por. R. Alexy, *Der Begriff...*, s. 17, 39.

⁹⁰ Por. mniej stanowczy pogląd wyrażony przez J. R. Toubes Muniz, *Is Soft Positivism...*, s. 202.

⁹¹ P. Soper, *Two Puzzles...*, s. 370; por. też D. Lyons, *Moral Aspects...*, s. 81.

⁹² Por. R. Alexy, *Der Begriff und Geltung...*, s. 121–122; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły...*, s. 23; W. Waluchow, *Inclusive...*, s. 140.

⁹³ Właśnie taki zarzut stawia Dworkin Razowi, zauważając, iż dokonane *a priori* wykluczenie nie zasad, takich jak powołana przez sąd w *Riggs* jest oczywiście możliwe, każdy bowiem może „używać słów jak chce”, jest jednak niczym innym jak jedynie arbitralną definicją regulującą słowa „prawo” i nie stanowi żadnego argumentu przemawiającego właśnie za takim, a nie innym rozumieniem tego pojęcia. (por. R. Dworkin, *Reply to Raz* [w:] M. Cohen (red.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London 1984, s. 262).

egule uznania przez pozytywistów funkcję dostarczania pewnych i niekontrolowanych wskazówek, co do tego, jakie reguły „liczą się” jako prawo⁹⁴, a zatem odważa sens koncepcji reguły uznania. Ponadto, w myśl poglądów pozytywistów wadliwych, uznanie przez sądy za obowiązujące pewnych norm moralnych, niepełniających kryteriów pochodzenia, nie musi prowadzić uznania ich inkorporacji do prawa, jako że nie wszystkie normy, którymi sędziowie bywają związani, aliczają się do systemu obowiązującego ich prawa (jak w podawanym przez Raza przykładzie norm prawa obcego, które choć w określonych sytuacjach wiążące, nie należą jednak do obowiązującego w danym kraju prawa)⁹⁵. Jak również wielokrotnie zauważano, nie wszystkie reguły powoływane przez sędziów jako uzasadnienie podejmowanych decyzji odgrywają w nich taką samą rolę.

W toczonej dyskusji pozostaje więc poza sporem jedynie to, iż problem sprowadza się do pojęciowej charakterystyki norm niespełniających kojarzonego pozytywizmem kryterium pochodzenia, odgrywających jednak w argumentacji prawniczej (przede wszystkim zaś w sądowym stosowaniu prawa) rolę podobną o reguł prawa stanowionego. Spór dotyczy więc tego, czy taką praktykę należy kwalifikować jako sięganie do reguł pozaprawnych, choć być może nawet niejednokrotnie wiążących dla sądów – jak utrzymują pozytywiści „twardzi” – bądź też, jako świadectwo czy wynik „inkorporowania” takich reguł do obowiązującego prawa⁹⁶.

12. Zamiast konkluzji

Spór toczone wokół „miękkiego” pozytywizmu, jak sarkastycznie zauważa Schauer „prawdopodobnie potwierdzi najgorsze obawy amerykańskich profesorów prawa, że analityczna teoria prawa w ogóle, a dyskusje o pozytywizmie prawniczym w szczególności, stanowią jałowy przedmiot zainteresowania małej rupy oderwanych od rzeczywistości, a filozoficznie opętanych pedantów, spośród

których większość stanowią Anglicy, przeważnie zresztą martwi”⁹⁷. Jednakże wbrew powyższej drwinie, rozwój doktryny „miękkiego” pozytywizmu i zasadnicze kontrowersje, jakie wywołuje stanowią jedną z najżywiej toczonych aktualnie w brytyjskiej teorii prawa debat⁹⁸, znajdując również wyraźny oddźwięk w piśmiennictwie amerykańskim (czego przykładem jest chociażby sam Schauer, oraz kontynentalnym).

Wytoczone jak dotąd argumenty nie wydają się stanowić wystarczającej podstawy do stanowczego odrzucenia zasadniczej dla koncepcji „miękkiego” pozytywizmu tezy o możliwej różnorodności faktycznych kryteriów uznawania reguł prawnych. Stwierdzeniem empirycznym, którego nie sposób kwestionować jest teza, iż kryterium pochodzenia stanowi, przynajmniej w naszej kulturze prawnej, kryterium podstawowe i najpowszechniejsze. Jednakże z punktu widzenia analizy pojęciowej, reguła uznania, będąc kwestią faktycznie przyjmowanej w danym systemie prawnym konwencji, nie jest jednak w żaden konieczny sposób związana z jednym tylko rodzajem wchodzącego w rachubę kryterium uznawania – pochodzeniem norm.

Jestem natomiast skłonny sądzić, iż niezależnie od sporów filozofów prawa „miękki” pozytywizm – szczególnie w ujęciu derogacyjnym – stosunkowo najwierniej wyraża paradygmat dość powszechnie przyjmowany przez współczesnych dogmatyków oraz praktyków prawa. Już chociażby z tego powodu wart jest szczególnej uwagi i dokładniejszego zbadania. Niniejszy artykuł stanowić ma za to jedynie wstępne zasygnalizowanie zagadnienia, jak dotąd raczej pomijanego w polskojęzycznym piśmiennictwie teoretycznoprawnym.

⁹⁴ Por. np. J. Raz, który za „basic and underlying function of the law” uznaje „to provide publicly ascertainable standards by which members of the society by society are held to be bound so that they cannot excuse non-conformity by justification of the standard” (*The Authority...*, s. 52).

⁹⁵ Por. także S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, s. 506, gdzie autor przeprowadza rozróżnienie pomiędzy *legal validity* a *legality*, to pierwsze mające oznaczać każdą wiążącą sędziego normę, a drugie zaś jedynie te normy, które jednocześnie należą do obowiązującego prawa. Twierdzi on, iż „Any norm that is law in a given system is legally valid in that system, but a legally valid norm may not be a law of that system”.

⁹⁶ W literaturze wyrażany jest pogląd, że wybór takiego czy innego pojęcia prawa sprowadza się do przyjęcia określonej ideologii (tak Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności...*, s. 37). Pogląd taki wydaje się zasadny o tyle, o ile wyraża on intuicję, iż pojęcie prawa nie stanowi teorii w sensie opisu jedynie „nagich faktów”, z drugiej strony nie jest jednak również tak, iż jest o wybór zupełnie arbitralny – poszczególne modele systemu prawa mogą bowiem być mniej lub bardziej adekwatne względem stwierdzalnych faktów, mniej lub bardziej wewnętrznie spójne itd.

⁹⁷ F. Schauer, *Positivism Through Thick and Thin* [w:] T.D. Campbell, *Legal Positivism* (Dartmouth 1999), s. 195.

⁹⁸ Szczególnie aktywny pod tym względem jest wydawany w Cambridge kwartalnik „*Legal Theory*”, por. np. serię artykułów zamieszczonych w rocznikach 1998–2000.

