

znaczenie mniej ewidentną materię oceny niż zwolnienia. W baseballu naruszenia zasad gry osądzane są formalnie przez znawców i publicznie ogłaszane; wyśmienite zagrania natomiast – jak na przykład Willie Maysa – zależą od uznania nieformalnej opinii kibiców i sprawozdawców sportowych. Taki sposób oceniania musi być czasami niesłuszny (gra się tak, jak przeciwnik pozwala), lecz zgadzamy się zapłacić tę cenę, aby uniknąć obowiązku mierzenia tego, co niewymierne.

Z reguły więc zadawaliśmy się nieformalnymi metodami podejmowania decyzji (często ukrytymi przed publicznością), gdy chodzi o przyznawanie stopni honorowych, odznaczeń wojskowych, nagród naukowych i literackich, wyróżnień przez fundacje, wydawanie przyjeżdżającym na czyjaś część itp. Jedynym – zauważnym – wybitnym wyjątkiem jest tu skomplikowana procedura beatyfikacyjna w Kościele katolickim. W gruncie rzeczy postępowanie to jednak nie stanowi wyjątku. Jego celem nie jest bowiem uhonorowanie świętego, lecz autoryzacja kultu. W języku prawa administracyjnego jest to postępowanie uwierzytelniające. Wymagane tu osiągnięcia – włącznie z czynieniem cudów – zaliczane są z konieczności do szczytowych osiągnięć ludzkich, choć prawdopodobnie są to niższe, szczeble czynów nadprzyrodzonych.

Praktyka społeczna, o której mówiłem, zaprzecza rozpowszechnionej w rozważaniach moralnych koncepcji, iż nie sposób rozpoznać zła, nie wiedząc uprzednio, co jest dobrem doskonałym. Gdyby koncepcja ta była prawdziwa, odchylenie od doskonałości o 5 procent musiałoby się wydawać łatwiejsze do oceny niż minucie się z nią o 90 procent. Zdrowy rozsądek natomiast powiada nam, iż w rzeczywistości potrafimy stosować bardziej obiektywne wzorce, gdy chodzi o odstępstwa od postępowania zadawalającego, niż gdy sprawa dotyczy osiągnięć granicznych z doskonałością. I na tej zasadzie zdrowego rozsądku opieramy nasze instytucje oraz działalność.

Lon Lwias Fuller:

Moralność - prawo

Warszawa 2004

2. MORALNOŚĆ, DZIEKI KTÓREJ PRAWO JEST MOŻLIWE

Prawo, którego człowiek przestrzegać nie może ani nie jest w stanie – nie obowiązuje i nie jest prawem. Nie sposób przestrzegać zaleceń sprzecznych lub dostosować do nich swoje zachowanie.
[C. J. Vaughan, *Thomas v. Sorrell*, 1677 r.]

Porządane jest, aby nasi uczeni prawnicy odpowiedzieli na następujące pytania [...] czy w rzeczywistości, w której wybierany jest parlament, daje się mu nieograniczoną i pozbawioną kontroli władzę lub pozwala się działać ubrew jej ustasom i innym aktom prawa bez ich wcześniejszej zmiany.
[Lilburne, *England's Birth-Right Justified*, 1645 r.]

Rozdział ten rozpoczne od przydługiej nieco alegorii. Dotyczy ona nieszczonego panowania monarchy, który nosił dogodne, ale niezbyt wyszukane, i nawet nie bardzo po królewsku brzmiące imię – Rex.

OSIEM SPOSOBÓW NA NIEPOWODZENIE W STANOWIENIU PRAW

Rex wstąpił na tron pełen reformatorskiego zapadu. Sądził, że największe niepowodzenia spotkały jego poprzedników w dziedzinie prawa. Od wielu pokoleń system prawny nie uległ żadnej zasadniczej reformie. Postępowanie procesowe było uciążliwe, postanowienia formułowano w archaicznym

języku z innej epoki, wymiar sprawiedliwości był kosztowny, sędziowie niedbali, a czasem również przekupni. Rex był zdecydowany zarządzić temu wszystkiemu i zyskać sobie w historii sławę wielkiego prawodawcy. Ostatecznie jednak spotkało go całkowite niepowodzenie. I to o tyle spektakularne, że nie tylko nie zdołał przeprowadzić potrzebnych reform, lecz nie udało mu się nawet sformułować żadnego prawa – ani dobrego, ani złego.

Pierwszy oficjalny krok, jaki uczynił, był dramatyczny, ale jednak pomyślny. Wobec tego, iż chciał się uwolnić od starych zobowiązań, by podjąć nowe, ogłosił poddanym natychmiastowe zniesienie wszystkich obowiązujących praw, a następnie zabrał się do pisania nowego kodeksu. Wykształcenie zdobyte podczas indywidualnych lekcji udzielanych przez kolejne gubernantki okazało się niestety pełne luk. W szczególności wyszło na jaw, że niezdolny jest do najprostszych nawet uogólnień. Chociaż nie brak mu było pewności, gdy rozstrzygać musiał poszczególne spory, sformułowanie uzasadnienia jakiegokolwiek orzeczenia przekraczało całkowicie jego możliwości.

Kiedy zdał sobie sprawę ze swych ograniczeń, porzucił ideę stworzenia projektu kodeksu i ogłosił poddanym, że odtąd sam pełnić będzie funkcję sędziego we wszystkich konfliktach, jakie mogą między nimi wyniknąć. Miał nadzieję, że w nawałe rozmaitych konkretnych spraw jego umiejętności uogólniania rozwinię się, i że przechodząc od jednej sprawy do drugiej zdoła sformułować system przepisów, które dadzą się połączyć w kodeks. Niestety, braki w jego wykształceniu były większe, niż przypuszczał. Próba nie powiodła się całkowicie. Kiedy wydał już dość wiele setki orzeczeń, ani jego poddani, ani on sam nie potrafili dopatrzeć się w nich żadnego wspólnego schematu. Próby uogólnień zawarte w jego orzeczeniach tylko zwiększały zamieszanie, dawały bowiem fałszywe wskazówki poddanym, a jednocześnie w każdej następnej sprawie – stawały go przed coraz trudniejszymi problemami, których rozwiązanie przekraczało jego mierne umiejętności.

Po tym niepowodzeniu Rex zdał sobie sprawę, że trzeba zacząć od nowa. Postanowił zatem wysłuchać cyklu wykładów o uogólnianiu. Wzmocniwszy w ten sposób swe intelektualne siły, powrócił do idei projektu kodeksu i po wielu godzinach samotnej pracy zdołał przygotować obszerny dokument. Nadal jednak nie miał pewności, czy przewyciężył swe uprzednie braki. Ogłosił więc poddanym, że opracował kodeks i odtąd kierować się nim będzie wydając orzeczenia, ale że na nieokreślony na

razie czas kodeks pozostanie tajemnicą państwową – znać go będzie tylko on i jego pisarz. Ku zdziwieniu Rexa ten przemysłny plan bynajmniej nie zachwycił jego poddanych. Stwierdzili oni, że jest rzeczą dla każdego nader niedogodną, by jego sprawa sądowa była według praw, z którymi nie sposób się zapoznać.

Oszolomiony tą reakcją Rex starannie przemyślał swe silne strony i słabości i doszedł do wniosku, że życie nauczyło go przynajmniej jednego, a mianowicie, że o wiele łatwiej jest decydować na podstawie zaszytych już okoliczności, niż przewidywać i kontrolować przyszłość. Znane okoliczności nie tylko ułatwiają wydawanie orzeczeń, ale – i to było szczególnie ważne dla Rexa – ułatwiają również ich uzasadnienie. Chcąc wykorzystywać to spostrzeżenie, podjął następujący plan. Na początku każdego roku kalendarzowego rozstrzygać będzie osobście wszystkie ubiegłoroczne spory między poddanymi i podawać uzasadnienia orzeczeń, ale uzasadnienia te nie będą wiążące na przyszłość – zniweczyłoby to bowiem wszystkie korzyści płynące z orzekania na podstawie znanych okoliczności. Rex ogłosił swój nowy pomysł poddanym i zapowiedział, że będzie publikował pełny tekst swych wyroków wraz ze stosowanymi przepisami, uwzględniając w ten sposób główne obiekty wysuwane wobec poprzedniego projektu. Poddani przyjęli to obwieśczenie w milczeniu, a następnie za pośrednictwem swych przywódców wyjaśnili, że domagając się znajomości prawa, mieli na myśli to, że muszą je znać z góry, by móc się do nich stosować. Rex mruknął coś na temat, że mogliby od razu wyrazić się jaśniej, ale przyrzekł, iż zastanowi się, jak temu życzeniu sprostać.

Zrozumiał teraz, że nie obejdzie się bez ogłoszenia kodeksu stwierdzającego, jakie prawa będą stosowane przy rozstrzyganiu przyszłych spraw. Pobierając nadal lekcje uogólniania, pilnie pracował nad kodeksem i wreszcie zapowiedział jego rychłe ogłoszenie, co spotkało się z powszechnym zadowoleniem. Konsternacja wśród poddanych była jednak ogromna, kiedy nowy kodeks stał się dostępny i okazało się, że jest szczerem niejasności. Znawcy prawa orzekli, że nie ma w nim ani jednego zdania, które byłoby zrozumiałe dla zwykłego obywatela lub wykształconego prawnika. Oburzenie było powszechne i wkrótce przed pałacem królewskim pojawiła się demonstracja z transparentami, na których widniało: „Jak można stosować się do praw, których nikt nie może zrozumieć?!”

Kodeks szybko wycofano. Kiedy Rex doszedł wreszcie do wniosku, że potrzebuje pomocy, kazał grupie prawników zrewidować kodeks. Zalecił, by nic w nim nie zmieniali, lecz wyrazili wszystko w sposób zrozumiały.

Nowy dokument okazał się szczytem przejrzystości, ale kiedy zaczęto go następnie studiować, przekonano się, że wprowadzona ścisłość i uporządkowanie sformułowań ujawniły ogrom sprzeczności. Stwierdzono ponad wszelką wątpliwość, iż w całym kodeksie nie ma ani jednego takiego postanowienia, którego nie przekreślałoby inne. Znów odbyła się demonstracja z transparentami: „Lym razem wszystko jest jasne – aż za bardzo!”

Kodeks znów musiano wycofać i oddać do rewizji. Teraz jednak Rex stracił już cierpliwość do niechętej postawy poddanych oraz ich niedzięczności za wszystko, co starał się dla nich uczynić. Postanowił dać im nauczkę i położyć kres narzekaniom. Kazał prawnikom polikwidować sprzeczności, ale zarazem zastrzyć wszystkie zawarte w kodeksie sankcje i dodać długą listę nowych przestępstw. Na przykład, o ile poprzednio poddany, wezwany przed oblicze monarchy, stawiał się miał w ciągu dziesięciu dni, teraz zobowiązany był to uczynić w ciągu dziesięciu sekund. Za przestępstwo karalne dziesięcioma latami więzienia uznano kaszlanie, kichanie, czkanie oraz omdlenie w obecności monarchy. Niezrozumienie teorii ewolucyjnego, demokratycznego zbawienia, brak wiary w nią lub niewłaściwe jej stosowanie – uznano za zdradę stanu.

Ogłoszenie nowego kodeksu omal nie spowodowało rewolucji. Człotwi obywatela ogłosili, że zamierzają wyśmiać postanowienia kodeksu. Ktoś wyszukał w jakichś starej księdze przydatny do tego celu cytat: „Nakazywanie tego, co wykonane być nie może, nie jest prawodawstwem; przeciwnie, jest to pośmiewisko z prawa, albowiem nakaz, który nie może być spełniony, prowadzi wyłącznie do zamieszania, strachu i chaosu”. Wkrótce cytat ten powtarzano w setkach napływających do Rexa petycji.

Kodeks znów wycofano i oddano ekspertom do rewizji. Rex zalecił im, by ilekroć stwierdzą, że jakiś przepis jest nie do zrealizowania – zmienili go w taki sposób, by jego spełnienie stało się możliwe. Okazało się, że dla wykonania tego polecenia trzeba było zmienić wszystkie postanowienia kodeksu. Ostatecznie jednak opracowany kodeks okazał się szczytem sztuki prawodawczej – był jasny, spójny i nie wymagał od poddanych niczego, co nie leżałoby w ich mocy. Kodeks wydrukowano i rozdawano za darmo na każdym rogu ulicy.

Jednakże nim nadszedł dzień, w którym nowy kodeks miał wejść w życie, stwierdzono, iż z powodu czasu, jaki zabrały kolejne rewizje, jego treść stała się przestarzała. Od czasu gdy Rex wstąpił na tron, zawieszono normalne działanie sądów, co doprowadziło w kraju do istotnych zmian

gospodarczych i instytucjonalnych. Przystosowanie się do nich wymagało rewizji treści wielu postanowień prawnych. Toteż od chwili, kiedy nowy kodeks wszedł w życie, niemal co dzień trzeba było wprowadzać doń poprawki. Niezadowolone poddanych znów rosło, zaczęły kursować anonimowy pamflet, na ulicach pojawiły się obraźliwe karykatury króla z podpisem: „Gorzej jest, gdy prawo zmienia się co dzień, niż kiedy w ogóle go nie ma”.

Wkrótce jednak i to źródło niezadowolenia wygasło, albowiem częstotliwość wprowadzania poprawek wyraźnie malała. Nim jednak do tego doszło, Rex ogłosił ważną decyzję. Zastanawiając się nad perypetiami swego panowania doszedł on mianowicie do wniosku, że większość kłopotów wynikała ze złych rad ekspertów. Postanowił więc sam przejąć władzę sądowniczą, aby w ten sposób osobiście kontrolować stosowanie nowego kodeksu i ostrzec kraj przed kolejnym kryzysem. Odtąd zaczął poświęcać cały niemal swój czas rozstrzyganiu spraw podlegających nowemu kodeksowi.

Wydawało się, że dzięki tej decyzji okrzepła i rozkwitła jego uspioń dotąd umiejętność uogólniania. Orzeczenia stawały się coraz bardziej mistrzowskie, brał bowiem pod uwagę swe poprzednie decyzje, wykladał zasady, na których mocy orzekał, dawał wytyczne dla orzeczeń na przyszłość. Wydawało się, iż dla poddanych nastąpiły nowe czasy, mogli bowiem dostosowywać swe postępowanie do spójnego systemu przepisów.

Leż wkrótce i ta nadzieja okazała się płonna. Kiedy wydano bowiem tomy królewskich orzeczeń i przestudiowano je szczegółowo, poddani z przerażeniem stwierdzili, że nie pozostają one w żadnym stosunku do kodeksu, na którym miały się rzekomo opierać. Ze względu na orzeczenia wydawane w konkretnych sprawach, nowy kodeks mógł z równym powodzeniem w ogóle nie istnieć. Mimo to wszystkie orzeczenia powtarzały, że kodeks jest podstawowym prawem królestwa.

Człotwi obywatele zaczęli spotykać się na potajemnych zebraniach i zastanawiać, jakie to – wykluczając otwartą rebelię – podjąć kroki, by król z ławy sędziowskiej powrócił na tron. Nim jednak doszli do jakichś wniosków, król, przedwcześnie postarzały i rozgorączkowany niewdzięcznością poddanych, zmarł. Pierwszym krokiem jego następcy, Rexa II, było odebranie władzy prawnikom i oddanie jej psychoanalitykom i specjalistom od *public relations*. W ten sposób – jak tłumaczył – poddani będą szczęśliwi bez kodeksu prawnego.

SKUTKI NIEPOWODZEŃ

Nieudana kariera Rexa jako prawodawcy i sędziego wskazuje, że próby stworzenia i utrzymania systemu prawnego obrócić się mogą wniwecz co najmniej z ośmiu powodów. Mówiąc inaczej, ośmiem dróg prowadzi tu do katastrofy. Pierwszy i najbardziej oczywisty powód to (1) niemożność sformułowania żadnego prawa w ogóle, wskutek czego każdy poszczególny przypadek rozstrzygany musi być *ad hoc*. Inne powody to: (2) niepublikowanie, a co najmniej nieudostępnienie zainteresowanym postanowień prawnych, którym mają być posłuszni; (3) nadużywanie stanowienia praw z mocą wsteczną, w wyniku czego prawo nie tylko nie może być wytyczną działania, ale pozbawione zostaje waloru pewności – istnieje bowiem groźba, że zawsze może zostać zastąpione przez inne z mocą wsteczną; (4) formułowanie praw w sposób niezrozumiały; (5) stanowienie praw sprzecznych; (6) stanowienie praw, których przestrzeganie przekracza możliwości zainteresowanych; (7) zbyt częste modyfikowanie przepisów prawnych, wskutek czego obywatel nie może kierować się nimi w działaniu; (8) stosowanie prawa niezgodnie z obowiązującymi przepisami.

Rażące naruszenie któregokolwiek z tych ośmiu warunków prowadzi nie tyle do złego systemu prawnego, co – ściślej mówiąc – do czegoś, co już w ogóle systemem prawnym nie jest; chyba że w pickwickowskim sensie, w którym to umowa nieważna jest mimo wszystko jakąś umową. Z pewnością nie ma żadnych racjonalnych podstaw, by twierdzić, że człowiek ma moralny obowiązek przestrzegania prawa, które w ogóle nie istnieje, utrzymywane jest przed nim w tajemnicy, wprowadzane w życie dopiero *post factum*, które jest niezrozumiałe, któremu przeczają inne postanowienia tego samego systemu albo które nakazuje czyny niemożliwe do spełnienia lub zmienia się co chwilę. Nawet jeśli możliwe jest dostosowanie do prawa, nieprzestrzeganym przez tych, którym powierzono ich stosowanie, to w pewnej chwili posłuszeństwo im staje się bezsensowne. I to również bezsensowne, co oddawanie głosu, który nigdy nie zostanie policzony. Jak zauważył socjolog Simmel, między obywatelem a władzą zachodzi pewien stosunek wzajemności odnośnie do poszanowania prawa¹. Rząd powiada obywatelowi: „Oto są prawa, których poszanowania od ciebie oczekujemy. Jeśli będziesz się nimi kierował, masz nasze

¹ K. H. Wolff (red.): *The Sociology of Georg Simmel*, Glencoe 1950, s. 186–189, 250–257. Analiza Simmela warta jest uwagi tych, których zainteresuje definicja warunków, w jakich może zostać urzeczywistniony ideał „rządów prawa”.

zapewnienie, że twoje postępowanie oceniane będzie zgodnie z tymi właśnie prawami”. Kiedy ta więź wzajemności zostaje ostatecznie i całkowicie zerwana przez władzę, nie pozostaje nic, z czego wywieść by można obywatelski obowiązek posłuszeństwa wobec prawa.

Sytuacja obywatela staje się jeszcze bardziej zawiła, kiedy – mimo że żaden z wymienionych warunków nie został rażąco naruszony – zachodzi drastyczne pogwałcenie praworządności, jak to na przykład miało miejsce w Niemczech hitlerowskich². Może się przecież zdarzyć, że część praw została publicznie ogłoszona, ale pozostała, w tym najważniejsze, nie są powszechnie znane. Prawa zasadniczo regulują stosunki przyszłe, a jednak, jeśli jest to wygodne dla władzy, dopuszczalna w praktyce jest ich modyfikacja z mocą wsteczną, wskutek czego żadne prawo nie jest zabezpieczone przed zmianą *ex post facto*. Procesy sądowe, w których w grę wchodzi lojalność dla reżimu, toczą się przed specjalnie wprowadzonymi trybunatami wojskowym, a te mogą działać na podstawie uproszczonych reguł procesowych. Ma się wówczas wrażenie, że celem rządu coraz bardziej staje się nie stanowienie praw, które mają regulować postępowanie obywateli, lecz zastraszanie aż do obezwładnienia. Kiedy kształtuje się tego rodzaju sytuacja, obywatel staje przed o wiele trudniejszym problemem niż głoszący, który wie, że jego głos na pewno nie zostanie policzony. Znajduje się on raczej w sytuacji głoszącego, który wie, że nie tylko mała jest szansa, by głos jego został policzony, ale ponadto, że jest wysoce prawdopodobne, iż jeśli nawet zostanie policzony, to na korzyść tych, przeciwko którym go oddał. W tej sytuacji obywatel sam musi zdecydować, czy ma pozostać wierny systemowi i oddać głos jako rodzaj symbolicznego aktu wyrażającego nadzieję na nadzieję lepszych czasów. Taka była za czasów Hitlera sytuacja Niemców, którzy

² Pewne cechy upadku praworządności omówiłem w artykule *Positivism and Fidelity to Law*, „Harvard Law Review” LXXI, 1958, s. 630 i 648–657. Artykuł ten nie podejmuje próby obszernego przeglądu wszystkich powojennych orzeczeń sądowych w Niemczech, dotyczących wydarzeń z okresu hitleryzmu. Niektóre z późniejszych orzeczeń motywowały unieważnienia wyroków sądowych wydanych za Hitlera nie tym, iż zastosowane ustawy były nieważne, lecz tym, że nazistowski sądowniczy fałszywie interpretował ustawy własnego rządu. Patrz O. Pappé: *On the Validity of Judicial Decision in the Nazi Era*, „Modern Law Review” XXIII, 1960, s. 260–274. Autor ten przypisuje nadmierne znaczenie tej różnicy. Przede wszystkim sens ustawy zależy po części od przyjętego sposobu interpretacji. Czy można powiedzieć, że powojenne sądy niemieckie w pełni stosowały prawa nazistowskie, kiedy interpretowały je według własnych zasad, nie zaś zgodnie z tymi, które przyjmowano za czasów hitleryzmu? Co więcej, gdy chodzi o tego rodzaju ustawy, pełne nieprecyzyjnych wyrażań i przekraczając nieograniczoną władzę – to przesadą wydaje się rozpatrywanie problemu właściwej ich interpretacji.

musieli decydować, czy mają obowiązek przestrzegania tych praw, których faszyستی terror nie naruszył.

W tego rodzaju okolicznościach nie istnieje prosta zasada, na której podstawie można orzekać, czy obywatel nadal ma obowiązek posłuszeństwa prawu. Tym bardziej nie ma takiej zasady, za której pomocą można by stwierdzić, czy ma on prawo zaangażowania się w działalność rewolucyjną. Jedno jest wszakże jasne – poszanowania dla panującej władzy nie należy mieszać z wiernością prawu. Poddani Rexa – na przykład – pozostali mu wierni jako władcy przez całe jego długie i nieudolne panowanie. Nie sprzeniewierzyli się też jego prawu, żadnego bowiem nigdy nie ustanowił.

DAŻENIE DO PRAWORZĄDNOŚCI DOSKONAŁEJ

Dotąd zajmowaliśmy się ósmioma drogami, które wiodą do niepowodzenia w prawodawstwie. Odpowiada temu tyleż samo rodzajów doskonałości prawodawczej, do której dążyć może system prawny. Podstawowe warunki praworządności decydują o tym, by prawo w ogóle mogło istnieć. Im bliżej praworządności doskonałej, tym coraz bardziej odwołujemy się do ludzkich zdolności. Moglibyśmy sobie wyobrazić, że za szczyt osiągnięć służyć będzie pewna utopia prawna, a mianowicie sytuacja, kiedy wszystkie prawa są doskonałe jasne, zgodne ze sobą, powszechnie znane i żadne nie ma mocy wstecznej. Zgodnie z tą utopią pozostawałyby one niezmiennie w czasie, domagałyby się tylko tego, co możliwe i byłyby skrupulatnie przestrzegane przez sądy, policję i każdego, na kim spoczywa obowiązek ich stosowania. Z przyczyn omówionych poniżej, tego rodzaju utopia, w której wszystkie osiem warunków byłoby bez reszty spełnione, nie jest właściwym celem dążenia do praworządności. Doskonałość bowiem jest w tym przypadku czymś o wiele bardziej złożonym. Niemniej, utopia ta wskazuje osiem różnych mierników, według których oceniać można doskonałość systemu prawnego.

Omawiając w pierwszym rozdziale różnicę między moralnością obowiązkową a moralnością aspiracji, mówiłem o wyimaginowanej skali, biegnącej od najbardziej oczywistych i podstawowych obowiązków moralnych do najwyższych osiągnięć, na jakie zdobyć się może człowiek. Wspomniałem również o niewidocznej wskazówce, wyznaczającej punkt, w którym zanika ciśnienie obowiązku, a pojawia się wezwanie do doskonałości.

Obecnie powinno być jasne, że wszystko to dotyczy moralności wewnętrznej prawa. Ona również obejmuje moralność obowiązkową i moralność aspiracji. Stawia nas to także wobec problemu, jak wyznaczyć linię między obszarem, w którym człowieka oczekują kary za niepowodzenie i w którym nie może on oczekiwać nagród w przypadku sukcesu, a obszarem, w którym podziwiany będzie za sukces, natomiast w przypadku niepowodzenia spotka go w najgorszym razie współczucie.

Odwolując się teraz do analizy przeprowadzonej w pierwszym rozdziale, musimy przede wszystkim zająć się pewnymi szczególnymi cechami moralności wewnętrznej prawa. Gdy chodzi o podstawowe zasady moralne życia społecznego, wymogi stawiane ludziom w ogóle – w odwołaniu od wymogów stawianych poszczególnym jednostkom – mają zazwyczaj charakter negatywny, nakazują powstrzymywanie się od pewnych czynów. Powiadają: Nie zabijaj, nie stawaj na cudze zdrowie, nie oszukuj, nie znieśławiaj itd. Tego rodzaju obowiązki najłatwiej jest formalnie zdefiniować. Znaczy to, że bez względu na to, czy mamy do czynienia z obowiązkami prawnymi, czy moralnymi – potrafimy przedstawić wzorce, które ze znaczną, choć nigdy nie z całkowitą dokładnością wskazują, jakiego rodzaju postępowania należy unikać.

Jednakże wymogi moralności wewnętrznej, mimo iż dotyczą ludzi w ogóle, nakazują coś więcej niż tylko powstrzymanie się od pewnych czynów. Mają one charakter pozytywny, powiadają: Uczyni, by prawo było powszechnie znane, jasne i niesprzeczne, staraj się, aby twoje decyzje jako urzędnika pozostawały z nim zgodne itd. Aby wymogi te spełnić, wysiłek ludzki skierowany być musi ku szczególnym osiągnięciom, nie wystarczy powstrzymywanie się od czynów szkodliwych.

Ze względu na pozytywny i twórczy charakter jej wymogów, moralność wewnętrzna prawa trudno realizować przez spełnianie obowiązków, obojętne – prawnych czy moralnych. Jakkolwiek pożądanym mogłoby się wydawać pewien kierunek ludzkiego działania, to traktując to działanie jako obowiązek, musimy umieć dokładnie wskazać, co stanowiłoby jego pogwałcenie. Łatwo jest twierdzić, że prawodawca ma moralny obowiązek ustanowienia prawa w sposób jasny i zrozumiały. Dopóki wszakże nie potrafimy określić wymaganego stopnia jasności, pozostaje to tylko wezwaniem. Tymczasem jakiegokolwiek ilościowe określenie stopnia jasności nastrocza oczywiste trudności. Możemy zadowolić się stwierdzeniem, iż prawodawca ma co najmniej moralny obowiązek dążenia do jasności. Jest to jednak tylko ominięcie trudności, w pewnych sytuacjach bowiem

nic nie jest tak zwodnicze, jak próba określenia stopnia, w jakim ktoś usiłował uczynić to, czego uczynić nie zdołał. Przykład Rexa dobitnie wskazywał, iż przynajmniej w dziedzinie moralności prawa – dobrymi chęciami piekło jest brukowane. Wszystko to składa się na wniosek, że moralność wewnętrzna prawa pozostawać musi raczej moralnością aspiracji niż obowiązków. Musi ona w pierwszym rzędzie odwoływać się do rzetelności zawodowej i szlachetnej dumy prawodawcy.

Zachodzi wszakże jeden ważny wyjątek. Dotyczy on mianowicie wymogu, by prawo było znane tym lub przynajmniej dostępnym dla tych, których dotyczy. Jest to dezyderat, który niezwykle łatwo poddaje się formalizacji. Konstytucja pisana może stanowić, że żaden przepis nie może stać się obowiązującym prawem, nim nie zostanie w określony sposób ogłoszony. Istnienie prawnego wymogu co do stanowienia prawa zależy od tego, czy sądy są uprawnione do egzekwowania tej zasady. Można jednak sobie również wyobrazić moralny obowiązek publikowania praw. Sposób ich ogłaszania może być – na przykład – określony z wyjątkowo, co nie wyklucza jednak, że konsekwencje odstąpienia od przyjętego sposobu ogłaszania mogą być niejasne. Formalizacja wymogu ogłaszania ma oczywiście zalety w porównaniu z nieformalnymi wysiłkami, nawet jeśli podejmowane są one rozumnie i rzetelnie. Sformalizowany przepis dotyczący sposobu ogłaszania nie tylko powiadamia prawodawcy, gdzie ma opublikować prawo, lecz powiadamia również obywatela lub pełnomocnika reprezentującego jego interesy prawne, gdzie zapoznać się może z obowiązującym prawem.

Można by sądzić, że zasada potępiająca stanowienie praw z mocą wsteczną mogłaby być również łatwo sformalizowana w postaci prostego zakazu wprowadzania kiedykolwiek takich praw lub pozbawiającego ich mocy, gdyby zostały wprowadzone. Tego rodzaju przepis oddawałby jednak złą usługę praworządności. Jest rzeczą ciekawą, że jeden z najbardziej oczywistych – jak by się wydawało – wymogów praworządności, powiadający, że prawo ustanowione dziś dotyczyć może tego, co zdarzy się jutro, nie zaś tego, co zaszło wczoraj, stanowi jeden z największych problemów moralności wewnętrznej prawa.

Tak więc gdy chodzi o wszystkie wymogi praworządności – oprócz tego, który domaga się promulgacji aktów prawnych – od konstytucji i sądów spodziewać się możemy jedynie, że chronić nas będą przed katastrofą. Nie możemy natomiast oczekiwać od nich nakazów gwarantujących rzeczywiście poważne osiągnięcia.

PRAWORZĄDNOŚĆ A RACHUNEK EKONOMICZNY

W rozdziale pierwszym starałem się wykazać, że zasada użyteczności marginalnej odgrywa tym większą rolę w naszych decyzjach, im bardziej wnosimy się ku wyższemu szczeblom moralności aspiracji. Na poziomie obowiązków wszelki rachunek ekonomiczny jest nie na miejscu. W przypadku moralności aspiracji jest on nie tylko na miejscu, że staje się integralną częścią samej decyzji moralnej, tym bardziej, im ku większym osiągnięciom skierujemy nasze wysiłki.

Nietrudno byłoby wykazać, że coś w rodzaju rachunku ekonomicznego okazuje się niezbędne w przypadku konfliktu między wewnętrzną a zewnętrzną moralnością prawa. Tak na przykład z punktu widzenia moralności wewnętrznej prawa pożądane jest, aby przepisy prawne nie ulegały zmianom. Jest jednak rzeczą oczywistą, że zmiana okoliczności lub świadomości ludzkiej wymaga może modyfikacji materialnych celów prawa. W takich przypadkach zmuszeni jesteśmy wybierać drogę pośrednią między zbyt częstymi zmianami a rezygnacją ze zmian w ogóle, ze świadomością, że wybrana droga nie jest najlepsza, lecz ma usztywnić przed katastrofą, jaką grozi każda ze skrajności.

Podjęrzewam, iż jest rzeczą o wiele mniej oczywistą, że sprzeczności pojawić się mogą również w ramach samej moralności wewnętrznej prawa. Jakkolwiek nietrudno ukazać, że jej dezyderaty mogą czasami popadać ze sobą w sprzeczność. Tak na przykład pożądane jest, aby prawa nie ulegały zmianom, a zarazem, aby nie wymagały rzeczy niemożliwych do spełnienia. Jednakże gwałtowna zmiana okoliczności, jak – powiedzmy – w przypadku inflacji, sprawić może, iż prawo, którego przestrzeganie było dotąd łatwe, wymaga rzeczy trudnych lub prawie niemożliwych do spełnienia. W tym przypadku również zmuszeni jesteśmy poszukiwać drogi pośredniej, co pociąga za sobą naruszenie obu wymogów.

Podczas wizyty w Polsce, w maju 1961 roku rozmawiałem na ten temat z byłą ministrem sprawiedliwości. Opowiedziała mi, jak w pierwszych dniach władzy komunistycznej próbowano tak formułować prawa, by były zrozumiałe dla robotników i chłopów. Wkrótce wszakże okazało się, że jasność taką osiągnąć można tylko kosztem wyeliminowania tych elementów systemu prawnego, które wiążą jego przepisy w zwartą całość i umożliwiają spójne ich stosowanie przez sądy. Innymi słowy, stwierdzono, że dążenie do tego, by prawa były w pełni zrozumiałe dla obywateli, pociąga za sobą ukryty koszt – zwiększenie arbitralności i osłabienie