

## Rozdział I

### UPORCZYWE PYTANIA

#### 1. *Kłopoty teorii prawa*

Niewiele pytań dotyczących społeczeństwa ludzkiego było stawianych z taką wytrwałością i rozstrzyganych przez poważnych myślicieli w tak rozmaite, dziwne, a nawet paradoksalne sposoby, jak problem „Czym jest prawo?”. Nawet gdy ograniczymy uwagę do teorii prawa ostatnich 150 lat, a pominiemy starożytne i średniowieczne spekulacje o „istocie” prawa, stanimy wobec sytuacji bez odpowiednika w jakiegokolwiek innej dziedzinie studiowanej jako oddzielna dyscyplina akademicka. Nie ma rozległej literatury poświęconej takim zagadnieniom, jak „Czym jest chemia?” ani „Czym jest medycyna?”, w przeciwieństwie do literatury dotyczącej pytania „Czym jest prawo?”. Kilka wierszy na stronie otwierającej elementarny podręcznik stanowi wszystko, co student tych nauk ma rozważyć, a odpowiedzi, które mu się podaje, są zasadniczo odmienne od przedkładanych studentowi prawa. Nikt nie uważał podkreślenia, że medycyna jest tym, co „lekarze czynią w związku z chorobami” lub „przewidywaniem, co będą robić”, za coś rozjaśniającego czy ważnego, ani ogłaszania, że to, co zwykle uchodziło za charakterystyczną, centralną część chemii, powiedzmy, badanie kwasów, *de facto* w ogóle do niej nie należy.

Natomiast w przypadku prawa rzeczy, które na pierwszy rzut oka wyglądają tak dziwnie jak te z poprzedniego zdania, nie tylko często głośzono, lecz nawet przekonywano do nich z wielką elokwencją i pasją, tak jakby stanowiły objawienia prawd o prawie, długo zaciemnionych przez prostackie nieporozumienia co do jego istoty.

„Prawem jako takim [...] jest to, co urzędnicy czynią przy rozstrzygnięciu [sporów]”<sup>1</sup>; „Przez prawo rozumiem [...] przewidywania, co sądy będą czyniły”<sup>2</sup>; Ustawy są „źródłem prawa [...] lecz nie należą do prawa jako takiego”<sup>3</sup>; „Prawo konstytucyjne jest po prostu pozytywną moralnością”<sup>4</sup>; „Nie wolno kraść; jeśli ktoś kradnie, zostanie ukarany. [...] Pierwsza norma istnieje o tyle, o ile jest zawarta w drugiej, a ta druga jest jedyną normą właściwą. [...] Prawem jest zasadniczo ta norma, która ustala sankcję”<sup>5</sup>.

To zaledwie kilka z wielu stwierdzeń pozytywnych i negatywnych na temat istoty prawa, które wyglądają dziwnie i paradoksalnie, przynajmniej na pierwszy rzut oka. Niektóre wydają się niezgodne z najmocniej zakorzenionymi przekonaniem, a także łatwe do odrzucenia. I tak, jesteśmy skłonni odpowiedzieć: „Ustawy na pewno są prawem, przynajmniej jednym z jego rodzajów, nawet jeśli są i inne”; „Na pewno przez prawo nie można rozumieć tego, co czynią urzędnicy lub sądy, ponieważ to właśnie prawo tworzy urzędników i sądy”.

<sup>1</sup> K. Llewellyn, *The Bramble Bush*, wyd. II, New York 1960, s. 9.

<sup>2</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, w: tenże, *Collected Papers*, New York 1920, s. 173.

<sup>3</sup> J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York 1938, s. 276.

<sup>4</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Wykład VI, London 1954, s. 259.

<sup>5</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, MA 1945, s. 61.

Zarazem te jawnie paradoksalne wypowiedzi wcale nie pochodzą od wizjonerów czy filozofów zawodowo trudniących się powątpiewaniem w oczywistości zdrowego rozsądku. Są wynikiem długotrwałego namysłu nad prawem tych, którzy byli pierwszorzędnymi prawnikami, zawodowo praktykującymi prawo lub go nauczającymi, a w pewnych przypadkach sędziami stosującymi prawo. Ponadto rzeczy, które mówili, naprawdę przyczyniały się w ich czasach i miejscach do większego zrozumienia prawa, gdyż takie stwierdzenia, rozważane kontekstowo, są kłopotliwe i *zarazem* oświetlające: są w większym stopniu podobne do wielce przesadzonych prawd o prawie, niesłusznie pominiętych, aniżeli do wyrachowanych definicji. Rzucają jakieś światło, które pozwala nam dostrzec w prawie wiele z tego, co tkwi w nim ukryte. Wszelako światło to jest tak jasne, że oślepia nas, jeśli chodzi o pozostałe rzeczy, i tym sposobem wciąż pozbawia nas wyraźnego obrazu całości.

W przeciwieństwie do tej niekończącej się debaty teoretycznej toczonej w książkach znajdujemy zadziwiającą gotowość większości pytanych osób do przytaczania, z łatwością i pewnością siebie, przejawów prawa. Zaledwie nieliczni Anglicy nie zdają sobie sprawy z tego, że prawo zakazuje morderstw, wymaga płacenia podatku dochodowego lub określa warunki sporządzenia ważnego testamentu. Potencjalnie, poza dziećmi i cudzoziemcami, każdy, kto spotyka się ze słowem „prawo” po raz pierwszy, mógłby mnożyć takie przykłady, a większość ludzi potrafi nawet więcej. Umieją opisać, przynajmniej w zarysie, jak przekonać się, czy coś jest prawem w Anglii; wiedzą, że istnieją specjaliści, z którymi można to skonsultować, oraz że do sądów należy werdykt ostateczny. Powszechnie wiadomo nawet znacznie więcej. Wykształcone osoby na ogół rozumieją, że prawo angielskie tworzy jakiś system oraz że we Francji, w Stanach Zjednoczonych czy Rosji Radzieckiej, zasadniczo

prawie w każdej części świata traktowanej jako oddzielny „kraj”, mamy do czynienia z systemami prawnymi, które mimo poważnych różnic między nimi są w zasadzie podobne w swej strukturze. Edukacja na pewno nie spełniłaby ważnego zadania, gdyby pozostawiła ludzi w niewiedzy co do tych faktów. Trudno też byłoby uważać za coś nadzwyczajnego, że znający owe fakty umieją także wskazać ważne podobieństwa między różnymi systemami prawnymi. Można oczekiwać, że każdy wykształcony człowiek potrafi rozpoznać podstawowe rysy prawa według następującego schematu. Schemat ten obejmuje: (a) reguły zakazujące czy zabraniające pod groźbą kary pewnych rodzajów zachowania się; (b) reguły wymagające od ludzi jakiegoś odszkodowania wobec tych, którym wyrządzili oni szkodę; (c) reguły określające, co jest niezbędne do sporządzenia testamentu, zawierania umów lub dokonywania innych czynności, na mocy których powstają uprawnienia lub obowiązki; (d) sądy jako organy określające, jakie to reguły, kiedy są naruszane i w jaki sposób kara ma być ustalona, a odszkodowanie zapłacone<sup>6</sup>; (e) instytucję prawodawcy jako organ wydający nowe reguły i uchylający stare.

Jeśli wszystko to należy do wiedzy potocznej, to czemu pytanie „Czym jest prawo?” powraca tak często i doczekało się tak wielu rozmaitych i zadziwiających odpowiedzi? Otóż dlatego, że poza typowymi przypadkami konstytuowanymi przez systemy prawne nowoczesnych państw, co do których nikt rozumnie nie wątpi, że są systemami prawnymi, występują także przypadki wątpliwe; co do ich „kwalifikacji jako prawa” mają zastrzeżenia nie tylko wykształceni w stopniu ogólnym, ale także sami prawnicy. Prawo ludów pierwotnych i prawo międzynarodowe są głównymi spośród takich wątpliwych przy-

---

<sup>6</sup> Autor ma na myśli anglosaski system prawa, gdzie sądy rzeczywiście ustalają przepisy prawa (przyp. tłum.).

padków, przy czym wielu autorów znajduje ciągle racje, aczkolwiek zazwyczaj niekonkluzywne, dla zaprzeczania zasadności, w gruncie rzeczy konwencjonalnego, zastosowania słowa „prawo” wobec tych przypadków. Obecność tych kwestionowalnych czy prowokujących przypadków rzeczywiście dała początek przedłużającemu się i nieco jałowemu sporowi, ale na pewno nie może wytłumaczyć kłopotów związanych z ogólną istotą prawa wyrażanych przez uparte pytanie „Czym jest prawo?”. Z dwóch powodów wydaje się oczywiste, że wskazane przypadki nie mogą być źródłem rzeczowej trudności.

Po pierwsze, oczywiste jest, dlaczego odczuwa się wahanie co do nich. Prawu międzynarodowemu brakuje instytucji prawodawcy. Poszczególne państwa nie mogą być pozywane przed trybunały międzynarodowe bez swej uprzedniej zgody ani nie ma tutaj centralnie zorganizowanego i skutecznego systemu sankcji. Podobnie pewne typy prawa ludów pierwotnych, również te, z których pewne współczesne systemy prawa mogły się stopniowo wyłaniać, pozbawione są tych właściwości. Przeto jest całkiem jasne dla każdego, że właśnie ta ich odmienność od typowych przypadków powoduje wątpliwości co do ich zaklasyfikowania. Nie ma w tym nic tajemniczego.

Po drugie, nie jest osobliwością terminów złożonych, jak „prawo” czy „system prawa” to, że jesteśmy zmuszeni do uznawania zarówno przypadków typowych, jak i wątpliwych przypadków granicznych. Jest obecnie czymś zwyczajnym (choć ciągle zbyt mało podkreślanym), że tę dystynkcję należy zastosować wobec każdego niemal ogólnego terminu, używanego przy klasyfikowaniu właściwości ludzkiego życia i świata, w którym żyjemy. Różnica między jasnym, typowym przypadkiem czy wzorcem użycia danego wyrażenia a przypadkami wątpliwymi to niekiedy tylko kwestia stopnia. Człowiek ze świecą gładką łysiną jest na pewno łysy; inny z bujną czupryną na pewno nie jest; wszelako problem, czy

ktoś trzeci z kępkami włosów tu i ówdzie jest łysy, można dyskutować w nieskończoność, tak jakby miało to jakąś wartość lub praktyczny pożytek.

Czasem odstępstwo od przypadku typowego nie jest jednak sprawą stopnia, lecz pojawia się, gdy ów typowy przypadek jest faktycznie kompleksem elementów, które zazwyczaj współistnieją, ale są różne, a przy tym jednego z nich lub nawet więcej może brakować w sytuacjach podlegających wątpliwościom. Czy wodnopłatowiec jest „statkiem”? Czy mamy jeszcze do czynienia z „szachami”, gdy gra toczy się bez królowej? Kwestie takie mogą być pouczające, gdyż zmuszają nas do refleksji oraz ujawniają nasze poglądy w sprawie kompozycji przypadku typowego; jednakże jest teraz pewne, że to, co może być aspektem granicznym, jest zbyt powszechne, aby wytłumaczyć długotrwałą debatę na temat prawa. Ponadto jedynie niewielka i niezbyt ważna część najślawniejszych i najbardziej kontrowersyjnych teorii prawa dotyczy zasadności użycia wyrażen „prawo ludów pierwotnych” czy „prawo międzynarodowe” do opisu przypadków, wobec których się je umownie stosuje.

Gdy zastanawiamy się nad całkiem ogólną zdolnością ludzi do uświadamiania sobie i wymieniania przypadków prawa i nad tym, jak wiele ogólnie wiadomo o typowym przypadku systemu prawa, mogłoby się zdawać, że potrafimy zakończyć spór o odpowiedź na wieczne pytanie „Czym jest prawo?” po prostu przez przypomnienie tego wszystkiego już dobrze znanego. Dlaczego nie powtórzyć szkicu objaśnienia podstawowych rysów prawa danego państwa, które, być może zbyt optymistycznie, włożyliśmy (na s. 46) w usta człowieka wykształconego? Powiemy po prostu: „To jest właśnie typowy przypadek tego, co rozumiemy przez «prawo» i «system prawa»»; pamiętając, że poza tymi typowymi przypadkami znajdziemy urządzenia życia społecznego, które, aczkolwiek podzielają pewne spośród tych rysów podstawowych, innych są pozbawione. I one

właśnie stanowią przypadki dyskusyjne, wobec których nie ma konkluzyjnych argumentów za lub przeciw, na tyle, aby je zaklasyfikować jako prawo”.

Ten sposób potraktowania naszego problemu byłby sympatycznie krótki. Ale nie ma w nim nic do zalecenia ponadto. Przede wszystkim dlatego, że najbardziej zakłopotani pytaniem „Czym jest prawo?” ani nie zapomnieli, ani nie potrzebują przypomnienia dobrze znanych faktów, które im oferuje ta ramowa odpowiedź. Głębokie zakłopotanie utrzymujące nasze pytanie przy życiu nie polega na ignorancji, zapomnieniu lub niezdolności do uświadomienia sobie zjawisk, do których słowo „prawo” zwykle się odnosi. Ponadto, jeśli rozważymy sformułowanie naszego ramowego ujęcia systemu prawa, stanie się oczywiste, że ujmuje ono niewiele więcej niż stwierdzenie, że w typowym, zwyczajnym przypadku prawa różnych rodzajów występują wspólnie. Jest tak dlatego, że zarówno sądy jak i instytucje prawodawcze, pojawiające się w tym krótkim ujęciu jako charakterystyczne elementy typowego systemu prawa, same są twórcami prawa. Tylko wtedy, gdy istnieją jakieś rodzaje praw dające ludziom jurysdykcję do rozstrzygania sporów lub władzę stanowienia prawa, ludzie ci rzeczywiście tworzą sąd lub prawodawcę.

Ten krótki sposób traktowania naszej kwestii, dający niewiele więcej niż przypomnienie pytającemu konwencji, które rządzą użyciem słów „prawo” i „system prawa”, jest więc bezużyteczny. Zapewne najlepszym trybem byłoby odłożenie odpowiedzi na pytanie „Czym jest prawo?” do czasu poznania tego rysu prawa, który naprawdę kłopotał autorów pytających lub próbujących odpowiedzieć także w przypadku, gdy ich znajomość prawa czy zdolność do uświadomienia sobie przykładów nie budzą wątpliwości. Cóż więcej chcieli wiedzieć i dlaczego? Jakiejś ogólnej odpowiedzi można udzielić na *to* pytanie, gdyż mamy do czynienia z pewnymi stale powracającymi

głównymi tematami, które stworzyły stały zakres argumentów i kontrargumentów dotyczących istoty prawa oraz prowokowały przytoczone wyżej przesadzone i paradoksalne stwierdzenia o prawie. Spekulacja o istocie prawa ma długą i skomplikowaną historię. Niemniej jednak w spojrzeniu retrospektywnym widać, że ogniskowała się ona niemal zawsze wokół kilku zasadniczych kwestii, wcale nie bezzasadnie wybranych czy wynalezionych, by spędzać czas na przyjemnych dyskusjach akademickich. Kwestie te dotyczą aspektów prawa, które wydają się zawsze wywoływać nieporozumienia i sprawiać, że konfuzja i powstająca w jej wyniku potrzeba większej jasności mogą współistnieć nawet w umysłach ludzi głębokich i charakteryzujących się nieprzeciętną wiedzą o prawie.

## 2. Trzy stale powracające kwestie

Wyróżnimy tutaj trzy takie zasadnicze, stale powracające kwestie, a potem pokażemy, dlaczego łączą się one w żądaniu *definicji* prawa czy odpowiedzi na pytanie „Czym jest prawo?”, ewentualnie na mętniej sformułowane pytania w rodzaju: „Jaka jest natura (lub istota) prawa?”.

Dwie z tych kwestii powstają w następujący sposób. Najbardziej wyróżniającym się ogólnym rysem prawa we wszystkich czasach i miejscach jest to, że jego istnienie oznacza, iż pewne rodzaje ludzkiego postępowania nie są już fakultatywne, ale w *jakimś* sensie obowiązkowe. Wszelako ta pozornie prosta właściwość prawa w rzeczywistości wcale nie jest prosta, ponieważ wewnątrz sfery niefakultatywnego, obowiązkowego postępowania możemy wyróżnić rozmaite formy. Pierwszy, najprostszy sens, w którym postępowanie nie jest fakultatywne, pojawia się, gdy jakiś człowiek jest zmuszony do uczynienia czegoś, co mu poleca ktoś inny, ale nie w wyniku przymusu



fizycznego polegającego na tym, że ktoś go bije lub maltretuje, lecz dlatego, że ktoś grozi mu nieprzyjemnymi konsekwencjami w razie odmowy. Bandyta uzbrojony w rewolwer każe ofierze oddać portmonetkę, grożąc zastrzeleniem w wypadku odmowy; jeśli ofiara zastosuje się do tego żądania, powiemy o niej: została *zmuszona* do zrobienia tego. Niektórym wydawało się jasne, że w sytuacji, gdy jedna osoba nakazuje coś innej, popierając to groźbą, i zmusza, w pewnym sensie zobowiązuje, tę drugą do posłuszeństwa, uchwytujemy istotę prawa lub przynajmniej „klucz do nauki o prawie”<sup>7</sup>. To jest punkt wyjściowy analizy Austina, która tak bardzo wpłynęła na prawoznawstwo angielskie.

System prawa bez wątpienia często przedstawia ten właśnie aspekt. Kodeks karny uznający pewne postępowanie za przestępstwo i ustalający karę, której podlega przestępca, może w sposób oczywisty wyglądać jak żądanie bandyty; jedyna różnica, relatywnie niewielka, polega na tym, że kodeksy są zwykle adresowane do grup, które zwyczajowo przestrzegają takich nakazów. Chociaż ta redukcja złożonych zjawisk prawnych do jakiegoś prostego elementu może wydać się atrakcyjna, to bliżej zanalizowana, okazuje się zniekształceniem i źródłem zamętu nawet w przypadku kodeksu karnego, gdzie analiza za pomocą takich prostych kategorii wydaje się najbardziej wiarygodna. Czym więc prawo i obowiązek prawny różni się od nakazów popartych groźbą, a także jak są powiązane te kategorie? To zawsze było jedną z głównych kwestii ukrytych w pytaniu „Czym jest prawo?”.

Kwestia druga wypływa z drugiego sposobu, w jaki postępowanie może nie być fakultatywne, lecz obowiązkowe. Reguły moralne nakładają obowiązki i wyłączają pewne dziedziny

---

<sup>7</sup> Austin, *The Province...*, Wykład I, s. 13. Austin dodaje: „oraz moralności”.

postępowania spośród objętych swobodnym wyborem jednostki. Tak jak system prawa w oczywisty sposób zawiera elementy ściśle związane z prostymi przypadkami nakazów popartych groźbami, tak z równą oczywistością zawiera elementy ściśle związane z niektórymi aspektami moralności. W obu przypadkach spotykamy podobną trudność dotyczącą precyzyjnego określenia zachodzącej tutaj relacji, a także pokusę upatrywania identity członów tego na pewno ścisłego związku. Prawo i moralność dzielają nie tylko słownik, tak że mamy obowiązki, powinności i uprawnienia zarówno prawne, jak i moralne, ale też wszystkie systemy prawne obowiązujące w poszczególnych państwach powtarzają treść pewnych podstawowych wymagań moralnych. Zabijanie i nieograniczone stosowanie przemocy są jedynie najbardziej oczywistymi przykładami odpowiedniości między zakazami prawa i moralności. Powiada się też, że to sprawiedliwość jednoczy obie dziedziny: jest wartością szczególnie właściwą dla prawa i większości wartości prawnych. Myślimy i mówimy o „sprawiedliwości w związku z prawem”, a także o sprawiedliwości i niesprawiedliwości *prawa*.

Te okoliczności sugerują pogląd, że prawo najlepiej pojmować jako „gałąź” moralności czy sprawiedliwości oraz że o jego istocie stanowi w większym stopniu zgodność z zasadami moralności czy sprawiedliwości niż inkorporacja nakazów i grózb. Ta doktryna jest charakterystyczna nie tylko dla scholastycznych teorii prawa naturalnego, ale także dla niektórych współczesnych koncepcji krytycznych wobec „pozytywizmu” prawniczego wywodzącego się od Austina. Niemniej jednak teorie tak daleko upodabiające prawo i moralność ostatecznie wydają się mieszać jeden rodzaj obowiązku z innym i pozostawiać zbyt mało miejsca na różnice rodzajowe między regułami prawnymi i moralnymi oraz na odmienności między ich wymaganiami. A te są co najmniej tak ważne jak podobieństwo