



David Lyons

OSĄD MORALNY A TEORIA PRAWA

SPIS TREŚCI

1. Rozdział prawa i moralności.....	65
Założenie o rozdziale prawa i moralności	65
Dowody	67
Teoria moralności a rozpoznawanie niesprawiedliwości	68
Teoria prawa	69
2. Zasady moralne a wykładnia prawa	71
Wykładnia historyczna	71
Interpretacja celowościowa.....	75
Naturalizm interpretacyjny	76
3. Rządy prawa	78

Tłumaczenie: Marek Kaduczak



DAVID LYONS

Urodzony w 1935 roku w Nowym Jorku. W latach 1964–1994 wykładowca Uniwersytetu Cornell, gdzie uzyskał kolejno tytuły: profesora filozofii w 1971 roku, profesora prawa w 1979 roku i *Susan Linn Sage Professor of Philosophy* w 1990 roku. W latach 1978–1984 kierownik Katedry Filozofii. Od 1995 roku wykłada na Uniwersytecie w Bostonie. Otrzymał liczne prestiżowe nagrody, m.in. *Guggenheim Fellowship* i trzykrotnie *Fellowship of National Endowment for Humanities*. Zajmuje się przede wszystkim teorią rządów prawa, odpowiedzialności politycznej i prawami człowieka. Wydał m.in. *Ethics and the Rule of Law* (wyd. pol. z 2000 r.), *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*.



WPROWADZENIE

David Lyons stawia tezę, że osąd moralny, związany z naszą zwykłą zdolnością do rozpoznawania niesprawiedliwości i wydawania ocen moralnych, wyznacza wyraźne granice różnym przejawom teorii prawa. Ilustruje ją rozważaniami poświęconymi trzem fundamentalnym zagadnieniom teorii prawa. Pierwszy problem to tzw. rozdział prawa i moralności, zakładający omylność moralną prawa. Osąd moralny okazuje się być w tym kontekście epistemologicznie uprzedni wobec teorii prawa, która w związku z tym musi z zasady przewidzieć możliwość istnienia prawa niesprawiedliwego. Drugie zagadnienie stanowi problem interpretacji prawa, gdzie osąd moralny uświadamia niewielką przydatność nawet najbardziej obiecującej teorii wykładni prawa. Trzecie zagadnienie, które zamyka rozważania Lyonsa – to idea rządów prawa i związany z nią obywatelski obowiązek posłuszeństwa prawu. Analiza ta unaocznia, jak oceny moralne decydują o pożądanym kształcie urzeczywistniania tych ideałów i dobitnie przeczą argumentacji podnoszonej przy ich nadużyciach. Rozważania Lyonsa prowadzą również do znacznie szerszej konkluzji – niepokoju o zdolność prawa do osiągnięcia własnych ideałów moralnych i intelektualnych.

Pragnę rozważyć tu rolę osądu moralnego w teorii prawa. Stawiam tezę, iż osąd moralny wyznacza istotne ograniczenia różnym aspektom teorii prawa. Aby ją zilustrować, omówię najpierw tzw. rozdział prawa i moralności (część pierwsza), następnie zagadnienie interpretacji prawa (część druga), a na koniec – ideał rządów prawa (część trzecia).

1. ROZDZIAŁ PRAWA I MORALNOŚCI

A. ZAŁOŻENIE O ROZDZIALE PRAWA I MORALNOŚCI¹

Nazwa tej koncepcji jest zwodnicza. Sugeruje, co jest nie do przyjęcia, że prawo i moralność są od siebie odizolowane, czy też, że naukowcy pragną, aby stały się całkowicie niezależne. Obie te sugestie są

¹Szerzej omawiam tę tezę w tytułowym artykule zbioru: D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory*, Cambridge 1993.

falszywe. Każdy teoretyk prawa zdaje sobie sprawę, że prawo i moralność wzajemnie na siebie oddziaływają. To, co prawo nakazuje lub dopuszcza, do pewnego stopnia wpływa na nasze poglądy o moralności różnych zachowań, a przekonania moralne w jakimś zakresie kształtują treść prawa. Rezultatem takich przyczynowych powiązań jest częściowe pokrywanie się prawa danej wspólnoty z panującymi w niej poglądami moralnymi.

Wpływ zasad moralnych na prawo może być bezpośredni, jak w prawie karnym; może być też pośredni, jak w przypadku zasad demokratycznych, które decydują raczej o procedurach podejmowania decyzji niż o samym prawie materialnym, powstającym w wyniku działania tych procedur.

Z jednej strony, naukowcy rozumieją, że tak zwany rozdział prawa od moralności nie dotyczy owych przyczynowych powiązań między prawem wspólnoty a jej poglądami moralnymi. Jednocześnie każdy teoretyk prawa prawdopodobnie chce, aby prawo było kształtowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez zdrowe zasady moralne.

Moim zdaniem, główne założenie koncepcji nazywanej „rozdzieleniem prawa i moralności” brzmi następująco: prawo podlega osądowi moralnemu i nie zasługuje automatycznie na aprobatę.

Doktrynę tę kojarzy się zazwyczaj z pozytywizmem prawniczym. Głosili ją Jeremy Bentham, John Austin, Herbert Hart i wielu innych tak zwanych pozytywistów. W rzeczywistości jednak jest ona znacznie szerzej akceptowana. Tomasz z Akwinu był teoretykiem prawa naturalnego, stwierdzał zaś wyraźnie, że „prawa stanowione przez człowieka są albo sprawiedliwe, albo niesprawiedliwe”, aby następnie omówić możliwe niesprawiedliwości prawa oraz ich implikacje dla moralności postępowania².

Zwolennicy rozdziału prawa i moralności, dla zilustrowania wyrażanego poglądu, odnoszą się często do „przepisów”, tak jakby koncepcja ta znajdowała zastosowanie jedynie do określonej kategorii norm prawnych. Zapewne zgodziliby się jednak, że według standardów sprawiedliwości należy oceniać również inne elementy systemów prawnych – konstytucję, orzeczenia sądowe, rozporządzenia wykonawcze. Standardy moralne odnoszą się zarówno do stosowania prawa, jak i zachowania funkcjonariuszy publicznych. Każdy przejaw systemu prawnego wydaje się podlegać osądowi moralnemu i żaden nie zasługuje automatycznie na aprobatę. Krótko mówiąc: prawo jest moralnie omyłne.

Jaka jest podstawa tej doktryny? Niektórzy wskazują na związek między pojęciem prawa a pojęciem moralności. Być może. Nie znajdujemy jednak na to systemowych dowodów w abstrakcyjnych, czysto koncepcyjnych dyskusjach o pojęciach prawa i moralności. Wręcz przeciwnie, autorzy, od Tomasza z Akwinu po Johna Austina, którzy akceptują lub omawiają tę koncepcję – przyjmują jej istnienie za oczywiste.

²Tomasz z Akwinu, *Summa Theologica*, I-II, q. 96, art. 4.

W moim przekonaniu, jej podstawą jest nasze doświadczanie prawa³. Widać to wyraźnie, gdy przywołamy wspomnienia ostatnich wydarzeń, chociaż wykracza ona znacznie poza naszą współczesność. Prawo rządzi ludźmi od wieków i nigdy nie brakowało przykładów niesprawiedliwości.

B. DOWODY

Rozważmy dwa oczywiste przykłady skrajnej niesprawiedliwości, jaką umożliwiało nowożytne prawo. Zaczniemy od niewolnictwa w koloniach angielskich Ameryki Północnej. Kiedy Afrykanie zostali tam po raz pierwszy sprowadzeni wbrew własnej woli, w prawie angielskim nie istniały jeszcze wyraźne regulacje prawne niewolnictwa – systemu, w którym czarni mężczyźni, kobiety i dzieci stanowili tylko majątek ruchomy białych⁴. Kroniki kolonii wskazują, że status prawny służby murzyńskiej pozostawał niejasny przez pierwsze pół wieku.

Koloniści w Wirginii nauczyli się od Indian uprawy tytoniu, co stało się dla nich dochodowym interesem. Wtedy to dostrzegli korzyści płynące z posiadania niewolników, którzy wykonywaliby całą pracę, i z tego powodu przyjęli prawa umożliwiające nowożytną formę niewolnictwa. Najbardziej znaczące zmiany prawne uchwalone zostały w ciągu jednej dekady XVII wieku. W 1662 roku Wirginia dokonała odstępstwa od starej zasady prawa angielskiego, postanawiając, że dziecko będzie odtąd wstępować w status prawny swojej matki. Oznaczało to, że dzieci niewolnic będą także niewolnikami, a właściciel może pomnożyć swój majątek (a nie liczbę dzieci na utrzymaniu), gwałcąc swoje niewolnice. W 1669 roku Wirginia zdecydowała, że właściciel zabijając niewolnika nie popełnia zbrodni, gdyż, jak stwierdzono, nie jest możliwe, by właściciel chciał zniszczyć swój cenny dobytek. Dało mu to władzę nad życiem i śmiercią niewolników. Od 1667 roku, zgodnie z nowymi przepisami, nawrócenie na chrześcijaństwo i chrzest nie ratowały już od niewolnictwa, zaś w 1670 r. zdecydowano, że wszyscy, których przywieziono do Ameryki jako niechrześcijan, mają pozostać niewolnikami do końca życia. Te dwie decyzje, *de facto* wymierzone w Afrykanów, pozwoliły stworzyć rasistowski system niewolnictwa. Podobne regulacje zostały przyjęte w innych angielskich koloniach Ameryki Północnej mniej więcej w tym samym czasie. Nowożytny system niewolniczy, oparty na dyskryminacji rasowej i wstrząsający w swojej prawnej formie nadając ludzom status rzeczy, został świadomie skonstruowany⁵. System ten był utrzymywany przez trzysta lat i zniesiono go dopiero po krwawej wojnie domowej.

³ [*our experience of law* – przyp. tłum.]

⁴ [*chattel slavery* – przyp. tłum.]

⁵ Zob. np. A. L. Higginbotham Jr, *In the Matter of Color*, New York 1978.

Kolonializm – system narzucony ludom innych ras na całym świecie przez białe narody Europy i Ameryki – jest drugim przykładem skrajnej niesprawiedliwości w majestacie prawa. Trwał przez sześć i pół wieku, a właściwie nie skończył się do dziś.

Tak oto wygląda omyślność moralna prawa. Niewolnictwo i kolonializm to byty stworzone przez prawo i utrzymywane przez jego egzekucję. Te struktury prawne były jednak uderzająco niesprawiedliwe. Taka negatywna ocena ilustruje fakt, że prawo podlega osądowi moralnemu i nie zasługuje automatycznie na aprobatę.

Przedstawiłem właśnie argument nieteoretyczny za omyślnością moralną prawa. Twierdzę bowiem, że omawiana tu doktryna opiera się nie na teorii, lecz na rzeczywistych sądach moralnych, a dokładniej – na naszej zdolności do rozpoznawania praw oczywiście niesprawiedliwych.

Należy tu jednak poczynić pewne zastrzeżenia. Przedstawione przykłady pokazują skrajnie niesprawiedliwe rozwiązania prawne. Niektórzy teoretycy uważają, że prawa nie mogą być aż tak niesprawiedliwe – zaś w takich sytuacjach, jak przedstawione, określone rozwiązania społeczne nie są w ścisłym tego słowa znaczeniu prawem. Uważam takie przekonanie za błędne, ale nie miejsce tu, by dowodzić słuszności takiego poglądu. Pozwolę sobie natomiast zauważyć, że tego rodzaju badacze prawdopodobnie uznają zatem, że prawa mogą być umiarkowanie niesprawiedliwe. Na przykład, regresywny system podatkowy – większe obciążenia dla uboższych, którym trudniej płacić, a mniejsze dla zamożnych, którym nie robi to zbyt dużej różnicy. Takie przekonanie prowadzi tylko do zawężenia kategorii praw niesprawiedliwych w porównaniu z moim ujęciem. Jednak, nawet i u tych teoretyków, założenie o rozdziale prawa i moralności opiera się na ich zdolności do rozpoznania praw, które są niesprawiedliwe.

C. TEORIA MORALNOŚCI A ROZPOZNAWANIE NIESPRAWIEDLIWOŚCI

Rozważmy relację między teorią moralności a negatywną oceną moralną niewolnictwa i kolonializmu. Ów osąd moralny nie zakłada jako przesłanki żadnej konkretnej teorii moralności. Wręcz przeciwnie – to taki osąd jest z reguły zakładany przez różne teorie moralności. Niewolnictwo i kolonializm są niejako wzorcowymi przykładami niesprawiedliwości: jeżeli jakiegokolwiek instytucje społeczne są niesprawiedliwe, to na pewno właśnie te. Nie osądzamy niewolnictwa i kolonializmu jako niesprawiedliwych dlatego, że reprezentujemy jakąś konkretną teorię moralności. Raczej spodziewamy się, że teorie moralności wydadzą ten osąd i wyjaśnią, co jest z zasady złe w niewolnictwie i w kolonializmie.

Zasady moralne nie są ani analityczne (prawdziwe dzięki znaczeniu użytych terminów), ani aprioryczne (poznawalne niezależnie od doświadczenia). Jeżeli nie rozwijamy się jak aspołeczni psychopaci, ale jak

normalne istoty ludzkie, nabywamy zdolność do osądów moralnych oraz zasób określonych wartości moralnych. Konkretnie wartości, z którymi rozpoczynamy naszą karierę moralną, są nieco odmienne u różnych osób, jednak w zastanawiająco ograniczonym stopniu. Z moralnego punktu widzenia wywodzimy, dla przykładu, przekonanie o tym, że zasadnicze różnice w traktowaniu innych ludzi lub całych grup społecznych przez nas lub przez władzę publiczną – muszą znaleźć uzasadnienie w istotnych rzeczywistych różnicach między nimi. Tak więc dyskryminacja może być uzasadniana z moralnego punktu widzenia przez przywołanie faktycznych właściwości osób uznawanych za predestynowane do podrzędnej roli w społeczeństwie lub zasługujące na mniejszą troskę i szacunek. Dopiero odrzucenie takich twierdzeń jako zasadniczo wadliwych pozwala uznać instytucje takie jak niewolnictwo za niesprawiedliwe. Podobny mechanizm stanowi początek postrzegania niemoralności gwałtu i innych form wykorzystywania seksualnego. W ten to sposób – jako podmioty moralne – uznajemy implikacje dobrowolnych zobowiązań, takich jak przyrzeczenie albo zgoda.

Tak też możemy zakreślić zbiór – jak je nazywa John Rawls – „rozważnych osądów moralnych”⁶ lub „prowizorycznych punktów orientacyjnych”⁷ w osądzie moralnym, gromadząc materiał do analizy zasad moralnych⁸. Te prymarne sądy wyznaczają granice teorii moralnych: żadna taka teoria nie będzie możliwa do przyjęcia, jeżeli nie potępi skrajnie niesprawiedliwych rozwiązań społecznych – chyba że przekonująco wskaże i wyjaśni błędy w naszych wstępnych założeniach. Negatywna ocena niewolnictwa i kolonializmu jest w tym sensie epistemologicznie uprzednia wobec teorii moralnych⁹.

D. TEORIA PRAWA

Rozważmy teraz związek między teorią prawa a naszym rozpoznawaniem praw. Ogólnie mówiąc, teoria prawa jest epistemologicznie późniejsza niż nasze postrzeganie praw i innych zjawisk prawnych. Weźmy na przykład ocenę teoretyczną klasycznej doktryny pozytywistycznej, według której prawa są usankcjonowanymi rozkazami „suwerena”. Oceniamy taką teorię, porównując jej implikacje ze zjawiskami prawnymi, a raczej naszą niezależną wiedzą o nich. Odrzucamy ją, jeśli stwierdzimy, że nie wyja-

⁶ [*considered moral judgments* – przyp. tłum.]

⁷ [*provisional fixed points* – przyp. tłum.]

⁸ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, roz. 1.

⁹ Wynika z tego, że rozumowanie dążące do osiągnięcia refleksyjnej równowagi (patrz J. Rawls, *op.cit.*) jest podstawową metodą teorii moralnej. Ponadto zakładam, choć nie ma tu miejsca na argumenty, że struktura logiczna teorii moralnych nie jest zasadniczo odmienna od struktur teorii empirycznych.

śnia niektórych takich zjawisk – praw pomocniczych, normalnej ciągłości systemu prawnego, trwałości konkretnych praw mimo zmian tożsamości prawodawcy¹⁰. W podobny sposób możemy krytykować teorię prawa jako związek reguł pierwotnych i wtórnych za nieodróżnianie systemów prawnych od innych instytucji społecznych z podobną strukturą wewnętrzną¹¹.

Nasze postrzeganie praw i innych zjawisk prawnych jest epistemologicznie uprzednie wobec teorii prawa. W sposób oczywisty jest ono prowizoryczne, tym niemniej wyznacza granice dla teorii prawa. Żadna teoria nie jest możliwa, o ile nie przewiduje tych, niejako wzorcowych przykładów zjawisk prawnych – chyba że przedstawi przekonujące wyjaśnienie, dlaczego dane przykłady są mylące, wsparte lepszymi argumentami niż te, które pozwalają nam identyfikować je jako zjawiska prawne.

Należy przy tym stwierdzić, że pewne osądy moralne są epistemologicznie uprzednie wobec teorii prawa. Jak rozumiem, nasza zdolność do rozpoznawania oczywistych przejawów prawa jest połączona ze zdolnością do rozpoznawania oczywistych przejawów niesprawiedliwości. W sumie pozwala nam to rozpoznawać oczywiste przypadki praw niesprawiedliwych. A z faktu, że potrafimy rozpoznawać prawa niesprawiedliwe, możemy wyprowadzić tezę o rozdziale prawa i moralności wraz z założeniem, że prawo jest omyłne moralnie.

Teza o rozdziale prawa i moralności wyznacza więc granice teorii prawa: każda tego rodzaju teoria jest nie do przyjęcia, jeżeli nie przewiduje możliwości istnienia prawa niesprawiedliwego – chyba że przedstawi przekonujące wyjaśnienie, dlaczego nasze połączenie osądu moralnego i rozpoznania prawa jest błędne, wsparte lepszymi argumentami niż te, które prowadzą do uznania przepisów lub innych aspektów systemów prawnych za niesprawiedliwe. Osąd moralny wyznacza więc granice teorii prawa.

Następnie trzeba zwrócić uwagę, że nie ma żadnej abstrakcyjnej i czysto teoretycznej podstawy dla tezy o rozdziale prawa i moralności¹². Wskażę dwie wyłącznie teoretyczne drogi możliwego dowodzenia prawdziwości dla tej tezy i spróbuję pokazać, że żadnej z nich nie da się obronić.

Mamy wystarczające powody, aby uważać rzeczywistość społeczną za ten czynnik, który rozstrzyga o tym, że społeczeństwo posiada prawa oraz jakie prawa posiada. Mamy również wystarczające powody, aby uważać, że prawo jest moralnie omyłne. Nie możemy jednak omyłności moralnej prawa wyprowadzić z idei, że prawo wyrasta z rzeczywistości społecznej.

Takie wnioskowanie byłoby możliwe przy założeniu, że sprawiedliwość nie ma nic wspólnego z rzeczywistością społeczną. Wtedy nie było-

¹⁰ Zob. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, roz. III–IV.

¹¹ Zob. D. Lyons, *Etyka...*, *op.cit.*, s. 49–59.

¹² Przedstawiłem podobne argumenty w: D. Lyons, *Founders and Foundations of Legal Positivism*, „Michigan Law Review” 1984 r., nr 82, s. 722–39.

by podstaw do zakładania sprawiedliwości prawa. Tak samo można by jednak argumentować, że prawo nie jest ani sprawiedliwe, ani niesprawiedliwe. Obiektywnie mówiąc, jeśli sprawiedliwość ma się nijak do rzeczywistości społecznej – nie można mówić o czymś takim jak sprawiedliwe czy niesprawiedliwe prawo. W takim razie, teza o rozdziale byłaby fałszywa albo pusta. A wynika to stąd, że istotą twierdzenia, iż prawo jest omyłne moralnie – jest dopuszczenie istnienia prawa niesprawiedliwego. Gdyby sprawiedliwość nie miała nic wspólnego z rzeczywistością społeczną, nie byłoby sensu zakładać możliwości istnienia prawa niesprawiedliwego.

Najpewniej wniosek o omyłności moralnej prawa dałoby się wyprowadzić, gdyby można było opisać elementy rzeczywistości społecznej, które determinują fakt istnienia i naturę prawa w społeczeństwie oraz takie, które rozstrzygają o tym, kiedy prawo jest niesprawiedliwe. Wtedy być może udałoby się pokazać, że z pierwszej kategorii elementów rzeczywistości społecznej wynika, że (a) prawo podlega ocenie moralnej oraz, że (b) prawo nie zasługuje automatycznie na aprobatę. W ten sposób uzyskalibyśmy podstawę teoretyczną twierdzenia, że prawo jest moralnie omyłne. Nie da się jednak tego zrobić. Nie ma bowiem takiej teorii prawa lub teorii moralności, których prawdziwość byłaby bezsporna. Nie ma także metateorii prawa ani metateorii sprawiedliwości, które prowadziłyby do wykazania moralnej omyłności prawa. Mówiąc dokładniej, łatwiej zidentyfikować pewne zjawiska społeczne jako prawa niesprawiedliwe, niż zbudować konkretną teorię prawa lub sprawiedliwości. Rozumiemy prawo i sprawiedliwość wystarczająco dobrze, aby wskazać niejako wzorcowe przykłady prawa niesprawiedliwego, lecz rozumowanie to oparte jest na osądzie moralnym i naszej zdolności do uznawania zjawisk społecznych za prawo, a nie na teorii moralności, prawa lub na jakiejś kombinacji tych ostatnich.

2. ZASADY MORALNE A WYKŁADNIA PRAWA*

Osąd moralny odgrywa również znaczącą, choć inną rolę wobec teorii interpretacji prawa. Ta część teorii prawa rozwinęła się bodaj dopiero w okresie ostatnich dwudziestu lat. Wcześniej jedyny powszechnie uznawany pogląd – przynajmniej w Ameryce – głosił potrzebę odtworzenia w interpretacji prawa „pierwotnych zamysłów” prawodawcy.

A. WYKŁADNIA HISTORYCZNA

Wielu amerykańskich prawników i sędziów chętnie używa retoryki „pierwotnego zamysłu prawodawcy”¹³, która nigdy nie została rozwinięta w doj-

*Przypisy oznaczone gwiazdką pochodzą od redakcji i znajdują się na końcu artykułu.

¹³[*original intent* – przyp. tłum.]

rzała teorię interpretacji prawa – na przykład Bentham i Austin rozwinęli koncepcję praw jako usankcjonowanych poleceń w wyrafinowaną teorię natury prawa. Dlatego, aby poważnie rozważyć teorię pierwotnego zamysłu prawodawcy jako kształtującej określony kanon wykładni prawa, musimy najpierw retorykę przekształcić w teorię¹⁴.

Celem omówienia tutaj pierwotnego zamysłu jest wprowadzenie innej teorii, bardziej prawdopodobnej i obiecującej, dla której Ronald Dworkin najpierw używał nazwy „naturalizm interpretacyjny”, a którą obecnie określa mianem „prawo spójne moralnie”¹⁵. Według naturalizmu interpretacyjnego osąd moralny odgrywa zasadniczą rolę we właściwej interpretacji prawa. Ma to znaczenie dla tezy przewodniej w niniejszych rozważaniach. Pokażę bowiem, że ta ważna teoria wykładni prawa jest ograniczona przez moralność prawa, które ma być interpretowane, a więc poddane osądowi moralnemu.

Ale teraz wróćmy do pierwotnego zamysłu prawodawcy. Jeżeli retorykę tej teorii bierzemy dosłownie, jak zdaje się czynić wielu jej zwolenników – wynika z niej, że w interpretacji i stosowaniu prawa należy podążać za intencjami jego twórców. Interpretatorzy powinni więc kierować się tym, co prawodawca miał na myśli¹⁶.

Wspomniana teoria napotyka co najmniej trzy poważne trudności teoretyczne. Brakuje jej przede wszystkim solidnego uzasadnienia – racji bytu. Odnosi się ona do praw pisanych, takich jak ustawy czy konstytucje. Ich uchwalenie polega jednak na oficjalnym przyjęciu konkretnego tekstu, a nie zamysłów, które nie zostały wypowiedziane. Ani teksty, ani reguły legislacyjne nie odnoszą się do tego, co prawodawca miał na myśli. Dlatego teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy potrzebuje bardzo przekonującego teoretycznego uzasadnienia – twierdzi przecież, że

¹⁴Uczynię to streszczając moje wywody z innych artykułów, patrz zwłaszcza: D. Lyons, *Original Intent and Legal Interpretation*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 1999 r., nr 24, s. 1–26.

¹⁵[*law as integrity* – przyp. tłum.], w niniejszych wywodach będę posługiwał się terminem „naturalizm interpretacyjny”.

¹⁶Zwolennicy tej teorii [*intentionalists* – przyp. tłum.] zakładają również, że wykładnia wedle kanonu pierwotnego zamysłu może być moralnie neutralna – sędziowie nie muszą dokonywać ocen moralnych, interpretując prawo. Jest to błąd. Rozważmy np. przepis konstytucyjny mówiący o tym, że własność prywatna nie może być przejęta na użytek publiczny bez sprawiedliwego odszkodowania. Jeżeli prawodawca coś zamyslał, to na pewno, aby własność prywatna nie była przejęta na użytek publiczny bez sprawiedliwego odszkodowania. Ale ponieważ ani prawodawca, ani istniejące prawo nie podają kryteriów sprawiedliwego odszkodowania, więc interpretacja tego przepisu wymaga określenia takich kryteriów, czego znowu nie można dokonać bez wydawania sądów moralnych. W takim wypadku interpretator nie może więc kierować się pierwotnym zamysłem prawodawcy bez dokonania oceny moralnej.

interpretatorzy kierować się muszą zamiarami prawodawcy nawet wtedy, gdy zamiary te nie znalazły dość wyraźnego odbicia w tekstach uchwalonych jako prawo.

Niektórzy zwolennicy tej teorii odwołują się do podziału władzy, wyższości ustawodawcy czy rządów przedstawicieli. Te pojęcia mówią nam jednak tylko, że sędziowie powinni stosować prawo. Nie zaś, jak je rozumieć. A jest błędem sądzić, że o znaczeniu tekstu decyduje zamiar osoby, która go napisała. Intencje użytkowników języka wpływają na znaczenie, ale nie w prosty i bezpośredni sposób. Widać to wyraźnie w następującym przykładzie. Czasami używamy niewłaściwego słowa na wyrażenie tego, co mamy na myśli. Jest to możliwe tylko dlatego, że słowa mają znaczenie niezależne od tego, co chcemy powiedzieć.

Po drugie, teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy jest niejednoznaczna pod wieloma względami. Nie jest jasne, czyimi zamiarami należy się kierować ani którymi z zamiarów prawodawcy. Wystarczy przeanalizować argumenty zwolenników tego kanonu wykładni. Gdy analizują ustawę, zawsze odnoszą się do zamiarów ustawodawcy – czyli członków parlamentu, których głosy decydują o zmianie prawa. Jednak w kontekście konstytucyjnym, amerykańscy prawnicy odwołują się do zamysłów „ojców” Konstytucji¹⁷ – tych, którzy przygotowali tekst lub poprawki – a nie intencji tych, których głosy zadecydowały o uchwaleniu tekstu. Takiemu przeniesieniu punktu ciężkości nie towarzyszy żadne uzasadnienie; jest to posunięcie całkowicie arbitralne. Zwolennicy teorii zdają się nie być świadomi takiego zabiegu i nie podejmują nawet prób wyjaśnienia problemu. W takiej sytuacji jednakowo uzasadnione jest uwzględnienie zamysłów zarówno jednej grupy, jak i drugiej, a nie ma podstaw, aby zakładać, że zamysły te są identyczne. Taka niejednoznaczność może być kłopotliwa, jak wykażę poniżej.

Jest jeszcze jedna niejasność: zwolennicy omawianej teorii czasami zwracają uwagę na zamierzony przez prawodawcę cel¹⁸ – co chciano osiągnąć przez zmianę prawa, a czasami na zamierzony sposób zastosowania¹⁹ – jak prawodawca chciał, aby prawo było stosowane. I znowu, to przesunięcie punktu ciężkości jawi się jako arbitralne, a równocześnie niezauważane.

Problem nie polega jednak tylko na tym, że zwolennicy tego kanonu wykładni arbitralnie koncentrują się na jednej grupie prawodawców lub jednym rodzaju intencji, niejednokrotnie pomijając inne. Problemem jest niespójność. Przecież prawodawca przewiduje zapewne zarówno cel, jak i sposób zastosowania prawa, które wprowadza. Oba te zamiary wydają się ważne i nie ma powodu któryś z nich *a priori* ignorować.

¹⁷ [*framers* – przyp. tłum.]

¹⁸ [*purposive intentions* – przyp. tłum.]

¹⁹ [*applicational intentions* – przyp. tłum.]

Nasze rozumienie przyczyn i skutków jest jednak ograniczone; prawodawca może więc czasem mylić się co do sposobów wprowadzania prawa dla osiągnięcia zamierzonego celu. Jak widać, nie trudno o sprzeczność. Wymogi, aby sądy stosowały dane prawo dla osiągnięcia celu prawodawcy i jednocześnie w sposób, jaki zamyslił prawodawca – mogą być nie do pogodzenia. Taki kanon wykładni zawiera niespójne dyrektywy dla sądów. Co więcej, teoria pierwotnego zamysłu twierdzi, że dane prawo należy zastosować w konkretnej sytuacji wtedy i tylko wtedy, gdy jest to zgodne z zamysłem prawodawcy. Kiedy jednak zamiar co do celu okazuje się być w konflikcie z zamysłem co do zastosowania, wtedy teoria ta prowadzi do samozaprzeczenia: twierdzi równocześnie, że dane prawo stosuje i nie stosuje się do danej sytuacji.

Żadna teoria, z której wynikają sprzeczne twierdzenia, nie może być prawdziwa. Nie widać jednak jakiegokolwiek rozsądnego, niearbitralnego sposobu jej rewizji, tak by zapobiec tej sprzeczności.

Trzeci problem wynika z faktu, że autorami większości praw nie są jednostki, lecz grupy ludzi, chociażby parlamenty. Kiedy prawa tworzone są przez grupę, wykładnia zgodna z teorią pierwotnego zamysłu powinna kierować się zamysłami całej takiej zbiorowości. Łatwiej to powiedzieć niż zrobić. Procedury określają, jak prawo może być zmienione, nie określają jednak, jak prawdziwie poznać zamiary parlamentu. Nie ma na to ogólnych zasad. Ponieważ procesy legislacyjne są zróżnicowane i często zawiłane, trudnym, a może nawet niemożliwym zadaniem jest skonstruowanie takiej ogólnej formuły. Problemem jest to, w jaki sposób ustalić zamiar parlamentu jako całości z intencji poszczególnych jednostek zaangażowanych w proces legislacyjny. Zwolennicy omawianej teorii zdają się nie zauważać tego problemu, nawet nie próbują go rozwiązywać.

Nie mam wątpliwości, że czasami można określić zamiary grupowe. Musimy jednak uświadomić sobie, że posłowie mogą mieć różne wyobrażenia o celach czy sposobie zastosowania prawa, które uchwalają. Zakładam, że możemy prawdziwie przypisać określony zamiar legislatywie, nawet jeśli nie wszyscy uchwalający pojmują dany projekt ustawy w ten sam sposób. Możemy tak zrobić, gdy na przykład zdecydowana większość posłów (lub większość tych, którzy głosowali za ustawą) w podobny sposób rozumiała wprowadzane prawo. W takim wypadku, i pewnie także w innych, możemy mówić o zamierzonym konsensusie.

Załóżmy więc, że zamierzony cel i sposób zastosowania można czasami dokładnie przypisać ustawodawcy. Mój argument jest jednak taki, że prawo może być uchwalone także wówczas, kiedy zabraknie takiej zamierzonej zgody. Reguły określające ścieżkę legislacyjną nie wymagają ani nie zakładają jej istnienia. A z tego, co wiadomo o procesie legislacyjnym, wynika ogromne prawdopodobieństwo, że ustawy bywają uchwalane mimo braku między posłami zamierzonej zgody. Ci, którzy głosują

za projektem, nie zawsze planują taki sam cel lub sposób zastosowania ustawy. Nie wszyscy z nich w ogóle mają nawet jakiś świadomy zamysł legislacyjny. Posłowie nie przychodzą na wszystkie sesje parlamentu, a gdy przychodzą, nie zawsze uważnie przysłuchują się debacie. Czasami głosują zgodnie z dyscypliną partyjną, czasami kierują się jakimiś czynnikami zewnętrznymi, przykładowo licząc, że odpowiednie zagłosowanie pomoże im w reelekcji lub zapewni wdzięczność różnych grup nacisku. W efekcie posłowie głosują czasami nad ustawą, nie mając dokładnego pojęcia o jej treści, celach lub zastosowaniu. I nie możemy zakładać, że ustawa będzie wyrażać cele i sposoby.

W tym właśnie tkwi problem. Teoria pierwotnego zamysłu każe kierować się w wykładni i stosowaniu prawa zamysłami prawodawcy. Gdy ustawa jest przyjęta nie przez zamierzony konsensus, to z teorii tej wynika, że ustawa nie ma właściwej interpretacji i zastosowania. Może to dotyczyć ustaw, które pod wszystkimi innymi względami są zrozumiałe i znajdują wprost zastosowanie w konkretnych sytuacjach faktycznych. Dowodzi to, że teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy jest nie do przyjęcia. I nie widzę żadnego sensownego sposobu udoskonalenia tej doktryny tak, by ją uwiarygodnić.

B. INTERPRETACJA CELOWOŚCIOWA²⁰

W tej analizie należy rozróżnić praktykę i teorię prawa. Omawiałem teorię pierwotnego zamysłu przedstawianą w artykułach naukowych i retoryce prawniczej. Mój krytycyzm odnosi się do praktyki prawa tylko w takim stopniu, w jakim odzwierciedla ona tę teorię. Niektóre argumenty interpretacyjne, które sprawiają wrażenie, że względu na używane sformułowania, jakby opierały się na powyższej teorii, mogą być pojmowane od niej niezależnie. Ponieważ teoria ta jako taka nie może zostać zaaprobowana, powinniśmy, tam gdzie to tylko możliwe, dostrzegać w retoryce pierwotnego zamysłu praktyczne metody interpretacyjne.

Czasami jest to możliwe. Gdy prawnicy i sędziowie mówią o pierwotnym zamysłu, niekoniecznie odwołują się do stanu umysłowego osób uchwalających dane prawo. Kiedy przypisują prawu zamierzony cel, często oznacza to, że wskazują na racjonalny cel, który mógłby uzasadniać dane prawo. Taka celowościowa interpretacja jest pozbawiona wad teorii pierwotnego zamysłu, głównie dlatego, że nie zakłada konsensusu zamierzonego wśród twórców prawa.

Ma ona jeszcze jedną przewagę. Opiera się na mocnych podstawach, gdyż przyjmuje moralnie uzasadnione podejście do wykładni prawa. Oto dlaczego. Prawo dozwala, zakazuje i grozi sankcjami za nieposłuszeń-

²⁰ [*Justification-based Interpretation* – przyp. tłum.]

stwo, reguluje podatki i pogrzeby, wojnę i pokój, niezliczoną ilość spraw wpływających bezpośrednio na życie jednostek. Dla takich działań wymagane jest uzasadnienie moralne. Każdy, czyje życie znajduje się pod tak znaczącym wpływem, ma prawo, by traktować go w sposób uzasadniony moralnie. Wydaje nam się to oczywiste, a tymczasem rządzący zwykle twierdzą, iż prawo samo przez się uzasadnia to, co jest czynione w jego imieniu.

Potrzeba uzasadnienia moralnego decyzji prawnych w konkretnych przypadkach nie może zakładać zgody stron, sprawiedliwości lub bezstronności systemu prawnego jako całości. Wielu z tych, którzy stają przed sądem czyni to pod przymusem i nie ma zwykle realnej możliwości wpływania na treść praw. Wielu pozwanych pojawia się tylko po to, aby uniknąć zastosowania środków wymuszających spełnienie obowiązków procesowych. Nie możemy zakładać, że dobrowolnie zaaprobowaliby prawa, które przesądzą o ich losie lub że są moralnie oddani prawu wobec nich stosowanemu. Wszelkie restrykcje, które nakłada na ludzi prawo, muszą mieć bezpośrednie i rzeczywiste uzasadnienie moralne, a nie tylko oparcie w ogólnie sprawiedliwych rozwiązaniach systemowych.

Sens podejścia według tego kanonu wykładni polega na zwiększonym prawdopodobieństwie moralnego stosowania prawa. Jeżeli wykładnia przepisu prawnego oddaje prawo jako uzasadnione moralnie, to większe jest prawdopodobieństwo, że sposób jego zastosowania będzie w ten sposób uzasadniony, niż gdy wykładnia tego nie czyni. Im bardziej uzasadnione moralnie jest dane prawo, tym bardziej prawdopodobne jest uzasadnienie moralne zastosowania prawa. Oto dlaczego wykładnia prawa powinna być oparta na uzasadnieniu moralnym – i to tak dalece, jak to tylko możliwe.

C. NATURALIZM INTERPRETACYJNY

Naturalizm Dworkina jest formą wykładni celowościowej. Chociaż jego rozumowanie jest odmienne od tego, które przedstawiłem powyżej, to jednak również sięga do osądu moralnego. Dworkin najpierw dowodzi, że naturalizm interpretacyjny przez odwoływanie się do przeszłych rozstrzygnięć najlepiej opisuje i uzasadnia prawo w ogóle, rozumiane jako praktyka regulowania użycia siły przez państwo. Osąd moralny odgrywa zatem znaczącą rolę w Dworkinowskiej wykładni prawa jako całości.

Zgodnie z naturalizmem interpretacyjnym, konkretny osąd moralny odgrywa również rolę w wykładni poszczególnych praw danego systemu: wykładnia prawa zależy od zasad moralnych, które najlepiej uzasadniają przeszłe decyzje. Na przykład ustawa lub precedens sądowy powinny być interpretowane tak, aby ich zastosowanie najlepiej odpowiadało zasadom, na których opiera się pierwotna decyzja ustawodawcy czy sądu.

Jest to drugi poziom, na którym osąd moralny odgrywa podstawową rolę w teorii Dworkina.

Rozumie on jednak, że decyzje konstytucyjne, ustawowe i sądowe nie zawsze mogą być uzasadnione. Choć jego opinia jest w tym miejscu nie dość jasna, wydaje się wskazywać dwa rozwiązania. Po pierwsze, może istnieć dobre uzasadnienie egzekucji praw, których samą treść trudno aprobować. Takie rozumowanie może się odnosić na przykład do egzekwowania niesprawiedliwego prawa podatkowego, wprowadzonego przez ustawodawcę, którego istnienie i władza czerpią swe uzasadnienie w zasadach demokracji. Po drugie, Dworkin zakłada, że pewne zasady moralne, choć trudno je przyjąć bez zastrzeżeń same w sobie, mogą jednak stanowić uzasadnienie dla decyzji prawnych. Nazwę je „zasadami nieidealnymi”.

Oba te zagadnienia wyznaczają granice moralne naturalizmu interpretacyjnego. Po pierwsze, jeżeli stosowanie danej ustawy może być tylko pośrednio moralnie uzasadnione, jako że sama ustawa nie może otrzymać takiego uzasadnienia, a naturalizm interpretacyjny opiera się na pryncypiach, które uzasadniają ustawę – to ustawy tej nie można poddać wykładni według naturalizmu. Dlatego też, skoro egzekucja ustawy pozbawionej uzasadnienia moralnego może być jednak dopuszczona, musi być ona stosowana zgodnie z jej wyraźnym, nieinterpretowanym znaczeniem. W ten oto sposób konkretny osąd moralny wyznacza granice naturalizmu interpretacyjnego.

Po drugie, jeśli najlepsza wykładnia danego prawa wynika z zasad nieidealnych, to nie jest jasne, jak uzasadnić stosowanie tego prawa, skoro różni się ono od prawa zasługującego w pełni na aprobatę. Uzasadnienie stosowania takiej ustawy lub precedensu mogą sobie wyobrazić tylko jako pośrednie, a to znowu wyklucza interpretację naturalistyczną. Również pod tym względem osąd moralny wyznacza granice wykładni wedle kanonu naturalizmu.

Jest jeszcze jedno takie ograniczenie. Pośrednie uzasadnienie stosowania niesprawiedliwych praw zakłada, że system prawny jako całość spełnia mimo wszystko minimalne wymagania moralności politycznej. Oznacza to na przykład, że struktury polityczne oparte są na racjonalnej, dostatecznie sprawiedliwej dystrybucji władzy i zasobów. Mamy jednak dość doświadczenia z prawem i wystarczającą zdolność do ocen moralnych, aby stwierdzić, że takie warunki nie zawsze istnieją. Sądę nawet, że istnieją wręcz rzadko. Uświadamia to, jak bardzo znaczący jest wpływ osądu moralnego na teorię celowościowej wykładni prawa. Osąd moralny pozwala dojść do wniosku, że nawet najbardziej obiecująca teoria wykładni prawa ma bardzo ograniczone zastosowanie.

3. RZĄDY PRAWA²¹

Przedstawię teraz trzeci zestaw przykładów ilustrujących znaczące zależności między osądem moralnym a teorią prawa. Przez ostatnie pięćdziesiąt lat amerykańscy teoretycy prawa poświęcili dużo uwagi problemom wykładni oraz idei moralnego obowiązku posłuszeństwa prawu (innymi słowy obowiązku obywatelskiego). Te dwie kwestie są ze sobą blisko związane, po części dlatego, że obie odwołują się do idei rządów prawa. Sądzę, że ich analiza ukaże niedostatki amerykańskiej teorii prawa w aspekcie moralnym.

Wzmoczone zainteresowanie wykładnią prawa zostało wywołane słynną sprawą *Brown v. Board of Education*** z 1954 roku, gdy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych orzekł, że federalna Konstytucja zabrania segregacji rasowej w szkołach publicznych. W ten sposób zaczęto egzekwować prawa konstytucyjne Murzynów, systematycznie łamane od czasu ich ustanowienia po wojnie secesyjnej, prawie sto lat wcześniej. Zagroziło to całemu systemowi dominacji białych, znanemu jako *Jim Crow*.

W nauce prawa podstawowy kanon wykładni sięgał do pierwotnego zamysłu prawodawcy. Krytycy przywołanego orzeczenia Sądu Najwyższego wskazywali, że 39. Kongres, który sformułował XIV poprawkę do Konstytucji (właściwy tu przepis konstytucyjny), nie zamierzał użyć jej do zakazania segregacji rasowej w szkołach publicznych. Wnioskowano z tego, że XIV poprawka nie zakazuje segregacji rasowej w tychże szkołach.

Nawet wśród obrońców orzeczenia sądu niemal nikt nie zakwestionował teorii pierwotnego zamysłu prawodawcy. Niektórzy argumentowali w obronie orzeczenia, że nie ma dostatecznych dowodów na treść zamysłu. Inni dowodzili bardziej radykalnie, że sądy powinny odejść od znaczenia nadawanego interpretowanej poprawce do Konstytucji przez ten kanon wykładni, ponieważ system dominacji białych jest moralnie nie do zaakceptowania. Debata zaowocowała obfitością publikacji naukowych, ale rzuciły one niewiele teoretycznego światła na problem.

Ci, którzy pragnęli utrzymać system dominacji białych, odrzucali nawet umiarkowane żądania obrońców praw obywatelskich. Czyniąc tak, świadomie stosowali zarówno prawne, jak i bezprawne środki. Dotyczy to nie tylko osób prywatnych, ale także, i przede wszystkim, urzędników różnych instytucji rządowych. Bezprawne środki używane przez funkcjonariuszy publicznych obejmowały: od tajnych rozporządzeń rządów stanowych o nielegalnym wsparciu finansowym Rad Białych Obywateli, działających na rzecz utrzymania dyskryminacji rasowej, aż po współudział funkcjonariuszy w zbrodniczych zamachach na obrońców praw obywatelskich.

²¹ D. Lyons, *Moral Judgment, Historical Reality and Civil Disobedience*, „Philosophy & Public Affairs” 1998 r., nr 27, s. 31–49.

Ruch obywatelski wśród ludności murzyńskiej nigdy nie zamarł, nabrał jednak nowego impetu za sprawą II wojny światowej, międzynarodowego uznania praw człowieka i ruchów narodowyzwoleńczych na całym świecie. Działania obrońców praw obywatelskich, takie jak bojkoty sklepów i linii autobusowych utrzymujących dyskryminację rasową, były zazwyczaj zgodne z prawem. Niektóre jednak akcje, jak okupacja stołówek zakładowych, wiązały się z naruszeniem prawa miejscowego. W 1963 roku, w kampanii przeciwko dyskryminacji rasowej w sklepach w Birmingham i w Alabamie, Martin Luther King i jego towarzysze złamali zakaz demonstracji wydany przez miejscowy sąd niezgodnie z prawem. Ich przeciwnicy potępili te działania jako pogwałcenie obowiązków obywatelskich i poważne zagrożenie dla rządów prawa. Ich argumentacja była tak płytka, jak akademickie dyskusje przywołujące „pierwotny zamysł”.

Przyjrzyjmy się idei obowiązku obywatelskiego i rozpoczniemy od truizmów. Prawa mogą być sprawiedliwe lub niesprawiedliwe. Sprawiedliwe prawa zasługują na szacunek, co nie może dotyczyć praw niesprawiedliwych. A zatem, obowiązek obywatelski ma uzasadniać także posłuszeństwo wobec niesprawiedliwego prawa. Dlatego nadaje się temu obowiązkowi szeroki zakres: ma dotyczyć wszystkich praw danego systemu oraz wszystkich ich adresatów²².

Ponieważ niesprawiedliwe prawa nie zasługują na szacunek, twierdzenie o moralnym obowiązku posłuszeństwa prawu wymaga przekonującego połączenia moralnych i praktycznych racji. Istnieją dobre argumenty za obowiązkiem obywatelskim. Przywołują one jednak takie zasady, które same w sobie lub przez zakładane warunki społeczne ograniczają zasięg i implikacje tych argumentów.

Oto przykład. Możemy wziąć na siebie jakiś obowiązek dobrowolnie – tradycyjny argument za obowiązkiem obywatelskim przywołuje właśnie ideę zgody. Nie można jednak traktować tego jako zasady przemawiającej za ogólnym obowiązkiem posłuszeństwa prawu, gdyż w rzeczywistości bardzo niewiele osób z własnej woli godzi się podporządkować wszystkim prawom, które się do nich stosują. Założenie dobrowolnie przyjętego obowiązku obywatelskiego opiera się na historycznej fikcji.

Chcę się jednak skoncentrować na ograniczeniach moralnych argumentacji na rzecz obowiązku obywatelskiego i na ograniczeniach moralnych wszystkich takich obowiązków. Zakładam, że zgoda, tak jak przyrzeczenie, może być nieważna *ab initio* ze względów moralnych, zaś wtedy nie kształtuje obowiązku wiążącego moralnie. Zakładam na przykład, że nikt nie może nabyć obowiązku moralnego do uczestnictwa w ludobójstwie lub

²² Obowiązek obywatelski, aby miał sens, musi być oczywiście rozumiany jako zobowiązaniowe ograniczenie – wymóg moralny, który w szczególnych okolicznościach może być uchylony przez donioslejszy obowiązek moralny.

wyzysku niewolników. Zakładam również, że podobne ograniczenia stosują się do zobowiązań blankietowych, takich jak zgoda na przyjęcie praw danej wspólnoty. Jeżeli prawa te wymagają współudziału w ludobójstwie lub wyzysku niewolników, to obowiązek moralny wynikający z wyrażenia takiej zgody nie stosuje się do tak skrajnie niemoralnych praw.

W ostatnich latach coraz częściej jako źródło obowiązku obywatelskiego wskazywana jest nie dobrowolna zgoda, lecz wymóg rzetelności. Głosi on, że człowiek jest moralnie zobowiązany do podporządkowania się regułom społecznym, z których dobrodziejstw świadomie korzysta. W przeciwnym razie zachowuje się jak truteń. Ponieważ niektóre korzyści z życia pod rządami prawa są powszechne, z tego wniosek, że rzetelność wymaga posłuszeństwa prawu²³.

Argument ten opiera się na zasadzie rzetelności***. Warunkiem wstępnym jej stosowania jest to, aby korzyści i ciężary wynikające z prawa były rozłożone sprawiedliwie, bezstronnie. W przeciwnym razie pojawia się wyzysk, a rzetelność nie może tego sankcjonować. Przykładem powyższego może być niesprawiedliwie mały udział w zyskach albo nieproporcjonalnie duże obciążenie. Zasada rzetelności może więc być podstawą powstania obowiązku obywatelskiego tylko w społeczeństwach, których prawa rozkładają korzyści i ciężary uczciwie i bezstronnie.

Potrzebne jest tu pewne zastrzeżenie. Jeżeli dopuścimy możliwość, by zasada rzetelności wzywała także do posłuszeństwa niesprawiedliwemu prawu, to może ona nakładać obowiązek obywatelski wówczas, gdy korzyści i ciężary są rozłożone w sposób nie całkiem sprawiedliwy. Aby dopuścić tę możliwość, teoretycy zakładają, że obowiązek obywatelski może powstać, gdy system jest (jak mówią) „prawie sprawiedliwy”, „wystarczająco sprawiedliwy” czy „zasadniczo sprawiedliwy”. Naukowcy nie wyjaśniają, co dokładnie znaczą te nieprecyzyjne terminy i ja nie będę próbował tego uczynić. Dla celów tej analizy podejść do problemu od drugiej strony, korzystając z sugestii Rawlsa dotyczącej warunków sprzecznych z obowiązkiem obywatelskim.

Rawls dowodzi, że „w dłuższym okresie ciężar niesprawiedliwości powinien być mniej więcej równo rozłożony na poszczególne grupy społeczeństwa, i w żadnym konkretnym przypadku obciążenie spowodowane niesprawiedliwą polityką nie powinno być zbyt wielkie”. Twierdzi też, że obowiązek obywatelski jest „problematyczny w przypadku stałych mniejszości cierpiących niesprawiedliwość przez wiele lat”²⁴. Zgadzam się całkowicie.

Rozważmy dla przykładu niewolnictwo w Ameryce. Życie niewolników było regulowane przez prawo. Trudno jednak dopuścić do siebie

²³ Podstawowe argumenty, które teraz przedstawię, odnoszą się do całej dyskusji nad obowiązkiem obywatelskim.

²⁴ J. Rawls, *op.cit.*, s. 487–488.

myśl, żeby rzetelność wymagała od nich podporządkowania się prawom, które stanowiły o ich zniewoleniu. Zgodnie z definicją Rawlsa, niewolnicy byli „mniejszością przez wiele lat cierpiącą niesprawiedliwość”. A ciężary nie były rozłożone „wystarczająco sprawiedliwie”, jako że cały system opierał się na wyzysku.

Podobnie, zwróćmy uwagę na kolonializm w Azji, Afryce, Ameryce Łacińskiej, na wyspach Pacyfiku. Gandhi, mówiąc o ogromnym koszcie rządów brytyjskich w Indiach, wskazywał na wyzysk, wyniszczenie ekonomiczne, poniżenie, rasizm i przemoc²⁵. Ciężar niesprawiedliwości dawał się odczuć przez wiele lat. (W tym wypadku dyskryminowana grupa nie była mniejszością). Trudno przypuszczać, aby rzetelność wymagała od Hindusów respektowania brytyjskiego prawa kolonialnego.

Przyjrzyjmy się jeszcze systemowi dyskryminacji rasowej w Ameryce. Niedługo po wprowadzeniu do Konstytucji poprawek zapewniających czarnym podstawowe prawa, rząd przestał je egzekwować. Przy użyciu przemocy, strachu i oszustwa całkowicie przywrócono białą dominację w dawnych stanach niewolniczych. Murzyni byli wyłączeni z życia obywatelskiego. Odmawiano im ochrony przed gwałtem, porwaniem, napastowaniem i zabójstwem. System ekonomiczny był zhierarchizowany według kryteriów rasowych. Murzyni stanowili mniejszość przygniecioną ciężarem niesprawiedliwości. Nie sposób twierdzić, że rzetelność wymagała od nich poszanowania praw tworzących system dominacji rasowej białych.

W każdym z tych przykładów grupa ludzi była poddana zorganizowanej, systemowej poważnej niesprawiedliwości. Jak widać, obowiązek obywatelski nie może współistnieć z taką niesprawiedliwością.

Nie twierdzę, że nie ma argumentów moralnych za posłuszeństwem prawu w takich społeczeństwach. Obowiązek obywatelski nie jest jedynym czynnikiem moralnym skłaniającym do praworządności. Zasady moralne mogą wymagać poddania się pewnym normom danego systemu prawnego bez wymogu posłuszeństwa temu ostatniemu jako całości. Na przykład: (1) zasady moralne wzywają do podporządkowania się prawom zakazującym niemoralnego zachowania (*mala in se*). Człowiek nie ma moralnego prawa napadać, oszukiwać, zmuszać, napastować, więzić czy zabijać drugiego człowieka i jest moralnie zobowiązany do respektowania praw zakazujących takiego zachowania – nie dlatego, że takie jest prawo, ale dlatego, że takie zachowanie jest złe. (2) Zasady moralne mogą wymagać spełniania przyrzeczeń i innych dobrowolnych zobowiązań. Dotyczy to chociażby przysięgi (lekarza czy prawnika) i przyjęcia kodeksu etyki zawodowej, pod warunkiem oczywiście, że kodeks taki nie sankcjonuje zachowania moralnie niedopuszczalnego. (3) Nawet ci, którzy są traktowani niesprawiedliwie przez system, mogą mieć powody

²⁵ Zob. np. B. Parekh, *Gandhi's Political Philosophy*, Londyn, Macmillan 1971, s. 127–128.

moralne, aby podporządkować się niesprawiedliwym prawom – na przykład, gdyby nieposłuszeństwo wystawiło niewinnych ludzi na ryzyko, którego nie zgodzili się podjąć. (4) Możemy nawet mieć powody moralne, żeby popierać niesprawiedliwy reżim – na przykład, gdy jest zagrożony przez siły, które wprowadzą jeszcze większą niesprawiedliwość. Żadna z tych sytuacji nie wiąże się jednak z obowiązkiem obywatelskim.

Teoretycy prawa w Ameryce byli w pełni świadomi systemu dyskryminacji rasowej, jego skrajnej brutalności, okrucieństwa i niesprawiedliwości. Wbrew tej wiedzy, w większości popierali ideę moralnego obowiązku posłuszeństwa prawu. Można było tak czynić, jednocześnie i systematycznie ignorując łamanie praw Murzynów. Amerykańska teoria prawa była równocześnie ofiarą i współsprawcą podstaw rasizmu.

Chciałbym teraz zagadnienia obowiązku obywatelskiego i wykładni prawa połączyć za pomocą idei rządów prawa. Krytycy wspomnianego orzeczenia Sądu Najwyższego oraz krytycy kampanii praw obywatelskich przywoływali ją właśnie dla poparcia swych działań. Sąd Najwyższy miał pogwałcić zasadę rządów prawa – nie podążając za pierwotnym zamysłem prawodawcy. Obrońcy praw obywatelskich mieli ją pogwałcić – nie podporządkowując się orzeczeniom sądów i prawom miejscowym.

Obie te krytyki były nietrafione. Jak widzieliśmy, wykładnia prawa według teorii pierwotnego zamysłu jest trudna, jeśli nie niemożliwa do utrzymania. Z drugiej strony, obrońcy praw obywatelskich działali zazwyczaj zgodnie z prawem, a kiedy je łamali, czynili to odpowiedzialnie, powodując dla innych w najgorszym razie niewygodę, nie zaś niebezpieczeństwo. Tymczasem system, z którym walczyli, był zbudowany na systematycznym łamaniu prawa, zwłaszcza na bezprawiu działań funkcjonariuszy publicznych.

Chcę podkreślić to ostatnie stwierdzenie, gdyż odnosi się do rządów prawa. Nie mówię tutaj o oficjalnym stosowaniu przepisów o segregacji rasowej. System dyskryminacji był zbudowany i utrzymywany przemocą, zastraszaniem, przymusem, prześladowaniem i linczem. Murzynom nie udzielano ochrony przed gwałtem, porwaniem i zabójstwem. Funkcjonariusze publiczni nie tylko odmawiali egzekwowania prawa; często to najpoważniejsze przypadki łamania prawa, w tym zabójstwa, były ich udziałem.

Jest tragiczną ironią, że idea rządów prawa przywoływana była przeciwko Sądowi Najwyższemu i obrońcom praw obywatelskich. A przecież dotyczy ona przede wszystkim przedstawicieli władzy – to właśnie niektórzy z nich, działaniem lub brakiem działania, popierali system dyskryminacji rasowej i najbardziej skandalicznie łamali prawo.

W ostatnich latach wiele zajmowałem się historią Ameryki, a zwłaszcza teorią i praktyką oporu politycznego oraz historią związków między rasizmem i amerykańskim prawem. Badania te oraz moje własne do-

świadczenia od czasów II wojny światowej przekonały mnie, że przynajmniej w mojej części świata znaczna część poważnych przestępstw – według mnie, tych najpoważniejszych – dokonywana jest nie przez osoby prywatne, ale przez funkcjonariuszy publicznych. Na ile teoria prawa nie dostrzega tych faktów, na tyle nie może osiągnąć własnych ideałów moralnych i intelektualnych.

* Wywody autora w tej części artykułu wskazują na odmienne tradycje w teorii i praktyce stosowania prawa w Ameryce i Polsce, w tym dotyczące argumentacji prawniczej. Z tych też powodów nastroczają one sporo problemów znaczeniowych w terminologii tłumaczenia, która siłą rzeczy musiała się odnieść do powszechnie akceptowalnej w Polsce klasyfikacji wprowadzonej przez J. Wróblewskiego. Wszystkie omawiane przez Lyonsa teorie są rodzajami wykładni funkcjonalnej, jako że zmierzają one do ustalenia znaczenia normy prawnej ze względu na kontekst jej genezy lub działania, obejmujący szereg zjawisk pozaprawnych. Pierwsza z nich jest formą wykładni historycznej – przy czym w tłumaczeniu zachowano termin „pierwotny zamysł” (*original intent*), którym posługuje się autor, zamiast użyć pojęcia „wola historyczna” jako jednak zbyt odległego leksykalnie. Druga z nich (*justification-based interpretation*) została opatrzona polskim terminem „interpretacja celowościowa” z zaznaczeniem, że chodzi tu o wykładnię racjonalną. Trzecią zaś (*interpretative naturalism* lub *law as integrity*), jako bliską tradycji *common law* odmianę wykładni celowościowej, opatrzono wiernym tłumaczeniem terminologii R. Dworkina: „naturalizm interpretacyjny”.

** Znaczenie sprawy *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, przychodzi dostrzec na tle historii amerykańskiej zasady równości wobec prawa (*the Equal Protection Clause*) wyrażonej w czternastej poprawce do Konstytucji Amerykańskiej słowami: „rząd nie odmówi nikomu [...] równej ochrony przewidzianej przez prawo”.

W 1857 roku, w decyzji *Dread Scott*, 60 US 393, Sąd Najwyższy USA uznał, że czarni niewolnicy w sposób zamierzony nie zostali zaliczeni do beneficjentów Deklaracji Niepodległości. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: „Rozpatrywane zagadnienie dotyczy tego, czy [niewolnicy i ich zstępni – dop. red.] stanowią część tej kategorii, jak też, czy są częścią suwerennej władzy Stanów Zjednoczonych? Sądźmy, że nie są i nigdy wedle niczyjego zamiaru nie mieli być ujęci w zakres konstytucyjnego pojęcia „obywatele”. Stąd też nie przysługują im żadne prawa czy przywileje, przewidziane i zabezpieczone dla obywateli Stanów Zjednoczonych [...]. Nie nam oceniać, czy rozwiązanie to jest sprawiedliwe bądź też niesprawiedliwe, roztropne bądź nieroztropne. Taka była decyzja polityczna i ustawodawcza tych, którzy kształtowali suwerenność i pisali Konstytucję. Obowiązkiem sądu jest natomiast dokonać takiej wykładni tych rozwiązań, która – stosownie do naszej najlepszej wiedzy – będzie zgodna z prawdziwym zamysłem i znaczeniem im nadawanym w chwili uchwalania”.

Decyzja ta była pośrednią przyczyną wojny secesyjnej. Wkrótce po jej zakończeniu Kongres ratyfikował XIII, XIV i XV poprawkę do Konstytucji, gwarantując równe prawa wszystkim obywatelom, w tym też Murzynom. Nie zamknęło to bynajmniej rozdziału o zasadzie równości na kontynencie amerykańskim. W 1869 roku zapadło w Sądzie Najwyższym USA orzeczenie w sprawie *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, wprowadzające doktrynę „oddzielnie, ale równo” (*separate but equal*). Zgodnie z nią, zasada równego traktowania

obywateli zostaje zachowana, gdy każdej z ras zostaną zabezpieczone jednakowe warunki, niezależnie od tego, że nastąpi to w całkiem odrębnych instytucjach. Doktryna ta wkrótce rozwinęła się w szeregu orzeczeń sądowych i kształtowała rzeczywistość amerykańskich środków publicznego transportu, szkolnictwa, komisji do głosowania itp.

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1954 roku w sprawie *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 374 US 483, stanowiło zasadniczy zwrot w tej praktyce. Problem powstał na tle sporu o dostęp czarnych do szkoły publicznej, zarezerwowanej dotychczas jedynie dla białych. Sędzia Warren, przewodniczący składu sądującego i jednocześnie sprawozdawca, tymi słowami prezentował stanowisko i argumentację Sądu: „Podchodząc do rozpoznania tej sprawy, nie możemy cofnąć się w czasie do roku 1868, kiedy to uchwalono XIV poprawkę czy też nawet do 1869 roku, kiedy to zapadło orzeczenie w sprawie *Plessy v. Fergusson*. Musimy postrzegać zagadnienie publicznej edukacji w takim kształcie, jakim dziś jawi się w świetle jej rozwoju i znaczenia w życiu Narodu. Tylko w ten sposób będziemy mogli rozstrzygnąć, czy w ogóle i na ile segregacja w szkołach publicznych jest pogwałceniem gwarancji równych praw. W dzisiejszym świecie edukacja jest prawdopodobnie jednym z najważniejszych zadań władz lokalnych i stanowych. Obowiązkowa edukacja i czynione na nią nakłady są dowodem jej znaczenia w społeczeństwie demokratycznym. Jest jasne, że bez możliwości zdobycia wykształcenia nikt nie ma obecnie większych szans w życiu. Taka możliwość, od czasu, gdy jej gwarancji podjęła się władza publiczna, jest uprawnieniem równym i przysługującym każdemu. I tak dochodzimy do postawionego nam pytania: Czy segregacja rasowa dzieci w publicznych szkołach – nawet w razie zapewnienia wszystkim jednakowych warunków – odbiera dzieciom mniejszości równe możliwości edukacyjne? Wierzymy, że tak jest [...]. Separacja jednych dzieci od ich rówieśników jedynie dlatego, że mają inny kolor skóry, wytwarza u nich poczucie niższości, wrażenie podrzędnego miejsca, które przyszło im zająć w społeczeństwie. Może to zatruć ich serca i umysły w jedyny, tylko sobie właściwy sposób”.

*** *Principle of fairness*. Słowo *fairness* może być tłumaczone na wiele sposobów, w tym jako ‘sprawiedliwość, bezstronność, uczciwość’. Przyjęte tłumaczenie jako ‘zasada rzetelności’ nawiązuje do koncepcji J. Rawlsa *principle of fairness* jako zasady dla jednostki. (Zob. J. Rawls, *op. cit.*, s. 155 i nast.).