

Milena Korycka-Zirk

Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta

Reguły

Pojęcie zasady w przeważającej większości ujęć teoretycznych jest swego rodzaju alternatywą czy dopełnieniem reguł. Niezależnie, czy różnica między regułami i zasadami jest stopniowalna, czy też przyjmuje postać ostrej dychotomii, określenie zasad jakoś nieodłącznie wiąże się z opisem reguł. Te ostatnie z kolei jako postać norm mniej kontrowersyjnych nieco jaśniej przedstawiają istotę prawa jako takiego. Trzeba sobie bowiem zdać sprawę, że samo prawo nie jest zjawiskiem bezspornym, niedyskusyjnym, a to z powodu kontrowersji wokół budujących je norm, a więc reguł i w mojej ocenie zasad.

Ważne i w zasadzie otwarte stanowisko w sprawie istoty prawa zajął H.L.A. Hart. Punktem wyjścia analizy natury prawa było dla Harta uznanie, że najbardziej wyróżniającym ogólnym rysem prawa w każdym czasie i we wszystkich miejscach jest to, że jego istnienie oznacza, że pewne rodzaje ludzkiego postępowania nie są już dłużej fakultatywne, ale w jakimś sensie obowiązkowe¹. Z tego stwierdzenia wynikają dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze „ogólny rys” jako cecha prawa oznacza, że jest to tylko określenie istoty centrum prawa, to znaczy są pewne cechy typowe, a ponadto cała otoczka,

¹ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 18 i 118.

już nie tak pewna, bardziej dyskusyjna². Ten podział nie tylko cech, ale szeregu innych pojęć, określeń, które analizuje Hart w *Pojęciu prawa*, ma właśnie tę dwuwymiarową strukturę. Czyli prawo ma pewne niekontrowersyjne centrum, o którym możemy powiedzieć z pewnością, że jest to prawo, a poza tym cały szereg już bardziej dyskusyjnych dyrektyw, które mogą, ale nie muszą, być uznane za prawo. Jak się wydaje, drugą kwestią płynącą ze stwierdzenia będącego odpowiedzią na pytanie, „czym jest prawo”, według Harta oscyluje wokół odpowiedzi na pytanie, „czym są reguły”.

Hart przede wszystkim zauważa, że poza regułami rozumianymi jako przepisy prawne są również reguły etykiety, języka, gier itd.³ Wśród tych kategorii można dokonać podziału reguł na zobowiązujące, to jest wymagające od ludzi, aby zachowywali się w pewien sposób, oraz reguły określające procedury, to jest wymogi formalne umożliwiające realizację i przez to wywołanie skutków prawnych ludzkich dążeń (np. aby zawrzeć małżeństwo, strzelić bramkę)⁴.

Reguła zobowiązująca obliguje do zachowania się w określony sposób i w ocenie Harta nie sprowadza się wyłącznie do wymogu postępowania członków społeczności w jakiś ustalony, podobny sposób. To, że Anglicy regularnie piją herbatę o określonej porze, nie jest jeszcze regułą w sensie, jaki nadaje temu pojęciu Hart. Jedną z cech reguł jest negatywna reakcja spowodowana odstępstwem członka społeczności od zachowania w sposób przez regułę określony. Ta reakcja w odniesieniu do przepisów prawa jest zorganizowana i określona, w przypadku reguł nieprawnych, konsekwencje wynikające z niedostosowania się do reguł niemających tych cech. Od razu jednak Hart zaznacza, że rozumienie reguły jako przewidywalnego ukarania i ograniczenie jej do predykatywnego ujęcia wyklucza tę cechę reguł, która motywuje czy też stanowi rację bądź uzasadnienie dla negatywnych reakcji czy sankcji⁵. Oznacza

² Na sporność pojęcia prawa w teorii prawa zwraca uwagę w polskiej literaturze np. W. Lang; por. idem, *Relacje między prawem i moralnością*, *Studia Filozoficzne* 1985, nr 2–3(231–232), s. 118.

³ Ibidem, s. 21.

⁴ Ibidem, s. 22.

⁵ Ibidem, s. 121.

to, że tzw. zewnętrzny aspekt reguł, tj. rejestracja przez obserwatora przewidywanych reakcji na odstępstwa od reguły, nie jest wystarczającą cechą definiującą pojęcie reguły⁶.

Zewnętrzny punkt widzenia⁷ nie odtwarza sposobu, w jaki reguły funkcjonują właśnie jako reguły w życiu tych, którzy są większością społeczeństwa, to jest jako wskazówki postępowania w życiu społecznym. Dopełnieniem więc analizy pojęcia reguły jest uwzględnienie jej wewnętrznego aspektu, czyli traktowanie reguły jako racji dla oceny zachowania jako zgodnego lub niezgodnego z tą regułą, to jest wypełnienia lub nie wzorca zachowania i obowiązku⁸. Nie wystarczy więc ograniczenie się do stwierdzenia, że gdy zapali się czerwone światło na skrzyżowaniu, jest wysoce prawdopodobne, że ruch się zatrzyma. Czerwone światło nie jest tylko oznaką, że ludzie uczestniczący w ruchu zatrzymują się, ale również sygnałem do zatrzymania się, racją dla zachowania zgodnego z regułą ustalającą, że zatrzymanie na czerwonym świetle jest dopełnieniem wzorca zachowania i obowiązku⁹. Innymi słowy, zatrzymuję się na czerwonym świetle nie dlatego, że inni tak czynią – choć tak to może odbierać zewnętrzny obserwator – ale również dlatego, że taki jest mój obowiązek określony przez reguły.

Niewątpliwie regułami funkcjonującymi w społeczeństwach są reguły podstawowe czy pierwotne, przez które ludzie zostają zobowiązani do czynienia jednych rzeczy i powstrzymywania się od

⁶ Jak zauważają R. Sarkowicz i J. Stelmach, Hart jako główny zarzut czyniony pod adresem J. Austina wskazywał właśnie uwzględnienia przez tego ostatniego jedynie zewnętrznego punktu widzenia (wskazani autorzy określają ten punkt widzenia jako eksternalny, w odróżnieniu do internalnego). Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Filozofia prawa XIX i XX w.*, Kraków 1998, s. 37.

⁷ Zdaniem M. Zirk-Sadowskiego Hartowski zewnętrzny punkt widzenia występuje wówczas, gdy mamy do czynienia z regułami wyłącznie jako obserwator, który sam ich nie akceptuje, natomiast wewnętrzny punkt widzenia pojawia się w momencie, gdy akceptujemy regułę i uważamy ją za wiążącą; szerzej por. M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 86.

⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 127–129.

⁹ Ibidem, s. 128.

innych, niezależnie od ich woli¹⁰. System prawny charakteryzuje jednak obecność nie tylko reguł pierwotnych obowiązku, ale również reguł wtórnych, które eliminują niepewność związaną z brakiem autorytatywnego tekstu czy urzędnika rozstrzygających, jakie są reguły pierwotne, jaki jest ich zakres stosowalności. Reguły wtórne plasują się na innym poziomie niż pierwotne, dotyczą jednakże pierwotnych w tym sensie, że na nich właśnie operują, podczas gdy te drugie za przedmiot mają obowiązkowe działania jednostek¹¹. Reguły wtórne określają sposoby, za pomocą których reguły pierwotne mogą być konkluzywnie stwierdzone, wprowadzone, eliminowane, różnicowane, a fakty ich naruszenia wystarczająco ustalone. Wyeliminowanie cechy niepewności możliwe jest więc przez wprowadzenie reguły uznania, określającej cechę lub cechy, których włączenie do danej reguły będzie traktowane jako konkluzywne potwierdzenie tego, że dana reguła zostanie poparta przez nacisk społeczny danej grupy. Tą cechą może więc być ujęcie reguły w tekście prawnym wydanym przez określony organ, przyjęcie na podstawie długotrwałości praktyki zwyczajowej bądź też drogą decyzji sądowej. Hart zaznacza, że tam, gdzie więcej cech jest identyfikowanych jako kryteria identyfikacji, można wprowadzać między nimi relację nadrzędności, to znaczy określić, które są najwyższe. Operacja identyfikacji danej reguły jako mającej wymaganą cechę, na przykład ujęcie w tekście prawnym, jest zaczątkiem idei obowiązywania prawa¹².

Innego rodzaju reguły wtórne – reguły zmiany, określają, jakiego rodzaju podmioty są upoważnione do wprowadzania i eliminowania reguł pierwotnych. Ponadto mogą określać również procedury legislacyjne.

Reguły orzekania z kolei zapobiegają nieskuteczności rozproszonego nacisku społecznego przez upoważnienie jednostek do orzekania o naruszeniu *in concreto* reguł pierwotnych oraz przez zdefiniowanie procedury, która ma być wypełniona w takich przypadkach¹³.

¹⁰ Ibidem, s. 116.

¹¹ Ibidem, s. 134.

¹² Ibidem, s. 135.

¹³ Ibidem, s. 136–137.

Jak zaznacza Hart, to właśnie poprzez związek pierwotnych reguł obowiązku z regułami wtórnymi możemy najlepiej scharakteryzować prawo¹⁴. Niemniej jednak stwierdza również, że to połączenie reguł pierwotnych i wtórnych zasługuje na miejsce centralne, gdyż wyjaśnia wiele aspektów prawa, nie może jednak samo objaśnić wszystkiego. Związek reguł pierwotnych i wtórnych plasuje się w samym centrum systemu prawa, ale nie jest jego całością¹⁵.

Dla odpowiedzi na pytanie, jakie reguły obowiązują, kluczowe jest pojęcie reguły uznania. Hart zauważa, że jest ona bardzo rzadko wyraźnie sformułowana jako reguła właśnie. W swej zasadniczej części reguła uznania nie jest ustanowiona, jej obecność natomiast ujawnia się przez sposób rozpoznawania poszczególnych reguł przez sądy, urzędników oraz osoby prywatne¹⁶. Hart zdaje się tłumaczyć tę obecność nieustanowionych reguł uznania przez analizę ich funkcjonowania z wewnętrznego punktu widzenia¹⁷. Ich obecność wynika więc z akceptacji ich przez podmioty stosujące prawo, czyli nie chodzi o zewnętrzny opis aprobowania przez określone środowisko reguł uznania, a o przekonanie o ich obecności w systemie prawnym przez podmioty je stosujące. Zdaniem Harta określenie przepisów prawa jako obowiązujących najczęściej używane jest przez takie stwierdzenie wewnętrzne, gdy nie ustanowiona, lecz przyjęta reguła uznania odnoszona jest do tych właśnie przepisów¹⁸. Przepis więc obowiązuje, gdy spełni wszystkie kryteria określone przez regułę uznania. Tym, co charakteryzuje proces ustalania obowiązującego przepisu¹⁹, jest ostateczność reguły uznania i nadrzędność jednego z kryteriów przez nią dostarczonych. Hart zakłada przy tym, że kwestia obowiązującego reguły uznania nie może w ogóle się pojawić, gdyż reguła ta nie może ani obowiązywać, ani nie obowiązywać, ale jest po prostu akceptowana jako właściwa do stosowania w tym celu. Innymi słowy, Hart odżegnuje się od stwier-

¹⁴ Ibidem, s. 133.

¹⁵ Ibidem, s. 139.

¹⁶ Ibidem, s. 142.

¹⁷ Por. *ibidem*, s. 143–144.

¹⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 144.

¹⁹ Ibidem, s. 147–148.

dzeń krytyków jego teorii, mówiących, że obowiązywanie reguły uznania należy założyć. Według niego to, że reguła uznania stosowana jest jako kryterium obowiązywania innych reguł, nie oznacza, że podlega ocenom czy założeniom w przedmiocie jej obowiązywania, a stwierdzenie, że jej obowiązywanie jest „zakładane, a nie może być udowodnione”, porównuje do śmiesznej oceny, że standardowy wzorzec metra będący ostatecznym – przy przyjęciu jego stanowiska – testem dla wszystkich pomiarów metra jest zakładany jako poprawny, chociaż nie możemy nigdy tego udowodnić²⁰. Stanowisko Harta przynajmniej na tym praktycznym przykładzie jest częściowo przekonujące: budowanie, ale również wszelkie inne działania na podstawie wzorca, opiera się na swego rodzaju akceptacji tego wzorca, jego praktycznym stosowaniu.

Hart zakłada jednak, że obecność w systemie prawnym reguły uznania eliminującej niepewność w zakresie ustalenia obowiązywania norm jest wynikiem akceptacji. W mojej ocenie, przynajmniej w polskim systemie prawnym, główne kryterium identyfikacji norm jako przynależnych do systemu, to jest kryterium rodowodowe, jest zwerbalizowane, a nie jest wynikiem jedynie akceptacji. Zdaję sobie jednak sprawę, że jakkolwiek sprawdzian w przedmiocie obowiązywanie normy, aby funkcjonować, musi być postrzegany przez organy stosujące prawo za obecny w systemie niezależnie od jego werbalizacji, w tym więc sensie akceptacja jest niezbędnym kryterium dla funkcjonowania tego typu testów. Tym niemniej podstawowy test reguły uznania, to jest kryterium rodowodowe, poza akceptacją jest najczęściej ujęty w tekstach prawnych i rodzi to swoje konsekwencje głównie dla oceny obowiązywania innych testów niemających tej cechy. Mam na myśli test inferencyjny, test interpretacyjny²¹ i test koherencyjny. W przypadku tych testów rekonstrukcja normy, będącej podstawą decyzji indywidualno-konkretnej, wynika z zabiegów interpretacyjnych (których podstawą jest tekst

²⁰ Ibidem, s. 151–152.

²¹ Obecność tych testów w praktyce stosowania prawa zauważa L. Morawski; por. L. Morawski, *Pozytywizm twardy, miękki i martwy*, Ius et Lex nr (II)1/2003, red. M. Królikowski, Warszawa 2003, s. 333–337. Por. również J. Wróblewski, *Teoria prawa*, Warszawa 1969, s. 92–96.

prawy), wnioskowań opartych na logicznym wynikaniu czy uzasadnieniu obowiązywania normy koherencją z moralnością polityczną odzwierciedlającą kulturę prawną danej społeczności. W przypadku ostatniego testu czynnikiem decydującym jest treść normy²². Niekonkluzywność „reguł” wykładni i wnioskowań prawnych, wynikająca ze sformułowania ich w postaci zasad²³, sprawia jednak, że nawet w stosunku do norm implicite „zawartych” w tekstach prawnych nie możemy z całą pewnością określić rezultatu wnioskowania czy interpretacji uzyskanych na ich podstawie. Z tego już chociażby powodu można uznać, że sama reguła uznania nie do końca określa, czy norma w ten sposób odzwierciedlona w tekście prawnym powinna zostać uznana za należącą do systemu prawnego. Obecność w nim konfliktów pragmatycznych skutkuje często adekwatnością kilku różnych rezultatów wnioskowań i wykładni.

Pozostaje ponadto pewna liczba norm, zwłaszcza zasad, których przynależności do systemu prawnego nie można uzasadnić samym testem rodowodu czy też kombinacją testów rodowodu i interpretacyjnego albo inferencyjnego. Uzasadnieniem ich obowiązywania jest ich zgodność z kulturą prawną danej społeczności, ich oczywistość jest tak ewidentna, że nie wymagają wsparcia testem rodowodu.

Fakt niezwerbalizowania wskazanych testów rodzi wątpliwości co do ich konkluzywności zwłaszcza w odniesieniu do trzeciego z tych testów. Zdecydowanie mniej kontrowersji ze stosowaniem reguł jako podstaw decyzji czy wyroków i oceną ich przynależności do systemu upatrywałabym właśnie w jasnym sformułowaniu testu rodowodo-

²² Dla odróżnienia, Dworkinowski test interpretacyjny oparty jest na instytucjonalnym poparciu dla normy wynikającym z jej treści, nie zaś sama jej treść. Por. R Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 2000, s. 93.

²³ Czyli norm zasadniczo odmiennie stosowanych, mających wymiar wagi rzutujący na ich niedefinitywny charakter. Szerzej na temat zasad prawnych por. R. Dworkin, *The model of rules*, The University of Chicago Law Review 35/14 (1967–68), s. 14–46 czy R. Alexy, *On the structure of legal principles*, Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, September 2000, s. 294–304.

wego jako reguły uznania. Nawet bowiem jeśli reguła zawdzięcza przynależność do systemu testowi inferencyjnemu czy testowi interpretacyjnemu, to podstawą jej rekonstrukcji jest najczęściej tekst prawny.

Niedookreśloność norm prawnych

Hart, opisując reguły, czyni z nich istotę systemu prawa. Centrum prawa stanowi więc połączenie reguł pierwotnych i wtórnych, a kluczowa dla ustalenia obowiązywania reguł jest reguła uznania. Zauważa przy tym kontrowersje wynikające z ujęcia reguł w języku pojęć ogólnych. Reguły jako ogólne wzorce postępowania odnoszące się do zbioru osób, zbioru czynów i okoliczności sprawiają, że stosowanie ich przyjmuje postać rozstrzygnięcia, czy konkretne zachowanie, czyn itd. stanowią uszczegółowienie generalnego wzorca. Zdaniem Harta automatyzm stosowania reguł ma miejsce tylko w sytuacjach oczywistych, takich, które nie wymagają interpretacji i rozpoznawanie przypadków staje się bezsporne. Stosowanie reguł przyjmuje wówczas postać prostej subsumcji i wyciągnięcia sylogistycznych konsekwencji. Jest to jednak wyłącznie autorytatywny przykład użycia reguły, stanowiący przypadek oczywisty. Język, w którym sformułowane są reguły, nie określa natomiast przypadków problematycznych, gdy w jakimś sensie reguła jest niedookreślona. Hart nazywa to nieredukowalną otwartością języka prawnego²⁴. Ważne jest, aby zauważyć, że Hart mówi jedynie o niepewności określenia zakresu zastosowania reguły, nigdzie nie

²⁴ Por. *ibidem*, s. 176; Hart jako przedstawiciel oxfordzkiej filozofii języka potocznego zakładał, że analizy języka powinny mieć charakter deskryptywny, tzn. koncentrować się na opisie wyrażonej w języku potocznym aktualnej struktury myślenia. Język naturalny ma „otwartą strukturę”, tzn. większość jego terminów oprócz stałego „jądra znaczeniowego” charakteryzuje strefa „cienia semantycznego”. Deskrypcjonści wykazują wręcz, że nieostrość wyrażań języka naturalnego może być uznana za zaletę, nie wadę, gdyż umożliwia funkcjonowanie wyrażań w rozmaitych kontekstach językowych i pozajęzykowych. Należy więc badać, w jaki sposób dany wyraz jest używany, i określić reguły jego użycia, uwzględniające

wspomina natomiast o niepewności zastosowania samej reguły, a tę cechę zdają się, w mojej ocenie, mieć wyłącznie zasady. Czym innym jest określenie treści reguły i spór o to, jak jej interpretacja jest zdeterminowana i czy w ogóle jest jakoś zdeterminowana, a czym innym jest uznanie, przy ustaleniu już treści normy, czy ma ona zastosowanie w danej sytuacji, czy nie. Określenie więc zakresu zastosowania normy jest procesem pierwotnym w stosunku do oceny jej zastosowania. Rozróżnienie to jest pomijane, gdyż wątpliwości interpretacyjne w odniesieniu do reguł mogą, w zależności od zakwalifikowania stanu faktycznego jako podpadającego pod normę lub nie, wpływać na jej zastosowanie, niemniej przy ustalonej wykładni reguły wątpliwości w przedmiocie jej stosowania znikają. Na to nie zwraca uwagi Hart, stąd pojawiają się wątpliwości w identyfikacji normy bądź jako reguły, bądź jako zasady.

Zdanie sobie sprawy z otwartej tekstowości reguł rodzi ponadto problemy walidacyjne. Przyjęcie, że dana reguła obowiązuje na podstawie testu rodowodu w kontekście niedookreśloności przynajmniej części reguł, jest – jak uwidacznia praktyka stosowania tego typu norm – fikcją. Często dopiero w procesie interpretacji ustalana jest treść reguły, a ta determinuje ocenę jej obowiązywania. Założenie obowiązywania normy na podstawie czysto normatywnych kryteriów, tj. zachowanie procedury wydania, ogłoszenie, wejścia w życie, nie stanowi często wystarczających argumentów dla oceny jej obowiązywania. Dopiero ustalenie jej treści może wykluczyć chociażby potencjalną kontrolę konstytucyjności danej normy, skutkującą jej eliminacją z systemu prawnego.

Analizując otwartość pojęć prawnych, trzeba wskazać, że jest ona według Harta niemożliwa do wyeliminowania z dwóch powodów. Po pierwsze z uwagi na względną niewiedzę co do faktów, to znaczy brak wiedzy prawodawców o wszystkich możliwych kombinacjach okoliczności, które mogą pojawić się w przyszłości, i po drugie niedookreśloność celów, wynikająca z nieuwzględnienia przypadków

kontekst. Szerzej na ten temat por. Z. Pulka, *Założenia metanaukowe koncepcji prawa H.L.A. Harta*, [w:] *Teoria i filozofia prawa*, red. W. Gromski, Wrocław 1998, s. 41–42.

„problematicznego” zastosowania reguły, powodujących w pewnym sensie modyfikację tych celów.

W mojej ocenie ważna jest również analiza istoty języka prawnego, to, że jego podstawą jest język potoczny, który z założenia używany jest w kontekście sytuacyjnym dookreślającym jego treść, czego pozbawiony jest język prawny.

Stosowanie reguł w nieprzewidzianych wypadkach według Harta przybiera postać ważenia sprawy przez jej miarę, a następnie rozważenia problemu przez wybór pomiędzy rywalizującymi interesami w sposób najbardziej nas satysfakcjonujący²⁵. Swoboda pozostawiona przez język sprawia, że wniosek w przypadku zastosowania reguły, chociaż nie jest – jak to określił Hart – „arbitralny lub irracjonalny, jest jednak rezultatem wyboru”²⁶. Na potrzeby mojej dalszej analizy koncepcji reguł przedstawionej przez Harta trzeba moim zdaniem zdać sobie sprawę, że Hart, mówiąc o zastosowaniu niejasnych reguł w sytuacjach skrajnych, to znaczy nietypowych, ma na myśli określenie ich zakresu zastosowania przez wybór określonej ich interpretacji, natomiast nie wybór czy zastosować tę regułę, czy może inną bardziej relewantną z uwagi na okoliczności konkretnej sprawy. Ten drugi, jak należy zinterpretować daną regułę, jest zdeterminowana czynnikami wskazanymi przez Harta, stąd zaciera się różnica pomiędzy normami mającymi postać reguł i normami będącymi zasadami.

Otwartość reguł nie zawsze jest zjawiskiem niezamierzonym, czasami prawodawca celowo wprowadza niedookreślone terminy – jak wskazuje Hart np. „słuszna cena”, „bezpieczny system” – dla uelastycznienia ich stosowania, pozostawia w ten sposób swego rodzaju swobodę organom stosującym prawo na gruncie danej dziedziny, przystosowując ją do określonych i charakterystycznych dla niej faktów. Często z niedookreślonością reguł mamy również do czynienia w sferach, w których nie można rozpoznać poszczególnych zachowań jako jednolicie wskazanych. Typowym przykładem według Harta obrazującym to świadome działanie prawo-

²⁵ H.L.A. Hart, op.cit., s. 177–178.

²⁶ Ibidem, s. 175.

dawcy jest użycie standardów należytej staranności w przypadku niedbalstwa²⁷.

Mimo otwartości reguł Hart stanowczo podważa tezę, że reguły są jedynie źródłami prawa, prawem są natomiast decyzje sędziowskie czy też to, o czym sądy mówią, że jest prawem. Posługując się przykładem rozróżnienia gier na gry na podstawie reguł i gry w „kaprys sędziego”, podważa zasadność wskazanych tez.

Przy grze w piłkę nożną to Hartowskie rozróżnienie wyglądałoby w ten sposób, że w pierwszym przypadku piłkarze grają według ustalonych reguł, sędziowie podejmują oczywiście ostateczne decyzje w przedmiocie przebiegu gry, uznają zdobyte bramki lub nie, sugerując się lub nie decyzją sędziego liniowego, rozstrzygają o znajdowaniu się zawodnika na pozycji spalonej czy o rzucie karnym. Ich decyzje mogą być mylne, w sytuacjach jednak całkowicie bezspornych sędzia dowolnie nie może rozstrzygać w przedmiocie gry. Spotkałoby się to z protestami piłkarzy, ewentualnymi podejrzeniami o korupcję czy też o zaburzenia percepcji. W każdym razie dyscyplina jako taka nie doznałaby żadnych zmian w regułach nawet po błędnych decyzjach sędziego. W sytuacjach kontrowersyjnych, to jest niezauważone posłużenie się ręką przez zawodnika przy strzeleniu bramki czy niezauważenie dyskusyjnej pozycji spalonej, na której znajdował się zawodnik, może wiązać się z ostrą krytyką sędziego, nie ma jednak mowy o anulowaniu wyniku meczu, jego powtórzeniu itd.

Odnosząc te argumenty do stosowania prawa, sytuacja jest o tyle mniej niepodważalna, że istnieją wyższe instancje i przynajmniej w odniesieniu do wadliwych decyzji niższej instancji można je zmienić i w tym sensie każda decyzja jest jedynie decyzją względną.

W przypadku jednak gry w „kaprys sędziego” decyzje sędziego w istocie za każdym razem tworzyć będą reguły gry. Hart zauważa, że stwierdzenie, iż „punktem jest to, czym sędzia mówi, że jest, samo stałoby się regułą zdobywania punktów”, nie byłaby to już więc gra w piłkę nożną, a jakaś inna gra²⁸.

²⁷ Ibidem, s. 181–182.

²⁸ Ibidem, s. 196.

Konstatując, stwierdza Hart, że fakt, iż werdykty sędziego są we wszystkich grach ostateczne, nie znaczy, że to stanowi wszystko, czym są gry. Uważa więc, że otwartość reguł tylko w sprawach granicznych stwarza możliwość skorzystania przez sędziego z ograniczonej funkcji tworzenia prawa, którą nazwał „uznaniem”²⁹.

Zasady prawne a wizja prawa H.L.A. Harta

Hart, kwestionując trafność twierdzeń, że „prawem jest to, czym mówią sędziowie, że jest”, odnosi swoje argumenty krytyczne pod ich adresem do tożsamego w jego ocenie twierdzenia, że „konstytucja jest tym, czym sędziowie mówią, że jest”³⁰.

Trudność zakwestionowania szczególnie tego drugiego twierdzenia komplikuje się jednak, gdy zdamy sobie sprawę z istnienia w systemach prawnych również zasad prawa jako norm zasadniczo odmiennie funkcjonujących w nim niż reguły przedstawione przez Harta. Z faktu odmienności zasad i błędności utożsamiania ich z regułami zdał sobie sprawę sam Hart, który w *Postłowi* do *Pojęcia prawa*, po głosach krytycznych, głównie Dworkina, w tym przedmiocie, uznał, że powierzchowne potraktowanie zasad jest istotnie błędem jego książki³¹.

Uwzględnienie istnienia zasad ma jednak swoje głębsze implikacje dla ustalenia istoty prawa, jego zakresu, kwestii obowiązywania norm prawnych i szeregu innych, również kluczowych dla teorii Harta. Najpierw jednak należy przedstawić, jak postrzega i traktuje zasady Hart, gdyż nie jest to tożsame ze sposobem ich postrzegania przez jego głównego krytyka w tej kwestii, tj. Dworkina³².

Hart zauważa przynajmniej dwie cechy odróżniające zasady od reguł. Pierwsza – według niego stopniowalna – zakłada, że zasady

²⁹ Ibidem, s. 337.

³⁰ Ibidem, s. 193–194.

³¹ Ibidem, s. 347; na ten fakt zwrócił również uwagę L. Morawski, por. idem, *Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 71.

³² Por. R. Dworkin, *The model of rules*, czy R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 2000.

są względem reguł pojemne, ogólne czy też jakoś niedookreślone w tym sensie, że to, co mogłoby zostać uznane za wielość różnych reguł, da się przedstawić jako egzemplifikacja czy konkretyzacja pojedynczej zasady. Drugą cechą polega na tym, że zasady z uwagi na ich bardziej lub mniej wyraźne odniesienie do pewnego celu, zamiaru, upoważnienia czy wartości są uważane z pewnego punktu widzenia za warte dla utrzymania czy akceptowania, nie tylko dla wyjaśnienia czy racjonalizowania egzemplifikujących je reguł, ale jako coś, co przyczynia się do ich uzasadnienia³³.

Hart poza ogólnością i celowością zasad – jak twierdzi – ujmujących ich wyjaśniającą i uzasadniającą rolę, zauważa też trzecią, choć według niego stopniowalną, cechę zasad, to jest ich niekonkluzywność.

Zasady według Dworkina funkcjonują w sposób „mniej...bardziej”, nie wyznaczają bezwzględnie decyzji, wskazują tylko jej kierunek, stanowią rację, która może, ale nie musi zostać uwzględniona, może również zostać uwzględniona tylko częściowo. Istnieje taka możliwość, gdyż zasady mają wymiar doniosłości, którego nie mają reguły. Reguły z kolei albo obowiązują albo nie w danej sytuacji. Tym samym w razie konfliktu reguł tylko jedna może obowiązywać, druga musi zostać przeformowana tak, by stała się zgodna z pierwszą.

Hart, ustosunkowując się do tak poczynionego podziału norm na reguły i zasady, kwestionuje nie jego samą obecność, ale jego logiczny charakter, to znaczy nie zgadza się z traktowaniem tego podziału jako ostrego przeciwieństwa, bez żadnych form pośrednich mających cechy częściowo zasad, częściowo reguł. Według niego reguła przegrywająca w rywalizacji z ważniejszą regułą może, podobnie jak zasada, przetrwać, a potem określać rezultaty innych spraw, jeżeli oceni się ją jako ważniejszą od innej³⁴. Ponadto zauważa, że reguły mogą znaleźć się w konflikcie z zasadą i mogą przez nią być przeważone, jego zdaniem nawet traktowanie tego zjawiska nie jako konfliktu pomiędzy regułami i zasadami, ale pomiędzy ważeniem i uzasadnieniem danej reguły i pewnej innej

³³ H.L.A. Hart, *op.cit.*, s. 347.

³⁴ *Ibidem*, s. 349–350.

zasady, nie zmienia jego poglądu na tę stopniowalność rozróżnienia pomiędzy zasadami i regułami.

Hart proponuje więc, aby wprowadzić rozsądne przeciwieństwo pomiędzy regułami prawie konkluzywnymi, to jest takimi, że spełnienie ustalonych warunków dotyczących ich zastosowania wystarcza do określenia skutków prawnych, z wyjątkiem kilku przypadków, w których odpowiednie przepisy pozostają w konflikcie z inną regułą uznaną za ważniejszą i niekonkluzywnymi w ogólności zasadami, które jedynie wskazują kierunek decyzji, ale mogą bardzo często zawodzić w jej określeniu³⁵.

Uznanie funkcjonowania w systemie prawa zasad prawa ma jednak dalsze konsekwencje, zwłaszcza dla reinterpretacji kluczowej dla teorii Harta reguły uznania. Zdaniem Dworkina zasady są rozpoznawane przez sądy jedynie poprzez konstruktywną wykładnię najlepiej odpowiadającą instytucjonalnej historii danego systemu prawnego i najlepiej ją uzasadniającą. Tym samym zasady według niego zawdzięczają swój status i obowiązywanie swojej treści, służącej interpretacji zastanego prawa.

Hart polemizuje z tym stanowiskiem, twierdząc, że wiele zasad rozpoznawanych jest poprzez swój rodowód. Niekonkluzywność zasad nie wyklucza, że mogą one być ujęte w spisanej konstytucji, ustawie czy wprowadzeniu je przez sądy jako racje decyzji w różnych sprawach. Kwestionuje również stwierdzenie, że reguła uznania może dostarczyć jedynie kryteriów rodowodowych. Zauważa, że skoro część zasad może być uchwycona poprzez kryteria rodowodowe dostarczane przez regułę uznania, to krytyka pod jej adresem dotyczyć może jedynie tych zasad, które w ten sposób nie mogą być uchwycone. Są jego zdaniem zbyt krótkotrwałe lub zbyt często zmieniane czy też nie mają żadnej cechy umożliwiającej ich rozpoznanie jako zasad prawa przez odniesienie do jakiegoś innego sprawdzianu niż należenie do określonego spójnego schematu, najlepiej odpowiadającego instytucjonalnej historii praktyk wewnątrz systemu i dostarczającego najlepszego ich uzasadnienia³⁶.

³⁵ Ibidem, s. 351.

³⁶ Ibidem, s. 355.

Hart nie wyklucza nawet, aby reguła uznania zawierała jako jedno ze swoich kryteriów właśnie kryterium interpretacyjne³⁷ proponowane przez Dworkina. Mogłaby więc zawierać jako kryterium obowiązywania zgodność z zasadami moralnymi czy istotnymi wartościami i mimo że główna rola reguły uznania polega na podniesieniu pewności w ustalaniu prawa, zarówno ona, jak i poszczególne przepisy – zdaniem Harta – mogą mieć sporny obszar „niepewności”³⁸.

Hart dochodzi do konkluzji, że skoro sprawdzian interpretacyjny jest częścią powszechnie stosowanej struktury uznawania prawa, to jest to wyjaśnienie jej statusu prawnego i nie ma żadnej sprzeczności między uznaniem zasad (nawet jeśli jedynym kryterium identyfikacyjnym jest sprawdzian interpretacyjny) jako części systemu i koncepcją reguły uznania³⁹. Według Harta identyfikacja zasady jako pasującej do zastanego systemu prawnego i go uzasadniającego, tj. zastosowanie kryterium interpretacyjnego zaproponowanego przez Dworkina, wymaga ustalenia zastanego prawa. To z kolei możliwe jest jego zdaniem przez zastosowanie reguły uznania wyszczególniającej źródła prawa i ich hierarchiczne relacje⁴⁰. Różnica polega na innym uzasadnieniu konsensusu w rozpoznawaniu źródeł prawa. Dworkin mówi o konsensusie niezależnych przekonaniań, gdzie zgoda co do konwencji w przedmiocie uznawania norm prawnych jest racją dla jej istnienia, nie zaś racją dla uczestnictwa we wspólnocie⁴¹. Wnosi więc, że niezależnie od różnic pomiędzy akceptacją reguł dostarczających odpowiednich kryteriów identyfikacji a „konsensusem” w ramach określonej wspólnoty interpretacyjnej wyjaśnienie rozpoznawania źródeł prawa w jego koncepcji i koncepcji Dworkina jest takie samo⁴².

³⁷ Pojęcie to należy rozumieć inaczej niż test interpretacyjny w rozumieniu L. Morawskiego, o czym por. poniżej.

³⁸ *Ibidem*, s. 335–336.

³⁹ *Ibidem*, s. 355.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 356.

⁴¹ *Ibidem*, s. 357.

⁴² *Ibidem*, s. 356–357.

Hart prezentuje jednak koncepcję tzw. miękkiego pozytywizmu⁴³, tym samym utrzymuje, że reguła uznania może zawierać kryterium zgodności normy prawnej z moralnością, nie widzi jednak żadnego koniecznego czy pojęciowego związku pomiędzy treścią prawa i treścią moralności.

Zasady zawdzięczają swoją obecność w systemie częściowo właśnie odzwierciedleniu w tekście prawnym, głównie w konstytucjach, dlatego też Hart, reinterpreterując pod wpływem krytyki swoją wizję reguły uznania, dochodzi do wniosku, że jest ona adekwatna również do zasad, skoro większość z nich spełnia test rodowodowy. Jest to oczywiście wniosek prawidłowy, jednak nie odpowiada na pytanie o obecność w procesie stosowania prawa zasad niespełniających tego testu. Hart broni się, twierdząc, że prawo ma dwuwymiarową strukturę, w której istnieje pewne niekontrowersyjne centrum i budzące wątpliwości przypadki graniczne dotyczące nie tylko zasad, ale i niedookreślonych reguł. Przewiduje ponadto możliwość uwzględnienia jako reguł uznania również kryterium interpretacyjnego zaproponowanego przez Dworkina i jego zdaniem nie podważa to słuszności nakreślonego przez niego schematu funkcjonowania reguły uznania. Dla moich dalszych analiz będę określać kryterium identyfikacji zasad zaproponowane przez Dworkina jako Dworkinowski test interpretacyjny, odróżniając je od testu interpretacyjnego⁴⁴. W mojej ocenie te dwa kryteria nie są tożsame, gdyż pod-

⁴³ T. Pietrzykowski jako cechy typowe dla miękkiego pozytywizmu wymienia:

- o tym, co należy do prawa, decyduje konwencjonalna reguła uznania,
- istnienie tej reguły manifestowane jest przez zgodną praktykę organów stosujących prawo,
- reguła uznania może dowolnie określać kryteria obowiązywania norm,
- nie ma przeszkód, aby uznawała ona za normy prawne, normy spełniające określone wymogi treściowe (np. moralne),
- teza o rozdziale prawa i moralności oznacza, że nie ma konieczności, aby reguła uznania zawierała kryteria o charakterze treściowym;

por. T. Pietrzykowski, *Miękki pozytywizm i spór o regułę uznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 105–106.

⁴⁴ W rozumieniu Dworkina kryterium interpretacyjne (na potrzeby pracy określane jako Dworkinowski test interpretacyjny) polega na wspar-

stawą kryterium interpretacyjnego jest prawo *explicite*, tego drugiego natomiast – zgodność z moralnością polityczną, która niekoniecznie musi mieć odzwierciedlenie w prawie *explicite*. Wracając do tezy Harta o możliwości uwzględnienia kryterium interpretacyjnego jako jednego z kryteriów reguły uznania, należy zauważyć, że autor ten wyklucza możliwość istnienia jednej prawidłowej interpretacji tradycji prawnej będącej podstawą identyfikacji zasady⁴⁵. Takie założenie ma dalsze implikacje. W rezultacie bowiem różni sędziowie będą mogli dochodzić do różnych wniosków w zakresie wiążącej ich moralności politycznej będącej podstawą rekonstrukcji zasady. Efekt stosowania tej reguły uznania będzie różny. Niepewność w zakresie ustalenia obowiązywania zasady nie zostanie wyeliminowana, a przecież taki jest podstawowy cel reguły uznania. Co więcej, nie będzie można ocenić, czy decyzja w zakresie rekonstrukcji zasady była słuszna, skoro z góry zakłada się, że różni sędziowie mogą dochodzić do różnych wniosków. Nie ma podstaw prawnych dla podważenia tak podjętej decyzji. Nie można kwestionować ustaleń prawnych sądu, bo jedno słuszne rozstrzygnięcie w ocenie Harta nie istnieje. Tutaj widzę problem z założeniem, że reguła uznania jako jedno ze swoich kryteriów może przyjąć Dworkinowski test interpretacyjny czy test koherencyjny (opierający się tylko na treści normy). Choć niewątpliwie tę niepewność mogą wykluczyć ustalone i praktycznie wspierane reguły wykładni, zwłaszcza w odniesieniu do tzw. niepisanej konstytucji. Oczywiście możliwe jest to jednak przy przyjęciu, że taka konstytucja istnieje, a jest to zagadnienie wysoce kontrowersyjne, przynajmniej dla części doktryny.

Analizując natomiast różnice między regułami i zasadami, należy przede wszystkim jasno stwierdzić, że niedookreśloność reguł nie

ciu zasady instytucjonalnym poparciem i treścią zasady. (Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, s. 93). W rozumieniu natomiast L. Morawskiego test interpretacyjny bazuje na podziale norm na *explicite* i *implicite* ujęte w tekście prawnym.

⁴⁵ To znaczy odrzuca możliwość jednego słusznego rozstrzygnięcia zarówno w przypadku konfliktu zasad, jak i interpretacji niedookreślonych reguł. Por. chociażby H.L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, Harvard Law Review 1958, Vol. 71, No. 4, s. 601–623.

upodabnia ich do zasad. Różnica bowiem tkwi w ustaleniu zakresu zastosowania niejasnej reguły, a nie faktu, czy zastosować ją przy ustalonym już jej rozumieniu z uwagi na inne relewantne normy i fakty konkretnej sprawy. Determinacja decyzji w zakresie zastosowania normy z uwagi na te okoliczności zastrzeżona jest tylko dla zasad. Reguły nie tracą swojego konkluzywnego charakteru przez ich stosowanie z uwzględnieniem zasad i innych norm systemu. Reguły z pewnością nie są stosowane w izolacji. Interpretacja jednak reguł z uwzględnieniem innych norm systemu ma na celu określenie zakresu zastosowania reguły, zmierza nie do kreacji nowej reguły, a do ustalenia jasnego jej brzmienia. Podstawą decyzji będzie wciąż ta reguła, której sposób interpretacji może zmieniać się w granicach dostępnych dyrektyw wykładni, nie wykraczając poza analizę jej zakresu zastosowania.

Natomiast przeciwko twierdzeniu o regułach prawie konkluzywnych i niekonkluzywnych w ogólności zasadach można wysnuć kilka argumentów. To, że reguła może przegrać w rywalizacji z inną regułą i mimo to przetrwać, w mojej ocenie nie pozbawia charakteru konkluzywnego. Wynikiem takiego konfliktu będzie bowiem modyfikacja reguły przegrywającej, stworzenie wyjątku jej niestosowania w przypadku konfliktu z wygraną regułą. W razie kolejnego konfliktu tych samych reguł decyzja będzie taka sama, nie będzie takiej sytuacji, że przegrana reguła zyska w innych okolicznościach pierwszeństwo nad wygraną wcześniej regułą. Innymi słowy, relacja preferencji między regułami będzie zawsze absolutna, nigdy warunkowa. Popadanie natomiast reguł w konflikty z zasadami w mojej ocenie również nie pozbawia ich konkluzywnego charakteru. Wygranie takiej rywalizacji przez regułę nie jest bowiem wynikiem uzyskania jakiejś wagi przez regułę, a jest rezultatem zmiany wagi zasady. Reguła jest – używając terminologii Raza – racją chronioną⁴⁶, oznacza to, że w chwili wprowadzania jej do systemu nie było między nią a innymi normami systemu konfliktu pragmatycznego. Dopiero ewolucja wagi zasady doprowadziła do takiego konfliktu – czy to utrata, czy pozyskanie większego autorytetu przez zasadę prowadzi do kreowania nowych konfliktów. W mojej ocenie uwa-

⁴⁶ Por. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 31.

runkowane jest to tylko i wyłącznie charakterem zasad, a nie jakąkolwiek ewolucją reguł. Tłumaczy to poniekąd ciągłą ewolucję moralności politycznej i tym samym wagę poszczególnych zasad. Należałoby się również zastanowić, czy rzeczywiście fakt popadania reguł w konflikty z zasadami pozbawia te pierwsze konkluzywnego charakteru. W mojej ocenie podlegają one jedynie modyfikacjom poprzez uwzględnianie kolejnych wyjątków, w których nie znajdują zastosowania. Nie zyskują większej wagi i w tym sensie nie ewoluują. Jeśli natomiast nie zostaną zastosowane w razie konfliktu z zasadą, to będą musiały ulec zmianie poprzez uwzględnienie wyjątku, nie będą więc obowiązywały w dotychczasowym kształcie.

O wiele bardziej kontrowersyjna jest teza Harta o niekonkluzywnych w ogólności zasadach. Określanie jako konkluzywnych części zasad występuje dlatego, że sam ustawodawca nadaje pewnym zasadom charakter absolutny, np. zasadzie godności w Konstytucji RP z 1997 r. Innymi słowy, ustawodawca sam nadaje im logiczny charakter reguł. Można oczywiście przyjąć w takiej sytuacji, że są to reguły, z uwagi jednak na autorytet jako cechę charakterystyczną zasad takie założenie dewaluowałoby wartość i rolę tych norm w systemie prawnym.

Podsumowanie

Analiza ilościowa norm składających się na system prawny, których przytłaczającą większość stanowią reguły, niewątpliwie skłania do przyznania racji tezie, że istotę prawa stanowi związek reguł pierwotnych i wtórnych. Jeśli jednak za decydującą o istocie prawa uznamy jego treść, to za pierwszoplanowe dla ustalenia, czym prawo jest, należałoby uznać zasady. To one bowiem w decydujący sposób wpływają na rozumienie prawa, jego ewolucję, ustalenie, co jest słuszne, sprawiedliwe. Przez interpretację, zabiegi inferencyjne czy doszukiwanie się koherencji w ramach norm budowana jest kultura prawna.

Reguły są normami powodującymi niewątpliwie mniej problemów walidacyjnych. Reguła uznania w postaci testu rodowodu, stosowana do reguł, nie rodzi aż tak wielu kontrowersji (choć i tu test

interpretacyjny i inferencyjny często jest decydujący) jak w przypadku zasad. Z drugiej natomiast strony, czy właśnie te, rodzące problemy, trudne, dyskusyjne przypadki, przez potrzebę wsparcia argumentacjami stanowiącymi największe osiągnięcia kultury prawnej, w decydujący sposób nie kształtują prawa?

Abstract

The rules of law as the essence of the notion of law in the H.L.A. Hart doctrine

H.L.A. Hart is considered the most famous 20th century legal positivism philosopher. The main ideas of Hart's conception of law are: the concept of legal rules and the distinction between an internal and external point of view of law. Hart defines the law as the concept of primary and secondary rules. The most important of the secondary rules is the rule of recognition which is used to examine and define the rules as the legal ones. The Ronald Dworkin's critic of Hart's conception of law makes the other agree that rules are the main core of law but there are other norms present in legal system-principles. The question is: is this – even revised – concept of law the best definition of legal practice? Does the appliance of law reflect this concept of law or the most important to understand this process is the culture of law and the political morality that develop principles?

Keywords: the rules of law, legal positivism, primary and secondary rules, rules and principles, the rule of recognition, the internal and external point of view, political morality, the culture of law, the interpretative test, the test of coherence