

# Wojciech Babicki

---

## Koncepcja separacji prawa i moralności w doktrynie pozytywizmu prawnego Johna Austina

---

Palestra 30/4(340), 111-118

---

1986

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

— poza doświadczeniem — przede wszystkim dużej wiedzy. Temat tego doktoratu przewija się przez kilka felietonów publikowanych w latach siedemdziesiątych.

Polskiego czytelnika zaciekawi jeszcze jeden temat omawiany w książce. Chodzi o to, że zgodnie z obowiązującą w Austrii zasadą Skarb Państwa płaci adwokatowi roczny ryczałt z tytułu wykonywania przez adwokatów obron z urzędu. Tak np. w roku 1980 adwokatura otrzymała z tego tytułu 75 milionów szylingów. Jest to naprawdę bardzo duża kwota. Dzięki niej samorząd adwokacki mógł zorganizować dla adwokatów-emerytów świadczenia emerytalne.

Wybrałem w tej recenzji tylko niektóre z poruszonych przez W. Schuppicha tematów, a mianowicie te, które m. zd. mogą i powinny zainteresować polskiego adwokata. W książce znajduje się kilkadziesiąt felietonów omawiających ponadto wiele innych ciekawych kwestii. Jest to naprawdę interesująca praca, która w pełni zasługuje na przeczytanie.

## 2.

WOJCIECH BABICKI

### KONCEPCJA SEPARACJI PRAWA I MORALNOŚCI W DOKTRYNIE POZYTYWIZMU PRAWNEGO JOHNA AUSTINA

*Artykuł zawiera omówienie fragmentu mało znanej w naszym kraju teorii prawa pozytywnego Johna Austina, pod której dominującym wpływem pozostają do chwili obecnej teoretycy prawa w krajach anglosaskich.*

Osoba Johna Austina i jego doktryna pozytywizmu prawnego<sup>1</sup> nie znalazły do tej pory większego zainteresowania u polskich badaczy historii filozofii prawa. Wartą podjęcia wydaje się próba krótkiego przedstawienia w niniejszym opracowaniu jednego z istotnych punktów teorii Johna Austina, a mianowicie koncepcji separacji prawa i moralności, która dla całej jego doktryny ma znaczenie podstawowe.

John Austin, wielki angielski teoretyk prawa, żył w latach 1790—1859. Po nieudanej próbie zrobienia kariery wojskowej w koloniach angielskich, praktykował przez kilka lat jako adwokat, a następnie, w roku 1826 został profesorem<sup>2</sup> nowo powstałego Uniwersytetu Londyńskiego (obecnie University College), gdzie wykładał do roku 1832. Wśród jego studentów byli przyszli znani politycy Zjednoczonego Królestwa, a także słynny John Stuart Mill.<sup>3</sup> Po rezygnacji z profesury

<sup>1</sup> Pozytywizm prawny (*legal positivism*) Johna Austina znany jest też pod nazwą „jurysprudencja analityczna” (*analytical jurisprudence*) oraz pod nazwą „filozofia prawa pozytywnego” (*philosophy of positive law*).

<sup>2</sup> Austin otrzymał katedrę jurysprudencji (*jurisprudence*). To samo określenie stosował do nazwania uprawianej przez siebie dyscypliny, używając go także w tytule swojego dzieła. Wydaje się, że najtrafniejszym odpowiednikiem angielskiego *jurisprudence* jest określenie „nauka o prawie”. Takie tłumaczenie stosowane jest w całym artykule.

<sup>3</sup> W tym miejscu należy sprostować rozpowszechnione w polskich encyklopediach i podręcznikach akademickich twierdzenie, jakoby Austin był uczniem J. S. Milla. Pogląd ten mija się z prawdą, gdyż to Mill był studentem Austina, uczęszczał na jego wykłady i — jak podają badacze — robił skrupulatne notatki. Sam J. S. Mill pisze zresztą o Austinie

Austin przez jakiś czas angażuje się w prace nad kodyfikacją prawa angielskiego, a także zostaje wysłany z misją rządową w celu przygotowania kodyfikacji na Malcie, będącej podówczas kolonią brytyjską. Po powrocie z Malty podupada na zdrowiu. W roku 1844 wyjeżdża do Francji, skąd powraca po czterech latach. Ostatnie lata życia spędza w odosobnieniu w podlondyńskim miasteczku Weybridge.<sup>4</sup>

Swoją teorię prawa pozytywnego John Austin zawarł w wykładach opracowanych dla studentów Uniwersytetu Londyńskiego. Podstawowa część wykładów została wydana drukiem w roku 1832 i zatytułowana „The Province of Jurisprudence Determined”. Całość dzieła wydana została już po śmierci autora, mianowicie w roku 1861, pod tytułem „Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law”. Wydanie z roku 1832 nie zwróciło większej uwagi, ale książka miała dobre recenzje. Dopiero wydanie pośmiertne, a także następne edycje (w roku 1885 ukazało się już piąte wydanie dzieła) wywołały ogromne zainteresowanie i dyskusje.<sup>5</sup> H. L. A. Hart w swojej przedmowie do edycji wykładów Austina z roku 1954 pisze: „Stało się jasne, że jego dzieło było początkiem nauki o prawie w Anglii. Oczywiście jest, że wpływ Austina na rozwój tej dziedziny w Anglii był większy niż jakiegokolwiek innego autora”. Należy też wspomnieć o istotnym wpływie Austina na amerykańskich filozofów prawa.<sup>6</sup>

John Austin był niewątpliwie głównym przedstawicielem pozytywizmu prawnego, jakkolwiek nie był twórcą tego kierunku. Poglądy pozytywistyczne pojawiły się w angielskiej filozofii prawa już w XVI wieku, konkurując ze średniowieczną koncepcją prawa natury czy prawa boskiego jako swoistej wyższej instancji moralnej nad prawem ludzkim. Za ojca pozytywizmu prawnego uważa się Thomasa Hobbes'a, piszącego w wieku XVII. Słynnym pozytywistą był Jeremy Bentham, jednakże dopiero pozytywizm Austina uznany został za najbardziej właściwy przykład tej szkoły filozofii prawa. R. Dias twierdzi nawet, że „pojęcie «pozytywizm» uważa się za synonim teorii Austina”.<sup>7</sup>

Charakterystyczną cechą szkoły pozytywistycznej jest wyraźna rozdzielnosc prawa i moralności.<sup>8</sup> W. Rumble pisze, że „być pozytywistą prawa” oznacza oddzielać prawo od moralności.<sup>9</sup> Również w teorii Austina idea ta zajmuje miejsce centralne i jest ściśle powiązana z jego koncepcjami prawa jako rozkazu oraz władzy suwerena.

Prezentację poglądów Austina należy zacząć od przeprowadzonego przez niego rozróżnienia dwóch aspektów badań nad prawem. Austin uważał, że odpowiedzią na pytanie, jakie powinno być prawo, i oceną, czy jest ono dobre czy złe — zajmuje się etyka, a właściwie jej gałąź odnosząca się do prawa, którą Austin na-

---

jako o swoim nauczycielu, wspominając jednak okres wcześniejszy (1821—22), kiedy to Austin uczył go prawa rzymskiego (J. S. Mill: Autobiografia, Warszawa, 1946, s. 67). Ze współczesnych Austinowi może uchodzić za jego nauczyciela Jeremy Bentham, którego Austin znał osobiście, czytał jego dzieła i niejednokrotnie wypowiadał się o nich z wielkim szacunkiem. Teoria Austina jest w wielu punktach zbieżna z poglądami Benthama.

<sup>4</sup> Dictionary of National Biography, New York — London 1908, tom I, s. 737—740.

<sup>5</sup> W. E. Rumble: The Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence, „Cornell Law Review”, 1981, nr 66, s. 986.

<sup>6</sup> E. W. Rumble: Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivist Jurisprudence: A study of the Legal Philosophy of John Austin, „The American Journal of Jurisprudence”, 1979, nr 24, s. 140.

<sup>7</sup> R. Dias: Jurisprudence, London 1964, s. 356.

<sup>8</sup> Należy zauważyć, że pogląd T. Hobbes'a był odmienny. Głosił on identyfikację prawa i moralności.

<sup>9</sup> W. E. Rumble: Divine Law (...), op. cit., s. 161.

zywa „nauką legislacji lub po prostu i krótko legislacją”.<sup>10</sup> Natomiast nauka o prawie (*jurisprudence*), której profesorem był Austin, zajmuje się opisaniem „zasad i cech, które są wspólne dla różnych systemów (...) prawnych”.<sup>11</sup> Austin wyjaśnia, że nauka o prawie interesuje się „prawem takim, jakie ono po prostu jest, a nie prawem takim, jakie być powinno; tym, czym musi być prawo, czy to dobre czy złe — a nie tym, czym musi być prawo, jeśli ma być dobre”.<sup>12</sup> Warto dodać, że Anglik uważał, iż nauka o prawie jest pomocnym i koniecznym przygotowaniem do studiowania nauki legislacji.<sup>13</sup>

Austin w pierwszym swoim wykładzie stwierdza, że prawo składa się z rozkazów suwerena, kierowanych do poddanych.<sup>14</sup> Tylko takie prawo nazywa on prawem właściwym, prawem pozytywnym (*positive law*). Podobnie rozkazy Boga tworzą prawo boskie (*divine law*). Austin podkreśla, że obowiązywanie prawa pozytywnego, jego egzystencja jako prawa — są niezależne od tego, czy jest ono dobre, czy złe. Jego słynne słowa, cytowane przez niemal wszystkich badaczy, brzmią następująco:

„Istnienie prawa to jedna sprawa, a jego poprawność lub niepoprawność to inna sprawa. Tego, czy prawo jest, czy go nie ma, dotyczą jedne badania, inne zaś badania dotyczą tego, czy jest ono zgodne czy niezgodne z założonymi wymaganiami. Prawo, które po prostu istnieje, jest prawem, jakkolwiek może się nam ono nie podobać lub odbiegać od tekstu, na którym opieramy swoją aprobatę lub dezaprobatę”.<sup>15</sup>

Tak więc stwierdzić należy, że w teorii Austina prawo istnieje i obowiązuje niezależnie od tego, czy spełnia ono przyjęte standardy moralne, niezależnie od tego, czy jest „dobre” czy „złe” z moralnego punktu widzenia. Prawo istnieje, gdyż zostało rozkazane przez suwerena. Jest to prawo pozytywne. Podobnie nauka o prawie (*jurisprudence*) analizuje jedynie cechy i zasady rządzące tymże indyferentnym moralnie prawem pozytywnym, oceną zaś prawa zajmuje się legislacja, będąca częścią etyki. Konieczne tu jest wyjaśnienie za MacGuiganem, że określenie „moralność”, mimo że Austin nie stwierdza tego jasno, w najszerszym swoim znaczeniu może oznaczać zarówno prawo boskie jak i „pozytywną moralność”, czyli pozytywne zasady moralne.<sup>16</sup> Austin wyjaśnia, że pozytywne zasady moralne są „jedynie opiniami i pragnieniami wyrażanymi lub odczuwanymi przez ludzi w związku z ludzkim bytem”.<sup>17</sup> John Austin głosi więc pogląd o separacji prawa (pozytywnego) od aktualnej moralności ludzkiej i prawa boskiego. H. L. A. Hart ujmuje rzecz następująco: „Protest Austina przeciwko zacieraniu różnicy pomię-

<sup>10</sup> J. Austin: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, London 1885, tom I, s. 173. Tom I cytowany będzie dalej jako „Austin I”.

<sup>11</sup> Tamże, s. 32.

<sup>12</sup> Tamże.

<sup>13</sup> Tamże.

<sup>14</sup> Przedstawienie pojęcia rozkazu, a także pojęcia suwerenności w teorii Austina wykracza poza ramy artykułu.

<sup>15</sup> „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.” (Austin I, s. 214).

<sup>16</sup> M. R. MacGuigan: *Law, Morals and Positivism*, „The University of Toronto Law Journal”, 1961, nr 14, s. 10.

<sup>17</sup> Austin I, s. 79.

dzy tym, czym prawo jest, a tym, czym być powinno, jest zupełnie ogólny. [Austin uważa, że] jest to błąd — jakkolwiek jest nasz wzorzec tego, jak być powinno, jakkolwiek jest «tekst, na którym opieramy swoją aprobatę lub dezaprobatę»<sup>18</sup>. A zatem także i Hart stwierdza, że tym, od czego według koncepcji Austina należy oddzielać prawo, jest moralność najogólniej rozumiana, w tym także wynikająca z przekonań religijnych. Tekstem, o którym mówi Austin w przytoczonym uprzednio cytacie, do którego z kolei nawiązuje Hart, może więc być np. Dekalog lub każdy inny tekst, z którego wynikają pewne zasady moralne.

Znajduje to potwierdzenie także w przeprowadzonej przez Austina ostrej krytyce poglądów innego teoretyka angielskiego, Williama Blackstone'a, który w swojej książce „Commentaries on the Laws of England” stwierdza, że prawa ludzkie, które są sprzeczne z prawem boskim, nie obowiązują, czyli nie są prawem.<sup>19</sup> Austin nazywa tę opinię „wierutnym głupstwem” i argumentuje, że „najbardziej zgubne prawa, a więc najbardziej sprzeczne z wolą Boga, były i są ciągle stosowane przez sądy”. Podaje przykład niewolnictwa, jako prawa oczywiście niemoralnego, ale mimo to — stwierdza — podawanie w wątpliwość istnienia tego prawa jest „głoszeniem absurdów”. Anglik krytykuje także filozofów starożytnego Rzymu, w szczególności Ulpiana, którzy definiowali prawo używając pojęcia sprawiedliwości.<sup>20</sup> Austin oskarża ich o „godną pogardy głupotę”. Jakkolwiek MacGuigan stwierdza, że w atakach tych widoczna jest ignorancja Austina wobec przedmiotu ataku,<sup>21</sup> to jednak warto z pewnością przytoczyć jako trafną w świetle powyższych przykładów opinię W. Rumble'a, że bardzo niewielu prawników protestowało przeciwko mieszanemu prawa z moralnością w sposób równie żywiołowy, jak czynił to Austin.<sup>22</sup>

Dla jasnego przedstawienia austinowskiej koncepcji separacji prawa i moralności należy jeszcze raz podkreślić, iż „Austin stwierdza, że istnienie prawa pozytywnego nie jest logicznie zależne od jego moralnej czy etycznej poprawności”.<sup>23</sup> Anglik jednak nigdy nie twierdził, że moralność nie ma wpływu na prawo. Wręcz przeciwnie, analizując to zagadnienie stwierdza, że w praktyce możliwe jest występowanie trzech relacji pomiędzy prawem pozytywnym a moralnością: mogą one zachodzić na siebie, nie zachodzić lub pozostawać w sprzeczności. Stosunek koincydencji zachodzi, gdy działania nakazane lub zabronione przez prawo są jednocześnie nakazane lub zabronione przez moralność. Jako przykład przytacza Austin zabójstwo, potępiane tak z prawnego jak i moralnego punktu widzenia. Prawo i moralność nie zachodzą na siebie, gdy akty nakazane lub zabronione przez prawo nie są ani nakazane, ani zabronione przez moralność. Tutaj operuje Anglik przykładem przemytu, który będąc zabroniony przez prawo, nie jest zabroniony przez moralność i jest „praktykowany przez wszystkich bez najmniejszego wstydu”. Dalej, konflikt między prawem a moralnością ma miejsce wtedy, kiedy akt zabroniony przez prawo jest nakazany przez moralność lub odwrotnie. Austin podaje tu przykład pojedynku, o którym pisze, że w większości krajów jest zabroniony nie tylko prawnie, ale i ze względów religijnych — ale jednak „czło-

18 H. L. A. Hart: *Positivism and the Separation of Law and Morals* (w:) J.-M. N. Chantelle: *Jurisprudence-Anthology*, University of East Anglia School of Law, 1980-81, część I. rozdz. 11. (przedruk z „Harvard Law Review” 1958, nr 71).

19 Austin I, s. 214-216.

20 Tamże, s. 217-218.

21 M. R. MacGuigan: *op. cit.*, s. 12.

22 W. E. Rumble: *The Legal Positivism (...)*, *op. cit.*, s. 1006.

23 W. E. Rumble: *Divine Law (...)*, *op. cit.*, s. 161.

wiek z klasy dżentelmenów może być zmuszony prawem honorowym do rzucenia bądź podjęcia wyzwania”.<sup>24</sup>

W konkluzji Austin stwierdza, że legislatorzy powinni zwracać baczną uwagę na praktyczne skutki relacji zachodzące pomiędzy prawem a moralnością. Anglik zauważa, że w wypadku gdy pewien rodzaj zachowania jest już obwarowany normami moralnymi lub religijnymi, które odpowiadają prawodawcy, wówczas sankcje prawne mogą być zbędne. Jeżeli zaś ustalona praktyka ma oparcie w odczuciach moralnych albo religijnych, to próby zmiany praktyki poprzez regulacje prawne przeciwne powszechnionym przekonaniom moralnym byłyby całkowicie bezskuteczne.<sup>25</sup> Słusznie zauważa MacGuigan, że wywód Austina przedstawia pewien ideał i jest wyłącznie poradą dla prawodawcy czy suwerena, „jako że wynika on z utilitaryzmu Austina, a nie z jego pozytywizmu. Z jednej strony, z moralnego punktu widzenia, Austin uważa, że byłoby korzystniej dla suwerena, gdyby uniknął konfliktu z moralnością, z drugiej jednak strony, z prawnego punktu widzenia, nie ma żadnej prawnej różnicy, czy suweren tak postąpi, czy też nie, ponieważ w każdym wypadku, cokolwiek rozkaże — będzie prawem”.<sup>26</sup>

Uwaga, jaką Austin przykłada do praktycznej weryfikacji swojej teorii, daje się zauważyć także w kolejnym jego sprostowaniu, wynikającym zresztą z przedstawionych wyżej rozważań: „Reguła wyłącznie moralna lub zwyczajowa może osiągnąć cechy reguły prawa na dwa sposoby: może być przyswojona przez suwerena (...) i przemieniona w prawo przez rozkaz, albo też może być przyjęta za podstawę orzeczenia sądowego, które później staje się precedensem”.<sup>27</sup> Austin uważa więc, że w pewnych sytuacjach zasady moralne, zaakceptowane przez prawodawcę, mogą się stać prawem. Natychmiast jednak powraca do podstawowych założeń swojej doktryny przypominając, że „dalsze istnienie [tych zasad] jako prawa zależy od woli suwerena”,<sup>28</sup> który może po prostu wydawać kolejny rozkaz zmieniający dotychczasowe prawo.

Austin rozwija dalej swoją argumentację przeciwko moralnym ocenom prawa i twierdzeniom o jego obowiązywaniu w zależności od tego, czy jest ono zgodne, czy też niezgodne z wzorcem etycznym. Anglik uważa, że takie postępowanie jest szkodliwe, gdyż każdy może przyjąć inny wzór zachowania się, a nawet jeśli założyć jedność wzorca, to różna może być jego interpretacja. Austin pisze, że „prawa boskie nie są zawsze pewne i oczywiste”, a „poczucie moralne, wrodzone zasady praktyczne, sumienie — są jedynie wygodną przykrywką dla ignorancji”, używanie zaś tych pojęć służy często do ukrycia niczym nie wytłumaczonej nienawiści do prawa. Co więcej, „to, co wydaje się złe dla jednej osoby, może się okazać korzystne dla drugiej”.<sup>29</sup> Wobec tej ogromnej dowolności ocen prawa Austin stwierdza, iż „proklamować ogólnie, że wszystkie prawa, które są złe albo sprzeczne z wolą Boga, są nieważne i nie powinny być uznawane, oznacza głosić anar-

<sup>24</sup> Austin I, s. 197—198.

<sup>25</sup> Tamże, s. 198—200.

<sup>26</sup> M. R. MacGuigan: op. cit., s. 15. Dodatkowo należy wyjaśnić, że jeśli chodzi o zasady etyczne, to Austin był zdeklarowanym utilitarystą. Uważał, że celem każdego działania powinno być szczęście ogółu. Zasadom etyki utilitarystycznej poświęcił Austin dużą część swoich wykładów.

<sup>27</sup> J. Austin: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, London 1873, tom II, s. 553 (Tom drugi cytowany będzie jako „Austin II”). Podkreślanie przez Austina roli precedensu jest zrozumiałe, jeśli się weźmie pod uwagę rolę, jaką do tej pory odgrywa *case law* w angielskim systemie prawa. Dyskusja, jaką przeprowadza Austin na temat prawotwórczej roli sądu, wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

<sup>28</sup> Austin II, s. 554.

<sup>29</sup> Austin I, s. 215—216.

chię”.<sup>30</sup> Z powyższych cytatów wynika, że, zdaniem Austina, w wypadku mieszania moralności z prawem pozytywnym członkowie społeczeństwa nie będą w stanie pogodzić się co do tego, które z rozkazów suwerena — czyli które normy prawa pozytywnego — powinny być przestrzegane. Nastąpi anarchia, sytuacja, którą Anglik — jak należało oczekiwać — ocenia jednoznacznie negatywnie. Nie formuluje on definicji anarchii, pisze jednak, że jest to sytuacja „równie niebezpieczna i wroga tak dla mądrego i łaskawego prawa, jak i dla głupiej i dręczycielskiej tyranii”.<sup>31</sup>

Nie oznacza to jednak, że jest Austin zwolennikiem ślepego posłuszeństwa wobec prawa. Opierając się na swoich poglądach utylitarystycznych, wywodzi z nich koncepcję, którą na użytek niniejszego opracowania można nazwać koncepcją „użytecznego oporu”. Austin twierdzi, że w pewnych ekstremalnych sytuacjach nieprzestrzeganie ustanowionego prawa może być logicznie usprawiedliwione i konieczne. Jednakże niewłaściwość moralna prawa nie jest sama w sobie wystarczającym powodem do jego nieprzestrzegania. Anglik uważa, że w każdej tego rodzaju sytuacji należy przekalkulować, czy korzyści, jakie prawdopodobnie przyniesie nieprzestrzeganie prawa, przeważą nad możliwymi negatywnymi skutkami takiego zachowania. Trzeba więc ocenić, czy opór wobec prawa będzie użyteczny, czy będzie się opłacał w ogólnym rozrachunku — niezależnie od odczuć natury moralnej, niezależnie od tego, jak zła jest moralna ocena prawa. Ale pisze Austin: „Wielkim i jaskrawym błędem jest myśleć, że teoria użyteczności zastąpi uczucia kalkulacją. (...) Kto przeciwstawia kalkulację uczuciu, przeciwstawia ster żaglowi albo wiatrowi, który nadyma żagiel. Kalkulacja jest przewodnikiem, a nie przeciwnikiem uczucia. Uczucie bez kalkulacji byłoby ślepe i kapryśne, ale kalkulacja bez uczucia byłaby bezwładna”.<sup>32</sup> Tak więc zasada użyteczności oporu wobec prawa nie prowadzi do pogwałcenia przekonań moralnych, lecz ma na celu sponytkowanie ich w korzystny, rozsądny sposób.

Zasada użyteczności jest zdaniem Austina adekwatna nie tylko do wyboru sposobu postępowania poszczególnych jednostek w ich indywidualnych wypadkach. Odwrotnie, większą chyba wagę przywiązuje Austin do zastosowania tej koncepcji w skali ogólnospołecznej. Anglik omawia szczegółowo kwestię możliwości stawiania oporu (*resistance*) przez społeczeństwo względem władzy, używając tu pojęcia rządu (*government*). Wywód rozpoczyna wstępnym zastrzeżeniem, że „nieposłuszeństwo wobec rządu (...) jest złem, jako że szkody wyrządzone przez zły rząd są mniejsze niż szkody spowodowane przez anarchię”.<sup>33</sup> Austin uważa, że posłuszeństwo wobec rządu wynika nie tylko z obowiązującego prawa ustanowionego przez ten rząd, ale że jest w ogóle nakazane prawem boskim. Podobnie jak moralna ocena prawa, tak samo również moralna ocena działań rządu jest dla niego nieistotna. Anglik stwierdza, że „podstawą rozważań jest użyteczność rządu”,<sup>34</sup> a nie to, czy działa on zgodnie z pewną moralnością lub prawem boskim. Tak też należy rozumieć Austina, gdy pisze on o złym rządzie. Rząd jest dla Austina nieużyteczny, gdy „dręczy on społeczeństwo niepotrzebnymi ograniczeniami i obciąża zbytecznymi wymaganiami. (...) Różnica między złym a dobrym rządem jest — zdaniem Anglika — tak doniosła, że opór przeciwko złemu rządowi byłby użyteczny, jeśliby prowadziło to do powstania dobrego rządu. (...) Anarchia towa-

<sup>30</sup> Tamże, s. 216.

<sup>31</sup> Tamże.

<sup>32</sup> Tamże, s. 117.

<sup>33</sup> Tamże, s. 118.

<sup>34</sup> Tamże.

rzyszcząca przemianie byłaby poważnym, lecz przemijającym złem; dobro, które by nastąpiło po zmianie, byłoby powszechne i trwałe. (...) To dobro, które ukoronowałyby zmianę, (...) byłoby więcej niż rekompensatą zła nieodłącznego przewrotowi.”<sup>35</sup>

Podobnie jak w wypadkach indywidualnych, należy według Austina przy rozważaniu zasadności oporu ze strony społeczeństwa wobec władzy przekalkulować następujące czynniki: szkody powodowane przez istniejący rząd; szanse poprawy sytuacji przez zastosowanie oporu; zło, które musi towarzyszyć oporowi; oraz dobro, które może nastąpić, jeśli opór ukoronowany zostanie sukcesem.

W zakończeniu tych rozważań Austin jeszcze raz przypomina, że opór jest „dziwną i nienormalną sytuacją”, podkreśla absolutną wyjątkowość działania przeciwko ustanowionej władzy i obowiązującemu prawu. Dalsze uwagi Anglika świadczą o jego krytycznym stosunku do własnego wyводу. Pisze on, że kwestia, czy należy uciekać się do oporu, czy też nie, może nie mieć szans rozwiązania w proponowany przez niego sposób. Porównanie oczekiwanych zysków i strat „byłoby przypuszczalnie procesem trudnym i niepewnym”. Poza tym „rozliczne i konkurujące ze sobą względy, na podstawie których należy rozwiązać ten problem, mogłyby wprowadzić zamieszanie i poróżnić między sobą i tych dobrych, i tych mądrych, i tych odważnych”.<sup>36</sup> W. E. Rumble zauważa, że ta pełna zastrzeżeń do własnej koncepcji postawa Austina jest widoczna już w samym słownictwie, które Anglik stosuje do jej przedstawienia.<sup>37</sup> Rzeczywiście, Austin używa cały czas trybu warunkowego oraz często takich słów, jak „może”, „przypuszczalnie”, „prawdopodobnie”.

Niezależnie od dającego się zauważyć braku przekonania Austina co do praktycznej skuteczności koncepcji użytecznego oporu jako recepty postępowania w sytuacjach ekstremalnych, może się nasunąć spostrzeżenie, że proponowana przez Anglika kalkulacja spodziewanych zysków i strat, wywołanych oporem wobec obowiązującego prawa, stoi w sprzeczności z podstawowym w jego doktrynie założeniem o rozdzielności prawa i moralności, o oddzieleniu moralnej oceny prawa od kwestii jego obowiązywania. Nie da się bowiem zaprzeczyć, że jakkolwiek kalkulacja zysków i strat sprawia wrażenie bardzo obiektywnej metody oceniania celowości czy sensowności oporu, to przecież u jej podstaw leży — co Austin sam przyznaje — decyzja, czy istniejący aktualny rząd jest rządem „użytecznym”, czy też nie. Jest to decyzja wysoce subiektywna, oparta jednak na pewnych wzorach moralnych. W. E. Rumble dochodzi nawet do wniosku, że proponowana przez Austina ocena „użyteczności” rządu jest niczym innym jak tylko jeszcze jedną formą oceny wynikającej z „poczucia moralnego” (*moral sense*).<sup>38</sup>

Sprzeczność ta jest jednak tylko pozorna. Należy bowiem zauważyć, że Austin wyraźnie rozdziela prawo od moralności wtedy, gdy rozważa problem obowiązywania prawa, natomiast pewne elementy oceny moralnej prawa (oceny jego „użyteczności”) pojawiają się w teorii Austina wyłącznie wtedy, gdy Anglik analizuje kwestię przestrzegania prawa. Słusznie zauważa A. L. Goodhart, że najważniejszą rzeczą dla zrozumienia tego punktu teorii Austina jest rozróżnienie pomiędzy zagadnieniem obowiązywania prawa a odrębnym zagadnieniem przestrzegania tego

<sup>35</sup> Tamże.

<sup>36</sup> Tamże, s. 119.

<sup>37</sup> W. E. Rumble: *Divine Law (...)*, op. cit., s. 165.

<sup>38</sup> Tamże, s. 166.



prawa.<sup>39</sup> Rozwiązanie jednego z tych problemów w ten czy inny sposób nie ma wpływu na to, w jaki sposób rozwiązany będzie drugi problem. Przedstawiając koncepcję „użytecznego oporu” wobec prawa i władzy, Austin podkreśla z naciskiem, że decyzja o podjęciu oporu powinna być wypadkiem wyjątkowym. Prawo bowiem nie przestaje obowiązywać, a rząd nie przestaje być rządem, mimo że społeczeństwo czy jednostka uznały je za „nieużyteczne” i zdecydowały się na opór. Dopóty prawo obowiązuje oraz rząd legalnie istnieje, dopóki nie zostaną one zmienione. Lapidarnie ujmując rzeczą całą H. L. A. Hart: „Prawo jest prawem, ale może być zbyt złe, aby go przestrzegać”.<sup>40</sup>

Z niezrozumienia tego problemu, czy też może w ogóle z niedostrzeżenia austińskiej koncepcji „użytecznego oporu” powstało wokół teorii Austina wiele nieporozumień, o których wspominają T. Broden, H. L. A. Hart i L. L. Fuller.<sup>41</sup> Pisano, że w teorii tej brak miejsca dla rozsądku, a sam Austin był nawet oskarżany o zachęcanie do służalczości wobec tyranii i o bezkrytyczny stosunek do złych praw. Doktryna pozytywizmu prawnego w jej zwulgaryzowanej formie została użyta do teoretycznego uzasadnienia barbarzyńskiego prawa Niemiec hitlerowskich oraz do wymuszenia posłuszeństwa społeczeństwa niemieckiego wobec tego prawa. Można jedynie ubolewać z powodu takiego wykorzystania myśli wielkiego Anglika i należy mieć nadzieję, że niniejsze opracowanie przynajmniej w pewnym stopniu może wykazać, jak bardzo było to dla jego idei deprecjonujące.

<sup>39</sup> A. L. Goodhart: *English Law and the Moral Law*, London 1953 (podaję za M. R. MacGuigan: op. cit., s. 22).

<sup>40</sup> H. L. A. Hart: op. cit., s. 52.

<sup>41</sup> T. Broden Jr.: *The Straw Man of Legal Positivism*, „Notre Dame Lawyer”, 1958—59, nr 34, s. 530; H. L. A. Hart: op. cit., s. 50—52; L. L. Fuller: *Positivism and Fidelity to Law*, „Harvard Law Review”, 1958, nr 71, s. 650—661.

### 3.

## JERZY CISZEWSKI

### Szkockie prawo spadkowe

(recenzja książki M. C. Mestona: *The Succession (Scotland) Act 1964*, wyd. 3, Edynburg 1982)

I. Książka o szkockim prawie spadkowym<sup>1</sup> zasługuje na krótkie zaprezentowanie Czytelnikom „Palestry” z dwóch powodów. Po pierwsze, skoro angielskie prawo cywilne jest, ogólnie biorąc, mało znane w Polsce, to ze względu na znaczną odrębność systemu prawnego Szkocji nasza znajomość prawa szkockiego jest chyba jeszcze skromniejsza. Po drugie, chodzi o pracę wybitnego praktyka-adwokata, a zarazem profesora Uniwersytetu w Aberdeen.<sup>2</sup>

Omawiana praca uwzględnia stan prawny do lipca 1982 roku. Jest to wzmianka o tyle istotna, że prawo szkockie, wprawdzie wyrosłe historycznie z prawa zwyczajowego i rozwijane głównie w drodze precedensów sądowych, zaw-

<sup>1</sup> Michael C. Meston: *The Succession (Scotland) Act 1964*, wyd. 3, Edynburg.

<sup>2</sup> Uczelnie tę łączy od szeregu lat stała współpraca z Uniwersytetem Gdańskim, do której zainicjowania i rozwoju przyczynili się naukowcy z kręgu Polonii szkockiej, a zwłaszcza emerytowany obecnie profesor Uniwersytetu w Aberdeen Władysław Bednátowski.