

Michał Zabdyr-Jamróż

Zwyczaj i obyczaj w filozofii prawa Herberta L. A. Harta

Diametros nr 45, 144-164

2015

Artykuł został 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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

ZWYCZAJE I OBYCZAJE W FILOZOFII PRAWA HERBERTA L.A. HARTA

– Michał Zabdyr-Jamróż –

Abstrakt. Celem artykułu jest przedstawienie zjawisk zwyczaju i obyczaju z perspektywy filozofii prawa Herberta L.A. Harta. Zarysowuję w nim też propozycję integracji systemów pojęciowych prawoznawstwa i socjologii w obszarze teorii normatywności. Moim punktem wyjścia jest wprowadzone przez Harta rozróżnienie na *zewnątrzny* i *wewnętrzny aspekt obowiązywania normy*. Ten pierwszy oznacza obserwowalne występowanie kar lub nagród. *Wewnętrzny aspekt obowiązywania* natomiast jest stwierdzeniem powinności i stanowi konieczne kryterium normatywnego charakteru reguły. *Aspekt wewnętrzny* uzyskuje reguła na dwa sposoby: *uznania* na podstawie określonych reguł (właściwego dla systemów prawnych); lub *akceptacji* pewnej zastanej praktyki. Koncepcja *akceptacji* ujawnia analityczną różnicę między zwyczajem a obyczajem. Pozwala uchwycić normatywny charakter tego ostatniego: obyczaj to zbiorowa praktyka, co do której stwierdzono powinność w drodze *akceptacji*. Ukształtowanie się obyczaju – dokonujące się w drodze swoistego precedensowego ukarania za naruszenie danej reguły zwyczajowej (sankcjonowania) – ujawnia dwuznaczność terminu „sankcja” („sankcjonowanie”), jako obejmującego nie tylko *wymiar zewnętrzny* obowiązywania, ale i ten *wewnętrzny*.

Słowa kluczowe: Herbert L.A. Hart, obowiązywanie normy, zwyczaj, obyczaj, wewnętrzny aspekt obowiązywania, sankcja.

1. Wstęp¹

Nauki społeczne i humanistyczne od samego początku istnienia jako przedmiot zainteresowania wybierały zwyczaje i obyczaje różnych wspólnot, ule-

¹ Wstępna wersja tego artykułu przedstawiona została na XX Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa, który odbył się w Łodzi (WPiA UŁ) w dniach 6–9 września 2012. Pragnę wyrazić moją wdzięczność profesorowi Krzysztofowi Pałeckiemu za bezcenne dyskusje, rady i wsparcie przy tworzeniu tego tekstu. Podziękowania kieruję także do seminarzystom profesora oraz Adama Dyrdy – za inspirujące komentarze – a także do redaktorów czasopisma i anonimowych recenzentów, których uwagi ośmieliły mnie do pozostawienia w tekście niektórych bardziej śmiałych rozważań. Dziękuję także mojej żonie, Agacie za bezcenną pomoc w uczynieniu tekstu nieco bardziej przystępnym. Osobne podziękowania należą się również Bartoszowi Kaczkowskiemu i Wojciechowi Czabanowskiemu – prawdziwym, nie zaś tylko „słomianym” przedstawicielom przewidystycznej teorii obowiązku. To właśnie burzliwe dyskusje z nimi skłoniły mnie do napisania niniejszego tekstu.

gając fascynacji potęgą ich wpływu na jednostki i całe społeczeństwa – wpływu znacznie przewyższającego oddziaływanie oficjalnie obowiązującego prawa. Wraz z rozwojem monarchicznego absolutyzmu, a później pozytywizmu prawnego i utilitaryzmu etycznego, studia nad władzą w państwie i społeczeństwie zaczęły być kojarzone przede wszystkim z badaniem prawa stanowionego, dokumentów administracyjnych i politycznych. Rozważania na temat zwyczajów i obyczajów opuściły domenę namysłu nad ustrojem politycznym.

Tak oto te mniej znamienne, a nade wszystko mniej wyraźne postaci władzy zepchnięto do sfery codziennego życia lub świata społeczeństw pierwotnych, dziedzin: etnologii, antropologii, psychologii i socjologii. „Prawdziwa” władza (opresyjna lub demokratyczna) miała być opisywana przy pomocy pojęć doniosłych, takich jak *prawo*, *suwerenność*, *legitymizacja* itp. Michael Foucault określił ten trend mianem tradycji jurydyczno-politycznej², która odwraca uwagę od właściwej areny działania znacznie istotniejszej władzy – sfery życia codziennego. Zdaniem Gustawa Radbrucha, „[o]byczaj skazany jest na wchłonięcie przez prawo i moralność, po tym jak przygotowuje dla nich grunt i umożliwia ich wytworzenie”³. Wbrew pozorom tymczasem to właśnie w nowoczesnych społeczeństwach – w miarę wzrostu ich złożoności, a nawet wraz z postępowaniem technicznym – rola zwyczaju i obyczaju wcale nie słabnie, a wręcz rośnie⁴. Proces ten nie jest łatwo zauważalny. Zwyczaje i obyczaje bowiem z założenia mają być niewidzialne, będąc dla nas *drugą naturą*.

W pracy tej przedstawię, w jaki sposób Herbert Hart w swojej filozofii prawa⁵ ujmował pojęcia zwyczaju („nawyku”) i obyczaju („reguły społecznej”) oraz dlaczego zaliczał *obyczaje* do świata normatywnego – razem z prawem i moralnością. Koncepcję Harta przedstawię w kontekście jego polemiki z Ronaldem Dworkinem⁶, a także zestawię z siatkami pojęciowymi stosowanymi w prawoznawstwie i socjologii.

2. Zwyczaje i obyczaje według Harta

Jose Ortega y Gasset zauważał, że „w mowie potocznej spotykamy słowo «zwyczaj» związane na stałe z «obyczajem»”⁷. Tymczasem, rozgraniczenie obu

² Foucault [1995] s. 80–81 („Wola wiedzy”).

³ Radbruch [2009] s. 55.

⁴ Cialdini [2004] s. 21.

⁵ Hart [1998].

⁶ Dworkin [1998]. Swoją ripostę na krytykę zawartą w pracach Dworkina Hart zamieszcza zbiorczo w „Posłowiu” do Hart [1998] s. 318–369.

⁷ Ortega y Gasset [1982] s. 550.

tych pojęć – stosowane także przez niektórych uczonych⁸ – jest w niniejszej pracy kluczowe. Punktem zaczepienia dla rozróżnienia zwyczaju i obyczaju w filozofii prawa jest zastosowane przez Harta rozróżnienie na dwa aspekty (lub też wymiary) obowiązywania reguły: „zewnątrzny” i „wewnętrzny”.

2.1. ZEWNĘTRZNY I WEWNĘTRZNY ASPEKT OBOWIĄZYWANIA

Aspekt zewnętrzny obowiązywania to obserwowalna praktyka przestrzegania i karania przypadków złamania danej normy. *Aspekt wewnętrzny* tymczasem to psychologiczne („wewnętrzne”) rozpoznanie powinności postępowania wedle rzeczony reguły. Za pomocą tego rozróżnienia Hart rozprawił się z teorią, według której obowiązywanie normy należy zredukować do samego wymiaru zewnętrznego, czyli karania. W myśl krytykowanej koncepcji „obowiązek jest niczym innym jak tylko przewidywaniem sankcji”⁹, stąd określona została mianem *prewidywającej teorii obowiązku* [*predictive theory of obligation*] lub *predykatywnego ujęcia idei reguły obowiązującej*¹⁰.

Dla Harta teoria ta – charakterystyczna jego zdaniem dla realizmu prawniczego – była szczególnie wadliwa, gdyż pozwala na uznanie byle bandyty z pistoletem za swego rodzaju prawodawcę. Zatracała tym samym istotę systemów normatywnych. Hart podkreślał, że:

[...] społeczeństwo wraz z prawem obejmuje tych, którzy spoglądają na reguły z wewnętrznego punktu widzenia, tj. jako na akceptowalne wzorce zachowania się, a nie jedynie jako godne zaufania prognozy dotyczące tego, co ich spotka ze strony urzędników w razie nieposłuszeństwa¹¹.

Idea *wewnętrznego wymiaru obowiązywania* pozwalała uchwycić istotę powinności i wydobyć się ze ślepej uliczki sprowadzania jej do „jakichś faktycznych stanów rzeczy”¹².

Owe „faktyczne stany rzeczy” składają się na wspomniany *zewnątrzny punkt widzenia* (zewnątrzny aspekt obowiązywania) – obserwowalną praktykę nie tylko postępowania według danej reguły, ale także praktykę karania przypadków postępowania wbrew tejże. Obserwowalność tego wymiaru nadaje mu empiryczno-nomotetyczny charakter. Stwierdzenie obowiązywania w zewnętrznym wy-

⁸ Rozgraniczenie zwyczaju od obyczaju przyjmują m.in.: T.M. Ciołek, J. Olędzki i A. Zadroczyńska; E. Ciupak; J. Grad; A. Hultkrantz; F. Speiser, W.G. Sumner. Patrz: Grad [1993] s. 18-23.

⁹ Woleński [1998].

¹⁰ Hart [1998] s. 121.

¹¹ Ibidem, s. 267.

¹² Ibidem.

miarze polega wyłącznie na wywnioskowaniu istnienia danej reguły na podstawie zaobserwowanych zachowań danej zbiorowości.

Wewnętrzny aspekt obowiązywania normy (lub wewnętrzny aspekt istnienia reguły) to odwołanie do „zmysłu normatywnego” – apel do świadomości normatywnej (prawnej, moralnej, obyczajowej). Stanowi on motywację i usprawiedliwienie nie tylko do postępowania w dany sposób, ale także do potępienia lub pochwały: tym samym do karania lub nagradzania. Tym, co w sposób istotny odróżnia ten wymiar od zewnętrznego jest jego świadomościowy, psychologiczny charakter, wyraźnie domagający się rozumiejącego, humanistycznego podejścia – wglądu w przekonania, postawy, motywacje i wartości podmiotów. Bez tego nie sposób stwierdzić z pewnością, czy dana praktyka karania (*wymiar zewnętrzny*) motywowana jest autentycznym potępieniem jakiegoś zachowania (*wymiar wewnętrzny*), czy też jest zwykłą reakcją na dany bodziec lub też ma charakter wyłącznie celowo-racjonalny.

Rozpoznanie powinności – ów wewnętrzny punkt widzenia – przyjmuje zasadniczo dwie postaci, które zwięźle zidentyfikował Dworkin: „Możemy ująć fundamentalne rozróżnienie Harta w następujący sposób: reguła może obowiązywać, (a) ponieważ jest akceptowana lub (b) ponieważ jest ważna”¹³.

Uznanie [recognition] lub *ważność*, to „pewien luksus rozwiniętych systemów społecznych, w których ludzie nie uznają poszczególnych reguł systemu jedna po drugiej, ale są zawczasu zobowiązani do akceptacji ogólnych klas reguł, wyznaczonych przez generalne kryteria obowiązywania”¹⁴, tj. reguły uznania [*rules of recognition*]. Reguły te stanowią aprioryczne uzasadnienie dla normatywnego charakteru prawa. Składają się na nie reguły identyfikacji, adiudykacji i zmiany. Uznajemy obowiązywanie danej normy prawnej (niezależnie czy się z nią zgadzamy), bo ustawa ją zawierająca uchwalona została w odpowiednim trybie i upłynął jej *vacatio legis*.

Przez *akceptację [acceptance]* rozumiał Hart

[...] trwałą dyspozycję jednostek do traktowania takich wzorów [postępowania] zarówno jako wskazówek przyszłego postępowania, jak i standardów oceny krytycznej legitymujących domaganie się zgodności z regułami i rozmaite formy nacisku społecznego prowadzące do osiągnięcia tego.

¹³ Dworkin [1998] s. 53.

¹⁴ Hart [1998] s. 314.

Akceptacja to niejako włączenie się do już istniejącej lub wyobrażonej praktyki przez subiektywne rozpoznanie jej jako *powinności*¹⁵. Jest tożsama z uczuciem, że „powinność owa powinna obowiązywać” – że dana norma prawna czy innego rodzaju jest słuszna. Rozpoznanie powinności względem zastanych praktyk będzie kluczowe dla zrozumienia specyfiki obyczajów¹⁶.

Różnica między *uznaniem* a *akceptacją* wyraża się w tym, kiedy możliwe jest za ich pomocą stwierdzenie obowiązywania. Zdaniem Harta koresponduje to z poziomem zaawansowania danego systemu normatywnego:

W przypadku prostszych form społeczeństwa trzeba czekać i badać, czy reguły uzyskują akceptację czy nie, natomiast w przypadku systemu z podstawową regułą uznania można powiedzieć, zanim dana reguła zostanie złamana, że będzie obowiązywać, jeśli spełni wymagania reguły uznania¹⁷.

Obowiązywanie na bazie akceptacji dokonać się może właściwie wyłącznie w następstwie (faktycznego lub wyobrażonego) deliktu. Akceptacja jest następstwem indywidualnego, subiektywnego stwierdzenia, że „tak jednak nie wolno postępować” – dostrzeżenia powinności w danej regule. Tymczasem *uznanie* jest wyprzedzające w stosunku do samego deliktu. Przepisy prawne bowiem „mogą istnieć jako przepisy prawa dopiero po ich uchwaleniu, a przed jakąkolwiek okazją do ich pojawienia się w praktyce”¹⁸. Uznanie ma więc charakter kognitywny i zobiektywizowany – polega jedynie na „wiedzy o formalnym obowiązywaniu” na podstawie pewnych określonych reguł. Akceptacja – jako z potencjalnie emotywn-

¹⁵ Ibidem, s. 341.

¹⁶ Dworkin przyznaje, analizując teorię Harta, że *akceptacja* zastanej praktyki (praktycystyczna teoria reguł) – jest jedynym źródłem autorytetu normy alternatywnym do *reguł uznania* (Dworkin [1998] s. 52–53). Co znamienne, dla Harta sama reguła uznania dla swojego autorytetu wymaga właśnie akceptacji (Hart [1998] s. 342), gdyż – co przyznaje Dworkin – „nie może sama być ważna, ponieważ z założenia jest ona ostateczna, a zatem nie może spełniać wymogów sprawdzianu określonego przez regułę bardziej podstawową” (Dworkin [1998] s. 54).

W tym miejscu warto jednak zaznaczyć, że *akceptacja reguł uznania* nie może mieć tego samego charakteru, co *akceptacja norm*. Te ostatnie bowiem wyznaczają powinność; stanowią „apel do świadomości normatywnej”, w szczególności zaś do „przeżyć emocjonalnych o charakterze imperatywno-atrybutywnym”. Reguły uznania nie stanowią apelu do takich przeżyć „doznawczo-popędowych”, a jedynie rodzaj konwencjonalnych reguł gry, jakie spotkać można w zabawie, sporcie itd. Przypuszczalnie reguła nakazująca przestrzeganie takich, przyjętych już, reguł uznania stanowić będzie pewną uniwersalną normę we właściwym tego słowa znaczeniu. Może nawet stwierdzimy powinność uregulowania procesu normodawczego w ogóle. Jednakże samo konkretne przyjmowanie owych reguł, jakkolwiek przypominać może *akceptację* w rozumieniu Harta, na pewno nie będzie miało takiego samego charakteru.

¹⁷ Hart [1998] s. 314.

¹⁸ Ibidem, s. 340–342.

na¹⁹ – jest jawnie subiektywna. Zbiektywizować się może jedynie na zasadzie rozpowszechnienia. Zawiera za to element emotywno-motywacyjny (doznawczo-popędowy, przeżycia motywujące) oraz ewaluacyjny (wartościowanie i racjonalizacja)²⁰.

Podsumowując powyższe wywody warto zaznaczyć, że to prawdopodobnie właśnie w koncepcji *wewnętrznego aspektu obowiązywania normy* szukać należy owych „przeżyć emocjonalnych o charakterze imperatywno-atrybutywnym”, które stanowiły istotę prawa dla Leona Petrażyckiego²¹. Propozycja Harta – dzięki rozróżnieniu uznania i akceptacji – oferuje możliwość skorygowania niedostatków definicji prawa zaproponowanej przez Petrażyckiego przy zachowaniu jej zalet²². Z perspektywy koncepcji autora *Pojęcia prawa* obowiązywanie jest apelem do świadomości normatywnej podmiotów (świadomości prawnej, moralnej, a także obyczajowej), mającym potencjał wywołania owych przeżyć imperatywno-

¹⁹ Choć emotywności akceptacji Hart nie przesądza.

²⁰ Pałeczki [2003] s. 57.

²¹ Petrażycki [2002] s. 22–34.

²² Patrz: Podgórecki [1971] s. 360–365. „Emotywnie przekonania o obowiązywaniu” normy (w ramach funkcji aksjologicznej; Pałeczki [2003] s. 60) przynależą z całą pewnością do „wymiaru wewnętrznego” obowiązywania normy i odpowiadają kategorii „akceptacji” normy. Jednakże odróżnienie takiego przekonania od „wiedzy o treści normy”, nie rozwiązuje wskazanych przez Podgóreckiego problemów koncepcji prawa Petrażyckiego. Bowiern samo emotywnie przekonanie o obowiązywaniu normy – której np. w systemie prawnym nie ma – wcale nie znaczy, że ona obowiązuje (Podgórecki [1971] s. 360–365).

Dodatkowym problemem jest kwestia tego, na jakiej zasadzie obowiązuje norma prawna, jeśli większość społeczeństwa zna jej treść, ale jej nie akceptuje – nie przejawia owego „emotywnego przekonania o obowiązywaniu”. Hartowska „reguła uznania”, jako drugie obok akceptacji źródło obowiązywania normy, rozwiązuje ten problem. Jak słusznie wskazuje Hart, konkretna norma, by obowiązywać, wcale nie musi być akceptowana. Ma to miejsce szczególnie wyraźnie w przypadku sędziów, którzy muszą zastosować daną normę prawną, z którą się jednak nie zgadzają (filozoficzne, moralnie itd.).

Tym samym, koncepcja dwóch dróg nadania regułom wymiaru wewnętrznego wygodnie koreluje z Dworkinowskim rozróżnieniem na *obowiązywanie w mocnym i słabym sensie*. *Ważność* obejmuje *obowiązywanie w słabym sensie* („Norma A obowiązuje; uznaję ją, choć jej nie akceptuję”), tymczasem w pojęciu *akceptacji* może zmieścić się obowiązywanie w sensie mocnym („Norma A obowiązuje i powinna obowiązywać; uznaję normę i ją akceptuję”). Patrz: Dworkin [1998] s. 89 i Hart [1998] s. 342–344.

Koncepcja *wymiaru wewnętrznego* – dzielącego się na *akceptację* i *uznanie* – łączy emotywistyczną koncepcję prawa Petrażyckiego i oryginalną, Hartowską koncepcję reguł uznania. Podstawową zaletą koncepcji *uznania*, jest to, że poza-emotywnie przekonanie o obowiązywaniu – gdy brak akceptacji – nie musi się wcale sprowadzać do wiedzy na temat przewidywanej nagrody lub kary. Koncepcję świadomości prawnej Petrażyckiego należy postrzegać w tym kontekście jako pewną aproksymację przedstawianej idei – wskazującej przede wszystkim na to, że normy prawne konstruuje się z zasady w taki sposób, iż możliwe jest wystąpienie ich świadomości normatywnej u podmiotów. Stąd wynika wskazana, choć niekonieczna, więź z emocjami w rozumieniu Petrażyckiego.

atrybutywnych; niekoniecznie zaś jest samym tym przeżyciem czy świadomością normatywną.

2.2. PRAKTYCYSTYCZNA TEORIA REGUŁY: ODRÓŻNIENIE ZWYCZAJU OD OBYCZAJU

Herbert L.A. Hart w *Pojęciu prawa* analizował fenomen zwyczaju i obyczaju, określając je odpowiednio jako: „nawyk” i „regułę społeczną”. W jego ujęciu zarówno „reguły społeczne [social rules, obyczaje]²³ i nawyki [habits, zwyczaje] mają pewien punkt wspólny: w obu przypadkach dane zachowanie (np. odkrycie głowy w kościele) musi być powszechne, aczkolwiek niekoniecznie niezmienne”. Natomiast istotna normatywna różnica między zwyczajem i obyczajem bierze się właśnie z *wewnętrznego aspektu reguły obowiązującej*. Oto jak Hart wyjaśnia tę różnicę:

Po pierwsze, na to aby grupa miała nawyk [zwyczaj], wystarcza, że zachowanie jej członków jest faktycznie zbieżne. Odstępstwo od ogólnego standardu wcale nie musi być powodem jakiegokolwiek oceny krytycznej. Wszelako taka ogólna zbieżność czy nawet identyczność zachowania się nie wystarcza do ukonstytuowania reguły wymagającej tego zachowania się: tam, gdzie istnieją reguły [normy] odstępstwa od nich, są powszechnie traktowane jako uchybienia czy błędy podlegające ocenie krytycznej, a odstępstwa zagrożone karą mogą spotkać się z presją na rzecz przestrzegania, aczkolwiek formy krytyki i presji zależą od rodzaju reguły.

Po drugie, tam gdzie istnieją reguły [społeczne – obyczaje], nie tylko jest tak, że faktycznie występują oceny krytyczne, ale również tak, iż odstępstwo od standardu jest powszechnie uznawane za *dobrą rację* dla dezaprobaty. Krytyczną ocenę odstępstwa traktuje się jako legitymowaną lub uzasadnioną w takim sensie, w jakim usprawiedliwione są żądania zgodności ze standardem, gdy odstępstwo jest zagrożone karą. [...]

Trzeci rys odróżniający reguły społeczne [obyczaje] od nawyków [zwyczajów] [...] [p]olega on na tym, co nazwiemy w tej książce *wewnętrznym aspektem* reguł [the *internal aspect* of rules]. Gdy nawyk jest w jakiejś grupie powszechny, owa powszechność jest niczym innym jak tylko faktem polegającym na obserwowalnym zachowaniu się większości w danej grupie. Po to, aby wystąpił nawyk [zwyczaj], żaden członek tej grupy nie musi w jakikolwiek sposób myśleć o powszechnym zachowaniu się ani nawet o nim wiedzieć. W jeszcze mniejszym stopniu członkowie grupy mają obowiązek uczyć pozostałych takich czy innych nawyków lub dążyć do utrzymywania ich. [...] Natomiast jeśli istnieje reguła społeczna [obyczaj],

²³ W nawiasie kwadratowym, obok oryginalnych terminów angielskich, ujęte zostaną terminologiczne odpowiedniki właściwe dla niniejszej pracy.

musi być ktoś taki, kto rozważa dane zachowania się jako powszechny standard mający być respektowany przez grupę jako całość. Reguła społeczna ma dodatkowy aspekt 'wewnętrzny' oprócz aspektu zewnętrznego, który podziela ona z nawykiem społecznym; ten ostatni polega na regularności zachowania się dającej się zarejestrować przez obserwatora²⁴.

Dla Harta to właśnie obyczaje – „reguły typu zwyczajowego” („reguł społecznych”) – łączą wewnętrzny i zewnętrzny aspekt obowiązywania. Wprowadza on przy tej okazji „praktycystyczną teorię reguł” [*the practice theory of rules*], która

[...] reguły społeczne [obyczaje] danej grupy traktuje jako tworzone przez daną postać praktyki społecznej obejmującą zarówno wzory zachowania stale przestrzegane przez większość członków grupy, jak i charakterystyczną postawę normatywną wobec takich wzorów postępowania, którą nazwałem „akceptacją”²⁵.

Innymi słowy, obyczaj *obowiązuje* za sprawą połączenia „faktycznego stanu rzeczy” (praktyki) i psychologicznego uznania go za powinny.

2.3. DEFINICJE ZWYCZAJU I OBYCZAJU – PODSUMOWANIE

W tym miejscu zasadne będzie usystematyzowanie powyższego filozoficzno-prawnego rozróżnienia zwyczaju od obyczaju w zestawieniu z ujęciem socjologicznym²⁶.

Zwyczaj, rozumieć należy jako *zbiorowy nawyk* („utartą drogę”, „drożny kanał”) – formę bezrefleksyjnego naśladownictwa, wynikłą z niebrania pod uwagę innych możliwości lub przez stwierdzenie: „tak się to robi”. Cechuje go „perfek-

²⁴ Hart [1998] s. 83–85.

²⁵ Ibidem, s. 85.

²⁶ Por. Sumner [1994] s. 38. Łacińskie *mos* (l.mn.: *mores*) rozumiane było szeroko, jako „obyczaj”, „zwyczaj” i „przyzwyczajenie”; bądź to w sensie „obyczajności”, „charakteru” i „sposobu myślenia”, bądź „prawa” (woli), a nawet „sposobu”, „natury” czy mody. Słowo *mores* występuje w wielu współczesnych językach (angielskim, hiszpańskim, niemieckim, polskim), w których jest synonimem słów „zwyczaj” i „obyczaj”, czasem także „konwencja”. W.G. Sumner stosował ten termin w sensie obyczaju. Wskazywał też na grecki termin *ethos* stosowany dla opisanego „zespołu charakterystycznych praktyk, idei i wzorców oraz zespołu przepisów, dzięki którym grupa wyodrębniona jest od innych grup oraz indywidualizowana w swym charakterze”.

W łacinie znane są słowa o bardzo zbliżonej denotacji – zasadniczo będące synonimami – jednak, w przypadku ich tłumaczenia, zauważalne jest zróżnicowanie położonego akcentu. I tak – choć *mos* tłumaczy się najpierw jako „obyczaj”, a potem jako „zwyczaj” i „przyzwyczajenie”; to słowo *consuetudo* przekładane jest jako „przyzwyczajenie, zwyczaj, obyczaj”; a *usus* – jako „użycie”, „używanie”, „wyćwiczenie”, „przyzwyczajenie”, „praktyka”, czy „praktyczne wyćwiczenie” (Kumaniecki [1986]). W języku angielskim występują pojęcia takie jak *custom* (zwyczaj, obyczaj, obrzęd, nawyk, przyzwyczajenie), *habit* (nawyk, przyzwyczajenie, nałóg) oraz *usage* (użycie, używanie, obchodzenie się, stosowanie, zwyczaj). W niemieckiej nauce natomiast stosuje się *Sitte* (obyczaj) oraz *Brauch* (zwyczaj), we francuskiej zaś: *habitude*, i rzadziej: *coutume*.

cyjność opanowania i zwykle bezrefleksyjność oraz automatyzm podejmowania". Jest on specyficzną odmianą reguły – charakteryzowaną przez „zadawnienie”. Jest to bowiem zachowanie „tradycyjalne” – zgodne z zachowaniami poprzednich pokoleń. To trwała w czasie reguła ogólna, która nie jest niepodatna na cykle i sezonowość (co ją odróżnia od mody)²⁷.

Zwyczaj jest więc „utartą formą postępowania bez znamion normy” – to zestaw tradycyjnych zachowań „niewaloryzowanych przez społecznie obowiązujące wartości światopoglądowe”; albo przynajmniej tych, których „normy ideologiczne”, czy ów „pierwotny i rzeczywisty sens nie jest już więcej (szerzej) znany”²⁸. Brak im przede wszystkim znamion powinności – czyli *wewnętrznego aspektu obowiązywania*. Zwyczaj nie jest tym samym zaopatrzonej w sankcję we właściwym rozumieniu tego pojęcia – za jego złamanie nikt nikogo nie karze. Brak sankcji sugeruje, iż zwyczaj jest regułą, jakkolwiek przypuszczalnie monopolistyczną i powszechnie praktykowaną w danym społeczeństwie, to pozbawioną społecznej świadomości (szczególnie w wymiarze praktycznym), żeby *powinna* być monopolistyczną i powszechnie praktykowaną. Odstępstwa od zwyczaju uczęszczania do kina w piątkowe wieczory nikt raczej nie sankcjonuje. Przestrzegania zwyczaju się nie wymusza, gdyż zwyczaje „nie są regulowane przez ponadindywidualne (społeczne) przekonania normatywno-dyrektywne”²⁹.

Obyczaj tymczasem z całą pewnością normą już jest. Według G. Sumnera obyczaje – w jego terminologii: *mores* – to: „powszechne praktyki i tradycje, jeśli tkwi w nich sąd iż to one właśnie prowadzą do pomyślności społecznej, jeśli wywierają przymus na jednostkę i skłaniają ją do konformizmu, a przy tym same nie

²⁷ Grad [1993] s. 18–23. Jan Grad utożsamia nawyk ze „zwyczajem”, a raczej uznaje go za „formę jaką przyjmuje” zwyczaj.

W.G. Sumner ([1994] s. 3–4) wprowadził – odpowiadający przyjętemu tu rozumieniu zwyczaju – neologizm *folkways*, który w polskim wydaniu jego pracy został przełożony (metodą opisową, przez M. Kempnego i K. Romaniszyn), jako „naturalne sposoby postępowania w gromadzie” (Sumner [1994] s. 38).

²⁸ Hultkrantz [1960] za: Grad [1993] s. 20. Według Simona Blackburna, zwyczaj „może istnieć bez racjonalnego uzasadnienia, a jednocześnie stanowić podstawę do racjonalnego działania. Będzie tak wówczas, gdy zwyczaje są źródłem norm działania [reguł działania – w przyjętej tutaj konwencji]” (Blackburn [2004] s. 462). Celowość zwyczaju jako symptom skomplikowanej ewolucji społecznej – jego rola jako „sposobu realizacji wartości bezpośrednio-praktycznych” – często jest niedostrzegana lub trudna w ustaleniu. Podkreślana jest tymczasem przez wielu uczonych (Sumner [1994] s. 40; Harris [2007]). Należy być świadomym zastrzeżenia, poczynionego przez Marię Ossowską, że funkcjonalizm w przypadku zagadnień z dziedziny szeroko rozumianej etyki zakrawa na coś, co – nawiązując do *Kandyda* Woltera – można nazwać „panglossizmem”. Każdemu zachowaniu dowolnie przypisać można jakąś ad hoc wymyśloną funkcję (Ossowska [1985] s. 28–29). Jednakże w tym miejscu uznanie metodologicznego postulatu adaptacjonizmu wydaje się uzasadnione.

²⁹ Grad [1993] s. 18–23.

podlegają żadnemu autorytetowi”³⁰. Są one niejako zwyczajami, co do których panuje społeczna świadomość konieczności przestrzegania – to *zwyczaje* „obłożone” sankcjami społecznymi³¹. Obyczaj uzupełniony jest o wyraźnie sformułowany nakaz podporządkowania się – chciałoby się powiedzieć: posiada społeczne *opinio iuris*, być może nadane przez jakiś autorytet, najpewniej jednak wynikające z pospolitego poczucia słuszności (wynik „ponadindywidualnego przekonania normatywno-dyrektywalnego”). Tzw. *opinio iuris vel necessitatis* – termin zaczerpnięty z prawa międzynarodowego publicznego – jest warunkiem psychologicznym obowiązywania *konwenansowej normy prawa międzynarodowego*. Dzięki niemu norma zaczyna *obowiązywać* w wewnętrznym wymiarze tego pojęcia; nie tylko zaopatrzona zostaje w karę (zewnętrzny aspekt obowiązywania), ale otrzymuje uświadamiane *poczucie obowiązku przestrzegania* – przeświadczenie o mocy wiążącej danej reguły postępowania (konieczności jej sankcjonowania).

Konieczność uprzedniej obecności rozpowszechnionej praktyki jest tym, co analitycznie odróżnia normy obyczajowe od moralnych. W przypadku tych drugich *akceptacja* zasadniczo nie wymaga rozpowszechnienia samej praktyki (*akceptujemy* regułę mówienia prawdy, mimo że wcale nie jest ona powszechnie przestrzegana)³².

Zakładając nietożsamość pojęć zwyczaju i obyczaju nie będę rozstrzygał – uznając takie rozstrzygnięcie za jałowe w kontekście wielowymiarowości stosowanych definicji – czy obyczaj jest odmianą zwyczaju, zwyczaj – odmianą obyczaju, czy też w ogóle są one od siebie odseparowane³³. W rzeczywistości granice

³⁰ Sumner [1994] s. 3–4.

³¹ Ibidem.

³² Jasne rozróżnienie na obyczaje (reguła + praktyka + sankcja) i moralność (reguła + sankcja) dość dobrze, jak można mniemać, godzi *praktycystyczną teorię* Harta z ważnymi uwagami Dworkina, że jeśli ludzie są „przekonani, że każdy człowiek ma obowiązek nie kłamać [...] to uznają że [...] miałby ten obowiązek nawet wtedy, gdyby większość ludzi kłamała” (Dworkin [1998] s. 110. Wyróżnienie autora niniejszej pracy).

Obyczaje („normy społeczne”), w przeciwieństwie do moralności, są tego typu systemem normatywnym, w którym powinność jest ściśle uwarunkowana praktyką społeczną. Stąd tak łatwo nasuwające się stwierdzenie, że mogą istnieć jakieś „złe obyczaje”. Moralność jest tymczasem na takie uwarunkowanie – przynajmniej teoretycznie – najzupełniej niewrażliwa. Obyczaje byłyby więc Dworkinowską „moralnością tradycyjną”, moralność właściwa zaś ową „moralnością równoległą” – zupełnie ślepą na tradycję i rozpowszechnienie akceptacji, tym samym pretendującą do uniwersalności (tamże). Różnica między moralnością („równoległą”) i obyczajami („moralnością tradycyjną”) może być opisana jako różnica między *akceptacją* z przekonania – zbliżającą się do stwierdzenia *ważności* na podstawie jakiejś reguły – i *akceptacją* przez wzgląd na społeczny dowód słuszności – *akceptacją* praktyki faktycznie zachodzącej.

³³ Odpowiedź na pytanie o to, czy zwyczaj jest pozbawionym społecznej legitymacji i sankcji obyczajem („beztreściowym obyczajem” jakby chciał Hultkrantz [1960] w *Międzynarodowym słowniku folkloru*), czy to obyczaj jest zwyczajem zaopatrzonym w te właściwości („wyselekcjonowanym

między pojęciami obyczaju i zwyczaju przebiegają bardzo nieostro – także za sprawą swobody przepływu treści między nimi. Ich tak wyraźne konceptualne rozgraniczenie jest jednak konieczne dla ujęcia pewnych ważkich kwestii teoretycznych. Z tej perspektywy bliższym sobie będą obyczaje, moralność i prawo (opisujące zjawiska o charakterze normatywnym), niż obyczaje i zwyczaje (spośród których te ostatnie nie są fenomenem normatywnym).

Na podkreślenie zasługuje w tym miejscu to, jak *zwyczaje* i *obyczaje* mają się do prawoznawczego ujęcia normy³⁴. Niezależnie od przyjmowanej koncepcji budowy normy – trójczłonowej, czy dwuczłonowej³⁵ – można zauważyć, że zwyczaje stanowią wyłączenie przez hipotezę i dyspozycję. Brakuje im ewidentnie sankcji, są więc „nagimi” regułami. Obyczaje, przez zaopatrzenie w sankcję, stanowią już wyraźnie normy według terminologii prawoznawczej. Kwestia sankcji – jej właściwego występowania bądź nie – stanowić będzie zasadnicze kryterium demarkacji – odpowiednio – *obyczaju* jako normy, od *zwyczaju* jako reguły³⁶. Różnica między nimi jest taka, jak – odpowiednio – między imperatywami kategorycznymi (niezależnie od tego czy są tetyczne, teleologiczne, czy aksjologiczne) i hipotetycznymi. Co znamienne w tym wypadku, zaopatrzenie reguły w sankcję jako karę czyni nieuzasadnioną jej redukcję do imperatywu hipotetycznego.

zwyczajem”, jakby widzieli to Ciołek, Oledzki i Zadroczyńska [1976] w *Wyrzeczysku*), czy też raczej obyczaj nijak się ma do zwyczaju (na przykład przez swoją „większą siłę normatywną”) jest kwestią raczej arbitralnego rozstrzygnięcia. Autor niniejszej pracy skłaniałby się – za sprawą brzytwy Ockhama i wychodząc z założenia, że zakres pola semantycznego pojęcia zawęża się przez dodawanie do treści cech pozytywnych, a nie przez dodawanie „nie-cech” (np. „beztreściowość” obyczaju) – do opcji drugiej. Trzecia także wydaje się przekonująca – przez wzgląd na proponowane w tej pracy „kategoryczne” rozgraniczenie typów (za: Grad [1993]).

³⁴ Pewne powinowactwo pojęć prawa i obyczaju, tkwi w dwuznaczności, która jest tym bardziej godna odnotowania, że wiąże się z pojęciem, które w tej pracy będzie miało znaczenie kluczowe – pojęciem normy. Otóż starogreckie *nomos*, znaczyło pierwotnie właśnie „zwyczaj”, „obyczaj” – a dopiero później „prawo stanowione” (słowo to wywodzi się od kojarzonego z miarą muzyczną czasownika *nemō* – „dzielić”, „nadać”, a także „wypasać”, „przydzielać karmę”) (Kelly [2006] s. 27–29).

³⁵ Patrz: Lande [1956] t. III.

³⁶ W tym miejscu należy wskazać, iż w pisarstwie H.L.A. Harta odpowiednikiem przyjętego w polskiej nauce prawa pojęcia „norma” (jako reguły zaopatrzonej w sankcję) jest „reguła”. Termin „norma” jest niechętnie stosowany w literaturze anglosaskiej, w której raczej mówi się o „regułach”. Sam H.L.A. Hart stosuje termin „norma” w tym sensie tylko w momencie przytaczania twierdzeń Hansa Kelsena [1935] z jego dzieła *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego* (Hart [1994] s. 2, 35), choć nie stroni od używania terminu „normatywny”.

3. Sankcja jako funktor normotwórczy

Kwestia wewnętrznego wymiaru obowiązywania i struktury normy kieruje ku analizie terminu „sankcja”. W jakim sensie jest to element konieczny, by regule nadać charakter normy?

3.1. DWUZNACZNOŚĆ POJĘCIA SANKCJI (JAKO KARY I POSZANOWANIA)

W kontekście rozróżnienia na wewnętrzny i zewnętrzny aspekt normy warto zauważyć, że samo słowo „sankcja” jest wyraźnie dwuznaczne. W potocznym użyciu kojarzone jest raczej z „karą” – jakiegoś rodzaju represją za naruszenie normy. W prawoznawstwie odnosi się zarówno do kar, jak i nagród³⁷. W obu tych przypadkach odnosimy je do tego, co nazwane zostało *zewnętrznym aspektem*. Słowo sankcja znaczy jednak także „aprobatę”, „zatwierdzenie”, „nadanie mocy wiążącej”, „uczynienie obowiązującym” – odnosząc się tym samym również do *aspektu wewnętrznego normy*. Podobnie łaciński czasownik *sanctio* i *sanctus* znaczą zarówno „karzę”, jak i „zarządzam”, „ustanawiam”, „(jako obowiązujące) ogłaszam”, „(jako niezłomne) ustalą”, nawet „poświęcam” czy „uświęcam”. Ciekawe nawet, że wbrew potocznemu użyciu, w prawniczej łacinie wyraźnie pojawia się właśnie aspekt wewnętrzny. Rzeczownik *sanctio* tłumaczy się jako „klauzula”, „zastrzeżenie”, a przede wszystkim „ustanowienie kary”. „Ustanawiający”, „prawodawca”, czy też „ten kto ogłasza lub tworzy (ustawy)” to właśnie *sanctor*. Tę dwoistość pojęcia *sanctio* – odniesienie do zarówno zewnętrznego, jak i wewnętrznego aspektu obowiązywania – najlepiej chyba oddaje prawnicze tłumaczenie: „pod karą zakazuję”. Łączy ono zarówno uznanie samej reguły, jak i nakaz karnia jej naruszeń³⁸.

Widać wyraźnie, że pojęcie sankcji sensu largo mieści w sobie oba sensy obowiązywania: zarówno zewnętrzny – ideę kary (lub nagrody); jak i wewnętrzny – ideę zakazu (lub nakazu). Z tego względu zasadne wydaje się stwierdzenie istnienia analogicznych do rozróżnienia *aspektów obowiązywania* – zewnętrznego i wewnętrznego – sensów słowa sankcja. Te dwa sensy *sankcji* uznać możemy za uszczegółowione znaczenia dwóch aspektów obowiązywania. I tak, uzupełniając Hartowską typologię o pojęcie sankcji: *aspektowi zewnętrznemu obowiązywania* (praktyce posłuszeństwa i karnia za naruszenie lub nagradzania) przypisać należy *sankcję jako nagrodę lub karę* (sankcję zewnętrzną), zaś *aspektowi wewnętrznemu*

³⁷ Występuje także pojęcie „sankcji nieważności”, jednak w świetle dalszych wywodów, a także uwag samego Harta (tenże [1998] s. 54–57), nieważności czynności prawnej nie można uznać za sankcję w żadnym z prezentowanych tu sensów tego terminu.

³⁸ Kumaniecki [1986] s. 444; Rezler [2006] s. 271.

(owemu *opinio iuris*) – sankcję jako ustanowienie powinności, (sankcję wewnętrzną³⁹, czyli uczynienie obowiązującym, aprioryczne nadanie mocy wiążącej). Pojęcie sankcji sensu largo okazuje się rdzeniem obu wymiarów obowiązywania.

3.2. WEWNĘTRZNY WYMIAR KARY

Kluczowym motywem dla zaproponowanej tu typologii jest nie tylko wyróżnienie przez Harta wewnętrznego aspektu obowiązywania normy, ale wskazana przez niego specyficzna relacja między zewnętrznym wymiarem obowiązywania normy (np. karą) a jej wymiarem wewnętrznym (uznaniem lub akceptacją). Pisze on:

[...] tam gdzie istnieją reguły [społeczne – *obyczaje*], nie tylko jest tak, że faktycznie występują oceny krytyczne, ale również tak, iż odstępstwo od standardu jest powszechnie uznawane za *dobrą rację* dla dezaprobaty. Krytyczną ocenę odstępstwa traktuje się jako legitymowaną lub uzasadnioną w takim sensie, w jakim usprawiedliwione są żądania zgodności ze standardem, gdy odstępstwo jest zagrożone karą⁴⁰.

Podkreślenie tego elementu wyводу autora *Pojęcia prawa*, może się wydawać sprzeczne z jego ogólną intencją – skierowanego przeciw realistom prawniczym (czy słusznie, to inna sprawa), tj. przeciw podkreślaniu roli kary w obowiązywaniu normy (zewnętrznego jej aspektu). Jednakże naturalne w takim

³⁹ W tym miejscu – przez wzgląd na spójność z terminologią przyjętą przez Harta, a także rozstrzygnięciami tłumacza *Pojęcia prawa*, J. Woleńskiego – odchodzę od tradycyjnego rozumienia terminu „sankcja wewnętrzna” jako „dolegliwość wyrzutów sumienia”. Nie oznacza to jednak rezygnacji z tej kategorii w przyjętym schemacie pojęciowym. Z perspektywy niniejszej pracy wyrzuty sumienia zaliczyć należy do *sankcji zewnętrznych*. W tym miejscu zarysuję jedynie moje intuicje teoretyczne, które wymagać będą osobnego opracowania.

Zewnętrzne obowiązywanie odnosi się do *sankcji* rozumianych jako realizowane nagrody lub kary – gratyfikacje bądź krzywdy motywowane *sankcją wewnętrzną*. W ramach wymiaru zewnętrznego wyróżnić możemy prowizorycznie dwa zasadnicze typy *sankcji zewnętrznych*:

Sankcje transcendentne – to takie, której autorem i aktorem są inne osoby. To kary docierające fizycznie lub społeczno-psychologicznie z zewnątrz, zadawane przez inne podmioty.

Sankcje immanentne – kary (lub nagrody), które doświadczamy „z wnętrza”; której *aktorem*, choć nie *autorem*, jesteśmy sami. Ich wzorowym przykładem są wyrzuty sumienia, które stanowią coś w rodzaju mentalnych min-pułapek zastawionych w naszych umysłach w procesie socjalizacji – na bazie praktyki karania lub nagradzania danych zachowań, zamieniając oczekiwanie danej kary w samodzielne jej sobie wymierzanie. W tym sensie wyrzuty sumienia lub poczucie satysfakcji z „dobrze spełnionego obowiązku” powstają przez internalizację osądających innych. Stanowią sankcję w sensie *zewnętrznym*, gdyż pochodzą ze źródeł zewnętrznych wobec subiektywnej *akceptacji* normy. Wyrzuty sumienia – zupełnie jak miny-pułapki – uruchamiamy własnymi czynami, ale zastawia je na nas inni. Przenosić tę można rozwinąć dalej, pamiętając jednak o maksymie, żeby metafora – choć jest dźwignią umysłu – nie stała się jego katapultą.

⁴⁰ Hart [1998] s. 84. Wyróżnienie własne.

kontekście radykalne przyjęcie stanowiska opozycyjnego – redukcja normy do jej wymiaru wewnętrznego – również nie byłoby raczej dla Harta rozwiązaniem satysfakcjonującym. Wydaje się on proponować ujęcie bardziej subtelne, wskazujące na wewnętrzny wymiar normy także w samej karze. Ów wewnętrzny aspekt obowiązywania potrzebny jest nie tylko w odniesieniu do treści normy, ale stanowi on także – a w przypadku obyczajów przede wszystkim – motywację i usprawiedliwienie karania (lub nagradzania). Jest tym samym źródłem wymiaru zewnętrznego.

3.3. ZWYCZAJ A OBYCZAJ: ZMUSZENIE A ZOBOWIĄZANIE

Rozróżnienie między zwyczajem a obyczajem – między zadawnionymi regułami zachowania i zadawnionymi normami społecznymi – można w zasadzie przeprowadzić wedle przeciwstawienia pojęć *przymus* – *zobowiązanie*. O ile do przestrzegania obyczaju jesteśmy *zobowiązani* we właściwym sensie, to – biorąc pod uwagę fakt, że zwyczaje działają w ten sposób, że trudno nam sobie wyobrazić zrobienie czegoś lub po prostu trudno nam dokonać czegoś wbrew regule zwyczajowej – możemy śmiało powiedzieć, że do przestrzegania zwyczaju jesteśmy mentalnie *zmuszeni*. Zmuszeni jesteśmy jednak nie tylko w tym psychologicznym, zasadniczo podstawowym dla zwyczaju sensie.

Dla uchwycenia drugiego sensu *bycia zmuszonym* przez zwyczaj należy zacząć od wskazania, że zwyczaje najczęściej są tylko regułami określającymi środki do osiągnięcia jakichś społecznie istotnych (zwykle nieuświadomianych) celów praktycznych – i mają najczęściej charakter częściowo arbitralnego, ale uzasadnionego i trudnego do zignorowania protokołu ich osiągnięcia. Będąc konwencjami społecznymi (pewnymi regułami gry), wymagają dopasowania do zachowań innych (tj. konformizmu), a jako że wiążą się przeważnie z celami społecznymi (wymagającymi interakcji), same często wyznaczają zestaw jedynych skutecznych dróg do sukcesu. Żeby być uznawanym za dobrego kompana, osobę towarzyską, należy chadzać do kina w gronie znajomych w piątkowe wieczory. Gdyby ruch prawostronny był tylko zadawnioną konwencją pozbawioną sankcji (czy to ze strony policji, czy innych uczestników ruchu) – właśnie: zwyczajem – to komuś, kto jeździ stroną lewą i tak byłoby trudno dotrzeć do celu podróży, mimo że nikt nie strofowałby go z tego powodu⁴¹.

⁴¹ Godnym odnotowania w tym miejscu jest spostrzeżenie Ilse Schwidetzki, przytoczone przez Arnolda Gehlena: „Instynkty nie określają u człowieka – inaczej niż u zwierzęcia – poszczególnych dobrze określonych procesów zachowania. Zamiast tego każda kultura wybiera pewne warianty z wielości możliwych ludzkich sposobów zachowania i podnosi je do roli usankcjonowanych społecznie wzorów zachowania, obowiązujących dla wszystkich członków grupy. Tego rodzaju kulturowe wzory zachowania bądź instytucje oznaczają dla jednostki odciążenie od zbyt wielu decyzji,

Niepodporządkowanie się zwyczajowi – gdyby już komuś do głowy wpadł taki pomysł – skutkuje porażką w realizacji celów, jakim zwyczaj służy, i w tym sensie posiada on jedynie pewnego rodzaju „sankcje” naturalne, szczególnie zaś nieskuteczności w osiągnięciu zamierzonych, bądź implicite zakładanych, celów w ramach przyjętych reguł gry⁴². Stąd zwyczaje, jako imperatywy hipotetyczne, są czymś koniecznym do realizacji zadanych celów – jesteśmy *zmuszeni* do ich praktykowania, by owe cele osiągnąć, mimo że nie jest to *przymuszenie* pokroju praw fizyki (uniemożliwiających np. ludziom oderwanie się od ziemi bez pomocy skrzydeł czy jakiegoś napędu). Czasem, gdy zwyczaj przestaje być warunkiem koniecznym, bądź nawet wystarczającym, do realizacji celu (na przykład nie trzeba już mężczyźnie całować kobiety w rękę, aby ją oczarować), to wtedy zwyczaj albo zanika, albo awansuje do rangi obyczaju – mówi się wtedy: „choć możesz inaczej, to jednak rób tak właśnie”. Tutaj obyczaj ma pewien charakter hybrydowy – reguły dotyczą często tych samych praktyczno-społecznych celów, lecz zaopatrzone je w dodatkowe sankcje społeczne, i zaczynają w ten sposób nabierać charakteru norm tetycznych.

Żeby zgłębić to zagadnienie, warto sięgnąć po przykład debat z pogranicza polityki i prawa. Spotkać się można w argumentacji na rzecz kary śmierci, z twierdzeniem, że egzekucja mordercy nie obciąża niczyjego sumienia osobiście, gdyż zabójca zna prawo i wie, że mordując, „jakby kładł głowę na torach przed nadjeżdżającym pociągami”. Prawo rzeczywiście ma działać w ten sposób, że jest abstrakcyjnym porządkiem i egzekucja jego sankcji jest bezosobowa. W argumencie tym tkwi jednak pewna błędna sugestia oparta na zwodniczej metaforze, że prawo działa zupełnie tak, jak prawa przyrody – że związek między hipotezą, dyspozycją i sankcją jest konieczny i nieunikniony, jak to że „każdy obiekt podrzucony do góry, musi spaść na ziemię”. Postulaty, by prawo działało w ten sposób – aby stało się jakimś sztucznie wygenerowanym zestawem praw przyrody – nie tylko nie są możliwe do realizacji, ale jeśli brać je dosłownie, sprzeczne są z samą ideą prawa (czy innego systemu normatywnego).

Dotykamy tutaj zasadniczej kwestii metaetyki – fundamentalnej różnicy między czystą regułą (fizykalną) a normą w sensie filozoficzno-prawnym. Biorąc rzecz niemetaforycznie: gdyby zabicie człowieka automatycznie – z bezwzględnością siły grawitacji – skutkowało zawiśnięciem na stryczku, czy jakimś innym

drogowskaz pośród zbyt wielu wrażeń i bodźców, które zalewają otwartego na świat człowieka”. (Gehlen [1989] s. 46).

⁴² Hart [1998] s. 268. Pojęciem „sankcji naturalnej” Hart opisuje np. „ryzyko porażki” w realiach egoistycznego dbania o własne interesy, przy założeniu przewidzianej koncepcji obowiązującego prawa.

przykrym skutkiem, jak skok w stumetrową przepaść: śmiercią przez roztrzaskanie, to nie mówilibyśmy, że zbrodniarz *złamał* jakąś regułę, wystąpił *przeciw prawu* i tym samym popełnił *coś złego*, lecz raczej, że właśnie *spełnił* daną regułę (np. grawitacji). Powiedzenie, że postąpił „bezprawnie” byłoby wtedy tak samo bezsensowne jak powiedzenie, że ktoś postąpił „niefizykalnie”. Zamiast *potępiać* jego czyn, będziemy raczej mówić, że był głupi, nieostrożny, lub że trafnie dobrał środek samobójczy. Oczywiście normy i reguły prawne, moralne i obyczajowe można traktować w ten pozadeontyczny, instrumentalny sposób. Przykładowo, nie widząc sensu dalszego życia, a jednocześnie nie będąc w stanie zadać sobie śmierci, można by dokonać rozboju z bronią, prowokując policjantów do śmiertelnego strzału. W rzeczywistości nawet zdarzają się przypadki takich „samobójstw pośrednich” (tzw. *suicide by cop*)⁴³. Jednakże sam fakt, że określa się je mianem osiągnięcia legalnymi środkami nielegalnych celów, świadczy o istocie systemu normatywnego.

Prawa fizykalne to bowiem reguły bez *sankcji* we właściwym znaczeniu tego słowa, posiadające najwyżej to, co już nazwaliśmy tu „sankcją” naturalną – a będącą jedynie zwykłym *skutkiem* (więcej na temat odróżnienia *sankcji zewnętrznej* od *skutku* w kolejnej części). Są to reguły będące bazą dla czystych imperatywów hipotetycznych, które nie posiadają zupełnie – tak jak zwyczaje (zbiorowe nawyki) – *wewnętrznego* aspektu obowiązywania. Istotą normy i jej sankcji nie jest jakaś faktycznie grożąca kara czy oczekiwana nagroda (w aspekcie zewnętrznym), ale owo potępienie i pochwała. Istota systemu normatywnego (jako typu idealnego) nie jest natury empirycznej, jak nawyk posłuszeństwa czy kalkulacja interesów ze względu na kary. To autorytatywne, tetyczne twierdzenie „rób właśnie tak” (mając możliwość robić inaczej), a jeśli tak nie uczynisz, będzie to negacja ustanowionego ładu. Same kary (aspekt zewnętrzny) to wyłącznie *gwarancje przestrzegania*, a nie „zwykły motyw postępowania”⁴⁴.

3.4. SKUTEK A SANKCJA (ZEWNĘTRZNA) JAKO „KARA MOTYWOWANA POTĘPIENIEM”

W tym miejscu dochodzimy do rozróżnienia pojęcia *sankcji (zewnętrznej)* od *skutku*. Pozwoli ono wskazać na analityczną różnicę między karami obyczajowymi i skutkami zwyczajów. *Skutek* to jakieś zdarzenie – przyjemne czy też nie – które jest naturalnym czy automatycznym, koniecznym lub prawdopodobnym następstwem spełnienia danej (zawartej w regule) przesłanki stanowiącej jego przyczynę sprawczą. Przykładowo, nie uczestnicząc w zbiorowej praktyce (zwyczaju) chodzenia do kina w piątkowe wieczory, narażamy się na *skutki* braku systematycz-

⁴³ A. Podgórecki przytacza ciekawy przypadek niejakiego Bernweisera. Podgórecki [1962] s. 154–159.

⁴⁴ Hart [1998] s. 267. Wyróżnienia autora. Patrz także: *ibidem*, s. 272.

nego podtrzymywania kontaktów towarzyskich – ochłodzenia relacji ze znajomymi. Nie spotka nas jednak ostracyzm środowiskowy, nikt nas za to nie potępi. *Sankcja* (zewnątrzna) natomiast jest tego rodzaju skutkiem, którego podstawową przyczyną sprawczą i zarazem przyczyną celową (motywacją) nie jest samo spełnienie przesłanek, ale właśnie ludzka świadomość spełnienia tych przesłanek – oburzenie tym spowodowane i chęć potępienia, ukarania, w efekcie: naprostowania. Naruszenie obyczaju skutkuje sankcjami społecznymi – zbesztaniem, intencjonalnym wykluczeniem, itd.

Obyczaj jest normą we właściwym znaczeniu. Zawiera *sankcję*, integralnie związaną ze świadomym i wyraźnym poczuciem nieodpowiedniości danego zachowania (jego „nieprzystojności”) i tym samym szczególnym potępieniem obyczajowym, tutaj mającym charakter bardziej zniesmaczenia i potrzeby „dania nauki” niż potępienia typowego dla moralności. Zwyczaj w sensie czystym *sankcji* nie zawiera. Wyznacza on pewien standard zgodności, bezrefleksyjną procedurę, model współżycia i ułatwia porozumienie – jego nieprzestrzeganie może jedynie owocować nieskutecznością w zdobyciu i utrzymaniu przyjaźni, znajomości, dobrego wrażenia, reputacji, itd. Kogoś szczególnie wyróżniającego się brakiem manier przy stole czy w kontaktach towarzyskich (jedzącego rękami, gdy powinno się użyć sztućców; nie podającego ręki na przywitanie)⁴⁵ zwyczajnie nie polubimy, bo będzie wydawał się „dziwny”, w całym spektrum zabarwienia tego uczucia (od rozdrażnienia po urażoną dumę); uznamy go za marnego kompana (typowy przykład bariery kulturowej). Z kolei mężczyzny, który nie zdejmie kapelusza w świątyni chrześcijańskiej spotkają srogie spojrzenia, a nawet upomnienia wierznych; będzie to jednak protekcyjne oburzenie, a nie rodząca się niechęć – przynajmniej niekoniecznie. Efekty te mają charakter wyraźnie rozłączny. Spokojnie możemy sobie wyobrazić sytuację, w której tego typu gafa – wyraźnie złamanie obyczaju – skutkuje naszą spontaniczną potrzebą upomnienia, czy nawet ukarania, lecz wcale nie umniejsza naszej sympatii do sprawcy. Często zresztą lubiąc kogoś, łagodniej traktujemy jego zachowania nieobyczajne (i znowuż: osobę niezaadaptowaną do naszych zwyczajów trudno nam polubić, choćby jej obyczaje były bez zarzutu).

Tym wyraźniej dostrzegamy, że kryterium demarkacji reguł takich jak zwyczaje od norm (w tym i obyczajów) jest właśnie sankcja w podwójnym sensie: zewnętrzno-wewnętrznym. W przeciwieństwie do samej reguły, która ma tylko skutek (brakuje jej czynnika świadomości normatywnej jako motywacji danej reakcji), norma posiada *sankcję*, czyli skutek społeczny (w aspekcie *zewnątrznym*,

⁴⁵ Kamyczek [1969] s. 18.

jako karę lub pochwałę) motywowany świadomością normatywną (w aspekcie wewnętrznym: akceptacją lub uznaniem). Kara nie jest tylko jakimś automatycznie dokonującym się *zachowaniem* (odruchem), ani nawet dowolnym celoworacjonalnym *działaniem* (ukierunkowanym, posiadającym jakąś refleksyjną motywację). Kara jest normatywnie ugruntowanym *postępowaniem* – mającym na celu właśnie podtrzymanie danego porządku normatywnego. Sama w sobie jest obowiązkiem dla podmiotu, na którym spocząć może zadanie strzeżenia określonego ład (w przypadku obyczajów: dla każdego przedstawiciela wspólnoty)⁴⁶.

To przede wszystkim z perspektywy *wymiaru wewnętrznego* obowiązywania Hart wyraźnie wskazuje na nietrafność uznawania nieważności jako sankcji. Trudno jest bowiem za *sankcję* w przyjętym tu rozumieniu uznać sytuację, w której ktoś nie skorzystał poprawnie z danej procedury prawnej i tym samym był nieskuteczny w swoich staraniach. Prawo nie potępia niedotrzymania właściwego terminu apelacji, ponieważ nie tworzy obowiązku złożenia apelacji. System prawny składa się bowiem nie tylko z norm (zaopatrzanych w sankcje), ale i reguł, działających bardziej jak reguły jakiejś szczególnej „gry w prawo”. Do takich właśnie zaliczałyby się *reguły uznania*, które choć stanowią źródło obowiązywania, same nie *obowiązują* w tym samym sensie co normy (tj. nie nakładają obowiązków, a jedynie sposoby osiągania zamierzonych celów)⁴⁷.

Sankcja w tym kontekście ujawnia tym mocniej swą rolę *funktora normotwórczego*. Przybliżamy się tutaj do myśli, że „zakazywać” i „karać” to dwie strony tego samego medalu (częściowo wbrew tradycji prawoznawczej, która ogranicza znaczenie sankcji do jej sensu zewnętrznego). Jedna bez drugiej jest pusta. Hipotezę i dyspozycję można *ustanowić*, ale same, bez sankcji, będą wciąż tylko konwencjonalną regułą (bez charakteru normy).

Uwaga ta jest szczególnie istotna, kiedy uświadomimy sobie, że obyczaje *obowiązują*, są sankcjonowane *zewnątrznie* bez ich *expressis verbis wewnętrznego*

⁴⁶ Pałeczki [2003] s. 54.

⁴⁷ Hart [1998] s. 54–57. Interesującym przykładem takiego postrzegania systemu prawnego (jako złożonego z reguł i norm) jest orzeczenie Sadu Najwyższego USA w sprawie przeciw reformie zdrowotnej zaproponowanej przez prezydenta Baracka Obamę (*Patient Protection and Affordable Care Act*, tzw. *PPACA* lub *Obamacare* z 2010). W sprawie *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, (567 U.S.) sąd ten w roku 2012 orzekł na zasadzie konstytucyjnej subwersji, że to, co ustawa określa *expressis verbis* mianem „kary” (za brak ubezpieczenia zdrowotnego) jest w istocie podatkiem (od bycia nieubezpieczonym) – ponieważ jest pobierana jak inne podatki i „funkcjonuje jak podatek”. O ile bowiem, w myśl Konstytucji (art.1 sekcja 8), Kongres federalny nie może „zmuszać do handlu” (a jedynie go regulować), to może już „nakładać i ściągać podatki”. Tym samym, projekt systemu obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego okazał się „na potrzeby Konstytucji” systemem podatkowo stymulowanego ubezpieczenia zdrowotnego (patrz: Zabdyr-Jamróż, Badora [2013]).

usankcjonowania. W ich przypadku, ustanowienie obowiązywania w wewnętrznym sensie (wydanie *opinio iuris*) następuje w drodze samej egzekucji obowiązywania w zewnętrznym sensie (kara). W pewnym momencie – moment ten zwiemy *precedensem* – widząc odstępstwo od zwyczaju, a pod wpływem normatywnej busoli, wskazuje się palcem winowajcę i mówi: „Postąpiłeś nieobyczajnie!”, mając jednocześnie na myśli „To, co zrobiłeś jest nieobyczajne w ogóle!”. Tym tropem idzie Hartowska praktycystyczna teoria reguł – szczególnie adekwatna do tego, co Hart nazywa „regułami [normatywnymi] typu zwyczajowego” lub „powszechnymi zwyczajami społecznymi”, czyli po prostu do *obyczajów*. Widzi ona bowiem w obrębie *zewnętrznego punktu widzenia*, obok nawyku posłuszeństwa, faktyczne obserwowalne sankcjonowanie; a całość tę – czyli wymiar zewnętrzny normy – jako nieodłączny element obowiązywania normy, razem z jej wymiarem wewnętrznym.

4. Zakończenie

Gustaw Radbruch zauważył, że „[o]byczaj zajmuje w stosunku do prawa i moralności pozycję historyczną, nie systematyczną”⁴⁸. Powyższy tekst natomiast miał na celu ukazanie, że przy pomocy odpowiedniego aparatu pojęciowego możliwa jest systematyzacja relacji prawa do obyczaju i zwyczaju – idąc tropem stwierdzenia, że Rzeczpospolita „w domu u siebie się rządzi i utrzymuje; ale na inny sposób dzięki obyczajom, a na inny dzięki sądom”⁴⁹.

Propozycja Harta dotycząca wyróżnienia dwóch aspektów obowiązywania normy – *zewnętrznego* (kar lub nagród) i *wewnętrznego* (rozpoznania powinności przestrzegania reguły) pozwala na zidentyfikowanie wyraźnego kryterium odróżnienia zwyczajów i obyczajów, jako reguł i norm. Funktorem normotwórczym okazuje się tu *sankcja*. Hartowskie ujęcie tematu ujawnia też dwoisty charakter tego czynnika demarkacji systemów normatywnych. Sankcja bowiem posiada dwa wymiary: wewnętrzny („usankcjonowanie”) oraz zewnętrzny (karanie i nagradzanie). Nierozłączność tych wymiarów polega na tym, że w obrębie świata normatywnego, kary nie są wyłącznie jakimiś nieprzyjemnymi skutkami deliktu, lecz intencjonalnym *postępowaniem* wyraźnie motywowanym poszanowaniem normy i ukierunkowanym na przywrócenie naruszonego ładu lub chociaż na „danie naučky” winowajcy.

⁴⁸ Radbruch [2009] s. 55.

⁴⁹ Modrzewski [1979] s. 249, Rozdz. IV: „Wielka jest moc obyczajów. O jakich obyczajach tu mowa”.

Bibliografia

- Blackburn [2004] – Simon Blackburn, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, J. Woleński (red.), Książka i Wiedza, Warszawa 2004.
- Cialdini [2004] – R.B. Cialdini, *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyk*, tłum. B. Wojciszke, GWP, Gdańsk 2004.
- Ciołek, Olędzki, Zadrożyńska [1976] – T.M. Ciołek, J. Olędzki, A. Zadrożyńska, *Wyrzeczysko: o świętowaniu w Polsce*, Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, Warszawa 1976.
- Dworkin [1998] – Ronald, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, wstęp J. Woleński, PWN, Warszawa 1998.
- Foucault [1995] – M. Foucault, *Historia Seksualności*, tłum. B. Banasiak, T. Matuszewski, K. Matuszewski, wstęp T. Komendant, Czytelnik, Warszawa 1995.
- Gehlen [1989] – A. Gehlen, *Instytucje*, [w:] *Moral und Hypermoral. Eine pluralistische Ethik* (1969), tłum. E. Paczkowska-Łagowska, „Zdanie” (11-12) 1989.
- Grad [1993] – J. Grad, *Obyczaj a moralność. Próba metrologicznego uporządkowania badań dotychczasowych*, UAM, Poznań 1993.
- Harris [2007] – M. Harris, *Krowy, świnie, wojny i czarownice. Zagadki kultury*, tłum. K. Szerer, Książnica, Katowice 2007.
- Hart [1994] – H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford 1994.
- Hart [1998] – H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. Jan Woleński, PWN, Warszawa 1998.
- Hultkrantz [1960] – Å. Hultkrantz, *International Dictionary of Regional European Ethnology and Folklore*, Volume 1, Rosenkilde and Bagger, Copenhagen 1960.
- Kamyczek [1969] – J. Kamyczek, *Grzeczność na co dzień*, Warszawa 1969.
- Kelly [2006] – J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, tłum. zbiorowy, B. Szlachta (red.), WAM, Kraków 2006.
- Kelsen [1935] – H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego, Wilno 1935.
- Kumaniecki [1986] – K. Kumaniecki, *Słownik łacinsko-polski*, wg słownika H. Mengego i H. Kopii, PWN, Warszawa 1986.
- Lande [1956] – J. Lande, *Nauka o normie prawnej*, Annales UMCS 1956.
- Modrzewski [1979] – A.F. Modrzewski, *O poprawie Rzeczypospolitej*, [w:] *Filozofia i Myśl Społeczna XVII wieku*, Z. Ogonowski (red.), Warszawa 1979.
- Ortega y Gasset [1982] – J.Ortega y Gasset, *Bunt mas i inne pisma socjologiczne*, Warszawa 1982.
- Ossowska [1985] – M. Ossowska, *Normy moralne. Próba systematyzacji*, PWN, Warszawa 1985.
- Pałecki [2003] – K. Pałecki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Difin, Warszawa 2003.
- Petrażycki [2002] – L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2002.

- Podgórecki [1962] – A. Podgórecki, *Socjologia prawa*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1962.
- Podgórecki [1971] – A. Podgórecki, *Zarys socjologii prawa*, PWN, Warszawa 1971.
- Radbruch [2009] – G. Radbruch, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, PWN, Warszawa 2009.
- Rezler [2006] – J. Rezler, *Język łaciński dla prawników*, PWN, Warszawa 2006.
- Sumner [1994] – W.G. Sumner, *Naturalne sposoby postępowania w gromadzie. Studium socjologicznego znaczenia praktyk życia codziennego, manier, zwyczajów, obyczajów oraz kodeksów moralnych*, tłum. i wstęp: M. Kempny i K. Romaniszyn, PWN, Warszawa 1995.
- Woleński [1998] – J. Woleński, *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina*, [w:] R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, PWN, Warszawa 1998, s. X.
- Zabdyr-Jamróż, Badora [2013] – M. Zabdyr-Jamróż, K. Badora, *Reformy zdrowotne w USA z 2010 r. po orzeczeniu Sądu Najwyższego. Europeizacja Ameryki czy utrzymanie jej odrębności?*, [w:] *Namysł nad problemami polityki zdrowotnej: globalnej, europejskiej, krajowej*, T. Serafin (red.), Difin, Warszawa 2013, s. 243–257.