

H.L.A. HART

Pozitivism și separația dintre drept și morală¹

Profesorul Hart apără școala de drept pozitivistă de variile critici care i-au fost aduse pentru insistența ei asupra distincției între dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie. El insistă, în primul rând, asupra confuziei între distincția sus-menționată și alte teorii pozitivistice despre drept susceptibile de a fi criticate, iar apoi continuă discutând meritele distincției.

În prezentul articol voi discuta și încerca să iau apărarea punctului de vedere exprimat, între alții, de dl. judecător Holmes, punct de vedere criticat vehement. Dar, înainte de toate, doresc să spun de ce cred că Holmes, indiferent de vicisitudinile care-i afectează reputația în America, va rămâne întotdeauna pentru britanici o figură eroică a teoriei dreptului. Motivul este că persoana sa îmbină în mod magic două calități: una este forța imaginației care a lipsit adesea gândirii juridice engleze; cealaltă este claritatea, o trăsătură întâlnită de regulă în gândirea juridică engleză. Juristul englez care se apucă să-l citească pe Holmes este constrâns să observe că ceea ce considera ca fiind rezolvat și stabil se află de fapt permanent în mișcare. A face această descoperire în compania lui Holmes este ca și cum ai avea un ghid ale cărui cuvinte s-ar putea să nu te convingă, uneori chiar le-ai dezaproba, dar niciodată nu te-ar induce în eroare. La fel ca și Austin al nostru, cu care Holmes a împărtășit multe idealuri și gânduri, uneori, în mod clar, Holmes a greșit; dar, din nou la fel ca Austin, atunci când se întâmpla aceasta greșea întotdeauna în mod clar. Aceasta este cu siguranță o virtute suverană în teoria dreptului. Știu că se spune că nu este suficientă claritatea; ceea ce poate fi adevărat, dar există încă în drept întrebări în care chestiunile sunt confundate pentru că sunt discutate într-un stil pe care Holmes l-ar fi descalificat pentru obscuritatea sa. Probabil că aceasta este inevitabil: teoria dreptului ezită cu mare nesiguranță într-o multitudine de subiecte, astfel încât va fi mereu nevoie de cineva care, vorba lui Bentham, „să smulgă masca Misterului” de pe fața sa². Aceasta este valabil, în mod preminent, și pentru subiectul prezentului articol. Vocile contemporane ne spun că trebuie să recunoaștem ceva care a fost escamotat de către juriștii „pozitiviști” ale căror zile au apus: că există un „punct de intersecție între drept și morală”³, sau că ceea ce *este* și ceea ce *ar trebui* să fie au fuzionat oarecum în mod indisolubil sau sunt inseparabile⁴, deși pozitiviștii o neagă. Ce

¹ Harv. L. Rev., vol. 71, nr. 4, februarie 1958. Traducere de Larisa Dragomir, sub îndrumarea lui Valentin Constantin (n.t.).

² *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works, 221, 235 (Bowring ed. 1859) (preface, 41st parag).

³ *A.P. D'Entrèves*, Natural Law 116 (2nd ed., 1952).

⁴ *Lon L. Fuller*, The Law in the Quest of Itself 12 (1940); *Arnold Brecht*, The Myth of Is and Ought, 54 Harv. L. Rev. 811 (1941); *Lon L. Fuller*, Human Purpose and Natural Law, 53 J. Philos 697 (1953).

înseamnă aceste fraze? Sau mai degrabă, care din multitudinea de înțelesuri care le-ar putea fi atribuite, este cel la care *se referă*? Care sunt înțelesurile negate de „pozitiviști” și de ce este greșit să se procedeze astfel?

I. Voi prezenta acest subiect ca parte a istoriei unei idei. La sfârșitul secolului al optsprezecelea și începutul secolului al nouăsprezecelea, cei mai apreciați gânditori din Anglia în materie de probleme juridice și sociale, precum și arhitecții unor mari reforme au fost marii utilitariști. Doi dintre ei, Bentham și Austin, au insistat, în mod constant, asupra nevoii de a face distincție, în mod ferm și pe cât de clar posibil, între drept așa cum este el și dreptul așa cum ar trebui să fie. Această temă le traversează operele și ei au condamnat gânditorii din școala dreptului natural tocmai pentru că ar fi estompat această distincție aparent simplă, dar vitală. În schimb, în prezent, în această țară și, într-o mai mică măsură, în Anglia, această separație între drept și morală este considerată ca fiind superficială și greșită. Unii critici au considerat că ar orbi oamenii în privința adevăratei naturi a dreptului și a rădăcinilor lui în viața socială⁵. Alții au considerat-o nu doar ca fiind înșelătoare din punct de vedere intelectual, ci și având capacitatea de a corupe în practică, în cel mai rău caz fiind aptă de a slăbi rezistența împotriva tiraniei statului sau împotriva absolutismului⁶, iar în cel mai bun caz fiind aptă de a conduce la nerespectarea dreptului. Denumirea non-peiorativă de „pozitivism juridic”, la fel ca majoritatea termenilor utilizați pe post de arme în bătăliile intelectuale, a ajuns să indice o multitudine derutantă de păcate diferate. Unul dintre ele este păcatul, real sau presupus, de a insista, precum Austin și Bentham, asupra separației dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie.

Cum de s-a întors roata? Care sunt erorile teoretice legate de această distincție? Au fost negative consecințele practice ale sublinierii distincției astfel cum au făcut-o Bentham și Austin? Astăzi trebuie să o respingem sau să o păstrăm? Analiza acestor întrebări trimite la filosofia socială care a însoțit insistența utilitariștilor asupra acestei distincții. Aceștia au apărut, în mod ferm, dar din propriul considerent utilitarist, toate principiile liberalismului referitoare la drept și guvernare. Nimeni nu a combinat vreodată, cu un echilibru mental atât de neutru ca al utilitariștilor, pasiunea

⁵ A se vedea *Wolfgang Friedmann*, *Legal Theory* 154, 294-95 (3rd ed., 1953). Și Friedmann spune despre Austin că „prin distincția sa subtilă între știința legislației și știința dreptului”, el „a inaugurat o eră a pozitivismului juridic și a autosuficienței care a permis statului național aflat în dezvoltare să-și proclame autoritatea fără a fi tulburat de dubii juridice”. Idem, 416. Totuși, despre „existența unui stat cu un înalt grad de organizare care pretindea suveranitatea și obediința necondiționată a cetățeanului” se spune că este „condiția politică care face posibil pozitivismul analitic”. Idem, 163. De aceea, există o anumită dificultate în a stabili cine a determinat pe cine (pozitivismul analitic a determinat condiția politică sau viceversa). În plus, se pare că nu prea există dovezi care să confirme că vreun stat național aflat în dezvoltare în 1832 (când a fost publicată pentru prima dată *The Province of Jurisprudence Determined*) sau după aceea și-ar fi sprijinit proclamarea autorității sale pe opera lui Austin sau pe „era pozitivismului juridic” pe care el a „inaugurat-o”.

⁶ A se vedea *Gustav Radbruch*, *Die Erneuerung des Rechts*, 2 *Die Wandlung* (Germania, 1947); *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, 1 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 105 (Germania 1946) (republicat în *Gustav Radbruch*, *Rechtsphilosophie* 347, ed. a IV-a, 1950). Opiniile lui Radbruch sunt discutate la *infra* p. 156-159.

pentru reformă cu respectul pentru drept, împreună cu recunoașterea cuvenită a nevoii de a controla abuzul de putere, chiar și atunci când puterea se află în mâinile reformatorilor. În opera lui Bentham pot fi identificate, unul câte unul, elementele *Rechtsstaat*-ului și toate principiile pentru apărarea cărora a fost resuscitată, în prezent, terminologia dreptului natural. Regăsim libertatea de exprimare și a presei, dreptul la asociere⁷, nevoia ca legile să fie publicate și larg răspândite pentru a fi cunoscute înainte de a fi aplicate⁸, nevoia de a controla autoritățile administrative⁹, insistența ca să nu existe răspundere penală în absența vinovăției¹⁰ și importanța principiului legalității, *nulla poena sine lege*¹¹. Din câte știu, unii găsesc perspicacitatea politică și morală a utilitariștilor ca fiind foarte simplă, dar nu trebuie să confundăm această simplitate cu superficialitatea și nici să uităm cât îi este de favorabilă acestei simplități comparația cu profunzimile altor gânditori. Luați doar un exemplu: Bentham cu privire la sclavie. El spune că întrebarea care se pune nu este dacă cei care sunt ținuți în sclavie pot raționa, ci pur și simplu dacă ei suferă¹². Nu cumva se poate compara cu discuția legată de întrebarea dacă există sau nu anumiți oameni pe care Natura i-a adaptat doar pentru a fi instrumentele vii ale altora? Îi datorăm lui Bentham, mai mult decât oricui altcuiva, faptul că am încetat să discutăm această chestiune precum și alte întrebări de politică socială sub o astfel de formă.

Așadar, Bentham și Austin nu erau doar doi analiști seci care se jucau cu distincții verbale în timp ce orașele ardeau, ci reprezentau avangarda unei mișcări care a depus eforturi cu o intensitate pasională și cu mult succes pentru a crea o societate mai bună și legi mai bune. Atunci de ce oare au insistat asupra separației dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie? La ce s-au referit? Să vedem întâi ce au spus. Austin a formulat doctrina:

„Existența dreptului este un lucru; meritul său sau lipsa de merit este altul. Dacă el există sau nu există reprezintă o întrebare; dacă este sau nu este conform unui standard presupus, este o altă întrebare. O lege care există de fapt este o lege, chiar dacă se întâmplă să nu ne placă sau chiar dacă este diferită de textul prin care ne reglementăm aprobarea sau dezaprobarea. Acest adevăr, atunci când este expus formal ca o afirmație abstractă, este atât de simplu și de evident încât insistența

⁷ *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în Works 221, 230 (Bowring ed. 1859) (prefață, parag. 16); *Jeremy Bentham*, Principles of Penal Law, în I Works 365, 574-575, 576-78 (Bowring ed. 1859) (p. III, cap. XXI, parag. 8, 12).

⁸ *Jeremy Bentham*, Of Promulgation of the Laws, în I Works 155 (Bowring ed. 1859); *Jeremy Bentham*, Principles of the Civil Code, în I Works 297, 323 (Bowring ed. 1859) (p. I, cap. XVII, parag. 2); *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works 221, 233 (Bowring ed. 1859) (prefața, parag. 35).

⁹ *Jeremy Bentham*, Principles of Penal Law, în I Works 365, 576 (Bowring ed. 1859) (p. III, cap. XXI, parag. 10 și 11).

¹⁰ *Jeremy Bentham*, Principles of Morals and Legislation, în I Works 1, 84 (Bowring ed. 1859) (cap. XIII).

¹¹ *Jeremy Bentham*, Anarchical Fallacies, în 2 Works 489, 511-12 (Bowring ed. 1859) (cap. VIII); *Jeremy Bentham*, Principles of Morals and Legislation, în I Works 1, 144 (Bowring ed. 1859) (cap. XIX, parag. 11).

¹² *Idem*, p. 42 (cap. XIX, parag. 4).

asupra sa nu pare să se justifice. Dar, oricât de simplu și de evident ar fi, enumerarea situațiilor în care a fost uitat, dacă ar fi enunțată sub forma unor expresii abstracte, ar umple un volum.

Sir William Blackstone, de exemplu, spune în «Comentariile» sale că legile lui Dumnezeu sunt superioare din punct de vedere al forței obligatorii tuturor celorlalte legi; că nu ar trebui tolerate niciun fel de legi umane care le-ar contrazice; că legile umane nu au validitate dacă le sunt contrare; și că toate legile valabile își derivă forța din originalul Divin.

Acum, *poate* că el se referă la faptul că toate legile umane ar trebui să fie conforme legilor divine. Dacă acesta este înțelesul, consimt fără ezitare... Poate, de asemenea, că el se referă la faptul că emitenții de legi umane sunt la rândul lor obligați prin legile Divine să formuleze legile pe care le impun având acest ultim standard, deoarece dacă nu ar face-o, Dumnezeu i-ar pedepsi. Încuviințez în întregime și acest aspect...

Dar înțelesul acestui pasaj din Blackstone, în caz că are un înțeles, pare mai degrabă următorul: că nicio lege umană care intră în conflict cu legea divină nu este obligatorie; cu alte cuvinte că nicio lege umană care intră în conflict cu legea divină nu este lege...¹³

Protestul lui Austin împotriva estompării distincției între dreptul existent și cel care ar trebui să fie este destul de general: este o greșală, indiferent care ar fi standardul nostru pentru ceea ce ar trebui să fie, indiferent care ar fi „textul prin care ne reglementăm aprobarea sau dezaprobarea”. Totuși, exemplele sale confundă mereu dreptul existent și dreptul pe care l-ar pretinde moralitatea. Trebuie să reamintim că pentru el, principiile fundamentale ale moralității erau ordinele lui Dumnezeu, iar utilitatea reprezenta un „index”: în afară de aceasta, există și moralitatea acceptată în fapt de un grup social sau moralitatea „pozitivă”.

Bentham a insistat asupra acestei distincții fără să caracterizeze moralitatea prin trimitere la Dumnezeu, ci, bineînțeles, făcând trimitere doar la principiile utilității. Motivul primar care i-a împins pe ambii gânditori să insiste asupra distincției a fost acela de a da oamenilor posibilitatea să observe, în mod constant, chestiunile precise ridicate de existența unor legi rele din punct de vedere moral, și de a înțelege caracterul specific al autorității ordinii juridice. Rețeta generală a lui Bentham pentru viața sub semnul guvernării legilor era simplă: anume „a se supune punctual; a cenzura în mod liber”¹⁴. Dar Bentham, în calitate de spectator îngrijorat al revoluției franceze, era conștient, îndeosebi, de faptul că atât nu era suficient: în fiecare societate pot veni vremuri în care ordinele legilor să fie atât de dăunătoare încât să se pună problema rezistenței, și este esențial ca problemele avute în vedere în acel moment să nu fie nici simplificate în mod exagerat, nici ascunse¹⁵. Totuși, confuzia dintre drept

¹³ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* 184-85 (Library of Ideas ed. 1954).

¹⁴ Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, în *I Works* 221, 230 (Bowring ed. 1859) (prefața, parag. 16).

¹⁵ A se vedea Jeremy Bentham, *Principles of Legislation*, în *The Theory of Legislation* 1, 65 n.* (Ogden ed. 1931) (cap. XII, parag. n.*). „Aici atingem cea mai dificilă dintre chestiuni. Dacă dreptul nu este ceea ce ar trebui să fie, dacă este în mod manifest contrar principiului utilității, ar trebui noi să îl respectăm? Sau ar trebui să îl nesocotim? Sau ar trebui să rămânem

și morală a avut exact acest efect, iar Bentham a observat că această confuzie s-a răspândit simetric în două direcții diferite. Pe de-o parte, Bentham a avut în vedere anarhistul care afirmă astfel: „Acesta nu ar trebui să fie dreptul, de aceea nu este și eu sunt liber nu doar să îl cenzurez, ci să-l ignor”. Pe de altă parte, s-a gândit la reacționar, care afirmă: „Acesta e dreptul, de aceea este ceea ce ar trebui să fie” și prin aceasta înăbușe critica încă din fașă. Bentham a considerat că ambele erori se regăseau la Blackstone: afirmația sa pripită că legile umane nu sunt valabile dacă sunt contrare legii lui Dumnezeu¹⁶, precum și „acel spirit de pasivitate slugarnică ce pare a fi caracteristic autorului nostru” care „cu greu i-ar fi permis vreodată să recunoască o diferență” între ceea ce este și ceea ce trebuie să fie¹⁷. Pentru Bentham aceasta era boala profesională a juriștilor: „În ochii juriștilor – pentru a nu vorbi de cei care se lasă manevrați de ei – adică, până acum, în mod generic non-juriști – *este și trebuie să fie...* erau unul și indivizibil”¹⁸. Există, deci, două pericole printre care ne va ghida insistența asupra acestei distincții: pericolul ca dreptul și autoritatea sa să se dizolve în concepțiile oamenilor despre ceea ce ar trebui să fie dreptul și pericolul ca dreptul existent să se substituie moralității ca test final de conduită și să scape astfel criticii.

Având în vedere critica ulterioară, este de asemenea important să distingem anumite lucruri pe care utilitariștii nu le-au avut în vedere atunci când insistau asupra separației dintre drept și morală. Cu siguranță ei au acceptat o serie de aspecte care ar putea fi denumite „intersecția dintre drept și morală”. În primul rând, ei nu au negat niciodată că, din punct de vedere istoric, dezvoltarea sistemelor juridice a fost puternic influențată de opinia morală și, invers, standardele morale au fost profund influențate de drept, astfel încât conținutul multor norme juridice oglindea norme sau principii morale. De fapt, această legătură causală istorică nu este întotdeauna ușor de stabilit, însă Bentham era cu siguranță dispus să-i admită existența; Austin a vorbit de asemenea despre „coincidența frecventă”¹⁹ dintre dreptul pozitiv și moralitate și atribuia tocmai acestui fapt confuzia între ceea ce este dreptul și ceea ce ar trebui să fie dreptul.

neutri între dreptul care ordonă un rău și moralitatea care îl interzice?”. A se vedea, de asemenea, *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works 221, 287-88 (Bowring ed. 1859) (cap. IV, parag. 20-25).

¹⁶ *William Blackstone*, Commentaries *41. Bentham a criticat „această maximă periculoasă” spunând că „tendența naturală a unei astfel de doctrine este aceea de a încuraja o persoană, prin forța conștiinței, să se revolte împotriva oricărei legi pe care se întâmplă să nu o agreeze”. *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works 221, 287 (Bowring ed. 1859) (cap. IV, parag. 19). A se vedea, de asemenea, *Jeremy Bentham*, A Comment on the Commentaries 49 (1928) (cap. III). Pentru o temere că o astfel de doctrină ar putea duce la anarhie, dar și recunoașterea faptului că rezistența poate fi justificată pentru motive de utilitate, a se vedea *Austin*, op. cit., *supra*, nota 13, p. 186.

¹⁷ *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works 221, 294 (Bowring ed. 1859) (cap. V, parag. 10).

¹⁸ *Jeremy Bentham*, A Commentary on Humphrey's Real Property Code, în 5 Works 389 (Bowring ed. 1843).

¹⁹ *John Austin*, op. cit., *supra* nota 13, p. 162.

În al doilea rând, nici Bentham, nici urmașii săi, nu au negat că, în diferite momente, principiile morale pot fi aduse prin dispoziții juridice explicite în cadrul unui sistem juridic și pot constitui o parte din normele acestuia, sau că instanțele judiciare ar putea fi obligate, din punct de vedere juridic, să decidă în conformitate cu ceea ce consideră ele ca fiind drept sau mai bun. Într-adevăr, Bentham a recunoscut, Austin însă nu, că însăși puterea legislativă supremă poate fi supusă unor restricții juridice printr-o constituție²⁰ și nu ar fi negat că principiile morale, precum cele din al cincilea amendament, pot forma conținutul unor astfel de restricții constituționale. În mod diferit, Austin considera că restricțiile aplicate puterii legislative supreme nu ar putea avea forța de lege, ci ar rămâne simple controale politice sau morale²¹; dar, cu siguranță, el ar fi recunoscut că, de exemplu, o lege ar putea conferi o putere legislativă delegată și ar putea restrânge domeniul de aplicare a acesteia prin trimitere la principii morale.

Bentham și Austin doreau să afirme două lucruri simple: întâi, în absența unei dispoziții constituționale sau juridice exprese, din simplul fapt că o normă încalcă standarde de moralitate, nu poate rezulta că acea normă nu este o normă de drept (*rule of law*), și, invers, din simplul fapt că o normă este de dorit din punct de vedere moral nu rezultă că acea normă este o normă de drept (*rule of law*).

Istoria acestei simple doctrine din secolul al nouăsprezecelea este prea lungă și prea complicată pentru a fi abordată aici. Permiteți-mi să o rezum spunând că, după ce a fost expusă lumii de către Austin, a dominat doctrina juridică engleză și constituie o parte în cadrul celor mai multe producții atât de ciudat de englezești și probabil nesatisfăcătoare – anchetele omnibus (*omnibus surveys*) acoperind toate domeniile științelor juridice. O serie din acestea au fost publicate după ce, în sfârșit, în 1863, a apărut textul integral al prelegerilor lui Austin. În fiecare dintre ele, separația utilitaristă dintre drept și morală este considerată ca ceva ce ar da juriștilor posibilitatea să obțină o nouă claritate. Potrivit lui Amos, unul dintre urmașii săi englezi, Austin este cel care „a eliberat dreptul din corpul mort al moralității care încă se mai agăța de el”²² și chiar și Maine, care l-a criticat pe Austin în multe privințe, nu a pus în discuție această parte a doctrinei sale. În Statele Unite, autori ca N. St. John Green²³, Gray și Holmes au considerat că insistența asupra acestei distincții a făcut posibil ca înțelegerea dreptului ca mijloc de control social să ia un nou start pro-

²⁰ *Jeremy Bentham*, A Fragment on Government, în I Works 221, 289-90 (Bowring ed. 1859) (cap. IV, parag. 33-34).

²¹ *John Austin*, op. cit., *supra* nota 13, p. 231.

²² *Sheldon Amos*, The Science of Law 4 (ed. 5 1881). A se vedea, de asemenea, *William Markby*, Elements of Law 4-5 (ed. a V-a, 1896): „Atunci când a fixat distincția între dreptul pozitiv și morală, Austin nu doar că a pus bazele științei dreptului, dar a curățat concepția despre drept... de câteva consecințe periculoase... spre care se presupunea că aceasta conduce. Legile pozitive, așa cum a arătat Austin, trebuie să fie obligatorii din punct de vedere juridic, iar cu toate acestea o lege poate fi injustă... El a admis că dreptul însuși poate fi imoral, caz în care ar putea fi de datoria noastră morală să nu îl respectăm...” Conform *Thomas Erskine Holland*, Jurisprudence 1-20 (1880).

²³ A se vedea *Nicholas St. John Green*, Book Review, 6 Am. L. Rev. 57, 61 (1871) [republicat în *Nicholas St. John Green*, Essays and Notes on the Law of Tort and Crime 31, 35 (1933)].

mișcător; ei au întâmpinat-o ca fiind evidentă în sine și edificatoare – ca o tautologie revelatoare. Această distincție constituie, desigur, una din principalele teme ale celui mai cunoscut eseu al lui Holmes, „Cărarea dreptului”²⁴, dar locul pe care îl ocupă în aprecierea acestor autori americani este cel mai vizibil în ceea ce a scris Gray la cum-păna dintre secole în *The Nature and Sources of the Law (Natura și izvoarele dreptului)*. El spunea:

„Cel mai mare câștig înregistrat în ultimul secol de teoria dreptului în privința concepțiilor sale fundamentale a fost recunoașterea adevărului că dreptul unui stat... nu este un ideal, ci ceva ce există într-adevăr... Este nu ceea ce ar trebui să fie, ci ceea ce este. Meritul de a fixa în mod definitiv acest aspect în doctrina juridică a sistemului de *common-law* îi revine lui Austin”²⁵.

II. Cam atât despre doctrină pe când se afla pe culmile succesului. Să ne referim acum și la unele din criticile care i-au fost aduse. Fără îndoială, atunci când Bentham și Austin au insistat asupra distincției dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie, au avut în vedere legi *specifice* ale căror înțelesuri erau clare, nefiind puse în discuție, iar preocuparea lor era de a afirma că astfel de legi, chiar și dacă ar fi cumplite din punct de vedere moral, erau totuși legi. Totuși, având în vedere criticile dezvoltate ulterior, dacă vrem să înțelegem în profunzime nemulțumirea resimțită este necesar să mergem dincolo de criticile adresate acestui aspect particular; trebuie să ținem cont și de obiecția că, indiferent dacă este adevărat ceea ce au spus utilitariștii cu privire la acest aspect particular sau nu, insistența lor asupra lui, folosind o terminologie care sugerează un clivaj general între ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie dreptul, a ascuns faptul că, sub alte aspecte, există un punct de contact esențial între cele două. Astfel, în cele ce urmează voi lua în considerare nu doar criticile aduse acestui aspect particular pe care l-au avut în vedere utilitariștii, ci voi susține și că, dacă examinăm cum sunt interpretate și aplicate în cazuri concrete legile ale căror înțelesuri se află în discuție, apare o legătură esențială între drept și morală; iar această legătură apare din nou dacă ne lărgim punctul de vedere și ne întrebăm nu dacă fiecare normă juridică particulară trebuie să satisfacă un minim moral pentru a fi drept, ci dacă un sistem de norme care a eșuat în întregime sub acest aspect poate fi un sistem juridic.

Există însă o complexitate inițială majoră care a creat mari confuzii în rândul criticilor. Trebuie să ne amintim că utilitariștii au combinat insistența lor asupra separației dintre drept și morală cu alte două teorii la fel de faimoase, dar diferite. Una consta în importantul adevăr că studiul pur analitic al conceptelor juridice, studiul înțelesului vocabularului distinct al dreptului era la fel de vital pentru înțelegerea naturii dreptului precum studiile istorice sau sociologice, deși cu siguranță nu li se putea substitui. Cealaltă era faimoasa teorie imperativă a dreptului, conform căreia dreptul este în esență un ordin.

Aceste trei teorii constituie tradiția utilitaristă a teoriei dreptului; totuși ele sunt doctrine diferite. Este posibil ca cineva să-și însușească separația dintre drept și morală și să pună preț pe cercetările analitice privind înțelesul conceptelor juridice,

²⁴ 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).

²⁵ John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* 94 (ed. I 1909) (§213).

dar să nu accepte să conceapă dreptul ca fiind, în esență, un ordin. Unul din motivele care au produs numeroase confuzii în cadrul criticii privind separația dintre drept și morală era credința că falsitatea oricăreia dintre aceste trei doctrine ar demonstra că și celelalte două ar fi false; marea greșeală consta în incapacitatea de a sesiza existența a trei doctrine suficient de diferite în cadrul acestei tradiții. Folosirea nedi-ferențiată a etichetei *pozitivism* pentru a desemna, în mod ambiguu, fiecare dintre aceste trei doctrine separate (împreună cu altele câteva care nu au fost niciodată susținute de utilitariști) a creat probabil mai multă confuzie decât orice alt factor luat separat²⁶. Totuși, unii dintre primii critici americani ai doctrinei lui Austin au fost deosebit de clari tocmai cu privire la acest aspect. De exemplu, Gray a adăugat, la sfârșitul omagiului adus lui Austin, pe care l-am citat deja, următoarele cuvinte: „Poate că a greșit tratând dreptul statal ca fiind un ordin al suveranului”²⁷ și a atins în mod subtil mai multe aspecte în care teoria ordinului este defectuoasă. Dar alți critici au fost mai puțin lucizi și au considerat că lipsurile teoriei ordinului, care au apărut treptat, erau suficiente pentru a demonstra falsitatea separației dintre drept și morală.

A fost o greșeală, dar una naturală. Pentru a vedea cât de naturală era, trebuie să privim mai îndeaproape ideea de ordin. Faimoasa teorie a dreptului ca ordin făcea parte dintr-o afirmație mai largă și mai ambițioasă. Austin a susținut că noțiunea de ordin reprezenta „cheia către științele dreptului și moralei”²⁸, iar încercările contemporanilor de a clarifica judecățile morale în termeni de enunțuri *imperative* sau *prescriptive* reprezintă ecoul acestei afirmații ambițioase. Dar teoria ordinului, percepută ca un efort de a identifica chiar chintesența dreptului, pentru a nu vorbi de chintesența moralei, pare să taie răsuflarea prin simplitatea ei și pare destul de inadecvată. Chiar și în cel mai simplu sistem juridic, multe lucruri apar deformate, dacă sunt prezentate ca un ordin. Cu toate acestea utilitariștii au considerat că esența unui sis-

²⁶ Poate fi utilă identificarea a cinci (ar putea fi și mai multe) înțelesuri atribuite *pozitivismului*, folosite în teoria dreptului contemporană:

- (1) afirmația că legile ar fi ordine ale ființelor umane, a se vedea *infra* p. 145-147;
- (2) afirmația că nu există o legătură necesară între drept și morală sau dreptul existent și care ar trebui să fie, a se vedea *supra* p. 138-142;
- (3) afirmația că analiza (sau studiul înțelesului) conceptelor juridice a) merită să fie întreprinsă și b) trebuie deosebită de cercetarea istorică a cauzelor sau originilor legilor, de cercetările sociologice privind relația dintre drept și alte fenomene sociale, precum și de critica sau aprecierea dreptului din perspectiva moralei, scopurilor sociale, „funcțiilor” sau sub alte aspecte, a se vedea *infra* p. 149-151;
- (4) afirmația că un sistem juridic este un „sistem logic închis” în cadrul căruia deciziile juridice corecte pot fi deduse prin mijloace logice din normele juridice preexistente, fără trimitere la scopuri sociale, politici, standarde morale, a se vedea *infra* p. 149-151 și
- (5) afirmația că judecățile morale nu pot fi stabilite sau apărate la fel ca declarațiile privind faptele prin argumente raționale, dovezi sau probe (non-cognitivism în etică), a se vedea *infra* p. 161-163.

Bentham și Austin s-au exprimat în sensul descris la (1), (2) și (3), dar nu în sensul descris la (4) și (5). Opinia (4) este deseori atribuită juriștilor analitici, a se vedea p. 149-151, dar nu cunosc niciun *analist* care să aibă acest punct de vedere.

²⁷ John Chipman Gray, *The Nature and Sources of Law* 94-95 (ed. 2 1921).

²⁸ John Austin, op. cit., *supra* nota 13, p. 140.

tem juridic ar putea fi exprimată dacă noțiunea de ordin ar fi completată de cea de obicei de a se supune. Schema este simplă: Ce este un ordin? Este simpla expresie a dorinței unei persoane ca o altă persoană să acționeze sau să se abțină de la a acționa într-un anumit mod, însoțită de amenințarea unei pedepse susceptibile de a urma în caz de nesupunere. Ordinele reprezintă legi dacă sunt îndeplinite două condiții: în primul rând, ele trebuie să fie generale; apoi, trebuie să fie comandate de cineva (după cum au susținut atât Bentham, cât și Austin) care există în fiecare societate politică indiferent de forma sa constituțională, și anume de o persoană sau un grup de persoane cărora li se acordă, în mod obișnuit, supunere de către majoritatea societății, dar care, ei înșiși, nu se supun în același mod celorlalți. Aceste persoane sunt suveranii societății. Astfel dreptul este ordinul comandanților necomandați ai unei societăți – creația voinței necondiționate a suveranului care este, prin definiție, în afara legii.

Este ușor de observat că această descriere a sistemului juridic este depășită. Se poate, de asemenea, observa de ce caracterul său inadecvat ar putea fi atribuit omisiunii unei legături esențiale cu moralitatea. Situația pe care o descrie această simplă trilogie a ordinului, sancțiunii și suveranului, dacă ne referim în mod precis la aceste noțiuni, este asemănătoare cu cea a unui bandit care se adresează victimei sale: „Dă-mi banii sau viața”. Singura diferență este că, în cazul unui sistem juridic, banditul se adresează unui număr mare de persoane, care sunt obișnuite cu atacurile bandiților și li se predau în mod obișnuit. Desigur, dreptul nu este o extrapolare a situației banditului, iar ordinea juridică cu siguranță nu trebuie identificată pur și simplu cu constrângerea.

În ciuda unor analogii evidente între lege și ordin, această schemă ignoră unele dintre cele mai caracteristice elemente ale dreptului. Permiteți-mi să citez câteva. Este greșit să percepem legislatorul (și, *a fortiori*, electoratul), a cărui componență se modifică, ca un grup de persoane cărora li se acordă în mod obișnuit supunere: această idee ar corespunde doar unui monarh cu o viață suficient de lungă pentru a permite să se formeze un *obicei*. Chiar dacă trecem dincolo de acest aspect, nimic din ceea ce produc legislatorii nu reprezintă drept, decât dacă respectă normele fundamentale acceptate care specifică procedurile esențiale de adoptare a legilor. Acest lucru este valabil chiar și într-un sistem care are o constituție unitară simplă, precum cea britanică. Aceste norme fundamentale acceptate, care prescriu ceea ce trebuie să facă legislatorul pentru a legifera, nu reprezintă ordine respectate în mod obișnuit, și nici nu pot fi considerate obiceiuri de obediență față de alte persoane. Ele stau la rădăcina unui sistem juridic, iar ceea ce lipsește cel mai mult în schema utilitaristă este o analiză a ceea ce înseamnă acceptarea acestor norme din partea unui grup social și a funcționarilor săi. Această noțiune, nu cea de ordin pe care a susținut-o Austin, reprezintă „cheia către știința dreptului”, sau cel puțin una dintre chei.

Din nou, în cazul unei democrații, Austin a privit dincolo de legislator, la electorat, în calitate de *suveran* (sau în Anglia, ca parte a acestuia). El a considerat că, în Statele Unite, masa alegătorilor pentru organele legislative statale și federale reprezentau suveranul ale cărui ordine, date prin intermediul *agenților* din organul legislativ, constituiau dreptul. Dar, din această perspectivă, întreaga noțiune a suveranului aflat în afara dreptului și căruia i se „acordă supunere în mod obișnuit”, de către

„mulțimea” populației, trebuie să dispară: deoarece, în acest caz, „mulțimea” se supune mulțimii, adică se supune sieși. În mod clar, acceptarea generală a autorității unei proceduri legislative, indiferent de diferenții indivizi care o aplică din când în când, poate fi deformată doar de o analiză în termeni de obișnuință de a se supune a maselor față de anumite persoane care se află, prin definiție, în afara dreptului, la fel cum fenomenul asemănător, dar mult mai simplu, al acceptării sociale generale a unei norme, de exemplu scoaterea pălăriei la intrarea în biserică, ar fi deformat dacă ar fi reprezentat ca o supunere obișnuită a maselor față de o anumită persoană.

Alți critici au perceput, în mod vag, un alt defect mult mai important al teoriei ordinului, dar nu au dezvoltat integral o critică importantă, plecând de la prezumția că defectul se datora lipsei insistenței asupra unei legături importante între drept și morală. Acest defect mai radical este următorul: Imaginea pe care o conturează teoria ordinului cu privire la viața sub semnul dreptului este, în esență, o simplă relație între comandant și comandat, între superior și inferior, între vârf și bază; relația este verticală între comandanți sau autorii dreptului, concepuți ca fiind, în mod esențial, în afara dreptului, și cei care sunt comandați și supuși dreptului. În cadrul acestei imagini nu se acordă spațiu, sau doar în mod accidental sau subsidiar, distincției între tipuri de norme juridice, care sunt, de fapt, radical diferite. Unele legi impun oamenilor să acționeze într-un anumit mod sau să se abțină de la a acționa, indiferent dacă o doresc sau nu. Dreptul penal constă, în mare parte, din reguli de acest tip: la fel ca și ordinele, acestea sunt pur și simplu *respectate* sau *încălcate*. Dar alte norme juridice sunt prezentate societății în moduri destul de diferite și au funcții destul de diferite. Acestea acordă facilități, mai mult sau mai puțin elaborate, indivizilor, pentru a crea structuri de drepturi și obligații privind conduita în cadrul coercitiv al dreptului. Fac parte din această categorie normele care dau indivizilor posibilitatea de a încheia contracte, de a face testamente, de a numi mandatar și, în general, de a-și modela raporturile juridice cu ceilalți. Spre deosebire de dreptul penal, aceste norme nu reprezintă factori concepuți pentru a împiedica dorințe și alegeri de tip antisocial. Dimpotrivă, aceste norme acordă facilități în vederea realizării dorințelor și alegerilor. Ele nu prescriu (precum ordinele) „fă asta indiferent dacă vrei sau nu vrei”, ci mai degrabă „dacă vrei să faci asta, iată ce trebuie să faci”. În virtutea acestor norme exercităm puteri, emitem pretenții și afirmăm drepturi. Aceste fraze indică trăsăturile caracteristice legilor care conferă drepturi și puteri; este vorba de legi despre care putem spune că sunt puse la dispoziția indivizilor, ceea ce nu se poate spune despre dreptul penal. A fost nevoie de multă ingeniozitate pentru a reduce legile din a doua categorie la un fel de variantă complexă a legilor din prima categorie. Opera lui Kelsen²⁹ este caracterizată în mare parte de efortul de a arăta că legile care conferă drepturi sunt „de fapt” doar stipulări condiționale de sancțiuni care urmează a fi suportate de persoana supusă, în ultimă instanță, unei obligații juridice. Dar insistența în această direcție înseamnă, de fapt, doar etalarea unei insistențe dogmatice de a suprima un aspect al sistemului juridic, pentru a susține teoria că stipularea unei sancțiuni, precum ordinul lui Austin, reprezintă chintesența dreptului. La fel, cineva

²⁹ A se vedea, spre exemplu, *Hans Kelsen, General Theory of Law and State* 58-61, 143-44 (1945). Potrivit lui Kelsen, toate normele, nu doar cele care conferă drepturi și puteri, sunt reductibile la astfel de „norme primare” care stipulează condițional sancțiuni.

ar putea susține că regulile de baseball erau, „de fapt”, pentru cel care a marcat, doar indicații condiționale complexe și de aici natura lor reală sau „esențială”.

În Anglia, unul dintre primii juriști care s-a desprins de tradiția austiniană, anume Salmond, a fost nemulțumit de faptul că analiza în termeni de ordin nu a lăsat spațiu noțiunii de drept (subiectiv)³⁰. Dar a făcut o confuzie în această privință. A susținut în primul rând, în mod corect, că dacă legile ar fi doar ordine atunci nu se explică de ce se vorbește despre drepturi și puteri juridice conferite sau care iau naștere în temeiul lor, dar a ajuns apoi, în mod greșit, la concluzia că normele unui sistem juridic trebuie, în mod necesar, să fie legate de norme morale sau principii de justiție și că doar din această perspectivă ar putea fi explicat fenomenul drepturilor juridice. Salmond a considerat că altfel ar trebui să spunem că ceea ce leagă conceptele de drept legal și moral este simpla *coincidență verbală*. În mod asemănător, criticii de pe continent ai utilitariștilor, animați mereu de complexitatea noțiunii de drept subiectiv, au insistat asupra faptului că teoria ordinului nu acorda atenție acestuia. Hägerström a susținut că dacă legile ar fi doar ordine, noțiunea de drept individual ar fi într-adevăr inexplicabilă, deoarece ordinele sunt, după cum spunea, ceva căruia fie ne supunem, fie nu ne supunem; dar nu conferă drepturi³¹. Dar și el a ajuns la concluzia că noțiunile de justiție morală, sau, conform exprimării sale, de bun simț, trebuie să fie, în mod necesar, implicite în analiza oricărei structuri juridice suficient de elaborate pentru a conferi drepturi³².

Dar, cu siguranță, aceste argumente sunt confuze. Normele care conferă drepturi, deși distincte de ordine, nu trebuie să fie norme morale sau să coincidă cu acestea. În ultimă instanță, drepturile există și în cadrul ceremoniilor, jocurilor, și în multe alte domenii reglementate de norme care nu sunt relevante din punct de vedere al chestiunii justiției sau a ceea ce dreptul ar trebui să fie. De asemenea, nu este nevoie ca normele care conferă drepturi să fie drepte sau bune din punct de vedere moral. Un exemplu, în acest sens, sunt drepturile unui stăpân asupra sclavilor săi. „Meritul lor sau lipsa lor de merit”, în termenii lui Austin, depinde de modul în care drepturile sunt distribuite în societate și față de cine și față de ce sunt exercitate. Aceste critici au subliniat caracterul într-adevăr inadecvat al noțiunilor simple de ordin și obicei pentru analiza dreptului; sub diferite aspecte, este evident că acceptarea unei norme sau a unui standard care posedă autoritate (chiar și dacă este motivat doar de teamă sau superstiție sau se bazează pe inerție) trebuie introdusă în analiză și ea nu poate fi redusă la cei doi termeni simpli. Prin aceasta nu s-a demonstrat, totuși, că insistența utilitariștilor asupra distincției între existența dreptului și *meritele* sale ar fi greșită.

³⁰ John William Salmond, *The First Principles of Jurisprudence* 97-98 (1893). El a protestat împotriva „profesiei de credință a ceea ce s-a numit Școala engleză de teoria dreptului” pentru că ea „a încercat să priveze ideea de drept de acea semnificație etică care este unul dintre elementele sale esențiale”. Idem, p. 9, 10.

³¹ Axel Hägerström, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals* 217 (Olivercrona ed. 1953): „Întreaga teorie a drepturilor subiective ale indivizilor (...) este incompatibilă cu teoria imperativului”. Idem, p. 221: „Descrierea lor [a acțiunilor în instanță] ca drepturi rezultă pe de-a-ntregul din ideea că legea pe care o invocă este expresia drepturilor și obligațiilor în sensul în care acestea sunt înțelese de ideea populară de justiție”.

³² Idem, p. 218.

III. Voi aborda acum o critică americană distinctă a separației dintre dreptul existent și cel care ar trebui să fie. Aceasta a apărut în cadrul studiului critic al procesului judiciar care, în ansamblu, a fost deosebit de benefic pentru doctrina juridică americană. Cel mai sceptic dintre acești critici – numiți, vag, „realiști” anilor 30 – a acceptat, probabil în mod mult prea naiv, cadrul conceptual al științelor naturale ca fiind adecvat pentru descrierea dreptului și pentru analiza acțiunilor îndrumate de norme din care este format, măcar în parte, un sistem juridic viu. Dar ei au deschis oamenilor ochii asupra a ceea ce se întâmplă, de fapt, atunci când tribunalele decid în diferitele cauze, iar contrastul constatat de ei între faptele propriu-zise din cadrul unei decizii judiciare și terminologia tradițională folosită pentru descrierea acesteia, de parcă ar fi o operațiune în întregime logică, a fost, în general, instructiv; căci, în ciuda anumitor exagerări, „realiști” ne-au atras, de fapt, atenția asupra unei trăsături fundamentale a limbajului uman și a gândirii umane, a cărei subliniere este esențială nu doar pentru înțelegerea dreptului, ci și în privința unor domenii ale filosofiei care trec dincolo de granițele teoriei dreptului. Perspicacitatea acestei școli rezultă din următorul exemplu: Există o normă juridică care îți interzice să introduci un vehicul într-un parc public. Evident este interzis să intri cu un automobil, dar care este situația în privința bicicletelor, patinelor cu rotile, a automobilelor de jucărie? Dar avioanele? Reprezintă acestea „vehicule” în sensul acestei norme sau nu? Dacă tot trebuie să comunicăm unii cu alții și dacă, ca în cea mai elementară formă de drept, trebuie să ne exprimăm intențiile privind reglementarea unui anumit tip de conduită prin intermediul normelor, atunci cuvintele generice pe care le utilizăm – gen „vehicul” , în cazul nostru – trebuie să aibă un soi de utilizări standard care să nu implice îndoieli cu privire la aplicarea sa. Trebuie să existe un nucleu care să conțină un înțeles stabilit, dar va exista, de asemenea, și penumbra unor cazuri discutabile, în care cuvintele nu sunt nici aplicabile în mod evident, nici exceptate în mod evident. Fiecare din aceste cazuri va avea câteva trăsături în comun cu cazul standard; altele le vor lipsi sau vor fi însoțite de trăsături care nu apar în cazul standard. Inventivitatea umană și procesele naturale adaugă în mod continuu astfel de variante la ceea ce este familiar, iar pentru a stabili dacă această serie de fapte cade sau nu cade sub incidența normelor existente, cel care califică trebuie să ia o decizie care nu-i este dictată, căci faptele și fenomenele cărora le atribuim cuvintele noastre și la care aplicăm normele noastre sunt ca și *mute*. Automobilul-jucărie nu poate interveni și susține „Sunt un vehicul în sensul prezentei norme juridice”, nici patinele cu rotile nu pot striga „Noi nu suntem un vehicul”. Situațiile de fapt nu ne așteaptă frumos etichetate, netezite și pliate, iar calificarea lor juridică nu e scrisă niciunde astfel încât să fie pur și simplu citită de judecător. În schimb, aplicarea normelor juridice presupune ca cineva să-și asume răspunderea luării deciziei dacă cuvintele acoperă sau nu anumite cazuri în discuție, cu toate consecințele practice pe care le implică o astfel de decizie.

Putem denumi *probleme din penumbră* problemele apărute dincolo de nucleul situațiilor standard sau al sensurilor clar definite; acestea sunt mereu prezente, indifereent dacă privesc aspecte banale, precum reglementarea folosinței parcului public sau aspectele generale cu mai multe dimensiuni ale unei constituții. Dacă o penumbră de nesiguranță învăluie toate normele juridice, atunci aplicarea lor la cazurile specifice

din zona aflată în penumbră nu poate fi o chestiune de deducție logică, iar raționamentul deductiv, care timp de generații a fost admirat ca fiind însăși perfecțiunea raționamentului uman, nu poate reprezenta un model pentru ceea ce judecătorii, sau, de fapt, oricine, ar trebui să facă atunci când se confruntă cu aplicarea regulilor generale cazurilor particulare. Urmează că, în cazul în care argumentele juridice și deciziile judiciare aferente întrebărilor din penumbră sunt considerate raționale, raționalitatea lor constă, în mod necesar, în ceva diferit de relația logică cu premisele. Deci, dacă este rațional și „corect” să se afirme și să se decidă că, în sensul unei anumite norme, avionul nu reprezintă un vehicul, acest argument trebuie să fie corect sau rațional fără a fi decisiv din punct de vedere logic. Ce face ca astfel de decizii să fie considerate corecte sau, cel puțin, mai bune decât alte decizii? Din nou, pare să fie valabilă afirmația că, în astfel de cazuri, criteriul pe baza căruia o decizie este considerată corectă este un concept oarecare, referitor la ceea ce ar trebui să fie dreptul; de la aceasta se poate aluneca cu ușurință spre afirmația că trebuie să existe o judecată morală cu privire la ceea ce trebuie să fie dreptul. Prin aceasta, atingem un punct în care este necesară *intersecția între drept și morală*, care demonstrează falsitatea sau, în orice caz, caracterul amăgitor al insistenței stăruitoare a utilitariștilor asupra separației dintre dreptul existent și cel care ar trebui să fie. Cu siguranță că Bentham și Austin au putut să scrie ceea ce au scris doar înțelegând în mod greșit sau neglijând acest aspect al procesului judiciar, deoarece au ignorat problemele din penumbră.

O concepție greșită a procesului judiciar, care ignoră problemele din penumbră și care vede procesul ca fiind format, în mod preeminent, din raționamente deductive, este deseori stigmatizată ca fiind o eroare ce ține de *formalism* sau *literalism*. În acest context, mă întreb însă cum și în ce măsură rezultă din demonstrarea acestei erori că distincția utilitaristă ar fi greșită sau ar induce în eroare? Aici este vorba de mai multe aspecte care au fost confundate, din care voi putea descâlci doar o parte. Acuzația de formalism a fost adusă atât teoriei *pozitiviste* a dreptului, cât și tribunalelor, dar, desigur, în fiecare caz este vorba de o acuzație foarte diferită. Din perspectiva teoreticienilor dreptului acuzația se referă la o greșeală teoretică privind caracterul unei decizii juridice, teoreticianul a considerat raționamentul în cauză ca fiind o deducție bazată pe premise în care alegerile practice sau deciziile judecătorilor nu joacă niciun rol. Ar fi ușor de demonstrat că Austin nu se face vinovat de o astfel de eroare, doar o înțelegere complet greșită a teoriei analitice a dreptului și a motivelor pentru care a considerat-o importantă pot duce la opinia că el, sau oricare alt analist, ar fi crezut că dreptul este un sistem logic închis în cadrul căruia judecătorii și-ar fi dedus deciziile din premise³³. Dimpotrivă, el era foarte conștient de caracterul limbii,

³³ Această înțelegere greșită a doctrinei juridice analitice poate fi găsită, printre altele, în *Julius Stone, The Province and Function of Law*, 141 (1950): „Pe scurt, respingând ipoteza implicită că toate afirmațiile tuturor părților dreptului trebuie în mod logic să fie coerente între ele și să aibă la bază un singur set de definiții... [J. Cardozo] a negat că dreptul este de fapt ceea ce juristul analitic presupune că este, *pentru scopul său limitat*”. A se vedea, de asemenea, *idem*, la 49, 52, 138, 140; *Wolfgang Friedmann, Legal Theory*, 209 (3rd ed. 1953). Această înțelegere greșită pare să depindă de credința neexaminată și falsă că studiile analitice privind sensul termenilor juridici ar fi imposibile sau absurde dacă, pentru a lua decizii corecte, în anumite cazuri, este necesar mai mult decât capacitatea de a efectua un raționament

de caracterul său vag sau deschis³⁴; a considerat că în situațiile din penumbră judecătoria trebuie în mod necesar să legifereze³⁵ și, pe un ton care uneori amintește de cel al regretatului judecător Jerome Frank, a reproșat judecătorilor din sistemul de *common law* că legiferau slab și timid și că se bazau orbește pe analogii reale sau imaginare, cu cazuri din trecut, în loc să adapteze deciziile lor nevoilor crescânde ale societății, astfel cum demonstrează standardul moral de utilitate³⁶. Personajele negative din această piesă, responsabile de conceperea judecătorilor ca automate, nu sunt gânditorii utilitariști. Responsabilitatea, dacă tot trebuie să o atribuim vreunui teoretician, revine unor gânditori ca Blackstone și, mai devreme, Montesquieu. La rădăcina acestui rău stă preocuparea privind separația puterilor și „ficțiunea copilărească” a lui Blackstone (după cum a numit-o Austin) că judecătoria doar *găsesc* dreptul, dar nu îl *crează*.

Dar pe noi ne interesează *formalismul* ca viciu nu al juriștilor, ci al judecătorilor. În ce constă exact comiterea de către un judecător a acestei erori, de a fi *formalist*,

logic formal pe baza unor premise lipsite de ambiguitate și clar predeterminate.

³⁴ A se vedea discuția privind caracterul vag și nesigur al dreptului, în *John Austin*, op. cit., *supra*, nota 13, la 102-105, 207, în care Austin a recunoscut că, urmare a caracterului vag deseori pot fi oferite doar „teste failibile” pentru a determina dacă anumite cazuri intră sub incidența expresiilor generale.

³⁵ A se vedea *John Austin*, op. cit., *supra* nota 13, la 191: „Nu înțeleg cum orice persoană care a abordat subiectul ar putea presupune că societatea ar fi putut evolua fără ca judecătoria să legifereze (...)”. Pentru a corecta credința că un jurist analitic trebuie să adopte o perspectivă de „distribuitor automat” sau „mecanică” asupra procesului judiciar, merită să considerăm următoarele observații făcute de Austin:

1. Oricând trebuie aplicat dreptul, poate apărea „competiția între analogii opuse”, deoarece cazul „poate semăna sub anumite aspecte” cu unele cazuri la care norma a fost aplicată în trecut, iar sub alte aspecte „cu unele cazuri la care legea nu s-a aplicat”. *John Austin*, *Lectures on Jurisprudence* 633 (ed. a V-a, 1885).

2. Judecătoria au decis cazuri și astfel au derivat noi norme „construind” pe baza unei întregii serii de temeuri, inclusiv, uneori (prea rar, în opinia lui Austin), a propriilor opinii privind ceea ce ar trebui să fie dreptul. De obicei au derivat dreptul din dreptul preexistent prin „consecință bazată pe analogie”, adică au creat o nouă normă „ca o consecință a existenței unei norme asemănătoare aplicabile subiectelor care erau analoge...” Idem, la 638-39.

3. „Dacă fiecare normă dintr-un sistem juridic ar fi perfect definită sau precisă”, aceste dificultăți inerente aplicării legii nu ar apărea. „Dar deplinătatea și corectitudinea ideale pe care le-am imaginat nu pot fi atinse în fapt... deși sistemul a fost construit și ordonat cu o grijă și pricepere fără pereche”. Idem, la 997-98. Cu siguranță s-a gândit că s-ar putea face și ar trebui făcute multe prin codificare în vederea eliminării nesiguranței. Idem, la 662-83.

³⁶ Idem, la 641: „Într-adevăr nimic nu pare a fi mai natural decât ca legislatorii, direcții sau judiciari (mai ales atunci când au mintea îngustă, sunt timizi sau nepricepuți) să se sprijine cât mai mult posibil pe exemplele create de predecesorii lor”. A se vedea, de asemenea, 2 idem, la 647: „Este foarte regretabil faptul că judecătoria având capacitate, experiență și influență nu au valorificat fiecare oportunitate pentru a introduce o nouă normă (o normă benefică pentru viitor)... Acest este reproșul pe care înclin să-l aduc împotriva Lordului Eldon... Judecătoria din curțile de *common law* nu ar face ceea ce ar fi trebuit să facă, anume să modeleze normele juridice și de procedură la exigențele crescânde ale societății, în loc să adere în mod prostesc și ursuz la uzanțele vechi și barbare”.

automatic sau *distribuitor automat*? În mod curios, literatura, care este plină de denunțarea acestor vicii, nu lămurește acest aspect în termeni concreți; în schimb, avem doar descrieri care nu pot să însemne ceea ce par să spună: se spune că în cadrul erorii formaliste tribunalele folosesc în mod excesiv logica, duc anumite lucruri la o „extremă logică seacă”³⁷ sau folosesc, în mod excesiv, metodele analitice. Dar cum oare poate un judecător, formalist fiind, să folosească în mod excesiv logica? Este clar că esența erorii sale constă în a da unui concept general o interpretare care ignoră valorile și consecințele sociale (sau care este prostescă în vreun alt fel sau, poate, pur și simplu, nu place criticilor). Dar logica nu prescrie interpretarea termenilor; nu dictează nici interpretări prostesti, nici interpretări inteligente aferente vreunei expresii. Logica doar sugerează, în mod ipotetic, că *dacă* atribui unui anumit termen o anumită interpretare, atunci rezultă o anumită concluzie. Logica nu spune nimic despre calificarea situațiilor particulare – iar aceasta se află în centrul unei decizii judiciare. Deci, această trimitere la logică sau la extremele logice este un termen impropriu folosit pentru altceva, ceva care trebuie să fie aceasta. Un judecător trebuie să aplice o normă la un caz concret – eventual norma că un *vehicul furat* nu poate fi trecut dincolo de granița statală, iar în cazul de față a fost furat un avion³⁸. Judecătorul fie nu vede, fie pretinde că nu vede că termenii generali ai normei respective sunt susceptibili de a fi interpretați în moduri diferite și că are libertatea unei alegeri nesupusă controlului barierelor lingvistice. Ignoră sau nu vede că se află în penumbră și nu are de-a face cu un caz standard. În loc să aleagă prin prisma scopurilor sociale, judecătorul stabilește înțelesul în mod diferit. Fie adoptă sensul sugerat de termenul în cauză oamenilor de rând, în modul cel mai evident, într-un context obișnuit non-juridic fie, mai rău, se gândește la un caz standard pentru a identifica apoi în acesta, în mod arbitrar, anumite trăsături – de exemplu, în cazul unui vehicul (1) folosit în mod normal pe pământ, (2) capabil să poarte o ființă umană, (3) capabil de auto-propulsie – și tratează aceste trei caracteristici ca fiind condiții întotdeauna necesare și întotdeauna suficiente pentru folosirea în toate contextele a cuvântului *vehicul*, indiferent de consecințele sociale implicate de o astfel de interpretare. Această alegere, nu *logica*, l-ar forța pe judecător să includă o mașină de jucărie (dacă are propulsie electrică) și să excludă bicicletele și avionul. În toate acestea este posibil să avem de-a face cu multă prostie, dar nu cu *logică*, la fel cum nu avem de-a face cu *logică* în cazurile în care interpretarea dată unui termen general și aplicarea în consecință a unei norme generale la un caz particular este controlată în mod conștient de vreun scop social.

Deciziile luate atât de orbește abia merită numele de decizii; am putea, la fel de bine, să aruncăm cu banul atunci când aplicăm o normă. Dar este cel puțin îndoielnic că deciziile judiciare (chiar și în Anglia) ar fi fost adoptate în mod atât de automat. Mai degrabă, fie interpretările stigmatizate ca fiind automate au rezultat din convingerea că este mai corect ca în contextul unei legi penale să se ia în considerare înțelesul care ar fi cel mai la îndemână oamenilor obișnuiți, chiar cu prețul neglijarii

³⁷ *Hynes v. New York Cent. R.R.*, 231 N.Y. 229, 245, 131 N.E. 898, 900 (1921); a se vedea *Roscoe Pound*, *Interpretations on Legal History* 123 (ed. 2 1930); *Julius Stone*, op. cit., *supra* nota 33, p. 140-141.

³⁸ A se vedea *McBoyle v. United States*, 283, US 25 (1931).

altor valori, iar aceasta reprezintă de fapt o politică socială (deși e posibil să fie una proastă); fie, mult mai des, ceea ce este stigmatizat ca *mecanic* sau *automatic* este o alegere determinată, făcută într-adevăr prin prisma unui scop social, dar a unui scop social conservator. Cu siguranță multe din deciziile Curții Supreme de la cumpăna dintre secole, care au fost atât de stigmatizate³⁹, reprezintă alegeri clare în zona din penumbră, făcute pentru a atribui un efect unei politici de tip conservator. Aceasta este, în special, valabil pentru opiniile domnului judecător Peckham, prin care definieste sfera puterilor poliției și a procesului echitabil⁴⁰.

Dar în ce fel rezultă, oare, din faptul că este greșit să soluționezi cazuri în mod automatic și mecanic și este corect să decizi cazurile având în vedere scopurile sociale, că insistența utilitariștilor asupra distincției dintre ceea ce este dreptul și ceea ce ar trebui să fie este greșită? Pornesc de la presupunerea că nimeni dintre cei care au dorit să folosească aceste vicii ale formalismului ca o dovadă a faptului că distincția dintre ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie este eronată nu ar nega că deciziile stigmatizate ca fiind automate sunt drept; nici nu ar nega că sistemul în care sunt luate aceste decizii automate este un sistem juridic. Cu siguranță, ar spune că sunt drept, dar sunt un drept prost, care nu ar trebui să fie drept. Dar aceasta ar însemna folosirea distincției, nu respingerea ei, și cu siguranță atât Bentham cât și Austin au folosit-o pentru a ataca judecătorii pentru că nu au reușit să soluționeze cazurile din penumbră în conformitate cu nevoile crescânde ale societății.

Desigur, dacă demonstrarea erorilor formalismului trebuie să arate că distincția utilitaristă este greșită, atunci argumentul ar trebui reformulat în mod drastic. Ar trebui să se aibă în vedere nu doar faptul că pentru ca o decizie judiciară să fie rațională ea ar trebui luată în lumina unei anumite concepții despre ceea ce ar trebui să fie, ci și faptul că, pentru ca deciziile judecătorilor să fie raționale, trebuie ca obiectivele, politicile sociale și scopurile la care se raportează să fie, la rândul lor, considerate ca parte a dreptului, atribuindu-se dreptului un sens suficient de larg, care să fie considerat mai edificator decât cel folosit de utilitariști. Această reformulare ar avea următoarea consecință: în loc să susținem că recurența întrebărilor din penumbră ne arată că normele juridice sunt în esență incomplete, și că atunci când judecătorii nu reușesc să determine o decizie trebuie să legifereze și astfel să efectueze o alegere creativă între alternative, vom spune că politicile sociale care ghidează alegerea judecătorilor trebuie, într-un sens, să fie descoperite de aceștia; judecătorii doar *scot* dintr-o normă ceea ce, în măsura în care este înțeleasă corect, se află în mod *latent* în ea. Denumind rezultatul unei astfel de acțiuni legiferare judiciară, ascundem o continuitate esențială între cazurile clare de aplicare a normei și deciziile din penumbră. Voi pune ulterior în discuție caracterul salutar sau nu al unei astfel de denumiri, pentru moment aș dori să subliniez un aspect evident dar capabil, în cazul în care nu

³⁹ A se vedea, spre exemplu, *Roscoe Pound*, *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum. L. Rev. 605, 615-16 (1908).

⁴⁰ A se vedea, spre exemplu, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Opinia judecătorului Peckham privind inexistența unor motive rezonabile care să justifice ingerința în dreptul la libertatea contractuală prin determinarea orelor de muncă în profesia de brutar poate fi într-adevăr dovada unui conservatorism care persistă în eroare, dar nu conține nimic automatic sau mecanic.

este observat, să încurce izele. Din faptul că opusul unei decizii luate orbește în mod formalist sau literalist este o decizie luată în mod inteligent prin raportare la o anumită concepție despre ceea ce ar trebui să fie, nu rezultă că avem de-a face cu o îmbinare între drept și morală. Trebuie, cred, să ne ferim să percepem într-un mod mult prea simplist expresia *ar trebui*. Aceasta nu pentru că nu ar trebui făcută o distincție între dreptul existent și cel care ar trebui să fie. Departe de mine aceasta. Ci pentru că distincția ar trebui făcută între ceea ce este și ceea ce, din mai multe puncte de vedere, ar trebui să fie. Expresia *ar trebui* reflectă pur și simplu prezența unui anumit standard de critică; unul dintre aceste standarde este un standard moral, dar nu toate standardele sunt morale. Spunem vecinului nostru „Nu ar trebui să minți” și aceasta cu siguranță poate implica o judecată morală, dar să ne amintim că și asasinul care a eşuat poate spune „Ar fi trebuit să-i dau o a doua doză de otrăvă”. Argumentul invocat aici se referă la faptul că deciziile inteligente pe care le opunem deciziilor mecanice sau formale nu sunt, în mod necesar, identice cu deciziile care pot fi apărate pe bază de motive morale. Putem afirma despre multe decizii „Da, aceasta este corectă, este așa cum ar trebui să fie” și putem să ne referim doar la faptul că prin aceasta a fost propus un anumit scop sau politică acceptate; s-ar putea să nu ne referim la faptul că, prin aceasta, am susținut caracterul moral al politicii sau al deciziei respective. Deci, opoziția dintre decizia mecanică și cea inteligentă poate fi regăsită în cadrul unui sistem dedicat urmării celor mai rele scopuri. Nu există sub forma unui contrast care apare doar în sistemele juridice care, la fel ca al nostru, recunosc pe scară largă principiile justiției și pretențiile morale ale indivizilor.

Un exemplu ar putea clarifica acest argument. Sarcina de a pronunța o sentință în cazurile penale ne pare aceea care, în modul cel mai evident, solicită din partea judecătorului o judecată morală. În acest caz, factorii care urmează să fie cântăriți par a fi, în mod clar, factori morali: societatea nu trebuie expusă unor atacuri gratuite, nu trebuie pricinuită prea multă suferință nici victimei, nici persoanelor care depind de aceasta; trebuie depuse eforturi pentru a-l ajuta să ducă o viață mai bună și să recâștige o poziție în societatea ale cărei reguli le-a încălcat. Sarcina unui judecător care trebuie să găsească echilibrul între aceste scopuri, cu tot caracterul discreționar și toate dilemele pe care le implică, pare un exemplu cât se poate de clar de efectuare a unei judecăți morale; și pare să fie la polul opus în raport cu aplicarea mecanică a unui tarif de penalități care stabilesc o sentință indiferent de principiile morale care ar trebui puse în balanță. Deci, în acest caz, decizia inteligentă și rațională este condusă, indiferent cât de nesigur, de scopuri morale. Dar nu trebuie să luăm un alt exemplu pentru a vedea că lucrurile nu trebuie în mod necesar să stea astfel, iar dacă lucrurile nu stau astfel în mod necesar, atunci argumentul utilitarist rămâne în picioare. Sub regimul nazist oamenii erau condamnați de către tribunale pentru că au criticat regimul. În acest caz alegerea sentinței a fost ghidată, în mod exclusiv, de considerarea a ceea ce era necesar pentru a menține în mod efectiv tirania statului. Care sentință ar fi terorizat publicul și, în același timp, ar fi ținut prietenii și familia prizonierului în suspans, astfel încât atât speranța cât și teama să fi contribuit în calitate de factori de asigurare a supunerii? Prizonierul unui astfel de sistem ar fi tratat pur și simplu ca un obiect de folosit pentru urmărirea acestor scopuri. Totuși, spre deosebire de decizia mecanică, decizia bazată pe aceste motive ar fi inteligentă și utilă, iar dintr-un anumit

punct de vedere decizia ar fi ceea ce ar trebui să fie. Desigur, nu ignor deloc că o întreagă tradiție filozofică a încercat să demonstreze faptul că nu putem denumi în mod corect ca fiind raționale deciziile sau comportamentul care nu este conform scopurilor și principiilor morale. Dar exemplul folosit îmi pare a fi util, cel puțin ca un avertisment că nu putem folosi erorile formalismului ca pe ceva ce demonstrează *per se* falsitatea insistenței utilitariste asupra distincției între dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie din punct de vedere *moral*.

Ne putem întoarce acum la argumentul principal. Dacă este adevărat că decizia inteligentă privind întrebările din penumbră nu este luată în mod mecanic, ci în lumina obiectivelor, scopurilor și politicilor, deși nu în mod necesar în lumina a ceva ce am numi principii morale, este oare înțelept să exprimăm acest aspect important spunând că ar fi cazul să fie abandonată distincția utilitaristă fermă între dreptul existent și cel care ar trebui să fie? Poate putem accepta că ar fi înțelept din punct de vedere teoretic, deoarece este, în fond, o *invitație* de revizuire a concepției noastre privind norma juridică. Suntem invitați să includem în *normă* diferitele obiective și politici în lumina cărora sunt decise cazurile din penumbră pe motivul că, datorită importanței lor, aceste obiective sunt la fel de îndrituite să fie numite drept precum nucleul normelor juridice al căror înțeles a fost stabilit. Dar, deși o invitație nu poate fi respinsă, ea poate fi refuzată, și voi oferi două motive pentru refuzarea acestei invitații. În primul rând, tot ceea ce am învățat despre procesul judiciar poate fi exprimat în alte moduri mult mai puțin misterioase. Putem spune că legile sunt incomplete în mod necesar și că trebuie să decidem cazurile din penumbră în mod rațional având în vedere obiectivele sociale. Cred că Holmes, care aprecia în mod deosebit faptul că „propozițiile generale nu decid cazurile particulare”, s-ar fi exprimat în acești termeni. În al doilea rând, a insista asupra distincției utilitariste înseamnă a accentua că nucleul format din înțelesul stabilit este drept într-un sens deosebit de important și că, chiar dacă există cazuri limită, trebuie înainte de toate să existe o limită. Dacă lucrurile nu ar sta astfel, noțiunea de norme pe care se bazează deciziile curților ar fi lipsită de sens, după cum au susținut unii dintre *realiști*, aflați în dispoziții extreme și pe motive, cred, greșite⁴¹.

Invers, pentru atenuarea distincției, a afirma în mod misterios că ar exista o oarecare fuziune de identitate între dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie, înseamnă a sugera că toate întrebările juridice sunt esențialmente asemănătoare celor

⁴¹ Merită menționată în acest context o retractare a acestei poziții extreme. În prima ediție la *The Bramble Bush*, profesorul Llewellyn s-a exprimat întru totul în favoarea ideii că „ceea ce fac acești funcționari cu litigiile este, după mine, însuși dreptul” și că „normele (...) sunt importante în măsura în care te ajută (...) să prezici ceea ce vor face judecătorii (...) În asta constă întreaga lor importanță, niște jucării drăguțe” – *Karl Llewellyn, The Bramble Bush* 3, 5 (ed. I, 1930). În cea de-a doua ediție, a susținut că acestea „au fost cuvinte nefericite atunci când nu mai sunt dezvoltate în întregime, și că sunt evident, în cel mai bun caz, o declarație foarte parțială privind întregul adevăr (...) Una dintre funcțiile dreptului este aceea de a controla în parte funcționarii și de a-i îndruma chiar (...) acolo unde nu este posibil sau de dorit un control exhaustiv (...). Cuvintele nu reușesc să descrie în mod potrivit (...) funcția instituției dreptului ca instrument de formare conștientă (...)” – *Karl Llewellyn, The Bramble Bush* 9 (ed. a II-a, 1951).

din penumbră. Înseamnă a afirma că nu există un element central în dreptul existent, care să poată fi găsit în nucleul compus din înțelesul central al normelor, că nimic din natura unei norme juridice nu este incompatibil cu *toate* chestiunile deschise spre reconsiderare în lumina politicii sociale. Desigur, este bine să te ocupi de penumbră. După cum se cuvine, problemele sale constituie dieta zilnică a școlilor de drept. Dar una este să te ocupi de penumbră, alta să fi preocupat de penumbră. Căci, dacă îmi este permis s-o spun, preocuparea cu penumbra este în tradiția juridică americană o sursă de confuzii la fel de bogată precum formalismul în cea engleză. Desigur, putem abandona ideea că normele au autoritate; putem înceta să atribuim forță sau chiar sens susținerii că un caz cade clar sub incidența unei norme și în sfera unui precedent. Putem numi orice astfel de raționament *automatic* sau *mecanic*, acestea fiind deja invectivele de rutină aruncate tribunalelor. Dar până nu decidem că asta *este* ceea ce vrem, nu trebuie să o încurajăm prin eliminarea distincției utilitariste.

IV. Cea de-a treia critică adusă separației dintre drept și morală are un caracter cu totul diferit; cu siguranță nu reprezintă atât un argument intelectual împotriva distincției utilitariste, cât un apel pasional susținut nu de un raționament detaliat, ci de invocarea unei experiențe teribile. Pentru că ea reprezintă mărturia celor care au coborât în iad și, la fel ca Ulise sau Dante, au adus înapoi un mesaj pentru omenire. Doar că, în acest caz, iadul nu se afla sub sau dincolo de pământ, ci chiar pe acesta, era un iad creat pe pământ de către oameni pentru alți oameni.

Acest apel vine de la acei gânditori germani care au supraviețuit regimului nazist și au reflectat asupra manifestărilor sale negative în cadrul sistemului juridic. Unul dintre acești gânditori, Gustav Radbruch, a împărtășit la rândul său doctrina *pozitivistă* până la tirania nazistă, dar a fost convertit de această experiență, și astfel apelul său către ceilalți, pentru a renunța la doctrina separației dintre drept și morală, conține amărăciunea specială a unei retractări. Ceea ce este important în legătură cu această critică este că abordează, într-adevăr, argumentul particular pe care l-au avut în vedere Bentham și Austin atunci când au susținut separația dintre dreptul existent și cel care ar trebui să fie. Acești gânditori germani au insistat asupra nevoii de a uni ceea ce au separat utilitariștii tocmai sub aspectul care avea cea mai mare importanță pentru utilitariști; deoarece erau preocupați de problema existenței legilor rele din punct de vedere moral.

Înainte de această conversie, Radbruch a considerat că rezistența opusă dreptului era la latitudinea conștiinței personale, trebuia abordată de individ ca o problemă morală, iar validitatea unei legi nu putea fi respinsă arătând că cerințele sale erau rele din punct de vedere moral sau chiar arătând că efectele respectării legii ar fi mai rele decât efectul încălcării ei. Amintim că Austin, în mod insistent, i-a acuzat că vorbesc „fără orice sens” pe cei care au afirmat că, dacă legile umane ar fi în conflict cu principiile fundamentale ale moralității, atunci ar înceta să fie legi.

„Legile cele mai dăunătoare și deci cele mai contrare voinței lui Dumnezeu au fost și sunt aplicate în mod continuu în calitate de legi de către tribunalele judiciare. Să presupunem că o acțiune inofensivă sau benefică este interzisă de un suveran sub sancțiunea pedepsei capitale; dacă comit această acțiune voi fi judecat și condamnat, iar dacă mă opun sentinței susținând că este contrară legii lui Dumnezeu... tribunalul va demonstra că raționamentul meu este neconcludent, spânzurându-mă în confor-

mitate cu legea a cărei validitate am contestat-o. Niciodată, de la crearea lumii până în momentul de față, nu s-a auzit în vreun tribunal o excepție, apărare sau pledoarie bazată pe legea lui Dumnezeu”⁴².

Acestea sunt cuvinte puternice, chiar brutale, dar trebuie să ne amintim că au acompaniat – în cazul lui Austin și, desigur Bentham – convingerea că dacă legile ar ajunge la un anumit grad de inechitate, atunci ar exista o obligație morală clară de a le rezista și a refuza supunerea față de ele. Vom vedea, atunci când vom discuta alternativele, că această simplă prezentare a dilemei umane care poate apărea are multe aspecte în favoarea sa.

Totuși, dată fiind ușurința cu care regimul nazist a exploatat servilismul față de simpla lege – sau, după cum a observat, astfel cum e exprimat în sloganul pozitivist, față de „legea ca lege” (*Gesetz als Gesetz*) – precum și eșecul profesiei juridice, în Germania, în a rezista împotriva monstruoșităților pe care trebuia să le perpetueze în numele legii, Radbruch a ajuns la concluzia că *pozitivismul* (prin care, în acest context, se înțelege insistența asupra separației dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie) a contribuit la orori în mod puternic. Reflecțiile sale atente l-au condus spre teoria că principiile fundamentale ale moralității umane făceau parte din însăși conceptul de *Recht* sau legalitate și că nicio decizie sau lege pozitivă, oricât de clar ar fi fost exprimată și oricât de clar s-ar conforma criteriilor formale de validitate dintr-un anumit sistem juridic, nu ar putea fi valabilă dacă ar fi contrară principiilor de bază ale moralității. Această doctrină poate fi apreciată în întregime doar dacă ar fi înțelese nuanțele comportate de cuvântul german *Recht*. Dar este evident că doctrina se referă la faptul că fiecare jurist sau judecător ar trebui să denunțe legile care contravin principiilor fundamentale, nu doar ca pur și simplu imorale sau greșite, ci ca fiind lipsite de caracter juridic, iar actele adoptate, care din acest motiv nu au calitatea de lege, nu ar trebui luate în considerare pentru stabilirea poziției juridice a unui anumit individ în anumite circumstanțe particulare. Din păcate, traducerea operelor lui Radbruch omite retractarea remarcabilă de la doctrina sa precedentă, dar aceasta ar trebui citită de toți cei care doresc să îmborsăteze abordarea problemei interconexiunii dintre drept și morală⁴³.

Este imposibil să nu citești cu simpatie apelul pasional al lui Radbruch ca conștiința juridică germană să se deschidă nevoilor moralității și regretul său că aceasta s-a întâmplat mult prea rar în tradiția germană. Pe de altă parte, este extrem de naiv să considerăm că, în cazul poporului german, insensibilitatea la nevoile moralității și subordonarea față de puterea statală ar fi provenit din credința că dreptul poate fi drept chiar dacă nu s-a conformat cerințelor minime ale moralității. Această istorie teribilă ne îndeamnă, mai degrabă, să examinăm de ce accentuarea sloganului „dreptul este drept” și distincția între drept și morală au dobândit un caracter sinistru în Germania, dar în alte părți, precum în cazul utilitariștilor, a însoțit atitudinile liberale cele mai iluminate. Dar ceva și mai preocupant decât naivitatea este latent în întreaga prezentare de către Radbruch a aspectelor care rezultă din exis-

⁴² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* 185 (Library of Ideas ed. 1954).

⁴³ A se vedea *Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Uebergesetzliches Recht*, I *Süddeutsche Juristern-Zeitung* 105 (Germania 1946) [republicată în *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie* 347 (ed. a IV-a, 1950)].

tența unor legi inechitabile din punct de vedere moral. Nu cred că este lipsit de delicatețe să afirm că putem descoperi în argumentarea sa că el a digerat doar pe jumătate mesajul spiritual al liberalismului pe care încearcă să îl transmită profesiei juridice. Tot ceea ce spune este într-adevăr dependent de o enormă supraevaluare a importanței simplului fapt că o normă poate fi declarată ca fiind o normă juridică valabilă, de parcă odată declarată valabilitatea normei ar fi decisivă pentru întrebarea finală de ordin moral: „Trebuie să se dea ascultare acestei norme juridice?”. Cu siguranță, atunci când se folosește, în mod sinistru, sloganul „dreptul este drept” sau distincția dintre drept și morală, răspunsul cu adevărat liberal este „Foarte bine, dar aceasta nu răspunde la întrebare. Dreptul nu este moralitate, nu-l lăsați să înlocuiască moralitatea”.

Totuși, nu suntem pradă unei simple discuții academice privind evaluarea pledoariei lui Radbruch în favoarea revizuirii distincției dintre drept și morală. După război, concepția lui Radbruch despre drept, în sensul că ar conține, în sine, principiul moral esențial al umanitarismului, a fost aplicată în practică de tribunalele germane, în anumite cazuri în care au fost pedepsiți criminali de război, spioni și informatori ai regimului nazist. Importanța specială a acestor cazuri constă în faptul că persoanele acuzate de aceste crime au susținut că ceea ce au făcut nu era ilegal în baza legilor regimului în vigoare în momentul săvârșirii faptelor respective. Acestei susțineri i-a fost dată replica că legile pe care s-au bazat nu erau valabile deoarece erau contrare principiilor fundamentale ale moralității. Permiteți-mi să mă refer pe scurt la unul dintre aceste cazuri:⁴⁴.

În 1944, o femeie, dorind să scape de bărbatul său, l-a denunțat autorităților pentru pronunțarea, când era acasă, în permisie din armata germană, remarci pline de insulte la adresa lui Hitler. Nevasta nu avea nicio obligație juridică de a raporta faptele soțului, deși vorbele acestuia încălcau în aparență legile care considerau ilegale declarațiile făcute împotriva guvernului celui de-al treilea Reich sau care, în orice mod, ar fi adus atingere apărării militare a poporului german. Soțul a fost arestat și condamnat la moarte, aparent în baza acestor legi, dar nu a fost executat, ci trimis pe front. În 1949, soția a fost pusă sub urmărire penală de către o instanță din Germania de Vest pentru comiterea unei infracțiuni pe care am descrie-o ca privarea ilegală de libertate a unei persoane (*rechtswidrige Freiheitsberaubung*). Aceasta era pedepsită ca infracțiune de Codul penal german din 1871, care a rămas în vigoare, fără întrerupere, de la adoptarea sa. Soția a invocat faptul că întemnițarea soțului ei a avut loc în virtutea legilor naziste și deci ea nu ar fi comis nicio infracțiune. Curtea de apel care a judecat cazul în ultimă instanță a decis că soția se făcea vinovată de cauzarea privării de libertate a soțului ei prin denunțul făcut în fața curților germane, chiar dacă acesta a fost condamnat de o curte pentru a fi violat legea, deoarece legea, în cuvintele curții, „era contrară conștiinței sănătoase și simțului dreptății prezent în toate ființele umane decente”. Acest raționament a fost urmat în multe cazuri care au fost aclamate ca reprezentând triumful doctrinei dreptului natural și ca semnalând detronarea pozitivismului. Satisfacția fără discernământ față de un astfel de rezultat

⁴⁴ Decizia din 27 iulie 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristern-Zeitung* 105 (Germania 1950), 64 *Harv. L. Rev.* 1005 (1951); a se vedea *Wolfgang Friedmann*, *Legal Theory* 457 (ed. a III-a, 1953).

îmi pare isterie. Mulți dintre noi pot aplauda obiectivul – acela de a pedepsi o femeie pentru un act extrem de imoral – dar acesta a fost realizat doar declarând că o lege adoptată în 1934 nu avea forță juridică, și măcar înțelepciunea unei astfel de abordări ar trebui pusă la îndoială. Desigur, mai existau două alte alegeri. Una era ca femeia să rămână nepedepsită; putem simpatiza cu și subscrie punctului de vedere că acesta ar putea să fi fost un lucru rău. Cealaltă era de a înfrunța problema că, dacă femeia trebuie pedepsită, aceasta ar trebui să aibă loc în baza introducerii unei legi retroactive în mod explicit și cu conștiința deplină a ceea ce era sacrificat prin asigurarea pedepsei sub această formă. Oricât de odioasă este legislația și pedeapsa penală retroactivă, alegerea ei în mod deschis în acest caz ar fi avut cel puțin meritul onestității. Ar fi clarificat faptul că pedepsirea femeii implica alegerea între două rele, acela de a o lăsa nepedepsită și acela de a sacrifica un principiu prețios al moralității, asumat de majoritatea sistemelor juridice. Desigur, dacă am învățat ceva din istoria moralei este că ceea ce trebuie făcut într-un impas de ordin moral este să nu îl ascunzi. Ocaziile pe care ni le impune viața pentru a alege dintre două rele pe cel mai mic trebuie înșfăcate, precum urzicile, cu conștiința că sunt ceea ce sunt. Viciul folosirii principiului că, în anumite situații-limită, ceea ce este complet imoral nu poate fi lege sau legal, este acela că va ascunde adevărata natură a problemelor cu care ne confruntăm și va încuraja optimismul romantic că toate valorile pe care le prețuim se vor aranja în cele din urmă într-un singur sistem, că niciuna nu va trebui sacrificată sau compromisă pentru a o apăra pe alta:

„Toată discordia armonie neînțeleasă
Tot răul parțial bine universal”.

Desigur aceasta este fals, la fel cum este nesinceră orice formulare a problemei noastre care ne permite să descriem tratarea dilemei de parcă ar avea caracterul unui caz obișnuit.

Probabil pare că acordăm prea mare importanță formelor, și chiar cuvintelor, pentru a sublinia un anumit mod de a rezolva acest caz dificil, spre deosebire de altul care ar fi putut duce, cel puțin în ceea ce o privește pe femeie, la același rezultat. De ce trebuie să dramatizăm diferența dintre ele? Putem pedepsi femeia în baza unei noi legi retroactive și să declarăm explicit că facem ceva contrar propriilor noastre principii, dat fiind că este cel mai mic dintre două rele; sau putem permite ca acest caz să fie decis ca unul în care nu arătăm, în mod precis, unde sacrificăm un astfel de principiu. Dar onestitatea nu este doar una dintre multiplele virtuți minore ale administrării legii, cum nu este doar o virtute minoră a moralității. Căci, dacă adoptăm punctul de vedere al lui Radbruch și împreună cu el și cu curțile germane protestăm împotriva legii rele afirmând că anumite norme nu pot fi drept pentru că sunt inechitabile sub aspect moral, confundăm una dintre formele de critică morală cele mai puternice (pentru că este cea mai simplă). Dacă e să vorbim limpede împreună cu utilitariștii, spunem că legile pot reprezenta un drept care este însă prea rău ca să fie respectat. Aceasta este o condamnare morală care poate fi înțeleasă de oricine și care pretinde în mod imediat și evident atenție morală. Dacă, pe de altă parte, ne formulăm obiecția afirmând că aceste lucruri rele nu sunt drept, aceasta este o afirmație pe care multe persoane nu o cred și care, în eventualitatea în care aceste persoane ar fi dispuse să o ia în discuție, ar părea să ridice o serie întreagă de probleme filosofice

înainte de a putea fi acceptată. Deci, probabil cea mai importantă și singura lecție de învățat din această formă de negare a distincției utilitariștilor este cea pe care utilitariștii erau cel mai preocupați să o predea: când dispunem de resursele ample ale unui discurs clar nu trebuie să prezentăm critica morală a instituțiilor sub formă de percepție ale unei filosofii discutabile.

V. M-am străduit să arăt că, în ciuda a tot ce s-a învățat și experimentat de când au scris utilitariștii și în ciuda defectelor care afectează alte părți ale doctrinei lor, protestul lor împotriva confuziei între ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie dreptul are atât o valoare morală, cât și una intelectuală. Totuși, se poate spune la fel de bine că, deși distincția este valabilă și importantă atunci când este aplicată oricărei legi particulare dintr-un sistem, este cel puțin amăgitoare dacă încercăm să o aplicăm *dreptului*, adică noțiunii de sistem juridic și că dacă insistăm, așa cum am făcut-o eu, asupra adevărului îngust (sau truism), ascundem un adevăr mai larg (sau mai profund). În fond, se poate spune că am învățat că există o mulțime de lucruri care nu sunt adevărate în cazul legilor luate separat, dar care sunt adevărate și importante într-un sistem juridic considerat ca un întreg. De exemplu, legătura dintre drept și sancțiuni și între existența dreptului și *eficacitatea* sa trebuie înțelese în acest sens mai general. Cu siguranță, nu se poate susține (fără a extinde în mod disperat cuvântul *sanctiune* sau restrânge în mod artificial cuvântul *drept*) că fiecare lege dintr-un sistem juridic național trebuie să aibă o sancțiune, dar este cel puțin plauzibil să se susțină că un sistem juridic, pentru a fi un sistem juridic, trebuie să ofere sancțiuni pentru unele din normele sale. De asemenea, se poate spune că o normă juridică există chiar dacă este aplicată și respectată doar într-un număr minor de cazuri, dar asta nu s-ar putea spune și despre un sistem juridic în întregul său. Probabil că diferențele în privința legilor luate separat și a sistemului juridic luat ca întreg sunt valabile și în cazul legăturii dintre concepțiile morale (sau de alt tip) privind ceea ce ar trebui să fie dreptul și dreptul în acest sens larg.

Această linie de argumentare, găsită (cel puțin în formă embrionară) la Austin, atunci când atrage atenția asupra faptului că fiecare sistem juridic dezvoltat conține anumite noțiuni fundamentale care sunt *necesare* și „înrădăcinate în natura obișnuită a oamenilor”⁴⁵, merită dezvoltată – până la un punct – și voi spune pe scurt de ce și până unde.

Trebuie să evităm, dacă putem, pierderile aride implicate de o definiție nepotrivită, căci, în legătură cu un concept cu multiple fațete și vag, ca acela de sistem juridic, disputele legate de caracterul *esențial* sau necesitatea pentru întreg a fiecărui element în parte încep să semene repede cu niște dispute legate de întrebarea dacă șahul ar putea fi „șah” în cazul în care s-ar juca fără pionii. Există dorința, care poate fi înțeleasă, de a trece direct la întrebarea dacă un sistem juridic, pentru a fi un sistem juridic, trebuie să se afle la înălțimea unui standard moral sau unul de alt fel, în baza unor simple declarații de fapt: de exemplu, că nici un sistem care a eșuat complet în această privință nu a existat vreodată sau nu a putut dăinui; că presupunerea, de obicei confirmată, că un sistem juridic tinde spre o anumită formă de justiție afec-

⁴⁵ *John Austin*, Use of the Study of Jurisprudence, în *The Province of Jurisprudence Determined* 365, 373, 367-69 (Ed. Library of Ideas, 1954).

tează întregul mod de interpretare a normelor specifice în cazurile particulare, iar dacă această presupunere, de obicei confirmată, nu ar fi confirmată, nimeni nu ar avea niciun motiv să se supună cu excepția fricii (și probabil nu aceea) și cu atât mai puțin, desigur, nicio obligație de a se supune. Legătura dintre drept și standardele morale și principiile justiției este, din acest motiv, la fel de puțin arbitrară și la fel de *necesară* precum legătura dintre drept și sancțiuni, iar analiza chestiunii dacă această necesitate este logică (parte a *sensului* dreptului) sau pur și simplu factuală sau causală, poate fi lăsată, fără grijă, în seama filosofilor, ca o distracție inocentă.

Totuși, aș vrea să merg mai departe în două privințe (chiar dacă aceasta implică folosirea unei fantezii filosofice) și să arăt, în mod inteligibil, ce se poate înțelege prin afirmația că anumite prevederi ale sistemului juridic sunt *necesare*. Lumea în care trăim și noi, cei care trăim în ea, putem să ne schimbăm într-o bună zi în multe feluri; iar dacă această schimbare este suficient de radicală, anumite declarații de fapt care acum sunt adevărate vor putea fi false și invers, iar o serie de moduri de gândire și de vorbire care constituie aparatul nostru conceptual în momentul de față, prin care privim lumea și ne privim reciproc, ar deveni desuete. Să ne gândim numai cum întreaga noastră viață socială, morală și juridică, așa cum o înțelegem acum, depinde de faptul contingent că, deși corpurile noastre se transformă sub aspectul formei, mărimii și a altor proprietăți fizice, aceasta nu se întâmplă atât de drastic, nici cu rapiditatea și iregularitatea argintului viu încât să nu-l putem identifica pe fiecare cu același individ care persistă de-a lungul unui interval de timp considerabil. Deși acesta poate fi doar un fapt contingent ce s-ar putea schimba într-o zi, în prezent se bazează pe el structuri enorme ale gândirii noastre și principii de acțiune și de viață socială. Asemănător, considerați următoarea posibilitate (nu doar pentru că este mai mult decât o posibilitate, ci pentru că destăinuie motivul pentru care percepem anumite lucruri ca fiind necesare într-un sistem juridic și ce înțelegem prin aceasta): să presupunem că oamenii ar deveni invulnerabili la atacul din partea altora, ar fi înveșmântați probabil ca și un gigant crab de uscat cu o carapace impenetrabilă și ar putea extrage hrana de care au nevoie din aer prin vreun proces chimic intern. În astfel de circumstanțe (ale căror detalii pot fi lăsate pe seama științifico-fantasticului), normele care interzic libera folosință a violenței și normele care constituie o formă minimă de proprietate – cu drepturi și obligații suficiente pentru a face posibilă creșterea hranei și retenția acesteia până să fie mâncată – nu ar avea același statut, necesar și non-arbitrar, pe care îl au pentru noi, constituiți, așa cum suntem, într-o lume ca a noastră. În prezent, și până când vor interveni astfel de schimbări radicale, astfel de norme sunt atât de fundamentale încât, dacă nu cumva un sistem juridic nu le-ar poseda pe acestea, ar avea vreun sens să mai aibă vreun alt fel de norme. Astfel de norme se suprapun principiilor morale de bază, interzicând homicidul, violența și furtul; astfel, declarației factuale că toate sistemele juridice coincid de fapt cu moralitatea în privința acestor aspecte atât de esențiale, îi putem adăuga declarația că, în acest sens, este necesar să se întâmple așa. Și de ce să nu o numim o necesitate *naturală*?

Desigur, chiar și asta depinde de faptul că, întrebându-ne ce conținut trebuie să aibă un sistem juridic, considerăm că această întrebare merită să fie pusă doar dacă noi, cei care o punem, împărtășim umilul obiectiv al supraviețuirii în proximitatea

apropiată a semenilor noștri. Totuși, teoria naturală a dreptului, sub toate înfățișările sale proteice, încearcă să împingă argumentul mult mai departe și să afirme că ființele umane sunt la fel de devotate și unite în privința conceperii unor obiective (căutarea cunoașterii, justiția în raport cu semenii lor) diferite de cel privind supraviețuirea, iar acestea dictează sistemului juridic alte conținuturi necesare (dincolo și deasupra minimului meu umil) fără de care nu ar avea sens. Desigur, trebuie să fim atenți să nu exagerăm diferențele dintre ființele umane, dar mi se pare că deasupra acestui minim scopurile pe care și le propun oamenii pentru a trăi în societate sunt mult prea conflictuale și diferite pentru a permite extinderea argumentului că ar fi *necesară*, în acest sens, o suprapunere mai completă a normelor juridice și standardelor morale.

Merită să acordăm atenție și unui alt aspect al problemei. Dacă atribuim unui sistem juridic înțelesul minim că el este alcătuit în mod necesar din norme generale – atât în sensul că se referă la anumite linii de conduită și nu la acțiuni individuale, cât și în acela că se referă la o multitudine de persoane, și nu la indivizi luați separat – acest înțeles sugerează principiul conform căruia cazurile similare sunt tratate în același mod, deși criteriile de determinare ale similitudinii dintre cazuri sunt, până acum, doar elementele generale specificate în norme. Totuși, este adevărat că *unul dintre* elementele esențiale ale conceptului de justiție este principiul conform căruia cazurile asemănătoare sunt tratate în același mod. Aceasta este justiția aferentă administrării dreptului, nu justiția aferentă dreptului. Deci există, în însăși noțiunea de drept format din norme generale, ceva ce ne împiedică să o tratăm ca și cum ar fi complet neutră sub aspect moral, lipsită de vreun contact necesar cu principiile morale. Din acest motiv, justiția procedurală naturală constă din acele principii de obiectivitate și imparțialitate în administrarea dreptului care implementează doar acest aspect al dreptului și care sunt concepute pentru a asigura aplicarea normelor doar la cazurile care cad într-adevăr sub incidența normei sau care, cel puțin, minimizează riscurile de inegalitate în acest sens.

Aceste două motive (sau scuze) pentru a vorbi de anumite suprapuneri între standardele juridice și morale ca fiind necesare și naturale, desigur, nu sunt capabile să-i mulțumească pe cei care sunt efectiv deranjați de insistența utilitariștilor sau *pozitivistilor* asupra distincției dintre drept și morală. Aceasta se datorează faptului că un sistem juridic care îndeplinește aceste cerințe minime ar putea aplica, cu cea mai pedantă imparțialitate în privința persoanelor afectate, legi oribile de opresive și poate refuza unei vaste populații înrobite și lipsite de drepturi beneficiile minime ale protecției față de violență și furt. În fond, simțim încă în nări duhoarea unor astfel de societăți și afirmația că acestea nu au (sau nu au avut) un sistem juridic ar însemna doar repetarea argumentului. Doar dacă normele nu ar reuși să ofere oricui – inclusiv unui grup deținător de sclavi – aceste beneficii esențiale și protecție, s-ar considera că nu este atins minimul, iar sistemul s-ar scufunda la rangul de set de tabuuri fără sens. Desigur, nimeni dintre cei cărora le-au fost refuzate acele beneficii nu ar avea vreun motiv de obediență în fața legii cu excepția fricii și ar avea pe deplin un motiv moral pentru a se revolta.

VI. Nu ar fi onest dacă, în concluzie, nu aș aborda ceea ce suspectez că îi măhnește cel mai mult pe cei care reacționează puternic împotriva *pozitivismului juridic*.

Se poate considera că accentuarea distincției dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie depinde de, și implică, ceea ce se cheamă teorii *subiectiviste* și *relativiste* sau *non-cognitive* privind însăși natura judecăților morale, a distincțiilor morale, sau a *valorilor*. Desigur chiar utilitariștii (spre deosebire de pozitivistii care le-au urmat, precum Kelsen) nu au simpatizat cu niciuna dintre aceste teorii, oricât de nesatisfăcătoare ni s-ar părea azi filosofia lor morală. Austin a considerat că principiile morale finale erau ordinele lui Dumnezeu, pe care le cunoaștem prin intermediul revelației, sau al unui *index* de utilitate, iar Bentham le-a considerat afirmații verificabile despre utilitate. Totuși, consider (deși nu pot să o dovedesc) că insistența asupra distincției dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie a fost confundată, sub antetul generic al *pozitivismului*, cu o teorie morală în baza căreia declarațiile privind ceea ce este prezent („declarații de fapt”) aparțin unei categorii sau tip radical diferit de declarațiile privind ceea ce ar trebui să fie („declarații de valoare”). Ar fi, deci, bine-venit ca această sursă de confuzie să fie înlăturată.

Există multe variante contemporane ale acestui tip de teorie morală: conform unora, judecățile privind ceea ce ar trebui să fie, sau ar trebui să fie făcut, fie sunt, fie includ ca elemente esențiale, expresii legate de *sentiment*, *emoție* sau *atitudini* sau *preferințe subiective*; pentru alte teorii morale, astfel de judecăți exprimă sentimente sau emoții sau atitudini și totodată impun celorlalți să le împărtășească. În alte variante, astfel de judecăți indică faptul că un caz particular cade sub incidența unui principiu general sau a unei politici de acțiune pe care vorbitorul a *ales-o* sau față de care „și-a luat un angajament” și care nu reprezintă, în sine, o recunoaștere a ceea ce este prezent, ci este analogă unui *imperativ* general sau unei comenzi adresate tuturor, inclusiv vorbitorului. Ceea ce au în comun toate aceste variante este insistența asupra faptului că judecățile privind ceea ce ar trebui să fie făcut, dat fiind că conțin atâtea elemente non-cognitive, nu pot fi susținute sau stabilite prin metode raționale, cum este cazul declarațiilor de fapt, și nu se poate demonstra că rezultă din vreo declarație de fapt, ci doar din alte judecăți privind ceea ce ar trebui făcut, împreună cu o anumită declarație de fapt. În baza unei astfel de teorii nu putem demonstra, de exemplu, că o anumită acțiune a fost greșită, că nu ar fi trebuit efectuată, arătând pur și simplu că consta în provocarea unei suferințe în mod deliberat, doar pentru gratificarea agentului. Demonstrăm că este greșită doar dacă adăugăm acestor declarații de fapt *cognitive* verificabile un principiu general care, în sine, nu este verificabil sau *cognitiv*, conform căruia provocarea unei suferințe în astfel de circumstanțe este greșită, nu ar trebui să aibă loc. Alături de această distincție generală, între declarațiile privind ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie, regăsim riguros paralele distincțiile între declarațiile privind mijloacele și declarațiile privind scopurile morale. În mod rațional, am putea descoperi și discuta care sunt mijloacele cele mai potrivite pentru atingerea unui anumit scop, dar scopurile nu pot fi descoperite sau dezbătute în mod rațional; acestea sunt *ordine ale voinței*, expresii ale *emoțiilor*, *preferințelor* sau *atitudinilor*.

Împotriva tuturor acestor puncte de vedere (care desigur sunt mult mai subtile decât ceea ce poate transmite această frustră trecere în revistă), alții susțin că ar fi greșită distincția drastică dintre este și ar trebui, dintre fapt și valoare, dintre mijloace și scopuri, dintre cognitiv și non-cognitiv. Admițând scopurile finale sau valorile

morale, recunoaștem ceva care ne este impus de caracterul lumii în care trăim, ceva care nu reprezintă o alegere, o atitudine, un sentiment, o emoție, așa cum nici adevărul judecăților factuale despre ce este prezent nu reprezintă niciuna dintre acestea. Argumentul moral tipic nu este unul în care părțile trebuie să se limiteze la a exprima sau a aprinde sentimente sau emoții sau la a-și da povețe sau comenzi una alteia, ci unul prin care părțile ajung, în baza unei examinări și reflecții amănunțite, la concluzia că un caz disputat inițial cade sub incidența unui principiu vag întrevăzut (care la rândul lui nu este mai *subiectiv*, mai *ordin al voinței* decât orice alt principiu de calificare), și acesta este la fel de mult îndreptățit să fie numit *cognitiv* sau *rațional* precum orice altă calificare a unor cazuri concrete inițial disputată.

Să presupunem, acum, că acceptăm această respingere a teoriilor *non-cognitive* ale moralității și a negării distincției drastice referitoare la tipurile de declarații privind ceea ce este și ceea ce ar trebui să fie, și că judecățile morale pot fi apărute la fel de rațional ca orice alt fel de judecăți. Ce rezultă din aceasta cu privire la natura legăturii dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie? Desigur, nu rezultă nimic. Legile, oricât de inechitabile din punct de vedere moral, ar fi în continuare legi (în măsura în care ne privește acest aspect). Singura diferență care ar rezulta din acceptarea acestui punct de vedere privind natura judecăților morale ar fi că inechitatea morală a unor astfel de legi ar fi ceva ce s-ar putea demonstra; cu siguranță din simpla afirmare a ceea ce impune o normă ar rezulta că norma este greșită din punct de vedere moral și deci nu ar trebui să fie drept sau, invers, că era oportună din punct de vedere moral și deci ar trebui să fie drept. Dar demonstrarea acestui aspect nu ar arăta că norma nu este (sau este) drept. Dovada că principiile prin care evaluăm sau condamnăm legile pot fi descoperite în mod rațional, și nu sunt doar *ordine ale voinței* nu afectează faptul că există legi care pot avea un grad înalt de inechitate sau de prostie și care să fie totuși legi. Și invers, există norme care au toate calitățile morale pentru a fi legi și totuși nu sunt legi.

Desigur, trebuie să dezvoltăm argumentul sau să fim mai specifici dacă considerăm că dezaprobarea *non-cognitivismului* sau a teoriilor asemănătoare în domeniul eticii ar avea vreo relevanță asupra distincției dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie, și ar conduce la un moment dat la abandonarea sau la slăbirea acestei distincții. Nimeni nu a clarificat această linie de argumentare mai bine decât profesorul Lon Fuller de la Harvard Law School în numeroasele sale scrieri, iar eu voi încheia prin a critica ceea ce consider că ar fi argumentul său central. Este vorba de un aspect care apare din nou atunci când luăm în discuție nu normele juridice sau părți ale normelor juridice al căror înțeles este clar și care nu provoacă nicio discuție, ci când ne gândim la interpretarea normelor în cazuri concrete, în care există îndoieli de la început și se dezvoltă apoi argumente privind sensul acestor norme. Niciun sistem juridic nu restrânge sfera de aplicare a normelor juridice la seria situațiilor concrete care erau prezente sau se crede că ar fi fost prezente în mintea legislatorilor; într-adevăr aceasta este una dintre diferențele importante între o normă juridică și un ordin. Totuși, atunci când se recunoaște că normele se aplică unor situații care se află dincolo de orice a fost sau ar fi putut fi avut în vedere de legislatori, extinderea lor la astfel de cazuri noi se prezintă deseori nu ca o alegere deliberată sau ca un ordin din partea celor care interpretează astfel norma. Nu apare nici ca o decizie de a da normei

un înțeles nou sau extins, nici ca o bănuială a ceea ce legislatorii, morți probabil în secolul al optsprezecelea, ar fi spus dacă ar fi fost vii în secolul douăzeci. Mai degrabă, includerea noului caz sub incidența normei are loc ca o elaborare naturală a normei, ca ceva care implementează un *scop* care pare a fi atribuit în mod natural (într-un anumit sens) normei înseși, mai degrabă decât oricărei persoane particulare, moartă sau vie. Descrierea pe care o fac utilitariștii acestei extensii interpretative a vechilor norme la cazuri noi, numind-o legiferare judiciară, nu scoate în evidență acest fenomen; nu dă nicio indicație cu privire la diferențele dintre un ordin deliberat sau decizia de a trata un caz nou în același fel ca și un caz din trecut și recunoașterea (în care regăsim puține aspecte care să fie deliberate sau chiar voluntare) că includerea unui caz nou sub incidența unei norme va implementa sau articula un scop continuu și identic, până acum prea puțin perceput.

Probabil mulți avocați și judecători vor regăsi în acest limbaj ceva ce corespunde cu precizie experienței lor; alții o vor considera o spoială romantică a faptelor mai bine afirmate în limbajul utilitarist al *legiferării* judiciare sau în terminologia americană modernă a *alegerii creative*.

Pentru a fi mai clar, profesorul Fuller folosește un exemplu nejuridic al filosofului Wittgenstein care, după părerea mea, este edificator:

„Cineva îmi spune: «Arată copiilor un joc». I-am învățat să joace zaruri iar celălalt a spus «Nu mă refeream la astfel de jocuri». Trebuia ca excluderea jocului cu zaruri să-i fi trecut prin minte înainte de a-mi da ordinul?»⁴⁶

Mi se pare că acest exemplu subliniază ceva important. Probabil se pot distinge următoarele aspecte: În primul rând, în mod normal interpretăm nu doar ceea ce oamenii încearcă să facă, dar și ceea ce spun, prin prisma obiectivelor asumate în mod obișnuit de oameni, astfel încât, dacă contrariul nu ar fi indicat în mod explicit, nu am interpreta instrucțiunea de a arăta un joc unui copil ca pe un mandat de a-l iniția în jocuri de noroc, deși în alte contexte cuvântul *joc* ar fi interpretat în mod natural în acest fel. În al doilea rând, adesea vorbitorul ale cărui cuvinte sunt interpretate în acest fel poate spune: „Da, la asta m-am referit (sau «la asta m-am referit tot timpul»), deși nu m-am gândit la asta până nu m-ai pus în fața acestei situații particulare”. În al treilea rând, când recunoaștem, probabil în urma unei argumentări sau consultări cu alții, că un anumit caz specific pe care nu l-am avut în vedere anterior intră în sfera de aplicare a unei instrucțiuni exprimate vag ni se poate părea greșită descrierea acestui fenomen ca o simplă decizie care viza cazul particular și ni se pare că putem descrie aceasta în mod exact numai spunând că ne-am dat seama și am articulat ceea ce vrem *cu adevărat* sau *adevăratul nostru scop* – fraze pe care profesorul Fuller le folosește ulterior în același articol⁴⁷.

Sunt convins că multe dintre discuțiile filosofice asupra caracterului argumentului moral ar avea de beneficiat de pe urma atenției acordate unor cazuri de genul celui invocat de profesorul Fuller. O astfel de atenție ar ajuta la corectarea opiniei că există o separație drastică între *scopuri* și *mijloace* și că în privința dezbaterii *scopurilor* ne raportăm unii la alții în mod non-rațional, iar argumentarea rațională este rezervată

⁴⁶ Lon L. Fuller, Human Purpose and Natural Law, 53 J. Philos., 697, 700 (1956).

⁴⁷ Idem, 701, 702.

discutării *mijloacelor*. Dar cred că relevanța argumentului său pentru chestiunea dacă este corect sau înțelept să se insiste asupra distincției dintre dreptul existent și dreptul care ar trebui să fie este într-adevăr minoră. Efectul său net este acela că în interpretarea normelor juridice există anumite cazuri pe care prin reflecție le descoperim a fi elaborări sau articulări naturale ale normei respective, astfel încât ar fi greșit să ne gândim și să denumim aceasta *legislație*, *legiferare* sau *ordin*. Argumentul trebuie să fie, deci, că ar fi greșit să distingem în astfel de cazuri între ceea ce este norma și ceea ce ar trebui să fie – cel puțin într-un anumit sens al lui *a trebui*. Considerăm că ar trebui să includă un nou caz și vedem, în urma unei reflecții, că, într-adevăr, îl include. Dar, chiar dacă acceptăm acest mod de prezentare a unei experiențe recognoscibile sub forma exemplului unei fuziuni între este și trebuie, trebuie să avem în vedere două avertismente. Primul este că *trebuie*, în acest caz, nu are nimic de-a face cu morala din motivele explicate deja în secțiunea III: poate doar să aibă aceeași semnificație că un nou caz va implementa și va articula scopul unei norme în interpretarea normelor unui joc sau ale vreunui cod opresiv imoral și oribil, a cărui imoralitate este apreciată de cei chemați să-l interpreteze. Și ei pot să vadă ceea ce *spiritul* jocului pe care îl joacă cere în cazuri care nu au fost avute în vedere anterior. Mai important: după ce a fost spus și făcut totul, trebuie să ne amintim cât de rar apare în drept fenomenul despre care se consideră că ar justifica acest mod de a vorbi, cât de excepțional este acest sentiment că un anumit mod de a soluționa un caz ne este impus ca fiind singura elaborare naturală sau rațională a unei norme. Desigur, nu poate fi pus la îndoială că, în majoritatea cazurilor de interpretare, limbajul alegerii între alternative, *legiferare judiciară* sau chiar *ordin* (nu însă și ordin arbitrar), transmite mai bine realitățile care caracterizează situația.

În cadrul trasat de un drept relativ bine stabilit se înghesuie prea multe alternative, prea asemănător de atrăgătoare, printre care judecătorul și avocatul trebuie să-și croiască drum, în mod nesigur, alegând limbajul potrivit, care ar putea descrie cel mai bine experiențele pe care le avem în cursul interpretării principiilor noastre sau ale altora privind conduita, intenția sau dorințele, atunci când nu suntem conștienți că exercităm o alegere deliberată, ci mai degrabă credem că recunoaștem ceva ce așteptăm recunoaștere. Folosirea, în interpretarea legilor, a terminologiei sugerate referitoare la fuziune sau incapacitatea de a separa ceea ce este dreptul și ceea ce ar trebui să fie, va servi (la fel ca teoriile anterioare, conform cărora judecătorii doar găsesc, dar nu creează niciodată dreptul) doar pentru a ascunde faptele, pentru a ascunde că trăim printre incertitudini între care trebuie să alegem și că dreptul existent impune doar limite alegerii noastre, dar nu și alegerea însăși.