

Lon L. FULLER

Pozitivism și fidelitate față de drept – o replică dată profesorului Hart¹

Reformulând problema „dreptului și moralei” în termeni de „ordine” și „ordine bună”, profesorul Fuller îl critică pe profesorul H.L.A. Hart, reproșându-i că ar fi ignorat „moralitatea internă a ordinii”, necesară creării oricărui drept. Apoi respinge teoria profesorului Hart privind interpretarea textelor normative, pe motiv că în interpretare urmărim obiectivele prevederilor în ansamblul lor, mai degrabă decât înțelesul unor cuvinte individuale care ar acoperi „cazuri standard”².

Profesorul Hart a adus o contribuție durabilă la literatura filosofiei juridice. Mă îndoiesc că problemele pe care le abordează vor mai lua vreodată forma pe care au avut-o înainte de-a fi atinse de capacitățile sale analitice. Argumentul său nu constă în simpla reafirmare a lui Bentham, Austin, Gray și Holmes. Opiniile lor dobândesc în expunerea sa o nouă claritate și o nouă profunzime, care i se datorează profesorului Hart.

Trebuie să mărturisesc că la prima confruntare cu ideile din eseul profesorului Hart mi s-a părut că argumentul său este afectat de o profundă contradicție internă. Pe de-o parte, el respinge categoric orice confuzie între „ceea ce este” și „ceea ce ar trebui să fie”. Nu tolerează nici o „fuziune” între drept și concepțiile despre ceea ce ar trebui să fie dreptul, ci cel mult o „intersecție” antiseptică. Pare să implice că ideea că o comunicare inteligibilă pe tema oricărui subiect devine imposibilă în cazul în care este incert dacă vorbim despre „ceea ce este” sau despre „ceea ce ar trebuie să fie”. Totuși, tocmai această incertitudine cu privire la însuși argumentul profesorului Hart a făcut să fie atât de dificil să-i urmăresc șirul ideilor. Uneori, pare să spună că distincția între drept și morală există și va continua să existe, oricum am vorbi despre ea. Exprimă o realitate pe care, ne place sau nu, trebuie să o acceptăm dacă vrem să evităm să vorbim fără sens. Alteori pare să ne avertizeze că însăși realitatea distincției este în pericol și că dacă nu ne revizuim modul de a gândi și de a vorbi, am putea pierde un „ideal moral prețios”, acela al fidelității față de drept. Cu alte cuvinte, nu este clar dacă în însăși gândirea profesorului Hart distincția dintre drept și morală „există” pur și simplu sau este ceva care „ar trebui să fie” și atunci ar trebui să i ne alăturăm pentru a o crea și a o menține.

¹ Articolul a fost publicat în *Harvard Law Review*, vol. 71, nr. 4 (februarie 1958), p. 630-672. Traducere de Larisa Dragomir și Lucian Bojin, sub îndrumarea lui Valentin Constantin (n.tr.).

² Comentariul introductiv aparține redacției *Harvard Law Review* (n.tr.).

Acestea erau nelămuririle pe care le-am avut în legătură cu argumentul profesorului Hart atunci când l-am întâlnit prima dată. Dar, reflectând, sunt sigur că orice critică a eseului său pe motiv că ar fi auto-contradictoriu ar fi nedreaptă și neprofitabilă. Nu există nici o rațiune pentru care argumentul separației stricte între drept și morală nu s-ar putea baza pe dublul motiv că această separație aduce atât claritate intelectuală cât și integritate morală. Dacă există anumite dificultăți în concilierea acestor două linii de gândire, aceste dificultăți afectează și poziția celor care resping opiniile lui Austin, Gray și Holmes. Cei dintre noi care găsim că poziția „pozitivistă” este inacceptabilă ne bazăm argumentul pe dublul motiv că claritatea sa intelectuală ar fi specioasă, iar efectele sale sunt, sau pot fi, dăunătoare. Pe de-o parte susținem, de exemplu, că definiția dată dreptului de Austin încalcă realitatea pe care pretinde să o descrie. Fiind falsă, nu poate să contribuie în mod efectiv la ceea ce Kelsen numește „un scop al cunoașterii”. Pe de altă parte, afirmăm că în anumite condiții aceeași concepție asupra dreptului poate deveni periculoasă, deoarece în relațiile interumane ceea ce oamenii acceptă în mod greșit ca fiind real tinde să devină real prin însăși actul acceptării.

Faptul că, pentru prima dată, argumentul profesorului Hart deschide calea unui schimb de idei cu adevărat profitabil între susținătorii unor poziții diferite în privința distincției dintre drept și morală reprezintă un merit cardinal. Cele două tabere opuse nu s-au confruntat cu adevărat până acum. Pe de-o parte, avem de-a face cu o serie de excluderi prin intermediul definițiilor. O normă juridică este – adică, este într-adevăr și pur și simplu și întotdeauna – comanda unui suveran, o normă elaborată de un judecător, o previziune în legătură cu intervenția forței de constrângere a statului, un tipar al comportamentului oficial etc. Când întrebăm cărui scop îi servesc aceste definiții, primim răspunsul „Nici unui scop, cu excepția aceluia de a descrie amănunțit realitatea socială care corespunde cuvântului ‚drept’”. Când replicăm „dar mie nu mi se pare că este așa”, ni se răspunde „Ei bine, mie mi se pare”. Și discuția se oprește aici.

Această stare de lucruri a fost cu totul nesatisfăcătoare pentru aceia dintre noi care sunt convinși că teoriile „pozitviste” au deformat scopurile filosofiei juridice. Lipsa noastră de satisfacție provenea nu doar din impasul cu care ne confruntam, ci din faptul că acest impas ne părea atât de puțin necesar. Pe de altă parte, tot ceea ce ne trebuia pentru a depăși acest impas era recunoașterea faptului că definițiile pozitivismului privind „ceea ce este dreptul într-adevăr” nu sunt doar simple imagini ale unor date provenind din experiență, ci indicatori de dirijare a energiilor umane. Dat fiind că această recunoaștere întârzie, impasul și frustrările continuau. Într-adevăr, nu există frustrare mai mare decât aceea de a te confrunța cu o teorie care intenționează doar să descrie, dar care, finalmente, nu numai că prescrie în mod evident dar, în plus, își datorează puterile prescriptive speciale tocmai faptului că neagă orice intenții prescriptive. Această dezbatere întunecată a fost în mod ocazional penetrată de raze de lumină, precum în cazul admiterii informale din partea lui Kelsen, pe care aparent nu a mai repetat-o, că acest întreg sistem s-ar putea baza pe o preferință emoțională în favoarea idealului de ordine, care prevalează asupra celui de justiție³.

³ Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts, 7 Zeitschrift für Öffentliches Recht 221, 248 (Austria 1927).

Dar trebuie să mărturisesc că, în general, disputa purtată în ultimii douăzeci de ani nu a fost foarte profitabilă.

Acum, prin articolul profesorului Hart, discuția ia o turnură nouă și promițătoare. Se recunoaște, de această dată în mod explicit, de către cele două părți că una dintre chestiunile principale este aceea de a stabili cum am putea defini mai bine și cum am putea servi idealul fidelității față de drept. Dreptul, fiind ceva care merită loialitate, trebuie să reprezinte o realizare umană, nu poate fi o simplă comandă al puterii sau un model repetitiv identificabil în comportamentul funcționarilor publici. Respectul pe care îl datorăm legilor umane trebuie cu siguranță să fie diferit de respectul pe care îl acordăm legii gravitației. Dacă legile, chiar și legile rele, ne pretind respectul, atunci dreptul trebuie să reprezinte un fel de indicator general pentru eforturile umane, pe care îl putem înțelege și descrie, și pe care îl putem aproba în principiu, chiar și atunci când ni se pare că își greșește ținta.

Dacă, așa cum cred, meritul principal al argumentului profesorului Hart este acela de a integra în dispută chestiunea fidelității față de drept, defectul său de căpătâi, dacă pot spune astfel, constă în faptul că nu a perceput și acceptat implicațiile pe care le aduce cu sine în mod necesar o astfel de lărgire a cadrului argumentului. Acest defect îmi pare că străbate întregul articol, dar este cel mai vizibil în discuția despre Gustav Radbruch și regimul nazist⁴. Fără a cerceta funcționarea efectivă a ceea ce a rămas din sistemul juridic sub nașiști, profesorul Hart presupune că ceva trebuie să fi persistat, ceva care merita încă denumirea de drept într-un sens care ar da o semnificație idealului fidelității față de drept. Nu susțin că profesorul Hart crede că legile naziste ar fi trebuit respectate. Mai degrabă, el crede că decizia de a nu le respecta constituia nu doar o simplă problemă de prudență sau curaj, ci o dilemă morală veritabilă în care ar trebui să sacrifice idealul fidelității față de drept în favoarea unor scopuri mai importante. Aș fi considerat imprudentă exprimarea unei astfel de judecăți în lipsa unei cercetări preliminare mai detaliate a ceea ce însemna „dreptul” în sine sub regimul nazist.

Voi prezenta mai târziu motivele pentru care consider că felul în care profesorul Hart a estimat situația nazistă este profund greșit și că, de asemenea, a înțeles foarte greșit gândirea profesorului Radbruch. Dar, întâi, mă voi referi la câteva probleme preliminare legate de definiții, în care devine imediat vizibil ceea ce consider eu că este defectul central al tezei profesorului Hart.

I. Definiția dreptului

De-a lungul întregului său eseu, profesorul Hart se aliniază unei poziții generale pe care o asociază cu numele lui Bentham, Austin, Gray și Holmes. Desigur, recunoaște că concepțiile acestora privind „ceea ce este dreptul” variază în mod considerabil, dar pare să considere această diversitate irelevantă atunci când apără curentul general de gândire căruia îi aparțin acești autori.

⁴ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 *Harvard Law Review* 593, 615-21, 1958 (Traducerea românească a apărut în *Noua Revistă de Drepturile Omului* 1/2008 – n.tr.).

Dacă singura problemă ar fi aceea a fixării unui înțeles pentru cuvântul „drept” care ar duce la o claritate intelectuală, s-ar putea justifica tratarea acestor autori ca mergând în aceeași direcție. Austin, de exemplu, definește dreptul ca fiind comanda celei mai înalte puteri legislative, numite suveran. Pentru Gray, pe de altă parte, dreptul constă în normele dezvoltate de către judecători. O lege, pentru Gray, nu este drept, ci un izvor de drept, care devine drept numai după ce a fost interpretată și aplicată de un tribunal. Dacă singurul nostru obiectiv ar fi acela de a obține acea claritate care provine din definițiile noastre explicite și din faptul că aderăm strict la aceste definiții, s-ar putea susține în mod plauzibil că fiecare concepție asupra sensului cuvântului „drept” este acceptabilă. Ambele concepții par să evite confuzia dintre drept și morală, iar ambii autori îi indică cititorului care este înțelesul pe care îl propun pentru cuvântul „drept”.

Totuși, chestiunea prezintă un cu totul alt aspect dacă suntem interesați de idealul fidelității față de drept, căci atunci poziția atribuită instanțelor judecătorești în cadrul general al guvernării poate deveni o chestiune de o importanță capitală. Confirmarea acestei observații poate fi găsită în rumoarea care poate fi auzită astăzi în această țară pe tema crizei constituționale. În ultimii ani, cititorii ziarelor au scris editorilor cerând în mod solemn, și aparent chiar cu sinceritate, să abolim Curtea Supremă ca un prim pas spre restabilirea statului de drept. Este improbabil ca acest remediu la carențele noastre de guvernământ să derive din vreun studiu profund al lui Austin sau Gray, dar cu siguranță nu se poate aștepta de la cei care îl propun să privească cu indiferență definițiile divergente ale dreptului oferite de acești doi juriști. Dacă încercarea de a extrage din scrierile lui Gray o morală aplicabilă actualelor controverse privind rolul Curții Supreme este considerată o pervertire a înțelesului lui Gray, atunci mi se pare că există la fel de multe motive pentru a trata ceea ce a scris ca irelevant în raport cu chestiunea fidelității față de drept în general.

O altă divergență de opinie între scriitorii apărați de profesorul Hart îi privește pe Bentham și Austin și punctele lor de vedere referitoare la limitările constituționale ale puterii suveranului. Bentham considera că constituția ar putea împiedica cea mai înaltă putere legislativă să emită anumite tipuri de legi. Pentru Austin, pe de altă parte, orice limită juridică impusă celei mai înalte puteri legislative ar fi o absurditate și o imposibilitate. Cum ar putea acești doi autori să îndrume conștiința în cazul unei crize care s-ar putea declanșa într-o bună zi, datorită normei din constituția noastră care prevede că puterea de revizuire nu ar putea fi folosită vreodată pentru a lipsi vreun stat, fără consimțământul acestuia, de dreptul său de a fi reprezentat în mod egal în Senat?⁵ Cu siguranță nu avem nevoie de claritate privind obligația fidelității față de drept doar în chestiunile de zi cu zi, ci în special și în mod urgent în vremurile tulburi. Dacă tot ceea ce poate oferi școala pozitivistă în astfel de vremuri este observația că, oricum ai alege să definești dreptul, este mereu ceva diferit de morală, atunci învățăturile sale nu ne sunt de mare folos.

Sugerez astfel că, așa cum ne este prezentată, teza profesorului Hart este în mod esențial incompletă și că înainte de a-și atinge țelurile pe care le urmărește va trebui

⁵ Constituția SUA, art. V.

să se preocupe mai îndeaproape de o definiție a dreptului care să dea sens obligației de fidelitate față de drept.

II. Definiția moralității

Caracteristica celor care împărtășesc punctul de vedere al profesorului Hart este că principala lor grijă este aceea de a păstra integritatea conceptului de drept. De aceea, ei au căutat în general o definiție precisă a dreptului, dar mai ales au dorit să afirme ce înțeleg să excludă din definițiile lor. Seamănă cu cei care construiesc un zid de apărare al unui sat, care trebuie să știe ce au de apărat, dar care nu știu și într-adevăr nu pot să știe căror forțe invadatoare vor trebui să le facă față.

Atunci când Austin și Gray disting dreptul de moralitate, cuvântul „moralitate” reprezintă în mod nediscriminatoriu aproape orice standard imaginabil de comportament uman care poate fi considerat ca nefiind juridic. Vocea interioară a conștiinței, noțiunile de bine și rău bazate pe credințe religioase, concepțiile comune despre decență și „*fair play*”, prejudecățile condiționate cultural – toate acestea sunt grupate sub titlul de „moralitate” și sunt excluse din sfera dreptului. În general, profesorul Hart urmează tradiția predecesorilor săi. Când vorbește despre moralitate, pare să aibă în general în vedere tot felul de noțiuni extra-juridice despre „ceea ce ar trebui să fie”, indiferent de izvoarele lor, de pretențiile lor sau de valoarea lor intrinsecă. Aceasta se observă în mod special din modul în care tratează problema interpretării, în care noțiunile necodificate a ceea ce ar trebui să fie sunt văzute ca afectând doar penumbra dreptului, lăsând neatins nucleul său dur.

Totuși, spre sfârșitul eseului, argumentul profesorului Hart ia o turnură care pare să se îndepărteze de substanța predominantă a gândirii sale. Aceasta constă în faptul că ne reamintește că există ceva care seamănă cu o moralitate imorală și că există mai multe standarde pentru „ceea ce ar trebui să fie” care cu greu ar putea fi numite morale⁶. Să presupunem, spune el, că judecătorul poate legifera corespunzător și în mod inevitabil în penumbra normelor juridice, și că această legiferare (în lipsa oricărui alt standard) poate fi ghidată de ideile judecătorului cu privire la ceea ce ar trebui să fie. Totuși, aceasta ar fi valabil și într-o societate devotată celor mai rele țeluri, în care judecătorul ar completa insuficiențele legii cu inechitățile care i s-ar părea punctual cele mai potrivite. Să presupunem, spune profesorul Hart către sfârșitul eseului său, că există uneori ceva în cadrul procesului judiciar care seamănă cu o descoperire, atunci când reformulând un principiu, judecătorul pare să pună mai clar în lumină ceea ce s-a urmărit prin normă încă de la început. El ne reamintește că aceasta s-ar putea întâmpla într-o societate devotată celor mai mari atrocități, în care efectele implicite ale unei norme rele ar putea fi o chestiune care să fie descoperită atunci când norma este aplicată unei situații care nu a fost luată în calcul în mod conștient atunci când norma a fost formulată.

Presupun că acesta se vrea a fi un avertisment adresat celor care doresc „să injecteze mai multă moralitate în drept”. Profesorul Hart le reamintește că dacă programul lor va fi adoptat, s-ar putea ca moralitatea injectată să nu le fie tocmai pe

⁶ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 624.

plac. Dacă acesta este argumentul său, cu siguranță că este unul valabil, deși ar fi dezirabil să fi fost exprimat mai explicit, dat fiind că accentuează cea mai importantă chestiune a întregului său raționament. Fiindcă observația este făcută în mod oblic s-ar putea ca eu să fi interpretat în mod greșit, și va trebui să-mi limitez comentariul la câteva observații sumare și la câteva întrebări.

În primul rând, profesorul Hart pare să presupună că scopurile rele pot avea aceeași coerență și logică internă ca și cele bune. Eu, de exemplu, refuz să accept o astfel de presupunere. Realizez că prin aceasta ridic sau poate evit chestiuni care duc la cele mai dificile probleme ale epistemologiei eticii. Chiar dacă aș fi suficient de competent ca să fac o digresiune în această direcție, nu acesta este locul potrivit. Va trebui să mă bazez pe afirmarea unei credințe care poate părea naivă, anume aceea că există mai multă afinitate între coerență și bine decât între coerență și rău. Acceptând această credință, cred de asemenea că atunci când oamenii sunt obligați să-și explice și să-și justifice deciziile prin orice standarde ale binelui, efectul ar fi acela de a împinge aceste decizii spre bine. Acceptând aceste credințe, regăsesc un grad considerabil de incongruență în orice concepție care prevede un posibil viitor în care *common law*-ul „se va purifica de la caz la caz” către o mai perfectă realizare a inechității.

În al doilea rând, dacă există un pericol real în societatea noastră ca o estompare a distincției dintre drept și morală să permită o infuzie de „morală imorală”, rămâne întrebarea care ar fi cea mai eficientă protecție împotriva unui astfel de pericol? Nu pot să cred că ar putea fi găsită în poziția pozitivistă adoptată de Austin, Gray, Holmes și Hart. Pentru că mi se pare că acești autori falsifică problema transformând-o într-o amăgitoare simplitate care lasă neatins chestiunile dificile care poartă pericole reale.

În al treilea rând, să presupunem un judecător înclinat să realizeze prin deciziile sale un obiectiv pe care majoritatea cetățenilor obișnuiți l-ar considera greșit sau rău. Ar fi oare posibil ca un astfel de judecător să suspende litera legii invocând în mod deschis un „drept mai înalt”? Sau mai degrabă este mai probabil că se va refugia în spatele maximei că „dreptul este drept” și că-și va explica decizia în așa fel încât să apară ca și cum ar fi impusă de legea însăși?

În al patrulea rând, nici profesorul Hart și nici eu nu aparținem la ceva ce ar putea fi numit „un grup minoritar” în țările noastre. Aceasta reprezintă atât avantaje, cât și dezavantaje pentru cineva care aspiră la o viziune filosofică asupra dreptului și guvernării. Dar, să presupunem că am fi amândoi transportați într-o țară în care credințele noastre ar fi considerate anateme și noi, în schimb, am considera moralitatea prevalentă în acea țară ca fiind cu totul rea. Fără dubii, în această situație am avea toate motivele să ne temem că dreptul ar fi manipulat pe ascuns în dezavantajul nostru; mă îndoiesc că vreunul dintre noi ar crede că o hotărâre ar putea fi anulată prin apelul la o moralitate plasată deasupra dreptului. Dacă am simți totuși că legea este refugiul nostru cel mai sigur, nu este oare pentru că ne bazăm pe faptul că până și în cele mai denaturate regimuri politice există o anumită ezitare în a înscrie în lege cruzimile, intoleranțele sau actele inumane? Și nu este clar că însăși această ezitare derivă, nu din separația dintre drept și morală, ci tocmai din identificarea dreptului cu acele exigențe ale moralității care sunt cele mai urgente și cel mai evident justificabile, și pe care nici un om nu se jenează să le profeseze?

În al cincilea rând, sugerez că în mai multe domenii în care funcționează procesul judiciar, pericolul unei infuzii de moralitate imorală sau, cel puțin o moralitate care nu este binevenită, nu reprezintă o problemă reală. Dimpotrivă, pericolul este tocmai opusul. De exemplu, în domeniul dreptului comercial, în ultimii ani curțile britanice au adoptat un formalism de tip „dreptul este drept”, dacă mă pot exprima astfel, care constituie un fel de contrarevoluție întârziată împotriva a ceea ce a realizat Mansfield⁷. Problema a atins proporții care se apropie de o criză, dat fiind că tot mai multe cauze comerciale sunt încredințate curților de arbitraj. Motivul principal al acestei evoluții este acela că arbitrii sunt dispuși să ia în considerare nevoile comerțului și standardele obișnuite ale corectitudinii comerciale. Realizez că profesorul Hart respinge „formalismul”, dar voi încerca să arăt mai târziu de ce cred că teoria sa duce în mod necesar în această direcție⁸.

În al șaselea rând, în gândirea multora există o întrebare care domină orice discuție privind relația dintre drept și morală, într-o asemenea măsură încât influențează orice se spune sau se aude pe această temă. Mă refer la acel tip de întrebare pusă de declarația Papei privind obligațiile judecătorilor catolici în materia divorțului⁹. Această declarație ridică într-adevăr probleme grave. Dar nu prezintă o problemă referitoare la relația dintre drept, pe de-o parte și, pe de alta, opiniile general împărtășite privind comportamentul corect care rezultă în mod spontan din experiență și discuții. Problema constă mai degrabă în conflictul dintre două declarații, care pretind ambele că ar avea autoritate; dacă vreți, este vorba de un tip de drept împotriva altuia. Când acest fel de abordare este considerat cheia spre întreaga problemă a dreptului și moralității, discuția devine atât de denaturată și distorsionată încât nu mai este posibil un schimb de opinii profitabil. Menționând acest ultim aspect al disputei despre „pozitivism”, nu intenționez să sugerez că argumentul profesorului Hart ar fi dominat de un *arrière-pensée*; știu că nu este. În același timp sunt destul de sigur că am indicat cu acuratețe problema prezentă în mințile multora dintre cititorii eseului său.

Mulțumindu-mă cu aceste câteva remarci, nu vreau să par că aș simplifica problema într-o direcție opusă celei a profesorului Hart. Întrebările ridicate de „moralitatea imorală” merită o explorare mai atentă decât cea oferită de profesorul Hart sau de mine în aceste pagini.

III. Fundamentul moral al unei ordini juridice

Profesorul Hart respinge în mod categoric „teoria dreptului ca și comandă”, conform căreia dreptul este pur și simplu o comandă susținută de o forță suficientă care să o facă efectivă. Observă că o astfel de comandă poate fi dată de un bandit aflat în posesia unei arme încărcate și că „desigur dreptul nu este o extrapolare a

⁷ Pentru un exemplu ilustrativ, a se vedea *G. Scamell and Nephew Ltd. v. Ouston* (1941) A.C. 251 (1940). Personal, aș fi înclinat să includ în aceeași categorie și *Victoria Laundry Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (1949), 2 K.B. 528 (C.A.).

⁸ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 608-12.

⁹ A se vedea *New York Times*, 8 noiembrie 1949, p. 1, coloana 4 (relatare privind discursul ținut la 7 noiembrie 1949 la Comitetul central al Uniunii juriștilor italieni catolici).

situației banditului”¹⁰. Nu este nevoie să ne oprim aici asupra inadvertențelor teoriei comenzii, dat fiind că profesorul Hart i-a subliniat deja defectele mai clar și mai succint decât aș putea-o face eu însumi. Concluzia sa este că fundamentul sistemului juridic nu constă în forța coercitivă, ci în „normele fundamentale acceptate care prescriu procedurile esențiale de adoptare a legilor”¹¹.

Când am ajuns la acest pasaj din eseul său, eram sigur că profesorul Hart era pe punctul de a recunoaște un aspect important al tezei sale. Am așteptat încrezător să continue afirmând ceva de genul: am insistat tot timpul asupra importanței menținerii unei distincții radicale între drept și moralitate. De aceea este momentul să punem această întrebare cu privire la natura acestor norme fundamentale care ne furnizează cadrul în care are loc crearea dreptului. Pe de-o parte, acestea par norme morale și nu juridice. Ele își datorează eficacitatea acceptării lor generale, care la rândul ei se bazează în ultimă instanță pe percepția că sunt corecte și necesare. Cu greu s-ar putea susține că ar fi drept în sensul unei decizii autoritare, dat fiind că funcția lor este tocmai aceea de a afirma că o decizie posedă autoritate. Pe de altă parte, în cadrul acțiunii curente a sistemului juridic, ele sunt tratate și aplicate ca și normele de drept obișnuite. În acest caz, putem recunoaște că există ceva ce poate fi numit o „fuziune” între drept și morală, și pentru care termenul de „intersectare” nu se dovedește a fi deloc potrivit.

Spre surprinderea mea, am descoperit că, în loc să urmărească o astfel de linie de gândire, profesorul Hart lasă complet neatinsă natura normelor fundamentale care fac ca dreptul să fie posibil și își îndreaptă atenția spre ceea ce consideră a fi o confuzie de gândire a criticilor pozitivismului. Lăsând la o parte discuția privind teoria analitică a dreptului, argumentul său este următorul: două opinii sunt asociate numelor lui Bentham și Austin. Una este teoria dreptului ca și comandă, cealaltă este insistența asupra separației dintre drept și moralitate. Criticii acestor autori au ajuns să perceapă – „slab” spune profesorul Hart – că teoria comenzii nu este fiabilă. Printr-o asociere slabă de idei, ei au presupus în mod greșit că avansând motive pentru a respinge teoria comenzii au respins totodată și opinia că dreptul și morală ar trebui separate în mod radical. Aceasta a fost o „greșeală naturală”, dar rămâne în întregime o greșeală.

Nu cred că s-a comis o greșeală atunci când s-a considerat că eroarea lui Bentham și Austin de a formula în mod inadecvat și prea simplu problema relației dintre drept și morală făcea parte dintr-o greșeală mai mare care a dus la teoria dreptului ca și comandă. Cred că legătura dintre aceste două greșeli poate fi evidențiată dacă ne întrebăm ce s-ar fi întâmplat cu sistemul de gândire al lui Austin în cazul în care ar fi abandonat teoria comenzii.

Cineva care citește Prelegerile V și VI¹² ale lui Austin nu poate să nu fie impresionat de felul tenace în care se agață de teoria comenzii, în ciuda faptului că fiecare efort al minții sale agere era în direcția abandonării sale. În cazul unui monarh suveran, dreptul este ceea ce comandă monarhul. Dar ce să spunem despre „legile” de succesiune care arată cine este monarhul „legal”? Adresarea de la superior la

¹⁰ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 603.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *John Austin*, *Lectures on Jurisprudence*, I, ed. a 5-a, 1885, p. 167-341.

subaltern ține de esența comenzii, totuși în cazul unui „suveran multiplu”, să spunem, un parlament, suveranul pare să își comande sieși, dat fiind că un membru al parlamentului poate fi condamnat în baza dreptului pe care el însuși l-a elaborat și votat. Suveranul trebuie să aibă puteri juridice nelimitate, căci cine ar putea să decidă cu privire la limitele juridice ale puterii legislative supreme? Totuși, un „suveran multiplu” trebuie să accepte limitarea sa prin norme înainte chiar de a crea dreptul. Un astfel de organ poate dobândi puterea de a emite comenzi doar dacă acționează într-o „capacitate corporatistă”; poate face asta doar procedând „în acord cu modurile și formele” stabilite și acceptate pentru crearea dreptului. Judecătorii exercită o putere ce le-a fost delegată de puterea legislativă supremă și sunt însărcinați cu îndeplinirea „comenzilor directe sau indirecte”. Totuși, într-un sistem federal curțile sunt cele care trebuie să rezolve conflictele de competență între federație și componentele sale.

Austin observă toate aceste probleme în mod mai mult sau mai puțin explicit și duce o luptă intensă cu ele. În mod repetat balansează pe muchia abandonului teoriei comenzii în favoarea a ceea ce profesorul Hart a descris ca fiind o opinie care descoperă fundamentele ordinii juridice în „anumite norme fundamentale acceptate, care prescriu procedurile esențiale de adoptare a legilor”. Totuși nu pornește niciodată la atac. Nu o face pentru că știe că ar atinge distincția în alb și negru între drept și moralitate care a constituit tema Prelegerilor sale – într-adevăr s-ar putea spune că a fost tema unei vieți dedicate. Dacă dreptul este posibil datorită unor „norme fundamentale acceptate” – care trebuie să fie, din punctul de vedere al lui Austin, nu norme de drept, ci ale unei moralități pozitive – ce putem să spunem despre normele pe care le adoptă puterea legislativă pentru a-și reglementa propria competență de legiferare? Avem legi electorale, legi care decid reprezentarea legislativă a diferitelor zone geografice, norme privind procedura parlamentară, norme care privesc alegătorii, și multe alte legi și norme de natură similară. Acestea nu rămân fixe și toate participă în grade diferite la procesul de creare a dreptului. Cum putem distinge, totuși, normele fundamentale care-și datorează valabilitatea acceptării de cele care sunt într-adevăr norme de drept, valabile chiar și atunci când oamenii le consideră în general rele sau necugetate? Cu alte cuvinte, cum trebuie să definim cuvintele „fundamental” și „esențial” din formularea profesorului Hart: „anumite norme fundamentale acceptate care prescriu procedurile esențiale de adoptare a legilor”?

Soluția dată acestei probleme de teoria lui Kelsen este interesantă. Kelsen declanșează atacul pe care Austin a ezitat să-l lanseze. Kelsen realizează că înainte de a putea distinge între ceea ce este dreptul și ceea ce nu este, trebuie să existe un acord în privința unei proceduri fundamentale prin care se creează dreptul. În orice sistem juridic trebuie să existe o normă de bază care indică fără ambiguitate izvorul din care trebuie să provină o lege, pentru a fi lege. Kelsen a numit această normă „norma fundamentală”. În formularea sa,

„Norma fundamentală nu este validă pentru că a fost creată într-un anumit mod, ci validitatea ei este asumată datorită conținutului. Este validă, deci, la fel ca o normă de drept natural (...) Ideea unui drept pozitiv pur, precum dreptul natural, are propriile limitări”¹³.

¹³ *Hans Kelsen, General Theory of Law and State, ed. a 3-a, 1949, p. 401.*

Se observă că Kelsen nu vorbește, ca și profesorul Hart, despre „norme fundamentale” care reglementează crearea dreptului, ci despre o regulă sau normă unică. Desigur nu există o astfel de normă unică în nici o societate modernă. Trebuie să admitem că noțiunea de normă fundamentală este un simbol, nu un fapt. Este simbolul care încorporează căutarea pozitivistă a unui test clar și neechivoc pentru drept, o linie clară și precisă care să despartă normele a căror validitate se datorează izvorului lor de cele a căror validitate se datorează acceptării și atractivității lor intrinseci. Dificultățile pe care le-a evitat Austin agățându-se de teoria comenzii, Kelsen le evită printr-o ficțiune care simplifică realitatea într-o formă care poate fi absorbită de pozitivism.

Explorarea completă a tuturor problemelor care rezultă dacă recunoaștem că dreptul devine posibil doar în virtutea normelor care nu sunt juridice, pretinde să luăm în considerare efectele prezenței sau absenței unei constituții scrise. Sub anumite aspecte, o astfel de constituție simplifică problemele pe care le-am discutat, iar sub alte aspecte le complică. În măsura în care o constituție scrisă fixează procedurile fundamentale de creare a dreptului, ea poate înlătura perplexitățile care apar atunci când parlamentul se autolimitează. În același timp, un legislativ care operează în baza unei constituții scrise poate crea legi care să afecteze în mod profund procedura legislativă și rezultatele sale previzibile. Dacă aceste legi sunt elaborate cu suficientă viclenie, pot rămâne în cadrul constituțional și totuși pot să submineze instituțiile pentru a cărei existență au fost create. Dacă cumva propunerea de reformă judiciară din anii treizeci nu ilustrează suficient de clar acest pericol, ea sugerează cel puțin că teama este întemeiată. Nici o constituție scrisă nu poate fi autoexecutorie. Pentru a fi eficientă nu pretinde doar obediența respectuoasă pe care o arătăm normelor juridice obișnuite, ci efortul convergent pe care îl dedicăm principiilor morale în care credem cu adevărat. Se poate lucra intens la modificarea unei constituții, dar câtă vreme aceasta rămâne nemodificată trebuie să se lucreze cu ea, nu împotriva ei sau pe lângă ea. Toate acestea înseamnă că pentru a fi eficace o constituție scrisă trebuie să fie acceptată, cel puțin provizoriu, nu doar ca drept, ci ca un drept bun.

Ce legătură au toate aceste considerații cu idealul fidelității față de drept? Cred că au suficient de-a face și cred că demonstrează incapacitatea esențială a punctului de vedere pozitivist de a servi în mod efectiv acestui ideal. Eu cred că realizarea acestui ideal este ceva ce trebuie planificat, iar pozitivismul exact asta refuză să facă.

Permiteți-mi să explic ce înțeleg prin planificarea în vederea realizării idealului fidelității față de drept. Să presupunem că redactăm o constituție scrisă pentru o țară care tocmai iese dintr-o perioadă de violență și dezordine în care orice urmă de continuitate juridică cu guvernarea precedentă a fost întreruptă. În mod evident o astfel de constituție nu se poate ridica singură la nivelul legalității; nu poate fi drept doar pentru că pretinde asta. Trebuie să ținem cont de faptul că eficacitatea muncii noastre va depinde de acceptarea generală și pentru a asigura această acceptare trebuie să existe o credință generală că constituția în sine este necesară, dreaptă și bună. De aceea prevederile constituției trebuie să fie simple și inteligibile, nu doar din punct de vedere al limbajului, ci și al scopului. Preambulul și alte explicații a ceea ce se intenționează, care ar putea fi discutabile în cazul legilor ordinare, și-ar

putea găsi locul potrivit în constituția noastră. Trebuie să percepem constituția noastră ca stabilind un cadru procedural de bază pentru viitoarea acțiune guvernamentală de aplicare și administrare a legilor. Limitările substanțiale ale puterii guvernului trebuie să fie minime și trebuie reduse în general la cele a căror necesitate este evidentă. În măsura în care este posibil, scopurile substanțiale trebuie atinse prin proceduri, conform principiului că dacă oamenii sunt obligați să acționeze în mod corect, ei vor face în general lucrurile corecte.

Aceste considerații par să fi fost ignorate în constituțiile care au fost adoptate după al doilea război mondial. Aceste constituții încorporează frecvent o serie de măsuri economice și politice de genul celor pe care cineva le-ar asocia în mod obișnuit cu legislația. Este puțin probabil ca aceste măsuri să fi fost introduse în constituție pentru că reprezintă scopuri general împărțășite. Se poate presupune că motivul includerii lor este tocmai cel opus, anume teama că nu ar fi capabile să supraviețuiască vicisitudinilor exercițiului obișnuit al puterilor parlamentare. Astfel, divergențele de opinii care însoțesc în mod normal procesul de legiferare sunt incluse în documentul care face ca însuși dreptul să fie posibil. Aceasta este evident o tehnică care conține pericole reale pentru realizarea fidelității față de drept.

M-am aventurat în aceste considerații pe marginea creării constituțiilor nu pentru că mă gândesc că ar fi profunde, ci pentru că doresc să ilustrez ce înțeleg prin planificarea condițiilor care vor face posibilă realizarea idealului fidelității față de drept. Chiar și în limitele scopului modest pe care mi l-am propus, ceea ce am spus ar putea fi în totalitate greșit. Dacă ar fi așa, nu sunt eu în măsură să decid dacă am greșit în totalitate. Totuși, mă voi încumeta să afirm că dacă am greșit, am greșit în mod semnificativ. Ceea ce mă deranjează la școala pozitivismului juridic este nu doar că refuză să abordeze probleme de genul celor discutate mai sus, ci că le refuză în domeniul filosofiei juridice din principiu. Datorită grijii sale de a pune pe lucrurile făcute de oameni etichetele corecte, această școală pare să își piardă interesul față de întrebarea dacă oamenii fac într-adevăr lucruri corecte.

IV. Moralitatea dreptului în sine

Majoritatea problemelor ridicate de eseul profesorului Hart pot fi reafirmate în termenii distincției între ordine și ordine bună. Dreptul poate fi considerat ca reprezentând ordinea *simpliciter*. Ordinea bună este dreptul care corespunde exigențelor dreptății, sau moralității, sau ideilor omenirii cu privire la ceea ce ar trebui să existe. Această reformulare a chestiunii este utilă pentru a aduce la lumină natura ambițioasă a întreprinderii profesorului Hart, căci cu siguranță cu toții am fi de acord că nu este ușor să distingă ordinea de ordinea bună. Când se spune, de exemplu, că dreptul reprezintă acea ordine publică care există sub toate guvernele – democratic, fascist sau comunist¹⁴ – ordinea la care se referă nu este cu siguranță cea a unei morgi sau a unui cimitir. Trebuie să ne referim la o ordine funcțională, și o astfel de ordine trebuie să fie suficient de bună ca să fie considerată funcțională în baza unui standard sau al altuia. Pentru a sugera câteva dintre complexitățile care ar fi implicate în orice

¹⁴ E.g. W. Friedmann, *The Planned State and the Rule of Law*, 22 *Austr. L.J.*, 1948 p. 162, 207.

încercare de a desena o distincție drastică între ordine și ordine bună este suficient să amintim că o ordine care funcționează pretinde în general o oarecare libertate de mișcare și, în consecință, nu poate fi prea rigidă.

Pentru moment, însă, să presupunem că putem separa în mod clar conceptul de ordine de cel de ordine bună. Chiar și în această formă ideală și abstractă, însăși noțiunea de ordine conține ceea ce ar putea fi numit un element moral. Permiteți-mi să ilustrez această „moralitate a ordinii” în forma sa cea mai frustă și elementară. Să presupunem un monarh absolut al cărui cuvânt este singurul drept cunoscut de supușii săi. Putem de asemenea să presupunem că este deosebit de egoist și că ar căuta în relațiile cu supușii săi doar propriul interes. Acest monarh emite din când în când comenzi promițând recompense și pedepse. Totuși, el este un personaj neglijent și uituc, care nu face niciodată nici cel mai mic efort pentru a stabili cine a urmat de fapt comenzile sale și cine nu. În consecință pedepsește în mod regulat loialitatea și recompensează dezobediința. Este evident că acest monarh nu va atinge niciodată nici măcar propriile țeluri egoiste până nu va fi gata să accepte că o minimă auto-limitare ar putea crea o legătură semnificativă între cuvintele și acțiunile sale.

Să presupunem acum că monarhul nostru se schimbă și începe fie atent la ceea ce a spus ieri, iar astăzi are ocazia să distribuie recompense sau să ordone decapitări. Sub presiunea acestei noi responsabilități, monarhul nostru își pierde atenția în alte direcții și devine indolent atunci când își formulează comenzile. Comenzile sale devin ambigue și sunt șoptite pe un ton atât de imperceptibil încât supușii săi nu au niciodată o idee clară despre ceea ce vrea. Aici, este din nou evident că dacă monarhul nostru, pentru propriul său avantaj egoist, vrea să creeze în regatul său ceva care ar semăna cu un sistem de drept ar trebui să se concentreze și să-și asume încă o responsabilitate.

Dreptul considerat doar ca ordine, conține așadar propria sa moralitate implicită. Această moralitate a ordinii trebuie respectată dacă vrem să creăm ceva care ar putea fi numit drept, chiar și drept rău. Dreptul în sine nu are puterea de a determina existența acestei moralități. Până când monarhul nostru nu va fi într-adevăr pregătit să facă față responsabilităților poziției sale, nu va fi în avantajul său să emită o altă comandă inutilă, de această dată adresată sieși și amenințându-se pe sine cu pedeapsa în cazul în care nu se concentrează.

Este adevărat în dublu sens că dreptul nu se poate fundamenta pe drept. În primul rând autoritatea de a crea dreptul trebuie să fie susținută de atitudini morale care să îi acorde competențele pe care le pretinde. Aici avem de-a face cu o moralitate externă dreptului, care face dreptul posibil. Însă ea singură nu este suficientă. Putem presupune că în monarhia noastră „norma fundamentală” principală desemnează însuși monarhul ca singurul izvor de drept posibil. Totuși, încă nu vom putea avea drept până când monarhul nu este gata să accepte moralitatea internă a dreptului.

În viața unei națiuni, aceste moralități externe și interne ale dreptului se influențează în mod reciproc una pe alta; deteriorarea uneia va produce în mod aproape inevitabil deteriorarea celeilalte. Sunt atât de intim legate încât atunci când antropologul Lowie vorbește de „postulate etice general acceptate care stau la baza (...) instituțiilor noastre juridice ca sancțiunea lor ultimă și care garantează funcționarea lor regulată”¹⁵ se poate presupune că le-a avut în minte pe amândouă.

¹⁵ Robert Lowie, *The Origin of the State*, 1927, p. 113.

Ceea ce am denumit „moralitatea internă a dreptului” pare să fie neglijat în întregime de profesorul Hart. El menționează în treacăt „dreptatea în administrarea dreptului”, care constă în tratamentul asemănător al cazurilor asemănătoare, oricât de înalte sau pervertite ar fi standardele prin care se definește ceea ce este „asemănător”¹⁶. Dar el respinge repede acest aspect al dreptului ca neavând vreo relevanță specifică pentru scopul său principal.

În această privință cred că a greșit în mod profund. Neglijarea analizei cerințelor moralității ordinii îl determină să trateze dreptul în întregul eseu ca pe ceva dat, care se proiectează asupra experienței umane și nu ca un obiect spre care omenirea trebuie să tindă. Atunci când realizăm că ordinea este ceva pentru care trebuie să muncim, devine evident că existența unui sistem juridic, chiar a unui sistem juridic prost sau rău, este mereu o chestiune de grad. Atunci când recunoaștem acest simplu fapt al experienței juridice cotidiene, devine imposibil să respingem problemele puse de regimul nazist prin simpla afirmație: „Dreptul a existat sub nazism, chiar dacă era drept rău”. În schimb, trebuie să cercetăm în ce măsură sistemul juridic a supraviețuit corupției generale și pervertirii tuturor formelor ordinii sociale care au avut loc sub regimul naziștilor, și care erau implicațiile acestui sistem mutilat asupra cetățeanului conștient că este forțat să trăiască sub acest regim.

Totuși, nu este necesar să ne oprim asupra unor astfel de revelații de ordin moral precum regimul nazist pentru a vedea cât de complet incapabilă este filosofia pozitivistă să servească idealul moral înalt pe care îl profesează, acela al fidelității față de drept. Faptul că eșuează în servirea acestui ideal devine cel mai evident, cred, în cazul problemelor zilnice cu care se confruntă cei care doresc în mod onest să se conformeze cerințelor morale ale unei ordini juridice, dar cărora funcțiile în care se află le impun să le respingă în numele ordinii căreia îi datorează aceste funcții.

Să presupunem cazul unui judecător care a avut o experiență bogată în drept comercial și în fața căruia sunt aduse o serie întreagă de dispute comerciale. În calitate de subordonat în cadrul ierarhiei judiciare, judecătorul nostru are, bineînțeles, datoria de a urma dreptul prescris de curtea sa supremă. Judecătorul nostru imaginar are ghinionul de a activa în subordinea unei curți supreme pe care o consideră deplorabil de ignorantă în privința nevoilor comerțului. Din punctul său de vedere, multe din deciziile acestei curți în materia dreptului comercial nu au nici un sens. Dacă un judecător conștiincios prins în această dilemă s-ar orienta spre filosofia pozitivistă ce soluție ar putea aștepta? Cu siguranță nu i-ar face bine să-i fie reamintit că are o obligație de fidelitate față de drept. Este deja dureros conștient de aceasta, dată fiind obligația de fidelitate față de drept și sursa situației delicate în care se află. La fel de puțin l-ar ajuta să-i spunem că dacă legiferează, aceasta trebuie să se producă „interstițial”, sau că contribuțiile sale trebuie să „se limiteze la mișcări de la molar la molecular”¹⁷. Acest mod de afirmare poate fi atrăgător pentru cei cărora le

¹⁶ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 623-624.

¹⁷ *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221, 1917 (cu opinie disidentă a lui J. Holmes) parafrazând *Storti v. Commonwealth*, 178 Mass. 549, 554, 60 N.E. 210, 211, 1901 (Holmes, C.J.), când s-a susținut că, în conformitate cu Declarația Drepturilor din Massachusetts (art. XXVI din Constituția statului Massachusetts), o lege care prevedea executarea pedepsei cu moartea prin electrocutare, doar pentru că electrocutarea acționează la nivel molecular, și nu la nivel molar, nu reprezenta o pedeapsă crudă sau extraordinară.

place să perceapă dreptul nu ca pe un lucru orientat spre un scop, ci ca pe o expresie a dimensiunilor și direcțiilor puterii statului. Dar, nu pot să cred că banala idee care a stat la baza acestui sfat poate fi impusă prin elocvență literară până în punctul în care ar oferi un ajutor real unui judecător; măcar să fie posibil pentru el să știe dacă curtea sa supremă ar privi o anumită interpretare a sa ca fiind permisivă sau restrictivă.

De asemenea, este improbabil ca o distincție între nucleu și penumbră să fie folositoare. Situația dificilă a judecătorului nostru poate foarte bine să nu rezulte din precedente, ci mai curând dintr-o interpretare greșită a naturii comerțului care se extinde asupra mai multor decizii și le afectează în diferite măsuri. În măsura în care problema sa provine din folosirea unor cuvinte specifice, poate să observe că curtea supremă folosește deseori termenii obișnuți ai comerțului în sensuri străine de uzul curent din afaceri. Dacă el interpretează acele cuvinte astfel cum ar face-o un manager sau un contabil, ar putea reduce precedentele pe care este obligat să le aplice la un derapaj logic. Pe de altă parte, îi va fi foarte greu să discearnă sensul exact pe care curtea supremă l-a atribuit cuvintelor respective, căci în opinia sa chiar acest sens este produsul unei confuzii.

Nu este clar că însăși insistența pozitivismului asupra separației rigide dintre dreptul care există și dreptul care ar trebui să fie este cea care face ca filosofia pozitivistă să fie incapabilă să ajute un judecător? De asemenea, nu este clar că judecătorul nostru nu va putea ajunge la o soluție satisfăcătoare a dilemei sale până când nu își va percepe obligația sa de fidelitate față de drept într-un context care să cuprindă responsabilitatea sa de a face dreptul așa cum ar trebui să fie?

Cazul pe care l-am presupus poate fi extrem, dar problema pe care o sugerează afectează întregul sistem juridic. Dacă divergența de opinii între judecătorul nostru și curtea supremă ar fi mai puțin drastică, ar fi mai dificil să prezentăm grafic situația sa, dar dificultatea poziției sale s-ar putea de fapt accentua. Dificultăți de acest tip acompaniază în mod normal executarea oricărei alte funcții judiciare; probabil acestea ating cea mai mare intensitate în domeniul dreptului administrativ.

Se poate imagina un caz – cu siguranță puțin probabil într-o țară ca a profesorului Hart sau ca a mea – în care un judecător poate avea convingeri morale puternice care ar fi exact opusul celor deținute de curtea supremă. El poate fi de asemenea convins că precedentele pe care era obligat să le aplice ar fi produsul direct al unei moralități pe care o consideră detestabilă. Dacă un astfel de judecător nu a decis că soluția la dilema sa este abandonul funcției sale, ar putea fi tentat de o aplicare strictă și literală a precedentelor pe care altfel nu ar fi fost în stare să le aplice, dat fiind că ar fi incapabil să înțeleagă filosofia care le-a animat. Dar mă îndoiesc că un judecător aflat într-o asemenea situație ar avea nevoie de ajutorul pozitivismului juridic pentru a elimina melancolia din această situație delicată. De asemenea, nu cred că o astfel de situație delicată ar putea să apară într-o națiune în care atât dreptul cât și dreptul bun sunt privite ca rezultatul unei colaborări care trebuie actualizată constant, și în care juriștii sunt cel puțin tot atât de interesați să întrebe „ce este dreptul bun?” pe cât sunt de interesați să întrebe „Ce este dreptul?”.

V. Problema restaurării respectului față de drept și dreptate după colapsul unui regim care nu le-a respectat

După căderea regimului nazist, curțile germane s-au confruntat cu o situație de-a dreptul înspăimântătoare. Le era imposibil să declare întreaga dictatură ca fiind ilegală sau să trateze drept nulă orice decizie și orice act juridic care a fost emis de guvernarea lui Hitler. Orice astfel de nulificare masivă a tot ceea ce s-a întâmplat pe o durată de 12 ani ar fi determinat niște dislocări intolerabile. Pe de altă parte, era la fel de imposibil ca noua guvernare să mențină efectele tuturor perversităților naziste care au fost comise în numele legii; un astfel de curs ar fi infectat cu otrava nazismului un viitor indefinit.

Această situație – care într-adevăr afecta toate ramurile dreptului – a dobândit dimensiuni dramatice într-o serie de cazuri care au implicat informatori ce au profitat de teroarea nazistă pentru a scăpa de dușmanii personali și de soții nedorți. Dacă toate legile naziste și toate deciziile judiciare ar fi considerate fără distincție „drept”, atunci toate acele creaturi detestabile ar fi fost inocente, dat fiind că și-au trimis victimele în procese pe care naziștii le considerau legale. Totuși, era intolerabil, mai ales pentru rudele și prietenii supraviețuitori ai victimelor, ca aceste persoane să rămână nepedepsite, în vreme ce victimele lor erau moarte, sau erau eliberate după ani grei de închisoare sau, și mai dureros, au fost uitate.

Urgența acestei situații nu scapă deloc profesorului Hart. El recomandă un instrument care cu siguranță nu duce lipsă de un aer de disperare. Sugerează că o lege penală retroactivă ar fi fost cea mai puțin neplăcută soluție a problemei. Această lege ar fi pedepsit informatorul și l-ar fi declarat criminal pentru un fapt pe care profesorul Hart îl consideră absolut legal în momentul comiterii sale¹⁸.

Pe de altă parte, profesorul Hart condamnă fără reținere deciziile judiciare în care curțile au declarat nule anumite legi naziste în baza cărora fuseseră condamnate victimele informatorilor. Nu ne putem abține să nu ne întrebăm dacă problema astfel cum este pusă de profesorul Hart este într-adevăr cea a fidelității față de drept. Cu siguranță, dintr-o lege penală retroactivă împotriva informatorilor rezultă în mod necesar, cel puțin în sensul legii respective, că legile naziste aplicate informatorilor sau victimelor lor trebuie tratate ca fiind nule. Pe această linie, întrebarea nu mai pare să fie dacă ceea ce a fost o dată lege poate fi declarat că nu ar fi fost lege, ci mai degrabă cine trebuie să își murdărească mâinile, curțile sau legislatorul.

Dar, după cum sugerează chiar profesorul Hart, problemele aflate în discuție sunt mult prea serioase pentru a risca să le pierdem într-o încurcătură semantică. Chiar dacă întreaga problematică ar fi una legată de cuvinte, trebuie să ne amintim că ne aflăm într-o zonă în care cuvintele au un efect puternic asupra atitudinilor umane. De aceea, doresc să iau apărarea curților germane și să prezint motivele pentru care, în opinia mea, deciziile lor nu reprezintă, așa cum susține profesorul Hart, abandonarea principiului juridic. Pentru a înțelege contextul acelor decizii, va trebui să ne apropiem mai tare decât a făcut-o până acum profesorul Hart, la distanța de la care să simțim mirosul cazanului vrăjitoarelor. Vom lua în considerare apoi și un aspect al

¹⁸ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 619-620.

problemei ignorat în eseul său, și anume gradul în care naziștii au respectat ceea ce am numit moralitatea internă a dreptului.

De-a lungul întregii sale discuții, profesorul Hart pare să creadă că singura diferență între dreptul nazist și, să zicem, dreptul englez ar consta în faptul că naziștii și-au folosit legile pentru a atinge scopuri detestate de englezi. Cred că această ipoteză este profund greșită. Iar acceptarea ei de către profesorul Hart mi se pare că face opacă problema pe care și-a propus să o rezolve.

Pe întreaga perioadă în care au deținut controlul, naziștii au beneficiat în mod generos de un dispozitiv nu tocmai necunoscut legislatorilor americani, și anume legea retroactivă curativă a nelegalităților din trecut. Folosirea cea mai dramatică a puterilor curative ale unor astfel de legi a avut loc pe 3 iulie 1934, după „puciul lui Roehm”. Atunci când această lovitură în interiorul partidului a luat sfârșit și mai mult de șaptezeci de naziști au fost – trebuie s-o spunem – „radiați”, Hitler s-a întors la Berlin și a produs în cabinetul său o lege care ratifica și confirma măsurile luate între 30 iunie și 1 iulie 1934, fără a menționa numele celor care erau acum considerați executați în mod legal¹⁹. Ceva mai târziu Hitler a declarat că în timpul puciului lui Roehm, „curtea supremă a poporului german (...) era constituită din mine însumi”²⁰, și cu siguranță aceasta nu era o declarație exagerată cu privire la calitatea în care acționa, dacă luăm în serios actele care confereau legalitate „măsurilor luate”.

În Anglia sau America nu i-ar trece nimănui prin cap să spună că „este în natura dreptului faptul că nu poate fi retroactiv”, deși, desigur, inhibițiile constituționale pot interzice anumite tipuri de retroactivitate. Am spune că este normal ca o lege să opereze în mod prospectiv și că ar fi discutabil dacă nu ar trebui niciodată să opereze altfel, dar ar fi greu de susținut faptul că retroactivitatea violează însăși natura dreptului. Totuși, trebuie doar să ne imaginăm o țară în care toate legile sunt retroactive pentru a putea recunoaște că retroactivitatea prezintă o problemă reală pentru moralitatea internă a dreptului. Chiar dacă presupunem un monarh absolut care permite regatului său să existe într-o stare de anarhie constantă, cu greu am putea spune că el ar putea crea un regim juridic pur și simplu adoptând o lege curativă care conferă legalitate tuturor actelor și faptelor petrecute până la acea dată și anunță intenția de a adopta legi similare la fiecare șase luni în viitor.

A recurge frecvent la legi curative ale ilegalităților trecutului conduce la o deteriorare a acelei forme a moralității juridice fără de care dreptul nu ar putea exista. Amenințarea unor astfel de legi planează asupra întregului sistem juridic, și privează orice lege scrisă de o parte din semnificația sa. Și cu siguranță se subînțelege o amenințare generală de acest tip atunci când un guvern este dispus să folosească o astfel de lege pentru a transforma în act de executare legal ceea ce, atunci când s-a întâmplat, a fost pur și simplu o crimă.

În timpul regimului nazist existau zvonuri repetate privind existența unor „legi secrete”. În articolul criticat de către profesorul Hart, Radbruch menționează un raport referitor la faptul că uciderile în masă din lagărele de concentrare au fost

¹⁹ New York Times, 4 iulie 1934, p. 3, col. 3.

²⁰ A se vedea New York Times, 14 iulie 1934, p. 5, col. 2.

„legalizate” printr-un act secret²¹. Cu siguranță nu poate exista o monstrozitate juridică mai mare decât o lege secretă. Ar putea cineva să recomande în mod serios ca după război, curțile germane să caute legile nepublicate între dosarele lăsate de guvernul lui Hitler, astfel încât drepturile cetățenilor să poată fi determinate prin trimitere la aceste legi?

Întinderea obligației legislatorului de a-și aduce legile la cunoștința celor cărora le sunt adresate este, desigur, o problemă care ține de moralitatea juridică, care s-a aflat în discuție cel puțin de la începutul Secesiunii plebeilor. Probabil nu există nici un stat modern care să nu fi fost afectat de această problemă într-o formă sau alta. Este foarte probabil să apară în societățile moderne instrucțiuni administrative nepublicate. Deseori acestea sunt privite cu bună-credință de cei care le emit deoarece ei cred că afectează doar chestiunile legate de organizarea internă. Dar, dat fiind că procedurile urmate de un organ administrativ, inclusiv în privința acțiunilor „interne” pot să afecteze în mod serios drepturile și interesele cetățeanului, aceste reglementări nepublicate sau „secrete” fac deseori obiectul unor plângeri.

Dar, la fel ca și în cazul retroactivității, ceea ce în majoritatea societăților este ținut sub control prin autolimitările tacite ale decenței juridice a erupt într-o formă monstroasă sub Hitler. Într-adevăr, întreaga moralitate a dreptului nazist era atât de laxă, încât nu este prea ușor de știut nici măcar ceea ce trebuie tratat ca drept nepublicat sau secret. Dat fiind că instrucțiunile nepublicate adresate celor care administrează legea ar putea să distrugă litera oricărei legi publicate impunându-i o interpretare odioasă, exista un sens în care înțelesul oricărei legi era „secret”. Chiar și un ordin verbal al lui Hitler ca o mie de prizonieri din lagărele de concentrare să fie trimiși la moarte era în același timp o instrucțiune administrativă și o validare a tot ceea ce era executat în baza ei.

Dar cele mai importante confruntări aduse moralității dreptului de către guvernarea lui Hitler nu au luat forme atât de subtile ca în exemplele pe care tocmai le-am discutat. În primul rând, atunci când formele juridice deveneau inconvenabile, era mereu posibil pentru naziști să le ocolească în totalitate și „să acționeze prin intermediul partidului pe străzi”. Nu era nimeni care să aibă curajul să-i tragă la socoteală pentru o crimă comisă în acest fel. În al doilea rând, curțile dominate de naziști, erau mereu gata să ignore orice lege, chiar și pe cele adoptate de către naziști dacă le convenea, sau dacă se temeau că o interpretare juridică ar putea provoca neplăceri celor „de sus”.

Această voință completă a naziștilor de a ignora chiar și propriile acte era unul dintre factorii importanți care l-au determinat pe Radbruch să adopte poziția pe care a luat-o în articolele atât de sever criticate de profesorul Hart. Nu cred că este posibilă o evaluare corectă a acțiunilor curților germane după război, dacă nu luăm în considerare acest factor, ceea ce profesorul Hart a omis complet să facă.

²¹ *Gustav Radbruch*, Die Erneuerung de Rechts, 2 Die Wandlung 8, 9 (Germania 1987). O discuție utilă cu privire la practica nazistă privind publicitatea legilor poate fi găsită în *Friedrich Giese*, Verkündung und Gesetzeskraft, 76 Archiv des Öffentlichen Rechts, p. 464, 471-472 (Germania, 1951). Remarcile mele din text se bazează pe acest articol.

Aceste observații pot părea neconcludente dată fiind generalitatea lor și par să se bazeze mai degrabă pe o afirmație decât pe fapte demonstrabile. Să ne referim atunci la cazul concret discutat de profesorul Hart²².

În 1944, un soldat german a făcut o scurtă vizită soției sale în timp ce se afla într-o călătorie de serviciu în vederea unei noi misiuni. În cursul singurei zile în care a fost acasă, a mărturisit soției sale, în privat, părerea sa asupra guvernului lui Hitler. Și-a exprimat dezaprobarea (*sich abfällig geussert uber*) față de Hitler și alte personalități de la conducerea partidului nazist. A afirmat, de asemenea, că era păcat că Hitler nu și-a găsit sfârșitul în tentativa de asasinat care avusese loc la 20 iulie în acel an. La scurt timp după plecarea sa, soția, care în timpul lungii sale absențe datorate serviciului militar „se orientase către alți bărbați” și care dorea să scape de el, a raportat mărturisirile sale șefului local al partidului nazist, adăugând că „o persoană care spune așa ceva nu merită să trăiască”. Rezultatul a fost trimiterea soțului în fața unui tribunal militar și condamnarea sa la moarte. După o scurtă perioadă de închisoare, în loc să fie executat a fost din nou trimis pe front. După căderea regimului nazist, soția a fost trimisă în judecată pe motiv că a determinat încarcerarea soțului. Apărarea ei s-a bazat pe motivul că declarațiile pe care i le făcuse soțul ei despre Hitler și naziști reprezentau crime în baza legilor care erau în vigoare. Ca atare, atunci când a informat despre soțul ei, nu a făcut altceva decât să trimită un criminal în fața justiției.

Această apărare se baza pe două legi, una adoptată în 1934, cealaltă în 1938. Să analizăm mai întâi cel de-al doilea dintre aceste acte, care făcea parte dintr-o legislație mai completă care incrimina o serie de infracțiuni specifice pentru vremurile de război. Reproduc mai jos traducerea uneia dintre cele mai pertinente secțiuni:

„Următoarele persoane se fac vinovate de distrugerea forței naționale de rezistență și trebuie pedepsite cu moartea: oricine solicită în mod public sau incită la refuzul îndeplinirii obligațiilor de serviciu în forțele armate ale Germaniei, sau în forțele armate aliate cu Germania, sau care în alt mod încearcă în mod public să aducă atingere sau să distrugă voința poporului german sau a popoarelor aliate de a lupta în mod necondiționat împotriva dușmanilor”²³.

Este aproape de neconceput că o curte din actuala Germanie să considere remarcile pe care soțul le-a făcut soției, căreia îi era interzis accesul la serviciul militar datorită faptului că era femeie, ca fiind o violare a atotcuprinzătoarei prevederi finale din această lege, în special dacă amintim că textul reprodus mai sus era parte dintr-un act mult mai larg care reglementa alte aspecte, precum ascunderea dezertorilor, evitarea serviciului militar prin autoleziuni și altele asemănătoare. Se pune atunci întrebarea în ce măsură trebuie acceptate principiile interpretative utilizate de curțile germane din timpul guvernării lui Hitler atunci când se determină dacă remarcile soțului erau într-adevăr ilegale.

²² Hotărârea din 27 iulie 1949, *Oberlandesgericht, Bamberg*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 207 (Germania, 1950), 64 *Harvard Law Review*, 1005, 1951.

²³ Pasajul reprodus este parag. 5 din actul normative care instituia *Kriegssonderstrafrecht*. Legea din 17 august 1938 [1939], 2 *Reichsgesetzblatt*, partea I, p. 1456. Traducerea îmi aparține.

Această întrebare devine acută atunci când observăm că actul se aplică doar faptelor și afirmațiilor publice, în vreme ce remarcile soțului au fost făcute acasă, în spațiu privat. Curțile naziste, se pare (și trebuie să observăm că avem de-a face cu niște curți militare speciale), au ignorat în general această limitare și au extins actul la toate afirmațiile, private sau publice²⁴. Este pregătit Profesorul Hart să afirme că înțelesul juridic al acestei legi trebuie determinat în lumina acestui principiu aparent uniform al interpretării juridice?

Să analizăm acum a doua lege pe care se bazează profesorul Hart atunci când presupune că afirmația soțului era ilegală. Acesta este legea din 1934, ale cărei părți relevante sunt traduse mai jos:

„(1) *Oricine face, în mod public, declarații răuvoitoare sau provocatoare împotriva, sau declarații critice față de personalitățile conducătoare ale națiunii sau ale Partidului Național Socialist al Muncitorilor din Germania sau față de măsurile luate sau instituțiile stabilite de aceștia, de natură să submineze încrederea poporului în conducerea sa politică, trebuie condamnat la pedeapsa cu închisoarea.*

(2) *Afirmațiile răutăcioase care nu au fost făcute în public trebuie tratate în aceeași manieră ca și afirmațiile publice atunci când persoana care le-a făcut a realizat sau ar fi trebuit să realizeze că ar fi putut ajunge publice.*

(3) *Urmărirea penală pentru astfel de afirmații poate avea loc doar la ordinul Ministerului Național al Justiției; în cazul în care afirmația era împotriva unei personalități conducătoare a Partidului Național Socialist al Muncitorilor din Germania, Ministrul Justiției trebuie să comande urmărirea numai după consultarea și cu consimțământul Reprezentantului Conducătorului.*

(4) *Ministerul Național al Justiției trebuie, după consultarea și cu consimțământul Reprezentantului Conducătorului, să determine cine aparține clasei personalităților conducătoare în sensul Secțiunii I de mai sus*”²⁵.

Nici nu este necesar un comentariu extins asupra acestei monstruoasă legislație, deoarece este suficient subminată de o putere administrativă discreționară și necontrolată. Putem observa doar: întâi, că nu oferă nici o justificare pentru pedeapsa cu moartea aplicată efectiv soțului, deși niciodată executată; în al doilea rând, dacă actul soției de a informa a transformat remarcile sale în „publice”, atunci nu există, conform acestei legi, ceva ce s-ar putea numi afirmații private. Întreb cititorul dacă poate într-adevăr să împărtășească indignarea profesorului Hart că, în dificultățile reconstrucției care a urmat războiului, curțile germane au considerat nimerit să declare acest lucru ca nefiind drept. Se poate susține în mod serios că ar fi fost mai convenabil pentru procesul judiciar dacă curțile de după război ar fi studiat „principiile interpretative” în vigoare în timpul regimului lui Hitler și dacă ar fi aplicat în mod solemn acele „principii” pentru a stabili înțelesul acestei legi? Pe de altă parte, curțile ar fi arătat într-adevăr respect față de dreptul nazist dacă ar fi interpretat legile naziste cu ajutorul propriilor standarde de interpretare, mult mai diferite?

²⁴ A se vedea *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 207, 210 (Germania, 1950).

²⁵ Pasajul reprodus este art. II din Legea împotriva amenințărilor la adresa statului și partidului și pentru protecția uniforme de partid, Legea din 20 decembrie 1934 [1934], I Reichsgesetzblatt 1269. Traducerea îmi aparține.

Profesorul Hart condamnă sever curțile germane și pe Radbruch, nu atât de mult pentru ceea ce credeau că ar fi trebuit făcut, ci pentru că au eșuat să observe că se confruntau cu o dilemă de ordin moral de genul celor care ar fi fost evidente pentru Bentham și Austin. Prin simpla eschivă de a spune „Atunci când o lege este suficient de rea încetează să fie lege”, ei fug de problema cu care ar fi trebuit să se confrunte.

Nu cred că această critică este justificată. În ceea ce privește curțile, nu ar fi ajutat cu siguranță ca în loc să spună „acesta nu este drept” ele să fi spus „acesta este drept, dar este atât de rău, încât refuzăm să-l aplicăm”. Cu siguranță confuzia morală atinge punctul său culminant atunci când o curte refuză să aplice ceva ce admite că ar fi drept, iar profesorul Hart nu recomandă ca această „confruntare cu adevărata problemă” să cadă chiar în sarcina curților. El ar fi preferat o lege retroactivă. În mod curios, aceasta era și preferința lui Radbruch²⁶. Dar, spre deosebire de profesorul Hart, curțile germane și Gustav Radbruch erau participanți vii într-o situație de urgență drastică. Problema informatorilor era una urgentă, iar dacă instituțiile juridice trebuiau reabilitate în Germania nu era bine să se permită poporului să ia dreptul în propriile mâini, așa cum s-ar fi putut întâmpla dacă curțile ar fi așteptat o lege.

În ceea ce-l privește pe Gustav Radbruch, este, cred, complet nedrept să spunem că nu știa că se confrunta cu o dilemă morală. Scrierile sale de după război subliniază în mod repetat antinomiile care se confruntau în cadrul efortului de a reconstrui o guvernare decentă și ordonată în Germania. În ceea ce privește idealul fidelității față de drept, voi prezenta poziția lui Radbruch prin propriile sale cuvinte:

„Nu trebuie să ascundem – mai ales nu în lumina experiențelor noastre acumulate timp de 12 ani de dictatură – ce pericole înspăimântătoare pentru statul de drept sunt conținute în noțiunea de «lege ilegală» și în refuzul calității de lege unor legi emise în mod legal”²⁷.

Problema nu este aceea că pozitivismul juridic permite unei persoane să știe că se confruntă cu o problemă de alegere dificilă, în vreme ce credințele lui Radbruch îl amăgesc, făcându-l să creadă că nu există nici o problemă cu care trebuie să se confrunte. Adevărata problemă care îi desparte pe profesorul Hart și pe Radbruch este: cum să formulăm problema? Care este natura dilemei în care suntem prinși?

Sper să nu fiu nedrept cu profesorul Hart atunci când spun că nu găsesc nici un mod în care să descriu dilema așa cum o vede el, decât folosind câteva cuvinte cum sunt cele care urmează: Pe de-o parte, avem un datum amoral numit drept, care are calitatea specifică de a crea obligația morală de a fi respectat. Pe de altă parte, avem o obligație morală de a face ceea ce credem că este corect și decent. Atunci când ne confruntăm cu o lege pe care o credem profund rea, avem de ales între aceste două obligații.

Dacă aceasta este poziția pozitivistă, atunci o resping fără ezitare. „Dilema” pe care o prezintă este formulată verbal ca o problemă, dar problema pe care o afirmă nu are sens. Este ca și cum ai spune am de ales între a da de mâncare unei persoane

²⁶ A se vedea *Gustav Radbruch*, Die Erneuerung de Rechts, 2 Die Wandlung 8, 10 (Germania, 1947).

²⁷ *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, I Süddeutsche Juristen-Zeitung 105, 107 (Germania 1946) (retipărit în *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, ed. a 4-a, 1950, p. 347, 354). Traducerea îmi aparține.

înfometate sau să ne simțim nenorociți alături de o păsărică fără apărare. Nu cred că ar fi nedrept să spunem că filosofia pozitivistă nu dă niciodată un înțeles coerent obligației morale de fidelitate față de drept. Această obligație pare a fi înțeleasă ca ceva *sui generis*, complet desprinsă de orice scopuri ale vieții umane, obișnuite sau extrajuridice. Postulatul fundamental al pozitivismului – anume că dreptul trebuie să fie servit în mod strict de moralitate – pare să nege posibilitatea oricărei punți între obligația de a respecta legea și alte obligații de ordin moral. Nici un principiu nu poate măsura exigențele impuse conștiinței, deoarece există în lumi complet diferite.

Deși nu subscriu în totalitate opiniilor lui Radbruch de după război – în special celor legate de „dreptul superior” – cred că el a recunoscut, mult mai clar decât o face profesorul Hart, adevărata natură a dilemei cu care se confrunta Germania în încercarea de a reconstrui instituțiile sale juridice distruse. Germania trebuia să restabilească atât respectul față de lege, cât și față de justiție. Dat fiind că niciunul dintre acestea nu putea fi restabilit fără celălalt, s-au întâlnit antinomii dureroase în încercarea de a le restabili pe amândouă în același timp, așa cum a observat Radbruch cu claritate. În mod esențial, Radbruch a identificat dilema ca fiind aceea de a îndeplini, pe de-o parte, cerințele ordinii și, pe de altă parte, cele ale bunei ordini. Desigur nu se poate deduce nici o formulă convingătoare dintr-o astfel de prezentare a problemei. Dar spre deosebire de pozitivismul juridic, nu ne pune în fața unor solicitări opuse care nu au nici un contact una cu alta, care își strigă pur și simplu contradicțiile în vid. Atâta timp cât căutăm ordinea, ne putem reaminti că ordinea în sine nu ne va face nici un bine, dacă nu este bună la ceva. Dat fiind că încercăm să facem ca ordinea noastră să devină bună, putem să ne amintim că însăși justiția este imposibilă fără ordine, și că nu trebuie să pierdem ordinea în încercarea de-a o face bună.

VI. Implicațiile morale ale pozitivismului juridic

Atingem acum chestiunea dacă există vreo bază pentru credința lui Gustav Radbruch că acceptarea generală a filosofiei pozitvistice în Germania pre-nazistă ar fi netezit calea spre dictatură. Este ușor de înțeles că profesorul Hart consideră aceasta ca pe una dintre cele mai cumplite acuzații împotriva pozitivismului.

Aici într-adevăr intrăm într-o zonă riscantă a controversei, în care au devenit comune cuvintele și acuzațiile urâte. În ultima jumătate de secol în țara aceasta nici o altă chestiune de filosofia dreptului nu a făcut să curgă atâta cerneală și adrenalină ca afirmația că există implicații „totalitare” în opiniile lui Oliver Wendell Holmes, Jr. Chiar și criticile cel mai prudent formulate a unor mari personalități de pe vremea lui Darwin, Huxley și Haeckel par să trezească în mintea cititorului memoriei asprimilor din trecut²⁸. Nu este bine să sugerăm că probabil Holmes nu a perceput toate implicațiile proprii filosofiei, deoarece prin aceasta am înlocui o insultă cu alta. De asemenea nu ajută prea mult să amintim afirmația unuia dintre cei mai apropiați camarazi din tinerețea lui Holmes – cu siguranță un fin observator – că Holmes era „compus din cel puțin două persoane și jumătate diferite cuprinse într-una singură,

²⁸ A se vedea, e.g., *Mark Howe*, *The Positivism of Mr. Justice Holmes*, 64 *Harvard Law Review*, 1951, p. 529.

iar felul în care le ține împreună sub piele fără să se certe mai mult decât o fac, este remarcabil²⁹.

Aventurându-ne în cele mai agitate ape ale teoriei dreptului, nu putem să privim liniștiți o persoană atât de moderată precum profesorul Hart trăgând atât de puternic la vâsle. Radbruch a dovedit o „extraordinară naivitate” atunci când a evaluat temperamentul propriei profesii în Germania și când a presupus că aderența acesteia la pozitivism i-a ajutat pe naziști să ajungă la putere³⁰. Evaluarea sa și în legătură cu acest aspect și în legătură cu altele arată că „a digerat doar pe jumătate mesajul spiritual a liberalismului” pe care în mod greșit credea că îl transmite concetățenilor săi³¹. Este vizibilă o stare de „isterie”³² la cei care văd o reorientare completă a gândirii juridice germane prin astfel de decizii judiciare precum cele date în cazurile privind informatorii.

Să lăsăm de-o parte cel puțin cele mai tocite invective și să ne punem pe cât de calm putem întrebarea dacă pozitivismul juridic, practicat și predicat în Germania, a avut, sau ar fi putut avea, vreo legătură cauzală cu ascensiunea la putere a lui Hitler. Trebuie să amintim că în cei șaptezeci și cinci de ani de dinaintea regimului nazist filosofia pozitivistă a atins în Germania o poziție de care nu s-a bucurat în nici o altă țară. Austin a laudat un cercetător german pentru că ar fi reușit să aducă dreptul internațional în limitele producătoare de claritate ale pozitivismului³³. Gray a afirmat cu plăcere că cei mai „abili” juriști germani din vremea sa „abjurau de la tot ceea ce era *nicht positivisches Recht*” și îl cita pe Bergbohm ca exemplu³⁴. Acesta este un exemplu ilustrativ, deoarece Bergbohm era un cercetător ale cărui ambiții erau ca pozitivismul german să fie la înălțimea propriilor pretenții. Era dezamăgit să găsească vestigii provenind din gândirea dreptului natural în scrieri care pretindeau să fie pozitivistice. În special, era deranjat de recurența frecventă a unor afirmații precum aceea că dreptul își datorează eficiența unei percepute necesități morale de ordine, sau că este în natura oamenilor să aibă nevoie de o ordine juridică, etc. Bergbohm a anunțat un program, nerealizat vreodată, prin care să elimine din gândirea pozitivistă aceste ultime elemente pestilențiale provenind din mlaștina dreptului natural³⁵. Juriștii germani aveau tendința de a privi *common law*-ul anglo-american ca pe un conglomerat dezordonat și fără principii de drept și morală³⁶. Pozitivismul era singura teorie a dreptului care se putea pretinde „științifică” în Epoca Științei. Dizidenții de la această opinie era caracterizați de pozitiviști cu acel epitet de care oamenii moderni se tem mai mult decât de orice altceva: „naiv”.

²⁹ A se vedea *Ralph Perry*, *The Thought and Character of William James*, 1935, p. 297, care citează o scrisoare a lui William James din 1869.

³⁰ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 617-618.

³¹ *Ibidem*, p. 618.

³² *Ibidem*, p. 619.

³³ *John Austin*, op. cit., Lecture V, p. 173.

³⁴ *John Gray*, *The Nature and Sources of the Law*, ed. a 2-a, 1921, p. 96.

³⁵ *Karl Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, p. 355-552.

³⁶ A se vedea, e.g., *Hermann Heller*, *Die Krisis der Staatslehre*, 55 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 289, 309 (Germania, 1926).

Rezultatul a fost că se poate spune pe la 1927 că „a fi găsit vinovat de adeziune la teoriile dreptului natural este un fel de rușine socială”³⁷.

Acestui context trebuie să-i adăugăm observația că germanii nu par să fi ajuns vreodată la acea abilitate posedată de britanici, și într-o oarecare măsură de americani, de a-și menține logica scurt în lesă. Când un neamț definește dreptul, pretinde ca definiția sa să fie luată în serios. Dacă un autor german ar fi dat de sloganul realismului juridic american, „Dreptul constă pur și simplu în modelele de comportare ale judecătorilor și ale altor oficiali statali”, nu l-ar considerat ca un mic punct de interes pentru inițierea unei conversații. Ar fi crezut în el și ar fi acționat în conformitate cu el.

Pozitivismul juridic german nu doar a alungat din știința juridică orice considerație privind scopurile morale ale dreptului, dar era și indiferent față de ceea ce am denumit moralitatea internă a dreptului. Juristul german era astfel, în mod straniu, pregătit să accepte ca și „drept” orice s-ar fi numit ca atare, era publicat pe banii statului și părea să vină „*von oben herab*”.

În lumina acestor considerații nu văd nici absurditate, nici perversitate, în sugestia că atitudinile dominante ale profesiei juridice germane au folosit naziștilor. Hitler nu a ajuns la putere printr-o revoluție violentă. El a fost cancelar înainte de a deveni conducător. Exploatarea formelor juridice a început cu grijă și s-a dezvoltat pe măsura consolidării puterii. Primele atacuri la ordinea stabilită erau asupra meterezelor, care dacă erau ocupate de cineva, aceștia erau juriștii și judecătorii. Aceste metereze au căzut aproape fără luptă.

Profesorul Hart și alții erau deosebit de deranjați de trimerile la un „drept mai înalt” din unele dintre deciziile privind informatorii și în scrierile postbelice ale lui Radbruch. Sugerez că dacă teoria germană a dreptului ar fi fost mai preocupată de moralitatea internă a dreptului, nu ar fi fost necesar să invoce nici o noțiune de acest fel, atunci când a declarat nule cele mai cumplite legi naziste.

Pentru mine nu este deloc șocant să spun că o dictatură care se îmbracă cu o beteală de formă juridică poate să se distanțeze într-o asemenea măsură de moralitatea ordinii, de moralitatea internă a dreptului, încât încetează să fie un sistem juridic. Atunci când un sistem care se numește drept predică desconsiderarea generală de către judecători a termenilor legilor pe care intenționează să le aplice, atunci când acest sistem își vindecă în mod obișnuit nelegalitățile, chiar și cele mai grosolane, prin intermediul legilor retroactive, atunci când trebuie să apeleze doar la incursiuni teroriste pe străzi, față de care nimeni nu are curajul să se opună, pentru a elimina acele câteva restricții impuse de pretenția legalității – când toate aceste lucruri se întâmplă într-o dictatură, nu îmi este greu, cel puțin, să-i refuz denumirea de drept.

Cred că lipsa de validitate a legilor implicate în cazurile informatorilor ar fi trebuit fundamentată pe considerații de genul celor pe care le-am subliniat. Dar cei crescuți într-o generație care spunea „dreptul este drept” și credea asta într-adevăr, pot simți că singura modalitate de a evita o lege este aceea de a te confrunta cu altă lege contradictorie, iar aceasta, în mod necesar, trebuie să fie „o lege mai înaltă”. De

³⁷ Eric Voegelin, Hans Kelsen's Pure Theory of Law, 42 Pol. Sci. Q., 1927, p. 268, 269.

aici rezultă că aceste noțiuni de „drept mai înalt”, reprezentând un motiv justificat de îngrijorare, pot fi considerate un fruct întârziat al pozitivismului juridic german.

Trebuie remarcat în acest punct că teoria dreptului natural este considerată, mai ales în scrierile romano-catolice, nu doar ca o căutare a acelor principii care vor facilita oamenilor buna conviețuire, ci ca o căutare a ceva ce poate fi denumit „un drept mai înalt”. Această identificare a dreptului natural cu un drept plasat deasupra legilor umane pare de fapt să fie necesară oricărei doctrine care afirmă posibilitatea unei proclamări autoritare a exigențelor dreptului natural. În sferile afectate de astfel de proclamări emise până acum, conflictul dintre doctrina romano-catolică și opiniile opuse îmi apare ca un conflict între două forme ale pozitivismului. Din fericire, mare parte din sfera care contează pentru juriști nu a fost atinsă de astfel de proclamări. În aceste domenii cred că aceia dintre noi care nu sunt adepții credinței bisericii catolice îi pot fi recunoscători că a menținut vie tradiția raționalistă în etică.

Nu afirm că soluția pe care am sugerat-o pentru cazurile informatorilor nu ar implica la rândul ei dificultăți, mai ales obișnuita dificultate de a ști când să te oprești. Dar cred că este demonstrabil că cea mai serioasă deteriorare a moralității juridice sub Hitler a avut loc în ramurile dreptului implicate în cazul informatorilor; nu s-a observat o deteriorare comparabilă în alte ramuri obișnuite ale dreptului privat. În acele domenii în care scopurile dreptului erau cele mai odioase în conformitate cu standardele comune ale decenței, moralitatea dreptului însuși a fost desconsiderată în modul cel mai flagrant. Cu alte cuvinte, acolo unde am fi fost cel mai tentați să spunem „Acest lucru este atât de rău încât nu poate fi drept”, am fi putut spune de obicei „Acest lucru este produsul unui sistem care uită în așa măsură de moralitatea dreptului încât nu merită să fie numit drept”. Cred că aici este mai mult decât o întâmplare, dat fiind că suprapunerea sugerează că moralitatea juridică nu poate trăi când este separată de stăruința către dreptate și decență.

Dar, ca o soluție concretă pentru cazurile informatorilor, la fel ca profesorii Hart și Radbruch, aș fi preferat o lege retroactivă. Motivul preferinței mele este nu doar că aceasta este aproape cea mai legală modalitate de a face ilegal ceea ce a fost odată lege. Mai degrabă aș vedea o astfel de lege ca o modalitate de semnalizare a unei rupturi profunde cu trecutul, ca un mijloc de izolare a unei operațiuni de curățire pentru funcționarea normală a procesului judiciar. Prin această izolare ar deveni posibil pentru profesia judiciară să se întoarcă mai repede la o condiție în care să poată acorda respectul cuvenit cerințelor moralității juridice. Cu alte cuvinte, idealul fidelității față de drept și-ar recuceri mai eficient înțelesul său normal.

VII. Problema interpretării: nucleul și penumbra

Este esențial să fim cât se poate de clari cu privire la înțelesul doctrinei profesorului Hart referitoare la „nucleu și penumbră”³⁸ pentru că cred că este foarte probabil ca un cititor ocazional să interpreteze în mod greșit ceea ce are de spus. Un astfel de cititor este îndreptățit să presupună că profesorul Hart descrie doar ceva ce ține de experiența zilnică a unui jurist, anume că în interpretarea normelor juridice se

³⁸ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, loc. cit., p. 606-608.

întâmplă în mod obișnuit (deși nu în mod universal) să apară anumite situații care să pară că s-ar supune destul de clar unei norme, în vreme ce altele ar fi mai îndoielnice. Teza profesorului Hart nu ia o formă atât de puerilă. Discuția sa aprofundată asupra nucleului și penumbrei nu este doar un mod complicat de a recunoaște că anumite cazuri sunt grele, în vreme ce altele sunt ușoare. În schimb, pe baza unei teorii despre înțelesul general al limbajului, el propune o teorie a interpretării judiciare care este, cred, complet nouă. Cu siguranță nu a fost exprimată înainte într-o formă atât de intransigentă.

Așa cum înțeleg eu teza profesorului Hart (dacă adăugăm unele prezumții tacite implicate de ea, precum și anumite rezerve pe care fără îndoială le-ar pretinde cititorilor) o prezentare completă ar suna cam așa: sarcina interpretării este în mod obișnuit aceea de a determina înțelesul cuvintelor individuale ale unei norme juridice, precum „vehicul” într-o normă care interzice vehiculele într-un parc. În particular, sarcina interpretării este de a determina sfera de referință a unui astfel de cuvânt, sau agregatul lucrurilor pe care le indică. Comunicarea este posibilă doar pentru că cuvintele au o „versiune standard” sau „nucleul înțelesului” care rămâne relativ constant, oricare ar fi contextul în care poate apărea cuvântul. Cu excepția circumstanțelor deosebite, va fi întotdeauna potrivit să privim un cuvânt precum „vehicul” ca referindu-se la „versiunea standard”, anume acel agregat de lucruri pe care le-ar include în toate contextele obișnuite, înăuntrul sau în afara dreptului. Cuvântul va avea acest înțeles în orice normă juridică, oricare ar fi scopul acesteia. Aplicarea cuvântului în „versiunea standard” pe care o are, nu presupune un rol creativ din partea judecătorului. El aplică pur și simplu dreptul „așa cum este”.

Totuși, în plus față de nucleul constant, cuvintele au și o penumbră de înțelesuri, care spre deosebire de nucleu va varia în funcție de context. Dacă obiectul în discuție (să spunem o tricicletă) cade în zona penumbrei, judecătorul este forțat să asume un rol mai creativ. Trebuie să întreprindă, pentru prima dată, o interpretare a normei în lumina obiectului sau scopului. Având în vedere ce se intenționa prin reglementarea privind parcurile, ar fi el ținut să ia în considerare interzicerea tricicletelor? Când se iau decizii privind astfel de întrebări apare cel puțin o „intersecție” între „este” și „ar trebui”, dat fiind că judecătorul, când decide ce „este” norma, o face din prisma propriilor noțiuni cu privire la „ceea ce ar trebui să fie norma” pentru a-și îndeplini scopul.

Dacă am interpretat în mod corect teoria profesorului Hart cu privire la „nucleu”, atunci cred că este greu ca ea să fie susținută. Cel mai evident defect al teoriei sale stă în presupunerea sa că problemele de interpretare se referă în mod tipic la înțelesul cuvintelor individuale. Cu siguranță, nici un judecător care aplică o normă de *common law* nu a urmat vreodată o procedură ca cea descrisă (și, presupun, prescrisă) de profesorul Hart; într-adevăr în mod normal nici măcar nu ne gândim că problema sa ar fi una de „interpretare”. Chiar și în cazul legilor, trebuie în mod obișnuit să atribuim un înțeles, nu unui cuvânt izolat, ci unei propoziții, unui paragraf, sau unei întregi pagini sau chiar mai mult dintr-un text. Cu siguranță, un paragraf nu are o „versiune standard” care rămâne constantă indiferent de contextul în care apare. Dacă o lege pare să aibă un fel de „înțeles nucleu” pe care să-l putem aplica fără o cercetare prea detaliată în privința scopului său exact, aceasta este

pentru că putem vedea că, oricum ar fi formulat obiectivul precis al unei legi, respectivul caz tot ar cădea sub incidența sa.

Chiar și în situațiile în care dificultățile noastre de interpretare par să depindă de un singur cuvânt, analiza profesorului Hart nu îmi pare să sesizeze ceea ce se întâmplă sau ar trebui să se întâmple. Exemplul său cu privire la „vehicul”, deși spune că acest cuvânt are un nucleu de înțeles care definește în mod neechivoc în toate contextele o serie de obiecte la care se referă, nu ne spune nicăieri care ar putea fi aceste obiecte. Regula care interzice vehiculele într-un parc pare să fie ușor de aplicat în anumite cazuri pentru că putem vedea în mod destul de clar care este „scopul normei în general”, astfel încât știm că nu trebuie să ne preocupăm de diferența dintre un Ford și un Cadillac. Dacă în anumite cazuri pare că suntem capabili să aplicăm regula fără a ne întreba care îi este scopul, aceasta nu este pentru că putem trata o regulă ca și cum nu ar avea un scop. Mai degrabă este pentru că, de exemplu, indiferent dacă norma urmărește să mențină liniștea în parc sau să îi protejeze de leziuni pe cei care se plimbă fără grijă, știm, „fără a ne gândi” că un automobil gălăgios trebuie exclus.

Ce ar spune profesorul Hart dacă anumiți patrioți locali ar dori să urce pe un soclu în parc un camion folosit în cel de-al doilea război mondial, în vreme ce alți cetățeni ar considera un astfel de memorial ca un spin în ochi și ar invoca norma care prevede „nici un vehicul”? Un astfel de camion absolut funcțional ar intra în sfera nucleului sau a penumbrei?

Profesorul Hart pare să sugereze că dacă cuvintele nu ar avea „versiunea standard” care rămâne constantă indiferent de context, comunicarea efectivă s-ar prăbuși și ar deveni imposibil să construim un sistem de „norme care să aibă autoritate”³⁹. Dacă în orice context cuvintele ar lua un singur înțeles, specific contextului respectiv, întregul proces de interpretare ar deveni atât de nesigur și de subiectiv încât idealul statului de drept și-ar pierde înțelesul. Cu alte cuvinte, profesorul Hart pare să spună că dacă nu suntem pregătiți să acceptăm analiza pe care o face interpretării, trebuie să abandonăm orice speranță de a acorda un înțeles efectiv idealului fidelității față de drept. Aceasta reprezintă într-adevăr o perspectivă foarte sumbră, dacă credem, precum cred eu, că nu putem accepta teoria sa în materie de interpretare. Totuși, nu am o părere chiar atât de întunecată asupra viitorului idealului fidelității față de drept.

Un exemplu ne-ar ajuta să testăm, nu doar teoria profesorului Hart cu privire la nucleu și penumbră, ci și relevanța ei pentru idealul fidelității față de drept. Să presupunem că răsfoind printre legi, găsim următoarea prevedere: „A dormi în orice stație feroviară constituie contravenție și se pedepsește cu o amendă de cinci dolari”. Nu avem probleme să percepem natura generală a scopului unei asemenea legi. Într-adevăr, foarte probabil ne vine imediat în minte imaginea unui vagabond zgribulit, întins în mod dizgrațios pe una dintre băncile gării, ținându-i în picioare pe călătorii oboșiți și umplându-le urechile de sforăituri răgușite și alcoolice. Această viziune poate fi considerată ca „situația evidentă” avută în vedere de lege, deși cu siguranță este departe de a fi „versiunea standard” al stării psihologice denumite „a dormi”.

³⁹ Ibidem, p. 607.

Acum să vedem cum influențează acest exemplu idealul fidelității față de drept. Să presupunem că sunt un judecător și că doi bărbați sunt aduși în fața mea pe motiv că ar fi violat această lege. Primul era un pasager care aștepta la ora 3 a.m. un tren întârziat. Când a fost arestat ședea drept, civilizată, dar a fost auzit sforăind încet de către ofițerul care l-a arestat. Al doilea este un bărbat care și-a adus o pătură și o pernă în gară și în mod evident s-a hotărât să rămână acolo peste noapte. Totuși, a fost arestat înainte de a apuca să se culce. Care dintre aceste cazuri reprezintă „versiunea standard” a cuvântului „a dormi”? Dacă ignor această întrebare și decid să-l amendez pe al doilea bărbat și să-l las liber pe primul, am violat oare obligația de fidelitate față de drept? Am violat oare acea obligație dacă interpretez cuvântul „a dormi” folosit în această lege ca însemnând ceva de genul „a se întinde pe o bancă sau pe podea pentru a-și petrece noaptea, sau ca și cum ar face-o pentru a-și petrece noaptea”?

Testând un alt aspect al teoriei profesorului Hart, este într-adevăr vreodată posibil să interpretezi un cuvânt dintr-o lege fără a cunoaște scopul legii? Să presupunem că întâlnim următoarea frază incompletă: „toate îmbunătățirile trebuie raportate în mod prompt către (...)”. Teoria profesorului Hart pare să afirme că chiar dacă avem doar acest fragment în fața noastră putem construi în mod sigur cuvântul „îmbunătățire” ca aplicându-se „versiunii standard”, deși ar trebui să cunoaștem restul propoziției înainte de a putea trata în mod inteligent „problemele din penumbră”. Dar, cu siguranță în propoziția întreruptă pe care am citat-o, cuvântul „îmbunătățire” este aproape tot atât de lipsit de înțeles precum simbolul „X”.

Cuvântul „îmbunătățire” va lua imediat un înțeles dacă completăm fraza cu cuvintele „șefa infirmierelor” sau „Autoritatea de Planificare Urbană” deși aceste două înțelesuri ce mi-au venit în minte sunt radical diferite. Cu greu se poate spune că aceste două sensuri reprezintă un fel de creștere în penumbră a „versiunii standard” a cuvântului. Și ne întrebăm, între paranteze, cât de folositoare ar putea fi teoria nucleului și penumbrei pentru a decide dacă atunci când raportul este dat autorităților de planificare, cuvântul „îmbunătățire” include și o monstruoasă de casă care nu poate fi ipotecată și care reduce valoarea terenului pe care este situată.

Cred că ar fi interesant efectul pe care l-ar avea alte modalități de completare a frazei. Să presupunem că adăugăm la „Toate îmbunătățirile trebuie raportate în mod prompt la...” cuvintele „Decanului departamentului absolvenților”. Aici nu mai pare să ezităm în întineric ca înainte; mai degrabă pare că am fi ajuns la o cutie goală. Am obține o orientare mai bună dacă clauza finală ar fi „Directorului școlii”, și am fi și mai liniștiți dacă ar deveni „Președintelui Comitetului relațiilor cu părinții copiilor din unitățile primare”.

Trebuie să observăm că pentru a decide ce înseamnă cuvântul „îmbunătățire” în toate aceste cazuri nu procedăm pur și simplu prin a plasa cuvântul într-un context general, precum practicile spitalelor, planificarea urbană sau educația. Dacă lucrurile ar sta așa, „îmbunătățire” în ultima versiune ar putea la fel de bine să se refere atât la învățător, cât și la elev. Mai degrabă ne întrebăm, la ce poate servi această normă? Ce rău încearcă să prevină? Ce bine încearcă să promoveze? Atunci când cea care primește raportul este șefa infirmierelor ne întrebăm „Există oare o problemă de lipsă de spațiu în spital, astfel încât pacienții a căror stare se îmbunătățește suficient

să fie trimiși acasă sau mutați într-un salon în care li se va acorda mai puțină atenție?”. Dacă „Director” oferă mai multe indicații decât „decanul departamentului absolvenților”, aceasta trebuie să fie pentru că cunoaștem câte ceva despre diferențele dintre educația primară și educația universitară și post-universitară. Trebuie să avem o minimă familiarizare cu modurile în care sunt conduse aceste două întreprinderi educaționale, și cu problemele întâlnite în ambele, pentru ca distincția între „director” și „decan al departamentului absolvenților” să afecteze interpretarea pe care o dăm cuvântului „îmbunătățire”. Cu alte cuvinte, trebuie să fim suficient de capabili să ne punem în poziția celor care au redactat norma pentru a ști ce gândeau despre „ce ar trebui să fie”. Din prisma acestui „ar trebui” trebuie să decidem ce „este” norma.

Întorcându-ne la fenomenul pe care profesorul Hart îl denumește „preocupare față de penumbră” trebuie să ne întrebăm cu ce contribuie de fapt la procesul interpretării practica comună de a presupune diferite situații „limită”. Profesorul Hart pare să spună „Cu nimic, cu excepția situațiilor în care lucrăm cu probleme din penumbră”. Dacă se referă la acestea, găsesc părerea sa enigmatică, dat fiind că lasă neexplicat motivul pentru care, conform teoriei sale, dacă cineva are de-a face cu o problemă din penumbră, ar putea fi util să se gândească la alte probleme din penumbră.

De-a lungul întregii discuții despre interpretare, profesorul Hart pare să presupună că este un fel de procedură de catalogare. Un judecător care este pus în fața unei situații noi este ca un bibliotecar care trebuie să decidă pe ce raft să pună o carte nouă. Sunt cazuri ușoare: Biblia ține de Religie, *Avuția Națiunilor* ține de Economie etc. Apoi sunt cazuri grele, în care bibliotecarul trebuie să exercite un fel de alegere creativă, precum atunci când decide dacă *Das Kapital* ține de Politică sau Economie, *Călătoriile lui Gulliver* țin de Ficțiune sau Filozofie. Dar indiferent dacă decizia de a cataloga este ușoară sau grea, odată ce a fost luată, bibliotecarul nu trebuie decât să pună cartea pe raft. La fel se întâmplă și cu judecătorii, pare să spună profesorul Hart, în toate cazurile importante. Cu siguranță, procesul judiciar este ceva mai mult decât procesul de catalogare. Judecătorul nu își epuizează responsabilitatea atunci când atribuie cazului eticheta cu diagnosticul potrivit. Trebuie să facă ceva cu acesta, să-l trateze, putem spune. Răspunderea mai largă care îi revine explică de ce problemele de interpretare nu se leagă aproape niciodată de un singur cuvânt, și de ce timp de generații juriștii au găsit utilă construirea de cazuri limită imagine, nu doar în penumbră, ci pentru a ști unde începe penumbra.

Cred că aceste aspecte pot fi clarificate prin exemplul fragmentului de lege care spune „Toate îmbunătățirile trebuie raportate în mod prompt la...”. Oricare ar fi fraza din final, judecătorul nu și-a rezolvat problemele decizând simplu la ce fel de îmbunătățire se referă. Aproape toate cuvintele din propoziție pot necesita o interpretare, dar în mod evident acesta este cazul lui „raportate” și „prompt”. Ce fel de „raportare” se are în vedere? Cât de specifică trebuie să fie? Ar fi suficient să se spună „mult mai bine”, sau „o casă mare cu o fereastră panoramică”?

Acum ar trebui să fie evident pentru orice jurist că în interpretarea unor cuvinte cum sunt „îmbunătățire”, „prompt” și „raporta” nu obținem nici un ajutor real întrebând cum ar fi definite aceste cuvinte în vreo „versiune standard”. Dar, mult mai important, atunci când aceste cuvinte sunt parte dintr-o structură unitară de gândire,

interacționează între ele în procesul de interpretare. „Ce înseamnă „îmbunătățire”? Trebuie să fie ceva ce poate face obiectul unei raportări. Deci, în sensul acestei legi, „îmbunătățire” înseamnă într-adevăr o „îmbunătățire raportabilă”. Ce fel de „raportare” trebuie efectuată? Depinde de tipul de „îmbunătățire” despre care se doresc informații și motivele pentru a dori informația”.

Când ne uităm dincolo de cuvintele individuale ale legii către lege ca întreg, devine evident că constituirea unor cazuri ipotetice ajută la procesul general de interpretare. Îndreptându-ne mințile întâi într-o direcție, apoi în alta, aceste cazuri ne ajută să înțelegem textura de gânduri din fața noastră. Această textură este ceva pe care încercăm să-l desfacem, astfel încât să putem ști cu adevărat ce este, dar este și ceva la a cărui creare contribuim în mod inevitabil pe măsură ce ne străduim (în conformitate cu obligația noastră de fidelitate față de drept) să facem din lege un întreg coerent și funcțional.

Ar fi trebuit să consider aceste observații ca fiind mult prea banale pentru a le scrie aici, dacă nu păreau să fie cerute de răspunsul la teoria interpretării propuse de profesorul Hart, o teorie care implică că nu putem avea fidelitate față de drept dacă nu suntem gata să acceptăm această teorie. Poate fi posibil ca filosofia pozitivistă să ne ceară să abandonăm o viziune asupra interpretării a cărei preocupare centrală nu sunt cuvintele, ci scopul și structura? Dacă este așa, atunci miza în această bătălie dintre școli este într-adevăr mare.

Sunt surprins de noutatea pe care profesorul Hart o atribuie lecțiilor pe care am încercat să le deduc odată din exemplul lui Wittgenstein referitor la a învăța copii un joc⁴⁰. Încercam pur și simplu să arăt rolul pe care îl are reflecția atunci când se decide ce ar trebui făcut. Încercam să indic argumente simple deoarece acele decizii despre ce ar trebui făcut s-ar îmbunătăți prin reflecție, printr-un schimb de vederi cu alții care împărtășesc aceleași probleme și prin imaginarea a diferite situații care ar putea fi prezentate. Am presupus că toate aceste măsuri inocente și familiare ar putea servi pentru a ascuți percepția a ceea ce încercăm să facem, și că produsul întregului proces ar putea fi nu doar o alegere mai potrivită a mijloacelor pentru scopul căutat, ci o clarificare a scopului însuși. M-am gândit că un judecător faimos al unei curți engleze a avut ceva de genul acesta în minte atunci când a vorbit despre *common law* ca „purificându-se pe sine”⁴¹. Dacă această opinie asupra procesului judiciar nu este menținută în țara sa de origine, pot spune doar, că oricare ar fi vicisitudinile reputației britanice a lordului Mansfield el va rămâne mereu pentru noi în această țară o figură eroică a teoriei dreptului.

Am subliniat aici deficiențele teoriei profesorului Hart deoarece teoria afectează interpretarea judiciară. Cred, totuși că defectele sale sunt mai profunde și rezultă în ultimă instanță dintr-o teorie greșită despre înțelesul limbajului în general. Profesorul

⁴⁰ Lon L. Fuller, *Human Purpose and Natural Law*, 53 J. Philos., 1956, p. 697, 700.

⁴¹ *Omychund v. Barker*, 1 Atk, 21, 33, 26 Eng. Rep. 15, 22-23 (Ch. 1744) (pledoaria Avocatului General Murray, devenit mai târziu Lord Mansfield):

„Ocaziile nu apar dintr-o dată; (...) rareori o lege poate lua în considerare toate cazurile, de aceea *common law*-ul, care se purifică pe sine prin reguli izvorâte din fântâna dreptății, este superior unui act al parlamentului”.

Hart pare să subscrie la ceea ce poate fi numit „teoria înțelesului ca ac indicator”⁴², o teorie care ignoră sau minimizează efectul scopului vorbitorului și al structurii limbajului asupra înțelesului cuvintelor. În mod caracteristic această școală de gândire cuprinde noțiunea de „uzaj comun”. Motivul este, desigur, că doar cu ajutorul acestei noțiuni pare să fie atinse datele inerte ale sensului pe care îl caută, un înțeles izolat de efectele scopului și structurii.

Nu este cazul să încercăm aici un excurs extins în teoria lingvistică. Va trebui să mă mulțumesc să remarc că teoria înțelesului implicită în eseul profesorului Hart pare să fi fost respinsă de trei bărbați care stau în fruntea evoluției moderne a analizei logice: Wittgenstein, Russel și Whitehead. Investigațiile filosofice postume ale lui Wittgenstein reprezintă un fel de comentariu curent cu privire la modul în care cuvintele își modifică și transformă înțelesul atunci când trec de la un context la altul. Russel repudiază cultul „uzanței comune” și se întreabă ce „variantă” a însuși cuvântului „cuvânt” ar putea fi găsită să nu implice vreo intenție specifică atunci când este folosită⁴³. Whitehead explică atracția pe care filosofii moderni o au față de „identitatea înșelătoare a cuvântului care se repetă”; doar presupunând o constantă lingvistică (precum „nucleul înțelesului”) poate fi pretinsă validitatea procedurilor logicii care mută, din necesitate, cuvântul dintr-un context în altul⁴⁴.

VIII. Fundamentele morale și emoționale ale pozitivismului

Dacă ignorăm teoriile specifice ale dreptului asociate filosofiei pozitivistice, cred că putem spune că tonul dominant al pozitivismului este dat de teama unei interpretări teleologice a dreptului și a instituțiilor juridice, sau cel puțin de teama că o astfel de interpretare ar putea merge prea departe. Cred că pot fi găsite urme care confirmă o

⁴² Mă refer la teoria lingvistică care pare a fi implicată în eseul discutat aici. În strălucitoarea prelegere inaugurală a Profesorului Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, 70 L.Q. Rev. 37 (1957), cea mai importantă afirmație este aceea că termeni precum „regulă”, „drept” și „persoană juridică” nu pot fi definiți indicând lucruri sau acțiuni corespondente din lumea exterioară, ci pot fi înțeleși numai prin funcțiile pe care le îndeplinesc într-un sistem mai larg, la fel cum cineva nu poate înțelege ordinul arbitrului „Afară!” dacă nu este familiarizat măcar la modul general cu regulile baseball-ului. Totuși, chiar și în analiza pe care a prezentat-o în prelegerea inaugurală, Profesorul Hart pare să creadă că dependența sensului de funcție și de context este o caracteristică a sistemelor formale și explicite, ca sistemul juridic sau sistemul unui joc sportiv. El pare să nu recunoască faptul că ceea ce are de spus despre sistemele explicite este adevărat și pentru nenumăratele sisteme informale și suprapuse care funcționează prin intermediul limbajului ca întreg. Aceste elemente sistematice sau structurale implicite în limbaj ne permit adesea să înțelegem îndată sensul unui cuvânt folosit într-un înțeles cu totul nou, ca în propoziția „Experții consideră Canalul Mânecii ca cea mai dificilă cursă de înot”. În eseul discutat aici, Profesorul Hart pare să nu recunoască deloc faptul că o regulă sau o lege are o calitate structurală sau sistematică care se reflectă într-o anumită măsură în înțelesul fiecărui termen principal din ea.

⁴³ *Bertrand Russel*, *The Cult of the „Common Usage”, Portraits from Memory and Other Essays*, 1956, p. 166, 170-171.

⁴⁴ *Alfred Whitehead*, *Analysis of Meaning, Essays in Science and Philosophy*, 1947, p. 122, 127.

astfel de teamă la toți cei clasificați de profesorul Hart ca și pozitiviști, cu remarcabila excepție a lui Bentham care reprezintă un caz aparte și care era la mare distanță de tot ceea ce ar putea fi numit pozitivism etic.

Tendința, pe care o avem mulți dintre noi, de a crede că această teamă de scop poate să se transforme într-un pozitivism morbid, nu trebuie să ne inducă în eroare făcându-ne să credem că teama ar fi total nejustificată sau că nu reflectă nici o problemă semnificativă în organizarea societății.

Fidelitatea față de drept poate deveni imposibilă dacă nu acceptăm responsabilități mai largi (la rândul lor teleologice, astfel cum sunt și trebuie să fie toate responsabilitățile) care se potrivesc unei interpretări teleologice a dreptului. Putem imagina un șir al gândurilor după cum urmează: Această lege spune că absintul nu se poate vinde. Care este scopul său? Acela de a promova sănătatea. Dar, după cum o știe toată lumea, absintul este o băutură sănătoasă și binefăcătoare. De aceea, interpretând legea în lumina scopului său, o interpretez ca impunând vânzarea și consumarea generală a celei mai sănătoase dintre băuturi, absintul.

Dacă un astfel de risc este implicit interpretării teleologice, ce măsuri putem lua pentru a-l elimina sau pentru a-l reduce la proporții acceptabile? Am fi tentați să spunem „Se poate folosi bunul simț obișnuit”. Dar aceasta ar fi o eludare și ar echivala cu a spune că deși cunoaștem răspunsul, nu putem spune care este. Pentru a da un răspuns mai bun, mă tem că ar trebui să mă îndepărtez de acele înalte standarde de claritate atât de bine laudate și exemplificate de profesorul Hart. Trebuie să spun că răspunsul constă în conceptul de structură. O lege sau o normă de *common law* are, fie explicit, fie în virtutea relației sale cu alte norme, ceva ce poate fi numit integritate structurală. Aceasta avem în vedere când vorbim de „intenția legii”, deși știm că oamenii sunt cei care au intenții, nu cuvintele puse pe hârtie. În limitele acelei structuri, fidelitatea față de drept nu doar permite, ci și solicită un rol creator din partea judecătorului, dar nu-i permite să treacă dincolo de acea structură. Desigur, structura despre care vorbesc prezintă propriile „probleme din penumbră”. Dar penumbra în acest caz circumscrie ceva real, ceva ce are un înțeles și o integritate a sa. Nu este o coabitare fără sens a cuvintelor care își împrumută înțelesul din utilizarea profană.

Una dintre marile virtuți ale eseului profesorului Hart este aceea de a face explicită grija pozitivistilor față de idealul fidelității față de drept. Totuși, cred, deși nu o pot dovedi, că motivul principal pentru care pozitivismul se teme de interpretarea teleologică nu este acela că ar putea duce la anarhie, ci că ne-ar putea împinge prea departe în direcția opusă. Vede într-o interpretare teleologică, dusă prea departe, o amenințare a libertății umane și a demnității umane.

Permiteți-mi să ilustrez ce vreau să spun printr-un exemplu: să presupunem că sunt o persoană fără credințe religioase care trăiește într-o comunitate entuziastă dominată de credința protestant creștină. O lege a acestei comunități declară jocul de golf duminica ca fiind ilegal. Găsesc această lege enervantă și accept cu reținere restrângerile sale. Dar enervarea pe care o simt nu este foarte diferită de cea pe care aș putea-o experimenta dacă, deși ar fi legal să joc duminica, o cădere de curent m-ar împiedica să iau mașina de golf pe care aș folosi-o în mod normal pe traseu. Cu alte cuvinte, „este ceva printre altele”.

Întreaga chestiune presupune nuanțe cu totul diferite dacă o lege mă obligă să merg la biserică sau, mai rău să îngenunchez și să spun rugăciuni! În acest caz aş putea simți un atac direct la integritatea mea ca ființă umană. Totuși, scopul ambelor legi poate fi același: de a spori numărul celor care frecventează biserica. Diferența pare a fi chiar să fie aceea că prima lege își urmărește scopul în mod viclean și indirect, în vreme ce a doua, în mod onest și deschis. Dar, cu siguranță acesta este un caz în care a acționa indirect are virtuțile sale, iar onestitatea are un preț greu din perspectiva demnității umane.

Cred că pozitivismul se teme că o interpretare prea explicită și neînhibată în termeni de scop poate împinge primul tip de lege în direcția celei de-a doua. Dacă aceasta este preocuparea de bază a filosofiei pozitivistice, această filozofie are de-a face cu o problemă reală, oricât de nepotrivit ar părea răspunsul la problemă. Căci această problemă a unui scop de care trebuie să fim conștienți este crucială în societatea noastră. Să ne gândim numai la obligația de a negocia „cu bună credință” impusă de Legea națională privind relațiile de muncă⁴⁵. Să ne amintim de observația că a pedepsi un criminal reprezintă un atac mai mic asupra demnității sale decât a-l reforma sau a-l face mai bun. Ne vine în minte preambulul legii: utilizarea sa tot mai frecventă, înțelepciunea sa legislativă, semnificația ce ar trebui să-i fie acordată de interpretarea judiciară. Desigur, fiecare își va aminti de cazurile salutului steagurilor⁴⁶. La rândul meu, îmi amintesc de splendida analiză efectuată de profesorul Hippel asupra aspectelor fundamentale greșite ale nazismului, și concluzia sa că cea mai mare perversitate a tuturor naziștilor a constat în actele coercitive, precum scoaterea steagurilor și strigătele „Heil Hitler!” care au un înțeles doar dacă sunt voluntare, sau mai precis, au un înțeles atunci când, impuse fiind, sunt rezultatul parazitărilor al unei asocieri cu manifestări voluntare din trecut⁴⁷.

Astfel de întrebări devin evident tot mai acute pe măsură ce statul își asumă un rol mai activ în activitate economică. Nici o activitate economică nu poate fi organizată exclusiv prin interdicții. Prin natura sa, producția economică necesită un efort de cooperare. De aceea, în domeniul economic există motive speciale de a se teme că „Aceasta nu poți să faci” se va transforma în „trebuie să faci aceasta – însă voluntar”. După cum știm cu toții, cea mai tentantă oportunitate pentru a efectua această transformare se prezintă prin ceea ce în practica administrativă se numește „discuția dinaintea audierii”, în care amenințarea negativă cu sancțiunile cuprinse într-o lege poate fi folosită de administratori pentru a induce ceea ce ei consideră, cu sufletul împăcat, „o atitudine potrivită”.

Abia aștept ziua în care filosofia juridică se va putea ocupa în mod serios de astfel de chestiuni, și nu doar le va exploata pentru a obține puncte în favoarea unei poziții deja adoptate. Mi se pare că eseul profesorului Hart deschide calea către o astfel de

⁴⁵ Par. 8 (d), introdus prin 61 Stat. 142 (1947), 29 U.S.C. par. 158 (d) (1952); a se vedea NLRA par. 8 (a)(5), (b)(3), modificat prin 61 Stat. 141 (1947), 29 U.S.C. par.158 (a) (5), (b) (3) (1952).

⁴⁶ *Minersville School Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 1940, casată; *West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 1943.

⁴⁷ *Fritz von Hippel*, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, 1946, p. 6-7.

discuție, deoarece elimină din filosofia pozitivistă falsa aparență că ar fi ascuns până atunci orice a atins. Mă refer, desigur, la falsa aparență a neutralității pozitivismului. De aceea pot afirma cu toată sinceritatea că, în ciuda dezacordului aproape la fiecare paragraf cu opiniile exprimate în eseul său, cred că profesorul Hart a adus o contribuție de durată la filosofia juridică.