



ISSN 1392–6195 (print)
ISSN 2029–2058 (online)
JURISPRUDENCIJA
JURISPRUDENCE
2009, 4(118), p. 247–264

JURISPRUDENCIJOS MOKSLIŠKUMO KRITERIJAI ŠIUOLAIKINĖJE TEISĖS FILOSOFIJOJE

Saulius Arlauskas

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto
Teisės filosofijos katedra
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Telefonas (+370 5) 2714 697
Elektroninis paštas tfk@mruni.eu

Pateikta 2009 m. birželio 19 d., parengta spausdinti 2009 m. gruodžio 9 d.

Anotacija. Straipsnyje aptariamas paradoksalus teisės mokslo vaidmens vertinimas teisinėje praktikoje. Viena vertus, teisės mokslininkai nesutaria dėl teisės mokslo mokslškumo kriterijų, kita vertus, net ir esant itin sunkioms byloms teisinėje praktikoje sugebama surasti teoriškai pakankamai nepriekaištingus sprendimus. Straipsnyje daroma prielaida, kad teisinė praktika vis dėlto remiasi fundamentaliomis teorinėmis išvalgomis, tik jas taiko daugiau intuityviai nei reflektiviai. Straipsnyje remiantis šiuolaikinės teisės filosofijos mokyklų idėjomis siekiama šias teisinės praktikos teorines išvalgas racionaliai rekonstruoti. Tuo tikslu aptariamos prigimtinės teisės teorijos idėjos ir daroma išvada, kad teisinėje praktikoje taikomos dvi prigimtinės teisės nuostatos: teisiniai sprendimai privalo būti protingi ir jie privalo įkūnyti žmogaus egzistencinius tikslus (pamatines vertybes). Straipsnyje aptariama teisinio pozityvizmo evoliucija ir daroma išvada, kad teisinis pozityvizmas pateikia teisės mokslškumo kriterijus, suformuluodamas teisės demokratinio kūrimo proceso procedūrinės taisykles. Šios taisyklės numato tokias sąlygas: konsensuą dėl priimamų sprendimų; visų diskurso dalyvių lygų dalyvavimą, tvirtinant norminio pobūdžio sprendimus; pasekmių taikant sprendimus priėmimą; galimybes esant reikalui sprendimus iš naujo patvirtinti. Straipsnyje taip pat aptariamos dorybių jurisprudencijos idėjos ir teigiama, kad dorybių jurisprudencija kaip mokslinį teisės kriterijų pateikia reikalavimą, kad sprendimai dėl žmogaus teisių tenkintų esant tradicijai susiformavusią ir pasiteisinusią vertybių sistemą (hierarchiją) bei ją

atitinkančias dorybes. Straipsnyje parodoma, kaip aptartus teisės mokslškumo kriterijus panaudoja Jurgenas Habermasas, paaiškindamas teisinį draudimą tobulinti žmogaus genomą. Šis draudimas įtvirtintas vienoje iš Žmogaus teisių ir biomedicinos konvencijos nuostatų .

Reikšminiai žodžiai: *teisė, mokslas, prigimtinė teisė, teisinis pozityvizmas, dorybių jurisprudencija, Habermasas.*

Įvadas

Visuotinai žinoma, kad teisė – žmogaus proto kūrinys. Vadinasi, žmogus turėtų gebėti paaiškinti tai, ką ir kaip sukūrė. Tai kodėl gi teisės pažinimas ir fundamentalios teisės teorijos (teisės mokslo) sukūrimas vis dar lieka neišspręsta problema? Beje, ši paradoksali situacija komplikuoja ne tik mūsų supratimą apie teisės teoriją, bet ir teisinės praktikos patikimumą. Visuotinai pripažinto teisės mokslo buvimo stygius perša mintį, kad valstybėse vykdomas faktinis teisinis reguliavimas gali būti neadekvatus. Kitaip tariant, neturint aiškių teorinių kriterijų, įstatymo leidėjo sukurtos teisinės taisyklės gali iškreiptai reguliuoti žmonių santykius. Juk jei teisės mokslininkai ginčijasi dėl teisės mokslo galimybės, tuomet kiekvienas konkretus teisės taikymo subjektas gali apie teisę spęsti savaip.

Ir vis dėlto nepaisant teisės mokslo problemų, teisė šių dienų pasaulyje visose valstybėse funkcionuoja kaip neginčytinas ir, galima sakyti, autoritetingiausias socialinių santykių reguliavimo instrumentas. Kiekviena valstybė turi savo teisinę sistemą. Netgi autoritarinėse valstybėse paprastai siekiama valdžios veiksmus teisiškai pagrįsti. O svarbiausia, kad sprendžiant gyvybiškai reikšmingas teises bylas neretai pasiekiamas visuotinis susitarimas dėl to, koks teisinis reguliavimas yra pats efektyviausias ir teisingiausias. Štai, pavyzdžiui, visos pasaulio valstybės pripažįsta, kad žmonės nepaisant jų rasinių, socialinių arba tautinių skirtumų turi ne tik teisę gyventi, bet ir gyventi sveikoje ir saugioje aplinkoje. Žmogaus gyvybę gina solidūs tarptautiniai teisiniai dokumentai. Todėl galima sakyti, kad šis ir kiti panašūs teisiniai faktai byloja apie universalių teisės mokslo pagrindų galimybę.

Taigi kodėl teoriškai nepavyksta paaiškinti visuotinai pripažintų ir gerbiamų teisiinių sprendimų prigimties? Kodėl gi įstatymų leidėjai suranda visus tenkinančius sprendimus, o teisės mokslo korifėjai negali to teoriškai pagrįsti? Gal vis dėlto problema – ne teisės mokslo neįgalumas, bet mūsų nesugebėjimas pripažinti teisės mokslo vaidmens teisinėje praktikoje? Gal vis dėlto teisinė praktika naudojasi griežtomis teorinėmis konstantomis, bet tai daro labiau intuityviai, o ne reflektiviai? Bet kuriuo atveju teisinė praktika yra patikima, jei ji remiasi tvirta prielaida, kad žinoma, kas yra teisė. Kitaip tariant, žinoma ne tik tai, kad teisė yra vieno subjekto nustatytos privalomos elgesio taisyklės kitiems subjektams, bet ir žinoma, kad šios taisyklės atitinka pačią teisės idėją.

Kalbant apie teisinę praktiką, labai svarbu, kokiai teisei sistemai esant ji vykdoma. Valstybių teisinės sistemos skiriasi. Dažnai manoma, kad vienos yra geresnės, nes labiau

atitinka teisės idėją, o kitos blogesnės, nes netenkina teisės idėjos reikalavimų. Taip vertinant neišvengiamai operuojama teisės idėja kaip universaliu ir teoriškai pagrindžiamu kriterijumi. Skiriant valstybių teisės sistemas pagal tai, kiek jos yra *teisinės*, arba, kitaip tariant, kiek jos išreiškia ar atitinka pačios teisės paskirtį (idėją), neišvengiamai kyla teisės ir tam tikros teisinės ideologijos santykio klausimas. Teisine ideologija galėtume laikyti visuomenėje dominuojančią valstybės įstatymų vertinimo standartų visumą, atsižvelgiant į moralinį „geras – blogas įstatymas“ kriterijų. Būtent šis moralinis kriterijus ir numato tam tikrą ideologizuotą požiūrį į teisę. Šis ideologinis teisės vertinimas vargiai gali būti vieningas. Vieniems gali atrodyti, kad tik demokratiją garantuojantys įstatymai yra geri įstatymai. Kiti gali tikėti, kad tik suteikiant atskiriems visuomenės luomams ypatingas privilegijas galima gerai teisiškai organizuoti visuomenę. Gali būti ir tokių, kurie manys, kad autoritarinės valstybės įstatymai, numatantys vieno asmens kultą, taip pat yra geri. Tokių ir panašių vertinimų galime rasti labai daug.

Viena yra akivaizdu, kad kalbant apie teisės mokslškumą, būtina išsiaiškinti teisinės ideologijos sampratą ir jos ryšį su teise. Netgi priešingai, tik paaiškinus teisinės ideologijos atskiroje valstybėje arba jų grupėje specifiką, apskritai galima suprasti toje valstybėje funkcionuojančios teisės ypatumus.

Tradiciskai teisinė ideologija tapatinama su **prigimtinės** teisės idėja. Manoma, kad prigimtinė teisė ir yra orientyras, suteikiantis galimybę tiksliai atsakyti į klausimą, ar valstybėje sukurti įstatymai yra geri, ar jie atitinka teisės idealą. Bet ar toks įsitikinimas apie prigimtinės teisės svarbų vaidmenį, vertinant žmonių įstatymus, yra racionalus? Pagaliau koks iš tiesų yra prigimtinės teisės turinys? Jei yra įmanomi teoriškai nepriešingi atsakymai į šiuos du klausimus, tuomet iš tiesų turėtume gana tvirtą teisės mokslškumo kriterijų – prigimtinės teisės nuostatas.

1. Prigimtinės teisės idėjų vaidmuo sprendžiant teisės mokslškumo kriterijų klausimą

Prigimtinės teisės idėja – tai idėja, kuri vien savo skambiu pavadinimu apeliuoja į „tikrosios“ teisės buvimą bei į jos pažinimo galimybę. Galima būtų manyti, kad žinoti prigimtinės teisės įstatymus yra kone tas pat, kas žinoti gamtos dėsnius. Neabejotina, kad gamtos dėsnių pažinimas turėjo įtakos anksčiau, taip pat ir dabar turi įtakos žmonių teisiniam mąstymui ir vertinimams. Remiantis gamtos ir visuomenės tvarkos analogija, manoma, kad jeigu egzistuoja universalūs gamtos dėsniai, tai turėtų būti ir universalūs socialiniai dėsniai. Prigimtinės teisės idėjos šalininkai jau nuo seno siekė šiuos prigimtinis įstatymus racionaliai suformuluoti. Veikiamas Antikos stoikų filosofijos mokyklos Markas Tulijus Ciceronas prigimtinį įstatymą apibūdino taip: „Prigimtinį įstatymą nustato teisingas protas, kuris yra vieningas su gamta, kuris yra visiems žmonėms bendras, kuris turi tvirtą, pastovų pavidalą, kuris sužadina pareigą per paliepimą, kuris sulaiko nuo blogio per draudimą... Jis netampa kitoks Romoje, kitoks Atėnuose, kitoks šiuo metu ar vėliau, ir tautos kiek šį įstatymą priima kaip amžiną ir nekintamą, yra pajungtos jo visuotinumui, ir tampa šis įstatymas tarsi virš visų iškilęs bendrasis mokytojas ir val-

dovas: Dievas ... Kas šiam įstatymui nepaklūsta, bėga pats nuo savęs, jis yra tas, kuris išsižada žmogiškos prigimties, ir todėl patiria sunkiausią bausmę...“¹ Kaip matome, taip apibūdinamas šis prigimtinis įstatymas M. T. Ciceronas suteikia prigimtiniam įstatymui ir tokią kokybinę charakteristiką: „prigimtinis įstatymas sulauko nuo blogio per draudimą“. Tai reiškia, kad, anot antikos filosofo ir politinio veikėjo, prigimtinės teisės bei prigimtinio įstatymo paskirtis saugant žmones nuo blogio darymo kurti gėrį. Kitaip tariant jo esmę išreiškia moraliniai tikslai ir moraliniai draudimai.

Moralinę prigimtinės teisės nuostatų prasmę palaiko praktiškai visos vėlesnės prigimtinės teisės teorijos. Antai Tomas Akvinitis teigia, kad prigimties įstatymas yra moralinis praktinio proto principas: „Privalu daryti gėrį ir jo siekti ir privalu vengti blogio“². Prigimtinės teisės idėją su morale vienokia arba kitokia forma sieja ir dauguma modernųjų prigimtinės teisės teorijų. Ji laikoma arba objektyviai egzistuojančiomis vertybėmis (F. Geny); ar tiesiog morale (J. Dabin); ar deontologija (A. P. D'Entreves); ar etine jurisprudencija (M. R. Cohen); ar pagaliau vidine teisės morale (L. L. Fuller)³.

Pritariant minčiai, kad „gera“ teisė yra būtent su morale deranti teisė, galima būtų teigti, kad fundamentalus teisės pažinimas neišvengiamai turi atskleisti moralinį teisės determinuotumą. Moraliniai draudimai tiesiog turėtų būti kvalifikuoti ir kaip faktinių įstatymų „teisiškumo“ sąlygos, ir kaip teisės adekvataus pažinimo instrumentai. Kitaip tariant moraliniai imperatyvai iškyla kaip jurisprudencijos mokslškumo kriterijai. Iš pirmo žvilgsnio ši mintis gali pasirodyti paradoksali, neracionali ir net klaidinanti, kadangi ji iš esmės reiškia, jog moralinių normų ir teisės normų pažinimas yra lygiaverčiai dalykai. Tačiau ieškant teisės mokslškumo kriterijų nereikėtų skubėti neigti teisės ir moralės organinį ryšį, kaip tai, pavyzdžiui, daro radikalaus teisinio pozityvizmo atstovai⁴. Taip būtų galima elgtis nebent tuo atveju, jei pavyktų įrodyti, kad apskritai jokios moralinės nuostatos neišreiškia šiuolaikinės teisės sampratos esmės. Taigi kalbant apie teisės moralumą kur kas konstruktyviau būtų parodyti, kaip faktinėje pozityviojoje teisėje šis teisės moralumas pasireiškia arba bent turėtų pasireikšti. Taip formuluojant problemą pasirodo, kad prigimtinės teisės šalininkai iš tiesų nurodo labai reikšmingus faktinės pozityviosios teisės moralumo bruožus.

Kaip minėjome, jau M. T. Ciceronas, o vėliau ir T. Akvinitis prigimtinę teisę sieja ne su kažkokia metatvarka, bet su tvarka, kurią nustato PROTAS. T. Akvinitis antai teigia, kad „Prigimtinė teisės yra tai, kas nustatyta proto, taip kaip teisingas teiginys yra proto darbo rezultatas“⁵. Žinoma, T. Akviničiui būtų galima prieštarauti, kad šis apeliuoja į kosminį protą kaip amžinosios teisės šaltinį. Tačiau į kosminio proto, kaip teisės

1 Cicero *De re publica* III, 22 (33). Cit. pagal Kaufmann /Hassemer/ Neumann (HRSG.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 7 Auflage. Müller, C. F. Verlagsgruppe Huthing Jehle rehm GmbH, Heidelberg, 2004, s. 39.

2 Aquinas, T. *Treatise on Law* (Summa Theologica, Questions 90–97). A. Gateway Edition Regnery Gateway. p. 59–60.

3 *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutshell*, p. 113.

4 Radikalios teisės ir moralės skirties nuostata grindžia savo „Grynąją teisės teoriją“ austrų filosofas Hansas Kelsenas. Kiek tai svarbu diskurse apie jurisprudencijos mokslškumo kriterijus, kalbėsime trečiame skyrelyje.

5 Aquinas, T., *op. cit.*, p. 56.

šaltinio, išaukštinimą galima žvelgti remiantis žmogaus protu. Klausimas yra tik, ar visada žmogaus logiškai argumentuoti teiginiai atitinka tai, ką T. Akvinietis vadina kosminio proto nustatytomis tiesomis. Suprantama, kad žmogaus protas yra ribotas ir negali pretenduoti į baigtinį amžinųjų tiesų pažinimą. Bet vis dėlto žmogaus protinga veikla ir yra protinga todėl, kad atitinka tam tikrus protingumo kriterijus. Sunku būtų neigti šiuolaikinės teisės filosofijos atstovo Johno Finniso tvirtinimus, kad prigimtinė teisė yra ne kas kita, kaip praktinio protingumo reikalavimai, kuriais turi vadovautis įstatymų leidėjas⁶. J. Finnisas teigia, kad praktinio protingumo reikalavimus atitinka daugelis mūsų mąstymo principų: siekti rišlių (koherentiškų) sprendimų, kad šie derintų visas, net ir prieštaringas, pozicijas; savavališkai neteikti atskiroms vertybėms pranašumų; savavališkai neteikti pranašumų atskiriems asmenims ir kiti.⁷ Kaip matome, J. Finnisas kalba apie labai reikšmingas tiek teisės kūrimo, tiek ir jos taikymo logines sąlygas, kurias nustato pats žmogaus protas. Protingumas teisėje, taip pat ir jos moralumas, pasireiškia būtent tuo, kad gerai suformuluotos teisinės taisyklės užtikrina visų galimų teisės subjektų interesų darną, neteikia nepagrįstų pranašumų nei atskiriems interesams, nei atskiriems asmenims. Kalbant apie šių protingumo reikalavimų svarbą faktinėje teisėkūroje (valstybių įstatymų leidyboje arba teismų sprendimuose) neabejotina, kad protingumo principas kaip tik ir yra pamatinis bendrasis teisės principas. O jei taip, tai prigimtinės teisės reikalavimą, kad teisė būtų protinga, galime laikyti ir teisės gerumo (moralumo), ir jurisprudencijos mokslškumo kriterijumi. Taigi bent teisės protingumo aspektu tenka pripažinti, kad prigimtinės teisės teorijos (tiek klasikinės, tiek ir modernios) pateikia pakankamai tvirtą teisės mokslškumo kriterijų – teisės nuostatų protingumą.

Pastebėtina, kad prigimtinės teisės teorijos neapsiriboja vien tik reikalavimu, jog žmonių kuriama teisė atitiktų protingumo kriterijus. Dar T. Akvinietis kalbėdamas apie prigimtinės teisės turinį siejo jį su žmogaus prigimtimi bei jo paskirtimi siekti tam tikrų finalinių tikslų, t. y. tokių tikslų, kurie yra ir žmogui įgimti (atitinka jo natūralius polinkius), ir kurie taip pat yra moraliai pateisinami. T. Akvinietis teigia, kad „natūralių polinkių tvarką atitinka ir prigimtinės teisės priesakų tvarka“⁸. Pirmasis ir svarbiausias priesakas yra toks tikslas, kurio vienodai siekia visos būtybės – tai „žmogaus gyvybės išsaugojimas“⁹. T. Akviniečio idėją apie finalinius tikslus labiau paaiškina jo mokytojas, modernios prigimtinės teisės sampratos atstovo austro Johannes Messnerio mintys. J. Messneris teigia: „Tikslai, kylantys iš žmogaus gamtinių bei dvasinių polinkių, kurie įvairiose gyvenimo situacijose yra įgyvendinami žmogaus laisvu pasirinkimu, apibrėžia žmogaus egzistencijos specifiką. Dėl šios priežasties jie gali būti vadinami egzistenciniais tikslais.“¹⁰ Pati egzistencinio tikslo sąvoka rodo, kad žmogus gali būti žmogumi tik tuo atveju, jei šio tikslo siekia. Kitaip tariant, egzistenciniai tikslai esmingai skiriasi nuo kitų žmogaus tikslų. Žmogus gali turėti tikslą pastatyti namą, arba įsigyti

6 Finais, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 15.

7 *Ibid.*, p. 100–133.

8 Aquinas T., p. 60.

9 *Ibid.*, p. 60.

10 Messner, J. „Die Natur des Menschen als Grundlage des Sittengesetzes“. *Recht und Moral: „Texte zur Rechtsphilosophie“*. Herausgegeben von Norbert Hoerster. Deutscher Taschenbrech Verlag, 1977, s. 177.

kokį nors daiktą. Bet šių tikslų neįgyvendinęs jis vis vien liks žmogumi. Visai kas kita, kai kalbama apie žmogaus gyvybės išsaugojimą. Jei tik žmogus nekels sau tikslo išsaugoti savo gyvybę, tuomet jis gali nustoti apskritai būti žmogumi. Žodžiu galima teigti, kad egzistencinis tikslas sykiu yra ir siekiamybė, ir žmogaus teisė. Šia prasme egzistenciniai tikslai apskritai atskleidžia pamatinių žmogaus teisių visumą.

Šiuolaikiniame diskurse apie teisę žmogaus teisių doktrinos vaidmuo išskirtinis. Viso pasaulio valstybės yra įpareigojamos gerbti žmogaus teises. Valstybių teisinių sistemų vertinimas pagal tai, kiek jos gina žmogaus teises, taip pat yra moralinis šių teisių sistemų vertinimas. O žmogaus teisių doktrina tiesiog figūruoja kaip šio vertinimo kriterijus. Taigi galima tarti, kad prigimtinės teisės teorijos (ir klasikinė, ir modernios jos variacijos) pateikia pakankamai aiškius bei reikšmingus bet kurios valstybės pozityviųjų įstatymų vertinimo kriterijus: viena vertus, šie įstatymai turi tenkinti protingumo reikalavimus ir, kita vertus, jie turi garantuoti žmogaus teisių (egzistencinių tikslų) apsaugą. Abu šie kriterijai laikytini ir teisės mokslų kriterijais.

2. Teisinis pozityvizmas ir procedūriniai teisės mokslų kriterijai

Jau minėjome, kad teisinio pozityvizmo tikslas – radikaliai atskirti teisės idėją nuo moralės idėjos. Vienas ryškiausių XX a. teisinio pozityvizmo atstovų Hansas Kelsenas suformuoja teisės mokslo tikslą – sukurti grynąją teisės teoriją, t. y. tokią teoriją, kuri „aprašo teisę ir mėgina pašalinti iš šio aprašymo visa, kas nėra teisė griežtąja prasme“¹¹. H. Kelseno netenkina tai, kad „teisės mokslas suplakamas su psichologijos, sociologijos, etikos ir politikos teorijos elementais“¹². Kaip vienintelę alternatyvą politizuotam ir ideologizuotam teisės mokslui H. Kelsenas pateikia būtent savąją „Grynosios teisės teoriją“. Tie, kas neabejoja teisės ir moralės glaudžiu ryšiu, gali iš karto kritiškai ir skeptiškai vertinti H. Kelseno teorinį projektą. Tačiau kritiškai vertinant H. Kelseno teorinį sumanymą negalima neatsižvelgti į tą faktą, kad teisininkai teisinėje praktikoje dažniausiai savo sprendimams pagrįsti ieško ne kokių nors moralinių, bet būtent teisi- nių argumentų. Visuotinai sutariama, kad valstybių teisiniai procesai turi vykti laikantis teisi- nių procedūrų ir vengiant bet kokių bandymų politiškai paveikti teisę. Šiuo požiūriu H. Kelseno sumanymas teoriškai paaiškinti, ką gi reiškia savarankiškas teisinis diskur- sas, kokie jo loginiai pagrindai, yra visiškai suprantamas ir sveikintinas.

Kalbant apie H. Kelseno „Grynosios teisės teorijos“ reikšmę, aiškinantis teisės mokslų kriterijus, pažymėtina jo teisės normos teorija. Šis autorius primygtinai reikalauja skirti teisės normos imperatyvumo kilmę nuo gamtos dėsnių privalomumo kilmės. H. Kelsenas teigia: „Teisės taisyklės ir gamtos dėsnių elementų ryšio skirtumą lemia tai, kad teisės taisyklės apibrėžiamą ryšį sukuria teisinis autoritetas (arba teisės norma sukuriamą valios aktu), o priežasties ir padarinio ryšys nepriklauso nuo tokio

11 Kelsen, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002, p. 43.

12 *Ibid.*, p. 43.

žmonių įsikišimo“¹³. Tuo jis siekia parodyti, kad, skirtingai nei gamtos reiškiniuose, kai kokia nors priežastis neišvengiamai sukuria padarinį, teisiniame reiškinyje teisinės pasekmės kyla tik su sąlyga, jei teisinis autoritetas dirbtinai sukuria ryšį tarp delikto ir sankcijos, kuris realiame pasaulyje neegzistuoja. H. Kelseno nuomone, teisės mokslo uždavinys yra ne sukonstruoti kokių nors privalomų (preskriptyvių) normų rinkinį, bet aprašyti tai, ką dirbtinai jau yra sukūręs įstatymų leidėjas. „Teisininkas, moksliskai aprašantis teisės normą, nesitapatina su tą normą išleidusiu teisiniu autoritetu. Teisės taisyklė išlieka objektyvi *deskripcija*; ji netampa *preskripcija*“ – reziumuoja teisės filosofas.

H. Kelseno teisės normos koncepcijoje galima išvelgti ir neginčytinų, ir ginčytinų aspektų. Visų pirma vargu ar galime neigti, kad teisės normą nuo gamtos dėsnių skiria tai, kad ją dirbtinai sukuria teisinis autoritetas. Nors pats H. Kelsenas specialiai to neakcentuoja, bet galima neabejoti, kad teisinis autoritetas yra faktiškai egzistuojantis įstatymų leidėjas ir jis kuria teisės normas, numatydamas tam tikras procedūras. Turint omenyje būtent šias H. Kelseno teisės normos koncepcijos teorines prielaidas būtų sunkoka įrodyti, kad jos stokoja moksliskumo, jog jos neatspindi faktinio teisės normų kūrimo pobūdžio. Tačiau teisės normos, kaip dirbtinės konstrukcijos kilmės argumentacija, suponuoja principinį klausimą – ar negali būti taip, kad įstatymų leidėjas pajėgus sukurti bet kokio turinio teisės normą? Pavyzdžiui, vagystę laikyti norma? Kaip žinoma, kone pačia silpniausia H. Kelseno teisės normos koncepcijos puse kritikai kaip tik ir laiko jo garsiąją sentenciją: „teisės normos gali būti bet kokio turinio“. Atsižvelgiant į šią aplinkybę, reikėtų ieškoti nuodugnesnio teisės pagrindimo, kuris taip pat būtų paremtas pozityvistine metodologija.

Svarbų žingsnį, nuosekliau ir racionaliau pagrindžiant pozityvistinę teisės sampratą bei plėtojant teisės mokslą, žengė anglų teisės filosofas H. L. A. Hartas. Savo knygoje „Teisės samprata“ jis, viena vertus, tvirtai palaiko H. Kelseno deklaruotą teisės, kaip nepriklausomo socialinio fenomeno, prielaidą, bet, kita vertus, siekia organiškai suderinti teisę su moralinėmis ir kitomis socialinėmis normomis. Būtent šiuo žingsniu H. L. A. Hartas bando išvaduoti teisinio pozityvizmo teoriją nuo kritikos dėl indiferentiškumo moralei. H. L. A. Harto teorijoje teisės norma jau negali būti bet kokio turinio. Kaip gi jis įgyvendina savo teorinį uždavinį? Keliais sakiniais tariant galima pažymėti, kad H. L. A. Hartas pripažįsta dirbtinį, kuriamajį ir nepriklausomą nuo moralės pozityviosios teisės normų pobūdį, bet taip pat numato principinę teisės idėją atitinkančią normų kūrimo sąlygą, jau turinčią tiesioginį ryšį su morale. Šią sąlygą teisės filosofas išreiškia *pirminių* normų egzistavimo prielaida¹⁴. H. L. A. Harto nuomone, pirminės normos išreiškia banalias tiesas „apie žmonių prigimtį ir pasaulį, kuriame mes gyvename“¹⁵. Tai „apribojimai, draudžiantys laisvai naudoti jėgą, vogti, apgaudinėti...“¹⁶. Tokias normas, filosofo nuomone, taiko kiekviena nedidelė bendruomenė. Tos normos, jo požiūriu, kartu ir skiriasi nuo moralės normų ir, kaip jis taria, yra bendros teisei bei konvencionaliai moralei.¹⁷

13 Kelsen, H., p. 96.

14 Hart, H. L. A. *Teisės samprata*. Vilnius: Pradai, 1997, p. 177.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 Hart, H. L. A., p. 313.

H. L. A. Harto nuomone, kai bendruomenė siekia sukurti stabilią valstybę, pirminių normų nepakanka, nes jos yra neapibrėžtos, statiškos, neefektyvios¹⁸. Tuomet tenka pirmines normas paversti valstybės įstatymais, t. y. žengti „iš ikiteisinio pasaulio į teisinį“¹⁹. Valstybės įstatymų kūrimo tvarką (procedūras), H. L. A. Harto nuomone, determinuoja vadinamosios *antrinės normos*. Jas sudaro „pripažinimo taisyklė“, likviduojanti pirminių normų neapibrėžtumą, „keitimo taisyklė“, likviduojanti pirminių normų statiškumą, ir „bylų sprendimo taisyklė“, likviduojanti pirminių normų neefektyvumą²⁰. Taigi kalbant apie antrinių normų funkciją kuriant teisę H. L. A. Harto teisinis pozityvizmas ypatingas tuo, kad jis, viena vertus, pabrėžia procedūrinę teisės atsiradimo aplinkybę ir, kita vertus, šias procedūras apibūdina kaip preziumuojamas konstantas (faktiškai egzistuojančias taisykles).

H. Kelseno „Grynoji teisės teorija“ pasižymi tuo esminiu trūkumu, kad prieštarauja faktiniam pozityviųjų teisinių sistemų vaizdai (pozityvieji įstatymai negali būti bet kio turinio), o H. L. A. Harto teisės sampratą kaltinti tuo pačiu nėra pagrindo. H. L. A. Hartas pakankamai objektyviai ir teoriškai pagrįstai aprašo bet kurios teisinės sistemos sąrangą. Kiekvienos valstybės teisinė sistema implikuoja ir pirmines, ir antrines normas. Vis dėlto negalima nepastebėti, kad H. L. A. Harto teisės teorijos neišbaigtumas skatina ieškoti galimybių ją tobulinti. Visų pirma, H. L. A. Harto teorija nepaiškina ir neaiškina, kokia yra ir pirminių, ir antrinių normų kilmė. H. L. A. Hartas paprasčiausiai kaip socialinį faktą konstatuoja, kad šios normos egzistuoja. Remdamiesi vien tik šių normų egzistavimo fakto prezumpcija, nieko negalime išsamiau pasakyti apie jų vidinę struktūrą. Antra, negalima nepastebėti „mechaniško“ pirminių ir antrinių normų sujungimo. H. L. A. Hartas vėlgi tik konstatuoja, kad viena šalia kitos egzistuoja dvi teisės normų rūšys. Tokia pozicija mažai ką pasako, kaip vyksta arba kaip galėtų ir turėtų vykti pirminių normų „apdorojimas“ antrinėmis normomis. Arba, kitaip tariant, kaip gi vyksta „perėjimas iš ikiteisinio į teisinį pasaulį“? Taigi visai logiška, kad H. L. A. Harto teisinis pozityvizmas yra tobulintinas. Ir, kaip rodo tolesnė teisinio pozityvizmo mokslinės krypties evoliucija, itin reikšmingas čia vokiečių filosofo Jurgeno Habermaso indėlis.

Nagrinėdamas teisės idėją remdamasis pozityvistinėmis pozicijomis, J. Habermasas pagrindinį dėmesį sutelkia į remiantis demokratijos idėja formuluojamų sąlygų svarbą kuriant teisės normas²¹. Grįsdamas teisės teoriją demokratijos idėja J. Habermasas lieka ištikimas pamatinei teisinio pozityvizmo nuostatai – teisė yra dirbtinis žmonių valia sukonstruotas darinys. Kita vertus, demokratijos idėja numato, kad socialinė norma yra gyvybinga, jei ją sukuriant vienodomis teisėmis dalyvauja visi bendruomenės nariai. Šiuo požiūriu demokratijos idėja numato ir žmogaus teisių konceptą. Taip pat J. Habermasas mano, kad patį demokratinį procesą „valdo“ aukštesnės kilmės, galima sakyti, universalus *diskurso* principas. Diskurso principą jis formuluoja taip: „Galiojančios yra tik tokios veiklos normos, kurioms visi galimi suinteresuotieji asmenys, kaip

18 *Ibid.*, p. 77–180.

19 *Ibid.*, p. 180.

20 *Ibid.*, p. 181–184.

21 Habermas, J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp Verlag, 1994, s. 117.

racionalaus diskurso dalyviai, galėtų pritarti.²² Šis diskurso principas akivaizdžiai patvirtina (įrodo), kad kokios nors socialinės normos atsiradimas priklauso ne nuo žmonių bendruomenės galias viršijančios jėgos, bet nuo pačios bendruomenės narių valios.

Formuluojant socialinių (teisės) normų kilmės šaltinį, kaip bendruomenės konvencijas, iškyla bent trys principinio pobūdžio problemos. Visų pirma žmonės paprastai mano, kad teisė yra kažkas daugiau nei įstatymų leidėjo valia arba žmonių laisvas susitarimas. Žmonės mano, kad teisinės taisyklės yra universalios ir žmonių pareiga yra ne jas kurti, bet pažinti, atrasti bei pritaikyti. Taigi J. Habermasui tenka įrodyti, kad teisės normos nėra „atrandamos“, jog jos tikrai sukuriamos. Ši aplinkybė numato visiškai kitokį nei tradicinis požiūris į tiesos problemą. J. Habermasas savo socialinių normų teorijoje tradicinę, kaip jis vadina korespondentinę, tiesos sampratą keičia nauja modernia ir plačiai mokslo pasaulyje paplitusia konsensine tiesos samprata. Pakartodamas kitų žymių teoretikų mintis jis teigia, kad tradicinė korespondentinė tiesos samprata kyla dar iš Aristotelio metafizikos, nepagrįstai skiriant faktą, kaip objektyvią duotybę ir teiginį apie faktą. Šios teorijos požiūriu, pavyzdžiui, teisingą teiginį „čia yra stalas“ atitinka tai, kad iš tiesų šis objektas „čia“ ir „dabar“ egzistuoja. Toks įsitikinimas teiginio ir realaus objekto koresponduojančiu santykiu, J. Habermaso nuomone, yra nepagrįstas. Nepagrįstas paprasčiausiai todėl, kad mes niekada negalime atsakyti į klausimą, kas egzistuoja už mūsų suvokimo ribų. Dėl šio nepagrįstumo korespondentinė teorija niekada negali įveikti prarajos tarp objekto (fakto) ir teiginio, interpretuojančio patį objektą (faktą).

Negalimybė korespondentinės tiesos sampratos erdvėje paaiškinti, kas objektyviai egzistuoja, skatina J. Habermasą pritarti moderniose tiesos teorijose pripažintą konsensinę tiesos prigimtį. R. Alexy nuomone, J. Habermasas kartu su kitais moderniaisiais teoretikais faktais laiko tai, „ką konstatuoja (teisingi) tvirtinimai“; faktai „patys jie nėra tų tvirtinimų objektai“; faktų „negalima paliudyti, išgirsti ar pamatyti, kaip kokių nors pasaulio daiktų ar įvykių“; bet jie gali būti pavaizduoti „teisingais sakiniiais“; kitaip tariant „be sakinių negali ... būti faktų“; „faktai yra tiesiogiai priklausomi nuo kalbos“.²³ Kaip teigia R. Alexy, pagal šią teoriją „potencialus visų pritarimas yra tiek nenorminio teiginio tikrumo, tiek ir norminio teiginio teisingumo sąlyga“. Tiesos kriterijumi šiuo atveju yra laikoma tai, kad „Tam tikram daiktui tam tikrą savybę galiu priskirti tik tuo atveju, jei ir bet kuris kitas (asmuo), galintis pradėti su manimi pokalbį, tam pačiam daiktui priskirtų tą pačią savybę“²⁴. Vadinasi, norėdami atskirti teisingus teiginius (faktus) nuo klaidingų, turime remtis visų asmenų, dalyvaujančių šiame procese, vertinimais, jų bendru sutarimu (konsensusu).

Konsensinėje norminių teiginių (teisių) pagrindimo teorijoje iškyla ir kita problema. Akivaizdu, kad pasiekti konsensuą dėl tam tikro teiginio, kaip socialinės normos, galima tik procedūriniu keliu randant konsensuą, kai jame dalyvauja visi diskurso dalyviai. Jie privalo tam tikra tvarka (pagal atitinkamą procedūrą) išreikšti savo pozicijas. Kyla klausimas, kokia gi ši tvarka privalo būti, kad konsensusas būtų apskritai įma-

22 Habermas, J., s. 107.

23 Alexy, R. *Teisinio argumentavimo teorija: mokymas apie racionalų diskursą arba Teisinio pagrindimo teorija*. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2005, p. 122.

24 *Ibid.*, p. 121.

nomas. J. Habermaso nuomone, tai lemia „ideali kalbinė situacija“²⁵. Modeliuodamas šią situaciją J. Habermasas aptaria pakankamai paprastą dalyką. Jo manymu, diskurse (pavyzdžiui, nagrinėjant bylą) gali būti pasiekta tiesa arba įrodyti faktai (pasiektas konsensusas), jei diskurso dalyviai (bylos) šalys turės **vienodas** sąlygas dalyvauti diskurse, išreikšti abejones, teikti savo įrodymus ir t. t.²⁶ Kitaip tariant, diskurso dalyviai privalo turėti lygias galimybes dalyvauti priimant sprendimą. Sąlygų vienodumas bei pozicijų lygybė byloja apie tam tikrų taisyklių, kurios „valdo“ patį diskursą, buvimą. R. Alexy, remdamasis J. Habermaso samprotavimais ir juos kiek papildydamas, kaip tik ir suformuluoja, kokios taisyklės realiai „valdo“ kiekvieną diskursą, kuriame jo dalyviai priima visuotiną galiojimą turinčius sprendimus. R. Alexy, remdamasis J. Habermaso teorija, iš pradžių formuluoja „racionalumo taisykles“ (Rules of Rationality):

1. Kiekvienas, sugebantis kalbėti, gali dalyvauti diskursuose.

2. Kiekvienam leidžiama:

a) užginčyti bet koki tvirtinimą;

b) pateikti svarstyti bet koki tvirtinimą;

c) išsakyti savo nuostatas, norus ir poreikius.

3. Jokiais prievartos aktais, nesvarbu, ar jų šaltinis būtų pats diskursas, ar kas kita, – nė vienam kalbėtojui negali būti trukdoma naudotis teisėmis, kurias numato (1) ir (2) taisyklės²⁷.

Kaip matome, racionalumo taisyklės numato apibrėžtą diskurso dalyvių statusą, kurį trumpai galima apibūdinti kaip asmens „racionalų ir neprievartinį dalyvavimą diskurse“. Racionalumo taisyklės, galima sakyti, apibūdina tik pačios demokratinės procedūros formą. Jos nieko nesako apie diskutuojamus dalykus. Iš čia kyla trečia problema. J. Habermasui tenka aptarti taisykles, kurios taip pat svarbios siekiant konsensuso, nes liečia patį diskurso turinį, t. y. tai, dėl ko diskurso dalyviai siekia susitarti (surasti konsensusą). Konsensusas privalo tenkinti kiekvieną galimą diskurso dalyvį. Tai reiškia, kad kiekvienas diskurso dalyvis turi būti suinteresuotas taikyti būtent tą normą, dėl kurios vieningai sutarta. O jis normą taikyti bus suinteresuotas, jei jį visiškai tenkins pasekmės, sukkeliamos taikant šią normą. Ir, kita vertus, kiekvienas galimas diskurso dalyvis turi būti visada tikras, kad dėl taikomos normos buvo pasiektas arba gali būti iš naujo pasiektas konsensusas. Kitaip tariant, jis visada turi turėti galimybę patikrinti, ar tikrai šiai normai asmeniškai gali pritarti. Savo ruožtu diskurso dalyvio pritarimas numato, kad praeityje norma adekvačiai tenkino ir dabar tenkina jo siekiamus asmeninius arba kolektyvinius tikslus (poreikius). R. Alexy šiems reikalavimams suteikia taisyklių formą ir jas vadina „Pagrindimo taisyklėmis“ (Rules of Justification):

1. Normos įgyvendinimo tenkinant kiekvieno asmens poreikius pasekmės turi būti visiems priimtinos.

2. Poreikiai, aiškinami kaip visuotinai priimtini, turi išlaikyti savo kilmės kritinį patikrinimą.

25 Alexy, R., p. 138.

26 *Ibid.*, p. 139.

27 *Ibid.*, p. 149–150, 152, 154.

Ir diskurso principas, ir išvardytos racionalumo ir protingumo taisyklės nieko konkrečiau netaisina apie prigimtine teise aptarinėjamus egzistencinius tikslus arba vertybes. Jose determinuojama tik pati diskurso logika, tiesiog racionaliai suformuluotos sąlygos, modeliuojančios pačią diskurso procedūrą. Kalbant apie pozityvią teisę (valstybės įstatymus) neabejotina, kad ji, kaip kūrybinis įstatymų leidėjo produktas, turi būti kuriama tam tikra tvarka. Tai, kas apie šią tvarką teigiama J. Habermaso ir kitų autorių darbuose, yra teisinga, jei tariama, kad įstatymų leidyba privalo atitikti demokratijos standartus. Šių standartų svarbą numato reikalavimas, kad diskurso dalyviai turėtų vienodas sąlygas, jame dalyvautų ir būtų lygūs. Tose valstybėse, kuriose teisė kuriama nesilaikant demokratiškos standartų, kuriose atskiri asmenys turi politines privilegijas, ir diskurso principas, ir racionalumo bei pagrindimo taisyklės gali neveikti arba būti neefektyvūs.

Pripažįstant, kad teisiniame pozityvizme kuriamas procedūralistinis teisės modelis susijęs su demokratinio teisės kūrimo logika, vis dėlto negalima nepastebėti, kad jis numato ir tam tikras sąlygas, reikalaujančias atsižvelgti ir į diskursą lemiančias materialias (substancines) prielaidas. J. Habermaso aptariamoje idealioje kalbinėje situacijoje dalyvaujančius subjektus galima pakankamai tiksliai apibūdinti ir atitinkamai numatyti jų tikslus. Diskurso dalyviai privalo būti politiškai veiksnūs asmenys. Kiekvienas iš jų turi būti pasirengęs išreikšti savo interesus ir išklaudyti kitų šalių argumentų. Visų jų bendras tikslas – priimti visus tenkinantį sprendimą. Subjektus, turinčius tokias savybes bei siekiančius bendro sprendimo, nesudėtingai galima empiriškai identifikuoti. Jie veikia demokratiškos valstybių įstatymų leidyboje arba kitur, kur asmenys kolegialiai priiminėja sprendimus. Šie argumentai byloja, kad procedūralistinė teisės samprata gali būti suderinta su prigimtinė teise, taip pat numato ir prigimtinės teisės nuostatų svarbų vaidmenį pačiame diskurse. „Politiškai veiksnūs subjektai“ reiškia tam tikrą prigimtine šių subjektų charakteristiką, o kolektyvinis tikslas priimti konsensinį sprendimą – jų egzistencinę būseną – „priiminėti konsensinius sprendimus“ (žmonės nebūtų žmonės, jei kolektyviai nepriiminėtų sprendimų). O tai ir yra prigimtinės teisės teorijose konstatuojamos substancinės tiesos. Kaip vėliau pamatysime, J. Habermasas aptardamas konkrečias teises problemas taip pat neišvengia prigimtinės teisės argumentų.

3. Teisės mokslinio kriterijai dorybių jurisprudencijoje

Esant moderniai prigimtinės teisės interpretacijai teisė pateikiama kaip žmogaus praktinio proto kūrinys, išplaukiantis iš protingumo principo ir numatantis egzistencinius tikslus (pamatines vertybes). Kiekvienas protingas žmogus disponuoja galimybe autonomiškai spręsti, kokios yra visiems vienodai reikšmingos moraliai determinuotos leistino elgesio taisyklės, kokie jo asmeniniai poelgiai arba kitų žmonių veiksmai yra legitimūs (grįsti proto argumentais), ir kokie ne. Žmogaus proto veikla – tai nuolatine naujų idėjų generacija. Kone kiekvienas žmogus ne kartą savo gyvenime pervertina daugelį dalykų. Tai, kas jam anksčiau atrodė kaip gėris, šiandien gali pasirodyti kaip blogis, kurį reikia šalinti. Istoriniai faktai akivaizdžiai liudija, kad žmogaus proto sukurti teisin-

gumo standartai neretai virsta esamos socialinės tvarkos griovimo, pačios teisės, kaip vertybės, paneigimo ir „teisinio chaoso“ priežastimi. Pripažįstant Vakarų liberaliosios civilizacijos nario teisę į moralinę autonomiją ir teisę reikšti bei įgyvendinti savo gėrio viziją, tenka konstatuoti, kad žmogaus „įgimta teisė į laisvę (moralinę autonomiją)“ gali tapti ir neretai tampa lemtingu, viena vertus, socialinio gyvenimo pažangos, kita vertus, socialinės rimties destabilizavimo veiksniumi.

Atrodytų, kad proto teisės (prigimtinės teisės) „ideologijos“ keliamo teisinio chaoso grėsmę galėtų atremti pozityvistinė teisės samprata, pabrėžianti represinę valdžios funkciją, nukreiptą prieš bet kokius socialinės tvarkos destabilizavimo sumanytojus. H. Kelseno suformuluota teisės ir moralės atskyrimo doktrina, nepaisant teisės pažeidėjo moralinės motyvacijos nusižengti teisei, teoriškai pagrindžianti galimybę numatyti griežtas valstybės sankcijas teisės pažeidimų autoriams, kaip tik ir turėtų užtikrinti teisinės tvarkos tęstinumą. Valstybėje teisės įstatymų forma funkcionuoja kaip pozityvi norminė disciplina, turinti „suvaldyti“ pačius įvairiausių žmonių veiksmus bei neretai revoliucinius žmonių polėkius sukurti „geresnę socialinę tvarką“. Tačiau ar pozityvioji teisė yra tokia visagalė, kad grėšiant revoliuciniam moralinių novacijų spaudimui pajėgtų užtikrinti tradicinės teisinės tvarkos palaikymą?

Natūralu, kad pozityvioji teisė veikia efektyviai, kai teisės adresatas paklūsta įstatymų reikalavimams, žinodamas apie galimas sankcijas ir jų bijodamas. Tačiau nesunku įsivaizduoti, jog kai kurie teisės adresatai gali turėti tokias tvirtas moralines paskatas nepaklusti viešpataujančiai teisei tvarkai, kad jų neatbaidytų netgi pačios griežčiausios sankcijos. Vienintelis vaistas nuo panašaus moralinio fanatizmo, kurį gali panaudoti pozityviųjų įstatymų leidėjas, – tai „dar žiauresnių“ sankcijų už pavojų socialinei tvarkai keliančias veikas numatymas ir taikymas. Bet fanatikai į bet kokias didinamas represijas paprastai atsako dar didesniu fanatizmu. Patenkame į užburto ratą. Perdėm represyvi norminė tvarka skatina moralinį nepasitenkinimą ir destruktivius socialinius veiksmus. Socialiai destruktinė veikla skatina įstatymų leidėją dar labiau griežtinti sankcijas socialinės rimties trikdytojams. Sankcijų griežtinimas ir norminės tvarkos represyvumo didėjimas, nors tai siekiama įgyvendinti procedūriškai teisėtu būdu (griežtai pagal įstatymus), vis tiek gali skatinti moralinį fanatizmą.

Taigi siekiant išspręsti socialinės tvarkos tęstinumo užtikrinimo demokratijos sąlygomis problemą, kai konsensusas tampa neįmanomas ir jį pasiekti nebepadedą jokie abstraktūs argumentai, prasminga pasiremti **istorine patirtimi**, įkūnyta ir dvasiniame, ir materialiaame kultūriniame pavelde. J. Habermaso filosofijoje šis paveldas išreiškiamas *gyvenamojo pasaulio sąvoka*. „Pirmasis socialinės integracijos rekonstrukcijos žingsnis veda gyvenamojo pasaulio (*Lebenswelt*) sąvokos link²⁸, – teigia J. Habermasas. Jo žodžiais tariant, „gyvenamasis pasaulis vienu metu kuria kalbinių situacijų horizontą ir galimų interpretacijų šaltinį“. Savo ruožtu gyvenamasis pasaulis „reprodukuojasi tik per komunikatyvią veiklą²⁹. Kaip teigia žinojimo sociologijos atstovai P. L. Bergeris

28 Habermas, J., s. 37.

29 *Ibid.*

bei T. Luckmannas, „šis pasaulis individo gyvenime viską sustato į savo vietas (...)“³⁰. Gyvenamasis pasaulis, šių autorių nuomone, „ne tik garantuoja lemtingai svarbų ribinių tikrovių integravimą, bet ir maksimaliai integruoja prieštaringas prasmes, išskylančias visuomenės kasdieniniame gyvenime“³¹.

Taigi jei žmogaus protas generuoja nepageidautinas revoliucines idėjas ir jei šioms revoliucijoms panaudojant valstybės prievartą neįmanoma užkirsti kelio, tuomet pagelbėti gali tik deramas dėmesys ir pagarba istorinei patirčiai, beireiškančiai per tradicijas ir kitas gyvenamojo pasaulio formas. Bet kaip tai gali būti padaryta? Kaip pažadinti žmonių pagarbą praeičiai, lojalumą anksčiau nustatytai teisei tvarkai, nebegalinčiai priklausyti nuo dabarties sprendimų?

Prognozuojama žmogaus elgsena rodo, kad žmogus kiekvienoje gyvenimiškoje situacijoje yra nuolankus tradicijoms ir kitoms įprastoms gyvenimo formoms, jog jis, nepaisydamas vidinių arba išorinių „pagundų“ nusižengti, vis tiek elgsis taip, kaip yra įprasta. Toks žmogus paprastai laikomas padoriu asmeniu. Taigi kalbant apie pagarbą galiojančiai teisei yra prasminga kalbėti ir apie **dorybes**, kurios šį elgesį užtikrina. Remiantis šiuolaikinės filosofijos atstovo, komunitaro Alasdairo MacIntyre'o dorybės teorija, dorybes galima laikyti žmogaus dvasiniu turtu, užtikrinančiu tęstinį asmens buvimą tradicinėse gyvenimo formose ir socialinėse praktikose³². Dorybių vaidmenį teisėje tyrinėja moderni teisės mokslo šaka „dorybių jurisprudencija“³³. Remiantis A. MacIntyre'o dorybės teorija būtent dorybės „verčia“ žmogų „aktyviai įsitraukti į socialinę praktiką, užmegzti konstruktyvius ryšius su kitais žmonėmis. Dorybės žmogų skatina siekti savo gyvenimo vientisumo (gėrio), kuris kartu išreiškia jo asmenybinių psichologinių identitetą. Pagaliau dorybės atskleidžia žmogui jo gyvenimo prasmę istoriniame kontekste ir tarnauja tradicijos tąsai.“³⁴ Dorybės paprasčiausiai užtikrina žmonių pasitikėjimą ilgaamžiais socialinio elgesio standartais. Šiuo atžvilgiu jos kartu su tradicijomis lemia žmonių veiklos modelių *racionalaus* pasirinkimo bei svarbiausių egzistencinių tikslų hierarchinio surikiavimo galimybes. Pavyzdžiui, laikyti žmogaus gyvybę aukščiausiu tikslu ir atitinkama dorybė, pavyzdžiui, dorybė mylėti kitą žmogų kaip patį save (artimojo meilės dorybė) susijusi su visos žmonijos istorine praktika ir sunku įsivaizduoti, kad žmonija, gerbianti save, kada nors pasirėmusi kokia nors racionalia argumentacija visuotiniu sutarimu galėtų atsisakyti šios tradicijos bei dorybės. Štai kodėl būtent *tradicijas ir dorybes* galime laikyti ypatingu teisės teisinės tvarkos pažinimo, supratimo ir vertinimo kriterijumi, ne tik užtikrinančiu socialinės tvarkos pamatinių standartų tęstinumą, bet ir suteikiančiu šiems standartams tam tikrą struktūrinį organizuotumą (hierarchiškumą). Etiniu požiūriu tam tikras tradicijas ir tam tikras dory-

30 Berger, P. L.; Luckman, T. *Socialinis tikrovės konstravimas*. Vilnius: Pradai, 1999, p. 126, 127.

31 *Ibid.*, p. 127.

32 Arlauskas, S. *Turingieji teisės pagrindai: pagrindinių subjektyvių teisių teorijos metmenys*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2004, p. 72–77.

33 Dorybių jurisprudencijos pavadinimas kilo iš teisės teorijų, siejamų su dorybių etika. Dorybių jurisprudencija sutelkdama dėmesį į žmogaus tobulumo ir dorybių kilmę, siekia paaiškinti teisės prigimtį, jos turinį bei teisinius sprendimus [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-06-15]. <http://www.en.wikipedia.org/wiki/Virtue_jurisprudence>.

34 Arlauskas, S., *op cit.*, p. 76–77.

bes atskiras žmogus arba visa žmonių bendruomenė preziumuoja kaip aukščiausios vertės etines konstantas vien tik tam, kad remdamasi šiomis konstantomis galėtų suformuoti pozityvią socialinę tvarką. O tai itin svarbu. Kaip pavyzdys galėtų būti žmogaus fizinės egzistencijos etinė vertė. Žmogaus protas gali neigti žmogaus fizinę egzistenciją kaip aukščiausią vertybę bent jau remdamasis tuo, kad žmogaus buvimas pasaulyje yra tiek pat atsitiktinis, kaip ir kitų pasaulio objektų buvimas. Tačiau žmogus yra įsitikinęs, kad jo buvimas pasaulyje turi ypatingą prasmę ir laikytinas aukščiausiuoju tikslu. Toks žmogaus įsitikinimas yra ne kas kita kaip jo etinė nuostata, susiformavusi per amžių amžius.

4. Teisės mokslškumo kriterijų vaidmuo diskurse dėl sveikatos teisės problemų

Griežti teoriniai teisiniai argumentai itin reikšmingi, kai diskutuojama apie žmogaus teises šiuolaikinių biomedicininų technologijų galimybių erdvėje. Šiuo atžvilgiu paminėtina teoriniu požiūriu pakankamai reprezentatyvi 1997 m. Oviedo žmogaus teisių ir biomedicinos konvencija (toliau Konvencija), kurioje teisinių nuostatų neįmanoma suprasti arba jas paaiškinti be fundamentalių teorinių prielaidų ir išvalgų. Antai Konvencijos 13 straipsnio pirma pastraipa skelbia: „Bet kokia intervencija į žmogaus genomą gali būti leistina tik prevenciniais, diagnostiniais ar terapiniais tikslais ir tiktai tuo atveju, jei jos tikslas nėra įvykdyti palikuonio genome kokią nors modifikaciją (patobulinimą).“ Akivaizdu, kad šioje teisinėje normoje yra įkūnytas besąlygiškas draudimas „tobulinti“ žmogaus genetinę prigimtį. Žmogus turi gimti toks, kokį jį sukuria gamta. Intervencija į žmogaus genomą leistina tik gydymo tikslais, t. y. tik tuo lygiu, kuriuo medicina visais laikais skverbėsi į natūralius žmogaus kūno procesus. Suprantama, kad privalo būti teorinis pagrindimas, kodėl nuspręsta drausti tobulinti žmogaus genomą, kai moderni genų inžinerija tam atveria neribotas galimybes. Žvelgiant į šiuolaikinės genų inžinerijos pasiekimus toks draudimas „kurti tobulesnę žmogaus prigimtį“ gali pasirodyti kaip archaiškas pasipriešinimas naujovėms.

Šią sudėtingą genų inžinerijos ir žmogaus teisių santykio teorinę temą labai nuodugniai išnagrinėjo J. Habermasas savo darbe „Kelyje į liberalią eugeniką“³⁵. J. Habermasas, normatyviškai vertindamas žmogaus genetinio „patobulinimo“ pateisinimo galimybes, pasinaudodamas dorybių jurisprudencijos argumentacija, teigia, kad žmogaus natūralus gimimas (nesvarbu, kaip žmogaus fizinės egzistencijos pradžia gali būti suprantama: ar kaip Dievo, ar kaip gamtos valios išraiška) yra universali **etinė** konstanta, kurią pripažįsta visos kultūros³⁶. Be to, remdamasis prigimtinės teisės argumentavimo logika J. Habermasas teigia: „Tai yra kūnas, kurio dėka mes patiriame kryptis, nurodydami, kur yra centras ir kur periferija, kas priklauso mums ir kas svetima... Kūnas taip

35 Habermas, J. On the Way to Liberal Eugenics? [interaktyvus] [žiūrėta 2009-06-15]. <<http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2001/readings/habermas102501/HabermasGenethicsKorrGesamt2.pdf>>.

36 Habermas, J. On the Way to Liberal Eugenics?, p. 27–28.

pat priverčia tam tikrus veiksmus priskirti sau ar kitiems... Ir asmeniui jaustis kūne, reiškia, kad jo kūnas patiriamas kaip kažkas natūralaus – kaip organinė, save regeneruojanti gyvybės forma, iš kurios gimsta asmuo.³⁷ Kalbėdamas apie žmogaus sumanymus skverbtis į žmogaus genomą J. Habermasas pabrėžia ir diskurso sąlygas, susijusias su pozityvistinės-procedūralistinės teisės samprata ir kurios numato embriono teisės lygiais ir neprievartiniais pagrindais dalyvauti diskurse kartu su kitais veiksniais bendruomenės nariais. Atrodytų, kad embrionas nėra lygiavertis diskurso partneris. Tačiau yra daug įvairaus veiksmo lygmens žmonių, kurie privalo turėti vienodas ir lygias teises dalyvauti diskurse. J. Habermasas teigia: „žvelgiant per protingų interesų ir interpretacinių perspektyvų įvairovę negali būti kitų asmenų – keistuolių, disidentų ir bejėgių – balsų nei sulyginimo, nei slopinimo, nei sumenkinimo nei eliminavimo“³⁸. Taigi procedūrinis teisinių sprendimų kilmės pobūdis taip pat verčia paisyti embriono – būsimą visiškai išsivysčiusio žmogaus teisės reikalauti, kad į jo potencialius žmogiškuosius interesus būtų visapusiškai atsižvelgta.

J. Habermaso teorinė žmogaus genomo teisių studija pakankamai teoriškai argumentuotai leidžia suprasti ir paaiškinti, kodėl Ovjedo konvencija ganėtinai „reakcinga“ dėl modernių genų inžinerijos technologijų etiškai ir moraliai neribojamo taikymo. Atsakymas paprastas: jei žmonija nenori žengti neprognozuojamos socialinės evoliucijos kryptimi, tai ji ir toliau privalo griežtai drausti kurti genetiškai tobulesnį žmogų. Argumentai taip pat racionalūs ir įtikinami: 1. Žmogaus kūnas, jo gyvybės šaltinis, jo priklausymo natūraliai gamtai ir savivokos natūralioje gamtoje ženklas. Asmeniui nėra prasmės ir egzistenciškai nesuvokiama išsižadėti kūno, jam dovanojamo gamtos, ir priimti dirbtinai kitų žmonių sukurtą kūną. 2. Žmogaus gyvybę, kaip neliečiamą etinę vertybę, puoselėja visos pasaulio kultūros. Ir nepaisant galimybių instrumentaliuoti žmogaus gyvybės pradžią etinė žmogaus gimimo natūralumo bei neliečiamumo prezumpcija buvo ir liks pamatine socialinio gyvenimo konstitucine nuostata. 3. Genomas, kaip žmogaus užuomazga, negali būti eliminuotas iš diskurso dėl genų inžinerijos taikymo perspektyvų vien dėl to, kad jis negali garsiai tarti savo „ne“. Priimant šiuos teorinius argumentus, kaip teisingus teiginius, sunku būtų neigti, kad šiuolaikinė teisės filosofija teisei praktikai negali pateikti teoriškai tvirtų ir įtikinamų argumentų, kurie ir pagrįstų, kodėl tam tikri teisiniai institutai yra tokie, o ne kitokie, arba kodėl, kaip ir koku mastu jie turėtų būti tobulinami.

Išvados

1. Šiuolaikinė teisės filosofija teisei praktikai pateikia teoriškai pakankamai fundamentalius argumentus. Apie tai galima spręsti vertinant atskirų teisinių sprendimų pobūdį ir racionalius pagrindus. Antai Ovjedo žmogaus teisių ir biomedicinos konvencijoje esantis kategoriškas draudimas panaudojant genų inžineriją tobulinti žmogaus ge-

37 Habermas, J. On the Way to Liberal Eugenics?, p. 47.

38 *Ibid.*, p. 46.

noma, gali būti paašškintas tik pasitelkiant aiškias ir visuotinai akceptuojamas teorines prielaidas. Šios prielaidos yra aptartos skirtingų šiuolaikinės teisės filosofijos krypčių: prigimtinės teisės; pozityvistinės procedūrinės teisės ir dorybių jurisprudencijos.

2. Prigimtinės teisės teorija numato, kad teisiniai institutai privalo atitikti protingumo principo reikalavimus bei įkūnyti žmogaus egzistencinius tikslus (pamatinės vertybės).

3. Pozityvistinė-procedūrinė teisės teorija numato, kad teisės idėją atitinka tik tie sukurti teisiniai leidimai arba draudimai, kuriems vienodais ir lygiais pagrindais konsensualiai pritaria visi suinteresuoti diskurso dalyviai.

4. Dorybių jurisprudencija numato, kad žmogaus teisių sistema yra tinkamai įtvirtinama, jei ji dera su tradicinėse gyvenimo formose susiformavusia ir gyvenimo patvirtinta vertybių hierarchija bei ją atitinkančiomis dorybėmis.

Literatūra

- Alexy, R. *Teisinio argumentavimo teorija: mokymas apie racionalų diskursą arba Teisinio pagrindimo teorija*. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2005.
- Aquinas, T. *Treatise on Law* (Summa Theologica, Questions 90-97). A. Gateway Edition Regnery Gateway.
- Arlauskas, S. *Turiningieji teisės pagrindai: pagrindinių subjektinių teisių teorijos metmenys*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2004.
- Berger, P. L.; Luckman, T. *Socialinis tikrovės konstravimas*. Vilnius: Pradai, 1999.
- Cicero. *De re publica* III, 22 (33). Cit. pagal Kaufmann /Hassemer/ Neumann (HRSG.) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 7 Aflage. 2004, Muller, C. F. Verlagsgruppe Huthing Jehle rehm GmbH, Heidelberg.
- Finais, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Habermas, J. *Faktizitat und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp Verlag, 1994.
- Habermas, J. On the Way to Liberal Eugenics? [interaktyvus]. [žiūrėta 2009-06-15]. <<http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2001/readings/Habermas102501/HabermasGenethicsKorrGesamt2.pdf>>.
- Hart, H. L. A. *Teisės samprata*. Vilnius: Pradai, 1997.
- Kelsen, H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002.
- Messner, J. "Die Natur des Menschen als Grundlage des Sittengesetzes". "Recht und Moral: Texte zur Rechtsphilosophie". Herausgegeben von Norbert Hoerster. Deutscher Taschenbrech Verlag, 1977.

THE CRITERIONS OF THE SCIENTIFIC CHARACTER OF JURISPRUDENCE IN THE MODERN LEGAL PHILOSOPHY

Saulius Arlauskas

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *In this article the paradoxical role of legal science in legal practice is discussed. On the one hand, legal scientists do not agree on the criterions of the scientific character of legal science. On the other hand, even in the legal cases that are especially complicated it is possible to arrive at theoretically unquestionable decisions. The author of the article concludes that legal practice is based on fundamental theoretical insights; however, in legal practice these insights are used more intuitively than reflectively. Therefore, the aim of the article is to rationally reconstruct these theoretical insights with reference to the ideas of modern schools of legal philosophy. For this purpose the ideas of the theory of natural law are discussed. It is concluded that in legal practice two provisions of natural law are applied: legal decisions ought to be reasonable and must include existential ends (basic values). The evolution of the legal positivism is discussed in the article and it is concluded that legal positivism offers the criterions of the scientific character of legal science by framing the procedural rules of the democratic process of lawmaking. These rules anticipate such conditions: consensus concerning decision making; equal participation of all members of legal discourse confirming normative decisions; the acceptability of consequences after the realisation of normative decisions; the possibility to reaffirm normative decisions, if necessary. The ideas of virtue jurisprudence are discussed and it is claimed that virtue jurisprudence as a criterion of the scientific character of law proposes such theoretical position: the decisions concerning human rights must supply the value system (hierarchy) and the virtues which are formed and justified in the long legal tradition. The article represents the use of these criterions of the scientific character of legal science by Jurgen Habermas to debate about legal prohibition of the improvement of the human genome by using modern technologies of genome engineering in the Convention of Human Rights and Biomedicine (Oviedo, 1997).*

Keywords: *law, science, natural law, legal positivism, virtue jurisprudence, Habermas.*

Saulius Arlauskas, Mykolas Romeris universiteto Teisės fakulteto Teisės filosofijos katedros profesorius. Mokslinių tyrimų kryptys: žmogaus teisių jurisprudencijos problemos, teisės filosofija, šiuolaikinės teisingumo sampratos, valdžių padalijimas.

Saulius Arlauskas, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of Philosophy of Law, professor. Research interests: human rights jurisprudence problems, legal philosophy, contemporary concept of justice, separation of powers.