

**Bartosz Biskup**<sup>1</sup>

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

# Otwarta struktura prawa a ewolucja instytucji prawnych na przykładzie małżeństwa<sup>2</sup>

## 1. Wprowadzenie

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie, w jaki sposób pojęcie „otwartej struktury” (*open texture*)<sup>3</sup>, aplikowane do prawa przez Herberta L.A. Harta w *The Concept of Law*<sup>4</sup>, może posłużyć do teoretycznej refleksji nad zjawiskiem ewolucji instytucji prawnych. W pierwszej części opracowania zostanie zaprezentowany sposób, w jaki jest w niniejszej pracy rozumiane pojęcie „otwartej struktury”. Jest to preskryptywna interpretacja propozycji H.L.A. Harta zaproponowana pierwotnie przez Briana Bixa, która „zakłada”, a nie „dowodzi” istnienie otwartej struktury. W drugiej części przedstawię, jak otwarta struktura prawa wyjaśnia aktywizm sędziowski bądź zmiany legislacyjne w stosunku do instytucji prawnych. Jednym z głównych problemów jest tzw. argument semantyczny, który wskazuje na językowe granice dla dokonywania pewnych zmian prawnych (np. uchwalenia małżeństw jedнопłciowych, nadania osobowości prawnej pasmom gór). Analizowanym przykładem będzie instytucja małżeństwa, natomiast przedstawione w opracowaniu rozważania są aplikowalne do innych instytucji prawnych czy społecznych. Powyższe rozważania zostaną na końcu umieszczone w kontekście polskich przepisów, szczególnie art. 18 Konstytucji RP<sup>5</sup>.

## 2. Otwarta struktura prawa

Herbert L.A. Hart definiuje *otwartą strukturę w prawie* jako „zakres postępowania, z którego znaczna część musi zostać rozwinięta przez sąd lub urzędników starających się osiągnąć równowagę”<sup>6</sup>. Jest to zjawisko występujące w języku naturalnym, zaś samo

<sup>1</sup> Numer ORCID: 0000-0003-1065-2638. Adres e-mail: bartosz.biskup@doctoral.uj.edu.pl

<sup>2</sup> Publikacja powstała w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki – grant Preludium BIS, nr umowy 2019/35/O/HSS/02300.

<sup>3</sup> W polskim dyskursie teoretycznym błędnie przekłada się czasami *open texture* jako „otwartą tekstowość”. Zjawisko to nie dotyczy jednak tekstu, ale reguł semantycznych – struktury.

<sup>4</sup> H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oksford 2012. Z uwagi na konieczność zachowania ginących w tłumaczeniu niuansów pojęciowych odnoszę się w niniejszej pracy do anglojęzycznego, trzeciego wydania książki. Cytaty wszystkich obcojęzycznych prac pochodzą od autora niniejszego opracowania.

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: „Konstytucja RP”.

<sup>6</sup> H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 135.

pojęcie zapożyczone zostało od Friedricha Waismanna<sup>7</sup>. Herbert L.A. Hart wskazuje, że pojęcia w prawie składają się z trzonu (*core*) oraz półcienia, otoczki (*penumbra*). Pewni jesteśmy jedynie paradygmatycznych przykładów użycia danego pojęcia, czyli tych należących do jego trzonu<sup>8</sup>. Nie jest sporne to, że osoba, która ma 2 metry wzrostu na pewno jest osobą wysoką, w związku z tym taka osoba należy do trzonu pojęcia. Natomiast w przypadku osoby mającej 1,75 m wzrostu można mieć wątpliwości, czy ta osoba jeszcze jest niska czy już wysoka.

Para trzon–otoczka odnosi się do *aplikacji reguł* (istnieją reguły z trzonu i reguły z otoczki). Trzon i otoczka stanowią pochodną analogicznego niezdeteterminowania pojęć. To właśnie niezdeteterminowanie języka jest według H.L.A. Harta źródłem niezdeteterminowania prawa. Aplikacja reguł prawnych może budzić wątpliwości i poza oczywistymi przypadkami (*plain cases*) istnieje całe spektrum *prawnego* niezdeteterminowania. Reguły posiadają więc swój aplikacyjny półcień.

Trzon i otoczka to określenia, za pomocą których filozof charakteryzuje otwartą strukturę. Nie pojawiają się poza kontekstem prawnym. Z perspektywy filozofii języka i lingwistyki Hartowska charakterystyka stanowi zbyt płaskie ogólnie zjawisko nieostrości. Dlaczego jednak nie wpływa to na trafność sformułowania problemu w kontekście prawnym? Herbert L.A. Hart jako prawnik skupia się na ekstensji, czyli na zakresie desygnatów danego pojęcia, a nie intensji, czyli jego znaczeniu<sup>9</sup>. Sędzia badając, czy w konkretnym stanie faktycznym spełniona została dyspozycja normy mógłby zapewne pomyśleć: „cokolwiek znaczy ta norma, pojęcie, muszę określić, czy to-a-to jest jej desygnatem”. Nie chodzi też H.L.A. Hartowi tylko o potencjalną zmianę znaczenia wraz z upływem czasu, ale wyjściowe (w momencie uchwalenia) niezdeteterminowanie znaczenia pojęcia bądź reguły, którego nie jesteśmy w stanie przewidzieć.

Według F. Waismanna otwarta struktura to *możliwość* nieostrości. Tak jak nieostrości możemy pozbyć się poprzez podawanie bardziej precyzyjnych reguł, tak otwartej struktury, na którą narażone jest prawie każde słowo języka potocznego, usunąć nie można<sup>10</sup>. Otwarta struktura i niemożność podania jednoznacznych kryteriów obowiązujących raz na zawsze prowadzą krytycznie inspirowanego filozofią pozytywizmu logicznego F. Waismanna do wniosku, że dla zdań empirycznych (zdań o treści empirycznej, zdań nie-analitycznych) nie można nigdy podać w pełni satysfakcjonujących kryteriów prawdziwości. W przypadku prawa konsekwencje są inne. Konsekwencją jest brak możliwości określenia z jakich egzemplarzy (przykładów) sytuacji składa się klasa zachowań do której odwołuje się norma<sup>11</sup>.

Friedrich Waismann skupia się na znaczeniu zdań empirycznych rozumianym intensjonalnie. W skrócie, z intensjonalnego punktu widzenia znaczenie zdania stanowi wiązkę cech, które kojarzymy, gdy słyszymy dane pojęcie. Friedrich Waismann głosi zatem teorię o holistycznym niezdeteterminowaniu znaczenia, zgodnie z którą nie

<sup>7</sup> F. Waismann, *II Part of Symposium: Verifiability*, „Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes” 1945/19, s. 119–150; por. H.L.A. Hart, *The concept...*, przypis do s. 297. Do koncepcji F. Waismanna wprost odnosi się w eseju H.L.A. Hart, *Niebo pojęć Iheringa i współczesna analityczna filozofia prawa*, w: *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 268–281. Por. D. Bunikowski, *The Origins of Open Texture in Language and Legal Philosophies in Oxford and Cambridge*, „Rechtstheorie” 2016/47(2), s. 141–164.

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 126.

<sup>9</sup> Por. R. Charnock, *H.L.A. Hart as Contextualist? Theories of Interpretation in Language and the Law*, w: M. Freeman, F. Smith (red.), *Law and Language*, Oksford 2013, s. 130.

<sup>10</sup> F. Waismann, *Verifiability...*, s. 123.

<sup>11</sup> Timothy Endicott, broniąc Hartowskiej perspektywy na nieostrość, decyduje się używać pojęcia *nieostrość* również dla zjawiska otwartej struktury. Zob. T. Endicott, *Vagueness in law*, Oksford 2010, s. 38.

da się podać pełnego zbioru takich cech dla jakiegokolwiek pojęcia lub zdania (głównie empirycznego). Herbert L.A. Hart natomiast, skupiając się na ekstensji, nie mówi nic o znaczeniu, ale o zbiorze desygnatów – istnieją według niego sytuacje pewności i niepewności co do klasyfikacji obiektów podpadających pod dane pojęcie. W przeciwieństwie do H.L.A. Harta, dla F. Waismanna nie ma żadnego trzonu znaczeniowego.

Klasyczny przykład niezdeteminowania pochodzący od H.L.A. Harta to „zakaz wjazdu pojazdów do parku”. Twierdzenie, że samochód jest „pojazdem” nie wzbudza wątpliwości. „Pojazdem” w języku potocznym jest również wiele innych obiektów, które mogą nie być pojazdem w kontekście prawnym. Sędzia rozstrzygając, czy należy się mandat komuś, kto wjedzie hulajnogą do parku dokonuje „wyboru”, ponieważ reguła zakazująca wjazdu nie determinuje odpowiedzi na to pytanie. Ustalenie odniesienia pojęć przez sędziów nie jest więc po prostu wskazywaniem ekstensji opartej na potocznym czy słownikowym rozumieniu danego słowa, ale określanie go w kontekście prawnym: celów prawa, konsekwencji podejmowanych przez interpretatora wyborów, a także oczywiście przyjętej (świadomie lub nie) teorii wykładni. Herbert L.A. Hart odszedł od traktowania reguł (norm) jako ostatecznej instancji, która ma rozstrzygać problemy prawne.

Jednym z wniosków, który można wyciągnąć z dotychczasowego ujęcia zjawiska otwartej struktury to **transformacyjny dla większości pojęć charakter kontekstu prawnego** (wszystkie pogrubienia – B.B.). Można argumentować, że umieszczenie jakiegoś pojęcia z języka potocznego w przepisie prawnym zmienia je w pojęcie prawne. W związku z tym powyższy „pojazd” nie jest już więcej pojazdem, którego znaczenie można odnaleźć w słowniku języka polskiego, natomiast pojęcie prawne – nawiązujące, co prawda, do potocznego znaczenia natomiast nie w sposób bezwzględny. To samo można też powiedzieć o pojęciach odnoszących się do instytucji prawnych. Są pojęcia instytucjonalne czysto prawne takie jak „osobowość prawna”, której znaczenie słownikowe (potoczne) wprost nawiązuje do tego prawnego. Są również instytucje, które były instytucjami najpierw społecznymi, a następnie stały się czysto prawnymi – np. małżeństwo.

Powyższe zjawisko można scharakteryzować jako *semantyczną tolerancję* pojęć odnoszących się do rodzajów (społecznych, prawnych, naturalnych). Dobrym przykładem jest rodzaj naturalny „owoc”. Pojęcie „owoc” ma inne, chociaż krzyżujące się znaczenie w kontekstach kulinarnych i botanicznych. Odpowiednio, oznacza słodką lub nadającą się do spożycia na deser część drzew czy krzewów owocowych bądź określony przez botaników organ rośliny. W znaczeniu kulinarnym pomidor nie jest owocem, natomiast w znaczeniu botanicznym jak najbardziej jest<sup>12</sup>. Będę to rozwijał w punktach 4 i 5, podobnie jest z rodzajami instytucjonalnymi, które w zależności od kontekstu mogą denotować odmienne zjawiska. Poniżej doprecyzuję pojęcie „otwartej struktury” na potrzeby dalszego wyводу.

### 3. Preskryptywna interpretacja „otwartej struktury”

Za określonym sposobem rozumienia otwartej struktury mogą stać ukryte założenia odnośnie do ogólnej teorii języka. Już pobieżny przegląd prac komentujących teorię H.L.A. Harta sugeruje, że odpowiedź na pytanie o to, którą z popularnych ówczesznie teorii semantycznych domyślnie przyjmował powinna brzmieć: wszystkie. Co więcej, każda

<sup>12</sup> Zob. G. Martí, L. Ramírez-Ludeña, *Tolerance, flexibility and the application of kind terms*, „Synthese” 2021/198, s. 2973–2986.

z podawanych teorii semantycznych (np. Wittgensteinowska, internalizm, eksternalizm) może stanowić wzmocnienie lub osłabienie koncepcji otwartej tekstowości. Na przykład domniemane przyjęcie teorii semantycznej Ludwiga Wittgensteina jest według Gordona P. Bakera<sup>13</sup> argumentem przeciw koncepcji *otwartej struktury*, natomiast dla Andrei Marmora<sup>14</sup> przyjęcie, że H.L.A. Hart myślał w stylu późnego L. Wittgensteina wzmacnia argument z otwartej struktury. Daleki jestem jednak od postrzegania H.L.A. Harta jako filozofa języka, a następnie wyprowadzania z jego tez filozoficznojęzycznych dalej idących wniosków na temat poprawności koncepcji teoretycznoprawnych. Filozofia języka była dla niego narzędziem. W kwestii odpowiedzi na pytanie o możliwe teorie semantyczne, które należy przyjąć, aby argumentować za otwartą strukturą prawa odsyłam do innych prac<sup>15</sup>.

Brian Bix wskazuje, że H.L.A. Hart nie argumentuje za samą otwartą strukturą, ale ją stwierdza, ponieważ z niedającej się usunąć otwartej struktury samego języka wyciąga wniosek, że sędziowie muszą dokonać wyboru w danym przypadku<sup>16</sup>. Przywołuje przy tym argument G.P. Bakera, który, jak wielu innych krytyków H.L.A. Harta, zarzuca mu nieodpowiednią dla prawa teorię semantyczną<sup>17</sup>. Podobny „zarzut z teorii semantycznej” wystosowują Leon L. Fuller<sup>18</sup> czy Ronald Dworkin<sup>19</sup>.

Gordon P. Baker twierdzi, że argument H.L.A. Harta jest cyrkularny. Wskazuje on, że „Waismann wyprowadza wniosek, że dyskurs empiryczny jest obciążony otwartą strukturą z tego, że żadna reguła nie może być sformułowana w ten sposób, żeby nie powstał przypadek wątpliwy”<sup>20</sup>. Przyjmując teorię semantyczną opartą na regułach, które nie determinują znaczenia, H.L.A. Hart dochodzi do wniosku, że jest to naturalna *konsekwencja* teorii. Tym samym wpada w błędne koło<sup>21</sup>. Założeniem powyższego argumentu jest to, że w *The Concept of Law* istniało *implicite* odwołanie do późnego L. Wittgensteina – przekonanie, że „znaczenie to użycie”, zachowywanie się w zgodzie z regułami gier językowych<sup>22</sup>.

Brian Bix nie przywiązuje większej wagi do teorii semantycznej, jaką miałby przyjmować H.L.A. Hart. Twierdzi on, że nie powinno się interpretować H.L.A. Harta jako filozofa rozwiązującego pewien problem z zakresu filozofii języka – np. tezy, że otwarta struktura jest naturą języka. Mimo zarzutu z cyrkularności B. Bix podaje taką interpretację, która podtrzymuje pogląd o wpływie języka na otwartą strukturę prawa – nazwę ją *interpretacją preskryptywną*. Według niego H.L.A. Hart chciał wskazać, że teksty prawne *powinny* być tak interpretowane, by pozostawiały sędziom swobodne uznanie w ich stosowaniu<sup>23</sup>. W interpretacji preskryptywnej kluczowe jest więc to, że sędziowie

<sup>13</sup> G.P. Baker, *Defeasibility and meaning*, w: P.M.S. Hacker, J. Raz (red.), *Law, morality, and society: essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford 1977, s. 26–57.

<sup>14</sup> A. Marmor, *No easy cases?*, w: A. Marmor, *Interpretation and legal theory*, Oxford 2005, s. 95–118.

<sup>15</sup> Zob. T. Endicott, *Vagueness...*; D. Bunikowski, *The Origins...* i literatura tam cytowana.

<sup>16</sup> B. Bix, *Hart and the open texture of language*, w: B. Bix, *Law, language and legal determinacy*, Oxford 2003, s. 18.

<sup>17</sup> G.P. Baker, *Defeasibility...*, s. 26–57.

<sup>18</sup> L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1958/71(4), s. 630–672.

<sup>19</sup> R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006. Jest to tzw. ukąszenie semantyczne. Krytyczne omówienie w: A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 53 i n.

<sup>20</sup> G.P. Baker, *Defeasibility...*, s. 37.

<sup>21</sup> Por. B. Bix, *Hart...*, s. 18 i n.

<sup>22</sup> Zob. L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2012, np. § 43 i n.

<sup>23</sup> „Nie wydaje mi się, aby konkluzja Harta o częściowym *niedzeterminowaniu* [...] miała wynikać z jakiegos poglądu na język, a raczej z tego, jak ludzie tworzą reguły i o nich myślą (...) [H.L.A. Hart] daje nam raczej dlaczego tekst [prawny] powinien być interpretowany w taki sposób, aby dawał sędzią dyskrecjonalność przy stosowaniu go”. Zob. B. Bix, *Hart...*, s. 18.

przy problemach z pozoru „semantycznych” odnoszących się do znaczenia nie mogą stosować ściśle określonego schematu myślenia i zamykać możliwość na węższą bądź szerszą interpretację danego pojęcia<sup>24</sup>. Ta powinność wyraża się w takim kształtowaniu wykładni, która umożliwi sędziom wychodzenie poza tekst prawny, gdy jego kurczowe trzymanie się doprowadziłoby do niepożądanych wyników. Herbert L.A. Hart głosi więc raczej coś w rodzaju pochwały niezdeterminowania języka. Przyjmując tę interpretację otwartej struktury, kryteria odchodzenia od tzw. znaczenia literalnego/słownikowego są dużo bardziej liberalne.

Takie rozumienie otwartej struktury wspiera również powyższa uwaga na temat transformacyjnego charakteru kontekstu prawnego. Pojęcia z języka potocznego, gdy tylko występują w kontekście prawnym stają się osobnymi pojęciami, czasem mniej lub bardziej związanymi z ich odpowiednikami z języka potocznego. Jest to oczywiste przy definicjach legalnych zawartych w tekstach prawnych – definicjach projektujących, które nie ocenia się ze względu na adekwatność bądź prawdziwość. Ma to miejsce nie tylko w sytuacji, w jakiej legislator określa znaczenie w tzw. słowniczku, ale także w momencie orzekania przez sędziego, co rozwinę w dalszej części niniejszego opracowania. Rozstrzygnięcie sądowe w ramach którego decyduje się, czy dane zjawisko jest desygnatem danego pojęcia występującego w kontekście prawnym nie jest sprawozdawaniem ze znaczenia języka, ale określeniem odniesienia pojęcia w obrębie prawa.

#### 4. Źródła otwartej struktury a instytucje prawne

Herbert L.A. Hart podaje dwa źródła prawnej otwartej struktury. Są nimi: 1) ludzka nieznanostwo faktów oraz 2) brak determinacji celu<sup>25</sup>. Zidentyfikowania źródła 1) wynika z tego, że świat nie zawiera jakiegoś ograniczonego zbioru predykatów, za pomocą których możemy językowo opisać to, co się w nim wydarza. Ten pierwszy powód odnosi się często to zjawiska nieostrości<sup>26</sup>. Teoria H.L.A. Harta jest jednak agnostyczna względem różnych teorii nieostrości<sup>27</sup>. Skoro otaczający nas świat jest nieprzewidywalny, to 2) cele naszej regulacji są zawsze niedookreślone. Z jednej strony nieprzewidywalność świata wpływa na nieprzewidywalność celu<sup>28</sup>. Z drugiej strony, można sobie wyobrazić brak determinacji celu jako brak określonych warunków spełnialności, tj. sytuacji, w jakich powiemy, że cel został spełniony.

Otwarta struktura wyjaśnia u H.L.A. Harta dyskrecjonalność sędziowską, która odbywa się poprzez kontekstualne, ze względu na rozpatrywany przypadek prawny, wypełnienie otwartych, niedodeterminowanych reguł. W tekście prawnym zawarte są minimalnie warunki aplikacji danego pojęcia prawnego do napotkanego przypadku

<sup>24</sup> Takie podejście do języka prawnego kontestuje sam podział na wykładnię rozszerzającą/zawężającą i literalną. Por. argumentację z: M. Matczak, *Imperium tekstu: prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019, szczególnie s. 290 i n.

<sup>25</sup> „Pierwszą ułomnością jest nasza względna ignorancja co do faktów; drugą nasze względne niezdecydowanie celu. Jeżeli świat, w którym żyjemy, mógłby być opisany tylko za pomocą ograniczonej liczby cech, a one razem wzięte ze wszystkimi możliwymi kombinacjami byłyby nam znane, wtedy przepis mógłby być zrobiony na każdą możliwą ewentualność. Moglibyśmy wtedy stworzyć reguły, których stosowanie do określonego przypadku nie musiałoby rodzić konieczności dalszego wyboru. (...) Byłby to świat pasujący do «mechanicznej» jurysprudencji”. Zob. H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 128.

<sup>26</sup> W kontekście różnych ujęć nieostrości w prawie zob. T. Gizbert-Studnicki, *Typy nieostrości*, w: T. Gizbert-Studnicki, *Pisma wybrane. Prawo: język, normy, rozumowania*, Warszawa 2019, s. 63–74.

<sup>27</sup> Zob. T. Endicott, *Vagueness...*, szczególnie rozdział VI i S. Soames, *Vagueness and the Law*, w: A. Marmor (red.), *The Routledge companion to philosophy of law*, Londyn 2021, s. 95–108.

<sup>28</sup> H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 128–129.

oraz warunki, w których ta aplikacja nie może mieć miejsca – są one „wzajemnie wykluczające się, ale nie wyczerpujące”<sup>29</sup>. W grę wchodzi więc tu zależność kontekstowa – nie jest ona jednak rozumiana jako możliwość zdeterminowania predykatu przez bezpośrednie odwołanie do kontekstu, ale przez możliwość wyboru przez użytkownika odniesienia. „Mówiący używający predykatu w pewnym kontekście posiada dyskrecjonalność rozciągania zasięgu [jego użycia], aby włączyć, w zależności od celów konwersacyjnych, niektóre początkowo nieokreślone przypadki”<sup>30</sup>. Przekładając to na prawo: sędzia w momencie wyrokowania, w celu spełniania określonego celu prawnego (wartości, zasad sprawiedliwości zawartych np. w konstytucji), może na potrzeby konkretnego przypadku zmienić zasięg użycia danego pojęcia – włączyć lub usunąć pewien obiekt z zakresu desygnatów.

W przypadku instytucji społecznych dochodzi do połączenia dwóch źródeł otwartej struktury prawa. Z jednej strony nie jesteśmy w stanie przewidzieć, w jakim kierunku rozwinie się dana instytucja społeczna, z drugiej zaś strony same cele i funkcje danej instytucji są niedookreślone. Z perspektywy językowej możemy mieć do czynienia z dwoma wyjaśnieniami tego, dlaczego instytucje społeczne wydają się być zmienne w czasie (inaczej mówiąc: nazwy instytucji odnoszą się do różnych desygnatów). Weźmy instytucję osobowości prawnej. W wielu krajach osobowością prawną zostają obdarzone elementy przyrody nieożywionej: parki narodowe (np. Te Urewera w Nowej Zelandii<sup>31</sup>), natura (Ekwador, Boliwia), rzeki (Ganges i Jamuna w Indiach; Victoria w Australii). Jeżeli przyjmiemy klasyczną wizję osoby prawnej jako podmiotu zdolnego do posiadania zobowiązań i praw<sup>32</sup>, to pasma gór w sposób oczywisty według współczesnej prawniczej siatki pojęciowej nie mogą być osobą prawną. Możliwości są więc dwie: albo instytucja osobowości prawnej ma inną treść niż dotychczas sądziliśmy, albo osobowość prawna oraz inne instytucje prawne swoją treść mają jedynie lokalnie – ograniczoną do konkretnego czasu i miejsca czy porządku prawnego (np. osobowość prawna w XX-wiecznej Polsce).

Wydaje się, że intuicyjnym rozwiązaniem jest stwierdzenie, że po prostu byliśmy w błędzie co do tego, czym naprawdę jest osobowość prawna, gdy sądziliśmy, że przyroda nieożywiona nie może mieć nadanej osobowości prawnej. Jest to analogiczne do zjawisk empirycznych, na czym zasadzał się argument F. Waismanna w stosunku do zdań odnoszących się do takich zjawisk. Gdy opisujemy pewne zjawisko (np. fizyczne) i odkrywamy, że nasza teoria jest w pewnych aspektach błędna, to musimy dokonać modyfikacji teorii bądź ją odrzucić. Nawiązując do przykładu z osobowością prawną: rozszerzenie tego pojęcia na naturę ożywioną wydobywa nieuwzględnianą dotąd cechę: to, że osobowość prawna poprzez prawne rozpoznanie interesu służy ochronie jednostek, które ją posiadają.

Nie jest to jednak jedyna odpowiedź na pytanie o treść i funkcje instytucji osobowości prawnej. Druga, to wspomniana lokalność pojęć instytucjonalnych. W przypadku instytucji społecznych można odróżnić pomiędzy instytucją–typem (*type*) oraz instytucją–egzemplarzem (*token*). Egzemplarze danej instytucji występujące w określonych momentach czasowych i miejscach (np. małżeństwo w Polsce w XIX w., małżeństwo w XVIII-wiecznej Toskanii itd.). Zsumowane nie dają jednak odpowiedzi na to, czym jest dana instytucja jako typ, ponieważ, jak przy każdym wnioskowaniu indukcyjnym, dana próba może

<sup>29</sup> S. Soames, *Vagueness...*, s. 96.

<sup>30</sup> S. Soames, *Vagueness...*, s. 96.

<sup>31</sup> Ścisłe mówiąc jest to były park narodowy (1954–2014). Od 2014 r. Te Urewera posiada osobowość prawną ustanowioną przez Te Urewera Act 2014, No. 51.

<sup>32</sup> Jest to tzw. ortodoksyjny pogląd (*Orthodox View*) krytykowany w: V.A.J. Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, Oksford 2019.

być nieadekwatna<sup>33</sup>. Francesco Guala, odnosząc się do terminów „typ” i „egzemplarz” instytucji, wskazuje wręcz na ubogą siatkę pojęciową współczesnych nauk społecznych do „rozdzielenia tych zupełnie różnych poziomów analizy ontologicznej”<sup>34</sup>. Dana instytucja może posłużyć w danym miejscu i czasie różnym celom, np. osobowość prawna nadana naturze może służyć ochronie ludności tubylczej w jednym kraju, ochronie samej natury w innym bądź wręcz skrępowaniu politycznych aspiracji emancypacyjnych ludności tubylczej na danym terenie<sup>35</sup>. W innym miejscu i czasie osobowość prawna, przy rozszerzaniu jej na korporacje, mogła służyć głównie celom gospodarczym i rynkowym. Zasadnicze pytanie, które z racji ograniczonych ram pracy zostawiam tu bez odpowiedzi, to: jak połączyć na ogólnym poziomie (typu) tak odmienne cele (różnych egzemplarzy)?

## 5. Małżeństwo

Teoria H.L.A. Harta w interpretacji preskryptywnej B. Bixa, według której powinniśmy interpretować tekst prawny *zakładając* występowanie otwartej struktury, pozwala odchodzić od znaczenia semantycznego tekstu w sytuacjach, w których tekst prawny dostarcza z pozoru jednoznacznej odpowiedzi. W niniejszej pracy argumentuję, że przyjęcie tej interpretacji otwartej struktury pozwala wyjaśnić, w jaki sposób prawo ujmuje lub wpływa na ewolucję pewnych instytucji prawnych. Punktem wyjściowym jest wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki *Minister of Home Affairs v. Fourie*<sup>36</sup> rozszerzający pojęcie małżeństwa na pary jednopłciowe. Wyrok ma stanowić jedynie „tło”, nie jest natomiast materiałem ani komparatystycznym, ani sam w sobie nie jest argumentem za jakimkolwiek stanowiskiem. Celem poniższych rozważań jest dostarczenie teoretycznego i filozoficznoprawnego uzasadnienia dla określonego podejścia do pojęć i instytucji prawnych w tym wyroku. Ta analiza może być wykorzystana analogicznie do innych decyzji sądów konstytucyjnych, trybunałów praw człowieka i sądów umocowanych w systemach *common law*. Istotne aspekty omawianego wyroku są wspólne dla podobnych orzeczeń w odniesieniu do instytucji małżeństwa, które już zapadły w Kanadzie<sup>37</sup>, Stanach Zjednoczonych<sup>38</sup>, na Tajwanie<sup>39</sup> czy opinii Międzyparykańskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>40</sup>.

Łącząca wszystkie te wyroki teoretyczna kwestia w odniesieniu do instytucji małżeństwa to problem tego, czy poprzez takie wyroki dokonuje się *zmiany* instytucji czy jedynie taką zmianę uznaje; jakie są granice takich zmian i czy „tradycyjne” dla niektórych rozumienie instytucji małżeństwa (np. jako związku jednej kobiety z jednym mężczyzną)<sup>41</sup> może być istotniejsze niż wyrażone w aktach konstytucyjnych prawo

<sup>33</sup> F. Guala, *Understanding institutions: the science and philosophy of living together*, Princeton 2016, s. 197.

<sup>34</sup> F. Guala, *Understanding...*, s. 197.

<sup>35</sup> Por. M. Tănăsescu, *Rights of Nature, Legal Personality, and Indigenous Philosophies*, „Transnational Environmental Law” 2020/9(3), s. 429–453.

<sup>36</sup> *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, CCT 60/04, wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki z 1.12.2005 r., dalej: „*Minister of Home Affairs v. Fourie*”.

<sup>37</sup> *Halpern et al. v. Canada* (A.G.), wyrok Sądu Apelacyjnego dla Ontario z 10.06.2003 r., dalej: „*Halpern v. Canada*”.

<sup>38</sup> *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26.06.2015 r.

<sup>39</sup> Interpretacja Sądu Konstytucyjnego Tajwanu z 24.05.2017 r. – *Judicial Yuan Interpretation, No. 748*.

<sup>40</sup> Doradca Opinia (*Opinión Consultiva*) Międzyparykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 24.11.2017 r. – *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 Noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica*.

<sup>41</sup> Dane historyczne nie wspierają raczej takiego charakteryzowania małżeństwa jako „tradycyjnego”. Zob. S. Coontz, *The World Historical Transformation of Marriage*, „Journal of Marriage and Family” 2004/66(4), s. 974: „Nadal uważam, że jeżeli chodzi o konkretną praktykę czy ustrój małżeński, to historia kołem się toczy. [...] Niemal każdy wyróżnialny sposób organizowania opieki, wychowania dzieci, zarządzania sposobu mieszkania, stosunków seksualnych czy dys-trybucji zasobów był już wypróbowany w jakimś czasie”.

do równego traktowania i niedyskryminacji. Zagadnienia te, a szczególnie problem definicji (tzw. argument semantyczny) instytucji małżeństwa jest również tym, co łączy wyrok *Minister of Home Affairs v. Fourie* z przeszłymi lub bieżącymi dyskusjami w krajach Europy, w których równość małżeńska najczęściej jest wprowadzana zwykłymi środkami legislacyjnymi charakterystycznymi dla prawa kontynentalnego<sup>42</sup>, a nie poprzez wyroki sądowe zobowiązujące do wprowadzenia zmian legislacyjnych w tym aspekcie.

W wyroku *Minister of Home Affairs v. Fourie* sędziowie badali, czy pochodząca z prawa zwyczajowego definicja małżeństwa (*common-law definition of marriage*) jest zgodna z Konstytucją RPA. Jak wiele tego typu przypadków prawnych, sprawa zaczęła się od odmówienia zarejestrowania małżeństwa jedнопłciowego przez urzędnika. Chociaż sama definicja z prawa zwyczajowego nie ma bezpośredniej mocy prawnej, to do niej odwoływała się ustawa regulująca sposób zawarcia małżeństwa – *Marriage Act*<sup>43</sup>. Jednym z badanych fragmentów *Marriage Act* były przysięgi małżeńskie odnoszące się do dwóch stron jako „*husband*” i „*wife*” (odpowiednio mąż i żona). Podstawą dla tego wyroku było uznanie, że brak równości małżeńskiej – przysługiwanie prawa do zawarcia małżeństwa jedynie parom różнопłciowym – jest niezgodne z zasadą niedyskryminacji, w szczególności ze względu na orientację seksualną (art. 9(1) Konstytucji RPA) oraz zasadą równości (art. 9(3) Konstytucji RPA). W wyroku *Minister of Home Affairs v. Fourie* Sąd Konstytucyjny orzekł, że:

prawo, które powołuje instytucje zezwalające parom heteroseksualnym wygłosić publicznie ich wzajemne zobowiązanie i otrzymać status, prawa i obowiązki wynikające z małżeństwa, jednak nie dające żadnego podobnego mechanizmu parom homoseksualnym, niesprawiedliwie je dyskryminuje<sup>44</sup>.

W wyroku sędzieja Albert Louis Sach, przygotowujący opinię większości stawia interesującą tezę. Teza ta nie dotyczy bezpośrednio kolizji *Marriage Act* z powołanymi artykułami Konstytucji RPA, natomiast ewentualnego prawa człowieka do zawarcia małżeństwa (również jedнопłciowego). Jednakże, aby ją osadzić w pełnym kontekście zacytuje najpierw art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (UDHR)<sup>45</sup>, do której sędzią odnosi się w wyroku:

art. 16(1) UDHR: Mężczyźni i kobiety bez względu na jakiegokolwiek różnice rasy, narodowości lub wyznania mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Mają oni równe prawa w odniesieniu do zawierania małżeństwa, podczas jego trwania i po jego ustaniu.

Pierwszym argumentem przeciwko uznaniu, że PDPC mogłyby być podstawą stwierdzenia, iż parom jedнопłciowym przysługuje niezbywalne prawo człowieka do zawarcia małżeństwa mogłyby być początkowe słowa „Mężczyźni i kobiety...”. Albert Louis Sach stara się podważyć dokładnie ten argument, nie przyjmując poglądu, że ten przepis nie gwarantuje prawa innym parom. W wyroku sędzią stwierdza, że:

<sup>42</sup> W tym aspekcie spośród krajów *common law* odstępstwem jest Wielka Brytania, która wprowadziła równość małżeńską zwykłą ścieżką legislacyjną.

<sup>43</sup> The *Marriage Act*, 1961 (Act No. 25 of 1961).

<sup>44</sup> *Minister of Home Affairs v. Fourie*, teza 81.

<sup>45</sup> Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217/III A, Paryż, 10.12.1948 r.), dalej: „PDPC” lub „Deklaracja”.



Odniesienie do „mężczyzn i kobiet” jest **opisem zakładanej rzeczywistości**, a nie czymś określającym normatywną strukturę raz na zawsze (*The reference to “men and women” is descriptive of an assumed reality, rather than prescriptive of a normative structure for all time*)<sup>46</sup>.

Sąd Konstytucyjny RPA przyjmuje więc za punkt wyjścia to, że „małżeństwo” i związane z nią regulacje mogą być obarczone otwartą strukturą. Sędzia decyduje, co przez dane słowa *należy* rozumieć. Jeżeli przyjąć, że prawo nie jest obarczone otwartą strukturą, a wszystkie pojęcia prawne są „zamrożone”, to jedyna możliwa interpretacja nakazywałaby mu orzec o braku podstawy w PDPC do uznania prawa człowieka do zawierania małżeństw bez względu na płeć nupturientów. Cel regulacji i sens przepisu, w opinii A.L. Sacha jest zachowany jedynie wtedy, jeżeli przyjmiemy, że sformułowanie „mężczyźni i kobiety” było w czasie uchwalania Deklaracji (1948 r.) sposobem określania nupturientów ze względu na to, iż wtedy powszechnie pojęcie małżeństwa odnosiło się jedynie do par różnopłciowych. Jest to wymiar deskryptywny, czyli opis tego, jak w danym kontekście myślano o małżeństwach. Albert Louis Sach wskazuje więc, aby współcześnie rozumieć przez „mężczyźni i kobiety” w PDPC wszystkich nupturientów, bez względu na ich płeć.

Powyższy przykład pokazuje, że ustalenia znaczenia bądź odniesienia pojęć, których używa się w prawie mogą być semantycznie kontrintuicyjne. W związku z tym, jak w kontekście *otwartej tekstowości* podkreśla H.L.A. Hart, sędziowie *nie powinni* być ograniczani semantyką zaczerpniętą z potocznych czy słownikowych sposobów rozumienia pojęć. Sędziowie mogą w wyroku osiągać cel sprawiedliwości czy równości dzięki podważaniu znaczenia tego, co jest jasne na pierwszy rzut oka<sup>47</sup>.

We wcześniejszej części opracowania pisałem o transformacyjnym charakterze kontekstu prawnego, który polega na tym, że każde pojęcie prawne z natury jest odmienne od pojęcia z języka potocznego. Przydatna będzie tu częściowa analogia między pracą lingwistów i sędziów<sup>48</sup>. Mimo to, że sędziowie (w pewnym zakresie) i lingwiści operują na pojęciach i prowadzą refleksję nad ich znaczeniem, to ich zadania są zupełnie inne. Lingwiści *badają* różne potoczne użycia pewnych pojęć i refleksja nad dostępnymi znaczeniami doprowadza ich do zdania relacji ze znaczenia bądź znaczeń, które dalej są podstawą dla sformułowania znaczenia słownikowego. Lingwiści ustalają znaczenie w *slabym* sensie. Sędzia, korzystając niejednokrotnie z ustaleń lingwistów, ustala znaczenie w *mocnym* sensie. To on decyduje o tym, które ze znaczeń, na gruncie prawa albo rozważanego przypadku jest właściwe. Lingwiści zbierając empiryczne dane na temat usus językowego nie przesądzają, które z użyc jest „właściwe”, znaczenie nie opiera się na ich decyzji, ale na analizie zebranego materiału. W przypadku prawa nie powinniśmy nigdy mówić o sporze semantycznym, ale o sporze o to, czy dany obiekt *powinien* być, analizując pozajęzykowy kontekst, charakterystyczny dla prawa, zaliczony do ekstensji pojęcia. W związku z tym, sędziowie odnoszą się jedynie do prawnego pojęcia np. małżeństwa. Jak wskazuje Adèle Mercier w kontekście kanadyjskiej sprawy *Halpern v. Canada*: „sąd nie ma upoważnienia do zmiany lub nakazywania używania określonych potocznych znaczeń słów. Sąd jest upoważniony do wyłuskiwania tych znaczeń i identyfikacji, które

<sup>46</sup> *Minister of Home Affairs v. Fourie*, teza 110.

<sup>47</sup> Marcin Matczak wprost pisze o precedensowości w języku prawnym. Zob. M. Matczak, *Imperium tekstu: prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019, s. 95–120, 342 i n.

<sup>48</sup> Analogię między sędziami a lingwistami proponuje Ross Charnock w: R. Charnock, *H.L.A. Hart as...*, s. 128 i n. Analogia autora opracowania stanowi jej rozwinięcie.

może funkcjonować w obrębie prawa<sup>49</sup>. Podobnie uważa F. Guala, twierdząc, że rolę określania czym jest dana instytucja społeczna mają naukowcy z dziedzin nauk społecznych. Jednakże, jeżeli chodzi o to, czym jest lub powinna być dana instytucja w obrębie prawa, to rolę tę posiadają prawnicy – a w powyższej sprawie sędziowie<sup>50</sup>.

Powyzsza różnica między sędziami a lingwistami może rzucić inne światło na tzw. argumenty semantyczne. Argument ten, na przykładzie pojęcia małżeństwa, przebiega następująco:

- a) Istnieje potoczny termin<sup>51</sup> „małżeństwo”, które większość członków społeczeństwa rozumie;
- b) Jest faktem empirycznym, że rodzimi użytkownicy języka, np. polskiego, termin „małżeństwo” odnoszą do związku jednej kobiety z jednym mężczyzną;
- c) Używanie terminu „małżeństwo” (np. w prawie) na określenie związku dwóch mężczyzn bądź dwóch kobiet jest błędem semantycznym.

Taka argumentacja poparta jest również odniesieniem się do słownika (pkt b)), jako materiału empirycznego potwierdzającego, że dane pojęcie (tu: małżeństwo) jest używane w określony sposób. Ten argument jest innej budowy niż powyższy problem zdefiniowanego prawnie (np. w konstytucji danego kraju lub konwencjach praw człowieka) znaczenia danego pojęcia. Tu pytanie jest natury ogólnej: czy możemy zmienić prawo definiujące instytucję małżeństwa tak, aby „małżeństwo” znaczyło związek dwóch kobiet lub dwóch mężczyzn? Takie pytanie o „pojęciowe granice” towarzyszy zawsze zasadniczym zmianom prawnym<sup>52</sup>.

W sprawie *Halpern v. Canada* spór ten, w kontekście małżeństw, rozegrał się na łamach opinii powołanych biegłych z dziedziny filozofii języka i lingwistyki: Roberta Staintona i A. Mercier<sup>53</sup>. Robert Stainton argumentował, że prawdami analitycznymi są tak samo to, że „kawaler to nieżonaty mężczyzna”, jak i to, że „małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny”<sup>54</sup>. Adèle Mercier wskazuje z kolei, że pojęcie „małżeństwa” występujące w dyskursie prawnym jest inne od pojęcia w języku naturalnym: „[s]ąd nie określa który wyraz «małżeństwo» powinnam używać, natomiast zakreśla moralny (ograniczony konstytucyjnie) [zakres] pojęcia, który już używam”<sup>55</sup>. W dyskursie prawnym, jak wskazywałem wyżej, małżeństwo jest „rodzajem prawnym”, dla zestawienia z „rodzajami naturalnymi” czy „rodzajami społecznymi”.

Hartowska koncepcja otwartej struktury adaptuje zjawisko ewolucji instytucji prawnych i ich teoretycznych różnic od rodzajów naturalnych, nie dostarcza jednak odpowiedzi na pytanie o źródła takich zmian. Za Hillary Putnam czy Saulem Kripke

<sup>49</sup> A. Mercier, *Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?*, „Essays in Philosophy” 2007/8 (brak numeracji stron).

<sup>50</sup> F. Guala, *Understanding...*, s. 200.

<sup>51</sup> Zakładam tu, że terminy odnoszą się do pojęć. Potoczny termin „małżeństwo” odnosi się więc do potocznego pojęcia małżeństwa.

<sup>52</sup> Obecnie takim pojęciem jest omawiana wyżej osobowość prawna. W kwestii filozoficznego ujęcia osobowości prawnej i współczesnych wyzwań związanych z rozszerzeniem znaczenia „osoba prawna” zob. V.A.J. Kurki, *A Theory of legal personhood*, Oksford 2019 oraz N. Naffine, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oksford 2009. W odniesieniu do tego, jakie są granice nadawania osobowości prawnej zob. P. Banaś, *Why cannot anything be a legal person? A critique of Kurki's Theory of Legal Personhood*, „Revus” 2021/44, s. 163–171.

<sup>53</sup> Fragmenty opinii biegłych (*affidavits*) są zawarte w: A. Mercier, *Meaning...* (brak numeracji stron).

<sup>54</sup> Pomijam tu problem, czy te sformułowania w ogóle mogą być prawdami analitycznymi, jeżeli takowe istnieją. Zob. S. Haslanger, *What Good Are Our Intuitions?: Philosophical Analysis and Social Kinds*, w: S. Haslanger, *Resisting Reality*, Nowy Jork 2012, szczególnie s. 399–402.

<sup>55</sup> A. Mercier, *Meaning...* (brak podziału na strony).

przyjmuje się, że pojęcia odnoszące się do obiektów będących rodzajami naturalnymi (takie jak „woda”, „złoto”) posiadają pewną esencję, która poprzez pracę badawczą naukowców jest możliwa do odkrycia<sup>56</sup>. Przykładowo, w myśl tej teorii, dzięki rozwojowi analizy chemicznej wiemy, że „woda” znaczy H<sub>2</sub>O. To co potocznie przyjmujemy za znaczenie pojęcia „woda” – bezbarwną i nieposiadającą smaku ciecz – to jedynie *stereotypy*. Odniesieniem nazwy jest więc sam obiekt, a nie związane z nim cechy (tzw. eksternalizm semantyczny). Pojęcia odnoszące się do instytucji społecznych, podobnie jak te do rodzajów naturalnych, mogą być „odkrywane”. Możemy w toku rozwoju społecznego odkrywać, że termin „małżeństwo” ma inne znaczenie (a sama instytucja inne cele) niż dotychczas z nim związane. Nie jest konieczne też, by rozstrzygać, czy instytucje społeczne i prawne posiadają esencję rozumianą jako konieczne i wystarczające cechy, aby być tą instytucją. Eksternalizm semantyczny nie musi w przypadku instytucji prawnych implikować żadnej formy esencjalizmu – odkrywania tego, że dane pojęcia instytucjonalne mają swoje odniesienie w domniemanej esencji danej instytucji.

Warto w tym miejscu podkreślić, że kwestia głównego celu, bądź celów instytucji małżeństwa, jako kandydata na esencję tej instytucji, nie jest oczywista. Jak wskazuje Stephanie Coontz historycznie małżeństwo służyło do zacieśniania więzi pomiędzy dwiema różnymi grupami krewnych, regulowania przepływu dziedzicznego majątku poprzez utrwalanie podziału na dzieci z małżeństwa i pozamałżeńskie (*out-of-wedlock*), czy regulowania podziału pracy<sup>57</sup>. Co więcej, żadna z tych funkcji, jak również inne (np. zapewnianie opieki nad starszymi, organizowanie opieki nad dziećmi) nie jest cechą wyróżniającą małżeństwo spośród innych powstających w toku historii instytucji społecznych. Aż do XXI w. cechą wyróżniającą małżeństwo, argumentuje S. Coontz, było tworzenie prawnego powinowactwa między rodzinami małżonków (*to get in-laws*)<sup>58</sup>. Właśnie fakt emancypacji małżonków od wpływu ich rodzin i mniejszą rolę powinowactwa S. Coontz wskazuje jako kolejny etap w ewolucji instytucji małżeństwa, który niektórzy nazywają „kryzysem małżeństwa”<sup>59</sup>. Niniejsza praca nie ma na celu rozstrzygnięcia tego, czym jest małżeństwo i przedstawiania jego historycznych funkcji – w tym zakresie odsyłam do innych prac<sup>60</sup>. Powyższe uwagi miały na celu zwrócenia uwagi na to, że to, czym jest małżeństwo jest z natury sporne; i to nie tylko z perspektywy moralnej, ale przede wszystkim teoretycznej – tego, jakie funkcje małżeństwo realizowało i jakie zachowania miało koordynować. Wydaje się więc, że samo określenie, iż małżeństwo to „związek dwóch osób” albo „związek kobiety i mężczyzny” zupełnie pomija te aspekty. Z perspektywy prawnej istotne pytanie przy odpowiedzi na pytanie o małżeństwo nie jest to, kto może je zawierać, ale jakie małżeństwo spełnia funkcje (czy jest to ochrona małżonków, prokreacja, ochrona dzieci, bezpieczeństwo gospodarcze nupturientów, czy tworzenie gospodarczego analogonu dla spółki – gospodarstwa domowego) i dopiero w konsekwencji kto z tych funkcji mógłby korzystać.

<sup>56</sup> Tzw. teoria „Kripke-Putnam” rozwinięta, niezależnie, w pracach: S.A. Kripke, *Naming and necessity*, Oksford 1980, szczególnie wykład III; H. Putnam, *The meaning of 'meaning'*. In *Mind, Language and Reality*, Cambridge 1975, s. 215–271.

<sup>57</sup> S. Coontz, *Marriage, a History: How Love Conquered Marriage*, wyd. 2, Nowy Jork 2006, s. 26–33.

<sup>58</sup> S. Coontz, *Marriage...*, s. 33.

<sup>59</sup> S. Coontz, *Marriage...*, s. 305 i n.

<sup>60</sup> Poza cytowaną książką S. Coontz zob. wcześniejszy artykuł i literaturę tam cytowaną w: S. Coontz, *The World Historical Transformation of Marriage*, „Journal of Marriage and Family” 2004/66(4), s. 974–979. Wstępem do filozoficznej refleksji nad małżeństwem może stanowić praca R. Halwani, *Philosophy of Love, Sex and Marriage. An Introduction*, wyd. 2, Nowy Jork 2018, rozdziały 10–11 i literatura tam cytowana.

To, jakie małżeństwo spełnia funkcje nie jest czymś obiektywnym, ale jest wynikiem sposobu, w jaki posługujemy się tą instytucją – jego społeczny, a nie „naturalny” charakter. Jest to wynikiem tego, że między naszym postrzeganiem danych obiektów instytucjonalnych i ich znaczeniem występuje wzajemne sprzężenie, które nie jest charakterystyczne dla pojęć naturalno-rodzajowych odnoszących się do obiektów niezależnych od naszych umysłów. Semantyka dla obiektów społecznych powinna być więc inna niż ta dotycząca pojęć naturalno-rodzajowych<sup>61</sup> i uwzględniać ciągłą ewolucję.

Intuicje niektórych filozofów prawa są podobne. Jedną z tez pozytywizmu prawniczego jest właśnie „[t]eza o społecznych źródłach prawach, głosząca, że dla istnienia prawa konieczne jest istnienie pewnej postaci praktyki społecznej”<sup>62</sup>. Dwie główne teorie instytucji społecznych, nie tylko prawa, starające się wyjaśnić, czym są owe „praktyki społeczne” to teorie instytucji jako reguł bądź instytucji jako rozwiązań problemów koordynacyjnych<sup>63</sup>. Przyjęcie którejkolwiek z teorii prowadzi nas jednak do tego samego założenia: istnienie instytucji społecznych jest zależne od naszego postrzegania ich jako instytucji społecznych określonego typu (*mind dependency*). W związku z tym, ustalając znaczenie dla pojęcia odnoszącego się do jakiejś instytucji musimy pamiętać, że sama praktyka kształtuje to znaczenie. Przykładowo, aby istniała taka instytucja jak pieniądz, to warunkiem minimalnym jest to, że dana grupa społeczna rozpoznaje kawałek papieru jako pieniądz – natomiast osobnym pytaniem jest w jaki sposób. W przypadku abstrakcyjnych instytucji prawnych takich jak prawo czy małżeństwo sprawa się komplikuje, gdyż nie ma substratu materialnego w postaci „kawałka papieru”. Gdyby wszystkie dzienniki ustaw zostały zagubione, to nie uznalibyśmy zapewne, że nagle nie obowiązuje cały system prawny.

W odróżnieniu od „rodzajów społecznych”, „rodzaje prawne” posiadają dodatkowy, nieoderwalny wymiar normatywny: bez względu na społecznie ukonstytuowane znaczenia pewnych pojęć, ich występowanie *jako* pojęć prawnych wiąże się z oceną nie tylko społeczną, lecz także polityczną i konstytucyjną, np., czy znaczenia przyjętych przez nas prawnie pojęć nie są np. dyskryminujące<sup>64</sup>. To są dokładnie te elementy, które mieszczą się w pojęciu „wyboru” (*choice*) sędziego, jako Hartowskie remedium na otwartą strukturę prawa. Powinniśmy traktować prawo jako posiadające otwartą strukturę, ponieważ „mrożenie pojęć” nie pozwoli nam na dalszą ewaluację, czy językowe środki użyte do sformułowania prawa odpowiadają społecznej praktyce i zastanej interpretacji zasad konstytucyjnych. Wynika to, według H.L.A. Harta, właśnie z niemożliwości przewidzenia, jakie sytuacje w przyszłości nas zastaną oraz dlatego, że w momencie projektowania celu pewnej regulacji nie można przewidzieć, z jakimi innymi celami może ona stać w sprzeczności.

## 6. Zakończenie

Można zadać pytanie, jak powyższe uwagi odnoszą się bezpośrednio do polskiego kontekstu normatywnego, szczególnie regulacji zawartej w art. 18 Konstytucji RP. Wydaje się,

<sup>61</sup> A.L. Thomasson, *Realism and Human Kinds*, „Philosophy and Phenomenological Research” 2003/67(3), s. 580–609.

<sup>62</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Metafizyka pozytywizmu prawniczego*, w: T. Gizbert-Studnicki, *Pisma...*, s. 181.

<sup>63</sup> Pierwsza tradycja odwołuje się do J. Searle’a i jego pojęcia „reguł konstytutywnych” (np. w: J. Searle, *The construction of social reality*, Londyn 1995), druga tradycja ma swoje źródła w pracy Davida K. Lewisa dotyczącej konwencjonalnego wyjaśnienia semantyki (zob. D.K. Lewis, *Convention: a philosophical study*, Cambridge 1969). W kontekście prawa problem konwencji omówiony jest w: A. Dyrda, *Konwencja...*; ogólnie odnośnie do instytucji społecznych zob. F. Guala, *Understanding institutions: the science and philosophy of living together*, Princeton 2016.

<sup>64</sup> F. Guala, *Understanding institutions...*, s. 194 i n.; por. A. Mercier, *Meaning...*

że można przedstawić przynajmniej dwa stanowiska według których małżeństwa jednopłciowe są nie tylko zgodne z obecną Konstytucją RP, co w obrębie jej aktualnego tekstu jest konieczne do wprowadzenia. Pierwsze ze stanowisk, Ewy Łętowskiej i Jana Woleńskiego<sup>65</sup>, opiera się na logiczno-językowej analizie przepisu: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Argumentują oni, że: „art. 18 Konstytucji określający *explicite* małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, nie wyklucza małżeństw o innej podmiotowej strukturze (...) Jest to wniosek czysto logiczny, gdyż art. 18 nie zawiera żadnych zakazów powodujących ekskluzywność ochrony”. Jest to argument w stylu literalistycznym: jeżeli ustrojodawca chciał uregulować to, że małżeństwem jest jedynie związek kobiety i mężczyzny, to użył błędnych środków językowych. Z tego, że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny” jest pod ochroną nie wynika, że nic innego pod tą ochroną być nie może<sup>66</sup>. Ewentualnie z tej regulacji wynika brak nakazu ustanowienia takiej ochrony, który jednak mógłby być wywnioskowany z generalnej klauzuli ochrony rodziny. Co więcej, ustrojodawca chcąc zdefiniować małżeństwo (pojęcie prawne) sam przyznał, że są różne małżeństwa (pojęcie społeczne) – również jednopłciowe. Pojawia się jednak pytanie: czy w ogóle możliwe jest prawnie zamrożenie pojęcia tak, że blokuje możliwość prawnego uznania innych rozumień?

Drugie stanowisko dostrzega normatywny (w tym konstytucyjny) charakter każdej z instytucji. Uznanie występowania otwartej struktury prawa traktuje językowy aspekt przepisów głównie jako środek, a uwydatnia systemowy i konstytucyjny kontekst przepisu odnoszącego się do danego pojęcia prawnego. To drugie stanowisko uznaje, że ustrojodawca mógł chcieć i mógł zdefiniować małżeństwo w przepisie art. 18. Biorąc jednak pod uwagę inne przepisy (dotyczące równości i zakazu dyskryminacji – art. 32.1 i 31.2.) oraz konieczność ochrony rodziny (art. 18) należałoby przyjąć, że ochrona innych związków nie jest wykluczona. Poza treścią przepisu, prawną definicją małżeństwa musi istnieć silny argument za tym, że tylko relacje różnopłciowe mogą być małżeństwem – w związku z tym konieczna jest holistyczna ewaluacja z perspektywy innych przepisów i ocena, czy dana definicja instytucji jest w ogóle sprawiedliwa<sup>67</sup>. Inaczej mówiąc, jeżeli dana próba „zamrożenia” znaczenia pojęcia prawnego nie posiada wystarczającej racji, to każda taka próba jest niefortunna.

Zasygnalizuję w tym miejscu inny problem, który powinien stanowić przedmiot dalszych badań. Wydaje się, że w momencie, w którym w Polsce odbywa się dalej dyskusja nad regulacją w jakiegokolwiek formie związków jednopłciowych, w innych krajach coraz poważniej rozważane są teoretyczne argumenty nad deregulacją małżeństwa i zastąpienia tej instytucji innymi formami ochrony rodziny<sup>68</sup>. Pozostają też zasadne wątpliwości, czy dla emancypacji związków nieheteronormatywnych najlepszym środkiem jest

<sup>65</sup> E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013/6, s. 15–40. Budowana w cytowanym artykule argumentacja dotyczy związków partnerskich, ja odnoszę się jednak do s. 22 i n., które mają bardziej generalny charakter.

<sup>66</sup> Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8.01.2019 r. (IV SA/Wa 2618/18), LEX nr 2618194.

<sup>67</sup> Podobną argumentację rozwijam w: B. Biskup, *Instytucja małżeństwa jest niesprawiedliwa*, „Filozofia w praktyce” 2021/7(3), brak numeracji stron.

<sup>68</sup> Co ma służyć poprawie sytuacji najsłabszych członków rodziny, jak również objąć ochroną prawną związki, które wychodzą poza kategorie romantyczne, a opierają się np. na współzależności. Zob. N.D. Polikoff, *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston 2009; C. Chambers, *Against Marriage: An Egalitarian Defence of the Marriage-Free State*, Oksford 2017. Poza współzależnością wydaje się, że alternatywną kategorią może być bliskość. Zob. np. M. Drapalska-Grochowicz, *Uznawanie, niedostrzeganie, ignorowanie. O postawach prawodawcy wobec faktycznej bliskości*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2021/1, s. 112–127.

małżeństwo. Odmienność, jaką zbiorczo określa się mianem „queer” jest związana z kontestacją tradycyjnych modeli. Równość małżeńska poprzez umieszczenie związków jedнопłciowych w kategoriach heteronormatywnych może ową „queerowość” osłabiać bądź marginalizować inne problemy osób LGBT+<sup>69</sup>. Warto przy tym wskazać, że w Wielkiej Brytanii małżeństwa osób tej samej płci zostały wprowadzone z przyczyn czysto konserwatywnych. Jak argumentował ówczesny premier David Cameron:

Jestem wielkim zwolennikiem małżeństwa. Chcę promować małżeństwo, bronić małżeństwa, namawiać do małżeństw i wielką rzeczą po wczorajszym głosowaniu [nad równością małżeńską – dop. B.B.] jest to, że dwoje osób homoseksualnych, którzy siebie kochają, mogą od teraz być małżonkami. To istotny postęp. Powinniśmy promować małżeństwo, zamiast szukać innych sposobów, aby je osłabiać<sup>70</sup>.

Póki co osoby żyjące w związkach jedнопłciowych w Polsce mogą pocieszać się ostatnimi zdaniem wypowiedzianymi w filmie *My Best Friend's Wedding*: „life goes on. Maybe there won't be marriage. [...] But by God, there will be dancing!”.

#### **Open texture of law and evolution of legal institutions. The case of marriage**

**Abstract:** This paper outlines how we can use Hart's conception of the open texture of law for a theoretical reflection on the phenomenon of evolving legal institutions. The first part of the paper reflects on the concept of 'open texture'. It presents the so-called prescriptive interpretation of the open texture, initially proposed by Brian Bix. The prescriptive interpretation does not aim to prove the existence of open texture. It indicates that we should interpret legal provisions 'as if' there was an open texture. In the second part, I present how the open structure of law explains judicial activism or legislative amendments. As an example, the concept of marriage is of primary concern. One of the main pitfalls is the so-called 'semantic argument', which highlights the linguistic boundaries for making certain legal changes (e.g., introducing same-sex marriages and granting legal personhood to rivers). The problem of semantic boundaries is placed in the context of the division between concepts relating to social and legal kinds. Finally, the above considerations are tentatively applied to the discussion about contents of Article 18 of the Polish Constitution.

**Keywords:** open texture, marriage, legal kinds

<sup>69</sup> Zob. np. L. Adler, *Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform*, Durham 2018.

<sup>70</sup> Cyt. za: C. Chambers, *Against Marriage...*, s. 58–59.

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Adler, L. (2018). *Gay Priori: A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform*. Durham: Duke University Press.
- Baker, G.P. (1977). Defeasibility and meaning. In P. M. S. Hacker & J. Raz (Eds.), *Law, morality, and society: Essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- Banaś, P. (2021). Why cannot anything be a legal person? A critique of Kurki's Theory of Legal Personhood. *Revus* 44.
- Biskup, B. (2021). Instytucja małżeństwa jest niesprawiedliwa. *Filozofia w praktyce* 7, 3.
- Bix, B. (2003). Hart and the open texture of language. In *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press.
- Bunikowski, D. (2016). The Origins of Open Texture in Language and Legal Philosophies in Oxford and Cambridge. *Rechtstheorie*, 47(2), 141–164.
- Charnock, R. (2013). Hart as Contextualist? Theories of Interpretation in Language and the Law. In M. Freeman & F. Smith (Eds.), *Law and Language*. Oxford: Oxford University Press.
- Coontz, S. (2004). The world historical transformation of marriage. *Journal of Marriage and Family* 66, 974-979.
- Coontz, S. (2006). *Marriage, a History: How Love Conquered Marriage*. New York: Penguin Books
- Dworkin, R. (2006). *Imperium prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Dyrda, A. (2013). *Konwencja u podstaw prawa: Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Endicott, T.A.O. (2010). *Vagueness in law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fuller, L.L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71(4), 630–672.

- Gizbert-Studnicki, T. (2019a). Metafizyka pozytywizmu prawniczego. In *Pisma wybrane. Prawo: Język, normy, rozumowania*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gizbert-Studnicki, T. (2019b). Typy nieostrości. In *Pisma wybrane. Prawo: Język, normy, rozumowania*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Guala, F. (2016). *Understanding institutions: The science and philosophy of living together*. Princeton: Princeton University Press.
- Halwani, R. (2018). *Philosophy of Love, Sex and Marriage. An Introduction*. New York: Routledge.
- Hart, H.L.A. (2001). Niebo pojęć Iheringa i współczesna analityczna filozofia prawa. In *Eseje z filozofii prawa*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Hart, H.L.A. (2012). *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Haslanger, S. (2012). What Good Are Our Intuitions?: Philosophical Analysis and Social Kinds. In *Resisting Reality*. New York: Oxford University Press.
- Kripke, S.A. (1980). *Naming and necessity*. Oxford: Oxford University Press.
- Kurki, V.A.J. (2019). *A Theory of legal personhood*. Oxford: Oxford University Press.
- Lewis, D. K. (1969). *Convention: A philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press.
- Łętowska, E., Woleński, J. (2013). Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r. *Państwo i Prawo* 6, 15-40
- Marmor, A. (2005). No easy cases? In *Interpretation and legal theory*. Portland: Hart.
- Martí, G., Ramírez-Ludeña, L. (2021). Tolerance, flexibility and the application of kind terms. *Synthese* 198, 2973–2986.
- Matczak, M. (2019). *Imperium tekstu: Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*. Warszawa: SCHOLAR.



- Mercier, A. (2007). Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage? *Essays in Philosophy* 8, 14.
- Naffine, N. (2009). *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*. Hart.
- O'Donnell, E.L., & Talbot-Jones, J. (2018). Creating legal rights for rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India. *Ecology and Society*, 23(1).
- Polikoff, N.D. (2009). *Beyond (straight and gay) marriage: Valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press.
- Putnam, H. (Ed.). (1975). The meaning of 'meaning'. In *Mind, Language and Reality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1995). *The construction of social reality*. Lane: The Penguin Press.
- Soames, S. (2012). Vagueness and The Law. In A. Marmor (Ed.), *The Routledge companion to philosophy of law*. London: Routledge.
- Tănăsescu, M. (2020). Rights of Nature, Legal Personality, and Indigenous Philosophies. *Transnational Environmental Law* 9(3), 429-453.
- Thomasson, A.L. (2003). Realism and Human Kinds. *Philosophy and Phenomenological Research* 67(3), 580–609.
- Waismann, F. (1945). II Part of Symposium: Verifiability. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 19, 119–150.
- Wittgenstein, L. (2012). *Dociekania filozoficzne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.