



H.L.A. Hart

BENGOETXEA CABALLERO, Joxerramon*

Hemen aurkezten dugun testua Hart-en liburuxka bat da, *Law, Liberty and Morality*. Ez da bere idazlan ezagutuena, hura *The Concept of Law* baita, baina pentsalari honen teoria eta ikusmoldea ederki islatzen dituen lana da. Ohikoa izaten da Hart positibismoan kokatzea, eta oro har esan daiteke sailkapen hori ez dela guztiz erratua. Izan ere, Hartek berak positibismo analitikoan kokatuko luke bere burua. Esan dezagun positibismoaren eta zuzenbide naturalaren arteko eztabaida edo tirabira antzua dela. Estereotipoak dio positibismo juridikoak, ezarritako (prozedura formalen arabera egindako) zuzenbideari ematen diola baliozkotasuna, eta arau juridiko bat zuzenbidezko sistema bati dagokion ala ez erabakitzerakoan ezarritako zuzenbideari bakarrik begiratzen diola, zuzenbide naturalaren teoriak arau juridiko hori inspiratzen duten baloreei (moralezko edo etikazko baloreei hain zuzen ere) begiratzen dien bitartean, eta estereotipo honetatik esan ohi da positibismo juridikoak zuzenbidearen legitimazio edo zilegiztatzea dakarrela. Baina hori ere gehiegikeria dateke.

Baina iuspositivistak defenditu izan gara positibismoaren eite edo alderdi ezberdinak bereizi egin behar direla erantzunez, hala nola: positibismoa metodologia bezala, teoria bezala eta ideologia bezala. Eta Harti teoria interesatzen zaio gehienbat: bere zuzenbide teorian edo kontzeptuan definizioei ihes egiten die. Zuzenbidea zer den jakiteko, termino hori nola erabiltzen den aztertu beharra dago; alegia, erabiltzaileen komunitateak zuzenbidearen kontzeptua nola erabiltzen duen aztertu, hitzaren erabilpen baldintzei gertu-gertutik so eginez. Handik dator bere proposamena: zuzenbidetzat zer jotzen den juriston taldeak erakutsiko digu. Honek erabiltzen du halako ezagutze erregela (*rule of recognition*); alegia, irizpide jakin batzuk erabiltzen ditu zuzenbidea zuzenbide ez denetik bereizi ahal izateko.

Ez da testu-aurkezpen hau Harten teoria azaltzeko leku egokiena, labor-laburrean aurkeztu beharko litzateke eta, baina ausardiaren ausardiaz esan dezagun Harten ustez zuzenbidea bi erregela mota ezberdinen batura dela: lehen mailako erregelak eskubideak eta obligazioak aitortu edo ezartzen dituzte, eta bigarren mailako erregelak diote lehen mailakoak nola ezagutu, nola aldatu edo nola aplikatu behar diren. Bigarren mailako erregelarik garrantzitsuena ezagutze erregela da, honen arabera dakigulako zein erregela dagozkion zuzenbide sistema edo multzoari: erregela honen arabera jakinen dugu lehen mailako arauak zeintzuk diren, baliozkoak ote diren, sistemari dagozkion, zuzenbide iturriak zeintzuk diren, erregelen eta zuzenbide-iturrien arteko hierarkia erlazioak nolakoak diren, etab. Zuzenbidea zer den jakiteko, beraz, zuzenbide horretan diharduten juristek diotenari, pentsatzen dutenari begiratu behar zaio. Litekeena da, bestalde, *rule of recognition* baten arabera irizpide moralak ere sartzea, juristek irizpide moralak erabiltzen baldin badituzte zuzenbidea identifikatzeko.

* Joxerramon Bengoetxeak Filosofia eta Zuzenbidea ikasi zituen EHU-n, eta 1990ean Edinburgoko Unibertsitatean egin zuen Zuzenbideko doktoradutza. Zuzenbidearen Filosofiako irakaslea da, bost urte eman ditu Europar Komunitateetako Justizia Auzitegiko letradu gisa (1993-98), eta gaur egun Eusko Jaurjaritzako Lan eta Gizarte Segurantzako sailburuordea da. Argitaratu dituen lan gehienak Zuzenbidearen Teoria, Zuzenbide Komunitarioa eta Filosofia Politikoari buruzkoak dira.

Honek barneko partaideen ikuspegia hartzea suposatzen du, eta neurri batean horregatik esan daiteke Harten teoriaren atzetik ikusmolde engaiatua edo inplikatua dagoela: egokitzen jotzen du zuzenbidearekin aritzen diren juristen ikuspegia eta pentsamoldea. Hau izango litzateke iuspositivismoaren eite teoriko edo analitikoak.

Baina zuzenbidearen eta moralaren arteko erlazioaren inguruan beste eztabaida dago: alegia, zuzenbideak, zuzenbide ezarriak (legeak), moralak edo moral jakin bat zein puntutaraino gorpuztu behar ote duen. Honen aurrean positibismoak jarrera neutrala hartzen du, berari interesatzen zaiona da zuzenbidea nolakoa den eta ez nolakoa beharko lukeen; aldiz, zuzenbide naturalaren teoriak kutsu normatibo edo araukorra du nabarmen. Harten ustez galdera hau ez da galdera juridikoa, baizik eta galdera politiko edo ideologikoa, eta Hart, zuzenbidearen kontzeptuaren edo teoriaren aurrean, galderari erantzuteko prest egonik ere, arduratu egiten da arlo analitikoaz, eta ez horrenbeste arlo politikoaz. Galdera, halere, zuzenbide-kontzeptuari lotu ala ez, funtsezkoa da. Gizarte modernoetan, gero eta erregulazio zabalagoa eta zehatzagoa dagoen garaietan, oso garbi eduki behar da gizarte batean nagusi diren balore moralak zuzenbidearen bitartez indartu edo legezatu behar diren ala ez. Erantzun nagusiak kontserbadorismoa eta liberalismoaren arteko ezbaian kokatzen dira, eta Hartek *Law, Liberty and Morality* liburuxkan erdiko bideari ekingo dio, segituan azaltzen saiatuko garenez.

Arau-sistemek giza ekintza, giza portaera gidatzen dute. Moralari buruz mintzatzerakoan moral pribatua, taldeen moral ezberdinak eta gizartearen moral soziala edo moral instituzionala bereizten dira. Pertsona gehienek moral sozialari (arau edo erregela moralak) eusten diote¹. Askotan hau izaten da talde boteretsu edo nagusiaren moralak, beste moral bereziei nagusitzen zaiona. Orduan galdera da ea zuzenbideak moral instituzional hori babestu behar duen ala ez. Alegia, ekintza bat, portaera bat, moral instituzionalean gaitza ala arbuiagarritzat jotzen bada, zuzenbide penalak ere zigortu egin behar al du? Moralaren aurka doan orok delitu izan behar al du?

John Stuart Mill pentsalariak 1859. urtean oso saiakera eraginkorra argitaratu zuen, *On Liberty* izenekoa, hau dugularik liberalismoaren lan aitzindaria. Millek azaltzen du liberalismoaren muina:

“Saio honen helburua da printzipio bat hornitzea gizabanakoaren eta giza-taldearen arteko harremanak gobernatzearen indarraren eta kontrolaren bidez, dela zigor juridikoen indar fisikoaren, dela iritziz publikoak dakarren indar moralaren bidez. Printzipio hori zera da: gizakiok, banan-banan hartuta ala taldeka hartuta, arrazoi batengatik soilik oztopa edo galaraz dezakegu pertsonaren ekintza edo askatasun eremua, eta arrazoi hori da pertsonaren beraren buruaren babesa. Boterea ezin da zilegiki erabili komunitate zibilizatu baten partaide baten borondatearen kontra, beste pertsonari kaltea eragozteko ez bada. Pertsonaren ontasun edo ongizate fisiko edo moralak ez da nahikoa arrazoi boterea bere borondatearen aurka erabiltzeko. Ezin baita pertsona hori gauza bat egitera edo ekiditera behartu, esanaz gauza hori egitea edo ekiditea berarentzako onuragarria izanen dela, edo alaiago egingo duela, edo beste pertsonen iritziz hori egitea zentzuzkoa edo zuzena dela. Hauek guztiak arrazoi onak izan daitezke pertsona horren aurka protestatzeko, edo pertsona horren portaera kritikatzeko, pertsona hori bestelakorik egin dezala konbentzitzeko, berarekin arrazionalki eztabaidatzeko eta berari eskaera jakin bat egiteko, baina inola ere ez pertsona hori bortxatzeko edo behartzeko edo inolako mehatxurik egiteko guk nahi duguna ez badu egiten. Pertsona horren aurkako bortxa edo indar horren erabilera bidezkoa izanen da soil-soilik eragotzi nahi zaion ekintza horrek beste pertsona bati kalteren bat ekar diezaiokenean. Norbera, gizartearen aurrean, bere ekintzen erantzule da beren ekintzek beste pertsonen askatasun eremua eragozten badute, eta orduan erantzukizuna eska dakiok, baina bere ekintzek eremu pertsonal soilari eragiten badiote, pertsonaren independentzia erabatekoa da, norbera bere gorpuzta eta buruaren jabe izaki”.

Liberalismoaren arabera, beraz, pertsona libre da eta askatasun eremua aitortu behar zaio, beste pertsonari kalterik egiten ez dien bitartean. Honi printzipio politikoa dario: gizarteak ez duela moral jakinik inposatu behar, ez moral instituzionalaren bitartez, ezta zuzenbidearen bitartez ere. Arau juridikoen helburua eta xedea besteoi kaltea eragozteko da. Ez da bakarrik aldarrikatzen gizarteak moral instituzionaletik bereizten diren moral indibidualak edo partikularrak toleratu behar dituela, ez; esaten dena da gizarteak bera aniztasun horrekin aberastu egingo dela. Liberalismoak paternalismoa gaitzesten du erabat. Paternalismoa oso jarrera hedatua da. Honen arabera, zuzenbideak moralak, moral instituzionalak, jaso behar du, eta honi indar juridikoa eman. Moral instituzionalean hobea edo gaitza ezin du zuzenbideak onartu. Patrick Devlin-ek² adibidez esaten du zuzenbidearen betekizuna dela bizioaren aurka

1 Egia da gizarte modernoetan aniztasuna dagoela eta zaila izaten dela moral instituzionala garbi ikustea, baina hainbat arazotan ahal da, soziologikoki, balore nagusiak ezagutzea.

2 *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965.

borrokatzea, ekintza subertsiboen aurkako borroka zuzenbidearen helburu den bezalaxe. Gizarteak beharrezko neurriak hartu behar ditu bere existentzia gizarte antolatu gisa ziurtatzearen, eta bizioak edo inmoraltasunak (sexu moral pribatua barne) gizartearen existentzia bera kolokan jar dezake. Horregatik, gizarteak inmoraltasunaren edo zitalkeriaren aurkako borroka zuzenbidearen bitartez bidera dezake, hain zuzen ere bere burua babesteko. Eta hori zitalkeria eremu pribatuan gertatzen denean ere bai, orduan ere gizartea arriskuan jartzen delako. Zuzenbideak morala zaindu behar du.

Millen liberalismoaren eta Devlinen paternalismoaren artean kokatzen da Hart. Liberalismoa onartzen eremu pribatuan, baina eremu publikoan, plazan edo kalean gertatzen dena zaindu egin behar da. Jarrera honi *standard* edo irizpide bikoitzekoa dela leporatu izan zaio Harti. Devlinek uste du une jakin batean gizarte batek duen eduki morala (unez uneko sinesmen edo printzipio moralak) gorde eta babestu egin behar direla, baina Harten ustez hori alferrikakoa da, zuzenbideak ez du zertan arautu behar, unez uneko sinesmen moralek beren horretan jarrai dezaten. Zuzenbideak ez du moral jakin bat babestu behar, baina bai aldiz orokorrean arazo sozialen aurrean iritzi moralak izatea, direnak direla. Moral jakinik ez, baina moraltasuna bai. Zuzenbide penalaren funtzioa edo helburua da ordena publikoa eta zintzotasuna mantentzea, hiritarrak iraingarria eta higuingarria denarengandik babestea eta pertsonen berme nahikoak ematea besteen gehiegikeriengandik zaintzearen, batez ere beren adinagatik, edo beren buru- edo gorputzaren ahuleziagatik edo eskarmentu faltagatik babes berezia behar dutenei. Millek pertsonaren askatasun eremuari muga jartzen zion egindako kalteari begiratuaz, eta Hartek muga arriskuan jartzen du —honek neurri prebentiboak ahalbideratzen dituelarik—.

Baina arrisku berezian aurkituko dira pertsona batzuk, eta beraz arlo publikoan kasu gehiago egin beharko da. Pribatuan gertatzen denak ez du arriskurik sortzen pertsona helduen artean eta beren onarpenez gertatzen bada, aitzitik publikoan gertatzen bada, nahiz eta adostua izan eta helduen artean izan, orduan ikusgarritasun berezia dago, eta pertsona jakin batzuren sentiberatasuna mingostu edo larderiatu daiteke, adibidez gazteena. Arazo hauek batez ere moral sexualaren inguruan planteatzen dira, adibidez pornografia, homosexualitatea, poligamia, lizunkeria, bestialitatea, sodomia, inzestoa, prostituzioa, sadomasokismoa, adulterioa eta abarreko gaiak. Baina beste gairik ere bada, adibidez abortua, eutanasia, suizidioa... Millen erantzuna izango litzateke ikusi egin behar dela ea gertakizun horiek pertsona jakinei kalte eragiten dieten, eta, ezezkoan, onartu egin behar direla. Devlinen erantzuna izango litzateke inolaz ere ezin direla onartu, moralaren aurka doazelako. Hartena, aldiz, eremu pribatua eta publikoa bereiztean datza: arlo publikoan kasu gehiago egin behar da, eta sentsibilitate bereziko pertsonak ez dutela eraso lotsakorrik pairatuko ziurtatu.

Harten soluzioa ez da batere erraza, eta beste zailtasunen artean badago bat bereziki aipa daitekeena; alegia, eremu edo arlo publikoa eta pribatua nola bereizi? Lokal publiko batean gaueko ordu goiztiarretan gertatzen dena, klub pribatu batean gertatzen dena, interneten azaltzen dena, etab., horiek eremu pribatukoak al dira? Erantzuna ez da erraza batere. Gaur egun, adibidez, internet-en bidezko adierazpen askatasuna dago ezbaian: zuzenbideak zein punturaino arautu behar ditu internet-en bidezko adierazpenak, edo zein punturaino arau ditzake? Suediako etxe batetik pertsona bat Erresuma Batuko web orri batekin konekta daiteke, edo alderantziz. Erresuma Batuko agintariek sexuko irudiak kontrolatu nahi dituzte, eta Suedian sexuari ez zaio hainbesteko garrantzirik ematen ez bada emakumearen irudia iraintzen, baina adierazpen arrazistak kontrolatu nahi dira. Zer egin dezake zuzenbideak hori guztia kontrolatzeko? Kasu batzuetan prentsa edo ideien adierazpen askatasunak abusua ere ekar ditzake eta arriskutsua izan daiteke, baina are arriskutsuago, akaso, adierazpen askatasunaren murrizpenak: batzuren ustez krimena egitera deitzea zigortu eta murriztu behar da, baina gorrotora deitzea ez.

Liberalismoak kritikak jaso ditu, ez bakarrik paternalismoaren edo kontserbadorismoaren eskutik, baizik eta baita komunitarismotik ere. Liberalismoaren ustez —eta honetan Mill, Hart, Dworkin edo Rawls bat letozke—, zuzenbideak ez du ikuspegi moral jakin bat inposatu behar; gizarte anitzetan iritzi moral ezberdinak daude eta zuzenbideak edo gobernuak ez du bat besteen gainean inposatu behar; alegia, gobernuak neutro izan behar duela. Komunitarismoak³ dio hori ezinezkoa dela, liberalismoa indibidualista eta erlatibista dela. Elkartasuna edo anaitasuna ezinezko direla indibidualismotik.

3 Michael Sandel esate baterako. *Liberalism and its Critics*.