



## George P. Fletcher

# NA CZEŚĆ „IUS ET LEX” KILKA REFLEKSJI NAD POJĘCIEM PRAWA

## SPIS TREŚCI

1. Wokół rozróżnienia „ius” i „lex” .....	15
2. Normy lokalne, uniwersalne a „ius” .....	17
3. Różnice w koncepcji „ius” .....	19
4. Frazeologia terminu prawo .....	21
Studiować prawo .....	21
Prawo karne, prawo konstytucyjne, prawo prywatne, prawo publiczne .....	21
Sądy tworzą prawo .....	23
Prawo naturalne, prawo moralne .....	24
Obowiązywanie prawa .....	24
Związani prawem .....	25
5. Konkluzja .....	28

Tłumaczenie: Marek Kaduczak



## GEORGE P. FLETCHER

Wykłada prawo karne i filozofię prawa od 1965 roku, początkowo na Uniwersytecie w Los Angeles, obecnie na Uniwersytecie Columbia jako *Cardozo Professor of Jurisprudence. Visiting professor* Uniwersytetu Hebrajskiego w Jerozolimie oraz uniwersytetów w Harvardzie, Yale, Frankfurcie, Budapeszcie i Brukseli.

Opublikował m.in. *Rethinking Criminal Law*, która otrzymała *Order of Coif, A Crime of Self-Defence: Bernhard Goetz and the Law on Trial*, która otrzymała *A.B.A. Silver Gavel Award, Basic Concepts of Legal Thought, Basic Concepts of Criminal Law, Our Secret Constitution*.



## WPROWADZENIE

Artykuł George'a P. Fletchera stanowi przegląd sposobów pojmowania prawa na tle dziedzictwa wielu kultur – „prawa jako zasady” i „prawa stanowionego”, „prawa rozsądku” i „prawa władzy”, ius i lex. Rzeczywista treść „prawa” decyduje bowiem o tym, czy i w jakim stopniu dany system jest godzien szacunku. Zdaniem autora, ius jest zasadniczo odmienne od sprawiedliwości, lokując się pomiędzy pojęciem o charakterze lokalnym a uniwersalnym. Punktem wyjścia rozważań jest analiza frazeologii terminu „prawo”, używanego do określenia przedmiotów studiów prawniczych, nazwy gałęzi i dziedzin prawa, owocu twórczej działalności sądów, przedmiotu w ocenie obowiązywania prawa i wiążącej wartości w problematycznym „związaniu ustawą i prawem”.

---

## 1. WOKÓŁ ROZRÓŻNIENIA „IUS” I „LEX”

Przemierzającemu Europę przyjdzie natknąć się na dwa różne terminy używane dla oddania różnych znaczeń słowa „prawo”<sup>1</sup>. Jeden zwykle odnosi się do prawa stanowionego. Drugim określa się prawo w szerszym znaczeniu, obejmujące zarówno zasady sprawiedliwości, jak i reguły ustanowione przez parlament. Pierwsze znaczenie oddają słowa *Gesetz*, *loi*, *ley*, *legge* i *закон*, zaś drugie – *Recht*, *droit*, *derecho*, *diritto*, *νόμος*. Ujmując problem ogólnie, pierwszy zbiór określeń dotyczy prawa legitymowanego autorytetem ustawodawcy. Drugi dotyczy prawa, którego obowiązywanie uzasadnia jego wewnętrzna słuszność. Pojęcia „prawo stanowione” i „prawo jako zasada” można także ująć mniej subtelnie w rozróżnienie prawa władzy i prawa rozsądku.

Na Zachodzie po raz pierwszy spotykamy to rozróżnienie w łacińskich określeniach *lex* i *ius*. *Lex* jest stanowiona przez aktualnego władcę. *Ius* obowiązuje przez swą wewnętrzną wartość. Na cześć nowego magazynu „Ius et Lex” warto zastanowić się nad tą intrygującą i subtelną odmiennością.

Refleksja nad różnicą pomiędzy *lex* a *ius* niespodziewanie uświadamia podobieństwo między językiem, w jakim artykuł ten został oryginalnie

---

<sup>1</sup> Tak słowa polskiego, jak i angielskiego – „law” [przypisy pochodzą od tłumacza].

napisany, a językiem edytorskim magazynu, czyli między językiem angielskim a polskim. Trzeba odnotować, że na określenie prawa w znaczeniu *Recht* w swoim czasie funkcjonował w języku angielskim termin *Right*. W słynnym siedemnastowiecznym orzeczeniu Sir Edward Coke\* stwierdził nieważność pewnej ustawy z powodu jej sprzeczności z „powszechnymi zasadami Prawa i rozumu”<sup>2</sup>. Słowo *Right* w tym znaczeniu definitelywnie wyszło z użycia w XIX w. W skutek tego amerykańskim prawnikom nieustannie grozi niebezpieczeństwo wynikające z dwuznaczności pojęć „prawo” czy „rzady prawa”. Czy chodzi o prawo jako *Gesetz* czy prawo jako *Recht*? Czy „państwo prawa” jest państwem prawa stanowionego (*Gesetzstaat*) czy urzeczywistnieniem wyższych zasad sprawiedliwości (*Rechtstaat*)? Osobiście sądzę, że jedni słysząc określenie „państwo prawa”, myślą o tym pierwszym, zaś inni o drugim znaczeniu. Można uznać, że utrzymywanie takiej dwuznaczności może mieć uzasadnienie w polityce. Ciągłe żonglowanie terminem „prawo”, czasem rozumianym jako prawo władzy, a czasem jako prawo rozsądku, pomaga bowiem ukrywać wykorzystywanie władzy za fasadą rozsądku. Ale ci z nas, którzy pragną zrozumieć filozoficzne niuanse prawa, nie mogą przykłaskiwać zamieszaniu wywołanemu brakiem odpowiedniego rozróżnienia.

W języku angielskim słowo „prawo” (*law*) wywodzi się z łacińskiego *lex* i francuskiego *loi*. Natomiast dawniej używane w tym znaczeniu słowo *Right* pochodzi od germanickiego *Recht*. A zatem romańskie z pochodzenia *law* wyparło germanickie *Right*. Gdybym miał zgadywać, jak do tego doszło, przypuszczalbym, że termin *law* zaczął być utożsamiany z ideą prawa dobrego i sprawiedliwego. Nie znajduję bowiem żadnej różnicy między znaczeniem wyrażenia *common Right* użytego przez Sir Edwarda Coke'a a *common law* stosowanego przez Blackstone'a w XVIII w. Oba odnoszą się do idei prawa rozsądku.

Natomiast w polskim języku prawniczym rozwój przypuszczalnie mógł przebiegać odwrotnie. Język rosyjski wypracował rozróżnienie pomiędzy określeniami *закон* i *законодательство* z jednej strony, a *право* z drugiej. Ale we współczesnej polszczyźnie, jak mi powiedziano, nie ma osobnego terminu znaczącego tyle, co *закон*. I choć określanie legalności dość powszechnie nawiązuje do znaczenia *lex* i jego odpowiedników, takich jak *Gesetz* (*Gesetzlichkeit*) oraz *закон* (*законность*) – to w Polsce jest pochodną słowa „prawo” (praworządność). Dlaczego tak jest i jakie można by wyciągnąć wnioski z tej rozbieżności między tradycją języka polskiego a rosyjskiego – najlepiej będzie, jeśli te pytania pozostawię moim polskim kolegom.

Ważne jest, że zarówno w angielskim, jak i w polskim występuje to ciekawe odstępstwo od reguły językowego rozróżniania między prawem

\*Przypisy oznaczone gwiazdką pochodzą od redakcji i znajdują się na końcu artykułu.

<sup>2</sup> *principles of common Right or reason*

stanowionym a prawem wynikającym z niepisanych a podstawowych zasad. Prezentuję te dwa zjawiska jako byty idealne, znajdujące się na przeciwnieństwach końcach skali oznaczonej od 0 do 100: *lex* – przy 0, *ius* – przy 100. W różnych kulturach prawnych i w różnych fazach rozwoju historycznego *lex* może przesuwać się w kierunku *ius* albo *ius* w kierunku *lex*. Gdy zachodzi to pierwsze zjawisko, pojęcie *lex* zaczyna obejmować zasady sprawiedliwości. Prawo pisane staje się godne szacunku. Kiedy *ius* przesuwa się ku *lex*, dzieje się odwrotnie. Koncepcja prawa staje się coraz bardziej pozytywistyczna. Pozytywizm prawniczy można bowiem określić jako zredukowanie *ius* do *lex*, *Recht* do *Gesetz*. Jak zobaczymy dalej, do tego właśnie dążą ci, którzy pragną ograniczyć prawo do skończonego i dokładnie określonego zbioru legalnie uchwalonych przepisów.

W dalszej części tych rozważań chciałbym więc przedstawić *ius* i *lex*, *Recht* i *Gesetz* jako idealne typy dwóch skrajnych form prawa. Zdaję sobie sprawę z ryzyka uproszczeń i w sytuacjach, gdy pojedyncze przypadki odbiegają od tych skrajnych form, postaram się je wskazać.

## 2. NORMY LOKALNE I UNIWERSALNE A „IUS”

**C**zasami pojęcie *ius* utożsamiane jest ze sprawiedliwością<sup>3</sup>. Tak też *Rechtsphilosophie* Kanta jest często błędnie tłumaczona jako „filozofia sprawiedliwości”. Sprawiedliwość jest jednak pojęciem zasadniczo odmiennym od *ius* lub *Recht*. Najłatwiej dostrzec to, zastanawiając się nad określeniami „lokalny” i „uniwersalny” w dorobku myśli prawniczej.

*Lex* jest pojęciem całkowicie lokalnym. W rozwiązywaniu sporów w prawie prywatnym międzynarodowym z reguły stosujemy *lex* miejsca, gdzie na skutek czynu niedozwolonego powstała szkoda (*lex loci delicti*) czy miejsca zawarcia umowy (*lex loci contractus*). Należy zwrócić uwagę, że w tym kontekście *lex* będzie mieć raczej szersze znaczenie niż „prawo stanowione” – obejmuje bowiem wszystkie normy prawne znajdujące w tym przypadku zastosowanie. Trzeba przy tym dostrzec, że mamy tu do czynienia z zaakceptowaniem i zastosowaniem we własnym porządku prawnym rozwiązań obcego systemu prawnego. Tak bowiem należy rozumieć stwierdzenie, że *lex* jest pojęciem całkowicie lokalnym.

Tymczasem *ius* nie zna granic. Kiedy Amerykanie wprowadzili w czternastej poprawce do Konstytucji *ius soli* – zasadę, że wszystkie osoby urodzone w Stanach Zjednoczonych stają się obywatelami tego kraju – nie wprowadzali ani nie przenosili w ten sposób prawa obowiązującego na innym terytorium. Po prostu uznali za słuszną regułę, że to miejsce urodzenia – ziemia, na której narodziny następują – powinno decydować

<sup>3</sup>Jest to jeszcze większa pokusa w języku angielskim, gdzie słowo „sprawiedliwość” – *justice* – pochodzi właśnie od *ius*.

wać o obywatelstwie. Jest być może prawdą, że Anglicy rozwinięli *ius soli* jako zasadę odpowiednią dla społeczeństwa wyspiarskiego, gdzie nie było rozróżnienia pomiędzy mieszkańców, a tymi, którzy urodzili się na Wyspach. Jednakże powodem, dla którego Amerykanie wprowadzili tę zasadę, nie był fakt, iż była ona angielska, lecz że dostrzegli jej słuszność. W tym kontekście należy pojmować regułę, że *lex* jest zawsze lokalne, a *ius* nie zna granic.

Pomimo to *ius* nie jest pojęciem uniwersalnym. Istnieje wiele krajów, które nie uznają *ius soli*. Kontynentalni Europejczycy preferują *ius sanguinis*. Krew, jak sądzą, jest ważniejsza od ziemi. Być może to prawda. Nie ma jednak potrzeby rozstrzygać, która strona ma rację. W dziedzinie *ius* możemy cieszyć się pluralizmem. Możemy tolerować różne podejścia do problemu określania obywatelstwa. Obie zasady, zarówno *ius soli*, jak i *ius sanguinis*, są jednakowo wiarygodne i przekonujące.

Aby zilustrować ideę uniwersalności, pomyślimy o kryteriach sprawiedliwości. Choć może nie wszyscy się z tym zgodzą, sądzę, że sprawiedliwość jest takim standardem, który pozostaje określony i do pewnego stopnia trwały. Z jednej strony prawdą jest, że mimo wszystko podlega w jakiejś części zmianom, zależnie od czasu i miejsca. Z drugiej – można poddać pod dyskusję, czego wymaga sprawiedliwość, ale nie wolno uznać lokalnych odchyleń w decydowaniu, co jest sprawiedliwe. Taki to standard potrzebny jest, by móc potepić reżim nie godzien przyzwolenia. Niewolnictwo jest niesprawiedliwe, gdziekolwiek się pojawia. Niektórzy stwierdzą tu, że nie możemy osądzać obyczajów innych ludzi. Powiedzą, że coś, co jest sprawiedliwe dla ludzi w Ameryce Północnej, nie musi być sprawiedliwe w Ameryce Południowej. Jednak ci, którzy myślą w ten sposób, tracą możliwość krytycznej oceny nie tylko obcych instytucji, ale także własnych.

Czyż zwolennicy kary śmierci nie byliby zadowoleni, mogąc schronić się za relatywistyczną teorią sprawiedliwości? Wielu Europejczykom może się to nie podobać, ale ogromna większość Amerykanów popiera karę śmierci. Stwierdzenie, że w jakimś miejscu większość ludzi wyraża określony pogląd, nie jest dopuszczalną obroną niesprawiedliwości. Standardy sprawiedliwości muszą być traktowane jako uniwersalne – przynajmniej, jeśli mamy znaleźć sens w niedawnych decyzjach Kanady i Europy, odmawiających ekstradycji podejrzanych do Stanów Zjednoczonych, gdzie byliby narażeni na karę śmierci.

Również ideę praw człowieka charakteryzuje uniwersalne założenie. Jakakolwiek treść zostanie nadana tym prawom, dotyczą one każdego na naszej planecie – każdego człowieka. Nie da się argumentować, że w tej dziedzinie należy kultywować różnorodność i pluralizm. Albo przymusowe obrzezanie kobiet łamie ich prawa, albo nie. Cały sens doktryny praw człowieka polega na zakwestionowaniu przekonań lokalnych społeczno-

ści, jeżeli są one sprzeczne z tym, co według niej jest uniwersalną prawdą.

Należy więc podkreślić, że *ius* zajmuje pośrednią pozycję pomiędzy czysto lokalną koncepcją *lex* a uniwersalną koncepcją sprawiedliwości. To samo odnosi się do wszystkich nowoczesnych koncepcji prawa odpowiadających *ius – Recht, droit, derecho, diritto, право*.

### 3. RÓŻNICE W KONCEPCJI „IUS”

**I**dea *Recht* czy *ius* istnieje w wielu kulturach prawnych poza sferą wpływów języków indoeuropejskich. Rozróżnienie pomiędzy prawem jako ustawą i prawem jako zasadą występuje nie tylko w językach romańskich i germanijskich, ale także w bardziej egzotycznej kulturze języka węgierskiego, hebrajskiego, japońskiego czy chińskiego.

W większości tych języków termin, którym ujęto ideę prawa jako zasady, jest taki sam, jak termin używany odnośnie pojęcia uprawnień osobistych. Tego rodzaju rozróżnienie między obiektywnie istniejącym prawem a prawami subiektywnymi – *objektives Recht* w liczbie pojedynczej i *subjektive Rechte* w liczbie mnogiej – występuje w języku węgierskim i w językach indoeuropejskich. Na Zachodzie tego rodzaju pojęcie początkowo odnosiło się do praw osobistych, a dopiero około XVI w. objęło również obiektywne prawo<sup>4</sup>. Pojawienie się tej nowej koncepcji w panteonie idei prawnych sprawiło, że wszystkie współczesne odpowiedniki *ius* są bliższe uniwersalnej idei sprawiedliwości, podczas gdy odpowiedniki obiektywnego prawa stosowane są dla opisania funkcjonowania przepisów prawnych. Zawsze gdy to samo słowo oznacza prawo i prawa osobiste, ma ono zdecydowanie pozytywne konotacje i łączy się z symboliką prawej ręki. Tymczasem wszelka „lewizna” (np. *sinistra* we włoskim) kojarzy się oczywiście negatywnie.

Zasadniczo odmienny wzorzec rozwoju wystąpił w starożytnych kulturach prawnych, gdzie pojęcie prawa z reguły rozwijało się odrębnie od idei praw osobistych. Obowiązek wobec grupy przez wieki przeważał nad prawem jednostki, które mogłyby ograniczyć roszczenia na rzecz dobra wspólnego. Zasady prawa znalazły więc swoje źródło w innych wartościach, doniosłych w danej kulturze prawnej. Hebrajski termin określający zasady prawa, *mishpat*, pochodzi od słowa sędzia, *chuffed*. Dobre prawo to prawo egzekwowane przez dobrego sędziego. W słynnej biblijnej dyspcie o losie Sodomy i Gomory Abraham wzywa Boga, aby Ten oszczędził miasto, jeśli znajdzie się tam pewna liczba niewinnych. Aby być jeszcze bardziej przekonującym, Abraham wzywa Boga, aby Ten do-

<sup>4</sup> Nastąpiła wtedy ewolucja w prawniczym języku angielskim: słowo *right* przyjęło na ok. trzy stulecia znaczenie „prawo”, odpowiadające również słowu *law*, natomiast dla pochodzącego od *ius* słowa *justice* – zarezerwowane zostało znaczenie „sprawiedliwość”.

konał *mishpat* – sprawiedliwego sądu i zastosował prawo tak, jak spodziewamy się tego od dobrego sędziego. Biblia nie zna koncepcji uprawnień, ale posługuje się pojęciem sprawiedliwego prawa, które weszło do żydowskiej terminologii prawniczej na wiele wieków przed tym, zanim indywidualizm i prawa osobiste zdominowały świat. Natomiast termin „prawa osobiste” (*zchut*) pochodzi od starożytnego słowa wskazującego na majątek lub własność.

Nie jest jednak zaskakujące, że rozróżnienie pomiędzy *Recht* a *Gesetz* pojawiło się w końcu także w prawie żydowskim. Majmonides\*\* dzielił reguły postępowania na takie, które miały wyraźne uzasadnienie i takie, których potrzeba zastosowania nie była dowodzona. Te pierwsze to *mishpatim*, zaś drugie *hukim*. Rozróżnienie to pojawia się we współczesnym hebrajskim jako różnica między zasadami prawa a prawem stanowionym. W liczbie pojedynczej *mishpat* odnosi się do procesu albo wyroku – a więc do działalności sędziego. *Hok* zaś to ustawa. Pochodzące od tego słowo *hak* pojawia się w arabskim jako podstawowe określenie prawa oraz praw osobistych, zgodnie z zachodnimi konotacjami.

Inaczej wygląda to w języku chińskim i japońskim. Dla Chińczyków źródłem wartości jest nie ideał dobrego sędziego, lecz *Tao* – droga. Wydaje się jednak, że los *Tao* był podobny do *ius*, oba stały się w końcu ideami transcendentalnymi w relacji do prawa danego miejsca i czasu. Z idei *Tao* wyrósł taoizm. Termin *Fa* zajął miejsce *Tao* i stał się standardowym określeniem zasad prawa we wszystkich językach opierających się na chińskich ideogramach. Ten sam znak odczytywany jest w japońskim jako *Ho*. Z nie do końca jasnych przyczyn jest to ideogram utworzony na bazie symbolu oznaczającego wodę, w związku z czym pojęcie prawa nawiązuje w tym przypadku do pojęcia wody. Prawdopodobnym wyjaśnieniem jest fakt (jak wiedzą wszyscy murarze), że woda w stanie spoczynku utrzymuje zawsze horyzont. Może być to zatem sposób podkreślenia idei prawa w znaczeniu *Right* i *Recht* – tego, co jest równe dla wszystkich. Innym wyjaśnieniem może być to, że woda, płynąc kanałami, wytycza drogę i w ten sposób odzwierciedla ideę *Tao*. Podstawowy ideogram dla zasad prawa, *Fa* lub *Ho*, przez uzupełnienie dodatkowym symbolem staje się oznaczeniem prawa ustanowionego, co daje *Falü* w chińskim i *Horitsu* w japońskim.

Samo pojęcie praw osobistych nie istniało w tych dalekowschodnich językach aż do reform okresu Meidzi w drugiej połowie XIX w. Cesarz Mutsuhito, który postanowił przekształcić cały porządek prawnego według wzorców zachodnich, wysłał w tym celu ekspertów do Francji, Niemiec i Anglii. Ich raport stwierdzał, że w Europie używa się dziwnego indywidualistycznego terminu „uprawnienia”. Skloniło to Japończyków do stworzenia słowa *Kenri*, które odpowiada zachodnim określeniom uprawnień czy praw osobistych. Następnie termin ten trafił do chińskiego, gdzie

jest wymawiany w mandaryńskim jako *Czenli*. Chińczycy przekazali więc Japończykom ideogram oznaczający prawo. Ci zaś zrewanżowali się wiele wieków później, eksportując do Chin nowe słowo oznaczające prawa osobiste.

## 4. FRAZEOLOGIA TERMINU „PRAWO”

**R**óżne znaczenia ukryte pod słowem „prawo” dostrzec można, gdy pojawią się ono w kontekście używanych co dnia wyrażeń.

### A. STUDIOWAĆ PRAWO

Co właściwie studiuje się na wydziale prawa? *Ius* czy *lex*, *Recht* czy *Gesetz*? Wielu laików sądzi, że prawo, które wykładamy i kultywujemy, nie składa się z niczego więcej jak tylko ze zbiorów ustaw i orzeczeń sądowych. Niestety, wielu studentów myśli tak samo, uważając prawo pozytywne za jedyne warte nauki. Tymczasem właściwie w każdym kraju świata przedmiotem studiów na wydziale prawa jest *Recht*, *droit*, *derecho*, *diritto*, *mishpatim*. Czasami używamy nazwy „nauki prawne” albo „prawoznawstwo”, *legal knowledge* lub *legal science* po angielsku, *правознание* po rosyjsku a *Hogaku* po japońsku. Wiedza, którą mamy wykładać, a którą poznają studenci, dotyczy podstawowych zasad prawa przemawiających do nas swą wewnętrzną słusznością.

Wyjątkiem od tej zasady są Włochy, gdzie wydział prawa często nazywany jest *la facoltà di legge*. *Legge* pochodzi oczywiście od *lex* i dlatego odpowiada raczej pojęciu *Gesetz* niż *Recht*. Jest to dobry dowód na prezentowaną wcześniej tezę, że są kultury, w których termin określający prawo stanowione przejmuje niektóre normatywne cechy pojęcia *Recht*. Choć prawdę jest także, iż kultura prawnicza Włoch jest bardzo pozytywistyczna i dlatego przedmiot studiów prawniczych w tym kraju bardziej koncentruje się na *legge* niż *diritto*.

Jest jednak pewien kontekst, w którym żaden kraj świata nie zastosowałby słowa oznaczającego prawo pisane. Dotyczy to zwyczajowych nazw dziedzin prawa.

### B. PRAWO KARNE, PRAWO KONSTYTUCYJNE, PRAWO PRYWATNE, PRAWO PUBLICZNE

Pragnę podkreślić, że termin „prawo” w tych wyrażeniach jest zawsze oparty na koncepcji prawa jako zbioru zasad – niezależnie, czy źródłem prawa jest kodeks, czy precedensy sądowe. Francuski *Code civil* jest ustawą, właściwe byłyby więc dla niego określenia *Gesetz*, *loi* i inne odpowiedniki *lex*. Jednak dziedzina prawa tworzonego przez ten kodeks nazywana

jest *Droit privé*. Prawo karne jest z reguły oparte na kodeksie lub innej ustawie, lecz jego nazwa nie jest odpowiednikiem nazwy zbioru przepisów ustawowych. Prawo karne jest zawsze określane jako *Recht, droit, jog, derecho, npao, mishpat, Ho lub Fa*. Taka sama reguła występuje we wszystkich zachodnich językach. Dziedzina prawa tworzonego przez ustawodawcę jest zawsze określana przy użyciu słowa odnoszącego się do prawa jako zbioru zasad.

Powody tego są oczywiste. Żadna dziedzina prawa nie zawiera się całkowicie w stanowionych przepisach. Obejmuje również zasady leżące u podstaw takich czy innych zapisów ustawy. Im ściślej sformułowany kodeks, im spójniejsza jego struktura, tym pewniej sądy i uczeni wydobywać będą z przepisów zawarte w nich zasady. Ta metoda dedukcji nazywana jest w nauce niemieckiej analogią prawną, *Rechtsanalogie* – z wzorca dwóch lub trzech przepisów ustawowych badacz może wyprowadzić przez analogię ogólną zasadę, na której opierają się te fragmenty kodeksu.

Praktyka analogii prawnej jest dobrze znana również prawnikom anglosaskim, którzy w ten właśnie sposób wyprowadzają zasady z precedensów. Metoda ta jest również nieobca interpretacji konstytucji. Pokazują to chociażby orzeczenia uznające ochronę prywatności za zasadę wynikającą z klauzuli o uczciwym procesie. W amerykańskiej konstytucyjnej Karcie Praw jest kilka szczegółowych przepisów, które chronią prywatność bez używania tego słowa. Należy do nich zakaz nieuzasadnionego przeszukania lub konfiskaty oraz prawo do nieskładania zeznań na własną niekorzyść. Z tych szczegółowych przepisów Sąd Najwyższy wyprowadził prawo do prywatności małżeńskiej i następnie z tego wniosek, że stanowy zakaz sprzedaży środków antykoncepcyjnych złamał klauzulę sprawiedliwego procesu zawartą w czternastej poprawce do Konstytucji.

Dość niespodziewanie praktyka analogii prawnej w interpretacji ustaw wzbudza więcej kontrowersji w Stanach Zjednoczonych niż w Europie. W Ameryce brak jest powszechnego rozróżniania między Konstytucją a prawem konstytucyjnym. Tymczasem Konstytucja to *lex*. Tworzy ją skończony zbiór słów dokumentu podpisanego w Filadelfii w 1787 roku, dwudziestosiedmiokrotnie poprawianego. Prawo konstytucyjne to *ius*, ewoluujący zbiór zasad wyprowadzanych ze skończonego i ustalonego zbioru słów tworzących Konstytucję. Jedna ze szkół interpretacji konstytucyjnej w USA twierdzi, że prawo konstytucyjne nigdy nie powinno wykraczać poza dokładne znaczenie słów w tym dokumencie. Jest to tak zwana „językowa”<sup>5</sup> szkoła interpretacji, która utrzymuje, że *ius* ma być ograniczone do *lex, Recht do Gesetz*.

Można zastanowić się, czy poglądy tego rodzaju powstają wyłącznie z powodu takich czy innych cech języka. Czy zwolennicy „językowej”

<sup>5</sup> *originalist*

interpretacji Konstytucji zmieniliby zdanie, gdyby w angielskim istniała różnica pomiędzy *lex* i *ius*? Raczej nie, bo wiele dowodów wskazuje na to, że również inne języki nie powstrzymują skłonności do redukowania pojęcia *Recht* do legislacyjnych źródeł prawa. Widać to wyraźnie w myśl Hansa Kelsena, u którego umocowanie norm wynika z ich pochodzenia od jednej normy podstawowej (*Grundnorm*). Tytuł głównego dzieła Kelsena *Czysta nauka prawa* (*Die Reine Rechtslehre*) wskazuje na wysiłek zanalizowania *Recht* jako autonomicznego systemu, wolnego od wpływu moralności lub zewnętrznych źródeł wartości.

Słownictwo, jakim dysponujemy, nie ogranicza naszych możliwości. Zawsze możemy dodać brakujące słowo, ale istniejący zasób koncepcji może z powodzeniem skłaniać nas do przyjmowania lub odrzucania pewnych założeń prawoznawczych.

### C. SĄDY TWORZĄ PRAWO<sup>6</sup>

Było to jedno z ulubionych założeń przedstawicieli anglosaskiego realizmu prawniczego<sup>7</sup>. Miało wskazywać na kreatywną funkcję sądów. Ale co dokładnie ono oznacza? Czy jest to założenie, które można przetłumaczyć na język rozróżniający wyraźnie między *Recht* i *Gesetz*? Jednym sposobem przełożenia tego zdania na niemiecki byłoby: *Die Gerichte machen (lub erlassen) Gesetze*. Brzmi to niezręcznie, gdyż pojęcie *Gesetz* jest z założenia związane z kompetencjami legislatury. Może poprawną wersją będzie *Die Gerichte bestimmen das Recht*? Jest to logicznie poprawna propozycja, ale zupełnie pozbawiona radykalizmu. Wszyscy zgadzają się, że sądy uczestniczą w kształtowaniu prawa. Przesadne byłoby twierdzenie, że sądy są wyłącznym czynnikiem kształtującym czy definiującym prawo, są jednak na pewno jednym z czynników. Polityczne znaczenie wyrażenia „sądy tworzą prawo” polega na twierdzeniu, że sądy mają więcej władzy niż legislatywa w kształtowaniu wiążących norm w systemie prawnym. Niemiecki przekład *Die Gerichte bestimmen das Recht* ma w tym kontekście zupełnie inny sens. W niemieckim czy w ogóle europejskim systemie odniesień sądy nie konkurują z ustawodawcą (którego władza jest ograniczona do określania *lex*), ale z uczonymi, na których od czasów XIII-wiecznego Uniwersytetu Bolońskiego ciążyła odpowiedzialność za tworzenie zarysów *ius* w myśl prawnej kontynentalnej Europy. Widać więc wyraźnie, że zdanie „sądy tworzą prawo” przetłumaczone na język, który rozróżnia pomiędzy *Recht* i *Gesetz*, zmienia swój sens – zamiast akcentować moc sądów względem ustawodawcy, podkreśla ich moc względem tradycji naukowej.

<sup>6</sup> courts make law

<sup>7</sup> legal realists

## D. PRAWO NATURALNE, PRAWO MORALNE

Można by sądzić, iż właściwe tłumaczenie „prawa naturalnego” musi odwoływać się do koncepcji *Recht* czy *ius*. Prawo naturalne to gatunek prawa *par excellence* przemawiający do nas wartością swojej wewnętrznej słuszności. I rzeczywiście, literatura traktuje o *Naturrecht* (*ius naturale*). Właśnie dlatego jest szczególnie zaskakujące, że w swojej filozofii moralnej Kant, gdy mówi o prawie natury, używa terminu *Naturgesetz*. Wskazuje to na ważny aspekt jego filozofii. „Prawo natury”, które Kant ma na myśli, nie jest odkrywane dzięki jego wewnętrznej słuszności. To raczej autonomiczna jednostka sama ustanawia prawo i podporządkowuje się mu. Właśnie kwestia autonomii jest tu niezwykle istotna, gdyż sprawia, że jednostka jest w stanie sama nadać sobie prawo. Sama stanowi o sobie. Ten akt stanowienia prawa wymaga użycia terminu *Gesetz*, a nie *Recht*. Z podobnych przyczyn pojawia się u Kanta wyrażenie „prawo moralne” jako *Gesetz* stanowione mocą rozumu.

## E. OBOWIĄZYWANIE PRAWA

Ocena obowiązywania *Gesetz* i *Recht* dokonuje się według różnych kryteriów. Rozstrzygająca dla *Gesetz* jest kwestia, czy jest on obowiązujący z logicznego, formalnego punktu widzenia. Moc prawa opiera się na pochodzeniu od norm wyższego rzędu, które określają zakres kompetencji ustawodawcy. Treść prawa nie ma wpływu na jego obowiązywanie, przynajmniej dopóki prawo nie jest sprzeczne z zasadami konstytucyjnymi chroniącymi wolności osobiste.

Przy ocenie obowiązywania *Recht* decydująca jest nie tyle formalna ważność, co, jak mówią Niemcy, *Geltung*. Znaczenie tego terminu można oddać jako „celowość” (*efficacy*). Ocena ta dokonywana jest przez poszczególne kultury prawne. Rozróżnienie pomiędzy formalną ważnością a materialną celowością jest sugerowane przez podtytuł książki Jürgena Habermasa *Zwischen Faktizität und Geltung*. Istnienie prawa rozstrzyga formalny sprawdzian jego ważności, możliwość zastosowania prawa określa jego celowość czyli *Geltung*.

Również z dwóch odmiennych perspektyw można spoglądać na dopuszczalność zastosowania zasad *Recht* w danej kulturze prawnej. Z punktu widzenia uczestnika tej kultury, ocena *Geltung* wymaga osobistego osądu wartości. Jako uczestnik mogę przyjąć wartość wolności słowa, prywatności, godności ludzkiej lub jakiekolwiek inne wartości konstytucyjne. Mogę to uczynić nawet w opozycji do danej kultury prawnej, a moja akceptacja może być stopniowana. Może się bowiem zdarzyć, że będę traktował przyjętą przez mnie zasadę, np. wolności słowa, jako absolutną lub jedynie względną. Nad taką zasadą ogólną może przewa-

żyć ze względu na okoliczności inna zasada. Kwestią osobistego sądu jest to, czy najważniejsze dla mnie wartości zajmują odpowiednią pozycję. Taka klasyfikacja zasad jest więc subiektywną oceną prawa.

Jako obserwator kultury prawnej mogę obiektywnie stwierdzić, do jakiego stopnia zasada wolności słowa jest urzeczywistniana w danej kulturze. Mogę na przykład powiedzieć, że Amerykanie traktują wolność słowa poważniej niż Kanadyjczycy czy Niemcy. Obiektywnej ocenie *Geltung* daleko jednak do czysto formalnej oceny ważności aktu prawnego. Mój opis danej kultury musi wciąż zakładać, że niektóre zasady realizowane są pełniej niż inne. To właśnie Dworkin miał na myśli, mówiąc, że zasady – w przeciwnieństwie do reguł – można różnicować co do wagi.

## F. ZWIĄZANI PRAWEM

Niemiecka Ustawa Zasadnicza zawiera dwa artykuły, które skłaniają nas do rozważenia różnic między *Gesetz* i *Recht*:

Art. 97(1) *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* („Sędziowie są niezawiści i podlegają tylko ustawie”).

Art. 20(3) *Die Gesetzgebund ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden* („Ustawodawstwo jest związane porządkiem konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i wymiar sprawiedliwości ustawą i prawem”)<sup>\*\*\*</sup>.

Konflikt staje się oczywisty. Sędziowie podlegają tylko ustawom, ale są również „związani” zasadami prawa. Jak to możliwe? I co ta różnica mówi nam o koncepcjach *Gesetz* i *Recht*? Przede wszystkim należy zauważyć, że odmienność treści tych artykułów jest uwarunkowana historycznie. Artykuł 97 jest starszym przepisem i pochodzi z wcześniejszych niemieckich konstytucji. Artykuł 20 reprezentuje nową ideę. Po doświadczeniach niewolniczego podporządkowania sądów przepisom III Rzeszy sędziowie zostali związani nie tylko Konstytucją, ale także zasadami prawa.

Przyjmijmy jednak, że pomiędzy tymi dwoma przepisami panuje harmonia koncepcyjna. Jak można by wyjaśnić relacje między nimi? Zacząć należy od czasowników. W pierwszym przypadku *Gesetz* łączy się z czasownikiem „podlegać”. W drugim *Recht* (podobnie jak i *Gesetz*) zostaje zestawiony z wyrażeniem „być związanym”. I jedno, i drugie kojarzy się z obrazem fizycznego skrępowania i ograniczenia. „Podległy” (*unterworfen*) wskazuje na znajdowanie się pod naciskiem, zdominowanie. Sędzia jest „przygnieciony” prawem i przez nie kontrolowany. Określenie „związany” (*gebunden an*) przywołuje obraz skrępowania jarzmem obowiązku.

Warto porównać również kontekst użycia tych wyrażeń. „Podleganie tylko ustawie” służy zdefiniowaniu niezawiści sędziowskiej. Natomiast „związanie” sędziów ustawami oraz zasadami prawa wyraża podstawowe wartości porządku konstytucyjnego. Pozostałe punkty artykułu 20 okre-

ślają bowiem charakter RFN (demokracja federalna i socjalna), źródło władzy państowej spoczywające w narodzie oraz prawo wszystkich Niemców do obrony porządku konstytucyjnego przed zdradzieckimi próbami jego podważenia.

Ta analiza nie pozwala nam jednak jasno odpowiedzieć na pytanie, dlaczego Konstytucja w jednym kontekście posługuje się tylko pojęciem *Gesetz*, a w innym *Gesetz* oraz *Recht*. Spójrzmy na kwestię niezawisłości sędziowskiej. Obraz całkowitego, wręcz fizycznego podporządkowania się ustawie nasuwany przez niemieckie wyrażenie *dem Gesetze unterworfen* pokazuje, że sędziowie, aby być niezawisłymi, muszą poddać się wyraźnym ograniczeniom narzuconym przez prawo ustawowe. Muszą stać się, według słynnego wyrażenia Monteskiusza, *les bouches de la loi* – ustami prawa. Nie może być jednak tak, że jedynymi niezawisłymi sędziami są ci, którzy działają jak marionetki w rękach prawodawcy. Nie powinni oni stać się – jak to mówiono w czasie impeachmentu Richarda Nixon – „kwiatkami w doniczce”. Niezawisłość nie musi oznaczać, że sędziowie mają reagować tylko na zewnętrzne bodźce, jak kwiat w doniczce, że mają tylko odtwarzać, a nie tworzyć prawa.

Właściwe pytanie powinno brzmieć: w jakim zamiarze akcentuje się zasadę niezawisłości sędziowskiej? Gdy sędzia bierze łapówki lub poddaje się naciskom politycznym, zewnętrznym wobec formalnych mechanizmów konstruowania norm prawnych, mamy do czynienia z korupcją w sądzie. Dlatego istotą niezawisłości jest ochrona sędziów przed wszelkimi zewnętrznymi wpływami. Politycy mogą próbować „sprawiedliwości załatwianej przez telefon”, ale niezawisłość wymaga od sędziów ignorowania tego.

Niezawisłość sędziowska nie jest kwestią ograniczeń zewnętrznych. Jest to stan umysłu. Sędziowie stają się niezależni na tyle, na ile niezależne jest ich myślenie. Niezawisłość wymaga zarówno negatywnego, jak i pozytywnego podejścia w rozstrzyganiu spraw na podstawie prawa. Przy podejściu negatywnym sędziowie podejmują decyzje z pominięciem pozasystemowych czynników i okoliczności. Muszą być świadomimi, jakie peryferyjne mają determinować ich rozstrzygnięcia. Słuszne jest kierowanie się wskazaniami prawodawcy, niesłuszne zaś uleganie doraźnym zaleceniom polityków. Pozytywne podejście wymaga całkowitego i wyłącznego poddania się regułom systemu prawnego przy podejmowaniu decyzji przez sąd.

Struktura niezawisłości sędziowskiej okazuje się więc bardzo podobna do pojęcia autonomii u Kanta. Autonomia lub samostanowienie wymaga połączenia wolności pozytywnej i negatywnej. Wolność negatywna polega na wyłączeniu wszystkich zewnętrznych bodźców zmysłowych. Wolność pozytywna wyraża się w poddaniu jednostki prawu moralnemu (*Gesetz*). Poddanie oznacza, że podejmujący działanie koncentruje się wyłącznie na aspekcie prawnym (*Gesetzlichkeit*) jego uniwersalistycznej maksymy.

Sądowniczym odpowiednikiem wolności negatywnej jest zdyscyplinowana obojętność wobec pozasystemowych nacisków i pokus. Natomiast odpowiednikiem wolności pozytywnej jest poddanie się ustawie. Język artykułu 97 staje się jasny w świetle autonomii Kanta. Tę równoległość widać wyraźnie w poniższym zestawieniu:

	Autonomia	Niezawisłość
Negatywna	Brak reakcji bodźców zmysłowych	Brak zaleceń pozaustawowych
Pozytywna	Wyłączna koncentracja na prawie moralnym	Wyłączna koncentracja na ustawie

Co ważne, zarówno autonomia, jak i niezawisłość są wartościami czysto formalnymi. Nie zależą od wartości będących przedmiotem decyzji w procesie sądowym. Wynika z tego czysto dedukcyjny model orzekania. W konstruowanym w ten sposób sylogizmie prawo to przesłanka większa, a fakty – przesłanka mniejsza.

Wydaje się, że dokonaliśmy pewnego postępu. Nie jestem jednak do końca tego pewien. Nie jest dla mnie jasne, jak sędziowie mogą być związanymi zasadami prawa w sensie *Recht*, skoro podlegają ustawom i muszą koncentrować się wyłącznie na regułach systemu w chwili podejmowania decyzji. Czy byłoby sensowne dodać słowo *Recht* w artykule 97, tak aby sędziowie podlegali zarówno *Recht*, jak i *Gesetz*? Nie sądzę. Pojęcie „podlegania czemuś” nie łączy się dobrze z pojęciem *Recht*. Pozytywna wolność w byciu podległym regułom oznacza gwarancję możliwości podejmowania decyzji wyłącznie na jej podstawie. Jeżeli jednak ocena zasad wymaga ich ważenia, to sędzia nie może kierować się samymi zasadami. Nie można określić, jak zasada wolności słowa lub niekarania niewinnego powinna dyktować kształt danej decyzji, nie odwołując się do wartości w nich zawartych. Sędzia musi oszacować wpływ podstawowych wartości na fakty w sprawie. Wolność słowa jest ważna, ale jak bardzo, gdy w grę wchodzą inne wartości? To nie jest decyzja, którą można podjąć na podstawach czysto formalnych, myśląc tylko o regule. I dlatego idea niezawisłości nie może determinować, co znaczy być związanym przez *Recht* i *Gesetz*.

Być może problemem są przesadnie rygorystyczne wymagania wobec pojęcia sędziowskiej niezawisłości. Może wystarczy myśleć o niezawisłości w kategoriach czysto negatywnych, tak by w jej spektrum było przede wszystkim ignorowanie pozasystemowych wpływów. Zasady prawa – *Recht* są częścią systemu, sędziowie nie tracą więc niezawisłości, poddając się tym zasadom.

Jeszcze mniej wymagająca definicja niezawisłości ograniczyłaby zakazane wpływy pozasystemowe do nacisków polityków, którzy z pewnością nie są uprawnieni do wydawania poleceń sędziom. Zgodnie z tym poglądem wartości i zasady, które sędzia chce wziąć pod uwagę, nie ograniczają jego niezawisłości. Nie możemy dojść do takiego wniosku wprost od sformułowania w artykule 97, lecz rozważenie natury sędziowskiej niezawisłości wydaje się być jedynym sposobem rozwiązania zagadki artykułów 20(3) i 97.

## 5. KONKLUZJA

**W**yjaśnianie rozróżnienia *lex* i *ius*, *Gesetz* i *Recht* prowadziło nas za każdym razem do serca prawoznawczych kontrowersji. Nie może być więc lepszego tytułu dla nowego czasopisma, mającego na celu badanie podstaw myśli i kultury prawnej. Niech „Ius et Lex” długo rozkwita, niech idee w ten sposób przywołane zachowają bogactwo skojarzeń i głębię wewnętrznych tajemnic.

---

\* Sir Edward Coke (1552–1634), prawnik i polityk brytyjski. Karierę rozpoczęła jako adwokat. W 1589 r. zaangażował się w działalność polityczną, trzy lata później został wybrany *Speakerem* Izbie Deputowanych. W latach 1606–1616 był Sędzią Najwyższym *Court of Common Pleas* (sąd wyższy w sprawach rozpoznawanych na podstawie prawa zwykłego). Okres ten obfitował w konflikty, które ostatecznie złamały karierę prawniczą Coke'a: z Arcybiskupem Richardem Bancroftem, gdy ten próbował uwolnić sądy wyznaniowe od zwierzchnictwa sądów *common law* i kilkakrotnie z królem Jerzym I Stuartem. W sporach z tym ostatnim Coke, powołując się na tzw. *artificial reason* jako podstawę istnienia prawa, stwierdzał, że „*common law* jest prawem nadzorżennym i król w swej osobie nie może rozstrzygnąć żadnej sprawy” oraz „król nie może zmienić żadnej części *common law* i proklamować obrony, która wcześniej obroną nie była”. Fałszywie oskarżony, został zdjęty z urzędu. Powrócił do służby publicznej w 1620 r. Jego poglądy wpłynęły znacząco na treść Petycji Praw z 1628 r. Uznawany powszechnie za najbardziej wpływowego i niezłomnego prawnika w historii Anglii, który broniąc udanie prymatu *common law* w sądach i Parlamencie przeciwko kościołowi, administracji i prerogatywie królewskiej, położył podwaliny obecnego systemu prawa brytyjskiego.

\*\* Majmonides (1139–1204) lekarz, teolog i filozof żydowski, autor kodyfikacji prawa żydowskiego i trzynastu zasad wiary.

\*\*\* Tłumaczenie Ustawy Zasadniczej RFN z 23 maja 1949 za wydaniem polskim z 1989 r. pod redakcją Lecha Janickiego. Trzeba zauważyć, że G. P. Fletcher pomija milczeniem spór dotyczący treści pojęć *Gesetz* i *Recht* z formuły *Gesetz und Recht gebunden* (zob. J. Zajadło, *Formuła „Gesetz und Recht”* oraz G. Radbruch, *Ustawa i prawo* – oba teksty w niniejszym tomie), przesądżając treść terminu *Recht* jako zasad prawnych analogicznie do interpretacji tejże formuły przez Ralfa Dreiera, nawiązującej do rozróżnienia zasad i reguł prawnych według R. Dworkina i R. Alexy'ego.