



John W. Montgomery

ROZWAŻANIA NAD „IUS ET LEX”

Tłumaczenie: Marek Kaduczak



JOHN W. MONTGOMERY

Początkowo wykładał filozofię prawa na Uniwersytecie Cornell i w Berkeley. Otrzymał również *Doctorat d'Université* w Strasburgu. Obecnie wykłada filozofię prawa i praw człowieka na Uniwersytecie w Luton, jest dyrektorem tamtejszego Centrum Praw Człowieka. Każdego roku prowadzi międzynarodowe seminarium praw człowieka w Strasburgu. Jest jedną z sześciu osób, które otrzymały w *International Institute of Human Rights* dyplom *cum laude*. Autor ponad stu artykułów i czterdziestu książek teologicznych i prawniczych m.in. *Where is History going?*, *Law above the Law*, *Human Rights and Human Dignity*.



WPROWADZENIE

Artykuł Johna Warwicka Montgomery'ego jest odpowiedzią na rozprawę George'a P. Fletchera, która otwiera niniejszy tom. Autor przyjmuje z dużą rezerwą rozdzielenie ius od idei sprawiedliwości, które w większości warunkuje rozważania Fletchera. Tak ujęte, „czysto humanistyczne” ius, w przeciwieństwie do pojmowania ius jako zasady odwiecznej, niesie – zdaniem Montgomery'ego – niebezpieczeństwo upolitycznienia stosowania prawa. Stosunek ius do lex ilustruje zaś jako idealną nadrzędność. Artykuł jest wezwaniem do poszukiwań transcendentnych w wyjaśnianiu relacji między ius a lex.

Artykuł George'a P. Fletchera jest ważnym *point de départ* dla nowego czasopisma, sięgającego swą ideą do wzajemnych relacji między dwoma fundamentalnymi pojęciami prawa: *ius* i *lex*. Pozostają pod szczególnym wrażeniem dla wszechstronnych starań autora zmierzających do zrozumienia kontekstu językowego tej terminologii oraz błyskotliwych, jakże dociekliwych spostrzeżeń, gęsto rozsiianych w jego narracji, na przykład ukazania pozytywistycznego nastawienia włoskiego prawoznawstwa: Bobbio i reszty.

Niepokoï mnie jednak rozdzielenie *ius* i sprawiedliwości, stanowiące podstawę większości rozważań Fletchera. *Ius* miałoby być wymogiem „wewnętrznej słuszności”, „prawem rozsądku”, „samoistną wartością”, ale nie – uniwersalnością czy oczywistością sprawiedliwości lub praw człowieka. Jak się dowiadujemy, „*ius* zajmuje pośrednią pozycję pomiędzy czysto lokalną koncepcją *lex* a uniwersalną koncepcją sprawiedliwości”. *Ius* byłoby więc tożsame z zasadą, ale nie z zasadą odwieczną. Pojawia się tu autonomiczne *Recht* Kanta: „jednostka jest w stanie sama nadać sobie prawo”, „jednostka tworzy prawo, któremu sama się podporządkowuje”.

Czy stosunek między *lex* i *ius* to rzeczywiście, jak przekonuje nas Fletcher, spektrum, na którego przeciwnych krańcach lokują się – prawo władzy i prawo jako zasada (nieokreślona, oczywista)? Czy rzeczywiście jest on analogiczny do kontinuum między precedensem (Lord Hailsham) a sądem właściwym w danej sprawie (Lord Denning)? Uważam, że właściwszym obrazem relacji między *lex* i *ius* jest nadrzędność: *lex* jako niższy poziom procesu prawnego, a *ius*, tożsame z uniwersalnymi i absolutnymi wartościami, jako idealnie nadrzędne nad *lex* w każdym punkcie¹.

¹ Zob. J. W. Montgomery, *The Law above the Law*, Minneapolis 1975.

Jeżeli *ius* funkcjonuje jedynie jako element kontinuum, oznacza niewiele więcej niż to, co prawoznawstwo w danym momencie uważa za „wewnętrznie słuszne” czy „wartościowe” – a efektem będzie nieuchronne upolitycznienie stosowania prawa, polityka w szatach prawa. Przywoływany przez Fletchera przykład rozwinięcia prawa do prywatności przez amerykański Sąd Najwyższy jest niezwykle doniosły. Nigdzie w Konstytucji USA koncepcja prywatności nie została *explicite* wyrażona. Została ona po raz pierwszy sformułowana przez Warrena i Brandeisa w artykule opublikowanym w „Harvard Law Review” i stała się w orzeczeniu *Roe v. Wade* z 1973 roku – w dużym stopniu ze względu na uwarunkowania społeczne – podstawą rozumowania uzasadniającego dopuszczalność aborcji na życzenie. I tak, co „słuszne” dla jednej osoby (sędziego Blackmuna), stało się trucizną dla drugiej (nienarodzonej)². Na tym właśnie polega problem z przeprowadzonym przez Ronalda Dworkina rozróżnieniem pomiędzy regułą a zasadą (wspomina o tym profesor Fletcher) – nie ma bowiem żadnych odpowiednich kryteriów obiektywnych, pozwalających odróżnić rzeczywiste zasady od wytworów społecznych. Widać to w nierozwiązywalnej niedookreśloności opisu zasady w *Traktując prawa poważnie* Dworkina: „Dowodzimy określonej zasady, zmagając się z całym mnóstwem zmieniających się, rozwijających i nawzajem oddziałujących standardów, będących raczej zasadami niż regułami, a określających – odpowiedzialność instytucji, interpretację ustaw, zastosowalność różnego rodzaju precedensów, stosunek powyższych do współczesnej praktyki moralnej i wielu innych”.

Taka wizja *ius* w żadnym razie nie doprowadziłaby chociażby do zasad ponadnarodowych czy niezbywalnych praw człowieka, które pozwoliły prawoznawstwu na potępienie wszystkich okropności, jakich różne siły zbrodnicze dopuszczały się w XX wieku i jakich – jak już wiemy – dopuszczają się w obecnym stuleciu³.

Jeżeli, jak sugeruje profesor Fletcher, uznamy chińskie *Tao* za przykład *ius* czy *Recht*, to wniosek taki będzie jeszcze bardziej oczywisty. Weźmy utwór Czang-tsu (IV wiek p.n.e.):

„Nie możesz powiedzieć, że Tao istnieje.

Nie możesz powiedzieć, że Tao nie istnieje.

Jednak możesz je odnaleźć w ciszy, w *wu-wei* (nieczynieniu)”⁴.

Nieokreśloność *Tao* pozwala interpretować je na wiele różnych sposobów, z pewnością usprawiedliwiając, a może i ośmielając, etyczną i praw-

²J. W. Montgomery, *Slaughter of the Innocents*, Westchester, 1981.

³J. W. Montgomery, *Human Rights and Human Dignity*, Edmonton, Alberta, Kanada 1995.

⁴Na podstawie przekładu Roberta van Gulika.

na indyferencję⁵. Według określenia Needhama, taoistyczny kosmos to „dom bez budowniczego”⁶. Kaptchuk w swoim ważnym dziele na temat chińskiej medycyny stwierdza: „Chiński opis rzeczywistości nie dąży do prawdy; może być tylko poetyckim opisem prawdy, której nie da się uchwycić. [...] Nowe idee w zachodniej nauce, idee, które wskazują na świadomość całościowości istnienia, powstały jako bezpośredni efekt zachodniej potrzeby zrozumienia zjawisk i odnalezienia kryjącej się za nimi transcendentnej prawdy. [...] Być może jest to konsekwencja judeo-chrześcijańskiej wizji wszechobecnego, transcendentnego Boga. [...] W każdym razie, jest to idea zupełnie nieobecna w Chinach”⁷.

Koncepcja *Ius* jako sprawiedliwości, a nie tylko „wewnętrznej słuszności” wymaga transcendentnego standardu wartości. Bez niego żadne społeczeństwo nie może wznieść się ponad poziom bieżących wartości społecznych, mimo że są one często przedstawiane jako niewzruszalne zasady. Czysto humanistyczne *Ius* jest wręcz jednym z najgroźniejszych zjawisk ideologicznych, gdyż to, co niemoralne i destrukcyjne dla człowieka, może być łatwo podane jako prawda oczywista (świadczy o tym historia ideologii marksistowskiej)⁸.

Poszukiwanie absolutów, takich jak *Ius*, sprawiedliwość i niezbywalne prawa człowieka – będzie zawsze wymagać pielgrzymki religijnej. Całkiem słusznie podnosi to Wittgenstein w swoim *Traktacie*, mówiąc: „Etyka jest transcendentna”⁹. Ufamy, że redaktorzy nowego polskiego czasopisma prawniczego nie zaniedbają tego nieodzownego wymiaru w poszukiwaniach doskonałego prawa.

⁵ Ten argument został szczegółowo przedstawiony w: J. W. Montgomery, *Giant in Chains: China Today and Tomorrow*, Milton Keynes 1994, s. 113 i nast.

⁶ *The web that has no weaver* – J. Needham, *Science and Civilization in China*, tom 2: *History of Scientific Thought*, Cambridge 1956, s. 556.

⁷ T. J. Kaptchuk, *The Web that has no Weaver: Understanding Chinese Medicine*, New York 1983, s. 257–258, 264–265.

⁸ J. W. Montgomery, *The Marxist Approach to Human Rights: Analysis and Critique*, „Simon Greenleaf Law Review” 1983–1984 r., nr 3.

⁹ L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 6.41–6.421. Por.: L. Wittgenstein, *Lecture on Ethics*, „Philosophical Review” 1965 r., nr 74 oraz J. W. Montgomery, *Where is History Going?*, Minneapolis 1962.