



REDAKCJA

Dr Janusz Kochanowski (redaktor naczelny) – Uniwersytet Warszawski

Dr Adam Czarnota – Uniwersytet Południowej Nowej Walii w Sydney

Prof. Andrzej Kojder – Uniwersytet Warszawski

Prof. Lech Morawski – Uniwersytet Toruński

Michał Królikowski (sekretarz redakcji) – Uniwersytet Warszawski

KOLEGIUM POLSKIE

Prof. Tomasz Giszbert-Studnicki – Uniwersytet Jagielloński

Prof. Zdzisław Krasnodębski – Uniwersytet w Bremie

Mec. Marek Antoni Nowicki – Rzecznik Praw Obywatelskich w Kosowie

Prof. Marek Safjan – Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Uniwersytet Warszawski

Prof. Wojciech Sadurski – Uniwersytet Europejski we Florencji

Prof. Grażyna Skapska – Uniwersytet Jagielloński

Dr Wiesław Staśkiewicz – Biuro Studiów i Eksperów Kancelarii Sejmu, Uniwersytet Warszawski

Prof. Mirosław Wyrzykowski – Uniwersytet Warszawski

Prof. Marek Zirk-Sadowski – Uniwersytet Łódzki

KOLEGIUM ZAGRANICZNE

Prof. Deryck Beyleveld – Uniwersytet w Sheffield

Prof. Jo Carby-Hall – Uniwersytet w Hull

Prof. Masaji Chiba – Uniwersytet Metropolitan w Tokio

Prof. Meir Dan-Cohen – Uniwersytet w Berkeley

Prof. John Finnis – Uniwersytet w Oxfordzie

Prof. George P. Fletcher – Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku

Peter Glazebrook – Uniwersytet w Cambridge

Prof. Jürgen Habermas – Uniwersytet im. J. W. Goethego we Frankfurcie nad Menem

Prof. Joachim Herrmann – Uniwersytet w Augsburgu

Prof. Martin Krygier – Uniwersytet Południowej Nowej Walii w Sydney

Prof. David Lyons – Uniwersytet w Bostonie

Prof. Neil MacCormick – Uniwersytet w Edynburgu

Prof. Jerzy Makarczyk – Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu

Prof. Lord Northon of Louth – Uniwersytet w Hull

Sir Peter North – Uniwersytet w Oxfordzie

Sir Christopher Staughton – Londyn

Prof. Joseph Raz – Uniwersytet Columbia w Nowym Jorku, Uniwersytet w Oxfordzie

Prof. Gunther Teubner – Uniwersytet im. J. W. Goethego we Frankfurcie nad Menem

Prof. Andrew von Hirsch – Uniwersytet w Cambridge



Nr (I) 1/2002

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Michał Królikowski, Adam Litwiniak

REDAKCJA I WERYFIKACJA PRZEKŁADÓW

Michał Królikowski

KOREKTA

Renata Siara, Janina Moskiewicz, Michał Królikowski,

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji
00–927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28

WYDAWCA

Fundacja „Ius et Lex”
ul. Walecznych 34
03–916 Warszawa
tel./fax (22) 616 25 53
e-mail: iusetlex@mercury.ci.uw.edu.pl
www.iusetlex.polcomnet.com.pl

ISSN 1643–1839

© Copyright by the „Ius et Lex”
Warszawa 2002

PROJEKT GRAFICZNY OKŁADKI I STRON TYTUŁOWYCH

Rosław Szaybo

PROJEKT GRAFICZNY, PRZYGOTOWANIE DO DRUKU I DRUK

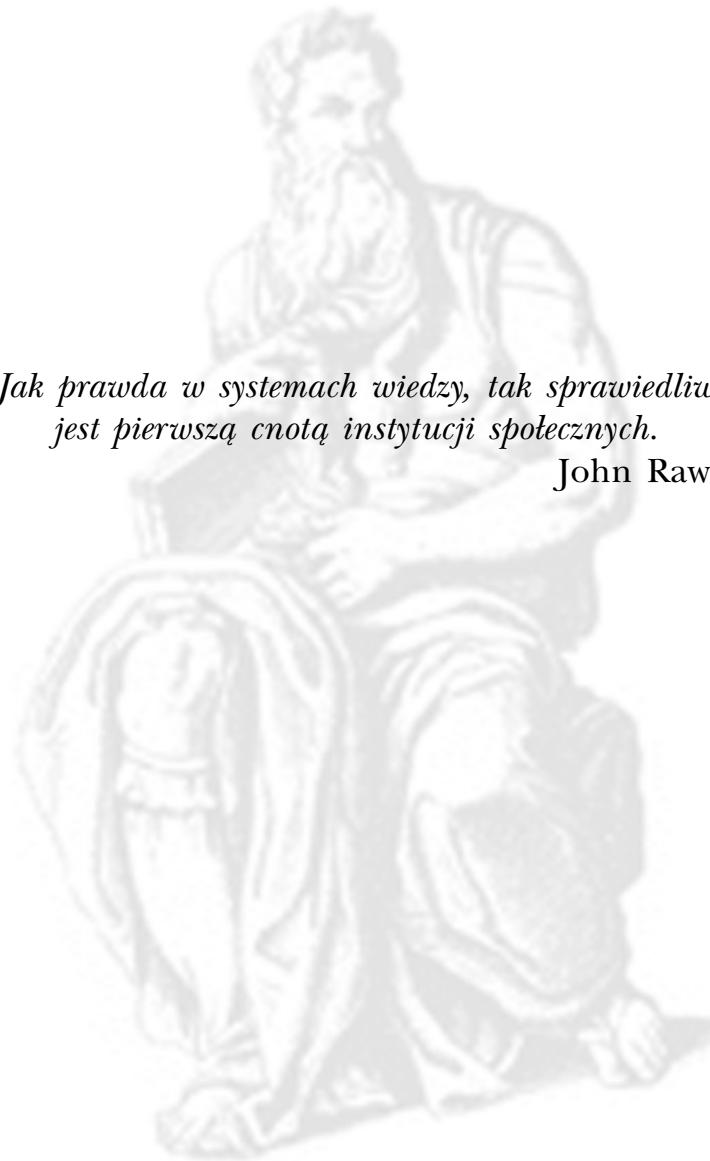
Wydawnictwo WING
90–002 Łódź, ul. Tuwima 22/26
tel. (42) 632 08 69
e-mail: biuro@wing.net2000.pl

Przygotowano do druku przy wsparciu Trybunału Konstytucyjnego; sfinansowano dzięki Fundacji Lanckorońskich oraz Ministerstwu Sprawiedliwości, Narodowemu Bankowi Polskiemu, Naczelnej Radzie Adwokackiej i Krajowej Radzie Radców Prawnych.



SPIS TREŚCI

Dlaczego „Ius et Lex”?	9
ROZPRAWY	11
George P. Fletcher <i>Na cześć „Ius et Lex”. Kilka refleksji nad pojęciem prawa</i>	13
John W. Montgomery <i>Refleksje nad „Ius et Lex”</i>	29
Jerzy Zajadło <i>Formuła „Gesetz und Recht”</i>	35
Witold Wołodkiewicz <i>„Ius et lex” w rzymskiej tradycji prawnej</i>	51
David Lyons <i>Osąd moralny a teoria prawa</i>	63
Stefan Bratkowski <i>Prehistoria poczucia sprawiedliwości. Greckie początki „ius”</i>	85
Gunther Teubner <i>Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłurga</i>	107
Mieczysław A. Krąpiec <i>Porządek prawnny („ordo iuris”) – rzeczywistość czy fikcja?</i>	133
Leszek Kołakowski <i>O prawie naturalnym</i>	145
PRZEDRUKI	155
Gustaw Radbruch <i>Ustawa i prawo</i>	157
Christopher Stoughton <i>Za dużo prawa</i>	165
RECENZJE	177
Paweł Łabieniec <i>Teoria prawa naturalnego Johna Finnisa wobec sporu między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa naturalnego</i>	179
ORZECZNICTWO	211
Marzena Kordela <i>„Ius” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego</i>	213
Luzius Wildhaber <i>Dynamika orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka</i>	225
GŁOSY	237
Paweł Sarnecki <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 28 września 2000 r.</i>	239
BIOGRAMY CZŁONKÓW KOLEGIÓW MAGAZYNU I RADY FUNDACJI „IUS ET LEX”	245
INFORMACJE DLA AUTORÓW	251



*Jak prawda w systemach wiedzy, tak sprawiedliwość
jest pierwszą cnotą instytucji społecznych.*

John Rawls



DLACZEGO „IUS ET LEX”?

Nie jest rzeczą przypadku, że właśnie na przełomie wieków powstaje magazyn, którego ideał programową wyraża sam już jego tytuł, „Ius et Lex” – pismo stawiające sobie za cel badanie podstaw myśli i kultury prawnej.

Dwa są powody do koniecznego dziś powrotu do źródeł i istoty prawa, którego ideał towarzyszy rozwojowi cywilizacji. Są to: poczucie kryzysu prawa, będące doświadczeniem minionego stulecia oraz dostrzegalne już wyzwania nowego wieku.

Poczucie kryzysu prawa, z jakim wychodzimy z XX wieku, jest szczególnie dotkliwe w naszym kraju, gdzie konstytucyjna deklaracja państwa prawa zdaje się powoli – zdaniem niektórych z nas – zamieniać w swoje przeciwnieństwo. Mówiąc o kryzysie prawa, najczęściej mamy na myśli:

- jurydyzację życia, które zostało nieomal w całości uregulowane przez ustawodawcę w sposób najczęściej nam nieznany. Pisze o tym Christopher Stoughton w artykule *Za dużo prawa*;
- instrumentalne traktowanie prawa, zarówno przez stosujących je, jak i samego ustawodawcę, który uważa, że na mocy umownego mandatu może stanowić prawo w sposób niemal dowolny. Jest o tym mowa m.in. w artykule Gunthera Teubnera Sprawiedliwość alienująca;
- wreszcie, używając terminologii Lona L. Fullera – niedostatek moralności samego prawa i jego legitymizacji.

Zjawiska te powodują brak szacunku dla prawa. Jest ono łamane na wszystkich szczeblach drabiny społecznej, czym przejmują się jedynie ci, których naruszenia prawa zostały mniej lub bardziej przypadkowo wykryte. Jak podkreśla David Lyons, jeśli teoria prawa nie dostrzeże tych faktów, „nie dosięgnie własnych ideałów moralnych i intelektualnych”.

Do powrotu do istoty i źródeł prawa skłaniają również wyzwania rozpoczęjącego się wieku. W czasach przejścia do zupełnie innego, europejskiego i globalnego społeczeństwa, stajemy w obliczu nowego kształtu świata, a w związku z tym – także powinności oznaczenia miejsca, jakie ma w nim zajmować moralność i prawo. Wiek XXI musi być wiekiem prawa albo będzie jeszcze straszniejszy niż ten, który szczęśliwie pozostał za nami.

Skoro mówimy o powstającym europejskim i globalnym społeczeństwie, mamy na myśli nie tylko swobodny przepływ kapitału, ponadnarodowe firmy i korporacje, masową produkcję i konsumpcję oraz towarzyszącą im wolność, demokrację i prawa człowieka – ale także globalizację świata przestępczego i terroryzmu, masowego handlu narkotykami, bronią i ludźmi. Przejmowanie wielu agend państwa przez instytucje prywatne lub społeczności lokalne, ale jednocześnie jego osłabienie, rodzące obawę o udaną budowę otwartego społeczeństwa obywatelskiego. Niebezpieczeństwa grożące cywilizacji zachodniej, mające swoje źródło zarówno w niej samej, jak i w innych cywilizacjach. Nędze większości mieszkańców świata, pozbawionych jakichkolwiek praw oraz przerażające bogactwo tych, którzy żadnego prawa już nie potrzebują. Mamy również na myśli, stworzone przez nas samych, zagrożenia dla życia na Ziemi, które być może spowodują, że człowiek będzie ją musiał kiedyś opuścić, nie urzeczywistniwszy tutaj idei wspólnego nam wszystkim prawa.

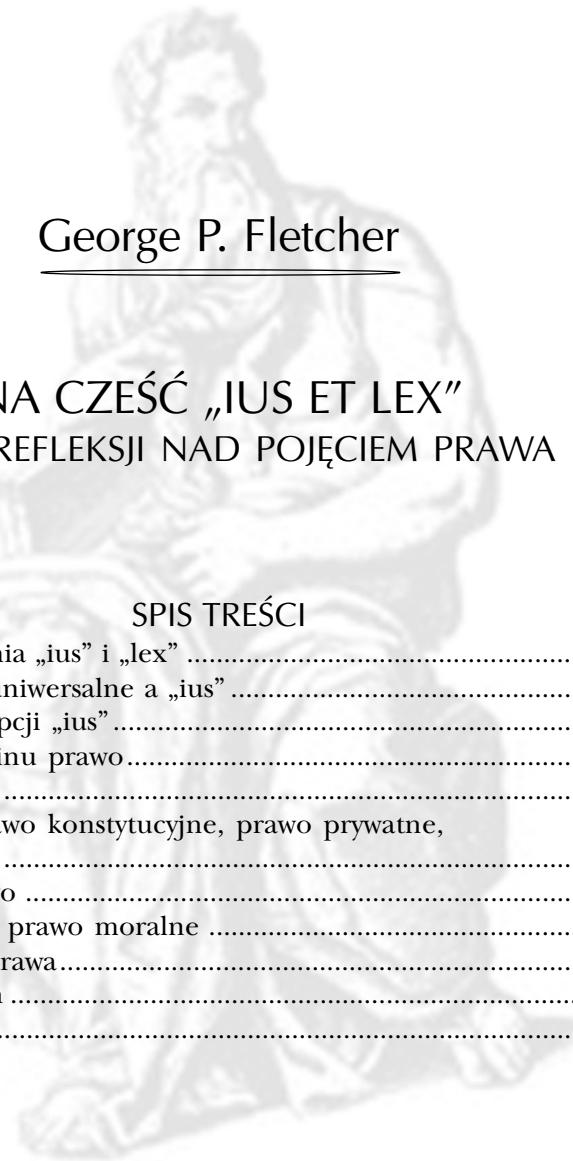
Wydaje się, że zamiar powołania czasopisma, które będzie zajmować się najbardziej podstawowymi problemami sprawiedliwości i prawa oraz miejscem tych ostatnich w zmieniającym się świecie, wychodzi na przeciw aktualnym oczekiwaniom. Świadczy o tym fakt, że nieomal wszyscy, których poprosiliśmy o współpracę – odpowiedzieli na nasze zaproszenie pozytywnie, a często nawet z entuzjazmem.

Pragniemy skorzystać z tej okazji i podziękować znakomitym członkom polskiego i zagranicznego kolegium magazynu oraz Rady Fundacji „Ius et Lex”, którzy zgodzili się obdarzyć nas kredytem zaufania. Pełna ich lista wraz z krótką informacją o każdym z nich znajduje się na końcu tego numeru, a obszerne biogramy – na stronach internetowych www.iusetlex.polcomnet.com.pl. Czy uda nam się nie zawieść tego zaufania, zależy będzie także od naszych autorów i sponsorów. Dlatego też częstotliwość ukazywania się tego periodyku pozostaje nadal sprawą otwartą. Wszyscy sponsorzy pierwszego numeru wymienieni są na stronie redakcyjnej. Szczególne podziękowania chcielibyśmy złożyć Fundacji Lanckorońskich.

*Janusz Kochanowski
Redaktor Naczelny*



ROZPRAWY



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”¹. 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

¹ 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”². 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.

² *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”

Czasami pojęcie *ius* utożsamiane jest ze sprawiedliwością³. 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

³Jest 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”

Idea *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 prawo⁴. 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-

⁴ 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 prawy 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”

Różne 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”⁵ 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”

⁵ *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 PRAWO⁶

Było to jedno z ulubionych założeń przedstawicieli anglosaskiego realizmu prawniczego⁷. 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.

⁶ courts make law

⁷ 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”)^{***}.

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 związaniani 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 regule 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 zakanane 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.

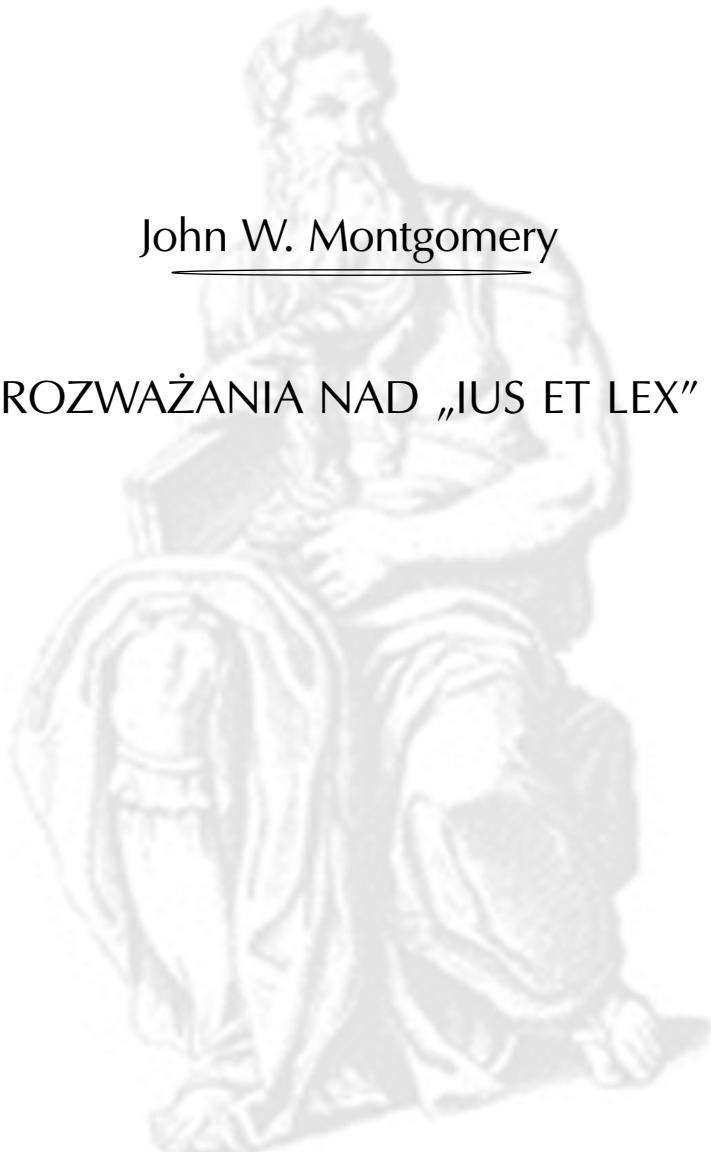
5. KONKLUZJA

Wyjaśnianie 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), przesądzając 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.



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'Universite* 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*. Pozostaje pod szczególnym wrażeniem dla wszechstronnych starań autora zmierzających do zrozumienia kontekstu językowego tej terminologii oraz błyskotliwych, jakże docieklewych spostrzeżeń, gęsto rozsianych w jego narracji, na przykład ukazania pozytywistycznego nastawienia włoskiego prawoznawstwa: Bobbio i reszty.

Niepokoi 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 nie-wiele więcej niż to, co prawoznawstwo w danym momencie uważa za „wewnętrzne 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 Blackmana), stało się trucizną dla drugiej (nienarodzonej)². Na tym właśnie polega problem z przeprowadzonym przez Ronaldą 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. Wiadać to w nieroziąwalnej niedookreśloności opisu zasady w *Traktując prawa poważnie* Dworkina: „Dowodzimy określonej zasady, zmagając się z całym mnóstwem zmieniających się, rozwijających i nawzajem oddziałyujących 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.

ną 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.

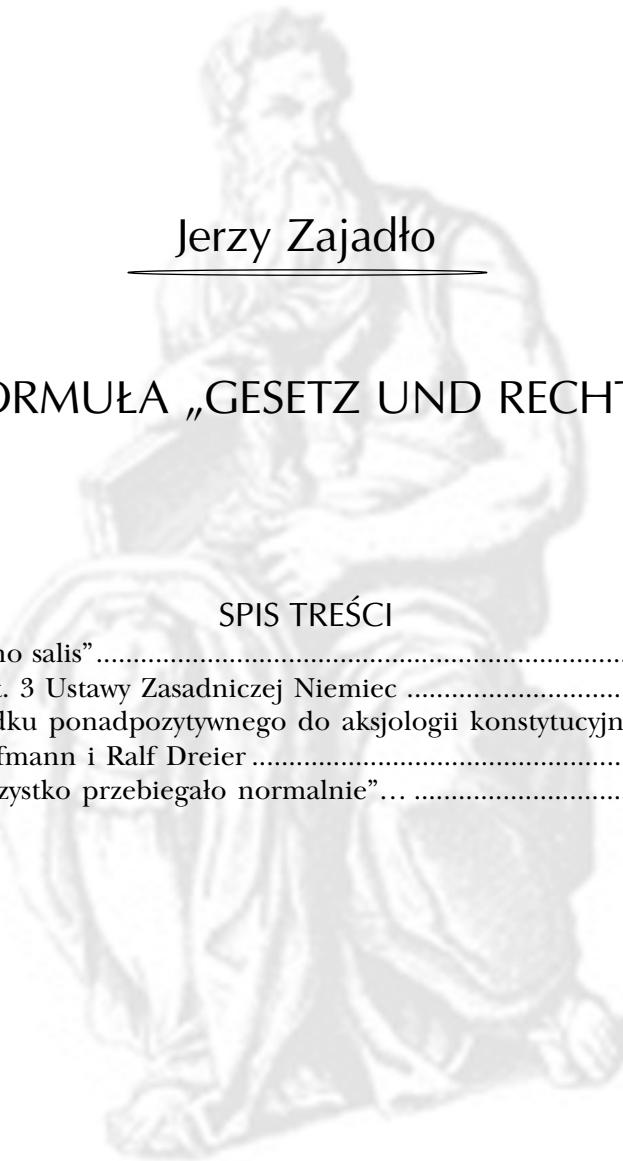
⁵ Ten argument został szczegółowo przedstawiony w: J. W. Montgomery, *Giant in Chains: China Today and Tomorrow*, Milton Keynes 1994, s. 113 i nast.

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.



Jerzy Zajadło

FORMUŁA „GESETZ UND RECHT”

SPIS TREŚCI

1. „Cum grano salis”	37
2. Art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej Niemiec	40
3. Od porządku ponadpozytywnego do aksjologii konstytucyjnej	43
4. Artur Kaufmann i Ralf Dreier	46
5. „Gdyby wszystko przebiegało normalnie” ...	48



JERZY ZAJADŁO

Urodzony w 1954 roku. Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Gdańskiego. Wykłada prawa człowieka, prawo międzynarodowe i protokół dyplomatyczny studentom prawa, administracji, ekonomii, handlu zagranicznego i marketingu. Swoje zainteresowania naukowe koncentruje przede wszystkim wokół problemu prawa naturalnego – początkowo w ramach tzw. nowożytnej szkoły prawa natury XVII i XVIII wieku, obecnie głównie na tle współczesnej niemieckiej filozofii prawa.

Autor m.in. *Formuła Radbrucha. Filozofia na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*.



WPROWADZENIE

Rozważany przez autora problem braku tożsamości „ustawy” z „prawem” został wywołany przez Radbrucha po II wojnie światowej i stał się osią, wokół której obraca się niemiecka powojenna filozofia prawa aż po dzień dzisiejszy. Myśl ta była również podstawą argumentacji w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 marca 2001 r., w sprawie tzw. strzelców przy Murze Berlińskim. Centralnym problemem filozofii Radbrucha było ukazanie i rozwiązywanie sprzeczności między trzema elementami idei prawa – bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością. Ta podstawa dalszych rozważań Zajadły, nawiązujących do wykładni artykułu 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej Niemiec i powstających przy niej kontrowersji, prowadzi do podkreślenia myśli Artura Kaufmanna i Ralfa Dreiera – autorów sięgających w swej argumentacji odpowiednio do szerszej myśli filozoficzнопrawnej oraz do rozróżnienia reguł i zasad prawnych.

1. „CUM GRANO SALIS”

Bohater *Lektora*, bestsellerowej powieści Bernharda Schlinka, wspomina, że na seminariu w czasie studiów prawniczych zajmował się głównie odpowiedzią na następujące pytania: „Czy wystarczy, że artykuł, na podstawie którego skazuje się strażników i oprawców obozów koncentracyjnych, występował w kodeksie karnym już w czasie ich przestępstw; czy ważne jest, jak w czasie ich przestępstw był rozumiany i stosowany, i że właśnie wtedy ich nie dotyczył. Czym jest prawo? Tym, co jest zapisane w kodeksie, czy tym, co w społeczeństwie jest rzeczywiście akceptowane i przestrzegane? A może prawem jest to, co niezależnie, czy jest zapisane w kodeksie, czy nie, należałoby akceptować i przestrzegać, jeśli wszystko przebiegałoby normalnie?”¹. Ustawa (*Gesetz*) nie jest więc tożsama z prawem (*Recht*). Ten problem, wywołany ze szczególną ostrością po II wojnie światowej, po części przez Gustawa Radbrucha, stał się osią, wokół której aż po dzień dzisiejszy obraca się niemiecka powojenna filozofia prawa².

¹ B. Schlink, *Lektor*, Warszawa 2001, s. 88.

² Dotyczy to zresztą nie tylko niemieckiej filozofii prawa: „Otóż na pewno nie jest przypadkiem, że *dike*, *ius*, *Recht*, *droit*, *prawo*, a nawet *right* mają wyraźne konotacje wartościujące, natomiast *nomos*, *lex*, *loi*, *Gesetz*, *ustawa*, a nawet *law* odwołują się do faktu ustanowienia reguły, gdzieś, kiedyś, przez kogoś i dla kogoś. Od razu nasuwa to takie oto fundamen-

Wydawało się, że w miarę upływu czasu tzw. formuła Radbrucha straciła na aktualności i jej praktyczne zastosowanie było ograniczone do specyficznych problemów związanych z rozliczeniem bezprawia okresu Trzeciej Rzeszy. Tymczasem zagadnienia prawnokarne powstałe po upadku Muru Berlińskiego spowodowały, że nabrąła ona ponownego i nieoczekiwanej znaczenia w orzecznictwie niemieckich sądów³. 22 marca 2001 roku odwołał się do niej nawet Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w swoich wyrokach dotyczących członków byłego kierownictwa państwowego NRD a także jednego funkcjonariusza straży granicznej⁴.

Powojenna twórczość Radbrucha jest znana polskiemu czytelnikowi przede wszystkim z dwóch tekstuów: *Pięć minut filozofii prawa*⁵ oraz *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*⁶. Zwłaszcza ten drugi artykuł ukształtował pewien stereotyp autora jako pozytywisty, który pod wpływem doświadczeń związanych z perwersjami nazistowskiego bezprawia przeszedł na pozycje prawnonaturalne. Nowsze badania i interpretacje wykazały, że problem jest znacznie bardziej złożony, a prawda o życiu, działalności politycznej i twórczości Radbrucha jest zawsze prawdą *cum grano salis*⁷. Radbruch nigdy nie był skrajnym pozytywistą, nigdy też nie stworzył własnej doktryny prawa natury. Jego koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa była raczej spontaniczną reakcją uczonego i humanisty na konsekwencje nieograniczonej instrumentalizacji prawa, niż jednoznaczną deklaracją prawnonaturalną. Zresztą, w powojennej twórczości Radbrucha w ogóle bardzo mało jest filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*), znacznie więcej filozofii prawników (*Juristenphilosophie*)⁸, pró-

talne zagadnienie: jaki jest stosunek pomiędzy prawem i ustawą? Jest to jedno z najważniejszych pytań filozofii prawa” (J. Woleński, *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999, s. 10). J. Llompart zauważa jednak, że odróżnienie *ius* i *lex* wywodzi się przede wszystkim z tradycji prawa rzymskiego i dlatego jest czymś charakterystycznym przede wszystkim dla zachodnioeuropejskiej kultury prawnnej. Jego zdaniem tego podziału nie znały cywilizacje Dalekiego Wschodu, koncentrujące się raczej na odróżnieniu prawa od moralności, a nie prawa od ustawy (tenże, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, Berlin 1993, s. 84–89).

³ J. Zajadło, *Formula Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „Państwo i Prawo” 2000 r., nr 6, s. 25–42.

⁴ *Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* (Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98) oraz *Case of K.H.W. v. Germany* (Application no. 37201/97).

⁵ *Colloquia Communia* 6(41) 1988–1(42) 1989 r., s. 61 i nast.

⁶ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 256–266.

⁷ A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1984, s. 32 oraz tenże, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] A. Kauffmann, W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 81.

⁸ Szerzej na temat pojęcia *Juristenphilosophie*, zob. E. Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechsel*, Berlin 1998.

bujących rozważyć *more philosophico* skomplikowane problemy z pogranicza prawa i moralności. Rozmiar i charakter nazistowskich zbrodni spowodował, że po wojnie sądy stanęły wobec problemu reinterpretacji podstawowej zasady prawa: *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Stąd też w twórczości Radbrucha, zarówno w słynnym artykule o ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie, jak i tekście *Gesetz und Recht*, drukowanym w niniejszym tomie, pojawia się tyle odesłań do bieżącego orzecznictwa.

Centralnym problemem Radbruchowskiej filozofii prawa było zawsze rozwiązywanie antynomii pomiędzy trzema elementami idei prawa – bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością. W normalnych warunkach prawnik powinien rozstrzygać te konflikty *in favorem* stałości i pewności porządku prawnego. Bywają jednak takie sytuacje, kiedy mamy do czynienia z ekstremalnymi wyjątkami normatywnymi – wówczas zasada bezpieczeństwa prawnego powinna ustąpić przed zasadą sprawiedliwości. W warunkach ustawowego bezprawia nawet ustanowiona prawnie uchwalona w sensie formalnym może być uznana za nieobowiązującą *ex tunc*, ponieważ, jak twierdził Radbruch, z uwagi na swoją treść nie zasługuje na miano prawa. Nie jest to filozoficzna spekulacja prawnonaturalna, lecz rozstrzygnięcie *par excellence* prawne, zarówno w warstwie przyczyn, jak i skutków. W wydaniu Radbrucha miało ono przede wszystkim stronę negatywną – autor nigdy nie sprecyzował, co jest pozytywną treścią sprawiedliwości, starał się raczej określić, co jest niesprawiedliwością tak rażąca, że aż zmuszającą do refleksji na płaszczyźnie walidacyjnej i mogącą prowadzić do skutków derogacyjnych⁹. Współczesność dopisała do jego formuły nowy rozdział – pozytywną przeciwwagą dla ustawowego bezprawia jest ochrona podstawowych praw człowieka. Stąd też, nawet jeśli Radbruch odwoływał się w swojej powojennej twórczości do prawa natury, to nie pojmował go w klasyczny sposób, w kategoriach systemu normatywnego złożonego z niezmiennych i absolutnych

⁹ Podobnie sądzi W. Hassemer, *Odpowiedzialność prawnokarna w odniesieniu do przestępcości państwownej w kontekście politycznej zmiany systemu w świetle okoliczności wyłączających bezprawność czynu* [w:] A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 90: „Osobiście skłaniałem się raczej ku temu, by za G. Radbruchem, za prawnie niewiążące uznać te akty prawa pozytywnego, które w rażący sposób naruszają prawa człowieka, powszechnie dzisiaj uznawane przez międzynarodową społeczność. Nie mamy tutaj do czynienia z jakimś nowym prawem naturalnym – przeciwnie, jeszcze po II wojnie światowej Radbruch dobrze bronił wartości prawa pozytywnego, rezygnując z zasady pewności prawnnej na rzecz sprawiedliwości jedynie w sytuacjach skrajnych z normatywnego punktu widzenia. Poza tym, jeśli w ogóle, to dopuszczał jedynie istnienie negatywnego «prawa naturalnego». W swej słynnej formule próbował określić nie to, co z punktu widzenia prawa naturalnego jest słuszne, lecz to, co jest niesprawiedliwe, czyli ekstremalny wyjątek normatywny”.

zasad. Było ono dla niego raczej tym, co Bertrand Russell nazywał mądrością Zachodu, a co współcześnie określa się jako uniwersalizm praw człowieka¹⁰.

2. ART. 20 UST. 3 USTAWY ZASADNICZEJ NIEMIEC

Odźnianie prawa i ustawy w warunkach niemieckich nie jest tylko problemem filozoficznopravnym, ponieważ tzw. dyskusja prawnonaturalna pozostawiła trwałe ślady normatywne, zwłaszcza w treści Ustawy Zasadniczej z 1949 r. Typowym przykładem jest przepis art. 20 ust. 3, zgodnie z którym „władza ustawodawcza jest związana porządkiem konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i sądownictwo – ustawą i prawem”. Nie jest rzeczą łatwą określić, co w tym kontekście oznacza z jednej strony „ustawa” (*Gesetz*), z drugiej zaś „prawo” (*Recht*), a zwłaszcza jakie są wzajemne relacje pomiędzy nimi. W niemieckiej literaturze prawa konstytucyjnego i orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego zdecydowanie przeważa jednak pogląd, iż nie mamy tutaj do czynienia wyłącznie z tautologią – „prawo i ustanawia w sprawdzie w zasadzie ogólnie pokrywają się, ale niekoniecznie i nie zawsze”¹¹. Taka systemowa interpretacja, oparta na pewnym porządku aksjologicznym konstytucji¹², wydaje się odzwierciedlać intencje samego Radbrucha. Artykuł *Gesetz und Recht* wyraźnie wskazuje, że celem autora nie była prawnonaturalna substytucja pozytywizmu, lecz raczej wyznaczenie temu ostatniemu pewnych racjonalnych granic przedmiotowych.

Art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej był w niemieckiej doktrynie prawa konstytucyjnego i filozofii prawa od samego początku przedmiotem sporu. Szczególne trudności nastręcza zwłaszcza wykładnia użytej w nim formuły „ustawa i prawo”. Chodzi tutaj zresztą w mniejszym stopniu o znaczenie i treść terminu „ustawa”, a bardziej o niejasne w tym kontekście słowo „prawo”. Większość autorów wyraża bowiem pogląd, iż w art. 20 ust. 3 „ustawa” jest nie tyle synonimem aktu pochodzącego od parlamentu (ustawa w znaczeniu formalnym), ile raczej symbolem pozytywnego porządku prawnego czy systemu prawa stanowionego w ogóle (ustawa w znaczeniu materialnym). Sposób podejścia do znaczenia terminu „ustawa” nie rozwiązuje jednak całego szeregu problemów teoretycznych i praktycznych, występujących na gruncie wykładni omawianego

¹⁰ S. Tönnies, *Der westliche Universalismus. Die Denkwelt der Menschenrechte*, Wiesbaden 2001.

¹¹ Tak stwierdził Federalny Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 14 lutego 1973 r. – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, tom 34, s. 286 i nast.

¹² G. Sprenger, *Legitimation des Grungesetzes als Wertordnung. Einige philosophische Anmerkungen* [w:] W. Brugger (red.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 1996, s. 219–247.

przepisu. Ciągle otwarte pozostaje bowiem zagadnienie odpowiedzi na pytanie o treść i znaczenie terminu „prawo”, a zwłaszcza o stosunek „ustawy” do „prawa” w zwrocie *Gesetz und Recht*. Zdaniem Ralfa Dreiera, kluczem do zrozumienia sensu przepisu art. 20 ust. 3 jest właśnie sposób podejścia do problemu znaczenia terminu „prawo”¹³.

Wszelkie próby rozstrzygnięcia sporu w drodze wykładni językowo-logicznej są w zasadzie z góry skazane na niepowodzenie – zarówno z uwagi na wieloznaczność użytych terminów, jak i znaczenie problemu (rzeczą dotyczy w końcu podstawowej zasady ustrojowej państwa). Niezadowalające rezultaty przynoszą też próby rekonstrukcji intencji tzw. historycznego ustrojodawcy. Z protokołów obrad konstytuanty (*Parlamentarischer Rat*)¹⁴ nie wynika bowiem jednoznacznie geneza użycia zwrotu *Gesetz und Recht*. Dlatego też podejmowane w niemieckiej nauce prawa próby interpretacyjne są zazwyczaj wielopłaszczyznowymi konstrukcjami teoretycznymi, które wnikają głęboko nie tylko w systematykę samej ustawy zasadniczej, lecz także w leżącą u jej podstaw aksjologię. Uwzględnienie tej ostatniej jest o tyle niezbędne, że wobec brzmienia przepisu art. 97 ust. 1 wykładnia systemowa prowadzi do ewidentnej, aczkolwiek w gruncie rzeczy tylko pozornej sprzeczności. Przepis ten określa bowiem zasadę niezawisłości sędziów i podporządkowuje ich „wyłącznie ustawie”. Pozorna sprzeczność między art. 20 ust. 3 i art. 97 ust. 1 nie powstaje właściwie jedynie wówczas, gdy uzna się, że w obu przepisach chodzi o ustawę w znaczeniu formalnym. W takim przypadku pojęcie *Recht* oznacza po prostu wszystkie normy pozaustawowe o charakterze norm prawnych (w tym także normy prawa zwyczajowego)¹⁵ lub jest czystą tautologią i synonimem pojęcia *Gesetz*¹⁶.

Taka interpretacja traci jednak bardzo mocno powrotem do klasycznego pozytywizmu, ponieważ nie uwzględnia całego historycznego i ideologicznego kontekstu towarzyszącego narodzinom Ustawy Zasadniczej i w konsekwencji jest w literaturze bardzo ostro krytykowana. Zdaniem Sternia, dostrzeganie w formule *Gesetz und Recht* „jedynie możliwości istnienia prawa nieisanego, prawa zwyczajowego” jest uproszczeniem

¹³ R. Dreier, *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht* [w:] tenże, *Recht – Staat – Vernunft*, Frankfurt am Main 1991, s. 78 i nast.

¹⁴ Por. *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge” 1951, tom 1, s. 195–202.

¹⁵ Tak np. D. Merten, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, Deutsches Verwaltungsbllatt 1975, s. 677–684 oraz H. Hill, *Einführung in die Gesetzgebungstheorie*, Heidelberg 1982, s. 25 i nast.

¹⁶ H. W. Schrader, *Recht und Gesetze* [w:] H. Wandersleb (red.), *Recht, Staat, Wirtschaft*, tom 3, Düsseldorf 1951, s. 84; w późniejszym okresie podobnie K. Doehring (głos w dyskusji) [w:] T. Stein (red.), *Die Autorität des Rechts. Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, Heidelberg 1985, s. 132.

tego bardzo skomplikowanego problemu¹⁷. Dla wielu autorów niezadowalająca jest również interpretacja zaproponowana przez Kleina, współautora znanego w Niemczech komentatora do Ustawy Zasadniczej. Zdaniem Kleina, *Gesetz* i *Recht* stanowią jakby dwie strony tego samego zjawiska – *Gesetz* to „pozytywność bez zawartości aksjologicznej”, natomiast *Recht* to „zawartość aksjologiczna bez pozytywności”¹⁸. Ta pozornie bardzo „filozoficzna” interpretacja niczego w gruncie rzeczy nie wyjaśnia i prowadzi jedynie do pogłębienia wątpliwości powstających na tle interpretacji omawianego przepisu. Tym bardziej, że Klein bliżej nie precyzuje swojego stanowiska, a zwłaszcza nie określa pojęcia: „pozytywność” (*Positivität*) ani znaczenia zwrotu: „zawartość aksjologiczna” (*Wertgehalt*). Stąd też godne uwagi są, moim zdaniem, jedynie te próby interpretacyjne, które albo wnikają głęboko w problematykę pojętego materialnie państwa prawa, albo analizują formułę *Gesetz und Recht* w szerszym kontekście filozoficznoprawnym.

Dla większości autorów punktem wyjścia do dyskusji nad znaczeniem ustrojowym przepisu art. 20 ust. 3 jest następujące stwierdzenie Radbrucha: „Konflikt pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne, zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową, miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustanawia jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić sprawiedliwości”¹⁹. Radbruch zdaje sobie oczywiście sprawę z tego, że w praktyce wyznaczenie ścisłej granicy między prawem niesprawiedliwym a ustawowym bezprawiem jest niezwykle trudne. Pod wpływem doświadczeń związanych z nazizmem uważa jednak za konieczne uznanie, że w pewnych okolicznościach naruszenie elementarnych zasad sprawiedliwości (*Recht*) podważa nawet formalną legalność określonych norm (*Gesetz*). Opinia ta, znana powszechnie pod nazwą „formuły Radbrucha” (*Radbruchsche Formel*), znalazła szeroki oddźwięk zarówno w niemieckiej nauce, jak i praktyce prawa²⁰.

Szczególnie często i chętnie sięgały do formuły Radbrucha najwyższe niemieckie instancje sądowe – z jednej strony Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*), z drugiej zaś Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*). Szczegółowa analiza orzecznictwa tych organów

¹⁷ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tom 1, München 1984, s. 798.

¹⁸ H. v. Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Berlin – Frankfurt am Main 1957, tom 1, s. 603.

¹⁹ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie...*, *op.cit.*, s. 262.

²⁰ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

przekraczałaby ramy niniejszego szkicu. Dlatego też, tytułem egzemplifikacji chciałbym zwrócić uwagę na pewną charakterystyczną ewolucję²¹ rozstrzygnięć sądu konstytucyjnego, potwierdzającą uniwersalność Radbruchowskiej propozycji. W początkowym okresie Federalny Trybunał Konstytucyjny stał na bliżej nie określonym stanowisku prawnonaturalnym. W jednym ze swoich pierwszych orzeczeń (tzw. *Süd-West-Staatsurteil* z 23 października 1951 r.) uznał bowiem wyraźnie i jednoznacznie „istnienie praw ponadpozytywnych, wiążących także ustawodawcę konstytucyjnego”. W późniejszym okresie Trybunał wykazywał już w tym względzie bardziej umiarkowane i wyważone stanowisko. Od przełomu lat 60. i 70., wobec konstytucyjnej pozytywizacji podstawowych zasad prawnonaturalnych – przeważała interpretacja w duchu „podstawowego porządku wartości” (tak np. w tzw. *Lüth-Urteil*), a następnie, od początku lat 70., w duchu „indywidualności każdej osoby” (chociaż w *Lebach-Urteil*). W wyroku z 1996 r. w sprawie strzelców przy Murze Berlińskim (tzw. *Mauerschützen-Urteil*) uznano z kolei, wykorzystując formułę Radbrucha, bezpośrednie obowiązywanie podstawowych praw człowieka. Potwierdza to jednak słuszność powszechnie akceptowanej już dzisiaj tezy, że podstawowym materialnoprawnym punktem odniesienia dla demokratycznego państwa prawa jest ochrona praw i wolności jednostki: „Niezależnie od tego, co uważamy za źródło wartości i czy postrzegamy je jako absolutne czy zmienne historycznie, zgadzamy się co do tego, że podstawowe wartości, które prawo powinno respektować, formułuje wspólnie doktryna praw człowieka. Przyjmuje się w niej, że każdemu człowiekowi przysługują określone prawa i wolności, niezależnie od woli prawodawcy. Rolą prawa jest poręczanie tych uprawnień i zabezpieczanie ich przed zagrożeniami ze strony innych jednostek oraz samego państwa”²².

3. OD PORZĄDKU PONADPOZYTYWNEGO DO AKSJOLOGII KONSTYTUCYJNEJ

Podobną, *mutatis mutandis*, ewolucję przeszła również doktryna, przy czym trudno w tym przypadku mówić o ewolucji w ujęciu chronologicznym, ponieważ przedstawiciele obu niżej scharakteryzowanych stanowisk występowali w okresie tuż powojennym, jak też występują współcześnie. Chodzi tutaj o ewolucję w znaczeniu merytorycznym, a ściślej mówiąc – o przesunięcie akcentu dyskusji z „ponadpozytywnego” charakteru niektórych zasad prawa na system wartości leżących u podstaw porządku polityczno-prawnego zapisanego w Ustawie Zasadniczej Nie-

²¹ H. Weber-Grellet, *Rechtsphilosophie*, Münster 1977, s. 111.

²² S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa* [w:] E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*, Toruń 2001, s. 35.

miec. Z tego punktu widzenia, moim zdaniem, można wyróżnić w niemieckim prawoznawstwie dwie zasadnicze grupy stanowisk.

Autorzy pierwszej grupy²³ skłonni są widzieć w zasadzie materialnego państwa prawa normę o charakterze ponadpozytywnym, ponieważ stoją konsekwentnie na gruncie prawnaturalnym. W konsekwencji, formuła *Gesetz und Recht* oznacza przeciwstawienie prawa pozytywnego prawa ponadpozytywnemu (prawu natury, materialnie pojętej sprawiedliwości). Nie oznacza to oczywiście, że konflikt między prawem a ustawą jest konfliktem koniecznym, lecz tylko to, że takiego konfliktu wobec istnienia prawa ponadpozytywnego nie można wykluczyć. Stąd też np. E. von Hippel, stojący na gruncie katolickiej nauki społecznej, zdawał się nie mieć żadnych wątpliwości, iż pod pojęciem „prawa” w art. 20 ust. 3 należy rozumieć po prostu „prawo natury” i to w znaczeniu pewnego porządku stworzenia²⁴. Z podobnych założeń ideologicznych wychodzi także Wipfelder, przy czym w jego koncepcji więcej jest może aspektów jurydycznych niż teologicznych. Stąd też, w opinii tego autora, formuła art. 20 ust. 3 powoduje legitymację „ponadpozytywnych źródeł prawa jako nieisanego prawa konstytucyjnego”²⁵. Prawnonaturalna interpretacja omarwianego przepisu nie musi jednak w sposób konieczny wiązać się z akceptacją konkretnej doktryny prawa natury czy nawet istnienia jakiegoś zwartego systemu normatywnego o charakterze ponadpozytywnym i konkurencyjnego w stosunku do prawa pozytywnego. Czasami chodzi raczej, na co zwraca uwagę Schneider²⁶, o pewne zasady podstawowe i elementarne. Wszystkich autorów tej grupy łączy nazywanie tych zasad „prawem natury” i przyznanie im ponadpozytywnego charakteru, nawet jeśli nie towarzyszy temu bliższe określenie ich treści.

Do drugiej grupy zaliczyłbym natomiast tych autorów, którzy skłonni są wprawdzie przyznać związanie organów państwa, w tym także ustrojodawcy, pewnymi zasadami ponadpozytywnymi, ale wobec ich pozytywizacji w prawie stanowionym – proponują rozwiązywanie całego problemu wyłącznie na gruncie wykładni samej Ustawy Zasadniczej. Taka interpre-

²³ Np. F. Darmstaedter, *Der Begriff „Recht” in Artom 20 Abs. 3 des Grundgesetzes*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1957 r., s. 771; A. Hamann, H. Lenz, *Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied – Berlin 1970, s. 345 i nast.; E. V. Hippel, *Elemente des Naturrechts*, Berlin – Frankfurt am Main 1969, s. 115 i nast.; E. Riedel, *Gesetz und Recht als gesetzliches Ordnungs und übergesetzliches Gerechtigkeitsprinzip*, „Deutsche Richter Zeitung” 1968, s. 167; H. J. Wipfelder, *Naturrecht und Gewohnheitsrecht als Quellen des Verfassungsrecht [w:] Das Naturrechtsdenken heute und morgenast. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin 1983, s. 947 i nast.

²⁴ E. von Hippel, *op.cit.*, s. 117.

²⁵ H. J. Wipfelder, *op.cit.*, s. 951.

²⁶ Por. głos w dyskusji [w:] *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1963, tom 20, s. 114.

tacja bliższa jest wprawdzie literalnemu brzmieniu przepisu art. 20 ust. 3, jednakże i ona wykracza poza zakres jego unormowania, skoro „prawo” wiązać ma także władzę ustrojodawczą i ustawodawczą, a nie tylko wykonawczą i sądowniczą. W warunkach niemieckich poszukiwanie materialnej legitymacji nowego porządku polityczno-prawnego miało swoje historyczne uzasadnienie i było reakcją na słabość formalnej demokracji okresu Republiki Weimarskiej. Radbruchowskie oskarżenie pod adresem pozytywizmu prawniczego, nawet jeśli uznać je za nieco uproszczone z historycznego punktu widzenia²⁷, wskazywało więc na konieczność przejścia od formalnego do materialnego państwa prawa. Zdaniem niektórych autorów, zasady, instytucje i mechanizmy ustrojowe zapisane w Ustawie Zasadniczej stanowią właśnie wyraz *materieller Rechtsstaat* i dlatego należy dokonywać wykładni formuły *Gesetz und Recht* wyłącznie w wyznaczonych przez nie ramach. Stąd też, zdaniem np. Schnappa²⁸, formuła „prawo i ustawa” jest wprawdzie wieloznaczna, ale nie daje to jeszcze podstaw do konstruowania subiektywnych teorii sprawiedliwości i zastępowania nimi porządku wartości spozytywizowanych w samej Ustawie Zasadniczej, zwłaszcza w art. 1 i art. 20 w zw. z art. 79 ust. 3. „Prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest więc przez prawie wszystkich autorów tej grupy ujmowane jako „porządek wartości samej konstytucji”. System polityczno-prawny określony w Ustawie Zasadniczej oznacza bowiem – twierdzi się w literaturze²⁹ – przejście do nowego typu państwa prawa, do *materieller Rechtsstaat*. Również i tutaj, podobnie jak u przedstawicieli pierwszej grupy autorów, nie wyklucza się wprawdzie konfliktu pomiędzy ustawą i prawem, ale jego rozwiązanie możliwe jest jedynie na gruncie

²⁷ Obciążanie pozytywizmu prawniczego odpowiedzialnością za wynaturzenia nazistowskiego porządku prawnego należy do najbardziej kontrowersyjnych momentów Radbruchowskiej powojennej filozofii prawa – w literaturze znane jest jako tzw. *Wehrlosigkeitsthese*. Teza Radbrucha jest bardzo wątpliwa i właściwie sprzeczna z faktami historycznymi – w pierwszych latach po wojnie przyjmowano ją jakby „z dobrodziejstwem inwentarza”, ponieważ stanowiła dosyć wygodne alibi, zwłaszcza dla przedstawicieli nazistowskiego wymiaru sprawiedliwości. W ostatnich latach poddano ją bardzo krytycznej analizie historyczno-prawnej. W literaturze podkreśla się jednak, iż pomimo tych historycznych nieścisłości, w oskarżeniu Radbrucha pod adresem pozytywizmu tkwi pewne racjonalne jądro prawdy i to właśnie ono powinno decydować o uniwersalności tzw. formuły Radbrucha jako całości – tak np. M. Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?*, „Kritische Justiz” 1988 r., nr 3, s. 263–280.

Problem pozytywistycznych postaw wobec systemu prawa w warunkach reżimów totalitarnych zasługuje jednak, moim zdaniem, na zupełnie osobne potraktowanie, które przekraczałoby, niestety, ramy tego krótkiego szkicu. Zwraca uwagę fakt, że w polskiej literaturze prawniczej brak właściwie opracowania, które podjęłoby próbę oceny, jaka była marksistowska nauka i praktyka prawa – pozytywistyczna czy antypozytywistyczna?

²⁸ I. von Münch (red.), *Grundgesetz – Kommentar*, tom 1, München 1985., s. 830.

²⁹ Zob. np. K. Stern, *Das Staatsrecht...*, *op.cit.*, s. 799.

„systemu wartości samej konstytucji”. R. Herzog³⁰ scharakteryzował to w następujący sposób: „Daleko idąca zasada materialnego państwa prawa Ustawy Zasadniczej przesuwa w pewnym stopniu konflikt z płaszczyzną prawa ponadpozytywnego czy idei sprawiedliwości na płaszczyznę pozytywnego prawa konstytucyjnego”. Owo „w pewnym stopniu” oznacza, jak sądzę, podkreślenie, iż chodzi tutaj może nie tyle o konkretne normy Ustawy Zasadniczej, co raczej o leżący u jej fundamentów „podstawowy porządek wartości” (*Grundordnung, Wertordnung*). Inni autorzy, np. Ch. Gusy³¹, są pod tym względem bardziej stanowczy: „prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest właśnie owym „porządkiem wartości Ustawy Zasadniczej”. Jeszcze dalej zdaje się iść w tej interpretacji Doebring. Jego zdaniem, jeśli „prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest „prawem natury”, to tylko w takim stopniu, w jakim to ostatnie uległo pozytywizacji w Ustawie Zasadniczej³².

4. ARTHUR KAUFMANN I RALF DREIER

We współczesnej niemieckiej filozofii prawa na osobne potraktowana nie zasługują, w moim przekonaniu, dwie propozycje interpretacji formuły *Gesetz und Recht*, sformułowane przez Arthura Kaufmanna i Ralfa Dreiera. Przemawia za tym kilka względów. Propozycja Kaufmanna odbiega od wyżej przedstawionych prób interpretacyjnych, ponieważ jest konstruowana konsekwentnie na płaszczyźnie filozoficzнопrawnej, a nie tylko w oparciu o analizę samej Ustawy Zasadniczej. Z kolei Dreier, odwołując się głównie do Ronalda Dworkina i Roberta Alexego, podkreśla metodologiczną zmianę paradygmatów pozytywizmu i prawnonaturalizmu, skutkującą koniecznością reinterpretacji formuły *Gesetz und Recht* w warunkach współczesnego państwa prawa.

Kaufmann interpretuje „prawo” i „ustawę” oraz wzajemne relacje pomiędzy nimi na gruncie tzw. hermeneutyki prawniczej, przy czym jego koncepcja daleka jest zarówno od prawnonaturalnej ortodoksyjnej, jak i od skrajności pozytywistycznego relatywizmu wartości. Jego zdaniem, nie można utożsamiać *Gesetz* i *Recht* (tak jak to czynił pozytywizm prawniczy), ponieważ *Gesetz* stanowi jedynie możliwość *Recht* w sytuacji konkretnego rozstrzygnięcia prawnego. Nie wolno jednak także rozdzielać dwóch pojęć (co było cechą klasycznych doktryn prawa natury), gdyż bez normy (*Gesetz*) nie można osiągnąć konkretnej słusznej decyzji prawnej (*Recht*)³³. Rzeczywistość prawa – twierdzi Kaufmann – jest sprzężeniem

³⁰ T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz – Kommentar*, 1980, pkt 54.

³¹ Ch. Gusy, *Der Vorrang des Grundgesetzes, „Juristische Schulung”* 1983 r., s. 193.

³² K. Doebring, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main 1984, s.130.

³³ A. Kaufmann, *Gesetz und Recht* [w:] tenże, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln – Berlin – Bonn – München 1984, s. 152.

pozytywności i sprawiedliwości (prawnonaturalności): „Sprawiedliwość jako zasada ponadpozytywna jest rzeczywista tylko w prawie pozytywnym, a prawo pozytywne obowiązuje tylko pod warunkiem jego partycypacji w sprawiedliwości”³⁴. Mamy tutaj do czynienia jakby z połączeniem na płaszczyźnie filozoficzнопrawnej obu opisanych wyżej stanowisk – z nazwaniem rzeczy po imieniu (prawo natury), ale przy jednoczesnym uznaniu pozytywnego charakteru każdego prawa. Kaufmann zgadza się ze znaną opinią Radbrucha, iż „każda epoka musi na nowo pisać swoją naukę prawa”³⁵. Teraźniejszość i przyszłość współczesnej filozofii prawa należą więc, jego zdaniem, do ontologii. Musimy zatem zmienić swoje tradycyjne wyobrażenia o relacji pomiędzy *Gesetz* i *Recht*. Chodzi bowiem nie o utożsamianie, czy też całkowite rozdzielenie tych dwóch pojęć, lecz o model rozumowania „prawo przed ustawą” (*Recht-vor-Gesetz-Denken*). Logicznie pierwsze jest *Gesetz*, ale ontologicznie i historycznie *Recht*. Zdaniem Kaufmanna, wystarczy „rzut oka w historię, by przekonać się, że prawo jest o wiele starsze niż to, co dzisiaj nazywamy «ustawą»”³⁶.

Z kolei, zdaniem Dreiera, zwrot *Gesetz und Recht* tylko wówczas ma charakter tautologiczny, gdy posługujemy się pozytywistycznym pojęciem prawa. Niewłaściwe jest jednak również utożsamianie pojęcia *Recht* z prawem natury: „Oznaczałoby to, że władza wykonawcza i sądownicza są związane prawem pozytywnym i prawem natury – taka formuła z uwagi na różnorodność teorii prawa natury prowadziłaby do naruszania obowiązywania ustawy i bezpieczeństwa prawnego”³⁷. Dlatego Dreier proponuje skonstruowanie „etyczne zmodyfikowanego pojęcia prawa pozytywnego” i dopiero na tej podstawie dokonywanie interpretacji przepisu art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej. Punktem wyjścia takiego niepozytywistycznego ujęcia prawa jest wprowadzone przez Dworkina i rozwinięte w niemieckiej nauce prawa przez Alexego – odróżnienie zasad i reguł prawnych³⁸. W pewnym sensie oznacza ono uniwersalizację Radbruchowskiej konsepcji ustawowego bezprawia. Podniesiony przez Radbrucha problem derogacji norm naruszających ostateczne granice sprawiedliwości dotyczył bowiem przede wszystkim ekstremalnych warunków państwa totalitarnego (tzw. *Hitler-Argument*); propozycja Dworkina odnosi się natomiast do konfliktów występujących w systemie prawnym w normalnym demokratycznym państwie prawa (tzw. *Prinzipien-Argument*). Dreier próbuje

³⁴ A. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts* [w:] *ibidem*, s. 108.

³⁵ A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 7 – por. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, s. 222.

³⁶ A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 137.

³⁷ R. Dreier, *Das Spannungsverhältnis..., op.cit.*, s. 79.

³⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne, „Państwo i Prawo”* 1988 r., nr 3, s. 16–26.

połączyć nowoczesną metodologię racjonalnego dyskursu z Radbruchowską ideą prawa – także w warunkach demokratycznego państwa prawa dochodzi, jego zdaniem, do wewnętrznych konfliktów pomiędzy bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością i to zarówno w relacji państwo-obywatel, jak i obywatel-obywatel. Ich przejawem jest właśnie stan pewnego ciągłego napięcia (*Spannungsverhältnis*) pomiędzy *Gesetz* i *Recht*. Dopóki konflikty pomiędzy bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością mieszczą się w granicach pewnej homeostatycznej równowagi, dopóty zachowana jest równowaga systemu jako całości. Ważne jest jednak to, że ów stan napięcia pozostaje cały czas w ramach pozytywnego porządku prawnego, a nie w obrębie prowadzącego w ślepą uliczkę dylematu: „złe” prawo pozytywne – „dobre” prawo natury. Stąd zachowanie wspomnianej homeostazy systemu prawa powinno polegać na właściwym pojmowaniu relacji pomiędzy Dworkinowskimi zasadami i regulami, i to zarówno w procesie stanowienia, jak i stosowania prawa³⁹. W pewnym uproszczeniu można więc powiedzieć, że Dreier proponuje, by w zwrocie *Gesetz und Recht* pod pojęciem *Gesetz* rozumieć reguły prawne, natomiast pod pojęciem *Recht* – zasady prawne, zwłaszcza zasadę szeroko pojętej sprawiedliwości.

5. „GDYBY WSZYSTKO PRZEBIEGAŁO NORMALNIE”...

Trudno oczywiście w tym krótkim szkicu opisać całe bogactwo problemów występujących na gruncie wykładni formuły *Gesetz und Recht*. Przepis art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej jest z pewnością, w powiązaniu z innymi zasadami ustrojowymi, przejawem akceptacji przez ustrojodawcę określonej antypozytywistycznej ideologii stanowienia i stosowania prawa⁴⁰. Z równą pewnością można przyjąć, iż narodziny tej ideologii wiązały się bardzo ściśle z doświadczeniami wynikającymi z perwersji nazistowskiego bezprawia. Na tym tle powstaje jednak pytanie: jak dalece filozofia prawa może ingerować w proces ustawodawczy, w treść tekstu prawnego? Innymi słowy, gdzie jest granica między filozofią prawa jako nośnikiem niezbędnej dla każdego systemu normatywnego aksjologii a filozofią prawa jako zbędnym balastem utrudniającym proces wykładni? Na gruncie analizy przepisu art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej można ten skomplikowany problem dostrzec, trudno go jednak w sposób jednoznaczny rozwiązać. Maunz⁴¹ zauważa, że twórcy Ustawy Zasadniczej, decydując

³⁹ R. Dreier, *Das Spannungsverhältnis...*, *op.cit.*, s. 85.

⁴⁰ J. Zajadło, *Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes*, „Der Staat” 1987, s. 207–230.

⁴¹ T. Maunz, *Rechtsethische Positionen in den Nachkriegsverfassungen des Bundes und der Länder* [w:] A. Rauschner (red.), *Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion*, Paderborn – München – Wien – Zürich 1981, s. 19.

się na pewne rozwiązania normatywne, nie bardzo sobie chyba zdawali sprawę z praktyczno-prawnych, a zwłaszcza ustrojowych konsekwencji. Nawet podzielając tę opinię, należy jednak podkreślić, że formułę *Gesetz und Recht* wprowadzono w niemieckiej konstytucji całkowicie świadomie jako wyraz konieczności uwolnienia państwa prawa z ciasnego gorsetu pozytywizmu. Podniesiony przez Radbrucha problem ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa był z pewnością istotną inspiracją do przyjęcia takich właśnie rozwiązań normatywnych.

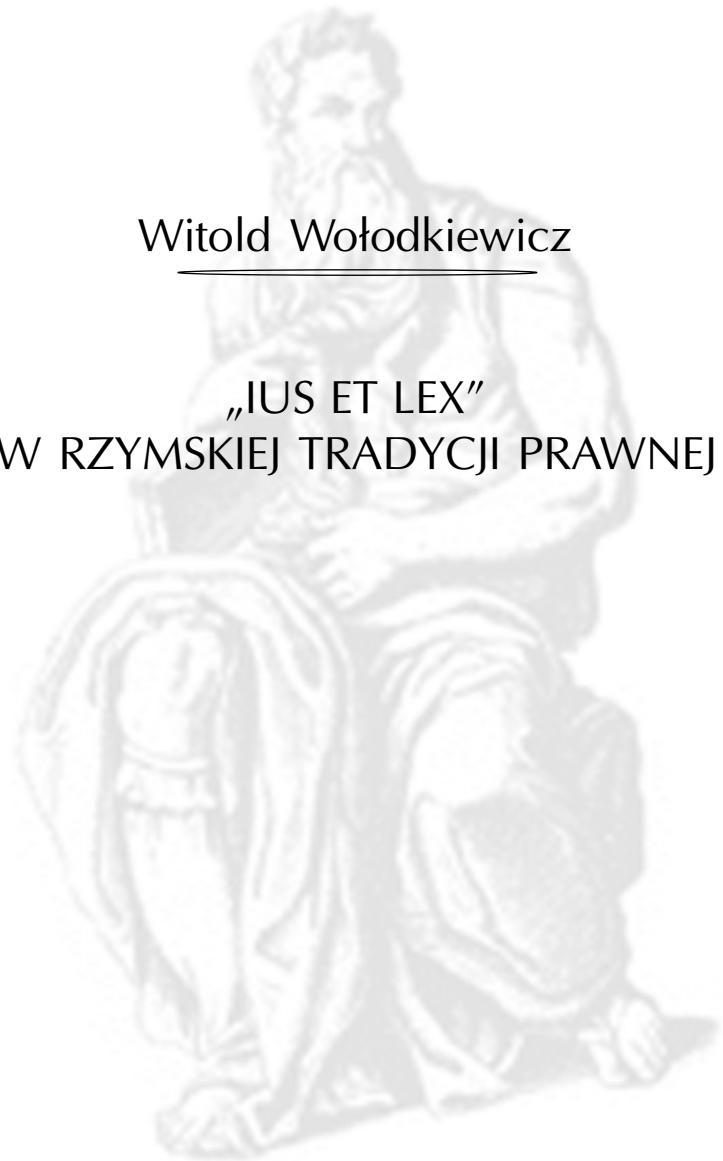
Radbruch otworzył drogę do przezwyciężenia uproszczeń tradycyjnego sporu pomiędzy pozytywizmem i jusnaturalizmem. We współczesnej filozofii prawa próbuje się zupełnie inaczej określić paradymat tego dylematu – nie jest to już konfrontacja dwóch porządków normatywnych, lecz raczej określenie związków zachodzących pomiędzy prawem i moralnością⁴². Radbruchowska koncepcja ustawowego bezprawia stała się inspiracją dla podstawowych sporów filozoficzno-prawnych współczesności, np. debat Harta z Fullerem czy Harta z Dworkinem. Zrozumienie sensu jego powojennych koncepcji filozoficzno-prawnych wymaga jednak pogłębianych studiów nad całą twórczością autora i powstrzymania się od wyrywania pojedynczych myśli z kontekstu całego systemu filozoficzno-prawnego. Tym bardziej, że Radbruch „był mistrzem sytuacyjnej retoryki” i przy próbach interpretacji jego poglądów „jest rzeczą szczególnie niebezpieczną wyciąganie wniosków na podstawie prostego zestawiania lub przeciwstawiania tekstów lub wręcz ich fragmentów”⁴³.

Artykuł *Gesetz und Recht* kończy się dwoma cytatami ewangelicznymi. Mogłyby to sugerować, że – jak czasami twierdzi się w literaturze – autor po wojnie zblżył się do tomistycznej wersji prawa natury⁴⁴. Taki wniosek nie wydaje się jednak trafny. Radbruch nigdy nie zajął jednoznacznego stanowiska w kwestii prawa natury i cała jego filozofia prawa balansuje na granicy pozytywizmu i jusnaturalizmu. Pozytywizm stanowi naturalne instrumentarium codziennej pracy prawnika, o ile – jak stwierdza bohater powieści Schlinka – „wszystko przebiega normalnie”. Historia dostarcza jednak wiele dowodów na to, iż pozytywizm nie jest dostateczną gwarancją, że wszystko rzeczywiście „przebiegnie normalnie”.

⁴² R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg – München 1994, s. 39 i nast.

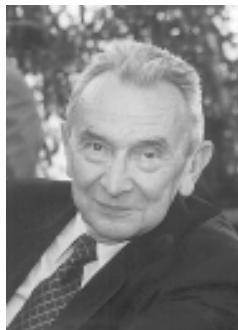
⁴³ W. Hassemer, *Einführung* [w:] G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, tom 3 – *Rechtsphilosophie III*, *op. cit.*, s. 8.

⁴⁴ Tak, moim zdaniem, np. *Encyklopedia prawa*, Wydawnictwo Beck, Warszawa 2000, s. 845–846.



Witold Wołodkiewicz

„IUS ET LEX”
W RZYMSKIEJ TRADYCJI PRAWNEJ



WITOLD WOŁODKIEWICZ

Profesor zwyczajny prawa rzymskiego na Uniwersytecie Warszawskim. Przewodniczący Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej Polskiej Akademii Nauk. Dyrektor Międzynarodowej Szkoły Prawa Rzymskiego w Ośrodku Badań nad Kulturą Antyczną (OBTA) UW oraz wicedyrektor OBTA. Przewodniczący Rady Naukowej Instytutu Historii Prawa UW.

Wykładał na uniwersytetach: w Paryżu (*Panthéon Sorbonne*), *Ecole Pratiques des Hautes Etudes (Sorbonne)*, *Universitâ di Napoli (Federico II)*, *Universitâ di Camerino*, *Universitâ di Bari*, *Universitâ di Sassari*.

Opublikował m.in. *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, *Obligationes ex variis causarum*, (z Marią Zabłocką) *Prawo rzymskie. Instytucje*.



WPROWADZENIE

Autor poddaje analizie znaczenie terminów ius oraz lex w historii prawa rzymskiego. Jego zdaniem, optyka wyznaczana przez programowe hasło czasopisma: ius et lex, oznacza zamiar oparcia studiów nad prawem współczesnym również na tradycji romanistycznej. W związku z tym autor zestawia treściową zawartość obu terminów z przeglądem źródeł prawa, ich mocą obowiązującą i autorytetem, który o niej decydował. Szczególne znaczenie mają spostrzeżenia dotyczące roli prawnika i jego działalności w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa, którą zakłada tradycja romanistyczna.

Tytuł czasopisma „Ius et Lex”, świadczący o tym, że jego twórcy czują potrzebę oparcia studiów nad prawem współczesnym na tradycji romanistycznej, zachęca do zajęcia się znaczeniem tych dwóch terminów w historii prawa rzymskiego.

W okresie rzymskiej republiki terminem *ius* (lub *iura*) oznaczano cały zespół norm składający się na obowiązujący porządek prawnym¹. Termin *lex* oznaczał natomiast początkowo tę część porządku prawnego, w której wyrażał się element pewności prawa. *Lex* powstawała w wyniku działalności legislacyjnej zgromadzeń ludowych, całego *populus romanus*. Od uchwalenia w roku 287 p.n.e. ustawy Hortensjusza (*lex Hortensia*)^{2*}, miano *leges* uzyskały również uchwały podejmowane przez zgromadzenia plebejskie (*concilia plebis*), których działalność ustawodawcza nabierała podstawowego znaczenia w dziedzinie prawa stanowionego³.

W okresie wczesnego pryncypatu zmienił się sposób tworzenia *leges*. Zanikała działalność zgromadzeń ludowych i plebejskich jako organów tworzących prawo. Nabierały natomiast znaczenia uchwały senatu (*senatus*

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

¹ Autor celowo nie chce wdawać się w niezmiernie sporne zagadnienie znaczenia terminów *ius* i *fas* w najdawniejszym okresie dziejów prawa rzymskiego. Zob. R. Orestano, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, „Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano” (dalej cytowane jako BIDR) 1940 r., nr 46, s. 246 i nast.

² D.I.2.8 (Pomponius, *lib. sing. Enchiridion*): [...] *Ita factum est, ut inter plebiscita et legem species constituendi interesset, potestas autem eadem esset.* [Postanowiono, że uchwały ludu i ustawy będą się różnić sposobem ustanawiania, ich moc zaś ta sama pozostanie – red.].

³ Por. P. de Francisci, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma 1965, s. 206 i nast.

tus consulta)⁴. W okresie tym, gdy koncepcje ustrojowe princepsów nawiązywały do tradycji republikańskich, senat (politycznie w pełni zależny od cesarza) był wygodniejszym forum niż dawne zgromadzenia ludowe, dla realizowania polityki władcy, a z zachowaniem pozoru tradycji republikańskiej. Przyznanie mocy obowiązującej uchwałom senatu dawało cesarzowi wygodny instrument do realizowania swych zamierzeń legislacyjnych. *Oratio principis* wygłaszała na posiedzeniu senatu i jednogłośnie przyjmowana przez akklamację stawała się obowiązującym prawem.

W okresie pryncypatu pojawia się również zupełnie nowa forma prawa stanowionego, traktowana na równi z *lex*, a później, w okresie dominatu, określana tym terminem. Były to konstytucje cesarskie o różnym znaczeniu i formie (*decreta, edicta, epistulae, mandata, rescripta*). Uznanie, przynajmniej niektórych z nich, za źródło prawa równoważne ustawie, nie budziło wątpliwości już u jurystów wczesnego pryncypatu. Pomponiusz, wymieniając wśród źródeł prawa konstytucje cesarskie, zauważa, że są one równoważne ustawie⁵.

Dalej w uznaniu mocy obowiązującej konstytucji cesarskich idzie Gajus w *Instytucjach*. Wśród źródeł prawa stanowionego (z których część miała dlań jedynie znaczenie historyczne), wymienia również konstytucje cesarskie⁶. Stwierdza wyraźnie, że mają one moc ustawy (*quin id legis vicem optineat*)⁷ i że nie budziło to nigdy wątpliwości. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest to, że władza ustawodawcza cesarza wynika z nadania mu imperium przez ustawę. Gajus piszący, podobnie jak Pomponiusz, w pierwszej połowie

⁴ Gai 1.4: *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet, quamvis de ea refuerit quae situm* [Uchwałą senatu jest to, co senat nakazuje i postanawia. A zachowuje ona moc ustawy, choć tę sprawę rozważano – tłum. C. Kunderewicz].

⁵ D.1.2.2.12 (Pomponius, *lib. sing. enhiridion*): [...] aut *senatus consultum, quod solum senatu constitente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur* [Albo jest uchwała Senatu, która zapada bez ustawy jedynie tak, jak postanawia Senat, albo jest Konstytucja cesarska, to znaczy, że co sam cesarz postanawia, ma moc ustawy – red.].

Por. B. Albanese, *D.1.2.2.12 ed il problema della sua attribuzione* [w:] *Scritti in onore di S. Pugliatti*, tom 4, Milano 1978, s. 12, który podkreśla prawidłowość wyrażenia *pro lege servetur* punktu widzenia rzymskiego systemu źródeł prawa.

⁶ Gai 1.5: *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto, vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat* [Konstytucją cesarza jest to, co cesarz postanawia dekretem lub edyktom, lub listowną odpowiedzią. I nigdy nie wątpiono, że to zachowuje moc ustawy, skoro (i) sam cesarz otrzymuje władzę przez ustawę – tłum. C. Kunderewicz].

Por. F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” (dalej cytowane jako SDHI) 1982 r., nr 48, s. 427 i nast.

⁷ Zwrót *legis vicem obtinere* używa Gajus również w odniesieniu do *senatus consultum* oraz, w oparciu o reskrypt Hadriana, do zgodnych *responsa prudentium* (Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opinione eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si*

II w. n.e. wyrażał jedynie istniejącą zasadę zrównania konstytucji cesarskich z *leges*, starając się jednocześnie podać motywy takiego rozwiązania.

W okresie późnego pryncypatu zaczyna się stopniowo kształtować zasada pełnej suwerenności władzy ustawodawczej cesarzy. Zmienia się też status rzymskich jurystów: z niezależnych *iurisprudentes*, reprezentujących arystokratyczne podejście do wykonywanej przez nich funkcji, stają się w końcu II w. n.e. zależnymi od władców „prawnikami biurokratami”⁸. Dla Ulpiana, jurysty z przełomu II i III wieku, pełniącego wysokie funkcje w strukturze władzy cesarskiej⁹, zasada, w myśl której cesarz ma nieograniczoną możliwość stanowienia prawa, jest już oczywista. W okresie dynastii Sewerów formalne uzasadnienie źródła pochodzenia tej władzy nie będzie musiało być wysuwane jako podstawowe.

Ulpian wyraża, w sposób bezwarunkowy, zasadę braku związania cesarza obowiązującym prawem – zwrotem *princeps legibus solutus est*. Ulpian przyznaje jednak to uprawnienie wyłącznie cesarzowi, a nie najbliższym członkom jego rodziny. Zwrot *princeps legibus solutus est* oznaczał dla Ulpiana jedynie to, że cesarz jest zwolniony od konieczności przestrzegania istniejących ustaw¹⁰.

Późniejsze dzieje formuły *princeps legibus solutus est*, która stała się podstawą średniowiecznej doktryny suwerenności władzy monarszej oraz podstawą nowożytnej koncepcji władcy absolutnego, rozwijanej w okresie Renesansu, to zbliżanie się do zasady generalnej, że cesarz stoi ponad wszelkimi ustawami i staje się ich jedynym twórcą¹¹.

Zasada pełnej władzy prawodawczej cesarzy stała się w pełni obowiązującą w okresie dominatu. Pomimo składanych niekiedy deklaracji o konieczności przestrzegania ustaw, cesarze mieli w rzeczywistości wyłączną i niczym nieograniczoną władzę ustawodawczą. Stwierdzenie o znaczeniu, jakie dla

in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet, si vero dissentunt, iudici licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi Hadriani significatur [Odpowiedzi znawców prawa są (to) zdania i poglądy tych (prawników), którym pozwolono tworzyć prawa. Jeżeli do jednego sprowadzają się ich wszystkie zdania, to, co w jaki sposób myślą, zachowuje moc ustawy, jeżeli są natomiast sprzeczne między sobą, sędziemu wolno pojść za którym zechce zdaniem. I to się oznajmia w pisemnej odpowiedzi boskiego Hadriana – tłum. C. Kunderewicz].

⁸ Zob. M. Bretone, *Techniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, s. 233 i nast.

⁹ Zob. G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista* [w:] *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (dalej cytowane jako ANRW) tom 15, Berlin-New York 1976, s. 708 i nast.

¹⁰ D.1.3.31 (Ulpianus, lib. 13 *ad legem Iuliam et Pappiam*) *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent* [Cesarz nie jest związany ustawami: Augusta zaś winna być związana ustawami, jednak cesarze te same jej przyznają przywileje, które oni mają – red.].

Zob. H.F. Jolowicz, *The Stone that the Builders Rejected: Adventures of some Civil Law Texts*, Seminar 12, 1954, s. 40–41; M. Lauria, *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli 1957, s. 276 i nast.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 178.

¹¹ Zob. G. Crifò, *op. cit.*, s. 777, nota 435.

władcy powinno mieć przestrzeganie ustaw, zawarte w Konstytucji cesarza Walentyniana z roku 429 n.e., było jedynie deklaracją bez pokrycia¹².

W innym fragmencie, przekazanym w *Digestach* justyniańskich, Ulpian uzasadnia również (podobnie jak czynił to Gajus) źródło, z którego wyplýwa władza ustawodawcza cesarzy: jest nim nadająca cesarzowi władzę *lex de imperio*. Jurysta ten idzie jednak w swym uznaniu pełnej władzy ustawodawczej cesarza dalej niż Gajus: podkreślając, że sama wola władcy ma moc ustawy. Używa zwrotu, że to, co uznaje za właściwe cesarz, ma moc ustawy. Zwrot ten zrobił wielką karierę w późniejszych dziejach teorii państwa¹³.

Instytucje Justyniana powtarzają sformułowanie Ulpiana: *quod principi placuit, legis habet vigorem*, wraz z jego formalnym uzasadnieniem (podobnie jak czynili to Gajus i Ulpian), sięgającym do nadania cesarzowi władzy przez ustawę (*lex de imperio*). Justynian, dla wzmocnienia tego nadania, odnosi go do archaicznej *lex regia*. Odpowiada to bizantyjskiej koncepcji władzy królewskiej (*basileia*)¹⁴. Do sformułowania Ulpiana *princeps legibus solutus est* nawiązują również *Instytucje* Justyniana. Cesarz, nie kwestionując swego prawa do nieliczenia się z obowiązującymi ustawami (*legibus soluti sumus*), podkreśla jednak, że powinno się to mieścić w ramach istniejącego porządku prawnego (*atamen legibus vivimus*). Justynian przywołuje słowa cesarzy Aleksandra Sewera i Antoninusa (Karakalli): „chociaż bowiem

¹² C.1.14.4: *Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum* [A zaiste lepiej jest dla państwa podporządkować władzę cesarską ustawom – red.].

Zob. G. Cervenca w: *Lineamenti di storia del diritto romano*, pod red. M. Talamanca, Milano 1989, s. 561 i nast.

¹³ D.1.4.1 (Ulpianus, *lib. 1 Institutionum*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* [Co podoba się cesarzowi, ma moc ustawy: dzieje się tak bowiem władzą królewską uchwaloną o zwierzchności (ludu), składa on całą swą zwierzchność i moc na cesarza – red.]. Zob. F. Gallo, *op.cit.*, s. 428; por. A. dell’Oro, *Imperium’ e ‘lex imperii’ alla luce del Codice di Giustiniano* [w:] *Sodalitas*, tom 4, Napoli 1984, s. 1573.

¹⁴ I.1.2.6: *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita induxit, vel si cui poenam imrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent* [Lecz i to, co uznaje za właściwe cesarz, ma moc ustawy, jako że na podstawie ustawy królewskiej, wydanej w sprawie jego władzy, lud odstąpił mu i przeniósł na niego całą swoją władzę i moc. Cokolwiek więc cesarz listem ustanawia albo po rozpoznaniu orzeka, albo w edyktie nakazuje, niewątpliwie jest ustawą. To właśnie nazywa się konstytucjami. Oczywiście, niektóre z nich są osobiste i nie używa się ich jako precedensów, ponieważ nie tego chce cesarz. Bowiem, że komuś za usługi okazał życzliwość lub jeśli na kogoś karę nałożył, albo jeśli komuś w sposób bezprzykładny przyszedł

jesteśmy wolni od więzów praw, jednakże żyjemy według praw”¹⁵. Dziś nazwalibyśmy to uznaniem „zasady państwa prawnego”.

Ta sama myśl, do której zresztą wyraźnie nawiązuje powołany uprzednio fragment *Instytucji*, pojawiła się już w przekazanej w Kodeksie Justyniana konstytucji Aleksandra Sewera z roku 232. Cesarz stwierdza w niej, że dzięki nadaniu mu władzy przez *lex de imperio*, jest wprawdzie wolnym od więzów prawa, jednakże powinien działać w ramach istniejącego porządku prawnego, gdyż właściwością władzy jest posługiwanie się ustawami¹⁶.

O ile w zakresie tworzenia rzymskiego prawa publicznego podstawowe znaczenie miały normy prawa stanowionego (*leges rogatae*, *leges datae*, *plebiscita*, *senatus consulta* oraz *leges constitutiones principum*), to w zakresie rozwoju prawa prywatnego normy prawa stanowionego miały znaczenie znikome. Zrąb archaicznych norm dotyczących prawa prywatnego opierał się na dawnym prawie zwyczajowym (*mos maiorum*), ułożonym w ustawie XII Tablic¹⁷. Rozwój warstwy *ius civile*, która dotyczyła prawa prywatnego (przynajmniej do końca pryncypatu), rzadko odbywał się przez tworzenie norm prawa stanowionego.

Rozwój rzymskiego prawa prywatnego odbywał się dwoma torami. Pierwszy z nich to tworzona (obok *ius civile*) warstwa prawa rzymskiego zwana *ius honorarium* lub *ius praetorium*. Stanowiła ona owoc działalności urzędników jurysdykcyjnych (pretorów i edyliów kurulnych), którzy udzielając ochrony prawnej (procesowej lub pozaprocesowej), mogli w odpowiedni sposób dostosowywać normy *ius civile*. Mogli też wychodzić poza zakres przewidzianej w nich ochrony, opierając się na prawie, „które przyrodzony rozsądek ustanowił pomiędzy wszystkimi ludźmi [...], którym posługują się wszystkie narody”¹⁸. Działalność tych urzędników mogła dotyczyć zarówno obywateli rzymskich, jak i peregrynów¹⁹.

Drugi tor rozwoju prawa prywatnego to twórcza interpretacja *ius civile* dokonywana przez *iurisprudentes*. Interpretacja ta, której podstawą było archaiczne *mos maiorum* oraz prawo stanowione, była głównym źródłem

z pomocą, nie rozciąga się poza daną osobę. Inne zaś konstytucje, ponieważ są ogólne, niewątpliwie obowiązują wszystkich – tłum. C. Kunderewicz]. Zob. D.1.4.1.

¹⁵ I.2.17.8(7): ‘*Licet enim inquietunt (Severus et Antoninus) legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*’ [tłum. w tekście: C. Kunderewicz].

¹⁶ C.6.23.3: *Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere* [Ustawa o zwierzchności zwolniła cesarza od respektowania prawa, nic jednak nie jest tak właściwe dla władzy jak życie zgodne z ustawami – red.].

¹⁷ Zob. Orestano, *Dal ius...*, op.cit., s. 268.

¹⁸ Gai 1.1: [...] *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur* [tłum. w tekście: C. Kunderewicz].

¹⁹ Zob. Gai 4.103–106. Por. P. De Francisci, *Sintesi...*, op.cit., s. 210–211.

rozwoju rzymskiego prawa prywatnego. Prawnicy rzymscy byli bowiem nie tylko znawcami prawa, lecz także jego twórcami. Prawo rzymskie od końca II wieku p.n.e. do III wieku n.e. stworzyło model „prawa prawniczego”, tj. takiego, w którym grupa zawodowa prawników spełniała ogólną rolę w tworzeniu prawa²⁰.

Pomponiusz wyjaśnia, że *ius civile* opiera się na samej interpretacji uczonych prawników²¹. To stwierdzenie potwierdza również inny przekaz Pomponiusza, w którym jurysta (po przedstawieniu w poprzednim paragrafie historii powstania ustawy XII tablic) pisze, iż ustawa ta wymagała dyskusji i interpretacji biegłych w prawie. Z tych dyskusji powstało prawo niepisane, które nazywano wspólną nazwą *ius civile*²².

W literaturze prawa rzymskiego dostrzega się sprzeczność pomiędzy użyciem na oznaczenie *interpretatio prudentium* przez Pomponiusza – raz terminu *proprium ius civile* a drugi raz *ius civile communi nomine*. Nie wydaje się jednak, by mogło to podważać wiarygodność zrównania *interpretatio prudentium* z pojęciem *ius, ius civile*²³. Rozróżnienie pomiędzy prawem stanowionym (*leges*) a prawem zawartym w pismach jurystów (*iura*) występuje również wielokrotnie w źródłach późnego cesarstwa²⁴.

Znaczenie *interpretatio* dla tworzenia rzymskiego *ius civile* wiąże się z rozwojem rzymskiej wiedzy prawniczej. Działalność prawników stanowiła bowiem główną siłę napędową rozwoju prawa w Rzymie²⁵.

²⁰ Zob. A. Schiavone, *Prawnik* [w:] A. Giardin (red.), *Człowiek Rzymu*, Warszawa 1997, s.107 i nast. Można to porównać z doktryną anglosaskiego realizmu prawniczego, który posługiwał się wyrażeniem „sądy tworzą prawo” (*courts make law*) z opartą na prawie rzymskim tradycją Europy kontynentalnej podkreślającą znaczenie tradycji naukowej (por. G. P. Fletcher, *Ius et lex. Kilka refleksji nad pojęciem prawa*, drukowane w niniejszym tomie).

²¹ D.1.2.2.12 (Pomponius, *lib. sing. enchyridion*): [...] est *proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* [...]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 205; M. Talamanca [w:] *Lineamenti...* *op.cit.*, s. 232 i nast.; M. Brutti, *ibidem* s. 289.

²² D.1.2.2.5 (Pomponius, *lib. sing. enchyridion*): *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatione et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, [...] sed communi nomine appellatur ius civile* [Po uchwaleniu tych ustaw stała się niezbędna dyskusja na forum na ich temat. Jest oczywiste, że ich interpretacja powinna opierać się na autorytecie znawców. Ta dyskusja na forum i to prawo, które bez formy pisanej zostało ułożone przez znawców, nie ma własnej nazwy (jak to jest w przypadku innych gałęzi prawa), lecz nazywane jest wspólną nazwą prawa obywatelskiego (*ius civile*) – red.].

²³ Zob B. Albanese, *op.cit.*, s. 14–15.

²⁴ Zob. np.: C.1.9.8 (398 r.); C.9.9.30 (342 r.); *Consultatio* 9.5 (365 r.); *Codex Theodosianus* 2.1.10 oraz 9.7.3 (342 r.); *Novellae Valentiniani* 35.1. Por. M. Lauria, *Ius...*, *op.cit.*, s. 176 i nast.

²⁵ Zob. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 198, s. 54 i nast; P. Cerami, *Ricerche romanistiche e prospettive storico comparativistiche*, „*Annali Palermo*” 1995 r., nr 93, s. 211 i nast.

Różne formy, w jakich rozwijała się wiedza prawnicza w Rzymie, określaly etapy rozwoju prawa rzymskiego. Jurysprudencja pontyfikalna (sprawowana przez kolegium pontyfików), a następnie świecka (po opublikowaniu przez Gneusza Flawiusza w początku IV w. p.n.e. zbioru formuł procesowych), dostosowywały najdawniejsze instytucje prawa stanowionego i zwyczajowego do nowych warunków i potrzeb rozwijającego się terytorialnie i gospodarczo państwa²⁶. Różne rodzaje działalności rzymskich jurystów określano terminami: *cavere, agere, respondere*.

Cavere oznaczało działalność jurysty polegającą na układaniu i redagowaniu aktów prawnnych. Tego rodzaju pomoc była szczególnie przydatna w okresie archaicznego prawa rzymskiego, bowiem z uwagi na jego ogromny formalizm – brak zachowania odpowiedniej formy mógł prowadzić do nieskuteczności aktu prawnego. Od słowa *cavere* (*cautio* oznaczała dokument, który stanowił schemat i dowód dokonania aktu prawnego) pochodzi określenie jurysprudencji kautelarnej.

Agere (działać, prowadzić proces) oznaczało analogiczną do *cavere* działalność jurystów polegającą na przygotowaniu instrukcji do prowadzenia procesu. Tego rodzaju pomoc jurysty była niezbędna nie tylko w okresie procesu legisakcyjnego (gdzie strona wypowiadająca przed pretorem niewłaściwą formułę przegrywała proces), lecz również i w okresie procesu formułkowego (gdzie powód, pozywając przeciwnika przed pretora, przedstawiał propozycję formułki procesowej, której następnie pretor mógł udzielić stronom). Rolą jurysty było zaproponowanie odpowiedniej formułki z katalogu już istniejących. Jurysta mógł też zaproponować zupełnie nową formułkę, której pretor mógł udzielić z mocy swojego imperium.

Respondere oznaczało wszelką działalność jurysty, polegającą na udzielaniu porad prawnnych, zarówno osobom prywatnym, jak też urzędnikom i sędziom. *Respondere* obejmowało zatem również działalność określana jako *cavere* i *agere*. W węższym tego słowa znaczeniu, *respondere* (oznaczało też zwrotem *de iure respondere*) oznaczało wyjaśnianie przez jurystę wątpliwości, które powstały przy rozstrzyganiu konkretnego przypadku, dokonywanie interpretacji prawa.

Działalność jurystów w okresie archaicznej jurysprudencji pontyfikalnej opierała się na rygorystycznym przestrzeganiu ustalonej przez kolegium pontyfików interpretacji prawa. Odebranie pontyfikom monopolu wiedzy prawniczej przyczyniło się do rozszerzenia znajomości prawa w społeczeństwie rzymskim. Rozstrzyganie kontrowersji prawnych (*ius controversum*) stało się ulubionym zajęciem przedstawicieli czołowych rodów rzymskich. Cicero opisuje, jak wybitni rzymscy juryści okresu republiki (Sekstus Aeliusz, Manliusz Maniliusz) przechadzali się po forum, będąc stale w gto-

²⁶ Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 218.

wości do udzielania każdemu obywatelowi pomocy prawnej i wszelkich innych rad²⁷. Z tej działalności wykształciła się również literatura prawnicza, stanowiąca początkowo zbiór poczególnych rozstrzygnięć.

O znaczeniu interpretacji w rozwoju rzymskiego *ius civile* może świadczyć też przekaz Pomponiusza, który, wspominając o dziele Sekstusa Aeliusa²⁸ *Tripertita* stanowiącym kolebkę wiedzy prawniczej (*cunabula iuris*), pisze, że nazwa *tripertita* pochodziła stąd, że Sekstus Aeliusz do tekstu ustawy XII tablic dodał *interpretatio* oraz dołączył formuły *legis actiones*²⁹.

Udział jurystów w tworzeniu i ciągłym ulepszaniu prawa podkreśla w sposób jednoznaczny Pomponiusz, który wręcz stwierdza, że nie może istnieć prawo (*ius*) bez udziału biegłego w prawie jurysty, dzięki któremu prawo wciąż się ulepsza³⁰. Do tego procesu ulepszania prawa udział jurysty, który tłumaczy i wyraża rzeczywiste znaczenie prawa stanowionego i zwyczajowego, wydaje się niezbędny. Rolą jurysty jest pośredniczenie pomiędzy prawem i obywatelami³¹.

Alessandro Corbino, w ostatnio opublikowanym artykule o wartościach prawa³², przypomina, że w języku łacińskim słowo *ius* ma dwa znaczenia:

²⁷ Cicero, *de oratore* 3.33.133: *Meminerant illi (pater et sacer) Sex. Aelium; M. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambularem foro, quod erat insigne enim qui id faceret facere civibus suis omnibus consilii sui copiam: ad quos olim et ita ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur* [Pamiętali oni (ojciec i teść) Sextusa Aeliusza; ja sam widziałem Maniusza Maniliusza, jak przechodził się w poprzek forum, co było widocznym znakiem, że każdego z obywateli jest gotów wesprzeć radą. Do nich to wówczas, gdy tak się przechodziły lub w domu siedzeli, przychodziły ludzie, zwracając się nie tylko w kwestiach prawa cywilnego, ale by radzić się w sprawie wydania córki za mąż, kupna gruntu czy uprawy ziemi – właściwie każdej dotyczącej bądź zobowiązania, bądź interesów. – red.]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 218; *Lineamenti...*, *op.cit.* s. 288 i nast.

²⁸ Żyjącego na przełomie III i II w. p.n.e.

²⁹ D.1.2.2.38 (Pomponius, *lib. sing. enhiridion*) *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur ‘tripertita’, qui liber veluti cunabula iuris continet: ‘tripertita’ autem dicitur; quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio* [Ennius pochwalił Sextusa Aeliusa i wyróżnił z jego dzieła księgi zatytułowaną *Trójczęciowa*, która stanowi jakby kolebkę prawa. Nazwana została *Trójczęciową* bowiem po przedstawieniu ustawy XII Tablic dołącza do niej jej interpretację, a na koniec formy procesowe (*legis actiones*) – red.]. Zob. P. de Francisci, *Sintesi...*, *op.cit.*, s. 221.

³⁰ D.1.2.2.13 [...] *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.* Zob. A. Corbino, *Nota minima ai valori di „ius”* [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, tom 1, Warszawa 2000, s. 182.

³¹ Zob. A. Guarino, *Pagine del diritto V*, Napoli 1994, s. 320; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 1989, s. 74.

³² A. Corbino, *op.cit.*, s.179 i nast.

1) ‘prawo’ oraz 2) ‘wywar, sos, zupa, rosół’³³. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim znaczeniu, jest to produkt operacji technicznej dokonywanej odpowiednio przez jurystę bądź przez kucharza. O jakości zupy-sosu (*ius*) decydują zarówno użyte składniki, jak i umiejętności kucharza, który ją przygotowuje. O wysokiej jakości prawa (*ius*) decydują źródła, na których opiera się porządek prawnego (*leges et mores*) oraz odpowiednie ich przetworzenie i przygotowanie przez jurystę³⁴. W tym sensie działalność jurysty jako niezbędny element w procesie tworzenia prawa nasuwa skojarzenie z działalnością kucharza, który przygotowując potrawę posługuje się odpowiednimi składnikami i sposobami ich przyrządzania.

Tę analogię znaczeń wyraźnie podkreśla Izydor z Sewilli pisząc, że „sos mistrza kuchni (*ius*) jest nazywany podobnie jak prawo (*ius*), gdyż ustawa jest składnikiem prawa”³⁵.

W kontekście tych rozważań należy widzieć słynną definicję prawa pochodząą od Celsusa, a przekazaną przez Ulpiana i zawartą na początku Digestów justyniańskich, o brzmieniu: prawo jest umiejętnością stosowania tego, co dobre i słuszne (*ius est ars boni et aequi*)³⁶. Jurysta jawi się w niej jako mistrz, który przez swe umiejętności (*ars*) rozwija prawo. Rozwijając normę prawną, winien on stosować kryterium słuszności, mieszczące się jednak w pozytywnym porządku prawnym.

³³ Zob. też J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 199, s. 541–548.

³⁴ Zob. A. Corbino, *op.cit.*, s. 181: „*Ius*”-brodo e „*ius*”-diritto sono entrambi il frutto di un’operazione „tecnica” (del cuoco e del giurista) che permette all’esperto di ricavare da una realtà (le carni e le verdure, da una parte, le leges e i mores dall’altra), adeguamente trattata, un risultato (il „brodo”, il „criterio di giudizio”) [Zarówno *ius* – rosół, jak i *ius* – prawo, są owocem zabiegu technicznego, kucharza albo prawnika, który pozwala znawcy wyciągnąć z należycie potraktowanych składników (mięsa i warzyw oraz ustaw i zwyczajów) odpowiedni rezultat – czy to rosół, czy też „sposób wyrokowania” – red.]. Zob. też: F. Cornelutti, *Di là dal diritto, „Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche”* (dalej cytowane jako RISG) 1947 r., nr 84, s. 115–116; G. Devoto, *Ius di là dalla grammatica*, RISG 1948 r., nr 85, s. 414 i nast.

³⁵ Isidorus Hispalensis, *Etym.* 20.2.32: *Ius coquinae magistri a iure nuncupaverunt, quia [ea] est lex condimenti eius. Hanc Graeci ‘zéma’ vocant* [Kuchmistrze nazwali *ius* – rosół, od *ius* – prawo, ponieważ ustawa jest mu przyprawą. Ustawę zaś grecy nazywają *zéma* – red.].

³⁶ D.1.1.1 pr. (Ulpianus *lib. 1 Institutionum*): [...] ut eleganter Celsus definit, *ius est ars boni et aequi*. Por. P. Cerami, *La concezione celsina del „ius”*, „Annali Palermo” 1985 r., nr 88, s. 7 i nast.

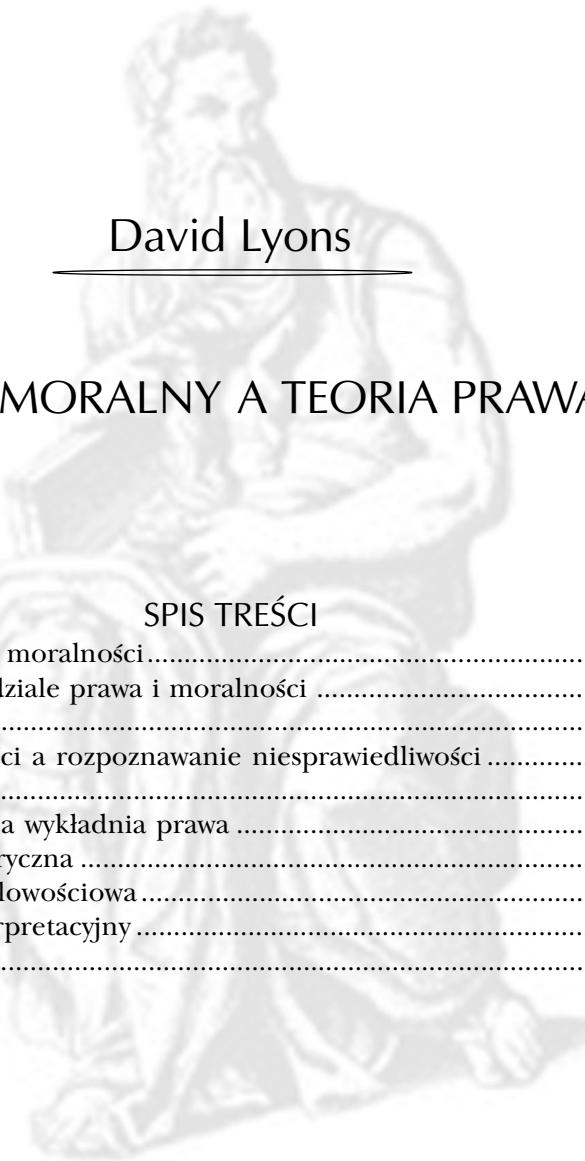
* Używane skróty:

I. – *Institutiones Iustiniani*

D. – *Digesta seu Pandectae Iustiniani*

C. – *Codex Iustiniani*

Gai – *Gai Institutiones Commentari IV.*



David Lyons

OSĄD MORALNY A TEORIA PRAWA

SPIS TREŚCI

1. Rozdział prawa i moralności	65
Założenie o rozdziale prawa i moralności	65
Dowody	67
Teoria moralności a rozpoznawanie niesprawiedliwości	68
Teoria prawa	69
2. Zasady moralne a wykładnia prawa	71
Wykładnia historyczna	71
Interpretacja celowościowa	75
Naturalizm interpretacyjny	76
3. Rządy prawa	78

Tłumaczenie: Marek Kaduczak



DAVID LYONS

Urodzony w 1935 roku w Nowym Jorku. W latach 1964–1994 wykładowca Uniwersytetu Cornell, gdzie uzyskał kolejno tytuły: profesora filozofii w 1971 roku, profesora prawa w 1979 roku i *Susan Linn Sage Professor of Philosophy* w 1990 roku. W latach 1978–1984 kierownik Katedry Filozofii. Od 1995 roku wykłada na Uniwersytecie w Bostonie. Otrzymał liczne prestiżowe nagrody, m.in. *Guggenheim Fellowship* i trzykrotnie *Fellowship of National Endowment for Humanities*. Zajmuje się przede wszystkim teorią rządów prawa, odpowiedzialności politycznej i prawami człowieka. Wydał m.in. *Ethics and the Rule of Law* (wyd. pol. z 2000 r.), *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility; Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*; *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*.



WPROWADZENIE

David Lyons stawia tezę, że osąd moralny, związany z naszą zwykłą zdolnością do rozpoznawania niesprawiedliwości i wydawania ocen moralnych, wyznacza wyraźne granice różnym przejawom teorii prawa. Ilustruje ją rozważaniami poświęconymi trzem fundamentalnym zagadnieniom teorii prawa. Pierwszy problem to tzw. rozdział prawa i moralności, zakładającyomylność moralną prawa. Osąd moralny okazuje się być w tym kontekście epistemologicznie uprzedni wobec teorii prawa, która w związku z tym musi z zasady przewidzieć możliwość istnienia prawa niesprawiedliwego. Drugie zagadnienie stanowi problem interpretacji prawa, gdzie osąd moralny uświadamia niewielką przydatność nawet najbardziej obiecującej teorii wykładni prawa. Trzecie zagadnienie, które zamyka rozważania Lyonsa – to idea rządów prawa i związany z nią obywatelski obowiązek posłuszeństwa prawa. Analiza ta unaocznia, jak oceny moralne decydują o pożądanym kształcie urzeczywistniania tych ideałów i dobitnie przeczą argumentacji podnoszonej przy ich nadużyciach. Rozważania Lyonsa prowadzą również do znacznie szerszej konkluzji – niepokoju o zdolność prawa do osiągnięcia własnych ideałów moralnych i intelektualnych.

Pragnę rozważyć tu rolę osądu moralnego w teorii prawa. Stawiam tezę, iż osąd moralny wyznacza istotne ograniczenia różnym aspektom teorii prawa. Aby ją zilustrować, omówię najpierw tzw. rozdział prawa i moralności (część pierwsza), następnie zagadnienie interpretacji prawa (część druga), a na koniec – ideał rządów prawa (część trzecia).

1. ROZDZIAŁ PRAWA I MORALNOŚCI

A. ZAŁOŻENIE O ROZDZIALE PRAWA I MORALNOŚCI¹

Nazwa tej koncepcji jest zwodnicza. Sugeruje, co jest nie do przyjęcia, że prawo i moralność są od siebie odizolowane, czy też, że naukowcy pragną, aby stały się całkowicie niezależne. Obie te sugestie są

¹Szerzej omawiam tę tezę w tytułowym artykule zbioru: D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory*, Cambridge 1993.

fałszywe. Każdy teoretyk prawa zdaje sobie sprawę, że prawo i moralność wzajemnie na siebie oddziałują. To, co prawo nakazuje lub dopuszcza, do pewnego stopnia wpływa na nasze poglądy o moralności różnych zachowań, a przekonania moralne w jakimś zakresie kształtują treść prawa. Rezultatem takich przyczynowych powiązań jest częściowe pokrywanie się prawa danej wspólnoty z panującymi w niej poglądami moralnymi.

Wpływ zasad moralnych na prawo może być bezpośredni, jak w prawie karnym; może być też pośredni, jak w przypadku zasad demokratycznych, które decydują raczej o procedurach podejmowania decyzji niż o samym prawie materialnym, powstającym w wyniku działania tych procedur.

Z jednej strony, naukowcy rozumieją, że tak zwany rozdział prawa od moralności nie dotyczy owych przyczynowych powiązań między prawem wspólnoty a jej poglądami moralnymi. Jednocześnie każdy teoretyk prawa prawdopodobnie chce, aby prawo było kształtowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez zdrowe zasady moralne.

Moim zdaniem, główne założenie koncepcji nazywanej „rozdziałem prawa i moralności” brzmi następująco: prawo podlega osądowi moralnemu i nie zasługuje automatycznie na aprobatę.

Doktrynę tę kojarzy się zazwyczaj z pozytywizmem prawniczym. Głosili ją Jeremy Bentham, John Austin, Herbert Hart i wielu innych tak zwanych pozytywistów. W rzeczywistości jednak jest ona znacznie szerzej akceptowana. Tomasz z Akwinu był teoretykiem prawa naturalnego, stwierdzał zaś wyraźnie, że „prawa stanowione przez człowieka są albo sprawiedliwe, albo niesprawiedliwe”, aby następnie omówić możliwe niesprawiedliwości prawa oraz ich implikacje dla moralności postępowania².

Zwolennicy rozdziału prawa i moralności, dla zilustrowania wyrażanego poglądu, odnoszą się często do „przepisów”, tak jakby koncepcja ta znajdowała zastosowanie jedynie do określonej kategorii norm prawnych. Zapewne zgodziliby się jednak, że według standardów sprawiedliwości należy oceniać również inne elementy systemów prawnych – konstytucję, orzeczenia sądowe, rozporządzenia wykonawcze. Standardy moralne odnoszą się zarówno do stosowania prawa, jak i zachowania funkcjonariuszy publicznych. Każdy przejaw systemu prawnego wydaje się podlegać osądowi moralnemu i żaden nie zasługuje automatycznie na aprobatę. Krótko mówiąc: prawo jest moralnie omylne.

Jaka jest podstawa tej doktryny? Niektórzy wskazują na związek między pojęciem prawa a pojęciem moralności. Być może. Nie znajdujemy jednak na to systemowych dowodów w abstrakcyjnych, czysto koncepcyjnych dyskusjach o pojęciach prawa i moralności. Wręcz przeciwnie, autorzy, od Tomasza z Akwinu po Johna Austina, którzy akceptują lub omawiają tę koncepcję – przyjmują jej istnienie za oczywiste.

²Tomasz z Akwinu, *Summa Theologica*, I-II, q. 96, art. 4.

W moim przekonaniu, jej podstawą jest nasze doświadczanie prawa³. Widać to wyraźnie, gdy przywołamy wspomnienia ostatnich wydarzeń, chociaż wykracza ona znacznie poza naszą współczesność. Prawo rządzi ludźmi od wieków i nigdy nie brakowało przykładów niesprawiedliwości.

B. DOWODY

Rozważmy dwa oczywiste przykłady skrajnej niesprawiedliwości, jaką umożliwiał nowożytne prawo. Zaczniemy od niewolnictwa w koloniach angielskich Ameryki Północnej. Kiedy Afrykanie zostali tam po raz pierwszy sprowadzeni wbrew własnej woli, w prawie angielskim nie istniały jeszcze wyraźne regulacje prawne niewolnictwa – systemu, w którym czarni mężczyźni, kobiety i dzieci stanowili tylko majątek ruchomy białych⁴. Kroniki kolonii wskazują, że status prawny służby murzyńskiej pozostawał niejasny przez pierwsze pół wieku.

Koloniści w Wirginii nauczyli się od Indian uprawy tytoniu, co stało się dla nich dochodowym interesem. Wtedy to dostrzegli korzyści płynące z posiadania niewolników, którzy wykonywaliby całą pracę, i z tego powodu przyjęli prawa umożliwiające nowożytną formę niewolnictwa. Najbardziej znaczące zmiany prawne uchwalone zostały w ciągu jednej dekady XVII wieku. W 1662 roku Wirginia dokonała odstępstwa od starej zasady prawa angielskiego, postanawiając, że dziecko będzie odtąd wstępować w status prawny swojej matki. Oznaczało to, że dzieci niewolnic będą także niewolnikami, a właściciel może pomnożyć swój majątek (a nie liczbę dzieci na utrzymaniu), gwałcąc swoje niewolnice. W 1669 roku Wirginia zdecydowała, że właściciel zabijając niewolnika nie popełnia zbrodni, gdyż, jak stwierdzono, nie jest możliwe, by właściciel chciał zniszczyć swój cenny dobytek. Dało mu to władzę nad życiem i śmiercią niewolników. Od 1667 roku, zgodnie z nowymi przepisami, nawrócenie na chrześcijaństwo i chrzest nie ratowały już od niewolnictwa, zaś w 1670 r. zdecydowano, że wszyscy, których przywieziono do Ameryki jako niechrześcijan, mają pozostać niewolnikami do końca życia. Te dwie decyzje, *de facto* wymierzone w Afrykanów, pozwoliły stworzyć rasistowski system niewolnictwa. Podobne regulacje zostały przyjęte w innych angielskich koloniach Ameryki Północnej mniej więcej w tym samym czasie. Nowożytny system niewolniczy, oparty na dyskryminacji rasowej i wstrząsający w swojej prawnej formie nadającej ludziom status rzeczy, został świadomie skonstruowany⁵. System ten był utrzymywany przez trzysta lat i zniszczony dopiero po krwawej wojnie domowej.

³ [our experience of law – przyp. tłum.]

⁴ [chattel slavery – przyp. tłum.]

⁵ Zob. np. A. L. Higginbotham Jr, *In the Matter of Color*, New York 1978.

Kolonializm – system narzucony ludom innych ras na całym świecie przez białe narody Europy i Ameryki – jest drugim przykładem skrajnej niesprawiedliwości w majestacie prawa. Trwał przez sześć i pół wieku, a właściwie nie skończył się do dziś.

Tak oto wygląda omyłkość moralna prawa. Niewolnictwo i kolonializm to byty stworzone przez prawo i utrzymywane przez jego egzekucję. Te struktury prawne były jednak uderzająco niesprawiedliwe. Taka negatywna ocena ilustruje fakt, że prawo podlega osądowi moralnemu i nie zasługuje automatycznie na aprobatę.

Przedstawiłem właśnie argument nieteoretyczny za omyłkością moralną prawa. Twierdzę bowiem, że omawiana tu doktryna opiera się nie na teorii, lecz na rzeczywistych sądach moralnych, a dokładniej – na naszej zdolności do rozpoznawania praw oczywiście niesprawiedliwych.

Należy tu jednak poczynić pewne zastrzeżenia. Przedstawione przykłady pokazują skrajnie niesprawiedliwe rozwiązania prawne. Niektórzy teoretycy uważają, że prawa nie mogą być aż tak niesprawiedliwe – zaś w takich sytuacjach, jak przedstawione, określone rozwiązania społeczne nie są w ścisłym tego słowa znaczeniu prawem. Uważam takie przekonanie za błędne, ale nie miejsce tu, by dowodzić słuszności takiego poglądu. Pozwolę sobie natomiast zauważyć, że tego rodzaju badacze prawdopodobnie uznają zatem, że prawa mogą być umiarkowanie niesprawiedliwe. Na przykład, regresywny system podatkowy – większe obciążenia dla uboższych, którym trudniej płacić, a mniejsze dla zamożnych, którym nie robi to zbytniej różnicy. Takie przekonanie prowadzi tylko do zawężenia kategorii praw niesprawiedliwych w porównaniu z moim ujęciem. Jednak, nawet i u tych teoretyków, założenie o rozdziele prawa i moralności opiera się na ich zdolności do rozpoznania praw, które są niesprawiedliwe.

C. TEORIA MORALNOŚCI A ROZPOZNAWANIE NIESPRAWIEDLIWOŚCI

Rozważmy relację między teorią moralności a negatywną oceną moralną niewolnictwa i kolonializmu. Ów osąd moralny nie zakłada jako przesłanki żadnej konkretnej teorii moralności. Wręcz przeciwnie – to taki osąd jest z reguły zakładany przez różne teorie moralności. Niewolnictwo i kolonializm są niejako wzorcowymi przykładami niesprawiedliwości: jeżeli jakiekolwiek instytucje społeczne są niesprawiedliwe, to na pewno właśnie te. Nie osądzamy niewolnictwa i kolonializmu jako niesprawiedliwych dlatego, że reprezentujemy jakąś konkretną teorię moralności. Raczej spodziewamy się, że teorie moralności wydadzą ten osąd i wyjaśnią, co jest z zasadą złe w niewolnictwie i w kolonializmie.

Zasady moralne nie są ani analityczne (prawdziwe dzięki znaczeniu użytych terminów), ani aprioryczne (poznawalne niezależnie od doświadczenia). Jeżeli nie rozwijamy się jak aspołeczni psychopaci, ale jak

normalne istoty ludzkie, nabywamy zdolność do osądów moralnych oraz zasób określonych wartości moralnych. Konkretnie wartości, z którymi rozpoczynamy naszą karierę moralną, są nieco odmienne u różnych osób, jednak w zastanawiająco ograniczonym stopniu. Z moralnego punktu widzenia wywodzimy, dla przykładu, przekonanie o tym, że zasadnicze różnice w traktowaniu innych ludzi lub całych grup społecznych przez nas lub przez władzę publiczną – muszą znaleźć uzasadnienie w istotnych rzeczywistych różnicach między nimi. Tak więc dyskryminacja może być uzasadniana z moralnego punktu widzenia przez przywołanie faktycznych właściwości osób uznawanych za predestynowane do podzielonej roli w społeczeństwie lub zasługujące na mniejszą troskę i szacunek. Dopiero odrzucenie takich twierdzeń jako zasadniczo wadliwych pozwala uznać instytucje takie jak niewolnictwo za niesprawiedliwe. Podobny mechanizm stanowi początek postrzegania niemoralności gwałtu i innych form wykorzystywania seksualnego. W ten sposób – jako podmioty moralne – uznajemy implikacje dobrowolnych zobowiązań, takich jak przyrzeczenie albo zgoda.

Tak też możemy zakreślić zbiór – jak je nazywa John Rawls – „rozważnych osądów moralnych”⁶ lub „prowizorycznych punktów orientacyjnych”⁷ w osądzie moralnym, gromadząc materiał do analizy zasad moralnych⁸. Te prymarne sądy wyznaczają granice teorii moralnych: żadna taka teoria nie będzie możliwa do przyjęcia, jeżeli nie potępi skrajnie niesprawiedliwych rozwiązań społecznych – chyba że przekonująco wskaże i wyjaśni błędy w naszych wstępnych założeniach. Negatywna ocena niewolnictwa i kolonializmu jest w tym sensie epistemologicznie uprzednia wobec teorii moralnych⁹.

D. TEORIA PRAWA

Rozważmy teraz związek między teorią prawa a naszym rozpoznawaniem praw. Ogólnie mówiąc, teoria prawa jest epistemologicznie późniejsza niż nasze postrzeganie praw i innych zjawisk prawnych. Weźmy na przykład ocenę teoretyczną klasycznej doktryny pozytywistycznej, według której prawa są usankcjonowanymi rozkazami „suwerena”. Oceniamy taką teorię, porównując jej implikacje ze zjawiskami prawnymi, a raczej naszą niezależną wiedzą o nich. Odrzucamy ją, jeśli stwierdzimy, że nie wy-

⁶ [considered moral judgments – przyp. tłum.]

⁷ [provisional fixed points – przyp. tłum.]

⁸ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, roz. 1.

⁹ Wynika z tego, że rozumowanie dążące do osiągnięcia refleksyjnej równowagi (patrz J. Rawls, *op.cit.*) jest podstawową metodą teorii moralnej. Ponadto zakładam, choć nie ma tu miejsca na argumenty, że struktura logiczna teorii moralnych nie jest zasadniczo odmienna od struktur teorii empirycznych.

śnia niektórych takich zjawisk – praw pomocniczych, normalnej ciągłości systemu prawnego, trwałości konkretnych praw mimo zmian tożsamości prawodawcy¹⁰. W podobny sposób możemy krytykować teorię prawa jako związek reguł pierwotnych i wtórnego za nieodróżnianie systemów prawnych od innych instytucji społecznych z podobną strukturą wewnętrzną¹¹.

Nasze postrzeganie praw i innych zjawisk prawnych jest epistemologicznie uprzednie wobec teorii prawa. W sposób oczywisty jest ono prowizoryczne, tym niemniej wyznacza granice dla teorii prawa. Żadna teoria nie jest możliwa, o ile nie przewiduje tych, niejako wzorcowych przykładów zjawisk prawnych – chyba że przedstawi przekonujące wyjaśnienie, dlaczego dane przykłady są mylące, wsparte lepszymi argumentami niż te, które pozwalają nam identyfikować je jako zjawiska prawne.

Należy przy tym stwierdzić, że pewne osady moralne są epistemologicznie uprzednie wobec teorii prawa. Jak rozumiem, nasza zdolność do rozpoznawania oczywistych przejawów prawa jest połączona ze zdolnością do rozpoznawania oczywistych przejawów niesprawiedliwości. W sumie pozwala nam to rozpoznawać oczywiste przypadki praw niesprawiedliwych. A z faktu, że potrafimy rozpoznawać prawa niesprawiedliwe, możemy wyprowadzić tezę o rozdziele prawa i moralności wraz z założeniem, że prawo jest omylne moralnie.

Teza o rozdziele prawa i moralności wyznacza więc granice teorii prawa: każda tego rodzaju teoria jest nie do przyjęcia, jeżeli nie przewiduje możliwości istnienia prawa niesprawiedliwego – chyba że przedstawi przekonujące wyjaśnienie, dlaczego nasze połączenie osądu moralnego i rozpoznania prawa jest błędne, wsparte lepszymi argumentami niż te, które prowadzą do uznania przepisów lub innych aspektów systemów prawnych za niesprawiedliwe. Osąd moralny wyznacza więc granice teorii prawa.

Następnie trzeba zwrócić uwagę, że nie ma żadnej abstrakcyjnej i czysto teoretycznej podstawy dla tezy o rozdziele prawa i moralności¹². Wskażę dwie wyłącznie teoretyczne drogi możliwego dowodzenia prawdziwości dla tej tezy i spróbuję pokazać, że żadnej z nich nie da się obronić.

Mamy wystarczające powody, aby uważać rzeczywistość społeczną za ten czynnik, który rozstrzyga o tym, że społeczeństwo posiada prawa oraz jakie prawa posiada. Mamy również wystarczające powody, aby uważać, że prawo jest moralnie omylne. Nie możemy jednak omylności moralnej prawa wyprowadzić z idei, że prawo wyrasta z rzeczywistości społecznej.

Takie wnioskowanie byłoby możliwe przy założeniu, że sprawiedliwość nie ma nic wspólnego z rzeczywistością społeczną. Wtedy nie byłoby

¹⁰ Zob. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, roz. III–IV.

¹¹ Zob. D. Lyons, *Etyka...*, op.cit., s. 49–59.

¹² Przedstawiłem podobne argumenty w: D. Lyons, *Founders and Foundations of Legal Positivism*, „Michigan Law Review” 1984 r., nr 82, s. 722–39.

by podstaw do zakładania sprawiedliwości prawa. Tak samo można by jednak argumentować, że prawo nie jest ani sprawiedliwe, ani niesprawiedliwe. Obiektywnie mówiąc, jeśli sprawiedliwość ma się nijak do rzeczywistości społecznej – nie można mówić o czymś takim jak sprawiedliwe czy niesprawiedliwe prawo. W takim razie, teza o rozdziale byłaby fałszywa albo pusta. A wynika to stąd, że istotą twierdzenia, iż prawo jest omylne moralnie – jest dopuszczenie istnienia prawa niesprawiedliwego. Gdyby sprawiedliwość nie miała nic wspólnego z rzeczywistością społeczną, nie byłoby sensu zakładać możliwości istnienia prawa niesprawiedliwego.

Najpewniej wniosek o omylności moralnej prawa dałoby się wyprowadzić, gdyby można było opisać elementy rzeczywistości społecznej, które determinują fakt istnienia i naturę prawa w społeczeństwie oraz takie, które rozstrzygają o tym, kiedy prawo jest niesprawiedliwe. Wtedy być może udałoby się pokazać, że z pierwszej kategorii elementów rzeczywistości społecznej wynika, że (a) prawo podlega ocenie moralnej oraz, że (b) prawo nie zasługuje automatycznie na aprobatę. W ten sposób uzyskalibyśmy podstawę teoretyczną twierdzenia, że prawo jest moralnie omylne. Nie da się jednak tego zrobić. Nie ma bowiem takiej teorii prawa lub teorii moralności, których prawdziwość byłaby bezsprzeczna. Nie ma także metateorii prawa ani metateorii sprawiedliwości, które prowadziłyby do wykazania moralnej omylności prawa. Mówiąc dokładniej, łatwiej zidentyfikować pewne zjawiska społeczne jako prawa niesprawiedliwe, niż zbudować konkretną teorię prawa lub sprawiedliwości. Rozumiemy prawo i sprawiedliwość wystarczająco dobrze, aby wskazać niejako wzorcowe przykłady prawa niesprawiedliwego, lecz rozumowanie to oparte jest na osądzie moralnym i naszej zdolności do uznawania zjawisk społecznych za prawo, a nie na teorii moralności, prawa lub na jakiejś kombinacji tych ostatnich.

2. ZASADY MORALNE A WYKŁADNIA PRAWA*

Osąd moralny odgrywa również znaczącą, choć inną rolę wobec teorii interpretacji prawa. Ta część teorii prawa rozwinęła się bodaj dopiero w okresie ostatnich dwudziestu lat. Wcześniej jedyną powszechnie uznawany pogląd – przynajmniej w Ameryce – głosił potrzebę odzwierciedlania w interpretacji prawa „pierwotnych zamysłów” prawodawcy.

A. WYKŁADNIA HISTORYCZNA

Wielu amerykańskich prawników i sędziów chętnie używa retoryki „pierwotnego zamysłu prawodawcy”¹³, która nigdy nie została rozwinięta w doj-

*Przypisy oznaczone gwiazdką pochodzą od redakcji i znajdują się na końcu artykułu.
¹³ [original intent – przyp. tłum.]

rząłą teorię interpretacji prawa – na przykład Bentham i Austin rozwinięli koncepcję praw jako usankcjonowanych polecień w wyrafinowaną teorię natury prawa. Dlatego, aby poważnie rozważyć teorię pierwotnego zamysłu prawodawcy jako kształtującej określony kanon wykładni prawa, musimy najpierw retorykę przekształcić w teorię¹⁴.

Celem omówienia tutaj pierwotnego zamysłu jest wprowadzenie innej teorii, bardziej prawdopodobnej i obiecującej, dla której Ronald Dworkin najpierw używał nazwy „naturalizm interpretacyjny”, a którą obecnie określa mianem „prawo spójne moralnie”¹⁵. Według naturalizmu interpretacyjnego osąd moralny odgrywa zasadniczą rolę we właściwej interpretacji prawa. Ma to znaczenie dla tezy przewodniej w niniejszych rozważaniach. Pokażę bowiem, że ta ważna teoria wykładni prawa jest ograniczona przez moralność prawa, które ma być interpretowane, a więc poddane osądowi moralnemu.

Ale teraz wróćmy do pierwotnego zamysłu prawodawcy. Jeżeli retorykę tej teorii bierzemy dosłownie, jak zdaje się czynić wielu jej zwolenników – wynika z niej, że w interpretacji i stosowaniu prawa należy podążać za intencjami jego twórców. Interpretatorzy powinni więc kierować się tym, co prawodawca miał na myśli¹⁶.

Wspomniana teoria napotyka co najmniej trzy poważne trudności teoretyczne. Brakuje jej przede wszystkim solidnego uzasadnienia – racji bytu. Odnosi się ona do praw pisanych, takich jak ustawy czy konstytucje. Ich uchwalenie polega jednak na oficjalnym przyjęciu konkretnego tekstu, a nie zamysłów, które nie zostały wypowiedziane. Ani teksty, ani reguły legislacyjne nie odnoszą się do tego, co prawodawca miał na myśli. Dlatego teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy potrzebuje bardzo przekonującego teoretycznego uzasadnienia – twierdzi przecież, że

¹⁴ Uczynię to streszczając moje wywody z innych artykułów, patrz zwłaszcza: D. Lyons, *Original Intent and Legal Interpretation*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 1999 r., nr 24, s. 1–26.

¹⁵ [law as integrity – przyp. tłum.], w niniejszych wywodach będę posługiwał się terminem „naturalizm interpretacyjny”.

¹⁶ Zwolennicy tej teorii [intentionalists – przyp. tłum.] zakładają również, że wykładnia wedle kanonu pierwotnego zamysłu może być moralnie neutralna – sędziowie nie muszą dokonywać ocen moralnych, interpretując prawo. Jest to błąd. Rozważmy np. przepis konstytucyjny mówiący o tym, że własność prywatna nie może być przejęta na użytek publiczny bez sprawiedliwego odszkodowania. Jeżeli prawodawca coś zamyszał, to na pewno, aby własność prywatna nie była przejęta na użytek publiczny bez sprawiedliwego odszkodowania. Ale ponieważ ani prawodawca, ani istniejące prawo nie podają kryteriów sprawiedliwego odszkodowania, więc interpretacja tego przepisu wymaga określenia takich kryteriów, czego znowu nie można dokonać bez wydawania sądów moralnych. W takim wypadku interpretator nie może więc kierować się pierwotnym zamysłem prawodawcy bez dokonania oceny moralnej.

interpretatorzy kierować się muszą zamiarami prawodawcy nawet wtedy, gdy zamiary te nie znalazły dość wyraźnego odbicia w tekstuach uchwalonych jako prawo.

Niektórzy zwolennicy tej teorii odwołują się do podziału władzy, wyższości ustawodawcy czy rządów przedstawicieli. Te pojęcia mówią nam jednak tylko, że sędziowie powinni stosować prawo. Nie zaś, jak je rozumieć. A jest błędem sądzić, że o znaczeniu tekstu decyduje zamiar osoby, która go napisała. Intencje użytkowników języka wpływają na znaczenie, ale nie w prosty i bezpośredni sposób. Widać to wyraźnie w następującym przykładzie. Czasami używamy niewłaściwego słowa na wyrażenie tego, co mamy na myśli. Jest to możliwe tylko dlatego, że słowa mają znaczenie niezależne od tego, co chcemy powiedzieć.

Po drugie, teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy jest niejednoznaczna pod wieloma względami. Nie jest jasne, czym zamiarami należy się kierować ani którymi z zamiarów prawodawcy. Wystarczy przeanalizować argumenty zwolenników tego kanonu wykładni. Gdy analizują ustawę, zawsze odnoszą się do zamiarów ustawodawcy – czyli członków parlamentu, których głosy decydują o zmianie prawa. Jednak w kontekście konstytucyjnym, amerykańscy prawnicy odwołują się do zamysłów „ojców” Konstytucji¹⁷ – tych, którzy przygotowali tekst lub poprawki – a nie intencji tych, których głosy zadecydowały o uchwaleniu tekstu. Takiemu przenesieniu punktu ciężkości nie towarzyszy żadne uzasadnienie; jest to posunięcie całkowicie arbitralne. Zwolennicy teorii zdają się nie być świadomi takiego zabiegu i nie podejmują nawet prób wyjaśnienia problemu. W takiej sytuacji jednakowo uzasadnione jest uwzględnienie zamysłów zarówno jednej grupy, jak i drugiej, a nie ma podstaw, aby zakładać, że zamysły te są identyczne. Taka niejednoznaczność może być kłopotliwa, jak wykażę poniżej.

Jest jeszcze jedna niejasność: zwolennicy omawianej teorii czasami zwracają uwagę na zamierzony przez prawodawcę cel¹⁸ – co chciano osiągnąć przez zmianę prawa, a czasami na zamierzony sposób zastosowania¹⁹ – jak prawodawca chciał, aby prawo było stosowane. I znowu, to przesunięcie punktu ciężkości jawi się jako arbitralne, a równocześnie niezauważane.

Problem nie polega jednak tylko na tym, że zwolennicy tego kanonu wykładni arbitralnie koncentrują się na jednej grupie prawodawców lub jednym rodzaju intencji, niejednokrotnie pomijając inne. Problemem jest niespójność. Przecież prawodawca przewiduje zapewne zarówno cel, jak i sposób zastosowania prawa, które wprowadza. Oba te zamiary wydają się ważne i nie ma powodu któryś z nich *a priori* ignorować.

¹⁷ [*framers* – przyp. tłum.]

¹⁸ [*purposive intentions* – przyp. tłum.]

¹⁹ [*applicational intentions* – przyp. tłum.]

Nasze rozumienie przyczyn i skutków jest jednak ograniczone; prawodawca może więc czasem mylić się co do sposobów wprowadzania prawa dla osiągnięcia zamierzonego celu. Jak widać, nie trudno o sprzeczność. Wymogi, aby sądy stosowały dane prawo dla osiągnięcia celu prawodawcy i jednocześnie w sposób, jaki zamyslił prawodawca – mogą być nie do pogodzenia. Taki kanon wykładni zawiera niespójne dyrektywy dla sądów. Co więcej, teoria pierwotnego zamysłu twierdzi, że dane prawo należy zastosować w konkretnej sytuacji wtedy i tylko wtedy, gdy jest to zgodne z zamysłem prawodawcy. Kiedy jednak zamysł co do celu okazuje się być w konflikcie z zamysłem co do zastosowania, wtedy teoria ta prowadzi do samozaprzeczenia: twierdzi równocześnie, że dane prawo stosuje i nie stosuje się do danej sytuacji.

Żadna teoria, z której wynikają sprzeczne twierdzenia, nie może być prawdziwa. Nie widać jednak jakiegokolwiek rozsądnego, niearbitralnego sposobu jej rewizji, tak by zapobiec tej sprzeczności.

Trzeci problem wynika z faktu, że autorami większości praw nie są jednostki, lecz grupy ludzi, chociażby parlamenty. Kiedy prawa tworzone są przez grupę, wykładnia zgodna z teorią pierwotnego zamysłu powinna kierować się zamysłami całej takiej zbiorowości. Łatwiej to powiedzieć niż zrobić. Procedury określają, jak prawo może być zmienione, nie określają jednak, jak prawdziwie poznać zamiary parlamentu. Nie ma na to ogólnych zasad. Ponieważ procesy legislacyjne są zróżnicowane i często zawikłane, trudnym, a może nawet niemożliwym zadaniem jest skonstruowanie takiej ogólnej formuły. Problemem jest to, w jaki sposób ustalić zamiar parlamentu jako całości z intencji poszczególnych jednostek zaangażowanych w proces legislacyjny. Zwolennicy omawianej teorii zdają się nie zauważać tego problemu, nawet nie próbując go rozwiązywać.

Nie mam wątpliwości, że czasami można określić zamiary grupowe. Musimy jednak uświadomić sobie, że posłowie mogą mieć różne wyobrażenia o celach czy sposobie zastosowania prawa, które uchwalają. Zakładam, że możemy prawdziwie przypisać określony zamiar legislatywie, nawet jeśli nie wszyscy uchwalający pojmują dany projekt ustawy w ten sam sposób. Możemy tak zrobić, gdy na przykład zdecydowana większość posłów (lub większość tych, którzy głosowali za ustawą) w podobny sposób rozumiała wprowadzane prawo. W takim wypadku, i pewnie także w innych, możemy mówić o zamierzonym konsensusie.

Założymy więc, że zamierzony cel i sposób zastosowania można czasami dokładnie przypisać ustawodawcy. Mój argument jest jednak taki, że prawo może być uchwalone także wówczas, kiedy zabraknie takiej zamierzonej zgody. Reguły określające ścieżkę legislacyjną nie wymagają ani nie zakładają jej istnienia. A z tego, co wiadomo o procesie legislacyjnym, wynika ogromne prawdopodobieństwo, że ustawy bywają uchwalane mimo braku między posłami zamierzonej zgody. Ci, którzy głosują

za projektem, nie zawsze planują taki sam cel lub sposób zastosowania ustawy. Nie wszyscy z nich w ogóle mają nawet jakiś świadomy zamysł legislacyjny. Posłowie nie przychodzą na wszystkie sesje parlamentu, a gdy przychodzą, nie zawsze uważnie przysłuchują się debacie. Czasami głosują zgodnie z dyscypliną partyjną, czasami kierują się jakimiś czynnikami zewnętrznymi, przykładowo licząc, że odpowiednie zagłosowanie pomoże im w reelekcji lub zapewni wdzięczność różnych grup nacisku. W efekcie posłowie głosują czasami nad ustawą, nie mając dokładnego pojęcia o jej treści, celach lub zastosowaniu. I nie możemy zakładać, że ustanowiona będzie wyrażać cele i sposoby.

W tym właśnie tkwi problem. Teoria pierwotnego zamysłu każe kierować się w wykładni i stosowaniu prawa zamysłami prawodawcy. Gdy ustanowiona jest przyjęta nie przez zamierzony konsensus, to z teorii tej wynika, że ustanowiona nie ma właściwej interpretacji i zastosowania. Może to dotyczyć ustaw, które pod wszystkimi innymi względami są zrozumiałe i znajdują wprost zastosowanie w konkretnych sytuacjach faktycznych. Dowodzi to, że teoria pierwotnego zamysłu prawodawcy jest nie do przyjęcia. I nie widzę żadnego sensownego sposobu udoskonalenia tej doktryny tak, by ją uwarygodnić.

B. INTERPRETACJA CELOWOŚCIOWA²⁰

W tej analizie należy rozróżnić praktykę i teorię prawa. Omawiałem teorię pierwotnego zamysłu przedstawianą w artykułach naukowych i retoryce prawniczej. Mój krytycyzm odnosi się do praktyki prawa tylko w takim stopniu, w jakim odzwierciedla ona tę teorię. Niektóre argumenty interpretacyjne, które sprawiają wrażenie, że względem na używane sformułowania, jakby opierały się na powyższej teorii, mogą być pojmowane od niej niezależnie. Ponieważ teoria ta jako taka nie może zostać zaaprobowana, powinniśmy, tam gdzie to tylko możliwe, dostrzegać w retoryce pierwotnego zamysłu praktyczne metody interpretacyjne.

Czasami jest to możliwe. Gdy prawnicy i sędziowie mówią o pierwotnym zamysle, niekoniecznie odwołują się do stanu umysłowego osób uchwalających dane prawa. Kiedy przypisują prawu zamierzony cel, często oznacza to, że wskazują na racjonalny cel, który mógłby uzasadniać dane prawo. Taka celowościowa interpretacja jest pozbawiona wad teorii pierwotnego zamysłu, głównie dlatego, że nie zakłada konsensusu zamierzzonego wśród twórców prawa.

Ma ona jeszcze jedną przewagę. Opiera się na mocnych podstawach, gdyż przyjmuje moralnie uzasadnione podejście do wykładni prawa. Oto dlaczego. Prawo dozwala, zakazuje i grozi sankcjami za nieposłuszeń-

²⁰ [Justification-based Interpretation – przyp. tłum.]

stwo, reguluje podatki i pogrzeby, wojnę i pokój, niezliczoną ilość spraw wpływających bezpośrednio na życie jednostek. Dla takich działań wymagane jest uzasadnienie moralne. Każdy, czyje życie znajduje się pod tak znaczącym wpływem, ma prawo, by traktować go w sposób uzasadniony moralnie. Wydaje nam się to oczywiste, a tymczasem rządzący zwykle twierdzą, iż prawo samo przez się uzasadnia to, co jest czynione w jego imieniu.

Potrzeba uzasadnienia moralnego decyzji prawnych w konkretnych przypadkach nie może zakładać zgody stron, sprawiedliwości lub bezstronności systemu prawnego jako całości. Wielu z tych, którzy stają przed sądem czyni to pod przymusem i nie ma zwykle realnej możliwości wpływania na treść praw. Wielu pozwanych pojawia się tylko po to, aby uniknąć zastosowania środków wymuszających spełnienie obowiązków procesowych. Nie możemy zakładać, że dobrowolnie zaaprobowaliby prawa, które przesądżają o ich losie lub że są moralnie oddani prawu wobec nich stosowanemu. Wszelkie restrykcje, które nakłada na ludzi prawo, muszą mieć bezpośrednie i rzeczywiste uzasadnienie moralne, a nie tylko oparcie w ogólnie sprawiedliwych rozwiązaniach systemowych.

Sens podejścia według tego kanonu wykładni polega na zwiększonym prawdopodobieństwie moralnego stosowania prawa. Jeżeli wykładnia przepisu prawnego oddaje prawo jako uzasadnione moralnie, to większe jest prawdopodobieństwo, że sposób jego zastosowania będzie w ten sposób uzasadniony, niż gdy wykładnia tego nie czyni. Im bardziej uzasadnione moralnie jest dane prawo, tym bardziej prawdopodobne jest uzasadnienie moralne zastosowania prawa. Oto dlaczego wykładnia prawa powinna być oparta na uzasadnieniu moralnym – i to tak dalece, jak to tylko możliwe.

C. NATURALIZM INTERPRETACYJNY

Naturalizm Dworkina jest formą wykładni celowościowej. Chociaż jego rozumowanie jest odmienne od tego, które przedstawiłem powyżej, to jednak również sięga do osądu moralnego. Dworkin najpierw dowodzi, że naturalizm interpretacyjny przez odwoływanie się do przeszłych rozstrzygnięć najlepiej opisuje i uzasadnia prawo w ogóle, rozumiane jako praktyka regulowania użycia siły przez państwo. Osąd moralny odgrywa zatem znaczącą rolę w Dworkinowskiej wykładni prawa jako całości.

Zgodnie z naturalizmem interpretacyjnym, konkretny osąd moralny odgrywa również rolę w wykładni poszczególnych praw danego systemu: wykładnia prawa zależy od zasad moralnych, które najlepiej uzasadniają przeszłe decyzje. Na przykład ustawa lub precedens sądowy powinny być interpretowane tak, aby ich zastosowanie najlepiej odpowiadało zasadom, na których opiera się pierwotna decyzja ustawodawcy czy sądu.

Jest to drugi poziom, na którym osąd moralny odgrywa podstawową rolę w teorii Dworkina.

Rozumie on jednak, że decyzje konstytucyjne, ustawowe i sądowe nie zawsze mogą być uzasadnione. Choć jego opinia jest w tym miejscu nie dość jasna, wydaje się wskazywać dwa rozwiązania. Po pierwsze, może istnieć dobre uzasadnienie egzekucji praw, których samą treść trudno aprobować. Takie rozumowanie może się odnosić na przykład do egzekwowania niesprawiedliwego prawa podatkowego, wprowadzonego przez ustawodawcę, którego istnienie i władza czerpią swe uzasadnienie w zasadach demokracji. Po drugie, Dworkin zakłada, że pewne zasady moralne, choć trudno je przyjąć bez zastrzeżeń same w sobie, mogą jednak stanowić uzasadnienie dla decyzji prawnych. Nazwę je „zasadami nieidealnymi”.

Oba te zagadnienia wyznaczają granice moralne naturalizmu interpretacyjnego. Po pierwsze, jeżeli stosowanie danej ustawy może być tylko pośrednio moralnie uzasadnione, jako że sama ustanowiona nie może otrzymać takiego uzasadnienia, a naturalizm interpretacyjny opiera się na pryncypiach, które uzasadniają ustawę – to ustawy tej nie można poddać wykładni według naturalizmu. Dlatego też, skoro egzekucja ustawy pozbawionej uzasadnienia moralnego może być jednak dopuszczona, musi być ona stosowana zgodnie z jej wyraźnym, nieinterpretowanym znaczeniem. W ten oto sposób konkretny osąd moralny wyznacza granice naturalizmu interpretacyjnego.

Po drugie, jeśli najlepsza wykładnia danego prawa wynika z zasad nieidealnych, to nie jest jasne, jak uzasadnić stosowanie tego prawa, skoro różni się ono od prawa zasługującego w pełni na aprobatę. Uzasadnienie stosowania takiej ustawy lub precedensu mogą sobie wyobrazić tylko jako pośrednie, a to znowu wyklucza interpretację naturalistyczną. Również pod tym względem osąd moralny wyznacza granice wykładni wedle kanonu naturalizmu.

Jest jeszcze jedno takie ograniczenie. Pośrednie uzasadnienie stosowania niesprawiedliwych praw zakłada, że system prawnego jako całość spełnia mimo wszystko minimalne wymagania moralności politycznej. Oznacza to na przykład, że struktury polityczne oparte są na racjonalnej, dostatecznie sprawiedliwej dystrybucji władzy i zasobów. Mamy jednak dość doświadczenia z prawem i wystarczającą zdolność do ocen moralnych, aby stwierdzić, że takie warunki nie zawsze istnieją. Sądzę nawet, że istnieją wręcz rzadko. Uświadamia to, jak bardzo znaczący jest wpływ osądu moralnego na teorię celowościową wykładni prawa. Osąd moralny pozwala dojść do wniosku, że nawet najbardziej obiecująca teoria wykładni prawa ma bardzo ograniczone zastosowanie.

3. RZĄDY PRAWA²¹

Przedstawię teraz trzeci zestaw przykładów ilustrujących znaczące zależności między osądem moralnym a teorią prawa. Przez ostatnie pięćdziesiąt lat amerykańscy teoretycy prawa poświęcili dużo uwagi problemom wykładni oraz idei moralnego obowiązku posłuszeństwa prawa (innymi słowy obowiązku obywatelskiego). Te dwie kwestie są ze sobą blisko związane, po części dlatego, że obie odwołują się do idei rządów prawa. Sądzę, że ich analiza ukaże niedostatki amerykańskiej teorii prawa w aspekcie moralnym.

Wzmożone zainteresowanie wykładnią prawa zostało wywołane słynną sprawą *Brown v. Board of Education*** z 1954 roku, gdy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych orzekł, że federalna Konstytucja zabrania segregacji rasowej w szkołach publicznych. W ten sposób zaczęto egzekwować prawa konstytucyjne Murzynów, systematycznie łamane od czasu ich ustanowienia po wojnie secesyjnej, prawie sto lat wcześniej. Zagroziło to całemu systemowi dominacji białych, znanemu jako *Jim Crow*.

W nauce prawa podstawowy kanon wykładni sięgał do pierwotnego zamysłu prawodawcy. Krytycy przywołanego orzeczenia Sądu Najwyższego wskazywali, że 39. Kongres, który sformułował XIV poprawkę do Konstytucji (właściwy tu przepis konstytucyjny), nie zamierzał użyć jej do zakazania segregacji rasowej w szkołach publicznych. Wnioskowano z tego, że XIV poprawka nie zakazuje segregacji rasowej w tychże szkołach.

Nawet wśród obrońców orzeczenia sądu niemal nikt nie zakwestionował teorii pierwotnego zamysłu prawodawcy. Niektórzy argumentowali w obronie orzeczenia, że nie ma dostatecznych dowodów na treść zamysłu. Inni dowodzili bardziej radykalnie, że sądy powinny odejść od znamienia nadawanego interpretowanej poprawce do Konstytucji przez ten kanon wykładni, ponieważ system dominacji białych jest moralnie nie do zaakceptowania. Debata zaowocowała obfitością publikacji naukowych, ale rzuciły one niewiele teoretycznego światła na problem.

Ci, którzy pragnęli utrzymać system dominacji białych, odrzucali nawet umiarkowane żądania obrońców praw obywatelskich. Czyniąc tak, świadomie stosowali zarówno prawne, jak i bezprawne środki. Dotyczy to nie tylko osób prywatnych, ale także, i przede wszystkim, urzędników różnych instytucji rządowych. Bezprawne środki używane przez funkcjonariuszy publicznych obejmowały: od tajnych rozporządzeń rządów stanowych o nielegalnym wsparciu finansowym Rad Białych Obywateli, działających na rzecz utrzymania dyskryminacji rasowej, aż po współudział funkcjonariuszy w zbrodniach zamachach na obrońców praw obywatelskich.

²¹ D. Lyons, *Moral Judgment, Historical Reality and Civil Disobedience*, „Philosophy & Public Affairs” 1998 r., nr 27, s. 31–49.

Ruch obywatelski wśród ludności murzyńskiej nigdy nie zamarł, na brał jednak nowego impetu za sprawą II wojny światowej, międzynarodowego uznania praw człowieka i ruchów narodowowyzwoleńczych na całym świecie. Działania obrońców praw obywatelskich, takie jak bojkoty sklepów i linii autobusowych utrzymujących dyskryminację rasową, były zazwyczaj zgodne z prawem. Niektóre jednak akcje, jak okupacja stołówek zakładowych, wiązały się z naruszeniem prawa miejscowego. W 1963 roku, w kampanii przeciwko dyskryminacji rasowej w sklepach w Birmingham i w Alabamie, Martin Luther King i jego towarzysze złamali zakaz demonstracji wydany przez miejscowy sąd niezgodnie z prawem. Ich przeciwnicy potępili te działania jako pogwałcenie obowiązków obywatelskich i poważne zagrożenie dla rządów prawa. Ich argumentacja była tak płytką, jak akademickie dyskusje przywołujące „pierwotny zamysł”.

Przyjrzyjmy się idei obowiązku obywatelskiego i rozpoczęźmy od truizmów. Prawa mogą być sprawiedliwe lub niesprawiedliwe. Sprawiedliwe prawa zasługują na szacunek, co nie może dotyczyć praw niesprawiedliwych. A zatem, obowiązek obywatelski ma uzasadniać także posłuszeństwo wobec niesprawiedliwego prawa. Dlatego nadaje się temu obowiązkowi szeroki zakres: ma dotyczyć wszystkich praw danego systemu oraz wszystkich ich adresatów²².

Ponieważ niesprawiedliwe prawa nie zasługują na szacunek, twierdzenie o moralnym obowiązku posłuszeństwa prawa wymaga przekonującego połączenia moralnych i praktycznych racji. Istnieją dobre argumenty za obowiązkiem obywatelskim. Przywołują one jednak takie zasady, które same w sobie lub przez zakładane warunki społeczne ograniczają zasięg i implikacje tych argumentów.

Oto przykład. Możemy wziąć na siebie jakiś obowiązek dobrowolnie – tradycyjny argument za obowiązkiem obywatelskim przywołuje właśnie ideę zgody. Nie można jednak traktować tego jako zasady przemawiającej za ogólnym obowiązkiem posłuszeństwa prawa, gdyż w rzeczywistości bardzo niewiele osób z własnej woli godzi się podporządkować wszystkim prawom, które się do nich stosują. Założenie dobrowolnie przyjętego obowiązku obywatelskiego opiera się na historycznej fikcji.

Chcę się jednak skoncentrować na ograniczeniach moralnych argumentacji na rzecz obowiązku obywatelskiego i na ograniczeniach moralnych wszystkich takich obowiązków. Zakładam, że zgoda, tak jak przyrzeczenie, może być nieważna *ab initio* ze względów moralnych, zaś wtedy nie kształtuje obowiązku wiążącego moralnie. Zakładam na przykład, że nikt nie może nabyć obowiązku moralnego do uczestnictwa w ludobójstwie lub

²² Obowiązek obywatelski, aby miał sens, musi być oczywiście rozumiany jako zobowiązanie ograniczenie – wymóg moralny, który w szczególnych okolicznościach może być uchylony przez donioslejszy obowiązek moralny.

wyzysku niewolników. Zakładam również, że podobne ograniczenia stosują się do zobowiązań blankietowych, takich jak zgoda na przyjęcie praw danej wspólnoty. Jeżeli prawa te wymagają współudziału w ludobójstwie lub wyzysku niewolników, to obowiązek moralny wynikający z wyrażenia takiej zgody nie stosuje się do tak skrajnie niemoralnych praw.

W ostatnich latach coraz częściej jako źródło obowiązku obywatelskiego wskazywana jest nie dobrowolna zgoda, lecz wymóg rzetelności. Głosi on, że człowiek jest moralnie zobowiązany do podporządkowania się regulom społecznym, z których dobrodziejstw świadomie korzysta. W przeciwnym razie zachowuje się jak truteń. Ponieważ niektóre korzyści z życia pod rządami prawa są powszechnie, z tego wniosek, że rzetelność wymaga posłuszeństwa prawu²³.

Argument ten opiera się na zasadzie rzetelności***. Warunkiem wstępny jej stosowania jest to, aby korzyści i ciężary wynikające z prawa były rozłożone sprawiedliwie, bezstronnie. W przeciwnym razie pojawia się wyzysk, a rzetelność nie może tego sankcjonować. Przykładem powyższego może być niesprawiedliwie mały udział w zyskach albo nieproporcjonalnie duże obciążenie. Zasada rzetelności może więc być podstawą powstania obowiązku obywatelskiego tylko w społeczeństwach, których prawa rozkładają korzyści i ciężary uczciwie i bezstronnie.

Potrzebne jest tu pewne zastrzeżenie. Jeżeli dopuścimy możliwość, by zasada rzetelności wzywała także do posłuszeństwa niesprawiedliwemu prawu, to może ona nakładać obowiązek obywatelski wówczas, gdy korzyści i ciężary są rozłożone w sposób nie całkiem sprawiedliwy. Aby dopuścić tę możliwość, teoretycy zakładają, że obowiązek obywatelski może powstać, gdy system jest (jak mówią) „prawie sprawiedliwy”, „wystarszajaco sprawiedliwy” czy „zasadniczo sprawiedliwy”. Naukowcy nie wyjaśniają, co dokładnie znaczą te nieprecyzyjne terminy i ja nie będę próbował tego uczynić. Dla celów tej analizy podejdę do problemu od drugiej strony, korzystając z sugestii Rawlsa dotyczącej warunków sprzecznych z obowiązkiem obywatelskim.

Rawls dowodzi, że „w dłuższym okresie ciężar niesprawiedliwości powinien być mniej więcej równo rozłożony na poszczególne grupy społeczeństwa, i w żadnym konkretnym przypadku obciążenie spowodowane niesprawiedliwością polityką nie powinno być zbyt wielkie”. Twierdzi też, że obowiązek obywatelski jest „problematyczny w przypadku stałych mniejszości cierpiących niesprawiedliwość przez wiele lat”²⁴. Zgadzam się całkowicie.

Rozważmy dla przykładu niewolnictwo w Ameryce. Życie niewolników było regulowane przez prawo. Trudno jednak dopuścić do siebie

²³ Podstawowe argumenty, które teraz przedstawię, odnoszą się do całej dyskusji nad obowiązkiem obywatelskim.

²⁴ J. Rawls, *op.cit.*, s. 487–488.

myśl, żeby rzetelność wymagała od nich podporządkowania się prawom, które stanowiły o ich zniewoleniu. Zgodnie z definicją Rawlsa, niewolnicy byli „mniejszością przez wiele lat cierpiącą niesprawiedliwość”. A ciężary nie były rozłożone „wystarczająco sprawiedliwie”, jako że cały system opierał się na wyzysku.

Podobnie, zwróćmy uwagę na kolonializm w Azji, Afryce, Ameryce Łacińskiej, na wyspach Pacyfiku. Gandhi, mówiąc o ogromnym koszcie rządów brytyjskich w Indiach, wskazywał na wyzysk, wyniszczenie ekonomiczne, poniżenie, rasizm i przemoc²⁵. Ciężar niesprawiedliwości dawał się odczuć przez wiele lat. (W tym wypadku dyskryminowana grupa nie była mniejszością). Trudno przypuszczać, aby rzetelność wymagała od Hindusów respektowania brytyjskiego prawa kolonialnego.

Przyjrzyjmy się jeszcze systemowi dyskryminacji rasowej w Ameryce. Niedługo po wprowadzeniu do Konstytucji poprawek zapewniających czarnym podstawowe prawa, rząd przestał je egzekwować. Przy użyciu przemocy, strachu i oszustwa całkowicie przywrócono białą dominację w dawnych stanach niewolniczych. Murzyni byli wyłączeni z życia obywatelskiego. Odmawiano im ochrony przed gwałtem, porwaniem, napastowaniem i zabójstwem. System ekonomiczny był zhierarchizowany według kryteriów rasowych. Murzyni stanowili mniejszość przygniecioną ciężarem niesprawiedliwości. Nie sposób twierdzić, że rzetelność wymagała od nich poszanowania praw tworzących system dominacji rasowej białych.

W każdym z tych przykładów grupa ludzi była poddana zorganizowanej, systemowej poważnej niesprawiedliwości. Jak widać, obowiązek obywatelski nie może współistnieć z taką niesprawiedliwością.

Nie twierdzę, że nie ma argumentów moralnych za posłuszeństwem prawa w takich społeczeństwach. Obowiązek obywatelski nie jest jedynym czynnikiem moralnym skłaniającym do praworządności. Zasady moralne mogą wymagać poddania się pewnym normom danego systemu prawnego bez wymogu posłuszeństwa temu ostatniemu jako całości. Na przykład: (1) zasady moralne wzywają do podporządkowania się prawom zakazującym niemoralnego zachowania (*mala in se*). Człowiek nie ma moralnego prawa napadać, oszukiwać, zmuszać, napastować, wiezić czy zabijać drugiego człowieka i jest moralnie zobowiązany do respektowania praw zakazujących takiego zachowania – nie dlatego, że takie jest prawo, ale dlatego, że takie zachowanie jest złe. (2) Zasady moralne mogą wymagać spełniania przyrzeczeń i innych dobrowolnych zobowiązań. Dotyczy to chociażby przysięgi (lekarsza czy prawnika) i przyjęcia kodeksu etyki zawodowej, pod warunkiem oczywiście, że kodeks taki nie sankcjonuje zachowania moralnie niedopuszczalnego. (3) Nawet ci, którzy są traktowani niesprawiedliwie przez system, mogą mieć powody

²⁵Zob. np. B. Parekh, *Gandhi's Political Philosophy*, Londyn, Macmillan 1971, s. 127–128.

moralne, aby podporządkować się niesprawiedliwym prawom – na przykład, gdyby nieposłuszeństwo wystawiło niewinnych ludzi na ryzyko, którego nie zgodzili się podjąć. (4) Możemy nawet mieć powody moralne, żeby popierać niesprawiedliwy reżim – na przykład, gdy jest zagrożony przez siły, które wprowadzą jeszcze większą niesprawiedliwość. Żadna z tych sytuacji nie wiąże się jednak z obowiązkiem obywatelskim.

Teoretycy prawa w Ameryce byli w pełni świadomi systemu dyskryminacji rasowej, jego skrajnej brutalności, okrucieństwa i niesprawiedliwości. Wbrew tej wiedzy, w większości popierali ideę moralnego obowiązku posłuszeństwa prawu. Można było tak czynić, jednocześnie i systematycznie ignorując łamanie praw Murzynów. Amerykańska teoria prawa była równocześnie ofiarą i współsprawcą podstaw rasizmu.

Chciałbym teraz zagadnienia obowiązku obywatelskiego i wykładni prawa połączyć za pomocą idei rządów prawa. Krytycy wspomnianego orzeczenia Sądu Najwyższego oraz krytycy kampanii praw obywatelskich przywoływali ją właśnie dla poparcia swych działań. Sąd Najwyższy miał pogwałcić zasadę rządów prawa – nie podążając za pierwotnym zamysłem prawodawcy. Obrońcy praw obywatelskich mieli ją pogwałcić – nie podporządkowując się orzeczeniom sądów i prawom miejscowym.

Obie te krytyki były nietrafione. Jak widzieliśmy, wykładnia prawa według teorii pierwotnego zamysłu jest trudna, jeśli nie niemożliwa do utrzymania. Z drugiej strony, obrońcy praw obywatelskich działały zazwyczaj zgodnie z prawem, a kiedy je łamali, czynili to odpowiedzialnie, powodując dla innych w najgorszym razie niewygodę, nie zaś niebezpieczeństwo. Tymczasem system, z którym walczyli, był zbudowany na systematycznym łamaniu prawa, zwłaszcza na bezprawiu działań funkcjonariuszy publicznych.

Chcę podkreślić to ostatnie stwierdzenie, gdyż odnosi się do rządów prawa. Nie mówię tutaj o oficjalnym stosowaniu przepisów o segregacji rasowej. System dyskryminacji był zbudowany i utrzymywany przemocą, zastraszeniem, przymusem, prześladowaniem i linczem. Murzynom nie udzielano ochrony przed gwałtem, porwaniem i zabójstwem. Funkcjonariusze publiczni nie tylko odmawiali egzekwowania prawa; często to najpoważniejsze przypadki łamania prawa, w tym zabójstwa, były ich udziałem.

Jest tragiczną ironią, że idea rządów prawa przywoływana była przeciwko Sądowi Najwyższemu i obrońcom praw obywatelskich. A przecież dotyczy ona przede wszystkim przedstawicieli władzy – to właśnie niektórzy z nich, działaniem lub brakiem działania, popierali system dyskryminacji rasowej i najbardziej skandalicznie łamali prawo.

W ostatnich latach wiele zajmowałem się historią Ameryki, a zwłaszcza teorią i praktyką oporu politycznego oraz historią związków między rasizmem i amerykańskim prawem. Badania te oraz moje własne do-

świadczenie od czasów II wojny światowej przekonały mnie, że przynajmniej w mojej części świata znaczna część poważnych przestępstw – według mnie, tych najpoważniejszych – dokonywana jest nie przez osoby prywatne, ale przez funkcjonariuszy publicznych. Na ile teoria prawa nie dostrzega tych faktów, na tyle nie może dosiągnąć własnych ideałów moralnych i intelektualnych.

* Wywody autora w tej części artykułu wskazują na odmienne tradycje w teorii i praktyce stosowania prawa w Ameryce i Polsce, w tym dotyczące argumentacji prawniczej. Z tych też powodów nastręczają one sporo problemów znaczeniowych w terminologii tłumaczenia, która siłą rzeczy musiała się odnieść do powszechnie akceptowalnej w Polsce klasyfikacji wprowadzonej przez J. Wróblewskiego. Wszystkie omawiane przez Lyonsa teorie są rodzajami wykładni funkcjonalnej, jako że zmierzą one do ustalenia znaczenia normy prawnej ze względu na kontekst jej genezy lub działania, obejmujący szereg zjawisk pozaprawnych. Pierwsza z nich jest formą wykładni historycznej – przy czym w tłumaczeniu zachowano termin „pierwotny zamysł” (*original intent*), którym posługuje się autor, zamiast użyć pojęcia „wola historyczna” jako jednak zbyt odległego leksykalnie. Druga z nich (*justification-based interpretation*) została opatrzona polskim terminem „interpretacja celowościowa” z zaznaczeniem, że chodzi tu o wykładnię racjonalną. Trzecią zaś (*interpretative naturalism* lub *law as integrity*), jako bliską tradycji *common law* odmianę wykładni celowościowej, opatrzono wiernym tłumaczeniem terminologii R. Dworkina: „naturalizm interpretacyjny”.

** Znaczenie sprawy *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, przychodzi dostrzec na tle historii amerykańskiej zasady równości wobec prawa (*the Equal Protection Clause*) wyrażonej w czternastej poprawce do Konstytucji Amerykańskiej słowami: „rząd nie odmówi nikomu [...] równej ochrony przewidzianej przez prawo”.

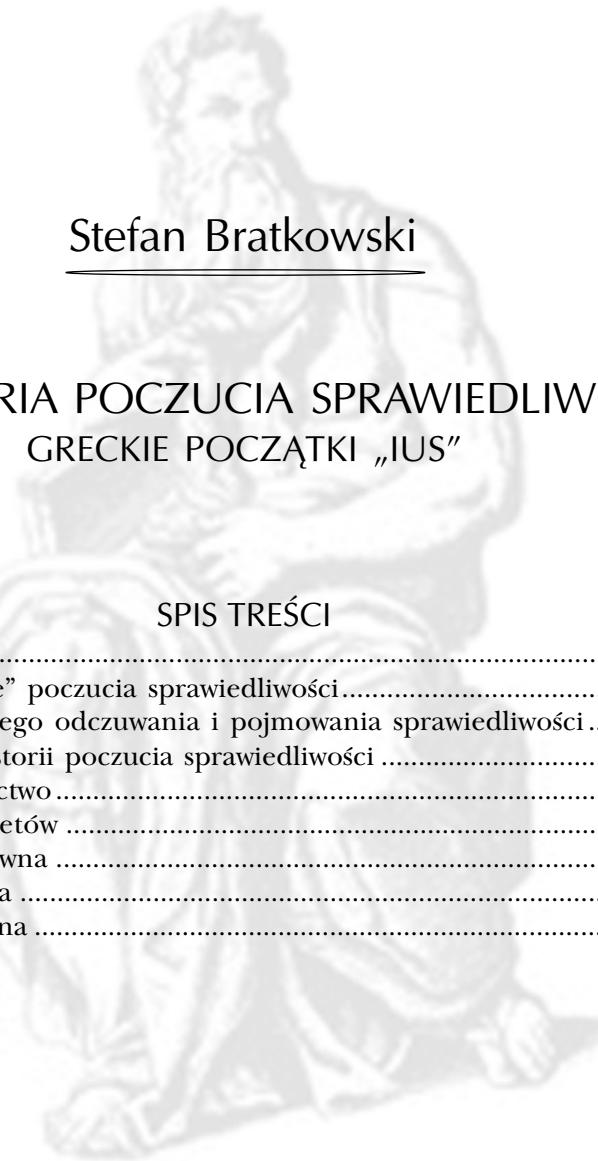
W 1857 roku, w decyzji *Dred Scott*, 60 US 393, Sąd Najwyższy USA uznał, że czarni niewolnicy w sposób zamierzony nie zostali zaliczeni do beneficjentów Deklaracji Niepodległości. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: „Rozpatrywane zagadnienie dotyczy tego, czy [niewolnicy i ich zstępni – dop. red.] stanowią część tej kategorii, jak też, czy są częścią suwerennej władzy Stanów Zjednoczonych? Sądzimy, że nie są i nigdy wedle niczyjego zamiaru nie mieli być ujęci w zakres konstytucyjnego pojęcia „obywatele”. Stąd też nie przysługują im żadne prawa czy przywileje, przewidziane i zabezpieczone dla obywateli Stanów Zjednoczonych [...]. Nie nam oceniać, czy rozwiążanie to jest sprawiedliwe bądź też niesprawiedliwe, roztropne bądź nieroztropne. Taka była decyzja polityczna i ustawodawcza tych, którzy kształtowali suwerenność i pisali Konstytucję. Obowiązkiem sądu jest natomiast dokonać takiej wykładni tych rozwiązań, która – stosownie do naszej najlepszej wiedzy – będzie zgodna z prawdziwym zamysłem i znaczeniem im nadawanym w chwili uchwalania”.

Decyzja ta była pośrednią przyczyną wojny secesyjnej. Wkrótce po jej zakończeniu Kongres ratyfikował XIII, XIV i XV poprawkę do Konstytucji, gwarantując równie prawa wszystkim obywatelom, w tym też Murzynom. Nie zamknęło to bynajmniej rozdziału o zasadzie równości na kontynencie amerykańskim. W 1869 roku zapadło w Sądzie Najwyższym USA orzeczenie w sprawie *Plessy v. Fergusson*, 163 US 537, wprowadzające doktrynę „odzielnie, ale równo” (*separate but equal*). Zgodnie z nią, zasada równego traktowania

obywateli zostaje zachowana, gdy każdej z ras zostaną zabezpieczone jednakowe warunki, niezależnie od tego, że nastąpi to w całkiem odrębnych instytucjach. Doktryna ta wkrótce rozwinęła się w szeregu orzeczeń sądowych i kształtała rzeczywistość amerykańskich środków publicznego transportu, szkolnictwa, komisji do głosowania itp.

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1954 roku w sprawie *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 374 US 483, stanowiło zasadniczy zwrot w tej praktyce. Problem powstał na tle sporu o dostęp czarnych do szkoły publicznej, zarezerwowanej dotychczas jedynie dla białych. Sędzia Warren, przewodniczący składu sądzącego i jednocześnie sprawozdawca, tymi słowy prezentował stanowisko i argumentację Sądu: „Podchodząc do rozpoznania tej sprawy, nie możemy cofnąć się w czasie do roku 1868, kiedy to uchwalono XIV poprawkę czy też nawet do 1869 roku, kiedy to zapadło orzeczenie w sprawie *Plessy v. Fergusson*. Musimy postrzegać zagadnienie publicznej edukacji w takim kształcie, jakim dziś jawi się w świetle jej rozwoju i znaczenia w życiu Narodu. Tylko w ten sposób będziemy mogli rozstrzygnąć, czy w ogóle i na ile segregacja w szkołach publicznych jest pogwałceniem gwarancji równych praw. W dzisiejszym świecie edukacja jest prawdopodobnie jednym z najważniejszych zadań władz lokalnych i stanowych. Obowiązkowa edukacja i czynione na nią nakłady są dowodem jej znaczenia w społeczeństwie demokratycznym. Jest jasne, że bez możliwości zdobycia wykształcenia nikt nie ma obecnie większych szans w życiu. Taka możliwość, od czasu, gdy jej gwarancji podjęła się władza publiczna, jest uprawnieniem równym i przysługującym każdemu. I tak dochodzimy do postawionego nam pytania: Czy segregacja rasowa dzieci w publicznych szkołach – nawet w razie zapewnienia wszystkim jednakowych warunków – odbiera dzieciom mniejszości równe możliwości edukacyjne? Wierzymy, że tak jest [...]. Separacja jednych dzieci od ich rówieśników jedynie dlatego, że mają inny kolor skóry, wywarza u nich poczucie niższości, wrażenie podległego miejsca, które przyszło im zająć w społeczeństwie. Może to zatruć ich serca i umysły w jedyny, tylko sobie właściwy sposób”.

*** *Principle of fairness*. Słowo *fairness* może być tłumaczone na wiele sposobów, w tym jako ‘sprawiedliwość, bezstronność, uczciwość’. Przyjęte tłumaczenie jako ‘zasada rzetelności’ nawiązuje do koncepcji J. Rawlsa *principle of fairness* jako zasady dla jednostki. (Zob. J. Rawls, *op. cit.*, s. 155 i nast.).



Stefan Bratkowski

PREHISTORIA POCZUCIA SPRAWIEDLIWOŚCI GRECKIE POCZĄTKI „IUS”

SPIS TREŚCI

1. Wstęp	87
2. „Długie trwanie” poczucia sprawiedliwości.....	88
3. Początki greckiego odczuwania i pojmowania sprawiedliwości	90
4. Skreślenia z historii poczucia sprawiedliwości	94
5. Jórskie dziedzictwo	96
6. Świadectwo poetów	99
7. Etyka instynktowna	100
8. Cnota platońska	102
9. Ciągłość antyczna	103



STEFAN BRATKOWSKI

Urodzony w 1934 roku. Dziennikarz „Po prostu” (1956 r.), redaktor „Życia i nowoczesności” – dodatku „Życia Warszawy”, pomysłodawca i współautor serialu *Najdłuższa wojna Europy*. Inicjator i współorganizator konwersatorium „Doświadczenie i Przeszłość” w 1978 roku. W latach 1980–1989 Prezes Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich, członek Komitetu Obywatelskiego przy Lechu Wałęsie. Od 1990 roku Honorowy Prezes Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich.

Autor książek: *Księga wróżb prawdziwych, Gra o Jutro* (wspólnie z A. Bratkowskim), *Skąd przychodzimy, Nie tak stromo pod górę, Jak robić interesy razem, Najkrótsza historia Polski, Wiosna Europy, Pan Nowogród Wielki, Pod wspólnym niebem*.



WPROWADZENIE

Autor podejmuje próbę rekonstrukcji początków poczucia sprawiedliwości jako kategorii fundamentalnej dla naszego dziedzictwa kulturowego. Artykuł stanowi niezwykle szeroką analizę źródeł i przekształceń kultury greckiej. Na tle analizy źródeł i przekształceń kultury greckiej autor wydobywa zmiany sensu i treści pojęcia sprawiedliwości, której poczucie wykazuje proweniencję znacznie starszą niż „prawo naturalne”. Na wielu przykładach pokazuje, jak poczucie sprawiedliwości przebijało się do życia umysłowego i kulturowego oraz jak wygląda myśl i praktyka polityczna, w których idea sprawiedliwości nie stanowi kategorii centralnej. Przyczyną rozwijań autora jest troska o przyszłość cywilizacji i rolę, jaką ma do odegrania idea sprawiedliwości w utrzymaniu jej kondycji.

Profesorowi Oktawiuszowi Jurewiczowi

1. WSTĘP

W swej rozprawie pt. *Osąd moralny a teoria prawa* David Lyons dowodzi, że to osąd moralny, powiązany z naszą zwykłą zdolnością do rozpoznawania niesprawiedliwości i wydawania ocen moralnych – wytycza istotne granice teorii prawa. Tymczasem w wielu dziedzinach społecznej i intelektualnej aktywności, takich jak walka humanizmu o prawa człowieka, zdarza się nam dzisiaj czuć wyższym nad ludową prostotę (*simplicitas*), mając ją za ludowe prostactwo (*rusticitas*). Przez takie podstawienie, niezbyt uczciwe intelektualnie, potrafimy zwolnić się z obowiązku dostrzegania granic, wyznaczonych przez „prosty” osąd moralny. Jednym z najbardziej jaskrawych przypadków takiej praktyki jest nieliczenie się z ludowym poczuciem sprawiedliwości. Stąd moja poniższa próba rekonstrukcji początków poczucia sprawiedliwości jako kategorii fundamentalnej dla naszego kulturowego dziedzictwa.

W epoce, kiedy na klawiaturach komputerów historyków powstają mity przeszłości, których ta przeszłość nie znała, próba historycznej rekonstrukcji narodzin poczucia sprawiedliwości jest być może zamierzeniem ryzykownym. Niemniej wydaje mi się potrzebna – po to, by nie tracić równowagi ducha pod naciskiem tej czy innej chwilowej (jednak!) mody. Od inauguracyjnego wykładu Fernanda Braudela w Col-

lége de France, otwierającego tom jego szkiców *Historia i trwanie*¹, upły-
nęło pięćdziesiąt lat. W roku 1950 Braudel mówił: „Wszystkie symbole
społeczne lub prawie wszystkie – a wśród nich i takie, za które gotowi
byliśmy wczoraj bez większej dyskusji umrzeć – pozbawione zostały treści.
Pytanie tylko, czy będziemy mogli nie tylko po prostu żyć, lecz żyć i myśleć
bez ich znaków orientacyjnych, bez świąteł ich pochodni. Wszystkie po-
jęcia myślowe zachwiały się lub załamały” (tłum. Bronisław Geremek).

I choć Braudel miał na myśli kryzys nieco innych pojęć niż podstawowe pojęcia prawa, diagnoza stanu ducha intelektualistów europejskich była trafna; w epoce „postmodernizmu” kryzys pojęć stał się moda i wyznaniem wiary. Jednak sama już diagnoza Braudela może być przedmiotem głębokich wątpliwości, bo doprawdy nie „wszystkie pojęcia myślowe zachwiały się lub załamały”. Zaryzykowałbym nawet opinię, że niektóre wra-
cają do swej roli znaków orientacyjnych z nową siłą swego światła. Dla przy-
kładu, mam na myśli sens kary i jej relację z humanizmem: chodzi o to, czy
cywilizacja prowadzić ma do sytuacji, w której poczucie sprawiedliwości okaże się nieprzydatne jako punkt wyjścia i przesłanka dla wymiaru kary.

Poczucie sprawiedliwości nie jest niezmienne w swych wyobrażeniach ani wszędzie takie samo². Wedle mego odczucia, owo dzisiejsze ludowe poczucie sprawiedliwości jest znacznie mądrzejsze niż się wydaje uczonym. Odnosiłbym się więc ze znacznie większym szacunkiem do niego, tym bardziej, że – co spróbuję ukazać – ma ono za sobą tradycję paru tysięcy lat. I to ono jest matką prawa. Braudelowskie „długie trwanie”, czyli ciągłość, dotyczy tego właśnie zjawiska – poczucia sprawiedliwości.

2. „DŁUGIE TRWANIE” POCZUCIA SPRAWIEDLIWOŚCI

Znakomite rozprawy filozoficzнопrawne, autorstwa chociażby Davida Lyonsa i Johna Rawlsa³, ujawniają trudności dzisiejszej filozofii prawa ze „sprawiedliwością”. Jako do swego źródła, filozofia ta sięga do

¹ F. Braudel, *Historia i trwanie*, Warszawa 1999, s. 23.

² W Polsce kodeks Makarewicza, przyjęty w roku 1932, nie ścigał homoseksualizmu – nie tylko dlatego, że elity intelektualne polskie nauczyły się humanistycznej wyrozu-
mialości; lud żywił co najwyżej odrazę wobec inwersji seksualnych, ale nie widział w nich przestępstwa. W Anglii lord Patrick Devlin jeszcze w 1959 roku w płomiennym wystą-
pieniu bronił kar za homoseksualizm, dowodząc konieczności ochrony społeczeństwa przed szerzeniem się dewiacji seksualnych; reprezentował z pewnością wyobrażenia dość wtedy powszechnie w protestanckim społeczeństwie Wielkiej Brytanii, kraju naj-
powszechniejszego akurat w Europie homoseksualizmu.

³ D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

roznóżnień dziedziczonych po Arystotelesie. Sęk w tym, że w rzeczywistości źródło to dotyczy czegoś innego niż sprawiedliwość odniesiona do prawa. Łatwo sprawdzić, że Arystoteles nie zajmował się „sprawiedliwością” jako przesłanką czy punktem odniesienia dla budowy prawa, lecz jako cnotą. Dlatego w znaczeniu, które zowie się „szczegółowym”, sprowadzając ją do kategorii społecznych, do kategorii stosunków między ludźmi – na swój sposób „uspołecznił” ją⁴.

Arystoteles nie znieksztalciał pierwotnego sensu sprawiedliwości, obojętnego wobec, przykładowo, rozdziału dóbr. Jego sprawiedliwość „w znaczeniu ogólnym”, czyli odniesiona właśnie do prawa, jest nawet ogólniejsza. Stanowi ją poszanowanie obowiązującego prawa – jakby na przekór sofistom z poprzednich pokoleń, relatywizującym stosunek do państwa i jego prawa, prezentującym skrajny nihilizm, Kaliklesowi czy Trazymachowi.

Arystotelesowa sprawiedliwość komutatywna, wyrównawcza, jej postulat równości wymienianych dóbr czy postulat proporcjonalności odszkodowania do skali wyrządzonej krzywdy – wszystko wywodziło się oczywiście z istoty sprawiedliwości, jak ją pojmowały ludy starożytnej Grecji. Ale sam Arystoteles, co się jednak z reguły pomija w dzisiejszych odniesieniach, operował także pojęciem „słuszności”, które miało wspomagać praktyczne stosowanie prawa pozytywnego, nie mogącego swymi regułami uwzględnić wszystkiego, co się może zdarzyć. Było to klasyczne „poczucie sprawiedliwości”. I nie rozumiał on sprawiedliwości inaczej niż my; w *Ustroju politycznym Aten* jambicznymi trymetrami cytuje opinię Solona o jego reformach i kontekst nie pozostawia najmniejszej wątpliwości, że Arystoteles w pełni identyfikuje się z punktem widzenia cytowanego reformatora: „Przeprowadziłem to przy pomocy prawa, siłę ze sprawiedliwością skojarzywszy, i postępowałem tak, jak to obiecałem. Nadałem prawa tak dla dobrych, jak i dla złych, nie naginając sprawiedliwości do niczych życzeń” (tłum. Ludwik Piotrowicz)⁵.

Nie trzeba chyba więcej, by dowodzić, jak bardzo Arystoteles jest naszym współczesnym...

⁴ Gdyby ci anglosascy filozofowie prawa czytywali *Paideię* Wernera Jaegera (który pracował i wykładał przez 25 lat w Stanach Zjednoczonych), nie mówiąc już o starszych jego kolegach i nauczycielach, Ulrichu von Wilamowitz-Moellendorffie czy Tadeuszu Zielińskim, publikującym po niemiecku i francusku, początki filozofii prawa i dzieje poczucia sprawiedliwości w ich ujęciu prezentowałyby się zgoła inaczej.

⁵ Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, Kraków 1931, s. 14.

3. POCZĄTKI GRECKIEGO ODCZUWANIA I POJMOWANIA SPRAWIEDLIWOŚCI

Czy możemy dziś określić, co dla starożytnych Greków było sprawiedliwością? Tak, i to – jak widać z powyższego cytatu – wcale nie na podstawie supozycji czy spekulacji współczesnych nam uczonych. Choć, co ciekawe, przy obfitości polskich prac oraz przekładów poświęconych Grecji antycznej, nie znajdziemy wśród nich żadnej publikacji, odnoszącej się do interesującego nas tematu. Tradycja prawoznawcza wiąże swój spadek po antyku przede wszystkim z cywilizacją i kulturą Rzymu; w dziejach Grecji tematyka ta schodzi na plan drugi. Wszelako trudno byłoby w ogóle o kulturę Grecji starożytnej, gdyby nie wykształciła ona pojęcia sprawiedliwości i poczucia sprawiedliwości. Zaryzykuję zaś pogląd, że bez tego pojęcia i bez poczucia sprawiedliwości jako podstaw porządku publicznego wręcz nie można mówić o kulturze życia publicznego.

Robert Graves w swoich *Mitych greckich*⁶ daje do zrozumienia, że bogini Dike, „uosobienie prawa naturalnego lub sprawiedliwości i wstydu”, była sztucznym bóstwem, które wymyślili – jak i Tyche, „los” – dawni filozofowie; według Wernera Jaegera to Hezjod (VIII–VII w. p.n.e.) stworzył nowe bóstwo imieniem Dike – na długo przed epoką filozofów. Jak było naprawdę?

Dzisiejsze chronologie dziejów greckich zowią okres między rokiem 1000 a 750 p.n.e. – Wiekami Ciemnymi. Cywilizacje epoki brązu, i minojska, i mykeńska, uległy wcześniej katastrofom, ciągle dość trudnym do wytłumaczenia; padły ich organizmy państwowne, a co więcej, zapomniano wręcz ich pisma!

Ciągłość cywilizacyjna została zerwana kompletnie. Thomas R. Martin z uniwersytetu w Yale, autor *Starożytnej Grecji*⁷, sumującą dzisiejszy stan wiedzy o niej, zwraca uwagę na wyludnienie ziem Grecji w owych Ciemnych Wiekach i na stwierdzane przez archeologię ubóstwo jej mieszkańców. Niemniej przypisuje tej epoce „zmiany absolutnie fundamentalne”⁸.

Czas powstania *Iliady* przypisuje się po analizach językowych i geograficznych końcowym dekadom IX wieku p.n.e., zaś *Odyssej* – wiekowi VIII p.n.e. Oba poematy na pewno powstały i szeroko się rozpowszechniły przed Hezjodem, skoro ten korzystał z ich zwrotów językowych. Oba są

⁶ R. Graves, *Mity greckie*, Warszawa 1982, s. 120.

⁷ T. R. Martin, *Starożytna Grecja*, Warszawa 1998.

⁸ Wskładamy się tu w podstawowe niejasności: Jonia tego czasu, a więc małoazjatyckie wybrzeża morza Egejskiego, nadal dość mało znana jest archeologom. Przypisuje się zasiedlenie jej przez Greków początkom Wieków Ciemnych, a nawet – co mi się widzi przesadną ostrożnością – wiekowi IX. Niemniej, choć mogła być biedna, nie była dzika; jeśli nawet ślepy poeta o imieniu Homer nie stworzył, lecz ujął w jeden poemat powta-

dziełem kultury jońskiej; zresztą synem przybysza ze świata jońskiego, a nie rdzennym Beotą, był i sam Hezjod, którego pojęcia zawarte w *Teogonii*, rodowodzie bogów, Nicholas G. L. Hammond ma za prymitywniejsze, więc starsze od homeryckich⁹.

Jeśli „prawo naturalne” jako pojęcie pojawi się później (i w różnych zgoła znaczeniach), to poczucie sprawiedliwości ma proveniencję nieporównywalnie starszą. Rzec można – pierwotną. Już Grecję homerycką przenika prawo; to bogowie tej Grecji pilnują sprawiedliwości. W *Iliadzie* Zeus zsyła straszną burzę, kiedy ludzie łamią prawo – za karę; również w *Odysei* bogowie w imię swoich boskich obowiązków pilnują, by sprawiedliwości stało się zadość, zaś Zeus na Olimpie przewodniczy radzie bogów jako, wedle słów Jaegera, „oświecone sumienie świata”¹⁰. Nie wiem, czemu dla Jaegera ta sprawiedliwość w świecie homeryckim jest nie dość boska i dlaczego dopiero późniejszy czasowo Hezjod, „prawdziwy prorok prawa”, miałby nadać jej taki charakter. Jeśli rację ma Hammond, to nie Hezjod ją przebóstwił; a logika znajomości dziejów każe wierzyć Hammonowi – bogowie, pierwotnie zwykle plemienni, nie zaś wywodzący się z deifikowanych pojęć abstrakcyjnych, byli na ogół starsi od pojęć, które z nimi wiązano i których treść ulegała najrozmaitszym fluktuacjom.

W *Teogonii* Hezjoda występuje Dike jako jedna z trzech Hor, cór Zeusa i Temidy. Temis w naszych dzisiejszych definicjach encyklopedycznych to starogrecka bogini obyczajów (dobrych), porządku i sprawiedliwości. Zawiązane oczy, wagę i miecz przypisano jej, boskiemu uosobieniu „słępego prawa”, później; pierwotnie przedstawiano ją z rogiem obfitości – symbolizowała raczej właśnie porządek społeczny, dobre obyczaje i poszanowanie prawa jako warunki dobrobytu; róg obfitości był jednym z wczesnych atrybutów Zeusa. Opiekowała się zgromadzeniami ludowymi, a także – pokrywczonymi i potrzebującymi pomocy. Graves utożsamia z nią – ład; myślę, że to najtrafniejsza identyfikacja.

Jeśli Temidę zaliczano do pokolenia tytanów, którzy poprzedzili ród ludzki, znak to, że pojęcia ładu, porządku społecznego i dobrych obyczajów były bardzo stare i zmitologizowane pospolną tąsknotą do takich

rzane przez śpiewaków rozmaite epopieje, to jego mistrzostwo przekreśla nazwę epoki. W tej epoce opanowali też Grecy produkcję żelaza i to na poziomie artystmu sztuki kowalskiej – Homerowy opis w *Iliadzie* tarczy Achillea, choć ta nie była z żelaza, najdowodniej o tym świadczy. Najważniejsze zaś, nie została zerwana w stosunku do świata mykeńskiego ciągłość pamięci; gdyby i ona pękła, nigdy by nie powstały ani *Iliada*, ani *Odyseja*. Mity greckie będą – niemal wszystkie! – dotyczyły epok sprzed Ciemnych Wieków.

⁹ N. G. L. Hammond, *Dzieje Grecji*, Warszawa 1973, s. 136.

¹⁰ W. Jaeger, *Paideia*, tom 1, Warszawa 1962, s. 85.

idealów. W jakimś sensie, co mamy prawo dedukować, te pojęcia urodziły kulturę społeczną Grecji jońskiej, a potem attyckiej. Rodowód imienia Themis, jak wyprowadza go Graves od *tithenai*, układać, rozporządzić, brzmi logiczniej, niż Jaegera „ustanawiać”, z którego by wynikało, że *themis* ustanowił Zeus. „Ład” był wymarzonym postępem w stosunku do bezładu świata zemsty rodowej i rabunkowych wojen; patronował kształtowaniu prawa zwyczajowego – niepewnego jeszcze, zależnego od widzimisie królów i możnych jako sędziów, ale nieezwalającego już na samosądy.

Innymi słowy, było w tym rodowodzie miejsce na Dike, boginię sprawiedliwości – obok innych córek Zeusa i Temidy: Eunomii, bogini ładu i praworządności i Eirene, bogini pokoju. W *Pracach i dniach* Hezjoda Dike siedzi obok Zeusa, protektora praw i obyczajów, który „ludziom użyczył prawa, najwyższe z dóbr”; dzięki Zeusowi sprawiedliwość, zgodna z ludzkim o niej wyobrażeniem, w końcu zatruimfuje, a ku satysfakcji marksisty, George'a D. Thomsona, autora *Egi prehistorycznej*¹¹, Dike Hezjoda skarzy Zeusowi na możnych jako niesprawiedliwych sędziów i domaga się jego interwencji.

Tak, bo to jest świat sądów i sędziów. Nie tylko w dosłownym niemal opisie Hezjoda, który (w VIII wieku!) utyskuje na nieuczciwość brata i przekupstwo sędziów w sporze o spadek. Na tarczy Achillesa, opisanej w *Iliadzie* z taką dokładnością szczegółu, Hefajstos wykuł obraz sądu na rynku, ze sporem o główsczyznę za ofiarę zabójstwa, z sędziami siedzącymi w świętym kręgu na wygładzonych kamieniach, trzymającymi w dloniach berła. Tym sędziom – pierwotnie królom u Homera, teraz i panom, czyli po prostu starszyźnie rodowej – Zeus dał owe berła i *themis*, czyli zwierzchnie prawo sądu jako notabliom symbolizującym ład. Zatem sąd o odszkodowanie za zabójstwo oraz ewentualne oczyszczenie miasta czy okolicy – zamiast spirali mordów dla zemsty rodowej. To więc świat joński IX wieku p.n.e. jest tym światem cywilizacji, który nas urodził. Homer, czy był jednym geniuszem czy dwoma – nie był „kaprysem ducha, który tchnie, gdzie chce”; był synem wysoko rozwiniętej cywilizacji i kultury. I doprawdy nie mogła narodzić się ona w ciągu życia jednego pokolenia. Thomson wyprowadzał treść pojęcia *dike* od pierwotnej „ścieżki” – „pokazania drogi” przestępcy, jak się w dawnym języku polskim mówiło, czyli dla wygonienia kogoś, kto zabił i naruszył plemienne tabu zakazu mordu na współziomku. „Ścieżka” już oznaczała postęp – jeśli rzeczywiście zastępowała, a nie ułatwiała pomstę, czyli realizację obowiązku zemsty rodowej (ale nie odwrotnie: wypędzonego i pozabawionego ochrony mógł przecież zabić każdy). Tak o dalszych losach pojęcia *dike* w jońskim świecie Homera i Hezjoda, zanim stanie się ono elementem

¹¹ G. D. Thomson, *Egi prehistoryczna*, Warszawa 1958.

prywatnego dochodzenia krzywdy w attyckim procesie sądowym, *dikai*, mówi znacznie więcej *dike*, prawo, boskie poczucie sprawiedliwości.

Według Jaegera, *dike*, słowo „etymologicznie dość niejasne”, wywoodziło się z języka procesowego. Ale jest więcej niż wątpliwe, by to proces mógł *dike* wymyślić. Należy raczej – za sposobem rozumowania Hammonda – widzieć w tym pojęciu adaptację wyższej, boskiej sprawiedliwości do codziennych potrzeb procesowych. Bratu, Persesowi, Hezjod zwracał uwagę, że ludziom Zeus wskazał inną drogę niżeli zwierzętom, które mogą pożerać się wzajemnie w imię prawa silniejszego; ludzi Zeus obdarował dobrem najwyższym – poczuciem sprawiedliwości, które wyklucza przemoc i gwałt. Zeus uosabia rozum i sprawiedliwość zarazem; powinni z władzą jego wyroków liczyć się możli w roli sędziów, krzywdziciele słabych. Hezjod obwieszcza im w *Pracach i dniach*:

„Przezeń żyją śmiertelni w pogardzie lub cieszą się sławą
Rozgłos zyskują lub nikną za Zeusa wielkiego też sprawą
Łatwo on kogo wywyższy, a siły mocnego pozbawi
Łatwo poskromi wielkiego, a nieznacznego znów wsławi
Łatwo skromnego wyniesie, dumnego z wyżyn zaś straci [...]”
(tłum. Wiktor Steffen)

Zeus posłuży się dla egzekucji swych wyroków – losem. Ale słabi i krzywdzeni też nie powinni sięgać po przemoc. Ani chcieć więcej, niż się im należy. „Nie ubiegaj się o nic ponad miarę”; umiar, *metron*, jest wskazaniem Hezjoda. Bo tak wskazuje i Dike.

Ci Homerowi sędziowie z tarczy Achillea „przydzielali *dike*”, a poszkodowany „brał *dike*”. Jaeger nazywa ową *dike* karą, ale *dike* była wyrównaniem wyrządzonej krzywdy, zadośćuczynieniem zgodnym z poczuciem sprawiedliwości, które tego wyrównania wymagało. Potrzebowaly go zwłaszcza społeczności, które swego prawa zwyczajowego jeszcze nie uporządkowały, nie poddały uregulowanym zasadom sprawiedliwości, gwarantującym, że w podobnej sytuacji zapadnie podobny wyrok. Sędziów, na których pomstował Hezjod, nie poczynał żaden „pamiętacz prawa”, powtarzający je podczas zgromadzeń ludowych, jak w dwa tysiące lat później *lagman* na thingach Skandynawów. Sprawiedliwość, poczucie sprawiedliwości, symbolizowała tym samym – Dike.

Z tego dopiero wyrosnąć mogło oderwane, abstrakcyjne pojęcie „sprawiedliwości”, *dikaiosyne*, którego narodziny starali się prześledzić badacze wczesnej historii Hellady; nie mnie wyrokować o trafności ich rekonstrukcji. Nie będę też rozwijał tematu Mojry i Erynni, wspomagających Dike, która podobno weszła w pierwotne funkcje Mojry – choć w epoce homeryckiej nawet władza Zeusa nad Mojrą, jedną na razie, bóstwem losu, była mocno niepewna. Dopiero Hezjod przyznaje Zeusowi władztwo nad losem.

4. SKREŚLENIA Z HISTORII POCZUCIA SPRAWIEDLIWOŚCI

Nie mamy podstaw, by przypoczątki prawa greckiego i poczucia sprawiedliwości wiązać z Kretem i jej wcześniejszą, ponad tysiącletnią historią; dla „naszej” starożytnej Grecji była to zaprzeszłość, jak dzisiaj starożytność dla nas. Minosowi – lub może Minosom, eolskim władców Krety – pozostała sława wielkiego prawodawcy; mitologia grecka zapamiętała Minosa po tysiącu lat jako władcę rozumnego i sprawiedliwego, przyznała mu funkcję najwyższego sędziego zmarłych, wymierzającego duszom ich udział w życiu wiecznym i odsyłającego je do Tartaru bądź do Elizjum. Nie sądzę jednak, by narodziny poczucia sprawiedliwości wypadały wiązać z tą tradycją. Kreteńskie – wedle zasadnych domysłów – misterijne ofiary z ludzi, nie mające nic wspólnego z wymiarem jakiekolwiek kary, były czymś wyzywającym sprzecznym z jakąkolwiek sprawiedliwością, nawet jeśli ofiary wierzyły, że warto oddać życie bogom; totalitarne powtorności Sparty będą zawierały coś z tego dziedzictwa...

Z historii poczucia sprawiedliwości wykluczylibyśmy Sparty, która zdała się integralnym składnikiem kulturowego spadku po Grecji. Od Tukidydesa, ojca historiografii (koniec IV wieku p.n.e.), dowiadujemy się, że to „Lacedemon, od założenia go przez mieszkańców tam obecnie Dorów, mimo że najdłużej nękaną walkami wewnętrznymi, spośród wszystkich państw, które znamy, miał od najdawniejszych czasów dobre prawa...” (tłum. Kazimierz Kumaniecki)¹². Nawet, jak widać, najmądrzejszy z historyków greckich mógł ulegać przekazom zgoła fantastycznym. Dorowię, ostatni najeźdzy hellenjscy, przybyli przed lub koło 1000 r. p.n.e.; jeśli nawet, jak dzisiaj chce nauka, nie odegrali tak niszczącej roli wobec cywilizacji minojskiej i mykeńskiej, to jednak byli pomiędzy Grecami najdziksi. Co więcej, Herodot powtarza opinię, że „w dawniejszych czasach mieli oni najgorsze prawa spośród wszystkich niemal Hellenów” (tłum. Seweryn Hammer)¹³. Owe ich „walki wewnętrzne” to ani chybi wzajemne mordy w imię obowiązków zemsty rodowej – czemu kres położyły owe „dobre prawa”. Ale na pewno nie prawodawstwo Likurga w Sparcie, datowane dziś na koniec wieku IX p.n.e.

Dawniej życie Likurga przypisywano VII wiekowi p.n.e. i to by się kojarzyło z tą Spartą, która z innych okolic świata greckiego przyciągała wówczas poetów, rzeźbiarzy i muzyków. To wtedy tworzył Tyrteusz, elegik patriotyzmu i wojny, uczący umierania za Sparty; wtedy komponował dla jej chórów dziewczęcych Alkman, pochodzący z Sardes, czyli aż z Lidii; to wtedy Taletas z Gortyny na Krecie, wezwany podczas zarazy dla prze-

¹² Tukidydес, *Wojna peloponeska*, Warszawa 1957, s. 11.

¹³ Herodot, *Dzieje*, tom 1, Warszawa 1959, s. 48.

błagania bogów muzyką, tworzył peany ku czci Apollina, śpiewane przez chory chłopców – w drugiej już epoce muzyki Sparty, po zaproszonym z jońskiego Lesbos Terpandrze.

Podobno i Likurg przejął wzór dla swego ustroju z Krety, jak to od samych Lacedemończyków usłyszał Herodot. Kreta jednak od dawna była już dorycka; *agela*, drużyna młodzieńców pod dowództwem ojca jednego z nich, przez 10 lat przygotowująca ich do życia społecznego i wojny, pochodziła na pewno od Dorów z Krety. *Kripteja*, bezkarne zabijanie helotów na wszelki wypadek w upoważniającej do tych mordów „świętej wojnie”, ogłaszanej corocznie przez eforów, należała do programowych podłości ustroju, sztukami pięknymi nieprzetworzonego, do podłości totalizmu wyrosłego z kreteńskich, czytaj: doryckich, korzeni. Świadczy o tym aplauz ze strony Platona, który jeszcze w IV wieku p.n.e. napisze w *Prawach*: „nie darmo to prawa kreteńskie mają taką wielką sławę w całej Helladzie. Bo one są słuszne i przynoszą szczęście tym, którzy się nimi posługują” (tłum. Władysław Witwicki)¹⁴.

Platon znał ich totalność; wiedział także z Tukidydesa, jak dla bezpieczeństwa Lacedemonu wymordowano potajemnie dwa tysiące helotów, najdzielniej bijących się po stronie Sparty w wojnie peloponeskiej; i to wymordowano podstępnie, znów na wszelki wypadek – jako tych, którzy pierwsi mogliby zapragnąć wolności. Kiedy w naszych czasach Thomas R. Martin pisze w swej *Starożytnej Grecji*¹⁵, że „Spartanie byli niezwykle przywiązani do idei przestrzegania prawa” (tłum. Tomasz Derda), a stronice dalej opisuje sposób traktowania helotów i pogardę wobec nich, odzywa się tu paradoks fascynacji Platona: prawo bez poczucia sprawiedliwości...

Tradycja za instytucję prawodawstwa Likurga miała *retrê*, dosłownie – umowę, ale zarazem – wyrok, wyrocznię; co więcej, ustawy Likurga wiązano z wyrocznią Pytii delfickiej. Nasza bezcenna *Mała encyklopedia kultury świata antycznego*¹⁶ pisze o „rzekomym” związku ustaw Likurga z wyrocznią; jeśli jednak Platon widzi apollińską wspólność praw nadawanych przez Minosa i Likurga (!), można ich pierwotnej inspiracji upatrywać i w bardzo kreteńskich poglądach kapłanów Delf, ubierających bezładne słowa oszolomionej Pytii w wierszowaną formę. Jeden z największych znawców starożytności, Tadeusz Zieliński, mówił w swych ośmiu wykładach petersburskich z roku 1901¹⁷: „Oto Delfy, najpoważniejsza umysłowa i moralna siła Grecji aż do V wieku, podejmują szczytne zadanie politycznego wychowania Grecji w duchu religii i etyki Apollina”. Na pewno nie była to „najpoważniejsza siła umysłowa” Grecji epoki „archaicznej”, ale co do Sparty

¹⁴ Platon, *Państwo, Prawa*, Kęty 1997, s. 346.

¹⁵ T. R. Martin, *Starożytne...*, op.cit., s. 87.

¹⁶ *Mała encyklopedia kultury świata antycznego*, Warszawa 1958.

¹⁷ T. Zieliński, *Świat antyczny a my*, Zamość 1922, s. 129.

Zieliński nie bez racji sugerował, że wyrocznia na swój sposób nią „rządziła”! I to Apollina czciły pieśni Taletasa!

Domniemane *retri* Likurga nie były wcale najstarszym prawem Greków. Tukidydes, co ciekawe, po prostu nie znał innych, autentycznych tradycji. To w ogóle nie była kodyfikacja. Ani nawet w ogóle prawo! Pierwsza *retra* Likurga – wedle Plutarchowej relacji za Arystotelesem, a nie mamy podstaw jej kwestionować – zabraniała spisywania prawa. Nakazywała tym samym uznawać za prawo to, co jako prawo uznają władze Sparty. Jeśli więc owe „dobre prawa” poskromiły zemstę rodową, to musiano je przyjąć jeszcze jako prawo zwyczajowe – w postaci przekonania geruzji, królów i eforów, że należy instytucję zemsty rodowej całkowicie w imię ochrony potencjału wojennego Sparty wykorzenić. Mordować Spartiaci mogli bezkarnie tylko innych.

Czwarta *retra*, „Wielka”, też nie stanowiła prawa; regulowała ustrój Sparty. Jedyna późniejsza jej zmiana upoważniła geruzję, radę starszych, razem z królami, do rozwiązania *apelli*, zgromadzenia ludowego, jeśliby o czymś zadecydowało ono niesłusznie; geruzji przysługiwała zwierzchność arbitralna, bez powoływanego się na jakieś wyższe zasady; miała lepiej rozumieć interes Sparty i tyle – jako władza państwa totalnego, którego przeznaczeniu muzyka nie przeszkadzała. Dike tu nie była potrzebna, nawet w stosunkach między swoimi. Skreślmy zatem Spartę z historii prawa, a tym bardziej – z historii poczucia sprawiedliwości.

5. JOŃSKIE DZIEDZICTWO

Nie Delfy, ale Jonia tworzyła cywilizację i kulturę grecką, zanim ją samą w 600 r. p.n.e. podbili Lidyczycy. Tworzyła i potem. To ci spadkobiercy Grecji homeryckiej i hezjodowej mieli i prawo, i poczucie sprawiedliwości. Prawo porządkowali teraz wedle poczucia sprawiedliwości. Dla Pierre'a Lévéque'a¹⁸, „jednym z naczelnych żądań wszystkich niezadowolonych było opublikowanie praw obowiązujących ogólnego społeczeństwa” (tłum. Joanna Olkiewicz). Ja myślę, że również i możli zainteresowani byli ukróceniem samowoli i bezprawia samosądów; najlepiej o tym świadczy ogólna bezwzględność represji w sprawach o zabójstwo.

Ustrój Aten, uformowany w VII wieku, powierzył zadanie porządkowania prawa sześciu spośród dziewięciu archontów, najwyższych urzędników państwa; tych sześciu nosiło tytuły *thesmoothetai*: prawodawców, choć przede wszystkim tesmoteci sami sądzili – rozsądzali spory prywatne. Na ziemiach Jonii takąż rolę odgrywali ajzynci.

Prawa, które w Wielkiej Grecji, czyli na ziemiach południa Italii, ustalili w VII wieku jej prawodawcy, znamy tylko z drugiej ręki. Zasłyneły

¹⁸ P. Lévéque, *Świat grecki*, Warszawa 1973, s. 123.

wśród nich prawodawstwa Zaleukosa (ok. 660 r. p.n.e.), jednego z ajzymnetów z niedawno wówczas powstałą kolonii Lokrów, Lokrydy włoskiej, i młodszego odeń o pokolenie Charondasa z achajskiej Catany, dzisiejszej Katanii. W systemie Zaleukosa obowiązywało prawo talionu – oko za oko, ząb za ząb; żeby wyeliminować nieuzasadnione oskarżenia, skarżący w sprawie o śmierć i sędzia stawali w drugiej instancji przed zgromadzeniem „tysiąca” ze stryczkami na szyjach; tego, kto przegrał proces, wieszano ponoć na miejscu – jeśli to nie legenda. Dla ważności zawieranych umów Zaleukos wymagał nie tylko pisemnej już formy, ale i świadków, czyli że handel rozwinął się już do poziomu umiejętności fałszowania dokumentów. Z kolei Charondas zorganizował instytucjonalne sądownictwo – kto się uchylał od podjęcia funkcji sędziego, musiał zapłacić grzywnę; im kto bogatszy, tym większą. Legenda mówi, że Charondas, naruszywszy ustanowiony przez siebie przepis, sam siebie uśmiercił. Jeśli to nawet legenda, to bardzo znamienna; sprawiedliwość jest przedmiotem kultu o sile mitologizacyjnej.

U przełomu VII i VI wieku p.n.e. Tales z Miletu jako astronom umiał przewidzieć zaćmienie słońca; dziś kwestionuje się jego zdolność prowadzenia odpowiednich obliczeń, ale niepodważalne kontakty Jonii z Bliskim Wschodem w sferze budownictwa i architektury uprawdopodobniają Talesową znajomość wiedzy astronomicznej Babilonii. Wniosek jednakże Martina z tej astronomii, że Tales uważał przyrodę za niezależną od woli bogów, mam za przesadny; prawa przyrody były ich sprawą, sprawą bogów. Jako polityk, organizator związku miast jońskich, znakomity inżynier, mógł Tales pojawić się tylko w świecie o bardzo wysokim poziomie organizacji życia publicznego – z prawem i myślą prawną, z poczuciem sprawiedliwości, któremu patronują właśnie bogowie: na pytanie, czy zdoła się ukryć przed bogami ktoś, kto źle czyni, miał Tales odpowiedzieć, że nie ukryje się nawet ten, kto zamierza źle czynić. Nie padło tu imię Dike; to Erynie, spełniające rolę naszych wyrzutów sumienia, którego Grecy nie znali, będą ściągały nawet karygodną intencję... W imię poczucia sprawiedliwości.

Starszemu nieco od Talesa Drakonowi, archontowi ateńskiemu, polecono spisanie w roku 621 p.n.e. prawa już istniejącego. Kodeks Drakona zasłynął okrucieństwem, mówiło się potem, że go pisano krwią. Karał śmiercią drobne kradzieże zboża, ale rozróżniał zabójstwo rozmyślne i śmierć zadaną przypadkiem lub w obronie własnej; rozróżnienie umyślności i nieumyślności znamionuje wysoki już poziom intelektualny prawodawstwa, tym bardziej wart zwrócenia uwagi, że w niecałe dwa wieki później u Sofoklesa w *Królu Edypie* główny bohater zostanie jednak zbrodniarzem mimo woli... I nie sądzę, by okrucieństwo było innowacją Drakona – nie przyjęłoby się, gdyby go Ateny nie akceptowały wcześniej. Przypuszczam, że równie bezwględne było prawodawstwo Fidona w Argolidzie, z tego sa-

mego czasu. Należało to raczej do poetyki czasów, sądząc po owych stryczkach w systemie Zaleukosa i po śmierci samego Charondasa.

Początki prawa stanowionego w Grecji tradycja kojarzyła dopiero z eopką „siedmiu mędrców” (niezależnie od tego, kogo na ich listę wpisześmy), czyli, mniej więcej, z latami 620–550 p.n.e. Późniejszy o dwa wieki Dikajarchos z Messeny, uczeń Arystotelesa z IV wieku p.n.e., zaświdaucza (wedle zapisu Diogenesa Laertiosa w tłumaczeniu Witolda Olszewskiego), że byli oni „ludźmi rozumnymi i znającymi się na prawodawstwie”, co potwierdza ich rolę mędrców porządkujących, a nie stanowiących prawa. Sprawiedliwością swych wyroków zasłynął Bias z Prieny w jońskiej Karii (VI w. p.n.e.); powiadano w świecie jońskim – sądź jak sąd w Prienie...

W pierwszej połowie VI wieku p.n.e. Mityleną, jednym z pięciu miast-państw na wyspie Lesbos, rządził przez dziesięć lat inny z „siedmiu mędrców”, Pittakos, wielki polityk, uczący sztuki przebaczania przeciwnikom politycznym – bardziej skutecznego niż odwet. Legenda wspomina skierowane doń pytanie Krezusa, króla Lidii, o największą władzę; odpowiedział Pittakos, że jest nią malowane drewno – czyli wypisane na drewnianych tablicach prawo. To prawo pisane musiało zatem być już praktyką bardzo starą... Oczywiście, możliwe, że miał Pittakos na myśli obracające się, drewniane tablice, przymaty (od tego, co jest rozpiłowane), na których kazał wypisać prawa Solon, wielki ateński reformator prawa, w ćwierć wieku po Drakonie. Tablice te wystawiono na Akropolu i na ateńskim rynku miejskim, ale ja myślę, że był to pomysł starszy, joński właśnie, z którym zaznajomił się Solon w trakcie swych podróży – być może własna, mityleńska kodyfikacja Pittakosa, bo trudno sobie wyobrazić, by odsyłał on Krezusa do potęgi prawodawstwa za morzem.

Według Plutarcha Solon, jeden z niekwestionowanych „siedmiu mędrców”, miał usłyszeć od swego przyjaciela, Anacharsisa Scyty, porównanie prawa do pajęczyny, w której ugrzęźnie stworzenie małe i słabe, a którą większe rozerwie i uleci. To porównanie mogło wyjść jedynie z ust człowieka o bardzo wyrobionym poczuciu sprawiedliwości, w epoce, gdy prawo jako dostatecznie stare podlegało już wszelkim swym schorzeniom społecznym – a przecie podlegało im już za czasów Hezjoda! Być może to opinia samego Solona; w relacji Plutarchowej tłumaczył on Anacharsisowi, że ludzie dochowują umów, których naruszenie żadnej ze stron się nie opłaci, i że prawa o takich cechach zamierza ustanowić. Solon w swej poezji nawiąże do sprawiedliwości, Dike, tej u boku Zeusa boskiej siły zdolnej nagradzać dobro i karać зло, jeśli nawet nie zaraz, to w następnym pokoleniu. Dike Solona także wymagała umiaru; Solon miał za złe arystokracji butę, zaś demokratom – chciwość. Niewykluczone, że dzięki takim obserwacjom Dike wróci w VI wieku p.n.e. także w teogonii pism orfickich.

W epoce „siedmiu mędrców” Anaksymander z Miletu, młodszy od Talesa, przeniesie do... filozofii przyrody pojęcie *diken didonai*, nie tyle,

powtóżmy, „odmierzenia kary”, ile zadośćuczynienia, wyrównania głowszczyzną straty wywołanej przez mężobójstwo – więc pojęcie równoważności następstw w stosunku do czynu. A nie wystarczy samo odszkodowanie; trzeba jeszcze pamiętać o poczuciu sprawiedliwości bogów, którego nie wolno zlekceważyć. Konieczne jest oczyszczenie miasta i sprawcy, przebłaganie bogów, czyli swoiste urodzenie wyklętego winowajcy na nowo. W Atenach jeszcze za życia Solona od konsekwencji zbrodni uchronić się mogło miasto jedynie oczyszczeniem. Bogowie nadal pilnowali sprawiedliwości. Jeśli więc nawet Ksenofanes z Kolofonu w drugiej połowie VI wieku p.n.e. wykpiwał inteligentnie a złośliwie Homerową i Hezjodową antropomorfizację bogów, powiadając, że gdyby konie i byki mogły malować, nadałyby swoim bogom swoje kształty – nie miało się to nijak do ogólnych poglądów epoki; sprawiedliwość nie mogła się obyć bez bogów. Zaświadczają o tym – poeci.

6. ŚWIADECTWO POETÓW

Worestei Ajschylosa (V w. p.n.e.) nie „mordowani rodzice”, jak napisał George Thomson, wzywają Dike, lecz Klitajmnestra, zabiwszy Agamemnona i Kassandrę, ogłasza, że to ofiara, zadośćuczynienie dla Dike – której imię nasz Stefan Srebrny przethumaczył tu jako Zgrodę – i dla Erynii. Kiedy w *Ofiarnicach* przodownica chóru wzywa pomocy Mojr, powołuje się na „głos świętej Prawdy (tym razem Srebrny tak przełożył Dike), co strzeże odpłaty”. Ideę równowartości odpłaty podnoszą następne wersy – za krew trzeba zapłacić krwią, wedle starodawnej nauki, głoszącej „coś uczynił, to cierp”. Dike jest potęgą, nie żadną tuzinkową, pomocniczą boginką; chór dalej w *Ofiarnicach* głosi tę potęgę:

„[...] wiodła karzącą dłoń
Zeusowa córa [...] Odgadł jej
imię prawdziwe świat:
człowieczy zwie ją Prawdą ród.
Jej sprawiedliwy gniew
wroga niecnego zmógl!”
(tłum. Stefan Srebrny)

U Sofoklesa Edyp, nieświadom jeszcze, że to on sam zabił Lajosa, liczy na poparcie Dike w wymierzeniu kary mordercy. Przy czym warto zwrócić uwagę, że ani z punktu widzenia prawa ludzkiego, ani boskiego, jak je wtedy rozumiał Sofokles, Edyp jako zabójca nieumyślny karze nie podlega; cierpienie zadaje sobie sam – jak ów Charondas, który zadał sobie śmierć, naruszywszy przepis przez siebie ustanowiony. Kreon, którego Edyp prosi o wypędzenie siebie z kraju, nawet tego nie chce spełnić bez zapytania bóstwa; nie akceptuje deklaracji Edypa, że bóstwo

„chce śmierci bezbożnego ojcobójcy”. Dike nie może być głupsza od Drakona. Dike, na którą powoła się później Sofoklesowa Antygoną, nie popiera, jej zdaniem, Kreonowego zakazu:

„Nie Zeus to przecież obwieścił to prawo.
Ni wola Diki, podziemnych bóstw siostry,
Taką ród ludzki związała ustawą”
(tłum. Kazimierz Morawski)

To ona, Antygoną, dochowuje „świętych praw bożych”; usłyszy jednak od chóru, że wiedziona pyczą popadła swoimi myślami i mową w konflikt z Dike, czyli ze słusznością. U Eurypidesa, współczesnego Sofoklesowi (choć młodszego), Medea odwołuje się wprawdzie do Zeusa i Temidy, do Temidy opiekuńczej wszakże, nie zaś uosabiającej sprawiedliwość; Zeusową Dike wezwie, gdy zechce kary na swoich wrogów. Współczesny Ajschylo-sowi Heraklit, filozof, wspomina, że gdyby słońce przekroczyło wyznaczone mu miary, interweniowałyby Erynie, wspomagające Dike. Tak czy siak, Dike wiąże się ze słusznością, z zachowaniem miary, ze stosunkiem sprawiedliwej odpowiedniości między godnym potępienia czynem a jego konsekwencjami; odpłata, przywrócenie równowagi wedle należytej „miary”, oparta o Dike – jest tylko skutkiem, a nie celem.

7. ETYKA INSTYNKTOWNA

Prawa naturalnego jako zbioru praw boskich lub zbioru abstrakcyjnych zasad rzetelności jako zbioru zasad wyższego rzędu w stosunku do prawa stanowionego, pierwotni Grecy nie znali – chyba, że za to prawo naturalne uznamy mądrość Zeusa, protektora prawa, dbającego z wysokości boskiego urzędu o sukces sprawiedliwości. O prawie natury dowiadujemy się po raz pierwszy dopiero od domniemanego nauczyciela Sokratesa, Archelaosa z Miletu, czyli z Jonii, w V wieku p.n.e. Jednakże o prawie natury – już bez bogów i przeciw bogom. Dla Ksenofanesa jego jedynie bóstwo nie wskazywało dobra śmiertelnym, którzy muszą je sami odkrywać, ale było rozumem istniejącym odwiecznie i wiecznie. Według Archelaosa prawo i sprawiedliwość są w ogóle wytworem człowieka, nie odzwierciedlają zasad kreowanych przez naturę; ani tu słowa, że natura dostarcza jakichś ideałów, te są rzeczą człowieka. Taką myśl podejmą sofiści, z których część opowie się za powrotem do natury – opartej wręcz na prawie silniejszego. Żadnych tu wyższych ideałów sprawiedliwości; prawo jest albo sposobem silnych na wyzysk słabych, albo wymysłem słabych dla ochrony przed silnymi.

Cynizm epoki znakomicie ilustrują przytoczone przez Thomsona wersy ze sztuki stryja Platona, Kritiasza, jednego z trzydziestu tyranów, najokrutniejszego zresztą. Kritiasz nie miał złudzeń:

„Choć prawa powstrzymywały
ludzkość od czynów jawniej, otwartej przemocy,
przecie czynili зло tajemnie; aż się znalazł
myśliciel bystry i przezorny, co miał zmysł
wynaleźć bogów, by wszyscy, którzy czynią źle,
mówią źle, nawet myślą, mieli się kogo bać”

(tłum. z ang. – Antoni Dębnicki)¹⁹

Thomsona bardzo satysfakcjonowało spotkanie marksisty już w starożytności. Nie ratuje sytuacji Protagoras z Abdery, z tegoż V wieku, umysł wielki, ze swoim wiekopomnym twierdzeniem, że to „człowiek jest miarą wszystkiego – tego, co istnieje, że istnieje i tego, co nie istnieje, że nie istnieje”. Ten przyjaciel Peryklesa, nauczyciel cnoty, chciał reformować prawa – kierując się zaleceniami rozumu, co z pewnością jednak nie równa się jakiemukolwiek „prawu naturalnemu”. I nie równa się „poczuciu sprawiedliwości”. Był to rozum utylitarysty; ów pierwszy utylitarysta nie chce, żeby kara za popełnione przestępstwo nosiła charakter zemsty; kara ma działać odstraszająco (mamy podstawę przypuszczać, że i to podejście było starsze, że znał je i Zaleukos, i Drakon).

Traktat Protagorasa o państwie zginął; poglądy jego znamy tylko z dialogu Platona *Protagoras* (IV w. p.n.e.). W sporze z Sokratesem m.in. o to, czy wiedzy państowej można udzielić wszystkim, czy tylko wybranym, Protagoras opowiada baśniową przypowieść o tym, jak powstało społeczeństwo: ludzie żyjący pierwotnie w rozproszeniu, więc bez pewności bezpieczeństwa, połączyli się, ale nie umieli się zorganizować w państwo. Zeus wtedy posłał Hermesa, by dał ludziom (uwaga!) wstyd i sprawiedliwość. Hermes nie wiedział, czy ma dać je wszystkim, czy wybranym, i Zeus kazał mu je dać wszystkim, bo gdyby nim obdarzyć zbyt mało ludzi, państwo by się nie utrzymało. Dike, której imię jako bogini tu nie padło, okazała się potrzebna jako sprawiedliwość z czysto utylitarnych względów równowagi społecznej.

Jeżeli nawet Protagoras uważa wstyd i sprawiedliwość za konieczne warunki bytu społecznego, nie dziwne, że Grecja etyków i poetów poszukuje wartości nadzędnych, owego „prawa naturalnego”, niezależnego od widzimisie zmiennych śmiertelników; Zieliński nazywał to „etyką instynktowną”. Przywoływał Sofoklesowe słowa chóru w *Królu Edypie*²⁰ – „z eteru zrodzone prawa, których ojcem jest jeden tylko Olimp”, co to „nie człowiek zrodziła je przyroda, nie legną tedy pogrzebane pod całunem zapomnienia” (w tłumaczeniu Kazimierza Morawskiego brzmi to nieco inaczej, ale treść pozostaje ta sama). Antygona powoływała się

¹⁹ G. Thomson, *Aischylos i Ateny*, Warszawa 1956, s. 347.

²⁰ T. Zieliński, *op.cit.*, s. 120.

na owe „święte prawa boże” – powołując się na pojęcia z epoki autora tragedii, bo trudno było mówić o „prawach bożych” w świecie mitów greckich, w którym, jak trafnie podnosił Ksenofanes, sami bogowie dopuszczali się paskudnych niegodziwości. Poczucie sprawiedliwości przebią się więc, jak widzimy, do życia umysłowego na różne sposoby.

8. CNOTA PLATOŃSKA

Dla samego Platona sprawiedliwość jest niczym więcej niż jedną z czterech cnót, obok mądrości, męstwa i panowania nad sobą. Prawda, że to ona utrzymuje ład między pozostałymi cnotami, ale w zastosowaniu do Platońskiej teorii państwa miała gwarantować temu państwu stałość i równowagę w zachowaniach obywateli, wobec czego z idealnego państwa należałoby wysiedlić... poetów²¹.

Sam Platon doskonale rozumie sprawiedliwość, która nas interesuje. Kieruje nim czyste poczucie sprawiedliwości, kiedy w dialogach *Państwa* przypisuje Trazymachowi swoją własną abominację do nieprawości w otaczającym go świecie: „Każdy rząd ustanawia prawa dla własnego interesu. Demokracja ustanawia prawa demokratyczne, dyktatura – dyktatorskie, a inne rządy tak samo. A jak je ustanowią, wtedy ogłaszają rządzącym, że to jest sprawiedliwe dla rządzących, co jest w interesie rządzących [...]. W każdym państwie sprawiedliwość polega na jednym i tym samym: na interesie ustalonego rządu. Rząd przecież ma siłę. [...] Sprawiedliwość wszędzie polega na jednym i tym samym: na interesie mocniejszego” (tłum. Władysław Witwicki)²².

Dike nie zanikła w światopoglądzie Platona. Co ciekawe, Platon antycypuje w *Gorgiaszu* resocjalizacyjny model kary. Kara polega na wyrządzeniu, w odpłacie, pewnego zła winowajcy, ale – wedle Platona – sprawiedliwa kara nie jest naprawdę złem; jest pewnym dobrem, które leczy duszę przestępcy. Mówiąc się wszelako o karze „sprawiedliwej”, a samo to pojęcie zakłada poczucie sprawiedliwości jako podstawę wymiaru kary, poczucie racjonalnej proporcji między winą a karą...

Poczucie sprawiedliwości utożsamią ostatecznie z „prawem naturalnym” jako źródłem boskich rozkazów dopiero stoicy – kto wie, czy nie pod wpływem wielkich tragików. Przełożą je nad prawo stanowione, prawo pozytywne, co to je byle podmuch historii może zmieść i pogrzebać „pod całunem zapomnienia”. Dike tu wraca, rzec można, indywidualnie, poprzez myśl własną, która pozwala mądrcom poznać właściwe

²¹ Taka wizja ustroju ilustruje, do jakich idiotyzmów posunąć się mogą umysły nawet największe; fascynacja tylu naszych współczesnych filozofią społeczną Platona świadczy, że w ich podświadomości drzemie elitaryzm nader politycznie dwuznaczny, uwrażliwiając ich w dodatku na uroki rośnych, przystojnych blondynów.

²² Platon, *op.cit.*, s. 28.

źródło cnoty. Niemniej filozofowie: stoicy, beznamiętni wobec dóbr po-zornych, ale zobowiązani czynić dobrze nawet wrogom, swości poprzednicy w tym chrześcijaństwa, epikurejczycy i sceptycy emigrują poza margines życia publicznego – w życie indywidualne, prawośc – które nie ma już dla nas większego znaczenia. Nie takie bowiem poczucie sprawiedliwości warunkuje rzetelne sądy i sprawiedliwość kary.

9. CIĄGŁOŚĆ ANTYCZNA

Niestety, trudno przyznawać się do pełnego dziedzictwa po greckim życiu publicznym, nawet po tym jońskim i attyckim. Dike nie rządziła demokracją ateńską. Już Klistenes, ojciec tej demokracji, wprowadzając sąd skorupkowy, ostracyzm, instalował sprawiedliwość na swój sposób „do-rycką”, skazującą bez sądu, „na wszelki wypadek”, uderzającą w kogoś, kogo można by podejrzewać o chęć przywłaszczenia sobie władzy. Prawda, że skazywano go nie na śmierć, tylko na wygnanie, i tylko na dziesięć lat, ale – bez uczciwego sądu.

Ateny nie wykształciły żadnych rutyn sprawiedliwego sądu karnego, gwarantujących powtarzalność i rzetelność w dochodzeniu prawdy. Uka-zał z całą jaskrawością tę absurdalną sytuację – nawet, jeśli wiadomości z Arystotelesowego *Ustroju politycznego Aten* nie są dokładne – proces strategów, którzy w sierpniu 406 r. p.n.e. wygrali wielką bitwę morską z flotą spartańską przy wysepkach Arginuzach, między Lesbos a lądem małoazjatyckim. W zwycięskim starciu stracili oni wówczas dwadzieścia pięć okrętów i przeszło cztery tysiące ludzi, głównie wioślarzy-ochołników, których wśród szalejącej burzy nie dało się uratować. *Eisangelia* skierowana przeciw strategom, rzekomym winowajcom, była skargą przeciw próbom zamachu stanu lub jakimkolwiek działaniom na szkodę państwa; procesu, wbrew temu, co napisał Arystoteles, nie wytoczono wszystkim dziesięciu zwycięskim strategom, lecz tylko sześciu z nich, którzy znaleźli się w Atenach; niemniej – zgromadzenie ludowe skazało ich na śmierć i wyrok wykonano!

Spośród prytanów, przewodniczących zgromadzeniu, jeden tylko protestował przeciw nieformalnemu postępowaniu, przeciw jawnej i oczywi-stej niesprawiedliwości. Był nim – Sokrates, filozof, bohaterski żołnierz wcześniejszych bitew. Nie przekonał rozgoryczonych rodaków. W siedem lat później sam padnie ofiarą podobnego procesu jako domniemany winowajca bezbożności i demoralizacji młodzieży. Skazany na śmierć, nie ucieknie z Aten, lecz jako lojalny obywatel, podporządkowujący się nawet złym prawom, wypije cykutę. Dramatem cywilizacji Aten będzie nie sam ten niesprawiedliwy wyrok, lecz fakt, że cywilizacja ateńska nie wyciągnęła zeń żadnych wniosków i nie potrafiła uregulować problemów swego sądownictwa zgodnie z zasadami słuszności, że – zapomniała o Dike.

Rzymskim odpowiednikiem Dike miała być Iustitia. Czy ją wymyślili prawnicy rzymscy – skoro w Dike chciano widzieć twór greckich filozofów? Dike występowała jako bogini w mitach Grecji, nie ma co do tego żadnych wątpliwości, nawet jeśli bywała to rola podrzędna lub lekceważona. Rzym, po którym nasza cywilizacja dziedziczy prawo, Rzym, który budował świątynie i czcił najrozmaitsze, abstrakcyjne bóstwa cnót obywatelskich – nie znał jednak takiej bogini, a przynajmniej do dzisiaj nie trafiliśmy na żadne potwierdzenie jej kultu.

Etymologia *iustitiae* jest, na szczęście, przejrzystsza niż etymologia *dike*. Kojarzy się logicznie, jak i samo *ius*, z *iubeo*, *iussi*, *iussum*, nakazać, postanowić, rozrządzić oraz z *iugum*, jarzmem, narzucającym pewien porządek wołom czy też koniom, z *iugum*, pojęciem prawdopodobnie pierwotnym w stosunku do całego bogactwa pojęć i znaczeń pochodnych. Dla mnie najciekawszą zagadką pozostaje pytanie, kiedy ów porządek nabrał waloru słuszności, ponieważ ta rzymska sprawiedliwość będzie nieodmiennie zawierała element słuszności właśnie. Każda wojna, każdy podbój rzymski, każda agresja, będą musiały być oparte na zasadzie słuszności. Rzym będzie zawsze prowadził *bella iusta*, wojny sprawiedliwe, będzie skrupulatnie dbał o słuszny każdej pretekst, najchętniej powołując się na konieczność obrony; dlaczego mimo to nie przebóścił Sprawiedliwości, trudno zrozumieć.

Iustitia tylko raz wkroczyła w historię Rzymu pod własnym imieniem i to wcale nie jako bóstwo. Było to w roku 155 p.n.e. Do Rzymu przybyło trzyosobowe poselstwo filozofów ateńskich. Mieli oni wspólnie wyperswadować Rzymowi nałożoną na Ateny karę pieniężną za zburzenie Oropos, zajętego przed laty beockiego portu. Na czele delegacji stał niespełna 60-letni scholarcha Akademii platońskiej, Karneades z Cyreny, sceptyk; towarzyszył mu perypatetyk, pochodzący z Likii w Azji Mniejszej Kritolaos, i ponad 80-letni stoik, piąty scholarcha Stoi, Diogenes z Seleucji, zwany Babilończykiem. Po raz pierwszy wtedy elita Rzymu miała okazję zetknąć się bezpośrednio z filozofią grecką; tę datę, pominiętą w *Dziejach Rzymu* Maxa Cary'ego, rozszerzonych przez Howarda H. Scullarda, przyjmuje się jako początek szerszej penetracji mentalności greckiej w kulturze rzymskiej, jako wręcz początek uprawy filozofii w Rzymie. Karneades, pracowity, wszechstronnie wykształcony, świetny polemista, przy tym – słynący z dońskiego głosu, cieszył się wedle Diogenesa Laertiosa taką powagą w ówczesnej filozofii, że „nawet retorzy opuszczali swoje szkoły i przychodzili do niego, aby słuchać jego wykładów” (tłum. Kazimierz Leśniak)²³.

W Rzymie wygłosił Karneades, dzień po dniu, dwie mowy. Pierwszą poświęcił pochwale sprawiedliwości jako normie postępowania w stosunkach międzynarodowych, wyniósł więc Iustitię przynajmniej na ołtarze intelektualno-moralne. Następnego dnia udowodnił jednak, że w polity-

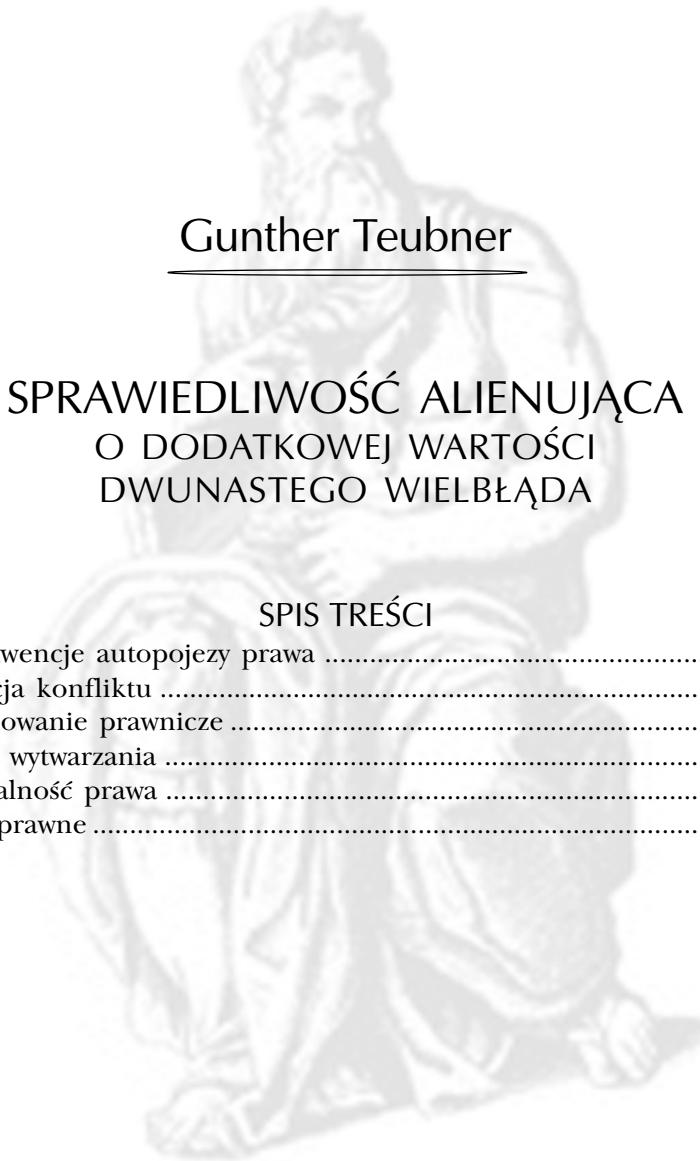
²³ Diogenes Laertios, *Żywoty i poglądy sławnych filozofów*, Warszawa 1988, s. 249.

ce nie ma miejsca na sprawiedliwość, bo gdyby Rzym kierować się miał zasadami sprawiedliwości, powinien zwrócić wolność wszystkim podbitej ludom i opuścić zagarnięte ziemie. Iustitia tym samym okazała się złudzeniem filozofów. Wykłady Karneadesa zaszokowały élite Rzymu, nie przygotowaną do zderzenia z prawdą; za radą starego Katona grzecznie poproszono filozofów, by szybko wrócili do Aten. Jak podejrzewam, ten właśnie incydent zadecydował, że Iustitia nie doczekała się uznania jako bogini, ani że nikt nie pomyślał o świętyni dla niej...

Można uznać to za paradoks, wszelako miejsce jej, sprawiedliwości, w rzymskim systemie prawnym przywróciło dopiero i zagwarantowało – chrześcijaństwo. Nie wiemy, czyją inicjatywą była kodyfikacja Justyniańska w sto kilkudziesiąt lat po przyjęciu chrześcijaństwa, niemniej pewne jest jedno: Justynian czuł się Rzymianinem, wiernym spadkobiercą kultury i cywilizacji Rzymu. „Cesarski majestat winien być nie tylko ozdobiony orążem, lecz także uzbrojony w prawa, aby każdy czas i wojny, i pokoju, mógł mieć właściwe rządy, a cesarz rzymski odnosił zwycięstwa nie tylko w bitwach z nieprzyjacielem, lecz także w usuwaniu środkami prawnymi niesprawiedliwości ludzi złośliwie używających prawa i był zarówne jego piastunem najskrupulatniejszym, jak i triumfatorem nad pokonanymi wrogami” (tłum. Cezary Kunderewicz)²⁴. Czy trzeba więcej?

Zwyciężyło poczucie sprawiedliwości jako podstawa myśli prawnej, dziedziczona po jej ciągłości antycznej. Nawet przy wszystkich zerwaniach tej ciągłości jesteśmy kontynuatorami myśli Hezjoda. I w żadnej innej dziedzinie kultury, poza poezją, ludzkość nie może pochwalić się tak „długim trwaniem” intelektualnego spadku.

²⁴Justynian, *Instytucje*, Warszawa 1986, s. 11.



Gunther Teubner

SPRAWIEDLIWOŚĆ ALIENUJĄCA O DODATKOWEJ WARTOŚCI DWUNASTEGO WIELBŁĄDA

SPIS TREŚCI

1. Konsekwencje autopojezji prawa	109
2. Alienacja konfliktu	110
3. Rozumowanie prawnicze	116
4. Reżimy wytwarzania	121
5. Racjonalność prawa	124
6. Osoby prawne	127

Tłumaczenie: Ewa Gąsiorowska
Weryfikacja: Grażyna Skapska



GUNTHER TEUBNER

Urodzony w 1944 roku. Od 1977 roku wykłada prawo prywatne i socjologię prawa na Uniwersytecie we Frankfurcie, wielokrotnie wykładał na Uniwersytecie w Berkeley. W latach 1992–1998 był *Otto-Kahn-Freund Professor of Comparative Law and Legal Theory* w *London School of Economics*. W 1983 otrzymał nagrodę Międzynarodowego Stowarzyszenia Socjologicznego im. Leona Petrażyckiego, a w 1998 roku – Nagrodę Akademii Europejskiej w Londynie.

Jest głównym twórcą koncepcji prawa refleksjnego (wspólnie z H. Wilke) oraz jednym z najznakomitszych przedstawicieli teorii prawa autopoetycznego (obok N. Luhmanna i J-P Dupuy'ego).

Opublikował m.in. *Law as an Autopoietic System; State, Law, Economy as Autopoietic Systems; Environmental Law and Ecological Responsibility; Global Law without a State*.



WPROWADZENIE

Gunther Teubner podejmuje się w niniejszym artykule przeniesienia zainteresowania teorii systemów z wewnętrzne samoodnoszenia prawa na zewnętrzne relacje prawa ze społeczeństwem. Tytułowa sprawiedliwość alienująca nawiązuje do nieustannego procesu – wywłaszczającego odwzorowywania konfliktów społecznych w prawie. Autor stawia tezę, że alienacja konfliktu jest typowym produktem ubocznym, wytworem podwójnej zamkniętości prawa (tj. w stosunku do własnych operacji i środowiska zewnętrznego); to zaś jest efektem powtórnego wkroczenia – re-entry – do prawa takich rozróżnień na „prawo albo nie-prawo”, jakich prawo samo dokonuje, w szczególności tworząc samemu podstawy swoich decyzji. Autor ilustruje ją konsekwentnie na przykładzie rozumowania prawniczego, które – choć samo w sobie nie powinno rozstrzygać konfliktu społecznego – zawiera jednak pewną rozstrzygalność, jako że jego użycie istotnie przekształca alternatywę, która ma być podstawą decyzji. Analiza reżimów wytwarzania – strukturalnych powiązań między autonomicznymi systemami społecznymi – ujawnia jeszcze wyraźniej odległą i przekształconą perspektywę, jaką przyjmuje prawo wobec sprawiedliwości, na skutek prawnej alienacji konfliktu.

Sprawiedliwość alienująca jest wymuszana i sama wymusza tworzenie przez prawo fikcji, którą następnie prawo musi traktować jako rzeczywistość. Dwunasty wielbłąd przedstawia te symboliczne operacje prawa, przez które instrumentarium prawnicze wykorzystuje konflikt społeczny dla własnych celów. Stąd też ujawniona w tekście pokusa autora do zmiany tytułu artykułu na „sprawiedliwość wykorzystująca”.

1. KONSEKWENCJE AUTOPOJEZY PRAWA

Pewien wiekowy szejk beduiński spisał ostatnią wolę. Swój majątek – ogromne stado wielbładów – podzielił między trzech synów. Achmed, najstarszy, miał odziedziczyć połowę majątku; Aliemu, młodszemu, należała się czwarta część, najmłodszemu zaś Benaminowi przypaść miała szósta część stada.

Po śmierci szejka okazało się, że stado liczy tylko jedenaście wielbładów. Achmed domagał się więc sześciu wielbładów, czemu sprzeciwiali się jego bracia. Nie mogąc dojść do porozumienia, synowie szejka zwrócili się o pomoc do kalifa. Ten postanowił: „Ofiaruję wam jednego z moich wielbładów. Zwróćcie mi go, na Allacha, najszybciej jak to możliwe”.

Podzielenie stada liczącego dwanaście wielbłdów nie było trudne. Achmed otrzymał swoją połowę, sześć wielbłdów; Ali dostał swoją czwierć, trzy wielbły; Beniaminowi przypadła szósta część, czyli dwa wielbły. Szczęśliwi bracia nakarmili dwunastego wielbłada, który pozostał im po podziale stada, i oddali go kalifowi.

Przy różnych okazjach Jean-Pierre Dupuy i Niklas Luhmann, w swoich debatach o zdolności do samoregulacji i systemach autopojetycznych, powtarzali tę opowieść, aby naświetlić wewnętrzne paradoksy prawa i budzące wątpliwości samoodnoszenie się prawa¹. W oslepiającym blasku pustyni – w tym samym miejscu, gdzie Derrida dostrzegł gwałt samo-uznawania się prawa, gdzie Kelsen zakładał istnienie *Grundnorm* a Hart dostrzegł podstawową regułę uznania – Jean-Pierre Dupuy i Niklas Luhmann widzą dwunastego wielbłąda kalifa, pasącego się wśród zieleni. Obaj jednak nie są zgodni co do tego, czy owo miejsce to oaza czy fatamorgana. Wielbłąd nie symbolizuje niczego innego jak to, że przedstawia oddziaływanie prawa. Dwunasty wielbłąd to skonkretyzowane samoodnoszenie systemu prawnego, którego efektem jest wzajemna gra paraliżujących paradoksów i wyzwalających ruchów.

Chciałbym kontynuować tę debatę na temat autopojęzy prawa. Pragnę jednak przenieść nacisk z wewnętrzne samoodnoszenia prawa na zewnętrzne relacje prawa ze społeczeństwem. Jaka jest dodatkowa wartość dwunastego wielbłąda w wymiarze społecznym? Wiąże się to niewątpliwie ze złożonymi kwestiami odwzorowywania konfliktów w prawie. Jak realistyczny jest wizerunek dwunastego wielbłąda? Powstaje również pytanie o skomplikowane powiązanie rozstrzygnięcia prawnego i jego podstaw: Czy w wyniku filtra w postaci dwunastego wielbłąda powstaje jedynie zasłona dymna, która zakrywa coś innego, czy też podstawa kolejnych argumentów prawnych, które dostatecznie zdeterminują lub uzasadnią decyzje końcową? Wreszcie wchodzi tu w grę kwestia sprawiedliwości: Czy dwunasty wielbłąd jest dobrym sposobem rozwiązyania konfliktu lub oddaje sprawiedliwość zwyczajom i wzorcom postępowania społeczeństwa beduińskiego?

2. ALIENACJA KONFLIKTU

Dwunasty wielbłąd obala fundamentalne założenie, które łączy różne kierunki socjologicznej krytyki prawa – od Ehrlicha i szkoły realizmu prawniczego, przez normatywistów, jak Hayek i Habermas, aż po

¹ J-P Dupuy, *Totalization and Misrecognition* [w:] P. Dumouchel (red.), *Violence and Truth*, Stanford 1988, s. 75–100; N. Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 2000 r., nr 21; odnośnie ogólnej dyskusji na temat autopojęzy prawa zob. M. King, A. Schütz, *The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann*, „Journal of Law and Society” 1994 r., nr 21, s. 261–287.

czynnych dekonstruktywistów. Jednoczy ich krytyka oderwania prawa od jego społecznych i ludzkich korzeni, gwałtownego rozerwania związku *alter i ego*. Wspólne jest im również żądanie powrotu prawa do tego, co uważają za jego korzenie: norm społecznych, spontanicznych reguł, standardów wspólnoty, racjonalności dyskursywnej i sprawiedliwości dekonstruktywnej. Christie określa prawo bardziej stanowczo jako formę wywłaszczenia konfliktu². Prawo jest niezdolne ani do zrozumienia konfliktów społecznych, ani do ich rozwiązyania. Powodem jest to, że formalizujący gwałt, jaki prawo zadaje *via* procedury i konceptualizacje, wywłaszcza konflikty z właściwych im kontekstów oraz moralnych sensów stron zaangażowanych w konflikty. Nowa formuła: wywłaszczyć wywłaszcycieli! Oddać konflikt jego uczestnikom! Za pomocą tych sugestycznych sloganów, Christie wyraża szeroko rozumiany niepokój o zdolność prawa do rozwiązywania konfliktów – prawa nieresponsywnego, nieludzkiego, nieracjonalnego i nieempatycznego.

Dwunasty wielbłąd wprost przeciwnie, celebrytuje wywłasczające właściwości prawa. Dwunasty wielbłąd przekształca grzech pierworodny prawa w jego naczelną cnotę. Rzeczywiście, przez rekonstrukcję konfliktu społecznego w najwyższym stopniu sztucznych warunkach proceduralnych, sztucznym językiem – prawo wywłaszcza, wypiera, rozprasza i zafalszuje rzeczywisty, pierwotny konflikt. Jednak, o czym świadczy dwunasty wielbłąd, jest to prawne *proprium*. Prawo nie rozwija wystarczająco głębokiej empatii, by zrozumieć konflikty w środowisku, w jakim powstają; zamiast tego przekształca je w techniczne pytania prawne. Rekonstruuje konflikty w taki sposób, by można je było rozwiązać posługując się środkami prawnymi i w języku prawnym. W konsekwencji, *questio iuris* odnosi się w niewielkim, a nawet w żadnym stopniu, do oryginalnego konfliktu społecznego. Wielbłąd kalifa różni się od wielbłodów szejka. Kazusy prawne nie odwzorowują konfliktów społecznych³. Prawo nie wykształciło zdolności do właściwego zrozumienia ich przyczyn, odkrycia ich rzeczywistego znaczenia dla stron, zakreślenia perspektyw zadowalających rozwiązań, w końcu – określenia ich konsekwencji społecznych. Jak słusznie wykazała debata na temat alternatyw dla systemów prawnych, prawo w żadnym wypadku nie jest właściwe dla rozstrzygania sporów między ludźmi w sposób satysfakcjonujący dla wszystkich zainteresowanych⁴. Mediacja, arbitraż i ugoda są znacznie bardziej adekwatne ze względu na naturę konfliktów, ich przyczyny oraz potrzeby osób zaangażowanych

² N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” 1977 r., nr 17, s. 1–15.

³ J. Galtung, *Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm*, „Journal of Peace Research” 1965 r., nr 2, s. 348–397.

⁴ P. Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, „Social and Legal Studies” 1992 r., nr 1, s. 199–215.

w spór. A zatem, w sytuacji konfliktowej można obejść się bez prawa. Mówiąc w skrócie, prawo zafałszowuje rzeczywistość konfliktu i produkuje rozstrzygnięcia w oparciu o fikcję, którą samo stwarza.

Efekt alienacji jest zmienną historyczną, przeto nie uniwersalnym atrybutem prawa. Wiele porządków prawnych opiera się mocno na uznaniu społecznego charakteru ich procedur i reguł, odzwierciedlając dominujące religijne i polityczne orientacje społeczeństw. Alienacja drogą prawa jest zatem rezultatem specyficznej konfiguracji historycznej. Z drugiej jednak strony zjawisko to nie zostało zinstytucjonalizowane za pomocą planowania i racjonalnego projektu, brak było decyzji politycznej o zbudowaniu instrumentarium prawnego w celu wyalienowania konfliktu. Kluczem do zrozumienia alienującej właściwości prawa jest zjawisko zwane „powtórnym wkroczeniem” (*re-entry*)⁵. Teza niniejszego artykułu głosi, że alienacja konfliktu jest typowym produktem ubocznym, wytworem podwójnej zamkniętości prawa, a to z kolei jest efektem powtórnego wkroczenia do prawa takich rozróżnień na „prawo albo nie-prawo”, jakich prawo samo dokonuje.

Wyroki sądowe, akty legislacyjne, ale również umowy i wzorce umowne różnią się od innych decyzji o charakterze ekonomicznym czy politycznym przez to, że przenoszą symbol walidacji prawa z jednego normatywnego aktu propozycjonalnego na inny. Przeniesienie walidacji oparte na binarnym kodzie „prawny albo bezprawny” (*legal v. illegal*) ma miejsce wyłącznie w powtarzającym się łańcuchu orzeczeń sądowych, aktów ustawodawczych i umownych. To oznacza właśnie (o)sławioną i kontrowersyjną fundamentalną zamkniętość prawa: zamkniętość operacyjną przez konkatenację aktów prawnych⁶. Problemy związane z tego rodzaju aspektami zamkniętości prawa były oczywiście określane jako pusta tautologia, bezproduktywne samoodnoszenie oraz wyobcowanie się prawa z jego społecznego środowiska. Krytycy operacyjnej zamkniętości prawa starają się znaleźć zjawiska społeczne, które powodują przełamanie ograniczeń prawa⁷. Ewolucja prawa poszła jednak w innym kierunku. Operacyjna zamkniętość nie została zrekompensowana przez ponowne osadzenie

⁵ G. Spencer Brown, *Law of Forum*, New York 1972; N. Luhmann, *Observing Re-entries*, „Graduate Faculty Philosophy Journal” 1993 r., nr 16, s. 485–498; tenże, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1997, s. 179; E. Esposito, *Ein zweiwertiger nicht-selbständiger Kalkül* [w:] D. Baecker (red.) *Kalkül der Forum*, Frankfurt 1993, s. 96–111.

⁶ G. Teubner, *Law as Autopoietic System*, Oxford 1993, roz. 2–4; N. Luhmann, *Closure and Openness: On Reality in the World of Law* [w:] G. Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin 1987, s. 335–348; tenże, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, roz. 2.

⁷ R. B. Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford 1995, roz. 5 i 15; krytykę operacyjnej zamkniętości przedstawiają: M. van de Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris 1992.

społeczne struktur prawnych, ale paradoksalnie przez jego przeciwnieństwo – powtórzą zamkniętość⁸. Zamkniętość operacji prawnych zaczyna być uzupełniana przez zamkniętość samoobserwacji prawa. Decydujące przekształcenie zachodzi wówczas, gdy w sporach sądowych, procesie legislacyjnym i przy zawieraniu umów argumentacja prawnicza zaczyna wykluczać argumenty *ad hoc* i *ad hominem*, oraz odnosić się w szczególny sposób do wyspecjalizowanych bytów prawnych, takich jak precedensy, reguły czy zasady. Wykluczanie argumentów przybiera taki charakter, że staje się możliwe to, iż proces prawny zaczyna (z mniejszym lub większym skutkiem) izolować się od wpływów społecznych, a w szczególności od adresatów, więzi, statusów społecznych i przyjaznej polityki⁹. *Artificial reason*, na który Sir Edward Coke* powoływał się w wypowiedziach przeciwko politycznym interwencjom króla, czyni prawo autonomiczny *vis-à-vis* wymogów natychmiastowej słuszności argumentów moralnych, rozważyń ekonomicznych, politycznego oportunitizmu oraz poczucia zdrowego rozsądku.

Dlaczego wspomniany *artificial reason* powinien zrekompensować ową prymarną zamkniętość? Powodem jest powtórne wkroczenie tego, co pozaprawne. W czasie, gdy operacje prawne, z racji swej powtarzalności, kreują granicę pomiędzy tym, co jest prawem, a tym, co nim nie jest, pomiędzy komunikacją prawną a innymi sposobami komunikacji społecznej – to samo rozróżnienie w postaci „prawo albo nie-prawo” (*legal v. non-legal*) zaczyna być używane przez obserwacje prawne wewnątrz symbolicznej przestrzeni prawa. Trzeba podkreślić, że nie jest to tożsame z użyciem kodu binarnego „prawny albo bezprawny”, który umożliwia operacyjną zamkniętość. Podczas gdy dystynkcja „prawny albo bezprawny”, konstytuująca granicę pomiędzy tym, co jest prawem, a tym, co nim nie jest, odpowiada za operacyjną zamkniętość – powtórne wkroczenie rozróżnienia „prawo albo nie-prawo” wewnątrz samego prawa kreuje obserwacyjną zamkniętość¹⁰. To rozróżnienie otwiera argumentom prawnym wewnętrzna możliwość wyboru: odnoszą się one do operacji prawnych w ramach samego prawa lub do zewnętrznych operacji społecznych. Wyłącznie tutaj, w drugim aspekcie, ma miejsce zrekompensowanie operacyjnej zamkniętości. Gdziekolwiek dystynkcja „prawo albo nie-prawo (w sensie «pozaprawny»)” powoduje powtórne wkroczenie powtarzalności działań prawa, rozumowanie prawnicze zyskuje zdolność rozróżniania pomiędzy normami i faktami, wewnętrznymi działaniami prawa i zewnętrznyimi działaniami społecznymi, pojęciami prawnymi i interesami społecznymi, konstrukcjami wewnętrznej prawdziwości procesu prawnego

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

⁸ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Frankfurt 2000, roz. 7.

⁹ N. Luhmann, *Das Recht...*, *op.cit.*, s. 263.

¹⁰ *Ibidem.*, s. 67, 338.

i procesów społecznych. Jest to paradoksalna zdobycz podwójnej zamkniętości prawa. Podczas gdy zarówno akty tworzące reguły, jak i argumentacje wiążące reguły pozostają w zamkniętym cyklu wewnętrznych konkatenacji, samoobserwacja prawa – z racji wewnętrznego podziału na samo- i hetero-odnoszenie – powoduje zależność prawa od jego środowiska społecznego, które jest środowiskiem dla nich „projektowanym”¹¹, nie zaś rzeczywistym. Natomiast wyższy stopień wolności, jaki osiąga wewnętrzna rekonstrukcja rzeczywistości (w porównaniu z relacją o charakterze „jeden przeciw jednemu” pomiędzy tym, co wewnętrzne i zewnętrzne), zwiększa szansę na to, że powtórne wkroczenie zrekompensuje prymarną zamkniętość.

Powtórne wkroczenie ma drastyczne konsekwencje¹². W momencie, gdy rozróżnienie pomiędzy tym, co jest prawem, a co nim nie jest, zostaje powtórzone wewnątrz samego prawa, powoduje ono epistemiczną konfuzję (*à la Margritte: This is not a pipe*) co do statusu ontycznego samoobserwacji czynionych z zewnętrznego punktu widzenia. Czy rzeczywiście [dwunasty wielbłąd – dopisek tłum.] nie różni się od pozostałych jedenastu? Oczywiście, jest to zwykła fikcja, ale kalif musi podtrzymywać wrażenie o prawdziwości jego wielbłądów. Wynikiem tego powtórnego wkroczenia jest stworzenie wyimaginowanej przestrzeni wewnątrz prawa, które pojmuję ją jako rzeczywistość. I choć mu nie wolno, prawo kreuje fikcje o zewnętrznym świecie, które musi traktować jako twardą rzeczywistość. Dwunasty wielbłąd żyje jedynie w wyimaginowanej przestrzeni prawnej i to sędzia użycza go kłócącym się braciom, osiągając tak zaskakujące efekty. Oto przyczyna, dla której alienacja konfliktu przez prawo jest nieunikniona.

Alienacja konfliktu nie jest jedynie drobną kradzieżą. Wywłaszczenie stron z ich konfliktu może być niezrozumiałe, jeżeli ktoś uważa je jedynie za usurpację tego, co społeczne, dokonaną przez prawników, którzy jako instrumentu władzy używają wyspecjalizowanego języka prawniczego¹³. Alienujące prawo przyczynia się do tego, że wielbłady kalifa są płodne i mogą się rozmnożyć, a szerzej, że alienacja przez prawo zwiększa różnorodność znaczeń społecznych. Odseparowanie przez prawo rozwija pojęcia w społeczeństwach, otwierając nowe, nieznane światy. Zachodzi tutaj uderzająca paralela między prawem i sztuką: kreują one inną rzeczywistość – wyimaginowany świat, w którym żyje więcej wielbłądów

¹¹ K. E. Weick, *The Social Psychology of Organizing*, Addison-Wesley 1979; o ustanowieniu jako alternatywie dla reprezentacji zob. F. J. Varela, *Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas* [w:] F. J. Varela, J. P. Dupuy (red.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Dodtercht 1992, s. 235.

¹² G. Spencer Brown, *op.cit.*, s. 56–69.

¹³ P. Bourdieu, *La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique*, „Actes de la Recherche en Sciences Sociales” 1986 r., nr 43, s. 3–19.

i inne wielbłady niż w prawdziwym świecie pustyni. W tym świetle krytyka prawa przez nauki społeczne wygląda tak, jak krytyka wspaniałego artysty Hansa Sascha przez Beckmesseraa, pogardliwa za brak realizmu. Zapomina się w niej o tym, że wymyślone światy sztuki i prawa poddają rzeczy refleksji dotychczas niemożliwej. Wydaje się to być prawdą w świecie doktryny, pełnym do przesady sztucznych konstrukcji. Rekonstruowanie konfliktu za pomocą języka doktryny, podnoszenie *quaestio iuris*, przekładanie go na sekwencję pytań co do faktów i pytań co do prawa – pozwala na stworzenie nowych argumentów, kryteriów i reguł, które w ogóle nie byłyby możliwe, gdyby nie istniała doktryna prawa. Co więcej, po zakazie *deni de justice*, prawne rozstrzygnięcie konfliktu nastąpi z pewnością, nawet w razie argumentacyjnego pata. A w pewnych warunkach, kiedy dwunasty wielbłąd tak naprawdę wkroczy w realny świat społeczeństwa beduińskiego, zwiększą się możliwości podjęcia działań, które mogą, ale też nie muszą, doprowadzić do wyjścia z paraliżu, w jakim utknął konflikt społeczny. Należy wyraźnie podkreślić, że nie dzieje się to automatycznie. Jedynie w rzadkich sytuacjach zdarza się tak, że alienacja przez prawo staje się czymś więcej niż kradzieżą przez prawo. Dopiero przy szczerzyliwym zbiegu okoliczności przełożenie konfliktu na zagadnienie prawne, a stąd na zdarzenie społeczne, może otworzyć nowe możliwości działania w świecie społecznym.

Jeśli wielbłąd symbolizuje prawne *proprium*, na czym polega problem? Kalif z opowieści nie jest wcale pomocny w takim znaczeniu, że interpretuje ostatnią wolę właściciela stada w kategorii wyższych standardów prawnych, które powinny rządzić rozwiązaniem konfliktu; nie podejmuje również decyzji w odniesieniu do zasad sprawiedliwości dystrybutywnej, która służy udoskonalaniu istniejącej już praktyki dystrybucji społecznej. Zamiast tego, użycza trzem braciom fikcji – klucza do zagadki, rozwiązania. Ta absurdalna kompilacja realności i fikcji jest tutaj rozstrzygająca. W momencie, gdy konflikty społeczne zdają się być nie do rozstrzygnięcia, ich zafałszowanie przez prawo ukazuje cały swój potencjał. Tworzy dodatkowy, całkowicie nierealistyczny, sztuczny, fikcyjny świat poza zagadnieniami, które wchodzą w grę. Wprowadzenie fikcji sprawia, że konflikt, który jest nierozstrzygalny w wymiarze moralnym i społecznym – staje się rozstrzygalny, przynajmniej w wyimaginowanym świecie prawa.

Zmienia to dotychczas uznawane idee o społecznej (nie)przydatności prawa. Otwiera jednocześnie różne pytania badawcze i zagadnienia dla zamierzeń politycznych. Idzie o to, że prawo nie ma odpowiadać samozrozumieniu stron konfliktu, normom społecznym, wartościom moralnym i standardom społecznym, które rządzą sytuacją konfliktową. Wręcz przeciwnie, chodzi o to, aby zrekonstruować konflikt wbrew zdrowemu rozsądkowi. Wartość dodatkowa rekonstrukcji prawnej ujawnia się nie przez asymilację rozstrzygnięć prawnych do standardów społecznych,

ale przez ich alienację. Sytuacja krytyczna ma miejsce wówczas, gdy konflikty stały się już nieroziągalne w wymiarze społecznym, moralnym, politycznym i ekonomicznym, zaś prawo rekonstruuje je w sztucznej materii, koncepcji i konstrukcji, z jakich jest utkane. W takich warunkach przestają być one uznawane za konflikty społeczne lub moralne, a stają się technicznymi pytaniami prawnymi w wypracowanej doktrynie. Można je rozstrzygnąć jedynie poprzez użycie fikcji prawnej, która nie ma odniesienia do społecznego świata ich stron. Interesujące nie jest to, czy owe fikcje mają rzeczywiste odniesienie do wewnętrznej złożoności konfliktu, ale to, jak one powstają, w jakim kierunku się rozwijają, czy mają jakieś ukryte powiązania ze światem zewnętrznym.

3. ROZUMOWANIE PRAWNICZE

Czy wprowadzenie fikcyjnego wielbłada wynika z faktu determinowania lub chociażby uzasadnienia przez niego rozsądzenia sporu, w jakim pozostają trzej bracia w sprawie spadkobrania po własnym ojcu? Dochodzimy tutaj do odwiecznej debaty na temat tego, co da się ustalić i tego, czego ustalić się nie da za pomocą rozumowania prawniczego. Idea powtórnego wkroczenia może sugerować trzeci kierunek myślenia. Gdy operacje prawne drogą powtórnego wkroczenia rozróżniają pomiędzy światem prawa i tego, co jest poza nim, mamy do czynienia z nieprzeciwieżalną nieoznaczonością wewnętrz prawa, która nie może być rozwiązana przy pomocy zwykłych operacji prawnych. Popływa to proces prawny w kierunku wewnętrznego rozróżniania dwóch typów operacji prawnych: decyzje prawne, które przenoszą symbol ważności, oraz argumenty prawne, które regulują relację pomiędzy różnorodnością i zbytecznością prawa¹⁴. W rezultacie istnieją dwa łańcuchy komunikacji prawnej – sekwenca rozstrzygnięć prawnych i sekwenca argumentów prawnych. Są one wzajemnie powiązane, ale nawzajem się nie determinują. Rozstrzygnięcia prawne, stosownie do swojej wiążącej natury, są regularnie przekładane na nowe argumenty prawne, jednak nie determinują kształtu rozumowania prawniczego. Argumenty prawne są zaś elementami decyzji prawnych, natomiast nie determinują ani nie uzasadniają tych rozstrzygnięć.

Powysze rozumowanie jest odmienne od tego, co twierdzą teoretycy argumentacji racjonalnej, polegając na wewnętrznej sile motywacji racjonalnej. Nie dostrzegają oni nieprzeciwieżalnej nieoznaczoności prawa¹⁵. Odnosi się to też do decyzyjnistów i krytycznych teoretyków

¹⁴ N. Luhmann, *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, „Modern Law Review” 1995 r., nr 58, s. 285–298.

¹⁵ J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1996, roz. 5; K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt 1988, roz. 3–4.

prawa¹⁶. Wszyscy oni w podobny sposób są ślepi na to zagadnienie. Mają rację, gdy podkreślają, iż pewna nieoznaczoność jest nie do uniknięcia i nie można jej zredukować poprzez żadne rozumowania prawnicze; jednocześnie zaś nie wykazują właściwego zrozumienia tego, czym jest argumentacja prawnicza. Jak wyjaśnić trwałość praktyk rozumowania prawniczego po doznanym rozczarowaniu w stosunku do szkoły realizmu prawniczego, demystyfikacji decyzyjonalistów i krytycznych teoretyków prawa? Nawet oni przyznają, że rozumowanie prawnicze jest maskaradą, która służy innym celom, szczególnie ukrywaniu struktur władzy albo redukującą do trywialnych kwestii poprzedzających osiągnięcie porozumienia przez elity prawnicze.

Powtórne wkroczenie wielbłada sugeruje, że rozumowanie prawnicze nigdy nie rozstrzyga samego konfliktu, ale niemniej i tak osiąga coś rozstrzygalnego. Argument prawnego przekształca różnice, transformuje pierwotną alternatywę decyzyjną w inną. Rozumowanie prawnicze odpowiada za alienację konfliktu społecznego. Nic dodać, nic ująć. Nie determinuje, nie uzasadnia, nie ukrywa niczego innego. Po prostu transformuje różnice, ale czyni to niezwykle drastycznie. Decyzja jest konieczna, przed czy po argumentacji, ale jej przedmiotem, zależnie od momentu podjęcia, będzie całkowicie inna konkretna alternatywa. Zadaniem argumentacji prawniczej jest zwabienie prawników do pułapki, gdzie muszą rozstrzygnąć problem różniący się od oryginalnego.

Na czym polega różnica, gdy rozumowanie prawnicze przekształca konflikt pomiędzy indywidualnymi podmiotami w konflikt semantycznych artefaktów teorii prawa? Czy jest to po prostu przeformułowanie odwiecznej, trudnej i budzącej wątpliwości relacji między konkretną sprawą a jej subsumpcją pod regułę ogólną? Czy szukamy nowej złotej zasady, imperatywu kategorycznego, czy czegoś, co ukryje ignorancję? Autopojeza prawa sugeruje, że transformacja obiera całkiem inny kierunek niż generalizacje etyczne. Częścią odpowiedzi jest oczywiście powołanie się na zamkniętość prawa i samoodnoszenie. To rekursywne przyłożenie operacji prawnych do wyników operacji prawnych tworzy sztuczną sieć pojęć, reguł i zasad. Im bardziej złożona w czasie staje się owa sieć, tym bardziej odsuwa rozumowanie prawnicze od właściwego pojmowania osobliwości sprawy. Nieustająca praktyka równego lub nierównego traktowania staje się mechanizmem alienującym. Równe traktowanie tego, co jest równe i nierówne traktowanie tego, co równe nie jest – uruchamia samonapędzającą się serię dystynkcji. Jest to mechanizm generacyjny, „maszyna historyczna”, jak nazwałby to von Foester¹⁷ – maszyna,

¹⁶ C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge 1985; tenże, *The Concept of the Political*, Chicago 1996; D. Kennedy, *Critique of Adjudication*, Cambridge 1997; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge 1987.

¹⁷ H. von Foester, *Observing Systems*, Seaside 1981.

która nieubłaganie wzmagą złożoność świata fikcji prawnych. Precedensy, *stare decisio*s i równe traktowanie tego, co równe – stają się tutaj mniej interesujące. To raczej odchylenie od precedensu, „rozróżnianie” i „unieważnianie”, nierówne traktowanie tego, co równe nie jest, prowokuje poszukiwanie coraz to bardziej zawiłych fikcji prawnych.

Jednak to tylko część historii o alienacji, jeśli wskazać jedynie na wewnętrzne samoodnoszenie, stosujące przeszłe decyzje i reguły do nowych stanów faktycznych i tworzące w ten sposób nowe reguły. Druga część opowieści o sprawiedliwości alienującej dotyczy ciąglej stymulacji przez współewolucyjne związki prawa z zewnętrznymi procesami społecznymi, która kierunkuje zmiany semantyki prawniczej, reguł, pojęć, zasad i teorii. Typowy rozdział między regułami i teoriami prawnymi z jednej strony, a konkretnym konfliktom z drugiej – jest wynikiem przemiany tych pierwszych wraz ze zmianą odległych struktur społecznych¹⁸.

Oczywiście ma miejsce historyczny spór co do tego, jak ukształtowała się dynamika współewolucji. Dziś instytucje prawne i społeczne nie współewoluują już *via* spontaniczne normy społeczne i prawo zwyczajowe, ale głównie *via* zinstytucjonalizowane reżimy wytwarzania, które są łącznikami pomiędzy autonomicznymi systemami społecznymi: prawem, ekonomią, polityką, edukacją, nauką – ale same nie ewoluują w stronę systemów autopojetycznych, ich cech, struktur i granic. Jako formy sprzężeń strukturalnych¹⁹, reżimy wytwarzania są konfiguracjami dosyć heterogenicznych komponentów, hybryd, w przepaści dzielącej prawo i społeczeństwo. Jako takie, nie są ani systemami funkcjonalnymi, ani organizacjami formalnymi, ani interakcjami w sensie technicznym teorii systemów²⁰ – są raczej instytucjami łącznikowymi między prawem i społeczeństwem²¹.

Reżimy wytwarzania posiadają własne struktury wewnętrzne, które wywierają wpływ na sposób współewolucji reguł prawnych wraz ze skomplikowanymi procesami społecznymi²². W przeciwnieństwie do jednolitej ewolucji społecznej, gdzie występuje rozległa środowiskowa presja na

¹⁸ G. Teubner, *Law as...*, *op.cit.*; N. Luhmann, *Das Recht der...*, *op.cit.*, roz. 12.

¹⁹ H. Maturana, F. Varela, *Tree of Knowledge: Biological Roots of Human Understanding*, Boston 1988, roz. 5.

²⁰ N. Luhmann, *Interaction, Organization and Society* [w:] tenże (red.), *The Differentiation of Society*, New York 1982, s. 69–89.

²¹ G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, „Cardozo Law Review” 1992 r., nr 13, s. 1443–1462.

²² P. Hall, D. Soskice (red.), *Varieties on Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies*, Berlin 2000; G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unfying Law Produces New Divergences*, „Modern Law Review” 1998 r., nr 61, s. 11–32, tenże, *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism* [w:] J. Ziman (red.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford 2000.

instytucje społeczne, w jednym reżimie wytwarzania uczestniczy kilka systemów zamkniętych operacyjnie, z których każdy radzi sobie samodzielnie z własnymi specyficznymi mechanizmami ewolucyjnymi. Każdy z nich podąża inną ścieżką zmian, wyborów i utrzymań. Rezultatem jest mnogość autonomicznych procesów ewolucyjnych w ramach jednego reżimu wytwarzania, które z kolei wpływają na siebie nawzajem poprzez mechanizmy współewolucji. Nie ma jednolitej orbity reżimu wytwarzania, która powstałaby na gruncie społecznym w drodze naturalnego wyboru. Jest raczej tak, że wewnątrz jednego reżimu zachodzi symultanicznie wiele zróżnicowań dynamiki ewolucyjnej. Niezależne mechanizmy ewolucyjne w autopoetycznych systemach prawa, ekonomii, polityki, nauki, wychowania zmuszają swoje instytucje w ramach jednego reżimu wytwarzania do wybrania swoistej ścieżki rozwoju. W konsekwencji reżim wytwarzania zapewnia specyficzne kanały współewolucji regulujące to, w jaki sposób posunięcia ewolucyjne wpływają na siebie nawzajem. Tak więc doktryna prawa nie może kierować się swoją własną logiką, która byłaby podyktowana tradycją *common law*, sięgającą do partykularnych konfliktów. Jest bowiem ukształtowana przez siły współewolucyjne wewnątrz reżimu wytwarzania, które kierują prawo, wraz z ekonomią, polityką i innymi instytucjami pozaprawnymi – do wąskiej przestrzeni kompatybilizmu.

W ten sposób reżimy wytwarzania wystawiają zamkniętą sieć operacji prawnych na działanie bodźców zewnętrznych, kontekstowo niezmiernie dalekich od konkretnego przypadku, który sądowi przychodzi rozstrzygać. To drugie źródło stymulacji zewnętrznej tworzy niezależną dynamikę, która kieruje prawo w stronę nieuniknionej niezgodności między konfliktami społecznymi i kryteriami prawnymi przyjmowanymi dla ich rozwiązania. Stąd w ramach reżimów wytwarzania ma miejsce nie tylko proces stopniowej adaptacji tam, gdzie wewnętrznie rozwinięte zasady i doktryny są odsłonięte na zewnętrzne ograniczenia. Jest również i tak, że różnorodne niezależne mechanizmy produkcji norm społecznych wdzierają się z peryferiów do imperium prawa przez przekształcanie norm społecznych w reguły prawne. Za pomocą tych mechanizmów, heterogeniczne, zarazem partykularne racjonalności oraz ich żądania normatywne masowo infiltrują prawo zorientowane na spór sądowy; prawo ma niewielką kontrolę nad tym wpływem. Najbardziej płodne pozaprawne mechanizmy tworzenia reguł, ukierunkowane wewnętrzna logiką wyspecjalizowanych dziedzin społecznych, umiejscowione są w różnorakich organizacjach formalnych, sieciach nieformalnych, procesach standaryzacyjnych i normalizacyjnych, które konkurują dzisiaj z instrumentarium legislacyjnym i mechanizmami kontraktowymi²³. Proces sądowy nie może

²³ G. Teubner, *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses* [w:] R. Rawlings (red.), *Law, Society and Economy*, Oxford 1997, s. 149–176.

odrzucić tych reguł wytworzonych poza prawem jako obcych dla sprawy sądowej. Prawo ma nadać formę prawno-procesową standardom i normom pozaprawnym, poddać je jurydyzacji, przekazać im wartość walidacyjną, zreinterpretować je w terminach logicznie związanych z precedensami, ustawami i konstytucją polityczną oraz wydobyć z nich kryteria, które mają rozwiązać konkretny konflikt.

W ten sposób alienacja konfliktu ma efekt podwójny. Z jednej strony rozluźnia relację z konkretną sytuacją konfliktową, a z drugiej – intensyfikuje relację z zewnętrznymi reżimami wytwarzania. W procesie współewolucji, gdzie autonomiczna i samoodnosząca się doktryna prawa rozwija się *via* oddziaływania z zewnętrznych instytucji w różnych reżimach wytwarzania, powstające struktury normatywne – chociaż są one z konieczności ortogonalne do pierwotnego konfliktu społecznego – działają w istocie jako „neutralne”, „niemające interesu” „zewnętrzne”, jako „osoby trzecie” przy wydawaniu sądu w konkretnej sprawie. Dwunasty wielbłąd nie urodził się po to, aby pogodzić trzech braci pozostających w sporze; dwunasty wielbłąd jako taki jest produktem obcego kontekstu, w którym obliczenia arytmetyczne pozwalają na podział liczb, niedających się podzielić w inny sposób. Dzisiaj ogromne wrażenie robi rozdźwięk pomiędzy tym, czego wymaga satysfakcjonujące rozwiązańe konkretnego konfliktu, a tym, co reżim wytwarzania konstruuje jako reguły prawne we współewolucji z innymi instytucjami. Jaki interes mają strony spierające się w sądzie o jakąś kwotę pieniężną, by ich spór rozwiązać stosownie do nowego tworu polityki prawa antytrustowego? Dlaczego kryterium przydziałowej wydajności powinno być właściwym sposobem na rozwiązańe problemu roszczenia kompensacyjnego ofiary wypadku samochodowego? Nie ma tu żadnej adekwatności do złożoności sytuacji osobistego konfliktu, ale, jeśli cokolwiek, zachodzi tu niezgodność perspektyw: spór sądowy *versus* reżim wytwarzania, która pozwala rozstrzygać o tym, co nierozstrzygalne. Jedyną rzeczą, jaka z pewnością czeka strony sporu – jest rozstrzygnięcie. Należy zapomnieć o jakichkolwiek kryteriach.

A jaką cenę strony płacą za taki stan rzeczy? Gdy chcą wygrać konkretną sprawę – swoją energię wykorzystywaną przez instrumentarium argumentacyjne prawa dla innych celów. Jest ona utylizowana, aby służyć jako paliwo do uruchomienia produkcji odległych i abstrakcyjnych reguł, pojęć i zasad, które są zorientowane na współewolucję w ramach reżimów wytwarzania. Przez swój spór strony poświęcają czas, energię i oddanie dla sztuki tworzenia przyszłych struktur normatywnych odległych reżimów wytwarzania. Oto, jak kłócący się bracia w rzeczy samej wypełniają wolę Allacha nakazującą im zwrócić dwunastego wielbłąda sędziemu. A kalif ma swój zysk z transakcji, której przedmiotem jest wielbłąd. Sprawiedliwość alienująca? Jest chyba dobry powód zmiany tytułu niniejszego artykułu na: *Sprawiedliwość wykorzystująca*.

4. REŽIMY WYTWARZANIA

Zmienia to perspektywę widzenia. Sprawiedliwość wykorzystująca, jako że prawo wykorzystuje ludzką skłonność do kłopotni po to, aby podsyścić tworzenie przyszłych norm. Kalif w swej mądrości i wielkoduszności wie, jak wykorzystać braci, kiedy ci kłócą się o spadek po ojcu. Muszą karmić wielbłąda kalifa zasobami swojego konfliktu i zwrócić go sytego i zadbanego, podtrosowanego i w znacznie lepszej formie niż poprzednio. W rzeczywistości postępowanie sądowe czyni to samo, by z wielokrotnie projektowanie reguł prawnych tworzonych w rozmaitych reżimach wytwarzania. Nadanie formy prawno-procesowej, jak już wcześniej wspomniano, wyjawa reguły danego reżimu wytwarzania konkretnemu konfliktowi, ale jednocześnie stwarza znaczną wartość dodatkową dla danego reżimu wytwarzania. Przeksztalca drastycznie pierwotne znaczenie struktur protonormatywnych; zmienia status projekcji rozmaitych reguł społecznych przy umowach, standardach, procesach rynku konkurencyjnego, reguł wewnętrzorganizacyjnych oraz oczywiście ustaw. Spór sądowy jest *via regis* prawa do wiążącego wyboru spośród konkurujących projekcji reguł i przeniesienia walidacji prawa na jedną z nich. Na tej drodze prawo rozwiązuje kolizje pomiędzy rozbieżnymi zobowiązaniami kontraktowymi, różnymi standardami i regułami ustawowymi; oddziela reguły i zasady prawne od samych norm społecznych, politycznych czy kalkulacji ekonomicznych niemających statusu prawnego; wyjaśnia ambiwalencje znaczenia w jednej wiążącej wykładni i tworzy nowe kontrowersje w wykładni – podsyając dynamikę instytucji prawnych i społecznych wewnętrz reżimów wytwarzania. Przez spór sądowy oraz, można by dodać, antycypację sporu sądowego, reżim wytwarzania z przyjemnością zbiera owoce jedydzia: znaczną różnicę w przejrzystości, stabilności i zewnętrznym poparciu dla własnych oczekiwani.

Ceną jest jednak alienacja, niespójność perspektyw – tym razem w innym aspekcie. Spór sądowy tamuje dobre intencje reżimów wytwarzania. Zgodnie z ekonimią ewolucyjną, konkurencyjny rynek tworzy nadgodziny po cyklicznych transakcjach – wydajnej rutynie organizacyjnej i transakcyjnej²⁴. Jednocześnie, kiedy te stałe zachowania są testowane w sporze sądowym, zostają odseparowane od swoich źródeł. Wystawione na skomplikowane strategie sporu sądowego, ich pierwotne zorientowanie rynkowe zostanie zanieczyszczone przez prawne rozważanie o kompensacji, sprawiedliwości dystrybutywnej, ważeniu interesów, celów politycznych i partykularnych aspektów danej sprawy. Uzgodnienie ich z mnóstwem zagadnień prawnych niszczy czystość ekonomiczną tychże rutyn. Ewentualne ponowne rozpatrzenie sprawy, które na dłuższą metę ma być ekonomicznie

²⁴ R. R. Nelson, S. G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge 1982.

efektywne²⁵, wzmacnia jedynie odejścia od ścieżki cnoty w pozytywnej pętli sprzężenia zwołnego. Efektywność przestaje tu mieć miejsce.

Polityka regulacyjna wcale nie działa lepiej. *Mon code est perdu!* – zapłakał Napoleon, gdy spostrzegł, że jego kodeks, poddany po spór sądowy, został zmieniony przez niejasną hermeneutykę interpretatorów: sofistycznych adwokatów i sędziów. Współczesna polityka regulacyjna – definiowanie przez nią celów politycznych, wybór instrumentów, a wśród nich reguł prawnych, jej uważne strategie implementacji – będzie musiała natknąć się na przeszkody, kiedy przyjdzie jej się zmierzyć z pieniacką reakcją ze strony klientów, prawników i sędziów. Strategia formowania polityki jest zastępowana przytłaczającą wszystko inną orientacją na wynik: kto wygra, kto przegra. Reguły prawne zmieniają swą zawartość, kiedy z instrumentów polityki przekształca się je w środki uspokajające, stosowane dla usmierzenia konfliktów.

Tego rodzaju blokowanie pierwotnej, „instytucjonalnej” orientacji reguł prawnych ma miejsce we wszystkich typach reżimów wytwarzania. Przeciwna alienacja dotyczy nie tylko kontraktowania i ustawodawstwa, ale również procesów standaryzacji, normalizacji, konkurencji rynkowej, decyzji administracyjnych i tworzenia reguł prawa wewnętrznego organizacji. Za blokowanie sprawiedliwości instytucjonalnej może odpowiadać kilka czynników w sporze sądowym:

1. Przewartościowanie. Pierwotne ukierunkowanie w postaci ułatwienia procesów technicznych, poprawy efektywności, regulacji zachowań i stabilizowania instytucji społecznych – zostaje zastąpione przez inne przytłaczające zorientowanie: Kto wygra? Kto przegra?
2. Horyzont czasowy. Podczas gdy perspektywa instytucjonalna zmierza do stabilizacji oczekiwania co do przyszłych działań, perspektywa postępowania sądowego jest w przeważającym stopniu zorientowana na przeszłość. Rekonstruowanie przeszłych wydarzeń na sali sądowej redukuje złożoność struktur normatywnych do jednej *question directrice*: Czego należało wymagać w danym przypadku?
3. Zmiana języka. Podczas gdy reguły społeczne są formułowane w szczególnym języku ich kontekstu instytucjonalnego, spór sądowy dokonuje ich tłumaczenia na szczególny język uprawnień: Jakie rozwiązania prawne zostają zaoferowane spierającym się stronom?
4. Konstrukcja rzeczywistości. Podczas gdy rzeczywistość reguł społecznych jest podyktowana przez świadome odwzorowywania poszczególnych instytucji społecznych, spór włącza te różne rzeczywistości do przeciwnieństwanych perspektyw stron procesu sądowego.

Niedorzeczność tej sytuacji jest uderzająca. Dlaczego ta podwójna alienacja, owa wymuszona jednolitość wysoce różnych perspektyw ma

²⁵ R. Cooter, L. Kornauser, *Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?*, „Journal of Legal Studies” 1980 r., nr 9, s. 139–163.

stać się stałym układem instytucjonalnym? Czy nie można by raczej oczekwać, że wkroczą tu siły społecznej dyferencjacji i doprowadzą do rozwoju tego nieszczęśliwego małżeństwa obcych sobie istot? Dla pewności wyspecjalizowane instytucje rozwiązywania konfliktów oraz tworzenia reguł rozwinięły się rzeczywiście w systemach prawnych, ale dlaczego spór sądowy i reżimy wytwarzania wciąż zachowują wobec siebie pociągający urok nieznanego? Co więcej, urok ten zwiększył się ostatnimi czasy. Stosunki międzynarodowe, gdzie rozwiązywanie konfliktów i tworzenie reguł były przez wieki instytucjonalnie oddzielone, ulegają stopniowej jurydyzacji, przy czym spór sądowy i reżim wytwarzania coraz bardziej przyciągają siebie²⁶. Podobne tendencje mają miejsce na rynkach światowych – świadkach jurydyzacji kontraktowania w sferze biznesu i międzynarodowego arbitrażu w połączeniu z *lex mercatoria* oraz stopniowego przekształcania się biurokracji WTO w struktury zbliżone do sądowych, w których reżimy wytwarzania symptomatycznie przyciągają i wstrzymują zarządzanie konfliktami i *vice versa*²⁷.

Widzę tutaj dwie możliwe, konkurujące ze sobą interpretacje. Jedną jest *Eigenvalues*. Zarówno rozwiązywanie konfliktu poprzez przewidywania normatywne, jak i tworzenie reguł w reżimach wytwarzania są procesami powtarzającymi się i samoodnoszącymi, które – z powodu zamknięcia w procesach okreżnych – nie znajdują wystarczająco stabilnych *Eigenvalues*. W związku z tym intensywnie poszukują obcych elementów dla uzyskania punktu zaczepienia. Mają one również – w przeciwieństwie do procesów społecznych, ekonomicznych i politycznych, które kreują struktury prototypowe normatywne przez ich operacje wewnętrzne – problemy ze stabilizowaniem struktur. Owe zmienne struktury będą podkopywane przez te same procesy, przez które zostały wytworzone – zmianę układów sił, nowe struktury rynkowe, nowe sytuacje społeczne. Jednak gdy uzewnętrzną produkty wobec prawa i ustabilizują je przez symbol walidacji prawa, mogą uniknąć ustawicznej samodestrukcji. Z drugiej strony, związana z tym eksternalizacja ma miejsce w procesie sądowym, gdzie jego dynamika tworzenia norm dla uniknięcia samozablokowania odwołuje się do zewnętrznych autorytetów: ustawodawcy, kontraktujących stron, rynku czy organizacji formalnych. Powrót do alienacji zawiera się w stosunkowo stabilnych strukturach reżimu wytwarzania i kryteriach decyzyjnych sporu sądowego.

Inną interpretacją jest sytuacja „związania się”. Gdy spory sądowe i reżimy wytwarzania zaczynają się nawzajem pociągać, rozwija się samo-

²⁶ R. Higgins, *The Reformation in International Law* [w:] R. Rawlings (red.), *op.cit.*, s. 207–224.

²⁷ Y. Dezelay, B. Garth, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs*, „Law and Social Review” 1995 r., nr 29, s. 12–27; G. Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* [w:] tenże (red.), *Global Law Without a State*, Aldershot 1997, s. 3–28.

istna dynamika ewolucyjna, która popycha oba te byty coraz dalej w kierunku hamującej symbiozy i wreszcie je unieruchamia. Jeśli reżim wytwarzania otworzy się raz na dynamikę sporu sądowego, nie ma szansy na to, aby zachować miejsca odporności prawa. Odnośnie projektowanych reguł zawsze istnieje ryzyko, że zostanie nadana im forma prawnoprocesowa. A z kolei, jeśli sąd raz pożyczycy reguły od zewnętrznych autorytetów tworzących prawo, nie będzie już mógł powstrzymać stron i ich prawników od włączenia do procesu materiału normatywnego, który została wytworzony przez źródła prawa oficjalnie uznane za wiarygodne.

Trudno jest zdecydować się na którykolwiek z dwóch przedstawionych interpretacji: *Eigenvalues* i „związanie się”. Być może obie są prawdziwe i istnieje duża szansa przeprowadzenia w przyszłości badań empirycznych, mających na celu zmiarkowanie rzeczywistego znaczenia tych dwóch wyjaśnień. Jeszcze więcej można oczekwać od przyszłej eksperymentacji instytucjonalnej, kiedy to będzie dokonana próba zwiększenia „racjonalności” rozwiązania konfliktu z jednej strony i roli reżimów wytwarzania w tworzeniu reguł prawnych z drugiej strony. To może więc zasugerować, gdzie wytyczyć granicę między *Eigenvalues* oraz „związaniem się”. Znajomość przebiegu tej linii zadecyduje o tym, na ile realistyczne są szanse doprowadzenia do tego, by rozwiązywanie konfliktu oraz tworzenie reguł w reżimach wytwarzania bardziej odpowiadało ich właściwemu kontekstowi.

5. RACJONALNOŚĆ PRAWA

Wszystko to wygląda jak jeszcze jeden ręcznie sterowany mechanizm, który przekształca intencje strategiczne w niezamierzone struktury społeczne. Ale efekt nie jest zbyt korzystny. Czy tego rodzaju sprawiedliwość alienująca zapewnia słuszne i rzetelne rozwiązywanie konfliktu? Nie, konflikt jest rozwiązywany poprzez odwołanie się do reguł z zewnętrznego kontekstu reżimu wytwarzania. Sprawiedliwość z niewłaściwej perspektywy – ot co. Czy kreuje ona słuszne i rzetelne reguły dla reżimu wytwarzania? Nie, niewidzialna ręka koewolucji przepuszcza projekcję norm społecznych przez filtr sporu prywatnego w taki sposób, że dynamika partykularnego konfliktu rozstrzyga o regułach publicznych dla reżimów wytwarzania. Jest to sprawiedliwość z niewłaściwego punktu widzenia. Cała ta historia jest zasadniczo sprawą ślepej współewolucji semantyk prawniczych zorientowanych na sprawę sądową i instytucji zorientowanych na struktury społeczne. Koewolucja nie gwarantuje przydatności społecznej pojęć prawnych w odniesieniu do zewnętrznych instytucji społecznych, wprost przeciwnie – zmierza do jej blokowania. Czy jest tutaj zatem szansa na kolejne powtórne wkroczenie? Co się stanie, jeśli rozumowanie prawnicze – świadome swej podwójnej roli –

rozwinię systematycznie wiedzę społeczną o reżimach wytwarzania po to, aby zwiększyć adekwatność społeczną swych reguł?

Dobrym przykładem dla przedyskutowania tych kwestii mogłyby być uprawnienia konstytucyjne i ich efekt horyzontalny w kontekstach pozapolitycznych²⁸. Biorąc pod uwagę ekspansjonistyczne tendencje współczesnego państwa w prywatne życie ludzi, naruszenie zobowiązań publicznych w usługach sprywatyzowanych, praktyki dyskryminacyjne w sektorze korporacyjnym pokazują, że prawo konstytucyjne ma skłonność do zaniedbywania kluczowej roli uprawnień konstytucyjnych w tzw. sektorze prywatnym. Czy można oczekwać czegokolwiek od powtórnego wkroczenia do doktryny wiedzy społecznej?

Teoria społeczna związana z uśpionymi strukturami wymaga tego, aby dostrzec znacznie więcej niż tylko to, co widzi doktryna prawa wówczas, gdy osoby indywidualne przywołują swoje uprawnienia konstytucyjne w sporze sądowym. Całkiem daleko od widocznego efektu w postaci zwycięstwa albo przegranej ich latencja musi, jak twierdzą socjolodzy, poradzić sobie ze stabilizującą dyferencją społeczną²⁹. W dużym skrócie rzecz wygląda następująco. Historycznie uprawnienia konstytucyjne jako należne jednostkom pojawiły się wraz ze zjawiskiem dyferencjacji społecznej. Ich stosowność polityczna i prawa jest związana z historyczną potrzebą sfer indywidualnej wolności działania, co jest charakterystyczne dla społeczeństw współczesnych. Dyferencja społeczna kreuje różnorodność sfer działania, indywidualnych i nieindywidualnych, których autonomia jest odzwierciedlona w komplementarnych uprawnieniach konstytucyjnych. Społeczna dyferencja i pojawienie się uprawnień konstytucyjnych to uzupełniające się procesy historyczne. W ekspansjonistycznych tendencjach państwa współczesnego historyczny proces społecznej dyferencjacji zagraża osłabieniem samego siebie. W ciągu długotrwałych walk politycznych uprawnienia konstytucyjne jąwią się jako instytucje sprze- ciwu społecznego, chroniące dyferencję społeczną przed właściwymi jej tendencjami do samozniszczenia. Indywidualne konflikty pomiędzy prywatnymi obywatelami i biurokracją administracji są przekształcane w instytucjonalne wsparcie prawne samohamowania politycznego.

Co się dzieje, gdy taka latencja jest zniszczona, a partie, prawnicy i sędziowie stają się tego świadomi i gdy argumenty prawne otwarcie

²⁸ M. Hunt, *The „Horizontal Effect” of the Human Rights Act*, „Public Law” 1998 r., nr 80, s. 423–443; C. Gruber, G. Teubner, *Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1998 r., nr 18, s. 61–74.

²⁹ D. Grimm, *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung* [w:] tenże (red.), *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt 1987, s. 192–211; H. Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin 1975; N. Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965.

sięgają do innej rzeczywistości uprawnień konstytucyjnych? Wówczas wiadomość staje się poważna luka pomiędzy motywacją indywidualną wdania się w spór sądowy a niezamierzonymi rezultatami. Dlaczego jednostki mają wchodzić w spór dla dobra społecznej dyferencjacji? Przewidywalna i godna polecenia reakcja to wzmacnianie łączności między motywacją indywidualną poddania sprawy pod spór sądowy a efektami społecznymi uprawnień konstytucyjnych. Do sformalizowanych i ogólnych reguł rozstrzygania konfliktów winien zostać dodany znaczny element partykularystyczny. Sędzia musiałby zaaplikować tu sporą dawkę partykularyzmu surowym regułom reżimu wytwarzania. Wskazówka odnośnie przeprawy przez przepaść brzmi: „Wykreować uprawnienia indywidualne w interesie publicznym i wyrazić zgodę na działanie grup, zrzeszeń oraz wprowadzić inne formy prowadzenia sporów publicznych”.

Inną reakcją ma być udoskonalenie „teorii społecznych” wewnątrz prawa konstytucyjnego, aby uczynić reguły bardziej adekwatnymi do zaangażowanych reżimów wytwarzania³⁰. Można tu radzić: „Importować koncepcję Williamsona lub Luhmanna do sporu konstytucyjnego”. Instytucjonalizm ekonomiczny nazywa teorię prawa adekwatną do reżimów samozarządzania w sektorze prywatnym, kiedy reinterpretuje partykularny konflikt jako kalkulację minimalizacji kosztów transakcji. Mogłoby to być przyczynkiem prawa do konstytucjonalizacji reżimów samozarządzania w sektorze prywatnym³¹. Teoria systemów sugerowałaby coś innego – rekonstrukcję partykularnego konfliktu pomiędzy podmiotami w sferze prywatnej jako kolizję dyskursów³². Konsekwencją efektów horyzontalnych uprawnień konstytucyjnych byłoby to, że rozprawiają się one nie tylko z relacjami sił gospodarki, ale biorą również w karby wszystkie media komunikacji, które zmierzają do kolonizowania innych sektorów życia społecznego. Nie mogą być już one dłużej postrzegane jako te, które jedynie służą ochronie jednostek przed siłą represyjną państwa, ale musiałby zostać zrekonstruowane jako „uprawnienia dyskursywne” przeciwko ekspansywnym tendencjom systemów społecznych. Jego normatywnym korelatem byłoby rozszerzenie uprawnień konstytucyjnych do kontekstu reżimów samozarządzania w sektorze prywatnym (korporacji, organizacji mediów, instytucji wychowawczych, związków zawodowych, quasi-autonomicznych organizacji pozarządowych, organizacji międzynarodowych). To wymaga jednak zasadniczej transformacji klasycznego modelu

³⁰ D. Wielsch, *Freiheit und Funktion: Zur Struktur und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, Baden-Baden 2000, roz. 3.

³¹ O. E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford 1996; tenże, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, „Administrative Science Quarterly” 1991., nr 36, s. 269–296.

³² G. Teubner, *Altera Pars Audiatur...*, *op.cit.*; tenże, *Contracting Worlds: The Invocation of Discourse Rights in Private Governance Regimes*, „Social and Legal Studies” 2000 r., nr 9.

uprawnień konstytucyjnych we wszystkich czterech jego elementach: jednostka – państwo – siła – uprawnienie.

Są dwa przypadki prawa importującego kryteria z nauk społecznych i stosującego je do indywidualnych spraw: minimalizacja kosztów transakcji i kolizja dyskursów. Najwyraźniej znowu kryteria byłyby ortogonalne w odniesieniu do partykularnego konfliktu. Ale czy rozbieżność perspektyw nie zostałaby zrekompensowana przez nową adekwatność prawa: rozwijające się reguły, pasujące się do efektywnych struktur rynkowych lub wielokontekstowego społeczeństwa?

Prawdopodobnie takie natchnienie prawa przez teorię społeczną jest nazbyt optymistyczne. Nie docenia problemu powtórnego wkroczenia. Teorie społeczne w ramach prawa – wspierane, albo i nie, przez nauki społeczne – nie są niczym innym, jak tylko inną formą powtórnego wkroczenia kodu „prawo albo nie-prawo” do prawa, choć na innym poziomie abstrakcji niż pozostałe powtórne wkroczenia: fakty – reguły, działania prawne – działania społeczne, koncepcje – interesy. I znowu stajemy przed nieuchronnym zmieszaniem wewnętrznych konstrukcji i zewnętrznej rzeczywistości. Nie ma sposobu na sprawdzenie tych teorii przez bezpośrednie włączenie ich do rzeczywistości społecznej. Ale również radykalny konstruktywizm nie jest wyjściem praktycznym. Jeżeli prawo wzięłoby poważnie radykalny konstruktywizm i inkorporowałoby go do bieżących operacji, zakończyłoby się to paraliżem. Możliwa wydaje się zatem wstępna i cząstkowa samoprzecroczość procesów powtórnego wkroczenia do prawa³³. Prawo, które nigdy nie jest pewne przystawalności swoich konstrukcji do rzeczywistości, mogłoby eksperymentować z różnymi modelami prawnymi rzeczywistości społecznej. Warto poczekać na rezultaty prawnych decyzji, które już eksperymentują z różnymi konstrukcjami rzeczywistości. Odporność komunikacji za pomocą prawa na komunikację za pomocą prawa jest jedynym możliwym sprawdzianem rzeczywistości.

6. OSOBY PRAWNE

Czy wielbłąd powinien mieć swoją pozycję społeczną? Wymyślony postulat uprawnień drzew Christophera Stone'a, któremu ostatnio Bruno Latour i Michel Serres użyczyli socjologicznej i psychologicznej wiarygodności³⁴, daje fascynującą okazję dla eksperymentów prawa z jego założeniami dotyczącymi rzeczywistości społecznej. Oczywiście nabiera to innego znaczenia, jeśli przełożymy to na język autopojezy. Czy

³³ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Frankfurt 2000, roz. 15.

³⁴ C. D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, „Southern California Law Review” 1972 r., nr 45, s. 450–467; B. Latour, *We have never*

przeprowadzamy się do nowego, odważnego świata poważnej ekologii: autopojeza Matki Gai jako nowego zbiorowego podmiotu³⁵? Czy też podróżujemy w przeszłość do czasów średniowiecza: Jak to było – spróbować szczerą³⁶? Czy przedmiot naturalny może dokonać czynności prawnej? Czy prawo wykorzystuje obecnie samą naturę dla nieustannego tworzenia reguł? Te pytania zmieniają w istocie ilość i jakość podmiotowości prawnej oraz zależności prawa od środowiska. W każdym razie debata ekologiczna podnosi znowu kwestię tego, czy istoty żyjące mogą słusznie domagać się uznania ich statusu jako podmiotów prawa.

Autopojeza przeformułuje problem. Nie pytamy już: „Jakie ontyczne własności (dusza, umysł, zdolność do refleksji) posiada dany, istniejący byt, aby można było stwierdzić, że jest podmiotem – społecznym, prawa czy jakimkolwiek innym?”³⁷. Zamiast tego pojawiają się dwie zmiany: „Na jakich warunkach otaczający system społeczny (np. zamknięty i autonomiczny zespół rekursywnych komunikacji, w którym pojawiają się byty) konstruuje semantyczny artefakt podmiotu?”. Oto otaczający nas system społeczny, a nie byt sam w sobie, konstytuuje tożsamość, zdolność do czynności i porozumiewania się, odpowiedzialność, prawa i obowiązki, w skrócie – kreuje podmiotowość swych fikcji³⁸. Dzieje się tak przez przypisanie (*attribution*). Państwo staje się podmiotem zbiorowym nie dlatego, że ma pewne naturalne własności albo szczególną formę organizacyjną. Raczej to międzynarodowy system wojny i pokoju konstruuje podmiotowość jego uczestników, jako że zmusza etniczne lub terytorialne jednostki do przybrania formy zinstytucjonalizowanego państwa, jeżeli chcą one brać udział w polityce międzynarodowej³⁹. Podobnie to rynek kształtuje firmy, inaczej nie są niczym innym niż zwitkiem indywidualnych umów⁴⁰.

Nomen ossibus inhaeret. Raz system prawny uznał *nomina* tej starej stronniczości i wyposażonych duchowych substancji, przyznając im uprawnienia

been modern, Hemel 1993; tenże, *To Modernise or to Ecologise? That is the Question* [w:] B. Braun, N. Castree (red.), *Remaking Reality: Nature at the Millennium*, London 1998, s. 221–242; M. Serres, *Le contrat naturel*, Paris 1990.

³⁵ J. E. Lovelock, *Gaia: A New Look at Life on Earth*, Oxford 1979.

³⁶ W. Ewald, *Comparative Jurisprudence. What was It like to try a Rat*, „University of Pennsylvania Law Review” 1995 r., nr 143, s. 1889–2149; K. von Amira, *Thierstrafen und Thierprozesse*, Innsbruck 1891.

³⁷ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, *op.cit.*, roz. 13.

³⁸ G. Teubner, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the „Essence” of the Legal Person*, „The American Journal of Comparative Law” 1988 r., nr 36, s. 130–155; N. Luhmann, *Social Systems*, Stanford 1995, s. 198.

³⁹ N. Luhmann, *Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft* [w:] U. Beck (red.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt 1998, s. 345–380.

⁴⁰ G. Teubner, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors* [w:] J. McCahery, S. Picciotto, C. Scott (red.) *Corporate Control and Accountability*, Oxford 1993, s. 41–60.

nia do działania, prawo może odnieść się do całkowicie innych dynamik konfliktów uwydatniających właściwość prawa, jaką jest zdolność do tworzenia norm. Wynalezienie osoby prawnej było wielkim wkładem kulturowym prawa do rewolucji organizacyjnej, w której przypisaniem możliwości działania objęto nie tylko naturalnych ludzi, ale i procesy komunikacyjne. Tą śmiałą ideą przypisania osobowości prawnej nie tylko jednostkom, ale samemu strumieniowi komunikacji, prawo skłonowało kolejnego wielbłąda, wypożyczyło go społeczeństwu i zapewniło sobie ogromny zysk z transakcji, kiedy społeczeństwo zwróciło zwierzę. Organizacje formalne jako podmioty zbiorowe są sensem tej sprawy. Odkąd stały się osobami prawnymi przez zyskanie zdolności procesowej, prawotwórstwo mogło rozwijać ogromny potencjał konfliktów formalnie zorganizowanych czynności dla samego tworzenia reguł, co przyćmiewa tego rodzaju potencjał jednostek⁴¹. „Dlaczego bogaci idą przodem?” Pod tym hasłem socjologowie prawa dokładnie przestudiowali głęboką różnicę w potencjale konfliktu tkwiącym w organizacjach i w osobach indywidualnych przed sądem⁴². Ale jest to jedynie aspekt uboczny. Z pewnością podmioty zbiorowe z zasady mają inną i często lepszą szansę na wygraną; to, co byłoby potrzebne, to uważne empiryczne zbadanie, jak organizacje występujące w procesach sądowych wpływają na tworzenie prawa w koewolucji semantyki prawnej i struktur społecznych.

Przekonanie, że podmiotami mogą być tylko istoty ludzkie, otrzymało nowy cios ze strony ruchu ekologicznego. Ale jak zidentyfikować podmioty w nowej ekologii politycznej? Grupy związane z ochroną środowiska ciągle pozostają najprostszymi przypadkami owych „nowych” podmiotów. Przyszłe pokolenia? Gatunki zwierząt? Rośliny? Krajobrazy? A co z językami? Z kulturami? Czy te nowe podmioty w dyskursie ekologicznym, walczące o swoje interesy i uprawnienia, są po prostu ruchami społecznymi w szerokim znaczeniu, które domagają się formalnego uznania ich za podmioty prawne? Czy też prawo łączy się tutaj z innymi „żywymi” procesami, które mogłyby pchnąć tworzenie reguł w nowym kierunku.

Doprawdy, to ostatnie rozwiązywanie mogłoby być konsekwencją autoapojezy prawa. Niklas Luhmann, tak samo jak Bruno Latour i Michel Serres, nakłania nas do zobaczenia ekologicznych wielbłądów. Czy oznacza to, że podmiotowość prawa – ludzi, organizacji formalnych, państw czy innych bytów – jest prosto zredukowana do statusu fikcji prawnej,

⁴¹ G. Teubner, M. Hutter, *Homo juridicus and homo oeconomicus: Communicative Fictions?* [w:] T. Baums, K. Hopt, N. Horn (red.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, Den Haag 2000, s. 569–584.

⁴² M. Galanter, *Why the „Haves” come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, „Law and Society Review” 1974 r., nr 9, s. 95–160; K. Röhl, *Die strukturelle Differenz zwischen Individuum und Organisation oder Brauchen wir ein Sonderprivatrecht für Versicherungen und andere Organisationen?*, München 1987, s. 574–605.

artefaktu komunikacyjnego? Nie, systemy społeczne stosują ostre kryteria selekcji w przypisywaniu tych własności. Przyznają je pod jednym warunkiem: dusza wraca do społeczeństwa. Nie tak naprawdę oczywiście, ale znowu w ambiwalentnej formie powtórного wkroczenia, a dokładniej w podwójnym powtórnym wkroczeniu. Systemy społeczne, zanim przypiszą podmiotowość jakiemuś obiekowi (istocie ludzkiej, grupie, bytowi duchowemu, zwierzętom, komputerom), żądają wiarygodnych indykatów zdolności jej przyjęcia⁴³. Przyznają podmiotowość jedynie pod takim warunkiem, że mają dobre powody dla założenia z góry procesów samodnoszenia znaczeń za swymi adresami społecznymi; w tym samym czasie wymagają ścisłego strukturalnego związku ze swoją komunikacją. Systemy społeczne przyznają podmiotowość jedynie wówczas, gdy (1) z góry zakładają operację *Verstehen* za swymi wytworami komunikacyjnymi; (2) z góry zakładają, że te artefakty zakładają to samo u ich partnerów; (3) system społeczny sam w sobie rozwinał wewnętrzną wrażliwość dla odniesienia się do tych „podmiotów”. W operacyjnej zamkniętości systemy społeczne nie mają dostępu do tej samoodnoszącej się rzeczywistości Innego, ale muszą być przygotowane wewnętrz swoich struktur. W odróżnieniu od św. Tomasza, muszą być uwrażliwione zanim jeszcze uwierzą w istnienie Innego. Wszystko wyjdzie w uwrażliwianiu.

Organizacje formalne na przykład stają się aktorami zbiorowymi jedynie wówczas, gdy otaczający je system społeczny ma dobre uzasadnienie, aby uwierzyć w ich niewidzialne samoodnoszenie (choćby zamknięty samoodnoszący proces znaczeniowy, role i procedury dla wspólnej reprezentacji), kiedy naprawdę „czuje się przekonany” przez dynamiki procesów organizacyjnych. Byty etniczne są uznawane za państwa jedynie wówczas, gdy prawo międzynarodowe jest wystarczająco przekonane przez „powalający” dowód, a mianowicie wypełnienie trzech słynnych warunków państwowości – terytorium, ludności i struktur władzy. Z kolei Latour zauważa słusznie, że historyczną zasługą ruchu ekologicznego jest skonstruowanie *septième cité*. Rozwijając koncepcję Boltanskiego i Thévenota o odwzorowaniu sześciu zamkniętych i wzajemnie niekompatybilnych dyskursów uzasadnienia⁴⁴, Latour zapewnia, że nowy dyskurs ekologii politycznej dysponuje potencjałem do rozwinięcia się w nowy system społeczny, w „zielone miasto”, zamieszkane przez gatunki systemu ekologicznego. Latour pisze: „Ekologia polityczna [...] niesie ze sobą skomplikowane formy związków między bytami: regulacjami, sprzętem, konsumentami, instytucjami, nawykami, cieletami, krowami, świniami [...]. Zbiorowe ekspe-

⁴³ P. Fuchs, *Kommunikation mit Computern? Zur Korrektur einer Fragestellung*, „Sociologia Internationalis” 1991 r., nr 29, s. 1–30; tenże, *Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie*, „Soziale Systeme” 1997 r., nr 3, s. 55–79.

⁴⁴ L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris 1991.

rymentowanie na możliwych związkach między rzeczami i ludźmi [...], sieć quasi-podmiotów, których relacje podporządkowania pozostają niepewne i które poprzez to wymagają nowych form aktywności politycznej przystosowanej do tego, aby za nimi podążyć”⁴⁵.

Jednak w „parlamencie rzeczy” jedynie niektóre Latourowskie aktanty mają szansę na uznanie społeczne i prawne. Latour, używając dobrych uzasadnień, podkreśla, że to przypisanie procesom autonomii decyduje o statusie podmiotu. Jednak, w przeciwnieństwie do Latoura⁴⁶, byliśmy i bądźmy nowocześni. Anioły, świątynie, bogowie, wyrocznie, które dawno temu były realnymi podmiotami komunikacji społecznej, już nigdy nie będą podmiotami społecznymi. Nie dlatego, że nie istnieją, bo kto to wie, ale ponieważ współczesne systemy społeczne już ich nie uznają. Dla współczesnych systemów społecznych świat nie jest już pełen: „adresatów, którzy nie są ludźmi; nie ma już możliwości komunikowania się z duchami przodków, z bogami, drzewami, świętymi miejscami kultu, wróżbami z jelit i z lotu ptaka; z wszystkimi tymi widzialnymi i niewidzialnymi bytami, których radzenie sobie z ich samoodnoszeniem można było z góry założyć – co zawiera w sobie potencjalną możliwość oszustwa, kłamstwa, naciągania i wyrażania się przez zachowanie milczenia”⁴⁷.

Ale byty ekologiczne, artefakty socjotechniki, cyborgi, hybrydy, sieci i inne podmioty przetwarzania informacji Latoura mają realną szansę na uznanie przez nowoczesne społeczeństwo i poprzez to na uczestniczenie w ekologii politycznej.

A wielbłąd sędziego? Są znaki, które świadczą o tym, że prawo zaczyna przeprojektowywać swoje instrumentarium proceduralne i konceptualne dla wytwarzania nowych fikcyjnych obywateli siódmego *cité*. Włączenie uprawnień ekologicznych w konstytucjach politycznych, stopniowa jurydyzacja praw zwierząt, zmiana języka prawnego z semantyki „ochrony natury”, przez „interesy ekologii”, do „uprawnień” procesów życiowych, powolny proces uznawania pozycji społecznej stowarzyszeń ekologicznych, rozszerzająca się konceptualizacja szkód ekologicznych – są indyktorem tego, że prawo przygotowuje się do powtórnego wypożyczenia społeczeństwu wielbłąda nowej rasy⁴⁸. „Aktanty” i „mediatorzy” w wyłaniającym się dyskursie ekologicznym nie muszą pozbywać się nowo nadanej pełnej podmiotowości prawnej, aby stworzyć nową dynamikę polityczną. Wielo-

⁴⁵ B. Latour, *To Modernise...*, *op.cit.*, s. 229, 234–235.

⁴⁶ B. Latour, *We have never...*, *op.cit.*

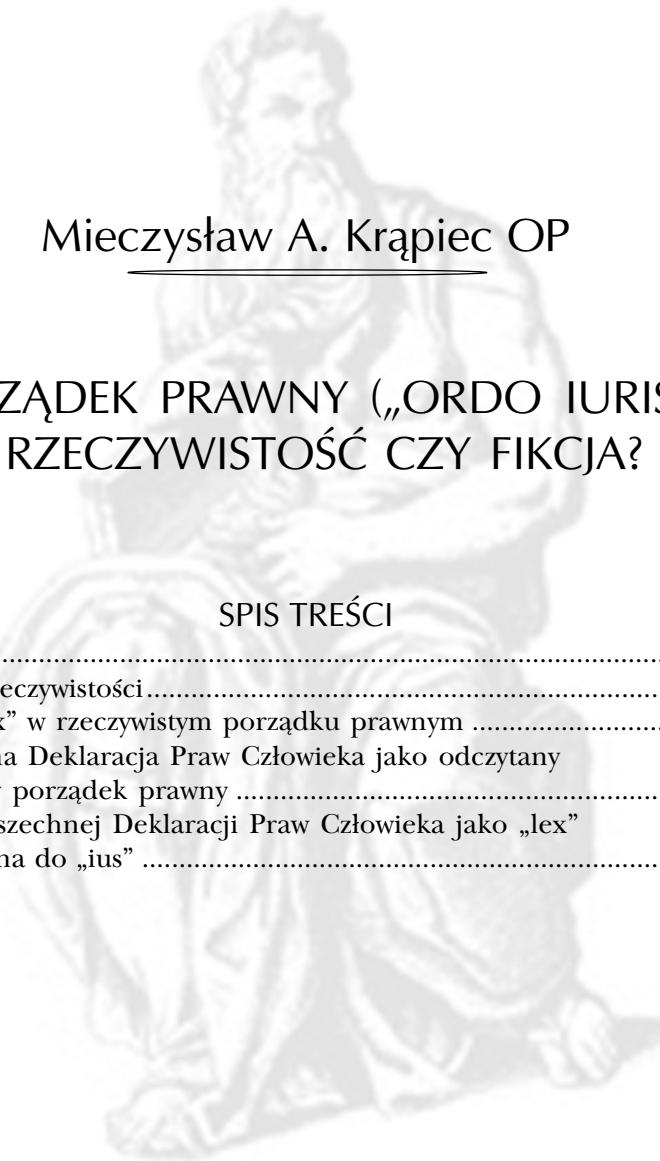
⁴⁷ P. Fuchs, *Die archaische...*, *op.cit.*, s. 120.

⁴⁸ R. Ogorek, *Recht und Tier: Eine traurige Begegnung*, „Rechtshistorisches Journal” 1999 r., nr 18, s. 247–259; C. Godt, *Haftung für ökologische Schäden: Verantwortung für Beeinträchtigungen des Allgemeingutes Umwelt durch individualisierende Verletzungshandlungen*, Berlin 1997; C. Schmidt, *The Concept of...*, *op.cit.*; D. von Pfordten, *Die moralische und*

krotne rozróżnienia prawne – podziały między różnymi stopniami osobowości prawnej, między zwykłymi interesami, częściowymi uprawnieniami i prawami przekazanymi w zastaw, między ograniczoną i pełną zdolnością do czynności prawnych, między agencją, reprezentacją i trustem, między odpowiedzialnością indywidualną, solidarną, grupową, korporacyjną i innymi formami odpowiedzialności – mają możliwość nadania ostrożnie ograniczonego statusu prawnego stowarzyszeniom bytów ekologicznych. I wszystkie te realne fikcje mogą działać jako podmioty wyłącznie w dyskursie ekologicznym bez konieczności stawania się podmiotami gdziekolwiek w społeczeństwie. Zdolność do czynności prawnych może być nadana w różnych kontekstach społecznych. Wygląda na to, że są szanse na to, że wielbłady sędziów będą płodne i rozmnożą się.

rechtliche Berücksichtigung von Tieren [w:] tenze, J. Nida-Rümelin (red.), *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, Baden-Baden 1995; G. Erbel, *Rechtsschutz für Tiere*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1986 r., nr 101, s. 1235–1258.

* Zob. przypis od redakcji, s. 28.



Mieczysław A. Krąpiec OP

PORZĄDEK PRAWNY („ORDO IURIS”) – RZECZYWISTOŚĆ CZY FIKCJA?

SPIS TREŚCI

1. Wstęp	135
2. Stopnie rzeczywistości	136
3. „Ius” i „lex” w rzeczywistym porządku prawnym	138
4. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jako odczytany rzeczywisty porządek prawnny	140
5. Treść Powszechniej Deklaracji Praw Człowieka jako „lex” dostosowana do „ius”	143



MIECZYSŁAW A. KRĄPIEC OP

Urodzony w 1921 roku. Członek rzeczywisty PAN i PAU, Rzymskiej Akademii Tomasza z Akwinu, Europejskiej Akademii Nauki i Sztuki. Autor wielu monografii z zakresu filozofii, artykułów i rozpraw. Najważniejsze z nich zebrane i opublikowane zostały w *Działach KUL*, m.in: *Teoria ontologii bytu*, *Z teorii i metodologii metafizyki*, *Ja – człowiek*, *U podstaw rozumienia kultury*, *Człowiek i prawo naturalne*, *Język i świat realny*, *O ludzkiej polityce*.

Inicjator i redaktor *Powszechniej Encyklopedii Filozofii* (w przygotowaniu osiem tomów).



WPROWADZENIE

*Refleksja nad znaczeniem słowa *ius* i jego pochodnymi, takimi jak tytułowy *ordo iuris*, skłania autora do rozważenia zagadnienia realności podstaw norm prawnych. Legitymizacja obowiązywania prawa, charakter naturalnego systemu prawnego, odpowiedniość zapisu normy prawnej, w końcu definicja celu prawa – to główne wątki poruszane przez autora w poszukiwaniu miejsca *ius* i *lex* w rzeczywistym porządku prawnym. Analiza charakteru i układu treści Powszechniej Deklaracji Praw Człowieka prowadzi autora do wniosku, że stanowi ona pierwsze sformułowanie na pismie norm (*lex*), będących zarazem odczytaniem rzeczywistości prawnej (*ius*).*

*Artykuł jest wyrazistym postulatem identyczności treści *lex* z *ius* jako międzyosobowymi relacjami powinnościowymi, podstawowymi przez wzgląd na dobro człowieka – dobro wspólne.*

1. WSTĘP

Reфleksja nad znaczeniem słowa *ius* i jego pochodnymi, takimi jak tytułowy *ordo iuris*, zmusza do rozważenia pytań o realne podstawy norm prawnych, będących już to ustawami zasadniczymi, już to ustawami stanowionymi przez władze ustawodawcze. Powstaje bowiem w tym względzie zasadnicze pytanie: czy ustawa jest prawem wiążącym dlatego jedynie, że została uchwalona przez władzę ustawodawczą, czy też dlatego, że formułuje i werbalizuje realne stany bytowe relacyjne, jakie istnieją między ludźmi jako istotami rozumnymi i rozumnie działającymi. Przywoływanym punktem odniesienia dla rozważenia tejże wątpliwości będzie Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Przykład to o tyle dobry, że pojawiające się interpretacje Deklaracji wykazują ciągły dualizm – jedne upatrują w niej jedynie swoisty manifest ideologiczny na temat praw człowieka, podczas gdy drugie traktują ją jako odczytanie tychże praw w realnie istniejącym człowieku.

W wypadku, gdy pojmuje się normy prawne jako obowiązujące jedynie na mocy ich ustanowienia przez odpowiednie władze ustawodawcze, tak rozumiane prawo staje się w swym charakterze bytowym jedynie sfingowaniem przez ludzki intelekt odpowiednich treści poznawczo-intencjonalnych, które pretendują do tego, by na mocy **samej fikcji** – a więc

intencjonalnej, abstrakcyjnej treści – sterować rzeczywistymi, istniejącymi ludzkimi działaniami. Abstrakty miałyby rządzić ludźmi jedynie dlatego, że zostały tak właśnie chciane przez władze. A przecież w ludzkim poznaniu, zwłaszcza praktycznym, zdarzają się błędy i to wielostronne. I takie błędne sformułowania, w stosunku do ludzkiej rzeczywistości szkodliwe, a nierzadko nawet zbrodnicze (*casus*: ustawy hitlerowskie o *Endlösung*), miałyby stanowić ludzkie prawo, kierujące ludzkiem, więc racjonalnym, życiem. Szczegółowe normy prawne, jak to miało miejsce w ZSRR, będące narzędziem wyniszczenia ludów i narodów, miałyby stanowić państwo prawa dlatego jedynie, że zostały uchwalone przez odpowiednie wówczas władze ustawodawcze, mimo że sama władza stanowiła, jak się okazało, wybitnie mafijny związek i organizację terrorystyczno-państwową.

Jeśli natomiast normy prawne są zasadniczo zredagowaniem odczytyanych międzyludzkich racjonalnych relacji, będących następstwem samych bytowych struktur ujawniających się w ludzkim działaniu, wówczas można mówić o ludzkim charakterze norm prawnych.

A zatem czy istnieje jeszcze przed wszelkimi uchwałami ustaw w ludzkim porządku działania osobowego jakiś zespół – powiedzmy system – racjonalnych relacji, czytelnych dla człowieka i wpływających na jego działanie do tego stopnia, że wiążących je w sumieniu, a zatem w dojrzałej jako relacje powinności odpowiedniego zachowania, niezależnie od wszelkich norm pisanych i uchwalanych? Słownem, czy istnieje realny międzyludzki porządek prawnego, niezależny od wszelkiego pisanej prawa i jakie są tego, dla prawa pisanej, konsekwencje? W tym też kontekście musi znaleźć się odpowiedź na pytanie: czy Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jest tylko manifestem ideologicznym fingującym treści praw ludzkich, czy też jest odczytaniem, uświadomieniem sobie i zadeklarowaniem tychże praw jako realnie istniejących wśród ludzi, których działania bądź nie-działania są związane tymi prawnymi relacjami.

2. STOPNIE RZECZYWISTOŚCI

Uzasadniona odpowiedź wymaga filozoficznego namysłu nad rzeczywistością i jej rozumieniem. Dlaczego coś jest rzeczywiste? Czy dlatego, że posiada jedynie w sobie określoną, mniej lub bardziej zdeterminowaną treść? Konkretnie, czy dlatego coś jest rzeczywiste, że jest np. Adamem? A wobec tego, czy Ewa, Maria jako siostry lub żony Adama są nierzeczywiste dlatego, że nie są Adamem? A czy nierzeczywistym jest drzewo, pod którym siedzi cała rodzina Adama, Ewy, Marii? Oczywiście, każdy normalnie poznający wie, że rzeczywistym jest to, co istnieje, proporcjonalnie do swej treści – i jako Adam, i jako Maria, i jako drzewo, i jako minerał, i jako woda, powietrze, elektryczność... To akt istnienia decyduje o rzeczywistości każdej treści, która jako istniejąca, jest zawsze w sobie

sama ostatecznie zdeterminowana i przyporządkowana do odpowiedniego, właściwego sobie działania.

Okazuje się jednak, że różne są „stopnie”, innymi słowy, najogólniejsze sposoby istnienia rzeczywistości. Teoretycznie rzecz biorąc, jest możliwe, a zarazem też niezbędne istnienie samo przez siebie, jedynie jako najwyższa rzeczywistość, możliwa i zarazem konieczna, jedyne źródło wszystkiego, co jest rzeczywiste, co istnieje. Jest nim Absolut-Bóg.

Dostrzegamy jednak w sobie samym i wokół nas sposoby istnienia zależne od innych bytów, przy czym takie sposoby istnienia, które są w sobie jako podmioty. To człowiek Adam, Maria jest istniejącym samym w sobie; ten oto koń, pies, kot jest w sobie jako we własnym podmiocie realnie istniejący. Są więc byty rzeczywiste (są rzeczywistości) dlatego, że istnieją w sobie jako we własnym podmiocie. W filozofii zwano to substancialnym sposobem istnienia, albowiem podmioty istniejące są substancją.

Rzeczywiste są nie tylko podmioty istniejące w samym sobie, ale także rzeczywistość bogatą tworzą właściwości istniejące nie same w sobie jako we własnym podmiocie, lecz te, które są jedynie zapodmiotowane w czymś, co już w sobie samym istnieje. I tak czymś rzeczywiście istniejącym w Adamie jest zmieniająca się jego masa ciała, wymiary ciała, jego części ciała, jego jakości – bo Adam jest muzykiem, jest szlachetny, jest urodziwy itp. Wszystkie te właściwości można dostrzec w istniejącym Adamie (bycie) jako właśnie realne, rzeczywiste. Zatem właściwości, przypadłości są rzeczywistością, albowiem istnieją w podmiotach-substancjach jako swych nosicielach.

Rzeczywistością są także relacje, jakie istnieją między podmiotami. Takimi relacjami są chociażby: małżeństwo, rodzicielstwo, pokrewieństwo, sąsiedztwo, koleżeństwo, dług i wierzytelność, obywatelstwo, podobieństwo, pochodzenie. Nie są to tylko byty pomyślane, istniejące jedynie w naszym poznaniu, ale są to realne sposoby istnienia międzypodmiotowego. Relacje istnieją jedynie między korelatami, będącymi podmiotami jakiejś relacji. Były wprawdzie w różnych kierunkach filozoficznych mniemania, jakoby wszelkie relacje były jedynie bytem myślnym, czyli pomyślany jedynie, a nie czymś realnie istniejącym. Oczywiście istnieją relacje tylko myślne, zwane relacjami logicznymi. Nimi zajmuje się np. logika, rozważająca różne myślowe powiązania pomiędzy rezultatami naszego poznania, a więc pomiędzy pojęciami, sądami i wypowiedziami. Jednak relacje, które istnieją tylko w porządku myślowo-poznawczym, nie wyczerpują wszelkiej relacyjności. Albowiem niektóre relacje dostrzegamy i przeżywamy jako rzeczywiste, jak błogosławieństwo i jak ciężar – być mężem lub żoną, być córką lub synem, być obywatelem, być starszym lub młodszym. Wszystko to jest rzeczywistym sposobem istnienia, a przez to samo stanowi swoistą rzeczywistość.

Sumując zatem rozważania o rzeczywistości, dostrzegamy jej poczwórnny wymiar:

1. Istnieć samemu przez siebie – Absolut.
2. Istnieć w sobie jako we własnym podmiocie – byty substancialne.
3. Istnieć w podmiocie – przypadłości.
4. Istnieć pomiędzy podmiotami jako korelatami istnienia – realne relacje.

Wszystkie realne sposoby istnienia tworzą rzeczywistość, która podlega naszemu ludzkiemu poznaniu. Możemy także poznać (co nie znaczy, że poznając, nadajemy jej istnienie) rzeczywistość międzyludzkich relacji i dostrzec ich niezwykle bogatą różnorodność.

3. „IUS” I „LEX” W RZECZYWISTYM PORZĄDKU PRAWNYM

Jednym z obszarów relacji, odróżniającym się od innych, jest właśnie zespół relacji tworzących porządek prawnego, zwany z łacińska *ordo iuris* jako *ordo boni ac recti*. W tym właśnie porządku naturalnego prawa ludzie w stosunku do siebie, czyli ze względu na łączące ich międzyczłowieckie relacje, organizują swe działania lub zaprzestanie określonych działań. Albowiem człowiekowi będącemu w odpowiedniej potrzebie czy też człowiekowi, który działa lub zamierza działać, „należy się” odpowiednie zachowanie. Bez względu na istniejące przepisy prawnego, każdemu człowiekowi należy się, by mu nie szkodzić, by go nie zabić, by go nie okaleczyć, by – gdy osłabnie – pomóc w potrzebie. Stąd wołanie pomocy jest czymś naturalnym, a jej nieudzielenie jest niekiedy karygodne. Słowem, współprzyście pomiędzy ludźmi jest nacechowane powinnością działania w odpowiednich warunkach lub też zaprzestaniem działania, gdy ono w jakiś sposób drugiemu szkodzi. Sytuacje takie są oczywiste i nie może nastąpić usprawiedliwienie, że nie zadziałałem lub nie zaprzestałem działania – bo nie ma przepisu prawnego – w momencie, gdy drugi człowiek potrzebuje ode mnie pomocy w postaci odpowiedniego działania lub też zaprzestania działania. Istnieje obiektywny porządek, w którym człowiek ma prawo, czyli może domagać się, niekiedy nawet na drodze sądowej, odpowiedniego działania lub zaprzestania działania. Jeśli bowiem ktoś podtrzuwa wodę w studni, jeśli zatrzuwa powietrze, to istnieje naturalne prawo obrony przed tego rodzaju działaniem. Ten właśnie naturalny system prawnego – polegający na tym, że człowiekowi należy się w określonych naturalnych przypadkach, by ze względu na jego dobro odpowiednio zadziałać lub zaprzestać działania – w tradycji prawnej i filozoficznej nazwał się porządkiem prawa naturalnego, *ius naturale*.

Oczywiście taki porządek prawa jest niepisany, albowiem jest naturalnie czytelny dla każdego człowieka używającego swoich wrodzonych sił poznawczych. Niemniej niekiedy z określonych społecznie względów, głównie zaś dla zaprowadzenia porządku i dobra, człowiek formułuje w zda-

niach w postaci zapisu normy prawnej *lex* sposób postępowania wobec drugiej osoby w określonej społeczności. Normy prawne postępowania rodziły się jako zapisy ludzkiego obyczaju, który obowiązywał w jakiejś społeczności i potrzebował ujednoznacznienia. Jawiące się społecznie dobra człowieka stanowiły i nadal stanowią podstawę norm i rozporządzeń dotyczących ludzkiego działania. Owo uporządkowanie działania przezisaną normę prawną jest oczywiście dziełem rozumu praktycznego – kompetentnej władzy dla dobra człowieka (będącego dobrem wspólnym). A to wówczas, gdy władza ta sprawuje pieczę społeczną nad człowiekiem, któremu oznajmia treść tej normy. To właśnie nazywano prawem pisany, *lex*, o możliwej do odczytania treści.

Lex stanowi zapis treści prawa odczytanego w naturze międzyludzkich relacji. Oczywiście, treścią tego zapisu można uczynić inne międzyludzkie relacje, nacechowane powinnością działania lub zaprzestania działania, byle miały one na celu dobro samego człowieka (będącego dobrem wspólnym), a sam ich zapis był uczyniony przez odpowiednią władzę prawodawczą i odpowiednio człowiekowi oznajmiony. *Lex* zyskuje swą moc prawną nie dlatego jedynie, że jest przez odpowiednią władzę ustanowiona – gdyż może być to prawo przestępczne, którego słuchać nie wolno – ale dlatego staje się prawem, że dla dobra człowieka (będącego dobrem wspólnym) reguluje międzyludzkie relacje w jakiejś społeczności, która przez swoją zwierzchnią władzę ustala społeczny porządek działania. Każda więc zapisana norma prawną, *lex*, suponuje racjonalny porządek przez siebie stanowiony, dla dobra człowieka (dobra wspólnego), prawowitą władzę społeczną i obwieszczenie tej normy. Brak któregokolwiek z czynników tu wymienionych czyni samą ustawę pustą i niewiączącą. Spośród nich najważniejszy jest sam czynnik motywujący, jakim jest cel prawa w postaci dobra człowieka, będącego dobrem wspólnym, czyli takim dobrem, które przysługuje każdemu człowiekowi dlatego, że jest człowiekiem. Oczywiście takim dobrem jest jego (człowieka) dobro osobowe w postaci rozwoju intelektualnego, rozwoju moralnego i twórczego, poprzez które człowiek spełnia się jako człowiek. W aspekcie tak realizowanego dobra, człowiek nie może być środkiem dla działania, lecz jedynie celem działania.

Prawo więc stanowione, pozytywne, *lex*, dotyczy w swej treści realnych międzyludzkich relacji, które są nacechowane powinnością działania lub też zaprzestania działania ze względu na dobro człowieka. Zatem prawo jako *lex* jest identyczne – w układzie treści – z prawem jako *ius*, a różnica jest jedynie w ich sposobie promulgowania. Prawo naturalne, jako system międzyludzkich relacji, jest czytelne dla każdego człowieka, który tu i teraz działa; natomiast prawo jako *lex* jest sformułowane jednoznacznie jako reguła działania dotycząca realizowania międzyludzkich relacji. Następnie prawo jako *lex* może wprowadzać – dla wspólnego dobra – nowe realne

relacje międzysosobowe, jak to np. ujawnia się w przepisie prawnym regulującym ruch pojazdów na publicznych drogach. Jednak prawo jako norma postępowania traci swą moc wiążącą i jest pseudo-prawem, gdy narusza osobowe dobro człowieka, a które to dobro jest dla ludzi czytelne.

4. POWSZECHNA DEKLARACJA PRAW CZŁOWIEKA JAKO ODCZYTANY PORZĄDEK PRAWNY

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, ogłoszona 10 grudnia 1948 roku w Paryżu, stanowi najogólniejsze, uzgodnione przez Narody Zjednoczone, odczytanie podstawowych międzysosobowych relacji, charakteryzujących się powinnością działania lub zaprzestania działania ze względu na dobro samego człowieka (dobro wspólne). W tym też sensie jest pierwszym sformułowaniem na piśmie norm (*lex!*) stanowiących odczytanie rzeczywistości prawnej (*ius!*) zawsze wśród ludzi istniejącej, na mocy samej ludzkiej natury. Każdy człowiek może te relacje prawne odczytać, jeśli nie będzie się kierował jakimiś aprioryzmami: cywilizacyjnymi, doktryneryskimi bądź emocjonalnymi.

Jest bowiem oczywiste, że systemy cywilizacyjne, o których słusznie pisze w swych pracach Feliks Koneczny, mogą zaciemnić wymowę naturalnych relacji prawnych. Wystarczy sobie uprzytomnić niektóre obyczaje w cywilizacji chińskiej, w której możliwe są działania skierowane przeciwko człowiekowi, zwłaszcza dziewczynkom, którym nie pozwala się żyć, gdy rodzina przekracza limit urodzin. Podobnie sprawa się ma z wielożeństwem w cywilizacjach arabskich czy tybetańskich. W cywilizacji turańskiej prawa człowieka są ograniczane wedle woli zwierzchnika społeczności. Także cywilizacja bizantyjska pretenduje do wydawania praw wedle woli (niekoniecznie rozumu i dobra) zwierzchności. Istnienie różnych cywilizacji na ziemskim globie wpływa w dużej mierze na rozumienie praw człowieka, a niekiedy wiąże się z bezprawiem i społecznym terrorem w tej właśnie dziedzinie. Utrudnia to spontaniczne i naturalne odczytanie praw człowieka jako systemu jurydycznych relacji. I to staje się powodem, by społeczność ludzka posiadała odczytane obiektywne naturalne prawa człowieka, które człowiek wnosi na ziemię wraz ze swym pocześciem i narodzeniem. Posiadanie naturalnych i odczytanych praw człowieka może pomóc człowiekowi żyć godnie i rozwinąć się w swoim człowieczeństwie. Nadto przeżycia ludzkości w ostatnim wieku, wywołane wojny, utworzone obozy pracy i obozy koncentracyjne, będące obozami zagłady, uświadomiły przywódcom ludzkości konieczność zadeklarowania naturalnych praw człowieka, które zawsze człowiekowi przysługują, które nigdy nie wygasły na skutek ich zaniedbań lub ich niezachowania, które nadal i zawsze wszystkich ludzi zobowiązują.

Niezwykła charakterystyczna i dramatyczna w swym wyrazie jest Preambuła Deklaracji Praw Człowieka, przywołująca zasadnicze powody konieczności jej wydania: dla dobra poszczególnego człowieka, dobra całej ludzkości i uniknięcia nieszczęścia podobnych do tych, które miały miejsce w latach uprzedzających wydanie Deklaracji.

Początek Deklaracji brzmi: „Biorąc pod uwagę, że uznanie godności każdego z członków rodziny ludzkiej oraz ich równych i nienaruszalnych praw stanowi fundament wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie [...]. Biorąc pod uwagę, że zapoznanie i wzgarda praw człowieka doprowadziły do czynów barbarzyńskich, wstrząsających sumieniem ludzkości oraz że nadjeździe czas, w którym ludzie, uwolnieni od strachu i nędrzy, będą cieszyli się wolnością słowa i przekonań, zostało uznane za najwyższe pragnienie człowieka, i dla zagwarantowania ochrony praw człowieka przez legalną władzę, by ten nie był zmuszony szukać w buncie ostatecznego ratunku przeciw tyranii i uciskowi [...]”.

Początek Preambuły, odwołując się do człowieczeństwa człowieka, czyli do uznania godności każdego z członków rodziny ludzkiej, stwierdza, że równe i nienaruszalne prawa są własnością człowieka. Fakt niepoznania i zanegowania tych praw w niektórych społecznościach jest wynikiem wadliwości samego poznania ludzkiego. A doprowadziło to do czynów iście barbarzyńskich, wstrząsających sumieniem ludzkości. Istnieją zatem obiektywnie – w rzeczy samej, a więc w człowieku – jego nienaruszalne, zawsze obowiązujące, naturalne prawa. Sam fakt buntów i rewolucji jest dowodem społecznej świadomości naturalnego prawa człowieka. Człowiek przekonany o istnieniu swoich nieprzedawnionych praw i w imię tych przyrodzonych sobie praw może się buntować przeciw prawu pozytywnemu, które już to neguje, już to ogranicza naturalne prawa człowieka.

W dalszym ciągu Preambuły napisano: „Biorąc pod uwagę, że państwa będące członkami Organizacji Narodów Zjednoczonych zobowiązali się zapewnić we współpracy z tą organizacją powszechnie i skuteczne poszanowanie praw człowieka i jego podstawowych wolności [...]. Otóż poszanowanie powszechnie i skuteczne dotyczy tego, co już jest i co jest podstawą ludzkiego działania, będącego ze swojej natury działaniem wolnym. Stąd wolność człowieka jest przejawem jego przyrodzonych praw, które są międzyludzkimi relacjami nacechowanymi powinnością działania (czy zaprzestania działania) w imię dobra człowieka. Ludzkie действие, jako działanie specyficzne ludzkie, jest następstwem wolnego aktu decyzji człowieka. Jeśli nie ma wolności w ludzkim decyzyjnym działaniu, to nie ma sensu mówić o naturalnym prawie, *ius*, do zaistnienia lub zaniechania odpowiednich działań wobec drugiej osoby; ani też nie ma sensu mówić o prawie, *lex*, jako normie, według której człowiek ma działać po ludzku, czyli w wolności decyzji. Nie ma też sensu ustanawianie więzień i całego systemu prawnego. Albowiem nie jest możliwe wy-

mierzanie kary komuś, kto nie jest wolny w swych aktach decyzyjnych. To bowiem akty decyzyjne człowieka, czyli akty ludzkiej wolności, a więc wolności rozumnie wybierającej prawdziwe dobro, stanowią podstawowe prawo, normę kierującą ludzkim działaniem. Człowiek jest najpierw sam dla siebie prawodawcą, gdy – poznając swą naturę zdolną do czytania rzeczywistości i rozeznawania dobra od zła – w sposób nieukonieczniony, czyli wolny, wybiera praktyczny sąd o dobru, które realizuje w swym działaniu. I tu już mieszcza się zasadnicze momenty konstytuujące prawo-normę, albowiem jest nam dane praktyczne poznanie dobra, jest dany możliwy wybór lub odrzucenie tego sądu o dobru i dany jest nakaz-rozporządzenie, by dobro to realizować. A realizowanie dobra jest zawsze realizowaniem go dla ludzkiego dobra, czyli dobra wspólnego.

Wszystko to jednak sugeruje naturę-rzeczywistość człowieka jako bytu realnego, który może odczytać strukturę i wynikające stąd skłonności do działania i dlatego jest zdolny do ustanowienia dla siebie samego prawa, normy postępowania. Człowiek bowiem jako byt wolny jest podmiotem prawa, czyli sam dla siebie musi zaakceptować normę postępowania, która jawi mu się osobiście albo jest dana z zewnątrz. Ale dana od zewnątrz norma prawa, jako norma ludzkiego postępowania, musi być osobiście zaakceptowana – jako swój własny akt decyzyjny, jako właśnie akt ludzkiej wolności. A bez możliwości odczytania rzeczywistości w ogóle zanika możliwość tak wolności, jak i ludzkiego działania akceptującego z zewnątrz normy prawne. Stąd zanegowanie prawa naturalnego jest zanegowaniem całego systemu prawa. W gruncie rzeczy jest zanegowaniem ludzkiej natury, która czyta i poznaje rzeczywistość, rozeznaje dobro od zła, jest zdolna do wyboru dobra, wiążąc je w wyłonionym ludzkim działaniu. Zatem pozytywizm, będący w gruncie rzeczy woluntaryzmem prawnym, upatrujący prawo tylko w samym jego stanowieniu, opiera się na fałszywym obrazie człowieka, który nie jest zdolny odczytać samej rzeczywistości. Dlatego apriorycznie kreuje sensy, które mają rzadzić samą rzeczywistością. Na jakiej podstawie? – zapytajmy.

Deklaracja, siłą rzeczy (mimo iż usiłowano odciąć się od wszelkiej ideologii), na mocy uznania zdroworozsądkowego obrazu człowieka, akceptuje niedwuznacznie naturalne, wrodzone, nigdy nieprzedawnione prawo człowieka. Cała filozoficzna tradycja prawa rozumiała je jako *ius* będące rzeczywistą (istniejącą) relacją interpersonalną, nacechowaną powinnością działania lub zaprzestania działania, ze względu na dobro człowieka. Racją zaistnienia działania jest dobro człowieka, które można odczytać w konkretnych sytuacjach.

5. TREŚĆ POWSZECHNEJ DEKLARACJI PRAW CZŁOWIEKA JAKO „LEX” DOSTOSOWANA DO „IUS”

Starożytność grecka i rzymska uznawała naturalne prawo, o którym (jednak!) w swej treści mówi Deklaracja. Zaś św. Tomasz z Akwinu podał ciągle przekonywające i niebanalne uzasadnienie tego stanu rzeczy. W artykule 2 kwestii 91 *Sumy Teologicznej* stawia pytanie: „Czy jest w nas jakieś prawo naturalne?”. Odpowiada: „Skoro wszystko, co jest poddane Opatrzności Bożej, jest miarkowane i kierowane odwiecznym prawem, to musi być oczywiste, że wszystko w jakieś mierze uczestniczy w prawie odwiecznym, o ile pod jego wpływem byty posiadają inklinacje do właściwych sobie aktów i celów. A wśród innych stworzeń, to właśnie stworzenie rozumne w sposób szczególny podlega Bożej Opatrzności, jako że stanowi ono część tejże Opatrzności, przez to stanowi o sobie i drugich. Dlatego w nim szczególnie wypełnia się uczestniczenie w prawie odwiecznym, dzięki czemu wyraża swe inklinacje do właściwych aktów i celów działania. I takie uczestniczenie w odwiecznym prawie nazywa się prawem naturalnym”.

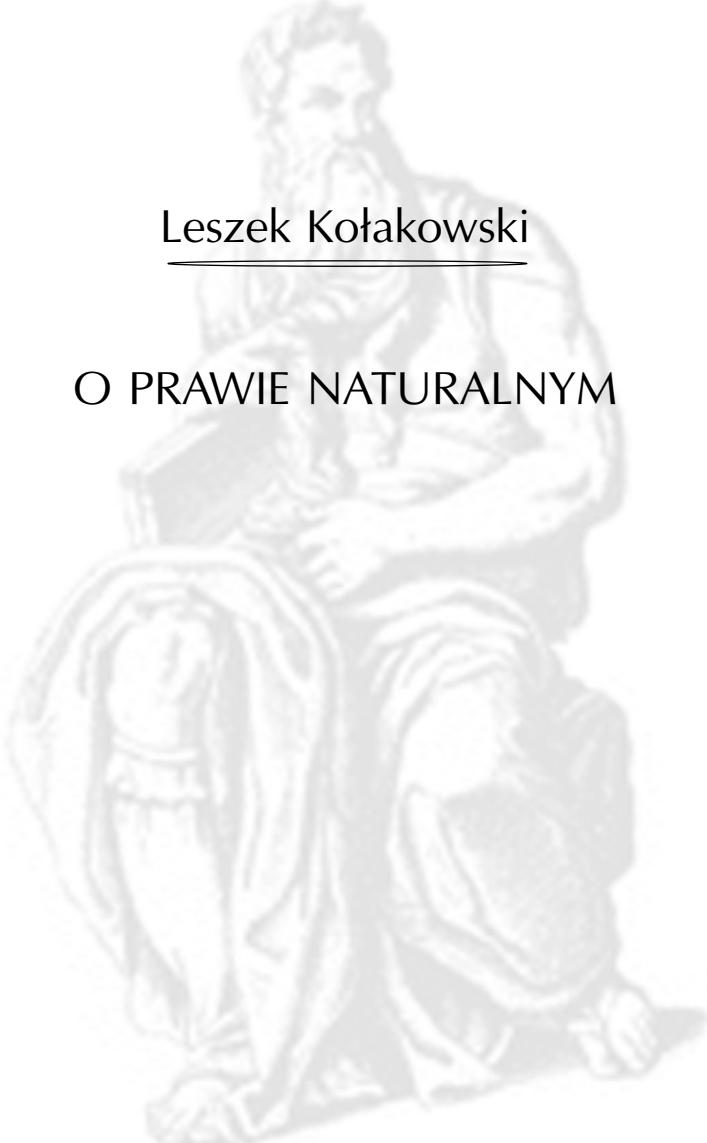
Rozumienie prawa naturalnego jest sprzęgnięte z rozumieniem prawa odwiecznego, jakim jest, zapożyczając określenie św. Augustyna, „porządek Bożej mądrości, wedle której zachodzi ukierunkowanie wszystkich aktów i poruszeń” (*ordo divinae sapientiae secundum quod est directiva omnium actuum et motionum*). Słownem, istnienie Boga jako źródła zaistnienia wszelkiej rzeczywistości, przez wolny akt stwórczy, zawiera w sobie racjonalność-inteligibilność stworzonej natury, zdolnej do istnienia i działania. A wszystko to jest od Boga pochodne i dlatego odwiecznie wyraża porządkującą mądrość Boga. Jak to się dokonuje?

W artykule 2 kwestii 94 swej *Sumy Teologicznej* Akwinata wyjaśnia realizowanie prawa naturalnego w człowieku: „Jak bytem jest to, co najpierw zasadniczo podpada ujęciu poznawczemu, tak dobro jest tym, co najpierw zasadniczo jest ujmowane w praktycznym rozumnym (poznaniu) przyporządkowanym działaniu. Każdy bowiem, kto działa, działa dla celu, który posiada charakter dobra. Dlatego też pierwszą zasadą w porządku rozumu praktycznego jest ta, którą na dobru opieramy, że dobro jest tym, czego wszystko pożąda. Jest to pierwszy nakaz prawa, że dobro należy czynić i o nie zabiegać, a zła unikać. I na tym opierają się wszelkie nakazy prawa naturalnego: aby to wszystko czynić lub tego unikać, co rozum praktyczny ujmuje naturalnie jako dobro. Skoro posiada w sobie charakter celu, a zło jest temu przeciwnie, stąd wszystko to, ku czemu skłania się człowiek w swych naturalnych inklinacjach, rozum ujmuje jako dobro, i w konsekwencji, jako mające być działane, a temu przeciwnie jest zło, którego trzeba unikać. Zatem według porządku naturalnych inklinacji jest porządek nakazów prawa natury. Istnieje bowiem w człowie-

ku inklinacja do dobra, wspólna wszystkim substancjom, o ile każda z substancji zmierza do zachowania swego istnienia naturalnego. I zgodnie z tą inklinacją, do naturalnego prawa należy to, by dbać o wszystko, co służy zachowaniu ludzkiego życia i przeciwdziała jego utracie. Następnie jest w człowieku inklinacja, bardziej wyspecjalizowana, wspólna wszystkim istotom żyjącym. I zgodnie z nią mówi się, że do naturalnego prawa należy to, o czym natura poucza wszystkie istoty żyjące, a tym jest związek pierwiastka męskiego i żeńskiego, wychowanie dzieci i tym podobne. W trzecim sensie, jest w człowieku inklinacja do dobra zgodnie z naturą rozumu, właściwą dla człowieka. A zgodnie z tą inklinacją, człowiek posiada naturalne pragnienie, aby poznać prawdę o Bogu i aby żyć w społeczności. Dlatego do prawa naturalnego należy to, na co wskazuje taka racjonalna inklinacja, jak np. by człowiek unikał niewiedzy, by nie obrażał tych, z którymi obcuje i inne tym podobne sprawy”.

Ten tekst, kluczowy dla rozumienia prawa naturalnego, wskazuje na stany rzeczywiste, racjonalne i czytelne dla człowieka, który ma działać po ludzku. I jego treść jest domniemana w Powszechniej Deklaracji Praw Człowieka, w której można jasno dostrzec jej trzy zasadnicze części: 1) poszanowanie integralności życia ludzkiego (art. 1–15); 2) poszanowanie życia w rodzinie (art. 16–17); 3) poszanowanie społecznej strony życia, w postaci jego osobowego rozwoju (art. 18–30).

Po raz pierwszy w dziejach ludzkości społeczność, czytając realny porządek prawny, zadeklarowała, że tak odczytane prawo, *ius*, jest powszechnie, nieutracalne, zawsze obowiązujące i dlatego wszelkie ustawodawcze normy państwowo-prawne, *lex*, mają być dostosowane do treści odczytyanych praw ludzkich.



Leszek Kołakowski

O PRAWIE NATURALNYM



LESZEK KOŁAKOWSKI

Do 1968 roku profesor Uniwersytetu Warszawskiego. Po wyjeździe z Polski wykładał w Yale, Berkeley, Chicago i Oksfordzie. Wydał m.in. prace: *Świadomość religijna i więź kościołna*, *Obecność mitu*, *Główne nurty marksizmu*, *Czy diabeł może być zauważony*, *Horror Metafizicus. Jeśli Boga nie ma*, *Miniwykłady o maxisprawach*.



WPROWADZENIE

Prawomocność reguł, które pozwalają odróżnić dobro od zła, stanowi podstawę wyróżnienia norm moralnych. Człowiek może te reguły naruszyć, ale nie może ich unieważnić. Obowiązują go bowiem bez względu na to, czy w stwarzanym przez nie porządku człowiek uczestniczy przez świadome postuszeństwo bądź zgodną bierność. Zbiorem tych reguł, wpisanych w istotę człowieczeństwa, jest prawo naturalne. Są one podyktowane przez uniwersalne nakazy Rozumu, według innych – wpisane w umysły ludzkie przez Boga.

Zdaniem Kołakowskiego prawo naturalne jest niezależne od konwencji, obyczajów i ustaw; jest miarą oceny prawa stanowionego. Nie może być bowiem tak, aby za prawomocne i nadzędne uznać wartości sprzeczne z ideą praw człowieka lub zanegować istnienie uniwersalnej sprawiedliwości.

Autor przyznaje, że niestety to, co intuicja moralna każe uznać za oczywiste dobro, nie jest podstawą istniejących systemów prawnych. Jednak właśnie w intuicji moralnej tkwi siła pozwalająca stopniowo upowszechniać reguły prawa naturalnego.

Tematem moim nie jest konstytucja, lecz sprawa, by tak rzec, metafizyczna albo może wręcz teologiczna, do której medytacja nad konstytucją jako taką, każdą konstytucją, prowadzić może, mianowicie prawo naturalne.

Ma to być prawo, którego my nie ustanawiamy, lecz które zastajemy gotowe, niezależnie od naszych konwencji, obyczajów i ustaw, a które daje nam naczelne reguły normatywne; do tych reguł konstytucje i kodeksy nasze mają się odwoływać i do nich stosować, jeśli zasługują na to, by je sprawiedliwymi nazwać.

Krytyka prawa naturalnego od wieków była wielokroć wypowiadana w różnych idiomach teoretycznych i o wiele łatwiej ją powtórzyć, niż sformułować same zasady prawa naturalnego. Gdzież znaleźć to prawo naturalne, pyta krytyk. Nie można go przecież wydedukować (jak Locke sugerował) z tego, co jest wspólne czy jest choćby milcząca podstawą wszelkiego prawodawstwa. Nie ma takiego uniwersalnego jądra wszystkich systemów prawnych i nie są powszechnie uznane takie reguły, które wielu z nas wydawać się mogą intuicyjnie oczywiste, jak na przykład zasada, iż wolno karać tych, którzy przestępstwo popełnili, nie zaś innych, że nie może być sprawiedliwie, by – według starej anegdoty – ślusarz zawinił, a kowala powieszono; w Kodeksie Hammurabiego można

było prawomocnie uśmiercać za karę osoby, które do przestępstwa wcale się nie przyczyniły. Podobnie w stalinowskim kodeksie karnym powiedziane było wyraźnie, że w wypadku pewnych przestępstw politycznych karane są nie tylko osoby, które wiedziały o przestępstwie, a nie doniosły, ale również inne osoby z rodziny czy mieszkania przestępcy, a więc – całkiem *explicite* – takie, co o przestępstwie nic nie wiedziały (wiemy, że w łagach siedziały i umierały niezliczone tysiące kobiet określanych skrótem „żir”: żona zdrajcy ojczynny; tak było w prawie, praktyka była stokroć gorsza). Nie jest wcale powszechnie przyjęta taka, również intuicyjnie oczywista reguła, zgodnie z którą obowiązkiem każdego jest uczynić to, co uczynić obiecał (zasada dotrzymywania przyczeczeń może chyba uchodzić za zwierzchni paradygmat prawa cywilnego) ani zasada, iż prawo nie działa wstecz. O takich sprawach, jak równość ludzi wobec prawa, swoboda religijna i swoboda słowa nie warto w tym kontekście wspominać, jako że są to reguły dość nowe i nie dała nam ich nawet w pełni Konstytucja 3 maja, choć poczyniła w tym kierunku znaczny postęp i choć ją zaświadczenie chwalimy.

Nawet gdyby – może powiedzieć sceptyk – istniały i zostały wykryte takie normy, które są obecne we wszystkich znanych konstytucjach i kodeksach, to byłoby to nie więcej niż ustalenie pewnego faktu historycznego i wcale nie można by stąd wnosić, że te normy są „same w sobie” słuszne, sprawiedliwe czy prawdziwe. Wiadomo, że zgoda powszechna, kiedy nie może uchodzić za kryterium prawdy, nie może też być kryterium słuszności normy jakiejkolwiek. A przecież pytając o prawo naturalne, nie pytamy o to, czy i kiedy jakieś normy moralne czy prawne były faktycznie uznane (choćby wszędzie), ale o to, jakie są rzeczywiście prawomocne i jak można to ustalić.

Przypuśćmy, że zajdzie kiedyś sensacyjne wydarzenie, że archeologowie odkryją Arkę Przymierza, a w niej kamienne tablice, na których Mojżesz dziesięcioro przykazań zapisał; nadal nie moglibyśmy udowodnić, że jest to tekst prawdziwie przez Pana Boga podkutowany i z tego tytułu na pewno prawomocny.

Czyżbyśmy więc, po tej krytyce, musieli pogodzić się z mniemaniem, które było wypowiadane od czasu niektórych sofistów z Platona znanych aż do Hobbesa i późniejszych pisarzy, a według którego prawomocne, a więc sprawiedliwe jest to, co prawodawca ustala, że nie ma żadnego innego prawa aniżeli pozytywne? Mniemanie to można wypowiadać z różnym stopniem konsekwencji. Można na przykład orzec, że istotnie sprawiedliwe jest każde prawo, które ustalił suweren, że sprawiedliwe są więc zarówno ustawy norymberskie Hitlera, jak Stalinowskie kodeksy, ale także konstytucja amerykańska. Zmusza to jednak do niewygodnej konkluzji, iż sprzeczne wzajem normy mogą być równie sprawiedliwe. Zazwyczaj więc zwolennicy tego mniemania mówią, że pojęcie sprawiedliwości po

prostu sensu uchwytnego nie ma, jeśli sugeruje miarę zwierzchnią, do której można prawodawstwo istniejące przymierzyć; gdyby zaś pojęcie to miało oznaczać nic innego aniżeli prawo pozytywne, byłoby mylące i zbyt teczne.

Krytyk, który gardzi ideą prawa naturalnego jako konstruktem mitologicznym niedającym się odnaleźć w świecie, może jednak odeprzeć zarzut, iż wedle niego ustawy norymberskie i Konstytucja Amerykańska są, jeśli już słowo „sprawiedliwość” pominąć, równie dobre, bo ustalone jako prawo kraju. „Nic mnie nie zmusza do takiego wniosku” – powie – „przeciwnie, dałbym dowód ubóstwa umysłowego, gdybym tak mniemał, mniemałbym bowiem, że wolno mi sprzeczne wzajem sądy wypowiadać, a tak byłoby przy założeniu, że ta własność «bycia dobrym» (czy «bycia sprawiedliwym») jest pewną cechą, która faktycznie, niezależnie od moich czy czychkolwiek sądów, przysługuje zarówno ustawom norymberskim, jak konstytucji amerykańskiej. Nie ma jednak sprzeczności, jeśli powiem, że mówiąc, iż coś jest dobre albo złe, daję wyraz swoim odczuciom moralnym, które dzielę z wieloma innymi”.

Tak to krytyk mówiąc, że ustawy norymberskie są złe, a Konstytucja Amerykańska dobra, przyznaje, że nie mówi, ściśle biorąc, o tych ustawach albo o tej konstytucji, ale o sobie samym albo o ludziach, którzy tę samą ocenę dzielą. Czy taki wniosek, który musi zdawać się wielu ludziom trudny do strawienia, wynika z rzeczy samej z odrzucenia prawa naturalnego? Chyba tak. Krytyk może wprawdzie argumentować, że Konstytucja Amerykańska, która w preambule powiada, że ma służyć sprawiedliwości, pokojowi kraju, dobrobytowi i wolności, w tekście właściwym wykłada szczegóły systemu przedstawicielskiego, a w dopełnieniach ustala wolność religijną, wolność słowa, nielegalność niewolnictwa, jest dobra, bo przecież niepodobna zaprzeczyć, że pokój jest lepszy niż wojna, wolność lepsza niż niewolnictwo itd. „Nic podobnego” – odpowie mu jego krytyk – „niewolnictwo uchodziło przez wieki za część naturalnego urządzienia świata, również w Stanach Zjednoczonych pod panowaniem tejże Konstytucji, aż do uchwalenia poprawki XIII z 1865 roku. Wojna także była wielokroć chwalona i też uchodziła za część przyrodzonego porządku świata. Wolność religijna w świecie chrześcijańskim jest świeżą nowinką, bynajmniej nie przez wszystkich jeszcze dziś uznaną”. Wszystko to są konwencje przyjęte w pewnych epokach, a nie w innych. Nie ma jednakowoż żadnego dowodu, by te konwencje, do których wolno nam się przyłączać, odzwierciedlały jakiś ład bytu, normatywnie określony, jakiś ład w naturze rzeczy już założony i odkryć się dający.

Zgodnie z tą argumentacją, jeśli ktoś odmawia uznania, że wolność jest lepsza niż niewolnictwo, a pokój lepszy niż wojna, że tortury są złem, że ludzie są równi w pewnym podstawowym sensie – mianowicie w godności swojej – nie ma sposobu, by go przekonać. Nie można, na przy-

kład, ganić władców Chin komunistycznych z tej racji, że odrzucają ideę praw człowieka, powiadając, że jest to doktryna burżuazyjna albo specyficznie europejska; w rzeczy samej powiedzenie, że pewne normatywne idee są prawomocne, nie ma sensu bez wyjaśnienia „dla kogo?”; są prawomocne dla pewnej epoki, pewnej cywilizacji, pewnego środowiska społecznego, czyli akceptowane w tej cywilizacji czy w tym środowisku – co jest, rzecz jasna, empirycznym twierdzeniem bez żadnej zawartości normatywnej; powiedzenie, że są prawomocne same w sobie, bez restrykcji, jest w świetle tej krytyki fantazją mitologiczną.

Ci, co wierzą w prawo naturalne, byli ponadto wielokroć oskarżani (m.in. przez J. S. Milla) o to, co filozofia analityczna zwie błędem naturalistycznym, to znaczy już to próbą – niewykonalną – dedukowania wypowiedzi normatywnych z empirycznych, już to konfuzją tych dwóch porządków. Zgodnie z tą krytyką, wyznawcy wiary w prawo naturalne nie odróżniają prawa w sensie przyrodzonych regularności świata (jak prawa Newtona) od prawa w sensie normy obowiązującej według pewnego jurystycznego porządku. Zarzut ten może być zasadny w stosunku do niektórych wersji teorii prawa naturalnego, ale nie do wszystkich. Tomasz z Akwinu twierdził, że wszystkie rzeczy w świecie uczestniczą w porządku wiecznym przez Boga nadanym, ludzie jednak, jako istoty rozumem obdarzone, uczestniczą w nim przez posłuszeństwo świadome. Bóg wpisał reguły prawa naturalnego, odróżnienie zła i dobra w umysły ludzkie, tak iż wszyscy, również poganie, są uczestnikami tej wiedzy. Jasne jest jednak, że „uczestnictwo” w obu porządkach nie znaczy tego samego. Wszystkie rzeczy na świecie podlegają prawu grawitacji, również ludzie; nie mogą też oni tych praw unieważnić ani pogwałcić. Jeśli jednak „uczestniczą” w przykazaniach dekalogu, to w tym sensie, że przykazania te ich obowiązują, że ludzie nie mogą ich unieważnić, mogą je natomiast pogwałcić.

Brak wyraźnego odróżnienia tych dwóch rodzajów „uczestnictwa” może być podejrzany o błąd naturalistyczny. Nie musi natomiast być tym samym błędem obciążone twierdzenie, że od Boga pochodzące odróżnienie zła i dobra jest prawomocne, to znaczy, że mówiąc, iż coś jest dobre lub złe mówimy jak **naprawdę jest**, chociaż w uczynkach kierowanych wolną wolą jest w naszej mocy tego odróżnienia nie uznać. Chodzi o to, że reguły dobra i zła są tak samo prawomocne jak prawa chemii, gdyż źródłem ich jest nakaz boski, w Bogu zaś, który jest absolutną jednością, nie ma różnicy między prawdą, która jest cechą opisu regularności naturalnych, a prawdą zawartą w słowach Boga o tym, co dobre i złe. Jedno i drugie jest prawdą, nie zważając na podstawową różnicę między sposobem naszego uczestniczenia w prawach natury i prawach moralnych. Jedne i drugie prawa są boskiego pochodzenia, przy czym jednak nie są one wynikiem arbitralnego dekretu, który równie dobrze mógłby być inny, są zaś owocem nieskończonej mądrości boskiej. Nie

byłoby więc słuszne stwierdzenie, że treść boskich nakazów jest dowolnym kaprysem Stwórcy ani że Stwórca podlega jakiejś obcej, niezależnej od niego legislacji, której nie ma mocy unieważnić, że pewne reguły zastaje po prostu jako rzeczą gotową; pierwsze przypuszczenie prowadziłoby do kwestionowania mądrości Boga, drugie do kwestionowania jego wszechmocy, jego stanowiska jako jedynego i ostatecznego źródła energii twórczej. Mniemanie późniejszych nominalistów i niektórych myślicieli nowożytnych, że Bóg wszystkie prawdy w sposób dowolny dekretuje i że gdyby chciał, mógłby był sprawić, że 2 i 2 jest 7, że sądy sprzeczne mogą być zarazem prawdziwe albo że jest cnotliwym uczynkiem zamordowanie własnych rodziców i że przypuszczać inaczej, to kwestionować boską omnipotencję, jest błędne z punktu widzenia tomistycznego; jest błędne, bo w Bogu nie ma różnic między wolą i intelektem, nie można mu przypisywać odróżnień, które zachodzą w ludzkim bycie, bo chociaż nie potrafimy boskiego bytu prawdziwie zrozumieć, możemy *a priori* wiedzieć, co musi być prawdą o bycie absolutnym.

W kategoriach tomistycznych oczywiste jest, że obecność prawa naturalnego zakłada byt boski. Czy jednak jest to konieczny związek logiczny, czy możliwa jest wiara w prawo naturalne niezależne logicznie od wiary w Boga? Wydaje się, że jest to możliwe i że m.in. nowożytnie teorie prawa naturalnego – Grotiusa czy Puffendorfa – tę logiczną niezależność utwierdzają. Grotius uważa, że są takie nakazy, które Bóg nam objawił i których nie znalibyśmy bez objawienia, do których nie doszlibyśmy własnym rozumem. Jest to prawo pozytywne boskie, które sprawia, że pewne uczynki są nakazane lub zakazane. Istnieją jednak ponadto nakazy rozumu, które pozwalają nam rozpoznać zło i dobro we wszystkich ludzkich postępках zależnie od ich zgodności lub niezgodności z naturą ludzką. Prawo to nie jest zależne od boskich dekretów i sam Bóg nie mógłby go zmienić, podobnie jak nie mógłby unieważnić zasad arytmetyki. Prawo naturalne jest sprawą czysto ludzką (do zwierząt pojęcie sprawiedliwości się nie stosuje), ale nie jest ani dowolną konwencją przez ludzi wymyśloną, ani dowolnym nakazem Stwórcy, lecz zbiorem reguł, które, by tak rzec (choć Grotius tymi słowy tego nie wypowiada), zawarte są w samej bytowej pozycji człowieczeństwa, w godności człowieka; bez znajomości tych reguł nie bylibyśmy ludźmi. Widać przeto, że w granicach takiej teorii prawo naturalne jest obecne w świecie, ale nie zakłada obecności osobowego Boga-prawodawcy. Zakłada jednakowoż pewną wiarę metafizyczną, którą widzimy u starożytnych stoików, w Rozum, który światem włada, którego naturę jest w mocy naszej odkryć i który zarówno prawdę i fałsz, jak dobro i зло pozwala nam rozpoznać. Zgodnie z najpowszechniejszą, chociaż nie bezwyjątkową teorią chrześcijańskiego średniowiecza, znajomość prawa naturalnego jest nam dostępna niezależnie od objawienia, gdyż Stwórca obdarzył nas umiejętnościami

intelektualnymi, które są do tego niezbędne, ale i wystarczające; pod tym względem naturalna wiedza o świecie nie różni się od naturalnej wiedzy o zasadach moralnych. Ciceron też wielokrotnie wyjaśnia, że zasady prawa, które służą temu, byśmy sobie wzajemnie pomagali, nie krzywdzili nikogo, okazywali wdzięczność za dobrodziejstwa doznane itd., nie przez ludzi zostały stworzone, lecz przez naturę, że są to zasady odwieczne i że mimo zła, jakie ludzie czynią i zepsucia, które nieraz siłę rozumu w nas tłumią, wiemy przecież, co dobre i złe.

Wiara w prawo naturalne była też rozpowszechniona wśród pisarzy oświecenia, chociaż rozmaicie artykułowań: dość porównać Monteskiusa i Kanta. Kant twierdził, że naszą powinnością jest czynić dobro dlatego, że jest dobrem, nie zaś dlatego, że Bóg nam tak każe, gdy bowiem czynimy coś z rozkazu, nie jesteśmy prawdziwie istotami wolnymi i rozumnymi; potrafimy zaś dociec, jakie fundamentalne nakazy moralne nas wiążą, bo jesteśmy uczestnikami uniwersalnego Rozumu, który nie powstał na rozkaz boski, ale po prostu jest, **niezniszczalny i wieczny**. Prawo naturalne, jak dowiadujemy się od wielu pisarzy, zarówno chrześcijańskich, jak oświeceniowych, daje nam też miarę dla osądzenia prawa pozytywnego. Nie mamy obowiązku posłuszeństwa względem prawa stanowionego, jeśli jest sprzeczne z naturalnym. Wolno nam, a nawet zobowiązani jesteśmy takie prawo odrzucać i gwałcić.

Oto więc pytanie główne tego wywodu: czy mając w pamięci sceptyczne i krytyczne napaści na prawo naturalne, wolno nam w nie wierzyć? Moja odpowiedź brzmi: tak, nie tylko wolno nam w prawo naturalne wierzyć, ale bez tej wiary ruinujemy nasze człowieczeństwo. Mamy prawo wierzyć, że zło i dobro są **realnymi jakościами** ludzkiego życia, ludzkich uczynków, pragnień i myśli, związków między ludźmi, ich wzajemnych konfliktów i przyjaźni, nie zaś swobodnymi projekcjami naszych upodobań, emocji czy postanowień. A jeśli powie ktoś: „Możemy udowodnić, jaka jest przedkość światła i jaki jest skład chemiczny alkoholu etylowego, ale nie możemy w tym samym sensie udowodnić, że tortura jest zła, a wspieranie bezdomnych dobre”, wolno nam odrzec: „Nie, nie można tych sądów moralnych udowodnić w tym samym sensie, co praw fizyki i chemii, ale dlaczego właściwie dowody uznane w dzisiejszych naukach eksperymentalnych mają być wyłącznym i absolutnym wzorem dla wszystkich naszych sądów?”. Nic nas nie zmusza do mniemania, głoszonego przez empiryzm logiczny, iż sens przysługuje wyłącznie sądom, które są empirycznie sprawdzalne (albo może falsyfikowalne). Zasady empiryzmu – powtórzę to, o czym wielu pisało, również ja sam – nie są same sądami empirycznymi. Są to normy, nakazy, o których rację wolno nam pytać i w których nie ma nic oczywistego; empiryzm nie jest teorią empiryczną. Ogromne zasoby naszej wiedzy mają za niezbędną podstawę intuicję doświadczenia i nie są przez to dyskwalifikowane jako fig-

menty wyobraźni. Dlaczegoż intuicja doświadczenia moralnego miałyby pójść na odstrzał, jeśli tak wolno powiedzieć. Tak, jest intuicja moralna, dzięki której prawdy moralne dają się rozpoznać, podobnie jak jest intuicja doświadczenia zmysłowego, a także intuicja matematyczna i logiczna, a te trzy rodzaje intuicji nie są do siebie wzajem sprowadzalne, działają osobno. Intuicja moralna jest także doświadczeniem, chociaż innym aniżeli percepcja zmysłowa (i tak samo nie jest nieomylna).

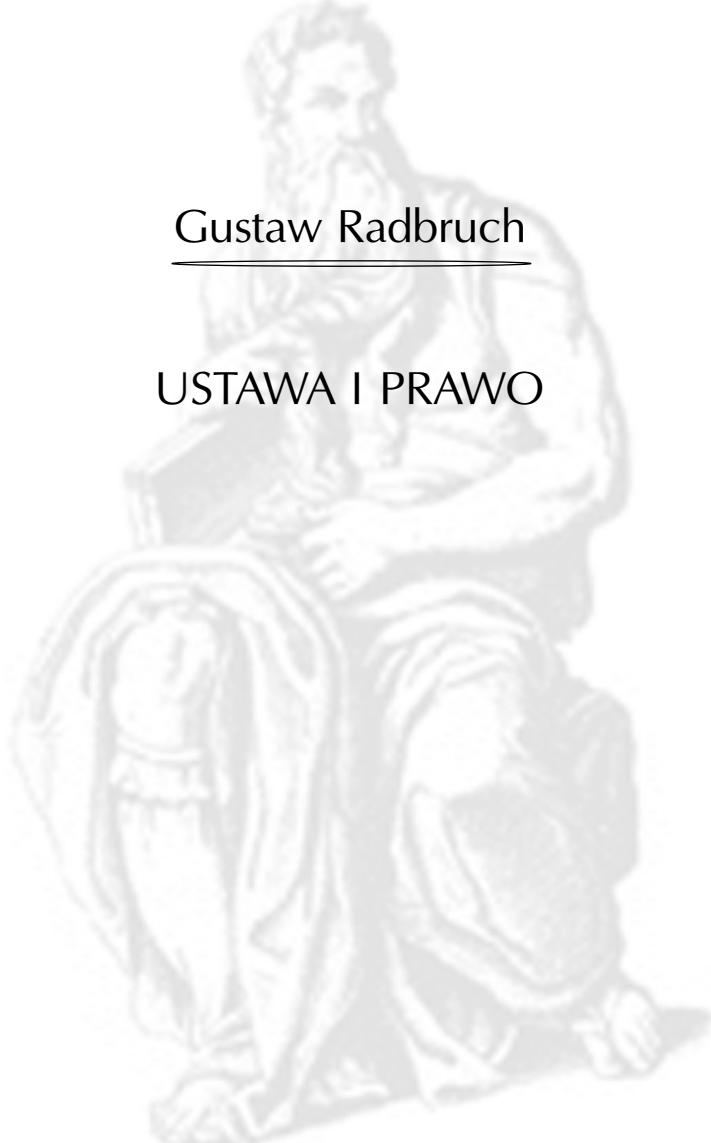
Okoliczność zaś, że wyniki tej intuicji nie są koniecznie identyczne u wszystkich, zawsze i wszędzie, a także, że trzeba było wieków nim ludzie uznali zło i dobro różnych swoich uczynków i urządzeń, a więc uznali, że tortury są bezwzględnie złe, a równość wobec prawa – dobra, nie podważa wiary w prawo naturalne. Wiele ustaleń nauk empirycznych czekało długie wieki, nim się spostrzeżono, że potoczna intuicja błędzi: błędem jest najoczywitszy fakt percepcyjny, iż Słońce krąży wokół Ziemi albo że siła jest niezbędna dla spowodowania każdego ruchu, albo że równocześnie zdarzeń jest absolutna. Dlaczegoż nie mielibyśmy przypuścić, że ludzkość stopniowo dorasta do zrozumienia i powszechniej akceptacji pewnych praw moralnych i reguł prawa i że stopniowo otwierają się przed nami zasady i normy prawa naturalnego, chociaż, zauważmy, od czasów starożytnych byli ludzie, którzy te zasady i normy z pełnym przekonaniem głosili, nie zdobywając wszakże powszechnego uznania. Nie mamy racji dla nihilistycznej wiary, że z punktu widzenia reguł naszego poznania wszystkie normy, nawzajem sprzeczne, jakie ludzie kiedykolwiek uznawali i praktykowali, są równe bezzasadne, czyli równe zasadne, tj. wszystkie mają zasadność zerową. Powtarzam: obecność Boga nie jest konieczną przesłanką wszelkiej wiary w prawo naturalne, potrzebna jest jednak wiara, że istnieje coś, co można nazwać konstytucją moralnego bytu, obok konstytucji fizycznej, że ta konstytucja moralna zbiega się z rządami Rozumu w świecie. Całe зло świata i cała czynna w nim głupota nie przekreślają wiary w prawo naturalne; podobnie wiara, która kieruje naszym poznaniem w pozostałych dwóch dziedzinach intuicji, percepcyjnej i matematycznej, wymaga pewnych założeń niedowodliwych i najczęściej wcale nie wypowiadanych *explicite*, a jednak nieodzownych dla wiedzy dzięki tym intuicjom zdobytej. Życie nasze jako istot rozumnych biegnie w przestrzeni, której budowa zależy od różnych nie empirycznych, a fundamentalnych instancji odwoławczych, wśród nich prawdy i dobra. O tym, że prawo naturalne bynajmniej nie znaczy prawo powszechnie czy prawie powszechnie przestrzegane, wiedzieli dobrze Seneka i Ciceron, Gracjan i Suarez, Grotius i Kant; ta wiedza z potocznego doświadczenia nie naruszała jednak ich wiary, że reguły prawa naturalnego są prawomocne, bez względu na to, jak pospolicie byłyby gwałcone.

Z prawa naturalnego nie możemy oczywiście wydedukować żadnej szczegółowo określonej konstytucji, żadnego kodeksu cywilnego czy kar-

nego. Nie wynika z prawa naturalnego, na przykład, czy dopuszczalna jest kara śmierci albo eutanazja dobrowolna, nie wynika też, czy lepsza jest ordynacja wyborcza większościowa czy proporcjonalna, czy monarchia jest godna zalecenia i czy prawo własności powinno mieć pierwszeństwo przed wszystkimi innymi wartościami w wypadku konfliktu lub w jakim stopniu cenzura obyczajowa jest uzasadniona. Prawo naturalne ustanawia jednakże bariery, które prawo pozytywne ograniczają i nie dopuszczają, by realne prawodawstwo legalizowało zamachy na niezbywalną godność, jakiej każda istota ludzka jest nosicielem. Prawo naturalne buduje się wokół godności jednostki. Sprawia więc, że nieważne jest prawodawstwo, które dopuszcza, na przykład, niewolnictwo, nierówność ludzi wobec prawa, przymus wyznawania jakiejś religii lub niewyznawania żadnej, tortury, obowiązek składania donosów w sprawach nieprawomyślności politycznej i cenzurę polityczną. Różne konstytucje i kodeksy są w tych granicach możliwe i prawo naturalne nie przesądza ich szczegółów. Bariery, o które tu chodzi, są wprawdzie w prawodawstwie krajów cywilizowanych na ogólny dzisiaj uznane, pamiętać jednak wypada, że są one dość młode, że bynajmniej nie wszędzie w świecie obowiązują i że również w wielu miejscach, gdzie są w konstytucjach zapisane, pozostają bezsilnym frazesem. Powinno więc prawo naturalne siedzieć, jak nieustępliwy demon, na karku wszystkich prawodawców świata.



PRZEDRUKI



Gustaw Radbruch

USTAWA I PRAWO

Tłumaczenie: Jerzy Zajadło
 Źródło: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie III* [w] *Gesamtausgabe*,
 opr. W. Hassemer, Heidelberg 1990, s. 96–100.



GUSTAW RADBRUCH

Żył w latach 1878–1949. Przedstawiciel tzw. neokantyzmu heidelbergskiego. Od 1914 roku profesor nadzwyczajny Uniwersytetu w Królewcu. W latach 1920–1924 poseł do Reichstagu. Trzykrotny minister sprawiedliwości Republiki Weimarskiej. W 1925 roku powrócił do nauki jako profesor Uniwersytetu w Heidelbergu. W 1933 roku jeden z pierwszych zwolnionych profesorów w Niemczech. W latach 1935–1936 wykładowca w Anglii. Od 1945 roku dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Heidelbergu i profesor filozofii prawa na tym uniwersytecie. Opublikował m.in. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, *Rechtsphilosophie*.



WPROWADZENIE

Prezentowany poniżej artykuł Gustawa Radbrucha ukazał się pierwotnie w styczniu 1947 r. w *Stuttgarter Rundschau*. Współcześnie wydano go wraz z objaśniami [w:] G. Radbruch, *Gesamtausgabe; Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990, oprac. W. Hassemer, s. 96–100. Niniejsze tłumaczenie opiera się na tym ostatnim wydaniu – przypisy w tekście bazują częściowo na uwagach edytora Winfrieda Hassemera, a częściowo na własnych uwagach tłumacza. W tłumaczeniu zachowano kursywą i cudzostwowy występujące w oryginale.

Artykuł *Gesetz und Recht* należy – obok *m.in. Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, *Erneuerung des Recht*, a zwłaszcza *Gesetzliches Unrecht* und *übergesetzliches Recht* – do serii niewielkich opracowań napisanych przez Radbrucha po zakończeniu wojny. Ich głównym celem była z jednej strony pełna emocjonalnego zaangażowania krytyka perwersji państwa i prawa w okresie narodowego socjalizmu, z drugiej zaś – postawienie szeregu problemów teoretycznych i praktycznych związanych z prawnorodzą odpowiedzialnością zbrodniarzy nazistowskich. W artykule *Gesetz und Recht* Radbruch kontynuuje swoją wcześniej sformułowaną koncepcję ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa oraz oskarżenie pod adresem pozytywizmu prawniczego. Powojenna myśl Radbrucha wywarła wpływ na rozwiązania przyjęte w *Ustawie Zasadniczej Niemiec* z 1949 r. Widać to zwłaszcza w przepisie art. 20 ust. 3, w którym wyraźnie odróżniono od siebie pojęcia ustawy (*Gesetz*) i prawa (*Recht*).

Historyczne trzęsienie ziemi, które obecnie przeżywamy, przewraca gwałtownie nie tylko powierzchniowe warstwy, ujawnia także do tejczas ukryte, niewzruszone pokłady.

„Ustawa i prawo” – wierzyliśmy, że w tym sformułowaniu w dwóch słowach wyrażamy to samo. Każda ustawa była dla nas prawem i każde prawo ustawą; nauka prawa oznaczała tylko wykładnię ustawy, a orzecznictwo – wyłącznie stosowanie ustawy. Nazywaliśmy się pozytywistami i pozytywizm utożsamiający ustawę z prawem jest wspólny udział niemieckiej nauki prawa w tworzeniu stanu prawnego lat narodowego socjalizmu.

Pozytywizm uczynił nas o tyle bezbronnymi wobec bezprawia, o ile przykładał wagę tylko do formy ustawy. Musieliśmy zrozumieć, że istnieje

bezprawie w formie ustawy – „ustawowe bezprawie”¹ – i że jedynie miarą prawa ponadustawowego możemy określić, czym jest prawo, bez względu na to, czy to prawo ponad wszelkimi ustawami nazwiemy prawem natury, prawem boskim czy prawem rozumu. Także to prawo ponadustawowe może przybrać formę ustawy. Jej cechą charakterystyczną jest, w normalnych warunkach zakazane, wsteczne działanie. W takich przypadkach niemieckie prawo nie jest skutkiem, lecz podstawą ustawy: ustanawia okresła tutaj tylko to, co już wcześniej było prawem. Taki charakter ma ustanawa nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli w sprawie „ukarania osób odpowiedzialnych za zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie przeciwko ludzkości” oraz dwie bliźniacze ustawy niemieckie przyjęte w landach strefy amerykańskiej: „o ukaraniu narodowosocjalistycznych czynów karnych” oraz „o naprawieniu narodowosocjalistycznego bezprawia w zakresie karnego wymiaru sprawiedliwości”². Także tam, gdzie tego typu ustawy nie zostały wyraźnie wydane, obowiązują ich istotne postanowienia jako prawo ponadustawowe. Jeśli wskazujemy na cały szereg przykładów z orzecznictwa świadczących o przebijaniu się prawa ponadustawowego przez skorupę pozytywizmu, to będziemy musieli podawać związane z tym przypadki, w których orzeczenia są oparte na wstecznie działających ustawach.

To podwójne uzasadnienie występuje już w dwóch orzeczeniach dotyczących *konfiskaty majątków żydowskich*. W wyroku Sądu Rejonowego w Wiesbaden stwierdza się: „Ustawy, które wprowadzały przepadek własności Żydów na rzecz państwa, są sprzeczne z prawem natury i były nieważne już w momencie ich wydania”³. W orzeczeniu Wyższego Sądu Krajowego we Freiburgu uznano konfiskatę majątków żydowskich w 1940 r. przez organy państwa za zbrodnię przeciwko ludzkości w rozumieniu ustawy nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli.

Większy sprzeciw niż te orzeczenia wywoła wyrokowanie w *sprawach deserterów*. Zapewne: po prawnym określeniu wojny napastniczej jako przestępstwa międzynarodowego, deserter, który wycofał się z tej wojny, nie może być dalej uznawany za działającego bezprawnie i podlegającego karze. Jeśli w Saksonii nie ukarano desertera, który zastrzelił próbującego go zatrzymać strażnika, nie tylko za dezercję, lecz także za zabójstwo, to takie rozstrzygnięcie spotkało się z przeważającym sprzeciwem – jednakże można go bronić wobec takiego zasadniczego ujęcia wojny z punktu

¹ Konsepcję ustawowego bezprawia (*gesetzliches Unrecht*) Radbruch sformułował w swoim najślynniejszym powojennym artykule *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, nr 1, s. 105–108.

² Chodzi tu odpowiednio o ustawę nr 22 i nr 29 z 31 maja 1946 r. – teksty ustaw podaje W. Hassemer, *op.cit.*, s. 288–291.

³ Mowa o wyroku z 13 listopada 1945 r. – tekst wyroku podaje W. Hassemer, *op.cit.*, s. 283 i nast.

widzenia stanu wyższej konieczności (jeśli nie wręcz obrony koniecznej) desertera. Akceptacji można natomiast oczekiwąć w stosunku do orzecznictwa w sprawach *denuncjantów* z okresu nazistowskiego, jak np. zdrajców Gördelera⁴ czy rodzeństwa Scholl⁵. Sąd Krajowy we Freiburgu ukarał doniesienie do gestapo w sprawie wypowiedzi antynazistowskich jako zbrodnię przeciwko ludzkości: „Karalność nie jest wykluczona przez to, że oskarżona złożyła doniesienie w ramach wówczas obowiązującego porządku prawnego. Jej winy nie zmienia postępowanie podówczas formalnie zgodne z ustawą”. W znanej sprawie denuncjacyjnej Puttfarkkena Sąd Przysięgłych w Erfurt-Nordhausen nie musiał uciekać się do prawa ponadustawowego, skazał denuncjanta za pomocnictwo w „mordzie sądowej”. Taki charakter miał wyrok śmierci również wydany przeciwko zade-nuncjonowanej osobie przez Wyższy Sąd Krajowy w Kassel, ponieważ czyn będący przedmiotem denuncjacji nie stanowił nawet zdrady stanu według wówczas obowiązującego prawa. „Jeśli Sąd Rzeszy i Wyższe Sądy Krajowe, wówczas i szczególnie w następnych latach, prawie każdą nie-chętną wypowiedź, zwłaszcza każdą zniewagę w stosunku do ówcześnie rządzących osób, uznawały i karały jako zdradę stanu, to nie zmienia to nic w ocenie wyroku Wyższego Sądu Krajowego w Kassel. Sędziowie Wyższego Sądu Krajowego nie byli związani jakimkolwiek prejudycjum innych sądów, lecz ustawą”.

Jeśli na tle tego wyroku w sprawie denuncjacji powstaje możliwość *pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sędziego* za wydane przez niego wyroki karne, to w Saksonii ta możliwość stała się już rzeczywistością. Saksoński Prokurator Generalny wszczęł postępowanie karne w celu pociągnięcia do odpowiedzialności za nieludzkie orzeczenia sędziowskie, nawet jeśli orzeczenia zostały wydane na podstawie narodowosocjalistycznych ustaw. „Żaden sędzia nie może powoływać się na ustawę i wydawać na jej podstawie orzeczeń, jeśli jest ona nie tylko niesłuszna, lecz przestępczą. Powołujemy się na prawa człowieka stojące ponad wszystkimi pisanyimi przepisami, na niezbywalne, aksjomatyczne prawo, które odmawia mocy obowiązującej przestępczym rozkazom nieludzkich tyranów”. Wyrok śmierci wydany na podstawie takiej ustawy byłby mordem i jego wydanie powinno być karańne karą śmierci – jednakże tylko wówczas, gdy, do czego się przyłączamy, bylibyśmy w stanie udowodnić winę sędziemu. Każde ukaranie z powodu wydanego wyroku sędziowskiego zakłada bowiem, że wyrok ten był jednocześnie nagananiem prawa. Naginanie prawa wymaga jednak swia-

⁴ Carl Gördeler (1884–1945), jeden z przywódców antyhitlerowskiego ruchu oporu, był w latach 1930–1937 nadburmistrzem Lipska; po nieudanym zamachu na Hitlera został skazany i stracony.

⁵ Rodzeństwo Sophie i Hans Scholl zostało skazane i stracone w 1943 r. za udział w tzw. grupie Biały Róży.

domości bezprawności. Pozytywistycznie wychowani sędziowie, aby móc stosować ustawę, musieli przyjmować, że wiąże ona bezwarunkowo, nawet jeśli ma niegodziwą treść, a więc mogli urzeczywistnić ustawowe bezprawie bez świadomości bezprawia. Panujący przez dziesięciolecia niekwestionowany pozytywizm nie mógł być nagle odrzucony ze szkodą dla sędziów, którzy pozwalali się kierować temu panującemu w nauce stanowisku.

Jednoznaczne będzie natomiast poparcie dla powszechnego poczucia prawnego wyrażonego w orzecznictwie w sprawach instytucjonalnych mordów, zwanych upiększająco eutanazją. We frankfurckim procesie Eichberga miał miejsce wspaniały pojedynek słowny pomiędzy obrońcą, który wypowiedział się z pozycji bezpieczeństwa prawnego przeciwko przyjęciu ustawowego bezprawia oraz oskarżycielem, który zakończył słowami, iż sąd musi rozstrzygnąć, czy za ważniejszy uznaje kawałek papieru z rozkazem dyktatora, czy gromkie słowo wieczności: „Nie zabijaj!”. Sąd uznał, że owa tajna ustanowiona przez Hitlera o zinstytucjonalizowanych morderstwach była wprawdzie formalnie ustawą, treściowo jednak – bezprawiem; na tej podstawie skazał oskarżonych lekarzy.

Najśilniej poruszyło opinię publiczną uwolnienie we Freiburgu mordercy Erzbergera⁶, Tillessena⁷ na podstawie uznania obowiązywania narodowosocjalistycznej ustawy amnestycznej z 1933 r. Przy pomocy tej ustawy Hitler spełnił swoją obietnicę uwolnienia morderców z Potempy⁸, czując się wobec nich związany nieograniczoną wiernością i uznając wówczas ich wolność za kwestię „naszego honoru”. Całej opinii publicznej wydawało się rzeczą nie pojęta, że freiburski sędzia nie uznał tej ustawy amnestycznej za ustawowe bezprawie, zwłaszcza że takie stanowisko mógł oprzeć na podstawowych ideach ustawy nr 1 Sojuszniczej Rady Kontroli (art. 2) i obowiązującej w strefie amerykańskiej ustawy o ukaraniu narodowosocjalistycznych czynów karnych. Odrzucenie freiburskiego wyroku byłoby jeszcze bardziej bezwzględne, gdyby to nie władza okupacyjna wyciągnęła z tego błędного orzeczenia konsekwencje, które są nie do pogodzenia z naszym ujęciem niezawisłości sądów. Nauka o ponadustawowym prawie występująca w orzecznictwie zdaje się odpowiadać powszechnym

⁶ Mowa o centrowym polityku Matthiasie Erzbergerze, zamordowanym w 1921 r. przez dwóch ówczesnych oficerów i członków *Freikorps*.

⁷ Heinrich Tillessen, jeden z morderców Erzbergera, w 1933 r. amnestowany, w 1947 r. skazany na 15 lat ciężkiego więzienia, w 1952 r. ułaskawiony.

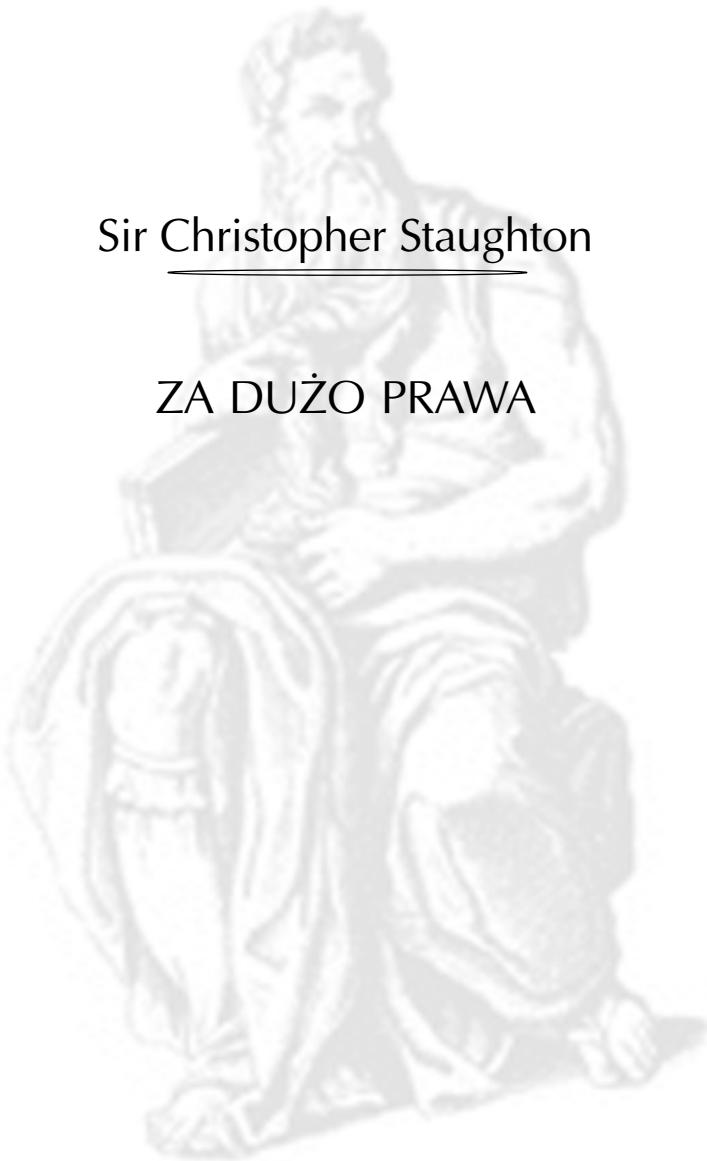
⁸ Tzw. sprawa Potempy dotyczyła głośnego w 1932 r. procesu. Jeden z sądów na Górnym Śląsku skazał na karę śmierci pięciu SA-manów za brutalne zamordowanie komunistycznego działacza w nocy z 9 na 10 sierpnia 1932 r. w miejscowości Potempa. Pod naciskiem nazistów kanclerz Franz von Pappen zmienił aktom łaski karę śmierci na karę dożywotniego więzienia, a po przyjęciu władzy przez Hitlera, sprawcy zostali amnestowani.

wymogom czasu, chociaż nie jest niczym nowym. Formułowało ją przez tysiąclecia, od antyku, przez chrześcijańskie średniowiecze, aż po wiek oświecenia i kontynuuje się do dzisiaj w katolicko-tomistycznej filozofii prawa. Cóż oznacza niecały wiek pozytywizmu wobec tysiącleci! Można go [tj. pozytywizm – przyp. thum.] wyprowadzać od Feuerbacha i Savigny'ego, którzy, każdy w innym duchu, rozwijali koncepcję bezwarunkowego obowiązywania prawa stanowionego: ten pierwszy w oparciu o krytyczną filozofię, ten drugi z punktu widzenia romantyzmu. Musiały jednak uschnąć i opaść filozoficzne i historyczne pędy i kwiaty, by został tylko suchy pień pozytywizmu.

Pozytywizm miał jednak swoje dobre strony i nie można pomijać go milczeniem. W zasadzie musi zachować aktualność pozytywistyczna teza, że ustawa powinna być uznawana za obowiązujące prawo bez względu na swoją treść. Państwo prawa i bezpieczeństwo prawne wymagają zasadniczego związania ustawą. Tylko w pojedynczych, wyjątkowych przypadkach można od niego odstąpić, tylko w przypadkach, które przeżyliśmy w okresie nazizmu i których, mniejmy nadzieję, więcej nie będziemy przeżywać. Pewien narodowosocjalistyczny prawnik, w jakimś jasnowidzącym momencie, ostro zarysował granicę zastosowania idei prawa ponadustawowego: „Sędzia jest wprawdzie w zasadzie związany ustawą, ale jego rola i godność nie pozwalają, by musiał stosować ustawy, które są oczywiście i rażąco sprzeczne z ideą prawa, normą, która wprost obraża żyjące w narodzie poczucie prawa i bezprawia, narodową moralność”. W każdym razie, wydaje się nam ustawowym bezprawiem, gdy władza nie zmierza do stosowania idei prawa, sprawiedliwości i humanizmu; gdy – jak w przypadku ustaw norymberskich – świadomie odstępuje od idei równości wobec prawa, idei równych praw człowieka dla wszystkich noszących ludzkie oblicze; gdy wydaje rozkazy, a nie normy prawne – pojęcia prawa nie można bowiem określić inaczej, jak próbą urzeczywistnienia idei prawa.

Niebezpieczeństwa uznania prawa ponadustawowego nie da się uniknąć także przy takim rozgraniczeniu. Wątpliwości nie pozwalają jednak na obojętność wobec problemu, na pozostawienie bez rozwiązania antynomii pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym, która jest wpisana w każde prawo i którą wyrażają dwa pozornie ze sobą sprzeczne zdania z Ewangelii – w słowach św. Pawła: „Każdy jest podległy zwierzchności, którą władza ma nad nim, jednakże nie ma zwierzchności niepochodzącej od Boga” oraz w słowach św. Piotra: „Jesteśmy winni posłuszeństwo bardziej Bogu niż człowiekowi”⁹.

⁹ Te ewangeliczne cytaty podaję we własnym tłumaczeniu, ponieważ Radbruch – jak wskazuje W. Hassemer, cytowany edytor tomu 3 *Dzieł wszystkich autorów* – niedokładnie podaje ich treść i źródło.



Sir Christopher Staughton

ZA DUŻO PRAWA

Tłumaczenie: Ewa Gąsiorowska
 Źródło: „Arbitration”, sierpień 1998 r., s. 200–204.



CHRISTOPHER STAUGHTON

Sędzia *British High Court*. Członek *Privy Council* Królowej Elżbiety II. Zajmuje się dziedziną prawa handlowego i rodzinnego.



WPROWADZENIE

Autor porusza w swym artykule trzy zagadnienia, które jeszcze w większym stopniu odnoszą się do prawa kontynentalnego. Przede wszystkim (1) problem jurydyzacji wszelkich form życia, która polega na regulowaniu przez ustawodawcę każdej jego dziedziny, jak mówi J. Habermas – na skolonizowaniu społeczeństwa przez prawo (Theorie des kommunikativen Handelns, tom 2, Frankfurt am Mein 1981, s. 522). O rozmiarach tego zjawiska w Polsce świadczą następujące liczby. W okresie dziesięciolecia 1989–1999 w samym Dzienniku Ustaw opublikowano 1225 aktów prawnych, a we wrześniu 2001 roku liczba ta sięgnęła już niemal 1500 aktów. O ich jakości, a nie tylko o dostosowywaniu obowiązującego ustawodawstwa do zmieniających się warunków, świadczy liczba ustaw nowelizacyjnych (644) w stosunku do ogółu obowiązujących ustaw (599). Razem z ustawami o ratyfikacji (198) obowiązuje w Polsce 1441 ustaw. Obok nich: 4240 rozporządzeń (a włącznie ze zmieniającymi 5645), 11 rozporządzeń Prezydenta RP, 62 dekrety, 1566 zarządzeń i 581 uchwał. Na każdym ze 119 posiedzeń ostatniego Sejmu przyjmowano około 5 ustaw. (Dane liczbowe pochodzą z Ośrodka Informatyki Kancelarii Sejmu). Równie aktualną dla nas kwestią jest, jak to autor określa – (2) „nowomowa uzasadnień sędziowskich”, która w przeciwieństwie do Zjednoczonego Królestwa, ma u nas znacznie bardziej ugruntowaną tradycję. I wreszcie, na uwagę zasługuje (3) pozytywny program ujęty przez autora w ośmiu zasadach tworzenia dobrego prawa. Przypominają one zasady moralności prawa sformułowane przez Lona Louisa Fullera (tenże, Moralność prawa, Warszawa 1978) i częściowo się z nimi pokrywają. Ich prostota zasługuje jednak na szczególną uwagę.

Gdy przeszło dwadzieścia lat temu Sir Geoffrey Howe napisał pamphlet o tym samym tytule, postawił znak zapytania. Mój tytuł nie zawiera takiego znaku. I choć zachodzi pewne podobieństwo między jego i moim sposobem myślenia, to nie mamy tu do czynienia z plagiatem, ale zbiegiem okoliczności. Tym bardziej, że w pewnych punktach różnimy się.

Profesor Grant Gilmore z Uniwersytetu w Yale pisał: „Im gorsze społeczeństwo, tym więcej praw ustanawia. W piekle nie będzie nic więcej oprócz prawa, a rzetelny proces będzie skrupulatnie realizowany”.

Sir Howe również sięgał w swoim artykule do cytatów. W pierwszym z nich, pochodzący sprzed 1900 lat, Tacyt narzekał: „Tak jak kiedyś

cierpieliśmy z powodu zbrodni, teraz cierpimy z powodu praw. Im bardziej skorumpowana jest Republika, tym liczniejsze jej prawa”. Wieki później Montaigne zauważył, że we współczesnych mu czasach Francja miała więcej praw i jednocześnie bardziej rozprzestrzenioną rozpustę i korupcję niż cała reszta świata.

Istnieje, jak mi się zdaje, osiem sposobów powstawania i rozwijania prawa, chociaż nie jest to wyliczenie zamknięte. Wypunktuję je, jak również niektóre z ich wad, po czym przejdę do przedstawienia właściwych zasad tworzenia prawa, którymi, moim zdaniem, powinni kierować się prawodawcy.

Pierwszym prawodawcą jest oczywiście Parlament, chociaż rzadko działalność ustawodawcza może być rzeczywiście przypisana jego członkom. Olbrzymia większość ustaw jest przygotowywana przez urzędników ministerialnych, którzy działając pod presją czasu, wymuszana przez niezaspokojonych ministrów są – jak można sądzić – mocno przepracowani. W 1906 roku egzemplarze ustaw z Drukarni Królowej zawierały 348 stron. W 1995 roku ustawy zajęły już 3032 strony, nie licząc tabel i indeksów. Rok 1995 jest ostatnim, z którego rzeczone tomy znajdują się w bibliotece. Nie ma tam tomów za kolejne dwa lata, być może w ogóle nie są jeszcze wydrukowane. W Księgarni Rządowej nie można nabyć aktu o arbitrażu z 1996 roku – podobno nakład jest wyprzedany. Przypuszczam, że można go znaleźć w Internecie.

Następny sposób tworzenia prawa to legislacja delegowana (delegated legislation)*, w szczególności rozporządzenia królewskie (*orders in council*). Ostatnie dane pochodzą z roku 1994, kiedy akty te zajęły 9702 strony.

Następne w moim wyliczeniu są oczywiście regulacje i dyrektywy Unii Europejskiej. W roku 1996 zajęły one 24 tomy w angielskiej wersji językowej aktów. Powiedziano mi, że całość zajmuje 400 tomów; z tym, że być może liczba ta zawiera wszystkie wersje językowe. Pasja tworzenia prawa wydaje się być w Brukseli nieokiełznana – i przypuszczalnie nic nie jest w stanie tego powstrzymać, może jedynie liczba i wydajność wysoko opłacanych urzędników, gotowych tworzyć przepisy i tłumaczy, którzy potrafią przełożyć je na inne języki. Czy to prawda, że istnieją przepisy, które regulują wielkość i kształt ogórków i bananów? Zdecydowałem się zbadać tę sprawę w bibliotece *Inner Temple* przy użyciu CD-ROM-u, zawierającego przepisy europejskie. Odkryłem, że CD-ROM zawiera 248 odniesień do ogórków. Jak miałem się dowiedzieć, które z nich mówią o ich kształcie i rozmiarze? Jeśli chodzi o banany, prawo europejskie zajmuje się nimi w 596 przypadkach. Niestety, porzuciłem próbę upewnienia się, jakie regulacje się do nich odnoszą i jakie są tego skutki.

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

Nie powiem wiele o zarządzeniach władz lokalnych, ponieważ nie mam sposobu, aby zmierzyć, ile stron zajmują osobno bądź razem. Zajmę się zatem przepisami regulującymi świadczenie usług finansowych w sektorze przemysłowym. Wydawanie regulacji dla porządkowania funkcjonowania sektora przemysłowego postronnemu obserwatorowi, takim jak ja, wydaje się kosztowne, nieefektywne – krokiem w niewłaściwym kierunku. Opinia taka jest jednak podtrzymywana również przez lepiej znających się na rzeczy. Prezes *Securities and Investment Board* napisał: „W czasie ostatnich spotkań z maklerami giełdowymi w Manchesterze jeden z nich zapytał mnie: «Czy wszystkie te regulacje są naprawdę warte tych niekończących się ksiąg z przepisami, opłat dla różnych ciał regulujących, długich umów z klientami, których nikt nie chce czytać? Czemu to służy? Czy świat staje się przez to lepszy?». Nie on jeden stawia pytania o efektywność regulacji wydawanych zgodnie z aktem o usługach finansowych. Jest to problem, o którym gorąco dyskutuje się w kregach przemysłu i nie tylko wśród nich”. W tym samym artykule, po śródtytule *Koszty regulacji* padają takie słowa: „Oczywiście, regulacja kosztuje – byłoby naiwnością udawać coś innego. Ale, jak już wcześniej powiedziałem, przynosi to pewne korzyści. Luźno i nie dość ściśle dyskutuje się o «kosztach podporządkowania». Nie podoba się nam duża ilość publikacji dla firm [...]. Niektóre z nich zostały oparte o nieliczne lub niewłaściwe dane i oparte są na tendencjinnie dobranych argumentach, które przesadnie przedstawiają pozytywy rzeczywistego stanu rzeczy. Niezwykle trudno jest też rozróżnić koszty, które firma mogłaby ponosić, gdyby prowadziła swoje interesy w sposób roztrąpny, aby świadczyć klientom usługi wysokiej jakości, od kosztów, które są wynikiem nadmiernej regulacji”.

Zajmijmy się jednak uregulowaniami dotyczącymi naszego własnego zawodu. Pierwsze wydanie Kodeksu Postępowania Palestry (*Code of Conduct of the Bar*), przyjętego w lipcu 1980 roku, zawierało 22 strony regulacji oraz 32 strony załączników. W porównaniu z tamtym wydaniem, obecny kodeks uwzględniający poprawki wniesione do lipca 1997 roku jest już pokaźną księgą. W skład komitetu, który przygotował pierwsze wydanie, wchodził Anthony Hidden, David Jefferies i ja. Był to pierwszy moment, kiedy Palestra chciała przyjąć reguły jej działania w formie spisanego kodeksu. Myślałem wówczas, że był to właściwy kierunek. Jednak na Zebraniu Ogólnym była wówczas osoba, która miała inne zdanie. Według niej, Palestra nie potrzebowała sformalizowanego kodeksu wyrażonego w paragrafach, podpunktach i zastrzeżeniach. Teraz uważam, że miała ona rację, a jej rada była właściwa. Tym mądrym człowiekiem był pan Jeremiah Harman.

Teraz zdaje się, że Rada Palestry (*Bar Council*) nie jest w stanie powstrzymać fali kolejnych uregulowań.

Następnym źródłem prawa jest działalność samych sędziów. Jak powiedział o tym kiedyś Lord Reid, nikt nie wierzy w bajkę o tym, że całe *common law* istnieje w zbiorowej świadomości sędziów, a my jedynie czekamy na to, aż zostanie odkryte w jakiejś sądowej apokalipsie. Przynajmniej obecnie, że sędziowie tworzą prawo. Od pięćdziesięciu lat największym polem prawotwórstwa sędziów są zagadnienia prawa publicznego i apelacji. Minęło trochę ponad pięćdziesiąt lat, od kiedy szacowni radni okręgu wyborczego Wednesbury postanowili, że dzieciom poniżej 15 roku życia nie powinno się pozwalać na chodzenie do kina w niedzielne popołudnia. Można by sądzić, że zasłużyli tym sobie na wieczną infamię, gdyby nie to, że ich decyzja została utrzymana w mocy przez Sąd Apelacyjny.

Rozwój instytucji apelacji, jaki nastąpił w ostatnich pięćdziesięciu latach, jest uznawany przez wielu za absolutne błogosławieństwo. Nie wszeszy tak to wygląda w samym Sądzie Apelacyjnym. Kilka istotnie ważnych apelacji w tym zakresie jest rzeczywiście interesujących i potrzebnych. Niemniej jednak jesteśmy zasypywani niekończącym się strumieniem ponawianych wniosków o apelację, z którym większość jest zupełnie beznadziejna, a jednocześnie niezmiernie czasochłonna.

Inną tego konsekwencją jest „nowomowa uzasadnień” wydawanych rozstrzygnięć. Podmiot wydający wiążące rozstrzygnięcie musi uzasadnić jego powody w odpowiednio długim uzasadnieniu – stosownie do tego, by, broń Boże, niczego nie przeoczyć. Nawyk ten rozprzestrzenił się również wśród tych, którzy wydają decyzje administracyjne i quasi-administracyjne. Kiedy po raz pierwszy zasiadałem jako sędzia (*Recorder*)¹, ktoś podał krótkie, ale wystarczające uzasadnienie w wydawanym wyroku: „Zostałeś skazany za przestępstwo włamania i spędzasz w więzieniu dwa lata”. I co najważniejsze, wówczas to całkowicie wystarczyło; obecnie jednak musi zostać przedstawiony szczegółowy opis popełnionego przestępstwa, po nim zaś wszystko to, co zostało wskazane jako okoliczności łagodzące, dopiero wtedy nieszczęsny podsądny poznaje rozstrzygnięcie – został uznany za winnego czy nie. Czemu to służy? Czy dzieje się tak na wypadek, gdyby sędzia zapomniał, co zostało do niego przed chwilą powiedziane?

Jeszcze gorzej sprawa się ma w przypadku spraw o imigrację rozstrzyganych przez sędziów-arbitrów (*Adjudicators*). Rozwinęli oni praktykę przytaczania niemal dosłownie całości dowodów, następnie wszystkich przedstawionych argumentów, dalej uzasadnienie samego rozstrzygnięcia, które często powtarza te same argumenty. W rezultacie możemy otrzymać (i często tak się dzieje) kilkanaście gęsto zadrukowanych stron

¹ [Recorder – prawnik praktykujący jako adwokat, a od czasu do czasu zasiadający jako sędzia – przyp. tłum.].

uzasadnienia. Czy dzieje się tak dlatego, że zachodzi obawa, że o czymś się zapomni? Nie wyrzucam sędziom-arbitrom tej praktyki, gdyż ja bez wątpienia odziedziczyli, ale namawiałbym ich do większego umiarkowania, choćby po to, aby sprawdzić, że świat się nie zawali od takiej powściągliwości.

To kieruje mnie ku ostatniemu na mojej liście prawodawcy – jest nim w naszym systemie *Lord Chief Justice*. Ostatnio stwierdził, że sędziowie (*Judges and Recorders*), w tym prawdopodobnie również sędziowie pokoju (*Magistrates*), w wydawanym wyroku muszą podać rzeczywisty czasokres orzeczonej kary. Ktoś może zapytać – czemu to właściwie sluży? Odpowiedź zawarta jest w *Practice Direction*: „Praktyczny efekt wyroku powinienny być zrozumiany przez oskarżonego, ofiarę i publiczność, zgromadzonych na sali sądowej lub odczytujących protokół z postępowania”. Czy jednak naprawdę nie ma innego sposobu, aby podsądzony zrozumiał, jak długo potrwa jego pobyt w więzieniu? Przypuszczam, że skazany wie to znacznie lepiej niż sędzia. Pozwolę sobie przypuścić, że nadziejście dzień, kiedy podniesie on rękę i powie: „Przepraszam, Wysoki Sąd jest w błędzie!”. Co na to ofiara i publiczność? Przypuszczam, że co najmniej większość publiczności już wówczas będzie wiedzieć, że skazany odbędzie znacznie krótszą karę, niż to określono w wyroku. Być może, celowe byłoby oznajmienie publiczności, ile rzeczywiście wynosi orzeczona kara, ponieważ publiczność ma przesadzone wyobrażenie o efektach zmniejszenia kary i zwolnienia warunkowego. Jeśli taki właśnie jest cel tej dyrektywy, to czy nie lepsze byłoby przedstawienie zasad zwolnienia warunkowego przy ogólnodostępnym wejściu do sądu lub w notatkach prasowych? *The Practice Direction* zdaje się zakładać, że publiczność przeczytała sprawozdanie z całego postępowania. Jak bardzo jest to prawdopodobne? Kiedy sędzia ujawnia, jak faktycznie wysoka jest orzeczona kara, czy taka informacja pojawi się w reportażu opisującym daną sprawę w gazecie? A co będzie, jeżeli sędzia nie postąpi zgodnie ze wskazówkami *Lord Chief Justice*? Czy będzie to podstawa wniesienia apelacji?

Przytoczyłem tutaj główne w naszym systemie sposoby powstawania i rozwoju prawa, których wartość przynajmniej w niektórych przypadkach wydaje się być wątpliwa. Chciałbym teraz wymienić kilka zasad właściwego tworzenia prawa. Pierwsza zasada powinna brzmieć następująco:

Każde działanie władzy ustawodawczej jest ograniczeniem wolności i powinno być uzasadnione.

Lubimy powtarzać, że w niektórych krajach wszystko to, co nie jest wyraźnie dozwolone jest zakazane, ale w naszym przypadku jest tak, że wszystko to, co nie jest zakazane jest dozwolone. Przypuszczam, że jest to truizm. Ale nie zaszkodzi od czasu do czasu powołać się na niego. Ostatnio w „The Times” ukazał się artykuł zatytułowany: „Just say less! Ministerowie powinni pamiętać, że to jest wolny kraj”. W artykule napisano:

„Zakazywanie stało się ostatnio ulubionym zajęciem New Labours, począwszy od ręcznej broni po niefiletowane steki, od reklamowania papierosów po kwestię picia i prowadzenia samochodu”. Staje się to jedną z najbardziej władczych administracji, którą może ogarnąć pamięć ludzka. Dla pełnej jasności należy dodać, że projekt aktu o ochronie danych będzie przedmiotem obrad Parlamentu, jak twierdzi „The Times”, nie dlatego, że jest to potrzebne, ale dla implementacji dyrektywy Unii Europejskiej. Oznacza to jednak koszt w wysokości 1,16 biliona funtów przy wejściu w życie tego aktu oraz koszt 472 milionów funtów każdego następnego roku, ponoszony przez naród.

Aby nie pomyśleć, że „The Times” jest organem prawicowej degeneracji, posłużę się magazynem „Criminal Justice” Howarda League’, w którym z kolei czytamy, że propozycja *Anti-social Behaviour Order* „nie jest ani praktyczna, ani uważna. Zakreśla szeroko zdefiniowane zachowanie wewnątrz swoich ambicji, przyznaje lokalnym agencjom praktycznie nieograniczoną uznaniowość w wydawaniu bardzo restrykcyjnych decyzji, odrzuca podstawową ochronę prawną decyzji już wydanych i autoryzuje potencjalnie drakońskie i całkowicie nieproporcjonalne kary za ich naruszenie”².

Moja druga propozycja pochodzi od Jeremiego Bentham'a.

Celem praw powinno być szczęście jak największej liczby osób.

W teorii jest to oczywiste, natomiast sprawia problemy w praktyce. Jak ktoś może zrównoważyć przyjemność, jaką wielu mogą dać poszczególne działania, ze znaczną krzywdą, którą mogą wyrządzić niektórym? Obawiam się, że jest to sprawa podlegająca subiektywnemu osądowi, jakiej przykład znajdujemy w rozmowie między Bogiem i Abrahalem na temat zniszczenia Sodomy i Gomory. Abraham powiedział, że mogłoby tam być pięćdziesięciu sprawiedliwych i zapytał: „Czy zniszczysz i nie oszczędzisz tego miejsca dla pięćdziesięciu sprawiedliwych?”. Szybko zaraż doszedł do warunku tylko dziesięciu sprawiedliwych.

Powiedziałbym, że właściwe było wprowadzenie zakazu używania broni ręcznej, ponieważ może ona spowodować olbrzymie szkody i ponieważ ja sam nie jestem osobiście zaangażowany w jakieś zawody strzeleckie. Właściwe było również zakazanie posiadania niebezpiecznych psów – nawet Dempsie – ponieważ nie są one dla mnie żadną wartością. Ale już nie – spożywanie niefiletowanych steków, związane, według mojego rozumnego, z bardzo małym ryzykiem i ogromną przyjemnością. Jak mi zresztą powiedziano, znacznie łatwiej można zginąć od rażenia piorunem, niż od zjedzenia niefiletowanego steku.

² A. Ashworth, J. Gardner, R. Morgan, A. T. Smith, A. von Hirsch, M. Wasik, *Neighbouring on the Oppressive: The Government's Anti-Social Behaviour Order's Proposals*, „Criminal Justice” 1998 r., nr 1.

Prawo nie powinno być uchwalane w zbytnim pośpiechu.

To uznałbym za oczywiste. Jedynie w wyjątkowych sprawach może się zdarzyć tak, że uchwalą się nowe prawo bez uważnego rozważenia jego efektów. Od zarania dziejów żyliśmy jakoś bez przepisów o groźnych psach. Skąd zatem ten nagły pośpiech?

Ci, którzy uchwalają nowe prawa, nie powinni kierować się nadzieję na osiągnięcie własnej korzyści lub własnym strachem przed osobistym zagrożeniem.

Ten postulat jest adresowany przede wszystkim do polityków. Motywem ich działania nie powinno być to, że uchwalenie nowego prawa przyniesie im osobiste udogodnienia lub to, że jego nieuchwalenie spotka się z czymś zarzutami. Tym, z czym mają się liczyć, powinno być wyłącznie dobro ludzi.

Konieczne jest, aby zainteresowane osoby zostały powiadomione o decyzji legislatora, jeżeli są zobowiązane do jej przestrzegania.

Oto cytat z Blackstone'a i argumentów, które podnosiłem w sprawie *Fothergill v. Monarch Airlines*. Blackstone twierdził, że prawo musi być ogłoszane „jak najszerzemu kręgowi odbiorców w sposób jak najbardziej rzucający się w oczy [...]. Nie w taki sposób, jak czynił to Kaligula, który spisywał prawa bardzo drobnymi literami i zawieszał je na wysokich filarach, przez co niewielu się o nich dowiadywało”.

Jak wypełniana jest reguła Blackstone'a dziś, kiedy mamy o wiele więcej różnych sposobów komunikowania się? Blackstone nie miał swojej strony internetowej. Ale nie jest możliwe, aby publiczność poznała grube tomy prawa, które są uchwalane w dzisiejszych czasach. Zamiast znowić domniemanie, że dziecko poniżej 14 roku życia jest *incapax doli*, niezdolne do popełnienia przestępstwa, czy nie powinniśmy powiedzieć, że wspomniane domniemanie będzie również stosowne w przypadku dorosłych? Czy nie powinno być tak, że nikt nie może zostać skazany za popełnienie przestępstwa, jeżeli nie zostanie wykazane, że miał możliwość poznania przepisu, który złamał? Czy zasada Blackstone'a nie stanowi w istocie przyrodzonego prawa człowieka?

Prawo powinno być możliwe do wyegzekwowania i – co za tym idzie – powinno być egzekwowane.

Są tacy, którzy uważają, że nawet jeśli jakiś przepis nie będzie egzekwowany, wiele osób przestrzegających prawa nadal będzie się do niego stosować, ponieważ z zasady przestrzegają prawa. Gdy jednak pozwalamy istnieć prawu, którego się z zasady nie egzekwuje (lub czyni się to wyjątkowo) – traktujemy je z pogardą. To, że danego prawa skutecznie się nie egzekwuje, nie jest również w porządku wobec tych osób, które

go przestrzegają. Gdyby zależało to ode mnie, wprowadziłbym zasadę, że każdy przepis prawa europejskiego, który nie jest egzekwowany, zostaje automatycznie znoszony.

Żadne prawo nie powinno zabraniać osobie pełnoletniej zachowań, które mogą tylko jej wyrządzić szkodę.

Jeśli mam ochotę na jazdę motocyklem bez kasku lub na prowadzenie samochodu bez zapiętych pasów bezpieczeństwa, dlaczego prawo mnie tego zabrania? Samobójstwo nie jest już przestępstwem, chociaż pomoc w jego dokonaniu jest nim w dalszym ciągu. Niektórzy twierdzą, że koszty leczenia motocyklistów i kierowców oraz pasażerów samochodów ponosi *National Health Service* – jest zatem właściwe, że ustanawia się takie środki zapobiegawcze. Ale czy naprawdę jest tak, że *National Health Service* powstał po to, aby chronić ludzi przed szkodzeniem samym sobie? Twórcy *National Health Service*, Henry Willink i Aneurin Bevan, mogliby się przerazić na myśl o tym. A jeżeli polityka społeczna jest taka, że nikt nie powinien podejmować ryzyka, skutkiem którego mogłoby być poniesienie kosztów przez *National Health Service* – powinno się zabronić również palenia papierosów, picia alkoholu, przejadania się, jazdy na nartach i wspinaczki górskiej. Idąc dalej – zabronić należy także uprawiania seksu bez zabezpieczenia. To z pewnością zamknęłoby ostatecznie problem.

Odpowiedź na te kwestie mogłaby być taka, że niektóre z powyższych czynności wiążą się z mniejszym ryzykiem, inne natomiast łączą się raczej z ryzykiem śmierci niż poniesienia innych obrażeń, a śmierć kosztuje państwo tyle, co przypuszczalna wdowia renta. Jeśli mamy zająć się analizą kosztów ponoszonych w związku z motocyklistami jeżdżącymi bez kasków czy kierowcami, którzy nie używają pasów bezpieczeństwa – wykonajmy dobrze to zadanie. Ilu z nich zginęło na miejscu i w ten sposób zaoszczędziło państwu wypłacania im emerytury, nie wspominając już o opłatach za opiekę nad osobą w podeszłym wieku w szpitalach państwowej służby zdrowia? Czy dopuszczalne jest wprowadzenie zakazu zażywania narkotyków przez w pełni świadome, dorosłe osoby? Oczywiście, możliwe jest wyrządzenie szkód innym, np. po zażyciu LSD. Dodatkowo, nielegalność zażywania narkotyków wiąże się z tym, że wiele przestępstw jest popełnianych przy okazji ich nabywania. Jest zatem potrzeba, aby przeprowadzić analizę, dowiedzieć się wreszcie, czy większe zagrożenie leży w zakazywaniu czy dozwalaniu.

I to prowadzi mnie do ostatniej z moich zasad:

Od każdego z twórców prawa powinno się wymagać przeprowadzenia analizy własnej działalności co najmniej raz na pięć lat, aby kontrolować, czy działa dla dobra publicznego.

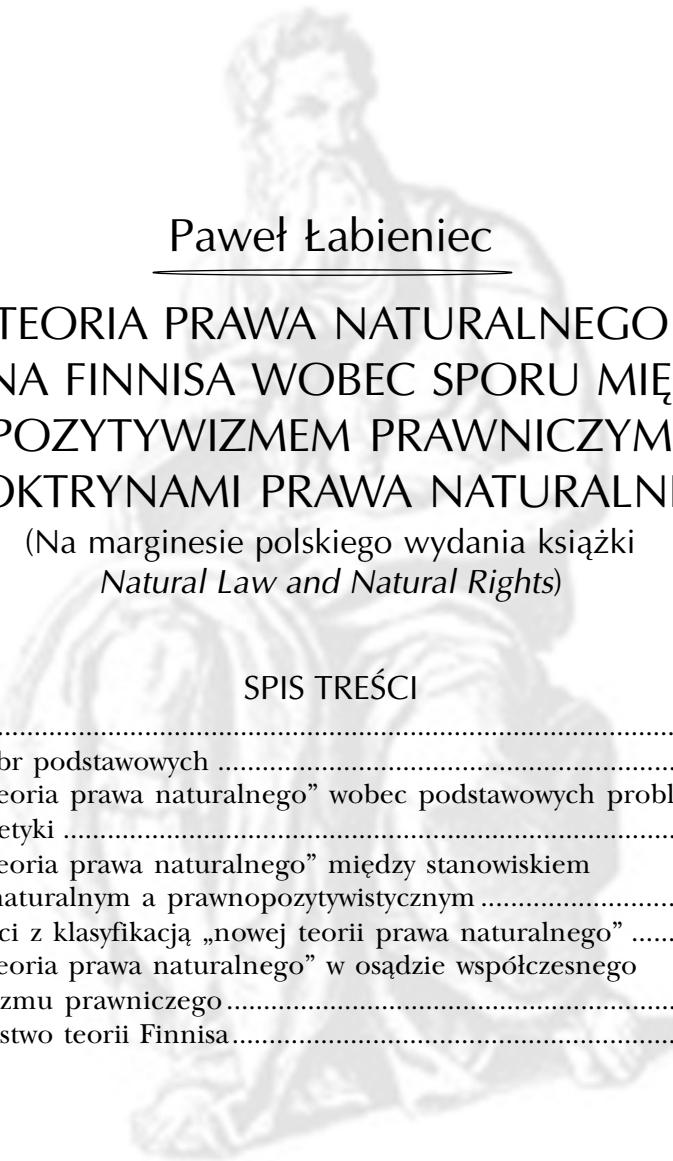
To wydaje mi się oczywiste i niepotrzebuje uzasadnienia.

W naszym kraju nie jest jednak aż tak źle. W Niemczech nielegalne są następujące rzeczy: prace w ogródku lub drobne prace domowe w godzinach 12.30–2.30 lub w innym czasie, w zależności od miejsca zamieszkania; używanie kosiarki do trawy po 17.30; niewyłączanie samochodu, jeśli nie jesteśmy w czasie jazdy lub nie mamy zamiaru właśnie ruszyć; odsączenie oleju z silnika, jeśli nie posiada się pojemnika, w którym można go dostarczyć do punktu składowania; prowadzenie samochodu ciężarowego na autostradzie pomiędzy północą w sobotę a 22.00 w niedzielę lub w święto państwowego, jeżeli nie posiada się odpowiedniego zezwolenia; palenie ogniska (jest to dozwolone jedynie przez dwa dni w ciągu roku, które ogłoszane są w prasie); posiadanie mniej niż czterech pojemników na różne rodzaje śmieci; mycie samochodu na innym terenie niż w myjni; wywieszanie prania w sobotnie popołudnia, w niedziele lub w święta państwowego.

**Delegated legislation* – nazwą legislacji delegowanej określa się akty prawne wydawane na podstawie upoważnienia Parlamentu i mocą jego prerogatywy. Wśród legislacji delegowanej wyróżnia się: (a) *Orders in Council*, rozporządzenia królewskie, mocą których Korona może wydawać regulacje chroniące podstawowe sfery życia społecznego, w szczególności w stanach zagrożenia; (b) *statutory instruments*, akty wykonawcze do ustaw; (3) *bye-laws*, zarządzenia lokalne wydawane przez władzę lokalną upoważnioną do tego przez Parlament celem regulacji ścisłe wskazanych w upoważnieniu zagadnień.



RECENZJE



Paweł Łabieniec

TEORIA PRAWA NATURALNEGO
JOHNA FINNISA WOBEC SPORU MIĘDZYZ
POZYTYWIZMEM PRAWNICZYM
A DOKTRYNAMI PRAWA NATURALNEGO

(Na marginesie polskiego wydania książki
Natural Law and Natural Rights)

SPIS TREŚCI

1. Wstęp	181
2. Lista dóbr podstawowych	182
3. „Nowa teoria prawa naturalnego” wobec podstawowych problemów prawa i etyki	189
4. „Nowa teoria prawa naturalnego” między stanowiskiem prawnonaturalnym a prawnopozytywistycznym	191
5. Trudności z klasyfikacją „nowej teorii prawa naturalnego”	195
6. „Nowa teoria prawa naturalnego” w osadzie współczesnego pozytywizmu prawniczego	199
7. Nowatorstwo teorii Finnisa	205



PAWEŁ ŁABIENIEC

Urodzony w 1965 r. w Łodzi. Ukończył studia prawnicze na Uniwersytecie Łódzkim w 1989 r. Od 1990 r. pracownik naukowo-dydaktyczny w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa tego uniwersytetu. W 1998 r. obronił pracę doktorską o teorii prawa naturalnego Johna Finnisa.



WPROWADZENIE

Autor podejmuje się kompleksowego przeglądu „nowej teorii prawa naturalnego”, formułowanej przede wszystkim przez Johna Finnisa, autora pracy Natural Law and Natural Rights. Podążając za logiką dzieła – omawia fundamentalne dla tej teorii kategorie: pierwszą zasadę praktycznego rozumu, zasady podstawowe i wymogi praktycznej rozumności. Wskazuje, jak teoria Finnisa odnosi się do podstawowych problemów etyki i filozofii prawa, takich jak pojęcie sprawiedliwości i relacja Boga do prawa naturalnego. Tak wprowadzoną teorię stawia wobec tradycyjnego sporu pozytywizmu i naturalizmu prawnego, wskazując na jej nowatorstwo w postaci godzenia wielu dotychczas biegunkowo przeciwnistawnych założeń. Autor udowadnia, że „nowa teoria prawa naturalnego” stanowi interesujące uzupełnienie współczesnych teorii neotomistycznych.

1. WSTĘP

Z wielkim zadowoleniem należy przyjąć inicjatywę Janusza Kochanowskiego z Uniwersytetu Warszawskiego i Nigela E. Simmonsa z Uniwersytetu w Cambridge, którzy serią „Klasycy Filozofii Prawa”, wydawaną przez Dom Wydawniczy ABC, wypełniają poważną lukę na polskim rynku wydawniczym, na którym dotychczas dostępne były tylko nieliczne prace współczesnych filozofów prawa. Według deklaracji redaktorów serii, mają się w niej znaleźć „dzieła najwybitniejszych filozofów prawa, takich jak H. L. A. Hart, R. Dworkin, F. A. Hayek, J. Frank, J. Raz i wielu innych”. W roku 2000 ukazała się: *Etyka i rządy prawa* Davida Lyonsa, a w tym roku – *Autorytet prawa* Josepha Raza oraz *Prawo natury i naturalne uprawnienia* Johna Finnisa, w tłumaczeniu Karoliny Lossman, opatrzone wstępem Krzysztofa Motyki. Praca ta – wydana po raz pierwszy w 1980 roku – stanowi najlepszą prezentację „nowej teorii prawa naturalnego”. Do twórców tej teorii należą, obok Finnisa, Germain Grisez, Joseph Boyle i Robert P. George.

Początki „nowej teorii prawa naturalnego” sięgają roku 1965, kiedy to Germain Grisez opublikował słynny artykuł, zatytułowany *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the „Summa Theologiae, 1–2, q. 94, a. 2*¹. W tym komentarzu Grisez przedstawił oryginalną interpre-

¹ Opublikowany w: „Natural Law Forum” 1965 r., nr 10, s. 168–201.

tację sformułowanej przez św. Tomasza pierwszej zasady praktycznego rozumu: *Bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* – uzna-jąc ją nie za nakaz: „Czyń dobro, unikaj zła” (jak zazwyczaj rozumieją ją współcześni tomiści), lecz jako podstawową zasadę praktycznego rozumu, zapobiegającą bezsensowności (*pointlessness*) rozumowania praktycznego: „Dobro ma być czynione i należy do niego dążyć, zło zaś jest tym, czego należy unikać”². Zasada ta jest konsekwencją podstawowego celu praktycznej wiedzy, czyli rozumnego kierowania postępowaniem w stronę pełni człowieczeństwa (*human fulfillment*). Pierwsza zasada rozumu praktycznego określa zatem elementarny warunek sensowności rozumowania praktycznego.

Zinterpretowana w taki sposób pierwsza zasada rozumu praktycznego stała się dla Johna Finnisa podstawą dla skonstruowania własnej teorii prawa naturalnego – swoistej interpretacji traktatu św. Tomasza z Akwiniu o prawie naturalnym, choć znaleźć w niej można także inspiracje pochodzące z doktryn Hume'a, Kanta i współczesnych: Harta, Rawlsa.

Punktem wyjścia teorii Finnisa nie są żadne twierdzenia ontologiczne czy metafizyczne ani w szczególności teza o istnieniu Boga – to zasadniczo różni tę teorię od innych tomistycznych doktryn prawa naturalnego. Finnis buduje swą teorię, odwołując się do dostępnych każdemu w poznaniu praktycznym wartości podstawowych ludzkiej egzystencji oraz zasad podstawowych wszelkiego praktycznego rozumowania³. Początkiem jest więc zdroworozsądkowe, przedfilozoficzne poznanie praktyczne. Pozwala ono zidentyfikować listę dóbr podstawowych (*basic goods*).

2. LISTA DÓBR PODSTAWOWYCH

Sformułowana przez Finnisa lista dóbr podstawowych⁴ obejmuje życie, wiedzę, zabawę, doznanie estetyczne, życie w społeczności (przyjaźń), praktyczną rozumność, „religię”⁵. Finnis uważa, że wszelkie inne wartości są albo kombinacją, albo uszczegółowieniem wyżej wymienionych, choć z drugiej strony dopuszcza możliwość innego ich nazwania. Wartości te są podstawowe w tym sensie, że są jednakowo oczywiste (*self-evident*)

² W oryginale: *Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided.*

³ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, wyd. VII, Oxford 1992, s. 59.

⁴ *Ibidem*, s. 85–90.

⁵ W artykule: G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, „The American Journal of Jurisprudence” 1987 r., nr 32, s. 99–152. Finnis, wspólnie z dwoma współautorami: G. Griszem i J. Boylem, przestawia nieco zmodyfikowaną postać listy dóbr podstawowych. Tę właśnie listę prezentują wszyscy trzej autorzy jako jej ostateczną wersję. Obejmuje ona: 1. Życie wraz ze zdrowiem i bezpieczeństwem; 2. Wiedzę i doznanie estetyczne; 3. Pewien poziom doskonałości w pracy i zabawie; 4. Nawiązywanie przyjaznych więzów z innymi ludźmi (*neighborliness, friendship*); 5. Wewnętrzny

oraz nie jest możliwe analityczne sprowadzenie którejkolwiek z nich do innej; wartości te nie są także uporządkowane hierarchicznie⁶.

Wymienione wartości są oczywiste, ale nie znaczy to, że są one wpisane w ludzki umysł od urodzenia (i w tym sensie „wrodzone”) lub że są aktualnie rozpoznawane i akceptowane przez wszystkich ludzi. Nie jest też tak, by akceptacja owych wartości nie wymagała przyjęcia pewnych założeń. Przecież reguły logiki lub nakaz odrzucenia tez samozaprzeczających są wzorcowymi przykładami oczywistych zasad racjonalności teoretycznej. Zasady te nie opisują jakiejś rzeczywistości, nie można dowieść ich ważności – są raczej zakładane jako warunek wszelkiego dowodzenia. Są one obiektywne, nie mają charakteru konwencjonalnego, choć nie poznaje się ich na drodze „prostej naoczności” ani też ich ważność nie jest jedynie sprawą czichszej odczuć czy intuicji. Nie przesądzają one treści poznania teoretycznego, są raczej zasadami metodologicznymi⁷. Złamanie tych zasad jest nieracjonalne, jednak nie jest zachowaniem bezsensownym⁸.

W podobny sposób oczywiste są podstawowe zasady praktyczne (*basic principles*), odpowiadające poszczególnym dobrom podstawowym. Tezie tej zaprzeczają wprawdzie sceptycy, którzy odmawiają sądom wartościującym obiektywnego charakteru. Ich zdaniem, sądy wartościujące są niczym więcej, jak wyrazem czichszej odczuć lub pragnień. Osoba formułująca sąd wartościujący dokonuje projekcji, obiektywizuje swoje odczucia i pragnienia – mylnie sądząc, że można przypisać przedmiotom takie cechy, jak „dobry”, „wartościowy”, „doskonały” itp. Zdaniem Finnisa, pogląd sceptyków nie potrafi jednak wyjaśnić owego powszechnie spotykanego zjawiska, że pewne wartości wydają się nam oczywiste, jak choćby wartość wiedzy. Nikt poważnie nie zaprzeczy sądowi, że lepiej być dobrze poinformowanym, niż trwać w ignorancji. Wiedza jest lepsza od ignorancji, czy ktoś tego chce, czy nie. Jest to zatem fakt obiektywny, który znajduje wy tłumaczenie w tym, że sąd o wartości wiedzy jest racjonalnym sądem dotyczącym ogólnej formy dobrego życia człowieka, wypełnienia ludzkiej potencjalności (możności)⁹. Nie znaczy to jednak, że podstawowe zasady praktyczne są dedukowane lub w inny sposób wywodzone ze zdania wyrażającego owo spostrzeżenie.

pokój rozumiany jako harmonia dóbr; 6. Zgodność głoszonych poglądów, dokonywanych wyborów i zachowań, czyli spokój sumienia albo zgodność słów i czynów; 7. Pokój w relacji z Bogiem (bogami) lub jakimś innym, ponadludzkim źródłem sensu i wartości. Pierwsze trzy z wymienionych dóbr są kwalifikowane jako zasadnicze (*substantive*), pozostałe zaś jako zwrotne (*reflexive*).

⁶ J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 92.

⁷ *Ibidem*, s. 68.

⁸ *Ibidem*, s. 69.

⁹ *Ibidem*, s. 71–73.

Twierdzenie, że pierwsze praktyczne zasady, podobnie jak stojące u ich podstaw wartości podstawowe, są oczywiste, Finnis uzasadnia na przykładzie wartości wiedzy (rozumianej jako tzw. wiedza spekulatywna, nieinstrumentalna).

Oczywisty charakter wartości wiedzy można stwierdzić dostrzegając, że każde zdanie zaprzeczające twierdzeniu, że wiedza jest dobra – musi być „operatywnie samoobalające”. Taki charakter ma wypowiedź, której treść zaprzecza dokonaniu czynności konwencjonalnej, które przez reguły konstruujące pewną konwencję jest wiązane z dokonaniem takiej właśnie wypowiedzi¹⁰. Takie „operatywne samoobalenie wypowiedzi” jest zatem rodzajem performatywnej niespójności. Zdanie zaprzeczające wartości wiedzy, obok warstwy deskryptywnej, ma także warstwę performatywną, gdy ten, kto ją formułuje, poważnie pragnie wprowadzić ją do dyskusji. Musi wtedy wysuwać roszczenie ważności, a to roszczenie oparte jest na przekonaniu o prawdziwości wypowiedzi. Jeśli zatem ktoś mówi: „Nieprawda, że wiedza jest wartością”, treść takiej wypowiedzi zaprzecza zawartemu w niej *implicite* roszczeniu ważności.

Finnis zatem nie przeprowadza dowodu na oczywisty charakter wartości podstawowych (byłoby to bowiem postępowanie dotknięte operatywną niespójnością), lecz wykazuje jedynie, że do wewnętrznej sprzeczności prowadzi odmowa uznania oczywistego charakteru wymienionych wartości. Jego argumentacja stanowi nie tyle dowód, co raczej formę „obrony dialektycznej” tezy o wartości wiedzy¹¹. Niestety, Finnis nie przeprowadza podobnych rozważań w stosunku do pozostałych wartości podstawowych, a nie ulega wątpliwości, że – poza praktyczną rozumnością – można odmówić miana wartości pozostałym pozycjom z listy Finnisa, bez narażania się na popełnienie „niespójności operatywnej”.

Do dóbr tych mogą mieć natomiast zastosowanie pozostałe sposoby „obrony dialektycznej”, przedstawione przez Griseza, Boyle'a i Finnisa. Ten rodzaj argumentacji ma charakter teoretyczny, ale zakłada pewien zasób wiedzy o charakterze potocznym, przedteoretycznym. Choć jednak wiedza o pierwszych zasadach rozumu praktycznego nie jest wywodzona z jakiejś wiedzy teoretycznej, to jednak posiadanie wiedzy o faktach jest nie tylko pozyteczne dla „obrony dialektycznej” pierwszych zasad, ale także jest istotne dla wprowadzania ich w życie. Autorzy teorii odwołują się do dwóch przykładów: poznanie zasad biologii jest niezbędnym warunkiem ochrony zdrowia, a dla tego, kto chce żyć w przyjaźni z Bogiem, niezbędny jest pewien zasób wiedzy o Nim (zdobytej poprzez rozum lub wiarę). Ta dialektyczna argumentacja może przebiegać trzema torami.

¹⁰ Finnis podaje przykład takiej wypowiedzi: „Niemożliwe jest składanie wyrazów w zdania”.

¹¹ G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *op.cit.* s. 111 i nast.

Po pierwsze, studia nad osobą ludzką, obejmujące empiryczną psychologię, jak i filozoficzną antropologię – prowadzą do poznania naturalnych skłonności. Dane pochodzące z tego rodzaju poznania wzmacniają akceptację listy dóbr podstawowych, a odrzucenie tej listy prowadzi do rozdzięku z danymi doświadczenia. Nie jest oczywiście bez znaczenia, czy braną pod uwagę psychologia i koncepcja antropologiczna adekwatnie opisują naturę człowieka.

Po drugie, studia antropologiczne pozwalają odkryć kierunki rozwoju wspólne wszystkim kulturom. Niezależnie od rozbieżności występujących między różnymi kulturami, można obserwować w każdej z nich pewne sposoby obrony społeczności przed zagładą, zdobywania i przechowywania wiedzy, tworzenia harmonii między uczestnikami życia danej społeczności, poszukiwania ponadludzkiego źródła sensu i wartości itd. Wprawdzie nie jest dopuszczalne przeprowadzenie wnioskowania dedukcyjnego, poprzez które z wymienionych wyżej faktów antropologicznych wywodzono by normy prawa naturalnego, ale lista dóbr podstawowych tłumaczy wyniki antropologicznych badań – podczas gdy odrzucenie tej listy i utrzymywanie, że wszystkie wartości ludzkie są jedynie wynikiem uwarunkowań kulturowych, pozostawia wyniki spostrzeżeń antropologii bez wyjaśnienia.

W końcu wszelkie próby dowodzenia, że wymienione na liście dobra nie mają charakteru dóbr podstawowych, lecz są dobrami instrumentalnymi (np. życie, które może służyć realizacji bardzo różnych celów szczegółowych), pociągają za sobą z konieczności – zdaniem autorów teorii – niemożliwą do teoretycznej obrony dualistyczną wizję osoby¹².

Na „obronę dialektyczną” katalogu dóbr podstawowych składa się również sposób odpowiedzi (jakiej udzielają Grisez, Boyle i Finnis) na pytanie o to, jak dobra podstawowe motywują do działania. Każda istota działająca, podkreślają twórcy „nowej teorii prawa naturalnego”, na początku nie spełnia całkowicie swojej realności – zawiera bowiem w sobie pewną potencjalność, która może być zrealizowana tylko przez działanie. Dobra podstawowe są aspektami spełnienia, „wypełnienia potencjalności” osoby i przez to stanowią „racjonalnie uzasadnione racje zachowania”¹³.

Gdy Finnis mówi o wiedzy jako jednym z podstawowych dóbr ludzkich, zaznacza, że nie należy rozumieć tego tak, iż każda okoliczność jest warta poznania w równym stopniu, że o każdy rodzaj wiedzy warto zabiegać w jednakowym stopniu. Więcej warta jest wiedza dotycząca tego, czy twierdzenia postawione w jakiejś książce są prawdziwe czy fałszywe, niż wiedza o tym, ile miligramów tuszu zużyto do jej wydrukowania. Wartość wiedzy nie może być też utożsamiana z tezą, że każda wiedza jest w równym stopniu warto-

¹² *Ibidem*, s. 113.

¹³ *Ibidem*, s. 114.

ściowa dla każdego ani też, że jest ona wartością najwyższą. Wiedza nie jest również rozumiana tu jako wartość moralna. Dyrektywa: „należy dążyć do uzyskania wiedzy” nie jest nakazem moralnym, nie ustanawia moralnego obowiązku. Wartość ta nie jest traktowana jako instrument do osiągnięcia jakichś innych celów. Ostatecznie twierdzenie, że wiedza jest wartością, znaczy tyle, iż powołanie się na dążenie do wiedzy wyjaśnia (choć nie jest to wyjaśnienie pełne) różne przypadki ludzkich zachowań¹⁴.

Życie jest podstawową wartością odpowiadającą dążeniu do przetrwania. Łatwo dostrzec to dążenie u wszystkich ludzi, niezależnie od tego, w jakim kręgu kulturowym żyją. Poszczególne kultury wypracowały jedynie różne sposoby dbania o przetrwanie jednostki i społeczności. Przetrwanie (*survival*) było także podstawowym celem warunkującym wszelkie „truzimy” dotyczące ludzkiej natury w koncepcji „minimum treści prawa naturalnego” H. L. A. Harta. Finnis jednak rozumie „życie” szerzej niż Hart. Dla Finnisa bowiem „życie” oznacza „wszelki aspekt witalności”, a więc dbałość o zdrowie fizyczne i psychiczne, wolność od bólu oraz bezpieczeństwo fizyczne¹⁵. Aspektem życia jako wartości jest także prokreacja. Finnis odróżnia jednak samo dążenie do posiadania potomstwa, które jest aspektem życia jako wartości podstawowej, od pragnienia wychowania dzieci (ukształtowania ich postaw i dostarczenia im pewnego zasobu wiedzy), które jest raczej aspektem innej wartości – życia w społeczności (*sociability*).

Wielu antropologów nie traktuje zabawy jako samodzielnej lub tym bardziej podstawowej wartości ludzkiej, ale Finnis opowiada się za tymi, którzy pojmują zabawę jako wartość niereduksowaną do żadnej innej. Już Platon przedstawił pogląd, że Bóg stworzył człowieka, by się nim bawić. Na życie człowieka należy więc patrzeć jako na swoistą zabawę z Bogiem. Owa zabawa (czy gra) przejawia się nie tylko w zachowaniach jawnie służących rozrywce, ale także w tych, które tradycyjnie uważane są za zachowania „poważne” (jak na przykład biznes)¹⁶. W połowie tego stulecia pojawił się w antropologii pogląd, zgodnie z którym zabawa stanowi podstawowy i nieodzowny składnik ludzkiej natury. Pierwszym i naj sławniejszym przedstawicielem tego nurtu antropologii był Johan Huizinga, na którego podstawową pracę, pochodząą z 1938 roku, powołuje się Finnis¹⁷. Element zabawy może być obecny w każdym rodzaju ludzkiej aktywności, można go wydobyć na drodze analitycznej i odróżnić od „poważnego” kontekstu. Wiele zachowań ma natomiast

¹⁴ J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 62.

¹⁵ G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *op.cit.*, s. 107.

¹⁶ Platon, *Prawa*, ks. VII, 803d–804b [w:] tenże, *Państwo*, tom 2, Warszawa 1958, s. 550–551.

¹⁷ J. Huizinga, *Homo ludens. Zabawa jako źródło kultury*, Warszawa 1985. Huizinga traktuje zabawę jako podstawowy czynnik kulturotwórczy: „Negować można wszystkie niemal abstrakcje: prawo, piękno, prawdę, dobro, ducha, Boga! Powągę można negować, zabawy nie można”, *ibidem*, s. 14.

pierwotnie charakter czystej zabawy. To wszystko pozwala uznać zabawę za samoistną wartość.

Podobnie przedstawia się sprawa doznania estetycznego (*aesthetic experience*), które bywa zazwyczaj składnikiem innych działań, nienakierowanych na doświadczanie piękna. Odnośnie takich działań można jednak oddzielić doświadczenie piękna od innych składników zachowania. Taka sytuacja zachodzi na przykład w przypadku gry, w której poszczególne zagrania lub ruchy są uważane przez znawców za piękne, choć celem gry jest osiągnięcie zwycięstwa, a więc zabawa, a nie doświadczenie piękna. Występują i takie zachowania, które są bezpośrednio nakiernowane na doświadczenia piękna i w takich działańach inne składniki są albo drugorzędne, albo w ogóle nieobecne. Zdaniem Finnisa, pozwala to – podobnie jak w przypadku zabawy – uznać doznanie estetyczne za odrębną, pierwotną wartość.

Życie w społeczeństwie (*sociability*), nawet w swej najsłabszej postaci, jest wartością rozumianą jako zapewnienie minimum pokoju i harmonii między ludźmi. Wartość ta w swej najsilniejszej postaci ujawnia się w przyjaźni. Bywa często tak, że współpraca między ludźmi ma czysto instrumentalny charakter i służy celom postawionym przez jedną tylko lub obie strony takiej relacji. W przyjaźni zaś celem każdej ze stron relacji jest dobro tej drugiej strony, realizacja jej celów. Finnis pyta retorycznie: „Czyż pozostawanie w relacji przyjaźni przynajmniej z jedną osobą nie jest podstawową formą dobra?”. Wartość życia w społeczności jako podstawa wszelkiego rodzaju wspólnoty i klucz do zrozumienia idei dobra wspólnego odgrywa szczególnie istotną rolę w zrozumieniu sformułowanej przez Finnisa teorii prawa.

Cudzysłów, w jaki został wzięty wyraz „religia”, sygnalizuje, że Finnis używa tego pojęcia w szerszym znaczeniu niż to, jakie nadają mu religioznawcy i religiolodzy. „Religia” w ujęciu Finnisa wyraża ludzką zdolność i potrzebę wykraczania poza wymiar własnego życia i wymiar kosmosu – przez stawianie egzystencjalnych pytań i poszukiwanie na nie odpowiedzi. „Religia” jest sama zdolność stawiania pytań egzystencjalnych. To podstawowe dobro jest doświadczane także przez agnostyków i nawet ateistów, którzy pytanie o istnienie Boga czy sens ludzkiego życia (w wymiarze indywidualnym i zbiorowym) rozstrzygają negatywnie lub pozostawiają je bez odpowiedzi. Charakterystyczną cechą „nowej teorii prawa naturalnego” jest jednak to, że „religia” (nawet pojęta w taki sposób, jak ma to miejsce u Finnisa) nie stanowi punktu wyjścia całej teorii, nie musi też być zakładana jako niezbędna presupozycja teorii prawa naturalnego.

Ostatnią z wymienionych przez Finnisa wartości jest praktyczna rozumność (*practical reasonableness*), pojmowana jako zdolność wykorzystania inteligencji do działania w sposób efektywny, rozumnego wybierania celów swego działania i stylu życia, a także kształtowania swego charakte-

ru. Z jednej strony praktyczna rozumność stanowi ograniczenie efektywnej wolności człowieka, lecz z drugiej strony – pozwala nadać rozumny porządek własnym zachowaniom. Porządek ten w aspekcie wewnętrznym jest zdolnością nadawania własnym emocjom i dążeniom ładu wewnętrznego, owocującego pokojem umysłu. Wprawdzie pewną postać „pokoju umysłu” uzyskać też można jako efekt zażywania narkotyków lub indoktrynacji, jednak postępowanie w sposób wyznaczony przez wymogi praktycznej rozumności pozwala uzyskać pokój wewnętrzny przy pełnym poszanowaniu integralności i wolności osoby ludzkiej. Aspekt zewnętrzny tego porządku polega na nadawaniu własnym działaniom charakteru autentycznego, czyli wyrażaniu w działaniu własnych ocen dokonywanych w sposób wolny, własnych preferencji, oczekiwani i samookreślenia. Praktyczna rozumność odgrywa w teorii Finnis kluczową rolę. Wymogi praktycznej rozumności (rozumu praktycznego, *requirements of practical reasonables*) wyznaczają warunki poprawności rozumowania praktycznego i składają się na istotę „metody prawnonaturalnej”. Wymogi praktycznej rozumności odgrywają szczególną rolę – określają uczestnictwo w innych dobrach podstawowych, zobowiązania, wybór celów i dróg ich realizacji. Wśród nich Finnis wylicza m.in. wymóg kierowania się spójnym planem życia, brak arbitralnego preferowania jakiejś wartości podstawowej, bezstronność, respekt dla wszystkich wartości podstawowych w każdym czynie, wymóg kierowania się nakazami sumienia¹⁸.

Wymienione wyżej wartości nie mają charakteru moralnego, są „zasadami praktycznymi” o charakterze przedmoralnym¹⁹. Finnis uważa, że nie można wszystkich dóbr ludzkich zredukować do jakiejś jednej wartości, jak chcą tego niektóre systemy aksjologiczne. Nie da się ich zredukować też do „przyjemności”, rozumianej na sposób hedonistyczny. Również życie nie jest wartością, do której dałoby się sprowadzić wszystkie pozostałe. Finnis krytycznie ocenia nawet próbę sprowadzenia wartości ludzkich przez św. Tomasza do triady:

1. Życie jako wartość fundamentalna (ochrona życia jest wartością, dobrem nie tylko dla człowieka, ale także dla zwierząt, a nawet wszelkich istot żywych posiadających tzw. duszę wegetatywną).
2. Łączenie się kobiety i mężczyzny w parę dla zrodzenia i wychowania potomstwa.
3. Wiedza (obejmująca w pierwszej kolejności poznanie Boga), która przynależna jest jedynie aniołom i rodzajowi ludzkiemu²⁰.

Zdaniem Finnisza, łatwo można ulec zhdzeniu, że owa triada jest hierarchicznie uporządkowanym systemem wartości, przedstawionym w odwrot-

¹⁸ J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 100–126.

¹⁹ G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *op. cit.*, s. 126–127.

²⁰ Św. Tomasz z Akwinu, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2c.

nej kolejności w stosunku do miejsca poszczególnych wartości w hierarchii. Przy tym sposobie rozumienia owej triady najwyższą wartością byłoby poznanie Boga, jako dostępne jedynie istotom rozumnym. Jednak sam św. Tomasz odrzucał myśl, by wiedzy (w tym również poznaniu Boga) dawać zawsze pierwszeństwo przed pozostałymi dwiema wartościami, dla tego też był przeciwny nawracaniu za pomocą miecza²¹.

Człowiek dąży do osiągnięcia tych dóbr, ale pełna ich realizacja nie jest możliwa – dlatego lepiej jest mówić o uczestnictwie (*participation*) w tych wartościach, niż o ich urzeczywistnianiu (*realization*)²².

3. „NOWA TEORIA PRAWA NATURALNEGO” WOBEC PODSTAWOWYCH PROBLEMÓW PRAWA I ETYKI

Oparta na takich podstawach „nowa teoria prawa naturalnego” staje wobec podstawowych problemów etyki i filozofii prawa, jak koncepcja sprawiedliwości, istota praw podmiotowych oraz związek prawa i moralności.

Za Arystotelesem Finnis odróżnia sprawiedliwość dystrybutywną (rozdzielczą) i komutatywną (wyrównawczą). Traktuje sprawiedliwość jako konsekwencję wymogów praktycznej rozumności.

W swym najbardziej ogólnym znaczeniu treść pojęcia „sprawiedliwość” obejmuje trzy elementy:

1. Skierowanie ku innym (o sprawiedliwości można mówić tylko w jakiejś społeczności, ma ona z koniecznością charakter międzyosobowy).
2. Konstytuowanie obowiązku, czyli tego, co jest komuś od kogoś należne (*debitum*) i odpowiadającego mu uprawnienia (*right*), które daje podstawę do formułowania roszczenia.
3. Równość, która jest rozumiana jako analogia, a więc zarówno jako równość w sensie arytmetycznym ($2 = 2$), jak i geometrycznym ($1:1 = 2:2$ albo $3:2 = 6:4$) – cechę tę lepiej nazwać „proporcjonalnością” lub „równowagą”²³.

Przyjęta przez Finnisa teoria sprawiedliwości, zgodnie z jego własną deklaracją, ma szersze zastosowanie niż inne klasyczne i współczesne teorie. Nie jest ograniczona jedynie do relacji między ludźmi wolnymi i równymi sobie pod względem statusu społecznego (tak sprawiedliwość rozumiał Arystoteles²⁴), jej zastosowanie nie ogranicza się do „podstawowych instytucji społeczeństwa”, jak ma to miejsce w teorii Rawlsa²⁵. Wy-

²¹ *Ibidem*, I-II q. 64, a. 5 ad 3; a. 6 ad 2; III, q. 68, a. 11 ad 3.

²² J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 90–96.

²³ *Ibidem*, s. 161–163.

²⁴ Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, V. 6: 1134a 25–b17.

²⁵ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 14.

mogi sprawiedliwości podane przez Finnisa nie mogą być również sprowadzone do zasady przytaczanej przez Harta: „Podobne przypadki traktuj w podobny sposób, a przypadki różne w sposób różny”²⁶.

Według Finnisa, w najogólniejszym ujęciu sprawiedliwość jest „praktycznym pragnieniem uznawania i popierania dobra wspólnego własnej społeczności”, a zatem teoria sprawiedliwości jest teorią tego, „co jest wymagane dla dobra wspólnego”²⁷.

„Podstawowym składnikiem dobra wspólnego” są w teorii Finnisa także prawa człowieka (nazywane przez niego zamiennie także „uprawnieniami naturalnymi” – *natural rights*). Prawa człowieka mają – zdaniem Finnisa – charakter absolutny i uniwersalny. Są one skorelowane z obowiązkami naturalnymi. Ich podstawą jest wymóg praktycznej rozumności, by w każdym działaniu brać pod uwagę wszystkie dobra podstawowe i baczyć, by działanie nie było wymierzone przeciwko któremuś z nich²⁸. Wśród tych praw Finnis wymienia prawo do tego, by życie człowieka nie było traktowane jako środek do realizacji jakichś celów; prawo do tego, by nie być okłamywanym w żadnej sytuacji, w której ma miejsce przekazywanie informacji (np. w ramach nauczania, wygłaszenia kazań, publikowania wyników badań naukowych, przekazywania wiadomości przez środki masowego przekazu); związane z poprzednim prawo do tego, by nie być skazywanym na podstawie fałszywych zarzutów; prawo do tego, by nie być pozbawianym ani zmuszany do pozbawienia się zdolności płodzenia²⁹.

Odmienne niż czynią to inni tomiści, odnosi się Finnis do relacji między Bogiem a prawem naturalnym. Według teorii tomistycznych, Bóg jako stwórca człowieka i jego natury jest źródłem nakazów prawa naturalnego i ich gwarantem. Lloyd zauważa, że Finnis – podobnie jak niegdyś Grocusz, który u podstawy swej teorii prawa naturalnego postawił hipotezę *etiamsi daremus non esse Deum*³⁰ – nie czyni z tezy o istnieniu Boga punktu wyjścia swych rozważyń; istnienie Boga jako Prawodawcy jest w tej teorii raczej wnioskiem, nie przesłanką³¹. Finnis nie wywodzi zasad prawa naturalnego z woli Boga, gdyż każdy, kto tak czyni – staje przed pytaniem: „Dlaczego należy spełniać wolę Boga?”. Raczej przyjęcie argumentów zawartych w „nowej teorii prawa naturalnego” prowadzi do uznania istnienia „Przyczyny, która nie ma własnej przyczyny”, Boga rozumianego jako Byt, w którym istota i istnienie są tożsame. Zwią-

²⁶ H. L. A. Hart, *op.cit.*, s. 155–156.

²⁷ J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 164–165.

²⁸ *Ibidem*, roz. V. 7.

²⁹ *Ibidem*, s. 225.

³⁰ H. Grocusz, *O prawie wojny i pokoju*, Warszawa 1957, *Prolegomena*, pkt 11.

³¹ L. Lloyd, M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Londyn 1985, s. 141.

zek między tomistyczną metafizyką i etyką w „nowej teorii prawa naturalnego” polega więc na tym, że etyka jest drogą prowadzącą do metafizyki. Finnis wyraża przy tym przekonanie, że dobra podstawowe i wymogi praktycznej rozumności, które są rozpoznawane jako oczywiste w poznaniu praktycznym, mają swą ostateczną „bazę” w ludzkiej naturze stworzonej przez Boga i ujawniają się w ludzkich skłonnościach. Wreszcie, trochę przewrotnie, stawia hipotezę, że być może wymogi praktycznej rozumności są regułami gry, którą człowiek rozgrywa z Bogiem. „Religia” i zabawa jako dobra podstawowe są więc równie ważne, a droga osoby ludzkiej do realizacji przyjaźni z Bogiem opiera się na przestrzeganiu wszystkich wymogów praktycznej rozumności i poszanowaniu wszystkich podstawowych postaci ludzkiego dobra³².

4. „NOWA TEORIA PRAWA NATURALNEGO” MIĘDZY STANOWISKIEM PRAWNONATURALNYM A PRAWNOPOZYTWISTYCZNYM

Wyposażona w takie fundamenty teoria Finnisa stanowi pomost między stanowiskiem prawnonaturalnym a pozytywizmem prawniczym. Spór między tymi stanowiskami, będący jedną z głównych osi filozofii prawa, jest ciągle żywy, choć jego temperatura w ostatnim półwieczu wyraźnie spadła. Postępuje bowiem proces zbliżania się do siebie tych dwóch – pierwotnie biegunowo przeciwnych – koncepcji prawa. W doktrynie anglosaskiej proces ten został zapoczątkowany sławną debatą Herberta Harta i Lona Fullera, która toczyła się na łamach amerykańskiej prasy prawniczej w latach 1958–1969³³.

Zasadniczym przedmiotem sporu między stanowiskiem prawnonaturalnym a pozytywizmem prawniczym jest sposób pojmowania relacji między prawem a moralnością. O ile zwolennicy idei prawa naturalnego przyjmują istnienie trwałego związku między tymi systemami normatywnymi, o tyle pozytywiści mocno podkreślają całkowite ich rozdzielenie. Zwolennicy idei prawa naturalnego upatrują ostatecznego źródła wszelkiego prawa w naturze świata lub naturze człowieka, pojmowanych zazwyczaj na sposób kreationistyczny; pozytywiści utożsamiają prawo z przejawem woli suwerena wyrażonym w sformalizowany sposób. Te różnice pociągają za sobą dalsze konsekwencje: odmienne pojmowanie istoty i kryteriów obowiązywania normy prawnej oraz obowiązku posłuszeństwa prawa.

³² J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, roz. XIII.

³³ Szczegółowe omówienie tej debaty znaleźć można w artykule: H. J. M. Boukema, *The Hart–Fuller Debate, „Rechtstheorie”* 1983 r., nr 14, s. 29–59.

Chociaż w literaturze przedmiotu sporne są kryteria pozwalające zakwalifikować doktrynę jako prawnonaturalną, wydaje się, że przez przedstawicieli tych doktryn są zazwyczaj akceptowane następujące tezy:

1. Istnieją reguły prawne, niebędące rezultatem zachowania się organów państwa, a regulujące zakres stosunków normowanych przez prawo pozytywne; przy czym reguły te są podstawą oceny prawa pozytywnego wedle kryterium jego sprawiedliwości.
2. Z faktów opisanych zdaniami wynikają w sensie logicznym określone wartości lub reguły wyrażone w ocenach lub normach.
3. Źródłem ocen lub reguł prawa naturalnego są właściwości natury człowieka, jego przeżyć sprawiedliwości bądź niesprawiedliwości lub elementarnego współżycia w grupie ludzkiej.
4. Reguły, względnie oceny prawnonaturalne, są niezmienne, a jeśli zmienne, to w każdym razie są bardziej stałe niż normy prawa pozytywnego³⁴.
5. Reguły te stanowią podstawę obowiązywania prawa pozytywnego³⁵.
6. Możliwe jest odkrycie „powinności materialnych”, czyli takich, które nie są zrelatywizowane ani systemowo, ani instrumentalnie.
7. „Powinności materialne” mogą być wywodzone ze zdań o faktach (faktach „naturalnych” lub „nadnaturalnych”).
8. Możliwe jest zbudowanie naukowej aksjologii, w ramach której można naukowo uzasadniać materialne wartości i powinności³⁶.

Zdaniem Opałka i Wróblewskiego trzy pierwsze i trzy ostatnie tezy muszą być składnikami każdej teorii prawa naturalnego. Aarnio uważa natomiast, że dla uznania doktryny za prawnonaturalną (w kontekście sporu: pozytywizm prawniczy – teorie prawa naturalnego) wystarczy ustalenie, że zawiera ona dwie pierwsze tezy³⁷.

Wydaje się, że Finnis akceptuje tezę pierwszą tylko częściowo. Nie wątpliwie, stanowiące fundament jego teorii zasady podstawowe, budowane w oparciu o dobra podstawowe człowieka oraz wymogi praktycznej rozumności, są regułami niebędącymi rezultatem zachowania się organów państwowych. Wątpliwe jest jednak, czy te zasady mają charakter „prawny”, czy „regulują zakres stosunków normowanych przez prawo pozytywne” i czy stanowią podstawę oceny prawa pozytywnego według kryterium jego sprawiedliwości. Zakres regulacji podstawowych zasad i wymogów praktycznej rozumności nie odpowiada zakresowi regulacji

³⁴ Porównaj: K. Opałek, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1963, s. 26.

³⁵ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i filozofia prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 44.

³⁶ K. Opałek, J. Wróblewski, *Aksjologia – dylemat między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa natury*, „Państwo i Prawo” 1966 r., nr 9, s. 260–261.

³⁷ A. Aarnio, *Form and Content in Law: Dimensions and Definitions of Legal Positivism*, „Archivum Juridicum Cracoviense”, tom 12, Kraków 1980.

prawnych. Właściwie tylko pierwsza z zasad podstawowych, nakazująca ochronę ludzkiego życia, dotyczy sfery regulowanej przez wszystkie porządki prawne. Nie można tego powiedzieć o żadnej z pozostałych zasad podstawowych ani o wymogach praktycznej rozumności. Stanowią one jednak podstawę oceny prawa pozytywnego według kryterium jego sprawiedliwości, lecz nie w tym znaczeniu, by ich treść miała być porównywana z treścią regulacji prawnych oraz, w przypadku stwierdzenia sprzeczności między nimi, by regulacje prawne były uznawane za nieobowiązujące, jako sprzeczne z prawem naturalnym. Zasady podstawowe i wymogi praktycznej rozumności służą za podstawę oceny rozumności (racjonalności) praktycznych decyzji, w szczególności decyzji stanowienia prawa i w tym znaczeniu są podstawą oceny samego prawa. Prawo naturalne jest, zdaniem Finnisa, prawem jedynie w analogicznym sensie.

Finnis nie akceptuje oczywiście tez drugiej i siódmej. Ich odrzucenie stanowi jeden z fundamentów jego teorii.

Dobra podstawowe i budowane na ich bazie podstawowe zasady oraz wymogi praktycznej rozumności, czyli wszystkie elementy składające się na „metodę prawnonaturalną”, są oczywiste same przez się (*per se nota, self-evident*)³⁸. Finnis nie wywodzi ich „z natury człowieka, właściwości elementarnego współżycia w grupie lub przeżyć sprawiedliwości i niesprawiedliwości”, tak jak św. Tomasz ogranicza się do dostrzeżenia równoległości podstawowych zasad prawa naturalnego w stosunku do ludzkich skłonności. Nie ma tu jednak wywodzenia pierwszych z drugich.

Finnis akceptuje tezę czwartą. Podstawowe elementy tworzące konstrukcję jego teorii (zasady podstawowe i wymogi praktycznej rozumności) mają charakter obiektywny i niezmienny. Jednak nie głosi on poglądu, że opisana przez niego „metoda prawnonaturalna” prowadzi zawsze do jedynej słusznej w danych warunkach decyzji, będącej wyrazem prawa naturalnego. Metoda ta polega w dużej mierze na „ważeniu” dóbr podstawowych i racji w konkretnych warunkach, w których decyzja jest podejmowana, stąd, moim zdaniem, bierze się zmienność reguł i ocen wydawanych w zgodzie z wymogami praktycznej rozumności.

Tezę piątą Finnis zdecydowanie odrzuca, gdyż uznaje autonomiczne obowiązywanie prawa pozytywnego. Zasadniczo interesuje go jedynie kwestia, czy niesprawiedliwe prawo pozytywne wiąże w sumieniu, a więc czy jest wiążące w sensie moralnym³⁹.

³⁸ Gerard V. Bradley i Robert George uważają, że Grisez i Finnis nie głoszą, iż dobra podstawowe są oczywiste same przez się, lecz że taki charakter mają jedynie podstawowe zasady odpowiadające poszczególnym dobrom podstawowym, mające formę: „Należy chronić, promować i podawać za dobrem X”, patrz: G. V. Bradley, R. George, *The New Natural Law Theory: a Reply to Jean Porter*, „The American Journal of Jurisprudence” 1994 r, nr 39, s. 305.

³⁹ Zob. J. Finnis, *Unjust Laws* [w:] J. Finnis, *Natural Law and...*, *op. cit.*

Tezę szóstą Finnis akceptuje. Zasady podstawowe i wymogi praktycznej rozumności mają charakter „powinności materialnych” w znaczeniu, jakie nadał temu pojęciu J. Wróblewski. Pociąga to za sobą akceptację tezy ósmej, z tym jednak zastrzeżeniem, że według Finnisa możliwe jest rozumne poznanie powinności i wydanie decyzji jako sądu rozumu praktycznego. Nie znaczy to, że takie poznanie ma charakter naukowy. W tej kwestii Finnis nie wypowiada się – nie rozstrzyga, czy poznanie praktyczne spełnia jakieś wcześniej określone kryteria „naukowości”.

Jednocześnie Finnis akceptuje szereg tez, które wskazywane są zazwyczaj jako typowe elementy teorii pozytywistycznych. Są to następujące tezy:

1. Dla ustalenia, jakie prawo obowiązuje (w sensie formalnym) wystarczą kryteria faktualne, empiryczne.
2. Prawo nie czerpie mocy wiążącej (w sensie formalnym) ze swej treści moralnej.
3. Należy odróżnić badanie prawa takim, jakie jest, od badań socjologicznych i historycznych nad prawem oraz ocen moralnych.
4. Należy ściśle oddzielać „byt” od „powinności” na trzech płaszczyznach: ontologicznej, epistemologicznej i logicznej.

Pierwsze trzy tezy są konsekwencją przyjętej przez Finnisa koncepcji autonomii prawa pozytywnego, a ściśle rzecz ujmując – autonomii jego mocy wiążącej. Finnis odróżnia moralny obowiązek przestrzegania prawa od formalnego związania prawem.

Czwarta teza natomiast stanowi filar „nowej teorii prawa naturalnego”.

Z drugiej strony Finnis stanowczo odrzuca szereg twierdzeń charakterystycznych dla pozytywizmu prawniczego (a przynajmniej jego klasycznej, pierwotnej wersji). W szczególności poniższe tezy nie znajdują jego aprobaty:

1. Prawa ustanowione przez człowieka są rozkazami.
2. Rzeczywiste prawo jest produktem dzierżenia władzy, która nie jest niczym skrępowana w tworzeniu prawa.
3. Prawo jest systemem zupełnym, wszelkie decyzje można w nim podjąć przy pomocy formalnologicznych reguł inferencyjnych.
4. Należy okazywać bezwzględne posłuszeństwo prawu pozytywnemu.
5. Nauka prawa jest ograniczona do dogmatyk prawniczych, jej przedmiotem jest prawo takie, jakie jest. Jej zadaniem jest opracowanie aparatu pojęciowego prawa, systematyzacja i interpretacja prawa, badanie jego stosowania.
6. Interpretacja prawnicza jest odkrywaniem woli historycznego prawników⁴⁰.

⁴⁰ Wymienione tezy są również odrzucone przez większość współczesnych przedstawicieli „dojrzalych” postaci pozytywizmu: H. L. A. Harta, J. Raza czy N. MacCormicka.

5. TRUDNOŚCI Z KLASYFIKACJĄ „NOWEJ TEORII PRAWA NATURALNEGO”

Można zatem postawić pytanie: „Czy teoria Finnisa jest rzeczywiście teorią prawnonaturalną?”. Porter udziela na to pytanie odpowiedzi przeczącej⁴¹. Jej zdaniem, decydujące znaczenie ma to, że „nowa teoria prawa naturalnego” utrzymuje, iż normy moralne nie mogą być dedukowane lub wywodzone z faktów dotyczących ludzkiej natury. Poza tym, „nowa teoria” odrzuca voluntarystyczny sposób widzenia prawa naturalnego, czyli odrzuca utożsamienie tego prawa z wolą Najwyższego Prawodawcy, a zamiast tego mówi o prawie naturalnym jako o systemie roszczeń rozumu. Porter przyjmuje – jak widać – dość wąski sposób rozumienia pojęcia „prawo naturalne”. W zakresie tak rozumianego pojęcia mieszczą się tylko niektóre teorie tomistyczne. Wydaje się jednak, że nie ma żadnych podstaw, by uznawać teorię za prawnonaturalną lub odmawiać jej takiego miana tylko ze względu na to, że teoria ta przewiduje wyprowadzanie powinności moralnej z tak czy inaczej rozumianych faktów. Można wprawdzie postawić teorii Finnisa zarzut, że jest to „teoria prawa naturalnego bez natury”, bo w istocie koncepcja natury nie odgrywa w niej kluczowej roli. Sądę jednak, iż nie można zgodzić się z tezą, że tylko takie teorie mają charakter prawnonaturalny, które dopuszczają wywodzenie (na drodze dedukcji lub w jakiś inny sposób) powinności moralnych (norm prawa naturalnego) z tak czy inaczej rozumianej natury. W teorii prawnonaturalnej bowiem związki między powinnością a naturą (naturą człowieka w szczególności) mogą mieć inny charakter. Choćby taki, jak w teorii Finnisa, gdzie podkreśla się, że podstawowym składnikiem istoty (natury) człowieka jest jego rozumność – wymogi rozumności wskazują człowiekowi drogę do osiągnięcia pełni swojego rozwoju. I to stanowi podstawę obowiązywania zasad prawnonaturalnych.

Finnis i pozostali twórcy „nowej teorii prawa naturalnego” nie tylko akceptują przedstawioną przez św. Tomasza koncepcję bytu, ale czynią z niej głębszą strukturę swej teorii. Podkreślić jednak raz jeszcze należy, że przyjęcie ontologii tomistycznej nie jest warunkiem koniecznym dla odkrycia prawa naturalnego i poznania jego treści. To raczej poznanie prawa naturalnego skłania do akceptacji tez tomistycznej metafizyki.

Choć sam Finnis nie używa tego pojęcia, można jednak powiedzieć, że tomistyczne tezy metafizyczne mają w stosunku do sądów stwierdzających istnienie prawa naturalnego charakter „warunków uniesprzeczniających”⁴².

⁴¹ J. Porter, *Basic Goods and the Human Good in Recent Catholic Moral Theology*, „The Thomist” 1994 r., nr 40, s. 27.

⁴² Pojęcie to odgrywa kluczową rolę w metodologii metafizycznego dyskursu współczesnego tomizmu.

Charakterystyczne dla metafizyki tomistycznej odróżnienie w bycie aktu i możliwości (potencjalności) jest na przykład używane przez Finnis dla wyjaśnienia podstaw powinności moralnej. Otóż pojęcie „pełnego rozwoju” (*flourishing*), odgrywające istotną rolę w „nowej teorii prawa naturalnego”, Finnis uważa za synonim słowa „możność” („potencjalność”) występującego w metafizyce św. Tomasza.

Odrzucenie możliwości wyprowadzania „powinności” z „bytu” stawia przed teorią Finnis nowe problemy, a w szczególności pozbawia tę teorię mocnego uzasadnienia poszczególnych zasad prawa naturalnego. Finnis twierdzi wprawdzie, że podstawowe zasady i wymogi praktycznej rozumności są oczywiste same przez sieć, ale nie udaje się mu podać wystarczających argumentów na to, że tak jest. Zwraca na to uwagę MacCormick⁴³, który odrzuca wszelkie próby obrony tezy, że dobra podstawowe mają charakter oczywisty i obiektywny (także argumenty podniesione w obronie „nowej teorii” przez R. P. George'a⁴⁴) – uważa, że poglądy Finnisza w tej sprawie są przejawem „niemożliwej do zaakceptowania wersji metaetycznego kognitywizmu”⁴⁵. Wydaje się, że rzeczywiście znacznie łatwiej podważyć poszczególne zasady podstawowe w teorii Finnisza, niż zaprzeczyć w klasycznej teorii tomistycznej normom prawa naturalnego, powiązany z właściwościami ludzkiej natury. W teoriach tego drugiego rodzaju, odrzucających oddzielenie „bytu” i „powinności”, związek między normami postępowania a właściwościami ludzkiej natury jest bardzo silny. Oczywiście muszą się one zmierzyć z zarzutem błędu naturalistycznego, skierowanym przeciw tym, którzy z właściwości natury wyprowadzają normy postępowania. Trudności, przed którymi staje Finnis, nie dają jednak podstaw do odmówienia jego teorii miana „teorii prawnonaturalnej”.

Moim zdaniem, o prawnonaturalnym charakterze tej teorii decydują następujące jej twierdzenia:

1. Wydawanie sądów praktycznych podlega ocenie z punktu widzenia rozumności (racjonalności), przy czym kryteria tej oceny mają charakter obiektywny i uniwersalny.
2. Treść prawa pozytywnego podlega ocenie z punktu widzenia zasad praktycznych i wymogów praktycznej rozumności, a treść owej oceny decyduje o uznaniu lub odrzuceniu moralnej mocy wiążącej tego prawa.
3. Można racjonalnie uzasadnić istnienie katalogu absolutnych praw człowieka.

⁴³ N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals* [w:] R. P. George (red.), *Natural Law. Contemporary Essays*, Oxford 1992 r.

⁴⁴ R. P. George, *Recent Criticism of Natural Law Theory*, „University of Chicago Law Review” 1988 r., nr 55; J. Finnis (red.), *Natural Law*, tom 1, Alershot–Hong-Kong–Singapore–Sydney 1991.

⁴⁵ N. MacCormick, *Natural Law...*, *op.cit.*, s. 128.

4. Powinność, także powinność prawną, jest wyznaczana przez wpisaną w istotę człowieka potencjalność. Ta potencjalność ludzkiej natury wyznacza cel w postaci pełni rozwoju ludzkiego (*human flourishing, human fulfillment*).
5. Podstawą rozumowania praktycznego jest oczywista pierwsza zasada praktycznego rozumu, sformułowana przez św. Tomasza, a ujęta w nakaz: „Dobro należy czynić i do niego dążyć, zła należy unikać”. W praktycznym rozumowaniu pełni ona rolę analogiczną do tej, jaką w rozumowaniu teoretycznym pełni zasada niesprzeczności.
6. Wielość podstawowych praktycznych zasad i brak ich hierarchicznego zróżnicowania jest odbiciem złożoności ludzkiej natury.

Sądzę, że trudności z zakwalifikowaniem teorii Finnisa do teorii prawnonaturalnych albo pozytywistycznych biorą się z niezadowalającego charakteru kryteriów, które współcześnie są podawane jako podstawa wytyczenia granicy między pozytywizmem prawniczym a teoriami prawa naturalnego. Trudności te świadczą także o zaawansowanym procesie zacierania granic między tymi dwoma typami filozofii prawa.

Daleko idące otwarcie Finnisa na tezy pozytywizmu prawniczego tłumaczyć chyba należy wpływem, jaki na poglądy tego autora wywarł Herbert Hart. Związki teorii Finnisa z koncepcją prawa Harta są wielorakie. Po pierwsze, obaj zgadzają się z tezą, że prawo ma zasadniczo charakter społeczny. Tezę tę rozumieją jednak odmiennie. Hart wysnuwa z niej wniosek, że nie może być mowy o jakichś uniwersalnych zasadach „prawa naturalnego”, ważnych zawsze i wszędzie – gdyż treść prawa, podobnie jak treść innych reguł społecznych (takich jak reguły moralne lub obyczajowe), jest ostatecznie determinowana przez stale zmieniające się warunki społeczne. W społeczeństwie ścierają się różne kierunki myślenia, różne idee, zatem treść prawa stanowi wypadkową aktualnego stanu tego dynamicznego procesu.

Finnis natomiast, choć uważa życie społeczne (*sociability*) za jedno z oczywistych dóbr podstawowych człowieka, uznaje jednak konieczność wskazania pewnych stałych, obowiązujących obiektywnie zasad – wyznaczających zarówno materialne kryteria oceny postępowania ludzi, jak i kryteria oceny prawidłowości (rozumności) podejmowanych przez nich decyzji.

Zaskakująco zbieżne są też poglądy obu autorów na temat ogólnego obowiązku moralnego przestrzegania prawa. Zarówno Hart, jak i Finnis uzasadniają go koniecznością koordynacji zachowań członków społeczeństwa, którzy realizują różnorodne plany życia; zgadzają się także w kwestii, że zadaniem prawa jest zapewnianie obywatelom warunków przetrwania i rozwoju (*flourishing*). Dla Harta przetrwanie staje się celem uzasadniającym sformułowanie wymogów „minimum treści prawa naturalnego”, czyli pewnej formy „minimalistycznej (ubogiej) teorii praw-

nonaturalnej”⁴⁶. Finnis podąża tą samą drogą w poszukiwaniu zasad prawa naturalnego, jednak – w przeciwnieństwie do Harta – broni się przed wskazaniem jedynego celu uzasadniającego treść zasad tego prawa. Wielość i niereductowalność podstawowych dóbr ludzkich jest charakterystyczną cechą całej „nowej teorii prawa naturalnego”. Jednak listy zasad prawa naturalnego przedstawione przez obu autorów bardzo się różnią. Hart wskazuje pewne „truismy” dotyczące natury człowieka, które mają stanowić uzasadnienie dla poszczególnych zasad jego minimalistycznej postaci prawa naturalnego. Lista Finnisa jest dłuższa, obejmuje, poza siedmioma dobrami podstawowymi i odpowiadającymi im siedmioma zasadami podstawowymi, także osiem lub dziewięć wymogów praktycznej rozumności oraz pierwszą zasadę rozumu praktycznego. Właściwie tylko pierwsza z zasad wskazanych przez Harta (wywodzony z faktu ludzkiej słabości zakaz „Nie zabijaj”) znajduje swój bezpośredni odpowiednik w koncepcji Finnisa.

Jednak w teorii Harta koncepcja „minimum treści prawa naturalnego” wygląda dość dziwnie. Trudno ją pogodzić z akceptowaną przez Harta tezą o niezależności prawa i moralności. Dla Finnisa dostrzeganie głębokich związków prawa i moralności stanowi oczywistą część teorii prawnonaturalnej. Finnis widzi bowiem podstawowy związek między prawem i moralnością w tym, że stanowią one pole działania rozumu praktycznego, są dwoma jego aspektami.

Wydawałoby się, że znacznie więcej wspólnych punktów znaleźć można między teoriami Finnisa i Fullera – wszak obie należą do grupy teorii prawnonaturalnych, obie akcentują wręcz swój prawnonaturalny charakter. Finnis włącza do swej teorii podany przez Fullera zestaw zasad „wewnętrznej moralności prawa” jako zespół wymogów składających się na zasadę państwa prawa (*the Rule of Law*)⁴⁷, lecz stanowczo odrzuca tezę Fullera, że przestrzeganie tych wymogów jest gwarancją, by władza nie przekształciła się w tyranie. Wbrew temu, co twierdził Fuller, Finnis uważa, że dla stworzenia prawa wolnego od niesprawiedliwości nie wystarczy przestrzeganie reguł proceduralnych, składających się na zasadę państwa prawa – konieczne jest również respektowanie przez organa władzy pewnych zasad o charakterze materialnym (substancialnym, treściowym)⁴⁸. Jednocześnie Finnis broni przedstawionej przez Fullera koncepcji „wewnętrznej moralności prawa” przed zarzutem (stawianym m.in. przez Harta), że wymogi składające się na „wewnętrzna moralność” nie

⁴⁶ Do głosicieli tego rodzaju teorii R. Hittinger zalicza, oprócz Harta, także m.in. Fullera, Dworkina, Rawlsa oraz oczywiście Griseza i Finnisa, zob. R. Hittinger, *Varieties of Minimalist Natural Law Theory*, „The American Journal of Jurisprudence” 1989 r., nr 34, s. 141–163.

⁴⁷ J. Finnis, *Natural Law and...*, *op.cit.*, s. 270.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 273.

mają wcale charakteru moralnego, lecz prakseologiczny. Finnis wykazuje, że pewien stan proceduralnej sprawiedliwości (*fairness*), gwarantowany przez owe wymogi i polegający na ograniczeniu kompetencji organów władzy, jest wartością samoistną, a nie instrumentalną⁴⁹. Finnis zgadza się też z Fullerem, że nie można znaleźć jakiejś jednej „częstki ludzkich dążeń”, do której dałyby się zredukować wszystkie ludzkie dobra. Fuller niekonsekwentnie decyduje się jednak ostatecznie wskazać tego rodzaju wartość w postaci „łączności z bliźnimi”, dla Finnisa jest to zaś jeden z aspektów życia w społeczności (*sociability*), rozumianego jako jedno z katalogu dóbr podstawowych. Zasadnicza różnica między Fullerem a Finnisem tkwi w odrzuceniu przez tego pierwszego oddzielenia „bytu” i „powinności”, faktu i wartości. Dla Finnisa to oddzielenie stanowi jedno z fundamentalnych założeń teorii.

W sporze między Fullerem a Hartem Finnis zajmuje jednak stanowisko pośrednie. Odrzuca wprawdzie radykalną tezę o oddzieleniu prawa i moralności, której broni Hart, ale uznaje jednocześnie autonomię formalnego obowiązywania prawa, zgodnie z założeniem, że wyrażenie „obowiązywanie prawa”, podobnie jak wyraz „prawo”, ma charakter wyrażenia o „ogniskowym znaczeniu” (*focal meaning*).

6. „NOWA TEORIA PRAWA NATURALNEGO” W OSĄDZIE WSPÓŁCZESNEGO POZYTYWIZMU PRAWNICZEGO

Instotne światło na stosunek teorii Finnisa do nowoczesnego, „dojrzałego” pozytywizmu prawniczego rzuca ocena tej teorii dokonana przez czołowego współczesnego przedstawiciela brytyjskiej filozofii prawa, a zarazem kolegę Finnisa z seminarium prowadzonego niegdyś przez H. L. A. Harta – Neila MacCormicka⁵⁰.

Za przejaw zatarcia granic między zwolennikami teorii prawa naturalnego a przedstawicielami pozytywizmu prawniczego, uważa MacCormick

⁴⁹ *Ibidem*, s. 274.

⁵⁰ MacCormick, znany jako współtwórca (wraz z O. Weinbergerem) „instytucjonalnej teorii prawa”, sam zalicza swoją teorię do prawniczego pozytywizmu. Przez akces do klubu pozytywistów rozumie on akceptację dwóch następujących tez:

1. Istnienie prawa nie jest zależne od zaspokojenia przez nie jakichś szczególnych wartości moralnych (*Separation thesis*);
2. Istnienie prawa zależy od ustanowienia go na mocy decyzji ludzi będących członkami społeczeństwa.

MacCormick formułuje twierdzenie ogólne dotyczące relacji między pozytywizmem prawniczym a teoriami prawa naturalnego. Jego zdaniem, pozytywiści nadal widzą w sposobie rozumienia relacji między prawem a moralnością zasadniczą linię podziału

zawartą w pracach Finnisa interpretację myślą: *Lex iniusta est [...] legis corruptio*, pochodzącej od św. Tomasza. Skoro myśl ta, według interpretacji Finnisa, nie odmawia miana prawa normie niesprawiedliwej, a jedynie wyraża to, że prawo niesprawiedliwe stanowi potępiane przez moralność nadużycie zaufania do władzy – nie ma różnic w rozumieniu problemu obowiązywania niesprawiedliwego prawa między obu stanowiskami.

Neil MacCormick jako pierwszy zwrócił uwagę na to, że teoria Finnisa jest bardzo bliska analitycznej teorii prawa⁵¹. O tym zasadniczym podobieństwie decydują, jego zdaniem, trzy cechy teorii Finnisa:

Po pierwsze, punktem wyjścia teorii Finnisa nie są żadne założenia metafizyczne czy nawet ontologiczne. Wprawdzie poświęca on całą część swej podstawowej pracy związkom między teorią prawa naturalnego a pojęciem Boga jako Ostatecznej Przyczyny czy pojęciem prawa wiecznego, odgrywającym istotną rolę w teorii św. Tomasza, są to wszystko raczej wnioski albo jednak uboczne wnioski teorii Finnisa, wywiedzione z argumentów pochodzących z etyki świeckiej i mających charakter ściśle prawniczy.

Po drugie, kluczową rolę odgrywa w teorii Finnisa – podobnie jak w teorii MacCormicka – koncepcja rozumowania praktycznego. Punktem wyjścia w teorii Finnisa są wartości (podstawowe wartości), a nie normy. Rozumowanie praktyczne zmierza do realizacji tego, co jest wartością. Poprawność praktycznego rozumowania zależy od tego, czy na drodze poznania potocznego dokonano prawidłowych spostrzeżeń dotyczących zasad racjonalności myślenia. To, czy stosujemy się do tak zidentyfikowanych zasad praktycznej rozumności pokazuje, na ile cenimy taką formę życia, która jest praktycznie racjonalna. Owo pojęcie „rozumowania praktycznego” (którego konkretną postacią jest także rozumowanie prawnicze) odgrywa także kluczową rolę w analitycznej teorii prawa, a w szczególności w instytucjonalnej teorii prawa, która stanowi „nowe

między tymi dwoma nurtami filozofii prawa, podczas gdy wielu zwolenników teorii prawa naturalnego bez oporów przyjmuje w kwestii „prawo a moralność” stanowisko pozytywistów. Zdaniem MacCormicka, różnice między przedstawicielami tych dwóch obozów leżą obecnie gdzie indziej: ujawniają się w dyskusjach wokół natury i jakości społecznych standardów postępowania. Dyskusje te koncentrują się na sposobie rozumienia natury i podstaw rozumu praktycznego, w tym także kwestii, czy w ogóle istnieje coś takiego jak „rozum praktyczny”. Wśród innych realnych problemów, które są przedmiotem dyskusji na gruncie filozofii prawa, MacCormick wymienia jeszcze pytania o to, czy istnieją obiektywne prawdy będące podstawą racjonalnej oceny zarządzeń władzy, czy owe obiektywne prawdy mogą być rozumiane jako kryteria oceny wyższe niż miara ideologicznej spójności, w jakiej relacji pozostają te obiektywne prawdy do wartości przywoływanych przez krytycznych moralistów.

⁵¹ N. MacCormick, *Natural Law Reconsidered*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1981 r., nr 1, s. 99–109.

przybliżenie pozytywizmu prawniczego". Teorie te odrzucają bowiem stanowczo możliwość stosowania na gruncie rozumowań praktycznych kryteriów racjonalności, które są stosowane w rozumowaniach teoretycznych (np. praw logiki formalnej czy szerzej: stosowanych w logice reguł inferencji). Z drugiej strony teorie te chcą różnić się od voluntaryzmu (reprezentowanego współcześnie np. przez prace Alfa Rossa czy też późne prace Hansa Kelsena), odrzucającego samo pojęcie rozumu praktycznego i przenoszącego wszelkie kwestie moralne ze sfery rozumu do sfery woli. MacCormick i Weinberger natomiast przypisują – także na gruncie metaetyki i teorii prawa – istotną rolę kategorii racjonalności. Wobec odrzucenia zbadanych, stosowanych w poznaniu teoretycznym kryteriów racjonalności przed zwolennikami tej teorii staje zadanie znalezienia odrębnych kryteriów racjonalności praktycznej. Z tych względów teoria Finnis, identyfikująca wymogi rozumu praktycznego, stanowi dla twórców instytucjonalnej teorii prawa interesującą próbę rozwiązania ich problemu.

W końcu Finnis operuje pochodzącym od L. Wittgensteina pojęciem „znaczenia ogniskowego” (*focal meaning*) dla oznaczenia tego rodzaju wyrazów, które mają nieostry zakres, posiadający pewien „twardy rdzeń” obejmujący niewątpliwe desygnaty, ale również tzw. cień semantyczny (*penumbra*), czyli zbiór takich przedmiotów (ich liczba jest zawsze nieznana), co do których trudno orzec, czy są desygnatami tego wyrazu, czy też nie. Wyrazy takie charakteryzują się otwartością semantyczną (są *open-textured*), to znaczy – mogą być stosowane do nowych przedmiotów, zjawisk i stanów rzeczy, do których wcześniej nie były odnoszone. Finnis uważa, że taki charakter mają podstawowe dla teorii prawa terminy, np. „prawo”. Zwraca przy tym uwagę na to, że językowe zjawisko „znaczenia ogniskowego” znane było już Arystotelesowi i św. Tomaszowi, choć oczywiście nie nazywali go w ten sposób⁵².

Dodać do tego można niewymieniony przez MacCormicka fakt, że Finnis wielokrotnie i wyraźnie wypowiada się przeciw dedukcyjnemu wprowadzaniu zdań normatywnych ze zdań opisujących fakty naturalne. Finnis w pełni akceptuje koncepcję „błędu naturalistycznego” i sam zdecydowanie go unika.

Finnis traktuje własną teorię i nowoczesną analityczną teorię prawa jako teorie uzupełniające się i zgodne ze sobą, dlatego wpisuje do własnej teorii elementy teorii analitycznej.

Dla MacCormicka jedynym istotnym problemem w zaakceptowaniu teorii Finnisza jest kwestia obiektywnie ważnych wartości podstawowych, które stanowią trzon „nowej teorii prawa naturalnego”. Jeśli ktoś twierdzi, że lista wartości podstawowych człowieka jest inna niż ta, którą

⁵² MacCormick przedstawia swój stosunek do teorii Finnisza w artykule: *Natural Law Reconsidered, op.cit.*, s. 107–108.

można znaleźć w *Natural Law and Natural Rights*, to, zdaniem Finnisa, ów ktoś myli się, popełnia błąd rozumowy. Jest ślepy na prawdę ten, kto próbuje dopisać do listy podstawowych dóbr np. przyjemność (jak próbują to czynić hedoniści), władzę dla niej samej (tak robią niektórzy politycy) czy pieniądze dla przyjemności ich posiadania. MacCormick uważa twierdzenie, że wartości znajdujące się na liście Finnisa czy też jakiekolwiek inne wartości mają charakter „obiektywny, oczywisty i uniwersalny” – za niemożliwe do obrony przed krytycznym sceptycyzmem, charakteryzującym np. filozofię Hume'a. Powołuje się przy tym na argument przedstawiony przez J. L. Mackie'go⁵³ w postaci retorycznego pytania (tzw. argument z dziwaczności – *argument from queerness*): „Jaką to wizję świata musimy przyjąć i w co wierzyć, aby wierzyć w jakiś porządek «dób» czy «wartości», który miałby naprawdę konstytuować obiektywne wartości niezależne od czyjekolwiek oceny? Czy może to być ontologia, która wydaje się tak bardzo dziwaczna z punktu widzenia tego, w co wierzymy obecnie?».

Ten charakterystyczny dla szkockiej filozofii sceptycyzm odnosi się w szczególności do twierdzeń o rzekomej oczywistości pewnych sądów. Zdaniem MacCormicka Finnis nie rozwiązuje zadowalająco problemu postawionego przez Mackie'go⁵⁴, a jego lista dóbr i argumentacja na jej rzecz ma charakter „skrajnie perswazyjny”⁵⁵. Nie można tworzyć tego rodzaju listy, powołując się na „oczywisty charakter” dóbr w niej wymienionych – jest to zła droga obiektywizacji tych dóbr. Nie można się uwolnić przy zastosowaniu takiej metody od subiektywizmu, każda tak sformułowana lista „obiektywnie ważnych” dóbr podstawowych jest po prostu projekcją moralnych, politycznych czy społecznych poglądów jej autora. Poza tym każda próba tworzenia takiej listy wymaga przyjęcia założenia, że wszelkie ludzkie dążenia są całkowicie niezależne od wpływów społecznych, mają charakter endogeniczny. Z tych względów MacCormick uznaje koncepcję praktycznego racjonalnego dyskursu Habermasa i Alexy'ego za znacznie lepszą metodę uniwersalizacji podstawowych dóbr⁵⁶.

MacCormick nie akceptuje także twierdzenia Finnisa, według którego składnikiem treści terminu „prawo” jest wymóg dbania przez nie o dobro wspólne. Ustalenie, co jest dobrem wspólnym, wydaje się MacCormickowi niezwykle trudne. Jego zdaniem, znacznie łatwiej jest znaleźć wspólne kryteria dla określenia, co jest prawem obowiązującym na danym obszarze. Jeśli są to kryteria formalne, to ustalenie, że takie to

⁵³ J. L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth 1977.

⁵⁴ N. MacCormick, *Natural Law Reconsidered*, op.cit., s. 107.

⁵⁵ N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, op.cit., s. 127.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 127–128.

a takie normy wchodzą w skład systemu prawa, jest znacznie łatwiejsze i możliwe do zaakceptowania niż badanie każdorazowo, czy norma, której prawny charakter jest badany, rzeczywiście służy dobru wspólnemu. Ten drugi sposób badania prawnego charakteru normy jest tym bardziej kłopotliwy, że nie ma powszechniej zgody co do sposobu rozumienia „dobra wspólnego”. W tej sytuacji przyjęcie takiego sposobu poznawania prawa groziłoby popadnięciem w niekończące się spory, a ściśle rzecz biorąc – w spory, które nie mogą być ostatecznie rozwiążane. Jednakże zaraz dodaje, że jemu również bliska jest myśl, iż zadaniem prawa jest służba wspólnemu dobru, choć tego zadania nie traktuje jako wyznacznika charakteru prawnego norm. „Prawo – takie, jakim je znamy – nie może działać ani nie można go zrozumieć bez przyjęcia, że służy ono i służyć musi jakiemuś niewątpliwie budzącemu wątpliwości i niekoniecznie w pełni koherentnemu zespołowi wartości. Z tych względów, prawo nie jest nigdy obojętne moralnie i powinno być przedmiotem stałej krytyki z punktu widzenia moralności. A to właśnie jest przedmiotem rozumowania praktycznego”⁵⁷.

Dlatego MacCormick uważa, że teoria Finnisa zachowuje swoją wartość nawet wówczas, gdy odrzuci się zawarte w niej twierdzenie o obiektywnym charakterze dóbr podstawowych. Rozumowania przeprowadzone przy uwzględnieniu podanych przez Finnisa wymogów rozumu praktycznego nie mają wprawdzie obiektywnego czy oczywistego charakteru, jak chciał autor teorii, ale przynajmniej prowadzą do dobrze uzasadnionych wniosków – są „dobrymi racjami” w znaczeniu, jakie temu terminowi nadał R. M. Hare.

Neil MacCormick jest, jak widać, dość wiernym kontynuatorem myśli swego mistrza H. L. A. Harta, przynajmniej w dziedzinie rozumienia relacji między prawem a moralnością. Można postawić pytanie, czy trafnie ocenia on różnice między swoją teorią a teorią Finnisa jako „niezbyt duże”. Wskazane przez MacCormicka podobieństwa obu teorii są rzeczywiście bardzo znaczne. Jednak odrzucona przez MacCormicka teza o obiektywnym charakterze wartości podstawowych odgrywa w teorii Finnisa ogromnie ważną rolę. Sam Finnis stanowczo broni owej tezy, uważając ją za fundamentalny składnik swej koncepcji prawa naturalnego. Oczywisty charakter wymienionych przez Finnisa dóbr stanowi bowiem punkt wyjścia całej teorii. Zasadniczym jej twierdzeniem jest charakter obiektywny wartości identyfikowanych przez prawo naturalne. W tej teorii ów charakter obiektywny wartości nie może pochodzić z zastosowania w rozumowaniu dedukcyjnych reguł inferencyjnych, gdyż Finnis rezygnuje z przyjęcia za punkt wyjścia jakiejś metafizycznej wizji świata czy człowieka. Ta cecha teorii decyduje w znacznym stopniu o jej oryginalności,

⁵⁷ *Ibidem*, op.cit., s.108–109.

wyróżnia ją spośród tradycyjnych teorii tomistycznych. Punktem wyjścia teorii nie są też żadne twierdzenia o charakterze socjologicznym czy antropologicznym. Finnis nie dedukuje norm prawa naturalnego z faktu powszechnej akceptacji normy przez większe czy mniejsze grupy społeczne (jak czynili to przedstawiciele tzw. klasycznej szkoły prawa naturalnego). Obiektywny charakter podstawowych wartości bierze się w teorii Finnisa z ich oczywistego charakteru. Jedną z tych podstawowych wartości jest, według teorii Finnisa, rozum praktyczny (lub inaczej: praktyczna rozumność), którego wymogi wyznaczają właściwą „metodę prawnonaturalną”. MacCormick nie mówi wprawdzie nic o katalogu tych wymogów, ale przypuszczać należy, że również nie godzi się z twierdzeniem o ich oczywistym charakterze. Gdyby usunąć z teorii Finnisa te dwa elementy: zbiór oczywistych dóbr podstawowych oraz zespół wymogów praktycznej rozumności, to teoria ta straciłaby swój fundament. Podniesione przez MacCormicka zarzuty – wbrew deklaracjom ich autora – uderzają w same podstawy krytykowanej teorii.

Warto zauważyc, że spór między MacCormickiem a Finnisem nie dotyczy tego, czy między prawem a moralnością zachodzą jakieś konieczne związki (obaj bowiem zgadzają się, że takie związki istnieją) ani tego, jaki jest charakter tych związków (bo rozumieją ich istotę niemal identycznie, co jest konsekwencją jednakoowego rozumienia roli rozumu praktycznego w prawie i moralności). Spór nawet nie dotyczy treści reguł, które powinny być uwzględnione przez prawo pozytywne (obie strony akceptują identyczne katalogi wymogów składających się na zasadę rządów prawa, *the Rule of Law*). Poważne różnice zdań ujawniają się dopiero wówczas, gdy trzeba odpowiedzieć na pytanie, jaki jest charakter tych dóbr, czy są one obiektywne i absolutne, czy też subiektywne i relatywne. Co jest ich ostatecznym wyjaśnieniem? Czy jest to Bóg osobowy, rozumiany jako Pierwsza Przyczyna, która nie ma przyczyny? A może wyjaśnienie charakteru tych dóbr w ogóle nie jest możliwe? Pytania te z koniecznością różnić muszą katolika Johna Finnisa i agnostyka Neila MacCormicka, lecz zauważyc trzeba, że mają one charakter teoretyczny, a nie praktyczny (w takim znaczeniu tych pojęć, jakie nadają mu obaj wymienieni autorzy). Ma zatem Finnis rację, gdy twierdzi, że dla odkrycia prawa naturalnego i nawet poznania treści jego wymogów nie trzeba uznawać jakiegoś systemu twierdzeń metafizycznych. Poznanie tych wymogów jest dostępne dla każdego. Problemy metafizyczne pojawiają się dopiero wówczas, gdy ktoś, kto poznął wymogi prawa naturalnego, stawia pytanie o ich ostateczne uzasadnienie. Nie jest to oczywiście pytanie błahe, ale ma ono znaczenie jedynie dla rozumu teoretycznego (pamiętajmy, że wiedza teoretyczna jest, według Finnisa, jednym z dóbr podstawowych), nie przesądu natomiast *stricte* praktycznej kwestii tego, co czynić. Kwestia ta bowiem zostaje rozwiązana na poziomie rozumu praktycznego.

7. NOWATORSTWO TEORII FINNISA

Jeżeli uznajemy teorię Finnisa za teorię prawnonaturalną, pojawia się pytanie o określenie jej miejsca wśród teorii tego typu. Zakwalifikowanie tej teorii przy uwzględnieniu niektórych znanych dychotomicznych podziałów nie budzi żadnych wątpliwości, przy uwzględnieniu innych – jest kłopotliwe; są i takie, w ramach których trudno znaleźć właściwe miejsce dla „nowej teorii prawa naturalnego”⁵⁸. Jeszcze inne klasyfikacje okazują się natomiast nieprzydatne dla opisu tej teorii, gdyż przyjęte w nich kryterium podziału nie pozwala zakwalifikować teorii Finnisa do żadnej z jednostek podziału albo wręcz przeciwnie, teoria posiada cechy pozwalające zakwalifikować ją do obu jednostek podziału. Podziały te okazują się zatem niewyczerpujące albo nierożłaczne.

Nie budzi wątpliwości to, że teoria Finnisa ma charakter świecki, gdyż nie uzasadnia istnienia, istoty i treści prawa naturalnego religijną wiarą. Jest to teoria racjonalistyczna. Finnis wyraźnie przeciwstawia się volontaryzmowi, a spośród dwóch stanowisk w kwestii, czy źródła prawa naturalnego należy szukać woli Boga, czy też w rozumie – opowiada się zdecydowanie, podobnie jak św. Tomasz, za tą drugą odpowiedzią. Finnis deklaruje także, że nie jest intuicjonistą⁵⁹. Podobnie jak MacCormick, także Lisska zarzuca jednak „nowej teorii prawa naturalnego”, że „strukturalnie niejasno” uzasadnia ona listę podstawowych dóbr. Koncepcja „oczywistych dóbr podstawowych” przypomina mu bardzo pochodzącą od Davida Rossa, komentatora dzieł Arystotelesa, ideę „obowiązków *prima facie*”. W obu koncepcjach uchwycenie pierwszych zasad postępowania ma charakter praktyczny, ale skoro nie opiera się ono na wcześniejszym logicznie poznaniu teoretycznym, to ma z koniecznością charakter intuicji moralnej. Zdaniem Lisski, teoria Finnisa musi być zaliczona do teorii intuicjonistycznych, jest to koniecznym następstwem odrzucenia przez nią reduktywizmu, polegającego na dopuszczeniu wywodzenia reguł postępowania z treści natury ludzkiej, opisywanej przez filozoficzną antropologię⁶⁰.

Finnis zaznacza jednak, że w jego teorii dobra podstawowe są wprawdzie poznawane przez praktyczne rozumienie i rozumowanie, a więc przez pewnego rodzaju wgląd (*insight*), lecz nie może być on utożsamia-

⁵⁸ Listę takich dychotomicznych podziałów znaleźć można w następujących pracach: M. Szyszkowska, *Teorie prawa natury XX wieku w Polsce*, Warszawa 1982, s. 66–67; R. Tokarczyk, *O czterech tradycjach w historii doktryn prawa natury* [w:] tenże (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 37–60; tenże, *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Białystok 1996, s. 144 i nast.; tenże, *O systematyzacjach doktryn prawa natury*, „Annales UMCS” 1984 r., nr 31, s. 363–385; tenże, *Filozoficzna systematyzacja doktryn prawa natury*, „*Studia Filozoficzne*” 1985 r., nr 2–3.

⁵⁹ J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Oxford 1983, s. 22.

⁶⁰ A. Lisska, *Aquinas's Natural Law Theory*, Oxford 1996, s. 157–158.

ny z intuicją (*intuition*), gdyż nie dokonuje się w sytuacji braku danych teoretycznych. Wręcz przeciwnie, pewne dane i założenia filozoficzne są niezbędne dla tego rodzaju praktycznego poznania. Natomiast w przypadku intuicji poznanie dokonuje się przez „iluminację”, dla której nie jest niezbędne posiadanie jakichkolwiek danych, gdyż jest ona „czystym poznawczym aktem umysłu”⁶¹.

Stosując dalsze kryteria podziału, należy uznać teorię Finnisa jako absolutystyczną, gdyż zasady składające się na prawo naturalne według tej koncepcji mają charakter obiektywny – więc nierelatywny. Zaznaczyć jednak trzeba, że nie można uznać tej teorii jako „przyjmującej monistyczny system wartości za podstawę wyznaczenia treści prawa naturalnego”, gdyż charakterystyczną cechą jest jej otwartość na realizację różnych „planów życia”.

Omawiana teoria ma charakter nieempiryczny, gdyż jednym z jej fundamentalnych założeń jest to, że zasady prawa naturalnego nie są wywodzone z żadnych faktów opisujących naturę człowieka. Z drugiej jednak strony Finnis zaznacza, że wiedza antropologiczna jest niezbędnym warunkiem wydawania prawidłowych sądów moralnych.

Teoria Finnisa ma także bez wątpienia charakter normatywny i obiektywistyczny, co w świetle tego, co powiedziałem wcześniej, nie wymaga komentarza.

Zakwalifikowanie tej teorii w ramach innych podziałów jest bardzo kłopotliwe. I tak na przykład, zgodnie z deklaracją samych autorów „nowej teorii prawa naturalnego”⁶², teoria ta nie jest ani teleologiczna, ani deontologiczna (czy też kazualistyczna), gdyż nie traktuje argumentów o charakterze teleologicznym jako metody rekonstruowania zasad postępowania. Lecz jednocześnie nie jest całkiem wolna od argumentacji celowościowej. Jeden z wymogów praktycznej rozumności bowiem nakazuje uwzględnianie „w ograniczonym zakresie” konsekwencji podejmowanych decyzji.

Zasady prawa naturalnego w teorii Finnisa dotyczą zarówno relacji prywatnych, jak i publicznych, są bowiem wymogami rozumu praktycznego – zatem podział doktryn prawnonaturalnych na prywatne i publiczne okazuje się nieroziłączny.

Interesujące jest natomiast, czy „nowa teoria prawa naturalnego” ma charakter teorii materialnej czy proceduralnej. Biorąc pod uwagę kryterium tego podziału, o treści odpowiedzi na to pytanie decyduje to, co stanowi podstawę trwałości prawa naturalnego: czy ta podstawa jest stała treść zasad tego prawa, czy też jest nią jakaś stała procedura prowadząca do określenia treści norm prawnych i moralnych. W przypadku teorii,

⁶¹ J. Finnis, *Fundamentals...*, *op.cit.*, s. 51.

⁶² G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *op.cit.*, s. 101.

która jest przedmiotem naszych rozważań, decydujące okazują się być oba elementy. Stała jest bowiem procedura prowadząca do wydania sądu moralnego, decyzji prawodawczej lub decyzji stosowania prawa, gdyż wyznaczają ją wymogi praktycznej rozumności; stały i obiektywny charakter mają wskazane przez tę teorię dobra podstawowe. Łączenie w sobie cech doktryn materialnych i proceduralnych jest charakterystyczne dla „nowej teorii prawa naturalnego”.

Teoria Finnisza może być zakwalifikowana jako teoria prawa naturalnego o zmiennej treści, gdyż to w rozumie ludzkim widzi źródło tego prawa. Jednak w przeciwnieństwie do doktryn neokantowskich, w teorii Finnisza rozum nie jest ostatecznym źródłem prawa naturalnego, jako że dopuszczone jest pytanie o genezę podstawowych zasad, a odpowiedź na nie zawiera się w tezie o istnieniu osobowego Boga, rozumianego jako Przyczyna, która sama nie ma przyczyny⁶³. Te same powody sprawiają, że teorię tę zaliczyć należy do doktryn ontologicznych, a nie do gnoseologicznych. Wprawdzie podobnie jak teorie neokantowskie upatruje ona źródła prawa naturalnego w rozumie człowieka, to mówi jednocześnie, że ów rozum w swych wyborach jest związany pewnymi zasadami o charakterze materialnym i proceduralnym, których ostateczne wyjaśnienie leży w ludzkiej naturze.

Między teorią Finnisza a teorią Kanta zachodzi istotne podobieństwo. Kantowski imperatyw: „Traktuj istotę ludzką jako cel, nigdy tylko jako środek” może być przełożony na język teorii Finnisza i wyrażony w postaci jednego z wymogów praktycznej rozumności: „W każdym swoim czynie szanuj każde z podstawowych dóbr ludzkich”⁶⁴. Finnis zwraca jednak uwagę na to, że jego koncepcja prawa naturalnego tym się różni od koncepcji Kanta, że w tej ostatniej „człowieczeństwo”, które ma być zawsze celem, ogranicza się do jednego tylko aspektu ludzkiej natury, a mianowicie do rozumności. Nawet gdy Kant formułuje swoje słynne pierwsze zdanie *Uzasadnienia metafizyki moralności*: „Nigdzie w świecie ani nawet poza jego obręcem, niepodobna sobie pomyśleć żadnej rzeczy, którą bez ograniczenia można uważać za dobrą, oprócz jedynie dobrej woli”⁶⁵ – przez „dobrą wolę” rozumie nic innego, jak tylko rozum praktyczny. Według Kanta, wszelkie inne dobra, takie jak życie, przyjaźń itp. są podporządkowane wspieraniu i rozwijaniu tego jednego dobra, wyróżniającego człowieka ze świata zwierzęcego. Według Finnisza, Kant popełnia jednak błąd obecny w kulturze europejskiej od czasów Arystotelesa: z faktu, że rozumność jest cechą różnicającą człowieka od innych żywych istot, wysnuwa nieuprawniony wniosek, że ta cecha ludzkiej natury jest

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ J. Finnis, *Fundamentals...*, *op.cit.*, s. 121–122.

⁶⁵ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1984, s. 11.

najwyższa i inne powinny być jej podporządkowane. W związku z tym w teorii Finnisza dóbr podstawowych jest wiele i nie można ich ani sprowadzić do siebie nawzajem, ani też uporządkować hierarchicznie⁶⁶.

Następnym zagadnieniem wartym uwagi jest kwestia stosunku teorii Finnisza do współczesnych tomistycznych teorii prawa naturalnego.

„Nowa teoria prawa naturalnego” budowana była jako próba przezwyciężenia podstawowych trudności teoretycznych, z jakimi nie potrafiły sobie poradzić teorie neotomistyczne. Filozoficzne założenia, niezbędne do zaakceptowania tej teorii, są bardzo skromne. Sprowadzają się zasadniczo do założenia istnienia wolnej woli człowieka⁶⁷. Lista podstawowych dóbr, nazywanych też praktycznymi zasadami, zostaje tu ustalona przez odwołanie się do kryterium oczywistości. Wartości te są oczywiste same w sobie i jako takie nie mogą być dedukowane z żadnych zdań teoretycznych. Tego rodzaju argumentacja nie jest niczym nowym, znaleźć ją można już u Maritaina. Nowością „nowej teorii prawa naturalnego” jest natomiast rozwinięcie koncepcji prawdy wiedzy praktycznej. Prawda wiedzy teoretycznej jest zgodnością twierdzeń dotyczących zastanę, logicznie wcześniejszej rzeczywistości. Tego rodzaju prawda jest oznaczana jako „jest”. Prawda wiedzy praktycznej jest natomiast oznaczana za pomocą zwrotu „ma być” (*is to be*). Wiedza praktyczna nie zakłada żadnej wcześniejszej rzeczywistości. Przedmiot poznania praktycznego nie posiada realności wcześniejszej od samego poznania, uzyskuje on swą realność poprzez poznanie. Pierwsza zasada praktycznego rozumu: „Dobro należy czynić”, pełni w poznaniu praktycznym podobną rolę do tej, jaką pełnię w poznaniu teoretycznym podstawowe zasady rozumu teoretycznego, np. zasada niesprzeczności. Zadaniem pierwszej zasady rozumu praktycznego jest umożliwienie usunięcia nieostrości (lub może lepiej: bezsensowności, *pointlessness*), która mogłaby się pojawić⁶⁸. Dzięki takiej konstrukcji, twórcy „nowej teorii prawa naturalnego” unikają zarzutu popełnienia błędu naturalistycznego, a jednocześnie nie gubią powiązania reguł prawa naturalnego z naturą człowieka. W przeciwieństwie do teorii neotomistycznych, Finnis i pozostali współtowarzy „nowej teorii prawa naturalnego” odrzucają możliwość wyprowadzania norm ze zdań teoretycznych. W przeciwieństwie do neotomistów nie muszą w konsekwencji przyjmować teleologicznej koncepcji natury człowieka.

Również założenie istnienia Boga, natury (natury człowieka w szczególności) czy prawa odwiecznego nie stanowi w „nowej teorii prawa naturalnego” tak istotnego składnika jak w koncepcjach neotomistycznych. Finnis uważa, że dla św. Tomasza pierwsze zasady prawa naturalnego są oczywi-

⁶⁶ J. Finnis, *Fundamentals...*, *op.cit.*, s. 122–126.

⁶⁷ G. Grisez, J. Boyle, J. Finnis, *op.cit.*, s.100–102.

⁶⁸ *Ibidem*, s.120.

ste (*self-evident*), ale istnienie Boga nie jest oczywiste dla ludzkiego umysłu. Do przyjęcia istnienia Boga umysł ludzki dochodzi – zdaniem św. Tomasza – w drodze rozumowania. Prawda o tym, że ostatecznym celem człowieka jest przyjaźń z Bogiem, jest całkowicie niedostępna ludzkiemu poznaniu naturalnemu i może być poznana jedynie poprzez łaskę objawienia. Zdaniem Finnisa pomysł, by sprowadzać prawo naturalne do nakazu „Postępuj zgodnie z naturą”, który uzyskuje znaczenie normatywne dzięki założeniu, że jest on treścią aktu Boskiej woli – jest zasadniczo sprzeczny z koncepcją prawa naturalnego św. Tomasza. Tego rodzaju rozumienie prawa naturalnego jest właściwe dla Suarez i jego współczesnych uczniów. Dlatego też założenie istnienia Boga nie może stanowić podstawy sformułowania teorii prawa naturalnego. Kwestię istnienia Boga, natury i prawa odwiecznego Finnisa usuwa poza obręb swej zasadniczej argumentacji prawnonaturalnej. To raczej poznanie prawa naturalnego wiedzie do pytania o jego ostateczną podstawę. Odpowiedzią na to pytanie jest teza o istnieniu osobowego Boga, stworzonej natury, istoty człowieka, która może być opisana przez filozoficzną antropologię.

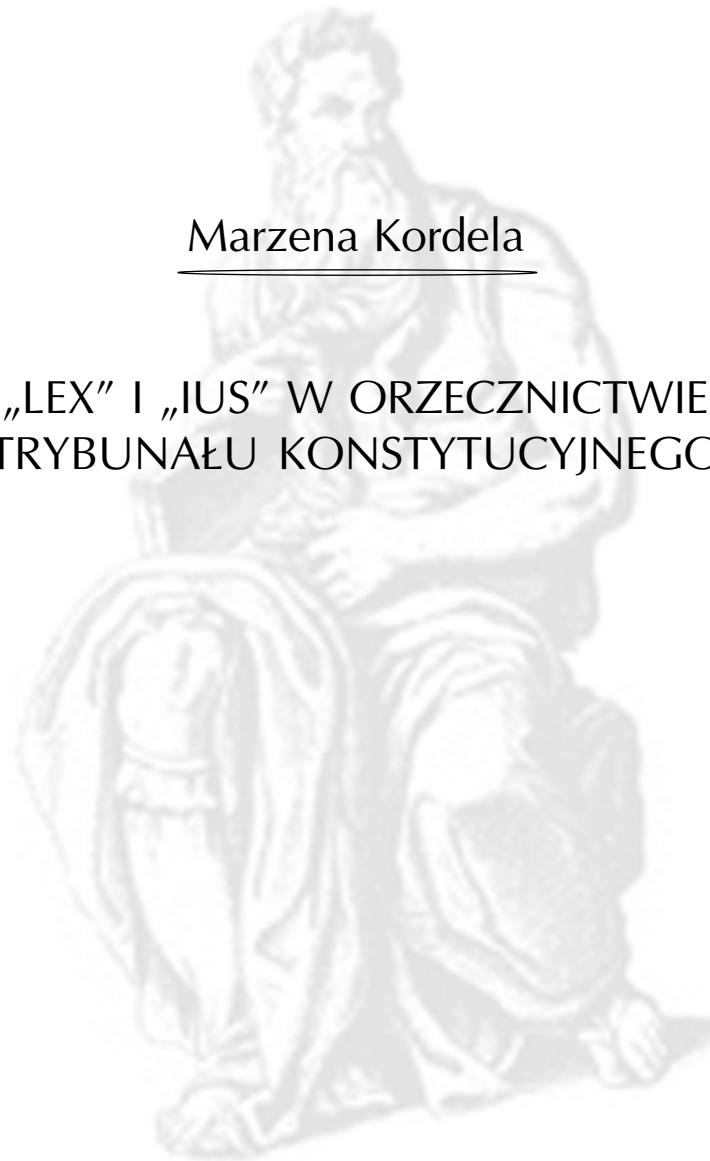
„Nowa teoria prawa naturalnego” wydaje się być bardziej przydatna współcześnie do argumentowania w obronie prawa naturalnego niż koncepcje neotomistyczne. Dla przyjęcia argumentów Finnisa i jego kolegów nie jest konieczne czynienie szeregu założeń ontologicznych, stojących u podstaw innych współczesnych teorii prawa naturalnego. W ten sposób „nowa teoria” w znacznie większym stopniu pozwala uczynić z prawa naturalnego pomost porozumienia w sferze moralności i prawa ludzi należących do różnych kregów kulturowych, uznających odmienne wartości i wyznających różne światopoglądy, a to właśnie wydaje się być najbardziej pierwotnym zadaniem prawa naturalnego.

Z drugiej strony cena, jaką „nowa teoria” płaci za wskazane wyżej cechy, jest pozostawienie bez rozwiązania szeregu problemów teoretycznych, z którymi teorie neotomistyczne radzą sobie w sposób zadowalający. Wątpliwości budzi przypisywanie „oczywistego” charakteru zasadom podstawowym czy też podstawowym wartościom prawa naturalnego, zwłaszcza że twórcy tej teorii zmieniali ich katalog. Zdaje się to świadczyć o tym, że nawet dla nich nie wszystkie spośród tych wartości są oczywiste. Niejasnym punktem teorii pozostaje kwestia możliwości przejścia od przedmoralnych wartości (czy zasad) podstawowych, wyrażających dobro przedmoralne (*good*) do powinności moralnej i prawnej, wyrażającej dobro moralne (*right*).

Ostatecznie jednak „nowa teoria prawa naturalnego” jest interesującym uzupełnieniem (bardziej niż alternatywą) wobec współczesnych teorii neotomistycznych, być może wskazuje właściwe drogi rozwiązania fundamentalnych problemów, przed którymi staje każdy, kto stawia przed sobą zadanie zbudowania wewnętrznie spójnej koncepcji prawa niezależnego w swej genezie od woli ludzkiego prawodawcy.



ORZECZNICTWO



Marzena Kordela

„LEX” I „IUS” W ORZECZNICTWIE
TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO

MARZENA KORDELA

Urodzona w 1964 roku w Koszalinie. Od 1989 r. pracuje na Wydziale Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Zajmuje się teorią prawa.



Rozważania dotyczące granic realizowania i stosowania przepisów prawa państwowego stanowią trwały składnik dyskursu prawniczego. Dylematy nie tylko Antygony, ale i Kreona są równie żywe współcześnie¹, jak były w okresie klasycznym, zaś imiona głównych bohaterów tragedii Sofoklesa stały się powszechnie znaną metaforą dla wyrażenia konfliktu między *ius* a *lex*². Kwestia, któremu z tych dwóch różnych porządków prawnych dać pierwszeństwo – temu wyznaczonemu regułami prawa

¹ Zob. np. Z. Ziembicki, „*Lex* a „*ius*” w okresie przemian, „ Państwo i Prawo” 1991 r., nr 6, s. 5; G. P. Fletcher, *Loyalty. An Essay on the Morality of Relationship*, New York, Oxford 1993, s. 27–31; M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1993, s. 8, 125, 130; T. Ślipko SJ, *Problem stabilności prawa naturalnego* [w:] M. Szyszkowska (red.), *Powrót do prawa ponadustawowego*, Warszawa 1999, s. 83.

² Funkcja, którą pełni przeciwstawienie sobie *ius* oraz *lex* – przyrównanie dwóch odmiennych porządków prawnych: pozytywnego i pozapozytywnego – odbiega od ich pierwotnej roli. Zob. M. A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Dzieła, tom 10, Lublin 1993, s. 32–33: „Bytowo-egzystencjalny charakter (fakt) prawa w języku łacińskim nazywa się *ius*, co w języku polskim niekiedy zwykło się oznaczać mianem «prawa podmiotowego» czy «uprawnienia» lub «prawa do czegoś», natomiast treściowy charakter prawa, zwany w języku łacińskim *lex*, w języku polskim niekiedy zwykło się tłumaczyć przez «prawo obiektywne» prawo jako «normę» lub pod wpływem terminologii prawniczej używanej w języku rosyjskim – «zakon». Rozróżnienie prawa podmiotowego, czyli prawa pojętego jako «uprawnienie do», oraz prawa obiektywnego, czyli «prawa-normy», jest dokonywane ze względu na nieco inną funkcję tego, co najogólniej określa się jako «prawo». Oba określenia dotyczą (powinny dotyczyć) jednak tego samego bytu (znacząc co innego), o ile ujmujemy ten byt od strony bytowo-egzystencjalnej (*ius*) lub od strony treściowej (*lex*). Prawo bowiem, jako relacja istniejąca pomiędzy ludzkimi osobami ze względu na proporcjonalne wspólne przyporządkowanie dobru (wskutek czego pewne czynności albo ich zaniechanie ze strony osób względem drugich osób jest im nawzajem ściśle należne), ma zdeterminowany charakter, jeśli jest ogólnie wiadome, jakie czynności (konkretnie: w jakim zakresie, kiedy itd.) należy wykonać oraz jak można o takie czynności ewentualnie się upomnieć. Zdeterminowanie dla prawa jako *ius* nadaje prawo jako norma – *lex*. *Ius* jednak i *lex* to dwa aspekty **tego samego przedmiotu** (podkreślenie moje, M.K.), gdzie raz kładziemy nacisk na sam fakt jako należny, drugi raz na treść tego faktu. Słowem, prawo jako relacja nabiera zdeterminowanej treści wówczas, gdy ukazuje się jako *lex*, jako norma prawnia. Skoro realna strona treściowa suponuje zawsze obecność samego faktu egzystencjalnego, dlatego też całe zagadnienie np. prawa naturalnego przeszło do literatury nie jako *ius naturae*, ale właśnie jako *lex naturae*. Filozofia prawa w ogóle analizuje zasadniczo prawo nie od jego strony egzystencjalnej, a więc od strony jego bytowego charakteru *ius*, ale od strony treściowej – jako *lex*. I ta wyłączność jednostronnego traktowania stała się powodem wielu nieporozumień”.

stanowionego czy temu ujmowanemu jako zbiór norm wyższych³ – zawsze nabierała szczególnej wagi w okresach przełomowych, w których dotychczasowy porządek świata ulegał przewartościowaniu i unieważnieniu. Koniec II wojny światowej oraz przemiany w Europie Środkowo-Wschodniej zapoczątkowane w 1989 r. to dwa najbardziej charakterystyczne momenty we współczesnej historii, stanowiące silny zaczyn dla dyskusji o relacji między *ius* i *lex*. Jakkolwiek formula Radbrucha⁴ zdaje się pozostawać jednym z najbardziej użytecznych wyników tej dyskusji⁵, to jednak ostateczność przeciwstawienia ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa może znaleźć zastosowanie dopiero w przypadkach skrajnych, których wyjątkowość tak naprawdę powoduje, że zaczynają tworzyć szczególną kategorię, wymagającą aplikacji nadzwyczajnych rozwiązań.

Nie został natomiast ukształtowany na płaszczyźnie doktrynalnej równie powszechnie akceptowany wzorzec rozstrzygania niezgodności między prawem pozytywnym i pozapozytywnym, występującym w codzienności, rzeczywistości powszechniej, gdzie orzekają sądy niższych instancji. Proces norymberski czy procesy związane z ucieczkami przez mur berliński stanowiły przypadki spraw sądowych tak dalece przekraczających standardowe porządkie orzekania, że wydanie wyroku odpowiadającego elementarnemu poczuciu sprawiedliwości nie mogło odbyć się bez odwołań prawnonaturalnych. Zaś wymagające kwalifikacji prawnych sytuacje typowe – wprawdzie z pogranicza prawa i moralności, ale nie sięgające poza poziom tzw. trudnych przypadków (anglosaskich *hard cases*) – znajdują swoje ujęcie w wyraźnie pozytywistycznie nastawionej praktyce prawa.

Rodzi się więc pytanie, czy *ius* w spozytywizowanym orzecznictwie przestało pełnić swoją tradycyjną rolę. Odpowiedź nie budzi wątpliwości. Otóż funkcja *ius* pozostaje niezmienna, ale miejsce i sposób jej użycia wyznacza, w moim przekonaniu, prawodawca pozytywny, posługując się charakterystyczną terminologią i charakterystycznymi środkami – poczynając od stosownego sformułowania reguły uznania (*rule of recognition*) w jej Hartowskim kształcie⁶, przez wyznaczenie zespołu klauzul general-

³ Możliwość sensownego porównania *ius* i *lex* została tu zagwarantowana przez przyjęcie założenia o normatywności wyznaczanych przez nie porządków. Nie jest to założenie oczywiste.

⁴ G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa* [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Płeszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Współczesna teoria i filozofia prawa na Zachodzie Europy. Wybór tekstów*, Kraków 1985, s. 48; tenże, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [w:] *op.cit.*, s. 56.

⁵ Obszerne jej omówienie [w:] J. Zajadło, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „*Państwo i Prawo*” 2000 r., nr 6, s. 25–42; tenże, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

⁶ Zob. H. L. A. Hart, *Postscript* [w:] *The Concept of Law*, wyd. II, Oxford 1994, s. 247; por. też M. Kordela, M. Smolak, *Postscriptum H. L. A. Harta*, „*Państwo i Prawo*” 1995 r., nr 1, s. 54.

nych i zwrotów niedookreślonych oraz nadanie szczególnego statusu prawom człowieka, a kończąc wprawdzie w wyjątkowym przypadku niemieckiej ustawy zasadniczej na konstytucjonalizacji prawa oporu⁷.

Współczesny prawodawca nie poprzestaje na tym. Przez zasadę państwa prawnego sam wiąże się przyjętymi przez siebie regułami, także spoza porządku pozytywnego, zaś strażnikiem swoich poczynań czyni głównie sądownictwo konstytucyjne.

Cała działalność orzecznicza polskiego Trybunału Konstytucyjnego, nie wykluczając okresu do 1989 roku, jest potwierdzeniem tych dwóch dopełniających się tendencji: pozytywistycznego ujęcia prawa i prawodawcy oraz podkreślania przez Trybunał znaczenia aspektu pozapozytywistycznego (ponadpozytywistycznego) w prawie – zarówno na poziomie prawodawstwa, jak stosowania prawa, w tym jego wykładni. Przy czym w sposób bardzo znamienny kształtowała się linia oddziaływania *ius* na stanowisko polskiego sądu konstytucyjnego.

Do 1989 roku elementy aksjologii utożsamianej z *ius* w takiej postaci i terminologii, na jaką pozwalała ówczesna sytuacja ustrojowa i treść obowiązującej konstytucji, służyły przede wszystkim do wyznaczania tego aspektu pozycji prawnej jednostki w państwie, który jest ujmowany jako tzw. *status negativus* w najbardziej elementarnym zakresie, czyniąc to częściej w sposób bezpośredni niż pośredni, na przykład przez przesądzenie pewnych cech budowy systemu prawa: z generalną niedopuszczalnością subdelegacji⁸, zakazem regulowania praw i obowiązków obywatelskich w aktach samoistnych⁹, wyraźnym sformułowaniem zasady wyłączności ustawy¹⁰ czy częstym korzystaniem z zasady sprawiedliwości społecznej¹¹.

Po 1989 roku, gdy w polskim systemie prawa zaczęła obowiązywać zasada państwa prawnego jako konsekwencja zasadniczej zmiany ustrojowej w państwie, *ius* w orzecznictwie Trybunału coraz szerzej określając pozycję negatywną indywidualum zaczęło także wyznaczać jej status pozytywny. Poprawność formalna wywiedzenia owej ogromnej, jak się osta-

⁷ „Wobec każdego, kto usiłuje obalić ten porządek (konstytucyjny – dopisek mój, M. K.), wszyscy Niemcy mają prawo oporu, jeśli inne przeciwdziałanie nie jest możliwe” (Art. 20 ust. 4 Ustawy Zasadniczej).

⁸ Orzeczenie z 16 czerwca 1986 r. (U. 3/86), OTKw 1986 r., poz. 4, s. 68–72.

⁹ Orzeczenie z 9 maja 1989 r. (Kw 1/89), OTKw 1989 r., poz. 3, s. 70.

¹⁰ Zob. np. orzeczenie z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTKw 1986 r., poz. 1, s. 19, 21; orzeczenie z 28 maja 1986 r. (U. 1/86), OTKw 1986 r., poz. 2, s. 41; orzeczenie z 22 kwietnia 1987 r. (K. 1/87), OTKw 1987 r., poz. 3, s. 51; orzeczenie z 19 października 1988 r. (Uw 4/88), OTKw 1988 r., poz. 5, s. 70; orzeczenie z 9 maja 1989 r. (Kw 1/89), OTKw 1989 r., poz. 3, s. 68.

¹¹ Zob. np. orzeczenie z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTKw 1986 r., poz. 1, s. 29–30; orzeczenie z 9 marca 1988 r. (U. 7/87), OTKw 1988 r., poz. 1, s. 10–11, 14–15, 19; orzeczenie z 26 września 1989 r. (K. 3/89), OTKw 1989 r., poz. 5, s. 90, 92.

tecznie okazało, klasy fundamentalnych także dla całego porządku prawnego zasad z pozytywnej zasady państwa prawnego została zagwarantowana przez użycie jednego ze składników egzegezy prawa – reguł inferencyjnych¹². Ale bez przesłanek ocennych, niejednokrotnie entymematycznych, formułowanych często na zbiorze wartości pozatekstowych, z których co najmniej część przypisywana jest tradycyjnie stanowisku prawnonaturalnemu, żadne z tych wnioskowań nie doprowadziłoby do akceptowalnej konkluzji w postaci określonej reguły, ostatecznie przypisywanej przecież prawodawcy państwowemu.

Swoją charakterystyczną, pozapozytywną w wyżej wskazanym ujęciu perspektywę orzekania Trybunał zaczął kształtować od samego początku swojej decyzyjnej działalności w 1986 roku.

Bardzo mocno zaakcentowane stanowisko, że mimo braku wyraźnego przepisu konstytucyjnego pewne zasady obowiązują z niebudzącej wątpliwości woli ustrojodawcy, pojawiło się już w opublikowanym jako pierwsze rozstrzygnięciu polskiego sądu konstytucyjnego.

Formułując zasadę wyłączności ustawy w regulowaniu wszystkich obowiązków obywatelskich podkreślono, że „Trybunał Konstytucyjny, ustalając normatywną zawartość Konstytucji PRL, ma zawsze na względzie nie tylko proste brzmienie jej przepisów, ale ich rozumienie (wykładnię) przez doktrynę i orzecznictwo sądowe. Dąży do ustalenia interpretowanych przepisów zgodnie z **aksjologią naszego ustroju i systemu prawa** (podkreślenie moje, M.K.)”¹³. Przy czym aksjologia ta obejmuje nie tylko wartości *explicite* lub *implicite* wyrażone w normach prawnych, ale także „wartości i normy społeczne o charakterze pozaprawnym, akceptowanym przez polskie społeczeństwo”¹⁴.

¹² Z. Ziembinski, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 230–243; M. Zieliński, *Uzasadnianie twierdzeń dogmatycznych* [w:] M. Zieliński, Z. Ziembinski, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 191–225; S. Wronkowska, Z. Ziembinski, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 170–174; por. też M. Kordela, *Uzasadnienia aksjologiczne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000 r., nr 3, s. 30–31.

¹³ Orzeczenie z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTK w 1986 r., poz. 1, s. 21.

¹⁴ Orzeczenie z 30 listopada 1988 r. (K. 1/88), OTK w 1988 r., poz. 6, s. 97; ta linia wykładnicza została utrzymana w późniejszych orzeczeniach: „W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego szczególne znaczenie odgrywa kontekst aksjologiczny, Trybunał Konstytucyjny bowiem, biorąc pod uwagę kontekst systemowy, obowiązany jest szczególnie mieć na uwadze przepisy konstytucyjne, które w stopniu znacznie silniejszym niż inne przepisy nawiązują do wartości, jakimi kieruje się społeczeństwo. Ale nie tylko wartości wypowiedziane w przepisach konstytucyjnych są wskazówką dla Trybunału Konstytucyjnego. Przepisy konstytucyjne nie zawsze określają w sposób zupełny te wartości, które stały się drogowskazem dla ustawodawcy. Stąd Trybunał Konstytucyjny, dokonując wykładni przepisów, obowiązany jest brać również pod uwagę wartości, które jeszcze nie

Szczegółowo już wskazane oceny znalazły się u podstaw analogicznego uzasadnienia obowiązywania zasady nieretroakcji¹⁵. Trybunał uznał bowiem, że kwalifikacja według norm nowych zdarzeń, które miały miejsce przed wejściem w życie owych norm, narusza takie chronione przez prawodawcę wartości, jak bezpieczeństwo prawne, pewność obrotu prawnego i poszanowanie praw nabytych¹⁶. Przypisanie tych wartości prawodawcy nie budzi zaś wątpliwości, gdyż należą one do zbioru wartości, do jakich odsyła konstytucyjna zasada praworządności materialnej¹⁷. Nadto zasada poszanowania praw nabytych, a także znajdująca w niej oparcie zasada zaufania obywateli do organów władzy i administracji, jakkolwiek także nieujęte w odrębnych przepisach ustawy zasadniczej, swój prawnokonstytucyjny charakter czerpią ze statusu bycia konsekwencjami¹⁸ lub założeniami¹⁹ norm Konstytucji.

Tego samego rodzaju argumentacja stała się uzasadnieniem dla zanegowania zupełności wyliczenia cech w art. 67 ust. 2 Konstytucji z 1952 r.²⁰, ze względu na jakie nie wolno było różnicować sytuacji prawnej jednostek

zostały wypowiedziane w przepisach konstytucyjnych” [w:] uchwała z 7 marca 1995 r. (W. 9/94), OTK w 1995 r., cz. I, poz. 20, s. 230–231.

¹⁵ „Zasada niedziałania prawa wstecz, chociaż nie została wyrażona w Konstytucji PRL, stanowi podstawową zasadę porządku prawnego” [w:] orzeczenie z 28 maja 1986 r. (U. 1/86), OTK w 1986 r., poz. 2, s. 47.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zdaniem Trybunału zasada praworządności materialnej sformułowana w art. 8 ust. 1 Konstytucji z 1952 r. „wymaga, by prawo wyrażało wartości odpowiadające demokratycznemu charakterowi państwa. [...] Oznacza to odeslanie do najbardziej podstawowych wartości uznawanych przez ustrojodawcę za godne realizacji i ochrony z punktu widzenia ogólnospołecznego; są nimi interes i wola ludu pracującego. Jedną z wartości pochodzących (obok takich jak sprawiedliwość społeczna, równość prawa, humanizm i demokratyzm prawa) [...] jest wymóg społecznej stabilności praw gwarantowanych przez ustawy i związanego z nimi bezpieczeństwa obywateli” [w:] orzeczenie z 26 września 1989 r. (K. 3/89), OTK w 1989 r., poz. 5, s. 92.

¹⁸ „[...] zasada ochrony praw nabytych nie ma na gruncie obowiązującej Konstytucji samoistnej podstawy w postaci odrębnej formuły prawnej. Nie oznacza to jednak, że nie ma ona ostatecznie oparcia w jej normach i zasadach, że nie jest tym samym zasadą konstytucyjną. Trybunał Konstytucyjny dostrzega ją w **konsekwencjach norm Konstytucji** (podkreślenie moje, M.K.), wyprowadzonych na zasadzie powiązań logicznych i instrumentalnych z treścią tych norm” [w:] orzeczenie z 4 października 1989 r. (K. 3/88), OTK w 1989 r., poz. 2, s. 40.

¹⁹ Zasada zaufania obywateli do organów władzy i administracji „leży u podstaw wielu postanowień Konstytucji” (podkreślenie moje, M.K.) (art. 9, art. 20 ust. 2, art. 101, przepisy ustanawiające podstawowe prawa i wolności obywateli i gwarantujące ich ochronę), jest zasadą prawnokonstytucyjną, która rodzi określone obowiązki w sferze działalności państwa” [w:] orzeczenie z 26 września 1989 r. (K. 3/89), OTK w 1989 r., poz. 5, s. 91.

²⁰ „Obywatele Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej mają równe prawa bez względu na płeć, urodzenie, wykształcenie, zawód, narodowość, rasę, wyznanie oraz pochodzenie i położenie społeczne”.

w państwie. Zdaniem Trybunału zasada równości wobec prawa²¹ „zakłada istnienie także innych, bliżej nieokreślonych stanów faktycznych, ze względu na które nie wolno w ogóle różnicować praw obywateli”²². Reguła, że podmioty prawa charakteryzujące się taką samą cechą istotną powinny być traktowane jednakowo, doznaje jednakże ograniczenia w przypadku, gdy odmienne traktowanie jest usprawiedliwione, co Trybunał konsekwentnie utożsamia ze zgodnością z zasadą sprawiedliwości społecznej²³.

Wartość chroniona tą ostatnią zasadą została uznana przez Trybunał Konstytucyjny za podstawową w aksjologii społecznej²⁴. Do czasów współczesnych pełni ona w orzecznictwie polskiego sądu konstytucyjnego wiele funkcji, nie zawsze adekwatnych dla swego ujęcia jurydycznego. Wartość samej sprawiedliwości jest bowiem klasyczną wartością pozaprawną (ściślej: pozapozytywnoprawną) w tym sensie, że stanowi swoisty, zewnętrzny wzorzec oceny prawa pozytywnego²⁵. W samym systemie prawa pozytywnego występuje zaś w charakterystycznych dla tego systemu postaciach, np. sprawiedliwości społecznej czy konkretnej formuły sprawiedliwości rozdzielczej. Tak też jest w przypadku polskich przepisów konstytucyjnych, które niezmiennie od 1952 roku formułują zasadę sprawiedliwości społecznej, a nie zasadę sprawiedliwości.

Podstawową i pierwotną rolą zasady sprawiedliwości społecznej jest „korekta zasady równości na korzyść obywateli w najtrudniejszej sytuacji ekonomicznej”²⁶, a także odmiany tej korekty. Powoływanie się na war-

²¹ Takie ujęcie zasady, wyraźnie szersze od „równych praw” z art. 67 ust. 2, także zostało oparte na wnioskowaniach odwołujących się do założenia racjonalności aksjologicznej prawodawcy.

²² Orzeczenie z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTK w 1986 r., poz. 1, s. 27.

²³ „Kryteria różnicowania sytuacji prawnej obywateli zależą od wielu okoliczności, w tym od tego, jakie dobra są przedmiotem podziału. Państwo regulujące prawne zasady podziału dóbr deficytowych zamierza także osiągnąć tą drogą pewne cele społeczne. Sprecyzowanie tych celów jest istotną wskazówką dla prawodawcy. Nauka zasadnie akcentuje również, że różnicowanie obywateli w takiej sytuacji powinno być zgodne z **wartościami cenionymi w społeczeństwie, z poglądami moralnymi lub założeniami ideologicznymi** (podkreślenie moje, M.K.). Podstawowym kryterium oceny klasyfikacji podmiotów (adresatów norm) dokonywanych w prawie jest to, że klasyfikacje te, obok zgodności z innymi, pragmatycznymi kryteriami, muszą być **sprawiedliwe społecznie** (podkreślenie moje, M.K.)” [w:] orzeczenie z 9 marca 1988 r. (U. 7/87), OTK w 1988 r., poz. 1, s. 14–15.

²⁴ *Ibidem*, s. 11.

²⁵ R. A. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako wartość naczelna prawa [w:] Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo. Księga pamiątkowa ku czci prof. Langa*, Toruń 1998, s. 347; G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie..., op.cit.*, s. 53–54; M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1993, s. 126.

²⁶ Orzeczenie z 28 maja 1986 r. (U. 1/86), OTK w 1986 r., poz. 2, s. 50.

tość samej sprawiedliwości²⁷ mogłoby się słusznie dokonywać jedynie przez zasadę praworządności materialnej, a od 1989 roku przez zasadę państwa prawnego.

W latach 1986–1989 Trybunał Konstytucyjny wyraźnie wyznaczył jednak zasadę, istotną dla *ius*, z granic swego orzekania. W orzeczeniu z 1988 roku stwierdził wyraźnie: „uczestnicy postępowania w swoich wystąpieniach nie ograniczyli się do podania przesłanek natury jurydycznej, lecz szeroko powoływali się na względy **słuszności** lub **celowości**, a więc na argumenty, które nie mogą prowadzić do stwierdzenia konstytucyjności prawa **wbrew jego treści** (wszystkie podkreślenia moje, M.K.)”²⁸.

Stanowisko to zostało sformalizowane w wyrażonym przez Trybunał i następnie powoływanym domniemaniu konstytucyjności badanych ustaw i racjonalności ich twórcy²⁹. Domniemanie temu towarzyszy ujęcie drugiej granicy kompetencyjnej Trybunału: „Ocena celowości przyjętych rozwiązań (ustawowych – dopisek mój, M.K.) nie należy do Trybunału Konstytucyjnego, jeżeli nie naruszają one zasad i wartości konstytucyjnych. Wybór optymalnych rozwiązań w tej dziedzinie należy do ustawodawcy”³⁰.

Wprowadzenie w 1989 roku do polskiego systemu prawa zasady państwa prawnego spowodowało nie tylko uzupełnienie tego systemu o nową normę, która przyjęła status naczelnego, ale także dało podstawę dla fundamentalnego przebudowania aksjologii prawa. Analogicznie do systemu normatywnego, wartość państwa prawnego stała się wartością naczelną systemu aksjologicznego przypisywanego ustawodawcy. Nadzędność tej pozycji została ukształtowana – głównie właśnie poprzez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – w dwóch aspektach: pozytywnym i negatywnym. W aspekcie pozytywnym wartość państwa prawnego pełni rolę uzasadnienia dla wiązania prawnego wielu wartości, w tym także i tych, które do 1989 roku czerpały swą moc z innych podstaw³¹, jak na

²⁷ Zob. np. orzeczenie z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTKw 1986 r., poz. 1, s. 29.

²⁸ Orzeczenie z 7 września 1988 (Uw 3/86), OTKw 1988 r., poz. 2, s. 29.

²⁹ Orzeczenie z 20 kwietnia 1993 r. (U. 12/92), OTKw 1993 r., cz. I, poz. 9, s. 106; także orzeczenie z 16 grudnia 1996 r. (U. 1/96), OTKZU, nr 6 z 1996 r., poz. 55, s. 534.

³⁰ Wyrok z 19 marca 2001 r. (K. 32/00), OTKZU, nr 3 z 2001, poz. 50, s. 290; podobnie wcześniejsze orzeczenia: „Stanowienie prawa, a więc także wybór najważniejszych wariantów legislacyjnych, jest rolą parlamentu. Trybunał Konstytucyjny jest powołany jedynie do badania, czy parlament nie narusza przy tym norm, zasad i **wartości ustanowionych w Konstytucji** (podkreślenie moje, M. K.). Trybunał nie jest natomiast właściwy do oceny słuszności czy celowości działań ustawodawcy, bo pozostaje to w ramach politycznej swobody działań parlamentu, za które ponosi on odpowiedzialność przed elektoratem” [w:] orzeczenie z 18 października 1994 r. (K. 2/94), OTKw 1994 r., cz. II, poz. 36, s. 51.

³¹ Zmiana podstaw ma jednakże wyraźne cechy ciągłości. Por. „Art. 3 Konstytucji nie zawiera w swojej treści – inaczej niż w art. 8 Konstytucji przed jej nowelizacją z 29 grudnia 1989 r. – zasady praworządności materialnej. Jej istotne elementy, lecz w nowym

przykład zasada nieretroakcji, zaufania obywateli do państwa czy ochrony praw nabytych (występująca często z charakterystycznym uzupełnieniem: ochrona praw słusznie, sprawiedliwie, nabytych³²) „jako jedno z wymagań moralności prawa”³³. Z kolei w aspekcie negatywnym funkcja owej wartości przejawia się w fakcie, że wszystkie pozostałe wartości chronione prawnie, a wraz z nimi normy i zasady je formułujące, muszą spełniać minimalny warunek niesprzeczności z wartością państwa prawnego, w przeciwnym bowiem razie zostaną uznane za niekonstytucyjne³⁴.

Oba te aspekty zostały wykorzystane przez Trybunał Konstytucyjny dla nasączenia porządku typu *lex* elementami porządku typu *ius*, jakkolwiek współczesne ustabilizowane doktryny państwa prawnego często kwestie o charakterze wyraźnie pozapozitywnym, przejawiające się w prawach człowieka czy też w zagadnieniach słuszności i sprawiedliwości, pozostawiają poza zakresem rozważań o państwie prawnym³⁵. Polski sąd konstytucyjny prawną możliwość dokonania tego rodzaju rozdzielenia uzyskał dopiero wraz z Konstytucją z 1997 roku.

U swoich źródeł zasada państwa prawnego odwołuje się do wartości niearbitralności – rządy prawa³⁶, a nie ludzi, powinny stać się podstawą wyznaczającą relacje pomiędzy państwem i jego organami a poddaną jego imperium jednostką³⁷. Gwarancją dla tak ujętej zależności między rządzącymi a rządzonymi stały się prawa oraz wolności człowieka i obywatela, mające status „niezbywalnych, przyrodzonych każdemu człowiekowi praw naturalnych”³⁸, do przestrzegania których państwo jest zobowiązane

ujęciu koncepcyjnym, uwzględnione zostały w art. 1 zmienionej Konstytucji, tj. w treści zasady państwa prawnego [...]” [w:] orzeczenie z 22 sierpnia 1990 r. (K. 7/90), OTK w 1990 r., poz. 5, s. 54–55; podobnie: orzeczenie z 23 października 1996 r. (K. 1/96), OTK ZU, nr 5 z 1996 r., poz. 38, s. 332.

³² Zob. np. orzeczenie z 11 lutego 1992 r. (K. 14/91), OTK w 1992 r., cz. I, poz. 7, s. 127; orzeczenie z 20 sierpnia 1992 r. (K. 4/92), OTK w 1992 r., cz. II, poz. 22, s. 20.

³³ Orzeczenie z 20 sierpnia 1992 r. (K. 4/92), OTK w 1992 r., cz. II, poz. 22, s. 20. Por. też: „Zasada ta (ochrony praw nabytych – dopiszek mój, M.K.) może odnosić się tylko do praw nabytych w sposób zgodny z prawem i **nie budzący zastrzeżeń moralnych** (podkreślenie moje, M.K.)” [w:] orzeczenie z 25 lutego 1992 r. (K. 3/91), OTK w 1992 r., cz. I, poz. 1, s. 23.

³⁴ M. Kordela, *Zarys systemu aksjologicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „*Studia Prawnicze*” 2000 r., nr 1–2, s. 67.

³⁵ J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, „*The Law Quarterly Review*” 1977 r., nr 93, s. 195–196.

³⁶ Stąd też nazwa analogicznej anglosaskiej doktryny: *rule of law*.

³⁷ S. Wronkowska, *Wstęp* [w:] tejże, *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 6; M. Zmierczak, *Kształtowanie się koncepcji państwa prawnego (na przykładzie niemieckiej myśli polityczno-prawnej)* [w:] *ibidem*, s. 11; M. Kordela, *Koncepcja rule of law w prawie angielskim a wartość formalna prawa* [w:] *ibidem*, s. 51.

³⁸ Orzeczenie z 30 stycznia 1991 r. (K. 11/90), OTK w 1991 r., poz. 2, s. 41. Por. też: „Wolność słowa stanowi jedno z podstawowych praw człowieka, przysługujących w spo-

ne także na podstawie wiążących je umów międzynarodowych. „Niezapewnienie ochrony praw osoby ludzkiej i dopuszczenie do naruszenia jej godności”³⁹ jest wystarczającą podstawą dla uznania przez Trybunał naruszenia zasady państwa prawnego⁴⁰.

Szczególna ranga praw człowieka uwidoczniała się w bardzo restrykcyjnie formułowanych warunkach ich dopuszczalnego ograniczania⁴¹ oraz w położeniu silnego akcentu na ochronę wartości instrumentalnie powiązanych z ich realizacją, m.in. podziałem władzy⁴², prawem do sądu⁴³, niezawisłością sędziów⁴⁴, niezależnością sądownictwa⁴⁵, zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴⁶ czy w szerszej perspektywie – równością wobec prawa⁴⁷. W wyniku tego pozycja państwa i występujących w jego imieniu podmiotów wyraźnie została określona jako służebna i całkowicie podporządkowana dobru jednostek i dobru społecznemu⁴⁸.

Uchwalona w 1997 roku nowa polska ustanowiona zasadnicza nadała rangę konstytucyjną – a więc spozytywizowała – wielu rozstrzygnięciom wypracowanym przez Trybunał Konstytucyjny. Ostatecznie przesądziła o pozytywnym charakterze wolności i praw człowieka i obywatela, wywodząc je bezpośrednio z przyrodzonej, niezbywalnej i nienaruszalnej godności człowieka (art. 30 Konstytucji)⁴⁹. Zobowiązując państwo polskie do przestrzegania wiążącego go prawa międzynarodowego (art. 9), Konstytucja jednocześnie podporządkowała krajowego prawodawcę międzynarodowym standardom ochrony praw człowieka. Nadto także sam ustrojodawca określił konieczne warunki dla usprawiedliwionego ograniczania w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji), wyznaczając w tym względzie ustawodawcy zwykłemu nieprzekraczalną granicę⁵⁰.

sób naturalny (podkreślenie moje, M.K.) każdej jednostce ludzkiej” [w:] uchwała z dnia 2 marca 1994 r. (W. 3/93), OTK w 1994 r., cz. I, poz. 17, s. 157.

³⁹ Orzeczenie z 19 czerwca 1992 r. (U. 6/92), OTK w 1992 r., cz. I, poz. 13, s. 197.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Zob. np. orzeczenie z 21 listopada 1995 r. (K. 12/95), OTK w 1995 r., cz. II, poz. 34, s. 132–133.

⁴² Orzeczenie z 19 czerwca 1992 r. (U. 6/92), OTK w 1992 r., cz. I, poz. 13, s. 203.

⁴³ Zob. np. orzeczenie z 25 lutego 1992 r. (K. 3/91), OTK w 1992 r., cz. I, poz. 1, s. 31–32.

⁴⁴ Zob. np. orzeczenie z 26 października 1993 r. (U. 15/92), OTK w 1993 r., cz. II, poz. 36, s. 358, 359.

⁴⁵ Zob. np. orzeczenie z 11 września 1995 r. (P. 1/95), OTK w 1995 r., cz. II, poz. 26, s. 11.

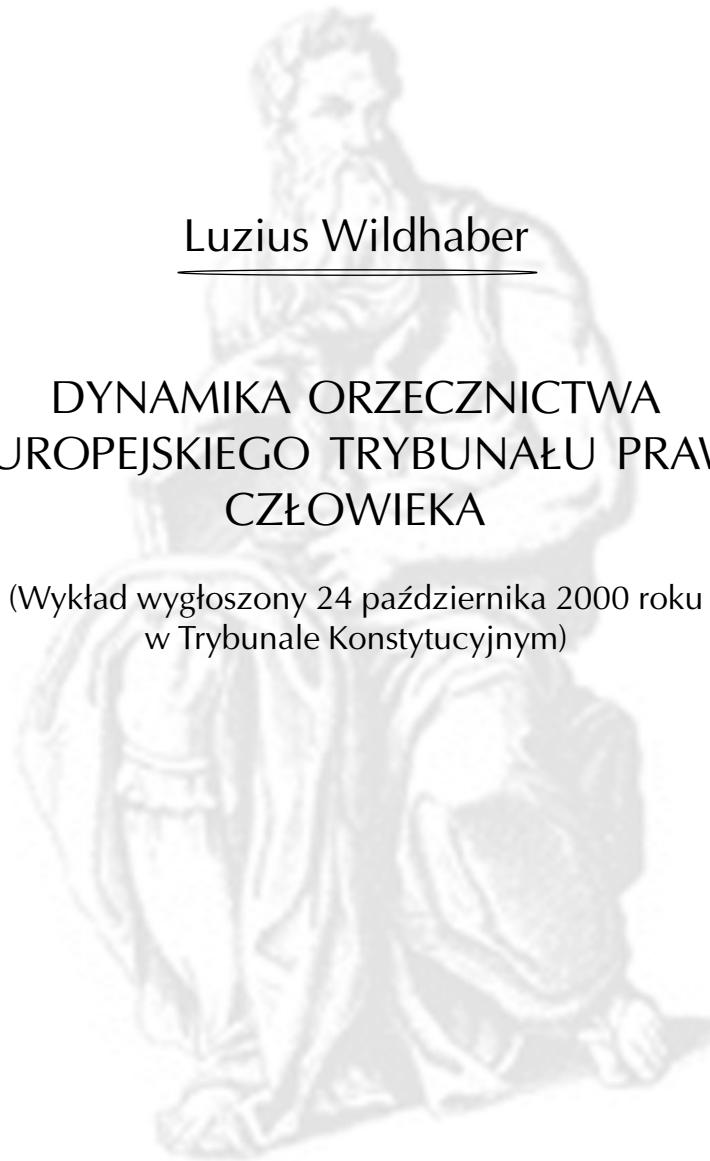
⁴⁶ Zob. np. orzeczenie z 1 marca 1994 r. (U. 7/93), OTK w 1994 r., cz. I, poz. 5, s. 41.

⁴⁷ Zob. np. orzeczenie z 17 grudnia 1991 r. (U. 2/91), OTK w 1991 r., poz. 10, s. 159.

⁴⁸ Wyraźne rozróżnienie między interesem państwa, interesem jednostki i interesem społecznym występuje już w orzeczeniu z 5 listopada 1986 r. (U. 5/86), OTK w 1986 r., poz. 1, s. 30–31.

⁴⁹ Zob. np. wyrok z 27 lutego 2001 r. (K. 22/00), OTK ZU, nr 3 z 2001 r., poz. 48, s. 268.

⁵⁰ Por. np. wyrok z 16 stycznia 2001 r. (P. 5/00), OTK ZU, nr 1 z 2001 r., poz. 1, s. 9.



Luzius Wildhaber

DYNAMIKA ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

(Wykład wygłoszony 24 października 2000 roku
w Trybunale Konstytucyjnym)

Tłumaczenie: Ewa Gąsiorowska

LUZIUS WILDHABER

Od 1977 roku profesor prawa międzynarodowego, konstytucyjnego i porównawczego na Uniwersytecie w Basel, uprzednio na Uniwersytecie we Friborgu. W latach 1979–1990 prezes Szwajcarskiego Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego. Od 1991 roku sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.



Trybunał w Strasburgu przywiązuje wielką wagę do współpracy z narodowymi władzami sądowniczymi, a szczególnie z Trybunałami Konstytucyjnymi. Relację tę najlepiej opisać można jako partnerstwo w ramach systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (zwanej dalej „Konwencją”). W systemie tym, jak wielokrotnie podkreślał to Trybunał, pierwotną odpowiedzialność za ochronę praw i wolności przewidzianych w Konwencji ponoszą władze krajowe, przede wszystkim sądownicze; jedynie wyjątkowo sprawę rozstrzyga ostatecznie Trybunał w Strasburgu. W ten sposób gwarantuje się przestrzeganie minimalnego standardu ochrony praw człowieka w Europie. Mówiąc krótko, system Konwencji ma charakter subsydiarny i zasada ta ma odbicie w przepisach Konwencji.

Właśnie dlatego tak wiele uwagi poświęca się w niej krajowym przepisom proceduralnym. Dzieje się tak nie tylko w odniesieniu do ogólnych warunków proceduralnych, regulujących możliwość złożenia skargi do Trybunału, gdzie spełnić należy zaczerpnięty z tradycyjnego prawa międzynarodowego wymóg wyczerpania krajowych środków odwoławczych potencjalnej strony w ramach krajowego systemu prawa. Jednocześnie Konwencja ukierunkowuje rozwiązania normatywne na krajowe procedury gwarancyjne. Przykładem może być tutaj art. 13, gwarantujący prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, jak również art. 6, który określa sprawiedliwe i publiczne rozpatrzenie sprawy przy rozstrzyganiu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w sprawie karnej, w końcu art. 5, który wprowadza gwarancje związane z pozbawieniem wolności.

Aspekt proceduralny jest ważny również w odniesieniu do podstawowych praw i wolności tam, gdzie oprócz obowiązku powstrzymania się od ingerowania w klasyczne prawa obywatelskie i polityczne, Trybunał nakłada pozytywny obowiązek ich ochrony m.in. przez wprowadzenie gwarancji proceduralnych.

W ten sposób dochodzimy do art. 8 Konwencji, przepisu o niezwykłej złożoności i bogactwie, gdzie splata się wiele różnorodnych wątków przewijających się w Konwencji.

Szczególna i dobrze znana zasada strasburskiego prawa precedensu mówi, że Europejska Konwencja Praw Człowieka jest „żyjącym instrumentem” i ma być interpretowana „w świetle dzisiejszych uwarunkowań”. Wynikająca z tych założeń interpretacja Konwencji powinna pozwalać na stosowanie jej przepisów w kontekście zmian zachodzących w postawach społecznych i moralnych oraz rozwoju technologicznego. Znaczenie poszczególnych terminów Konwencji nie zostało zamrożone w kształcie

z 1950 roku, gdyż skutkowałoby to utraceniem przez Konwencję cechy relevantności. Gdyby ta zasada interpretacji dynamicznej była wcześniej ogłoszona w odniesieniu do kar cielesnych, orzekanych w postępowaniu karnym¹, swój najlepiej wyraz znalazłaby właśnie w odniesieniu do art. 8. Nie jest to zaskakujące nie tylko ze względu na szeroki zakres zjawisk, do których odnosi się art. 8 (tj. do życia prywatnego, korespondencji czy mieszkania), ale również dlatego, że są to takie zjawiska, które w sposób najbardziej wyraźny odzwierciedlają przemiany społeczne. W związku z tym, art. 8 okazuje się być zabezpieczeniem jak najbardziej elastycznym. W ten sposób artykuł ten ma zastosowanie także do opieki społecznej nad dziećmi, niedogodności związanych z odpadami maszyn, kwestii urbanistyki, hałasu powodowanego przez samoloty, praw transseksualistów, kar cielesnych w szkołach, dostępu do tajnych dokumentów z danymi o przeszłości osób ubiegających się o stanowiska publiczne, wyboru imienia dziecka, zasad związanych z położeniem imigrantów, ujawnianiem dokumentacji medycznej i tak dalej; mógłbym sporządzić tutaj znacznie dłuższą listę.

Poszerzenie zakresu interesów chronionych przez art. 8 stało się możliwe ze względu na dopuszczenie do rozwoju prawa precedensu w działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a do niedawna i Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Działanie takie uzasadnia się słusznie koniecznością dotrzymania kroku współczesnemu światu. Jeśli jednak spróbujemy ocenić ten rozwój w relatywnie krótkim czasie, mamy tu również do czynienia z elementem niekorzystnym. Działać się tak może wówczas, gdy rządy państw próbują ustanowić w sposób dosłowny to, czego oczekujemy się od nich w Konwencji. Jest tak tym bardziej, że w jednym z najwcześniej rozstrzygnięć² z powołaniem się na art. 8 Trybunał wyjaśnił, że poza obowiązkiem powstrzymywania się od arbitralnej ingerencji w interesy podlegające ochronie, władze państwa mogą mieć także pozytywny obowiązek zapewnienia efektywnego „poszanowania” tych interesów. W kontekście rozważyń nad statusem dziecka urodzonego poza związkiem małżeńskim Trybunał zauważył, że poszanowanie rodziny wymaga w szczególności istnienia w prawie krajowym ochrony prawnej, która „umożliwia najwcześniej jak to możliwe, od momentu urodzenia, integrację dziecka z rodziną”. Co więcej, taki pozytywny obowiązek może wymagać podjęcia kroków zmierzających ku ochronie poszanowania życia prywatnego nawet w sferze relacji osobistych między dwiema osobami³.

Czy obowiązki nałożone na państwo są pozytywne, czy negatywne – prawo do ich poszanowania nie ma charakteru absolutnego. Podobnie

¹ *Tyler v. United Kingdom*, 25.4.1978, series A, nr 26, § 31.

² *Marck.v. Belgium*, 13.6.1979, series A nr 31, § 31.

³ *X and Y v. The Netherlands*, 26.3.2000, series A nr 91, § 23.

jak to ma miejsce w przypadku innych artykułów Konwencji dotyczących „wolności” (art. 9, 10 i 11), dopuszcza ona, zgodnie z art. 8 ust. 2, nakładanie pewnych ograniczeń na wykonywanie praw. Stosownie do obowiązku negatywnego, ingerencja władzy publicznej musi się odbywać „zgodnie z prawem”, musi dążyć do osiągnięcia jednego z legalnych celów określonych w tym ustępie i musi być „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym”. W determinowaniu tego, co jest niezbędne w społeczeństwie demokratycznym – Wysoka Układająca się Strona cieszy się pewnym marginem swobody. Uzasadnienie tego jest dwójakie. Na płaszczyźnie praktycznej to władze krajowe mają najlepszą pozycję do oceny tego, jakie środki są niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Na płaszczyźnie teoretycznej decyzje podejmowane przez demokratycznie wybrane organy mają taką legitymację, która nakłada na Trybunał obowiązek ich poszanowania, a zatem i pewien poziom powściągliwości sądu.

Tak jak w art. 9–11 Konwencji, margines uznaniowości będzie różny w zależności od kontekstu. W związku z tym na przykład w aspekcie poszanowania życia rodzinnego Trybunał uznał, że władze krajowe cieszą się szerokim marginem swobody w określaniu zakresu koniecznej opieki nad dziećmi, ale wzywa do uważnej analizy pod kątem ewentualnych przyszłych ograniczeń. W przypadku prawa do poszanowania domu Trybunał po raz kolejny przyznaje, że w zasadzie władze krajowe cieszą się szerokim marginem uznaniowości w implementacji decyzji urbanistycznych. Jej zakres zależy jednakże od takich czynników, jak natura uprawnień Konwencji, ich waga dla osoby indywidualnej czy natura rozważanych czynności.

Czy to na poziomie krajowym, czy w Strasburgu, owa „niezbędność” w społeczeństwie demokratycznym dotyczy w gruncie rzeczy kwestii zrównoważenia interesu indywidualnej osoby i interesu ogólnego. Tam, gdzie mamy do czynienia z istnieniem obowiązku pozytywnego, musi być przeprowadzone to samo działanie równoważące. Jak zaznaczył Trybunał, w determinowaniu tego, czy obowiązek pozytywny istnieje, czy też nie, „musi mieć miejsce dokładne rozważenie celem zachowania odpowiedniej proporcji pomiędzy tym, co jest ogólnym interesem społecznym, a interesem osoby indywidualnej – czego poszukiwaniem wypełniona jest cała Konwencja”⁴. Trybunał w zasadzie wyjaśnił, że granica pomiędzy pozytywnymi i negatywnymi obowiązkami państwa nie zawsze prowadzi do precyzyjnej definicji. W obu przypadkach musi mieć miejsce oszacowanie konkurujących interesów jednostek i społeczeństwa jako całości; i w obu przypadkach państwo cieszy się pewnym marginem swobody⁵.

Jest to tło dla ewolucji gwarancji Konwencji, których zastosowanie zawsze dotyczy idei uczciwej równowagi między interesami ogólnego i jednostki.

⁴ Cossey v. The United Kingdom, 27.9.1990, series A nr 148, § 37.

⁵ X., Y and Z v. The United Kingdom, reports 1997.

Spróbuje teraz przejrzeć niektóre z kategorii spraw przywołujących art. 8 z takiego punktu widzenia, aby móc sformułować niektóre z głównych zasad zastosowania tego artykułu. Nie utrzymuję, że ten przegląd będzie wyczerpywał szeroki zakres precedensów odnoszących się do tego artykułu.

Pierwsza kategoria spraw, jaką chcę się zająć, odnosi się do tajnej inwigilacji. Mamy tu do czynienia z klasycznym obowiązkiem nieingerencji. Jego celem jest zapobieżenie wykorzystywaniu przez państwo arbitralnego stosowania tego rodzaju władzy, z którą łączą się najczarniejsze karty historii. Jak powiedział Trybunał, „uprawnienie do tajnej inwigilacji obywateli, charakterystyczne dla państwa policyjnego, jest tolerowane w myśl Konwencji tylko i wyłącznie w takim zakresie, jaki jest konieczny dla ochrony instytucji demokratycznych⁶”. W tych przypadkach Trybunał podkreślił ważność rządów prawa jednego z filarów kreowanego przez Konwencję systemu ochrony praw człowieka i w ogóle społeczeństwa demokratycznego. Idea rządów prawa pojawiła się w kontekście tajnej inwigilacji przez wymóg ustępu 2 art. 8, gdzie jest mowa o tym, że ingerencja musi być „zgodna z ustawą” – oznacza ona nie tylko, że prawo krajowe musi w tej kwestii określać właściwe zabezpieczenia i że muszą one być stosowane, ale również, że ich jakość winna spełniać określone kryteria. Prawo krajowe musi być przede wszystkim czytelne, innymi słowy, obywatelowi winno przysługiwać prawo uzyskania jasnego uzasadnienia zastosowania wskazanych przepisów w danej sprawie⁷. Jednocześnie „musi być wystarczająco jasne dla obywateli, w jakich warunkach władza publiczna jest uprawniona do uciekania się do tej tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego”⁸. Przykładem przeciwieństwa rządów prawa w tym zakresie będzie przyznanie swobody władzy wykonawczej, niekrępowanej przez prawo krajowe co do zakresu i sposobu korzystania z takiego uprawnienia⁹. Dla przykładu, prawo krajowe powinno oznaczyć kategorie osób, które mogą być obiektem inwigilacji i naturę przestępstw, która może uzasadniać wydanie decyzji o podjęciu inwigilacji¹⁰.

Podsumowując, podczas gdy Trybunał uznał konieczność podejmowania i prowadzenia tajnej inwigilacji w kontekście poważnych przestępstw, np. terroryzmu, wymaga, by towarzyszył jej jednocześnie minimalny stopień ochrony, do której obywatele są uprawnieni w ramach rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym. Orzecznictwo Trybunału wpłynęło na

⁶ *Klass v. Germany*, 6.9.1978, series A nr 28, § 42.

⁷ *Malone v. The United Kingdom*, 2.8.1984, series A nr 82, § 66.

⁸ *Ibidem* § 67.

⁹ *Ibidem* § 68.

¹⁰ *Kruslin v. France*, 24.4.1990, series A nr 176, § 35.

to, że państwa przyjęły nowe ustawodawstwo – przykładowo Zjednoczone Królestwo wprowadziło ustawodawstwo określające podstawy dla przejęcia komunikacji w publicznym systemie pocztowym i telekomunikacyjnym¹¹. Jednak Trybunał stwierdził później naruszenie poszanowania przejęcia rozmów, wykonywane przez systemy telekomunikacyjne działające poza siecią publiczną¹². We Francji, przez wydanie dwóch orzeczeń w roku 1990, uchwalono prawo normujące szczegółowo warunki odnoszące się do przechwytywania rozmów¹³.

Druga główna kategoria spraw z art. 8 odnosi się do objęcia dziecka opieką społeczną. W jednej z ostatnich spraw Trybunał po raz kolejny powtórzył, że rozwiązanie rodziny jest niezwykle poważną ingerencją w życie zarówno dzieci, jak i rodziców¹⁴. Według Trybunału, „wzajemna radość, jaką czerpią dziecko i jego rodzice z wzajemnego towarzystwa, stanowi fundamentalny element życia rodzinnego; co więcej, naturalne relacje w rodzinie nie są zdeterminowane przyczyną w postaci faktu, że dziecko zostało objęte opieką społeczną”. Zdaniem Trybunału, zawsze należy brać pod uwagę konieczność dokładnego rozważenia wszystkich istotnych kwestii warunkujących oddanie dziecka opiece społecznej. Po dejmując decyzję o poddaniu dziecka opiece społecznej, władze krajowe muszą rozważyć interesy wszystkich zainteresowanych¹⁵. Zdaniem Trybunału nie jest zastępowanie władz krajowych w działaniach z zakresu ich obowiązków regulowania opieki społecznej nad dzieckiem i praw rodziców. Zatem, jak już wspomniałem, władze cieszą się szerokim marginesem uznaniowości w ocenie konieczności oddawania dzieci pod opiekę.

Zagadnienia dotyczące opieki społecznej nad dzieckiem będą z pewnościąą coraz szerzej poddawane skrupulatnej ocenie Trybunału. Punktum wyjścia jest to, że objęcie dziecka opieką społeczną powinno być z zasady uznawane za stan przejściowy, który ma być zakończony tak szybko, jak pozwalają na to warunki oraz że przesłanką zastosowania czasowej opieki społecznej nad dzieckiem powinno być przywrócenie związku naturalnego rodzica z dzieckiem¹⁶. W ten sposób negatywny obowiązek w postaci nieingerowania w życie rodzinne staje się obowiązkiem pozytywnym, jeśli potraktujemy instytucję opieki nad dzieckiem jako nakierowaną na przywrócenie jedności rodzinie. Należy zrównoważyć interes dziecka pozostającego pod opieką społeczną z interesem rodzica, którego przywraca się dziecku. W prowadzeniu działań mających

¹¹ The Interception of Communication Act 1985.

¹² Halford v. The United Kingdom, 25.6.1997, reports 1997 – III.

¹³ Kruslin v. France, *op.cit.*; Huvig v. France, 24.4.1990, series A nr 176 – B.

¹⁴ Scozzari and Giunta v. Italy, 13 July 2000.

¹⁵ K. And T. v. Finland, 27.4.2000, niepublikowane, § 135.

¹⁶ Johansen v. Norway, 7.8.1996, reports – III, § 78.

na celu osiągnięcie tej równowagi, Trybunał przykłada szczególną wagę do interesu dziecka, który ze względu na swoją naturę i powagę może uchylić interes rodzica. W szczególności rodzic nie może być uprawniony z art. 8 Konwencji do takich działań, z powodu których dziecko mogłoby ponieść szkodę na życiu i rozwoju¹⁷. Władze mają obowiązek wykazywania się najwyższym stopniem roztropności i czujności w poszanowaniu praw interesów obu stron¹⁸. Jednym z czynników, które trzeba wziąć pod uwagę w tych skomplikowanych i drażliwych sprawach, są procedury, które należy ustalić, aby zapewnić należytą ochronę praw zainteresowanych podmiotów. Jak wskazują rozstrzygnięcia Trybunału, w art. 8 zawarte są pewne wymogi proceduralne: przy rozstrzyganiu spraw dotyczących dzieci, rodzice muszą być zaangażowani w szeroko pojęty proces podejmowania decyzji w stopniu wystarczającym dla zapewnienia im wymaganej ochrony ich interesów¹⁹. Trybunał może brać również pod uwagę długość procesu podejmowania decyzji, ponieważ w sprawach dotyczących opieki społecznej istnieje zawsze niebezpieczeństwo, że w wyniku przedłużających się procedur nastąpi *de facto* przesądzenie rozstrzygnięcia. Poprzez to faktyczne poszanowanie życia rodzinnego wymaga się, aby przyszłe regulacje pomiędzy rodzicem a dzieckiem były zdeterminowane w świetle wszystkich relevantnych okoliczności, a nie przez upływ czasu²⁰.

Obowiązek poszanowania więzi rodzinnych i konieczność podjęcia pozytywnych kroków dla ich rozpoznania wyrasta również poza dziedzinę opieki społecznej. Stosownie do zasad określonych w dotychczasowych precedensach, tam gdzie nawiązano już więzi rodzinne z dziekiem, państwo musi działać w sposób obliczony na to, że te więzi będą się rozwijać i że musi zostać stworzona ochrona prawa, która zapewni integrację rodziny już od momentu narodzenia dziecka²¹. W przypadku, gdy dziecko urodzone poza małżeństwem zostało oddane do adopcji bez wiedzy lub zgody jego naturalnego ojca, który zerwał związek z matką dziecka, prawo ojca do życia rodzinnego zostało naruszone. Jasne jest, że życie rodzinne w rozumieniu art. 8 obejmuje również więzi, które istnieją także wtedy, gdy strony mieszkają razem, a nie są małżeństwem albo wówczas, kiedy są parą, ale mieszkają osobno, jak to zostało określone w jednej ze spraw holenderskich. W prawie holenderskim naturalny ojciec nie był uprawniony do uznania swego syna, jeśli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa matki z innym mężczyzną. Trybunał uznał, że kompetentne władze miały obowiązek zezwolić na dopeł-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Scozzari and Giunta v. Italy, *op.cit.*, § 216.

¹⁹ Olsson v. Sweden, *op.cit.*, § 71.

²⁰ W v. The United Kingdom, 8.7.1987, series A nr 121, § 65.

²¹ Keegan v. Ireland, 26.5.1994, series A nr 290, § 50.

nienie więzi rodzinnych w aspekcie prawnym pomiędzy naturalnym ojcem a synem tak szybko, jak to możliwe. Poszanowanie życia rodzinnego wymagało, aby aspekty biologiczne i społeczne przeważyły nad domniemaniem prawnym, które przeciwstawia się rzeczywistym faktom i woli zainteresowanych podmiotów²².

Z drugiej strony, tam gdzie mamy do czynienia z rzeczywistością nie biologiczną a społeczną, która polega na domniemaniach prawnych, sytuacja jest nieco inna. Rozważmy sytuację, kiedy w rodzinie kobieta stała się męskim transseksualistą. W odniesieniu do jego partnerki i dziecka, które ta urodziła w wyniku sztucznego zapłodnienia, Trybunał uznał, że więzi rodzinne *de facto* istniały i miał zastosowanie art. 8. Jednak ze względu na to, że transseksualizm wiąże się ze skomplikowanymi kwestiami naukowymi, prawnymi, moralnymi i społecznymi, Wysokie Układające się Strony nie podzielają wspólnych postaw w tych kwestiach, a zatem nie można ich uogólnić. Wobec tego Trybunał przyjął założenie, że art. 8 nie może zostać uznany za podstawę nałożenia na pozowane państwo obowiązku formalnego uznania za ojca dziecka osoby, która nie jest ojcem biologicznym²³.

Kwestia ta wiąże się z jednym z aspektów prawa do życia rodzinnego w odniesieniu do osób transseksualnych. Sprawy odnoszące się bezpośrednio do prawa do życia prywatnego są o tyle interesujące, że naświetlają ewolujący proces interpretowania Konwencji. Wiele z wniesionych skarg odnosiło się do niepodejmowania przez pozowane państwa pozytywnych kroków w celu zmodyfikowania systemu, który działał na szkodę powodów. Chodzi tu o system rejestracji narodzin. Ponownie działając w celu odnalezienia sprawiedliwego zrównoważenia interesu ogółu i interesu poszczególnych osób indywidualnych, Trybunał dotychczas niewielką i ciągle malejącą większością głosów, z jednym wyjątkiem, rozpoznając poszczególne fakty²⁴ uznał, że pozowane państwa nie miały pozytywnego obowiązku zmodyfikowania systemu rejestracji narodzin w taki sposób, aby zmiana płci była elementem podlegającym aktualnieniu w rejestrze²⁵.

Jednak Trybunał nigdy nie wykluczył możliwości domagania się prawnego uznania nowej tożsamości płciowej. Trybunał wielokrotnie powtarzał, że istnieje potrzeba, aby Wysokie Układające się Strony analizowały tę kwestię. W najnowszych sprawach uznano, że wzrosła społeczna akceptacja transseksualizmu i wzrosło uznanie problemów, z jakimi spoty-

²² Kroon v. The Netherlands, 27.10.1994, series A nr 297-C, §§ 36–40.

²³ X, Y and Z v. the United Kingdom, 22.4.1997, reports 1997 – II, §§ 36 i 52.

²⁴ B v. France, 25.3.1992, series A nr 232-C.

²⁵ Rees v. United Kingdom, 17.10.1986, series A nr 106; Cossey v. the United Kingdom, 27.9.1990, series A nr 184; Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, 30.7.1998, reports 1988–V.

kają się transseksualiści. Ale aby zdeterminować, czy prawo państwa powinno być skorygowane, Trybunał brał pod uwagę dwa aspekty: zagadnienia naukowe i zagadnienia prawne. Jeśli chodzi o zagadnienia naukowe, Trybunał potwierdził swój wcześniejszy punkt widzenia: nadal nie jest wyjaśniona rzeczywista natura transseksualności i zauważał, że legalność zabiegów chirurgicznych była niekiedy kwestionowana. Żadne odkrycia w dziedzinie nauk medycznych nie wyjaśniło wątpliwości dotyczących przyczyn uwarunkowania transseksualności. Brak zgody pozwaneego państwa na to, że płeć mózgu jest rozstrzygającym warunkiem determinującym płeć, nie może być krytykowany jako nieuzasadniony²⁶.

Biorąc pod uwagę aspekt prawny, Trybunał przeprowadził badania porównawcze, które oparto na materiałach dostarczonych przez organizację zajmującą się prawami człowieka. Nie doszukano się jednak istnienia wspólnych postaw w Europie wobec problemów powstałych w wyniku uznania praw wynikających ze statusu osoby, która poddała się operacji zmiany płci. W szczególności nie ma wspólnych poglądów dotyczących tego, wobec kogo stosować reperkusje, które takie uznanie wspomnianego statusu mogłyby pociągnąć za sobą w odniesieniu do innych obszarów prawa, związanych np. z małżeństwem, prywatnością lub ochroną danych.

Może się przez to wydawać, że Trybunał jest nieufny w rozciąganiu własnych precedensów na obowiązki pozytywne. Najpierw musi zostać jasno dowiedzione nie tylko, że miała miejsce ewolucja w sferze moralnej, ale że ewolucji tej towarzyszył właściwie potwierdzony rozwój wiedzy naukowej i że ma to odbicie w prawie i praktyce większości państw – Wysokich Układających się Stron. Trybunał będzie zatem interpretował terminy Konwencji w świetle tej ewolucji. Nie jest rolą Trybunału inżynieria społeczna bądź nakładanie na kogokolwiek norm moralnych.

Orientacja seksualna jest jednym z tych zjawisk, które w sposób znaczny zmieniły się od czasów, kiedy Konwencja była projektowana. W roku 1981 Trybunał orzekł: „W porównaniu z czasami, kiedy to prawodawstwo zostało uchwalone, obecnie mamy do czynienia z lepszym rozumieniem zachowań homoseksualnych i – co za tym idzie – z rosnącą tolerancją. Większość państw członkowskich Rady Europy nie rozważa już konieczności czy właściwości uznawania praktyk homoseksualnych (wśród pełnoletnich świadomych mężczyzn) za obszar stosowania prawa karnego”. Trybunał nie mógł przeoczyć znacznych zmian, które pojawiły się w prawie krajowym państw członkowskich²⁷.

²⁶ Sheffield and Horsham, *op.cit.*, § 55.

²⁷ Dungeon v. The United Kingdom, 22.10.1981, series A nr 45, § 60; patrz także Norris v. Ireland, 26.10.1988, series A nr 142, §§ 39–47.

Trybunał uznał, że prywatne dobrowolne akty homoseksualne stanowią „w istocie prywatne zamanifestowanie osobowości człowieka” i że ich zakazanie w przepisach prawa karnego jest naruszeniem art. 8 Konwencji: Precedensy Trybunału odzwierciedlają zatem przemiany społeczne, a zmiany te zostały już ucielesnione w prawie większości państw – Wysokich Układających się Stron. Ostatnio Trybunał orzekł, że naruszeniem z art. 8 jest automatyczne zwolnienie ze służby wojskowej w Wielkiej Brytanii pewnych osób z powodu ich homoseksualności oraz szczególnie niepożądane wojskowe śledztwo, które ma na celu określenie ich orientacji seksualnej. W tej sprawie osoby te zostały zwolnione z wojska nie z powodu swego zachowania, a było ono nienaganne, ale z powodu cech wrodzonych. W tych warunkach automatyczne zwolnienie ze służby było reakcją nieproporcjonalną, w szczególności dlatego, że nie zostało dowiedzione, że homoseksualność *per se* niesie ze sobą ryzyko zagrożenia dla dyscypliny w wojsku²⁸.

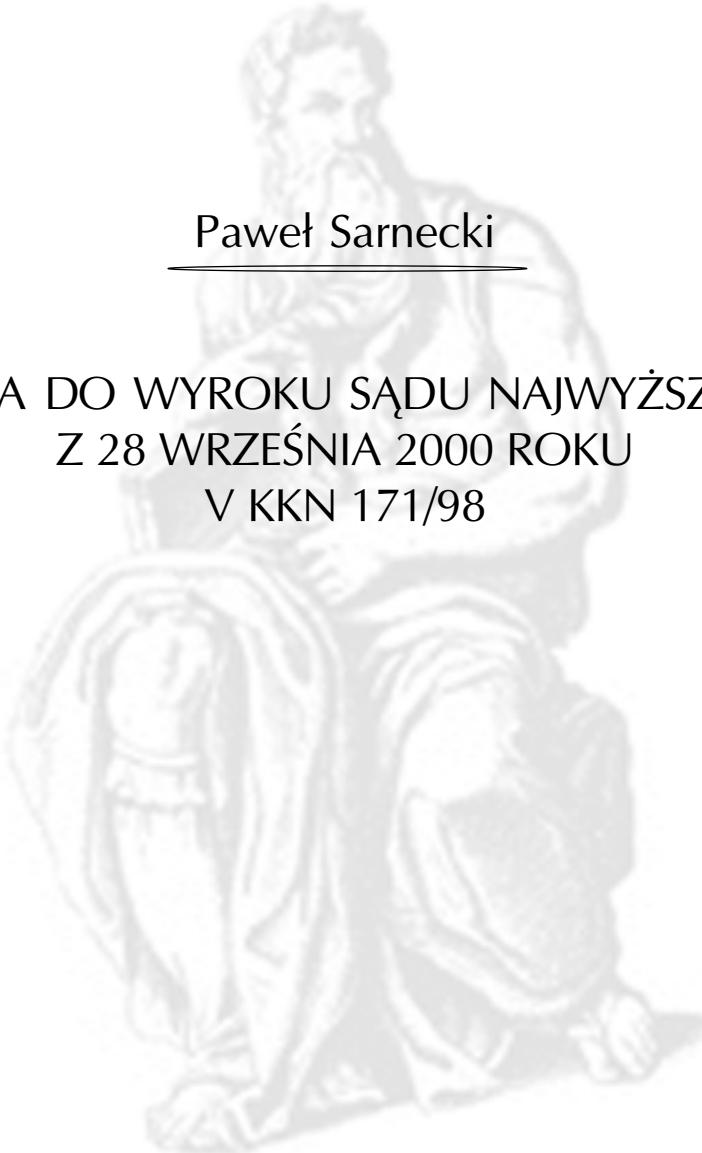
Trybunał podtrzymał ostatnio stanowisko w orzeczeniu Izby, że tam, gdzie sąd uzależnia podjęcie decyzji w postępowaniu o przyznanie opieki nad dzieckiem od homoseksualności ojca, mamy doczynienia z pogwałceniem art. 8 w powiązaniu z art. 14, który zakazuje dyskryminacji w korzystaniu z praw gwarantowanych w Konwencji²⁹. Trybunał wolał rozstrzygnąć sprawę z punktu widzenia dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej niż z punktu widzenia życia prywatnego czy rodzinnego.

²⁸ Lusting – Prean and Beckett v. the United Kingdom, 27.9.1999, niepublikowane, § 80 i nast.

²⁹ Salgueira da Silva Mouta v. Portugal, 21.12.1999, niepublikowane.



GLOSY



Paweł Sarnecki

GLOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z 28 WRZEŚNIA 2000 ROKU
V KKN 171/98



W głosowanym wyroku Sąd Najwyższy wypowiedział się przede wszystkim w dwu kwestiach praktycznych, obu dotyczących prawa prasowego. Po pierwsze, co do kwalifikacji prawnej opublikowania przez gazetę listu czytelnika do redakcji, a po drugie, co do zakresu ochrony dóbr osobistych osób pełniących funkcje publiczne. W obu tych sprawach ustanowienia Sądu Najwyższego posiadają ważne znaczenia dla stosowania wymienionej ustawy. Obie konstatacje zostały oparte na rozważaniach, trzeba przyznać, nieczęsto spotykanych w wyroku nawet tej najwyższej instancji sądowej w Polsce – dotyczących ogólnej wizji statusu jednostki, przyjętej przez Konstytucję RP. Na tej dopiero podstawie Sąd Najwyższy dokonał bardziej szczegółowej analizy rozwiązań konstytucyjnych, dotyczących wolności prasy (art. 14 Konstytucji RP) oraz wolności słowa i prawa do informacji (art. 54 i 215 Konstytucji RP). Sąd Najwyższy trafnie kwalifikuje art. 14 Konstytucji RP jako „zasadę – jedną z wielu – ustroju politycznego państwa [...], jedną z idei przewodnich leżących u podstaw konstrukcji prawno-ustrojowej państwa”. Taki charakter wynika z miejsca tego przepisu w rozdziale I Konstytucji RP. (Nieprzypadkowo też rozdział ten podlega bardziej trudniejszej rewizji, jest bardziej „sztywny”). Funkcjonując w charakterze zasady ustroju, przepis ten zawiera jednak również konkretną treść materialną – mianowicie mieści w sobie szereg wolności jednostki. „Wolność prasy i innych środków społecznego przekazu” nie jest przecież jakąś wolnością gazet oraz stacji radiowych i telewizyjnych”, lecz wolnością rozmaitych podmiotów wydawania tytułów prasowych, zakładania wspomnianych stacji oraz nieskrępowanej (w założeniu) ich aktywności jako dysponentów tych mediów w określaniu treści przekazu. Zwraca tu uwagę brak określenia przez Konstytucję społecznej funkcji „publikatorów”, co jest jednym z przejawów recepcji przez jej autorów liberalnego systemu wartości.

Wolności jednostki, które przewiduje z kolei art. 54 Konstytucji RP (wyrażania swych poglądów, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji), posiadają więc bezpośrednie oparcie w jednej z konstytucyjnych zasad ustrojowych. Stanowi to istotny argument na rzecz pogłębiania wolnościowych wątków analizowanego problemu, bardzo konsekwentnie wydobywanych w głosowanym orzeczeniu. Przy tej okazji wolność słowa słusznie też, choć wbrew formalnej systematyce konstytucyjnej, zakwalifikowana została jako wolność o charakterze politycznym: „zasada sformułowana w art. 14 zapewnia obywatelom możliwość świadomego i czynnego udziału w realizacji władzy państowej, czego warunkiem jest właśnie wolność prasy”.

Skoro zasada wolności prasy jako zasada ustrojowa zawiera już w sobie pewne wolności jednostki, powstaje pytanie o sens zamieszczenia art. 54 w Konstytucji RP, który traktuje o tych materiałach z punktu widzenia (wyłącznie) pozycji jednostki, a nie struktury ustroju państwa. Czy nie mamy tu do czynienia ze zbędnym superfluum regulacji? To samo moglibyśmy zresztą skonstatować odnośnie np. wolności sumienia i religii (art. 25 i 53 Konstytucji RP) czy prawa własności (art. 20, 21 i 64 Konstytucji RP). Jednak uzyskujemy w ten sposób: po pierwsze, kompletność regulacji, skoro Konstytucja zawiera już rozdział dotyczący praw obywatelskich – pominięcie wolności stanowiłoby niezrozumiałą lukę; po drugie, brak konieczności dokonywania złożonych operacji interpretacyjnych dla stwierdzenia, że „wolność prasy” jako zasada ustroju zawiera również pewne prawa subiektywne, podmiotowe obywateli – pamiętajmy, że Konstytucja nie jest tworzona dla prawników oraz nie przede wszystkim dla prawników; po trzecie, przez art. 54 Konstytucji otrzymujemy wyjaśnienie zakresu „wolność słowa”. Obejmuje więc ona nie tylko *sensu stricto* wolność głoszenia swoich poglądów, lecz również wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Wprawdzie Sąd Najwyższy trafnie wywodzi, że „wolność prasy jest pochodną myśli, z której wynika wolność przekonań” i „wolność prasy możliwa jest w pełnym zakresie tylko w razie istnienia wolności myśli, przekonań, wypowiedzi, słowa, informacji i publikacji” – to znowu dojście do przekonania, że już w art. 14 Konstytucji RP mogą zawierać się te wszystkie możliwości działania, nie jest wnioskiem oczywistym dla każdego. Art. 54 Konstytucji przesądza to jednoznacznie. Szkoda może, że Sąd Najwyższy nie sięgnął również do art. 61 Konstytucji RP. Powstaje bowiem pytanie, czy prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, zawarte w tym ostatnim przepisie – jest elementem wolności pozyskiwania informacji z art. 54 Konstytucji RP? Obydwa artykuły ilustrują też w wyjątkowo interesujący sposób wzajemne regulacje pojęć „wolności” i „prawa” obywatelskiego, którym to kwestiom również Sąd Najwyższy poświęcił wiele miejsc.

Wyrażanie swoich poglądów w prasie jest wolnością obywatelską. Najpełniej wolność ta wyrażałaby się wówczas, gdyby każdy z nich wydawał własny organ prasowy, tak jak aktualnie każdy podłączony do sieci internetowej może otworzyć własną stronę (która i tak jest jednak dostępna tylko dla innych użytkowników Internetu). Obywatel niebędący wydawcą nie posiada jednak bezwzględnego roszczenia do opublikowania swych poglądów na łamach dowolnej gazety (pomijam sprawę sprostowań). Dlatego też ustawa nakłada na osoby faktycznie kształtujące treści gazet (dziennikarzy) szczególne obowiązki, a ich działalność określa jako „służbę społeczeństwu” (art. 10 prawa prasowego). W ten sposób tak rozumiana działalność dziennikarzy jest, w pewnym sensie, przejawem wolności wy-

rażania swoich poglądów przez samych obywateli. Zaś społeczeństwo to jest społeczeństwem pluralistycznym, czemu Konstytucja daje wielokroć wyraz (por. tzw. wstęp, art. 11 i 12, 25, 58 i 59 i inne). Należy uznać, że służba społeczeństwu pluralistycznemu oznacza co najmniej obowiązek dziennikarzy dawania czytelnikowi do zrozumienia, że prezentowane poglądy mogą wyrażać stanowiska jedynie pewnej części społeczeństwa. Nie stoi temu na przeszkodzie obowiązek realizowania tzw. ogólnej linii programowej redakcji, zawarty w art. 10 ust. 2 prawa prasowego.

Od strony formalnej praca dziennikarzy polega na zbieraniu, opracowywaniu i publikowaniu tzw. materiałów prasowych (por. art. 7 pkt 4, art. 12 ust. 12 pkt 1, art. 15 i 16 prawa prasowego). Prawo prasowe przewiduje również szczegółowe procedury odpowiedzialności za publikację „materiału prasowego” (por. rozdział 7 prawa prasowego). Ustawa nie zajmuje się natomiast metodą zawodową pracy dziennikarskiej, czyli metodami zbierania i publikowania materiałów prasowych, co zresztą byłoby zagadnieniem uchylającym się od regulacji prawnej. Oznacza to natomiast, że dziennikarz może stosować wszelkie metody sztuki dziennikarskiej, zgodnie z etyką zawodową i zasadami współżycia społecznego (art. 10 ust. 1), przy zachowaniu szczególnej staranności i rzetelności oraz ochrony dóbr osobistych (art. 12 ust. 1). Jedną z takich metod może być decyzja o publikacji listu do redakcji, co zawsze posiada pewien kontekst i zawsze – jak się wydaje – pozwala ustalić również charakter zaangażowania się w daną sprawę przez dziennikarza, który taką decyzję podjął. Inny charakter posiada bowiem opublikowanie takiego listu z komentarzem, inny – bez komentarza, inny – w stałej rubryce „listy do redakcji”, inny – w miejscu, w którym zwykle publikuje się inne materiały, inny – wraz z dalszymi listami w tej samej sprawie, inny – opublikowanie listu, który jako jedyny ją porusza itp. W tym świetle, jak sądzę, zarówno wymóg, aby publikacja listu do redakcji odpowiadała wszelkim ustawowym warunkom publikacji „materiałów prasowych”, jak i stanowisko, że odpowiedzialność dziennikarzy za opublikowanie takiego listu nie różni się od ich odpowiedzialności za publikację „materiałów prasowych” we wszelkich innych formach (oba wyrażone przez Sąd Najwyższy) – nie mogą być podważane. Treścią materiałów prasowych może być również, i winna być nader często, ocena osób piastujących funkcje publiczne. Ocena ta może być również krytyczna i – skoro słusznie traktujemy wolność słowa jako wolność o charakterze politycznym – krytyka ta posunięta być może nader daleko. Będąc przejawem życia politycznego, krytyka poprzez „materiały prasowe” winna mieścić się w ramach właściwych dla wszelkich innych jego przejawów, nie większych, ale i nie mniejszych. Nie widać powodów, dla których np. poseł czy senator winien cieszyć się inną ochroną przed krytycznymi ocenami wyrażonymi w publikacjach prasowych, niż podczas spotkań na zebra-

niach z wyborcami, wizyt wyborców w jego biurze w godzinach dyżurów, w kierowanych do niego listach wyborców itp. Sądzić należy, że ustosunkowanie się obywatele do jego działalności rozciąga się przy tym na wszystkie czynności związane z pełnieniem funkcji publicznej. Może rozciągać się również na pozostałą jego aktywność, o ile ta wykazuje potencjalny związek z tą działalnością, a zwłaszcza znaczenie dla niej. Jedynie działalność ściśle prywatna, co do której nie dałoby się stwierdzić związku z działalnością publiczną – objęta jest konstytucyjnie chronionym prawem do prywatności (art. 47 Konstytucji RP).

W ramach rozwijanej w ten sposób oceny i krytyki postępowania osób pełniących funkcje publiczne, Sąd Najwyższy dostrzega oczywiście pewne granice. Oprócz granic opartych na przepisach ustawy o ochronie danych osobowych (a co dotyczy sfery ściśle prywatnej, według poczynionego wyżej rozróżnienia), Sąd Najwyższy wskazał na konieczność rzeczowości i rzetelności tej krytyki, co w szczególności przejawiać się ma w odwoływaniu się do określonych faktów, a nie jedynie posługiwaniu się ujemnymi ocenami oraz niesprawdzonymi zarzutami. Oprócz tego, Sąd Najwyższy powołał się jednak na bardzo swoistą dyrektywę: krytyka winna służyć realizacji jej społecznego celu. Istnieją więc dla krytyki, także prasowej, pewne, nie indywidualne, a właśnie społeczne – obiektywne cele. Zdaniem Sądu Najwyższego „granice krytyki nie da się (przy tym) ogólnie wyznaczyć, ponieważ określają je niepowtarzalne okoliczności konkretnej sprawy”. Moim zdaniem, tezę tę należałoby jednak uzupełnić o wymog pozostawania krytyki w ramach demokratycznego procesu politycznego, zachowania przez krytykę jej charakteru jako jednego z elementów tego procesu i widzenia wymogu jako jednego z aspektów „celu społecznego” krytyki. Wydaje się, że obywatele działający w społeczeństwie pluralistycznym wszelako w konstytucyjnie określonych ramach (por. art. 13 Konstytucji RP) – nie posiadają prawa rozpowszechniania poglądów mieszczących się już poza tymi ramami, a krytykowanie na tej podstawie funkcjonariuszy publicznych przez dziennikarzy nie spełniałoby wymogu wyżej wspomnianej „sługi społecznej”. W istocie bowiem przekształcalibyśmy wówczas prawo do krytyki w znane w literaturze i praktyce „godziny nienawiści”.

Dopiero w tych ramach zaakceptować należałoby pogląd, że nie da się wyznaczyć ogólnych granic krytyki działalności funkcjonariuszy publicznych. W każdym razie, co warto stwierdzić, może ona mieścić również postulat cofnięcia konkretnej osobie mandatu funkcjonariusza publicznego.



BIOGRAMY

BIOGRAMY CZŁONKÓW KOLEGIUM POLSKIEGO

Adam Czarnota – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Południowej Nowej Walii w Sydney. Wykładał na uniwersytetach w Wielkiej Brytanii, Afryce Południowej oraz krajach Europy Środkowo-Wschodniej. Zajmuje się teorią i socjologią prawa, zwłaszcza tzw. *transitional justice*. Współredaktor (z Martinem Krygierem) *The Rule of Law after Communism*.

Tomasz Giszbert-Studnicki – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Jagiellońskim. W latach 1993–1997 wykładowca w *Academy of Legal Theory* w Brukseli, w latach 1995–1999 członek Komitetu Wykonawczego Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej. Członek Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, zajmuje się analityczną filozofią prawa.

Janusz Kochanowski – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. W latach 1991–1995 konsul generalny Rzeczypospolitej Polskiej w Londynie. *Visiting fellow* na uniwersytetach w Augsburgu, Oxfordzie, Cambridge oraz Instytucie Maxa-Plancka we Freiburgu. W latach 1996–1997 *senior member Robinson College. Life member Clare Hall* w Cambridge. Autor m.in. prac *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, *Redukcja odpowiedzialności karnej*.

Andrzej Kojder – prawnik i socjolog; wykłada socjologię prawa na Uniwersytecie Warszawskim, jest przewodniczącym Polskiego Towarzystwa Socjologicznego i członkiem *Transparency International*. W latach 90. podsekretarz stanu w Kancelarii Prezydenta RP. Opublikował ponad 100 prac naukowych – głównie z dziedziny socjologii prawa, aksjologii prawa i socjotechniki; jest autorem m.in. książki *Godność i siła prawa*.

Zdzisław Krasnodębski – socjolog i filozof; wykłada na Uniwersytecie w Bremie, gdzie jest przewodniczącym programu polskich studiów interdyscyplinarnych. Członek polskiego i niemieckiego stowarzyszenia socjologicznego. Autor prac na tematy socjologii prawa, m.in. *Max Weber, Postmodernistyczne rozterki kultury, Upadek idei postępu*.

Michał Królikowski – doktorant w Instytucie Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego.

Lech Morawski – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie im. Mikołaja Kopernika w Toruniu. Zajmuje się filozofią analityczną oraz problemami transformacji współczesnych systemów prawa. Autor m.in. rozpraw *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe, Główne problemy współczesnej filozofii prawa*.

Marek Antoni Nowicki – adwokat; rzecznik praw obywatelskich w Kosowie, współzałożyciel Komitetu Helsińskiego w Polsce. W latach 1993–1999 członek Europejskiej Rady Praw Człowieka.

skiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu. Jest autorem m.in. pracy *Kamienie milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*.

Wojciech Sadurski – filozof prawa; pracuje w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji i na Uniwersytecie w Sydney. Zajmuje się filozofią prawa i teorią konstytucjonalizmu. Autor m.in. książek *Teorie sprawiedliwości, Giving Desert Its Due, Myślenie konstytucyjne, Freedom of Speech and Its Limits*.

Marek Safjan – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Członek *Association Internationale Droit, Ethique et Science, Academie Internationale de Droit Compare*. Autor wielu publikacji z zakresu prawa cywilnego, prawa handlowego i bioetyki, m.in. *Medycyna i prawo*. Od 1997 roku sędzia Trybunału Konstytucyjnego, a od 1998 roku prezes Trybunału.

Grażyna Skapska – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Jagiellońskim. *Visiting professor* na uniwersytetach w Australii, Stanach Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii. Wiceprezydent Międzynarodowego Instytutu Socjologii. Jej zainteresowania naukowe koncentrują się wokół przemian rynkowych po upadku komunizmu oraz teorii praworządności. Jest autorką m.in. książek *Prawo a dynamika społecznych przemian, Constitutionalism after Communism*.

Wiesław Staśkiewicz – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Od 1992 roku dyrektor Biura Studiów i Eksperterz Kancelarii Sejmu. Jego zainteresowania naukowe obejmują badania empiryczne kultury prawnnej i efektywności ustawodawstwa.

Miroslaw Wyrzykowski – prawnik; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. Specjalizuje się w prawie publicznym i prawach człowieka. Ekspert Komisji Konstytucyjnej Sejmu X Kadencji. *Visiting professor* na uniwersytetach w Monachium, Konstanz, Sydney. W latach 1999–2001 dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Od 2001 roku sędzia Trybunału Konstytucyjnego.

Marek Zirk-Sadowski – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie Łódzkim. Członek Komitetu Wykonawczego Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół teorii sądowego stosowania i interpretacji prawa, teorii wartości i filozofii prawa europejskiego. Autor m.in. pracy *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Od 1994 roku sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego.

BIOGRAMY CZŁONKÓW KOLEGIUM ZAGRANICZNEGO

Deryck Beyleveld – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie w Sheffield. Dyrektor *Institute of Biotechnological Law and Ethics*. Kontynuator szkoły Alana Gewirtha. Zajmuje się teorią prawa karnego, teorią moralności i etyką. Autor m.in. *The Dialectical Necessity of Morality*, (z Rogerem Brownswordem) *Law as Moral Judgment* oraz *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*.

Jo Carby-Hall – prawnik; wykłada na Uniwersytecie w Hull, dyrektor *International Legal Research Centre for Legislative Studies* tegoż uniwersytetu. Ekspert z zakresu prawa pracy. *Visiting professor* na uniwersytetach w Genewie, Paryżu, Nantes, Toru-

niu. Honorowy profesor Uniwersytetu w Bordeaux. Odznaczony Orderem Zasługi Rzeczypospolitej Polskiej, Konsul Honorowy Rzeczypospolitej Polskiej.

Masaji Chiba – prawnik i socjolog; emerytowany profesor Uniwersytetu Metropolitan w Tokio. Wykładał na Uniwersytecie w Minnesocie. Członek Międzynarodowego Stowarzyszenia Socjologicznego. Autor wielu prac na tematy socjologii i antropologii prawa, m.in. *Modern Anthropology of Law, Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*.

Meir Dan-Cohen – prawnik; wykłada etykę prawa na Uniwersytecie Kalifornijskim w Berkeley – *Milo Reese Robbins Chair in Legal Ethics*, uprzednio na Uniwersytecie w Yale. Zajmuje się teorią prawa i moralności w społeczeństwie. Autor m.in. książek *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*.

John Finnis – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Oksfordzie. Twórca „nowej teorii prawa naturalnego”. Redaktor *Halsbury's Laws of England*. Autor m.in. *Natural Law and Natural Rights* (wyd. pol. 2001 r.).

George P. Fletcher – prawnik i filozof; *Cardozo Professor of Jurisprudence* na Uniwersytecie Columbia w Nowym Jorku. Publicysta w *New York Times*. Zajmuje się prawem konstytucyjnym, karnym i jurysprudencją. Autor m.in. *Rethinking Criminal Law, A Crime of Self-Defence, Our Secret Constitution*.

Peter Glazebrook – prawnik; wykłada na Uniwersytecie w Oksfordzie, dyrektor *Old Library*, zajmuje się teorią prawa karnego i bioetyki. Autor m.in. zbioru *Statutes on Criminal Law*.

Jürgen Habermas – filozof, przedstawiciel drugiej generacji krytycznej szkoły frankfurckiej, uczeń Maxa Horkheimera i Theodora Adorno. Zasłynął obroną teorii racjonalności Kanta, publikuje na tematy socjologii i filozofii. Twórca komunikacyjnej teorii społeczeństwa. Autor m.in. dzieł *Communication and the Evolution of Society* oraz *Theory and Practice*.

Joachim Herrmann – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersyteci w Pittsburghu, uprzednio na Uniwersytecie w Augsburgu. *Visiting professor* na uniwersytetach w Stanach Zjednoczonych, Południowej Afryce, Chinach i Turcji. Zajmuje się teorią prawa karnego, prawnych systemów porównawczych, w szczególności europejskiego prawa kontynentalnego, prawa anglosaskiego oraz islamskiego. Autor m.in. *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorblid des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*.

Andrew von Hirsch – prawnik i filozof; *Honorary professor* teorii kary i prawa karnego w Instytucie Kryminologii im. L. Radzinowicza w Cambridge. Założyciel i dyrektor Centrum Teorii i Etyki Kary w Cambridge. Główne zainteresowania naukowe koncentrują się wokół teorii systemu karnego i filozofii prawa karnego. Autor m.in. *Doing Justice, Past or Future Crime* oraz *Censure and Sanctions*.

Martin Krygier – prawnik i filozof; wykłada na Uniwersytecie Południowej Nowej Walii w Sydney. *Visiting professor* na Uniwersytecie Kalifornijskim w Berkeley. Przewodniczący redakcji *East Central Europe – L'Europe du Centre Est* oraz współredaktor (z Adamem Czarnotą) *The Rule of Law after Communism*.

David Lyons – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Bostonie, uprzednio na Uniwersytecie Cornell. Autor m.in. *Moral Aspects of Legal Theory; Rights, Welfare and Mill's Moral Theory* oraz *Ethics and the Rule of Law* (wyd. pol. 2000 r.).

Neil MacCormick – prawnik i polityk; wykłada na Uniwersytecie w Edynburgu. Zajmuje się filozofią prawa, zwłaszcza europejskiego, oraz historią polityki. Wiceprzewodniczący Szkockiej Partii Narodowej. Członek Parlamentu Europejskiego. Twórca współczesnej instytucjonalnej teorii prawa. Autor m.in. *Legal Reasoning and Legal Theory*.

Jerzy Makarczyk – prawnik; pracownik Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Specjalista z dziedziny prawa międzynarodowego publicznego. Członek Instytutu Prawa Międzynarodowego w Mediolanie. Sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Sir Peter North – prawnik; *Principal of Jesus College* w Oxfordzie, prorektor Uniwersytetu w Oxfordzie, uprzednio rektor tegoż Uniwersytetu. *Visiting professor* na wielu uniwersytetach w Europie. Specjalista z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego.

Lord Northon of Louth – politolog i polityk; od 1986 roku profesor Uniwersytetu w Hull. Od 1992 roku dyrektor *Centre for Legislative Studies*. Od 1998 roku zasiada w Izbie Lordów. Autor m.in. *The British Polity, Parliaments and Governments in Western Europe, The Conservative Party*.

Joseph Raz – prawnik i filozof; wykłada filozofię prawa na Uniwersytecie w Oxfordzie, uprzednio na Uniwersytecie Hebrajskim w Jerozolimie. *Visiting professor* na Uniwersytecie Rockefeller, Australijskim Uniwersytecie Narodowym, uniwersytetach w Toronto i Yale. Zajmuje się głównie filozofią prawa, moralności i polityki. Autor m.in. *The Authority of Law* (wyd. pol. 2000 r.), *The Morality of Freedom, Ethics in the Public Domain*.

Christopher Staughton – prawnik; członek *Queen's Counsel*, Sędzia *British Hight Court*. Członek *the Privy Council* Królowej Elżbiety II. Zajmuje się dziedziną prawa handlowego i rodzinnego

Gunther Teubner – prawnik i socjolog; wykłada na Uniwersytecie Frankfurckim. *Visiting professor* w Berkeley, Stanford i Wiedniu. W 1983 roku odznaczony przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Socjologiczne Nagrodą im. Leona Petrażyckiego. Twórca teorii systemów autopoetycznych w dziedzinach społecznych. Autor m.in. *Law as Autopoietic System; State, Law, Economy as Autopoietic Systems; Environmental Law and Ecological Responsibility*.

BIOGRAMY CZŁONKÓW RADY FUNDACJI „IUS ET LEX”

Stefan Bratkowski – dziennikarz, pisarz i publicysta; założyciel, a w latach 1970–1973 i 1980–1981 redaktor „Życia i Nowoczesności” (dodatku „Życia Warszawy”). Zajmuje się problematyką ekonomiczną, polityczną, zarządzania oraz historią gospodarczą. Honorowy Przewodniczący Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich.

Baroness Caroline Anne Cox of Queensburry – polityk; od 1985 roku *deputy speaker* w Izbie Lordów. Zaangażowana w działalność publiczną na rzecz praw człowieka.

Przewodnicząca *Christian Solidarity Worldwide*. Rektor Uniwersytetu w Bournemouth, Prezes *Institute of Administrative Management*. Odznaczona Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Hanna Gronkiewicz-Waltz – prawnik i ekonomista; wykłada na Uniwersytecie Warszawskim. W latach 1992–2000 Prezes Narodowego Banku Polskiego. Obecnie wiceprezes *European Bank for Reconstruction and Development*.

Anthony Carmichael Hamilton – 13 Lord Belhaven and Stenton, w latach 1964–1999 członek Izby Lordów. Odznaczony Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Ryszard Kaczorowski – ostatni prezydent RP na uchodźstwie; w 1940 aresztowany przez NKWD. Po uwolnieniu przebywał w Armii Polskiej w ZSRR, następnie w 2 Korpusie Polskim. Po wojnie na uchodźstwie w Wielkiej Brytanii, od 1967 przewodniczący ZHPpgK, w latach 1986–1989 minister spraw krajowych rządu RP na uchodźstwie. Członek Rady Polskiej Macierzy Szkolnej i Rady Instytutu Polskiego Akcji Katolickiej. Doktor *honoris causa* szeregu polskich uniwersytetów oraz honorowy obywatel Warszawy, Gdyni, Krakowa i wielu innych miast polskich.

Antoni Z. Kamiński – socjolog, od 2000 roku rektor Wyższej Szkoły Dziennikarstwa im. Melchiora Wańkowicza. *Visiting fellow American Council of Learned Societies* Uniwersytetu Columbia w Nowym Jorku, Uniwersytetu Kalifornijskiego w Berkeley, British Columbia, Japan Institute of International Affairs. Autor m.in. *Au Institutional Theory of Communism Regimes. Design, Function, Breakdown*.

Witold Kieżun – prawnik i ekonomista; żołnierz Armii Krajowej, więzień polityczny reżimu stalinowskiego. W latach 70. kierownik Zakładu Prakseologii PAN. Członek *International Academy of Management*, wykładowca w Wyższej Szkole Przedsiębiorczości i Zarządzania im. Leona Koźmińskiego w Warszawie.

Lord Lewis of Newnham – chemik i polityk; emerytowany profesor Uniwersytetu w Cambridge. Pierwszy *Warden Robinson College* w Cambridge (1975–2001). Członek zagraniczny Polskiej Akademii Umiejętności. Członek Izby Lordów. Odznaczony Krzyżem Komandorskim za Zasługi dla Rzeczypospolitej Polskiej.

Andrzej Szostek MIC – etyk, profesor na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim. *Visiting professor* w Instytucie Jana Pawła II Uniwersytetu Laterańskiego (1988–1991), członek Międzynarodowej Komisji Teologicznej w Rzymie (1992–1997). Rektor KUL od 1998 roku. Autor m.in. prac *Normy i wyjątki, Natura – rozum – wolność, Wokół godności, prawdy i miłości*.

Andrzej Wielowieyski – prawnik i polityk; żołnierz Armii Krajowej, członek Klubu „Krzywego Koła”, a od 1967 roku Klubu Inteligencji Katolickiej. Poseł na Sejm RP w latach 1989–2001, obecnie senator.

Maria Sapieha – studiowała w Anglii i Francji, w trakcie II wojny światowej na Zachodzie Europy, więziona przez Niemców za działalność antyhitlerowską. Na emigracji stworzyła oddział „Pomoc Dzieciom Polskim”. W latach 80. współdziałała z *Medical Aid for Poland* oraz Polską Macierzą Szkolną w Wielkiej Brytanii, za co została odznaczona Krzyżem Oficerskim Polonia Restitura. Założycielka i prezes Fundacji *Ex Animo* w Warszawie, obecnie wspiera Klinikę Onkologii w Miedzylesiu.

Jan Winiecki – ekonomista; specjalista w zakresie makroekonomii, komparatystyki systemowej, międzynarodowych stosunków gospodarczych. Współzałożyciel i prezes fundacji Centrum im. Adama Smitha, w latach 1991–1993 członek rady nadzorczej *European Bank for Reconstruction and Development*. Od 1994 roku wykłada na Uniwersytecie Europejskim *Viadrina* we Frankfurcie.

Opracowanie: Marcin Soboń



INFORMACJE DLA AUTORÓW

Redakcja przyjmuje artykuły, artykuły recenzyjne lub glosy, o ile nie były nigdzie wcześniej opublikowane i nie są oddane do publikacji.

Wraz z każdym artykułem przesyłanym do redakcji, należy dostarczyć na oddzielnym wydruku poniższe informacje:

- a) tytuł artykułu, data i liczba słów;
- b) imię i nazwisko autora, tytuł naukowy oraz instytucja naukowa lub zawodowa, z którą jest związany, adres oraz e-mail, numer telefonu i faksu;
- c) streszczenie wprowadzające liczące 150–200 słów;
- d) biogram liczący 25–50 słów.

Wskazane jest wyraźne zaznaczenie tytułów, śródtytułów i podtytułów. Tekst nie powinien przekraczać dziewięciu tysięcy słów, łącznie z przypisami.

Wskazane jest użycie znormalizowanej czcionki oraz zachowanie półtora odstępu między wierszami i pięciu centymetrów prawego marginesu. Strony powinny być ponumerowane.

W tekście głównym cytaty należy oznaczać podwójnym cudzysłowem apostrofowym, słowa i wyrażenia obcojęzyczne zapisać kursywą.

Przypisy należy wyłączyć z tekstu głównego i zebrać na dole każdej strony lub na końcu maszynopisu, zachowując ich numerację ciągłą. W przypisach stosuje się następującą kolejność zapisu: inicjał imienia autora, a następnie nazwisko; w opisie książek – tytuł (podany kursywą), tom, część, miejsce i rok wydania; w opisie artykułów – tytuł artykułu (podany kursywą), pełny tytuł czasopisma ujęty w cudzysłów, rok wydania, numer zeszytu, numer rocznika oraz numery stron, na których znajduje się podany artykuł, np.:

- a) R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 35–57.
- b) Z. Ziemiński, „*Lex*” a „*ius*” w okresie przemian, „*Państwo i Prawo*” 1991 r., nr 6, s. 5–9.

Wszystkie dane do całego opisu bibliograficznego powinny być wyszczególnione w oryginalnym brzmieniu. Jeśli praca danego autora powtarza się, stosujemy zapisany kursywą skrót *op.cit*. W przypadku występowania kilku prac tego samego autora, przy kolejnym cytowaniu umieszcza się czytelny skrót tytułu dzieła.

Gdy artykuł zostanie przyjęty do publikacji, autorzy będą proszeni o dostarczenie nośnika elektronicznego zawierającego wersję ostateczną artykułu.

Redakcja zastrzega sobie prawo skrótów i opracowania redakcyjnego. Przed opublikowaniem autor otrzyma tekst w wersji przeznaczonej do publikacji w celu nanieśienia korekty autorskiej.

Maszynopisy w ilości dwóch kopii należy dostarczać do sekretarza redakcji na adres:

Michał Królikowski
ul. Lazurowa 2/57
01–315 Warszawa