

Marek Safjan

Prawo, wartości i demokracja

Chrześcijaństwo-Świat-Polityka nr 1 (5), 5-23

2008

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Marek Safjan

Prawo, wartości i demokracja

1. Idea prawa w europejskiej kulturze prawnej

Jest oczywistym i banalnym stwierdzeniem, że pomiędzy prawem i moralnością nie można stawiać znaku równości. Jednocześnie jednak powszechnie mówi się o wartościach prawnych, o aksjologii prawa, o jego zasadach kierunkowych i tradycji, o prawie słusznym i sprawiedliwym, a to przecież oznacza zarazem ocenę prawa z innej perspektywy niż tylko formalnej – ograniczonej do zespołu norm zawartych w pozytywnym porządku prawnym. Brak tożsamości pomiędzy prawem i moralnością nie oznacza nieistnienia punktów stykowych, punktów konfliktu i zderzenia, a także pól wzajemnie się przenikających¹. Analiza skomplikowanych związków pomiędzy prawem i moralnością była zawsze przedmiotem zasadniczych kontrowersji². W tym punkcie nie zamierzam podejmować analizy tego złożonego kompleksu zagadnień. Zajmę się jedynie pytaniem, na czym polega sama odrębność porządku prawnego, a ściślej, jak w kształtowała się idea prawa w systemach zachodniej kultury prawnej.

Jedną z zasadniczych idei określających istotę zachodniej kultury prawnej jest koncepcja rządów prawa (rule of law). Podzielał pogląd, wbrew temu co często głosi się w piśmiennictwie, że idea ta nie jest kreacją dopiero XIX-wiecznej i XX-wiecznej doktryny prawnej, ale stanowi efekt wielowiekowego rozwoju, charakteryzującego się przede wszystkim położeniem nacisku na autonomiczny charakter reguł prawa w stosunku do jakichkolwiek innych systemów normatywnych rządzących danym społeczeństwem. Koncepcja rządów prawa nie powstała dopiero wtedy, kiedy została wpisana do pierwszych konstytucji europejskich norma określająca państwo jako „państwo prawa” czy „demokratyczne państwo prawne” (*Rechtsstaat, l'Etat de Droit, State Ruled by Law*), ale znacznie wcześniej³. Kształtowanie się tej idei było związane ze stopniowym utrwalaniem stanowiska, że prawo jako porządek obiektywny i autonomiczny wiąże także tych, którzy sprawują władzę: księcia, króla czy cesarza. Jeżeli w XIV wieku król Anglii, uznając postanowienia zawarte w *Magna Charta Libertatum*, zaakceptował respektowanie określonych praw swych poddanych, to

przyjął zarazem, że jego moc władcza nie obejmuje reguł, które by takie prawa poddanego naruszały⁴. Przełom w podejściu do prawa polegał, jak trafnie się wskazuje⁵, nie na tym, że zostało ono „nasycone” określonymi wartościami, jakąś szczególną treścią, ale na uznaniu jego niezależnej autonomicznej pozycji: prawo, w takim ujęciu, nie może być utożsamione z aktem władzy panującego, z nieskrępowaną wolą prawodawcy, ale ma samodzielny status⁶. Sądy angielskie, oparte na systemie *common law*, określając co jest prawem, poszukiwały go w ustalonych zwyczajach, precedensach, tradycji prawnej, uznawanych powszechnie zasadach postępowania sprawiedliwego. Zapewne dlatego sam król mógł przed takimi sądami, wydającymi w jego imieniu wyroki, przegrywać procesy. To, co określa istotę pojmowania prawa w kulturze zachodniej wiąże się z uznaniem, że granice prawa nie są wyznaczone wyłącznie formalną kompetencją organu prawodawczego i formalną możliwością narzucenia członkom danej społeczności dowolnych, sformalizowanych reguł postępowania. W konsekwencji, rządy prawa nie mogą zostać utożsamione z prostym podporządkowaniem regułom ustanowionym przez suwerenną władzę, ale oznaczają istnienie takich reguł, które są wiążące także dla samej władzy. W takiej perspektywie do objaśnienia rządów prawa nie wystarczy ograniczenie się do czysto formalnej analizy procesu stanowienia prawa przez organ wyposażony w odpowiednie suwerenne kompetencje prawotwórcze.

Na marginesie należy zarazem zauważyć, że refleksja historyczna i teoretyczna, w odniesieniu do kształtowania się koncepcji tak rozumianych „rządów prawa”, rzadko uwzględnia analizę doświadczeń Europy Centralnej. Tymczasem, jeżeli wiązać powstanie koncepcji rządów prawa z wyraźnym zakreśleniem prerogatyw władcy i uznaniem, że nie może on czynić wszystkiego, to taki przełom w myśleniu o prawie i jego relacji do władcy nastąpił niewątpliwie w Rzeczypospolitej z chwilą uznania słynnych przywilejów „*neminem captivabimus*”. Stanowiły one, że szlachcic nie może być pozbawiony wolności osobistej bez wyroku sądowego. Etapami procesu zakreślającego granice władzy były m.in. takie fundamentalne akty jak Konstytucja *Nihil Novi* (1505), która wyraźniej niż jakiegokolwiek inne w tamtym czasie w Europie akty ustrojowe ograniczała władzę króla. Dla kształtowania się nowoczesnej koncepcji prawa ważne było przyjęcie, po raz pierwszy w dziejach prawa europejskiego, zasady w myśl której obowiązuje tylko takie prawo, które zostało w odpowiedni sposób ogłoszone. Wyznaczenie granic ingerencji władzy w sferze sumień poddanych nastąpiło też w słynnym Akcie Konfederacji Warszawskiej (1572) uznającej tolerancję religijną i zarazem zakazującej władcy narzucania poddanym wyznania. Warto pamiętać, że to był czas, kiedy w Zachodniej Europie płonęły na stosie czarownice, a w krwawych potyczkach nocy św. Bartłomieja w Paryżu ginęły za swe przekonania religijne setki ludzi. Jeżeli więc uznać, że w zachodniej tradycji prawnej rządy prawa rozpoczynają się wtedy, kiedy zaczyna się dostrzegać autonomię

prawa i możliwość jego skutecznego przeciwstawienia władcy, oraz ograniczenia jego kompetencji, to Rzeczpospolita Obojga Narodów należała do pierwszych państw w Europie (po Anglii), w których taka idea się pojawiła. Nie bez przyczyny brytyjski historyk w XVII wieku pisał, że Polska to jest kraj, w którym „*lex est Rex – their law is their king*”⁷⁷. Właśnie to sformułowanie najlepiej przecież objaśnia istotę państwa prawa.

Przyjęty sposób objaśnienia istoty europejskiej koncepcji „rządów prawa” zakłada, że prawo nie może być uznawane za zakładnika określonej ideologii, religii, systemu moralnego. Prawo nie jest, powtórzmy tę banalną tezę, wiernym odwzorowaniem reguł moralnych lub jakiegokolwiek innego porządku normatywnego, nie realizuje z góry określonej wizji dobra i szczęścia, ma swoją własną rolę do spełnienia. Jest charakterystyczne, że pojawienie się w dwudziestym wieku rządów państw totalitarnych zmienia w sposób zasadniczy koncepcje i pojęcie prawa, które staje się jawnie instrumentalne wobec określonych politycznie i ideologicznie celów. W III Rzeszy, która w sensie formalnym nie przestawała być państwem prawa (*Rechtsstaat*) koncepcja prawa wyczerpywała się w jego czysto formalnych cechach (przyjęcie przez Reichstag aktów prawnych w odpowiedniej procedurze i odpowiednio ogłoszonych). Nie odnosiła się w żaden sposób do zawartości, treści prawa, które mogło wyrażać każde najbardziej arbitralne i najbardziej nawet niesprawiedliwe dążenia suwerena. Na tym tle dostrzega się też trafność tezy, że także prawo tworzone przez parlament, demokratycznie wybrany, nie zapewnia jeszcze *per se* rządów prawa i nie pozostawia marginesu dla autonomii prawa. Klasycznym wyrazicielem antytezy rządów prawa (tak jak wyżej to określono) była marksistowska koncepcja prawa. Opierała się bowiem dokładnie na odwrotnym, względem omówionego, paradygmacie, przyjmując, że prawo jest *ex definitione* wyrazicielem woli klasy panującej, która została ujęta w abstrakcyjną formułę prawną i zaopatrzona w sankcję na wypadek jej nieprzestrzegania. Prawo, już w sposób całkiem jawny, stać się miało narzędziem ideologii (co zresztą szybko nastąpiło), a każda reguła stanowiąca nakaz lub zakaz określonego zachowania, wyrażona przez państwo wyposażone w stosowne imperium, mogła bez względu na swoją treść przybierać postać normy prawnej. Było to zarazem, powtórzmy, równoznaczne z odrzuceniem zasadniczej idei, na której opierała się zachodnia koncepcja prawa. Wymaga ona jednak uczynienia tu dodatkowego zastrzeżenia.

Podkreślić trzeba, że prawo podążając swą autonomiczną, niezależną drogą, odmienią od tych, które wyznaczały kierunek kształtowania się reguł zachowania w innych porządkach (norm moralnych, religijnych, obyczajowych) nigdy nie pozostawało indyferentne wobec jakiegoś systemu wartości. W konsekwencji, o żadnym europej-

skim systemie prawa nie można wypowiadać się wyłącznie w kategoriach opisu wyżej przedstawionego – sprowadzającego się do ukazania źródeł idei państwa prawa. Naczelne wartości, a więc te, na których oparty jest formalny porządek prawny, są, moim zdaniem, konieczne dla opisu koncepcji prawa w tradycji europejskiej. Ostatecznie zatem stwierdzenie, że prawo nie jest tożsame z innymi porządkami normatywnymi nie oznacza, że w relacjach pomiędzy prawem a moralnością, obyczajowością i religią występowało swoiste *constans*. Ewolucji prawa w systemach europejskich towarzyszyła tendencja do poszerzania autonomii prawa nie tylko jako porządku wiążącego władzę i w jakimś sensie sytuowanego ponad nim, ale też tendencja do poszerzania autonomii aksjologicznej prawa.

Odębność prawa od innych porządków, nigdy nie całkowita, ale przecież wyraźna w okresie rzymskim zaważyła bodaj w największym stopniu na linii ewolucyjnej systemów prawnych w Europie. Prawo rzymskie nie utożsamiając reguł moralnych i obyczajowych z prawem wyraźnie odwoływało się jednak do reguł słuszności dla kwalifikacji niezgodnego z prawem zachowania, włączając do pojęcia „*iniuria*” (bezprawność) pojęcie „*iniustitia*”, co wiązało stan naruszenia prawa z naruszeniem reguł słuszności, dobrych obyczajów i uczciwości. Prawo rzymskie było wszak *art boni et aequi* (sztuką dobra i słuszności), a zachowanie obrażające zasady słuszności i dobrych obyczajów nie mogło w konsekwencji korzystać z ochrony prawa⁸.

W okresach późniejszych w Europie, zwłaszcza od kiedy rozpoczęła się recepcja prawa rzymskiego, autonomia reguł prawnych wobec innych systemów regulacyjnych była wyraźna, ale jednocześnie nie ulegała przecież żadnej wątpliwości, że w chrześcijańskiej Europie postawa wobec świata, poczucie dobra i zła, ogląd świata, stosunek do innych ludzi, poczucie sprawiedliwości, etc. (a więc wszystkie te czynniki, które dzisiaj zaliczylibyśmy do elementów współkształtujących świadomość prawną) były silnie determinowane przez chrześcijaństwo i jego system wartości. Prawo tworzyło formalne ramy, abstrakcyjne reguły, które napełniane były treścią wynikającą z duchowości człowieka tamtych czasów. O tym, jakie prawo jest i jaka jest jego tradycja decydowali zawsze konkretni ludzie kształtowani przez swoją epokę i wyrażający jej wartości – w średniowiecznej i późniejszej Europie były to wartości uwarunkowane chrześcijaństwem. Nie oznaczało to jednak tożsamości z nakazami i zakazami płynącymi z religii. Tomasz z Akwinu, wyróżniając prawo boskie (wieczne), prawo naturalne i prawo ludzkie, uznawał istnienie granic dzielących poszczególne porządki, ale jednocześnie ich zależność i hierarchię. W tomistycznej koncepcji prawo ludzkie było dziełem ludzkiego rozumu, realizujące idee sprawiedliwości. Swoją moc wiążącą uzyskiwało, jeśli nie uchybiało prawu naturalnemu⁹. Tomasz z Akwinu

tak oto charakteryzował pojęcie prawa ludzkiego: „Prawo nie jest czymś innym niż rozporządzeniem rozumu dla dobra wspólnego ogłoszonym przez tego, kto sprawuje pieczę nad wspólnotą (*Lex est nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*)”¹⁰. W ujęciu kantowskim prawo ludzkie nie było tożsame z nakazem religijnym i moralnym. Prawa moralne były fundamentem dla prawa tworzonego przez człowieka, tworzyły punkt wyjścia i ramy, w których mógł się on poruszać, ale jego dzieło w postaci prawa pozytywnego było czymś autonomicznym, odrębnym od samej moralności¹¹.

Rozwijające się w doktrynie europejskiej różnorodne nurty teorii prawa natury nie prowadziły do zakwestionowania autonomii prawa pozytywnego. W istocie rzeczy szkoły prawa natury nie objaśniały fenomenu, jakim było ewolucyjne kształtowanie się idei prawa w kulturze europejskiej. Próbowaly odpowiedzieć na zgoła inne pytanie: jakie prawo może być uznane za sprawiedliwe, jakie powinno wyrażać wartości i treść, od czego winna być uzależniona jego moc wiążąca¹². Pytania o to, jakim wartościom ma być podporządkowane prawo należy zatem odróżnić od pytania, jak idea prawa kształtowała się w procesie historycznego rozwoju. Teorie prawa natury nie odnoszą się do ujęcia normatywnego prawa realnie obowiązującego, ale jak się niekiedy powiada są swoistym zwierciadłem prawa pozytywnego i jego „sumieniem”. Nie można oczywiście zaprzeczyć temu, że koncepcje praw naturalnych były źródłem inspiracji dla kształtowania się nowoczesnej doktryny prawa europejskiego (bardzo wyraźnie od XVIII wieku) i ustanowienia owego koniecznego „*quantum* aksjologicznego”, które w Europie doprowadziło stopniowo do ustalenia katalogu podstawowych praw człowieka, a więc niezbywalnych, przyrodzonych praw przysługujących każdej osobie. Nie było to jednak, powtórzmy, równoznaczne z pomieszczeniem porządków normatywnych i nie prowadziło do utożsamienia nakazów płynących z norm moralnych, religijnych czy obyczajowych z prawem obowiązującym. W różnorodnych teoriach prawa natury tkwił więc przede wszystkim postulat kierowany pod adresem prawodawcy.

Odrzucenie wymiaru religijnego w sferze funkcjonowania państwa, a więc także i prawa przynosi w Europie rewolucja francuska. Jednocześnie jednak to Francuska Deklaracja Praw Człowieka wyraża wartości, które nie zrodziły się w próżni, ale na mocnym fundamencie kultury chrześcijańskiej, z której wynikały wprost inspiracje dla usytuowania człowieka w centrum relacji państwo-społeczeństwo, dla poszanowania jego wolności i dla zadeklarowania równości oraz braterstwa wszystkich ludzi. Art. II Francuskiej Deklaracji mówił: „Celem każdej organizacji politycznej jest utrzymanie naturalnych i nieprzedawnionych praw człowieka. Tymi prawami są wolność, własność, bezpieczeń-

stwo i opór przeciwko uciskowi”. Tę samą aksjologię wyrażał kodeks Napoleona (konstytucja cywilna Francuzów – jak o tym dziele zawsze mówiono), rozpoczynający nowy etap w kształtowaniu systemów prawnych kontynentalnej Europy: prawa tworzonego w oparciu o zrationalizowaną metodologię, akcentującą autonomię porządku prawnego, dążącego do zupełności, podporządkowanego spójnym, logicznym konstrukcjom pojęciowym i instytucjonalnym¹³.

Wielkie kodyfikacje dziewiętnastowieczne¹⁴ tworzyły własny konwencjonalny obszar pojęć, terminów i konstrukcji prawnych, w którym należało znaleźć odpowiedź na wszelkie pytania odnoszące się do relacji prywatnych pomiędzy jednostkami (stąd też wywodzi się słynna niemiecka szkoła analizy prawnej tzw. *jurysprudencji pojęć*). Okres pozytywizmu prawniczego zakładający swoistą „samowystarczalność” prawa, jego zupełność i ściśle sformalizowaną strukturę, dominujący w dziewiętnastowiecznej kontynentalnej Europie zdawał się uniemożliwiać stawianie pytań o wartości i aksjologię. Nie były to bowiem pytania o treść prawa pozytywnego. Tymczasem wykład prawa miał być wykładem obowiązujących aktów normatywnych, a nie określonej idei prawa czy wartości, na których się ono opierało. Oczywiście, takie założenie nie było nigdy możliwe do zrealizowania. Prawo nie mogło być bowiem sprowadzone do zapisów w aktach normatywnych, do formalnych jednostek tekstowych; znaczyło zawsze coś więcej: było wynikiem tradycji, elementem dziedzictwa kulturowego społeczeństwa, zespołem reguł, które wyrażały treści nie tylko zawarte w formalnie ujętych normach prawa pisanego, ale także stanowiące efekt obowiązującego kanonu dobra wspólnego, sprawiedliwości i uczciwości w relacjach pomiędzy członkami społeczeństwa. Inspiracje prawnaturalne były zresztą w dziełach kodyfikacyjnych wyraźnie widoczne. Art.16 kodeksu cywilnego austriackiego stanowił: „Každy człowiek ma prawa wrodzone, samym rozumem poznawane i dlatego za osobę uważanym być winien”. Jednocześnie jednak prawo respektujące wartości, takie jak sprawiedliwość i słuszność, nie było utożsamiane z samą ideą słuszności. Trafnie zatem F. Zoll odróżniał prawo prawe (za R. Stammlerem określane jako *Richtige Recht*) od słuszności jako takiej: „Pojęcie prawa nie pokrywa się z ideą słuszności [...] słuszność jest wyrazem miary w świecie etycznym”¹⁵. W okresie pełnej dominacji myśli pozytywnej w prawie kontynentalnym, bujnie rozwijało się prawotwórstwo sądowe, które ostatecznie decydowało, jaka norma obowiązuje. Jego podstawę stanowiły interpretacje prawa oparte o poczucie słuszności i sprawiedliwości, o treści wyprowadzanej z tzw. klauzul generalnych.

Do frontalnego zderzenia pozytywistycznego ujęcia prawa, czyli prawa w jego czysto sformalizowanym znaczeniu, a pojęciem prawa jako reguł podlegających weryfikacji

aksjologicznej dochodzi w XX wieku. Wówczas okazało się, że samo prawo pozytywne – poprawnie przyjęte w ramach systemu, może okazać się zbrodnicze i może kwestionować podstawowy kanon wartości uniwersalnie uznawanych. To sprawia, że po 1945 roku powracają zasadnicze, fundamentalne pytania dotyczące relacji pomiędzy prawem, a jego pojęciem i obowiązywaniem, oraz wymaganiami sprawiedliwości. Prawo pozytywne, nawet formalnie przyjęte w sposób poprawny, może stracić swój status normy obowiązującej przekraczając pewne *quantuum* niesprawiedliwości. Wraca więc myśl o prawie ponadustawowym (wprost wyrażona w słynnym eseju Gustawa Radbrucha)¹⁶, o zasadach, które są uniwersalne, nadrzędne nad ustawodawcą pozytywnym, wyrażają konieczne minimum słuszności, niezbędny ładunek aksjologiczny, aby mogły być uznane za obowiązujące reguły zachowania.

Kelsenowska idea normy podstawowej¹⁷, której podporządkowane być muszą inne normy systemu, staje się po drugiej wojnie światowej przesłanką wprowadzenia w Europie mechanizmów korygujących pozytywistyczne pojmowanie prawa – jako zespołu reguł ustanowionych przez kompetentny organ na podstawie właściwych procedur. Punktem odniesienia stają się zasady i wartości wyrażane w akcie najwyższym, którym jest Konstytucja. Zasada demokracji większościowej ulega w ten sposób, przynajmniej częściowo, zakwestionowaniu i zastąpieniu przez koncepcje demokratycznego państwa prawa, w którym idea *rule of law* jest ściśle powiązana z systemem podstawowych wartości wyrażanych przez konstytucję.

Podsumowując, można stwierdzić, że ten bardzo z konieczności uproszczony i syntetyczny przegląd upoważnia do przyjęcia następujących konkluzji:

1. Prawo w tradycji europejskiej rozwijało się jako autonomiczny i niezależny system regulacyjny, nie było nigdy prostym i automatycznym przeniesieniem reguł spoza innych porządków normatywnych, ale miało do spełnienia swoją własną rolę – tak kształtowała się idea *rule of law*.
2. Instytucje i zasady prawne stanowiąc zawsze istotny fragment dziedzictwa kulturalnego i cywilizacyjnego pozostawały pod silnym wpływem uznawanych powszechnie systemów moralnych, pojęcia sprawiedliwości i słuszności. Te zaś w Europie kształtowały się pod wpływem chrześcijaństwa. Kanon wartości prawnych stanowiących *core* prawa w dzisiejszej Europie jest determinowany przez te wartości i zasady, takie jak godność każdej osoby ludzkiej, wolności i równość wszystkich ludzi, solidarność z innymi ludźmi. Wywodzą się one z inspiracji związanych z dziedzictwem kultury chrześcijańskiej.

3. Ontologiczne ujęcie prawa nie może być sprowadzone do reguł prawa wyrażonego w określonej formie i przyjętych przez kompetentny organ państwa. Prawo jest legitymizowane nie tylko przez demokratyczną większość, ale także przez konieczne minimum aksjologiczne, które zawiera się dzisiaj w pierwszym rzędzie w koncepcji praw podstawowych, w tym przede wszystkim w koncepcji niezbywalnej i przyrodzonej godności każdej osoby. Instytucjonalne mechanizmy gwarantujące respekt praw podstawowych (minimum aksjologiczne) nie sytuują się jednak poza system prawnym, ale w jego obrębie i są związane z kontrolą konstytucyjności prawa na poziomie wewnętrznym (w oparciu o konstytucję) i na poziomie zewnętrznym (w oparciu o akty prawa międzynarodowego).

II. Demokracja, rządy prawa i religia

Systemy prawa współczesnej Europy są oparte na modelu demokracji konstytucyjnej, w którym uznaje się pluralizm światopoglądowy, religijny, polityczny i ideologiczny społeczeństwa. Współczesna demokracja konstytucyjna jest oparta na konsensie, odrzuca prosty model demokracji większościowej, nakazuje obronę praw mniejszości, zakłada maksymalną sferę wolności jednostki, o ile da się to pogodzić z interesami innych obywateli i społeczeństwa, stwarza możliwe szerokie szanse uczestniczenia każdego w życiu publicznym i decydowania o jego kształcie (stąd też pojęcie „demokracja partycypacyjna”). W takim modelu nie mieści się kształtowanie prawa pod wpływem określonej ideologii i światopoglądu, ale zarazem przecież nie jest też tak, jakoby prawo tworzone w systemie współczesnego demokratycznego państwa było całkowicie neutralne aksjologicznie. Aksjologia systemu wynika z tradycji prawnych, z dziedzictwa cywilizacyjnego, z uznawanej, o czym wspomniano wyżej, koncepcji praw podstawowych. W gruncie rzeczy nawet zdawałoby się techniczne i raczej formalne reguły poprawności prawa (tzw. wewnętrznej moralności prawa), które formułuje dzisiaj Lion Fuller¹⁸ nie są pozbawione ładunku aksjologicznego (odnośnie zakazu działania prawa wstecz, niesprzeczości, zrozumiałości czy jawności prawa). Sama koncepcja demokracji konstytucyjnej, partycypacyjnej, szanującej mniejszości i osiągającej porozumienie w drodze publicznego dyskursu, jest też oczywiście wynikiem założenia określonej filozoficznie i aksjologicznie wizji prawa¹⁹.

System demokracji konstytucyjnej nie zapewnia przez samo swoje istnienie spójnej i wyczerpującej koncepcji państwa, społeczeństwa czy reguł zachowania, w tym przede wszystkim reguł prawnych. Jest bardziej formą, procedurą, „ogólnym rusztowaniem”, które dopiero będzie wypełniane zasadami o konkretnej treści. Reguły ustanawiające procedury funkcjonowania państwa i tworzenia prawa w systemie demokratycznym

są jednak nierozzerwalnie, substancjonalnie związane z wizją człowieka jako istoty wolnej, dokonującej samodzielnie, na własny rachunek, wyborów moralnych, decydującej o sobie samej (co do zasady), autonomicznej w sprawach swego sumienia i wyznania, w sposób nieskrępowany wyrażającej swe poglądy i opinie, chronionej przed jakąkolwiek ingerencją z zewnątrz (ze strony państwa) w takim stopniu, w jakim to nie pozostaje w kolizji z interesami i prawami takich samych jednostek²⁰.

Taka wizja jest tylko wtedy możliwa do urzeczywistnienia, jeśli jej fundamentem pozostają podstawowe prawa człowieka. Wyrastają zaś one z określonych założeń aksjologicznych i filozoficznych. Bez kultury judeo-chrześcijańskiej takie fundamenty nigdy by nie powstały. One też są, w jakimś sensie, odpowiednikiem kantowskich reguł moralnych, które wyprzedzają sam proces tworzenia prawa²¹. W demokratycznym dyskursie o treści projektowanego prawa mogą być więc brane pod uwagę wszelkie rozwiązania, bez względu na to, z jakiej się wywodzą opcji politycznej, ideologicznej czy światopoglądowej, z zastrzeżeniem wszelako, że nie doprowadzą one jednak do naruszenia owego „quantum aksjologicznego”²².

Taki model prawa nie powstał w żadnym innym obszarze – religie wschodu islam²³, konfucjanizm²⁴ i buddyzm²⁵ ukształtowały zgoła odmienny model prawa, nie uznający autonomicznej roli porządku prawnego w stosunku do innych porządków normatywnych. Koncepcja autonomicznej roli prawa związana bezpośrednio z uznaniem wolności jednostki i jej odpowiedzialności ukształtowana została wyłącznie w naszym kręgu cywilizacyjnym. Nie dziwi zatem, że w sporze o preambułę Traktatu Konstytucyjnego znacząca część europejskiej społeczności opowiadała się za odwołaniem do chrześcijaństwa, uznając je za istotne dla określenia tożsamości europejskiej i zrozumienia sensu współczesnej demokracji i prawa w Unii Europejskiej.

W takiej koncepcji prawa nie mieści się funkcja instrumentu doskonalenia wewnętrznej jednostki i zapewnienia jej szczęścia poprzez zmuszanie do moralnie właściwych wyborów²⁶. Prawo nie może być środkiem do osiągnięcia zbawienia jednostki. W tym drugim ujęciu zanikałaby już bowiem nie tylko autonomia prawa, ale zakwestionowany zostałby, kierowany do każdego człowieka, sens moralnego posłania. Wybór postępowania dokonany przez jednostkę tylko dlatego, że naruszenie zakazu może wywołać dolegliwą sankcję prawną nie ma wartości moralnej²⁷.

W demokracji współczesnej człowiek nie jest bynajmniej zwolniony od odpowiedzialności moralnej za swoje postępowanie, także za to, co czyni w wymiarze publicznym. Człowiek otrzymuje instrument w postaci wolności, z którym może uczynić wiele do-

brego i złego²⁸. Dotyczy to także tworzenia prawa, które musi dzisiaj zmagać się z podstawowymi dylematami współczesności.

III. Pola konfliktu

Uznanie minimum aksjologicznego i praw podstawowych za wspólny i uniwersalny zarazem element porządku prawnego w państwach demokracji konstytucyjnej nie rozstrzyga *per se* wielu zasadniczych konfliktów etycznych i prawnych, stanowiących wyzwanie dla współczesnych systemów prawnych. W obrębie tych właśnie pól konfliktu sytuuje się pytanie o możliwe i dopuszczalne zarazem mechanizmy rozwiązywania sporów, które są determinowane istotnymi różnicami światopoglądowymi.

Na początek, wypada odpowiedzieć sobie na pytanie, dlaczego dochodzi do tak zasadniczych sporów, skoro – jak to wyżej wskazano – mamy do czynienia z realnie, a nie fikcyjnie istniejącym, konsensem w kręgu kultury europejskiej, przynajmniej w odniesieniu do podstawowych wartości prawnych, wywodzonych z koncepcji nienaruszalnych praw człowieka. Spory prawne, moralne, ideologiczne i światopoglądowe w systemie prawnym dotyczą wszak spraw związanych właśnie z prawami człowieka, a nie kwestii z tego punktu widzenia indyferentnych (np. prawa handlowego czy systemu podatkowego)²⁹. Choć zatem, można by oczekiwać, że właśnie w płaszczyźnie objętej konsensem spory nie będą tak ostre i fundamentalne, w rzeczywistości jest inaczej. Dlaczego?

Po pierwsze, dlatego że istotne, silnie zabarwione aksjologicznie wartości prawne przybierają najczęściej postać swoistych systemowych klauzul generalnych, które są z natury rzeczy semantycznie otwarte i podlegają niejednolitym interpretacjom w sferze stosowania prawa³⁰. Kluczowa dla współczesnych systemów konstytucyjnych i międzynarodowych aktów praw człowieka kategoria, jaką jest niezbywalna i przyrodzona godność każdej istoty ludzkiej staje się często przesłanką zasadniczo odmiennych wniosków interpretacyjnych w wykładni przyjętej przez poszczególne sądy konstytucyjne w krajach europejskich. Różnice te dotyczą już nie tylko odmiennego kręgu podmiotowego, a więc zakresu zastosowania tej kluczowej zasady (spór o status życia ludzkiego w jego najwcześniejszej fazie), ale także intensywności ochrony wyprowadzanej z tej wartości (nawet zgoda co do tego, że każda istota ludzka korzysta z tej ochrony nie przesądza wcale o identycznym jej stopniu, a więc w każdym wypadku i w każdych okolicznościach). Podobne obserwacje można sformułować w odniesieniu do innych otwartych systemowych klauzul generalnych, odwołujących się do wolności, sprawiedliwości i równości ludzi. Nie ma możliwości empirycznej weryfikowalności poprawności wyprowadzonych

wniosków, ponieważ mamy tu do czynienia z klasycznym sądami normatywnymi. Ostatecznie decydują więc takie kryteria, które wynikają z tradycji prawnych, dominujących w danym społeczeństwie poglądów moralnych i filozoficznych, ze stopnia uwrażliwienia opinii publicznej, ale także z osobistych przekonań i preferencji moralnych tych, do których należy ostatecznie podjęcie decyzji – a więc samych sędziów.

Po drugie, konflikty aksjologiczne pojawiające się we współczesnych demokratycznych społeczeństwach, wskazują na to, że w kolizji pozostają zasady podstawowe systemu, a wobec tego rozwiązywanie tego konfliktu polegać musi często na dokonywaniu wyboru pomiędzy wartościami formalnie równorzędnymi. O ile istnieje nawet zgoda co do samego katalogu zasad i tego, gdzie sytuuje się konflikt, nie ma już konsensu co do metodologii wyboru zasady preferencyjnej w danych okolicznościach. Dokonywana w tych warunkach hierarchizacja wartości podlega zmiennym determinantom, wśród których istotną rolę odgrywają kryteria wskazane wyżej (dominujące w danym społeczeństwie opinie moralne, tradycje prawne, etc.). Spór aksjologiczny we współczesnych społeczeństwach demokratycznych staje się w ten sposób coraz częściej sporem nie o wartości jako takie, ale o porządek wartości – ich wzajemne relacje i hierarchizację. Widoczne jest to wyraźnie na tle zastosowań współczesnej medycyny i biotechnologii (np. wolność badań naukowych a interes jednostki i społeczeństwa; prywatność i wolność prokreacji a ochrona życia i zdrowia; godność umierania a ochrona życia; prawo do zdrowia obecnych pokoleń a prawo przyszłych pokoleń, etc.). Punkt równowagi pomiędzy tymi wartościami jest sytuowany w poszczególnych systemach prawnych różnie. Widać to wyraźnie na tle zasadniczych rozbieżności pojawiających się w systemach europejskich, gdy chodzi m.in. o podejście do takich kwestii jak eksperyment medyczny na osobach małoletnich (całkowicie niedopuszczalny w Niemczech, w pewnych granicach dopuszczalny w większości krajów, w tym m.in. w Polsce), kloning terapeutyczny (dopuszczalny w Wielkiej Brytanii, zakazany w większości krajów Europy kontynentalnej)³¹, eutanazja (zakazana w większości krajów, dopuszczalna w Belgii i Holandii).

Po trzecie, silne „zaangażowanie” zabarwienie aksjologiczne toczących się współcześnie sporów prowadzi do zaostrenia postaw ich uczestników i ujawniana się postaw skrajnie przeciwstawnych. Argumenty formułowane w debacie (jeżeli ma ona w ogóle miejsce, co jest, poza dyskusją o aborcji, przypadkiem niestety rzadkim w Polsce) budowane są zazwyczaj wprost w oparciu o przyjęte postawy filozoficzne i religijne, bez uwzględnienia odmiennej roli i funkcji prawa co *ex definitione* wyklucza osiągnięcie konsensu. Takie spory mogą się toczyć i toczą w wielu sprawach, w których pojawiają się silne konotacje światopoglądowe³².

IV. Czy osiągnięcie porozumienia w wypadku konfliktu wartości jest możliwe ?

W sposób oczywisty nasuwa się pytanie, czy w pluralistycznym i wieloświatopoglądowym społeczeństwie współczesnym istnieje możliwość osiągnięcia porozumienia co do kształtu prawa i systemu wartości przez nie wyrażanych w dziedzinach, w których poglądy i stanowiska są silnie determinowane postawami filozoficznymi i religijnymi? Związane jest z tym też pytanie, jak ma postępować osoba, która jest związana z określonym systemem wartości warunkowanych religijnie w sytuacji toczących się fundamentalnych sporów o kierunek przyjmowanych rozwiązań prawnych: czy jest możliwe do zaakceptowania prawo, które różni się wyraźnie z aksjologią wynikającą z wartości opartych o określony światopogląd? Takie pytanie pojawiało się w ostatnich latach często w krajach europejskich np. wtedy kiedy we Włoszech przed kilkanaście laty społeczeństwo miało się wypowiedzieć w sprawie zakresu dopuszczalnych metod medycznie wspomaganego prokreacji, a w tym także statusu embrionu *in vitro*; w Portugalii w odniesieniu do legalizacji przerywania ciąży w pierwszym trymestrze; w Hiszpanii w związku z legalizacją związków homoseksualnych; czy w Belgii wobec przyjętych przez parlament regulacji dopuszczających pod pewnymi warunkami przerwanie życia osób nieuleczalnie chorych na ich żądanie. Takie pytanie musiało, z natury rzeczy, pojawiać się w Polsce przy kolejnych debatach publicznych związanych z regulacjami aborcyjnymi, ostatnio ze zmianami proponowanymi w odniesieniu do norm konstytucyjnych.

Czy może być rozstrzygający argument, że prawu należy nadawać kształt maksymalnie zbliżony do systemu wartości uznawanego na gruncie chrześcijańskim, ze względu na uniwersalizm tych wartości, oraz ogromną przewagę ludzi reprezentujących światopogląd katolicki w społeczeństwie polskim? Jak pogodzić takie przekonanie z mechanizmami demokratycznymi tworzenia prawa, w których istotę wpisane jest poszukiwanie konsensu, a wynik owego konsensu z natury rzeczy nie może być i nie będzie odzwierciedleniem racji jednej tylko strony toczzonego dyskursu? Czy przyjęcie takiego stanowiska nie oznaczałoby, że prowadzenie debaty publicznej na tematy silnie uwarunkowane aksjologicznie traciłoby jakikolwiek sens i uzasadnienie?

Powróćcie obecnie wypadła do wniosków sformułowanych w pierwszej części tego eseju, a wskazujących na autonomiczny charakter prawa, zarówno gdy chodzi o jego kształtowanie się, jak i treści przezeń wyrażane w porównaniu do innych systemów normatywnych. Zasadniczą myślą tej części wywodu była teza, że prawo stając się zakładnikiem jakiejś określonej ideologii, opcji politycznej czy światopoglądu jest zagrożone w swoim bycie, traci swoją autonomię, a jednocześnie że jego formalny status

(przyjęcie przez kompetentny organ, w trybie właściwych procedur) nie jest wystarczającą podstawą legitymizacji.

Czy taka teza akcentująca autonomię i religijną neutralność prawa jest równoznaczna z aksjologicznym indyferentyzmem prawa i skazuje prawo w państwach demokracji konstytucyjnej na rezygnację z jego korzeni chrześcijańskich i całkowitą niepewność co do kierunków jego dalszego rozwoju? Tak oczywiście nie jest. Jak wskazywałem wyżej, nasze współczesne pojmowanie sprawiedliwości, dobra i zła, praw osoby nienaruszalnej w swej godności, wolnej i równej z innymi, relacji jednostki wobec społeczeństwa, rozumianych w ten sposób, że jednostka i jej podstawowe prawa nigdy nie mogą być użyte jako środek do osiągnięcia celu i poświęcone na rzecz społeczeństwa, są rezultatem aksjologii formowanej pod dużym wpływem humanizmu chrześcijańskiego i moralnej koncepcji osoby utrwalonej w płaszczyźnie filozofii chrześcijańskiej³³.

Czy jednak odróżnienie *sacrum* (wyrażanego w nauczaniu Kościoła) od *profanum* (systemu normatywnego tworzonego według określonej procedury w państwie demokracji konstytucyjnej) nie pozostaje w sprzeczności z bezkompromisowością ochrony uniwersalnych wartości moralnych, o których mówi Jan Paweł II w encyklice „*Veritatis Splendor*”: „[...] skoro nie istnieje wolność poza prawdą lub przeciw niej, należy uznać, że kategoryczna – to znaczy nie dopuszczająca ustępstw ani kompromisów obrona absolutnie niezbywalnych wymogów, jakie wypływają z osobowej godności człowieka, jest drogą do wolności i warunkiem jej istnienia”? Czy w takiej perspektywie możliwe jest poszukiwanie konsensu i odpowiedniego punktu równowagi w procesie tworzenia prawa? Sądzę, że słowa Jan Pawła II dotyczą przede wszystkim wymiaru moralnego zachowań człowieka. Człowiek uznający uniwersalizm określonych wartości nie może pozwolić sobie na czynienie ustępstw w swym własnym zachowaniu i nie powinien ustawać w podejmowaniu wysiłku na rzecz ich poszanowania przez innych. Ale słowa te nie są, jak mi się wydaje, równoznaczne z tezą bezkompromisowego przełożenia na język prawa tego wszystkiego, co jest zawarte w uniwersalnym przekazie moralnym. Celem prawa, powtórzmy, nie jest zapewnienie doskonałości moralnej człowieka i dlatego w jego obrębie ważenie wartości, poszukiwanie punktu równowagi i kompromisu jest możliwe i pożądane, zwłaszcza wtedy, kiedy skutkiem prawnego rygoryzmu, wynikającego z automatycznej recepcji normy moralnej, byłoby zamiast osiągnięcia dobra, przysporzenie większych nieszczęść w danej społeczności.

W tak określonych ramach pozostaje jednak jeszcze wiele miejsca na to, by chrześcijanin mógł urzeczywistniać i promować istotne wartości kultury chrześcijańskiej,

w szczególności poprzez swoją obywatelską aktywność, tworzenie w społeczeństwie warunków temu sprzyjających czy wreszcie za pośrednictwem racjonalnego dyskursu publicznego. W ten także sposób może więc wpływać na kształt tworzonego prawa. Włączając się aktywnie do uczestnictwa w życiu publicznym, w różnych formach społeczeństwa obywatelskiego daje tym samym wyraz odpowiedzialności za losy współczesnego świata³⁴. Każdy powinien to czynić na swoją własną miarę. Można się zgodzić z Haroldem Bermannem, gdy mówi, że we współczesnym świecie, odrębność państwa i Kościoła nie musi wcale oznaczać braku wszelkiej pozytywnej konstruktywnej kooperacji³⁵.

Polityka socjalna państwa, osiąganie rozmaitych ważnych celów związanych z edukacją, kulturą, samorządnością może się dokonywać w ramach takiej przyjaznej, otwartej i nie dyskryminacyjnej dla innych wyznań i religii, lub też dla ludzi niewierzących, kooperacji oraz musi zakładać istnienie wzajemnej współzależności wszystkich ludzi. Wyrażają to dobrze słowa Jana Pawła II z encykliki *Sollicitudo rei socialis* [30]: „Chodzi przede wszystkim o fakt współzależności pojmowanej jako *system determinujący* stosunki w świecie współczesnym, w jego komponentach: gospodarczej, kulturowej, politycznej oraz religijnej, współzależności przyjętej jako kategoria moralna. Na tak rozumianą współzależność właściwą odpowiedzią – jako postawa moralna i społeczna, jako „cnota” jest solidarność [...] *jest to mocna i trwała wola* angażowania się na rzecz dobra wspólnego, czyli dobra wszystkich i każdego, *wszyscy* bowiem jesteśmy naprawdę odpowiedzialni *za wszystkich*”.

Warto zauważyć, że w dyskursie toczącym się dzisiaj w Europie nie są podważane, ustalone pod wpływem filozofii chrześcijańskiej, archetypy naszego myślenia – bez względu na to, jak bardzo liberalne tendencje są ujawnione w danym społeczeństwie. Te wciąż ważne, uznawane za uniwersalne paradygmaty aksjologii prawnej, takie jak powszechnie uznawana godność każdej jednostki ludzkiej, stanowią nadal dobry punkt wyjścia dla poszukiwania właściwych rozwiązań prawnych: szanujących zarówno fundament aksjologiczny naszej kultury prawnej, jak i autonomiczną rolę prawa. W takiej dopiero perspektywie można poszukiwać właściwych rozwiązań prawnych dla oceny wrażliwych sfer regulacyjnych związanych z zastosowaniem współczesnych biotechnologii: dopuszczalności i zakresu zastosowania metod prokreacji medycznie wspomaganą, wykorzystania komórek macierzystych i granic terapii genetycznej, statusu zarodka ludzkiego *in vitro*, dopuszczalności i granic eksperymentu medycznego. W takiej perspektywie możliwe jest ostatecznie podejmowanie trudu wypracowania konsensu w demokratycznym i zróżnicowanym społeczeństwie.

Nie można nie zauważyć, że w okresie ostatnich kilkudziesięciu lat w kulturze prawnej Zachodu, krytykowanej często za swój nadmierny liberalizm i indyferentyzm aksjologiczny, nastąpiło jednocześnie bardzo wiele pozytywnych zmian umacniających poszanowanie wartości związanych z godnością każdej osoby i jej praw podstawowych. Stworzenie międzynarodowych mechanizmów ochrony praw człowieka, nie miało precedensu w historii europejskiej i zasadniczo zmieniło perspektywę spojrzenia na relacje państwo – jednostka, dając każdemu potężny oręż skutecznego przeciwstawienia się opresyjnemu prawu. Warto pamiętać o tym, że relatywnie bardzo niedawno, bo dopiero pod wpływem doświadczeń II wojny światowej, stworzono powszechnie uznawany przez wszystkie cywilizowane kraje katalog zasad określających ramy dopuszczalnych eksperymentów medycznych z udziałem człowieka zwany Kodeksem Norymberskim. Zmieniał się stopniowo w Europie stosunek do osób chorych i niepełnosprawnych. Jak bardzo głębokie i zasadnicze były to zmiany, można uświadomić sobie, gdy przypomnimy, że jeszcze w latach sześćdziesiątych obowiązywały w niektórych demokratycznych krajach europejskich przepisy dopuszczające przymusową sterylizację osób psychicznie chorych. Zmniejszył się znacząco we współczesnej Europie obszar nierówności i dyskryminacji. Twierdzenie, że system demokracji konstytucyjnej jest etycznie sterylny, wyprany z wszelkiej duchowości³⁶ i opiera się na pełnym relatywizmie aksjologicznym jest moim zdaniem nieprawdziwe. Od dawna w Europie nie toczyły się tak ważne i szerokie (w sensie partycypacji różnych grup społecznych jest to sytuacja nie mająca precedensu) debaty na zasadnicze tematy odnoszące się do kondycji moralnej człowieka, zakresu dopuszczalnej wolności jednostki, na temat zbalansowania pozostających w opozycji zasad i wartości. Współczesny Europejczyk dysponuje być może większym nawet stopniem samoświadomości etycznej niż kilkadziesiąt lat temu, co nie oznacza, że jest mniej zagubiony, bardziej odpowiedzialny i łatwiej mu przychodzi dokonywanie wyborów aksjologicznych.

Tymczasem przyjęcie w dyskursie publicznym postawy aksjologicznie fundamentalnej na temat kształtu prawa, opartej na przesłankach światopoglądowych, nie tylko pozostaje w zasadniczej opozycji do zasad demokracji konstytucyjnej, ale też zamyka praktycznie drogę do osiągnięcia choćby minimalnego konsensu. Czyż sytuacja rysująca się tak wyraźnie w dzisiejszej Polsce nie jest tego potwierdzeniem? Polska nie potrafiła dopracować się choćby minimalnych standardów prawnych w kwestiach o największej wrażliwości aksjologicznej, pojawiającej się w związku ze stosowaniem nowych biotechnologii. W konsekwencji, dyskurs publiczny, toczący się według schematu przeciwstawienia skrajnych racji motywowanych różnicami światopoglądowymi zamyka prawo szanse na wypracowania jakiegokolwiek kompromisu. Efektem jest pozostawienie w obszarze prawnym pól całko-

wicie niezagospodarowanych, w których panuje chaos i pełna dowolność, wykraczająca niekorzystnie poza granice narzucone w systemach o znacznie bardziej liberalnym nastawieniu do zastosowań biotechnologii niż system polski. Nie byliśmy nawet w stanie przez 10 lat ratyfikować konwencji bioetycznej, określającej nieprzekraczalne ramy respektu praw jednostki wobec zastosowań współczesnej medycyny.

Oczywiście, nie jest wykluczona teza, że możliwy do osiągnięcia kompromis unie-możliwi ochronę wartości najważniejszych, ukształtowanych pod wpływem aksjologii chrześcijańskiej. Świat może się wszak skazać na unicestwienie pod wpływem konsensu. Uznanie autonomii prawa, jego odrębnej roli w porównaniu do innych porządków normatywnych, do systemów moralnych i religijnych, nie zwalnia oczywiście od odpowiedzialności za kształt prawa, jego stosowanie i za realizację za pośrednictwem prawa idei dobra wspólnego (*bonum commune*), które pojawia się już u Tomasza z Akwinu jako podstawowy cel porządku prawnego³⁷.

Marek Safjan, profesor nauk prawnych, wykłada w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego. W latach 1993-1996 pełnił funkcję dyrektora Instytutu Prawa Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego. Od 1996 r. do 1997 r. był prorektorem Uniwersytetu Warszawskiego. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego w latach 1997-2006 i Prezes Trybunału Konstytucyjnego w latach 1998-2006. Członek wielu stowarzyszeń, m.in.: Association Internationale Droit, Ethique et Science (od 1990 r.), Académie Internationale de Droit Comparé (od 1995 r.) oraz Association Henri Capitans des Amis de la Culture Juridique Française. Laureat Nagrody Stowarzyszenia Naukowego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego im. Idziego Radziszewskiego za niezwykle osiągnięcia naukowe w duchu humanizmu chrześcijańskiego. Autor ok. 200 publikacji naukowych, oraz autor lub współautor 18 publikacji książkowych z zakresu prawa cywilnego, prawa medycznego, prawa europejskiego i konstytucyjnego.

Przypisy:

1. Ta problematyka nie może być tu rozwijana. Należy jednak zwrócić uwagę, że koncepcja autonomii prawa pozostawia do rozstrzygnięcia zasadniczy dylemat związany z pytaniem o relacje sprawiedliwości, dobra i zła. Odwoływanie się do uniwersalnych zasad moralnych w sferze prawa nie jest jednak tożsame z kwestionowaniem autonomii prawa. Por. J. Habermas, *Law and Morality*, Tanner Lectures on Human Values, University of Utah Press, Salt Lake City 1988, vol.VIII czy *Law as Morals Idea*, Oxford University Press 2007.
2. Por. w polskiej literaturze np. I.C.Krzemiński, *Słuszność i prawo*, Zakamycze 2003; M.A.Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, wyd. III, Lublin 1993 czy W.Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989.
3. Por. G. Palombella, *The Rule of Law and its Sense*, w: *Relocating the "Rule of Law"*, Working Paper, European University Institute 2007, s.37 i n.
4. Kształtowanie się idei prawa jako instrumentu nie w pełni podlegającego arbitralności władcy (prawodawcy), następowało w średniowieczu równoległe do zjawiska postępującej autonomizacji prawa świeckiego w stosunku do prawa kanonicznego, które wpłynęło w sposób zasadniczy na kształt wielu instytucji prawa świeckiego. Zasadniczy podział i autonomizacja prawa świeckiego to dzieło Reformacji i następnych kilkuset lat historii europejskiej. Por. H.J.Berman, *Faith and Order*, Cambridge 2000, s.35 i n.
5. Por. G. Palombella., *The Rule of Law...*
6. W tym sensie rozdziela się sfery *iusdictio* oraz *gubernaculum* . Prawo nie powstaje jako akt woli władcy, lecz z natury rzeczy korzysta z pluralizmu źródeł (tradycje, zwyczaj, uniwersalne zasady sprawiedliwości i akty władzy). Por. Tamże, s. 48 i n.
7. O' Connor, *The History of Poland in Several Letters to Persons of Quality*, Londyn 1698.
8. Por. W.Wołodkiewicz, *Ius et Lex w rzymskiej tradycji prawnej*, "Ius et Lex" 2002, nr 1, s.52 i n. Prawo rzymskie było utylitarne, ale jego korzenie aksjologiczne tkwiły w dużym stopniu w filozofii stoickiej. Rzecz interesująca, że w centrum zainteresowania klasycznych jurystów rzymskich znajdowała się jednostka, a nie państwo. To właśnie ów akcent na autonomię jednostki był głównym źródłem triumfalnej recepcji prawa rzymskiego w XIX wieku.
9. Por. przede wszystkim M.A.Krąpiec, *O tomistyczną koncepcję prawa naturalnego*, Warszawa 1968.
10. Summa Theologiae, I-II, q.90, a.4 Por. I. Kant, *The Metaphysic of Morals*, w: *Practical Philosophy* [ed. M. J. Gregor], Cambridge 1999
11. Por. I. Kant, *The Metaphysic of Morals*, w: *Practical Philosophy* [ed. M. J. Gregor], Cambridge 1999
12. Oczywiście nie sposób w krótkim eseju odnieść się do różnorodnych szkół prawa natury: statycznych, dynamicznych (prawa o zmiennej treści), poszukujących źródeł uniwersalnych i niezmiennych wartości w Bogu (tak zwłaszcza ujęcia neotomistyczne), w naturze człowieka i w jego podmiotowości moralnej. Por. w literaturze polskiej np. M.A.Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, wyd. III, Lublin 1993; A.Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998; M. Szyszkowska, *Dociekania nad prawem natury , czyli o potrzebach człowieka*, Warszawa 1972.
13. Sędziemu nie wolno było pod groźbą odpowiedzialności odmówić osądzenia sprawy pod pretekstem milczenia ustawy, jej niejasności lub niedostatku (por. art.4 KN)
14. obok Kodeksu Napoleona także Austriacki Kodeks Cywilny – AGB oraz Niemiecki Kodeks Cywilny – BGB
15. Por. F.Zoll, *Prawo cywilne. Część ogólna*, t.I, Poznań 1931, s.9.
16. Por. G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht*, "Suddeutschen juristen Zeitung" 1946, s. 105-8.

17. Por. zwłaszcza H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925; tenże, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928.
18. Lion Fuller, *The Morality of Law*, II ed., Yale University Press, 1969.
19. Por. R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Mass.1996, J. Habermas, *Law and Morality...* op.cit, J.Rawls, *Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.1971 J.Raz, *The Authority of Law: Essays on law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979
20. O relacji pomiędzy demokratycznym systemem konstytucyjnym a religią por. m.in. prace W.Sadurski (ed), *Law and Religion*, New York University Press 1992; M.L.P.Loenen, J.E.Goldschmidt (ed.) *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line*, Antwerpen–Oxford 2007.
21. Por. encyklikę Jana XXIII *Pacem in Terris* [75]: „[...] pierwszym postulatem dotyczącym prawnego ustroju państw jest w naszych czasach skodyfikowanie w zwięzłej i jasnej formie podstawowych praw człowieka, które powinny stanowić osnowę całego ustroju państwowego”; [61] „[...] dlatego jeśli sprawujący władzę nie uznają praw człowieka albo je gwałcą, to nie tylko sprzeniewierzają się powierzonemu im zadaniu; również wydawane przez nią zarządzenia pozbawione są wszelkiej mocy obowiązującej”.
22. Oczywiście przedmiotem zasadniczych sporów pozostaje dzisiaj pytanie, jak określić zawartość owego „quantum aksjologicznego”, a ściślej jak rozumieć wartości, które się nań składają.
23. Istotę odmiennego podejścia do prawa w islamie dobrze ilustruje wypowiedź Sayed Amina: „[...] Prawo islamskie jest natomiast obiektywnym zjawiskiem, które wykracza poza myślenie i rozumowanie istot ludzkich. W konsekwencji prawo islamskie jest statyczne w odróżnieniu od prawa tworzonych przez ludzi, wykluczone jest jego poprawianie, zmiana lub unieważnienie [...] w prawie islamskim istnieją stałe i ostateczne wartości, różne i niezależne od preferencji i wartości ludzi. Zatem to jednostka jest poddana prawu i musi się do niego przystosować.” (cyt. za: I. Kamińska, *Słuszność i prawo*, Zakamycze 2003, s.133-134).
24. Co do koncepcji prawa w budyźmie i filozofii konfucjańskiej por. A.Kość SVD, *Prawo a etyka konfucjańska w historii myśli prawniczej Chin*, Lublin 1998. Jak zauważa autor (s.68), charakterystycznym elementem jest w tej koncepcji ścisłe powiązanie i paralele pomiędzy porządkiem nieba a porządkiem prawnym. Prawo w dobrze funkcjonującym społeczeństwie nie jest potrzebne i jego wprowadzenie oznacza dekadencję i upadek istniejącego od wieku porządku (rytu). Dlatego w klasycznym ujęciu konfucjanizm uważał państwo i prawo za objaw patologii (s.79). Prawo nie mogło mieć swojego substancjonalnego charakteru, lecz było jedynie uważane za przypadłość moralności, która miała pomagać moralności egzekwować to, czego moralność nie była w stanie sama uczynić (s.243-244).
25. Co do innych prawnych kultur Wschodu, przede wszystkim japońskiej, por. S.Ehrlich, *Refleksje o dwóch prawniczych kulturach: europejskiej i japońskiej*, Państwo i Prawo 6/1987
26. W ujęciu kantowskim rolą prawa jest gwarantowanie wolności jednostki w takim zakresie, w jakim może ona koegzystować z wolnością innych osób. Ważność uniwersalnych reguł postępowania nie zależy od indywidualnej etyki i określonego punktu widzenia na dobro i zło. Racjonalna legislacja nie może być mylona z jakąkolwiek etyką. Por. I.Kant, *Metaphysic of Moral*, w: *Practical Philosophy* (ed. M. J. Gregor), Cambridge 1999, s.389.
27. Warto odwołać się tu do słów Jana XXIII w Encyklice „Pacem in Terris” [48]: „Gdy moc rozkazywania opiera się jedynie, albo przede wszystkim na groźbie kar i obawie przed nimi lub na obietnicach nagród, wówczas oczywiście nie pobudzą one skutecznie do kierowania się wspólnym dobrem ogółu. Jeśli czasem to czyni, dzieje się to na pewno wbrew godności ludzi, będących posiadaczami i uczestnikami wolności i rozumu, skoro jednak władza polega na głównie na mocy niematerialnej, dlatego ci którzy sprawują ją w państwie, powinni odwoływać się sumień ludzkich to znaczy do ciężącego na

- każdym obowiązku chętnego współdziałania dla wspólnego pożytku wszystkich. Ponieważ jednak wszyscy ludzie są wobec siebie równi, jeśli idzie o godność wpływającą z ich natury, dlatego nie wolno zmuszać nikogo do wykonania czegoś, co wymaga zgody władz jego duszy. Może to czynić jedynie Bóg jako ten, który sam jeden zna i osądza tajniki serc i myśli ludzkich”.
28. Nie można jednak mieszać różnych porządków: prawnego i moralnego. Odpowiedzialność w każdej osoby za sposób korzystania z wolności jest w płaszczyźnie moralnej oczywista i jak przypomina Jan Paweł II w encyklice *Veritatis Splendor* (35): „[...] Nie jest to jednak wolność nieograniczona: musi się zatrzymać przed „drzwiami poznania dobra i zła”, została bowiem powołana, aby przyjąć prawo moralne, które Bóg daje człowiekowi. W rzeczywistości właśnie przez to przyjęcie prawa moralnego, ludzka wolność naprawdę i w pełni się urzeczywistnia”.
 29. Choć oczywiście nie można tracić z pola widzenia coraz silniejszej ekspansji filozofii praw człowieka na obszary z pozoru odległe, a dotyczące spraw funkcjonowania rynku, ochrony środowiska, modelu prawa karnego, nie mówiąc już o zabezpieczeniach socjalnych, pracowniczych, ochronie konsumenta czy praw lokatora. Uniwersalny wymiar praw człowieka sprawia, że obszar objęty ich zastosowaniem jest dzisiaj nieporównywalnie szerszy niż jeszcze kilkadziesiąt lat temu. Stanowisko Kościoła Katolickiego od dawna jednak dostrzegało ten szerszy wymiar praw podstawowych każdej osoby, obejmujących jej różnorodne role społeczne. Por. m.in. encykliki: Leon XIII, *Rerum novarum*, Pius XI, *Quadragesimo anno*; Jan XXIII *Mater et Magistra*; Paweł VI *Populorum progressio*; Jan Paweł II *Laborem exercens*, *Sollicitudo rei socialis*, czy *Centesimus annus*.
 30. Por. L. Leszczyński, *Pojęcie klauzuli generalnej*, *Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska* 1991, t. XXXVIII, sectio G.
 31. Z tych też powodów tyle nieporozumień budzi formuła art. 6 Karty Praw Podstawowych, która zakazuje jedynie kloningu reprodukcyjnego.
 32. (np. w kwestiach aborcji, nauczania religii w szkołach publicznych, umieszczania symboli religijnych w miejscach publicznych, formalizowania związków homoseksualnych, granic wolności wypowiedzi w związku z poszanowaniem uczuć religijnych innych ludzi (kazuś Nieznalskiej), a nawet przyjęcia mechanizmów budżetowych wspierania przez państwa określonych aktywności kościołów i związków religijnych).
 33. Warto tu wspomnieć np. na charakterystyczne i ważne postanowienie art.2 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka wobec zastosowań nowoczesnej biotechnologii i medycyny przyjętej w Oviedo w 1997, który wyraźnie stwierdza, iż dobro jednostki nigdy nie może zostać poświęcone na rzecz rozwoju nauki i całego społeczeństwa
 34. Wyraźnie mówi o tym Jan XXIII w Encyklice *Pacem in Terris*: „Synowie Kościoła muszą dążyć do tego, aby stać się częścią instytucji społeczeństwa obywatelskiego i w ten sposób wywierać nań wpływ w jego obrębie”
 35. Por. H.Berman, *Faith and order...*, *op. cit.*, s.235
 36. Por. Harold J.Berman, *Faith and Order...*, *op. cit.*, s.53
 37. Por. uwagę Hevre Barreau: „Państwo demokratyczne może przyjąć również pewne cechy państwa totalitarnego, jeśli obywatele nie uzbroją się w moralność, która ma charakter uniwersalny /.../ , *La loi morale – fondement du dront*, w: *Ethique* 1996, nr 22, s.18.