

Góralski, Wojciech

Spór o miejsce i rolę wartości w prawie : koncepcje prawnonaturalne i pozytywistyczne

Studia Płockie 40, 121-141

2012

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 oraz w kolekcji mazowieckich czasopism regionalnych mazowsze.hist.pl.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Ks. Wojciech Góralski

SPÓR O MIEJSCE I ROLĘ WARTOŚCI W PRAWIE KONCEPCJE PRAWNONATURALNE I POZYTYWISTYCZNE

Quid ius? Na pytanie, czym jest prawo, udziela się w prawoznawstwie wielorakich odpowiedzi, niejednokrotnie bardzo odmiennych. Nie można wskazać jakiegoś jednego pojęcia prawa, które byłoby uznawane w obiegu powszechnym. Nie chodzi przy tym jedynie o to, że brak jest zgody co do samego rozumienia znaczenia terminu „prawo”. W obrębie różnych nurtów filozofii i teorii prawa usiłuje się nie tyle proponować określoną konwencję terminologiczną w dziedzinie nauk prawnych, ile raczej poznać „istotę” prawa, podać najbardziej zwięzły opis znaczących cech przysługujących wyłącznie prawu, odróżniających je od innych rzeczywistości, co umożliwiłoby wyprowadzanie jak najwięcej doniosłych wniosków, a tym samym pozwoliło przyjąć realną definicję prawa.

Na gruncie filozofii i teorii prawa spotyka się przynajmniej dwie zasadniczo odmiennie koncepcje prawa. Według jednej, prawo to zespół norm postępowania (tak czy inaczej rozumianych), według zaś drugiej, prawo to jakiś zespół faktów psychicznych czy społecznych, związanych z określonego rodzaju normami. Koncepcje, w których traktuje się prawo jako zespół faktów, noszą miano koncepcji realistycznych. Gdy chodzi natomiast o koncepcje uznające prawo za pewien zbiór norm postępowania, to należy w ich obrębie wyróżnić, jako szczególnie reprezentatywne, dwie następujące: prawnonaturalne oraz pozytywistyczne.

Co się tyczy ujęcia prawa w dwóch ostatnich wymienionych koncepcjach prawa, to jakkolwiek ich wspólną cechą jest traktowanie prawa jako zespołu norm postępowania, to w każdej z nich przyjmuje się zasadniczo odmienne stanowisko w kwestii sposobu, w jaki wyznaczana jest treść owych norm postępowania¹.

Trwający od dawna spór pomiędzy reprezentantami kierunków prawnonaturalnego i pozytywistycznego, znajdujący swój szczególnie ostry wyraz

¹ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 94-95.

w kontrowersji na temat interpretacji zasady rządów prawa, odnosi się do trzech podstawowych kwestii: co jest źródłem prawa; w jaki sposób normy prawne mogą utracić moc obowiązującą; jakie są granice obowiązku posłuszeństwa wobec prawa².

Można powiedzieć, że wspomniany spór, jaki toczy się w teorii i filozofii prawa, dotyczy w istocie roli i miejsca wartości w prawie. Chodzi mianowicie o problem, bynajmniej nie akademicki, czy można uzasadnić obowiązywanie prawa bez odwołania się do wartości³.

Wyrazem aktualności, i zarazem złożoności, tak postawionego problemu może być niesłabnące zainteresowanie nim nie tylko teoretyków i filozofów prawa, także w Polsce, ujawnione między innymi w zainicjowaniu konferencji naukowej historyków idei, odbytej w dniach 8-11 września 2005 roku w *Collegium Europaeum Gnesnense* w Gnieźnie ta temat: „Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy”, zorganizowanej przez Katedrę Historii Doktryn Polityczno-Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu⁴. W wystąpieniu inauguracyjnym refleksję naukową na przytoczony wyżej temat prof. J. Baszkiewicz podkreślił, że w historii idei, obok entuzjastów kierunku prawno-naturalnego, określających prawo natury jako pewny, trwałe i uniwersalny fundament ładu nie tylko społecznego, ale wręcz kosmicznego, nie brak również myślicieli, którzy odrzucając prawo natury jako aprioryczne, apodyktyczne i arbitralne, hołdują kierunkowi przeciwnemu. Stwierdził też, że zajmowanie się tą tematyką „jest zarówno instruktywne, jak i niezmiernie ciekawe”⁵.

Celem niniejszego opracowania jest zwiąże zaprezentowanie obydwu opcji postrzegania prawa: prawnonaturalnej i pozytywistycznej.

1. Kształtowanie się koncepcji prawnonaturalnych

Odpowiedzi na pytania dotyczące pochodzenia prawa poszukiwano już w cywilizacjach i kulturach starożytnych: egipskiej, żydowskiej, greckiej czy rzymskiej. Zanim zrodziła się jakakolwiek filozoficzna idea prawa, m.in. idea prawa naturalnego, funkcjonowała kosmologiczno-teologiczna koncepcja prawa, wedle której nie jest ono rzeczywistością czysto społeczną czy polityczną, lecz religijną. Za źródło prawa uznawano więc nie państwo czy określoną społeczność, lecz takiego czy innego boga. Władcy i sędziowie byli postrzegani nie tyle jako prawodawcy, ile raczej jako obrońcy niezmienn-

² L. Morawski, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa 1999, s. 257-258.

³ M. Zirk-Sadowski, Wprowadzenie do filozofii prawa, Kraków 2000, s. 149.

⁴ M. Urbańczyk, Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy. Konferencja naukowa historyków idei w Gnieźnie, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 57 (2005), z. 2, s. 451-452.

⁵ Tamże, s. 451.

nych i obowiązujących wszystkich ludzi dekretów bożych, a promulgowane przez nich prawa były traktowane jako pochodzące od rzeczywistości ponadnaturalnej. Taki punkt widzenia był udziałem również samych prawodawców, choćby takich, jak Likurg czy Solon, którzy własne ustawodawstwo uważali za „odkrycie i dar bogów”, ograniczając się do roli narzędzi, poprzez które objawia się boski porządek sprawiedliwości.

Koncepcja logicznego kosmosu, jako Prawa najwyższego, nadającego sens zmiennym i płynnym elementom świata, występuje u wielu greckich filozofów, między innymi u Heraklita z Efezu. Boski Logos (prawo), który wszystko przenika, jest według niego zarazem prawem kosmosu, jak i prawem, które objawia się we wnętrzu każdego człowieka, któremu to prawu należy być posłusznym. Rządzi ono wnętrzem człowieka, ale także społeczeństwami oraz całym kosmosem. To, a także wszelkie inne pierwotne przekonania o interwencji bogów przy zakładaniu miast i państw, a także o tym, że prawa pochodzą od nich, M. A. Krąpiec nazywa „przedświtem koncepcji prawa naturalnego”⁶.

Punktem wyjścia nie tylko dla kosmiczno-teologicznego ujmowania prawa naturalnego, lecz także innych koncepcji tej rzeczywistości, stały się poglądy Platona, Arystotelesa i stoików. Gdy chodzi o tego pierwszego, to wywarł on niewątpliwie wpływ na późniejsze ujęcie prawa naturalnego przez myśl chrześcijańską, przy czym dokonało się to nie tyle przez jego teorię prawa, ile raczej poprzez teorię idei. Platońska teoria idei o niezmiennych treściach, w których partycypuje zmienna rzeczywistość ziemska, stanie się – za pośrednictwem logosu Plotyna – modelem dla pojęcia „lex aeterna”, jako układu idei boskich, głównie u św. Augustyna. Wpływ platońskiej teorii idei zaznaczył się zresztą także w kręgu rzymskim⁷.

W metafizyce Arystotelesa, w której znalazło się rozróżnienie prawa naturalnego i prawa stanowionego, koncepcję tego pierwszego wiąże się nie z ideami kosmicznymi, lecz jedynie z człowiekiem, w którym uwytatnia się ono w skłonnościach pochodzących z jednej formy, którą jest dusza, dążąca do tego, co jest dobre. Konieczna zbieżność interesów jednostki i społeczeństwa sprawia istnienie zbieżności prawa naturalnego i praw społeczności politycznych, to zaś wyraża się w pielęgnowaniu tego, co sprawiedliwe. Gdyby zaś sprawiedliwość zawiodła, należy uciekać się do tego, co słuszne i prawe, dostrzegane – podobnie jak sprawiedliwość – przez rozum ludzki, i pożądane przez człowieka jako dobro. Orzeczenia i decyzje naturalnie działającego rozumu ludzkiego pozostają dla Stagiryty punktem odniesienia, gdy chodzi o wyjaśnienie prawego postępowania ludzkiego. Prawo naturalne stanowią dlań właśnie tego rodzaju decyzje⁸.

⁶ M. A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1975, s. 61.

⁷ Tamże, s. 63-64.

⁸ Tamże, s. 64-66; Zob. także S. Cotta, *La legislazione fra il divino e l'umano*, w: *Diritto divino e legislazione umana. Atti del Congresso Nazionale, Bari, 18-19 aprile 1996*, pod red. A. Filipponio i R. Coppola, Torino 1998, s. 42.

Z kolei w tradycji stoickiej, która wywarła niewątpliwy wpływ na ducha prawa rzymskiego, istnieje tylko jeden byt absolutny, którym jest Natura (pra-siła), zwana Zeusem, powszechnym Prawem (*Nomos*). Najwyższym prawem jest tutaj rozum powszechny, jako król rzeczy boskich i ludzkich. Ponad prawem ludzkim istnieje prawo natury; kto je zrozumiał, nie musi troszczyć się o prawo stanowione⁹.

Myśl stoicka znalazła swój żywy oddźwięk w rzymskiej tradycji prawnej. Recepcji myśli greckiej dokonał M. T. Cyncero, pozostający pod szczególnym wpływem stoików. Stoickie prawo natury, włączone przez Cyncerona do prawodawstwa rzymskiego, uznawane było za niezależne od człowieka i powstających z jego inicjatywy instytucji społecznych. Nic też dziwnego, że spod pióra wymienionego męża stanu wyszły następujące słowa: „Prawdziwym prawem jest rozum prawy zgodny z naturą, wszędzie rozprzestrzeniony, stały, wieczny [...]. Prawo to nie inne będzie w Rzymie i Atenach, teraz i potem. Ale jedno, wieczne i niezienne prawo ogarnia wszystkie narody i wszystkie czasy. I jeden jest wspólny dla wszystkich nauczyciel i władca wszystkich, Bóg, który to prawo ustanowił, rozprzestrzenił i rozniósł; i gdy jemu się posłusznym nie będzie, to się zdradzi samego siebie, wzgardzi ludzką naturą [...]”¹⁰. Równie wymowne są słowa Cyncerona zawarte w jego innym dziele: „Prawo jest najwyższym rozumem wkorzenionym w naturę; ono nakazuje to, co czynić należy, i zakazuje spraw przeciwnych. Prawem jest ten sam rozum, który u ludzi wypowiada się i potwierdza w myśleniu”¹¹.

Poglądy na temat prawa naturalnego wyrazili dwaj inni prawnicy rzymscy, czołowi przedstawiciele klasycznego okresu prawa: Gaius i Ulpian. Pierwszy z nich dokonał jasnego rozróżnienia pomiędzy *ius naturale* i *ius gentium*, opartych na działaniu *ratio naturalis*. Drugi natomiast stał się autorem słynnej, włączonej do *Institutiones* Justyniana definicji prawa naturalnego: „*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit [...]*”¹².

W myśli chrześcijańskiej, na gruncie której zrodziła się koncepcja psychologiczno-teologiczna prawa naturalnego, na uwagę zasługuje najpierw stanowisko św. Augustyna, nawiązującego do platońskiego pojęcia idei. Utożsamiając idee z intelektem Boga, a intelekt z samym Bogiem, biskup Hippony uznał idee za racje porządku w świecie. Porządku tego każe przestrzegać rozum Boży lub wola Boża, które są odwiecznym prawem, i zabraniają go zakłócać. Prawo przedwieczne jest samym Bogiem, którego rozum rządzi wszystkimi rzeczami i wszystkie je porusza. Tak jak powołane do bytowania przez Boga byty uczestniczą analogicznie – przez swoje bytowanie – w samym Bożym bycie, tak również przez sam fakt wpisania w ich na-

⁹ Tamże, s. 66-67.

¹⁰ M. T. Cicero, *De Republica*, lib. III, c. 23.33; Zob. S. Wielgus, *Prawo w średniowiecznej kulturze europejskiej*, „Ethos” 12 (1999), nr 1-2, s. 48-49.

¹¹ M. T. Cicero, *De Legibus*, lib. I, c. 6.18.

¹² *Institutiones*, lib. II, tit. II. Proem. de iure naturali gentium et civili.

turę i bytową strukturę reguły ich działania uczestniczą analogicznie w przedwiecznym prawie Bożym. Prawo przyrodzone (naturalne) ma się tak do prawa przedwiecznego, jak byt do Bytu, powie E. Gilson wyjaśniając myśl augustyńską¹³.

Myśl ta znalazła następnie uznanie u Ojców Kościoła, a potem u teologów, którzy dostrzegali zasadniczą jej zgodność z Objawieniem. Trudność jednak w rozumieniu odwiecznego prawa Bożego w ujęciu św. Augustyna stanowiło to, że w rozumieniu treści niezmiennych i odwiecznych owego „prawa Bożego” istotną rolę odgrywało platońskie rozumienie idei¹⁴. Mankamentem było przeniesienie przez Plotyna i Augustyna „idei platońskich” do intelektu Boga, a tym samym dokonanie antropomorfizacji poznania Boga oraz antropomorfizacji koncepcji prawa odwiecznego¹⁵.

Augustyńską myśl w przedmiocie prawa odwiecznego i naturalnego, przyjętą w obrębie Kościoła, usiłowali uzupełnić J. Duns Szkot¹⁶, a następnie Suarez. Ten ostatni na prawie naturalnym oparł strukturę państwa, na prawie zaś boskim strukturę Kościoła¹⁷.

W ujęciu filozofii pluralistycznej i zarazem realistycznej św. Tomasza z Akwinu zagadnienie idei boskich przedstawia się odmiennie niż u św. Augustyna, Duns Szkota, Suareza i całej tradycji scholastycznej. Podczas gdy w nurcie platońsko-augustyńskim idee boskie były rozumiane jako jednoznaczne gatunkowe wzory dla rzeczy, co pozwalało przyjąć, że poszczególne „gatunki” znajdowały swoje ostateczne wytłumaczenie w owych ideach, w ujęciu Akwinaty należało rozróżnić sposób poznania boskiego oraz przedmiot tego poznania. Gdy chodzi o sposób poznania, Absolut poznaje przez jedną ideę swej własnej istoty, co się tyczy zaś przedmiotu poznania Absolutu, to jako całkowita racja bytu poznaje wszystko, co jest bytem, a więc jest w Bogu tyle idei, ile jest jednostek istniejących bytów.

Konsekwencją tego rodzaju zmiany koncepcji idei boskich stało się odmiennie pojmowanie prawa naturalnego i prawa odwiecznego. Przyjmując od Augustyna definicje tak prawa odwiecznego („*ordo divinae sapientiae, secundum quo est directiva omnium actuum et motionum*”), jak i prawa naturalnego („*participatio legis aeternae in rationali creatura subsistens*”), Tomasz nadaje im nowy sens, odpowiadający jego nowej koncepcji bytu i poznania¹⁸.

Zgodnie z tą drugą definicją, prawo naturalne w rozumieniu św. Tomasza to partycypacja prawa boskiego w ludzkiej naturze rozumnej. Mówiąc ina-

¹³ E. Gilson, *Duch filozofii średniowiecznej*, tłum. J. Rybałt, Warszawa 1958, s. 307.

¹⁴ Krapiec, *iw.*, s. 73.

¹⁵ Tamże, s. 75.

¹⁶ Zob. A. Filipponio, *Normazione divina e normazione umana*, w: *Diritto divino e legislazione umana*, *iw.*, s. 9-10.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Tamże, s. 124-125.

czej, jest to rozumna inklinacja ludzkiej natury do współmiernego dla człowieka dobra. Rozumność owych inklinacji musi się przejawiać w świadomym wydawaniu przez rozum jakiegoś podstawowego sądu. Poprzez prawo naturalne dokonuje się więc ukierunkowanie aktów ludzkich do celu. To ukierunkowanie ludzkich czynów jest czymś pierwszym i zasadniczym, jest więc absolutną podstawą całej moralności. Prawo naturalne objawia się jako pierwsza reguła postępowania – zawsze obecna i świadomie akceptowana. Norma ogólna prawa naturalnego zawarta jest w słowach: „Dobro należy czynić, a zła unikać”. Przejawem prawa natury u zwierząt jest instykt¹⁹.

Szczególny rozwój prawa, a tym samym koncepcji prawa naturalnego, miał miejsce w XVII stuleciu. Zapoczątkowana przez H. Grotiusa (zm. 1645) „szkoła prawa natury” prezentuje nową koncepcję prawa naturalnego, w której dla wytłumaczenia go nie spotykamy już odniesienia do „prawa odwiecznego”, lecz zwrócenie się do samej idei natury ludzkiej, społecznej. Wymieniony prawnik i dyplomata określa prawo naturalne jako „nakaz prawego rozumu, który ukazuje, że w każdej czynności, zależnie od jej zgodności z rozumną naturą człowieka, tkwi moralna ohyda lub moralna konieczność”, i w konsekwencji Bóg, który jest twórcą natury, czynności takiej zabrania lub ją nakazuje²⁰. Wprawdzie uwzględnia się w tym określeniu Boga, jako gwaranta prawa, to jednak odwołanie się do Niego nie następuje z uwagi na związek partycypacji prawa natury w prawie Bożym, lecz z uwagi na to, że jest On inżynierem świata i twórcą ludzkiej natury.

„Szkoła prawa natury”, posługując się pojęciem stanu natury (opartego na umowie politycznej), poprzedzającego w okresie życia ludzkości stan społeczny, utrzymywała wszakże, że ów stan natury nie jest wolny od panowania prawa. To ostatnie, któremu ludzie podlegają właśnie w stanie natury, ma moc powszechną i niewzruszoną, obowiązuje więc także w stanie społecznym pozostającym pod panowaniem państwa i prawa pozytywnego. Prawo natury nie pochodzi z woli ludzkiej, lecz stanowi konieczny dyktat rozumu i wypływa z natury rozumnej. Zwolennicy prawa natury sądzili, że możliwe jest zbudowanie pełnego systemu tego prawa, ujętego w obowiązujący wszystkich i na zawsze kodeks²¹.

Poza Grotiusem, do najbardziej znanych rzeczników „szkoły prawa natury” należeli: T. Hobbes (podstawowe prawa natury upatrywał w zasadzie: „nie czyni innemu tego, czego nie chcesz, aby inni tobie czynili”), S. Puffendorf (po raz pierwszy oddzielił prawo natury od religii i moralności), B. Spinoza („ordo aeternus” rozciąga się na cały wszechświat i na człowieka w stanie natury), W. Leibniz (prawo natury nie jest dane w postaci gotowych reguł, lecz kształtuje się i doskonali w ciągu dziejów), Ch. Wolff (obok obowiązków o powszechnej mocy, istnieją także wrodzone i niezby-

¹⁹ Tamże, s. 200 i 203.

²⁰ Tamże, s. 78.

²¹ Tamże, s. 77-78.

walne uprawnienia); J. J. Rousseau (podstawowe wymagania prawa naturalnego w życiu społecznym można pogodzić w drodze umowy społecznej), H. Monteskiusz (wszelkie byty mają swoje prawa – od Bytu pierwszego począwszy, poprzez ludzi i zwierzęta, na prawach rzeczy skończywszy), I. Kant (uznając naturalne podstawy prawa w dziedzinie moralnej, inicjuje nowy, idealistyczny kierunek teorii prawa; przepis prawa natury upatruje nie w jakiejś konkretnej postaci materialnej, lecz w czysto formalnej regule, tj. w imperatywie kategorycznym bezwzględnej powinności; prawo natury, zawsze obowiązujące, jest podstawą i ostatnią instancją dla prawa pozytywnego), G. W. F. Hegel (najwyższą formą absolutnego ducha jest państwo, w którym żyje sam Bóg)²².

2. Reakcja przeciwko ujęciom prawonaturalnym i zrodzenie się koncepcji pozytywistycznych

Znana od stuleci – w różnych kręgach kulturowych i w różnych ujęciach – koncepcja prawa idealnego, włącznie z prawem natury, hołdująca uznawaniu istnienia niezmiennych norm postępowania, spotkała się z czasem z tendencją uznającą tylko i wyłącznie prawo pozytywne, będące wytworem ducha narodu, na wzór języka, obyczajów czy tradycji. W tym więc aspekcie przestało być aktualne pytanie o to, czym prawo w sobie jest lub czym ma być, zastąpione pytaniem o to, jak kształtuje się prawo. Tendencja ta była niejako nawiązaniem do poglądów sofistów greckich, szczególnie Protagorasa, którzy pierwsi wprowadzili rozróżnienie między prawem naturalnym (*physei*), a prawem pozytywnym (*thesei*), przyjmując, że jedynym i ostatecznym źródłem prawa w społeczeństwie i państwie jest to ostatnie. To człowiek, twierdził wymieniony filozof, jest miarą wszystkich rzeczy²³.

Jakkolwiek prekursorem idei szkoły historycznej, hołdującej pozytywizmowi prawnemu, był przeciwnik rewolucji francuskiej E. Burke (zm. 1797), Anglik, uznający, że państwo i jego formy stanowią wytwór ewolucji i wyraz ducha narodu, to jednak za właściwego twórcę tej szkoły uchodzi F. K. Savigny. „Duch narodu” (*Volksgeist*), od którego pochodzi prawo, a na który składa się historia, kultura i cały szereg czynników tworzących naród, Savigny podniósł do niespotykanej rangi, uznając ludzi jedynie za biernych „roznosicieli” prawa.

Wybitni przedstawiciele szkoły historyczno-pozytywistycznej okazali się: francuski teoretyk prawa L. Duguit i austriacki neopoztywista prawny H. Kelsen. Pierwszy z nich, kontynuator myśli A. Comte’a, stojąc na stanowisku empiryzmu poznawczego, uznający kwestię istnienia Boga czy duszy ludzkiej za pseudozagadnienie, odrzucił koncepcję prawa naturalnego,

²² Tamże, s. 78-90; Zob. także F. Favara, *De iure naturali in doctrina Pii Papae XII*, Roma-Paris-Tournai-New York 1966, s. 4-7.

²³ Wielgus, jw., s. 49.

choć jednocześnie stworzył ideę „systemu pozytywnego prawa naturalnego”, opartego na „regule społecznej” („należy czynić wszystko, co jest zgodne ze społeczną solidarnością, i nie czynić nic takiego, co jest ze społeczną solidarnością sprzeczne”) i „regule na prawnej” (przepisy prawne, stanowione są w zależności od tego, co w danym społeczeństwie uchodzi za szczególnie ważne dla jego większości). Przyjmuje, że jakiegokolwiek prawo pozytywne, sprzeczne z „regulą prawną” nie ma mocy wiążącej.

Z kolei Kelsen (zm. 1973), twórca neopozytywistycznej wiedeńskiej szkoły prawnej, wychodząc z teorii poznania przyjmuje, że poznanie ma charakter relatywny, co ma uzasadniać odrzucenie metafizyki. Negując transcendencję boską, opowiada się za monizmem (jedyną rzeczywistością jest świat jako całość). Uznaje przy tym hierarchiczność norm prawnych, w związku z czym stawia pytanie na temat ostatecznego powodu obowiązywalności konstytucji jako najwyższej normy prawa pozytywnego. Odpowiadając na to pytanie przyjął kantowskie rozróżnienie na dziedzinę bytu (*Sein*) i dziedzinę powinności (*sollen*), pomiędzy którymi nie istnieją żadne punkty stykowe, tym samym więc rzeczywistość nie może być podstawą dla obowiązywalności prawa, które należy do sfery powinności. Wyłączną podstawą dla prawa jest immanentna dziedzina powinności. Istnieje zatem norma podstawowa: „należy słuchać władzy”, bez której niemożliwe byłoby wytłumaczenie czegokolwiek w dziedzinie powinności²⁴.

Dziewiętnastowieczna teoria „psychiki prawnej”, ściśle związana z psychologizmem, mająca swego przedstawiciela w osobie E. Jarry, pierwsze źródło prawa upatruje we właściwości psychicznej człowieka (prawo jest naturalnym wytworem psychiki człowieka). Teorię psychiki prawnej pogłębił L. Petrażycki zauważając, że ludzie uświadamiają sobie, że ktoś do czegoś jest zobowiązany i że komuś od kogoś coś się należy, przyjął, iż prawo jest czynnikiem psychicznym życia społecznego i działa psychicznie. Działanie to polega na wzbudzaniu lub tłumaczeniu motywów różnych czynników i zaniechań (działanie prawa motywacyjne lub impulsywne), a także na utrwalaniu i rozwijaniu pewnych skłonności i cech charakteru oraz na osłabieniu i potępieniu innych. Chodzi zatem o wychowywanie psychiki społecznej, tak by odpowiadała ona charakterowi i treści obowiązujących norm prawnych (działanie wychowawcze prawa). Ideałem byłoby nabywanie kształtowanie w sobie charakteru w najwyższym stopniu uspołecznionego, „całkowite panowanie czynnej miłości wśród ludzi”²⁵.

Nietrudno stwierdzić, że odwołanie się do psychizmu człowieka jest w gruncie rzeczy odwołaniem się do natury człowieka. Nawet jednak metoda samoobserwacji (introspekcji) zjawisk prawnych ujawnia związek

²⁴ Krąpiec, jw., s. 90-93; Zob. także S. Wielgus, Prawo a moralność, „Niedziela” 2005, nr 52, s. 16.

²⁵ Zob. T. Kotarbiński, Wstęp, w: L. Petrażycki, Wstęp do nauki prawa i moralności, Warszawa 1959, s. 8; Krąpiec, jw., s. 94-95.

świadomości ze stanami rzeczy, z przyrodą, a więc z tradycyjnie rozumiana naturą²⁶.

3. Ogólna charakterystyka koncepcji pozytywistycznych i prawnaturalnych

Zaprezentowany wyżej – zaledwie w formie szkicu – historyczny proces kształtowania się poglądów na prawo znajduje swój refleks i kontynuację w współczesnej doktrynie filozofii i teorii prawa. W występującej w jej obszarze jednej z dwóch koncepcji prawa – jako zespołu (tak czy inaczej rozumianych) norm postępowania (obok koncepcji realistycznej, uznającej prawo za jakiś zespół faktów psychicznych czy społecznych, związanych z określonego rodzaju normami)²⁷ – szczególnie znaczącymi, jak to już zaznaczono wyżej, są koncepcje prawnaturalne oraz koncepcje pozytywistyczne.

W każdej z tych koncepcji znajdujemy zasadniczo odmienną odpowiedź na pytanie dotyczące sposobu wyznaczania treści prawa, a więc wspomnianych wyżej norm postępowania. Podczas gdy w koncepcjach pozytywistycznych przyjmuje się, że treść tych norm wyznaczają wyłącznie odpowiednie akty stanowienia czy uznawania ze strony państwa (poprzez jego organy), to w obrębie koncepcji prawnaturalnych zakłada się, że obowiązują jakieś normy (normy prawa naturalnego) – niezależnie od aktów ustanowienia norm o takiej treści przez państwo, co oznacza, że treść tych norm jest wyznaczana przez jakieś inne oceny uznawane za absolutne²⁸.

Cechą charakterystyczną pozytywistycznego ujmowania prawa jest zwrócenie uwagi – jako na coś istotnego – na sposób, inaczej formę powstania normy, nie zaś na jej treść (tetyczne uzasadnienie obowiązującego prawa). Natomiast dla kierunku prawnaturalnego znamienne jest przyjęcie założenia, w myśl którego normy prawa naturalnego mają moc obowiązującą *imperio rationis*, a więc z samej natury, niezależnie od woli ustawodawcy jako instytucji społecznej.

Pozytywizm prawniczy jako typ poglądów na prawo, rozwinięty w dwóch wersjach: anglosaskiej i kontynentalnej, upatruje w prawie istotny czynnik kreowania stanu bezpieczeństwa prawnego, a więc systemu stabilnego, jasnego i pełnego, opartego na uporządkowanej hierarchii wartości, przejmowanych niejednokrotnie z koncepcji prawa natury. Istotną

²⁶ Krapiec, jw., s. 96.

²⁷ Dla przedstawicieli koncepcji realistycznej prawa normy prawne stanowią zaledwie wtórny przedmiot zainteresowania, ponieważ „rzeczywistym bytem prawa” są pewne fakty, np. określone zachowania ludzi czy ich przeżycia psychiczne. Ma tutaj miejsce swoiste pojmowanie obowiązywalności norm prawnych, która zależy od prawdopodobieństwa ich realizowania oraz uznawania tychże norm przez ich adresatów za obowiązujące. Zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, jw., s. 111-115.

²⁸ Tamże, s. 95-96.

cechą charakterystyczną pozytywizmu jest poza tym programowy rozdział pojęciowy pomiędzy prawem i moralnością, co w konsekwencji każe przyjąć, że obowiązywanie norm prawnych jest niezależne od tego, czy uwzględniają one określone wartości moralne; moralna ocena prawa nie wpływa na jego obowiązywalność. Jednocześnie nie zaprzecza się, że pomiędzy prawem a moralnością zachodzi związek i nie kwestionuje się, że normy prawne mogą mieć swoje uzasadnienie w ocenach moralnych, oraz że prawo podlega ocenie moralnej (ocena ta jednak nie należy do nauki prawa)²⁹.

Dla pozytywizmu prawniczego przedmiotem refleksji naukowej powinno być przede wszystkim prawo, które istnieje w danym miejscu i czasie, nie zaś to, jakie prawo powinno być w aspekcie przyjmowanego systemu wartości czy następstw społecznych wywoływanych obowiązywaniem norm określonej treści. Nie znajduje też tutaj miejsca polityka prawa w jej wymiarze aksjologicznym, podobnie jak dociekania nad genezą prawa. „Czysta teoria prawa” w wydaniu H. Kelsena to teoria norm prawnych postrzeganych wyłącznie pod względem formy ich powstawania, budowy i wzajemnych powiązań kompetencyjnych istniejących między nimi³⁰.

W pozytywistycznym ujmowaniu prawa znamieny jest także sposób traktowania wykładni prawa: jest ona czynnością poznawczą, która powinna prowadzić do odtworzenia znaczenia danego tekstu w oparciu o ścisłe zasady wykładni (ujmowane w sposób sformalizowany, bez uwzględnienia przesłanek związanych z oceną). Co się zaś tyczy stosowania prawa, to pozytywizm nakazuje tutaj posługiwanie się rodzajem sylogizmu: 1) ustalenie obowiązującej normy prawa; 2) ustalenie stanu faktycznego; 3) wydanie decyzji. W obydwu więc obszarach można mówić o daleko idącym mechanizmie czynności³¹.

Gdy chodzi o uzasadnienie obowiązku stosowania się do norm prawnych, to nie poprzestaje się z reguły na wskazywaniu zagrożenia stosowaniem przymusu ze strony państwa, lecz wykracza się poza reguły neutralności aksjologicznej (realizowanie norm prawnych zaprowadza stan ładu społecznego, który jest wartością niezależną od treści owych norm). Tego rodzaju nurt pozytywistyczny uchodzi w doktrynie teorii prawa za pseudo-pozytywizm³².

Wskazane cechy zapatrywania pozytywistycznego na prawo doznają znacznego zróżnicowania stanowisk w wielu kwestiach u poszczególnych przedstawicieli tego kierunku. Odmiennie rozumieją oni pojęcie normy prawnej, a także pojęcie systemu prawa (jako zbioru takich norm).

U twórcy i najwybitniejszego przedstawiciela normatywizmu, H. Kelsena, punktem wyjścia jest nie samo pojęcie normy prawnej, lecz pojęcie sys-

²⁹ Tamże, s. 97-98.

³⁰ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1992, s. 60 nn.

³¹ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *iw.*, s. 98-99.

³² Tamże, s. 99.

temu norm prawnych. Do tego ostatniego bowiem wchodzą normy powstałe na podstawie kompetencji zawartej w normie wyższego rzędu.

W ujęciu pozytywisty austriackiego, norma prawna, która powinna obejmować wszystkie istotne dla prawa elementy, posiada swoją budowę, która jest jej cechą wyróżniającą. Tak więc norma prawna zawiera powinnościową wypowiedź hipotetyczną, nakazującą określonym podmiotom wymierzenie sankcji w przypadku spowodowania przez kogoś swym zachowaniem zdarzenia określonego w tej wypowiedzi. Normy prawne zatem to normy, które współcześnie można określić mianem norm sankcjonujących. Normy te to – według Kelsena – zarówno normy generalne i abstrakcyjne, jak i normy indywidualne i konkretne. W odróżnieniu od ujęć prawnonaturalnych, powinność prawna ma charakter powinności wyłącznie formalnej (jej treść zależy jedynie od woli prawodawcy).

System prawny, zdaniem Kelsena, cechuje struktura hierarchiczna, powstaje on bowiem w drodze stanowienia kolejnych aktów dokonywanych w taki sposób, że jedne normy ustanawia się w oparciu o inne, które udzielają odpowiednich w tym względzie kompetencji. W powstającym w rezultacie takich działań systemie prawa najwyższe miejsce zajmuje jakaś norma naczelna (*Grundnorm*), która udziela kompetencji do stanowienia innych norm, te zaś z kolei udzielają kompetencji do dokonywania dalszych aktów prawodawczych. „U dołu” całego systemu znajdują się normy indywidualne i konkretne, zawierające określone nakazy i zakazy, nie przekazując już kompetencji do stanowienia kolejnych norm³³.

Wspomniana norma naczelna, inaczej podstawowa, nie zachowuje u prawnika austriackiego charakteru jednowymiarowego, nakazuje ona bowiem poddanie się tylko takiemu systemowi norm, który jest skuteczny społecznie.

W krytyce kelsenowskiej koncepcji uzasadnienia obowiązywalności prawa poprzez nawiązanie do budowy normy podstawowej najpierw zwraca się uwagę na łączenie elementu normatywnego (kompetencja) i realistycznego (skuteczność społeczna normy), mimo głoszonego oddzielenia „świata bytu” od „świata powinności”. Następnie zaś zauważa się, że norma podstawowa upoważnia do traktowania – jako zbioru norm określających powinności prawne – każdy dowolny zbiór norm, który może okazać się efektywny społecznie (nawet przy użyciu przemocy)³⁴.

Co się tyczy pojmowania prawa w koncepcji prawnonaturalnej, zdecydowanie dominującej do XIX wieku w europejskiej myśli filozoficznoprawnej, to najpierw należy powiedzieć, że prawo natury postrzega się jako zbiór norm czy ocen dających uzasadnienie aksjologiczne dla tychże norm, dotyczących postępowania ludzi, a odnoszących się, przynajmniej w jakimś zakresie do tych samych zachowań, które są zazwyczaj normowane przez pra-

³³ Zob. S. Amato, *Fede e fedeltà: fondamentalismo e principio di legalista*, w: *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, Torino 1998, s. 20 i 86.

³⁴ Tamże, s. 102-103.

wo pozytywne. Prawo natury więc wyznacza jakiś porządek normatywny, odrębny od prawa pozytywnego; jest to porządek normatywny, który ma, w jakimś sensie, charakter nadrzędny w stosunku do prawa pozytywnego, i w taki czy inny sposób ma wyznaczać jego treść. Z uwagi na to, że prawo natury jest niezależne od człowieka, może stanowić co najmniej kryterium w ocenie prawa pozytywnego stanowionego przez ludzi, a poza tym kryterium w ocenie instytucji społecznych i społecznej praktyki.

Znamienne dla nurtu prawnonaturalnego jest także przyjęcie tezy, w myśl której normy prawa natury zachowują moc obowiązującą niezależnie od aktów władzy państwowej; podstawą ich obowiązywalności jest to, że ich uzasadnienie tkwi w ocenach absolutnych, albo że stanowią zbiór norm koniecznych. Wspomniane oceny i normy tworzące prawo odznaczają się przy tym niezmiennością, a przynajmniej znacznym stopniem stabilności, gdyż wyrażają porządek świata, naturę człowieka czy też naturę społeczności.

Dla zwolenników prawa natury czymś bardzo istotnym jest to, że – niezależnie od wskazania źródła tego prawa (Bóg, godność człowieka, natura społeczeństwa) – istnieje ono obiektywnie, a więc niezależnie od woli i świadomości człowieka, choć jest przez niego poznawalne (człowiek jest zdolny w zasadzie do rozpoznania, co jest prawdziwie słuszne czy prawdziwie sprawiedliwe). W konsekwencji, nauki prawne winny dokonywać także wartościowania, są więc naukami nie tylko o prawie, ale i naukami prawa.

Jak już wyżej ukazano, koncepcje prawa natury powstawały i funkcjonowały w różnych okresach historycznych i w różnych kręgach kulturowych, kilkakrotnie przeżywając swój renesans; współcześnie zaś występują w różnych wersjach, nawiązując do różnych systemów filozoficznych³⁵.

Jakkolwiek w klasyfikowaniu ujęć prawa naturalnego można posłużyć się wieloma kryteriami, to jednak dwoma podstawowymi rodzajami tych ujęć są: filozoficzno-prawne (normatywne) oraz etyczne. W pierwszej z tych koncepcji prawo natury bywa rozumiane jako zbiór obowiązujących norm, wyznaczających postępowanie ludzi w społeczności państwowej, niezależnych – pod względem treści – od aktów stanowionych przez władzę państwową. W koncepcji zaś drugiej, zwłaszcza związanej z chrześcijaństwem, prawo natury to raczej system moralny, traktowany jako zespół wartości wskazujących model sprawiedliwego prawa oraz kryteria oceny prawa pozytywnego³⁶.

Z uwagi na źródło prawa natury wyróżnić należy koncepcje religijne i laickie tego prawa. Podczas gdy w ujęciu religijnym owym źródłem jest Bóg (m. in. tomizm, skotyzm)³⁷, w ujęciu laickim wskazuje się tutaj na istotę człowieka, jego rozum, godność, naturę społeczeństwa czy jednostki oraz

³⁵ Tamże, s. 106 -107.

³⁶ Tamże, s. 107.

³⁷ Zob. G. Lo Castro, *Il mistero del diritto divino*, w: *Ius divinum*, jw., s. 172-174.

na historię (m. in. Grotius, Hobbes, współcześnie J. Wild), bądź też na pojęcia czystego rozumu (Kant)³⁸.

W refleksji prawniczej nad źródłami prawa natury nie małą rolę odgrywa odwołanie się do rozumności. W sposób bardzo dobitny dał temu wyraz Grotius, stwierdzając, że obowiązywanie prawa natury daje się utrzymać „nawet gdyby dopuścić, czego nie można uczynić bez popełnienia najcięższej zbrodni, że Bóg nie istnieje lub nie troszczy się o sprawy ludzkie”³⁹. Natomiast A. Szostek, odnosząc się do powszechnie uznawanych praw człowieka, słusznie zauważa, że „zbyt jednoznaczne wiązanie tych praw z uznaniem Boga i nadrzędnością Jego prawa grozi konfesjonalizacją prawa i błędnie sugeruje, że jedynie wyznawca religii uznającej Boga za ostateczne źródło stanowionych przez człowieka praw zdolny jest poznać i respektować prawa człowieka”⁴⁰.

Mając na uwadze stabilność norm lub ocen składających się na prawo natury można wyróżnić trzy następujące rodzaje koncepcji prawa natury: 1) statyczne, o charakterze zazwyczaj religijnym, ukształtowane starożytności (prawo natury ma treść niezmienną); 2) koncepcje prawa natury o treści zmiennej, o charakterze laickim, ukształtowane a przełomie XIX i XX wieku, w myśl której treść prawa natury ulega zmianie – w zależności od rodzaju kultury i warunków historyczno-materialnych (Stammler, Petrażycki); 3) dynamiczne, powstałe w połowie XX stulecia, o charakterze religijnym, wedle których treść prawa natury rozwija się (zasady tego prawa są niezmiennicze, lecz – odpowiednio do czasu – znajdują zastosowanie do zmieniającego się świata)⁴¹.

Koncepcje prawa naturalnego mogą mieć następnie charakter materialny (kształtują bezpośrednio treść norm prawa pozytywnego; chodzi najczęściej o wskazania natury bardzo ogólnej, np. dotrzymywania umów czy zakazu naruszania cudzej własności) albo formalny (wyznaczają jedynie pewne formy tworzenia prawa pozytywnego, których zachowanie winno być niezbędnym warunkiem ukształtowania prawa pozytywnego)⁴².

Gdy chodzi o poznawalność prawa natury, to w tomizmie odwieczne prawo Boże (*lex aeterna*) poznawane jest jako prawo naturalne (*lex naturalis*) na podstawie tworu Boga, jakim jest świat z ustalonym w nim porządkiem⁴³.

Do ujęcia tomistycznego nawiązał ostatnio Sobór Watykański II. W Deklaracji o wolności religijnej „*Dignitatis humanae*” Sobór, upatrując

³⁸ Zob. Zirk-Sadowski, *ju.*, s. 153-154.

³⁹ H. Grocjusz, *O prawie wojny i pokoju*, Warszawa 1957, s. 53.

⁴⁰ A. Szostek, *Prawo naturalne (prawa człowieka) a prawo stanowione. Uwagi etyka, „Ethos”* 12 (1999), nr 1-2, s. 163.

⁴¹ A. Redalbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *ju.*, s. 107-108; M. Szyszkowska, *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Warszawa 1989, s. 57-58.

⁴² A. Redalbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *ju.*, s. 110.

⁴³ Zob. G. Lo Castro, *La dimensione „umana” del diritto divino*, w: *Diritto divino e legislazione umana*, *ju.*, s. 52-54; R. Cappola, *Diritto divino e „rationabilitas” Della legislazione ecclesiastica*, w: *Diritto divino e legislazione umana*, *ju.*, s. 265-269.

fundamentu prawa do wolności religijnej, przysługującego „trwale również tym, którzy nie wypełniają obowiązku szukania prawdy i trwania przy niej”⁴⁴, w samej naturze osoby ludzkiej, stwierdza: „Wszystko to jeszcze jaśniej ukazuje się temu, kto bierze pod uwagę, iż najwyższą normą ludzkiego życia jest samo prawo Boże, wieczne, obiektywne i uniwersalne, którym Bóg, wedle planu mądrości i miłości swojej, porządkuje, kieruje i rządzi całym światem i losami wspólnoty ludzkiej. Tego to prawa uczestnikiem czyni człowieka Bóg, aby za miłosiernym zrządzeniem Bożej Opatrzności mógł on coraz lepiej poznawać niezmienną prawdę”⁴⁵. Z kolei w Konstytucji duszpasterskiej o Kościele „Gaudium et spes” czytamy: „W głębi sumienia człowiek odkrywa prawo, które sam sobie nie nakłada, lecz któremu winien być posłuszny i którego głos wzywający go zawsze tam, gdzie potrzeba, do miłowania i czynienia dobra a unikania zła, rozbrzmiewa w sercu nakazem: czyń to, tamtego unikaj. Człowiek bowiem ma w swym sercu wypisane przez Boga prawo [...]. Przez sumienie dziwnym sposobem staje się wiadome to prawo [...]”⁴⁶.

W tym samym duchu wypowiada się papież Jan Paweł II w encyklice „Veritatis splendor” 6-go sierpnia 1993 roku, gdy stwierdza przytaczając fragmenty dzieła Tomasza z Akwinu): „Tylko Bóg może odpowiedzieć na pytanie o dobro, bo sam jest Dobrem. Ale Bóg już dał odpowiedź na to pytanie: uczynił to, *gdy stworzył człowieka* i gdy w swojej mądrości i miłości *nadał istnieniu cel*, wpisując w jego serce prawo (por. Rz 2,15) – «prawo naturalne». Jest ono «niczym innym jak światłem rozumu wlanym w nas przez Boga. Dzięki niemu poznajemy, co należy czynić i czego należy unikać. To światło i to prawo Bóg podarował nam w akcie stworzenia». Uczynił to później także w *dziejach Izraela*, zwłaszcza poprzez «dziesięć słów», czyli *przykazań nadanych na Synaju* [podkr. w tekście]”⁴⁷.

Natomiast we współczesnych wersjach protestanckich prawa natury, prawem naturalnym są nakazy boże, a źródłem ich poznania jest prawa natury objawienie, wymagające jednak interpretacji. Z kolei w laickich ujęciach (znacznie zróżnicowanych) poznanie prawa naturalnego dokonuje się poprzez opis rzeczywistości (z twierdzeń opisujących rzeczywistość można wyprowadzić jakieś oceny i normy absolutne jako prawo natury)⁴⁸.

Problem nadrzędności prawa naturalnego w stosunku do prawa pozytywnego bywa rozwiązywany albo poprzez traktowanie prawa naturalnego jako ideału sprawiedliwego, słusznego prawa pozytywnego (prawo natural-

⁴⁴ Deklaracja „Dignitatis humanae”, w: Sobór Watykański II. Konstytucje, Dekrety, Deklaracje, wyd. 3, Pallotinum 1967, n. 2.

⁴⁵ Tamże.

⁴⁶ Konstytucja „Gaudium et spes”, w: Sobór Watykański II, jw., n. 16.

⁴⁷ Jan Paweł II, Encyklika „Veritatis splendor”, n. 12, w: Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II, Kraków 2005, s. 717-718.

⁴⁸ Tamże, s. 108-109.

ne – jako zespół wartości – jest wzorcem dla prawa pozytywnego) albo też w drodze przyznania prawu naturalnemu funkcji walidacyjnej w stosunku do prawa pozytywnego (prawo naturalne daje podstawy do obowiązywalności prawa pozytywnego; w szczególności może stanowić kryterium uznawania norm prawa pozytywnego za normy obowiązujące)⁴⁹.

Pytanie o to, co czynić w przypadku kolizji systemów normatywnych (prawo naturalnego i prawa pozytywnego) przynosi różne odpowiedzi. W koncepcjach prawa natury można spotkać rozwiązania radykalne (nakaz nieposłuszeństwa normom prawa pozytywnego), a także bardziej wyśrodkowane (prawo pozytywne nie wiąże wówczas w sumieniu i wolno się przeciw niemu buntować, chyba że tego rodzaju bunt przyniósłby więcej zamętu i zła, niż przestrzeganie niesłusznego prawa pozytywnego).

Natomiast przyjęcie w koncepcjach pozytywistycznych niezależności walidacyjnej systemu norm prawnych i norm moralnych sprawia, że kwestię wspomnianej kolizji traktuje się wyłącznie jako dotyczącą konfliktu prawa i moralności. Oznacza to, że spełnienie nakazu prawa pozytywnego niezgodnego z niekwestionowaną zasadą moralną, stanowi wprawdzie wykonanie powinności prawnej, lecz nie znosi odpowiedzialności moralnej. Niepoddanie się zaś niesłusznemu prawu jest wprawdzie jego naruszeniem, lecz jest ono usprawiedliwione moralnie⁵⁰.

W kwestii nadrzędności prawa naturalnego w stosunku do prawa pozytywnego warto przytoczyć stanowisko G. Radbrucha (zm. 1949). Ten zwolennik (pierwotnie) pozytywizmu prawniczego, po drugiej wojnie naświetlonej poddał to stanowisko krytyce, stosując jednocześnie pewne ograniczenia opcji prawnonaturalnej. Zmieniając punkt widzenia („formuła Radbrucha”), stawia zarzut nurtowi pozytywistycznemu, że o określonych warunkach społeczno-politycznych może prowadzić prawników do ograniczenia wrażliwości moralnej, ułatwiając przyjęcie postawy konformistycznej w stosunku do prawa nieludzkiego poprzez uznanie za legalne działań zgodnych z takim prawem. Może mieć wówczas miejsce konflikt pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym. Choć w zasadzie tego rodzaju konflikt powinno się – w myśl poglądu pozytywistycznego – rozstrzygać na korzyść bezpieczeństwa prawnego, to jednak w sytuacjach wyjątkowych pierwszeństwo należy przyznać zasadzie sprawiedliwości. Ustawa stojąca w rażącej sprzeczności z wymogami sprawiedliwości może wówczas utracić moc obowiązującą ze skutkiem wstecznym. Uczony niemiecki dopuszczał także możliwość odmówienia charakteru prawa całemu systemowi normatywnemu oraz praktyce jego stosowania. Istnieją bowiem, podkreśla, choć jedynie w wyjątkowych sytuacjach, zasady prawne silniejsze od prawa pozytywnego, które pozbawiają ustawę mocy obowiązującej⁵¹. Jego zdaniem, prawo

⁴⁹ Tamże, s. 109.

⁵⁰ Tamże, s. 110.

⁵¹ Zirk-Sadowski, jw., s. 172-173.

ustanawia się ze względu na sprawiedliwość, w przeciwnym razie to, co zostało ustanowione, w ogóle nie jest prawem⁵².

Wypada dodać, że „formuła Radbrucha”, oparta na zasadzie obowiązywania prawa pozytywnego, które jednak w sytuacji wyjątkowo rażącej sprzeczności z zasadą sprawiedliwości przestaje obowiązywać, wywarła duży wpływ (poza dyskusją teoretyczną) na orzecznictwo sądów niemieckich, zwłaszcza Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Ten ostatni przywołał „formułę Radbrucha” odnosząc się do prawa nazistowskiego, a także (w końcu XX wieku) w sprawach dotyczących rozliczenia przeszłości byłej NRD, w szczególności w sprawie tzw. Strzelców przy Murze Berlińskim⁵³.

4. Wokół kontrowersji na płaszczyźnie konstytucyjnej

Trwające do dzisiaj spory pomiędzy rzecznikami dwóch nurtów w pojmowaniu prawa – prawnonaturalnego i pozytywistycznego – nie mają jedynie charakteru teoretycznego. Ich znaczenie praktyczne ujawnia się najczęściej w sferze relacji prawa naturalnego do prawa stanowionego przez państwo.

Szczególnie znaczący obszar, na którym owa kontrowersja ma miejsce, znajdując swoje implikacje w życiu publicznym, stanowią prawa człowieka, a więc zespół podstawowych, niezbywalnych i uniwersalnych praw przysługujących człowiekowi bez względu na jakąkolwiek okoliczność, nieodłącznie związanych z naturą człowieka. Dla filozoficznoprawnych sporów o treść praw człowieka oraz obowiązywanie i stosowanie prawa istotne znaczenie miało pojawienie się pierwszych konstytucji pisanych. Wówczas to owe kontrowersje między przedstawicielami prawa naturalnego i prawnego pozytywizmu przeniosły się na płaszczyznę konstytucyjną.

Poczynając od Karty Praw Wirginii z 1776 roku, pretendującej do miana konstytucji, w pierwszych konstytucjach pisanych, powstające na przełomie XVIII i XIX wieku widać wyraźny wpływ koncepcji prawnonaturalnych. Dotyczył on przede wszystkim właśnie postanowień konstytucyjnych w przedmiocie praw człowieka. Uznawane one były za prawa naturalne jednostki, które ustawa zasadnicza jedynie deklaruje. Ta ostatnia nie uchodziła bynajmniej za podstawę obowiązywania praw człowieka, jej zadaniem było natomiast zapewnienie rzeczywistej realizacji owych praw. Wyszczególnianie w ustawie zasadniczej podstawowych praw człowieka miało ułatwić to zadanie państwu dysponującemu właściwym systemem rządów. Sądzono jednocześnie, że wejście w życie konstytucji położy kres wielu konfliktom i łamaniu praw człowieka. Pracom nad pierwszymi konstytucjami towarzyszyło odwoływanie się do różnych koncepcji doktrynalnych, co nie pozostawało bez znaczenia gdy chodzi zarówno o kształt, jak i sposób stosowania tychże ustaw zasadniczych. Nie bez znaczenia pozostawały tutaj

⁵² R. Sobański, *Europa obojga praw*, Katowice 2006, s. 111.

⁵³ Zirk-Sadowski, *iw.*, s. 173.

także uwarunkowania historyczne, kształtujące dwa sposoby rozumienia konstytucyjnych praw człowieka w aspekcie możliwości ustalania ich normatywnej treści i sposobu ochrony.

Konstytucyjna myśl amerykańska, nawiązująca do poglądów J. Locke'a na prawo naturalne i jego znaczenie dla prawa pozytywnego oraz do idei wiązania organów państwa prawem natury, ustawa zasadnicza zajmowała miejsce nadrzędne w stosunku do ustaw wydawanych przez parlament. Umożliwiało to odmowę zastosowania ustawy naruszającej prawa naturalne chronione w konstytucji. I jakkolwiek założenia konstytucyjne nie wskazywały na jakies określone ujęcie prawa naturalnego (tym bardziej, że mogły być realizowane także na podłożu koncepcji pozytywistycznych), to jednak istotnym ich znaczeniem pozostawało poszerzenie dyskursu aksjologicznego co do treści prawa stanowionego. Dla „usprawiedliwienia” tego prawa nie wystarczył już argument, iż zostało ono ustanowione przez legalny organ ustawodawczy państwa⁵⁴.

Natomiast w prawie kontynentalnym rola praw człowieka była pojmowana nieco inaczej, gdy chodzi o ich rolę w systemie prawa (choć w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 roku oraz szeregu wydanych po niej konstytucji akcentowano przyrodzony charakter tychże praw). Fundamentalne znaczenie dla porządku prawnego miała tutaj zasada suwerenności i zasada przedstawicielstwa, ujmowane w duchu poglądów Rousseau (poszczególne jednostki przeniosły swoją autonomię i wolności na lud, który stawał się dysponentem owych praw, co prowadziło do absolutyzowania woli suwerena). Podstawową rękojmnią sprawiedliwego prawa miało być stanowienie go przez wybrany w sposób demokratyczny parlament. W konsekwencji prowadziło to do przyjęcia zasady panowania ustawy jako najważniejszego źródła prawa w obowiązującym systemie. Postanowienia ustawy zasadniczej w przedmiocie praw człowieka stały się normami programowymi, wskazującymi tylko w sposób ogólny cele działania państwa. Konkretną treść tych praw określały ustawy, a sady, stosując te ostatnie w poszczególnych przypadkach, nie mogły odmówić zastosowania ustawy z powodu jej niezgodności z konstytucją czy też prawem naturalnym.

Pozytywizm prawny, który leży u podstaw doktrynalnych wielu dziewiętnastowiecznych systemów prawa, odnoszący się krytycznie do prawa naturalnego i postulujący oddzielenie prawa od moralności, a także uznający koncepcję prawonaturalną za sprzeczną z zasadą pewności prawa, coraz bardziej sprawiał, że legitymacją prawa stawał się sposób jego stanowienia⁵⁵.

Sytuacja zaczęła się zmieniać w drugiej połowie XIX stulecia, kiedy to zasada dominacji ustawy została zakwestionowana. Najpierw dlatego, że prace nad hierarchizacją aktów prawnych, prowadzone w ramach pozyty-

⁵⁴ P. Tuleja, Prawo naturalne i prawo pozytywne jako podstawa konstytucyjnych praw człowieka, „Ethos” 12 (1999), nr 1-2, s. 200-202.

⁵⁵ Tamże, s. 202-204.

wizmu prawnego, wygenerowały postulat przyznania wyższości konstytucji nad ustawą, prawa międzynarodowego nad prawem krajowym, a ponadto oparcie całego systemu prawa na tzw. normie podstawowej. Koncepcja normatywistyczna owej normy suponowała konieczność wskazania podstaw obowiązywania aktów normatywnych (hierarchicznie uporządkowanych), jednak bez odwoływania się do prawa naturalnego.

Innym motywem ponadustawowej oceny prawa była konstatacja o tym, że w przypadkach obowiązywania ustaw niezgodnych z konstytucją i jednocześnie braku mechanizmów prawnych zmiany takiej sytuacji prawnej uszczerbek ponoszą aksjologiczne podstawy prawa. W tego rodzaju dualizmie konstytucyjnym doktryna niemiecka dostrzegała jedną z przyczyn słabości konstytucji weimarskiej (1919 r.) i wprowadzenia prawodawstwa nazi-stowskiego. Doprowadzenie przez stosowanie zasady dominacji ustawy i jej pozytywistycznego rozumienia do zredukowania refleksji nad aksjologią prawa coraz mocniej wywoływało potrzebę zmiany takiego stanu rzeczy, to zaś wydawało się możliwe w powrocie do uznania przyrodzonego charakteru praw człowieka i określenia ich treści w samej ustawie zasadniczej⁵⁶.

W debacie nad treścią praw człowieka, ich obowiązywaniem i stosowaniem toczącej się – w nowym kontekście historycznym – po drugiej wojnie światowej wzmożła się krytyka zapatrywania o wystarczalności uzasadnienia obowiązywalności normy prawnej samym jej ustanowieniem w sposób określony w prawie. Coraz bardziej upowszechniało się przekonanie o tym, że obowiązywanie prawa uwarunkowane jest spełnieniem przez nie określonych standardów aksjologicznych. W sposób szczególnie przekonanie to zaznaczyło się w obszarze prawa międzynarodowego, a także na płaszczyźnie konstytucyjnej. To ustawa zasadnicza, poza katalogiem praw człowieka, miała także określać ich normatywną treść. W oparciu o zasadę ochrony godności człowieka stanowiącej źródło wszystkich praw człowieka przyjmowano zasadę konstytucjonalizmu, w myśl której konkretyzacja praw człowieka jest możliwa tylko w harmonii z treścią ustawy zasadniczej. Ta ostatnia stawała się podstawą dla rozstrzygnięcia podstawowych dylematów dotyczących normatywnej treści poszczególnych praw człowieka. Wzmogło się orzecznictwo sądów konstytucyjnych. Należy tu mówić o konstytucjonalizacji tychże praw w nawiązywaniu przede wszystkim do koncepcji prawnonaturalnych⁵⁷.

Zastrzeżenia zgłaszane pod adresem sądów konstytucyjnych odwołujących się do obiektywnego porządku wartości stworzyły okazję do zgłaszania postulatów opierania wykładni konstytucji w oparciu o tradycyjne założenia pozytywistyczne. Argumentem miało tutaj być m.in. to, że konstytucja też jest ustawą i że proces stosowania konstytucji przez sąd konstytucyjny nie odbiega w niczym od procesu stosowania ustaw zwy-

⁵⁶ Tamże, s. 204.

⁵⁷ Tamże, s. 204-205.

kłych. Zaczęto podkreślać, że odwoływanie się do obiektywnego systemu wartości i ich konstytucyjnej hierarchii nie jest do przyjęcia, gdyż tekst ustawy zasadniczej nie daje po temu podstaw.

Jakkolwiek wiele obiekcji zgłaszanych przez zwolenników pozytywizmu prawnego okazało się słusznymi (praktyczne trudności w procesie stosowania konstytucji), to o powrocie do tradycyjnego rozumienia ustawy zasadniczej nie mogło już być mowy. Wszelka próba przenoszenia dyskursu o prawach człowieka z płaszczyzny konstytucyjnej na płaszczyznę ustawową zdawała się nieuchronnie stać w sprzeczności z założeniem bezpośredniego stosowania konstytucji, a także z przyrodzonym charakterem praw człowieka w niej określanych⁵⁸.

Choć propozycje rzeczników zarówno kierunku prawonaturalnego, jak i pozytywistycznego obejmują szereg wymogów konstytucyjnych w stosunku do praw człowieka, to jednak nie stanowią – ani razem ani osobno – wystarczającej podstawy do skutecznego urzeczywistnienia. W oparciu o postulaty prawonaturalne trudno jest w praktyce stworzyć normatywny wzorzec praw człowieka, a to ze względu na wielość owych postulatów, ich znaczny stopień ogólności oraz brak jednoznacznego „przeniesienia” ich na normy prawne. Gdy chodzi z kolei o opcje pozytywistyczne, w których akcentuje się głównie zagwarantowanie pewności prawa, jego powszechności i równości, to osiągnięcia tych zamierzeń szczególnie znaczenie ma określenie sposobu tworzenia prawa (jego uzasadnienie tetyczne). Założenia te skutkują w praktyce zawężeniem możliwości oceny ustaw, służących podejmowaniu konkretnych rozstrzygnięć⁵⁹.

Daleko idące rozbieżności stanowisk obydwu nurtów nie przeszkodziły w podejmowaniu prób ich pogodzenia – zarówno na polu filozofii prawa, jak i w doktrynie prawa konstytucyjnego. Pojawiły się tzw. NIEPOZYTYWISTYCZNE koncepcje prawa („trzecia droga”), odrzucające z jednej strony radykalne postulaty (koncepcji pozytywistycznej) oddzielenia prawa od moralności, z drugiej zaś całkowitego podporządkowania prawa moralności (postulat koncepcji naturalnoprawnej). Znamiennym rysem koncepcji niepozytywistycznych jest krytyka pozytywizmu prawnego, nieodwołująca się jednak do prawa naturalnego. Przedstawicielem tej koncepcji jest R. Dworkin (ur. 1931)⁶⁰. Przyjmuje się w niej, że konstytucyjne prawa człowieka mają charakter normatywny, przy czym normy gwarantujące te prawa mają specyficzny charakter, polegający na tym, że na płaszczyźnie abstrakcyjnej ich treść da się ustalić zaledwie bardzo ogólnie, natomiast rzadko występują reguły prawne określające jednoznaczny sposób postępowania. Zakres ochrony praw człowieka ustala się z reguły w przypadku kolizji danej zasady konstytucyjnej z zasadą gwarantująca inne prawo człowieka lub inną

⁵⁸ Tamże, s. 207-208.

⁵⁹ Tamże, s. 208-209.

⁶⁰ Zob. Zirk-Sadowski, jw., s. 197-213.

wartość chroniona przez ustawę zasadniczą. Rozstrzygnięcie tego rodzaju konfliktów dokonuje się głównie na podstawie konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Normatywna treść poszczególnych praw człowieka zagwarantowanych w ustawie zasadniczej kształtuje się więc dopiero w sytuacji sporu co do zakresu ich ochrony. Dopiero w procesie stosowania konstytucji kształtuje się treść owych praw. Tekst konstytucji ma zatem charakter otwarty, dając podstawę do dyskursu o prawach człowieka. Niemalą rolę w procesie ustalania normatywnej treści praw człowieka przypada w udziale sądowi konstytucyjnemu⁶¹.

W niepozytywistycznych koncepcjach prawa brak jest odwołania do określonego systemu etycznego, co stanowi świadome założenie. Może to jednak powodować w praktyce wydawanie odmiennych (na podłożu aksjologicznym) rozstrzygnięć w podobnych przypadkach.

* * *

Zdaniem R. Stammlera (zm. 1938), prawo zasługuje na rzeczywisty, a nie tylko formalny autorytet tylko wówczas, gdy jest godziwe („Das richtige Recht”), a więc gdy odpowiada standardom moralnym. Rodzi się jednak uzasadnione, a przy tym podstawowe pytanie: gdzie szukać owych standardów, skoro istnieje wiele systemów o różnej, często odmiennej aksjologii. Uzasadniona wydaje się odpowiedź, iż w takim systemie aksjologicznym, który charakteryzuje się powszechnością, jest więc najbardziej uniwersalny – jednak nie w rozumieniu najszerszego akceptowania go przez ludzi, lecz w sensie uniwersalnych zasad, które głosi, i które nikomu nie zagrażają. Takie uniwersalne zasady od stuleci głosi chrześcijaństwo⁶².

Wypadnie w pełni zgodzić się ze S. Wielgusem, gdy mówi: „Pozytywne prawo ludzkie winno więc swoje ostateczne uzasadnienia lokować w niezależnym od woli parlamentarzystów i wyborców, ogólnie akceptowalnym kodeksie niezmiennych wartości, tych z góry Synaj – Dekalog, tych z Ewangelii – Kazanie na Górze, bez którego to kodeksu każda demokracja zmierza do zwyrodnienia, a nawet do swegoistego totalitaryzmu, nie mniej groźnego niż te, które znamy z historii [...]. Tak więc prawo pozytywne potrzebuje [...] moralności opartej na niezależnym od woli ludzkiej kodeksie niezmiennych wartości”⁶³.

⁶¹ Tuleja, jw., s. 209-211.

⁶² W. Łączkowski, Prawo naturalne a prawo stanowione. Uwagi prawnika, „Ethos” 12 (1999), nr 1-2, s. 179-180.

⁶³ S. Wielgus, Prawo a moralność, „Niedziela” 2005, nr 52, s. 17.

Sommario

Nella teoria e nella filosofia di diritto si incontrano almeno due diverse concezioni di esso. Secondo l'una il diritto è un insieme delle norme (comprese in qualsiasi modo) di condotta, invece secondo l'altra – il diritto è un insieme dei fatti psichici o sociali collegati con le norme del definito genere. Le concezioni in cui il diritto viene trattato come l'insieme dei fatti si chiamano concezioni realistiche, mentre tra le concezioni nelle quali il diritto è visto come un insieme delle norme di condotta si deve distinguere, come particolarmente rappresentative, iusnaturalistiche e positivistiche. La differenza tra di esse consiste nel modo in cui si indica il contenuto di quelle norme di condotta.

Nell'articolo vengono presentate l'una e l'altra concezione riguardo al diritto: questa iusnaturalistica e quella positivistica.