

J a n W o l e ń s k i

Prawo i sprawiedliwość

Słowa kluczowe: *filozofia, ius, lex, moralność, natura, wartości, zasada*

1. Wyjaśnienia wstępne

Początek wykładu ze wstępu do prawoznawstwa mógłby wyglądać tak¹. Trzeba odróżnić stanowienie prawa i stosowanie prawa. W ogólności, prawem jest ogół aktów (ustaw, rozporządzeń itd.) ustanowionych przez upoważnione do tego organy, np. parlamenty, monarchów itd. Owe akty, dla uproszczenia możemy je ująć jako ustawy, składają się z ogólnych przepisów (norm), np. „Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności” (art. 148 §1 polskiego kodeksu karnego). Stosowanie prawa polega na aplikacji normy ogólnej do konkretnej sytuacji przez sąd lub jakiś inny właściwy po temu organ, np. biuro paszportowe (przykład organu administracyjnego). Wyrok sądu skazujący konkretną osobę na 15 lat pozbawienia wolności za zabójstwo kogoś innego jest przykładem stosowania prawa. Tak jest w tzw. kontynentalnym systemie prawa (w szczególności w Polsce), opartym na wyraźnym odróżnieniu stanowienia i stosowania prawa. Inaczej ma się sprawa w przypadku tzw. systemu *common law*, charakterystycznego przede wszystkim dla Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych Ameryki Płn. (dla uproszczenia: w krajach anglosaskich). W tym porządku wyroki

Jan Woleński, Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania, Katedra Nauk Społecznych, ul. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów; e-mail: jan.wolenski@uj.edu.pl, ORCID: 0000-0001-7676-7839.

¹ To jest oczywiście skrótowe i uproszczone ujęcie problemu, szczegółowe można znaleźć w: Pattaro, Roversi 2007~2016. To 12-tomowe dzieło obszernie omawia teorię i filozofię prawa, zarówno w perspektywie historycznej, jak i systematycznej. Por. też artykuły w: Hołówka, Dziobkowski (red.) 2020.

sądów (inaczej jest w przypadku decyzji administracyjnych) mają charakter precedensów, tj. są wzorcami dla innych podobnych przypadków. Znaczy to, że precedens odgrywa rolę prawotwórczą. Stanowienie prawa występuje także w krajach anglosaskich i nawet odgrywa coraz większą rolę, ale orzecznictwo sądów (często nazywane *law in action*) jest uważane za coś znacznie ważniejszego niż prawo stanowione (tj. *law in books*, czyli w kodeksach). Wzajemna relacja prawa stanowionego i stosowania prawa nie jest jednak jednoznaczna w systemie kontynentalnym, ponieważ sądy i organy administracyjne mają, po pierwsze, pewną swobodę w ferowaniu wyroków i ustalaniu decyzji, a po drugie, niektóre sądy, np. tzw. najwyższe, wydają orzeczenia, które są wzorcowe dla niższych trybunałów. Podkreślając to, trzeba mieć na uwadze, że taka instrukcja dla orzekania może być zdyskwalifikowana przez wykazanie jej niezgodności z prawem stanowionym, a to znaczy, że to drugie jest dominujące. Ktoś może zauważyć, że te rozważania dotyczą kwestii formalnych, tj. poprawności stanowienia i stosowania prawa. Problem treści ustaw i wyroków ma wiele aspektów, ale jeden z nich jest szczególnie ważny, może nawet najważniejszy, i wyraża się w postulacie, że prawo i jego stosowanie mają być sprawiedliwe². Ale co to znaczy? Historia pokazuje, że sprawiedliwość niejedno ma imię³. Problem, które jest właściwe i czy takie istnieje, należy do najbardziej kontrowersyjnych zagadnień filozofii prawa⁴.

2. Sprawy terminologiczno-pojęciowe – filozofia starożytna

Nikt nie ma wątpliwości, że prawo rzymskie odegrało fundamentalną rolę w historii. Wręcz powiada się, że nasza obecna cywilizacja jest ufundowana na filozofii greckiej, prawie rzymskim i religii chrześcijańskiej. Jedną z najważniejszych innowacji jurysprudencki rzymskiej było odróżnienie *ius* i *lex*, czyli prawa i ustawy (prawa pozytywnego). Drugie słowo pochodzi być może od czasownika *ligare* (wiązać) lub *legere* (czytać; ustawa jest tym, co można przeczytać, np. w przeciwieństwie do prawa zwyczajowego). Niezależnie od etymologii, *lex* z reguły miało nazwę ustawodawcy, np. *lex Vespasiani* (w czasach Cesarstwa; Wespazjan był cesarzem), lub tego, kto proponował, np. *lex Calpurnia* (w czasach republikańskich; Lucjusz Kalpurniusz Pizon był trybunem ludowym). Natomiast słowo *ius* pochodzi od *iustitia*, oznaczającego sprawiedliwość, a także prawość. Rozważane odróżnienie ma swoje antycypacje

² Szczególnie istotne jest to w przypadku wymierzania kar.

³ O historii pojęcia sprawiedliwości zob. Johnston 2011.

⁴ W niniejszym artykule powtarzam pewne fragmenty z: Woleński 2020.

w myśli greckiej (pomijam inne tradycje). Grecy odróżniali *dike* i *nomos*, tj. sprawiedliwość i konwencję, tzn. umowę na zasadzie postanowienia, ale uznawali pierwszą za ważniejszą. *Dike* (pisana z dużej litery) była boginią, córką Zeusa i Temidy (odpowiedzialnej za porządek w świecie i symbolizującej bezstronność przez trzymanie wagi w ręku i noszenie opaski na oczach). Sofiści uważali, że umowy są wiążące dla ludzi niezależnie od tego, czy są sprawiedliwe, czy nie. Konflikt pomiędzy *dike* i *nomos* był wielokrotnie opisywany w literaturze greckiej. Przykładem klasycznym jest sprawa Antygony z dramatu Sofoklesa. Antygona, bohaterka tego utworu, zdecydowała się pogrzebać, wbrew zakazowi Kreona, króla Teb, zwłoki swojego brata Polinejkesa, straconego za zdradę kraju. Antygona twierdziła, że przedmiotowy zakaz nie miał za sobą woli bogów, w szczególności nie należał do porządku znajdującego się pod pieczęcią *Dike*. Z tego powodu *nomos* ustalony przez Kreona znaczył mniej od niepisanego, stałego i wiecznego prawa wyrażającego zasady sprawiedliwości. Stanowisko Antygony jest uważane za prototyp argumentacji prawnonaturalnej, a Kreona i sofistów – pozytywizmu prawniczego⁵. Wedle zwolenników prawa natury, właśnie to prawo jest kryterium obowiązywania prawa pozytywnego, natomiast wedle pozytywistów prawo natury albo w ogóle nie istnieje, albo jeśli nawet uznaje się jego egzystencję, nie ma to żadnego znaczenia dla ważności prawa pozytywnego. Do kwestii tej jeszcze powrócę i to niejeden raz.

Presokratycy uważali świat za całość podlegającą *logosowi* (rozumowi, sensowi itp.). Ten porządek przejawiał się w zasadach rządzących zarówno przyrodą pozaludzką, jak i postępowaniem człowieka. *Dike* troszczyła się o jedno i drugie, ale stopniowo zaczęła być bardziej identyfikowana ze zwyczajem oraz orzekaniem o winie i karze, czyli praktyką sądową. Proces ten doprowadził do dualizmu w opisywaniu porządku świata, który z jednej strony obejmował to, co obecnie nazywa się prawami przyrody i rozważa w ramach filozofii nauki, a z drugiej strony prawnonaturalne (w sensie dzisiejszym) zasady postępowania będące przedmiotem filozofii prawa. Sokrates, Platon i Arystoteles ugruntowali greckie pojmowanie prawa naturalnego i sprawiedliwości – była to antropologizacja tej części porządku kosmosu, jakim jest postępowanie ludzkie. Pierwsza wyraźna koncepcja sprawiedliwości jako kategorii antropologicznej pochodzi od Platona, który rozumiał *dike* jako równowagę czy też harmonię zachodzącą pomiędzy poszczególnymi władzami duszy. Owocuje to tym, że każdy zajmuje się tym, co dla niego sprawiedliwe, tj. tym, do czego jest powołany przez swą istotę – może to być np. mądrość. Pogląd ten był prawdopodobnie motywowany upodobaniem Platona do proporcjonalności matematycznej (nie jest wykluczone, że dzisiejsze rozumienie

⁵ W sprawie historii prawa natury i pozytywizmu prawniczego por. Strauss 1953; Kelly 1992; Hervada 1996; i odpowiednio tomy Pattaro, Roversi 2007–2016.

wagi zasady proporcjonalności dla poprawnej, tj. sprawiedliwej wykładni np. przepisów prawa konstytucyjnego czy norm prawa międzynarodowego ma swe dalekie źródło w platonizmie). Arystoteles był niewątpliwie najważniejszym greckim teoretykiem prawa natury i sprawiedliwości. Argumentował, że człowiek może poznać i formułować normy prawnonaturalne przy pomocy swego przyrodzonego *logosu* (roзумu). Owe zasady wypływają z ludzkiego, niejako wrodzonego dążenia do szczęścia jednostek, tj. indywidualnych ludzi, i z troski o dobro wspólne w ramach *politei*, tj. społeczności zorganizowanej w państwo. W tej koncepcji, prawo naturalne jest w znacznie w większym stopniu rezultatem natury ludzkiej niż porządku natury rozumianej jako *physis*. Bardzo ważnym elementem koncepcji Arystotelesa jest odróżnienie sprawiedliwości rozdzielczej (dystrybucyjnej) i wyrównawczej. Stagiryta odwoływał się do tego, że aktywa są rozdzielane wedle tego, jak to stanowi prawo w sensie rozumnego ustawodawstwa, ale to nie wystarcza, ponieważ (w uproszczeniu; szczegóły pomijam) zasługi winny być nagrodzone, a winy ukarane, co kompensuje mniej lub bardziej równy podział dóbr. Te wartości mają i mogą być realizowane przez prawo pozytywne.

Justycja znalazła się w rzymskim Panteonie (była odpowiednikiem Dike lub Temidy), ale u Rzymian koncepcja sprawiedliwości była znacznie bardziej sekularna od greckiej. Ulpian zdefiniował jurysprudencję (naukę prawa) formułą: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* („Jurysprudenca jest poznaniem rzeczy boskich i ludzkich, nauką o tym, co sprawiedliwe i niesprawiedliwe”). Wspomniane elementy religijne są drugorzędne, a podstawowa idea zawarta jest w drugim członie określenia Ulpiana. Ten sam autor ujął postulaty prawa słynnym zdaniem: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* („Oto są nakazy prawa: żyć uczciwie, drugiego nie krzywdzić, każdemu oddać to, co mu się należy”), którego związek ze sprawiedliwością jest oczywisty, zwłaszcza w nakazie ostatnim. Formuły Ulpiana znalazły się w Kodeksie Justyniana, co podkreśla ich wagę. Tradycja przekazała wiele sentencji wskazujących na związek prawa ze sprawiedliwością. Oto kilka z nich (za: Dziubiński 2004): *Aequitas sequitur legem* („Sprawiedliwość idzie za prawem”; ale powinno być raczej: „równość”), *Fiat iustitia, pereat mundus* („Niechaj stanie się sprawiedliwość, choćby przepadł świat”), *Ius est ars boni et aequi* („Prawo jest sztuką dobra i sprawiedliwości”), *Iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum* („Sprawiedliwość to posłuch dla praw pisanych i instytucji narodów”), *Iustitia fundamentum regnorum* („Sprawiedliwość podwaliną królestw”), *Iustitia non novit patrem nec matrem, solam veritatem spectat* („Sprawiedliwość nie zna ojca ani matki, ma wzgląd jedynie na prawdę”), *Lex iusta libertati, aequalitati et fraternitati praesidio est* („Sprawiedliwe prawo stoi na straży wolności, równości i braterstwa”). Wszystkie te maksymy, z wyjątkiem *Fiat iustitia, pereat mundus* (przypisywanej Aureliuszowi Augus-

tynowi z Hippony), są podawane bez wskazania ich autorów, co może świadczyć, że były (lub z czasem stały się) elementem powszechnej świadomości prawnej.

Dzieje rzymskiej jurysprudencji (*iurisprudentia* to tyle, co znajomość prawa, mądrość w tym zakresie) wskazują, że wyemancypowała się w znacznym stopniu od religii. Prawnicy (*iurisprudentes* – znawcy prawa, zarówno w sensie *ius*, jak i *lex*) stali się profesjonalistami, do czego przyczyniła się również instytucja zwana *responsa prudentium*, tj. odpowiedzi uczonych prawników, uzyskujące, w przypadku ich zgodności, status równy przepisom prawa. To jednak nie znaczy, że prawoznawstwo (inne, bardziej techniczne tłumaczenie nazwy *iurisprudentia*) rzymskie nie podlegało wpływom ze strony filozofii. Było oparte na idei prawa natury w sensie Cyserona, tj. na wiecznym, niezmiennym porządku moralnym, ustalonym przez Boga. To była koncepcja stoicka. W samej rzeczy, tezy Ulpiana były w dużej mierze repliką twierdzeń stoików. Typowy przedstawiciel tej szkoły mógł powiedzieć, że filozofia jest znajomością rzeczy boskich i ludzkich w celu odróżnienia dobra i zła – to pierwsze wypływa z natury rzeczy, a drugie z niewiedzy. Stoicyzm proponował to, co dzisiaj nazywa się etyką cnót – niektóre z nich, ale szczególnie ważne, polegające na uczciwym życiu, powstrzymywaniu się od krzywdzenia innych ludzi i oddawaniu tego, co komu należne, znalazły się w podstawowych nakazach prawa sformułowanych przez Ulpiana. Przytoczone maksymy prawnicze wskazują, że działanie prawa ma temperować ludzkie dążenia, a więc spełniać jedno z zadań filozofii stoickiej. *Iurisprudentes* nie byli jednak naiwni i nie uważali, że związek prawa ze sprawiedliwością automatycznie zapewnia harmonię moralną. Wśród sentencji prawniczych znajdują się i takie jak: *Summum ius summa iniuria* („Najwyższe prawo, najwyższa krzywda”), *Maximum ius est saepe maxima iniuria* („Najwyższe prawo bywa często najwyższą niesprawiedliwością”), *Ius summum saepe summa est malitia* („Zbyt ścisła sprawiedliwość jest często najwyższą krzywdą”), *Illud stultissimum, existimare omnia iusta esse, quae sita sint in populorum institutis aut legibus* („Jest to bardzo głupie sądzić, że sprawiedliwe jest wszystko, co zawiera się w prawach lub zwyczajach narodów”). Wprawdzie *Ratio est anima legis* („Rozum jest duszą prawa”) i *Lex est recta ratio imperans honeste* („Prawo jest słuszną racją nakazującą to, co szlachetne”), ale w prawie rzymskim i związanym z nią prawoznawstwie nie ma recept na rozwiązanie wszystkich problemów motywujących przytoczone wyżej pesymistyczne sentencje.

3. Sprawy terminologiczno-pojęciowe – dalsza historia

Wprawdzie odróżnienie *ius* i *lex* było fundamentalne, ale nazewnictwo nie było stabilne już w starożytności. Ciceron używał terminu *lex naturalis*, być może z powodu uznania, że zostało ustanowione (pochodzi od Boga), a prawo pozytywne było oznaczane przez niego jako *lex* bez żadnego określenia. Także przytoczone sentencje nie są jednoznaczne, np. bardziej zasadne byłoby powiedzieć *ratio est anima iuris* (ewentualnie *ius est anima legis*) i *ius est recta ratio imperans honeste* niż tak, jest to podano przy końcu części 2. Można te terminologiczne rozbieżności wyjaśnić potocznym użyciem *ius* i *lex*, dopuszczającym ich zamiennność⁶. Rzymianie odróżniali *ius civile* (prawo dotyczące obywateli państwa rzymskiego, początkowo mieszkańców Rzymu i okolic, a potem Italii) od *ius gentium* (prawo ludów, mieszkających w obrębie Imperium Romanum, ale niebędących obywatelami rzymskimi; przyznanie obywatelstwa wszystkim mieszkańcom nastąpiło w 212 r.). O ile pierwsze *ius* było stanowione, drugie nie, przynajmniej nie przez władze rzymskie. Wiadomo, że ostateczny kształt prawa rzymskiego, taki, jaki uzyskało w Kodeksie Justyniana, był w poważnym stopniu efektem oddziaływania *ius gentium* na *ius civile*. Pomijając przekształcenie się *ius civile* (w zarysowanym sensie) w prawo cywilne w naszym rozumieniu (*lex civilis* byłoby bardziej właściwą nazwą – kodyfikacja justyniańska zachowała dawną), nazwa *ius gentium* zaczęła już w średniowieczu oznaczać tzw. prawo narodów, czyli, mówiąc językiem dzisiejszym, międzynarodowe prawo publiczne. Słowo *ius* było o tyle właściwe, że prawo narodów nie powstaje na drodze ustawodawstwa i kieruje się, a przynajmniej powinno tak być, zasadami sprawiedliwości międzynarodowej⁷. Klasycznym dziełem fundującym prawo międzynarodowe w tym sensie był traktat Hugo Grocjusza *De iure belli ac pacis*, wydany w 1625 r. Tytuł zawiera słowo *ius* nieprzypadkowo, gdyż prawo naturalne i umowy (podległe zasadzie *pacta sunt servanda*, „umów należy dotrzymywać”) stanowią źródła *ius gentium*, ponieważ nie jest ono tworzone przez stanowienie w taki sposób, jak prawo wewnętrzne danego państwa. Grocjusz był człowiekiem wierzącym, zwolennikiem pewnej wersji kalwinizmu, ale uważał, że także Bóg podlega zasadom prawa natury.

⁶ Tak zresztą jest w tekście niniejszego artykułu, w którym na miejscu wyrazu „ustawa” mogłoby stać słowo „prawo” i na odwrót. Por. niżej dalsze uwagi na ten temat.

⁷ Sprawa znacznie się skomplikowała po powstaniu organizacji międzynarodowych (Liga Narodów, Organizacja Narodów Zjednoczonych) i wspólnot międzynarodowych (Unia Europejska) wydających akty prawne obowiązujące ich członków (państwa należące do tych struktur). Jeden z gorąco dyskutowanych problemów dotyczy kwestii, na ile takie akty mogą ingerować w prawo wewnętrzne. W gruncie rzeczy znaczy to, że pytamy o to, czy prawo międzynarodowe jest prawem pozytywnym, przynajmniej w pewnych przypadkach.

Tomasz z Akwinu wyróżnił cztery rodzaje *lex*: *divina* (boskie), *aeterna* (wieczne, tj. porządek świata ustalony przez Boga), *naturalis* (odbicie wiecznego w umyśle ludzkim – dzięki temu człowiek może poznać ów wieczny porządek) i *humana* (*positiva*, ludzkie, pozytywne, tj. ustanowione przez ludzi dla ludzi). To, że Akwinata użył słowa *lex*, jest zrozumiałe, skoro każdy z powyżej wymienionych rodzajów prawa jest stanowiony lub partycypuje w stanowionym. Zważywszy dzisiejsze użycie słowa „prawo”, tłumaczenie *lex* w tych kontekstach przez termin „ustawa” byłoby sztuczne, poza *lex positiva*, które jest postanowieniem rozumu motywowanym przez dobro wspólne, ogłoszonym przez władzę uprawnioną do tego. W określeniu tym widoczne są wątki aksjologiczne prowadzące do pytania, co wtedy, gdy *lex* pochodzi od władzy nieuprawnionej lub jest niezgodne z nakazami rozumu. W tym miejscu to tylko sygnalizuję, a wróć do tej kwestii w części czwartej niniejszego artykułu. Tomasz posługiwał się również terminem *ius*, odróżniając (pomijam kwestię *ius gentium*, omówioną wyżej) *ius naturale* i *ius positivum*. Tłumaczenie tych nazw nie jest proste (por. Łuszczyńska 2012 w sprawie omówienia Tomaszowej filozofii prawa), ale możemy przyjąć, że pierwsze obejmuje to, co wypływa z prawa naturalnego, a drugie to, co stanowione jest przez ustawę. Akwinata rozumiał sprawiedliwość podobnie jak Arystoteles, z tym, że jest ona niejako gwarantowana przez *lex naturalis*, ponieważ jest to replika prawa wiecznego, zawdzięczającego swój wyróżniony status pochodzeniu od prawa boskiego. W konsekwencji, *ius naturale* jest sprawiedliwe ze swej istoty, tj. bezwarunkowo, natomiast *lex humana* i *ius positivum* tylko, o ile są zgodne z prawem naturalnym. Wydany w 1613 r. słownik Rudolfa Gocleniusa *Lexicon Philosophicum* może być traktowany jako podsumowanie terminologii filozoficznej późnej scholastyki. Zawiera hasło *Ius*, ale już tylko w sensie prawniczym, tj. jako rozdział uprawnień i obowiązków ustalony przez akty prawne (*leges*), obowiązujące wszystkich. Określenia podane przez Gocleniusa zakładają, że *ius* jest sprawiedliwe ze swojej natury i dyktuje rozumne, tj. właśnie sprawiedliwe *leges*. Paremia *Ubi est ratio, idem ius debet* („Gdzie jest rozum, tam powstaje [sprawiedliwe] prawo”) jest ogólnym arystotelesowsko-scholastycznym ujęciem istoty prawa.

Terminologia i aparat pojęciowy stosowany we wspomnianym *Lexicon Philosophicum* wskazują, że termin *ius* już w średniowieczu nabral wyrażnego (czy nawet wyłącznego) sensu normatywnego, widocznego u wszystkich późniejszych przedstawicieli szkoły uznającej istnienie prawa naturalnego, uważających, że wywodzi się ono z natury ludzkiej. Dla jednych było to gwarantowane transcendentalnie, tj. przez Boga (czasem identycznego z przyrodą), dla innych indywidualno-społeczną strukturą człowieka, np. jego udziałem w kontrakcie społecznym. Problem był jednak zawsze ten sam i został prosto zdiagnozowany przez Davida Hume’a w jego słynnej obserwacji, że po serii rozważań o tym, jakie są fakty, w pewnym momencie w sposób tajemni-

czy pojawia się powinność. Inaczej mówiąc, wielu autorów wyprowadza wnioski o tym, co być powinno, z tego, co jest. W odniesieniu do rozważanego tutaj tematu, wypowiada się tezy na temat zawartości prawa natury (czyli treści normatywnej), w szczególności tego, co sprawiedliwe, z ustaleń dotyczących się tego, jaki jest świat. Często bywało tak, że zasady prawnonaturalne przedstawiano jako niebudzące jakichkolwiek wątpliwości, zarówno w traktatach filozoficznych, jak i dokumentach politycznych. John Locke uważał za takie prawo własności i tolerancję religijną. Amerykańska *Deklaracja niepodległości* z 1776 r. powiada: „Uważamy następujące prawdy za oczywiste: że wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi prawo do życia, wolność i dążenia do szczęścia” (odwołanie się do Boga ma taki sens, jak u Grocjusza, i powoli zaczęło znikać w późniejszych odwołaniach się do tego dokumentu). Francuska *Deklaracja praw człowieka i obywatela* z 1789 r., pozostająca pod wpływem filozofów zwanych encyklopedystami, wymienia wolność, równość i braterstwo, jako podstawowe zasady prawno-polityczne. Trudno tutaj powstrzymać się od wskazania na wyraźny relatywizm tych proklamacji, będących także fundamentem dla rozumienia sprawiedliwości. Locke wykluczał papistów (tj. katolików) z tolerancyjnych uregulowań, człowieczeństwo w rozumieniu Amerykanów długo zależało od posiadanego koloru skóry, a powstańcy z Wandei nie byli traktowani jak bracia nie tylko przez radykalnych jakobinów, ale nawet przez znacznie bardziej umiarkowanych żyrondistów. To nie pierwszy i nie ostatni przypadek, że uniwersalne zasady prawnonaturalne mają wyjątki, zależne od konkretnego kontekstu politycznego.

W związku z odejściem od łaciny jako powszechnego języka filozofów i uczonych zmieniło się słownictwo. Odróżnienie *ius* i *lex* pojawiło się w językach etnicznych, np. *Recht* i *Gesetz* (niemiecki), *droit* i *loi* (francuski), *prawo* i *zakon* (rosyjski) czy „prawo” i „ustawa” (polski). Pierwszy człon w każdej z tych par markuje to, co jest prawe (w sensie moralnym – nie znalazłem wyjaśnienia, jak przymiotnik „prawy”, mający treść moralną, wiąże się z jego znaczeniem wskazującym na kierunek, np. skrętu w czasie jazdy samochodem), słuszne i sprawiedliwe, a drugi to, co ustanowione. Słowo „prawo” stało się przy tym dwuznaczne, bardziej niż w łacinie, bo z jednej strony oznacza to, co *ius*, związane z *iustitia*, a z drugiej strony ogół ustaw. Tytuł słynnego dzieła Monteskiusza *De l'esprit des lois* może być tłumaczony jako „O duchu praw” (tak jest w oficjalnym polskim wydaniu) lub „O duchu ustaw” (to wydaje się trafniejsze). Są jeszcze inne znaczenia, przy których mówi się o prawie jako o zjawisku społecznym, o prawie np. konstytucyjnym czy cywilnym jako o gałęziach prawa, czy o prawie jako tym, co się studiuje (na uniwersyteckich wydziałach prawa). Język angielski jest pod tym względem szczególny. Mamy tam słowo *law* pochodzące od staro-angielskiego *lagu*, znaczącego „dać podwaliny”, „ustalić”, bardziej związanego z *lex* niż *ius*. Jednak praktyka *common*

law sprawiła, że znaczenie tego zwrotu zmieniło się od wskazania na zasady ustalane przez sądy gminne (*commons* to gminy) do tego, co jest dyktowane przez rozum wspólny wszystkim. Angielski ma też słowo *right* („słuszny”, „prawy”, prawo w sensie uprawnienia) i rzeczownik *statute* (ustawa). *Right* nie jest synonimem dla *just* („sprawiedliwy”). W związku z tym warto zauważyć, że nazwa „Sprawiedliwy wśród Narodów Świata” (odnosząca się do tytułu nadawanego osobom ratującym Żydów w czasie II wojny światowej) nie jest adekwatnym tłumaczeniem oryginału hebrajskiego *Chassid Umot ha-Olam* – pierwszy człon tego zwrotu znaczy tyle, co „czyniący to, co moralnie właściwe”. Oficjalna wersja angielska nazwy tego wyróżnienia używa przymiotnika *righteous* („czyniący to, co słuszne”). W samej rzeczy, gdy Kneset postanowił uhonorować tych, którzy pomagali Żydom, miał na myśli nie to, że ratujący postępowali sprawiedliwie, ale to, że ich czyny były moralnie słuszne. Podaję ten przykład, aby unaocznić okoliczność często przeoczaną, mianowicie to, że słowa związane z *ius* i w konsekwencji z *lex* są związane z wieloma intuicjami, częściowo odmiennymi. To zawsze trzeba mieć na uwadze w analizach dotyczących pojęć wyrażanych przez te wyrazy i treści zawartych w zdaniach kodujących odpowiednie poglądy.

Jak już wspominałem, termin *ius* uległ wyraźnej jurydyzacji już w późnym średniowieczu, tj. zaczął funkcjonować w domenie prawoznawstwa, dzisiaj powiedzielibyśmy: dogmatyki prawa. Wcześniej był stosowany (także przez Tomasza z Akwinu) również w odniesieniu do uniwersalnego porządku (niezależnie od tego, czy ustanowionego przez bogów, czy nie), zarówno przyrodniczego (w sensie *physis*), jak i ludzkiego, tj. poddanego regulacjom jurydycznym. Coraz wyraźniejsze powiązanie *ius* z wartościami moralnymi i prawem, a także rozwój nowożytnego przyrodoznawstwa sprawiły, że termin ten nie był stosowany w odniesieniu do tego, co dzisiaj nazywa się prawami przyrody. Goclenius okazjonalnie używał słowa *lex* w kontekście *lex naturae*, ale także mówił o zasadach, np. o *principium motus* („zasada ruchu”). Wielkie dzieło Newtona ma tytuł *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, ale potem powstała potrzeba znalezienia wygodnego terminu oznaczającego prawa przyrody, bo ich liczba wzrastała i nie wszystkie można była nazwać „zasadami”. W niemieckim mamy *Naturgesetze* (ale nie *Naturrechte*), we francuskim *lois de la nature* (ale nie *droits de nature*), w rosyjskim *zakony prirody* (ale nie *prawa prirody*), a w polskim „prawa przyrody”. Termin angielski *laws of nature* jest właściwy, ponieważ można argumentować, że prawem przyrody (natury) jest to, co jest zafiksowane, w sensie regularności; termin polski – pod warunkiem, że przez prawa będziemy rozumieć również regularności naturalne. *Naturgesetze*, *lois de la nature* i *zakony prirody* na pewno nie odpowiadają temu, co Grecy rozumieli przez *nomoi*, chyba, że ktoś przyjmie teologiczną koncepcję porządku świata czy konwencjonalizm w filozofii nauki, ale i w tym przypadku trzeba zastrzec, że konwencje nie są arbitralne, ale jakoś wymuszo-

ne przez fakty lub formułowane po to, aby łatwiej było wyrażać prawa nauki (posługując się neutralnym pojęciem). Sztuczność „ustaw przyrody” jest jeszcze bardziej widoczna, gdy rozważymy to, co obecnie określa się w filozofii nauki jako nomologiczną strukturę świata. Ma ona być wyznaczona przez prawa przyrody (natury, nauki) i na dodatek charakteryzować się koniecznością. Pomijając wysoce sporną kwestię, czym jest konieczność nomologiczna, fizyczna, przyrodnicza, naturalna, i czy w ogóle istnieje coś takiego, trzeba zauważyć, że takie rozumienie nomologiczności jest bardzo odległe od etymologii słowa „nomologiczny” związanej z greckim *nomos*. Przypuszczalnie, ponieważ z powodów wyłuszczonych wcześniej nie dało się do praw przyrody zastosować antonimu słowa *nomos*, tj. słowa *ius*, wybrano *Gesetz*, *loi* czy *zakon* z uwagi na zaznaczoną wyżej wieloznaczność wyrazu „prawo”, w szczególności z uwagi na możliwość oderwania tego pojęcia od prawodawcy i wartości. *Habent sua fata termini, non solum libelli*, chciałoby się powiedzieć.

4. Od zasady *ex iniuria ius non oritur* do formuły Radbrucha

Starożytni powiadali, że „z bezprawia nie rodzi się prawo” (*ex iniuria ius non oritur*). Augustyn z Hippony ujął to w formułę *lex iniusta non est lex* („prawo niesprawiedliwe nie jest prawem”). Tę samą formułę akceptował Tomasz z Akwinu, ale osadził ją w znacznie bogatszym kontekście filozoficznym. Uznał, podobnie jak biskup Hippony, że prawo Boże jest kryterium dla oceny tego, czy prawo jest sprawiedliwe, czy nie, ale filozoficzny kontekst stał się znacznie bogatszy w związku z wcześniej omówionym odróżnieniem czterech rodzajów *lex* i dwóch rodzajów *ius*. Krótko mówiąc, *lex* niezgodne z *lex naturalis* nie jest i nie może być sprawiedliwe. Podobnie na tę sprawę zapatrywali się późniejsi filozofowie i prawnicy hołdujący prawu natury, niezależnie od tego, czy opowiadali się za jego wersją religijną (prawo natury jest ufundowane w Bogu), świecką (prawo natury jest ugruntowane w naturze ludzkiej) czy mieszaną w rodzaju panteizmu Spinozy (*ius naturale* ma swoją podstawę w Bogu-naturze). To nie był tylko i wyłącznie problem teoretyczny czy spekulatywny, ponieważ niezależnie od przykładowo wskazanych wyżej ograniczeń koncepcji prawnonaturalnych u Locke’a, ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych Ameryki Płn. (równocześnie autorów *Deklaracji niepodległości* z 1776 r. i Konstytucji Amerykańskiej z 1787 r.) czy teoretyków i praktyków Wielkiej Rewolucji Francuskiej (przykłady można mnożyć, dodając np. polską Konstytucję 3 Maja czy Kodeks Napoleona), doktryny te wyrażały *spiritus movens* wielu ruchów społeczno-politycznych zmieniających świat. Podobnie było i później, tj. w XIX i XX w., a i obecnie, tj. w trwającym XXI w., sytuacja

jest podobna. Zupełnie niezależnie od tego, czy implementacja danej ideologii była (jest) oceniana pozytywnie, czy negatywnie, prawo natury funkcjonowało jako kryterium zastanego lub proponowanego prawa pozytywnego. Dobrym przykładem jest kwestia niewolnictwa w USA. Jego zasadność była przez długi okres czasu tak samo oczywista, jak to, że, aby jeszcze raz przytoczyć *Deklarację* z 1776 r., „wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi prawo do życia, wolność i dążenia do szczęścia”. W jednym z amerykańskich filmów właściciel mówi do swojego niewolnika: „Tobiasz, czy ty masz duszę?”, a ten, zresztą bardzo dobrze traktowany przez swojego pana, odpowiada: „Ale skąd, jak taki ktoś jak ja mógłby mieć duszę”. Ponieważ posiadanie duszy jest powszechnie uznawane w chrześcijaństwie (scena miała miejsce w środowisku protestanckim), czarny kolor skóry był wystarczającym warunkiem niebycia człowiekiem. Wystarczyło kilkadziesiąt lat, aby sprawa stała się sporna, w 1864 r. odrzucono niewolnictwo, *lex* je sankcjonujące zostało uznane za *iniusta* i straciło status prawa.

Rola prawa pozytywnego znacznie wzrosła w XIX w. w związku z licznymi kodyfikacjami, często uważanymi za wyjątkowe wydarzenia o znaczeniu wręcz narodowym, jak wspomniany Kodeks Napoleona z 1804 r. czy niemiecki kodeks cywilny (*Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1896 r. Spowodowało to wzrost prestiżu prawa stanowionego i zaufania do niego. Dość powszechnie uważano, że świat ewoluuje ku lepszemu, a prawo służy postępowi społecznemu. Poglądom takim sprzyjały zarówno okoliczności polityczne (stulecie 1801–1900 było relatywnie pokojowe – wojny napoleońskie uważano za należące do XVIII w.), rozmaite wynalazki techniczne, np. elektryczność czy rozwój kolejnictwa, ułatwiały życie, powoli zaczęto opanowywać epidemie dzięki postępom medycyny, wzrastała liczba osób wykształconych, pojawiło się ustawodawstwo socjalne, zniesiono niewolnictwo w USA, skutecznie zaczęto walczyć o prawa kobiet itd. Wszystko to było powodem do optymizmu, panującego zarówno wśród empirystów, jak J.S. Mill, jak i racjonalistów w rodzaju G.W.F. Hegla, twierdzącego, że rozum zawsze bierze swoją stronę i wygra w walce o urządzenie lepszego świata. Ten optymizm był jednym ze źródeł pozytywizmu prawniczego reprezentowanego w Anglii przez Jeremy’ego Bentham’a i Johna Austina, a w Niemczech przez Rudolfa von Iheringa czy Georga Jellinka. Pozytywiści, niezależnie od tego, czy wyrosli na gruncie *common law*, czy systemu prawa kontynentalnego, uznali, że prawo obowiązuje bez względu na jego zawartość moralną. Bynajmniej nie twierdzili, że prawo pozytywne nie może być przedmiotem oceny moralnej. Odróżniali przy tym sytuację *de lege lata*, tj. prawa obowiązującego, i *de lege ferenda*, tj. prawa proponowanego. O ile to drugie może być oceniane z punktu widzenia jego wartości moralnej i ma to znaczenie dla decyzji, co ma obowiązywać, to kryterium moralne nie ma znaczenia w przypadku *de lege lata*. Pozytywizm

prawniczy niejako zrównał *ius* i *lex* oraz odrzucił zasadę *lex iniusta non est lex*. Milczącym założeniem tego poglądu było przyjęcie, że prawo, może poza wyjątkowymi przypadkami błędów legislacyjnych czy niewłaściwego stosowania, nie powoduje złych skutków, a nawet jeśli tak się zdarza, to łatwo spowodować korzystną zmianę przez nowe prawodawstwo. Pozytywiści prawnicy, otwarcie, jak Bentham, lub w sposób dorozumiany, jak prawnicy niemieccy, akceptowali utilitaryzm i możliwość stosunkowo łatwego bilansowania strat i zysków w ocenie skutków prawa. Koncepcje prawa natury funkcjonowały w filozofii katolickiej, zwłaszcza po encyklice *Aeterni Patris* Leona XIII z 1891 r. (odnowienie filozofii Tomasza z Akwinu). Pewnym kompromisem była koncepcja prawa natury o zmiennej treści, sformułowana przez Rudolfa Stammlera, wedle której zawsze mamy do czynienia z jakimś pozaustawowym kryterium prawa, ale zmiennym relatywnie do okoliczności.

Dwie wojny światowe, zwłaszcza ta druga z lat 1939–1945, zdecydowanie sfalsyfikowały pogląd, że świat i prawo idą ku lepszemu mocą przyrodzonych praw życia społecznego. Okazało się zgoła inaczej, a już po I wojnie światowej potępiono zbrodnie wojenne, w szczególności użycie gazów trujących, ponieważ godziło to w ludność cywilną, a sprawa stała się paląca przy rozliczeniach tego, co stało się w trakcie II wojny i zostało nazwane zbrodniami przeciw ludzkości. Pojawił się problem, na jakiej podstawie można oceniać, że jakiś czyn, legalny z punktu widzenia prawa pozytywnego (chodziło o porządek prawny III Rzeszy), był zbrodniczy. Gustav Radbruch, niemiecki teoretyk prawa, powrócił do formuły *lex iniusta non est lex*, ale w wersji *lex iniustissima non est lex* (Radbruch 1946; Zajadło 2001). Radbruch wprowadził dwa ważne pojęcia, mianowicie „ustawowe bezprawie” (*gesetzliches Unrecht*) i „ponadustawowe prawo” (*übergesetzliches Recht*). To drugie formułuje zasady sprawiedliwości. Jeśli dany przepis ustawowy, chociażby był wprowadzony drogą legalnego stanowienia, tj. przez upoważnionego ustawodawcę, jest ustawowym bezprawiem, tj. nie spełnia warunków ponadustawowego prawa, nie może być uznany za prawo. Nie obowiązuje i nie ma obowiązku jego przestrzegania. Formuła Radbrucha zaostrza to, co wyrazili Augustyn i Tomasz, przez zastąpienie *iniusta* przez *iniustissima*. Sytuacja po II wojnie światowej to uzasadniała, ponieważ nie szło o prawo, by tak powiedzieć, zwyczajnie niesprawiedliwe, ale będące takim w sposób szczególny, tj. taki, który powoduje powszechne bezprawie. Gdyby powrócić do odróżnienia *ius* i *lex*, można powiedzieć, że *lex iniustissima non est ius*. Radbruch dostrzegał, że kryteria oceny danego ustawodawstwa, mianowicie że jest ono powszechnym bezprawiem, nie są ostre. Uważał jednak, że system prawny III Rzeszy taki właśnie był ponad wszelką wątpliwość. Koncepcja Radbrucha, aczkolwiek podobna do zasad stosowanych w trakcie głównego procesu niemieckich zbrodniarzy wojennych, nie była wykorzystywana przez Trybunał Norymberski. Zastosowano ją później w postępowaniach o zbrodnie wojenne przed sądami Republiki

Federalnej Niemiec, a także, już po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r., w procesie tzw. strzelców, tj. funkcjonariuszy straży granicznej Niemieckiej Republiki Demokratycznej strzelających do uciekinierów zbiegających przez mur berliński do Berlina Zachodniego.

5. Perelman o sprawiedliwości

Nawet skrótkowe uwagi, takie jak powyższe, pokazują, że pojęcie sprawiedliwości jest rozumiane na różne sposoby. Arystotelesowskie odróżnienie sprawiedliwości dystrybtywnej i wyrównawczej wprowadza pewien porządek pojęciowy, ale pozostaje jeszcze wiele otwartych problemów. Chaim Perelman (zob. Perelman 1945; por. też Ziemiński 1992) wprowadził użyteczne odróżnienia związane z pojęciem sprawiedliwości. Przede wszystkim odróżnił sprawiedliwość formalną i materialną. Pierwsze rozumienie przyjmuje, że należy tak samo traktować ludzi należących do tej samej kategorii, np. wszystkich ludzi, wszystkich biednych, wszystkich mężczyzn itd. Jeśli podmioty sprawiedliwego traktowania nie są dalej różnicowane, to mamy do czynienia z czystą regułą dystrybtywną, którą można uzasadnić np. przez stwierdzenie, że wszyscy mamy takie same potrzeby. Jest to pierwsze i najogólniejsze rozumienie sprawiedliwości materialnej, które *de facto* zrównuje sprawiedliwość rozdzielczą i wyrównawczą. Dalsze kryteria to: każdemu wedle zasług (np. kombatan ci rozmaitych walk zasługują na więcej), każdemu wedle dzieł (ci, co tworzą więcej dla ogółu, zasługują na znaczniejsze bonusy od tych, których aktywa są mniejsze), każdemu wedle pozycji (typowa reguła dla społeczeństw zhierarchizowanych, np. szlachcie w dawnej Polsce należało się więcej), każdemu wedle tego, co przyznaje mu prawo. To ostatnie kryterium, apelujące do dystrybucji i rekompensaty przez prawo, ma oczywisty związek z tytułowym zagadnieniem, ale jego aplikacja zależy od tego, czy samo prawo jest sprawiedliwe. Krótko mówiąc, rzecz w tym, czy *lex* jest *ius*, a więc wracamy do punktu wyjścia.

Odnotujmy jeszcze, że wszystkie kryteria materialne mają związek z tzw. sprawiedliwością społeczną, która często wiąże się z dodatkowymi komplikacjami polityczno-ideologicznymi. Niektóre systemy prawne wprost apelują do tego pojmowania sprawiedliwości, np. art. 2 Konstytucji RP z 1997 r. stanowi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Łatwo to powiedzieć, ale trudniej sprecyzować, ponieważ, pomijając niepoprawny zwrot „demokratyczne państwo prawne” (powinno być „prawa”), nie bardzo wiadomo, na czym polega sprawiedliwość społeczna. Można np. powiedzieć, że jeśli jakiś ustrój spełnia zasady demokratycznego państwa prawa, np. gwarantuje równość, wol-

ność, prawo do pracy, prawo do nauki i ewentualnie jakieś dalsze wartości, to automatycznie realizuje sprawiedliwość społeczną. Wtedy jednak druga część art. 2 konstytucji polskiej jest zbędna. Jeśli ktoś uznaje, że nie jest, trzeba pokazać, co zwrot „ureczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej” dodaje do frazy „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym”. Obecne dyskusje w Polsce świadczą, że sprawa nie jest oczywista, bo z jednej strony, zasada równości może być uznana za dostarczającą uzasadnienie dla legalizacji związków partnerskich, a z drugiej strony, art. 18 ustawy zasadniczej („Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”) bywa traktowany jako uniemożliwiający prawne uregulowanie statusu związków homoseksualnych. Przykład ten pokazuje, że tekst *lex* wymaga interpretacji z punktu widzenia takich lub innych zasad moralności i sprawiedliwości.

6. Debata Hart-Fuller, minimum treści prawa natury i koncepcja Rawlsa – propozycje moralnej oceny prawa

Zdaniem Radbrucha, fundamentalnym brakiem pozytywizmu prawniczego było to, że kierunek ten nie oferował żadnego kryterium odróżnienia powszechnego bezprawia od przypadków, w których niesprawiedliwość może nastąpić, ale są warunki do jej naprawienia. W gruncie rzeczy, Radbruch szedł dalej i uważał, że prawnicy niemieccy wychowani w duchu pozytywizmu prawniczego byli współwinni ustawowego bezprawia w III Rzeszy. Jego poglądy istotnie przyczyniły się do tzw. odrodzenia prawa natury, tj. dość powszechnego postulatu, aby oceniać prawo pozytywne z punktu widzenia wartości moralnych. W tym kontekście ważna była debata pomiędzy Herbertem L.A. Hartem a Lonem L. Fullerem (por. Hart 1961; Hart 1983; Fuller 1972; Snarski 2018). Pierwszy opowiadał się za pozytywizmem prawniczym, ale nie radykalnym, lecz umiarkowanym. Wprawdzie podzielał tezę, że nie ma związku definicyjnego (czyli koniecznego) pomiędzy prawem a moralnością (teza o separacji), ale nie zaprzeczał, że mogą zachodzić związki faktyczne, tj. o charakterze przygodnym, jednak to wcale nie znaczy, że są mało ważne, w szczególności że nie mają one waloru powszechnego w sensie socjologicznym. Mimo to Hart krytykował formułę Radbrucha, uważając np., że może ona usprawiedliwiać działanie prawa wstecz, a co za tym idzie, narusza istotny element aksjologii wymaganej dla funkcjonowania prawa zgodnego z zasadami moralnymi. Fuller jest autorem koncepcji „wewnętrznej moralności prawa”, nakładającej pewne warunki na normy prawne, które powinny: 1) być ogólne i abstrakcyjne, a nie kazuistyczne i konkretne, 2) być promulgowane, tj. ogło-

szone publicznie, po to, aby każdy mógł poznać ich treść, 3) respektować zasadę *lex retro non agit* („ustawa nie działa wstecz”), 4) być formułowane w jasny sposób, 5) tworzyć spójny system, 6) dawać się zrealizować, tj. nie wymagać tego, co niemożliwe, 7) być stałe, tj. nie podlegać częstym zmianom, 8) zapewniać koherencję pomiędzy nimi i działaniami przy ich stosowaniu. Fuller zwracał uwagę na to, że zasady 1–8 mają charakter formalny i nie przesądzają o celu prawa. Takie sprawy są przedmiotem zewnętrznej moralności prawa, ale ta nie decyduje o definicji prawa.

Hart definiował prawo inaczej niż Fuller, mianowicie jako system reguł pierwotnych, tj. wymagań tego, co jest obowiązkowe dla adresatów, oraz reguł wtórnych, tj. decydujących o tym, co należy do prawa (wliczając w to tzw. regułę uznania, będącą jakimś odpowiednikiem normy podstawowej u Hansa Kelsena), reguł ustalających kompetencje organów i jednostek oraz reguł rozstrzygania. Nie uważał formalnych postulatów Fullera za określające atrybuty norm (przepisów) prawnych. Z tego powodu sądził, że pogląd Fullera neguje tezę o separacji prawa i moralności, gdyż moralność wewnętrzna kształtuje pojęcie prawa i ustala jego cechy istotne. Gdyby jednak uznać, że postulaty Fullera dotyczą właśnie kwestii formalnych i definiują nie tyle prawo, ile jego racjonalność, to różnica pomiędzy jego koncepcją prawa natury a umiarkowanym pozytywizmem prawniczym Harta okazuje się dość względna. Staje się to jasne, gdy wziąć pod uwagę, że Hart zaproponował koncepcję minimum treści prawa natury, wedle której treść prawa jest do pewnego stopnia zdeterminowana przez fizyczną kruchość ludzi, ich przybliżoną równość pod względem siły, ograniczony altruizm, ograniczenia zasobów niezbędnych do życia oraz limitacje poznawcze i wolicjonalne. Te okoliczności powodują potrzebę reguł broniących życia i zdrowia, zapewniających równość i wolność, chroniących żywność i inne dobra powszechnego użytku, organizujących kooperację i wymianę oraz neutralizujących działania destrukcyjne. Nadto, Hart uważał, że lista (w żadnej mierze niekompletna) tych okoliczności ma swoje uzasadnienie empiryczne. Mamy tutaj do czynienia nie z koncepcją natury ludzkiej w sensie racjonalistycznym (patrz wyżej), ale z próbą empirycznego uchwycenia gatunkowej istoty człowieka, wyznaczającej jego podstawowe potrzeby.

Debata Hart-Fuller, a także inne podobne dyskusje doprowadziły do potrzeby redefinicji podstawowych orientacji w filozofii prawa. Jeśli rozpatrywać z tego punktu widzenia pozytywizm prawniczy, to współcześnie odróżnia się dwa jego rodzaje, mianowicie ekskluzywny (twardy) i inkluzywny (miękki). Pierwszy polega na tym, że system prawny wyklucza się z moralnością (prawem natury), a drugi włącza elementy moralne do prawa. Tradycyjny XIX-wieczny pozytywizm niemiecki był ekskluzywny, interpretacja brytyjskiego jest sporna (to pokazuje, że odróżnienie skrajnego pozytywizmu prawnego i umiarkowanej wersji tego kierunku jest zbyt ogólne), natomiast koncepcja Harta – wyraźnie inkluzywna (zgodnie zresztą z oceną samego jej autora).

Ekskluzywny pozytywizm prawniczy nie odgrywa dzisiaj żadnej roli społecznej, może poza sytuacjami, w których jakaś autorytarna władza polityczna domaga się przestrzegania prawa niezależnie od jego treści (tak było np. w Polsce w okresie stanu wojennego w latach 1981–1983). Inkluzywny pozytywizm prawniczy jest stosowany w rozmaitych dokumentach międzynarodowych i krajowych, np. w Karcie ONZ, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Traktacie o Unii Europejskiej, traktatach bilateralnych i wielostronnych, konstytucjach poszczególnych państw (np. Konstytucji RP z 1997 r.), rozmaitych ustawach, a także w praktyce orzeczniczej i interpretacyjnej sądów krajowych i międzynarodowych, np. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej czy Międzynarodowego Trybunału Praw Człowieka. W miarę radykalna wersja prawa natury jest reprezentowana przez filozofię katolicką w postaci tezy, że prawo Boże jest nadrzędne pod względem swej mocy obowiązującej w stosunku do prawa ludzkiego. Jest stosowana w państwach wyraźnie deklarujących, że opierają się na religii katolickiej – podobnie jest także w świecie islamu, aczkolwiek trzeba podkreślić, że obecny standardowy pogląd katolicyzmu (tak też jest w innych denominacjach chrześcijańskich) rozumie nadrzędność jako ograniczoną do ściśle moralnej części Dekalogu. To powoduje, że granice pomiędzy sekularnymi teoriami prawa natury a niektórymi religijnymi mogą być rozmaicie interpretowane, także w taki sposób, że w obu przypadkach akceptowana jest jakaś koncepcja prawnonaturalna. W konsekwencji, kontrast pomiędzy pozytywizmem inkluzywnym a prawem natury w wersji umiarkowanej jest względny – w obu koncepcjach zakres zasad prawnonaturalnych, które mogłyby być uważane za moralnie niewzruszalne, jest podobny..

John Rawls (por. Rawls 1971; nie uwzględniam późniejszych poglądów tego autora) zaproponował jeszcze jedno ujęcie sprawiedliwości, które ma znaczenie dla filozofii prawa. Jego punktem wyjścia jest tzw. sytuacja pierwotna, tj. stan natury gwarantujący warunki wyboru dla realizacji wolności, równości, indywidualizmu, porządku i sprawiedliwości społecznej. Rawls nie twierdzi, że sytuacja pierwotna kiedykolwiek miała miejsce w historii – nie jest to więc rozwiązanie w duchu tradycyjnych koncepcji kontraktu społecznego. Proponuje pewien eksperyment myślowy, który ma doprowadzić do bliższego określenia sprawiedliwości, rozumianej jako bezstronność (przypomnijmy, że Temida, bogini sprawiedliwości z przepaską na oczach i wagą w ręce, symbolizowała właśnie bezstronność). Zdaniem Rawlsa, wybór powinien kierować się strategią decyzyjną minimaksu, tj. minimalizacji straty. Z tym związane są dwie szczegółowe zasady, mianowicie: (1) każdy ma mieć równe prawo do jak najszerzego globalnego systemu równych podstawowych wolności, (2) nierówności są dopuszczalne, o ile preferują najuboższych bez uszczerbku dla innych oraz zapewniają równe szanse w dostępie do stanowisk i urzędów. Od razu trzeba zauważyć, że terminologia Rawlsa jest nieostra z uwagi na

takie zwroty jak „najszerzy dostęp do jak najszerzego globalnego systemu wartości” i „preferują najuboższych bez uszczerbku dla innych oraz zapewniają równe szanse w dostępie do stanowisk i urzędów”, bo określenia te inaczej są rozumiane przez socjaldemokratów w porównaniu z liberałami (pomijam orientacje korzystające z mocnych założeń ideologicznych, jak oparte na rozmaitych doktrynach religijnych). To przesądza, że sytuacja pierwotna już jest naznaczona aksjologicznie, podobnie jak warunki wyjściowe dla aplikacji strategii minimaksu. W konsekwencji, mimo że Rawls deklaruje się jako przeciwnik zarówno koncepcji prawa natury w wersji klasycznej, jak i pozytywizmu prawniczego, w szczególności w wersji Harta, są wszelkie powody, aby uznać także jego propozycję za rozwiązanie w duchu teorii minimum treści prawa natury. Wbrew teom samego Rawlsa, można jego propozycję pogodzić również z utylitaryzmem, którego ten autor nie akceptuje.

7. Zakończenie

Wypada powiedzieć, że współcześnie *nihil novi sub sole* także w kwestii stosunku zachodzącego pomiędzy prawem i moralnością. To, jaka jest rola aksjologii w prawie, było i zapewne nadal będzie ciągłym dylematem pomiędzy pozytywizmem prawniczym i prawem natury, niezależnie od tego, czy ten pierwszy jest pojmowany ekskluzywnie, czy inkluzywnie, a druga koncepcja w wersji systemu nadrzędnego nad prawem pozytywnym czy też jakiegoś minimum treści prawnonaturalnej w ustawach. Z jednej strony uzupełnienie *lex* przez *ius* wydaje się niezbędne, ale z drugiej strony trudno określić zakres tej korekty. Propozycja Rawlsa, aby korzystać z minimaksu, jest mało realistyczna, ponieważ strategia ta jest w pełni określona dla decyzji w warunkach ryzyka (znane są prawdopodobieństwa wystąpienia stanów świata, co sprawia, że preferencje są obliczalne), ale nie w przypadku wyborów w warunkach niepewności, w których wiedza jest niekompletna – te drugie mają miejsce przy wyborach aksjologicznych. Jest jednak pewien problem często przeoczany przez filozofów prawa, mianowicie to, że *lex* bardzo często wpływa na rozumienie *ius*, i w konsekwencji na pojmowanie tego, co sprawiedliwe. Niewątpliwie ewolucja prawa amerykańskiego, w szczególności 13. poprawka do Konstytucji USA: „Nie będzie w Stanach Zjednoczonych lub jakimkolwiek miejscu podległym ich władzy ani niewolnictwa, ani przymusowych robót, chyba że jako kara za przestępstwo, którego sprawca został prawidłowo skazany. § 2. Kongres ma prawo zabezpieczyć wykonanie niniejszego artykułu przez odpowiednie ustawodawstwo” – przyczyniła się do rozpowszechnienia nowego pojmowania sprawiedliwości i odrzucenia wcześniejszego *ius*. W wielu krajach legalne dopuszczenie eutanazji czy aborcji sprawiło, że te działania

stopniowo zostały uznane za sprawiedliwe. Dobrym przykładem jest Polska. Obowiązywanie ustawy zezwalającej na przerywanie ciąży sprawiło, że znacznie wzrosła liczba osób uznających ten zabieg za zgodny z moralnością, przynajmniej w pewnych przypadkach, a antyaborcyjne ustawodawstwo z 1993 r. sprawiło, że moralne potępienie tzw. (dawniej) spędzania płodu stało się powszechniejsze.

W sztuce Sławomira Mrożka *Na pełnym morzu* (1960) trzech wygłodniałych pasażerowie tratwy dyskutują nad zjedzeniem jednego z nich przez dwóch pozostałych. Przy końcu pojawia się taka kwestia: „Wolność to nic nie znaczy. Dopiero prawdziwa wolność to znaczy coś. Dlaczego? Bo jest prawdziwa, a więc lepsza. [...] Pomyślmy logicznie. [...] gdzie jest prawdziwa wolność? [...] jest tylko tam, gdzie nie ma zwyczajnej wolności” (Mrozek 1973, s. 139). W tej samej jednoaktówce pojawia się odróżnienie sprawiedliwości elementarnej i sprawiedliwości dziejowej – druga słusznie mogłaby uchodzić za „prawdziwą”. Możemy zacytowany fragment tak sparafrazować: „Sprawiedliwość to nic nie znaczy. Dopiero prawdziwa sprawiedliwość to znaczy coś. Dlaczego? Bo jest prawdziwa, a więc lepsza. [...] Pomyślmy logicznie. [...] gdzie jest prawdziwa sprawiedliwość? [...] jest tylko tam, gdzie nie ma zwyczajnej sprawiedliwości”. Mrozek kreślił satyrę na ustroje autorytarne lub zmierzające do takiego reżimu. Można przyjąć, że prawo w rozumieniu *lex*, przynajmniej w łańdźie demokratycznym i przy poszanowaniu minimum prawa naturalnego, reprezentuje sprawiedliwość zwyczajną. Z tego punktu widzenia, formuła „nas nie interesuje prawo, nas interesuje sprawiedliwość”, czasem używana przez polityków, nawołuje do respektowania jakiejś „prawdziwej” sprawiedliwości. Przymiotnik „prawdziwej” jest jednak w tym przypadku tzw. modyfikatorem, tj. zmienia znaczenie stojącego przy nim rzeczownika. Klasycznym przykładem jest kontekst „fałszywy przyjaciel”, bo takowy osobnik nie jest przyjacielem, a wręcz odwrotnie. Okazuje się, że taką samą funkcję modyfikującą może też pełnić antonim słowa „fałszywy”, tj. słowo „prawdziwy”. W konsekwencji, „prawdziwa sprawiedliwość” nie jest (zwyczajną) sprawiedliwością, ale jej zaprzeczeniem.

Bibliografia

- Dziubiński M. (2004), *Sentencje łacińskie*, Wrocław: Astrum.
- Fuller L.L. (1972), *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press; wyd. pol.: *Moralność prawa*, Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1978.
- Hart H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press; wyd. pol.: *Pojęcie prawa*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1998.

- Hart H.L.A. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press; wyd. pol.: *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2001.
- Hervada J. (1996), *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona: Universidad de Navarra; wyd. pol.: *Historia prawa naturalnego*, Kraków: Petrus, 2013.
- Hołówka J., Dziobkowski B. (red.) (2020), *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Johnston D. (2011), *A Brief History of Justice*, Oxford: Wiley-Blackwell.
- Kelly J.M. (1992), *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press; wyd. pol.: *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków: WAM, 2006.
- Luszczyńska M. (2012), „*Ubi ratio ibi ius*”. *Doktryna prawna Świętego Tomasza z Akwinu*, Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Mrożek S. (1973), *Utwory sceniczne*, t. I, Kraków: Wydawnictwo Literackie.
- Pattaro E., Roversi C. (red.) (2007–2016), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 1: E. Pattaro, *The Law and the Right*; vol. 2: H. Rottleuthner, *Foundations of Law*; vol. 3: R.A. Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, vol. 4: A. Peczenik, *Scientia Juris, Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*; vol. 5: G. Sartor, *Legal Reasoning, A Cognitive Approach to the Law*; vol. 6: F.D. Miller, Jr., C.-A. Biondi (red.), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*; vol. 7: M. Lobban, A. Padovani, P.G. Stein (red.), *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*; vol. 8: M. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600–1900*; vol. 9: D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, P. Riley (red.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*; vol. 10: P. Riley, *The Philosophers' Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days*; vol. 11: G.J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*; vol. 12: E. Pattaro, C. Roversi (red.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, tome 1: *Language Areas*, tome 2: *Main Orientations and Topics*, Dordrecht: Springer.
- Perelman Ch. (1945), *De la justice*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles; wyd. pol.: *O sprawiedliwości*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1959.
- Radbruch G. (1946), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristenzeitung”, s. 105–108; wyd. pol. w: tenże, *Filozofia prawa*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009, s. 244–254.
- Rawls J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press; wyd. pol.: *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2009.
- Snarski T. (2018), *Debata Hart-Fuller i jej znaczenie dla filozofii prawa*, Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Strauss L. (1953), *Natural Right and History*, Chicago: The University of Chicago Press; wyd. pol.: *Prawo naturalne w świetle historii*, przeł. T. Górski, Warszawa: Instytut Wydawniczy Pax, 1969.
- Woleński J. (2020), *Pozytywizm prawniczy a prawo natury*, w: J. Hołówka, B. Dziobkowski (red.), *Filozofia prawa. Normy i fakty*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 435–447.

- Zajadło J. (2001), *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Kraków: Arché.
- Ziembiński Z. (1992), *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin: Daimonion.

J a n W o l e ń s k i

Law and justice

Keywords: *ius, lex, morality, nature, philosophy, principle, values*

The relation between law and justice is the main subject of this paper. The distinction of *ius* (just, right law) and *lex* (statutory law) is fundamental for the Western Civilization. The paper presents the genesis of this distinction and its further development, related terminology as well as legal-philosophical doctrines, particularly, natural law theory and legal positivism. The so-called Radbruch's formula is discussed (law unjust to the highest degree is not law), and further on, the so-called renaissance of natural law and proposals to secure a harmony between law and justice are examined by reference to the views formulated by L.L. Fuller, H.L.A. Hart and J. Rawls.