



Roman Kwiecień

Wartości i prawo a kreatywność porządku prawnego

Corruptissima re publica plurimae leges



**Roman
Kwiecień**

Absolwent prawa i filozofii, dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; specjalizuje się w prawie międzynarodowym, publikuje również w zakresie prawa europejskiego i filozofii prawa.

Law, values and creativity of legal order (summary)

The article discusses an issue of legal order creativity in the context of relation between legal norms and values. There are two different solutions of this issue in legal philosophy: one elaborated by legal positivism and the other supported by schools of natural law. The former underlines freedom of lawmaker to create legal norms whereas the latter speaks of obligations of lawmaker to protect some moral values. Lack of any restraints in shaping the content of legal norms seems to be a great weakness of legal positivism. As a result, there is a risk of a lawmaker dictatorship, that is an overcreativity in contemporary legal systems, including democratic states. On account of multilaterality of a lawmaking process, international legal order seems to be better safeguarded against this risk. On the other hand, natural-law standpoint suffers from ambiguity of a moral core which should be protected by legal order. That is why the Author argues that each of these doctrines requires improvements. According to the Author, creativity of legal order can only be justified by protecting axiological identity of society. Consequently, a good lawmaker should possess both knowledge of social problems and axiological wisdom.

Uwagi wprowadzające

Kreacja to tworzenie, stwarzanie, *spiritus movens* zmian, cecha główna ewoluujących systemów, układów i obiektów. Układ, system czy podmiot kreatywny jest bytem mobilnym, zdolnym sprostać nowym okolicznościom i twórczo kształtować rzeczywistość pozostającą w kręgu jego

oddziaływania. Jako taki stanowi on przeciwieństwo układu statycznego. W rzeczywistości społecznej i przyrodniczej kreatywność jest nie tylko empirycznie weryfikowalną własnością, którą można przypisywać występującym w niej obiektom, lecz również cechą o wartościującym znaczeniu. Mówimy więc, że ja-



kaś grupa społeczna, konkretny człowiek czy obiekt fizyczny, który odznacza się kreatywnością, jest wartościowy, ponieważ jest elastyczny i twórczy. Z drugiej strony krytkujemy nieraz zbyt dużą kreatywność, tzn. kreatywność przekraczającą granice wyznaczające tożsamość danego podmiotu, jak i brak kreatywności. Często intuicyjnie zakreślamy zakres kreatywności postrzeganej jako wartościową, zaś odstępstwa od tego poziomu uznajemy za stany niepożądane.

Kreatywność porządku prawnego i jej ocena to zagadnienie stale aktualne ze względu na oczywistą okoliczność, jaką jest zmienność prawa na skutek działalności prawodawczej uprawnionych do niej organów. Wciąż powstają nowe przepisy prawne, co w wielu dziedzinach prowadzi do widocznej – nawet dla nie-prawników – inflacji norm prawnych. Stwierdzenie tego faktu pociąga za sobą niemal automatycznie ocenę negatywną, tzn. mówiąc o zbyt dużej ilości norm prawnych podaje się tym samym, przynajmniej pośrednio, krytyce nadmierną kreatywność porządku prawnego. Naturalnie, taka krytyka zakłada istnienie intersubiektywnego kryterium pożądanego stopnia kreatywności porządku prawnego i tym samym zakresu i szybkości zachodzących w nim zmian. Formułując problem inaczej, można zapytać, czy prawo może być dowolnie kreowane przez legitymowany podmiot (ustawodawcę), czy też winno jedynie odtwarzać niezależny od jego woli stan rzeczy. Zagadnienie to prowadzi nas z kolei do problemu aksjologicznej podstawy porządku prawnego i pytania o stosunek wartości moralnych wyrażających pewien ideał ładu społecznego do norm prawa stanowionego. Ten klasyczny problem filozofii prawa dotyka wprost kwestii kreatywności porządku prawnego, a w szczególności granic autonomii ustawodawcy w kształtowaniu treści norm prawnych.

Zagadnienie kreacji w porządku prawnym nie sprowadza się jednak tylko do tego problemu. Dotyczy ono również celowości procesu prawotwórczego w kontekście jego znaczenia dla kształtu rdzenia porządku prawnego, czyli norm prawnych powszechnie obowiązujących w danej społeczności politycznej. Zmiany w obrębie tego rdzenia mają niewątpliwy i bezpośredni wpływ na zachowania podmiotów prawa i tym samym na całość kształtu porządku prawnego. Jeśli uwzględnimy znaczącą rolę porządku prawnego

jako jednego z głównych porządków normatywnych obowiązujących zarówno w społecznościach państwowych, jak i w społeczności międzynarodowej, to oczywistym okazuje się wniosek, iż zmiany porządku prawnego kształtują również bezpośrednio stosunki społeczne. Kreatywność porządku prawnego może więc kształtować określony ład społeczny i przyczyniać się do jego umacniania, albo – przeciwnie – działać nań destrukcyjnie.

W sferze doktrynalnej kryterium postrzegania roli i zadań prawodawcy oraz możliwości aksjologicznego ugruntowania porządku prawnego jest stosunek do tzw. tezy o rozdziale (separacji prawa i wartości moralnych). Teza ta wyznacza swoistą linię demarkacyjną między pozytywizmem prawniczym i innymi nurtami jurysprudencki, zwłaszcza szkołami prawa naturalnego. Konceptualizacja sporu między nimi dokonała się na dobre po wyraźnym wyeksponowaniu przez XIX-wieczny pozytywizm twierdzenia o braku ontycznych związków między prawem a wartościami¹. Krytycy pozytywistycznego stanowiska podnoszą istnienie związków koniecznych między wartościami moralnymi a prawem skłaniają się ku tezie: „niesprawiedliwe prawo w ogóle nie jest prawem”. Pozostaje ona oczywiście związana z tradycyjnymi teoriami

¹ Warto jednak podkreślić ewolucję pozytywizmu, jak i zresztą innych doktryn, w tym zakresie prowadzącą do zmniejszenia występujących niegdyś między nimi różnic. Wystarczy choćby porównać poglądy dwóch klasyków pozytywizmu – J. Austina i H.L.A. Harta, o czym niżej. Krytycznie o pozytywistycznej tezie o rozdziale zob. np. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 36–40; tenże, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex”, 2003, nr 1, s. 319–345; R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11–12, s. 34–49; tenże, *The Argument from justice. A Reply to legal positivism*, Oxford University Press, Oxford 2002, *passim*. Szerzej o pozytywizmie zob. np. J. Potrzebacz, *Pozytywistyczna a niepozytywistyczna koncepcja prawa*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2005, t. XV, nr 2, s. 7–37; R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, wyd. 2. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1999, s. 21–59; A. Marmor, *Exclusive legal positivism*, [w:] *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, ed. by J. Coleman, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 104–124; K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, [w:] *The Oxford Handbook...*, dz. cyt., s. 125–165.

prawa naturalnego. Na pierwszy rzut oka twierdzenie to wydaje się paradoksalne, ponieważ – jak zauważa David Lyons – głosi, że „coś, co jest prawem, czyli prawo niesprawiedliwe, w rzeczywistości nim *nie* jest”². Jeśli jednak uzna się – argumentują zwolennicy doktryny prawa naturalnego – że niesprawiedliwe prawo do tego stopnia fałszuje ideę prawa, że za prawo uchodzić nie może, wówczas wskazany paradoks okazuje się pozorny. Zauważmy jednak, iż w tej konfiguracji należy założyć jakieś aksjologiczne kryterium prawa „prawdziwego”, czy wręcz jego aksjologiczny archetyp. Rodzi to pytanie o ontologię wartości leżących u podstaw prawa stanowionego, co – jak pokazuje historia filozofii prawa i współczesny dyskurs filozoficznoprawny – nie znajduje jednoznacznego rozstrzygnięcia. Pozytywiści przeczący istnieniu koniecznych związków ontycznych między prawem stanowionym i moralnością kwestionują wręcz możliwość jego sensownego, intersubiektywnego rozstrzygnięcia. Problem jest nie tylko intelektualnie atrakcyjny. Posiada również praktycznie doniosły wymiar z powodu bezdyskusyjnego wpływu stanowionego i stosowanego prawa na kształt ładu społecznego w państwie, jak i w stosunkach międzynarodowych.

Stwarzanie czy odtwarzanie prawa? Spór między pozytywizmem prawniczym a tzw. stanowiskami prawnonaturalnymi

Kontrowersja między pozytywistycznym postrzeganiem prawa a opozycyjnymi względem niego zapatrywaniami na naturę i funkcję prawa stanowionego cechuje od samego początku refleksję nad prawem. Szczegółowa prezentacja najważniejszych stanowisk obecnych w różnych nurtach jurysprudencji wymagałaby odrębnego obszernego opracowania monograficznego i jako taka wychodziłaby poza ramy niniejszego artykułu. W kontekście problemu kreatywności porządku prawnego wskazane jest natomiast modelowe przedstawienie poglądów konstytuujących tożsamość adwersarzy sporu dotyczącego tzw. tezy o rozdziale.

2 D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, tłum. P. Maciejko, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000, s. 60.

Możemy wyróżnić cztery główne modele przedstawiające wzajemną zależność wartości i norm prawnych w ramach porządku prawnego³:

1. Wedle statycznych lub materialnych, w tym religijnych, wersji prawa naturalnego wartości jednostronnie kształtują treść wszystkich norm i zachowań porządku prawnego. Normy prawne pozostają w tym schemacie wyraźnie wtórne wobec wartości, wobec czego konflikt między uznanymi wartościami a treścią norm prawnych rozstrzygany jest zawsze na korzyść tych pierwszych.
2. W świetle bardziej umiarkowanych koncepcji prawa naturalnego porządek prawny służyć ma realizacji pewnych wartości podstawowych, które pozostają równoważne i tym samym przekładalne na określone normy regulujące zachowania normotwórcze (cechy tych zachowań). Stanowisko to oparte jest na założeniu, zgodnie z którym powinność realizacji wartości podstawowej możliwa jest do osiągnięcia poprzez przestrzeganie wymogu normy regulującej zachowania normotwórcze, np. wartość wolności może być realizowana pod warunkiem przestrzegania reguły powszechności. Reguła powszechności określa tu cechy zachowań normotwórczych poprzez określenie ich skutku w normach merytorycznych. W rezultacie faktyczne zachowania podmiotów prawa realizują założoną wartość podstawową. Prawu w tym paradygmacie nie stawia się bezpośrednio żadnych wymagań treściowych, wobec czego określany jest jako wariant aksjologicznej neutralności prawa. W modelu tym dominują normy proceduralne, wobec czego propagowany jest on przez tzw. proceduralne teorie prawa naturalnego. Polityczne uzasadnienie stanowisko to znajduje przede wszystkim w ramach doktryny liberalizmu.
3. Według umiarkowanych wersji pozytywizmu prawniczego normy składające się na porządek

3 Korzystam w tym względzie z ujęcia tej problematyki zawartego w opracowaniu A. Batora i K. Kucharskiego *Wartości absolutne a pojęcie praworządności*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne (aksjologia, struktura, funkcje)*. Studia i szkice, pod red. H. Rota, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1994, s. 85–88. Por. również omówienie stanowisk w sprawie stosunku prawa i wartości I. Mcleada, *Legal theory*, 4th ed., Palgrave Macmillan 2007, s. 18–41, 189–240.

prawny i wartości traktowane są jako niezależne treściowo od siebie porządku normatywne, które mogą na siebie nawzajem wpływać i tym samym, w pewnym przynajmniej zakresie, uzupełniać. Prawo nie jest tu wtórne wobec wartości, które jednak pełnią rolę kryterium jego aksjologicznej oceny. Wpływ ocen aksjologicznych ma charakter pośredni, tzn. dokonuje się poprzez uwzględnianie postulatów *de lege ferenda* lub stosowanie prawa w ramach uznanych sposobów usuwania luk, sprzeczności, dyrektyw interpretacyjnych itp. Wartości w każdym razie nie mają znaczenia rozstrzygającego w sporach prawnych. W tym paradygmacie prawo może pełnić również kreatywną rolę wobec wartości. W szczególności samo przestrzeganie prawa (legalizm) jest uznawane za wartość i uchodzi za synonim praworządności.

4. W skrajnych wariatach pozytywizmu prawniczego, np. w normatywizmie wartości są wyraźnie pochodne wobec norm prawnych. Prawo po prostu kreuje wartości, które sprowadzane są do określonego stosunku między zachowaniami podmiotów prawa a normami prawnymi.

W ramach modelu 1. i 2. wartości, poprzez wpływ na charakter materialny i proceduralny porządku prawnego, kształtują ład społeczny. Wspólnota wartości tworzy warunek i podstawę istnienia społeczności politycznej, zaś funkcją prawa okazuje się proceduralne i instytucjonalne ochranianie tych wartości. Właściwe wypełnianie tej funkcji czyni zadość postulatowi praworządności. Zwolennicy modeli 3. i 4., deklarując aksjologiczną neutralność prawa, odmawiają natomiast wartościom funkcji ładotwórczej.

Dodajmy, przechodząc na grunt metaetyki, że odmienności między modelami 1.–2. oraz 3.–4. widoczne są również w zakresie bytowego i poznawczego statusu wartości oraz logicznego znaczenia wypowiedzi wartościujących. Dwa pierwsze modele zaliczamy w tym zakresie do kognitywizmu, ponieważ utrzymują, że wartości istnieją przedmiotowo, są poznawalne, zaś wypowiedzi wartościujące to zdania w sensie logicznym lub empirycznym i dlatego są rozstrzygalne. Modele 3.–4. zaliczymy do akognitywizmu, bądź w łagodniejszej wersji do semikognitywizmu. Przyjmują bowiem, że wartości przedmiotowo nie istnieją, względnie zajmują w tym zakresie

postawę agnostyczną. Wartości wobec tego nie mogą być poznawane, zaś wypowiedzi wartościujące nie mają statusu zdań. Są jedynie środkami wyrażania emocji i jako takie nie mogą być poznawczo i logicznie rozstrzygalne.

Wskazane wydaje się bliższe rozpatrzenie argumentów składających się na wymienione modelowe ujęcia stosunku prawa stanowionego i wartości. Zaczniemy od doktryny prawa naturalnego.

Tzw. stanowisko prawnonaturalne nie jest bynajmniej jednorodne. Jego skrajnym wyrazem były niektóre opinie wyrażane w trakcie debaty konstytucyjnej poprzedzającej referendum konstytucyjne w 1997 r. w Polsce. Jedną z bardziej negatywnych ocen obowiązującej dziś ustawy zasadniczej pochodziła ze strony Kościoła Katolickiego. „Stanowisko” Rady Stałej Episkopatu Polski z 13 lutego 1997 r. odnosząc się do postanowienia projektu uznającego konstytucję za najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej, głosiło: „Skutki takiego zapisu są bardzo groźne, zdają się bowiem zezwalać ustawodawcy na stanowienie każdego prawa, nawet jeżeli stoi ono w wyraźnej sprzeczności z naturą i godnością człowieka”⁴. Równie negatywna opinia wyrażona została w trakcie 288 zebrania plenarnego Konferencji Episkopatu Polski (30 kwiecień – 2 maj 1997 r.). Przewodniczący Zespołu Episkopatu ds. Konstytucji stwierdził wówczas: „Konstytucja ta wykreśla Boże prawo, a na miejsce Bożego prawa stawia prawo ludzkie. Nie można milczeć, kiedy się detronizuje Boga i chce się postawić stwierdzenie, że najwyższym prawem w Polsce jest Konstytucja. Nie! Nigdy! Najwyższym prawem w Polsce i na całym świecie – w każdym uczciwym narodzie – jest prawo Boże. Św. Tomasz przypomniał tę zasadę w swojej *Sumie Teologicznej*: prawo ludzkie, które nie jest zgodne z prawem Bożym, które z niego nie wynika, które nie jest jego interpretacją, jest prawem, które nie obowiązuje w sumieniu”⁵. Przytoczone opinie są niewątpli-

4 *Biskupi polscy w sprawie konstytucji Rzeczypospolitej*, „Biuletyn KAI” nr 7 (257) z 18 lutego 1997 r., s. 29.

5 *Konferencja Episkopatu Polski wypowiedziała się w sprawie konstytucji*, „Biuletyn KAI” 18 (268) z 6 maja 1997 r., s. 1 oraz *Komunikat z 288 Zebrania Plenarnego Konferencji Episkopatu Polski*, „L'Osservatore Romano” (wydanie polskie) 6 (193)/1997, s. 57.

wie radykalnym wyrazem przekonania o odtwórczej roli ustawodawcy w porządku prawnym państwa. Dla przeciwwagi przytoczmy bardziej umiarkowany pogląd, który we współczesnej filozofii prawa uchodzi za najbardziej znaną i uznaną próbę uzasadnienia stanowiska podważającego pełną autonomię ustawodawcy w zakresie treści tworzonego prawa. Mowa o pochodzącej z 1946 r., i powstałej na tle oceny ustawodawstwa nazistowskiego „formule Radbrucha”, która w wyważony sposób usiłowała wskazać na etyczne powinności ustawodawcy. Głosi ona: „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako prawo <niesprawiedliwe> powinna ustąpić sprawiedliwości”⁶. Zauważmy, że i to umiarkowane stanowisko nie pozostaje wolne od trudności charakterystycznych dla różnych szkół prawa natury. Któż bowiem miałby orzekać o tym, co sprawiedliwe, a więc i derogować ustawy „niesprawiedliwe”? Sąd? Jeśli tak, to jego orzeczenie posiadać będzie przymiot decyzji stosowania prawa pozytywnego, w którym tym samym tkwić będzie kryterium sprawiedliwości. W rezultacie konflikt między prawem pozytywnym a tzw. prawem naturalnym okazuje się tu pozorny. Jeśli zaś o „sprawiedliwości” aktów prawnych rozstrzygać miałby podmiot usytuowany poza systemem organów ochrony prawnej, pojawia się ryzyko arbitralności, czy wręcz koniunkturalności tego organu z uwagi choćby na możliwość jego „aksjologicznej ślepoty” czy ideologicznego spaczenia. Taka sytuacja stanowi oczywiście bardzo duże zagrożenie dla pewności obrotu prawnego (bezpieczeństwa prawnego) i podważa zaufanie do prawa.

Wedle niepozytywistycznej jurysprudencji prawo stanowione ma odzwierciedlać zasady, reguły, wartości (szkoły prawnonaturalne), lub/i koniecz-

6 G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] tenże, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, PWN Warszawa 2009, s. 250. Obszernie tezę Radbrucha analizuje J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Arche, Gdańsk 2001, *passim*.

ności procesu historycznego (szkoły historyczna) czy trwale związki i powinności społeczne (solidaryzm) ontycznie pierwotne wobec norm prawnych. Racjonalnym i pożądanym ustawodawcą w tej perspektywie pozostaje jedynie ustawodawca, którego działalność nastawiona jest na rozpoznanie owych wartości, konieczności i prawidłowości; prawodawca, który dąży do odkrycia pewnych niewzruszalnych punktów odniesienia tkwiących czy to w naturze rzeczy, czy w prawidłowościach i prawach życia społecznego kształtujących tożsamość danej społeczności, czy też w naturze człowieka. Argument prawnonaturalny pozostaje ontycznie oparty na uzasadnieniu aksjologicznym, ponieważ bazuje na przekonaniu, że przed i ponad prawem pozytywnym istnieje wartość podstawowa, którą stanowią normy prawne winny urzeczywistniać⁷. W skrajnym ujęciu autonomia twórcza prawodawcy sprowadza się w tej perspektywie zasadniczo tylko do redakcji technicznej aktów prawnych. W piśmiennictwie podkreśla się, że wizja takiego ustawodawcy w czasach współczesnych nie jest zbyt adekwatna i dlatego nie posiada zbyt wielu zwolenników⁸. Należy jednak mieć na uwadze, że choć w wielu nowych dziedzinach, w których trudno mówić o tradycji czy utrwalałym porządku rzeczy, prawo jest kreowane niemal od podstaw (np. niektóre działy prawa handlowego i administracyjnego czy tzw. e-prawo), to ciągle żywe i mocno akcentowane pozostają powinności prawodawcy w odniesieniu do legislacyjnych rozwiązań problemów społecznie i etycznie nośnych, by wymienić choćby problematykę eutanazji, aborcji, kary śmierci, bioetyki czy związków homoseksualnych.

Teorie prawnonaturalne, bazując na aksjologicznym ugruntowaniu prawa, nie są bezproblemowicz-

7 Por. np. argumentację A. Kościa, *Znaczenie idei prawa dla tworzenia dobrego prawa*, „Studia i Materiały Fundacji Naukowej im. Pawła Włodkowica”, nr 1, Lublin 2003, *passim*. Przegląd głównych współczesnych stanowisk prawnonaturalnych dają np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 148–173; B.H. Bix, *Natural law: the modern tradition*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press 2002, s. 61–103; I. Mcclelland, *Legal theory*, dz. cyt., s. 106–122.

8 Zob. np. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 119.

ne. Uzasadnianie wagi i sensowności prawa stanowionego zasadami tzw. prawa naturalnego prowadzi, co trafnie zauważył Hans Kelsen⁹, do odbierania temu pierwszemu prawu jego autonomicznej ważności. Z takiego uzasadnienia wynika bowiem obowiązek dawania posłuchu przez podmioty prawa nie normom prawa pozytywnego, lecz tzw. prawu naturalnemu. W rezultacie uzasadnia się tu ważność prawa naturalnego, a nie prawa stanowionego. Na pytanie zaś, dlaczego winno się dawać posłuch prawu naturalnemu, przedstawiciele szkół prawa natury dają różne, czasami sprzeczne odpowiedzi, co wynika z zajmowania odmiennych pozycji metafizycznych i poznawczych.

U podstaw krytycznego stanowiska Kelsena leży oczywiście przekonanie o braku koniecznego ontycznego i tym samym definicyjnego związku między prawem pozytywnym, czyli wynikającym z ustanowienia a wszelkimi czynnikami zewnętrznymi. Tym samym jednak naraża się ono na poważny zarzut, ponieważ jego konsekwencją stanowi możliwość przypisania prawu pozytywnemu zupełnie dowolnej treści. Tymczasem żaden system prawa pozytywnego nie jest w stanie uzasadnić swej ważności *per se*, ponieważ nie jest bytem samoistnym, lecz porządkiem normatywnym istniejącym w celu ochrony ważnych dla danej wspólnoty wartości. Toteż jego podstawowe zasady nie mogą mieć zupełnie dowolnej treści. Niemal natychmiastowy sprzeciw budziłoby np. przyjęcie za normę podstawową prawa międzynarodowego normy „wolno wszczynać wojny, zagarniać terytorium pokonanego i zabijać jeńców”, czy umieszczenie w konstytucji państwa przepisu przyznającego pełnię praw obywatelskich jedynie osobom pochodzącym ze związków małżeńskich. Znaczenie zasady *dura lex*

sed lex pozostaje w kontekście tych przykładów niewątpliwie ograniczone. Sam twórca normatywizmu świadom był kłopotliwości pewnych tez swej teorii i dlatego zrelatywizował swe pierwotne stanowisko głoszące, że każda dowolna treść może tworzyć prawo materialne. W rezultacie do jego w założeniu nieakcjologicznego uzasadnienia ważności prawa wkradły się elementy wartościujące, co pod znakiem zapytania postawiło spójność koncepcji. Tym niemniej, zmuszony był przyznać, że uzasadnienie istnienia w systemie prawa *Grundnorm* wymaga odwołania się do „minimum prawa naturalnego”¹⁰.

Wyrażone uwagi nie świadczą, przynajmniej bezpośrednio, o przewadze niepozytywistycznego pojmowania prawa nad pozytywizmem. Mają jedynie na celu pokazanie płynności granicy między obszarami legalności i szeroko rozumianej moralności. Przekonująco pokazał to już w swej filozofii prawa Immanuel Kant. Filozof z Królewca jest pozytywistą wówczas, gdy broni idei prawa ustanowionego i znajdującego racjonalne uzasadnienie, którego ludzie winni przestrzegać bez względu na ich moralne przekonania. Nie można go zaś za pozytywistę uznawać wtedy, gdy wyraźnie podkreśla pozajurydyczne korzenie powszechnego pryncypium prawa, jakim okazuje się konieczność ochrony wolności. Na gruncie filozofii Kanta nie występuje konflikt między *Moralität* a *Legalität*, skoro prawo, jego zdaniem, czerpie swą ważność z uzasadniającego je pozaprawnego imperatywu, zaś jego przestrzeganie okazuje się w ostateczności wymogiem etycznym¹¹. Nie powinniśmy wobec tego z góry zakładać konfliktu między umiarkowanymi teoriami pozytywizmu i prawa natury. Nie oznacza to jednak, że oba nurty oferują równie dobre wyjaśnienie wzajemnych związków między prawem i wartościami.

9 H. Kelsen, *What is the reason for the validity of law?*, [w:] *Grundprobleme des Internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn 1957, s. 257, 259. W tym duchu również w kontekście prawa międzynarodowego J.L. Kunz, *Natural-law thinking in the modern science of international law*, AJIL, t. 55 (1961) nr 4, s. 951, zwł. 957–958. Kunz podkreśla, że tzw. prawo naturalne nie jest prawem, lecz etyką i jako takie nie stanowi przedmiotu nauki prawa, lecz filozofii. Krytycznie o tym podziale w artykule polemicznym A.P. Rubin, *De jure naturae et gentium*, AJIL, t. 56 (1962) nr 2, s. 514–517. Zob. też A.P. Rubin, *Ethics and authority in international law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, s. 35–69.

10 H. Kelsen: *General theory of law and state*, Cambridge Massachusetts 1945, s. 437.

11 Zob. I. Kant, *Metafizyczne elementy teorii prawa*, tłum. E. Nowak, [w:] tenże, *Metafizyka moralności*, PWN, Warszawa 2005, s. 18, 24–27. Współcześnie problem związków między legalnością a moralnością jest coraz szerzej poruszany w odniesieniu do prawa międzynarodowego. Zob. np. A. Buchanan, *Justice, legitimacy, and self-determination. Moral foundations for international law*, Oxford University Press, New York 2004, *passim*, zwł. s. 1–70, gdzie autor obszernie prezentuje założenia swej koncepcji; A.P. Rubin, dz. cyt., *passim*.

Wracając do podniesionych wyżej trudności prawnonaturalnego (aksjologicznego) uzasadnienia prawa, zauważmy, że natura jako rzeczywistość pozaspołeczna nie zawiera żadnych normatywnych nakazów i zakazów – jest aetyczna. Prawa występujące w przyrodzie są bowiem określonymi, obiektywnie istniejącymi regułami i procesami fizycznymi, chemicznymi i biologicznymi i jako takie opisują jedynie to, co jest. Świat społeczny w dużej mierze jest natomiast wytworem kultury i jako taki pozostaje kształtowany przez powinności religijne, etyczne bądź jurydyczne, czyli wynikające z nakazów lub zakazów obecnych w normach ustanowionych przez legitymowany podmiot. Jeśli odrzucimy pozytywistyczne spojrzenie na stosunek wartości i prawa i będziemy próbowali aksjologicznie uzasadniać jego podstawy staniemy wobec konieczności budowy określonej ontologii wartości – swego rodzaju kodeksu etycznego.

jest bezpieczeństwo prawne. W konsekwencji mogą podważać społeczne zaufanie do stanowionego i stosowanego prawa.

Na przyczyny poważnych wątpliwości dotyczących aksjologicznego uzasadnienia prawa trafnie wskazuje Ernst-Wolfgang Böckenförde. Myślenie aksjologiczne w swym punkcie wyjścia – głosi Böckenförde – nie było pomyślane jako uzasadnienie prawa, lecz jako uzasadnienie indywidualnego działania etycznego w ramach porządku prawnego. Brakuje mu w związku z tym racjonalnych, dyskursywnych podstaw, jakie okazują się niezbędne dla wszelkich prób ontycznego uzasadnienia prawa jako pokojowego porządku normatywnego. I wreszcie trzeci, najdonioślejszy zarzut, korespondujący z tym, o czym była już mowa wyżej. Otóż, zwrot w praktyce prawnej ku wartościom jako podstawie prawa otwiera, wobec trudności w ich racjonalnym i w tym znaczeniu obiektywnym uza-

Znamię prawa w ujęciu ortodoksyjnego pozytywizmu nosi tylko to, co zostało ustanowione przez władzę państwową.

Pojawi się wówczas problem intersubiektywności i powszechności jego norm, czego konsekwencją będzie pytanie o podmiot uprawniony do wiążącego rozstrzygnięcia konfliktu między normami prawnymi i wartościami. Jeśli o spełnianiu przez normy prawne kryteriów „sprawiedliwości” i „słuszności” rozstrzygać miałby sąd, pojawia się wątpliwość, czy jego niezawisłość stanowi wystarczającą gwarancję uniknięcia ryzyka arbitralności, czy wręcz koniunkturalności orzeczeń. Z jednej bowiem strony zachodzi wspomniane wyżej niebezpieczeństwo kierowania się przez sąd subiektywnymi kryteriami wartościowania, z drugiej strony natomiast trzeba liczyć się z możliwością niewłaściwego rozpoznania przez sąd wartości branych pod uwagę jako kryterium oceny obowiązującego prawa. Takie sytuacje w oczywisty sposób stwarzają zagrożenie dla ważnej „wewnętrznej” wartości porządku prawnego, jaką

sadnieniu, możliwość wywierania wpływu zarówno przez niekontrolowane metodycznie subiektywne mniemania i poglądy sędziów i teoretyków prawa, jak i przez dominujące w danym czasie w społeczeństwie wartości i wartościowania na wykładnię, stosowanie i kształtowanie prawa¹².

Przeciwieństwo zaprezentowanego pokrótce prawnonaturalnego podejścia do zadań prawodawcy stanowią tezy ortodoksyjnego pozytywizmu prawniczego przypisujące prawodawcy całkowitą wręcz omnipotencję w zakresie treści tworzonego, właściwiej byłoby powiedzieć – stwarzanego, prawa. Antycypację klasycznego, XIX-wiecznego pozytywizmu znajdujemy już w starożytności. Grecy znali i stosowali rozróż-

12 E.-W. Böckenförde, *Prawo i wartości*, [w:] tenże: *Wolność-państwo-Kościół*, tłum. P. Kaczorowski, Znak, Kraków 1994, s. 122, 137, 146–148.

nienie *mos* i *dike* (prawa ustanowionego i sprawiedliwości). Akceptowali tym samym rangę prawa tego, co przez uprawnioną władzę zostało ustanowione niezależnie od stopnia zbliżenia normy prawnej do ideału prawości czy sprawiedliwości. W Grecji starożytnej ugruntowany był pogląd, że władza państwowa stanowiąca prawo korzysta z uprawnienia do egzekwowania jego przestrzegania bez względu na treść prawa. I choć teza ta kojarzona jest głównie z sofistami¹³ znaleźć ją możemy również u Arystotelesa. Stagiryta przypisuje „prawu właściwie ujętemu” rolę czynnika decydującego w państwie. Jednakże jedną sprawą jest dlań istnienie prawa, a inną to, jakie winny być prawa „właściwie ujęte”. Innymi słowy, Arystoteles odróżnia istnienie prawa od jego oceny etycznej¹⁴.

W czasach nowożytnych pozytywistyczne myślenie o prawie wyraźnie cechuje poglądy J. Bodina i T. Hobbesa. Bodin w kreowaniu norm prawnych widział znamię suwerenności władzy państwowej – suweren jest dlań miernikiem tego, co legalne i bezprawne¹⁵. Również Hobbes w swobodnym kształtowaniu prawa upatrywał znamienia suwerenności władzy. Co więcej, sam suweren, będąc jedynym sędzią prawomocności w państwie, nie podlega stanowionemu przez siebie prawu¹⁶.

Powstanie modelowych podstaw pozytywizmu w kontekście problemu separacji norm prawnych i wartości dokonało się dwa wieki później w angielskiej nauce prawa. Uchodzący za twórcę utylitaryzmu Jeremy Bentham wyraźnie odróżniał prawo obowiązujące od prawa, które powinno obowiązywać. Według Benthama, choć cel etyki i prawa pozostaje zbieżny – zwiększanie szczęścia społeczeństwa, nie są to tożsame porządki normatywne. Ich cel realizowany jest bowiem innymi środkami. W szczególności, w określonych dziedzinach prawodawca nie powinien wpływać na postępowanie członków spo-

łeczeństwa. Pamiętajmy również o istotnym podziale nauki prawa dokonanym przez Benthama na jurisprudence objaśniającą (*expository jurisprudence*) i jurisprudence krytyczną (*ensorial jurisprudence*), zwaną również przez Benthama sztuką legislacji (*art of legislation*). Pierwsze ustala, czym jest prawo, drugie natomiast mówi, czym prawo być powinno¹⁷. J. Austin, uchodzący za czołowego przedstawiciela pozytywizmu prawniczego, wyrażał to jeszcze dośladniej, głosząc, że prawem właściwym są nakazy i zakazy ustanowione przez politycznego suwerena. Prawo, innymi słowy, to rozkaz ustawodawcy. Znamię prawa w ujęciu ortodoksyjnego pozytywizmu nosi tylko to, co zostało ustanowione przez władzę państwową; to, co wynika z *gesetz*¹⁸. Kreatywność ustawodawcza stanowi tu nie tylko cechę porządku prawnego, ale i samej władzy. Rdzeń tradycyjnego pozytywizmu prawniczego można więc w kontekście tzw. tezy o rozdziale krótko scharakteryzować stwierdzeniem: *authoritas, non veritas, facit legem*. Modelowy, pozytywistyczny ustawodawca nie szuka inspiracji w „porządku i naturze rzeczy”, w historycznym doświadczeniu społeczności politycznej, w zasadach życia społecznego czy wartościach etycznych. Odrzuca tezę, że związany pozostaje – jako ustawodawca – obiektywnymi kryteriami treści norm prawnych istniejącymi niezależnie od jego woli i po-

13 Zob. np. Platon, *Protagoras*, 326d, tłum. L. Ragner, PWN, Warszawa 1995, s. 31–32.

14 Arystoteles, *Polityka*, 1282b, tłum. L. Piotrowicz, PWN, Warszawa 2004, s. 92.

15 Zob. J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, tłum. zbiorowe, PWN, Warszawa 1958, s. 103, 118–119, 147–148.

16 Zob. T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1954, s. 147, 151–154.

17 J. Bentham, *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, ed. by W. Harrison, Basil Blackwell, Oxford 1948, s. 281, 414–423, 424.

18 W swej głównej pracy *The Province of Jurisprudence Determined* [1832] (Cambridge University Press 1995, lecture I, s. 18) Austin twierdził: „A law, in the most general and comprehensive acceptance in which the term, in its literal meaning, is employed, may be said to be a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him”. Tożsamość między tym, co zostało ustanowione przez ustawodawcę a normą prawną podkreślana była często przez niemiecką pozytywistyczną naukę prawa. Znaleźć to możemy już u Hegla (zob. *Zasady filozofii prawa*, tłum. A. Landman, PWN, Warszawa 1969, §§ 3, 332, s. 25, 322–323), dobitnie zaś podkreślił to później K. Bergbohm, głosząc: „Alles Recht ist positiv, alles Recht ist «gesetz», und nur positives Recht ist Recht» (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker&Humblot Berlin 1892, s. 52). Z powodu braku „ustanowienia” wielu pierwotnych pozytywistów, np. sam Austin, odmawiało prawu międzynarodowemu charakteru prawa „prawdziwego” i traktowało je jako „pozytywną moralność”.

siadającymi ogólnie ważny charakter, zaś jego powinnością jest ich odkrywanie i nadawanie im formy przepisów prawa stanowionego, czyli pozytywnego. Skrajny pozytywizm prawniczy przyznaje ustawodawcy rolę wręcz boskiego legislatora. W rezultacie taki prawodawca nie kieruje się racjonalnością metafizyczną, dzięki której usiłuje odkryć sens rzeczywistości społecznej, w jakiej działa prawo, i utrzymać w niej ład dzięki prawu właśnie. Właściwa jest mu raczej racjonalność instrumentalna traktująca prawo jako środek socjotechniczny służący osiągnięciu założonych przez ustawodawcę celów¹⁹. Taki prawodawca po prostu władczo steruje społeczeństwem, zaś tworzone przezeń prawo to mniej lub bardziej doskonale narzędzie realizacji wyznaczonych celów.

Zaprezentowany pozytywistyczny model prawa jest oczywiście modelem skrajnym i nie oznacza, że konsekwencją pozytywistycznego wyjaśniania prawa stanowi zawsze aksjologiczny indyferentyzm. Przemawiają za tym następujące względy. Po pierwsze, pozytywizm prawniczy zaprzecza jedynemu definicyjnemu (koniecznemu) związkowi między prawem a wartościami, uznaje natomiast możliwość istnienia między nimi rozmaitych związków faktycznych. Dla pozytywisty prawo stanowione nie musi się opierać na wartościach, lecz może na nich bazować i je urzeczywistniać w życiu społecznym. Innymi słowy, istnienie systemu prawa jako ustanowionego zespołu norm prawnych należy odróżniać od jego moralnej oceny²⁰. Po drugie, współczesny, zreformowany pozytywizm prawniczy zwany „miękkim” pozytywizmem²¹ przyjmuje pewne pozaprawne założenia jako kryterium minimalnej treści norm prawnych. Przykładem jest choćby myśl Herberta L.A. Harta. Ten najwybitniejszy przedstawiciel analitycznego pozytywizmu

pierwotnie odrzucał istnienie jakichkolwiek związków koniecznych między prawem a wartościami²². Później jednak, m.in. za sprawą polemiki z Lonem L. Fullerem, Hart przyjął w tej mierze koncepcję „minimum prawa natury” opierającą się na obserwacjach natury człowieka i jego miejsca w świecie. Jeśli gatunek ludzki ma przetrwać – głosił – prawo musi akceptować takie fakty, jak ograniczoną siłę fizyczną ludzi, ich przybliżoną naturalną równość, ograniczony altruizm, ograniczoną wolę i zdolność rozumienia czy ograniczone zasoby naturalne. Prawo winno więc chronić wszystko, co sprzyja zachowaniu zdrowia i życia ludzkiego²³.

Istnieje wreszcie trzeci argument nie pozwalający na całkowite odrzucenie dziedzictwa pozytywizmu prawniczego. Otóż, żaden faktycznie działający ustawodawca nie działa w sposób zupełnie nieskrępowany w zakresie treści tworzonego przez siebie prawa. Każdy zabiega nie tylko o legalizm, ale i legitymację swych działań. Niewątpliwie większy zakres swobody organ prawodawczy mieć będzie w państwach, w których prawo pozbawione jest efektywnej kontroli sądu konstytucyjnego. Nie oznacza to jednak, że porządki prawne istniejące w państwach ugruntowanej demokracji konstytucyjnej pozbawione są wad przypisywanych pozytywizmowi. To właśnie w tych państwach obserwujemy dziś wspomniane na wstępie zjawisko inflacji przepisów prawnych, co słusznie skądinąd poczytuje się za wadę główną współczesnego prawodawstwa²⁴. Nie jest w związku z tym bezpodstawną diagnoza głosząca, że również w państwach demokratycznych możemy mówić o dyktaturze ustawodawcy²⁵. Dzieje się tak dlatego, ponieważ współczesne systemy prawne bazując na formalnej demokratycznej legitymacji zmierzają nierzadko do zniewolenia w imieniu prawa utożsamiając rządy prawa z rządami ustawodawcy. Ale i taki ustawodawca podlega kontroli. Obok

19 Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, dz. cyt., s. 116–120.

20 J. Woleński: *O pozytywizmie prawniczym*, [w:] *Etyka a prawo i praworzędność*, red. J. Pawlica, Kraków 1998, s. 15. Zob. też w tym kontekście polemikę Josepha Raza z Robertem Alexym, J. Raz, *The Authority of Law*, 2 wyd., Oxford University Press, Oxford 2009, s. 313–335.

21 Pozostawiam na boku kwestię, czy właściwe mówienie jest o „twardym” i „miękkim” pozytywizmie. Zob. krytycznie w tym względzie L. Morawski, dz. cyt., s. 20 i n. Te przymiotniki wydają się o tyle zasadne, o ile wskazują na ewolucję pozytywizmu prawniczego.

22 Zob. H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, tłum. J. Woleński, [w:] tenże, *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 49 i n.

23 Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, PWN, Warszawa 1998, s. 251–285.

24 A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, PWN, Warszawa 1994, s. 164–166.

25 G. Sartori, *Teoria demokracji*, tłum. P. Amsterdamski, D. Grinberg, PWN, Warszawa 1998, s. 402.

sądownictwa konstytucyjnego znaczącą rolę odgrywa tu również opinia publiczna.

Stanowisko umiarkowanego pozytywizmu w zakresie stosunku wartości i norm prawnych można scharakteryzować następująco: choć nie istnieją między prawem a wartościami związki definicyjne (konieczne), to występują między nimi liczne związki faktyczne, które ustawodawca winien brać pod uwagę. Umiarkowany pozytywista ma świadomość zakorzenienia prawa w świecie wartości. I choć same wartości nie tworzą jego podstaw, to dzięki prawu można urzeczywistniać je w życiu społeczności państwowej i międzynarodowej. W każdym razie istnienie prawa jako ustanowionego zespołu norm prawnych należy odróżniać od jego moralnej oceny. Kwalifikacja prawa jako prawa nie należy bowiem do dziedziny moralności – nie jest to zagadnienie moralne, lecz prawnicze. Moralna ocena prawa to pochodna mo-

mi. Dla obowiązywania prawa czynnikiem przesądającym pozostaje fakt jego ustanowienia przez legitymowany podmiot/podmioty (tzw. test pochodzenia normy). Prawo może i podlega ocenom moralnym, jednak niespełnianie przezeń określonych – zdaniem oceniającego – standardów moralnych nie pozbawia go automatycznie waloru jurydyczności. Brak koniecznych, definicyjnych związków między prawem a wartościami nie kwestionuje złożoności związków faktycznych między nimi. System prawny bowiem współtworzy i wyraża zarazem ideową tożsamość społeczności, w jakiej działa, i dlatego *volens nolens* zakorzeniony pozostaje w świecie wartości obowiązujących w danej społeczności. Treść obowiązującego prawa stanowi więc swoisty miernik wartości podzielanych przez poszczególne społeczności państwowe, jak i przez społeczność międzynarodową.

Prawo międzynarodowe jawi się jako statyczny i zachowawczy porządek prawny właśnie z uwagi na mozolność procesu tworzenia nowych norm prawnych.

ralności i jako taka nie wpływa na obowiązywanie norm prawnych. W związku z tym pozbawiona jest podstaw krytyka pozytywizmu prawniczego polegająca na wyprowadzeniu wniosku o dowolnej treści prawa z przesłanki głoszącej, że prawo może mieć dowolną treść²⁶.

Stanowisko umiarkowanego pozytywizmu, wobec trudności w uzasadnieniu aksjologicznych podstaw prawa, wydaje się być dobrym punktem wyjścia do rozważenia znaczenia wartości w porządku prawnym. Stanowisko to zakłada istnienie jedynie możliwych związków między prawem a wartościami

Kreatywność systemu prawnego jako funkcja ideowej tożsamości wspólnoty politycznej

Czy wobec wspomnianego zjawiska dyktatury prawodawcy kreacja rozumiana jako ustawodawcza wszechwładza stanowi jedną z cech głównych współczesnych porządków prawnych? Czy może jednak istnieją pozaprawne kryteria wyznaczające jej granice? Udzielając odpowiedzi na postawione pytania trzeba mieć świadomość ufundowania tożsamości każdej społeczności politycznej, czy to międzynarodowej, czy zorganizowanej w państwo na pewnym zbiorze idei pozostających ze sobą w mniej lub bardziej spójnych związkach. Racjonalnym prawodawcą, tzn. prawodawcą działającym celowo a nie arbitralnie, będzie taka władza ustawodawcza, która stanowi

26 J. Woleński, dz. cyt., s. 15; tenże: *Wprowadzenie*, [w:] H.L.A. Hart, dz. cyt., s. XXII-XXIV. Por. jednak odmienny pogląd L. Morawskiego, *Główne problemy...*, s. 38-39.

prawo urzeczywistniająca podzielane przez daną społeczność polityczną idee i wartości²⁷. Normy prawne nie są prostym odbiciem istniejących stosunków faktycznych. W gruncie rzeczy to idee wspólne danej społeczności kształtują treść prawa i w konsekwencji stosunki społeczne, w jakich prawo działa²⁸. Racjonalny prawodawca nie jest więc kreatywny w znaczeniu posiadania pełnej samowoli w zakresie treści obowiązujących przepisów prawnych. Prawodawca samowola prowadzi do rozdzwiewku między tworzonym prawem a *ethosem* społeczności, w której prawo działa. Jest to niewątpliwie niepożądany stan rzeczy.

Uwzględniając proces powstawania norm prawnych, międzynarodowy porządek prawny zdaje się być bardziej odporny na wystąpienie tego stanu rzeczy. Prawo międzynarodowe jawi się jako statyczny i zachowawczy porządek prawny właśnie z uwagi na mozolność procesu tworzenia nowych norm prawnych. Formalnie przesądza o tym tryb wielostronnego tworzenia prawa w stosunkach międzynarodowych, zaś materialnie brak koherentnego zbioru idei podzielanych powszechnie przez państwa tworzące społeczność międzynarodową. Osnową tej społeczności jest pluralizm *ethosów* właściwych poszczególnym państwom, czy grupom państw; *ethosów*, które

nierzadko się wykluczają, a w najlepszym wypadku pozostają wobec siebie neutralne. Prawo międzynarodowe to przede wszystkim prawo międzypaństwowe i dlatego jego zasady, czyli normy powszechnie obowiązujące, powstają na mocy konsensusu wszystkich bądź prawie wszystkich państw. Głośne medialnie problemy prawne w stosunkach międzynarodowych pokazują, jak często trudno o taką zgodę począwszy od np. sprawy ograniczeń emisji gazów cieplarnianych, a skończywszy na zagadnieniu wojny prewencyjnej. Z tego punktu widzenia prawo międzynarodowe, które często nie jest w stanie od razu reagować na „nowe wyzwania”, wydaje się mało kreatywnym porządkiem prawnym. Ale ta mała kreatywność tworzy tamę przeciwko rozdzwiewkowi treści norm prawnych i idei przyświecających społeczności międzynarodowej. W obrębie państwa, gdzie prawo niemal całkowicie jest jednostronnie stanowione, powstaje ono oczywiście szybciej, ale tym samym pozostaje bardziej podatne na wystąpienie owego rozdzwiewku.

Prawo państwowe, które bazuje na często długotrwale kształtowanych wartościach podzielanych przez daną społeczność, cieszy się społeczną akceptacją stanowiącą jeden z głównych warunków jego skuteczności. Prawo natomiast aksjologicznie obce danej społeczności politycznej odbierane jest przez nią jako gorset krępujący jej tożsamość. Dowodzą tego próby recepcji rozwiązań prawnych do państw o odmiennej konstrukcji kulturowej i społecznej, np. wprowadzanie ustawodawstwa komunistycznego do Polski i innych państw Europy Środkowej i Wschodniej po II wojnie światowej. Świadomość nieskuteczności tego typu działań była zapewne udziałem rządu Stanów Zjednoczonych, który, pomimo swej pozycji w Iraku po interwencji z 2003 r., pozostawił w gestii przedstawicieli społeczeństwa irackiego tworzenie nowej konstytucji tego państwa.

Porządek prawny to wyraz ideowej tożsamości społeczności politycznej. Nie sposób więc budować go na zasadach oderwanych od doświadczenia historycznego i wartości podzielanych przez daną społeczność. Prawa, nawet obiektywnie najdoskonalsze, lecz nie odzwierciedlające *ethosu* wspólnoty państwowej, stanowią potencjalny zaczątek jej rozpadu. Są one bowiem czymś sztucznym wobec wartości podzielanych przez społeczność i dlatego ich stosowanie w praktyce pro-

27 Już Arystoteles dostrzegał komplementarność między prawami a cechami społeczności, w jakich one obowiązują. W *Polityce* czytamy: „jest jasne, że prawa winny być dostosowane do ustroju. Jeśli zaś tak, to oczywistą jest rzeczą, że prawa dostosowane do właściwego ustroju będą z konieczności sprawiedliwe, a przystosowane do zwyrodniałego ustroju niesprawiedliwe” (*Polityka*, 1282b, dz. cyt., s. 93). Podkreślał to również wyraźnie nowożytny klasyk konstytucjonalizmu Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, DeAgostini, Warszawa 2002, zwł. s. 19–21. Myśl tę podjął i twórczo rozwinął później Hegel w swej koncepcji *Sittlichkeit*.

28 W odniesieniu do sprawy stosunku idei do praktyki społecznej por. Ch. Taylor, *Teoria społeczna jako praktyka*, tłum. D. Lachowska, [w:] Z. Krasnodębski (red.): *Świat przeżywany. Fenomenologia i nauki społeczne*, PIW, Warszawa 1993, s. 347, 357. Por. też stanowisko P. Wincha, który twierdzi: „stosunki społeczne tak naprawdę istnieją tylko w rozpowszechnionych w społeczeństwie ideach i przez te idee albo, mówiąc inaczej, stosunki społeczne należą do tej samej kategorii logicznej co stosunki między ideami” (P. Winch, *Idea nauki o społeczeństwie i jej związki z filozofią*, tłum. B. Chwedeńczuk, Oficyna Naukowa, Warszawa 1995, s. 133).

wadzi do rozdźwięku nakazów normatywnych i faktycznych zachowań ludzi. „Rozkład państwa – mówił już Hegel – najlepiej poznaje się po tym, że wszystko toczy się inaczej, niż mówią ustawy”²⁹. Państwo, którego władza w zakresie tworzonego prawa uważa się za niezwiązaną podzielanymi przez społeczeństwo wartościami, jest państwem słabym, czego przyczyna tkwi w tożsamer z samowolą kreatywności ustawodawcy. Oddajmy raz jeszcze głos Heglowi: „(...) uznajemy (...) za bezgranicznie silną taką władzę państwową, którą może wspierać wolny i nie poddany pedanterii duch jej narodu. (...) To moc prawa sprawia, że władza – choć jest potęgą największą w państwie – jednostek nie przygniata”³⁰. Prawo aksjologicznie nieakceptowane odbierane będzie zawsze jako prawo obce, zaś system prawny składający się z tego rodzaju przepisów jest wewnętrznie kruchy i podatny na gwałtowne i nieprzewidywalne zmiany. Niekwestionowany przykład stanowi tu zbiór praw Polski Ludowej, którego odrzucenie i zastąpienie porządkiem prawnym opartym na zasadach rządów prawa, pluralizmu politycznego i gospodarki rynkowej zyskało na przełomie lat 80. i 90. XX w. dużą społeczną akceptację. Taką akceptację zaskarbia sobie wszelka działalność prawodawcza, której celem jest ugruntowanie w systemie prawnym najważniejszych dla wspólnoty państwowej wartości: sprawiedliwości, solidarności, równości czy wolności, by wymienić te tylko, którym współczesne konstytucje przypisują najważniejsze znaczenie.

Jakie wnioski wynikają z dotychczasowych uwag? Przede wszystkim ten, że tworzenie prawa oderwanego od aksjologicznego rdzenia danej społeczności politycznej stanowi istotną wadę porządku prawnego, ponieważ mija się z jego *ratio essendi*, którym jest ustanawianie i ochranianie ładu w obrębie społeczności. Międzynarodowy porządek prawny, z uwagi na właściwy mu wielostronny mechanizm powstawania prawa, jest lepiej zabezpieczony przed arbitralną kreatywnością prawodawczą. W każdym razie występujące w nim przejawy hegemonialnych aspiracji będące potencjalnym zarzewiem anarchizmu w stosunkach międzynarodowych są szeroko konte-

stawiane. Kreatywność stanowić może zaletę systemu prawnego wówczas, gdy za jej sprawą dochodzić będzie w państwie, jak i w stosunkach międzynarodowych do umacniania pożądanego przez podmioty porządku prawnego ideału aksjologicznego. Pozytywną kreatywnością jest więc kreatywność, której nie sposób utożsamiać z samowolą ustawodawczą, czyli taką kreatywnością, której granice moderowane pozostają przez ów ideał i społeczne oczekiwania artykułowane w ramach rzeczywistego dialogu. Jedynie wówczas możliwe będzie budowanie społeczeństwa obywatelskiego, w którym ugruntowanie znajdzie główna idea republikanizmu – „nic o nas bez nas”.

Porządek prawny między stabilnością a elastycznością

W debatach politycznych i prawniczych często pojawia się pytanie o zasadność i rację zmiany prawa. W obrębie tego problemu spotykamy dwa skrajne stanowiska. Pierwsze utrzymuje, że prawa, zwłaszcza praw podstawowych, co do zasady nie należy zmieniać. Drugie zaś podkreśla zakorzeniony w naturze prawa jego procesualny, dynamiczny charakter. W innym sformułowaniu zarysowaną opozycję można przedstawić jako konflikt dwóch wartości przypisywanych systemowi prawnemu, a mianowicie jego stabilności i elastyczności.

Czy prawo więc winno być trwałe, odporne na zmiany, czy może – wychodząc naprzeciw „nowym wyzwaniom” społecznym, politycznym, kulturowym – elastyczne? Stabilność daje pewność i zaufanie do prawa. Trafne pozostaje niewątpliwie przekonanie, iż dobrym porządkiem prawnym jest porządek gwarantujący jego podmiotom przewidywalność sytuacji prawnej, czyli porządek, który unika częstych i radykalnych zmian; porządek, w którym podmioty stosunków prawnych planują swoje działania zakładając, że nie utracą uprawnień legalnie i uczciwie nabytych; porządek wreszcie, w którym oszczędnie i z namysłem stosuje się zasadę *lex retro agit*, zakazując bezwzględnie w niektórych dziedzinach jej działania. Zbyt częste zmiany prawa będące skutkiem nadkreatywności ustawodawcy podważają jego racjonalność i osłabiają tym samym autorytet prawa. Rola prawa jako strażnika ładu społecznego zostaje wówczas poważnie nadwerężona.

29 G.W.F. Hegel, *Ustrój Niemiec*, tłum. A. Ochocki, [w:] tenże, *Ustrój Niemiec i inne pisma polityczne*, Aletheia, Warszawa 1997, s. 133.

30 Tamże, s. 149, 171.

Co z kolei może przemawiać za elastycznością porządku prawnego? To przede wszystkim, że nie stanowi on „bytu w sobie i dla siebie”. Jest jednym z normatywnych porządków w stosunkach społecznych ustanowionym dla ochrony w nich ładu opartego na pewnym ideale aksjologicznym. Z tego względu działalność prawodawcza winna być działalnością celową, tzn. działalnością nastawioną na ochronę ideału, który tworzy tożsamość wspólnoty politycznej. „Cel jest twórcą całego prawa” – podkreślał nie bez racji Rudolf von Ihering już pod koniec XIX stulecia³¹. Właśnie celowość nadaje tworzeniu prawa przymiot racjonalności i stanowi jeden z warunków jego legitymacji. Z uwagi na zmiany zachodzące w stosunkach społecznych, pojawianie się wcześniej nie występujących zjawisk, jak również ze względu na rozwój ludzkiego poznania zmiany prawa są pożądane. Co więcej, w sytuacjach zasadniczych przeobrażeń społecznych i politycznych zmiany są wręcz konieczne i społecznie akceptowane, czego dowodzi choćby tzw. transformacja ustrojowa w Polsce i innych europejskich byłych państwach komunistycznych.

Uzasadnienie kreatywności systemu prawnego trwa jednak dopóty, dopóki stanowione normy prawne przyczyniają się do zachowania dobra wspólnego danej społeczności, bądź zabezpieczają przed wystąpieniem poważnych szkód społecznych. O ile szkody takie nie pojawiają się, o ile tworzone prawo nie prowadzi do społecznych patologii, o tyle elastyczność prawa wynikająca z kreatywności ustawodawczej można pożytywać za pozytywną cechę porządku prawnego. Jednak tak rozumiana elastyczność zawiera w sobie pewne zagrożenie. Otóż zmiany prawa uzasadnianie nowymi „problemami i wyzwaniem”, jakie niesie współczesność prowadzić mogą do sytuacji wypaczającej rolę systemu prawnego jako istotnego czynnika ładu społecznego. Chodzi o sytuację, gdzie system prawny przestaje, początkowo niezauważalnie, pełnić rolę systemu normującego – w najlepszym znaczeniu tego słowa – życie społeczne, a staje się środkiem sterującym społeczeństwem. Rodzi się wtedy w państwie podział na „my” i „oni” (rządzonych i rządzących). Ma to miejsce wówczas, gdy prawo nie

szanuje, a w skrajnych, choć wcale nierzadkich, przypadkach, gwałci podstawową wartość danej społeczności politycznej, niezależnie od tego, czy będzie nią wolność, równość, sprawiedliwość czy solidarność.

Wskazana jest tu dygresja o międzynarodowym porządku prawnym. Trudniej w nim niż w porządku krajowym o zmianę prawa; ba, często jest pomawiany o statyczność, zachowawczość i konserwatyzm. Dzięki temu jednak pozostaje lepiej przygotowany na odpór patologii instrumentalizacji prawa przez prawodawcę, choć i on do pewnego stopnia pozostaje areną walki między zasadami stabilności i elastyczności. W szczególności i w obrębie międzynarodowego porządku prawnego napotykamy ostatnio coraz częściej postulat sprostania przezeń „nowym wyzwaniom” współczesności. Z powodu jednak braku w prawie międzynarodowym organu ustawodawczego władnego jednostronnie stanowić prawo występuje w nim stosunkowo nieduże ryzyko zaistnienia zjawiska „dyktatury ustawodawcy”, tzn. sytuacji, w której legalnie umocowany podmiot tworzący prawo kreuje normy, których treść nie jest aprobowana, a w najlepszym razie rozumiana, przez większość adresatów. Jednak i w tym prawie takie ryzyko występuje. Jego spektakularnym przejawem są hegemonialne aspiracje niektórych państw. W ich ramach światowe bezpieczeństwo usiłuje się uzależnić od zachowań jednego bądź kilku mocarstw marginalizujących znaczenie ograniczeń wynikających z zobowiązań prawnych i zinstytucjonalizowanej dyplomacji wielostronnej. Przejawem hegemonializmu jest nie tylko narzucanie przez państwa lub grupę państw rozwiązań działających w ich interesie, lecz również wysuwanie aspiracji do traktowania partykularnych stanowisk i propozycji jako uniwersalnych, czyli jakoby wyrażających preferencje i interesy całej społeczności międzynarodowej. W przeszłości prowadziło to często do zjawiska „fałszywego uniwersalizmu”, którego skrajnym wyrazem było w XIX w. *ius publicum Europeum*. Tym niemniej, tam, gdzie prawo tworzone jest wielostronnie, powstaje ono z reguły wolniej i z tego punktu widzenia ustawodawca jest niewątpliwie mniej kreatywny. W rezultacie, zmiany w prawie są trwalsze, a porządek prawny jawi się jako pewniejszy i tym samym budzi większe zaufanie. Głębszy i dłuższy dialog w procesie powstawania prawa oraz pluralizm tego procesu spo-

31 „Der Zweck ist der Schöpfer des Ganzen Rechts” (R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. 1, Leipzig 1893).

walniają kreatywność, lecz niosą ze sobą stabilizację zdolną głębiej zakorzenić ład społeczny w stosunkach, w jakich prawo działa. Toteż pluralizm stanowi tę cechę procesu prawotwórczego w stosunkach międzynarodowych, która w czasie mocno w ostatnich latach akcentowanych hegemonialnych aspiracji niektórych państw pozostaje godna obrony.

Uwagi końcowe

Ortodoksyjnie pozytywistyczne postrzeganie roli ustawodawcy jako nieograniczonego kreatora norm prawnych zapoznaje ideał prawa jako istotnego czynnika ładu społecznego w stosunkach społecznych oraz gwaranta chroniącego rdzeń aksjologiczny społeczności politycznej. Kreacja w systemie prawnym jest o tyle uzasadniona, o ile za jej sprawą dochodzi do powstawania norm prawnych podtrzymujących tożsamość tej społeczności. Kreatywność ustawodawcy spotyka się ze społeczną legitymacją wówczas, gdy nie prowadzi do poważnych rozbieżności między normatywnymi nakazami i zakazami a faktycznymi zachowaniami podmiotów prawnych. Kryterium oceny kreatywności porządku prawnego pozostaje więc skuteczność obo-

wiązujących w nim przepisów prawnych; skuteczność wynikająca nie tylko z tzw. tetycznego uzasadnienia obowiązywania prawa, tj. pochodzenia przepisów od uprawnionego organu, który wydał je w odpowiedniej formie i przy zachowaniu odpowiedniej procedury, lecz przede wszystkim z jego przestrzegania będącego następstwem faktu konserwowania przez system prawny najważniejszych dla danej społeczności wartości. Prawodawca nie posiadający stosowanego rozeznania aksjologicznego czynić może ze swej potencjalnej kreatywności niedobry użytek. Trudno mu bowiem z jednej strony przewidywać, czy i w jakim zakresie zmieniać prawo, z drugiej zaś strony cechować go może nadkreatywność, której wynikiem będzie obejmowanie regulacją prawną sfer życia społecznego, które tego nie wymagają. W społecznym odbiorze takie nakazy i zakazy traktowane będą jako czynnik obcy i w rezultacie pełnić będą jedynie pozornie funkcję regulacyjną. Dochodzi wówczas do rozdziwisku między tym, co legalne i legitymizowane. Koegzystencja tych dwóch sfer funkcjonowania porządku prawnego to jedno z najważniejszych zadań prawodawcy i zarazem kryterium jego pożądanej kreatywności.