

I. ROZPRAWY

REMIGIUSZ SOBAŃSKI (Warszawa)

Prawo jako wartość

I. Ideał prawa. Prawo towarzyszy ludzkości przez całą jej historię. Nie brak wprawdzie hipotez o społecznościach bez prawa, ale głoszący takie hipotezy umiejscawiają owe społeczności albo w czasach bardzo odległych, prehistorycznych, albo też – jak F. Engels – u końca historii, jako ostatnią fazę dziejów ludzkości¹. Człowiek historyczny żyje z prawem.

Nasuwa się przeto pytanie: czy prawo to dobry towarzysz człowieka? Czy człowiek winien cieszyć się z tego towarzystwa – czy też trzymać się odeń z dala? Pytanie to wydaje się zasadne, bo prawo jak rzadko który obiekt spotyka się z krytyką, za prawnikami się uganiano, ale nie szczędzono im uszczypliwości, cieszyli się dużym prestiżem, ale też darzono ich pogardą, a określenia *jurydyzm*, *litera prawa*, *legalizm* wielu kojarzą się pejoratywnie.

W tej krytyce wolno jednak widzieć wyraz doceniania prawa: prawo to wartość. Tak było zawsze w Europie. Europa to kontynent, na którym „od początków” ceni się prawo. Wysoka ocena prawa jest charakterystyczna dla cywilizacji europejskiej². Poza nią okazywano prawu większą obojętność, a w wielu kulturach pozaeuropejskich, zwłaszcza tych nazywanych z perspektywy europejskiej prymitywnymi, konieczność sięgania po prawo to nieszczęście. W Europie prawo od początków jawi się jako wyodrębniony, autonomiczny regulator życia społecznego. Poza cywilizacją europejską prawo pozostaje zespolone z religią, moralnością, obyczajami, wyobrażeniami magicznymi, sankcje prawa są zarazem sankcjami religii, natury, a jeśli już wchodzi w grę samo prawo, znaczy to, że zawiodły moralność, obyczaje, religia i dlatego musi wkroczyć prawo. Autonomiczne, nie wtopione w religię czy w obyczaje prawo odczuwa się jako ciężar, jakby „anty-wartość”.

¹ Th. Mayer-Maly, *Gedanken über das Recht*, Wien – Graz – Köln 1985, 10 ns. Por. też: J. Carbonier, *L'hypothèse du non-droit*, w: (tenże), *Flexible Droit*, Paris⁸ 1995, 20–45.

² R. Sobański, *Prawo w Europie*, Śl. Studia Hist.-Theol. 31 (1998) 145–156.

Nie tak jest w Europie. Prawo jako odrębny – obok innych – regulator życia społecznego jest tu wartością cenioną.

Jest wartością tak wysoko cenioną, że lokowaną w sferze ideałów: ludzkość ma ideę prawa. Ideę tak wzniosłą, że nie do ogarnięcia, nie do zdefiniowania. Prawnicy wciąż jeszcze szukają definicji swojego pojęcia prawa – zauważył Immanuel Kant. Co więcej, dyskutują, jaką należy obrać drogę, by dojść do tej definicji, dedukcyjną czy indukcyjną. Drogą dedukcyjną trudno dojść do definicji, mającej szansę na uzyskanie szerszego konsensu. gdyż wynik – definicja – zależy od przyjętych *a priori* założeń. Podejście dedukcyjne dyktowane było postawą życzeniową: chciałoby się, by wszyscy podzieliali „nasze” rozumienie prawa (a bywa, że usiłuje się je narzucić). Z kolei podejście indukcyjne wymaga posiadania już jakiejś wstępnej wiedzy o prawie – a stąd pewność, że nie jest ona błędna i jak uzyskać konsens dla niej?

Wynikałoby z tego, że prawo jest czymś tajemniczym. To dlatego mitologia grecka personifikuje je w tytanidach Temidzie i Dike, a dla starych Rzymian prawo to *fas*, roztaczające wokół siebie klimat kultyczny, „fascynuje”... W tradycji izraelskiej Bóg jest przyczyną prawa i to nie tyle jako stwórca wszechświata, lecz jako Pan, który zawarł przymierze z narodem wybranym. W nauce chrześcijańskiej prawo zostaje użyte dla ujęcia relacji człowieka do Boga (nauka o usprawiedliwieniu): kto stanął sprawiedliwy przed Panem, ten sięgnął ideałów, zrealizował sam siebie.

Ten niezdefiniowany ideał jest jednak ideałem życiowym, tzn. nie abstrakcyjnym, odległym, nieosiągalnym, lecz postrzeganym w realiach życia. Nie umiemy go zdefiniować, ale mamy pojęcie prawa. Temu pojęciu dajemy wyraz. Przede wszystkim wtedy, gdy powiadamy „mam prawo”: trudno byłoby mówić „mam” nie mając pojęcia, o czym orzekamy. Łącząc czasownik „mam” z rzeczownikiem „prawo” przyznajemy, że prawo to dla nas wartość, dobro. Podkreślamy, że uważamy je za swoje, z twierdzeniem „mam prawo” występujemy w sytuacjach zagrożenia, wygłoszenie takiego zdania oznacza zazwyczaj spór: spór o prawo.

Wtedy wchodzi w grę język. Owo „mam” muszę umieć sformułować, uzasadnić, poprzeć argumentami. Prawo jest skazane na język, językiem się je tworzy, interpretuje, stosuje³. Językiem prawo się też przekazuje – zarówno to świeżo tworzone, jak też prawo przodków, owo „dobre, stare prawo”, a także to prawo, którego źródło dostrzega się w woli Boga – bo i prawo Boże zawsze jest ubrane w ludzkie zdania, w jego słowne sformułowanie człowiek wnosi swój wkład.

Przekaz ten jest ustny lub pisemny. Przekaz ustny ma ten walor, że w nim najmniej rozwierają się nożyce między ideałem prawa a realiami, bo ustnie przekazuje się je jako coś wypróbowanego, cenionego, Przekaz pisemny sprzyjał trwałości prawa: *verba volant, scripta manent*, wiedzieli już staro-

³ J. Isensee, *Das Wort in der Jurisprudenz*, w: *Europa – zadanie chrześcijańskie*. Księga pamiątkowa z ok. 65 rocznicy urodzin ks. prof. H. Jurosa, red. A. Dylus, Warszawa 1998, 190–198.

żytni, przez pismo prawo staje się pomnikiem, dzięki pismu prawo zyskuje wymiar historyczny⁴. Prawo spisane budzi też większe zaufanie, wydaje się przejrzyste (Przypomnijmy wielkie średniowieczne „karty wolności” z całym rzędem pieczęci zawieszonych na sznurach, świadczące o zaufaniu do pisma, przywołajmy współczesne celebracje składania podpisów pod aktami normatywnymi). To docenianie pisma doprowadziło do jego przeceniania – już Gracjan musiał uzasadnić, że prawo zwyczajowe to „też” prawo, co dobitnie świadczy o wyraźnej już wtedy preponderencji prawa pisanego, a w czasach nowożytnych wcale wielu zwolenników zyskała sobie teza pozytywistyczna, że prawo to zawsze prawo pisane i że tylko prawo pisane jest prawem.

II. Pozytywność prawa. Przekazane ustnie czy też spisane prawo zawsze jest czymś „pozytywnym” – tzn. „postawionym”, uchwytnym. Można je sobie wyobrażać w sferze ideałów, ale dopiero sformułowane, uzasadnione, obronione staje się konkretne. Z prawem to tak jak ze zdrowiem: uświadamiamy sobie, co to jest zdrowie, dopiero wtedy, gdy ono szwankuje i trzeba się o nie zatroszczyć. Przysługujące nam prawa uświadamiamy sobie, gdy trzeba się nimi wykazać. Stąd: prawo powstaje w postępowaniu, w procesie (nie: przez postępowanie)⁵. Twierdzenie takie wywołuje sprzeciw, bo przecież wiemy – i ludzkość dziś zgadza się – że prawa człowieka wynikają z godności osoby ludzkiej, są mu przyrodzone, przynajmniej te podstawowe, z których wszystkie inne wynikają. Prawda to niepodważalna, ale pozytywnie deklarowanym prawem stały owe prawa się dopiero, gdy ustalono procedury ich dochodzenia.

Spór o prawo rodzi prawo. Prawem jest efekt sporu, rozstrzygnięcie, gdzie jest prawo, orzeczenie „*ius est*”, *dictio iuris*. Ale spór o prawo powoduje także utworzenie czy znalezienie środków prowadzących do rozstrzygnięcia – organizacja sądów, procedury, kryteria oceny. W tym wszystkim, w całej praktyce prawa chodzi o to, by dojść do rozwiązań sprawiedliwych, tak aby każdemu zostało udzielone jego prawo⁶. Prawo materialne, to które „mam”, bez prawa formalnego, czyli bez procedur służących jego dochodzeniu, pozostaje deklaracją, nie jest w stanie uformować faktycznego porządku prawnego. Każdy porządek prawny składa się z norm – reguł zachowania oraz norm służących funkcjonowaniu owych reguł w praktyce. Nie da się ich odzielić od siebie⁷. Porządek prawny zawsze jest dynamiczny, w nim prawo

⁴ B. Montanari, *Normazione umana e oggettività*, w: *Diritto divino e legislazione umana*, a cura di A. Filipponio, R. Coppola, Torino 1998, 181.

⁵ A. Kaufmann, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, w: A. Kaufmann, W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg⁴ 1985, 117.

⁶ Spośród wielu opracowań p. B. Biondi, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*. Ius 9 (1958) 289 ns.

⁷ „Każde prawo jest chronione nie tylko skargą, ale także zarzutem – k.1491. „En la accion encontramos el punto en el que confluyen las aspiraciones de justicia latentes en las normas jurídicas materiales...” C.de Diego-Lora, w: *Comentario exegetico al Codice de Derecho Canónico*, Pamplona 1996, IV/1, 1067.

się urzeczywistnia – tak pojmuję się go w najstarszych źródłach prawa, na czele ze stelą Hammurabiego czy Starym Testamentem, tak pojmowali go starożytni Rzymianie⁸ wiążący *ius suum* z czasownikiem *tribuere*⁹.

Prowadzący spór chce go wygrać, jest przekonany, że wtedy sprawiedliwości stanie się zadość, „stała się sprawiedliwość” – i to wskutek zastosowania prawa: dzięki zastosowaniu prawa idea prawa staje się konkretnym prawem. Takie jest założenie odwołujących się do prawa.

Prawo to więc narzędzie sprawiedliwości, środek realizacji sprawiedliwości jako idei w realiach rycia. Stąd niektórzy myśliciele utożsamiają wręcz prawo ze sprawiedliwością¹⁰. Identyfikacja taka to jednak tylko postulat ideowy, postrzegany w świecie idei, a konfrontowany w realiach z rozbieżnymi ideami sprawiedliwości. Przy nieprzerwanej zgodzie na to, że sprawiedliwość polega na oddawaniu każdemu, co mu się należy, korzeniem niezgody jest pytanie, co się należy – stąd „formuły sprawiedliwości” i przymiotniki ozdabiające rzeczownik „sprawiedliwość”¹¹. Brak widoków na rozstrzygnięcie sporu o sprawiedliwość doprowadził niektórych filozofów i prawników do stwierdzenia, iż zasada „każdemu, co mu się należy” jest czcza i pusta, może zostać wypełniona dowolną treścią, a w konsekwencji o sprawiedliwości i prawie decyduje siła¹², tzn. stanowisko tego, kto jest władny przełożyć na prawo swoje pojmowanie sprawiedliwości. Prawo staje się wtedy narzędziem panowania. Kłótnie (polityczne, społeczne) o formułę sprawiedliwości uderzają najbardziej w prawo. Skoro nie służy ono realizacji sprawiedliwości wedle ideału, jakie ożywia prowadzącego spór, krytykuje się je jako nie odpowiadające ideałowi, a w przypadkach skrajnych wręcz jako jego zaprzeczenie: *summum ius summa iniuria*. W odruchu obronnym prawnicy ulegli pokusie odwrócenia optyki: sprawiedliwe jest to, co postanawia prawo.

Wtedy nie prawo identyfikuje się ze sprawiedliwością, lecz sprawiedliwość z prawem: Nie prawo odnosi się do sprawiedliwości, lecz sprawiedliwość do prawa. Powiązanie prawa ze sprawiedliwością jest wówczas czysto werbalne, zostaje zachowane słowo „sprawiedliwość”, ale faktycznie zależy ona od siły. Prawo zostaje pozbawione punktu odniesienia, staje się arbitralnym narzędziem silniejszego, techniką sprawowania władzy. Realizm każe nam przeto rezygnować z identyfikacji prawa i sprawiedliwości, niezależnie

⁸ H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, 16–31.

⁹ Szerzej: W. Waldstein, *Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit* (D1,1,10 pr.), w: *Festschrift f. Werner Flume...*, wyd. H.H. Jakobs (ii.), Köln 1978, 213–232.

¹⁰ *Ius dictum est, quia est iustum* – Tomasz z Akwinu, *Summa theol.*, II–II, q. 57, a. 1. *Nomen iuris est a iustitia appellatum* – D.I.1, pr. *Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius* – Accursius, glossa ad D.I.1,1 pr. Etymologicznie wywodu takiego nie da się utrzymać (por. A. Stickler, *Der kirchliche Rechtsbegriff*, München – Zürich 1958, 27), wypowiedzi te świadczą jednak o głębokim zakorzenieniu się w myśli europejskiej powiązania prawa ze sprawiedliwością.

¹¹ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

¹² W. Waldstein, *Ist das „suum cuique“, eine Leerformel?*, w: *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von A. Verdross*, wyd. H. Miehsler (ii.) Berlin 1980, 285–320.

od tego, czy punktem wyjściowym takiej identyfikacji byłoby prawo czy sprawiedliwość. Obydwa pojęcia mają swój własny sens.

Ten realizm każe rozróżnić prawo i sprawiedliwość nie czyni bezwarściowymi rozważań, w których identyfikuje się prawo i sprawiedliwość. Są to rozważania o ideale prawa realizującego ideał sprawiedliwości. Rozważania o ideałach są komunikatywne, gdy się je wypowiada w zdaniach, ideał nie istnieje, jeśli się go nie „spożytywizuje”. Zaś werbalne spożytywizowanie ideału poddaje go weryfikacji: zdanie zostaje zanalizowane gramatycznie, treściowo, zostaje osadzone w realiach i konfrontowane z innymi ideałami. Unika się utopii.

Prawo, jakkolwiek idealnie by je pomyśleć, realnie nie istnieje inaczej niż jako prawo pozytywne: prawo realnie istniejące to zawsze prawo pozytywne, pozytywność to cecha prawa (nie ma normy, powinności, nakazu czy zakazu jeśli to nie zostało sformułowane)¹³.

Pozytywność to właśnie wartość prawa. Niezależnie od tego, ery postrzega się ją jako wartość autonomiczną i samoistną (jak pozytywiści) czy też jako wartość narzędną („ze względu na...” – jak jusnaturaliści), prawo zostaje ocenione jako coś przydatnego, wartościowego. Dlatego człowiek walczy o prawo – czyli o to, by zostało uznane za prawdziwe jego zdanie: mam prawo.

III. Wola prawa. Ten, co mówi „mam prawo”, wyraża albo stan posiadania albo roszczenie. W pierwszym przypadku daje wyraz (szczerzy lub kłamliwy) przekonaniu o sobie samym, że zachowuje się sprawiedliwie, w drugim przypadku chce, aby jemu oddano sprawiedliwość czyli aby ten drugi zachował się sprawiedliwie. Na przekonania te nie ma wpływu pogląd, czy sprawiedliwość ta ma odniesienie do jakiegoś ideału czy też zostaje wyznaczona przez prawo. W każdym przypadku wypowiedź „mam prawo” ma sens przy założeniu, że chodzi o sytuację (stan) człowieka: to człowiek ma być sprawiedliwy.

Tym stwierdzeniem nie kończą się dyskusje o sprawiedliwości, ale zyskują mocniejszy grunt. Jest nim etyka. „Sprawiedliwość” to słowo ze słownika cnót. Znalazł je tam już Ulpian: nawiązując do filozofów greckich zdefiniował sprawiedliwość jako cnotę: „Stała wola udzielania każdemu tego, co mu się należy” – akcent spoczywa na woli i na skutkach jej decyzji podejmowanych wobec drugich: w obejściu z ludźmi człowiek ma być sprawiedliwy¹⁴. Chyba nie przypadkiem ta Ulpianowska definicja sprawiedliwości została za-

¹³ Dla uniknięcia nieporozumień należy zaznaczyć, że stwierdzenia, iż prawo realnie istniejące to zawsze prawo pozytywne, nie należy mylić z pozytywizmem prawniczym („każde prawo jest prawem pozytywnym i tylko prawo pozytywne jest prawem”). Wedle pozytywistów praca nad prawem to wyłącznie obróbka tej pozytywności, natomiast jusnaturaliści, dla których pozytywność jest również istotną cechą prawa, widzą tę pozytywność w jej odniesieniu do sprawiedliwości, do ideału – uważają wręcz, że prawo idealnie nadaje się do ujmowania, jest wszak środkiem informacji o tym, jak ma być.

¹⁴ *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* (D.I,1,1,10.).

mieszczona jako pierwsze zdanie Instytucji Justyniana: wola sprawiedliwości to założenie prawa, prawo może być narzędziem sprawiedliwości, jeśli istnieje wola sprawiedliwości. Prawo jest narzędziem przydatnym, a więc wartością, tam i wtedy, gdzie i kiedy ludzie chcą być sprawiedliwi.

Niezależnie od pojęcia czy zgoda definicji prawa, niezależnie od tego, jak postrzega się jego cele, funkcję i mechanizmy działania, niezależnie od tego, czy chodzi o prawo świeckie czy kościelne, niezależnie od tego, czy się prawo ceni czy też dopuszcza jako smutną konieczność, niezależnie od tego, czy uważa się, iż prawa jest za dużo czy za mało, prawo ma sens tylko przy założeniu, że ludzie chcą być sprawiedliwi w Ulpianowskim rozumieniu tego słowa. „Ludzie” – co nie znaczy „każdy człowiek”. Co znaczy jednak, że w społeczności żywe jest przekonanie, iż każdemu należy oddać, co mu się należy niezależnie od przesłanek tego przekonania („człowiek istota społeczna”, „człowiek człowiekowi wilkiem”). Jeśli tego przekonania – i odpowiadającej mu woli – nie ma, to prawo jest narzędziem bezużytecznym albo też nazwa „prawo” służy jako kamuflaż siły. Wprawdzie również despoci i tyrani nazywali dyktat swej woli prawem i egzekwowali je, ale jego przestrzeganie wynikało wtedy nie z woli uciśnionych, lecz ze złamanej woli. Przestrzegano je z konieczności fizycznej¹⁵, a tam, gdzie zachodzi konieczność nie pozostawiająca możliwości wyboru, prawo nie ma sensu, rządowi „praw fizyki” trzeba się po prostu poddać¹⁶.

Prawo ustala powinność, nie opisuje musu. Tę powinność społeczeństwo egzekwuje, prawo nie może obyć się bez środków wymuszających przestrzeganie prawa – ale to dlatego, że prawo stanowione bazuje na założeniu, iż należy je przestrzegać. Przestrzeganie prawa nic nakazuje się prawem, norma nakazująca przestrzeganie prawa ma charakter przedprawnej etycznej podbudowy prawa. Bez woli prawa prawo nie może funkcjonować. Społeczeństwo zgodne co do tego, iż prawa należy przestrzegać, tworzy prawo wyposażone w mechanizmy zabezpieczające jego skuteczność.

Stajemy tu wobec napięcia dotyczącego całą praktykę prawa, wręcz charakterystycznego dla prawa: prawo zakłada gotowość jego przestrzegania, ale ma sens tylko wtedy, gdy to przestrzeganie da się wyegzekwować. Prawo stanowi się dla wolnych ludzi po to, by ono było skuteczne. Tym samym zakłada się jego wymuszalność, wedle powszechnego przekonania jest ona immanentna prawu. Skoro bowiem prawo spełnia swe zadanie tylko wtedy, gdy jest skuteczne, muszą istnieć sposoby wymuszenia tej skuteczności. Bez tego prawo byłoby tylko deklaracją, apelem, manifestem.

¹⁵ J.W. Pichler, *Necessitas. Ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts, dargestellt am Beispiel österreichischer Rechtsquellen*, Berlin 1983.

¹⁶ Warto zwrócić uwagę, że również prawo Boże objawione na Synaju zakłada gotowość jego przestrzegania („radosnym sercem – 1 Sam 16,7). Motywem przestrzegania prawa jest tu wdzięczność za przymierze i nienawiść zła dlatego, że jest ono wstrętne w oczach Pana. Nadanie prawa na Synaju wiąże się z zawarciem przymierza z narodem wybranym, partnerem rozumiejącym, iż zachowanie prawa jest warunkiem trwania narodu.

Jednak równie tylko deklaratoryjny charakter ma prawo wtedy, gdy konieczność stosowania represji dla zapewnienia mu skuteczności przekracza pewne, nie dające się określić *a priori*, granice. Prawo przestaje wtedy być faktycznym regulatorem życia, ma wartość jedynie symboliczną – jest deklaracją, nie regulacją.

Zaistnienie sytuacji, kiedy zdania prawne nie regulują, lecz tylko deklarują, oznacza, iż zachodzi rozbieżność między prawem a życiem, tzn. między przepisami prawa a przeważającymi w społeczeństwie przekonaniem wpływającymi na zachowania. Przyczyny tej rozbieżności spoczywają nie tyle w braku woli sprawiedliwości, ile w – wspomnianym już – braku zgody na pojęcie sprawiedliwości. Nie kwestionuje się, że ma być sprawiedliwie, ścierają się natomiast poglądy na to, jak ma być, by było sprawiedliwie. Brak treściowego konsensu co do pojęcia sprawiedliwości powoduje, że nie da się go przełożyć w operacyjne normy prawne, lecz trzeba wprowadzić je w dyskurs polityczny. Nie oznacza to rezygnacji z woli sprawiedliwości, lecz każe dostrzec, iż realizuje się ją w układzie wzajemnych uzależnień: realizacja sprawiedliwości jest zależna od solidarności. W pojęciu solidarności wyakcentowana jest osobista odpowiedzialność wszystkich¹⁷. Dostrzeżenie, że „wszyscy płyniemy w tej samej łodzi” ułatwia osiągnięcie porozumienia. Niekoniecznie dotyczy ono samej sprawiedliwości (przedmiotowych regulacji prawnych), ale umacnia przekonanie, że trzeba regulować. Tym samym rośnie rola procedur służących pokojowemu współżyciu. Solidarność, ożywiana wolą pokojowego współżycia, umacnia przekonanie, iż należy respektować prawo także wtedy, gdy nie dostaje ono ideałom.

IV. Organizacja solidarności. Tym samym dokonaliśmy przełożenia zdania „prawo jest wartością tam i wtedy, gdzie i gdy ludzie chcą być sprawiedliwi” na zdanie „prawo jest wartością tam i wtedy, gdy i gdzie ludzie są solidarni”. Nie chodzi o ogólną tylko, kosmopolityczną solidarność ludzką jak ją pojmowali stoicy – i której konieczność oraz wagę coraz bardziej doświadczamy w epoce „globalizacji” – lecz o solidarność z ludźmi, z którymi spotykamy się „twarzą w twarz”, od rodziny poprzez różne kręgi lokalne aż do zasięgu narodowego i ponadnarodowego¹⁸. Nie każda wspólnota solidarna jest wspólnotą prawną, ale żadna wspólnota prawna nie może nie być wspólnotą solidarną¹⁹. Poprzez regulację zachowań prawem organizuje się solidarność, której nie można wymusić, ją się zakłada. Waga tego prawa jest proporcjo-

¹⁷ „(Solidarność) jest to mocna i trwała woła angażowania się na rzecz dobra wspólnego, czyli dobra wszystkich i każdego, wszyscy bowiem jesteśmy naprawdę odpowiedzialni za wszystkich” – Jan Paweł II, enc. *Sollicitudo rei socialis*, n. 38. P. też: B. Sutor, *Etyka polityczna*, Warszawa 1994, 40–43.

¹⁸ J. Isensee, *Solidarität – sozialetische Substanz eines Blankettbegriffs*, w: *Solidarität in Knappheit*, wyd. J. Isensee, Berlin 1998, 97–141.

¹⁹ K. Demmer, *Katholische Rechtstheologie – eine Anfrage an die Moraltheologie*, *Gregorianum* 73 (1992) 269–289.

nalna do ryzyka, jakie pociągałby za sobą brak solidarności. Na szali leży istnienie grupy społecznej, a coraz bardziej dostrzegamy, że w grę może wchodzić też przeżycie ludzkości. Aby prawo mogło spełnić swą rolę, ludzkość musi chcieć przeżyć, społeczność musi chcieć pozostać sobą, ludzie muszą chcieć żyć w pokoju. Gdy te założenia są spełnione, prawo sprawdza się jako wartość.

Ale właśnie dlatego spotyka się z krytyką. Oczywiście także dlatego, że jak każde dzieło ludzkie bywa ono niedoskonałe, nieraz wręcz chybione. Trzeba jednak też zdawać sobie sprawę, że niedoskonałość prawa jest zaprogramowana: ponieważ się sprawdza, wiąże się z nim coraz większe oczekiwania, i to oczekiwania zróżnicowane, nieraz sprzeczne, zależne od podzielanego pojęcia sprawiedliwości (akceptowanych wartości). Tym ważniejszy jest bazujący na poczuciu solidarności konsens co do procedur, dzięki którym ludzie o różnych przekonaniach mogą pokojowo współżyć i funkcjonować w społeczności objętej prawem. Tej roli prawa nie wolno nie doceniać, co więcej, ona rośnie w miarę jak przypada prawu coraz więcej zadań: nowe problemy, jakie prawo ma rozwiązać, rodzą konieczność ustalenia nowych procedur.

Właśnie procedury są istotną, autonomiczną wartością prawa tworzonego przez ludzi, a zgoda na procedury to osiągnięcie i cecha kultury prawnej. Zgoda na procedury zbliża do zgody co do tego, o co chodzi. W społeczeństwie pluralistycznym ta substancjalna, materialna zgoda bywa osiągana często na poziomie bardzo niskim, wręcz minimalnym. Ale dzięki temu prawo pozwala każdemu zachować własną tożsamość i tworzy „jedność porządku w wielości”. Prawo ma wtedy charakter kompromisu, jednak w zakresie objętym chroni obiektywne wartości i przyczynia się do kształtowania świadomości²⁰. Chroni przede wszystkim człowieka i jego sumienie, konkretnego człowieka, jaki jest – nie dlatego, że jest „swój”, odpowiadający wzorcowi, zasłużony, ale dlatego, że jest²¹. Starcia dokonują się wedle obowiązujących reguł, a w ten sposób zbliżają i wyrównują się stanowiska: żyjąc pokojowo obok siebie i pozostając sobą ludzie kształtują konsens co do wspólnie akceptowanych wartości²².

²⁰ „*Lex humana non omnia potest prohibere, quae prohibet lex naturae*” pisze św. Tomasz, co uzasadnia następująco: „*multa sunt permittenda hominibus non perfectis virtute, quia non essent toleranda in hominibus virtuosis: lex autem humana ponitur multitudini hominum, in qua major est pars hominum non perfectorum virtute; et ideo lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosus abstinent, sed solum graviora, a quibus possibile est majorem partem multitudinis abstinere, et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitionem societas humana conservari non posset*” *Summa theol.* I-II, q. 96, a. 2.

²¹ R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino 1994.

²² Tę prawidłowość łatwo dostrzec w kulturze prawnej średniowiecznej Europy. Jej zdolność do asymilacji różnych (nieraz – wydawałoby się – wręcz wykluczających się) tradycji umożliwia istnienie pluralizmu praw geograficznie i wertykalnie zróżnicowanych (miast, wsi, cechów, stanów) lokalnych, regionalnych i narodowych aż do królujących nad całością prawa rzymskiego i kanonicznego. Ujednolicanie prawa stosowanego w sądach, zwłaszcza apelacyjnych, zbliżało ludzi w ramach jednej wspólnoty kulturowej, ale nie zacierало ich tożsamości.

V. Dwuaspektowa wartość prawa. Wypada już teraz powiedzieć, w czym tkwi wartość prawa. Trzeba przy tym nasamprzód przypomnieć, że – jak każda wartość na tym świecie – pozostaje ona w odniesieniu do innych wartości: wartość jest wartością ze względu na inne wartości (dlatego mówi się o systemie wartości), czyli: prawo jest wartością ze względu na swą własną, specyficzną funkcję, jaką pełni jako narzędzie realizacji (innych) wartości.

1. Wartość prawa to jego normatywność: prawo to normatywne ujęcie wartości. Przez to prawo staje się środkiem przekazu. Jego specyfika wśród innych środków przekazu polega właśnie na tym, że wartości ujmuje i przekazuje normatywnie. Z kolei wśród innych, służących przekazowi ujęć normatywnych wyróżnia się tym, że obejmuje intencjonalnie nie wszystkie wartości, lecz te, które odnośna grupa społeczna uznaje za ważne z punktu widzenia jej tożsamości i funkcjonowania. Wynikające z założeń ideowych owej społeczności zasady życia indywidualnego i zbiorowego (ze sprawiedliwością na czele) zostają doprecyzowane, utrwalone i osadzone w określonym, historycznym kontekście społecznym. „Prawda społeczna” czyli ideowo uzasadniony porządek społeczny pozostaje wtedy nie tylko przedmiotem doktrynalnego przekonania, lecz staje się porządkiem prawnym. Wartością jest wtedy prawo jako prawo materialne, substancjalne.

2. Wartość prawa to jego proceduralność: prawo to ustalenie procedur. Ta proceduralna wartość prawa jest tak doniosła, że niektóre teorie prawa (ale także niektóre kultury prawne) postrzegają ją nie tylko jako istotną, lecz jako wyłączną (ma to miejsce wtedy, gdy utożsamia się normatywność prawną z normatywnością etyczną, oraz wtedy gdy zaprzecza się związku prawa z etyką). Pogląd taki tłumaczy się tym, że normatywne ujęcie wartości (prawo materialne) jest w znacznej mierze reproduktywne, podczas gdy ustalenie procedur jest kreatywne, procedury się tworzy. Ulepszanie procedur, szukanie nowych – to siła napędowa rozwoju prawa. Prawo nie wyczerpuje się w procedurach, co więcej, wbrew normatywizmowi trzeba stwierdzić, że prawo tylko proceduralne byłoby utopią i to niebezpieczną: bo procedury zawsze zmierzają do czegoś: prawo tylko proceduralne to faktycznie kamuflaż ukrytych celów. Nie przestrzega się procedur dla samych procedur²³ Ale równie utopijni, a więc i niebezpieczni, są ci, którzy widząc „dobro” chcieliby realizować je nie bacząc na procedury. Obydwie wartości prawa – prawo jako ujęcie „prawdy społecznej” czyli materialne, oraz prawo ustalające procedury czyli formalne – są ze sobą sprzężone, zapoznanie jednej z nich prowadzi albo do totalizmu (kiedy lekceważy się procedury) albo do nihilizmu (kiedy traci się z oczu prawdę, dobro)²⁴. Bez sprzężenia tych

²³ Stąd wysuwanie procedur na pierwszy plan w pojęciu prawa idzie u poważnych autorów w parze z postulatem masowej edukacji politycznej (wręcz „religii cywilnej społeczeństwa,” jak np. u A. de Tocqueville’a). Por. prace w: *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di B. Montanari, Torino 1992.

²⁴ A. Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione. I: Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994.

dwóch wartości nie ma po prostu prawa, używanie tej nazwy to wtedy nadużycie²⁵.

W dyspozycji człowieka, w pełnej odeń zależności, pozostaje jedynie prawo proceduralne. Prawo materialne jako ujęcie prawdy wiąże człowieka mocą prawdy – to mamy na myśli, gdy mówimy o prawie naturalnym, czy (jako wierzący) o prawie Bożym pozytywnym, czy też – jak to z pełnym zaangażowaniem podkreśla Jan Paweł II – o harmonii prawa stanowionego przez ludzi z obiektywnym prawem moralnym²⁶.

Wkład ludzki to rozpoznanie oraz werbalne ujęcie. Każdy, kto zastanawiał się nad problematyką prawdy, jej poznania i ujęcia, przyzna, że to nie mało: konsens co do prawdy to duże osiągnięcie wolnych istot ludzkich, bo prawda – także prawda objawiona – to zawsze zadanie, wezwanie i wyzwanie człowieka, narodu, ludzkości. Konsens nie konstytuuje prawdy, ale bez konsensu prawda nie staje się faktem społecznym²⁷. W sferze przyrodzonej konsens co do prawdy to rezultat procedur – procedur poznania, ujęcia i przełożenia w zdania normatywnie i operatywne. Osiągnięciem europejskiej myśli prawnej jest dostrzeżenie i zgoda, że procedury te nie tylko są wyznaczone formalnymi prawidłami logiki, gramatyki i dialektyki, lecz są wytyczone drogowskazami obiektywnymi i ideowymi. „Prawo bez prawdy” – to brzmi dziś jak prowokacja²⁸. Obiektywne wyznaczniki procedur to przede wszystkim osoba ludzka: Jest nim osoba ludzka z jej przyrodzoną godnością, a nie pojmowana tylko jako gracz²⁹, w jej prawie do samostanowienia postrzega się punkt odniesienia wszelkiego prawa. Obok tego zasadniczego wyznacznika antropologicznego nie do pominięcia są typowe struktury ludzkich procesów uspołecznienia i realia życia społecznego (jak sytuacja ekonomiczna czy możliwości techniczne) oraz wszystko to, co współcześnie mieści się w pojęciu „natury rzeczy”³⁰. Wyznaczniki ideowe to przede wszystkim sprawiedliwość, ale także inne, które – wobec rozbieżności co do jej pojmowania – pozwalają ją konkretyzować (celowość, praworządność, pokój społeczny). Pojęcia

²⁵ Znamienne jest, że prawo kanoniczne, materialnie związane z Objawieniem, od początku przywiązywało dużą wagę do procedur, które przejmowano z kultury prawnej czy to rzymskiej czy to judaistycznej. Nawet ciemne karty kościelnej praktyki prawnej (proces inkwizycyjny) dowodzą znaczenia przypisywanego procedurom. Wpływ prawa kanonicznego na prawo świeckie najtrwalej zaznaczył się w prawie procesowym. Właśnie oczywiste znaczenie procedur w prawie kanonicznym powodowało, że nie było szerzej dyskutowane – P. Landau, *Der Rechtsbegriff des Kirchenrechts in philosophischhistorischer Sicht*, w: *Das Recht der Kirchen. I: Zur Theorie des Kirchenrechts*, wyd. G. Rau, H.R. Reuter, K. Schlaich, Gütersloh 1997, 228 ns.

²⁶ Np. enc. *Veritatis splendor*, n. 97–99; enc. *Evangelium vitae*, n. 68–72.

²⁷ Prawda objawiona staje się „faktem społecznym” przez wiarę. O współczesnych „teoriach konsensu”: H.J. Höhn, *Vernunft – Glaube – Politik. Reflexionsstufen einer christlichen Sozialethik*, München – Paderborn – Wien 1990.

²⁸ Tak S. Cotta, (*Legislazione tra il divino e l'umano*, w: *Diritto divino e legislazione umana* (p.przyp. 4), 25) o książce: U. Scarpelli, *Il diritto senza verità* P. też tenże, *Diritto persona mondo umano*, Torino 1989.

²⁹ S. Cotta, *Sogetto umano; Sogetto giuridico*, Milano 1997.

³⁰ H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München² 1977, 521–532. O „naturze rzeczy”: Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, 51– 53.

wszystkich takich wyznaczników są nader rozciągliwe, używane hasłowo, podatne na propagandowe nadużycia, jednak o ich wadze świadczą koszty, jakie muszą płacić narody, gdy brak tej chociażby wstępnej płaszczyzny porozumienia. Powszechne przeto uznanie takich wyznaczników nie rozwiązuje dylematów moralnych trapiących współczesną demokrację³¹, nie dezaktualizuje przestróg przed relatywizmem moralnym³², nie oznacza, że prawo przestaje być dyskusyjne, a jego normy zyskują powszechną akceptację, natomiast wyznacza jego ramy i wyklucza arbitralność: prawo ma być słuszne.

Współczesna zgoda na to, że prawo ma być słuszne, to wynik tegowiecznych dyskusji między jusnaturalizmem i pozytywizmem. Ale przecież konstatacja „prawo ma być słuszne” to nie odkrycie dopiero XX wieku. Wiedzieli to już starożytni, a myśl Arystotelesa w tym zakresie pozostaje aktualna do dziś.

Bo też historia Europy to historia jej prawa. Samo pojęcie Europy jest w pierwszym rzędzie pojęciem historycznym, a jej kształt wyznacza nie geografia, lecz prawo. Prawo, które Europejczycy tworzą, wciąż stawiając sobie pytanie: co to jest słuszne prawo, jak je poznać i jak je zrobić. (Trzeba było je robić, bo postrzegano je jako warunek przeżycia.) Tak było w czasach, gdy wokół basenu Morza Śródziemnego kielkowało to, co dało początek Europie i jej cywilizacji, tak jest dziś, gdy na kilku poziomach kształtuje się prawo Europy. Dzieje się tak dlatego, że „Europa powstała i wciąż tworzy się w wyniku napięć³³. „Europa” to zawsze na małej przestrzeni wielość i konfrontacja narodów i ich kultur, ale także otwartość i chłonność na „dialog wartości”. To kontynent konsekwentnego i krytycznego myślenia, gdzie kwitnie poezja, ale zarazem rozróżnia się poezję i fakty, Europa ideałów i Europa realizmu. Sama nazwa wywodzi się wszak z mitologii greckiej, owego kultu wartości, pokazywanych potem przez poezję w realiach życia i utrwalanych w końcu w abstrakcyjnych pojęciach, stanowiących oś naszej kultury, zwłaszcza kultury prawnej. W konfrontacji kultur na naszym kontynencie wypracowano narzędzia tworzenia słusznego prawa. Było to greckie rozróżnienie prawdy i fałszu, judeochrześcijańskie rozróżnienie dobra i zła oraz rzymskie rozróżnienie tego co bardziej ważne i tego co mniej ważne. Nie zawsze stosowano te narzędzia rozważnie, nie zawsze we właściwej równowadze, nie raz tworzonego prawa aż do przesytu, nie ustrzeżono się też złego prawa, a i dobre prawo wciąż jest narażone na nadużycia. Powiadają moralisci, że słabym ogniwem najdoskonalszego nawet prawa jest człowiek³⁴. Zarazem jednak jest prawo skazane na człowieka, co znaczy, że prawo wymaga wzmoc-

³¹ E.-W. Böckenförde, *Powstanie państwa jako element procesu sekularyzacji*, w: (tenże), *Wolność – państwo – Kościół*, Kraków 1994, 99–121. O powodowanych pluralizmem opcji etycznych dylematach demokracji: G. Günther, *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?*, *Rechtshistorisches Journal* 10(1991) 223–267.

³² Por. przyp. 25. Problemy związane z „kwestią demokratyczną” w nauczaniu Jana Pawła II podejmuje S. Berlingò, *L'ordine dei sistemi*, Torino 1998.

³³ R. Sobański, *Prawo w Europie* (p. przyp. 2).

³⁴ K. Demmer, *Katholische Rechtstheologie* (p. przyp. 19), 27.

nienia od flanki. Do kultury prawnej należą też prorocy, których nie brakło – od nawołującego do „wymierzania w bramę sprawiedliwości” Amosa do *Evangelium vitae* Jana Pawła II. Kulturę prawną tworzą nie tylko prawnicy. Klasycy europejskiej myśli prawnej to wcale nie prawnicy: Platon, Arystoteles, Augustyn, Tomasz z Akwinu, Franciszek de Vitoria, Leibniz, Rousseau, Kant, Hegel, Jan Paweł II... Nie umniejsza to roli prawników, od rzymskich po współczesnych, ale dowodzi przekonania, że prawo to rzecz nas wszystkich, że prawo to wartość.

VI. Prawo – wartość wspólna. Prawo to wartość, to dobro będące własnością wszystkich – prawo jest „nasze”: subiektywne „mam prawo” znajduje oparcie w społecznym przeświadczeniu „mamy swoje prawo” – obiektywne, utrwalone w tekstach, normach, regułach, jurysprudencji, zwyczajach – w tym wszystkim, co składa się na fenomen prawa. Przekonanie o społecznej, wspólnej własności prawa pozostaje niezależne od tego, czy jest ono tworem odgórnym czy oddolnym. Dar prawa, jaki naród wybrany, na znak woli jego zachowania, otrzymał na Synaju, aby błyszczał w oczach innych narodów prawem jako mądrością i umiejętnością³⁵, trwa jako nieocenione dziedzictwo ludzkości. Prawo ogłaszane przez królów i sędziów starotestamentowych, nadawane przez Karola Wielkiego ludom Europy, za której ojca uznała go potomność, przesyłane przez papieży średniowiecznych uniwersytetowi w Bolonii czy stanowione przez monarchów pojmujących siebie jako protektorów i obrońców ludu, było darem obliczonym na przyjęcie i ostało się, jeśli stało się powszechną własnością³⁶. Powszechna własność prawa to cecha nie tylko społeczeństw zorganizowanych demokratycznie. Im głębsze to przekonanie, tym większa troska o „oblicze prawa”, ale też większe oczekiwania z nim związane, a to rezultuje naciskiem na prawo³⁷. Skutkiem tego rośnie rola prawa, ale też łatwo o przerost: obarcza się prawo coraz nowymi zadaniami, które wszakże wykonują ludzie, w efekcie prawo może ciążyć, stawia się zadania przerastające możliwości prawa, efektem jest zniechęcenie do prawa i zapoznanie jego rzeczywistej wartości³⁸. Niemalą jest w historii prawa przykładów rozczarowań, jakie spotkały tych, którzy widzieli w nim narzędzie

³⁵ Pwt 4,6.

³⁶ M. Alliot, *Über die Arten des „Rechts-Transfers”*, w: W. Fikentscher (ii.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg – München 1980 161–231. Por. też.: Y. Congar, *La „reception” comme réalité ecclésiologique*, *Revue de sciences phil. et theol.* 56 (1972) 369–403.

³⁷ P. Häberle pisząc o „otwartym społeczeństwie interpretatorów konstytucji” zwraca uwagę na pośredni wpływ mediów (zarówno profesjonalnych dziennikarzy jak też „głosów czytelników”), „opinii publicznej”, inicjatyw obywatelskich, partii politycznych i stowarzyszeń, sztuki, szkół, kościołów na interpretację konstytucji dokonywaną w sposób wiążący przez trybunał konstytucyjny (*Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein 1980, 83).

³⁸ O napięciach wywołanych kolejnymi generacjami praw człowieka p. prace w: *Prawa człowieka w państwie ekologicznym*, red. R. Sobański, Warszawa 1998.

uszcześliwiania ludzi. Przez całą historię Europy rozlegają się równolegle dwa wołania: odjurystyczyć i uregulować. Ludzie uciekają się do prawa. „Prawo może wiele”.

Jednak już Platon zauważył, że prawo to nie pierwszy, lecz drugi, mniej doskonały sposób zapobiegania złu³⁹, prawo jest – jak nauczał ten filozof – zawsze na drugim miejscu⁴⁰. Jak każda wartość wymaga pielęgnacji, także przez właściwy, odpowiadający jego sensowi i przydatności użytek; roztropany, powściągliwy, z umiarem. Pielęgnacja prawa to dopiero wtórnie cyzelowanie i pieszczenie tekstów, to w pierwszym rzędzie respekt wobec prawa, co znaczy nie mniej nie więcej niż uznanie człowieka dlatego, że on jest. Sformułowanie prawa do istnienia we własnej tożsamości, dokonane na 600 lat przed Chr. w Milecie przez Anaksymandra, to początek historii europejskiej myśli prawnej⁴¹. Bez respektu dla człowieka nie ma nie tylko dobrego prawa, lecz nie ma w ogóle prawa. Przyswojenie tej oczywistości, jakże dziś nieraz zapomnianej, całemu społeczeństwu, to pierwszorzędne zdanie fachowców od prawa. *Constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*⁴².

³⁹ Prawo, 875 D (przekł. M. Maykowska, Warszawa 1960, 424).

⁴⁰ Polityk, 297 E (przekł. W. Witwicki, Warszawa 1956, 180).

⁴¹ A. Kaufman, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* (p.przyp. 5), 26.

⁴² D. 1,2,2,13 (Pomponius).

LE DROIT COMME VALEUR

Résumé

1) Malgré les critiques le droit dans la culture européenne est considéré comme une valeur et appréciée à ce point qu'il trouve sa place parmi les idéaux. Un idéal n'est guère „définissable” mais chacun de nous a une notion de droit, ce que reflète bien l'expression „j'ai le droit”.

2) Le droit est formulé en phrases, la langue le concrétise, un droit concret c'est toujours un droit positif. Le droit est alors l'instrument de droit, un moyen de réaliser l'idée de droit dans les réalités de la vie.

3) „J'ai droit” veut dire qu'on possède ou qu'on revendique. Ce qui a un sens seulement au cas d'un homme juste. Le droit a un sens au moment où existe la volonté de justice et l'acceptation du droit en tant que son instrument.

4) Le consentement au droit est un consentement aux procédures grâce auxquelles les hommes peuvent vivre pacifiquement en commun. Le consentement rapproche à un consentement substantiel quant aux valeurs acceptées en commun. Ainsi le droit est une valeur par égard à sa propre fonction spécifique qu'il remplit comme instrument de réalisation d'autres valeurs.

5) La valeur du droit c'est alors – en premier – sa normativité (la valeur prise normative), en deuxième – sa procéduralité (l'établissement des procédures). La prise normative la valeur est réproductive, l'établissement des procédures est créatif. C'est pourquoi certains perçoivent le côté procédural du droit comme son unique valeur.

6) Le droit uniquement procédural serait une utopie dangereuse. L'avantage de l'idée européenne de droit est de percevoir que les procédures ne sont pas seulement réglées par la logique, la grammaire, la dialectique, mais qu'elles suivent un trajet désigné par des indicateurs objectifs (surtout par la personne humaine) et idéologiques (la justice, la paix sociale).