

PRZYDATNOŚĆ NIEPOZYTYWISTYCZNEJ KONCEPCJI PRAWA W PROCESIE DOCHODZENIA DO SŁUSZNEGO PRAWA PRZEZ TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

I. TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY A USTAWODAWCA

Właściwe określenie pozycji ustrojowej Trybunału Konstytucyjnego, jego zadań oraz relacji do ustawodawcy jest bardzo ważnym, wieloaspektowym problemem i słusznie poświęca mu się ostatnio wiele uwagi¹. W debacie na ten temat najbardziej kompetentni są — co oczywiste — przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego oraz teorii prawa. Miłym akcentem jest zaproszenie do tej dyskusji także filozofów prawa². Prawo konstytucyjne jest dla filozofii prawa szczególnie interesujące z uwagi na obecność w nim zagadnień aksjologicznych. Płaszczyzna aksjologiczna stanowi zatem naturalną podstawę współpracy i wzajemnej inspiracji obu tych nauk.

Patrząc na relacje Trybunału Konstytucyjnego i ustawodawcy, z punktu widzenia filozofii prawa, pragnę podkreślić udział obu tych organów w kształtowaniu dobrego systemu prawa poprzez dbałość, aby tworzone prawo spełniało wysokie standardy jakości. W państwie prawa organy władzy państwowej zobowiązują się „do zagwarantowania obywatelom możliwie największego bezpieczeństwa prawnego i możliwie najlepszego urzeczywistnienia sprawiedliwości materialnej”³. Ustawodawca jest organem *ex definitione* powołanym do tworzenia prawa. Jako przedstawiciel Narodu — wyposażony w demokratyczną legitymizację — ma zadanie tworzenia takiego prawa, które w możliwie najlepszy sposób będzie służyło dobru poszczególnych jednostek oraz całemu społeczeństwu. Innymi słowy, prawo powinno być sprawiedliwe, słuszne, ukierunkowane na realizację dobra wspólnego. Przypomnijmy, iż zgodnie z definicją Tomasza z Akwinu, „można określić prawo jako rozporządzenie rozumu, nadane dla dobra wspólnego i ogłoszone przez tego, kto ma pieczę nad wspólnotą”⁴.

¹ Zob. np. M. Granat, *Trybunał Konstytucyjny. Osiągnięcie czy zadanie?*, [w:] *Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce (Materiały Jubileuszowego L Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Gdynia, 24–26 kwietnia 2008 r.)*, red. A. Szmyt, Gdańsk 2008, s. 23–40.

² Oczywiście nie chcę tu podkreślać różnicy między uprawianiem teorii i filozofii prawa, ponieważ granice między tymi naukami są płynne i być może nawet niemożliwe do wytyczenia.

³ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, s. 117.

⁴ Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna. Zagadnienie 90. O istocie prawa*, [w:] *Filozofia prawa. Wybór tekstów źródłowych*, red. A. Kość, Lublin 2007, s. 90. Przytoczenie w tym miejscu definicji Tomasza z Akwinu nie jest zapowiedzią (posługując się słowami J. Habermasa) „niedzielnego przemówienia», które polaryzuje i dzieli publiczność na tych, którzy wychodzą z sali, i na tych, którzy pozostają”, J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej. Czy mierzymy do eugeniki liberalnej?*, Warszawa 2003, s. 105. Zgadzam się z opinią Habermasa, że „postawy zatwardziałe ortodoksyjne spotkać można na Zachodzie tak samo jak na Bliskim Wschodzie, wśród chrześcijan i żydów tak samo jak wśród muzułmanów” (tamże, s. 104). Z powodu występowania fundamentalizmu nie można jednak z góry przekreślać i odrzucać wszelkich wytworów myśli ludzkiej związanej z religią. Aby przekonać sceptyków zacytuję jeszcze kilka cennych myśli wynotowanych z powyższego dzieła Habermasa: „W obliczu globalizacji, której podłożem jest światowy rynek, wielu z nas obiecywało sobie powrót polityki w innej postaci — nie w pierwotnej hobbesowskiej postaci globalnego państwa bezpieczeństwa, a więc w wymiarach policji, tajnych służb i wojska, lecz jako

Definicja prawa Tomasza z Akwinu nie utraciła ze swojej aktualności także w czasach współczesnych. Jest na tyle uniwersalna, że obejmuje komponenty materialne oraz formalne prawa. Do tych pierwszych należy przede wszystkim ukierunkowanie na dobro wspólne, które to pojęcie konotuje jednocześnie materialną sprawiedliwość. Komponentem formalnym jest bez wątpienia wymóg obwieszczenia prawa, który można szerzej rozumieć jako pozytywizację prawa konieczną do uzyskania przez prawo mocy wiążącej oraz aby prawo było ogłaszane przez tego, kto ma do tego kompetencję, kto może wykazać się odpowiednią legitymizacją swoich działań⁵. Powyższe komponenty spaja wymóg racjonalności prawa. Racjonalne prawo jest prawem słusznym. Słuszność ta przejawia się zarówno w treści, jak i w formie prawa. Słuszne prawo jest dziełem ludzkiego rozumu. Człowiek jako istota wolna i obdarzona twórczym rozumem⁶ bierze udział w kontynuacji dzieła stworzenia. Jak obrazowo ujął A. Gesché, „odpoczynek Boga w siódmym dniu sugeruje, że odtąd już ktoś inny musi kontynuować gest stwórczy. [...] Taki też jest sens nadawania nazw wszystkim rzeczom, zadania powierzonego przez Boga Adamowi. Nadawanie nazw nie jest zwykłym klasyfikowaniem czy wprowadzaniem do rejestru. Nazywać to kontynuować stworzenie, to dawać *ek-sister* temu, co po prostu jest, ale w sumie pozostaje niewidzialne, «jakby nie istniało». [...] człowiek, stworzony jako stwórca, pełni niedoścignioną rolę współ-stwórcy”⁷. Szczególną rolę w tym tworzeniu odgrywa tworzenie ładu społecznego za pomocą adekwatnego do rzeczywistości prawa. Nic nie zwalnia zatem ustawodawcy od odpowiedzialności za racjonalność tworzonego prawa. Wydaje się, że z tego obowiązku wywodzony jest postulat racjonalnego ustawodawcy, które-

rozciągającej się na cały świat cywilizującej władzy. W tej chwili nie pozostaje nam wiele więcej niż wątpla nadzieja na chytrą nadzieję — i nieco samoopamiętania” (s. 104–105). „Zdrowy rozsądek, który żywi wiele złudzeń co do świata, musi, rzecz jasna, przyjąć bez zastrzeżeń to, co ma do powiedzenia nauka” (s. 107). „Zdrowy rozsądek krzyżuje się przeto ze świadomością osób, które potrafią podejmować inicjatywę, popełniać błędy i korygować błędy. Zdrowy rozsądek przeciwstawia naukom własną perspektywę o swoistej strukturze. Ta sama świadomość autonomii, nieuchwytna dla podejścia naturalistycznego, uzasadnia z drugiej strony także dystans do tradycji religijnej, z której normatywnych treści zarazem korzystamy” (s. 109). „Owszem, egalitarne prawo rozumu ma religijne korzenie — zakorzenione jest w owej rewolucji mentalnej, która zbiega się z rozwojem wielkich światowych religii. Ale ta rozumowa legitymizacja prawa i polityki czerpie z od dawna ześwieczonych źródeł tradycji religijnej. W przeciwieństwie do religii demokratycznie oświecony zdrowy rozsądek obstaje przy racjach, które mogą być zaakceptowane nie tylko przez członków *jednej* religijnej wspólnoty. Toteż państwo liberalne wzbudza po stronie wierzących podejrzenie, że zachodnia sekularyzacja jest ulicą jednokierunkową, pozostawiającą religię na boku. Odwrotną stroną wolności religii jest faktycznie pacyfikacja światopoglądowego pluralizmu, niosącego niejednakowe konsekwencje dla obywateli. Do tej pory przecież państwo liberalne tylko od wierzących oczekuje, że rozdzielią oni swoją tożsamość niejako na część publiczną i prywatną. To oni muszą przełożyć swoje przekonania religijne na język świecki, aby ich argumenty mogły uzyskać aprobatę większości” (s. 110).

⁵ Rozumowanie Tomasza z Akwinu jest w tej kwestii następujące: „Prawo przede wszystkim i głównie ma na celu dobro wspólne. Kierować zaś coś dla dobra wspólnego należy albo do całej wspólnoty, albo do osoby urzędowej, mającej pieczęć nad wspólnotą, gdyż we wszystkich innych dziedzinach kierowanie do celu należy do tego, do kogo ten cel należy” — Tomasz z Akwinu, *op.cit.*, s. 90.

⁶ Zob. na ten temat rozprawę A. Szostek, *Natura, rozum, wolność. Filozoficzna analiza koncepcji twórczego rozumu we współczesnej teologii moralnej*, Rzym 1990.

⁷ A. Gesché, *Człowiek*, Poznań 2005, s. 83–86.

go znaczenie podkreśla także teoria prawa⁸. Sama racjonalność może być jednak różnorodnie pojmowana jako: 1) racjonalność instrumentalna (nurt scjentyzyczny), 2) racjonalność argumentacyjna (zakorzeniona w filozofii klasycznej), 3) racjonalność komunikacyjna (J. Habermas)⁹. Funkcja pojęcia racjonalnego ustawodawcy także bywa różnie pojmowana. Zasadniczo traktuje się to pojęcie jako pewien ideał pełniący pomocniczą rolę przy dokonywaniu wykładni prawa, ale także jest ono traktowane jako wyraz stanowiska pośredniego w określaniu relacji między prawem a moralnością. Zgodnie z tym drugim poglądem „działanie racjonalnego ustawodawcy powinno być celowe, czyli zmierzające do osiągania wartości pierwotnych”¹⁰. Pojęcie racjonalnego ustawodawcy bywa także krytykowane jako nieuprawnione¹¹. Nawet jeśli w konkretnym czasie postulaty tworzenia słusznego prawa nie zawsze są realizowane, to nie oznacza, że tak być powinno. W tym przypadku oponowałabym przed przechodzeniem z bytu do powinności.

Szczególnie filozofia prawa, której centralnym przedmiotem badań jest sprawiedliwość (słuszność) prawa, wierzy — jak sądzę — że przy współpracy „ludzi dobrej woli” można udoskonalić prawo zarówno na etapie jego tworzenia, jak i stosowania¹². Współpraca ta zakłada jednak dążenie do prawdy: „Słuszność możemy określić jako prawdę o tem, co się sumiennie należy, co w dziedzinie prawa jest godziwe. I ta prawda wyrzesuje się najczęściej dopiero z gorącej rozprawy, ze zderzenia się różnorakich, nawet choćby przeciwstawnych mniemań, przypuszczeń, względów i punktów widzenia, aż w końcu brzaskiem swoistym i pewnym jak słońce wyblyska; byle tylko — oto warunek! — umysły w rozprawie uczestniczące były istotnie napięte słusznościowo — naładowane szczerym nastrojem szukania i wyłonienia prawdy”¹³. Postulując potrzebę tworzenia słusznego prawa należy jeszcze raz podkreślić, że odrębnym problemem jest kwestia rzeczywistej realizacji tego zadania przez ustawodawcę¹⁴ oraz kwestia odpowiedzialności za niewywiązywanie się ze swoich obowiązków względem suwerena. Działalność ustawodawcy jest w każdym razie zasadniczą rzeczywistością procesu prawotwórczego, jego „codziennością”.

Poszczególni członkowie wspólnoty prawa także mogą wykazywać (i często wykazują) dbałość o jakość tworzonego prawa. Czynią to nie tylko poprzez świadome uczestnictwo w wyborach przedstawicieli, ale także poprzez inicjowanie kontroli konstytucyjności prawa przez TK odpowiednio w trybie wnioskowym, pytania prawnego oraz powszechnej skargi konstytucyjnej. Konstytucja, będąca wyrazem woli ustrojodawcy

⁸ Zob. np. S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990; S. Wronkowska, Z. Zieliński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 133–138.

⁹ S. Wronkowska, Z. Zieliński, *Zarys teorii prawa*, s. 137–138.

¹⁰ J. Krukowski, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Lublin 2002, s. 65.

¹¹ Por. J. Czaja, *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 175–184.

¹² Myślę, że taki jest w ogóle sens uprawiania teorii i filozofii prawa.

¹³ A. Lutwak, *Rzecz o słuszności. Krytyka i synteza*, Lwów 1930, s. 30.

¹⁴ Powszechnie dostrzegany jest obecnie spadek jakości tworzonego prawa.

(suwerena), zawiera unormowania dotyczące funkcjonowania TK, z czego można wnioskować, że posiada on demokratyczną legitymizację, chociaż o innym charakterze niż ustawodawca. Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego ma swoje ugruntowanie na płaszczyźnie aksjologicznej i wiąże się ze znaczeniem praw człowieka oraz ich gwarancją także poprzez kontrolę władzy. Nie można zaprzeczyć, że interesy rządzących i interesy rządzonych, mimo składanych deklaracji, nie muszą się pokrywać. „Antynomia rządzący — rządzeni, nawet jeśli z racjonalnych przyczyn zapomina się o niej, stanowi w zasadzie podstawę do stworzenia prawa konstytucyjnego. Żądanie uchwalenia konstytucji oznaczało (między innymi) dążenie do podporządkowania reprezentantów regułom i zasadom zdefiniowanym przez kogoś innego niż oni sami, tj. określonym właśnie przez suwerenny naród”¹⁵. Adam Jamróz — uznając wprowadzenie sądownictwa konstytucyjnego za trwałą instytucję demokratycznego państwa, ugruntowującą prymat konstytucji jako najwyższego aktu prawnego — przyznaje, że zmieniło ono w istotny sposób charakter ustroju demokratycznego: „Teza o prymacie konstytucji wyeksponowała zarazem pogląd, że to konstytucja stanowi przejaw trwałej woli suwerena. W świetle takiego poglądu wola przedstawicieli suwerena zebranych w parlamencie nie może być już traktowana bez ograniczeń jako wola suwerena. Może być traktowana jako wola suwerena pod warunkiem, że nie jest sprzeczna z konstytucją”¹⁶. Konsekwentnie TK należy uznać za „instytucję przestrzeni obywateli”.

Trybunał Konstytucyjny, jako sąd prawa, koryguje ewentualne błędy ustawodawcy. Pełni zatem pomocniczą rolę w kształtowaniu systemu prawa. Rola TK jest jednak wyjątkowa ze względu na konieczność podejmowania ostatecznych decyzji m.in. w sprawie ochrony wartości konstytucyjnych, wśród których są także wartości ogólnoludzkie. Ustawodawca tworząc prawo powinien także respektować i chronić te wartości (choćby dlatego że powinien respektować postanowienia konstytucji), jednak gdy zawiedzie na tej płaszczyźnie, jest jeszcze wyspecjalizowany organ (Trybunał Konstytucyjny), w którego skład wchodzi wybitni prawnicy odznaczający się wyjątkową biegłością w znajomości problemów prawnych, w tym także aksjologicznych podstaw prawa, czuwający nad tym, aby urzeczywistnić słuszność prawa. Zgodnie z poglądem E.-W. Böckenförde’go, „sąd konstytucyjny jest powołany do tego, by chronić i zabezpieczać konstytucję, żeby jej służyć. Jest on niezależny, poddany tylko konstytucji stanowiącej miarę jego sądów, lecz interpretuje on konstytucję całkiem samodzielnie i — w ostatniej instancji — w sposób wiążący, nie będąc zarazem zobowiązany do przestrzegania ustalonego kanonu metod interpretacji. Jak można uniknąć tego, aby sąd nie stał się panem konstytucji?”¹⁷.

¹⁵ D. Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, Warszawa 1999, s. 35.

¹⁶ A. Jamróz, *Demokracja konstytucyjna — kilka konsekwencji dla systemu prawa*, referat na polsko-szwajcarskim sympozjum (26–27 października 2000 r., Białystok); cyt. za: Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne (Tradycja a współczesność)*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 6, s. 24; zob. także: E. Zwierchowski, *Z zagadnień legitymacji sądownictwa konstytucyjnego*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, red. J. Trzciniński, B. Banaszak, Wrocław 1997, s. 304. Na temat zasady nadrzędności konstytucji zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003.

¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Państwo prawa w jednoczącej się Europie*, Warszawa 2000, s. 70.

Myślę, że względu racjonalności oraz słusznościowe nastawienie sędziów TK ograniczają w istotny sposób dyskrejonalność ich władzy, oczywiście pod warunkiem że taka szczerosc intencji rzeczywiście występuje. W takim przypadku TK nie może stać się „panem konstytucji”. Jest raczej depozytariuszem i strażnikiem wartości ogólnoludzkich, które obecnie są także wyrażone *expressis verbis* w konstytucji. Należy jednak podkreślić, że jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. TK wykazywał wiele troski, aby te wartości były chronione. Słusznie je wówczas wydobywał z zasady demokratycznego państwa prawa (potwierdzając jednocześnie ponadpozytywny charakter tych wartości), ponieważ przy materialnym ujmowaniu państwa prawa — w istocie rzeczy — wartości ogólnoludzkie powinny znaleźć ochronę prawną. Dobrym przykładem jest następująca wypowiedź TK: „Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. [...] Uchylenie deklaracji, iż prawo do życia ma charakter przyrodzony, nie może być uznane za zmianę o charakterze normatywnym. Przyrodzony charakter danego prawa lub wolności nie jest bowiem zależny od woli ustawodawcy, a w związku z tym nie można cechy tej znieść aktem ustawowym (derogować). Nie leży bowiem w kompetencjach ustawodawcy przyznawanie bądź znoszenie prawa do życia jako wartości konstytucyjnej. Niezależnie więc od tego, czy ustawodawca wyrazi to bezpośrednio w regulacjach ustawowych, czy też nie, w niczym nie może to wpłynąć na przyrodzony charakter prawa do życia”¹⁸.

Ewidentnym przykładem niepozytywistycznego sposobu argumentacji TK pod rządami Konstytucji z 1997 r. jest uzasadnienie wyroku z dnia 30 września 2008 r. (sygn. akt K 44/07). W wyroku tym pojawiła się m.in. kwestia ochrony życia ludzkiego (art. 38) oraz godności człowieka (art. 30). Charakterystyczne jest, że Trybunał nawiązał do istotnej części argumentacji wyrażonej w cytowanym wcześniej orzeczeniu, podkreślając również, że „życie ludzkie stanowi wartość o randze najwyższej w naszej cywilizacji i kulturze prawnej. Wartość dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, nie podlega przy tym, na gruncie Konstytucji, różnicowaniu. [...] Trybunał Konstytucyjny nie ma wątpliwości, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria. Każdy człowiek, w tym także pasażerowie samolotu znajdującego się w przestrzeni powietrznej państwa, mają prawo do ochrony życia przez to państwo. Nadanie sobie przez państwo prawa do ich zabijania, chociażby w obronie innych ludzi, jest zaprzeczeniem

¹⁸ Orzeczenie z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

tego prawa. [...] Demokratyczne państwo prawne to państwo oparte na poszanowaniu człowieka, a w szczególności na poszanowaniu i ochronie życia oraz godności ludzkiej. Te dwa dobra są zresztą sprzężone w bezpośredni sposób¹⁹.

Moim zdaniem, Trybunał Konstytucyjny — z racji swojej pozycji w demokratycznym państwie prawa — ma możliwość łączenia w swoim orzecznictwie elementów pozytywnoprawnych i prawnonaturalnych. Może to czynić, ponieważ będąc „strażnikiem konstytucji”, jej interpretatorem, któremu przysługuje ostatnie słowo, może (i powinien) się odwoływać do ponadpozytywnych wartości ogólnoludzkich składających się na treść klasycznego prawa naturalnego. Wartości prawnonaturalne TK wprowadza — do mających charakter klauzul generalnych — przepisów prawa pozytywnego (w konstytucji) i wypełnia nimi ich treść. Ostatecznie więc, kierując się prawem naturalnym, może zakwestionować moc wiążącą prawa pozytywnego (tj. badanych aktów normatywnych), a tym samym usunąć z obrotu prawnego przepisy aktu normatywnego niezgodne z prawem naturalnym. Oczywistym przykładem takiego działania jest przytoczone wcześniej orzeczenie (sygn. akt K 26/96). Zatem, TK może być „łącznikiem” pomiędzy *ius* i *lex*. Pozytywnie należy ocenić, że taki organ w demokratycznym państwie prawa istnieje, ma swoje określone miejsce i określoną funkcję. Pozwala to na urzeczywistnianie wartości ponadpozytywnych i ich ochronę poprzez porządek pozytywnoprawny. Zabezpiecza też przed zburzeniem porządku prawa stanowionego, który to porządek sam w sobie jest wartością konieczną w życiu społecznym człowieka²⁰. Należy podkreślić, że TK nie tworzy wartości ogólnoludzkich — one istnieją obiektywnie.

II. NIEPOZYTYWISTYCZNA KONCEPCJA PRAWA

Aktywność Trybunału Konstytucyjnego w procesie dochodzenia do słusznego prawa oznacza jednocześnie kierowanie się niepozytywistyczną koncepcją prawa²¹. Konstytucja z 1997 r. wręcz skłania do przyjmowania takiej koncepcji²². Samo stwierdzenie, że koncepcja jest niepozytywistyczna, nie wystarcza jednak, aby mieć pełną jasność, co mamy na myśli. Problem polega na tym, że niepozytywizm może być bardzo różnie wyznaczany. Kwestia ta wymaga jeszcze gruntownych studiów, jednak

¹⁹ Wyrok z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07, OTK ZU 2008, seria A, nr 7, poz. 126.

²⁰ Por. J. Potrzezecz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007, s. 257–258.

²¹ Na temat niepozytywistycznej koncepcji prawa zob. np. R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 11–12, s. 34–49; L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 11–12, s. 3–12; K. Działocha, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 3, s. 4–16; A. Peczenik, *Non-Positivist Conception of Law*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 223–248; T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Kilka uwag o niepozytywistycznej koncepcji prawa*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 55–68; J. Potrzezecz, *Pozytywistyczna a niepozytywistyczna koncepcja prawa*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2005, nr 2, s. 7–37.

²² Zob. M. Piechowiak, *Na jaką niepozytywistyczną koncepcję prawa „otwiera się” Trybunał Konstytucyjny? O metaakcjologii Konstytucji*, [w:] *Trzecia władza...*, s. 412–419.

wydaje się, iż istotnym czynnikiem decydującym o możliwości różnorodnego wyznaczenia paradygmatu niepozytywistycznej koncepcji prawa jest różnorodne pojmowanie sposobu istnienia wartości.

W dyskusjach na temat wartości daje się wyodrębnić pogląd, że wartości istnieją subiektywnie, tzn. są treścią świadomości poszczególnych jednostek. Z poglądem tym wiąże się przekonanie, że o tym, jakie wartości mają być przez prawo chronione, można zdecydować wyłącznie poprzez społeczny konsens, poprzez demokratycznie legitymizowane procedury (demokracja bezpośrednia — referendum, demokracja pośrednia — decyzje podejmowane przez przedstawicieli). Z pewnością w niezliczonych przypadkach podejmowania decyzji w sprawie wartości mających być prawnie chronionymi te demokratyczne procedury spełniają dobrze swoją rolę. Jednak nie w sprawie wszystkich wartości takie postępowanie jest słuszne, ale tylko w przypadku wartości ugruntowanych w moralności społecznej²³. Inaczej jest w przypadku wartości ugruntowanych w moralności ogólnoludzkiej. O ile moralność społeczna może być różna w różnych społeczeństwach, o tyle moralność ogólnoludzka wyrasta z natury człowieka. Składa się na nią ogół zasad moralnych odnoszących się nie do jednego społeczeństwa żyjącego w konkretnym czasie i miejscu, ale do wszystkich ludzkich społeczeństw. „Porządek prawny zaś jest nie do pomyślenia bez oparcia się na moralności ogólnoludzkiej. Ona jest konieczną podstawą każdego prawa pozytywnego. Tylko w ramach moralności ogólnoludzkiej jest możliwe stanowienie słusznego prawa”²⁴.

W Konstytucji RP wartości prawnonaturalne, czyli wartości będące treścią zasad składających się na moralność ogólnoludzką, znajdują potwierdzenie i ochronę przede wszystkim w art. 30. Godność człowieka jest bowiem stałą i absolutną wartością, która uzasadnia bytową podstawę prawa i jest elementem niedyspozycyjnym w prawie. Jest ona źródłem praw i wolności człowieka. Wartości ugruntowane w moralności społecznej (składające się na ogół żądania moralnego zachowania, jakie społeczeństwo stawia swoim członkom: obyczaje, zwyczaje i tradycja danej grupy) powinny także znajdować możliwie największą ochronę prawną. Jednakże relację obszaru moralności społecznej i obszaru obowiązywania norm prawnych można przedstawić schematycznie w postaci dwóch zbiorów mających część wspólną. Jakie wartości i w jakiej liczbie znajdują się w tej części wspólnej, to właśnie może zależeć od społecznego porozumienia. W tym ujęciu istnieje część norm moralnych wolnych od normowania prawnego oraz część norm prawnych indyferentnych moralnie. Na płaszczyźnie relacji moralności społecznej i prawa istnieje potrzeba rozróżnienia między prawem a moralnością (społeczną), ponieważ „inna jest motywacja etyczna obowiązku prawnego a inna obowiązku moralnego. Nawet ten sam cel prawa i etyki społecznej nie wyklucza różnicy pomiędzy prawną a moralną oceną czynu”²⁵. Jak słusznie zauważył A. Kość: „[...] relację prawa i etyki społecznej

²³ Można wyróżnić cztery rodzaje moralności: moralność autonomiczną (etyka sumienia), etykę systemów religijnych i światopoglądowych, moralność społeczną oraz moralność ogólnoludzką; por. A. Kość, *Podstawy filozofii prawa...*, s. 136.

²⁴ Tamże, s. 144.

²⁵ Tamże, s. 143.

można określić jako «wzajemne dźwiganie się i bycie dźwiganym». Wymagania zachowań etyki społecznej są często formami wstępnymi norm prawnych, które jako normy kulturowe wchodzi w treść prawa pozytywnego. Orientacja na etykę społeczną jest ważna nie tylko przy tworzeniu prawa, ale także przy jego stosowaniu²⁶.

Przyjmowanie alternatywy: albo wartości (wszystkie) są zmienne, ponieważ istnieją subiektywnie, albo wartości (wszystkie) są absolutne, nie jest właściwe, nie odzwierciedla rzeczywistości, która jest bardziej złożona. Lepiej przyjmować, że istnieją obiektywnie niezmiennie wartości ogólnoludzkie (te, które np. u Radbrucha składają się na prawo ponadustawowe) oraz istnieją wartości będące wytworem kultury, które mogą być subiektywne, i co do ich prawnej ochrony można porozumieć się np. przy zastosowaniu demokratycznych procedur. Tak można rozumieć pluralizm wartości. Zwolennicy subiektywizmu wartości obawiają się — jak sądzę — iż ktoś (jakaś jednostka lub organ) będzie tworzył wartości oficjalnie głosząc, że istnieją one obiektywnie i użyje tych argumentów do zniewolenia społeczeństwa. Obawiają się dyktatury wartości. Uważam te obawy za nieuzasadnione. Jeśli wartości istnieją obiektywnie, to nikt ich nie tworzy. Jak to udowodnić? Dowodu w ścisłym tego słowa znaczeniu nie da się przeprowadzić. Można jednak przedstawić różne argumenty w wysokim stopniu uprawdopodobniające słuszność tego poglądu. Jednym z takich argumentów może być tzw. „argument z literatury”.

Zapoznając się z treścią dzieł literackich od najstarszych zabytków do współczesności, dokonując ich analizy i interpretacji, możemy zauważyć, że istnieje zbiór stałych wartości związanych z ludzką egzystencją, wpływających z natury człowieka — wartości ogólnoludzkich. Zmiana polega jedynie na innym sposobie ich ujmowania w dziełach zaliczanych do różnych gatunków literackich, tworzonych w różnych epokach. Z powodu odzwierciedlenia w literaturze wartości niezmiennych mówimy o ponadczasowości mądrości zawartej w dziełach literackich. Oczywiście, nie wszystkie dzieła wytrzymują próbę czasu, nie wszystkie zawierają ponadczasowe mądrości. Te, które ich nie mają, odchodzą w zapomnienie i są czytane głównie przez studentów poszczególnych filologii, którzy mają obowiązek zapoznać się z pełną listą lektur.

Myśl Gustawa Radbrucha, który notabene „odebrał bardzo staranne klasyczne humanistyczne wykształcenie²⁷”, jest przepojona głębokim humanizmem. Z pewnością jego zainteresowanie dla poezji i historii literatury nie pozostało bez wpływu na jego koncepcje filozoficznoprawne²⁸. Moim zdaniem, jedynie trwale, nieprzemijające wartości ogólnoludzkie mógł mieć na myśli Radbruch, mówiąc o ponadustawowym prawie. Jednoznacznie — jak sądzę — wyraził to mówiąc, że: „Nauka o ponadustawowym prawie występująca w orzecznictwie zdaje się odpowiadać powszechnym wymogom czasu, chociaż nie jest niczym nowym. Formułowano ją przez tysiąclecia, od antyku, przez chrześcijańskie średniowiecze, aż po wiek oświecenia i kontynuuje

²⁶ Tamże.

²⁷ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 25.

²⁸ Tamże.

się do dzisiaj w katolicko-tomistycznej filozofii prawa. Cóż oznacza niecały wiek pozytywizmu wobec tysiącleci!²⁹. Myślę, że można byłoby przeprowadzić paralelę: stoicy–św. Augustyn–św. Tomasz–I. Kant–G. Radbruch, dzięki której można byłoby rzucić nowe światło także na genezę Radbruchowskiej idei prawa. To wymaga jednak osobnego opracowania. Tutaj można jedynie pokusić się o ukazanie analogii między poglądami św. Augustyna na temat relacji prawa stanowionego do prawa wiecznego oraz poglądów Radbrucha na temat relacji prawa stanowionego do prawa ponadustawowego i do idei prawa.

Już u św. Augustyna odnajdujemy myśl, że „niesprawiedliwe prawo przestaje być prawem”³⁰. Prawo doczesne, które jest ustanowione do kierowania społeczeństwem, nie jest doskonałe, bo jak twierdzi Augustyn, „toleruje i puszcza bezkarnie wiele wykroczeń, które jednak karze Boża Opatrzność. I słusznie: bo też nie należy ganić tego, co czyni, że nie czyni wszystkiego”³¹. Jednakże zasadą praw doczesnych jest prawo wieczne. Prawo opublikowane w kodeksach jest zmienne, ponieważ zmienne są warunki, w których jest tworzone. Sprawiedliwość tego prawa nie jest doskonała, ponieważ tu na ziemi nic nie jest doskonałe. Doskonałą sprawiedliwością cechuje się natomiast prawo wieczne, niezienne, które Augustyn nazywa najwyższym rozumem. Ono decyduje o słuszności aktów ustawodawczych i zmian w zakresie praw doczesnych. Pojęcie odwiecznego prawa „mamy w sobie wyryte. Jest to prawo, według którego sprawiedliwość jest równoznaczna z powszechnym panowaniem idealnego ładu”³². Warto zauważyć, że św. Tomasz w *Sumie teologicznej (O prawie)* dwukrotnie cytuje myśl Augustyna, że niesprawiedliwe prawo nie jest prawem, dodając ponadto, że prawo ludzkie sprzeczne z prawem Bożym także jest niesprawiedliwe i nie należy go wypełniać. Na potwierdzenie przytacza cytaty z Biblii: „Trzeba bardziej słuchać Boga niż ludzi”. W formule Radbrucha ekstremalnie niesprawiedliwe prawo przestaje być prawem. Co ciekawe, Radbruch także przytacza cytaty z Biblii: „Bądźcie posłuszni zwierzchności, która sprawuje władzę nad wami” oraz że trzeba „być bardziej posłusznym Bogu niż ludziom”³³. Tę antynomię między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym znamy już także z dzieła Sofoklesa. Ustawowe bezprawie, zdaniem Radbrucha, może mieć miejsce, „gdy władza nie zmierza do stosowania idei prawa, sprawiedliwości i humanizmu, gdy [...] świadomie odstępuje od idei równości wobec prawa, idei równych praw człowieka dla wszystkich noszących ludzkie oblicze; gdy wydaje rozkazy, a nie normy prawne — pojęcia prawa nie można bowiem określić inaczej, jak próbą urzeczywistnienia idei prawa”³⁴. Zarówno św. Augustyn, jak i G. Radbruch mieli świadomość, że prawo ludzkie nie jest doskonałe. Jednak obo-

²⁹ G. Radbruch, *Ustawa i prawo*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 162–163.

³⁰ Augustyn, *O wolnej woli*, [w:] *Filozofia prawa. Wybór...*, s. 83.

³¹ Tamże, s. 84.

³² Tamże, s. 85.

³³ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] *Filozofia prawa. Wybór...*, s. 226.

³⁴ G. Radbruch, *Ustawa i prawo...*, s. 163.

wiązkiem tworzących prawo w konkretnej rzeczywistości historycznej jest zmierzanie do ideału.

Koncepcja prawa zwana niepozytywistyczną w przeciwieństwie do koncepcji pozytywistycznej uznaje, że związek między prawem a moralnością jest konieczny. Pojęcie prawa należy tak zdefiniować, aby zawierało elementy moralne. Nie wyklucza się jednak z pojęcia prawa elementów autorytatywnego stanowienia i społecznej skuteczności³⁵. Elementy te stanowią integralną część pojęcia prawa. Przyjmując te założenia za niepozytywistyczną koncepcję prawa, możemy uznać koncepcję prawa Tomasza z Akwinu, której definicja została wcześniej przytoczona. Oczywiście sam Tomasz z pewnością by tak jej nie nazwał.

Nazwy „niepozytywistyczna koncepcja prawa” zaczęto używać znacznie później, dopiero pod koniec pierwszej połowy lat 80. XX w., kiedy to w efekcie tzw. debaty podstawowej, która toczyła się w niemieckiej filozofii prawa, zrodziły się niepozytywistyczne koncepcje prawa. Cechują się one całkowicie odmiennym podejściem do krytyki pozytywizmu. Jak słusznie zauważono w doktrynie, „w opracowanej w ich ramach antypozytywistycznej argumentacji występują oprócz znanych już z koncepcji prawnonaturalnych argumentów o charakterze aksjologicznym czy normatywnym także argumenty czysto analityczne”³⁶.

Prekursorem niepozytywistycznej koncepcji prawa w niemieckiej filozofii prawa był Ralf Dreier. Czołowym przedstawicielem współczesnego nurtu niepozytywistycznego jest Robert Alexy. Dokonał on interpretacji formuły Radbrucha przytaczając argumenty w obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa. W skutecznej obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa najważniejsze — zdaniem Alexy’ego — jest racjonalne uzasadnienie przynajmniej minimalnych postulatów moralnych tworzących jądro elementarnych praw człowieka, a jeśli nie jest to możliwe, należy powołać się na praktykę państw respektujących tradycję praw człowieka³⁷. Niepozytywistyczna definicja prawa sformułowana przez Alexy’ego zakłada, że prawo jest systemem norm, który (1) przyjmuje roszczenie do bycia słusznym; zawiera (2a) normy należące do (w zasadzie) społecznie skutecznej konstytucji, które nie są ekstremalnie niesprawiedliwe, oraz (2b) wszystkie normy, które są ustanowione w zgodzie z konstytucją, wykazują przynajmniej minimalną społeczną skuteczność lub szansę na taką skuteczność, a także nie są ekstremalnie niesprawiedliwe; i do którego to systemu należą (3) te zasady i inne argumenty normatywne, na których opiera się lub opierać się musi procedura stosowania prawa, tak aby zapewnić zaspokojenie roszczenia słuszości³⁸.

Zaproponowany przez Alexy’ego model uniwersalnego rozumienia formuły Radbrucha, który można nazwać teorią *Unrechtsstaat*, dominuje we współczesnej doktrynie i jest reprezentowany np. przez R. Dreiera, H. Gedderta, W. Otta³⁹. W tym ujęciu

³⁵ J. Potrzezecz, *Idea prawa...*, s. 60.

³⁶ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Kilka uwag o niepozytywistycznej...*, s. 56.

³⁷ R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji...*, s. 49.

³⁸ Por. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Recht*, Freiburg–München 1992, s. 201.

³⁹ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa...*, s. 69–70.

formuła Radbrucha ma węższy zakres możliwego zastosowania, ograniczony do przypadków rozliczania bezprawia, zwłaszcza w byłych totalitarnych reżimach, również komunistycznych. Należy jednakże zwrócić uwagę na jeszcze inną możliwość interpretacji formuły Radbrucha. Interpretacja ta — uwzględniająca całość filozofii prawa Radbrucha, a w szczególności teorię idei prawa i panujących w ramach tej idei antynomii wartości prawa — może znaleźć szerszy zakres zastosowania, ponieważ wpisuje się w realia współczesnego demokratycznego państwa prawa. To szersze ujęcie interpretacyjne formuły Radbrucha można nazwać teorią *Rechtsstaat*. Najbardziej rozbudowaną tego typu teorię przedstawił Arthur Kaufmann⁴⁰. Przydatność teorii idei prawa, w interpretacji Kaufmanna, na drodze dochodzenia do słusznego prawa, zostanie szerzej omówiona w następnym punkcie.

Współcześnie nurt teorii niepozytywistycznych staje się coraz bardziej popularny. Reprezentują go także m.in. J. Habermas, R. Dworkin i J. Rawls. Najbardziej wpływowym w kulturze anglosaskiej filozofem prawa jest obecnie R. Dworkin⁴¹. W przeciwieństwie do H.L.A. Harta⁴², według którego prawo jest systemem reguł pierwotnych i wtórnych, Dworkin twierdzi, że prawo składa się nie tylko z reguł, ale także z zasad, które stosują sędziowie w argumentacji prawniczej. Koncepcja prawa Dworkina zaliczana jest do niepozytywistycznych koncepcji z uwagi na przyjmowanie konieczności związku między prawem a moralnością. Jednakże moralność pojmowana jest przez niego jako moralność społeczna, będąca w istocie moralnością instytucjonalną wpisaną w prawa i instytucje danego społeczeństwa⁴³. Dworkin nie proponuje prawnikom postawy wartościującej wobec prawa, co jest obecne w doktrynach prawa natury. „Dworkin rezygnuje z wprowadzenia argumentu prawnonaturalnego, bo uważa, podobnie jak pozytywiści, że na gruncie koncepcji prawa natury nie daje się utrzymać koncepcji legalności”⁴⁴. Uzasadniając liberalną praktykę prawniczą, stoi na gruncie relatywizmu etycznego. Decydującą rolę w określaniu treści prawa odgrywają argumentujący prawnicy, którzy nie są związani żadnym obiektywnie istniejącym prawem, po pozbyciu się tzw. żądła semantycznego nie są także związani żadnym uniwersalnym pojęciem prawa. Zdaniem Dworkina, „prawo to pojęcie interpretacyjne. Sędziowie powinni orzekać, jakie ono jest, interpretując praktykę innych sędziów orzekających, jakie ono jest”⁴⁵. Warto przypomnieć, że według Alexy’ego, w niepozytywistycznym ujęciu prawa zakłada się przynajmniej rudymentarną formę nierelatywnej etyki. Jego zdaniem, sam G. Radbruch uznał podstawowe prawa człowieka za wartości nierelatywne⁴⁶.

⁴⁰ Tamże, s. 69–70.

⁴¹ Zob. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998; tegoż, *Imperium prawa*, Warszawa 2006.

⁴² Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998; tegoż, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] tegoż, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 49–87.

⁴³ Por. M. Zirk-Sadowski, *Wstęp*, [w:] R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. XX.

⁴⁴ Tamże, s. XII.

⁴⁵ R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 411.

⁴⁶ R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa...*, s. 45.

Wydaje się, że relatywizm etyczny jest obecny w większym stopniu w anglosaskiej jurysprudencji niż w niemieckiej filozofii prawa. W związku z tym w obu tych kulturach prawnych w duchu niepozytywizmu może wprawdzie być przyjmowana konieczność istnienia związku między prawem a moralnością, ale ta moralność może być różnie pojmowana⁴⁷. Charakterystyczne jest, że Dworkin nazywa „mocnymi teoriami prawnonaturalnymi” teorie, „według których forma organizacji politycznych, by mogła w ogóle być uznana za system prawny, musi spełniać pewne minimalne standardy sprawiedliwości”⁴⁸. Dworkin z pewnością nie zaakceptowałby pojęcia ustawowego bezprawia, bo jak twierdzi, „nie musimy zaprzeczać, że system nazistowski stanowił przykład systemu prawnego, ponieważ istnieje jakieś znaczenie tego słowa, w którym bez wątpienia stanowił on prawo”⁴⁹.

Niepozytywistyczna koncepcja prawa — w moim rozumieniu — to koncepcja maksymalistyczna, której integralnymi elementami są zarówno klasyczne wartości prawnonaturalne, jak i tzw. zasady poprawnej legislacji, lub inaczej, wartości składające się na wewnętrzną moralność prawa⁵⁰. Można zatem powiedzieć, że jest to koncepcja, która powstała w wyniku przyjęcia przez klasyczną koncepcję prawnonaturalną „maksimum formy prawa pozytywnego”.

III. PRZYDATNOŚĆ TEORII IDEI PRAWA W PROCESIE DOCHODZENIA DO SŁUSZNEGO PRAWA

Teoria idei prawa wypracowana przez G. Radbrucha i rozwinięta przez jego ucznia A. Kaufmanna stanowi jedną z odmian niepozytywistycznej koncepcji prawa. Obejmuje zarówno elementy formalne, jak i elementy materialne prawa⁵¹. Jest wyrazem poszukiwania tzw. „trzeciej drogi”, której zadaniem jest łagodzenie ostrego przeciwstawiania pozytywizmu prawniczego i iusnaturalizmu.

Interpretacja formuły Radbrucha, z uwzględnieniem całej jego filozofii prawa, zaproponowana przez Kaufmanna, doskonale wpisuje się w realia współczesnego demokratycznego państwa prawa i może stanowić użyteczne instrumentarium w procesie dochodzenia do słusznego prawa, szczególnie w działalności orzeczniczej TK.

⁴⁷ Na poparcie tego poglądu można zacytować następujące spostrzeżenia J. Habermasa, poczynione podczas dyskusji na spotkaniu naukowym prowadzonym m.in. przez R. Dworkina: „Chciałbym wyjść od interesującej różnicy w klimacie i tle dyskusji, w których uczestniczyłem po tej i po tamtej stronie Atlantyku. Filozoficzni partnerzy w Niemczech przystępują do zasadniczej debaty i często wnoszą do niej normatywnie nasycone pojęcia osoby oraz metafizycznie obciążone koncepcje natury, aby w tonie raczej sceptycznym zastanawiać się nad tym, czy inżynieria genetyczna będzie się rozwijała (zwłaszcza w dziedzinie hodowli narządów i medycyny rozrodu), natomiast kolegów amerykańskich interesuje raczej, jak wdrożyć ów rozwój, sam w sobie zasadniczo już niekwestionowany, a wykraczający poza stosowanie terapii genowych w stronę *shopping in the genetic supermarket*”; J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej...*, s. 82–83.

⁴⁸ R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 106.

⁴⁹ Tamże, s. 107.

⁵⁰ Zob. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004.

⁵¹ Szerzej na ten temat J. Potrzebszcz, *Sprawiedliwość jako idea prawa*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 65–76; zob. także U.A. Kosielińska-Grabowska, *Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha*, [w:] *Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej*, red. B. Wojciechowski, M.J. Golecki, Toruń 2008, s. 75–96.

Elementy idei prawa (sprawiedliwość, celowość i bezpieczeństwo prawne) „wyczerpują znamiona uniwersalnego kryterium oceny jakości prawa, ponieważ pozwalają na racjonalną identyfikację, kontrolę i rozwiązywanie konfliktów pomiędzy różnymi wartościami prawa z zachowaniem homeostazy systemu jako całości”⁵². Szeroko pojmowana sprawiedliwość utożsamiana jest z ideą prawa, zatem „prawo słuszne jest nie tylko prawem celowym i równym dla wszystkich, lecz także bezpiecznym. Pomiedzy pozytywnością i słuszością prawa występuje rodzaj sprzężenia zwrotnego: «Pozytywność prawa staje się w ten bardzo znaczący sposób przesłanką jego słuszości: cechą prawa słusznego jest w równym stopniu bycie pozytywnym, jak zadaniem prawa pozytywnego jest bycie treściowo słusznym»”⁵³.

Gustaw Radbruch przewidywał możliwość wyposażenia sądów wyższej instancji w kompetencje usuwania z systemu prawnego takich norm prawnych, które nie spełniają w dostatecznym stopniu standardów jakości. Podkreślał, że wszelkie próby kwestionowania i oceny obowiązywania danego prawa pozytywnego należy podejmować z uwzględnieniem zarówno punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego, jak też sprawiedliwości i celowości. Należy tak czynić, ponieważ te trzy tendencje idei prawa wspólnie opanowują prawo ze wszystkich jego stron, chociaż w stosunku do siebie mogą wystąpić w ostrych przeciwieństwach⁵⁴.

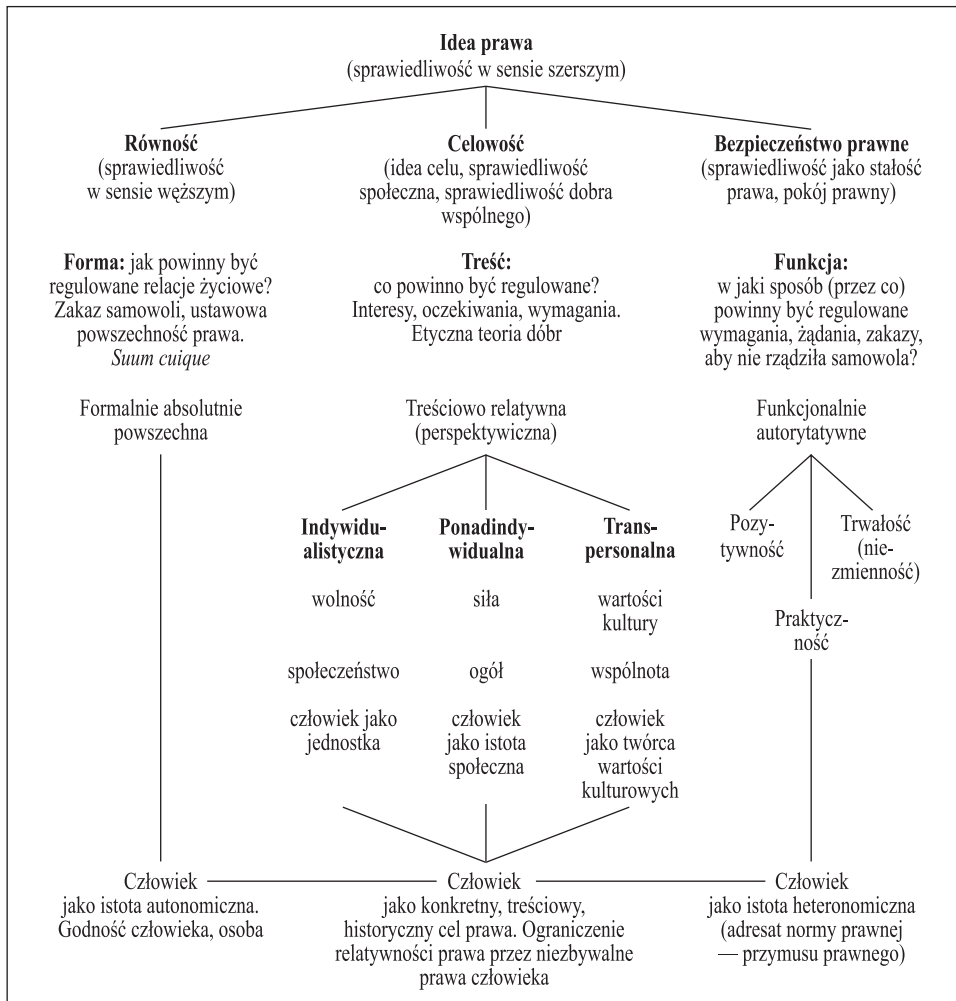
Atrakcyjność i przydatność twórczej interpretacji teorii idei prawa, zaproponowanej przez A. Kaufmanna, polega przede wszystkim na tym, że doprecyzował on rozumienie poszczególnych elementów składających się na ideę prawa oraz dopowiedział to, czego Radbruch nie zdążył powiedzieć, chociaż „filozofował o treści prawa”. Zdaniem Kaufmanna, Radbruch wyraźnie zmierzał w kierunku określenia podstaw słusznego prawa, tj. w kierunku natury rzeczy, w kierunku człowieka jako podstawy prawa. Sposób doprecyzowania przez Kaufmanna rozumienia idei prawa można ukazać za pomocą tabeli (na s. 66) opracowanej na podstawie schematu autorstwa Kaufmanna (zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 155).

Filozofia prawa G. Radbrucha zainspirowała Kaufmanna do tworzenia własnych koncepcji filozoficznoprawnych. Kaufmann uważa, że idea prawa jest odbiciem idei człowieka w jego potrójnym kształcie: jako istoty autonomicznej (człowiek kształtujący prawo), jako istoty będącej celem samym w sobie (człowiek jako cel prawa), a także jako istoty heteronomicznej (człowiek poddany prawu — adresat prawa). Sprawiedliwość *sensu largo* zawiera trzy aspekty: równość (tj. sprawiedliwość *sensu stricto*), celowość (według innej terminologii: sprawiedliwość społeczna albo sprawiedliwość dobra wspólnego) i bezpieczeństwo prawne (pokój prawny). W przypadku równości chodzi o formę sprawiedliwości, w przypadku celowości o treść sprawiedliwości, natomiast w przypadku bezpieczeństwa prawnego o funkcję sprawiedliwości. Kaufmann zastrzega jednak, że rozróżnienie na formę, treść i funkcję sprawiedliwości

⁵² J. Zajadło, *Bezpieczeństwo — celowość — sprawiedliwość: antynomie idei prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, t. 11, s. 248.

⁵³ Tamże, s. 245.

⁵⁴ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), [w:] tegoż, *Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie*, t. II, Heidelberg 1993, s. 306.



ści wynika jedynie z potrzeby systematycznego rozgałęzienia aspektów sprawiedliwości. W rzeczywistości sprawiedliwość jest zawsze formą, treścią i funkcją zarazem⁵⁵.

Rozważając relację sprawiedliwości i słuszności w prawie, A. Kaufmann krytycznie odnosi się do Arystotelesowskiego określenia słuszności jako „sprawiedliwości konkretnego przypadku”. Uważa, że każda norma musi przecież uogólniać. Nieвозможна do przyjęcia byłaby tak daleko idąca indywidualizacja, że właściwie dla każdego z osobna musiałaby być ustanowiona inna norma, bo każdy człowiek jest inny. Podważałoby to sens istnienia powszechnie obowiązującego prawa, wprowadzałoby chaos i dowolność rozstrzygnięć⁵⁶. Uogólnianie może mieć jednak różny zakres. Należy zachować „złoty środek”, aby istotę prawa utrzymać na poziomie zdrowej

⁵⁵ Por. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 154.

⁵⁶ Tamże, s. 158–160.

równowagi, nie popadając w petryfikację przesadnego uogólniania, jak również w rozplnięcie się w przesadnej indywidualizacji⁵⁷. W procesie określania treści konkretnego prawa najwyraźniej występuje zjawisko relatywizmu. Relatywizm ten może być ograniczany przez prawa człowieka oraz przez uniwersalne zasady prawa, które — zdaniem Kaufmanna — odgrywają ważną rolę we współczesnej dyskusji filozoficzno-prawnej. Wprawdzie nie stanowią one gotowych recept na rozwiązanie wszelkich trudnych przypadków, ale stanowią ważny punkt argumentacyjny, w szczególności w sprawach dotyczących ochrony mniejszości i słabszych⁵⁸. Jako przykłady uniwersalnych zasad i ich zastosowania w zakresie bioetyki podaje Kaufmann: zasadę *suum cuique*, złotą regułę (kazanie Jezusa na Górze), imperatyw kategoryczny I. Kanta, zasadę bezstronności J. Rawlsa, zasadę odpowiedzialności H. Jonasa oraz sformułowaną przez siebie zasadę tolerancji, która brzmi: działaj tak, aby skutki twego działania były możliwe do pogodzenia z możliwie najszerszym zapobieganiem albo zmniejszeniem ludzkiej nędzy, a więc szanuj i uznawaj także tych, których życie w społeczeństwie niewiele znaczy: upośledzonych, nienarodzonych, umierających, którzy cynicznie są określani jako „niewarci życia” — negatywny utylitaryzm⁵⁹. Zasada tolerancji sformułowana przez A. Kaufmanna stanowi swoiste *credo*, o czym świadczy umieszczenie jej także w postaci motta w jego ostatnim wielkim dziele, którym jest *Rechtsphilosophie* z 1997 r.

Arthur Kaufmann, jako przedstawiciel hermeneutyki prawniczej, zabrał głos w sprawie opozycji pozytywizmu prawniczego i iusnaturalizmu. Zaproponował niepozytywistyczną koncepcję prawa, tzw. „trzecią drogę”. Uważa, że nie można oddzielać pozytywności prawa i jego treściowej zgodności z prawem naturalnym. Obydwa te aspekty są ze sobą ściśle połączone. Pozytywność prawa jest jego stroną egzystencjalną, a prawo naturalne stanowi esencję prawa. Kaufmann przedstawił także procedurę dochodzenia do słusznego prawa w drodze dyskursu argumentacyjnego. Proces znajdowania prawa polega, jego zdaniem, na wzajemnym przyrównywaniu norm prawnych do konkretnych warunków życia. O ile stosowanie prawa polega na przyrównywaniu normy prawnej do konkretnych, rzeczywistych warunków życia, o tyle stanowienie prawa oznacza przyrównywanie podstawowych zasad prawa (idei prawa) do przyszłych możliwych warunków życia. Odbywa się to w procesie myślowym mającym strukturę koła hermeneutycznego, oznacza przechodzenie tam i z powrotem od normy do przypadku i od przypadku do normy⁶⁰. W procesie urzeczywistniania słusznego prawa, jak podkreśla A. Kość, dochodzą do głosu wartości, które wykraczają poza same elementy porządku, a które powinny być uwzględnione w takim stopniu, w jakim pozwala na to materiał zawarty w uwarunkowaniach rzeczywistości

⁵⁷ Zob. na ten temat szerzej: A. Kość, *Typ i indywidualność w praktyce prawnej*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2003, z. 1, s. 15.

⁵⁸ A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie...*, s. 181–186.

⁵⁹ Tamże.

⁶⁰ Por. A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache”*, Heidelberg 1982, s. 36–37; zob. także M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Arthura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*, Warszawa–Poznań 1992, s. 42–45, 60.

społecznej⁶¹. Zdaniem A. Kościa, „ponieważ idea prawa jako idea wartości kryje w sobie nieskończone zadanie, które w uwarunkowaniach rzeczywistości ludzkiej nigdy nie będzie rozwiązane do końca, przy jej badaniu zawsze wynikną różnice między poziomem powinnoego prawa słusznego a każdorazowym stanem konkretnego prawa pozytywnego. Tutaj więc funkcję idei prawa można określić jako twórczy «niepokój» w celu doskonalenia prawa pozytywnego w ramach ludzkich możliwości”⁶².

Warto podkreślić, że na możliwość zastosowania hermeneutyki w wykładni prawa dokonywanej w orzecznictwie sądów, a w szczególności TK, zwrócił już uwagę T. Stawecki⁶³. Przydatność dorobku myślowego niemieckiej filozofii prawa, w tym także teorii idei prawa, w procesie dokonywania wykładni prawa została dostrzeżona również przez T. Spyry, który uważa, że konkretne decyzje normatywne można ująć jako wyniki ważenia wartości (ideałów). Jego zdaniem, „poszczególne reguły (konkretne decyzje normatywne) połączone są ze sobą relacją podobieństwa w świetle wartości, których wyniki ważenia stanowią. Uzasadnienie reguły (konkretnej decyzji normatywnej) polega zatem zawsze na uzasadnieniu podobieństwa. Uzasadnienie podobieństwa ma aspekt pojęciowy i aspekt intuicyjny. [...] Każde prawnicze uzasadnienie zawiera konieczny aspekt ponadracjonalności”⁶⁴. Ponadto Spyra słusznie podkreśla, że w procesie uzasadniania ważenia wartości rysuje się sieć ważeń mająca charakter holistyczny, zatem „tak rozumiany analogiczny charakter argumentacji zbliża się do tezy o analogicznym charakterze wykładni według A. Kaufmanna”⁶⁵. Nauka prawa — zdaniem T. Spyry — nie jest w stanie wskazać bezwzględnego kryterium prawidłowości prawniczych decyzji interpretacyjnych, chociaż idea prawidłowości jest immanentna dla prawa, istnieje w sposób absolutny jako idea regulatywna, można jednak wyróżnić prawidłowość relatywną, wyznaczoną regułami prawniczej argumentacji. W konsekwencji „poszukiwanie kryteriów prawidłowości relatywnej to wszystko, co jest w stanie zdziałać nauka prawa. Z jednej strony mamy ideę regulatywną prawidłowości absolutnej, z drugiej zaś prawidłowość relatywną, która zapewnia jedynie prawdopodobieństwo podjęcia prawidłowych w sensie absolutnym decyzji. Uświadamia nam to, że prawo jest jedynie pewną niedającą się zrealizować ideą, a rządy prawa są zawsze w pewnym zakresie rządami siły. [...] System rządów prawa w połączeniu z demokracją zapewnia największy możliwy udział racjonalności w życiu publicznym. Pełna realizacja ideału nie jest możliwa. Prawoznawstwu pozostaje jedynie poszukiwanie kryteriów, które w najlepszym razie pozwalają na niewielkie zbliżenie się do niego”⁶⁶. Podobną myśl wyraziła już Janina Zakrzewska, określając zadanie stojące przed TK: „Droga od przepisu prawa choćby najwyższej rangi do jego

⁶¹ Por. A. Kość, *Znaczenie idei prawa dla tworzenia dobrego prawa*, Lublin 2003, s. 7.

⁶² Tamże, s. 8.

⁶³ Zob. T. Stawecki, *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 89–115.

⁶⁴ T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa–Kraków 2006, s. 248.

⁶⁵ Tamże, s. 249.

⁶⁶ Tamże, s. 256–257.

realizacji nie jest ani prosta, ani krótka. «Między ideę a rzeczywistość / Pomiedzy zamiar / I dokonanie / Pada cień» — pisze poeta. Jest również troską trybunału, aby ta droga między zamiarem a dokonaniem nie była zbyt długa i zbyt skomplikowana⁶⁷.

Lektura orzecznictwa TK od początku jego działalności uświadomiła mi, że zasadniczo w sposobie argumentowania *de facto* obecna jest racjonalność ukierunkowana na realizację ideałów będących integralną częścią Radbruchowskiej idei prawa. TK dostrzega wszystkie aspekty idei prawa jako sprawiedliwości w sensie szerszym. Rozważa poszczególne argumenty płynące z idei prawa oceniając ich przydatność w procesie dochodzenia do słusznego prawa⁶⁸. Analiza orzecznictwa TK ukierunkowana na elementy tworzące ideę prawa pozwoliła ująć działalność orzeczniczą tego sądu w sposób syntetyczny w postaci racjonalnego systemu argumentacji. Korzyści płynące z teorii idei prawa dla działalności orzeczniczej Trybunału są znaczące. TK bowiem wychodząc ponad fragmentaryczne ujęcia wznosi się, aby widzieć z góry cały system prawa jako system wartości, zmierza zatem w kierunku idei prawa. Poszczególni sędziowie nie tylko jako dobrzy rzemieślnicy, ale także po części filozofowie mogą wykorzystać instrumentarium zaproponowane przez filozofię prawa, aby w duchu platońskim „z jedności zrobić wielość, a z wielości zrobić jedność”, czyli wielość wartości wyrażonych w zasadach sprowadzić do jednej idei prawa.

Należy podkreślić, że tylko dzięki faktycznej obecności w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego dowodów na przyjmowanie przez orzekających sędziów postawy wartościującej wobec prawa możliwe było zakończenie pozytywnym — jak chcę wierzyć — skutkiem zrekonstruowanie idei prawa na podstawie *acquis constitutionnel* tego Trybunału.

SUMMARY

of the article:

Usefulness of Non-Positivist Conception of Law
in the Process of Achievement of Right Law by the Constitutional Tribunal

When examining the activity of the legislature and the Constitutional Tribunal from the viewpoint of philosophy of law, it is worth noting that these bodies contribute to create a proper system of law, taking care that the law so created meets high quality standards and is a right law. This rightness manifests itself in both the form and content of law. The Constitutional Tribunal, as a court of law, may correct possible errors made by the legislator. It has a supporting role in the shaping of the system of law. However, this role is exceptional, due to an obligation to make final decisions on, inter alia, matters of protection of constitutional values, including human-wide values. In the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, there are examples of statements in which it recognized extra-positive nature of these values (e.g. Decision of May 28, 1997, K 26/96, Judgment of September 30,

⁶⁷ J. Zakrzewska, *Trybunał Konstytucyjny — konstytucja — państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 1, s. 11.

⁶⁸ J. Potrzezecz, *Idea prawa...*, s. 260.

2008, K 44/07), thereby revealing non-positivist method of argument used by that court. In the opinion of the author, the Tribunal, owing to its position in the democratic state ruled by law, may combine in its judgment elements of positive law and natural law.

The Tribunal's activity in the process of achievement of right law also means its acceptance of non-positivist conception of law. Presently, there exist many variants of non-positivist conception of law (e.g. those of R. Dreier, R. Alexy, R. Dworkin, J. Habermas, J. Rawls) which recognize the necessary connection between law and morality. Nevertheless, morality is understood in different ways. According to the author, the best protection of every person is to be provided by such understanding of law that is based on human-wide morality. Non-positivist conception of law, in her opinion, is a maximalist conception whose integral elements include both classical values of natural law and the so-called principles of correct legislation.

In the process of achievement of right law by the Tribunal, one of the variants of non-positivist conception, i.e. the idea of law (*Rechtsidee*) formulated by G. Radbruch and developed by A. Kaufmann, may prove to be useful. It perfectly matches the realities of modern democratic state ruled by law and includes both formal and material elements of law.