

Dietmar von der Pfordten

Uniwersytet Georga-Augusta w Getyndze

Czym jest Prawo? Cele i środki

1. Filozoficzna perspektywa spojrzenia na prawo

Podobnie jak wiele innych fenomenów, prawo może być badane w różny sposób i pod różnym kątem. W perspektywie doktrynalnej jest ono przede wszystkim normatywną podstawą wydawania decyzji oraz rozpatrywania spraw. W perspektywie historycznej można na nie spojrzeć jako na obiekt ewoluujący w czasie i stanowiący integralną część historii ludzkości. Dla socjologa prawo mieści się w dziedzinie faktów społecznych, jest instytucją wchodzącą w relacje z innymi instytucjami społecznymi w rodzaju polityki i ekonomii. Wreszcie z dość wąskiego, wewnętrznego punktu widzenia, prawo może być opisane jako przedmiot „ogólnej teorii prawa”, czy też „czystej teorii prawa”, czy – w wąskim znaczeniu – prawoznawstwa¹. Czym zatem jest filozoficzny, odmienny przecież od wymienionych, punkt widzenia prawa? Odpowiedź na to pytanie zależy oczywiście od sposobu, w jaki postanawiamy rozumieć filozofię w ogóle. Co zatem odróżnia filozofię od pozostałych naukowych i akademickich dyscyplin w rodzaju dogmatyki, historii, socjologii czy ogólnej teorii prawa?

Trzy elementy są charakterystyczne dla poszukiwań naukowych:

- 1) ustalony **przedmiot**,
- 2) **cel** poszukiwań,
- 3) oraz służące temu **środki** – **metoda**.

Przykładowo, przedmiotem biologii są istoty żywe, celem ich opis, a metodą badania empiryczne: indukcja, stawianie hipotez, formułowanie teorii i tym podobne. Co zatem może zostać uznane za przedmiot, cel i metodę filozofii? Następujące spostrzeżenia wydają się być tutaj kluczowe.

1. Filozofia nie posiada sztywno ustalonego przedmiotu, nie odnosi się do rzeczy czy faktów określonego rodzaju, w odróżnieniu od fizyki (energia i materia), biologii (istoty żywe), socjologia (społeczeństwo) czy lingwistyki (język).
2. W takim razie – ponieważ określone wycinki rzeczywistości czy rodzaje faktów są przypisane poszczególnym dziedzinom wiedzy – przedmiotem filozofii musi być coś zgoła innego.

¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wiedeń 1960, s. 1; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 1995, s. 11, 18, 288. W tekście, zgodnie z życzeniem autora, utrzymano odniesienia bibliograficzne do dzieł oryginalnych.

3. Skoro filozofia rozumiana jest jednak jako pewien rodzaj poszukiwań naukowych, nie może być zupełnie bezprzedmiotowa. Zatem najwyraźniej nie może ona zostać ograniczona do jednego, właściwego sobie, celu czy jednej metody.

Każdą działalność człowieka daje się zrozumieć w kategoriach środków i przyświecających jej celów. Ten rodzaj działalności, który nazywamy nauką, a który polega na dążeniu do wiedzy, musi posiadać swój przedmiot, gdyż wiedza jest wiedzą o **czymś**. Nauka zawsze jest relacyjna, czy dokładniej, intencjonalnie nakierowana na jakiś szczególny obiekt. Podobnie jak w przypadku przedmiotów matematycznych, obiekt ten wcale nie musi być czymś realnie istniejącym albo mającym odniesienie w realnym świecie. Jeśli badanie poszczególnych rzeczy i faktów przypisane jest do poszczególnych dziedzin wiedzy naukowej, jedynym przedmiotem pozostawionym filozoficznym dociekaniom wydaje się być **powiązanie i relacje pomiędzy przedmiotami innych nauk**. Innymi słowy, **świat jako całość**, rozumiany tutaj nie jako prosta kolekcja przedmiotów poszczególnych nauk, lecz raczej w abstrakcyjnym, nie-empirycznym ujęciu.

Badania filozoficzne mają zatem na celu zrozumienie określonych fenomenów w rodzaju prawa, języka, wiedzy czy człowieczeństwa w kontekście powiązań między poszczególnymi rzeczami, obiektami czy faktami składającymi się na rzeczywistość². Oznacza to, że tak naprawdę żaden z przedmiotów badanych przez filozofię nie jest rozpatrywany w izolacji, jak to na przykład ma miejsce w przypadku „ogólnej teorii prawa”, ani też że nie może być rozpatrywany w relacji do jakiegoś pojedynczego obiektu, jak w przypadku prawa, polityki czy ekonomii badanych przez nauki społeczne jedynie w odniesieniu i na tle społeczeństwa. Przyjęcie perspektywy filozoficznej w badaniach nie oznacza jednak konieczności odwołania do jakiegokolwiek idealnej czy transcendentalnej rzeczywistości. Choć założenie jej istnienia jest składnikiem wielu z najbardziej charakterystycznych stanowisk w obrębie filozofii, a przykładem niech będzie teoria idei Platona czy *Pierwszy Poruszyciel* Arystotelesa, nie stanowi ono bynajmniej pojęciowego warunku koniecznego uprawiania badań filozoficznych.

Z kolei cel tych badań w znacznym stopniu zależy od ich przedmiotu. Jeżeli tym ostatnim jest, jak już ustaliliśmy, relacja unifikująca i spinająca ze sobą przedmioty i fakty składające się na postrzeganą przez nas rzeczywistość, celem filozofii może być wyłącznie wypracowanie **najszerzego możliwego spojrzenia**. Spojrzenia tego nie powinno się przy tym interpretować jako prostej kolekcji wizji poszczególnych wycinków rzeczywistości oferowanych przez nauki szczegółowe. Choć wiedza na temat szczegółów ma dla filozofa znaczenie, to nie ogranicza on swych działań do tworzenia encyklopedycznego opisu. Podobnie, skoro celem filozofii staje się wypracowanie możliwie najszerszego spojrzenia, nie widać powodów, dla których powinno się w jakiś sposób z góry ograniczać metody filozofii służące osiągnięciu tego celu. Metodą filozofii może zatem być każda z metod znanych na gruncie dowolnych innych nauk. W grę wchodzić będzie nie tylko dedukcja (jak w matematyce czy logice), badania empiryczne (jak w naukach przyrodniczych i większości społecznych), ale także opis (jak w przypadku czystej teorii prawa).

Zadajmy sobie teraz pytanie, jakie wnioski płyną z tego wszystkiego dla filozofii prawa³? Wygląda na to, że zadaniem filozofii prawa nie jest ani badanie poszczególnych wymogów orzekania, co może wydawać się najważniejsze z punktu widzenia doktryny, ani historycznych zmian, jakim poddawana jest instytucja prawa, co z kolei wydaje się

² Platon, *Laches*, 199d4–e5, Państwo, 504d7–505a4; A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Darmstadt 1961; L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main 1995, s. 11.

³ D. von der Pfordten, *Was ist und Wozu Rechtsphilosophie?*, „Juristenzeitung“ 2004/59, s. 157–166.

najważniejszym celem historii prawa, ani nawet sposobu, w jaki prawo funkcjonuje w ramach społeczeństwa. Celem filozofii prawa jest wypracowanie możliwie najszerszego spojrzenia na prawo, jego związki z pozostałymi elementami rzeczywistości, przy użyciu wszystkich dostępnych i nadających się do tego metod.

Dalsza charakterystyka filozoficznego podejścia do prawa nie jest jednak łatwa. Przede wszystkim, w dzisiejszych czasach trudno zakładać istnienie jakiejś wyróżniającej prawo **esencji** czy **istoty**, do której odwoływać mogłyby się filozoficzne dociekania. Metafizyka bez wątpienia znajduje się w odwrocie, a to za sprawą zastrzeżeń epistemologicznych sformułowanych przez Kanta, ale także wielu innych prominentnych filozofów⁴. Idąc ich tropem, powinniśmy scharakteryzować przedmiot filozofii prawa nie w kategoriach obiektów o określonej **naturze**, lecz raczej w kategoriach koniecznych warunków występowania fenomenu, który nazywamy prawem. To one będą najważniejsze w kontekście uchwycenia związków prawa z całą resztą faktów i przedmiotów składających się na rzeczywistość.

Moim zdaniem obiecującą strategią uprawiania filozofii prawa jest więc badanie koniecznych składników **pojęcia** prawa. Jej powodzenie opiera się na założeniu, że nie sposób wskazać na taki rzeczywisty przejaw fenomenu prawa, który jednocześnie pozbawiony byłby cech korespondujących z okolicznościami uznanymi za konieczne przez definicję prawa. Prawo (przynajmniej to rozumiane pozytywnie) uznać należy za konstrukt społeczny, fakt społeczny i trudno oczekiwać, że definicja służąca do jego społecznego ufundowania może się rozmiąć z rzeczywistą treścią tego fenomenu. W przypadku opartych na społecznych konwencjach fenomenów tego rodzaju dysonans jest po prostu niemożliwy z definicji. Wynika stąd, że filozofia prawa będzie niczym innym, jak próbą zrozumienia miejsca pojęcia prawa w posiadanej przez nas siatce pojęciowej, w schemacie pojęciowym, który służy do opisu i ujmowania rzeczywistości.

2. Prawo jako forma działalności człowieka

Biorąc pod uwagę samo pojęcie prawa, mówić możemy o prawie boskim, naturalnym albo ludzkim (pozytywnym). Nas interesować będzie, jak czytelnicy mogli już się zorientować, wyłącznie to ostatnie pojęcie. Jednak gdy powiemy, że prawo ludzkie jest nie tyle faktem naturalnym co społecznym, w niewielkim stopniu posunie nas to do przodu. Faktów społecznych jest bowiem cała masa: polityka, ekonomia, religia, moralności, kultura. Czym zatem specjalnym miałyby się tutaj wyróżniać prawo? Kluczowe w tym kontekście wydaje się spostrzeżenie, że prawo z konieczności jest czymś, co jest **czynione**, jest **produktem działalności człowieka**, rozumianym wespół z zamierzonymi lub chociaż możliwymi do przewidzenia konsekwencjami⁵. Prawo jest czynem w dwóch znaczeniach: jako szeroko rozumiany fenomen, ale także jako poszczególne jego przejawy. Kiedy sędzia rozstrzyga sprawę, urzędnik podejmuje decyzję administracyjną, a parlament głosuje za określoną ustawą, w każdym z tych przypadków mamy do czynienia z jakąś formą działania.

Uznanie prawa za czyn, produkt działalności człowieka, umożliwia wykonanie następnego kroku: jeśli prawo, z uwagi na wymogi pojęciowe, jest rodzajem czynu, jego właściwe zrozumienie wymaga wzięcia pod uwagę własności posiadanych przez czyny właśnie. Ale jakie są te własności? Przynajmniej dwa konieczne elementy wchodzą

⁴ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Edited by the Prussian Akademie, Berlin 1904/11, Vol. III, s. 57.

⁵ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 2003, s. 11. „Recht ist Menschwerk”.

w zakres pojęcia czynu⁶. Jego **cel** czy też intencja i prowadzący do tego celu (szeroko rozumiany) **środek**. Występują one w każdym przypadku, choć niekiedy kategoria środków może wydawać się silnie zredukowana. Lecz choć prawo, jako produkt działania człowieka, z konieczności nakierowane jest na określone cele, nie wynika stąd, że w przypadku manifestowania się tego fenomenu za każdym razem musimy zakładać istnienie jakiegoś jednego, określonego celu, który charakteryzowałby prawo. W grę wchodzić może bowiem cały katalog celów, z których żaden nie przyświeca każdemu z przypadków, w jakich mamy do czynienia z prawem. Jak więc uzasadnić założenie, do którego oczywiście zmierzam, że taki wspólny cel jednak istnieje i wchodzi w zakres pojęcia prawa? Moim zdaniem rozwiązanie tego problemu jest następujące.

Pojęcia są dla nas użyteczne, ponieważ jesteśmy w stanie je od siebie odróżnić. Jeśli jednak chcemy odróżnić od siebie pojęcia charakteryzujące poszczególne sposoby czynienia, niezbędne wydaje się wskazanie na cel działania. Poleganie w tym względzie jedynie na środkach, za pomocą których działanie jest realizowane, nie zdaje egzaminu, gdyż te same środki – jak dobrze wiadomo – służyć mogą różnym celom, a co za tym idzie, realizacji wielu różnych działań. Przykładowo, przepisy oraz normy są stosowane nie tylko w przypadku prawa, ale także w kontekście moralności, religii czy polityki. Dla niektórych działań i ich efektów określony cel jest nie tylko konieczny, ale i wystarczający do odróżnienia ich od innych. Produkcja krzesel zdefiniowana może zostać zupełnie poprawnie jako służąca wytwarzaniu przedmiotów przeznaczonych do siedzenia. Forma i rodzaj materiału, z którego wykonane jest krzesło nie będą mieć tutaj najmniejszego znaczenia: krzesło może mieć trzy, cztery czy nawet pięć nóg. Może być wykonane z drewna, żelaza, plastiku, a nawet kamienia czy słomy. Czy jednak prawo, jako sposób i produkt działania człowieka, ma jakiś swój konieczny oraz wystarczający cel?

Zgodnie z moim stanowiskiem, specyficzny dla prawa cel jest elementem koniecznym definicji prawa, ale wciąż niewystarczający do tego, aby odróżnić prawo od instytucji społecznych, którym przyświecają podobne cele, choćby moralności. Dlatego musimy również wziąć pod uwagę szczególne środki, którymi posługuje się prawo. Z tego, moim zdaniem, wynika zasadnicza trudność w znalezieniu odpowiedniej definicji prawa.

3. Cele i środki jako sposób rozumienia prawa

Na przestrzeni wieków znaczenie środków oraz celów dla definicji prawa ulegało dość znacznym zmianom. Początkowo, od czasów starożytności do wieków średnich, nacisk kładziono właśnie na specyficzne cele prawa, odróżniające je od pozostałych fenomenów społecznych. Dla Platona czy Arystotelesa celem prawa i polityki było **dobro wspólne** rozumiane jako **sprawiedliwość**, a w przypadku Arystotelesa **eudajmonia**⁷. Środki prowadzące do realizacji tego celu nie grały większej roli. Także Cicero wskazywał na sprawiedliwość jako ogólny cel prawa⁸. Z kolei Tomasz z Akwinu definiował prawo jako rządy rozumu dla **wspólnego dobra**, ogłoszone i sprawowane przez tego, kto troszczy się o wspólnotę⁹. Choć wynika stąd, że celem ma być dobro wspólne, Akwinata wciąż wymienia też **sprawiedliwość**, zwłaszcza w odniesieniu do prawa pozytywnego¹⁰. W siedemnastym wieku nacisk na specyficzny cel

⁶ O konieczności istnienia celu czy intencji w każdym działaniu pisał choćby Arystoteles, *Etyka Nikomachejska* 1094a1.

⁷ Platon, *Państwo*, 327a1, 433a; Arystoteles, *Etyka...*, I 1, 1094a; V 1, 1129a; Arystoteles, *Polityka* 1328a36.

⁸ Cicero, *De Legibus*, I, 29.

⁹ Tomasz z Akwinu, *Summa Theologiae*, II-I, qu. 90, art. 4.

¹⁰ Tomasz z Akwinu, *Summa Theologiae*, II-II, qu. 57 i n.

prawa słabnie. Dobro, sprawiedliwość, eudajmonia, dobrobyt wspólnoty przestają być wymieniane jako główne cele prawa i polityki. Coraz bardziej liczą się środki, którymi mają być one realizowane. T. Hobbes zaproponował, aby prawo i politykę rozumieć w kategoriach dość ograniczonego celu: zagwarantowania swojego własnego istnienia¹¹. Utrzymywał też, że prawo składa się z poleceń suwerena¹², które później J. Austin nazwie rozkazami obwarowanymi sankcją¹³. J. Locke zakładał, że głównym celem prawa jest **zachowanie własności**, którą rozumiał w szerokim sensie jako obejmującą życie, wolność oraz własność dóbr materialnych¹⁴. Utylityści wyróżniali wprawdzie specyficzny cel, ale w także zredukowanej w stosunku do starożytności formie: **maksymalizacji szczęścia** rozumianej jako wspólny wysiłek wspierania stanów osobistego odczuwania przyjemności i unikania bólu¹⁵. Również I. Kant definiował prawo w oparciu o liberalne, zawężone cele: prawo obejmuje **ogół warunków, pod jakimi swobodne działania dowolnej osoby mogą zostać zharmonizowane ze swobodnymi działaniami dowolnej innej osoby, zgodnie z uniwersalnym prawem wolności**¹⁶. Także dla G.W.F. Hegla celem prawa była po prostu **wolność**¹⁷.

W dziewiętnastym i dwudziestym wieku sceptycyzm dotyczący istnienia jakichś koniecznych celów instytucji społecznych, relatywizm wartości i przyjęcie postawy pozytywistycznej w nauce doprowadziły do niemal całkowitego zaniknięcia prób zrozumienia prawa poprzez jego specyficzne cele. Zastąpiło je niemal wyłączne odwoływanie się do środków jako fundamentalnych cech definicyjnych. W Anglii J. Austin charakteryzował prawo jako „rozказы zaopatrzone w sankcję”¹⁸. W Niemczech R. v. Jhering sięgał po formalną definicję prawa jako obowiązujących norm przymusu państwowego¹⁹. Normy i przymus były dla niego istotnym środkiem realizacji prawa. Jednak R. von Jhering wskazał również na cel prawa, któremu środki te miały służyć – było nim zapewnienie warunków egzystencji społeczeństwa²⁰.

H. Kelsen nie upatrywał w prawie żadnego specjalnego celu. Zgodnie z jego teorią, prawo od innych społecznych fenomenów czy instytucji odróżniają wyłącznie specyficzne środki: hierarchiczna i dynamiczna struktura norm przymusu wywodzących swoją ważność z normy podstawowej, czyli podstawy całego systemu i źródła jego legitymizacji²¹. Normy prawa odróżnia więc od innych norm (np. norm moralności) to, że stanowią one środek specjalny: wymagają użycia przymusu dla wymuszenia posłuszeństwa i składają się na system dynamiczny, gdzie hierarchia ważności bazuje nie na treści normy, ale miejscu przypisanemu normie przez system²².

Również H.L.A. Hart upatrywał specyfiki współczesnego prawa raczej w środkach, za pomocą których jest ono realizowane, a mianowicie w systemie reguł pierwszego

¹¹ T. Hobbes, *Lewiatan*, Cambridge 1991, rozdz. 17, 1.

¹² T. Hobbes, *Lewiatan...*, rozdz. 26, 1.

¹³ J. Austin, *The Province...*, s. 12, 21-37.

¹⁴ J. Locke, *Second Treatise on Government*, Raleigh N.C. 1991, § 3, 6, 7, 123, 124.

¹⁵ J. Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, Buffalo N.Y. 1988, rozdz. 1, I, s. 1.

¹⁶ I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akademieausgabe Berlin 1907/14, Vol. VI, § B, s. 230.

¹⁷ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, w: E. Moldenhauer, K.M. Michel (red.), *Werke*, vol. 7 Frankfurt am Main 1970, § 40, s. 98; § 4, s. 46.

¹⁸ J. Austin, *The Province...*, s. 12, 21-37.

¹⁹ R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1893, t. 1, s. 320: „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen“.

²⁰ R. v. Jhering, *Der Zweck...*, s. 443.

²¹ H. Kelsen, *Reine...*, s. 3, 196.

²² H. Kelsen, *Reine...*, s. 34.

i drugiego rzędu²³. Zidentyfikował on trzy rodzaje reguł drugiego rzędu: reguły zmiany, rozstrzygania oraz reguły uznania. W szczególności ta ostatnia dostarcza środków wyróżnienia pozostałych reguł prawa²⁴. O celu prawa Hart wspomina jedynie przy okazji, nie widząc w nim niczego szczególnego. Píše on:

“I think it quite vain to seek any more specific purpose which law as such serves beyond providing guides to human conduct and standards of criticisms of such conduct”²⁵.

J. Raz, definiując prawo, omija wymóg dwupoziomowości w zamian mówiąc o „autorytecie”, jako cesze prawa, która ma podstawowe znaczenie²⁶. Lecz „autorytet” wciąż jest jedynie kolejnym ze środków, którymi – obok norm, sankcji, reguł drugiego rzędu – posługuje się prawo. I z pewnością nie będziemy skłonni upatrywać w nim naczelnego celu systemu prawa.

Również rozróżnienie dokonane przez R. Dworkina pomiędzy regułami a zasadami prawa jest, w gruncie rzeczy, rozróżnieniem pomiędzy środkami: pomiędzy, z jednej strony, regułami działającymi na zasadzie „wszystko albo nic” a zasadami, których spełnienie jest kwestią stopnia z drugiej²⁷. Wprawdzie za sprawą tych ostatnich cele realizowane przez moralność zaczynają odgrywać coraz większą rolę na terenie prawa, lecz początkowo R. Dworkin nie wskazywał wcale na istnienie jakiegoś specyficznego i zewnętrznego celu dla prawa. W swoim głównym dziele zatytułowanym *Law's Empire*, obok sprawiedliwości wprowadził kolejną własność, którą powinien posiadać prawodawca: osobistą uczciwość²⁸. Nigdy jednak nie twierdził, że którakolwiek z tych własności jest z konieczności celem prawa lub koniecznym składnikiem pojęcia prawa. Miał być to jedynie „ideal”.

Jednym z niewielu filozofów żyjących w dwudziestym wieku, którzy wskazywali na istnienie szczególnego celu prawa był G. Radbruch. Twierdził on, że sprawiedliwość jest celem koniecznym, czy też konieczną ideą realizowaną w ramach prawa²⁹. Jego zdaniem sprawiedliwość (w szerokim sensie) obejmowała trzy pod-cele³⁰: sprawiedliwość rozumianą jako formalną równość, doraźne korzyści (*Zweckmäßigkeit*), i pewność prawa (*Rechtssicherheit*). Problem tej koncepcji polega moim zdaniem na tym, że choć pewność jest czymś dla prawa charakterystycznym, doraźne korzyści i formalna równość mogą w zasadzie przyświecać wielu innym przejawom aktywności człowieka. Wynika stąd, że próba G. Radbrucha jest nie do końca udana – nadal istnieje potrzeba sprecyzowania celu, który charakteryzowałby wyłącznie prawo.

Musimy zatem poszukać takiego celu prawa, który nie będzie zbyt ogólny, gdyż inaczej – jak ma to miejsce u H.L.A. Harta – okaże się on bezwartościowy dla odróżnienia prawa od innych form aktywności człowieka. Postępowanie obywateli, o którym pisze H.L.A. Hart regulują bowiem i określają różne czynniki: ulice, przyjaźnie, a nawet pogoda. Jednocześnie cel nie może być zbyt zawężony, jeśli ma on charakteryzować prawo w każdym z jego przejawów, czyli pełnić rolę koniecznego składnika pojęcia prawa. Z tego powodu **dobro, sprawiedliwość czy równość** rozumiane dosłownie na nic się nam nie przydadzą. Chociaż rozumieć można je na różne sposoby, powszechnie przyjmuje się, że złe czy niesprawiedliwe prawo nadal jest prawem.

²³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 98.

²⁴ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 79.

²⁵ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 249.

²⁶ J. Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, w: *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 43.

²⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977.

²⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge 1986, s. 166–167, 176.

²⁹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie...*, s. 34.

³⁰ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie...*, s. 54, 73.

Cel jest jednak potrzebny, gdyż oparcie się w definicji pojęcia prawa wyłącznie na środkach nie gwarantuje sukcesu – każdy z wymienionych powyżej środków może bowiem charakteryzować systemy nie będące prawem. Rozważmy następujący przykład Madame X, która była jedną z kluczowych postaci śmietanki towarzyskiej dziewiętnastowiecznego Paryża. Reguły panujące w jej salonie stanowiły niepisane standardy dla wszystkich uczestników życia towarzyskiego w tamtym okresie. Mamy tutaj do czynienia z dwupoziomową strukturą, w obrębie której wyróżnić można własną regułę uznania o treści: obowiązujące są reguły zachowania wyznaczone przez X. A to przypomina przecież swym kształtem to, co H.L.A Hart proponował nazywać właśnie systemem prawa.

Przykład ten pokazuje więc dobitnie, że reguły pierwszego i drugiego rzędu nie są wystarczające dla uznania dowolnej dwupoziomowej struktury za prawo. Ale czy są chociaż do tego konieczne? Wydaje się, że bez trudu można sobie wyobrazić prymitywne społeczeństwo, którego członkowie od czasu do czasu proszą innych, nie kierując się żadną uprzednio ustaloną regułą, o rozstrzygnięcie powstających konfliktów. Mimo że nie pojawi się tutaj żadna określona i formalnie możliwa do uchwycenia reguła uznania, moim zdaniem będziemy mieli tutaj do czynienia z prawem, choć dalekim od tego, z czym do czynienia mamy na co dzień w przypadku dobrze nam znanych, nowoczesnych społeczeństw. Zatem rozróżnienie na reguły pierwotne i wtórne trudno uznać nawet za konieczny składnik pojęcia prawa.

H.L.A. Hart mógłby odpowiedzieć, że system nieformalnych reguł Madame X nie jest ani systemem politycznym, ani państwowym³¹. Lecz normy religijne, zasady rządzące zachowaniem się członków różnych prywatnych klubów, czy nawet sposoby nabywania domen w Internecie też nie mają charakteru politycznego ani nie są stanowione przez państwo. Również prawo międzynarodowe, choć polityczne, nie jest państwowe w rozumieniu stojącego za nim autorytetu jednego, określonego rządu. W takim razie struktura dwupoziomowa, którą z taką swadą opisuje H.L.A. Hart, jest niczym innym, jak jedynie dość powszechną, ale zupełnie kontyngentną cechą współczesnych, rozwiniętych systemów prawa, pozwalającą rozumieć prawo w kategoriach – jak sam to określa – „opisowej socjologii”³², która bynajmniej nie podważa prób filozoficznego spojrzenia na ten fenomen.

4. Cel prawa: uzgodnienie ze sobą sprzecznych interesów

Moja propozycja polega na przyjęciu, że nieodzownym celem prawa (a przez to koniecznym składnikiem treściowym jego pojęcia) jest **uzgodnienie ze sobą potencjalnie sprzecznych i wchodzących ze sobą w konflikt interesów**. I tak, ustawy realizują ten cel w odniesieniu do interesów pojętych ogólnie, orzeczenia sądów w odniesieniu do określonych interesów stron danego postępowania, akty administracji dotyczą zaś ścierających się interesów obywateli z interesem publicznym. Jak widać, w obrębie tak zakreślonego celu prawa wyróżnić należy cztery elementy:

- 1) występowanie odróżnialnych od siebie interesów,
- 2) które są przeciwstawne
- 3) i których realizacja nie jest możliwa jednocześnie w takim samym stopniu oraz
- 4) jakiś rodzaj mediacji, służący rozwiązaniu potencjalnego konfliktu interesów.

Każdy z tych elementów wymaga wyjaśnienia.

³¹ H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 239–240.

³² H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 6.

1. **Interesy:** Interesów nie chcę rozumieć jako redukowalnych do ekonomicznych czy egoistycznych pobudek. Samo pojęcie interesu wydaje się wywodzić z posiadania przez indywidua bardziej uchwytnych, konkretnych własności w rodzaju: **dążeń, potrzeb, życzeń i celów**. Zestawione razem własności te tworzą coś w rodzaju kontinuum pomiędzy tym, co czysto cielesne, a tym, co mentalne. Dążenia organizmu i funkcjonowanie jego części jest całkowicie poza kontrolą jednostek. Jednak niektóre pragnienia mogą być kontrolowane, mimo że mają podłoże cielesne. Zalicza się do nich potrzeba pożywienia, wody, schronienia. Z kolei życzenia często mają podłoże cielesne, lecz ponieważ są przedmiotem świadomości, mogą zostać stłumione. Cele wydają się zaś nie mieć nic wspólnego z funkcjonowaniem organizmu. Za przykład takiego właśnie oderwanego od cielesności celu uznaję np. próbę skonstruowania zadowalającej teorii prawa.

Z uwagi na brak fizycznego ciała, byty kolektywne i teoretyczne, w rodzaju osób prawnych czy podmiotów zbiorowych nie są w stanie posiadać ani dążeń, ani potrzeb, ani nawet życzeń. Przypisać można im więc jedynie cele, wyznaczane przez poszczególne osoby grające rolę ich przedstawicieli.

Interesy są zarówno **subiektywne**, jak i **obiektywne**, co konstytuuje następne kontinuum. Z jednej strony na skali mamy faktyczną wolę jednostki w danej sprawie, a jeśli z jakichś powodów nie można jej uchwycić, przyjmujemy założenie na temat tego, jaka w konkretnym przypadku mogłaby ona być. Kolejnym krokiem jest rekonstrukcja hipotetycznego wyboru, jak ma to na przykład miejsce w kwestii rozporządzania organami czy sposobem przerwania uporczywego podtrzymywania życia w sytuacji osób pozbawionych świadomości w wyniku nagłych wypadków losowych. Zaś jeśli nie istnieją zupełnie żadne przesłanki za przyjęciem określonego rozstrzygnięcia, w takiej sytuacji zwykle odwołujemy się do przypadków typowych i hipotetycznej woli typowej osoby. Wszystko to ilustruje typową dla prawa zdolność do obiektywizowania interesów jednostek.

Trzeba również dodać, że aby uzgadnianie interesów miało formę prawną, interesy te nie mogą być zupełnie dowolne, ale powinny mieć odpowiedni ciężar czy znaczenie. Dlatego też nie sposób reguł rządzących grami towarzyskimi traktować jako prawa. Mimo że oczywiście pośredniczą one pomiędzy dążeniami stron. W pewnym sensie gry są samowystarczalne – nie definiuje się dla ich rozgrywania żadnych celów, które wykraczałyby poza samą grę. Stąd cele i dążenia uczestników gier nie obejmują niczego poza samą rozgrywką, a tym samym nie przysługuje im wewnętrzna waga, która towarzyszy interesom będącym przedmiotem zainteresowania prawo. Z kolei gdy ktoś zaczyna grę traktować zbyt serio, przestaje w nią tak naprawdę grać.

2. **Przeciwstawność interesów:** Zakładam, że interesy stron muszą być choćby w najmniejszym stopniu sobie przeciwstawne. Jeżeli doskonale współgrałyby ze sobą, nie istniałaby, jak sądzę, potrzeba tworzenia prawa, którego zadaniem jest przeciwstawianie konfliktów. I znów sprzeczność interesów nie musi być zaktualizowana. Sama możliwość jej pojawienia się wystarczy, jak choćby w przypadku domniemanych konfliktów pomiędzy interesami obecnych i przyszłych generacji.

3. **Możliwość zaistnienia odpowiedniego rodzaju konfliktu interesów:** Fakt, że interesy są, albo mogą być ze sobą sprzeczne, czy sobie przeciwstawne, nie wystarczy, aby zaistniał konflikt, którym powinno zajmować się prawo. Przykładowo, podczas gdy turyści pragną mieć słoneczną pogodę w czasie letniego wypoczynku, posiadający w pobliżu zasiewy rolnik życzyłby sobie więcej deszczu. Lecz tak długo, jak długo aktywne wpływanie na pogodę jest poza zasięgiem człowieka, trudno mówić tutaj o istotnym z punktu widzenia prawa konflikcie przeciwstawnych

interesów. Mediacja ze strony prawa ani nie jest tutaj możliwa, ani pożądana. Opisany konflikt interesów rolnika i turysty nie ma bowiem odpowiedniego do tego charakteru.

4. **Mediacja:** Konflikt interesów wymaga podjęcia decyzji o odpowiednim ciężarze. Nie oznacza to, że prawo musi być z konieczności **dobre i sprawiedliwe**. Oznacza jedynie, że decyzja ta musi być podjęta w odpowiedni sposób, nakierowany na osiągnięcie celu w postaci mediacji pomiędzy interesami. Morderstwo też wymaga podjęcia decyzji, ale nie jest to decyzja mająca charakter uzgadniania ze sobą sprzecznych interesów. Co innego zaś wykonanie kary śmierci, o ile jest ona akceptowana przez dany system prawa.

Wymienione przeze mnie składniki pojęcia prawa są dość abstrakcyjne i w gruncie rzeczy logicznie słabsze niż zwykle proponowane. Prawo nie musi spełniać jakichś specjalnych wymagań stawianych mu przez moralność i etykę, lecz mimo to wciąż posiada specyficzny cel, którego realizację gwarantuje i bez którego nie sposób jakiegokolwiek fenomenu społecznego uznać za prawo. Możemy nawet, jeśli by się uprzeć, cel ten określić mianem „sprawiedliwości” w słabszym, nienormatywnym znaczeniu, które nie ma wszak nic wspólnego z jakimikolwiek etycznymi wymaganiami.

Zadajmy sobie teraz pytanie, w jaki sposób praktycznie możliwe jest ustalenie, że dany fenomen społeczny czy fakt posiada charakterystyczny dla prawa cel, czyli pośredniczy w uzgadnianiu pozostających ze sobą w konflikcie interesów. Wydaje się, że w tej kwestii polegać będziemy głównie na takich przesłankach, jak manifestowane przez indywidua intencje, zachowanie się indywiduów, pragmatyczna otoczką ich czynów oraz sposób interpretowania czynów przez pozostałych członków społeczności.

Warto na koniec wspomnieć, że tak pojęty cel prawa wydaje się kreować dalece mniejsze wymagania niż słynna formuła Radbrucha³³. W przeciwieństwie do niej, proponowane przeze mnie rozwiązanie nie podważa obowiązywania normy prawnej, nawet jeśli jest ona postrzegana jako niesprawiedliwa w stopniu niemożliwym do zaakceptowania (pierwszy składnik formuły); ani nie odmawia jej statusu prawa, gdy dążenie do sprawiedliwości nie było nawet zamiarem normodawcy (składnik drugi).

Wprawdzie wymienione właśnie wymagania ujęte w formule Radbrucha trudno, moim zdaniem, traktować jako konieczny składnik pojęcia prawa, nie podważa to jednak faktu, że tworzą one pewien standard etyczny, który powinien być brany pod uwagę przez każdy system prawny. Prawo powinno wszak dążyć nie tylko do pogodzenia ze sobą sprzecznych interesów, ale także do uczynniania tego w sposób, który będzie uważany za **właściwy i sprawiedliwy**. Nie oznacza to jednak, powtórzę, że ten ostatni wymóg powinien zostać uznany za konieczny składnik treściowy pojęcia prawa.

5. Konieczne środki prawa pozytywnego: kategoriyczny charakter, zewnętrżność źródeł, formalność, immanentność

Odwołując się do uzgadniania potencjalnie sprzecznych interesów, jesteśmy w stanie odróżnić prawo od większości innych faktów społecznych. Lecz niektóre fakty społeczne mają ten sam bądź bardzo podobny cel. Dotyczy to zwłaszcza moralności, polityki, religii i szeregu społecznych konwencji, których reguły często służą mediacji pomiędzy interesami jednostek. W tym miejscu niezbędne jest odwołanie się do środków, jakimi posługuje się prawo. Nie każdy z nich jest jednak charakterystyczny wyłącznie dla prawa,

³³ G. Radbruch, *Ungesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*, w: *Rechtsphilosophie...*, s. 216.

gdyż wszystkie instytucje społeczne wyspecjalizowane w mediacji sięgają często po te same instrumenty, np. język i akty mowy.

Wydaje się zupełną niemożliwością uzgadnianie ze sobą interesów bez czynienia użytku z aktów mowy. Prawo korzysta z języka na wiele sposobów: poprzez opis, ocenę, zalecenia³⁴. W szczególności normy wydają się czymś koniecznym z punktu widzenia prawa, gdyż konflikt interesów bardzo często rozwiązać można wyłącznie poprzez zmuszenie stron do określonego zachowania się. System prawa jest zatem ze swojej natury systemem **normatywnym**. Normatywność nie jest jednak czymś, co charakteryzuje wyłącznie prawo. Moralność, polityka, religia, konwencje towarzyskie – każda z wymienionych instytucji społecznych posługuje się normą, by zrealizować odpowiednie dla siebie cele. Stąd wciąż istnieje potrzeba wskazania tych środków, które przynależą wyłącznie prawu. Wydaje się, że można je zidentyfikować, zestawiając prawo z wyszczególnionymi przedmiotem instytucjami.

1. **Konwencje społeczne** (np. zasady zachowania się przy stole): Prawo składa się nie tylko z reguł przyjmowanych dobrowolnie, które możemy określić mianem zobowiązań, ale także z imperatywów kategorycznych, których źródłem nie musi być zgoda wyrażona przez którąkolwiek ze zobowiązanych stron. Zatem prawo i moralność od jedynie konwencji społecznych odróżnić będzie ich **kategoryczny charakter**³⁵. To on również pozwala odróżnić orzeczenia sądów od efektów działania różnych ciał arbitrażowych.

2. **Moralność**: Fenomen prawa, niezależnie od tego, w jaki sposób się manifestuje, ma swoje bezpośrednie źródło w zachowaniu się człowieka, w aktach, decyzjach, działaniach (takich jak orzeczenie, porozumienie, uchwalenie, nakazanie, głosowanie). Tymczasem w stosunku do moralności przyjmuje się, że jej nakazy wypływają z ludzkiej natury, świadomości, charakteru³⁶. Powiemy więc, że mają źródła **wewnętrzne**, są nimi same jednostki, a nie przejawy ich zachowania, jak w przypadku prawa.

3. **Polityka**: Fenomen prawa od różnych aspektów polityki odróżnia przede wszystkim to, że reguły i decyzje prawne są sformalizowane. Decyzjom politycznym, dopóki nie staną się prawem, nawet jeśli przyjmują kształt jakiejś określonej i nazwanej doktryny (jak doktryna Monroe czy Breżniewa), daleko do stopnia sformalizowania cechującego prawo. **Formalizacja** jest więc tym, co wyróżnia prawo. Jej wymóg wynika oczywiście z prób realizacji ideału pewności prawa.

4. **Religia**: Prawo boskie czy naturalne zajmuje się sprawami mającymi związek z życiem i zachowaniem się człowieka, nie wykraczając przy tym poza pewien praktyczny krąg spraw. Inaczej rzecz wygląda w przypadku religii, gdzie pojawia się, w ten czy w inny sposób zdefiniowana, transcendencja – dusza, reinkarnacja, życie wieczne. W takim razie tym, co odróżnia różne przejawy prawa od religii będzie jego immanentność – przedmiotem prawa nie jest nic, co przekraczałoby doczesną ludzką egzystencję. O ile oczywiście przestrzegamy zasady rozdziału prawa od religii, nie mieszając tych dwóch porządków, jak to często w większym lub mniejszym stopniu ma miejsce w odniesieniu do prawa koranicznego czy Talmudu.

³⁴ D. von der Pfordten, *Deskription, Evaluation, Präskription*, Berlin 1993.

³⁵ Kategoryczny charakter norm prawa czy moralności trzeba wyraźnie odróżniać od przymusu.

³⁶ W ten sposób ujmował to I. Kant, zob. *Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Wprowadzenie*, s. 219 i n., 225.

6. Przeciwno redukcji środków wykorzystywanych przez prawo

Współczesna filozofia prawa nie tylko stara się sprowadzić pojęcie prawa do pewnego katalogu środków (jest więc w tym sensie instrumentalistyczna), ale stara się również maksymalnie zawęzić sam ten katalog. Przykładowo, środki prawa są redukowane do norm (H. Kelsen), reguł (H.L.A. Hart) czy reguł i zasad (R. Dworkin). Zabiegi te można określić wspólnym mianem „normatywizmu”, lecz trudno normatywizm potraktować jako dobrze uzasadnione stanowisko.

Powodem przyjęcia normatywizmu jest oczywiście chęć objaśnienia prawa wyłącznie za pomocą środków służących realizacji poszczególnych jego przejawów. Jeśli jednak akceptujemy stwierdzenie, że prawo ma także pewien specyficzny cel, znika potrzeba ograniczania ich katalogu do jakiegoś jednego typu. Pojawia się bowiem możliwość eksplikacji pojęcia prawa w sposób pełniejszy niż jedynie poprzez normy i zasady. Możemy przecież założyć, że właściwie dowolne środki mogą być wykorzystane dla realizacji charakterystycznego celu prawa i stąd zakwalifikowane jako prawo. A nie tylko reguły i zasady. Chciałbym w tym miejscu wskazać na przynajmniej dwa typy obiektów, które mogą grać taką rolę.

1. **Pojęcia:** Prawo zbudowane jest na bazie pojęć takich jak ludzka godność, wolność, umowa, szkoda, działanie, zaniechanie *etc.* Wszystkie one są narzędziami, które wykorzystujemy, by lepiej rozumieć świat. Są środkami odróżniania od siebie różnych fenomenów i wiązania z nimi różnych zobowiązań. Jeśli sprowadzić prawo wyłącznie do norm, co przecież ma miejsce w przypadku normatywizmu, natychmiast pojawia się konieczność odpowiedzi na pytanie, co ma charakter nadrzędny: pojęcia prawne czy też normy/reguły/zasady sformułowane w ich kategoriach³⁷. Pewna liczba teoretyków prawa mniej lub bardziej stanowczo utrzymuje, że pojęcia są określone przez normy, których część stanowią, lecz to wydaje się sporym uproszczeniem. Prawo wykorzystuje bowiem szereg pojęć, także tych będących z pewnością konstruktami społecznymi, jak sztuka, nauka, rodzina itp., nie definiując ich bynajmniej, a nawet nie będąc w stanie ich zdefiniować za pomocą dostępnych sobie środków.

2. **Instytucje:** Zbiory reguł i norm składają się na coś, co nazywamy instytucjami prawnymi, np. instytucję małżeństwa czy własności prywatnej. Ich funkcje wydają się przy tym wykraczać daleko poza to, co stanowi ogólny cel prawa, jak to przykładowo ma miejsce w przypadku instytucji małżeństwa, z zasady wspierającej społeczne funkcje związane z małżeństwem.

7. Prawo i etyka

Na koniec warto zadać sobie pytanie, czy zaproponowana przeze mnie definicja prawa w kategoriach koniecznych celów prawa i niezbędnych do tego środków pozwala nam lepiej uchwycić fenomen prawa w zestawieniu z moralnością. Relacja łącząca prawo i moralność jest przedmiotem ożywionych dyskusji, także obecnie. Główne pytanie sprowadza się do stwierdzenia: czy prawo i moralność są pojęciowo (czyli z konieczności) połączone, czy też może związki pomiędzy nimi mają wyłącznie charakter kontyngentny?

Najważniejsze to odróżnić od siebie moralność (reguły faktycznie rządzące zachowaniem się danej społeczności) od etyki (filozofii moralnej). Moralność jest tutaj faktem

³⁷ Zob. A. Ross, *Tü-Tü*, „Harvard Law Review” 1956-57/70, s. 812.

społecznym, który może być uchwycony w całości za pomocą empirii. Bez trudu możemy opisać faktyczne zachowanie się członków danej społeczności. Z kolei etyka, badane przez nią ogólne zasady pośrednio regulujące zachowania się ludzi, nie poddaje się opisowi równie łatwo. Do tego jej przedmiotem są nie tylko reguły moralności, ale również reguły prawa, religii czy rozliczne konwencje społeczne (konwenanse).

W takim ujęciu relacja pomiędzy prawem i moralnością będzie relacją między dwoma faktami społecznymi. Relacja ta jest przyczynowa oraz kontyngentna, gdyż oba fenomeny wzajemnie na siebie wpływają i kształtują swoją treść. O koniecznym związku można mówić wyłącznie w odniesieniu do wspólnego abstrakcyjnego celu obu instytucji – pośredniczenia w uzgadnianiu ze sobą wchodzących w konflikt interesów. Wydaje się to kreować po stronie ustawodawcy obowiązek brania pod uwagę reguł moralności, gdyż sprzyja to z pewnością realizacji wspólnego celu. Ma to charakter wymogu etycznego, najczęściej sprowadzającego do stwierdzenia, że prawo powinno być **dobrze/sprawiedliwe**.

Zadaniem etyki jest krytyka i uzasadnienie faktów społecznych o charakterze normatywnym, do których zalicza się też prawo. Relacja, z którą mamy tutaj do czynienia jest jednak w rodzaju relacji pomiędzy teorią a jej przedmiotem. Etyka może kwalifikować dany system prawa jako **sprawiedliwy** bądź nie, ale w żaden sposób nie podważa istnienia to samego systemu. Wciąż będziemy mieli do czynienia z prawem, choć z punktu widzenia etyki ułomnym. Pytanie na ile takie prawo powinno być przestrzegane, to już zupełnie inna, osobna (moralna, ale też etyczna) kwestia. W rzeczywistości poszczególne systemy moralne udzielają tutaj dość od siebie odmiennych odpowiedzi. Zwykle proponowana jest następująca zasada: jeśli niesprawiedliwość prawa przekracza pewien ustalony poziom, brak posłuchu jest dozwolony, a nawet wymagany. Ów brak posłuchu będzie miał różne stopnie, w zależności od stopnia niesprawiedliwości – od jedynie braku posłuchu dla jakiejś konkretnej normy do cywilnego nieposłuszeństwa, zbrojnego oporu czy wreszcie zabójstwa domniemanego tyra³⁸.

Tłumaczenie: Mateusz Klinowski

³⁸ D. von der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001, s. X.

Summary

Dietmar von der Pfordten
What is law? Aims and means

This article is an attempt at delimiting the area of philosophical research in order to define the conditions for an adequate definition of the law. This writer believes that this definition is achieved by identifying the particular aims and means which are set for the law and through which the social phenomenon of the law is realized. Assumedly, the definition is to be a response to the so-called normativism in the theory of law, that is, an attempt to explain the notion through the particular means (norms) used by the law. The writer tries to justify not only that his approach characterizes the law more fully, but also that it contributes to better understanding of the links between law and ethics, morality, politics or the remaining conventional social facts.