

ARTHUR F. UTZ

POJĘCIE PRAWA W TEORII I PRAKTYCE*

I. ROZWAŻANIA
NA TEMAT DEFINICJI W OGÓLNOŚCI

Każda definicja ma za zadanie tak opisać stan rzeczy, który pod daną nazwą się kryje, żeby wszystko, co w jakiś sposób może być oznaczone inną nazwą, zostało usunięte. Stan rzeczy, który mamy zdefiniować, może w rzeczywistości współistnieć tylko z innymi treściami. Jednak dla pojęciowej jasności takie nierzeczywiste rozdzielenie jest być może konieczne.

Tak np. definiujemy to, co jest ludzkie, a więc to, co odróżnia człowieka od wszystkich innych istot żywych, za pomocą pojęcia racjonalności. Racjonalność jest bez wątpienia jakąś rzeczywistością. Ona istnieje jednak nie jako taka, lecz jest tylko specyficzną jakością, poprzez którą człowiek różni się od innych istot żywych. Aby zrozumieć racjonalność rzeczywistości, musimy wiedzieć, poprzez co jest ona uzasadniana. Tutaj więc musimy zdefiniować sposób istnienia i sposób funkcjonowania rozumu.

Rozum jest daną intelektualną możliwością poznania, która zależy od poznania zmysłowego i tym samym występuje w formie abstrakcyjnej i dyskursywnej. Zgodnie z tym, człowieka możemy zdefiniować jako istotę zmysłową wy-

ARTHUR F. UTZ OP (1908-2001) – katolicki filozof, etyk społeczny, profesor w Katedrze Etyki i Filozofii Społecznej na Wydziale Filozofii Uniwersytetu we Fryburgu (Szwajcaria).

* Źródło: A. F. U t z, *Der Begriff des Rechts in Theorie und Praxis*, [w:] t e n z e, *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983-1997*, red. W. Ockenfels, Paderborn–München–Wien–Zürich: Verlag Ferdinand Schöningh 1998, s. 42-47.

posażoną w możliwość abstrakcyjnego i dyskursywnego poznania. Krótka formuła w tym przypadku może brzmieć: człowiek jest rozumną istotą zmysłową (*animal rationale*).

Po tym, co powiedzieliśmy, musimy przy każdym definiowaniu rozróżnić dwa etapy:

1. czysto pojęciową definicję (w podanym przykładzie: racjonalność),
2. definicję realną, w której ujęte jest uzasadnienie stanu rzeczy rozpoznanego w pojęciu, aby poznać podstawy istnienia pojęcia (w naszym przypadku: aby ująć to, co należy realnie rozumieć pod pojęciem racjonalności).

Arystoteles nazwał czysto pojęciową stronę definicji „definicją nominalną”, w przeciwieństwie do „definicji realnej”, poprzez którą zostaną ujęte wszystkie owe elementy, które uzasadniają w rzeczywistości stan rzeczy wyrażony w definicji pojęciowej.

II. PRAWO JAKO NORMA SANKCJONOWANA POPRZEZ SPOŁECZNĄ SIŁĘ PRZYMUSU

Chcąc zdefiniować prawo, musimy zatem najpierw zwrócić uwagę na jego stronę czysto pojęciową, a więc na definicję nominalną. W przeciwnym razie badanie naukowe byłoby niemożliwe. Razem z moralnością prawo należy do norm ludzkiego działania w obszarze społecznym. Czy obie te normy stoją na równej płaszczyźnie albo czy w rzeczywistości pomiędzy nimi zachodzi relacja nad- i podporządkowania, jest zatem na razie bez znaczenia.

Prawo jako normę należy odróżnić od przymusu fizycznego. Prawo odnosi się do wolności człowieka. W tym względzie zgadza się ono z imperatywem moralnym. Zarówno prawo, jak i moralność są imperatywami skierowanymi do wolności decyzji człowieka. Wykonanie kary, która odbywa się przy zastosowaniu środków przymusu fizycznego, jest wprawdzie także zdarzeniem prawnym, ale jest ono tylko zdarzeniem prawnym, ponieważ odnosi się do poprzedzającej to zdarzenie normy prawnej, tj. ustawy. Ale prawo jako imperatyw odnosi się tylko do relacji międzyludzkich, podczas gdy norma moralna odnosi się do całego obszaru odpowiedzialności, również do odpowiedzialności czysto indywidualnej. Nakaz prawny różni się od przykazań miłości, odnoszących się do moralnych stosunków międzyludzkich, tym, że grozi on przymusem fizycznym w przypadku nieprzestrzegania. Dlatego też możemy prawo, ściślej mówiąc – ustawę prawną, zdefiniować jako normę społeczną wyposażoną w siłę przymusu.

III. CZY TAKŻE NORMY MORALNE MOGĄ MIEĆ CHARAKTER PRZYMUSU?

Pytanie, czy mogą istnieć normy moralne, które są wyposażone w siłę przymusu, tutaj nie może być bliżej omówione. W każdym razie Kant wykluczył to kategorycznie. Ta problematyka łączy się ściśle z pytaniem, czy normy moralne podlegają jakiemuś celowi. Przyjmijmy – aby ten związek lepiej wyjaśnić – że troska o własne zdrowie jest prawdziwym moralnym zobowiązaniem, a nie tylko, jak w sposobie myślenia kantowskiej filozofii transcendentalnej, racjonalnym wykonaniem imperatywu kategorycznego bez rzeczowej – niezależnie od ludzkiej świadomości istniejącej – treści wyrowadzonej z rzeczywistości. W tym przypadku celowość nie może być wyłączona z obszaru moralnego. Dlatego też w rozumieniu neokantyzmu człowiek, działający z własnej woli przeciwko zdrowiu, skutki swego działania może przypisać jedynie swojej nieracjonalności albo – innymi słowy – swojej głupocie. Stąd też bolesnej choroby, która wynika np. z nadmiernego spożywania alkoholu, nie należy – ściśle rzecz biorąc – uważać za karę za moralne przestępstwo.

Inaczej wygląda sytuacja w etyce finalistycznej. Tutaj choroba, przez samego siebie zawiniona, jest równocześnie z „natury” przypisaną karą za niemoralne zachowanie, o ile nadmierne spożycie alkoholu było chciane z własnej woli. W etyce finalistycznej również nakazy moralne są wyposażone w siłę przymusu. Jednakże nakaz moralny różni się także od prawnego, ponieważ przymus wynika w tym przypadku ze stanu rzeczy samego działania, podczas gdy przymus, który jest związany z normą prawną, jest nakładany i przeforsowywany przez społeczeństwo („kontrolę społeczną”) względnie przez ustawodawcę.

IV. ARBITRALNY ROZDZIAŁ PRAWA I SPRAWIEDLIWOŚCI PRZEZ NEOKANTOWSKĄ FILOZOFIĘ PRAWA

Z punktu widzenia neokantyzmu, skutki danego porządku bezprawia stojące w sprzeczności z celami ludzkiego istnienia nie są w obszarze zainteresowania prawnoznawstwa. Czysto teoretycznie temu pogładowi nie możemy się sprzeciwić, bowiem również prawo jakiejś okrutnej dyktatury odpowiada pojęciu prawa. Czy człowiek będzie chciał dyktatury, czy wolnościowej demokracji, jest to sprawą jego filozofii życia. Tak argumentował

Hans Kelsen. Dlatego też bronił się on przed zarzutem, że broni pozytywizmu prawnego. Teoretycznie wygląda to całkowicie w porządku. Tutaj jednak moglibyśmy zarzucić, że dyktatura odbiera człowiekowi wolność, a zatem podstawowy warunek prawa jako normy, która apeluje do wolności człowieka, przestaje istnieć. Ale ten zarzut nie jest do końca uzasadniony, bowiem również w demokracji, gdzie decyduje zasada większości, nie mniej ludzi jest zmuszanych do posłuszeństwa normom, które sprzeciwiają się ich świadomości wolności. Inaczej sytuacja wygląda tylko wtedy, gdy przyjmiemy, że zasadniczo wszyscy zgadzają się z demokratyczną zasadą większości i dlatego też godzą się na to, aby ewentualnie być przymuszonym, ponieważ przedkładają oni demokratyczny porządek ponad dyktaturę.

V. PRAKTYCZNE NASTĘPSTWA POZYTYWIZMU PRAWNEGO

Jednak w ten sposób jeszcze problemu nie rozwiązaliśmy. Czy bowiem większość rzeczywiście daje gwarancję, że mniejszości nie będą nałożone takie normy, które ona uważa za nieludzkie albo niesprawiedliwe?

W roku 1933 Hitler doszedł do władzy w sposób demokratyczny i zgodny z prawem. Wszystko, co reżim narodowosocjalistyczny wydał jako normy prawne, było więc słuszne, nawet kary śmierci. Ci prawnicy, którzy ograniczyli się do pojęciowej definicji prawa, nie byli więc w stanie ocenić tych sędziów, którzy w swoich wyrokach śmierci kierowali się obowiązującym wówczas prawem. W rzeczywistości po II wojnie światowej nawet tacy sędziowie zostali pozostawieni na swoich urzędach, którzy wydali zbyt surowe wyroki śmierci, tj. wyroki śmierci, które chociaż były zgodne z obowiązującym prawem, jednak po uwzględnieniu okoliczności usprawiedliwiających możliwe były do uniknięcia.

Również dzisiaj można się spotkać z poglądem byłych prawników Niemieckiej Republiki Demokratycznej, że używanie broni na granicy wewnętrzniemieckiej stosowano według obowiązującego prawa i dlatego też później nie powinno być karane. Być może moglibyśmy tym, którzy, zgodnie z obowiązującym wówczas prawem pozytywnym, wypełniali rozkaz strzelania z wewnętrznym sprzeciwem woli, przypisać okoliczności usprawiedliwiające. Ale nie moglibyśmy usprawiedliwić tych, którzy rozkaz strzelania nakazywali w sposób ustawowy, a nawet wynagradzali poprzez przyznanie medali służby granicznej.

I jeszcze dalej moglibyśmy argumentować, że ostatecznie ustawowy nakaz strzelania został ustanowiony na obszarze kontrolowanym przez Sowietów, tak że odpowiedzialność z ustawodawcy NRD mogłaby zostać dalej przesunięta na Związek Sowiecki. Nie oskarżamy jednak faryzejskiej nadgorliwości Sowietów. Bowiem również w naszych szeregach na Zachodzie znajdziemy niemało takich prawników, którzy deklarują, że prawem jest tylko to, co ustawodawca jako takie ustanowił. Dlatego też z prawniczego punktu widzenia rzekomo nie można wypowiadać się także na temat tego, co odpowiada albo się sprzeciwia naszej wrażliwości na wartości.

VI. KRYTYKA „CZYSTEJ TEORII PRAWA” KELSENA

Kelsen chce uniknąć problemu deklarując, że kwestię ludzkiego znośnego prawa pozostawia tym, którzy tworzą najwyższą normę porządku prawnego. Zatem nie chodzi tutaj o problem prawa jako takiego. Nie może on jednak obalić zarzutu, że jego myślenie prawne prowadzi do pozytywizmu, chociaż jego system w sobie nie chce być żadnym pozytywizmem prawnym, lecz „czystą teorią prawa”.

Argumentacja ta jednak nie może zadowolić. Czy możemy bowiem zadowolić się wyjaśnieniem, że rozkaz strzelania na byłej granicy wewnątrz-niemieckiej może być prawnie usprawiedliwiony, chociaż z ludzkiego punktu widzenia jest niemoralny? Jak możemy sobie prawnie poradzić z tym ludzkim okrucieństwem? W systemie Kelsena nie znajdujemy żadnego rozwiązania. Możemy najwyżej powołać się na prawo zemsty („tak jak ty mnie, tak ja tobie”).

Lecz to już nie jest w myśleniu Kelsena żadnym prawem, ponieważ leży ono poza porządkiem norm, który przecież nie jest żadnym fizycznym, lecz imperatywnym procesem. Tak więc dalej obowiązuje twierdzenie, że „czysta teoria prawa” nieuchronnie prowadzi do pozytywizmu.

VII. KONIECZNOŚĆ ORIENTACJI PRAWA WEDŁUG STAŁYCH MIAR ETYCZNYCH

Już Gustaw Radbruch, który przynajmniej na początku sam przyznawał się do pozytywizmu prawnego, w trzecim wydaniu swojej *Filozofii prawa* zauważył, że mogą istnieć ustawy o takiej masie niesprawiedliwości, „że musi być

im odebrana moc wiążąca, a nawet charakter prawny”. A więc widać wyraźnie, że istnieją granice pozytywizmu prawnego. Niezależnie od tego, jak wysoko może być godny uznania pozytywizm prawny z powodu swojego podkreślania jasności prawa i bezpieczeństwa prawnego, istnieją jednak granice, po przekroczeniu których naruszone zostanie jądro egzystencji godności człowieka. Ocena tych granic może być podjęta tylko na gruncie moralnego poznania wartości. Sięgnięcie do miary leżącej przed prawem pozytywnym, przynajmniej w przypadkach ekstremalnych, może okazać się niezastąpione. Ale czy w przypadku użycia tej miary chodzi rzeczywiście o normę prawną? To jest jądro całego problemu.

VIII. ODGRANICZENIE NORM PRAWNYCH I MORALNYCH

Nie wystarczy tylko wskazać na moralne przesłanki podstawowe istniejące przed prawem, na mocy których prawo może stać się dopiero rzeczywistym, podobne do lampy, bez której w ciemnościach nie możemy niczego zobaczyć. Tak nazywamy pewne sposoby zachowania społecznego albo cnoty, które jako minimum są konieczne do zaistnienia porządku prawnego, jak np. uczciwe zachowanie społeczne, solidarność, przestrzeganie umów itd. Jak długo jednak nie zdefiniujemy przedmiotu tych „cnot”, nic nie osiągniemy. Co znaczy więc uczciwe zachowanie społeczne? Na przykład że ktoś tylko raz w roku albo, jeśli to możliwe, w ogóle nie będzie zakłócał swojego otoczenia pijaństwem? Bez podania konkretnej normy skierowanej na ten konkretny czyn pozostają w próżni wymagane cnoty albo sposoby zachowania, chyba że podamy jakąś wartość przeciętną, którą ustalimy na podstawie statystyk. Ale w ten sposób nie określimy jeszcze żadnej normy absolutnej, która w sposób konieczny należy do moralności.

Jak już wcześniej zostało powiedziane, norma prawna jest normą porządku podmiotów moralnych. Ona nie jest normą figur szachowych. Jeśli to już należy do pojęcia normy prawnej, że tylko ona skierowana jest do istot moralnych, a więc tylko w odniesieniu do moralności człowieka, która to moralność posiada jakość istotowo należącą do jej normatywnego charakteru, wówczas każdy prawnik będzie zmuszony, aby badać, które prawnie relewantne normy moralne należą do naturalnego wyposażenia człowieka, bowiem tylko takie normy mogą posiadać charakter absolutny, które należą do natury czło-

wieka. Prawnik jest dlatego, czy on tego chce czy nie, na jakąś formę teorii prawa naturalnego skazany.

IX. KONIECZNOŚĆ ODNIESIENIA SIĘ DO PRAWA NATURALNEGO

Co oznacza jednak pojęcie „natura”? Tutaj poglądy się różnią. Ogólnie możemy poglądy na temat natury w tym kontekście podzielić na dwa główne kierunki: czysto empiryczne i metafizyczne.

Gdy przyjmimy uzasadnienie empiryczne, wówczas zasadniczo stoimy na stanowisku, że normy moralne są produktem naturalnego środowiska. Jeśli to jest prawdą, wówczas moralność człowieka nie różni się od tego, co w przypadku pozostałych istot zmysłowych nazywamy instynktem, treningiem czy przyzwyczajeniem. Taki pogląd nie jest daleko oddalony od poglądu Karola Marksa, który treści norm moralnych wyjaśniał jako konieczne, racjonalne następstwo określonych stosunków ekonomicznych. Powstaje więc pytanie, na czym ta racjonalność, a przede wszystkim wolność, polega. Jeśli odzielimy wolność i racjonalność w sensie neokantowskim, wówczas powstaje pytanie, do czego jeszcze wolność służy, ponieważ ona bez racjonalności nie może być urzeczywistniona. Gdy racjonalność przypiszemy czysto empirycznemu porządkowi, wówczas dla rzeczywistej, moralnej odpowiedzialności nie pozostanie żadnego miejsca, ponieważ w ostatecznej instancji przyczynowość, tj. przymus procesów społecznych, określa decyzję. Z tego kłębowiska nie logicznie zbudowanych wypowiedzi nie wyjdziemy tak dłużej, jak ludzkiemu rozumowi nie przypiszemy poznania moralnego, które może być wyprowadzone z natury człowieka. Do tego potrzebujemy jednak poznania metafizycznego. To jednak nie oznacza, że jednostka swobodnie osiągnęłaby, należące do człowieka, jako istoty moralnej, normy z komunikacji ze swoim otoczeniem. Podobnie jak u podstaw każdego poznania metafizycznego leżą dane empiryczne, tak również leżą one u podstaw poznania naturalnych norm moralnych. Odniesienie do konkretności, a więc do tego, co empiryczne, należy więc z konieczności również do procesu uzyskiwania norm absolutnych. Na końcu stoi jednak zawsze abstrakcyjne poznanie powszechnie obowiązującego stanu rzeczy samego w sobie. To poznanie zdobywamy, gdy stoimy przed faktem bezprawia, którego również za pomocą najbardziej pomysłowego empirycznego wyjaśnienia nie możemy już dłużej usprawiedliwiać. Bez minimum norm absolutnego, tj. metafizycznego obowiązywania, system norm prawnych,

które powinny się zwracać do istoty moralnej, tj. człowieka, byłyby zatem nie do pomyślenia. Jak widzieliśmy, już pojęciowa, tj. nominalna, definicja prawa zakłada jako adresata istotę moralną, aby uzasadnić odróżnienie prawa od przymusu fizycznego.

X. OCZYWISTOŚĆ ELEMENTARNYCH NORM MORALNYCH

Za pomocą poznania, że każdy porządek prawny musi posiadać minimum naturalnych norm moralnych, a więc norm, które dla człowieka są oczywiste na mocy jego natury, a tym samym są oczywiste bez żadnych dalszych wyjaśnień, stajemy przed pytaniem, po czym więc poznamy tę oczywistość zgodnych z bytem stanów rzeczy. Wydaje się bowiem, że same w sobie ewidentne stany rzeczy tylko wtedy mogą być wyjaśnione jako ewidentne, gdy będą one przyjęte spontanicznie przez wszystkich członków społeczeństwa jako ogółu istot rozumnych. O tym jednak, jak wszyscy wiemy, nie może być mowy. Tak więc stoimy przed ostatecznym rozstrzygnięciem problemu odnośnie do charakteru prawnego norm moralnych. Czy to w ogóle ma jakiś sens mówić o obiektywnie oczywistych normach moralnych samych w sobie, gdy ta oczywistość nie jest możliwa do doświadczenia również subiektywnie w moralnym rozumieniu wszystkich członków społeczeństwa? Bowiem, jak pojęcie normy prawnej jako normy społecznej wyposażonej w siłę przymusu pokazuje, skuteczność jest jednym z jej istotnych znamion.

Dla wyjaśnienia tej problematyki weźmy jako przykład rasizm, który również wyniszczenie innych ras uważa za moralnie usprawiedliwione działanie. Bez wątpienia wydaje się, że jakaś konkretna rasa uważa siebie za jedynie wartą życia. Czy ten fakt więc jest dowodem przeciwko oczywistej moralnej naganności rasizmu? Oczywiście żaden członek naszego współczesnego społeczeństwa tego nie potwierdzi. I nawet sami rasiści w tym momencie, w którym stają się oni moralnie dojrzałszymi, muszą na ten temat jasno powiedzieć, że oni moralną naganność rasizmu właściwie musieliby pojąć. To nie oznacza przecież nic innego, jak to, że oni z natury noszą w sobie możliwość, aby rozpoznać moralną naganność rasizmu – również bez wpływu społecznego otoczenia.

Teoria prawa naturalnego nie chce twierdzić nic innego, jak tylko, że rozum ludzki z natury skierowany jest na to, aby rozpoznać podstawowe normy wspólnotowego życia człowieka, chociaż na podstawie różnych deformacyjnych wpływów ta naturalna zdolność *de facto* nie dochodzi do urzeczy-

wistnienia. Stare roszczenie wielu filozofów, że powinniśmy żyć rozumnie, zakłada w człowieku naturalną zdolność, aby rzeczy, które należą do natury człowieka, odróżniać od tego, co *realnie* jest nieludzkie. Dlatego, ściśle biorąc, kontrowersyjna może być zatem tylko odpowiedź na pytanie o owe naturalne normy moralne, które ponad tak nazwane minimum wykraczają. W tym punkcie dopiero jasno ukazuje się, kto myśli tylko empirycznie, a kto również metafizycznie.

Thumaczenie z języka niemieckiego: Antoni Kość, Jadwiga Potrzeszcz

THE CONCEPT OF LAW IN THEORY AND PRACTICE

S u m m a r y

In order to define law one should – in the author’s opinion – take into consideration both its purely conceptual definition (nominal definition) and its real definition. From the point of view of theory there is a need to distinguish legal norms and moral norms. Law may be defined as a social norm equipped with means of coercion. However, when in practice we face the problem of violation of the law, the nominal definition of law is not sufficient. Hans Kelsen’s “pure theory of law” inevitably leads to positivism, which does not answer the question of how to cope with an extremely unjust and cruel law. The author emphasizes that irrespective of how widely recognized legal positivism should be because of its stress on the clarity of law and legal security, still there are limits; and if they are exceeded the essence of human dignity is infringed upon. Assessments of these limits may be undertaken only on the grounds of moral cognition of values. Hence it is necessary to refer to natural law.

According to the theory of natural law, human reason, by nature, is directed to recognition of the fundamental norms of human community life, albeit because of various reformation influences this natural ability *de facto* is not realized. The philosophers’ claim that we should live in a reasonable way assumes the natural ability in man to distinguish things that belong to human nature from what is inhuman.

Translated by Tadeusz Karłowicz

Słowa kluczowe: norma prawna, norma moralna, prawo naturalne.

Key words: legal norm, moral norm, natural law.