

Małe pozytywistyczne marzenie

Idea pozytywizmu prawniczego nigdy nie pasowała do mojego typu umysłowości. Jeszcze w czasie krakowskich studiów prawniczych ukształtowałem sobie mocny pogląd, iż praworządność – to coś znacznie więcej niżli respekt dla piramidy norm ustanowionych przez państwo, na szczycie której lokuje się (jak orzekł niegdyś wielki Hans Kelsen) Grundnorm, czyli obejmująca cały system prawny konstytucja.

Mój prawniczy światopogląd, jak nietrudno się domyślić, ukształtowała raczej tradycja klasyczna, zaadaptowana przez chrześcijaństwo. Czyli z jednej strony idea Augustyna, wedle której „nie może być prawa tam, gdzie nie ma sprawiedliwości”[1], a z drugiej – jeszcze mocniej do mnie przemawiający jasny i prosty koncept Tomasza, wedle którego obiektywną podstawą prawa jest zakotwiczona w przyrodzonym rozumie człowieka idea dobra, czyli po prostu tego, co należy czynić (*bonum est faciendum*)[2]. No a potem, jako nieodrodne dziecko swojego pokolenia, poddałem się fascynacji myślą Friedricha Hayeka, u którego znalazłem jeszcze dwa mocne i rozbudowane argumenty przeciw pozytywistycznemu stylowi myślenia o prawie. Pierwszy ten – iż to jedna z odmian niebezpiecznego „konstruktywizmu myślowego”, fałszywie wyobrażającego sobie totalną autonomię rozumu ludzkiego, wyzwolonego spod władzy tradycji i kultury. Oraz drugi – wykazujący, iż logiczną konsekwencją takiego stylu myślenia musi być uznanie samowoli władzy ustawodawczej”[3]. Uwierzyłem Hayekowi, iż logika pozytywizmu prawniczego może stwarzać niebezpieczeństwo dla wolności.

Czytelnika zniecierpliwionego tym objaśnianiem źródeł mojego światopoglądu, i to źródeł tak dobrze wszystkim znanych, proszę o wyrozumiałość, gdyż bez tych objaśnień nie mógłbym tu przedstawić poważnej wątpliwości, jaka ostatnio mnie nachodzi. Otóż tak się teraz zdarzyło, że dałem się namówić na udział w kilku publicznych dyskusjach, krążących wokół palącej dziś w Polsce kwestii praworządności. I w ich trakcie uświadomiłem sobie z całą jasnością, iż wszyscy krytycy dezynwoltury, z jaką do prawa podchodzi obecna władza, posługują się w owej krytyce wyłącznie argumentami wywodzonymi z logiki prawniczego pozytywizmu. I co ciekawe, tak czynią nie tylko owi nieliczni, trochę odważniejsi profesorowie prawa, pryncypialnie odrzucający polityczną praktykę nieformalnego zawieszania, bądź po prostu ignorowania ustaw przez władzę. Ale także konserwatywni politycy, znani z tego, iż wielokrotnie w toku swej działalności publicznej kwestionowali moc rozmaitych ustaw w imię tak czy owak rozumianego „prawa naturalnego” (np. co do aborcji). Jedni i drudzy dzisiaj są zgodni: żądają respektu dla dwóch zasadniczych wymogów normatywistycznego pozytywizmu. Raz – aby akty władzy zawsze miały podstawę prawną w ustawowych normach generalnych, bo w przeciwnym razie rozłązi się od środka cała Kelsenowska piramida norm. I dwa – aby działania władzy były opisane legalnymi procedurami, inaczej bowiem nie mogą być traktowane jako egzekucja praw, ale jako akty nagiej przemocy.

Tę legalistyczną logikę radykalnie odrzucają apologeci obecnej władzy. Może najlepiej widać to w argumentacji pewnego znanego krakowskiego profesora, niegdyś zresztą prezesa Trybunału Konstytucyjnego, który poproszony o prawniczą ocenę sporu o to, która osoba pełni dziś w Polsce urząd Prokuratora Krajowego (jak wiadomo są dwie takie osoby, nieuznające się nawzajem) jednym zdaniem obalił

najgłębsze fundamenty pozytywistycznego legalizmu. Uznał bowiem, że co prawda w zgodzie z ustawami i legalnymi procedurami ów urząd winien nadal pełnić X, to jednak „bliższe praworządności” jest to, że faktycznie pełni go wprowadzony na urząd przemocą Y. Na czym zatem polega w tym przypadku koncept praworządności, która tak dalece wykracza ponad system ustawowych norm, uchwalonych i obwieszczonych przez państwo, że uprawnia władzę do użycia przemocy? Czy legalistyczne pełnienie urzędu przez X-a naruszałoby Boską sprawiedliwość (jakby pewnie zapytał Augustyn)? Czy może kłóciłoby się z zakorzenioną w rozumie ideą dobra (jak mógłby spytać Tomasz)? A może po prostu stanowiłoby zagrożenie dla wolności (o co zapewne pytałby Hayek)? Na pierwszy rzut oka widać oczywistą absurdalność każdego z tych pytań. I to właśnie czyni wywód krakowskiego profesora aż tak myślowo bezradnym, że nawet śmiesznym.

Rzecz bowiem w tym, że logika Kelsenowskiego pozytywizmu, wąsko i formalistycznie, ale za to ściśle definiująca wymogi prawa i praworządności, może zostać złamana, ale pod jednym warunkiem *sine qua non*. Ten warunek – to mocne racje aksjologiczne, które muszą zostać jasno wyłożone. W zależności od stylu anty-pozytywistycznego myślenia racje te mogą być rozmaite: od praw nadanych przez Boga, aż po liberalne swobody jednostki. O to, na ile są to racje dostateczne, w ludzkiej wspólnocie politycznej zawsze toczyć się będzie spór. W żadnym jednak razie racją dostateczną nie jest rywalizacja o władzę, czy dążenie do politycznej hegemonii. Oczywiście tej prawdy w najmniejszym stopniu nie podważa fakt, iż w toku historii najrozmaitsze tyranie podejmowały, podejmują i zapewne nadal będą podejmować ideologiczną polemikę z pozytywizmem prawniczym, po to by w ten sposób legitymizować własne bezprawie. Ale zawsze w takich razach wymyślanie przez polityków czy ich prawników dla tego

celu jakiegoś „prawa ponadustawowego” (by posłużyć się sławnym terminem Gustava Radbrucha) będzie niestety niczym innym, jak świadectwem zepsucia umysłu. Augustyn nazywał tego rodzaju umysłowy wysiłek celnym terminem: *fantastica fornicatio*, czyli (łagodząc wydzźwięk wulgaryzmu typowego dla retoryki Augustyna) „prostytuowaniem się umysłu z jego własnymi urojeniami”.

Ta zaskakująca przydatność normatywistycznej argumentacji w rozrywającym dziś Polskę sporze o praworządność pozwoliła mi po raz pierwszy tak klarownie dostrzec odmienną w podejściu do prawa, tak charakterystyczną dla stylów rządzenia prawicy i obecnego centrolewu. Legalistyczny horyzont wyobraźni obozu prawicy, w tym zwłaszcza jego przywódcy, wymuszała poszukiwanie za wszelką cenę podstawy ustawowej i prawnej procedury dla każdej akcji, nawet, a może zwłaszcza wtedy, gdy owa akcja miała służyć jakiejś kolejnej rozgrywce o panowanie nad tą, czy inną instytucją publiczną. To dlatego na przykład co dwa tygodnie uchwalano swego czasu nową ustawę o Trybunale Konstytucyjnym, tak by dostosować ustawodawstwo do politycznych potrzeb, właśnie oto wynikłych w szybko dziejącej się wielkiej grze o opanowanie Trybunału. Obserwując tamte praktyki uważaliśmy je – nie bez racji – za rozchwianie procesu stanowienia prawa. Dziś lepiej rozumiem, że były one także dość rozpaczliwym sposobem na ochronienie pozytywistyczno-legalistycznego standardu praworządności. Standardu, który pod nową centrolewicową władzą właśnie przestał obowiązywać.

Wielokrotnie zastanawiałem się nad dziwaczną – jak mi się dotąd zdawało – ewolucją prawniczego światopoglądu Gustava Radbrucha. Ten bodaj najbardziej znany niemiecki krytyk nazistowskiego ustawodawstwa zaczynał swoją polityczną i akademicką karierę od

modnego po I wojnie światowej w Niemczech „ruchu wolnego prawa”, którego sednem był sprzeciw wobec pruskiego *Rechtsstaat*, czyli doktrynersko literalnego respektu dla norm prawa skodyfikowanego. Z kolei po II wojnie światowej Radbruch stał się czołowym niemieckim apologetą prawa naturalnego, tworząc sławny koncept „ustawowego bezprawia”, opisującego stan prawny nazistowskiej Rzeszy. Ale to co najciekawsze – to kilkuletni epizod myślowej ewolucji Radbrucha z lat 30, czyli początku rządów nazistowskich. Ten zaciekły ideowy wróg prawniczego pozytywizmu nieoczekiwanie pisał w 1939 roku, iż pozytywizm wydaje mu się jednak ideałem, którego w tamtym czasie Niemcy bardzo potrzebują. Dlaczego? Bo „słowa, których nie można naginać, dają przynajmniej pewność przed całkiem arbitralnym uciskiem” [4]. Dzięki współczesnemu polskiemu sporowi nie tylko pojąłem teraz sens ówczesnego podejścia Radbrucha, ale generalnie zacząłem dostrzegać wartość i urok logiki Kelsenowskiego konceptu normatywnej praworządności. W tym koncepcie wyraża się przecież takie minimalistyczne marzenie o tym, by w ogóle w państwie obowiązywały jakieś, nawet kiepskie, ale jasne i pewne reguły gry.

Jan Rokita

[1] wyrażona w XIX księdze „Państwa Bożego”

[2] z kwestii 94 części I-II „Summy”

[3] pierwszy przedstawiony w „Konstytucji wolności”, a drugi w „Prawie, legislacji i wolności”

[4] cytuję za „Historią zachodniego prawa” J.M. Kelly’ego