

Wolfgang WALDSTEIN

PRAWODAWSTWO (LEX) JAKO WYRAZ JURYSPRUDENCJI (IUS)

Istnieje obiektywna miara tego, co dobre i złe, która nie może być zmieniona przez polityczną wolę, nawet jeśli jest to wola większości. [...] To, co powiedział św. Augustyn o skutkach braku sprawiedliwości, było wnioskiem z ogólnego i prawdziwego poznania. Dlatego to, co powiedział, jest nadal ważne, mianowicie: „Czymże są więc wyzute ze sprawiedliwości państwa, jeśli nie wielkimi bandami rozbójników?”.

Poproszono mnie, abym mówił o prawodawstwie (lex) jako wyrazie jurysprudencji (ius). Wymaga to wyjaśnień. Przede wszystkim rodzi się pytanie, w jaki sposób prawodawstwo może być wyrazem jurysprudencji? Czy nie jest odwrotnie, czy zadaniem jurysprudencji nie jest zajmowanie się prawami ustanawianymi przez prawodawstwo? I czy jurysprudencja nie jest w swoim działaniu zobowiązana do brania praw takimi, jakie są, nie kwestionując ich treści? Jeśli prawodawcy demokratycznego państwa, na przykład Holandii, decydują nieznaczną większością głosów, że w pewnych przypadkach wolno zabić chorego człowieka, czy przedstawiciel jurysprudencji, jak każdy inny, nie jest zobowiązany do akceptacji tego jako suwerennej woli demokratycznego prawodawcy? Nasza austriacka konstytucja stwierdza wyraźnie w artykule pierwszym: „Austria jest republiką demokratyczną. Jej prawo pochodzi od ludu”. Czy jest coś, co może determinować prawodawstwo poza wolą ludu lub wbrew niej? Przeważającą dzisiaj odpowiedzią jest: nie¹. Jakże zatem może być znaczenie mojego tematu?

Aby znaleźć odpowiedź, musimy najpierw przyjrzeć się klasycznej definicji jurysprudencji podanej przez słynnego rzymskiego prawnika Ulpiana, który zginął podczas buntu gwardii pretoriańskiej w 223 roku po Chrystusie. Nie tylko jego pojęcie jurysprudencji jest niezwykle ważne dla całego rozwoju jurysprudencji europejskiej: o doniosłości rzymskiej jurysprudencji świadczy również fakt, że przez około 400 lat udało się jej wypracować porządek prawny (ius), który w sposób fundamentalny ukształtował i do dziś

¹ Nie jest tutaj konieczne wyliczanie wszystkich świadectw takich poglądów. „Czysta teoria prawa” („the pure theory of law”), jak sam Hans Kelsen nazywa ją po angielsku, lub „teoria czystego prawa” („the theory of pure law”), jak mówi H. A. Uffrich w: *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, s. 29, mogą być przytaczane jako najbardziej wpływowe wśród nich. Wszystkie eseje z tej książki dostarczają dobrej informacji o wspomnianych poglądach.

dnia kształtuje wszystkie porządki prawne Europy i wielu krajów poza nią. Podczas mojego pobytu w Moskwie, w charakterze gościa Rosyjskiej Akademii Nauk, dowiedziałem się, że rosyjscy koledzy stoją przed zadaniem sporządzenia projektu nowego kodeksu cywilnego. Katastrofa systemu komunistycznego nie pozostawiła niczego, z czego porządek prawny mógłby skorzystać w jakikolwiek znaczący sposób. Teraz jedyną możliwą podwaliną, na której można zbudować sprawiedliwy i ludzki porządek prawny, widzą oni w prawie rzymskim.

Następnie będziemy musieli prześledzić rozumienie pojęcia prawodawstwa od czasów starożytnych. Pozwoli nam to na koniec zobaczyć, w jakim sensie prawodawstwo powinno być faktycznie wyrazem jurysprudencji, czy dokładniej – wyrazem obiektywnej sprawiedliwości w zgodzie z *ius* jako *ars boni et aequi*, sztuki (stosowania) tego, co dobre i słuszne, jak definiuje ją inny wielki prawnik rzymski, Celsus. Znaczy to również, że całe prawodawstwo, aby mogło wydać prawo, a nie dowolne reguły mające na celu jakiś rodzaj użyteczności, powinno być zgodne z prawami człowieka, a ostatecznie z prawem naturalnym. Wówczas będziemy mogli także zobaczyć, jakie skutki pociąga za sobą pogwałcenie sprawiedliwości przez prawodawcę.

I. ULPIANA DEFINICJA JURYSPRUDENCJI

Najbardziej znanym źródłem wiedzy o pismach rzymskich prawników są *Digesta* skompilowane pod rządami cesarza rzymskiego Justyniana i opublikowane w 533 roku po Chrystusie. W Średniowieczu kodeks ten stał się podstawowym źródłem do nauczania prawa w szkołach prawa w Bolonii i stopniowo w całej Europie. W dziele tym dominującą rolę odgrywają pisma Ulpiana. Fragmenty jego prac stanowią jedną trzecią *Digestów*. Dlatego Tony Honoré mógł powiedzieć w swojej pracy o Ulpianie: „Jego znaczenie polega na roli, jaką odegrał w przekazywaniu rzymskiego dziedzictwa prawnego”².

Ulpiana definicja jurysprudencji została umieszczona przez kompilatorów na samym początku *Digestów*, pierwszego tytułu pierwszej księgi dotyczącej sprawiedliwości i prawa. Tytuł ten zawiera słynne teksty o prawie naturalnym i sprawiedliwości, a także jedyną definicję prawa przekazaną nam przez prawnika ze starożytności, definicję podaną przez Celsusa i cytowaną przez Ulpiana: „prawo jest sztuką poznania tego, co jest dobre i sprawiedliwe”³. Sama definicja jurysprudencji zawarta jest we fragmencie rozpoczynającym słynną defini-

² T. Honoré, *Ulpian*, Oxford 1982, s. 247.

³ „Law is the art of knowing what is good and just.” D. 1, 1, 1 pr., przekład angielski S. P. Scott, *The Civil Law*, New York 1973, t. 1, s. 209.

cję sprawiedliwości⁴, po której następuje stwierdzenie: „Nakazy prawa (iuris praecepta) są następujące: żyć godziwie („honeste”, co oznacza godziwość moralną), nikogo nie krzywdzić, każdemu oddawać, co mu się należy”⁵. Wspominam o tym wszystkim, aby uczynić również zrozumiałym kontekst i znaczenie definicji jurysprudencji umieszczonej w tym miejscu przez samych kompilatorów. Następuje ona bezpośrednio po „nakazach prawa”. Zacytuję najpierw tekst łaciński: „Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”. Scott oddaje tę definicję słowami: „The science of the law is the acquaintance with the Divine and human affairs, the knowledge of what is just and what is unjust”. („Jurysprudencja jest znajomością spraw Boskich i ludzkich, wiedzą o tym, co jest sprawiedliwe i niesprawiedliwe”).

Zanim zajmę się interpretacją tego tekstu, chciałbym wspomnieć, że cały pierwszy tytuł, wraz z dwudziestoma sześcioma z pięćdziesięciu ksiąg *Digestów*, został opublikowany w tłumaczeniu rosyjskim autorstwa członków Rosyjskiej Akademii Nauk w 1984, to znaczy zanim jeszcze rozpoczęła się pierestrojka. Mówiono mi, że nakład został bardzo szybko wyczerpany i że zwłaszcza idee dotyczące sprawiedliwości i prawa, obecnie po raz pierwszy od rewolucji rosyjskiej dostępne dla szerszej publiczności, odegrały ważną rolę w promowaniu pierestrojki. Pokazuje to, że to, co odkryli i wypowiedzieli rzymscy prawnicy, nie ma znaczenia tylko historycznego. Jest to wciąż fundament każdego humanitarnego porządku prawnego. A zasady te mogą również pomóc rozpoznać niesprawiedliwość w obrębie danego porządku prawnego. Domagają się one przestrzegania, ilekroć podstawowe prawa człowieka lub sprawiedliwość w ogóle zostają naruszone. Dlatego mogą one występować w roli katalizatora, który porusza sumienia. Mogą być one zachętą do wytrwania i znoszenia prześladowań, gdy sprawiedliwość zostaje pogwałcona.

Przejdźmy teraz do samej definicji. Scott tłumaczy „divinarum atque humanarum rerum notitia” przez „the acquaintance with the Divine and human affairs” („znajomość spraw Boskich i ludzkich”). Oczywiście jest to poprawny przekład. Występuje tu jednak wyraźnie problem każdego przekładu. Łacińskie słowo „res” ma szerszy zakres niż „affair” (sprawa). Obejmuje ono cały świat boski i świat natury oraz jego porządek. Można to pokazać za pomocą paralelnego tekstu, w którym Seneka mówi, że mądrość jest przez niektórych definiowana jako „divinorum et humanorum scientia”, nauka lub wiedza o tym, co Boskie i ludzkie, bez żadnej specyfikacji⁶. Inni dodają: „et horum

⁴ D. 1, 1, 1 pr.: „Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”. Szczegółowe omówienie tej definicji, zob. W. Waldstein, *Ist das „suum cuique” eine Leerformel?*, w: *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, red. H. Miehsler, Berlin 1980, s. 285-320 z dalszymi przypisami.

⁵ D. 1, 1, 10 pr.- 2, angielski przekład Scotta (zob. przypis 3), s. 211.

⁶ Sen., *Epist.* 89, 5. (Seneca, *Listy moralne do Lucyliusza*, Warszawa 1961, s. 411.)

causas” – „tudzież ich przyczyn”. Seneka jednak uważa ten dodatek za zbędny, ponieważ przyczyny są tak. czy owak częścią tego, co Boskie i ludzkie. W każdym razie obejmuje to wszelką możliwą ludzką wiedzę. Ulpian wydaje się żywić podobny pogląd. Aby móc wiedzieć, „co jest sprawiedliwe, a co jest niesprawiedliwe”, trzeba znać Boski oraz naturalny i ludzki porządek w świecie. Izolowana wiedza o niektórych regułach czy prawach oczywiście nie jest wystarczająca. I rzeczywiście Ulpian podkreśla w pierwszym tekście *Digestów*, że prawnicy mają za zadanie „kultywować sprawiedliwość” i nauczać wiedzy o tym, co dobre i sprawiedliwe⁷. Na końcu tego paragrafu Ulpian dodaje, że w pracy swej prawnicy dążą (jeśli się nie mylę) „do prawdziwej, a nie pozornej filozofii”⁸, co dowodzi, że miał on świadomość filozoficznych implikacji pracy prawników. W związku z definicją prawa, którą Ulpian przytacza w poprzednim zdaniu, oznacza to, że prawnicy czyniąc to uczą ius, to znaczy prawa. Faktycznie jest to treścią całej ich pracy udokumentowanej w *Digestach*. Dlatego też *Digesta* były nazywane *Iustitiae Romanae templum*. W konstytucji *Tanta*, wydanej przez cesarza i prawodawcę Justyniana, sam prawodawca wyznaje, że owa twierdza sprawiedliwości rzymskiej została zbudowana pracą rzymskich prawników. I wówczas rodzi się zaskakująca sytuacja, gdzie sami prawnicy, to znaczy przedstawiciele rzymskiej jurysprudencji, zostają nazwani przez cesarza legislatores⁹. Wszystko to pozwala zrozumieć, że prawodawstwo było faktycznie wyrazem jurysprudencji (ius). I dokładnie to prawodawstwo jest bez wątpienia najważniejsze dla całego rozwoju prawa w Europie aż do dzisiaj. Zmusza nas to do nieco bliższego przyjrzenia się pojęciu prawodawstwa. Muszę jednak już teraz wspomnieć, że sama jurysprudencja pod wpływem idei pozytywistycznych i relatywistycznych odeszła od podstaw jasno wyłożonych przez Ulpiana. Zobaczmy jeszcze, co się dzieje, gdy prawodawstwo staje się wyrazem takich idei.

II. POJĘCIE PRAWODAWSTWA

Jak już wspomniano, prawodawstwo jest dzisiaj rozumiane jako akt woli konstytucyjnie kompetentnego organu jakiegoś państwa. Zwłaszcza jeśli tym organem jest sam demokratycznie zorganizowany lud lub jego demokratycznie

⁷ D. 1, 1, 1, 1; wydaje mi się, że tutaj przekład Scotta zawodzi. Tekst łaciński głosi: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur. Łacińskie *profiteri* oznacza w tym kontekście nauczanie publiczne; por. E. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s. 466.

⁸ W. Waldstein, *Index*, „International Survey of Roman Law” 22(1994) nr 31, zwłaszcza s. 33-37.

⁹ Zob. Const. *Tanta* 20 i 20a; por. także T. Honoré, *Tribonian*, London 1978, s. 139-186: *Temple of Justice: the Digest*.

wybrana reprezentacja, jak na przykład parlament, wówczas dominuje pogląd, że wszystko, co demokratyczna większość uważa za słuszne, ma zostać przyjęte jako prawo. Póki demokratyczna większość przestrzega obiektywnej sprawiedliwości, praw człowieka, prawa naturalnego w ogóle, nie pojawia się żaden prawdziwy problem. Gdy jednak większość wszystko to lekceważy – ponieważ chce zrobić coś, co uważa za korzystne dla siebie, ale co jest sprzeczne z prawami innych lub ze sprawiedliwością – pojawia się pytanie, czy prawodawstwo zachowuje swoją legitymację. Odpowiedź na to pytanie była jasno dostrzegana już w starożytności. Nawet demokracja zmienia się w takim przypadku w formę tyranii, którą nazywamy ochlokracją. Demokracja, jak każda inna prawowita konstytucyjna forma państwa, może istnieć tylko wtedy, gdy podstawowe prawa są respektowane bez zastrzeżeń. Niedawna wypowiedź Ojca świętego Jana Pawła II, mianowicie: „Nikt nie może ogłaszać swej własnej suwerenności lub egzekwować swoich praw kosztem suwerenności i praw swych braci”, jest z pewnością „fundamentalnym imperatywem moralnym w odniesieniu do polityki i życia społecznego we współczesnym świecie” – jak powiedział mój drogi przyjaciel, Tadeusz Styczeń. Niemniej można również wykazać, że jest ona oparta na wszystkich zasadach sprawiedliwości i prawa znanych od starożytności.

Co do starożytnego pojęcia „lex”, chciałbym najpierw przytoczyć jeden ważny passus z *Digestów*, gdzie rzymski prawnik Marcjan cytuje stoickiego filozofa Chryzypa, który powiedział: „Prawo (nomos, lex) jest królową wszystkich rzeczy, Boskich i ludzkich. Powinno być także rządcą zarówno dobra, jak i zła, i przywódcą, i władcą, i w ten sposób sprawdzianem wszystkiego, co sprawiedliwe i niesprawiedliwe dla tych zwierząt (człowieka), które z natury żyją we wspólnocie, nakazując, co należy czynić, i zabraniając, czego czynić nie wolno”¹⁰.

Zwłaszcza Cycero bardzo jasno pokazał w swoim dziele o prawach, co jest istotne, gdy chodzi o samo prawodawstwo. Mogę tylko zacytować kilka najważniejszych fragmentów. Zaczyna on mówiąc: „Co się tyczy jednak prawa stanowionego, to ustalmy, że wzięło ono swój początek z owego prawa najwyższego, które zrodziło się o całą wieczność wcześniej, niż wprowadzono w życie jakiekolwiek prawo pisane, i w ogóle wcześniej, niż założono jakieś państwo”¹¹.

¹⁰ H. G. Liddell, R. Scott, *A Greek-English Lexicon*, Oxford 1961, s. 1435. Istotny passus u Arystotelesa, *Pol.* 1, 9; 1253 a 3, został przełożony przez H. Rackhama w *The Loeb Classical Library* (1959) następująco: „man is by nature a political animal” („człowiek jest z natury zwierzęciem politycznym”). Scott całkowicie błędnie zrozumiał passus z *Digestów*, pisząc: „as well as those things which are civil by Nature” („jak również te rzeczy, które z natury są związane z państwem”).

¹¹ „But in determining what Justice is, let us begin with that supreme Law which had its origin ages before any written law existed or any state had been established.” Cic., *Leg.* 1, 19; przekład angielski C. W. Keyes, *The Loeb Classical Library* (1966) przekład polski: Marcus Tullius Cicero, *O prawach*, w: *tenże, Pisma filozoficzne*, Warszawa 1960, t. 2, s. 208.

Podczas swoich dalszych dociekań pokazuje on, dlaczego prawa tyranów nie mogą być w ogóle uważane za prawa. Nawet jeśli cały lud byłby „zachwycony prawami tyrana, nie dawałoby im to tytułu do uchodzenia za sprawiedliwe”. Jednym z przykładów wymienianych przez Cyserona jest prawo pozwalające dyktatorowi „bezkarnie skazać na śmierć każdego obywatela, wedle swej woli”. Dalej Cycero mówi: „Bo Sprawiedliwość jest jedna; wiąże ona całą społeczność ludzką i opiera się na jednym Prawie”. To prawo (lex) jest nazywane przez Cyserona „recta ratio imperandi atque prohibendi”. Jak w wielu innych passusach niemożliwe jest przełożenie „ratio” po prostu przez „rozum”. Nie mogę szczegółowo omawiać tutaj tego problemu. Jestem przekonany, że w wielu innych fragmentach staje się jasne, iż „ratio” oznacza porządek i jest bliższe temu, co św. Tomasz określa jako „participatio legis aeternae in rationali creatura”¹², niż po prostu rozumowi. Dlatego Cycero może dodać: „I wszystko jedno, czy to prawo zostało gdzieś spisane, czy też nie: kto go nie zna, nie jest sprawiedliwy”¹³. Mówi on dalej: „Jeśliby tedy zasady Sprawiedliwości [widnieje tu słowo: „iura”, co również znaczy prawo – przyp. W.W.] ustanowione były tylko przez nakazy ludu, rozporządzenia władców albo wyroki sędziów”¹⁴, wówczas słusznie byłoby dokonać „rozboju, cudzołóstwa, fałszerstwa testamentu, gdyby jakieś głosowanie lub wyrok pospółstwa uznały za stosowne. [...] A więc do rozróżnienia prawa dobrego od złego nie mamy innego sprawdzianu, jak naturę”¹⁵. Natura jest tutaj oczywiście rozumiana w znaczeniu prawa naturalnego.

Bardzo znany wyjątek ze św. Augustyna może pomóc w dalszym wyjaśnieniu sprawy. Odwołuje się on do dobrze znanego incydentu dotyczącego króla macedońskiego, Aleksandra Wielkiego, który pojmał pewnego pirata. „Kiedy król zapytał go, czym się powodował uprawiając rozbój na morzu, tamten z nieukrywaną zuchwałością odrzekł: Tym samym, co i ty uprawiając rozbój po całym świecie. Ponieważ ja jednak posługuję się przy tym małym okręci-kiem, nazywają mnie rozbójnikiem, a że ty używasz do tego wielkiej floty, przeto zwa cię wodzem”. Św. Augustyn posługuje się tym przykładem jako argumentem na rzecz swojego stwierdzenia: „Czymże są więc wyzute ze sprawiedliwości państwa, jeśli nie wielkimi bandami rozbójników? Bo czyż i rozbójnicze bandy są czym innym niż małymi państwami? Wszak i banda jest gromadą ludzi rządzących się rozkazami swego przywódcy, związaną przez ugodę (w sensie umowy, transakcji) o wspólności i rozdającą zdobycz wedle przyjętego

¹² *Summa theol.* I-II q. 91, a. 2 resp.; w tym sensie również *Veritatis splendor*, nr 43-44 i 50; por. też Cic., *Off.* 1, 11.

¹³ Cic., *Leg.* 1, 42; przekład polski: dz. cyt., s. 222.

¹⁴ Od tego miejsca nie mogę iść za przekładem Keyesa, ponieważ utożsamia on po prostu ius ze sprawiedliwością (justice), co jest sprzeczne ze znaczeniem tekstu.

¹⁵ Cic., *Leg.* 1, 43 i 44; przekład polski: dz. cyt., s. 222-223 (poprawiony zgodnie z intencjami autora – przyp. tłum. P. M.).

przez się prawa. Gdy plaga ta [...] rozrasta się tak dalece, iż opanowuje niektóre okolice, zakłada swoje placówki, zagarnia miasta, ujarzmia narody, wówczas jawnie przyjmuje nazwę państwa, do czego się już całkiem wyraźnie przyczynia bynajmniej nie wyrzeczenie się chciwości, ale przydanie do niej bezkarności”¹⁶.

Te ostatnie słowa „przydanie bezkarności” są, można rzec, prorocze dla naszych czasów. „Uгода o wspólności”, w większości wypadków, uznała prawo kobiet do unikania kłopotów osobistych przez zabijanie nie chcianych dzieci, a prawodawca przyznaje im za to bezkarność. W Holandii większość uzgodniła dalej następny logicznie krok, mianowicie zabijanie w pewnych okolicznościach osób sędziwych i chorych. Już jednak w 1920 roku słynny niemiecki profesor prawa kryminalnego, Karl Binding, który był po prostu przedstawicielem teorii pozytywistycznych, a nie nazistą, wysunął myśl, że osoby nieuleczalnie chore i niedorozwinięte umysłowo powinny być zabijane, aby uniknąć odprowadzenia majątku narodowego i nakładu pracy od celów produkcyjnych do pielęgnowania takiego „balastu”¹⁷. Nie może być wątpliwości co do tego, że idee sformułowane przez Bindinga i innych pomogły tyranii nazistowskiej w przeprowadzeniu jej zamierzeń. Robert M. Byrn nazwał nową etykę „ludobójczą magią etyki jakości życia”, w którą pogrążyła się amerykańska jurysprudencja przez dopuszczenie aborcji. Następnie mówi on: „Magik wie najlepiej. Będzie on nam dawał la dolce vita, nawet jeśli nas to zabije, a w każdym razie zabije tych, którzy są od nas tak niewygodnie zależni i tak nas obciążają, że stają nam na drodze do dobrego życia”¹⁸. W 1975 roku myśli te zostały przedstawione na sympozjum zorganizowanym przez Albina Esera, innego profesora prawa kryminalnego w Uniwersytecie w Bielefeld. Argumentowano, że powinno się utworzyć nowe gremia decyzyjne podobne do ław przysięgłych, które miałyby decydować o życiu i śmierci. Miałoby to pomóc w ożywieniu demokratycznego podejmowania decyzji i w podziale nowej odpowiedzialności, jaką nakłada na nas współczesna nauka, odpowiedzialności za „odgrywanie roli dobrego Boga”¹⁹. To „odgrywanie roli dobrego Boga” zakłada prawo do decydowania o życiu drugich, na podobieństwo Boga. Staje się

¹⁶ Aug., Civ. 4, 4; przekład angielski: W. M. Green, w: *The Loeb Classical Library* (1963); przekład polski: *Państwo Boże*, Warszawa 1977, s. 223.

¹⁷ Zob. L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933 -1940*, München 1988, s. 497.

¹⁸ „America” 1973, s. 511; por. też. W. Waldstein, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, s. 94, przyp. 287.

¹⁹ Zob. *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, red. A. Eser, Stuttgart 1976, s. 390; Waldstein, *Das Menschenrecht*, dz. cyt., s. 106. W oryginalnej wersji niemieckiej Kittrie proponuje „die Schaffung von völlig neuen Körperschaften zur Entscheidungsfindung”, które powinny decydować „ähnlich wie Geschworenengerichte... über Leben und Tod”. Jest to uważane za sposób „zur Wiederbelebung demokratischer Entscheidungsfindung”, które „dazu helfen könnte, die neuen gesellschaftlichen Verantwortungsbereiche zu verteilen, die uns die moderne Wissenschaft aufzwingt: die Verantwortung dafür, daß wir den «Lieben Gott» spielen”.

tutaj jasne, że założenie tego rodzaju osiąga punkt, w którym demokracja zmieniałaby się w swoje totalitarne przeciwieństwo, mianowicie w ochlokrację, gdyby większość zaakceptowała te poglądy.

Nie może być wątpliwości, że jurysprudencja pozytywistyczna i relatywistyczna, która przeczy istnieniu lub poznawalności jakichkolwiek obiektywnych wzorców sprawiedliwości, będzie również pomagać prawodawstwu w lekceważeniu tych wzorców. Najczęściej i z największym naciskiem zaprzeczają temu ci, którzy propagują teorie pozytywistyczne. Nikt nie czuje się odpowiedzialny za żadną zbrodnię popełnioną przez jakikolwiek system, który przyjął takie teorie dla swoich celów²⁰. Tak czy owak, każde prawodawstwo będące wyrazem takiej jurysprudencji, obojętnie czy będzie ono formalnie demokratyczne czy dyktatorskie, skończy na pogwałceniu fundamentalnych praw człowieka, prawa naturalnego i sprawiedliwości.

Aby uchronić poszczególne państwa przed popadnięciem w ten rodzaj barbarzyństwa, opracowano po drugiej wojnie światowej deklaracje międzynarodowe a nawet konwencje praw człowieka. Od tego czasu nawet te międzynarodowe środki ochrony praw człowieka zawiodły w najbardziej kluczowych kwestiach. W organizacjach międzynarodowych przedstawiciele demokratycznych państw, które podjęły działania przeciwko ochronie praw człowieka, zwłaszcza w kwestii ochrony życia nie narodzonych, w większości uznali prawodawstwo swoich krajów za słuszne. Jedną z najbardziej haniebnych spraw jest debata wokół definicji słowa „dziecko” w artykule 1. *Konwencji Narodów Zjednoczonych O prawach dziecka* z 1989 r. Fakt, że „aborcja jest legalna w wielu krajach był argumentem za niejasnym słownictwem w artykule 1”²¹.

²⁰ Ta ucieczka od odpowiedzialności za własne teorie jest słusznie krytykowana przez M. Krielego w: *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, Berlin 1990, który w *Przedmowie*, s. V, mówi, że szukając odpowiedzi na pytanie, jak możliwe były te wszystkie straszne rzeczy, które działy się pod rządami nazistów, wciąż na nowo trafiał „na fenomen «środowiska sofistycznego»: na skłonność intelektualistów do ulegania ich zwodniczej, niemal nieograniczonej zdolności do tworzenia sobie teorii, które rozpowszechniają, sami w nie wierzą, a w końcu za nic nie są odpowiedzialni”, oraz że: „O rozumie można mówić tylko tam, gdzie myśl przerywa pasmo kłamliwych teorii i przyjmuje na siebie odpowiedzialność za prawdę”.

²¹ C. Price Cohen, *Nota wprowadzająca*, „International Legal Materials” 28(1989) nr 6, s. 1450. Odnosny fragment wart jest zacytowania w całości: „podczas drugiego czytania wyróżniły się cztery obszary, które możemy nazwać «gorącymi tematami» lub zagadnieniami wysoce kontrowersyjnymi. Były to prawa dziecka nie narodzonego, [...]. Prawa dziecka nie narodzonego stanowiły problem od chwili, gdy rozpoczęto prace nad definicją słowa „dziecko” w artykule 1. aż do końca drugiego czytania. Byli delegaci NGO [Nongovernmental Organization], którzy uważali, że prawa nie narodzonego winny być w pewnym stopniu chronione przez prawo każdego państwa, niezależnie od praw odnoszących się do aborcji, i lekceważenie tej ochrony przez ich pominięcie w Konwencji byłoby oczywistą obłudą. Starannie zredagowany język kompromisu w artykule 1., który definiuje dziecko po prostu jako „każdą istotę ludzką...”, i pozostawia grupom z poszczególnych państw sprawę nadania ich własnego znaczenia słowom „istota ludzka”, zgodnie z ich prawodawstwem państwowym, nie był dostatecznie precyzyjny, aby zadowolić niektóre delegacje”.

Sumienie ludzkości, żywe jeszcze wtedy, gdy ogłaszano deklaracje i konwencje, zgasło pod wpływem egoistycznej woli na całym świecie, gotowej promować swą własną „jakość życia” za wszelką cenę, nawet za cenę lekceważenia nie chcianego ludzkiego życia. Nie da się uniknąć skutków, jakie wywoła prawodawstwo służące takim celom, skutków, na których musimy się teraz skupić.

III. SKUTKI PRAWODAWSTWA LEKCEWAŻĄCEGO PRAWA CZŁOWIEKA

Niezależnie od tego, jak bardzo ci, którzy uważają za pożądane lub roztropne dopuszczenie w pewnych okolicznościach zabijania niewinnych istot ludzkich ze względu na „jakość życia” innych, byliby przekonani, że postępowanie takie mogłoby zostać słusznie dozwolone przez sprawiedliwe prawodawstwo, nie mogą oni uniknąć zarzutu, że prawodawca poddający się takim żądaniom całkowicie odchodzi od fundamentów państwa prawa. Nie trzeba być szczególnie dobrze poinformowanym o historii i prawach człowieka, żeby to wiedzieć. Ludzkość jeszcze czterdzieści lat temu jasno rozumiała, że pewne akty popełnione przez systemy totalitarne były zbrodnią przeciwko ludzkości. Hitler na przykład nie był w stanie otwarcie pozwolić na zabijanie nie narodzonych dzieci lub osób nieuleczalnie chorych i upośledzonych, ponieważ sumienie narodu było jeszcze wystarczająco silne, i to wbrew wspomnianym wyżej teoriom. Zbrodnie, które te działania za sobą pociągają, nie stały się lepsze przez to, że są teraz jawnie dopuszczone przez demokratycznych prawodawców zgodnie z życzeniem większości. Istnieje obiektywna miara tego, co dobre i złe, która nie może być zmieniona przez polityczną wolę, nawet jeśli jest to wola większości. Miarę tę widziano jasno jeszcze bez światła chrześcijańskiego Objawienia. Jak powiedział na przykład Cycero, „wiąże ona wszelką ludzką społeczność” i „opiera się na jednym Prawie”, a dalej: „kto go [tego prawa] nie zna, nie jest sprawiedliwy”²². To, co powiedział św. Augustyn o skutkach braku sprawiedliwości, było wnioskiem z ogólnego i prawdziwego poznania. Dlatego to, co powiedział, jest nadal ważne, mianowicie: „Czymże są więc wyzute ze sprawiedliwości państwa, jeśli nie wielkimi bandami rozbójników?”. Wola większości nie jest w stanie zmienić tej prawdy. Nie może jej zmienić również pozytywistyczna teoria sceptyczna, jak na przykład pogląd Alfa Rossa wyrażony słowami: „Odwoływanie się do sprawiedliwości jest tym samym, co walenie w stół: ekspresja emocji, która zmienia czyjeś żądanie w absolutny postulat”²³. Gdyby to była prawda, to cały wysiłek ludzkości, aby

²² Cic., *Leg.* 1, 42; por. wyżej po przypisie 12.

²³ A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 274; por. też Waldstein, *Ist das „suum cuique”*, dz. cyt., s. 285, przyp. 2.

rozpowszechniać wiedzę o sprawiedliwości, łącznie z osiągnięciami rzymskiej jurysprudencji, byłby daremny. Co oznaczałoby podtrzymywanie takiego poglądu, wy tłumaczył już Cyncero, który bez ogródek wypowiada się w sprawie podstaw sprawiedliwości: „tylko szalenie mógłby wywnioskować, że sądy te są rzeczą mniemania, a nie sprawami ustalonymi przez Naturę”²⁴. Dlatego obowiązują one nie tylko „królestwa” (w przekładzie angielskim tekstu św. Augustyna jest: „kingdoms” tam, gdzie polski tłumacz wybrał „państwa” – przyp. tłum. P. M.), lecz także demokratycznie zorganizowane państwa.

Demokratyczna organizacja nie daje sama przez się gwarancji, że dane państwo jest faktycznie prawdziwą demokracją. Dostrzegano to już w starożytności. Demokratycznie zorganizowane państwo ulega zniekształceniu w ochłokrację, gdy podstawowe prawa, prawa człowieka, a przez to sprawiedliwość, zostają pogwałcone, nawet głosami większości. Jak nasz Ojciec święty ponownie wskazał w encyklice *Veritatis splendor* (nr 50), „źródłem i uzasadnieniem obowiązku bezwarunkowego poszanowania życia ludzkiego jest godność osoby”²⁵. Sobór Watykański II powiedział to jasno: „Należy więc z największą troską ochraniać życie od samego poczęcia; spędzanie płodu, jak i dzieciobójstwo są okropnymi przestępstwami” (KDK, nr 51). (W przekładzie angielskim czytamy tutaj: „unspeakable crimes” – przyp. tłum. P.M.; w tekście łacińskim jest: nefanda crimina, co tłumaczy się lepiej przez „okropne” i jego odpowiedniki, takie jak „nikczemne”, „skandaliczne”, „wstrętne” zbrodnie). W każdym razie jest dostatecznie jasne, że żadne głosowanie, nawet większości, nie zmieni tych zbrodni w czyny sprawiedliwe. Jak pokazał Robert Spaemann, przekonanie, że społeczeństwo może to uczynić, byłoby totalitarnym niezrozumieniem tego społeczeństwa, co pociąga za sobą koniec społeczeństwa wolnego²⁶.

Najbardziej kompetentni przedstawiciele niemieckiej jurysprudencji przez wiele lat wyjaśniali, że prawne przyzwolenie na zabijanie nie narodzonych

²⁴ Cic., *Leg.* 1, 44-45, przekład polski: P.M.

²⁵ Tekst łaciński głosi: „origo et fundamentum officii humanae vitae prorsus observandae in germana dignitate propriae personae sunt reperienda”. Przekład niemiecki pomija „germana” i, jak w wielu innych przypadkach, niestety, nie jest adekwatny. Ale także tłumaczenie angielskie je pomija. Słowo to mogłoby być przetłumaczone jako „inborn” („wrodzony”). W tym samym sensie co tekst łaciński austriacki kodeks cywilny (ABGB) głosi w paragrafie 16.: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte” („Każdy człowiek ma przyrodzone, lecz wyjaśniane za pomocą rozumu, prawa”).

²⁶ Zob. R. Spaemann, *Verantwortung für die Ungeborenen*, „Schriftenreihe der Juristen Vereinigung Lebensrecht e. V. zu Köln” 5(1988) nr 30. Por. też o wiele bardziej szczegółową argumentację J. Dejt en, *Neopluralismus und Naturrecht*, Paderborn 1988, s. 270-279 i 639-649; także K r i e l e, *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, dz. cyt., zwłaszcza s. 204-235; tenże, *Befreiung und politische Aufklärung*, Freiburg 1986², oraz tenże, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Opladen 1994⁵, zwłaszcza s. 121-126 i 235-272.

dzieci na życzenie matki, jest wbrew konstytucji²⁷. Wbrew wszelkim argumentom wysuwany przez jurysprudencję, Bundestag wydał nowe prawo aborcyjne w 1992 roku, nie jako wyraz jurysprudencji, lecz politycznej woli większości. W 1993 roku Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny podjął decyzję dotyczącą tego prawa aborcyjnego. Zasady przewodnie (Leitsätze), które formułuje Trybunał, mieszczą w sobie wszystko, co można powiedzieć w związku z ochroną życia, a zwłaszcza życia nie narodzonych. Wśród tych zasad znajduje się nawet taka, która mówi, że państwo nie może swobodnie odmówić zastosowania prawa karnego dla ochrony ludzkiego życia²⁸. Jednak presja społeczna zmusiła Trybunał do akceptacji śmiertelnościowego kompromisu. Choć Trybunał uznaje aborcję po konsultacji (Beratungslösung) za nielegalną, pozwala się prawodawcy na wycofanie ochrony nie narodzonego dziecka, ochrony w postaci groźby kary. To wydane w dobrej wierze orzeczenie Trybunału, zamiast zachęcić i pomóc kobiecie donosić swoje dziecko do końca, będzie miało w praktyce taki skutek, iż ludzie zaczną myśleć, że jeśli coś nie jest karalne, to jest legalne. W każdym razie prawodawcy wolno teraz swobodnie odmówić jedynej możliwej ochrony, jaką państwo może skutecznie dać każdemu nie narodzonemu dziecku. Ponieważ ludzie po prostu chcą się pozbyć nie chcianych dzieci, trzeba znaleźć jakiś sposób, żeby na to pozwolić, nawet kosztem życia innych. Dlaczego więc nie mielibyśmy pozwolić na zabijanie innych, którzy często mogą być bardziej uciążliwi niż dziecko? Widać już dość jasno, że pewnego dnia ci, którzy dopuścili zabijanie niewinnych ludzi, mogą stać się i prawdopodobnie staną się ofiarami swych własnych zasad, a my wszyscy razem z nimi, jeśli ... tak, jeśli ludzkie sumienie nie będzie potrafiło się znów przebudzić z powszechnego egoizmu ku pełnemu uznaniu wymogów sprawiedliwości.

²⁷ Pytanie to stało się jeszcze bardziej palące po upadku muru berlińskiego i Układzie Zjednoczeniowym, który został zatwierdzony przez artykuł 143. Ustawy Zasadniczej. Nawiązując do jednego z artykułów tego układu Axel v. Campenhausen w swoim komentarzu do artykułu 143 pisze w: v. Mangoldt – Klein – v. Campenhausen, GG, Art. 143 Rdnr 23: „Artykuł 9, ustęp 2 Układu Zjednoczeniowego głosi, że przytoczone w Załączniku 2 prawo byłej NRD pozostaje w mocy, o ile [...] jest możliwe do pogodzenia z Ustawą Zasadniczą. Jednak wykluczone jest dalsze obowiązywanie tego prawa, chociaż zostało przytoczone w Załączniku 2 do Układu Zjednoczeniowego, również wtedy gdyby okazało się ono niezgodne z jedną tylko podstawową zasadą wymienioną w artykule 79, ustęp 3 Ustawy Zasadniczej. Jest tak w przypadku paragrafu 1, ustępy 2 do 4 obowiązującego dotychczas w NRD prawa o przerywaniu ciąży, które zawiera regulację podającą konkretną czasową granicę jego dopuszczalności: według zasad, ustanowionych wyrokiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25.2.1975 r., regulacja ta jest nie do pogodzenia bądź z zasadą nienaruszalności godności ludzkiej wyłożoną w artykule 1, ustęp 1 Ustawy Zasadniczej, bądź też z zagwarantowanym w artykule 2, ustęp 2, zdanie 1 Ustawy Zasadniczej prawem do życia”.

²⁸ „Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht” 88(1993) nr 21, s. 203 nn.; zasady dotyczące zastosowania prawa karnego znajdują się w nr. 8-11 na s. 204.

W tej sytuacji prawdziwą nadzieję budzi fakt, że dwaj członkowie niemieckiego Bundestagu, Norbert Geis i Manfred Carstens, przedstawili projekt ustawy zawierający nieograniczoną ochronę dzieci nie narodzonych²⁹. Wydaje się, że znalazła ona nieoczekiwane poparcie wśród członków Bundestagu i w społeczeństwie. Jeśli propozycja ta zostałaby przyjęta, mogłaby rozpocząć prawdziwie nową erę powrotu do praw człowieka, prawa naturalnego i sprawiedliwości, i w ten sposób do fundamentów prawdziwie ludzkiej przyszłości w ludzkiej solidarności. Wizja naszego Ojca świętego dotycząca takiej przyszłości Europy jest wyrazem prawdziwego ducha Europy i została wspaniale wypowiedziana w Jego encyklikach i innych dokumentach, lecz najważniejsze są – jak sądzę – sformułowania w encyklice *Veritatis splendor*. Niech to światło, ten blask prawdy dotrze do wszystkich dusz i serc ludzkich. W nim zawierają się prawdziwe fundamenty ludzkiej przyszłości. W każdym razie musimy nad tym pracować, ile tylko możemy. Co do reszty, możemy tylko mieć nadzieję i modlić się.

Tłum. *Patrycja Mikulska*

²⁹ Znalazłem tę propozycję opublikowaną w „Kirche Heute” 1994, nr 3, s. 6.