

Marcin Osikowicz

## **Dobre i złe prawo**

Prowadzę ćwiczenia do wykładu z „Podstaw prawa”. Przedmiot akademicki, w którego nazwie występuje słowo „podstawy” jest dla belfra trudny. Trzeba sięgnąć do słów najważniejszych – tym bardziej złożonych, im dłużej się zastanawiać. Przykład – termin „prawo”. Według zalecanego dla studentów rachunkowości i controllingu podręcznika „prawo to zbiór norm stanowionych przez państwo i gwarantowanych przymusem państwowym”. Za taką odpowiedź na teście student dostanie punkt, więc się nie zawaha. Ale dziś nie układam testu. Rozbiję szkolną definicję na części.

Zbiór - czyli wiele. Ale jeśli wiele, to czy komplet? Czy zbiór może być nieskończony? Pewnie nie. Natomiast ilość jest ruchoma z tendencją rosnącą.

Norm – czyli reguł postępowania. Tego nie wolno ci robić, to musisz, to możesz.

Stanowionych – czyli wprowadzonych przy użyciu odpowiednich procedur. Albo i z naruszeniem procedur, o ile naruszający ma wystarczająco grubą pałkę w łapie.

Państwo – czyli właściwie co? W każdym razie grupa ludzi musi się zgodzić, że oto istnieje coś takiego.

Gwarantowanych – czyli zapewnionych. Z tym że gwarancja nie jest absolutna, a jedynie tak mocna jak owo państwo.

Przymusem – czyli będzie nieprzyjemnie.

Państwowym – czyli właśnie państwo zrobi ci nieprzyjemnie, jeśli naruszysz normę.

Łatwo zauważyć, że cała definicja opiera się na ludzkich wyobrażeniach oraz działaniach wynikłych z wyobrażeń. Państwo to kwestia wyobraźni. Istnieje, kiedy ludzie uważają że istnieje. Znika, kiedy ludzie przestają uważać. Ale przymus to już nie sprawa wyobraźni. Jest realny, jak uderzenie pałką w łeb. Widać związek między wyobraźnią a rzeczywistością, prawda?

Prawo jak powietrze. W nim się budzimy i zasypiamy, ale nie zastanawiamy się czym jest, póki jest. Gatunek ludzki działa według łatwo dostrzegalnych algorytmów. Mniej-więcej jeden na dziesięciu z nas ma jakieś zdolności przywódcze. Mniej-więcej jeden na dziesięciu z tej grupy ma je znacznie większe niż pozostali. I tak dalej. Motorem przywództwa jest zwykle żądza władzy lub zysku, ale także sprzeciw wobec obecnego porządku, lub/i chęć wprowadzenia lepszego. Jednak władza i pieniądze korygują oryginalnie szlachetne założenia ruchów społecznych. Szczególnie, jeśli uda im się zwyciężyć. Komunizm najlepszym przykładem.

Algorytm prowadzi ludzi do organizacji. Język natomiast umożliwia tworzenie mitów spajających organizację. Oczywiście jako jednostki nie jesteśmy całkiem bezwolni. Człowiek nie musi brać udziału w jakiegokolwiek organizacji, tak jak nie musi mówić. Niemniej w praktyce pustelników i anarchistów zawsze było mniej-więcej tyłu co niemot. Pozostali siedzą na karuzeli dziejów - tak tworzą się i rozwijają firmy, państwa, mafie, kościoły, ruchy społeczne. Tak również konkurują, zwalczają się, upadają. Ot historia i teraźniejszość w skrócie. O przyszłości ciężko sądzić, ale algorytmu raczej nie zmienimy.

Prawo jest konsekwencją opisanego schematu. Organizacje – pisał o tym Hartman - potrzebują zasad. Bez zasad sprawność organizacji jest mniejsza, ponieważ rozwiązywanie konfliktów trwa dłużej i jest bardziej kosztowne. Najprostsze prawo – prawo silniejszego – działa w organizacjach o niedużej liczbie członków. W grupie wilków na przykład. Bo już u szympansów sprawa jest bardziej

skomplikowana - występują sojusze i negocjacje. U ludzi prawo silniejszego sprawdza się również – wystarczy wspomnieć zabawy na podwórku. Banda dzieciaków albo banda dezertów obiera taką formę organizacji. Ale to są grupy najwyżej kilkudziesięciosobowe. Jeden lider z silnymi kulakami lub silną charyzmą daje radę nią sterować. Zarządzanie organizacją liczniejszą w taki sposób jest już niemożliwe albo nieefektywne. Dlatego szympansy nie tworzą państw ani korporacji międzynarodowych. Ludzie owszem - rozwiązaniem jest prawo tworzone za pomocą języka. Oczywiście nie samo prawo jest cudowną receptą na zarządzanie. Najważniejsza jest wiara w sens istnienia organizacji. To zapewnia również język, za pomocą odpowiednich opowieści – mitów założycielskich. Bez mitu nie ma woli działania. Bez prawa nie ma sprawności działania. Mit i prawo - dwie nogi każdego przedsięwzięcia.

O władzy nie będę pisać. Temat wyczerpany przez Szekspira i Machiavellego, pozostali naśladowają. „Władza przypada nie najsilniejszemu, nie najszybszemu, nie najsprytniejszemu ale temu, kto jest gotów zrobić wszystko dla jej zdobycia.” („Arcane”, serial animowany).

O mitach też nie napiszę, odsyłam do Hararięgo. Streszczając - szczególną cechą ludzi jest tworzenie opowieści, a tylko ludzie wierzący w tę samą opowieść potrafią działać wspólnie. Opowieść może być o państwie, o bogu, albo na przykład o spółce akcyjnej.

Marcin Matczak w wykładach o filozofii prawa porównuje prawo do projektu budowlanego, a prawników do budowniczych. Pójdźmy dalej. Wyobraź sobie gotycki kościół. Jeśli stanąć na środku posadzki i spojrzeć w górę, można zobaczyć zwornik - kamień w sklepieniu łączący żebra łuków. Łatwo stwierdzić, że co prawda inne kamienie ewentualnie można usuwać, zmieniać, albo dostawiać nowe, tego jednego ruszyć się nie da bez zawalenia całości. W systemie prawnym ten szczególny kamień to konstytucja, reszta to inne akty prawne. Ale ponieważ w pojedynczym akcie prawnym zawiera się wiele reguł postępowania, analogia trochę kuleje. Ewentualnie trzeba by sobie wyobrazić normę prawną jako cząstkę kamienia. Może być?

Są kościoły ładniejsze i brzydsze, niektóre całkiem fatalnie zbudowane. Zarówno w prawie, jak i w sztuce prostota i czystość formy jest zaletą. Ornamenty i przeróbki pogarszają sprawę. Nic dziwnego – zarówno prawo jak i sztuka to rodzaj języka. To prowadzi do pojęć prawa pięknego i brzydkiego. Możliwe, że piękne prawo nie jest już możliwe, ponieważ jego stopień skomplikowania jest proporcjonalny do skomplikowania cywilizacji. Jeśli sentencje prawne starożytnych Rzymian stanowią kanon urody, to trzeba zauważyć, że świat współczesny nie tylko jest bardziej skomplikowany, ale również tempo zmian wzrosło. I ciągle rośnie. Jeśli w starożytnym Rzymie rozwiązanie prawne można było doskonalić przez pięćset lat, dzisiaj po pięciu miesiącach trzeba je zmienić, a po pięciu latach zastąpić. Niechlujność szkodzi. Rozwiązania niestaranne potrafią zepsuć najlepsze intencje twórców.

Pojęć prawa pięknego (możliwie prostego, starannego, wysokiej jakości) i brzydkiego nie możemy mieszać z kwestią prawa dobrego i złego. Gdybyśmy tak zrobili, zachwycaliby nas klarowność obwieszczeń władz okupacyjnych III Rzeszy o odwetowych egzekucjach ludności w parytecie 10 do 1 za każdego zabitego Niemca.

Podstawowy problem sygnalizowałem w poprzednim eseju („Sługa złego pana”). Żeby odróżnić prawo dobre od złego, trzeba najpierw odróżnić dobro od zła. Punkt odniesienia nie jest uniwersalny w skali wszechświata. Od biedy możemy się zgodzić na pewien kanon ludzkich pojęć. W naszej sferze kulturowej jesteśmy mieszkańcami Jerozolimy, Aten i Rzymu, więc przybliżoną odpowiedź znajdziemy bądź to odwołując się do etyki judeochrześcijańskiej, bądź filozofii klasycznej, uwzględniając późniejsze osiągnięcia, z Oświeceniem na czele. Filozof się skrzywi, że wrzucam w jeden garnek Marka Aureliusza, Tomasza z Akwinu i Kanta wraz zresztą myślicieli, ale chodzi o wyznaczenie ogólnego kursu. Bo na przykład do tego garnka nie da się wrzucić Nietzschego, który relatywizuje pojęcie dobra i zła. Sprawa przypomina próby znalezienia bieguna południowego dwoma metodami. Według pierwszej kolejni filozofowie, jak polarnicy - ruszają w zasy, brną, wreszcie wbijają swój kijek w śnieg i mówią „tutaj”. Jeden trochę w lewo, drugi trochę w prawo ale

w sumie niedaleko. Drugą metodę stosuje Nietzsche - wbija patyk w swoim ogródku. Wydaje się, że te dwie metody nie są do pogodzenia, chyba że ogródek akurat znajduje się na biegunie.

Z podobnych powodów dwie wielkie koncepcje prawa - prawo natury i prawo pozytywne również raczej nie są do pogodzenia. Prawo natury mówi: istnieje obiektywne pojęcie dobra, a prawo jest tarczą dla jego ochrony. Prawo pozytywne mówi: dobre jest to, co władca za takie uważa, a prawo jest jego pałą. (Wizualizacja prawa jako tarczy bądź miecza jest znanym bon motem prawniczym). Teoretycznie można sobie wyobrazić oświeconego i łagodnego autokratę w stylu Franciszka Józefa, który by sytuował swoje pojęcie dobra dość blisko obiektywnego. W takim systemie prawo pozytywne sprawdzałoby się całkiem dobrze. Niemniej w praktyce władca (jakiś „autarcha”, „grupa siedemnastu”, „partia rządząca” albo inny byt, co się wdrapał na szekspirowskie koło historii) zazwyczaj nie jest łagodnym „cysorzem” z bokobrodami tylko politycznym walcem drogowym. Łatwo znaleźć przykłady, kiedy obiektywne dobro oraz dobro w rozumieniu władzy stoją w sprzeczności.

Wracając do dydaktyki - studentów „Podstaw prawa”, przyszłych księgowych i kontrolerów finansowych, od kilku lat muszę uczyć nie tylko jakie prawo jest, ale również jako powinno być. Czarny Pan przejął ministerstwo magii i ukazami dręczy porządnych czarodziejów i mugoli. Potrzebujemy zakłęb obronnych.

Zakłęcie pierwsze – prawo natury. Istnieje obiektywne dobro. Porządek prawny powinien respektować ten fakt, a władza powinna być nim ograniczona. W związku z tym istnieją prawa człowieka, które są naturalne, a nie uznaniowo przez władzę przyznawane. Wszystkie je wymienia Powszechna Deklaracja Praw Człowieka - np. prawo do życia, wolność słowa, zrzeszania się, czy prawo do edukacji. Prawo stanowione przez władzę powinno je chronić. A jeśli jest odwrotnie, jeśli władza swoimi regulacjami narusza prawa człowieka – należy wystąpić przeciwko tym regulacjom, w efekcie przeciwko tej władzy. Tu się kończy teoria, a zaczyna pałą władzy.

Zakłęcie drugie – Konstytucja.

(...) my, Naród Polski - wszyscy obywatele Rzeczypospolitej, zarówno wierzący w Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna, jak i nie podzielający tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł, (...) ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej (...). Preambuła naszej konstytucji była w 1997 roku zażarcie dyskutowana w parlamencie i jej brzmienie jest kompromisem, ponieważ (cytując Kazika Staszewskiego) „jedni mówią, że pewnie Boga nie ma, a inni mówią, że jest”. Niemniej jasno widać, że koncepcja praw natury przyświecała twórcom najważniejszego polskiego aktu prawnego. I jeśli rząd z prezydentem dopuszczają do sytuacji, w której ustawa lub rozporządzenie są z konstytucją sprzeczne, to można się takiemu aktowi prawnemu przeciwstawić. A skoro rząd z prezydentem dopuścili do tego, że Trybunał Konstytucyjny oraz część Sądu Najwyższego przestały być legalnymi organami władzy sądowniczej, tu znów kończy się teoria, a zaczyna pałą.

Trzecie zakłęcie wymaga powrotu do miast rodzinnych - Jeruzolimy, Aten i Rzymu. Możemy być ateistami, ale wymienimy dziesięcioro przykazań. Możemy być nieukami, ale okruchy mitów greckich znamy, bo syzyfowe prace i puszka Pandory zamieszkały w języku na stałe. Z Rzymem sprawa jest bardziej dyskretna od czasu, kiedy łacina przestała być językiem międzynarodowym. Jednak studenci prawa połowy świata uczą się prawa rzymskiego. Są powody. W imperium rzymskim prawo – szczególnie cywilne – było bardzo wyrafinowane, stosownie do stopnia rozwoju gospodarki. Charakterystyczną cechą dawnych cywilizacji była ich duża stabilność. Dziesiątki pokoleń rodziły się i umierały w tak samo wyglądającym świecie. Kolejny cesarz rządził lepiej lub gorzej, ale płatnerz wykuwał takie same miecze dla legionistów. Dla norm prawnych oznaczało to, że kiedy już powstały, mogły być długo cyzelowane. Dorobek rzymskich jurystów został zebrany na zlecenie cesarza Justyniana w VI wieku. Imperium chyliło się już ku upadkowi jak gigantyczny posąg pękający w pół.

Tak wielki, że zanim głowa spadła z karku na ziemię, minęły stulecia. Zanim cesarstwo się rozpadło, powstała księga. A może nawet „Księga”. Kodeks Justyniana stał się kapsułą czasu dla myśli prawniczej cesarstwa. Prawo cywilne, karne, administracyjne, finansowe, fragmenty pism wybitnych prawników, oraz instrukcja obsługi – to wszystko opublikowano w zwartej formie i prawie natychmiast zapomniano na wieki. Głowa posągu spadła i ugrzęzła w gruncie wczesnego średniowiecza. Plemiona germańskie pałętały się wśród ruin i niespecjalnie przejmowały czytaniem prawniczych traktatów. Księgę – tę i wiele innych – przechowali Arabowie. I nagle po następnych dziesiątkach pokoleń, została ponownie odkryta. Nie sama z siebie – zaczęli z kodeksu Justyniana korzystać europejscy kupcy pchający towary między Konstantynopolem, Wenecją, Paryżem, Brugią. Okazało się, że istnieją rozwiązania ich problemów, ponieważ te problemy nie są nowe, tylko cywilizacja znów do nich dorosła.

W ten sposób odkopano prawo rzymskie. W poszczególnych państwach średniowiecznej Europy proces jego recepcji postępował różnie. W niektórych (jak w Rzeszy) zostało przyjęte metodą „kopiuj-wklej”. Podobnie na przykład we Francji, państwach włoskich, Holandii. W innych krajach (jak w Anglii czy w Rzeczypospolitej) entuzjazm był o wiele mniejszy. Kościół rzymski siłą rzeczy był propagatorem prawa rzymskiego, chociaż z innych powodów. W wiek dziewiętnastym powstały nowoczesne kodyfikacje, z Kodeksem Napoleona na czele. Nie dziwi, że bazowały na prawie rzymskim. W efekcie tak jest do dzisiaj. Czytając niektóre przepisy polskiego kodeksu cywilnego czujemy, że zawarte w nich myśli pochodzą sprzed dwóch tysięcy lat.

Po co o tym wszystkim? Ano po to, że prawo rzymskie w stało się kanonem dobrego prawa. I jeśli potrzebujemy zakłęcia przeciwko prawu złemu, to możemy postukać palcem w Kodeks Justyniana mówiąc: propozycja rządu jest sprzeczna z zasadami prawa rzymskiego. Słaba tarcza? Być może słabsza niż pałka, ale dopóki w gronie prawników działających dla władzy znajdują się absolwenci europejskich uniwersytetów, powinni na taki argument zareagować przynajmniej drżeniem dłoni z długopisem.

A dla nas - z drugiego końca pałki - zostają zbiory łacińskich paremii, łatwo je znaleźć w internecie. Więc jak radzi Herbert „powtarzaj stare zaklęcia ludzkości bajki i legendy bo tak zdobędziesz dobro którego nie zdobędziesz.”

**Ius est ars boni et aequi** – Prawo jest sztuką tego, co dobre i sprawiedliwe.

**Audiatur et altera pars** – Niech będzie wysłuchana i druga strona.

**In dubio pro reo** – W razie wątpliwości, na korzyść pozwanego.

**Lex retro non agit** – Ustawa nie działa wstecz.

**Nemo est iudex in propria causa** – Nikt nie jest sędzią we własnej sprawie.

**Non omne quod licet honestum est** – Nie wszystko, co dozwolone, jest uczciwe.

Oraz z dedykacją dla sług Tego-Którego-Imienia-Nie-Wolno-Wymieniać:

**Iustitias vestras iudicabo** – Osądzę waszą sprawiedliwość.

Kraków, marzec 2023