

JAGODA SZPAK
KATEDRA TEORII I FILOZOFII PRAWA
UNIwersytet Wrocławski

| WPŁYW PRAWA NATURY I PRAWA POZYTYWNEGO NA COMMON LAW I CIVIL LAW

Podobieństwa dwóch głównych rodzin prawnych ukształtowanych w ramach europejskiej kultury prawa – *common law* i *civil law* wynikają między innymi ze wspólnych korzeni filozoficznych. Szczególnie *common law* jest podatnym źródłem dla teoretycznych pytań, jakie mają miejsce w dobie tworzenia wspólnotowego prawa. Analiza wpływu głównych prądów filozoficznych: prawa natury i prawa pozytywnego jest zabiegiem ułatwiającym odpowiedź na pytanie o kierunki ewolucji i tendencje zmian w kulturze prawnej Europy. Często, jako fundament i wspólne dziedzictwo naszego kontynentu, autorzy powołują się na triadę: grecką filozofię, rzymskie prawo i chrześcijańską etykę. Celem niniejszej publikacji nie jest szczegółowa analiza założeń poszczególnych teorii prawa, a tym bardziej ich faworyzowanie, ponieważ argumentacja przemawiająca na korzyść któregoś z kierunków wymagałaby przytoczenia wielu definicji i poglądów z poszczególnych okresów historycznych. Moim zamysłem jest ukazanie najważniejszych etapów i myśli filozoficznych, które przyczyniły się w sposób decydujący do rozwoju kultury prawa kontynentalnego oraz kultury prawa anglosaskiego.

Epoka hellenistyczna przyniosła za stoikami prymat prawa zwyczajowego i nowy nurt – prawo natury. Wcześniej w starożytnej Grecji oprócz zasad demokratycznego państwa, można dostrzec jeszcze jedną umacniającą się ideę – kształci się już wtedy poczucie legalizmu, który za źródło prawa uznaje tylko to, co jest stanowione¹. Odwoływanie się do pewnych niezbywalnych praw, które można przypisać człowiekowi, było przez wieki wyrazem poszukiwań absolutnych ideałów wśród filozofów. Jednoznaczna odpowiedź czym jest prawo natury i jak należy rozumieć samo pojęcie, rodzi wiele trudności wśród teoretyków i filozofów prawa². Współcześnie prawo naturalne częściej będzie określane jako prawo słuszności, prawo człowieka czy prawo elementarne. Duże znaczenie miało więc opracowanie w starożytności fundamentalnych dla prawa pojęć, takich jak słuszność, sprawiedliwość czy rządy prawa. Arystotelesowska teoria słuszności umożliwiła korygowanie sztywnej litery prawa i chociaż nie mogła być wykorzystywana przez sądy ateńskie, które

¹ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2006, s. 24.

² Terminy takie jak: „prawo natury” i „prawo naturalne” są stosowane przez duże grono autorów zamiennie, na co zwraca uwagę M. Szyszkowska, *Filozoficzna interpretacja prawa*, Warszawa 1999, s. 5. Faktem jest, że pojęcia te są jednymi z nielicznych terminów wywołujących tyle kontrowersji w filozofii prawa jak pisze K. Motyka, *Prawo naturalne bez natury i Boga? Johna Finnis’a teoria prawa naturalnego* [w:] *Ze sztandarem przez świat*, red. R. Tokarczyk, K. Motyka, Kraków 2002, s. 317.

nie posiadały kompetencji do rozwijania reguły equity, została ona faktycznie wprowadzona poprzez działania pretorskie. Natomiast w Anglii wykształciły się dwa równoległe porządki prawne – *common law* oraz *equity*, które utrzymują się do dnia dzisiejszego pod względem różnic proceduralnych oraz tradycyjnego podziału spraw. Termin *common law* może występować w kilku znaczeniach³, ale z pewnością system ten, na straży którego stoi sądownictwo angielskie, oparty jest na jednolitych zasadach, wypracowanych przez wieki i obowiązujących na terenie całego królestwa⁴. Przez *equity*, rozumie się „(...) typowo angielski zespół pojęciowy, nie mający odpowiednika w prawie kontynentalnym. Jest to mianowicie zespół zasad i remediów wypracowanych i stosowanych przez Sąd Kanclerski (obecnie *Chanery Division of the High Court*), opartych na precedensach tego sądu”⁵. Normy słuszności były spisywane, a nawet później skodyfikowane. Największe znaczenie odegrały na gruncie prawa cywilnego np. rodzinnego (własność małżonków), czy prawa zobowiązań (w szczególności umowy powiernicze tzw. trusty). Stosunek między *common law* a *equity* jest różnie ujmowany⁶, natomiast faktem jest, że mające korzenie w prawie rzymskim oraz kanonicznym *equity*, wprowadziło dużą dozę elastyczności do systemu prawa anglosaskiego.⁷ Historia europejskiej kultury prawnej to „zmaganie się o przekonującą odpowiedź na pytanie, co to jest słuszne prawo, jak można je poznać i jak je zrobić”⁸.

Wiele wieków zajęło dostosowywanie rzymskiego prawa chłonicznego, do tego które współcześnie przyjmujemy za podstawę nauki. Przez długi okres czasu ci, którzy pisali glosy z prawa rzymskiego, byli bardziej „talmudzcy” w swoich przekonaniach niż „cywilistyczni”, co oznacza, że interesowali się w większym stopniu konstruowaniem pytań niż odpowiedzi na nie, czy inaczej mówiąc bardziej debatą niż akcją. Koncepcja stanowienia prawa w średniowieczu nie była silna pomimo wielu głosów uznających wyższy status prawa pisanego nad zwyczajowym (m.in. Św. Tomasz). Prawodawstwo zaczęło upowszechniać się z momentem pojawienia się nowych form europejskiego królestwa, wymagających coraz to nowych i bardziej złożonych praw⁹. Odmiennej potoczyła się droga prawa na kontynencie angielskim, gdzie decydującą rolę uzyskało prawo precedensowe. „W swych początkach *common law* było odmianą kontynentalnego prawa feudalnego, tworzonego i stosowanego przez królów angielskich i sądy angielskie. Było wówczas związane z *ius commune*”¹⁰. Możemy też spotkać się z opiniami, iż «prawo angielskie (*common law* w szerszym

³ Por. J. Zajadło, *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007, s. 34. Centralną funkcję w tym systemie pełni precedens, którego pojęciem nie będę zajmować się w tym artykule.

⁴ *Common law* jako zjawisko „inflacji prawa” przedstawia W. Cebulak, *Praktyczne implikacje przenikania się odmiennych kultur prawnych*, „Prokuratura i Prawo” 1999/5, s. 89-90.

⁵ I. Dyrda, *Podstawowe cechy nauki angielskiego prawa administracyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, 2000/272, s. 326.

⁶ Por. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2007, s. 141.

⁷ Współcześnie rolę *equity* może z powodzeniem pełnić odesłanie do kryteriów pozaprawnych – stanowiące kategorię prawa pozytywnego. Zob. na przykład: A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2007, s. 75.

⁸ R. Sobański, *Kultura prawna Europy*, „Studia Europejskie” nr 3 (7), 1998, s. 117 i n.

⁹ Wola króla jako prawo musiała być akceptowana przez lud. Zob. S. Reynolds, *Kingdoms and Communities in Western Europe*, Oxford 1984, s. 46. Podobnie w Anglii powstaje w 1187 r. księga prawa zwana „*Glanvill*”, napisana przez najważniejszego sędziego na dworze króla Henryka II, która wskazywała, że należy uznawać za obowiązujące prawa niepisane, jednak po zatwierdzeniu ich w drodze konsultacji z możnymi. Koncepcja ta stworzyła podstawy europejskiej tradycji parlamentarnej.

¹⁰ R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego*, „Studia Europejskie” 2000/1, s. 15. B. Sitek pisze: „Do istotnych elementów historii prawa w ogólnoeuropejskim pojęciu należy zaliczyć powstanie jednolitej doktryny prawnej – *ius commune*, która znalazła swe odbicie nie tylko w stosowaniu prawa, ale i w jego nauczaniu na uniwersytetach.” B. Sitek, *Historia prawa a europejska kultura prawna* (na tle artykułu S. Salmonowicza), „Państwo i Prawo”, 1997/4, s. 83.

znaczeniu), odrzucając doktrynalny wpływ prawa rzymskiego w jego postaci kształtowanej w średniowieczu, jest pod wieloma względami wciąż o wiele bardziej zbliżone do klasycznego prawa rzymskiego, a jego jurysprudencja do klasycznej jurysprudencji rzymskiej – niż prawo i jurysprudencja na kontynencie, znajdujące się od czasów średniowiecza pod silnym wpływem „żywego” prawa rzymskiego¹¹. W zasadzie współcześnie bada się powiązanie systemu *common law* (jako typu prawa) z prawną tradycją *Common Law*, wskazując, że ten pierwszy jest amalgamatem *case law* i prawa zwyczajowego. Dochodzi się do konkluzji, iż *common law* składa się w zasadzie z trzech kategorii prawa: zwyczajowego, *case law* i *statutory law*¹². Anglicy nie zerwali jednak całkowicie swych związków z prawem kontynentalnym, wykorzystali bowiem metody rozumowania prawniczego a także ogólne zasady rzymskie¹³. Przenikanie się kultury prawa anglosaskiego z rzymską tradycją widoczne jest przede wszystkim w prawie szkockim, które podlegało przemianom na przestrzeni wieków z różnym natężeniem¹⁴. Faktem jest, że w państwach, w których adaptowano rzymskie rozwiązania prawne do warunków miejscowych, nie traktowano tego „systemu” jako żywej legislacji, lecz raczej jako nakaz rozumu (*imperio rationis*).

„Dzieje prawa nie kształtowały się w skali narodowej, lecz konkretyzacja samego prawa znalazła urzeczywistnienie w ramach narodowych w wyniku wielostronnej wymiany idei i instytucji z tego zakresu (...)”¹⁵ – myśl ta może oddawać ideę wpływu filozoficznych podejść do prawa na przestrzeni wieków w stosunku do systemów prawnych, którymi zajmuję się w artykule. Koncepcja prawa natury od początku kształtowała poglądy z dziedziny prawa w istocie próbując dać odpowiedzi na pytanie czym jest prawo, a czym jest sprawiedliwość? Już Ciceron zwracał uwagę, że szereg reguł prawa materialnego pochodzi z prawa naturalnego (m.in. prawo do obrony). Istnieje jednak różnica między prawem naturalnym Cicerona a praktycznym prawem naturalnym prawników¹⁶. Rozwój prawa kontynentalnego czy precedensowego pozostawał pod wpływem szkoły prawa natury, o czym świadczy doktryna średniowieczna przyjmująca ocenę ważności prawa poprzez kryteria moralne¹⁷ oraz pogląd, według którego prawo ludzkie nie może być sprzeczne z prawem

¹¹ H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 1996, s. 80. Mianem angielskiego Justyniana określanymi jest król Edward I, ponieważ najbardziej zasłużył się dla rozwoju angielskiego *common law*. – por. E. Jenks, *Edward I. The English Justinian*, w: *Selected Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. 1, Cambridge 1907, s. 139-167.

¹² Douglas E. Edlin, *Common Law Theory*, Cambridge 2007, s. 67 – autor opiera się na teorii Gardnera, który bada prawa w zakresie trzech pytań - czy prawo jest ustanowione: celowo, wyraźnie i przez jaką liczbę osób? Okazuje się, że *case law* stoi pomiędzy *statutory law* a prawem zwyczajowym, ponieważ nie jest ono w przeciwieństwie do legislacji, artykułowane a zrodzone w drodze argumentacji. Pod tym względem bliżej mu do prawa zwyczajowego niż uzyskanego w drodze legislacji, pomimo to że może być też ustanowione celowo. Natomiast R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego*, „Studia Europejskie”, 2000/1, s. 15 wskazuje, że „W swych początkach *common law* było odmianą kontynentalnego prawa feudalnego, tworzonego i stosowanego przez królów angielskich i sądy angielskie. Było wówczas związane z *ius commune*”.

¹³ Należy pamiętać, że prawo w Anglii podobnie jak w starożytnym Rzymie rozwijało się za pośrednictwem procedury, o czym świadczy m.in. rozwój systemu kazuistycznych *writs*, czyli rozkazów kierowanych do obywateli przez kancelarię królewską.

¹⁴ A. Stępkowski, *Kształtowanie się szkockiego systemu prawa*, „Studia Iuridica”, XL/2002, s. 209 i n. Autor zauważa, że do XVIII wieku, czyli do momentu zawarcia unii realnej z Anglią, Szkocja wykształciła już własny, rozwinięty system prawa prywatnego analogiczny w dużej mierze do tego, który obowiązywał na kontynencie. Wpływy *common law* zarysowują się wyraźnie w XIX wieku, który przyniósł zmiany w traktowaniu przez Szcotów orzecznictwa sądowego jako źródła prawa.

¹⁵ Heinz-Dieter Heimann, *Wprowadzenie do historii średniowiecznej*, Warszawa 1999, s. 61.

¹⁶ Zob. J. M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 82.

¹⁷ Na przełomie XV i XVI wieku podnosiły się głosy, że prawo niesprawiedliwe nie może uchodzić za prawo i wskazywano jakie wymogi powinno spełnić (w Anglii był to prawnik Christopher St. German, który recypował doktrynę Św. Tomasza, na kontynencie m.in. francuski prawnik F. Connon).

naturalnym¹⁸. „W Anglii Sir John Fortescue otwarcie cytując Św. Tomasza, pisał, że prawo obowiązujące w królestwie wywodzi się z prawa naturalnego, jak również ze zwyczaju i prawa statutowego”¹⁹.

Każda jednak epoka nadawała prawu natury odmienne znaczenie w zależności od warunków społecznych i politycznych²⁰. Rozważania nad zasadami tego prawa można prowadzić z trzech punktów widzenia: etycznego, logicznego i ontologicznego²¹. Klasyfikacja ta wydaje się być przydatna dla odróżnienia średniowiecznych i nowożytnych założeń koncepcji prawa natury oraz do sklasyfikowania poglądów przedstawicieli tych okresów historycznych odnoszących się do tego przedmiotu. Gdy w czasach średniowiecznych dominowała etyczna koncepcja prawa natury, które utożsamiono ze sprawiedliwością, tak w nowożytności obowiązywała koncepcja logiczna i ontologiczna. Hipoteza H. Grocjusza zaproponowana w dziele *O prawie wojny i pokoju* okazała się decydująca dla odseparowania prawa naturalnego (pojmowanego w sensie moralnym) od teologii. Jakkolwiek myśliciel ten (podobnie Puffendorf) utożsamiał prawo natury ze sprawiedliwością, to przez sprawiedliwość rozumiał zgodność postępowania społeczeństwa z porządkiem przyrodniczym.

Następnie sformułowana przez T. Hobbes'a czy J. Locke'a w XVII wieku teoria „umowy społecznej”, odegrała zasadniczą rolę w konflikcie konstytucyjnym. Doszło do osłabienia znaczenia tradycyjnej wizji prawnonaturalnej substancjonalnej w wyniku nowego filozoficznie proceduralnego (formalnego) podejścia prawnonaturalnego²². Szczególnie myśl Locke'a - wzmacniająca kierunek rozwoju świeckiego prawa natury - wywarła duży wpływ na system prawny w kontekście konstytucyjnego prawa amerykańskiego (można odnieść ją w tekście Deklaracji Niepodległości z 4 lipca 1776 r.). Ojcowie Założyciele tworząc swój program na drugim kontynencie, odwoływali się do praw przyrodzonych i niezbywalnych, czerpiąc nie tyle z angielskiej tradycji prawnej, ile właśnie z europejskich doktryn Oświecenia²³. W epoce tej położono nacisk na istnienie nienaruszalnych praw naturalnych jednostki (koncepcja uprawnień naturalnych) oraz na to, że prawa te są podstawą społeczeństwa obywatelskiego. Niektórzy – jak Rousseau – wskazywali na wyższość prawa natury nad stanowionym, a źródła dla naturalnych uprawnień człowieka upatrywali nie w rozumie, ile w sercu. Reasumując najistotniejszym elementem umowy społecznej była lepsza i bardziej efektywna ochrona praw naturalnych, a podstawowym prawem każdego człowieka jest właśnie prawo do ochrony: życia, wolności oraz własności.

W Anglii koncepcja prawa natury nie była jednolita. Zdaniem XVII-wiecznego pisarza angielskiego J. Donna pojęcie to posiadało co najmniej 20 znaczeń²⁴. Pomimo występujących różnic idea tego prawa służyła republikanom do walki z monarchią. Przeciwnicy monarchii snuli swoje rozważania dotyczące prawa natury w oparciu o prawo pospolite (*Common Law*). Już w roku 1626 podczas sporów na sesji plenarnej pomiędzy Izbą Lordów i Izbą Gmin jeden z mówców zwrócił uwagę, że archetypem prawa pozytywnego jest Common

¹⁸ Różnie upatrywano źródło prawa natury w okresie rozwoju filozofii scholastycznej w Hiszpanii, która to myśl ogarnęła także prawników angielskich.

¹⁹ J. M. Kelly, *Historia...*, s. 210-211.

²⁰ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 31.

²¹ A. Krawczyk, *Myśl społeczna Jamesa Harringtona. Historyczne kontrowersje*, Lublin 1997, s. 171, za E. Spektor-skiej, *Problema socjalnoj fizyki w XVII stolecie*, t. II, Kijów 1917, s. 64.

²² Ujęcie proceduralne filozofów w stosunku do prawa natury i pojęcia sprawiedliwości odnajdowane jest już w rozważaniach antycznych filozofów greckich: platońska wizja cnót moralnych czy arystotelesowska wizja sprawiedliwości dystrybtywnej – J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 310.

²³ Zob. M. Król, *Historia myśli politycznej od Machiavellego po czasy współczesne*, Gdańsk 2003, s. 99.

²⁴ W. J. Grace, *Milton Salarnasius and the natural law*, „Journal of History and Ideas”, vol. XXIV, nr 3, s. 328.

Law²⁵. Powoli mit świętości prawa natury zaczął rozszerzać się na masy plebejski za sprawą propagatorów prawa pospolitego jakim był między innymi Sir Edward Coke.

Brytyjski prawnik Blackstone²⁶, który był kontynuatorem myśli Locke'a, poszedł jeszcze dalej w swoich poglądach i twierdził, że potrzeba ochrony praw indywidualnych jest główną przyczyną tworzenia państwa. Miał on zasadniczy wpływ na rozwój prawa precedensowego w Anglii, jak i Stanach Zjednoczonych Ameryki, głównie poprzez opublikowanie w latach 1765-1769 *Commentaries on the Law of England*. Traktat był pierwszym całkowitym zbiorem rozpraw na temat prawa precedensowego. Dodatkowo należy wskazać na „deklaratoryjną teorię *common law*”, krzewioną przez Blackstone'a czy Kent'a, zbliżoną w swojej istocie do myśli prawa natury, która ujmuje proces „tworzenia” precedensów jako wydobywanie, deklarowanie czy też odzyskiwanie tego, co już zostało zapisane w dawnych zwyczajach, praktykach, naturze człowieka, społeczeństwa. „To co orzekają w wyrokach stanowi tylko część całej, immanentnej mądrości prawa, mającej charakter kolektywny i ponadczasowy. Nawet kiedy sędzia rozstrzyga jakąś kwestię po raz pierwszy, to i tak nie jest autorem wyrażonej przez siebie zasady prawnej, lecz jedynie wyrazicielem owej mądrości, szerszej niż jego własna, bo będącej produktem całej, historycznie uregulowanej wspólnoty”²⁷. Swoją legitymację *common law* czerpie tutaj z aprobaty społecznej (sędzia jako wyraziciel woli społecznej). Teoria ta ma wielu zwolenników przede wszystkim wśród sędziów angielskich, którzy znajdują uzasadnienie dla odstępowania od precedensów bez podważania prawa²⁸.

Osiemnastowieczna doktryna prawa natury została zamieniona z powodzeniem w „system prawa”, którego nauczono na niemieckim uniwersytecie w Heidelbergu (katedra Pufendorfa) oraz prezentowano w ósmiotomowym dziele profesora z uniwersytetu w Marburgu i Halle – Christiana Wolffa. W Anglii najbardziej wyrazistymi przykładami wykorzystywania prawa natury w decyzjach sądowych i w rezultacie - budowania systemu *common law* opartego właśnie na tym podejściu filozoficznym, były pojęcia: słuszności (widoczne przede wszystkim w prawie handlowym: słuszna cena, słuszny okres, itd. oraz w kwestiach dotyczących zaniedbania – np. słuszna opieka) i naturalnej sprawiedliwości (np. paremia „nikt nie może być sędzią we własnej sprawie”). Niekiedy reguły pochodzące z prawa natury, dawały podstawę do kształtowania się zasad prawnych w systemie *civil law*, wypierając tym samym zasady pochodzące jeszcze z rzymskich czasów²⁹.

²⁵ F. D. Wormuth, *The Royal Prerogative*, New York 1939, s. 50 w Zeszytach Naukowych Uniwersytetu Łódzkiego, seria 3 Nauki ekonomiczne i socjologiczne, nr 24-29, 1978, s. 68.

²⁶ Trwałość precedensów w systemie *common law* wynika z „ważnego poszukiwania”. Chociaż dziewiętnastowieczni prawnicy opierają się na Blackstonie, należy pamiętać, że on „wziął swoje myśli z Cooke'a, a ten odnalazł je u Littletone'a, a ten w końcowym efekcie u Bractone'a.” – R. C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters In European Legal History*, Cambridge 1987, s. 10. Wymieniony już w tekście Sir Edward Coke był angielskim prokuratorem, który przyjmował za nieistniejące prawa sprzeciwiające się prawom natury.

²⁷ H. Rot, *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Warszawa 1995, s. 89. Eisenberg czyni rozróżnienie między moralnością społeczną z jednej strony, a moralnością osobistą sędziego. Według niego sędzia musi polegać na jego własnej krytycznej ocenie zwyczaju, praktyki i precedensów decydując, czego naprawdę wymaga moralność publiczna. – por. M. A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard 1991, s. 51-76.

²⁸ Doktryna angielska wykształciła bogaty zestaw do uchylecia, bądź modyfikacji precedensów. Wśród nich możemy wyróżnić *distinguishing* czy *overruling*. „Należy zauważyć, że czym innym jest uchylene precedensu (*overruling*), a czym innym uchylene decyzji, w której zawarty jest precedens (*reversing*). Można bowiem uchylić decyzję (na przykład wyrok w postępowaniu odwoławczym) nie kwestionując precedensu i odwrotnie”. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2000, s. 216.

²⁹ Dla przykładu warto wspomnieć o regule wywodzącej się z prawa natury – dotrzymywania obietnic, która dała podstawę ustanowionej w prawie niemieckim koncepcji umów z korzyścią dla osób trzecich, wypierając tym samym rzymską zasadę przypominającą angielską doktrynę stosunku umownego. J. M. Kelly, *Historia...*, s. 293-294. Świadczy to o przywołanym już przeze mnie poglądzie, jakoby prawo *common law* było bliższe pierwotnej jursprudenckiej rzymskiej.

Wiek oświecenia przeciwstawiał się dawnym autorytetom, podkreślając wiarę w rozum³⁰. W tym okresie istotny wpływ na europejską myśl prawną, oprócz wspomnianych przeze mnie filozofów, miały poglądy Bacona, Monteskiusza, Woltera i Hume'a. Nowa teoria konstytucyjna sformułowana przez Monteskiusza dotycząca podziału władzy, została napisana pod wielkim wrażeniem angielskiego systemu. Po przeczytaniu jego dzieła pt. *O duchu praw* można wywnioskować, iż autor nie do końca zrozumiał stosunki panujące w systemie *common law*³¹. W Europie nastąpił zwrot intelektualny, prowadzący do zerwania z pojęciem dostępnego rozumowi prawa natury, zapoczątkowany w filozofii D. Hume'a, a następnie kontynuowany przez współtwórcę pozytywistycznego podejścia i zwolennika kodyfikacji – J. Benthama. Zaatakował on uprawnienia naturalne opisane w dziele T. Peine'a *Prawa człowieka* oraz koncepcję praw zwyczajowych sformułowanych przez Blackstone'a. Rozróżnił on bowiem obowiązywanie prawa (jako nałożonego rozkazu) od jego wartościowania; ważność prawa nie powinna być uzależniana od jego zgodności z prawem naturalnym. Racjonalne i empiryczne podejście do różnorodnych struktur społecznych i politycznych było podstawą do przebudowy dotychczasowych struktur, głównie poprzez usystematyzowanie rozproszonego prawa i uczynienie łatwego dostępu do niego³². Pojawia się nowożytna kodyfikacja, dla której podwaliny położył już wiek wcześniej H. Grocusz, a społeczną awersję zwalczał przede wszystkim Anglik F. Bacon. Koncepcja kodyfikacji będąca przejawem ducha pozytywistycznego – pomimo jej filozoficznych podstaw w nowożytnej filozofii prawa natury – nie znalazła uznania w systemie *common law*. I gdy w Europie powstawały wywodzące się z tradycji prawa rzymskiego opracowane w Kodeksie Justyniana: *Constitutio Criminalis Theresiana* i później *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* w monarchii habsburskiej, *Landrecht* pruski, *Kodeks cywilny Francuzów* w epoce napoleońskiej czy *Bürgerliches Gesetzbuch* w Niemczech, w Anglii nie doszło do wykształcenia się systemu kodeksowego, a akty stanowione były zawsze rozumiane i interpretowane w świetle fundamentalnych zasad *common law*. W stosunku do tej kultury możemy mówić o konstytucji w sensie materialnym, na którą składały się takie akty jak: *Magna Charta*, czy *Act of Habeas Corpus*³³ albo o zasadach konstytucyjnych, które definiowane są poprzez pryzmat decyzji sądowych³⁴.

Pomimo faktu, że wiek XIX może być określany jako czas „uśpienia” prawa natury, wskazuje się na wpływ tego nurtu na formułowanie nowożytnych kodeksów. Kiedy komisje kodyfikacyjne (w państwie Habsburgów czy Fryderyka Wielkiego) miały uszanować

³⁰ Należy podkreślić, że teorie oparte na rozumie, to teorie prawa natury w nowożytnym, niemieckim znaczeniu.

³¹ Fakt ten podkreśla stanowisko: «rozwiązania przyjęte w „Konstytucji” Wielkiej Brytanii odbiegają formalnie od zasady trójpodziału władz, jednak w praktyce jest to wzorcowy model parlamentarno-gabinetowy» – A. Bielawska, J. Wiśniewski, K. Żoźdź, *Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy w porównaniu z konstytucjami państw członkowskich Unii Europejskiej*, Poznań 2006, s. 246. Zasada ta wyrażona została *expressis verbis* jedynie w konstytucji Estonii i Polski.

³² K. Sójka-Zielińska, *Historia...*, s. 227.

³³ M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1997, s. 320. Od XIX wieku rośnie tam rola statutów. Zauważa się wpływ praw natury na *Magna Charta* – zob. Współcześnie w prawie angielskim istnieją tzw. *statutory instruments*, czyli narzędzia tworzące prawo, z których najpopularniejsze to *acts*, *order in council*, *regulations*, itd. Liczbę wykorzystanych aktów stanowienia prawa (generalnych jak i lokalnych) można znaleźć na stronie www.law.louisville.edu/library/research/guides/united-kingdom. Warto zaznaczyć, że precedens prawotwórczy ma moc niższą niż ustawa; świadczy o tym możliwość uchylecia go bądź modyfikacji, gdy jest sprzeczny z prawem stanowionym (*per incuriam*). Natomiast żaden precedens nie może uchylić aktu legislacyjnego.

³⁴ Niekiedy te decyzje dotyczą ograniczenia zasięgu legislacyjnego aktów prawnych. Te zasady prawne, które kreują konstytucyjne ograniczenia w stosunku do działań rządu „nie są źródłem, ale konsekwencją indywidualnych praw jako określonych i egzekwowanych przez sądy”. – A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Libery Found 1982, s. 115.

pierwszeństwo praw natury, w rezultacie zaczęto postrzegać prawo ustanowione jako arbitralną wolę prawodawcy. Wskazywano, że niektóre instytucje jako „naturalne” dla danego narodu mogą w nim dobrze funkcjonować, a inne jako „nienaturalne” są tylko rezultatem błędnego przeszczepu³⁵. Skupiono się na analizie przepisów obowiązujących i klasyfikowaniu norm prawnych opartych na źródłach rzymskich – w ten sposób powstaje niemiecka szkoła teoretyków prawa (Pandektystów), która miała pewne cechy charakterystyczne dla pozytywizmu. Należy wspomnieć, że prawo natury rozwijało się wówczas tylko w doktrynie kościoła katolickiego, a w kręgach świeckich przetrwało w zasadzie tylko w wyrokach sądowych (np. Irlandia³⁶).

Drugim wspomnianym już przeze mnie nurtem mającym niebagatelny wpływ na ukie-
runkowania dwóch kultur prawnych, był pozytywizm. Jeśli mówimy o pozytywizmie, to
powinniśmy rozumieć przez to typ poglądów, przede wszystkim dotyczących wspólnego
sposobu pojmowania prawa, a nie spójny zbiór tez powszechnie przyjmowanych w hi-
storii. Pozytywiści opisują, to co widzą – władzę i prawo jako mechanizm politycznego
działania, bez uzasadniania ich zewnątrznie albo wewnątrznie, tak jak to czynią prawno-
naturaliści. Klasyczni pozytywiści, którzy ujmowali prawo jako realnie istniejącą ustawę,
nie byli skłonni do jakiegokolwiek dialogu ze zwolennikami praw natury. Analityczne po-
dejście do prawoznawstwa pozytywnego zapoczątkował J. Austin, postulując postrzeganie
prawa jako struktury. Od tego momentu cała nauka prawa zarówno w krajach *civil law* jak
i w *common law* zdeterminowana była przez paradygmat pozytywistyczny. Wśród wielu
kierunków pozytywizmu prawniczego, tylko jego kontynentalna odmiana uznaje de facto,
że cały porządek prawny jest porządkiem prawa stanowionego, a „państwo i prawo daje
się zredukować do mającej bezwzględny prymat ustawy”³⁷.

Hitlerowskie metody przyniosły kryzys pozytywizmu prawniczego, zasygnalizowane-
go w pracy G. Radbrucha. Myśli tego autora, które najlepiej oddaje sformułowanie „usta-
wowe bezprawie”, legły następnie u podstaw sądowej kontroli konstytucyjności ustaw
oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950
r. Trud reformy pozytywizmu – jak wskazuje L. Morawski³⁸ – podjęli przedstawiciele za-
liczani to tzw. „pozytywizmu miękkiego”, tacy jak H. L. A. Hart, J. L. Coleman, D. Lyons.
Uznawali oni, w przeciwieństwie do przedstawicieli „pozytywizmu twardego” (J. Austin,
H. Kelsen), niezbędność spełnienia wymogów moralnych przez system prawny³⁹. Relacje
pomiędzy prawem a moralnością przybrały współcześnie postać kontrowersji: pozytywi-
styczna teoria kontra niepozytywistyczna⁴⁰. Ta ostatnia rozwijana w pracach niemieckich
teoretyków od połowy lat osiemdziesiątych, wykorzystwała „formułę Radbrucha” (spopula-
ryzowaną przez jego wybitnego ucznia A. Kaufmanna) do poszukiwania trzeciej drogi, któ-
ra „stałaby” poza pozytywizmem oraz prawem natury⁴¹. Natomiast antypozytywistyczna

³⁵ Friedrich Karl von Savigny w swoim dziele „O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa”.

³⁶ Irlandzki sędzia Sądu Najwyższego Hugh Kennedy, był jednym z konstytucyjnych architektów Wolnego Państwa Irlandzkiego, w swoich orzeczeniach nawiązywał do praw naturalnych.

³⁷ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 31.

³⁸ L. Morawski, *Główne...*, Warszawa 2003, s. 18.

³⁹ Minimum prawa natury jak to ujmują H. L. A. Hart.

⁴⁰ Szerzej kwestię tą omawia: J. Zajadło, *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 40. Konflikt - prawo pozytywne w swojej pierwotnej wersji a prawo natury - nie jest aż tak pasjonujący współcześnie, gdyż jak zauważa L. Morawski prawo pozytywne nie daje rozwiązań na skomplikowane zależności w społeczeństwach o wysokim stopniu rozwoju.

⁴¹ Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego*, Kraków 2009, s. 14 i n.

doktryna w literaturze anglojęzycznej rozwinęła się m.in. za sprawą R. Dworkina, który rozpatrywał reguły prawne na przykładzie tzw. „*hard cases*” (trudnych przypadków).

Refleksja nad prawem pozytywnym przywołuje pytanie o formy tworzenia prawa. We współczesnej doktrynie anglosaskiej Gardner zwraca uwagę, że na system *common law* składają się trzy kategorie prawa, tj. zwyczajowe, *case law* i *statutory law*, które są formami prawa pozytywnego. Natomiast fakt, że dwie pierwsze kategorie nie są aktami prawnymi w sensie ustawodawczym, niekiedy może prowadzić do wniosku, zresztą błędnego, że nie należą do prawa pozytywnego⁴². Dobrze zauważył angielski prawnik Christopher St. German w XVI wieku wskazując, iż prawnicy w systemie *common law* nie mają zwyczaju przeprowadzać rozumowania, czy coś leży w zakresie praw natury czy nie. Raczej zastanawiają się, czy dana kwestia jest sprzeczna z rozumem, ponieważ: „Kaźde dobrze skonstruowane prawo pozytywne ma w sobie coś z prawa rozumu (...); wyodrębnienie (...) prawa rozumu z prawa pozytywnego jest bardzo trudne. Jednak pomimo tej wielkiej trudności jest to rzecz konieczna w kaźdej doktrynie moralnej (...)”⁴³. Pozytywizm korzystał więc z wielu koncepcji, w szczególności empirystycznych, podobnie jak filozoficzne inspiracje pozytywizmu prawniczego były oparte na teorii prawnonaturalnej⁴⁴.

System *civil law* nie zakorzenił się także w Stanach Zjednoczonych, gdzie prawo precedensowe cieszyło się większym powodzeniem, gdyż szybciej reagowało na zmieniające się potrzeby społeczne. Prawo *common law* było bardziej zrozumiałe niż *civil law* i łatwiejsze do przyswojenia na tamtym kontynencie, między innymi dzięki komentarzom Blackstone’a. Wizja tego autora miała wyraźny wpływ na idee amerykańskiej rewolucji, a także konstytucję. Wierzono, iż prawo *common law* opiera się na populistycznym i demokratycznym pojmowaniu władzy, która została przekazana w drodze umowy społecznej organom państwa. Tworzenie natomiast kodeksów europejskich opierało się na założeniu, że władza państwa jest scentralizowaną strukturą i ma pewne obowiązki do wypełnienia wobec obywateli. System feudalny, na jakim były nadal budowane relacje zależności obywateli wobec siebie, nie przeniósł się na grunt amerykański, gdzie dominowały bardzo luźne powiązania pomiędzy jednostkami. To dało podstawę do kształtowania się silnego indywidualizmu opartego następnie na m.in. filozofii klasycznego liberalizmu. Okres ten spowodował wyraźne odcięcie się amerykańskiego prawa precedensowego od swojego angielskiego źródła.

Na kontynencie amerykańskim doszło do rozwoju popularnej w krajach *common law* - ekonomicznej analizy prawa, chociaż zainteresowania prawników tym tematem oraz interpretacje prawa w kategoriach ekonomicznych miały już miejsce dużo wcześniej⁴⁵. Jej korzeni upatruje się w amerykańskim realizmie prawniczym⁴⁶, a bliżej jako opozycja wobec najbardziej radykalnych poglądów prezentowanych w ramach ruchu zwanego „*critical legal studies*”⁴⁷. Kierunek, który dostrzega potrzebę badań ekonomicznych w prawie,

⁴² Gardner eksponuje złe założenia niektórych teoretyków, opierając się na analizie tekstów takich pozytywistów jak: Bentham, Austin i Hart. Zob. Douglas E. Edlin, *Common...*, s. 25.

⁴³ Słowa angielskiego prawnika Christophera St. Germana z przełomu XV i XVI wieku oparte były na teorii Św. Tomasza. Za nim także przyjmował co jest prawem sprawiedliwym. J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Wydawnictwo ABC, 1980, s. 315.

⁴⁴ J. Oniszczyk, *Filozofia...*, s. 385-404.

⁴⁵ Zob. J. Stelmach, M. Soniewiecka, *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, s. 9 i n.

⁴⁶ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 126, czy J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dzieśięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 13. Należy zaznaczyć, że na kontynencie rozwinął się realizm skandynawski, który odrzucił całe stanowisko prawnonaturalne. Było to spowodowane między innymi brakiem silnie wykształconego katolicyzmu.

⁴⁷ Krytykę tego ruchu, którego reprezentantem był R. Unger - przeprowadził Owen M. Fiss.

stoi w opozycji do pozytywizmu prawniczego. Główną uwagę skupia się w tej teorii na zasadach wolnego rynku, którym przyznaje się nadrzędną rolę. Różnie też ujmowane są naturalne uprawnienia jednostki. Jednakże faktem jest, że „w USA prawo naturalne służy jako narzędzie do interpretacji prawa pozytywnego wynikającego z konstytucji, pozwalające, gdy zajdzie taka potrzeba, na sięgnięcie poza literę prawa stanowionego w celu określenia i obrony praw obywateli”⁴⁸.

Jaki jest współczesny zarzut przeciwko doktrynie pozytywizmu prawniczego? Przede wszystkim postrzega się, że prawo jest „prawną produkcją państwa”. W konsekwencji, w jego rozumieniu, prawo istnieje tylko jako funkcja kryjących się pod nim mechanizmów wymuszania. Najważniejszą myśl, którą pozytywizm pozostawił prawnikom jest jego „państwowo-centryczne” i dlatego zaściankowe rozumienie prawa. Problem, który należy rozwiązać nie jest postrzeżony jako coś, co może zostać przybliżone i w rezultacie rozwikłane przy pomocy krajowego porządku. Problem zmienia swoją naturę, kiedy pojawia się w innym systemie prawnym – stąd mówi się, że pozytywizm prawniczy pozostawia prowincjonalnie dziedzictwo. Podejście to jest odrzucone przez komparatystów, którzy rozważają problem prawny do tego momentu, kiedy znajdują ostateczny kompromis - postrzegając alternatywne systemy jako możliwe zmienne dla tego rozwiązania.

Pozytywizm jest traktowany jako reakcja na prawo naturalne. I naprawdę, kiedy naturalne prawo instytucjonalne (formalne) adaptuje czy łagodzi zupełnie nie doceniane miejscowe odmienności w drodze unifikacji, podejście pozytywistyczne wyraźnie ignoruje różne prawne systemy jako nieistotne czy niewłaściwe⁴⁹. Nie odnotowuje się dezaktualizacji teorii praw natury, a wręcz przeciwnie – wskazuje się, że jest ona potrzebna, ponieważ jest „filozofią buntu, filozofią zmian i że do niej najczęściej sięgają rzecznicy zmian. Paradoksalnie ewolucje, czy wszelkie zmiany, dokonane w imię prawa naturalnego, sięgają później po pozytywizm. [...] To przerodzenie w pozytywizm wynika z chęci utrzymania władzy”⁵⁰.

Dwa aspekty mają największe znaczenie przy rozpatrywaniu popularności teorii praw natury. Z jednej strony nurt ten jest pożyteczny pod względem łagodzenia wszelkich napięć politycznych, społecznych, czy poszukiwania wspólnych wartości tkwiących w naturze człowieka. Przekonanie o niezbywalnych prawach, które posiada człowiek niezależnie od „samowoli ustawodawczej”, było podstawą różnych ruchów obywatelskich, szczególnie w krajach *common law*⁵¹. Współcześnie kultura prawa precedensowego stanowi podatny grunt dla odradzającej się filozofii prawa natury – reprezentowanej między innymi przez J. Finnisa. Prawo dla tego australijskiego filozofa to sposób skutecznej ochrony (bo zabezpieczonej przymusem) podstawowych wartości. Bez zakłopotania mówiąc o wspólnym dobru czy wyjaśniając społeczną jedność, teoria ta dostarcza argumentów, mogących mieć duże znaczenie w tych wszystkich sądach, w których teoria Rawlsa została poddana pod dyskusję. Z drugiej strony pozostawia ona pokaźną furtkę dla państwa, a wręcz zachęca je do rozwikłania podstawowych problemów w innych dziedzinach prawnych⁵².

⁴⁸ J. Czarny, *Główne problemy bioetyczne w świetle prawa*, [w:] *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI wieku*, pod red. M. Maciejewski, M. Marszał, Wrocław 2002, s. 431.

⁴⁹ Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 2002, s. 74-75.

⁵⁰ L. Faladysz, *Likwidacja filozofii prawa* [w:] *Nauka a polityka. Dziwne losy filozofii prawa*, pod red. M. Szyszowska, Warszawa 2001, s. 126.

⁵¹ W. Lang, J. Wróblewski, *Sprawiedliwość społeczna i nieposłuszeństwo obywatelskie w doktrynie politycznej USA*, Warszawa 1984, s. 212 i n.

⁵² Douglas E. Edlin, *Common...*, s. 183.

Wskazuje się, że prawo natury w państwach z kultury prawa stanowionego może działać wszędzie tam, gdzie zachodzi niemożność uregulowania wszystkich dziedzin życia. Kodyfikacja taka doprowadziłaby do nadmiernej kazuistyki prawa. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że istnienie prawa naturalnego, może stanowić potencjalnie ogromne zagrożenie dla status quo i zarzut wobec ślepego zwyczaju tradycji lub arbitralnej woli aparatu państwowego⁵³. Zarzuty, jakie formułuje się najczęściej w stosunku do prawa natury dotyczą: zbyt dużej ogólnikowości czy przesadnej subiektywności. Można nawet spotkać się z poglądem klasyfikującym je jako konserwatywne, ponieważ zasady prawa naturalnego są stałe, niezienne i uniwersalne⁵⁴. W ramach polemiki wskazuje się, że poszukiwanie wzorców i zasad, którymi mogłoby kierować się prawo pozytywne, czynione jest w dziejach historii z punktu widzenia prawa naturalnego. Dlaczego więc system *common law* może wydawać się bliski prawom natury? Wskazuje na to wypowiedź angielskiego sędziego (The Master of the Rolls), który upatruje credo tego systemu w „*evolutionary development*”. Próbując wyjaśnić dlaczego wprowadzenie zasad Europejskiej Konwencji Praw Człowieka do angielskiego prawa nie będzie tak rewolucyjne jak oczekiwano, tłumaczy: „nie boimy się tego, ponieważ większość tych zasad [Europejskiej Konwencji] są już częścią systemu *common law*”⁵⁵.

Spory filozoficzno-prawne między zwolennikami prawa natury a pozytywistami nie znikną. Omawiając przedmiotową problematykę można wskazać w odniesieniu do tych dwóch nurtów na: ich cechy charakterystyczne, pozytywne i negatywne aspekty, które leżą u podstaw budowy porządków polityczno-społecznych większości państw oraz wkład do nauki prawa głównych kultur - *common* i *civil law*. Niektórzy stoją na stanowisku, że „jak długo dwie kultury prawne odnoszą się względem siebie, różnice pomiędzy nimi dominują podobieństwa (...)”⁵⁶. Pomimo to aktualnie poszukuje się punktów stykowych, które mogłyby stanowić spoiwo łączące w drodze ku głębszej integracji w ramach Unii Europejskiej. Jednak prawo wspólnotowe nie jest prawem ani w znaczeniu pozytywizmu prawniczego, ani charakterystycznym dla koncepcji prawnonaturalnych⁵⁷. Na przykładzie Unii Europejskiej można zorientować się, iż regulacje wspólnotowe często są kompromisem między sprzecznymi interesami społeczeństw uczestniczących w obrocie prawnym. Wybór właściwej doktryny – *civil law* bądź *common law*, ma o tyle znaczenie, o ile jego wyznacznikiem jest efektywność systemu prawa, a nie racje historyczne⁵⁸.

⁵³ Murray N. Rothbard, *Natural Law versus Positive Law*, New York, 1998, s. 17.

⁵⁴ *Op. cit.*, s. 19.

⁵⁵ Allan C. Hutchinson, *Evolution and the Common Law*, Cambridge 2005, s. 13.

⁵⁶ P. Legrand, *Against a European Civil Code*, „*Modern Law Review*”, 1997, s. 45. Autor wierzy, że filozofia prawa jest kluczem do zrozumienia prawa rządzącego społeczeństwem. Nie zgadza się z poglądem, iż europejska historia prawna stanowi wkład do europeizacji prawnego myślenia. Za R. H. Helmholz'em wskazuje na niebezpieczeństwo „przesadnego romantyzmu transformacyjnych sił *ius commune*” – P. Legrand, *Legal Traditions in Western Europe. The Limits of Commonality* [w:] *Transfrontier Mobility of Law*, editors: R. Jagtenberg, E. Órúccú, A. J. de Roo, The Hague, London, Boston 1995, s. 66.

⁵⁷ M. Król, M. Zirk-Sadowski, *Prawo Wspólnoty Europejskiej w aspekcie teoretycznym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 1994, z. 4, s. 39 i n.

⁵⁸ D. Berkowitz, K. Pistor, J. F. Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, Pittsburgh 2001, s. 2 i n.