

Wstęp

Założenia

Przedmiotem niniejszej pracy są idee legitymizujące współczesny ustrój liberalno-demokratyczny, mogące stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego, a także ideowe próby odpowiedzi na te niebezpieczeństwa. Pod pojęciem ustroju rozumiem zarówno strukturę instytucjonalno-prawną, jak i to, co Charles Taylor nazywa imaginarium społecznym, czyli praktykę, na którą składają się działania społeczne (tj. działania, których podmioty orientują się na ich interpretacje przez innych¹) oraz idee nadające im sens. W ten sposób, poprzez wspólne rozumienie podejmowanych działań, aktorzy rozumieją siebie jako odrębną wspólnotę, czyli społeczność polityczną. Zdaniem Taylora nowożytnym imaginarium jest immanentyzacja celów życia jednostkowego i egzystencji wspólnotowej². Dokładne rozważenie, jakie idee odgrywają rolę idealnego aspektu imaginarium współczesnych społeczeństw, identyfikujących się jako liberalno-demokratyczne, przekraczałoby ramy niniejszej pracy. Niewątpliwie jednak na imaginarium to składa się idea liberalizmu, czyli ochrony praw podstawowych i postępu osiąganego dzięki racjonalnemu urzędzeniu społeczeństwa, oraz idea demokracji, czyli suwerenności narodu i równości politycznej. Idee te wydają się tworzyć to imaginarium w perspektywie „długiego trwania”. Zarazem współcześnie idea demokracji łączy się z akceptacją dla władzy organów elitarnych, często pojawia się też nieufność wobec wyników wyborów powszechnych uzasadniana hasłem rządów prawa. Immanentyzacja celów indywidualnych i zbiorowych przechodzi z kolei w swoiste „zafiksowanie się” na biologicznym aspekcie życia, uzasadniające imperatyw nieustannej walki z ryzykiem. Rozwiązaniem instytucjonalnym, dominującym we współczesnej demokracji liberalnej, jest połączenie rządów elit (podmiotów międzynarodowych i ponadnarodowych, banków centralnych, sądów konstytucyjnych) z mechanizmami demokracji reprezentacyjnej. Sporne jest to, czy mechanizmy te nabierają charakteru coraz bardziej fasadowego, spór dotyczy również sposobu rozumienia wskazanych idei liberalno-demokratycznych.

Idee, będące przedmiotem pracy, tworzą ideologię, wyjaśniam to pojęcie poniżej. Ideologie, o których traktuje niniejsza praca, to zarówno zespoły idei, których

¹ M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo*, przeł. D. Lachowska, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 17.

² Ch. Taylor, *Nowoczesne imaginaria społeczne*, przeł. A. Puchejda, K. Szymaniak, Znak, Kraków 2010, s. 45–46.

autorzy wprost stawiają sobie za cel uzasadnienie współczesnej postaci liberalnej demokracji, jak i te, które służyć mają temu celowi pośrednio (takie jak koncepcje walki z powszechnym ryzykiem). Przedmiotem rozważań uczyniłem ideologie, które bezpośrednio lub pośrednio legitymizują zjawiska zagrażające bezpieczeństwu prawnemu, a także ideologie, które stawiają sobie za cel wskazanie środków jego umocnienia lub przywrócenia. Niemal wszystkie (poza koncepcją Edmunda Burke'a, stanowiącą niewątpliwie przykład liberalizmu konserwatywnego, a także, lecz przede wszystkim ze względów na kontekst biograficzno-historyczny, typologiczną koncepcją Carla Schmitta), należy uznać za uzasadniające, ewentualnie za niesprzeczne z najbardziej fundamentalnymi ideami, na których opiera się ustrój liberalno-demokratyczny, to jest ideą wolności, racjonalnego podmiotu, suwerenności narodu i równości politycznej, odrzucają one natomiast, w różnym stopniu, idee, które tworzą obecną postać ideologiczną i instytucjonalną liberalnej demokracji.

Skoncentrowanie uwagi na ideologiach liberalno-demokratycznych nie oznacza przyjęcia założenia, że liberalna demokracja, w tym jej obecna forma, stanowi uniwersalne zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego, wynika natomiast z przekonania, że nie jest ona ani koniecznym, ani wystarczającym warunkiem trwania prawa jako instytucji. We współczesnym dyskursie, tak naukowym, jak i politycznym rozpowszechniona jest tendencja do uznawania współczesnej postaci liberalnej demokracji za ustrój najlepszy z możliwych, a także do postrzegania jej jako „z definicji” kompatybilnej z prawem jako instytucją, oraz z zasadą praworządności. Prowadzi to, moim zdaniem, do daleko idących symplifikacji. Podkreślić przy tym należy, że określenie jakiejś koncepcji jako ideologii oznacza przypisanie jej określonej funkcji, nie zaś ocenę według kryteriów poznawczych lub aksjologicznych. Niektóre koncepcje i niektórzy autorzy występują więc w podwójnej roli – w jednym miejscu jako interlokutorzy, od których oczekuje się wytłumaczenia się ze zmiany utrwalonego znaczenia idei i pojęć, a w innym jako przewodnicy po nich.

Przyjmuję, że prawo jest instytucją, czyli praktyką społeczną, na którą składają się reguły konstytutywne – odróżniające ją od innych praktyk, oraz reguły regulatywne³. Regułą, którą można uznać za regułę konstytutywną prawa, jest reguła nakazująca tworzyć normy prawne w taki sposób, by jednostka mogła podjąć decyzję co do ich przestrzegania w sposób wolny i, choćby w sensie instrumentalnym, racjonalny⁴. O jej realizacji decyduje, jak przyjmuję za Lonem Fullerem, spełnienia zasady ogólności norm prawnych, ich promulgacji, jasności, niesprzeczności,

³ Stosuję terminologię Johna Searla (J.R. Searle, *Czynności mowy*, przeł. B. Chwedeńczuk, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1987, s. 47).

⁴ Można ją również uznać np. za presupozycję tekstu prawnego (O pojęciu presupozycji zob. R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 9, s. 67; o podmiocie jako presupozycji tekstu prawnego zob. T. Chauvin, *Homo juridicus – człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 18).

niedziałania wstecz, stabilności, możliwości do dostosowania się do nich⁵. Reguły tej nie spełniają praktyki społeczne polegające na ocenie zachowań na podstawie norm niespełniających wyżej wskazanych warunków formalnych, lub niepolegające na kierowaniu nimi za pomocą norm abstrakcyjnych i generalnych. Prawo jako praktyka społeczna może realizować tę regułę w różnym stopniu, nazywanie prawem praktyki, która nie realizuje jej w ogóle, byłoby jednak posługiwaniem się językiem w złej wierze i prowadziłoby do błędu performatywnego. Ujmując prawo w ten sposób, wychodzę od oczywistego, jak sądzę, rozumienia tego słowa.

Zarazem przyjmuję, że instytucję prawa tworzy pewien ideał prawa jako praktyki upodmiotowienia⁶, przekraczający jego rozumienie jako zespołu reguł możliwych do świadomego przestrzegania. Składają się na niego reguły, które można uznać za reguły regulatywne prawa⁷. Nie ma potrzeby wskazywać ich wszystkich i ustalać, w jakim stopniu prawo współczesne je realizuje. Z punktu widzenia rozważanych w pracy zagrożeń dla bezpieczeństwa prawnego istotna jest pewność jednostki co do jej sytuacji prawnej, obecnie wyrażana w języku poszanowania praw podstawowych oraz zgodność między deklaracjami władzy co do posługiwania się prawem a rzeczywistymi działaniami, w czym wyraża się lojalność ustanawiającego i stosującego normy prawne wobec ich adresata. Wskazane wyżej reguły pokrywają się więc w zasadzie z zasadami wewnętrznej moralności prawa wskazanymi przez Lona Fullera, rozpatrywane są one jednak nie tyle z perspektywy treści norm prawnych i możliwości ich stosowania, ile skutków, jakie ich nieprzestrzeganie ma dla adresata komunikatu prawnego, a także dla prawa jako instytucji. Z tej perspektywy istotna jest więc jeszcze jedna reguła instytucjonalna: nakaz podejmowania decyzji legislacyjnych i orzeczniczych na podstawie mądrości praktycznej, a nie wyłącznie rozumowania teoretycznego lub instrumentalnego. Jej uzasadnieniem jest oddzielenie dziedziny konieczności od obszaru racjonalnej i wolnej ludzkiej decyzji. Ta druga sfera rządzona jest rodzajem racjonalności, którą Arystoteles określił jako *fronesis*. Jest to rozumność, która odnosi się do działania, a zatem jej przedmiot jest z istoty zmienny. Pozwala ona właściwie wyznaczyć jego cel, to jest dobro jednostki lub społeczności we wszystkich aspektach, a także umożliwia ocenę również środków prowadzących do jego osiągnięcia. Zarazem, dzięki holistycznemu i nieinstrumentalnemu podejściu do adresatów działania, utrwała więzi szacunku i zaufania pomiędzy członkami wspólnoty politycznej. Na gruncie filozofii prawa idea ta wyraża się w idei proporcjonalności oraz wyważania praw i wartości, a także zakazie naruszania istoty prawa

⁵ L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven – London 1969, s. 33–91.

⁶ Ideę podmiotu stanowiącą podstawową presupozycję prawa (bytu świadomego, posługującego się rozumem praktycznym) należy odróżnić od idei podmiotu, którą można odtworzyć na podstawie analizy poszczególnych instytucji prawnych (por. T. Chauvin, *Homo juridicus...*, s. 38–39).

⁷ Nie przesądzam, czy reguł wskazanych tu jako regulatywne nie można ująć również jako konstytutywnych reguł prawa (o potencjalnej tożsamości tych reguł zob. J. Searle, *Constitutive Rules*, „Argumenta” 2018, nr 4(1), s. 52).

podstawowego (elementach zasady państwa prawnego wyprowadzanych, na gruncie polskiego porządku prawnego, z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji). Kierowanie się *fronesis* jako regułą instytucjonalną prawa zakłada istnienie wspólnoty politycznej, do której należy działający podmiot, zapewniając mu z jednej strony bezpieczeństwo prawne, a z drugiej artykułując cele i zasady, na których może opierać się rozumowanie praktyczne.

Wychodzę z założenia, że współcześnie, na skutek destrukcji wyżej wskazanych reguł instytucjonalnych, zmniejsza się poziom bezpieczeństwa prawnego, czyli bezpieczeństwa zapewnianego przez istnienie prawa jako instytucji o cechach wyżej wskazanych. Uszczegółowiam to pojęcie poniżej. W niniejszej pracy przyjmuję założenie normatywne, że bezpieczeństwo prawne polega przede wszystkim na ochronie praw podstawowych przed nieuzasadnioną ingerencją, również ze strony aktorów politycznych, którzy twierdzą, że występują w imię ich ochrony. Takie podejście spotka się, być może, z zarzutem pomijania czynników ucisku, tkwiących w sferach niepolitycznych: ekonomicznej, obyczajowej czy religijnej. Odpowiedzieć na ten zarzut należy w sposób następujący: zarysowane w książce rozumienie bezpieczeństwa prawnego nie ma nic wspólnego z bezkrytyczną pochwałą tradycji, wręcz przeciwnie – opiera się na założeniu, że właśnie zapewnienie tradycyjnie pojętych praw podstawowych umożliwia zajęcie postawy krytycznej również wobec rzadko dostrzeganych przejawów niesprawiedliwości. Jednak równie ważne jest założenie, że idee takie jak rządy prawa tracą swój sens, o ile uznać je przede wszystkim za element działania politycznego, podporządkowany jego celowi. Ograniczanie poprzez przepisy prawne np. wolności słowa, przedstawiane jako jej ugruntowanie, można pochwalać na gruncie takiej czy innej doktryny politycznej, lecz nie na gruncie wierności prawu jako instytucji, której regułą jest zgodność działań władzy z deklaracjami.

Pojęcie ideologii

Używając słowa ideologia, przyjmuję założenie, że dany zespół idei można tak nazwać, o ile pełni on funkcję uzasadniania określonego stanu władzy politycznej lub dążeń do jej zdobycia, a jednocześnie wskazuje wartości, które społeczność polityczna (lub grupa uznająca się za reprezentatywną dla niej) uznaje za własne i warte obrony również przy użyciu przemocy⁸. Dana idea czy koncepcja nie musi więc intencjonalnie być skierowana na legitymację polityczną. W przypadku ideologii istotne jest nadto wzajemne powiązanie jej elementów, które nabierają w nim

⁸ O pojęciu ideologii np. F. Ryszka, *Nauka o polityce. Rozważania metodologiczne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1984, s. 160–190; R. Skarżyński, *Historia myśli politycznej w ujęciu politologicznym. Zarys koncepcji*, „Studia Polityczne” 1992, nr 1, s. 113; W. Paruch, *Między wyobrażeniami. Wybrane aspekty przedmiotowe badań politologicznych nad myślą polityczną*, „Polityka i Społeczeństwo” 2004, nr 1, s. 26.

nowego znaczenia⁹: w ten sposób np. koncepcja deklarująca pochwałę wolności indywidualnych może zostać w sposób uprawniony odczytana jako uzasadniająca zagrożenie tych wolności. Ideologie to nie tylko idee wprost artykułowane w filozofii polityki i prawa lub doktrynach i programach politycznych, lecz również idee innego rodzaju, takie jak koncepcje naukowe, niemające, przynajmniej wprost, znaczenia normatywnego, a także idee artykułujące się pośrednio w praktykach społecznych¹⁰. Zależności między ideologiami a praktykami społecznymi były przedmiotem zainteresowania Michela Foucaulta, który analizował ich związki, używając m.in. pojęcia dyskursu. W pracy niniejszej głównym przedmiotem badania są jednak idee wyartykułowane wprost, do idei ucieleśnionych w praktykach społecznych odwołując się przede wszystkim dla zidentyfikowania problemów, na które mają odpowiadać analizowane koncepcje oraz dla potwierdzenia przeprowadzonych analiz. Pojęcia dyskursu używam więc zasadniczo wtedy, gdy odwołuję się do praktyk społecznych, z którymi idee pozostają w symetrycznej relacji warunkowania¹¹.

Przyjmuję przy tym neutralne i uniwersalistyczne znaczenie słowa ideologia, zakładając, że nie musi być ona wyrazem fałszywej świadomości (jak uważał Karol Marks), lub fantazmatem, „perwersyjną” konstrukcją rzeczywistości (jak twierdzi Slavoj Žižek)¹². Nie znaczy to, że stawiam sobie za cel analizę ideologii „wolną od wartości”, wybór przedmiotu i celu rozważań wyklucza bowiem taką możliwość. Niewątpliwie problem ideologii pojawił się wraz z fragmentaryzacją społeczeństwa, gdy zostało zakwestionowane religijne i tradycyjne uzasadnienie władzy politycznej i więzi społecznej¹³, dostrzeżenie tej oczywistej okoliczności nie musi przy tym oznaczać odrzucenia istnienia obiektywnej rzeczywistości, w tym istoty prawa. Posługiwanie się kategorią ideologii uwrażliwia jednak na legitymizacyjną lub krytyczną funkcję danej idei, wykraczającą poza jej wartość poznawczą, a także pozwala unaocznic związek koncepcji filozoficzno-prawnych z innymi typami wypowiedzi, w szczególności z hasłami politycznymi oraz medialnymi.

Podkreślić należy, że ideologia w przyjętym tu znaczeniu nie musi stanowić całości tak spójnej, przynajmniej intencjonalnie, jak doktryna polityczna. Gdy więc wyróżniam ideologię praw podstawowych o płynnej treści, zaliczając do niej zarówno koncepcje typu liberalno-demokratycznego, jak i neomarksistowskiego i po-

⁹ M. Freeden, *Ideology. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 52. Koncepcję ideologii opartą na takim założeniu – idei ekwiwalencji przedstawili Chantal Mouffe i Ernesto Laclau, zostanie ona przywołana poniżej.

¹⁰ Można więc mówić o półświadomych i nieświadomych komponentach ideologii, nie są one jednak zasadniczym tematem niniejszej pracy.

¹¹ O pojęciu dyskursu zob. np. D. Howarth, *Discourse*, Open University Press, Buckingham-Philadelphia 2000.

¹² S. Žižek, *The Sublime Object of Ideology*, Verso, London – New York 1989, s. 45 i n.

¹³ Np. P.L. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, przeł. J. Niżnik, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2010, s. 180–183; M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, Paris 2002, s. 351.

sthumanistycznego, to nie ma potrzeby, by łączyć wszystkie te typy w całość, dla której można by próbować sformułować definicję klasyczną. O jednolitości ideologicznej świadczy bowiem jedność funkcji – we wskazanym wypadku uzasadnienie dla działań zmierzających do odejścia od przyjętego znaczenia praw podstawowych lub skutkujących tym odejściem¹⁴. Podobnie koncepcje konserwatywne i liberalne można uznać za ideologię ochrony aktualnego sposobu ich rozumienia.

Zaznaczyć trzeba, że koncepcje, które rozpatruję z perspektywy krytycznej, nie wyrzekają się wprost (poza niektórymi neomarksistowskimi i nowomaterialistycznymi) idei bezpieczeństwa prawnego. Pojawia się więc pytanie o zasadność kreślenie obrazu „śliskiego stoku”. Tak jednak, jak nie sposób wykazać, że posunięcie się krok dalej spowoduje upadek, tak też nie można arbitralnie zadekretować, że struktura społeczno-instytucjonalna jest trwała i na pewno poradzi sobie z wszystkimi zagrożeniami. Z drugiej strony może pojawić się wątpliwość, czy da się oceniać ideologię bez odwoływania się do pełnego obrazu właściwego stanu prawa, a jedynie poprzez wskazywanie zagrożenia dla prawa jako instytucji i częściowych jedynie, jak mogą twierdzić krytycy, środków radzenia sobie z nimi. Zdaniem Paula Ricoeura tym, co odróżnia utopię od ideologii, nie jest ich treść, lecz przyjęcie punktu widzenia zewnętrznego wobec praktyki władzy w danym momencie historycznym. Może pojawić się również patologia utopii – zupełne oderwanie się od rzeczywistości i pomijanie jej problemów¹⁵. Jeśli przyjąć perspektywę ricoerowską, utopia nie jest żiżkowskim snem na jawie, polityczną alternatywą ideologicznie ukonstytuowanej rzeczywistości, nie musi być też totalną krytyką społeczeństwa, funkcję tak pojętej utopii może więc pełnić tradycja lub prawo naturalne. Jeśli ująć rzecz z tego punktu widzenia, w pracy niniejszej prezentuję pewną wizję zachowania prawa jako instytucji – utopijną, o ile przyjąć, że płynność, antyteza instytucjonalnego charakteru prawa, ma stanowić istotę współczesności.

Perspektywa metodologiczna

Przyjmuję dwie komplementarne perspektywy metodologiczne. Jedną jest perspektywa filozofii języka potocznego, adekwatna do przedmiotu badań, czyli znaczeń, jakie słowa mają w potocznym języku prawniczym, a także ich zmiany. Taki zabieg jest szeroko stosowany we współczesnej filozofii prawa, czego przykładem jest przede wszystkim koncepcja Herberta Harta¹⁶. Przyjmuję, że znaczenia słów przynoszą wiedzę o określonych elementach kultury, w tym wypadku – instytucjach prawnych, a zarazem elementy te konstytuują. Tworzą więc nie tylko perspektywę

¹⁴ Można ewentualnie mówić o podobieństwie rodzinnym poszczególnych koncepcji w znaczeniu wittgensteinowskim (por. M. Freeden, *Ideology...*, s. 43–44).

¹⁵ P. Ricoeur, *Lectures on Ideology and Utopia*, Columbia University Press, New York 1986, s. 15–17.

¹⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York 1994.

poznawczą, ale i normatywną, z której można dokonywać oceny ideologii. Taka perspektywa byłaby jednak niewystarczająca, znaczenia te ujawniają się bowiem w pełni w perspektywie dziejowej, bez niej byłyby nadto słusznie narażone na zarzut przypadkowości. Dlatego przyjmuję również punkt widzenia hermeneutyki filozoficznej w wersji zaprezentowanej przez Hansa-Georga Gadamera¹⁷. Hermeneutyka w rozumieniu Gadamera ma polegać na poruszaniu się po „kole hermeneutycznym”, czego początkiem jest postawienie pytania tekstowi, co jest możliwe dzięki „zagadnięciu” przez tradycję. Według Gadamera tradycja, jako praktyka polegająca na wyrażaniu aktualnych problemów w języku sformułowanych już wcześniej pytań, a następnie odpowiadaniu na nie, przy uwzględnieniu udzielonych już wcześniej odpowiedzi, to proces konstytutywny dla poznania, przynajmniej w dziedzinie nauk humanistycznych. Przyjmuję, że hermeneutyka pozwala stworzyć perspektywę krytyczną, a zarazem interpretować teksty w dobrej wierze. Jak uważa Gadamer, aby tekst mógł przemówić, należy go interpretować przy założeniu jego – jak to określa – „doskonałości”, co polega na potraktowaniu tekstu jako partnera w interpretacji tradycji – wsłuchanie się w niego przez przypisanie mu, niejako „na kredyt”, wewnętrznej spójności oraz racjonalności, to jest uznanie go za próbę odpowiedzi, również krytycznej, na pytania stawiane przez tradycję¹⁸. Interpretacja polega więc na stwierdzeniu, że tekst wchodzi z nią w dialog, lub wręcz przeciwnie – poprzez jej całkowite odrzucenie lub próbę strategicznego wykorzystania przestaje być aktem nastawionym na komunikację. W tym celu konieczne jest zastosowanie tekstu do konkretnego problemu stojącego przed interpretatorem, o czym, zdaniem Gadamera, poucza Arystotelesowska koncepcja *fronesis* oraz hermeneutyka prawnicza¹⁹.

W niniejszej pracy jako „zagadnięcia” przez tradycję zidentyfikowane zostają pytania, czy na gruncie analizowanych koncepcji dana instytucja zachowuje konstytutywny dla niej i wciąż szeroko przyjmowany sens. Rzecz jasna, wyczerpujące zrekonstruowanie tradycji takich instytucji jak prawo podmiotowe czy rozumność praktyczna przekraczałoby ramy pracy, przywołuję więc znaczenia i interpretacje, które w procesie koła hermeneutycznego powinny być uznane za istotne w świetle aktualnych problemów. Problemy te, tzn. pojawienie się nowego rozumienia określonych idei (szczególnie widoczne, gdy ujawniają się skutki takich zmian), uzasadnia nieuniknioną uznaniowość wyboru określonych składników tradycji filozoficzno-prawnej, a także określonych ideologii. Perspektywa krytyczna przesuwająca przy tym akcent na podkreślanie wychodzenia poza tradycję, co jednak nie oznacza przyjęcia wobec rozważanych tekstów perspektywy czysto zewnętrznej.

¹⁷ Szerzej o możliwości zastosowania hermeneutyki filozoficznej do badania przekształceń rozumienia idei prawnych i politycznych zob. A. Barut, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2018, s. 17–23.

¹⁸ H.G. Gadamer, *Prawda i metoda*, przeł. B. Baran, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2013, s. 280.

¹⁹ H.G. Gadamer, *Prawda...*, s. 294–310; por. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 74–80.

Zazwyczaj przyjmuję utrwalone i „intuicyjne” rozumienia pojęć prawnych, wyjaśniając je wtedy, gdy od tych sensów odstępuję. Założyłem, że jest to zabieg wystarczający, jeśli służyć one mają nie tyle jako kategorie wyjaśniające, ile krytyczne.

Praca składa się z sześciu rozdziałów. W każdym z nich omawiam inne zagrożenie ideologiczne dla bezpieczeństwa prawnego, przyporządkowując mu naruszenie określonej instytucjonalnej reguły prawa – pewności (rozdział pierwszy), zgodności działań władzy z jej deklaracjami (rozdziały drugi, trzeci i czwarty) oraz kierowania się przez władzę rozumnością praktyczną (rozdziały piąty i szósty). Przyporządkowanie to ma charakter w pewnym stopniu umowny, każde niebezpieczeństwo narusza bowiem wszystkie te reguły. W każdym rozdziale wskazywane są również ideologiczne odpowiedzi na wskazane zagrożenia.

Współczesny kryzys prawa

O znaczeniu bezpieczeństwa prawnego decyduje współczesny kryzys prawa jako instytucji. W epoce Oświecenia prawo pozytywne zaczęło być postrzegane jako narzędzie sprawiedliwego i rozumnego ułożenia życia zbiorowego – czy to jako wyraz woli powszechnej, czy to jako wytwór racjonalnego, „oświeconego” ustawodawcy²⁰. W II połowie XIX wieku idea ta zdawała się być wprowadzona w życie. Wraz z upowszechnieniem się ustrojów konstytucyjnych i parlamentarnych przymiot racjonalności przeniesiony został ze społeczności kierującej się wolą powszechną oraz idealnego ustawodawcy na wytwory działalności parlamentów, a następnie władzy wykonawczej i administracji, wyrazem tego mitu była Weberowska koncepcja legitymacji legalistycznej. Wraz z przechodzeniem od państwa liberalnego do państwa interwencjonistycznego wieku XX dostrzeżono, że, przejmując coraz więcej funkcji, wytwarza ono przepisy prawne w coraz mniejszym stopniu spełniające postulat racjonalności, przypominające raczej prowizorycznie napisane instrukcje²¹. W II połowie XX wieku pojawił się kolejny czynnik degeneracji prawa – proliferacja praw człowieka i jurydyzacja relacji interpersonalnych i społecznych. Zjawiska te – przejmowanie przez prawo funkcji podstawowego regulatora stosunków społecznych, rozwój państwa opiekuńczego, posługiwanie się legislacją w celach doraźnie politycznych, lub wręcz propagandowych, inflacja roszczeń o ochronę prawną doprowadziły do, jak to określił Jürgen Habermas,

²⁰ Co wyrażała np. Sieyèsowska koncepcja sądu konstytucyjnego jako sądu rozumu (E.J. Sieyès, *O sądzie konstytucyjnym: tezy projektu ustawy przedstawionego przez Emmanuela-Josepha Sieyèsa podczas obrad Konwencji w dniu 18 Thermidora roku III*, przeł. J. Szymanek, „Studia Prawnicze KUL” 2016, nr 2, s. 198–203; por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008, s. 31–54).

²¹ E. Rubin, *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton University Press, Princeton 2005, s. 198–199.

„kolonizacji” społeczeństwa przez prawo²². Jednym z jej symptomów jest inflacja prawa. Gdy normy prawne produkowane są w takich ilościach jak obecnie, coraz trudniejszy do spełnienia jest postulat spójności czy jasności, nawet gdyby był brany na poważnie przez tworzących i stosujących prawo. Wszechobecne, a zarazem chaotyczne i wewnętrznie sprzeczne, a niekiedy absurdalne prawo traci swój autorytet, a jego promulgacja staje się pustym rytuałem. Adresat prawa, rzekomo otoczony przez normy prawne, nie jest w stanie ani prawa poznać, ani tym bardziej go przestrzegać²³. Carl Schmitt nazwał takie chaotyczne, tworzone dla doraźnych potrzeb regulacje – turboprawem²⁴.

Jurydyzacja życia zbiorowego i inflacja prawa nie oznacza więc formalizacji relacji społecznych. Następuje zacieranie się różnicy między prawem a czysto faktycznymi działaniami władzy. Ma miejsce kryzys prawa jako sposobu regulacji. Günther Teubner konstatuje „trylemat regulacyjny”: albo prawo nie odbiera należycie sygnałów z coraz bardziej skomplikowanego otoczenia, a społeczeństwo sygnałów z prawa, albo ma miejsce jurydyzacja sfery pozaprawnej, albo następuje instrumentalizacja i daleko posunięta materializacja prawa²⁵. Dodać należy, że nie chodzi tutaj o alternatywę rozłączną – praktyka określana jako prawo staje się coraz bardziej irracjonalna, a zarazem coraz bardziej przenika społeczeństwo. Takie rzekome prawo odzwierciedla inne praktyki z ich paradygmatami (finanse, technikę, medycynę), a jednocześnie przyczynia się do utraty realnej kontroli nad tymi sferami przez społeczeństwo, stając się sposobem ugruntowywania się rozproszonej, arbitralnej władzy. Wydaje się jednak, że nie tyle prawo służy realizacji celów władzy pojętej podmiotowo, ile, przez swoją irracjonalność, ugruntowuje nierozumność sfery pozaprawnej, a zarazem łączy się z nią. Kryzys prawa jako metody regulacji staje się szczególnie widoczny, gdy weźmie się pod uwagę regulacje uzasadniane sytuacją nadzwyczajną (w szczególności zagrożeniem militarnym, epidemicznym czy klimatycznym), można bowiem regulować tylko to, co znane, jeśli więc reguluje się to, co „z definicji” uznaje się za nieznanne, to regulacja z istoty rzeczy będzie nieskuteczna²⁶. Prawo jako instytucja traci swój autorytet

²² J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a/M 1981, s. 222; por. np. J. Guść, K. Łokucijewski, *Globalizacja a jurydyzacja. O wpływie globalizacji na skalę prawotwórstwa w liberalnym państwie demokratycznym*, [w:] J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2003; J. Guść, *System prawa w warunkach nadmiaru prawa*, [w:] S. Czepita, O. Bogucki (red.), *System prawny a porządek prawny*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2008, s. 117 i n.

²³ Por. M. Hotel, A. Rychlewska, *Jurydyzacja życia a skuteczność prawa*, „Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia” 2015, nr 1, s. 45. Badania tych cech prawa w aspekcie empirycznym prowadzi na przykładzie prawa polskiego Paweł Chmielnicki (P. Chmielnicki, *Podjęmowanie decyzji w warunkach prawnego i prawniczego potopu informacyjnego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr 12).

²⁴ C. Schmitt, *The Plight of European Jurisprudence*, przeł. G.L. Ulmen, „Telos” 1990, nr 83, s. 35–70.

²⁵ G. Teubner, *Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, [w:] G. Teubner (red.), *Juridification of Social Spheres*, de Gruyter, Berlin – New York 1987, s. 3–48.

²⁶ Por. K. Dobrzeńiecki, *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnych*, Dom Organizatora, Toruń 2018, s. 177.

i funkcję symboliczną²⁷, coraz mniej odzwierciedla sytuację normalną, a staje się stanem permanentnie wyjątkowym²⁸. Giorgio Agamben konstatuje, że co najmniej od I wojny światowej we współczesnych państwach liberalno-demokratycznych panuje, uzasadniany względami ochrony życia, „stan wyjątkowy”, zarazem tendencja do jego uniwersalizacji sprawia, że rządy nie odwołują się już do konstytucyjnych zapisów o tym stanie²⁹. Według Agambena nie ma być to stan obowiązywania prawa w sytuacji szczególnej, czyli realizacja norm prawnych w przewidzianych przez nie szczególnych okolicznościach³⁰. Nie jest to również stan bezprawia, ten bowiem w naturalny sposób przechodzi w stan prawny poprzez akt ufundowania władzy politycznej. Oba stany są z prawem związane jako realizacja ego norm lub warunek jego zaistnienia. Stan wyjątkowy to stan nieokreśloności; swoistej parodii zarówno stanu prawnego, jak i stanu natury³¹. Zdaniem Agambena nawet jeśli taki stan określa się jak rządy prawa, to jest to prawo pozorne, w rzeczywistości sprowadza się bowiem do arbitralnej praktyki władzy czy wręcz przemocy – „życia”. Z jednej strony przepisy prawne tracą swą formę, stają się tak nieprzewidywalne jak „życie”, z drugiej działania faktyczne władzy jawią się jako niepodatne na kompromis, tak jak realizacja normy prawnej³². Normy prawne zamieniają się w chaotyczny zbiór doraźnych poleceń i wskazówek, mających zaradzić rzekomo permanentnej sytuacji nadzwyczajnej³³.

Idea bezpieczeństwa prawnego jako odpowiedź na kryzys prawa

Pojęcie bezpieczeństwa prawnego jest często spotykane w dyskursie instytucjonalnym i naukowym, w szczególności niemieckim³⁴. Moje jego rozumienie jest

²⁷ Zob. niżej o koncepcji Pierre’a Legendre.

²⁸ K. Dobrzeński, *Prawo...*, s. 175–177.

²⁹ G. Agamben, *State of Exception*, przeł. K. Attel, University of Chicago Press, Chicago, London 2005, s. 1–4, 14.

³⁰ Tak, jak stan ten ujął Clinton Rossiter (C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, Routledge, New York 2002, s. 3–13).

³¹ G. Agamben, *State...*, s. 23, 26.

³² G. Agamben, *State...*, s. 37–38; G. Agamben, *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, Pruszyński i S-ka, Warszawa 2008, s. 255.

³³ Karol Dobrzeński wskazuje na zapoznavanie przez współczesne prawo kategorii konieczności, która umożliwia dostrzeżenie przez prawo jego własnej ograniczoności, jej stosowanie jest więc metodą „odczytywania” przez system prawny sytuacji, która wychodzi poza jego granice (K. Dobrzeński, *Prawo wobec...*, s. 226–280).

³⁴ A. von Arnaud, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, s. 202–109; L. Bendix, *Das Problem der Rechtssicherheit. Zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre*, [w:] M. Weiss (red.), *Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied – Berlin 1968, s. 173 i n.; Ch. Münch, *Rechtssicherheit als Standortfaktor. Gedanken aus Sicht der vorsorgenden Rechtspflege*, [w:] A. Weber (red.), *Währung und Wirtschaft: Das Geld im Recht - Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1997, s. 674 i n.; F. Arcos Ramírez, *La Seguridad Jurídica. Una Teoría Formal*, Dykinson, Madrid 2000, s. 32 i n. Odwołania do tego pojęcia zawierają również

zbliżone w szczególności do zaprezentowanego przez Franza Scholza rozumienia *Rechtssicherheit* jako stanu zaufania w skuteczną ochronę dóbr życiowych jednostki środkami prawnymi, stosowanymi bezstronnie i sprawiedliwie. Autor ten słusznie kładzie również nacisk na wzajemne powiązanie stabilności sytuacji, wytwarzanych lub gwarantowanych przez prawo oraz uzasadnionego zaufania do organów tworzących je i stosujących jego normy³⁵. Używana przeze mnie kategoria została jednak skonstruowana na potrzeby niniejszych rozważań, jako odpowiedź na wskazane wyżej aspekty kryzysu prawa rozpatrywanego z punktu widzenia interesów jednostki. Chodzi więc nie tyle o bezpieczeństwo zapewniane przez prawo, ile o zapobieżenie sytuacji, gdy samo prawo, postrzegane nie jako narzędzie władzy, lecz praktyka społeczna, staje się źródłem zagrożenia. Należy wskazać elementy tak rozumianego bezpieczeństwa prawnego.

Pewność prawa

Pewność prawa w znaczeniu wąskim oznacza przewidywalność prawa, to jest możliwość ustalenia przez adresata norm prawnych, jakie zachowania są zakazane, nakazane lub dozwolone, a przez to przewidzenia rozstrzygnięcia organów publicznych³⁶. Można oczywiście twierdzić, że uznanie pewności za warunek konieczny istnienia prawa jako instytucji wynika z jego kontekstualnego, przygodnego rozumienia i przyjąć, że prawo od innych praktyk społecznych różni się przede wszystkim dążeniem do sprawiedliwości czy realizacją celów o charakterze materialnym. Wydaje się, że można wyróżnić cztery typy myślenia o prawie, na gruncie których jego pewność traci na znaczeniu.

Pierwszy opiera się na założeniu, że skoro warunkiem koniecznym prawa jest dążenie do sprawiedliwości, a sprawiedliwość jest ideałem, który nigdy nie może się urzeczywistnić, to nie sposób mówić o jakimś godnym zachowania stanie prawa. Najpełniejszy wyraz takiemu rozumieniu prawa dał Jacques Derrida w swej idei prawa jako „różni”³⁷, obecnie artykułując ją koncepcje neomarksistowskie. Na gruncie takich poglądów istotna jest więc nie pewność, lecz akceptowalność prawa sprowadzona do możliwości kwestionowania jego norm. Pogląd taki występuje

uzasadnienia wyroków polskiego Trybunału Konstytucyjnego, np. z 4.1.2000 r., K. 18/99, OTK ZU 2000, nr 1(31), s. 11, z 27.2.2002 r., K. 47/01, OTK ZU 2002, nr 1/A, s. 105 i z 25.4.2001 r. K 13/01, OTK ZU 2001, nr 4(42), s. 468; por. E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* RR, Dom Organizatora, Warszawa 2003. Szczegółową analizę filozoficzno-prawną pojęcia bezpieczeństwa prawnego przeprowadziła Jadwiga Potrzeszcz (J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013).

³⁵ F. Scholz, *Die Rechtssicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin 1955, s. 3 i n.

³⁶ Obejmuje ona więc przewidywalność samego faktu wydania decyzji, jej treści oraz jej skutków (J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1973, s. 94–97).

³⁷ J. Derrida, *Force of law*, [w:] G. Anidjar, J. Derrida, *Acts of Religion*, Routledge, London – New York 2002, s. 233–239.

również w „słabszej”, a przez to mniej groźnej lub niegroźnej dla bezpieczeństwa prawnego wersji, a mianowicie w postaci przekonania, że ideał sprawiedliwości może być tylko częściowo zrealizowany, te przejściowe realizacje mają jednak swoją wartość i nie powinny być pochopnie odrzucane, prowadzi on do różnych postaci konserwatyzmu ewolucyjnego³⁸. To, czy zostanie zachowana idea pewności prawa, zależy więc od sposobu rozumienia imperatywu poszukiwania sprawiedliwości oraz od stosunku do odnajdywanych na tej drodze rozwiązań częściowych. Drugi typ myślenia opiera się na postulatcie, by prawo odzwierciedlało różne pojęty społeczny dyskurs. Przykładem takiego poglądu na prawo jest koncepcja prawa responsywnego Phillippe’a Noneta i Philipa Selznicka³⁹, innym przykładem jest uznawanie za współczesną *lex mercatoria* zwyczajów ponadnarodowych korporacji. Na gruncie takiego poglądu formułuje się twierdzenie, że ideał pewności prawa zarysowany przez Maxa Webera w jego obrazie prawa racjonalnego w sensie formalnym, związany z obrazem państwowej biurokracji, jest już nieaktualny, ponieważ nie jest dostosowany do stosunków między ponadnarodowymi korporacjami, w których interesie jest nie tyle przewidywalność prawa, ile jego „elastyczność”, umożliwiająca porozumienia między wielkimi graczami⁴⁰. Prawo może być też uznane za rodzaj techniki, którą należy dostosowywać do zadań stojących przed rządzącymi – przykładem koncepcja inżynierii społecznej występująca w pierwszym okresie myśli Roscoe Pounda⁴¹. Jedną z metod osiągnięcia ich celów może być wprowadzenie zapewnienia stabilności prawa, jest to jednak tylko przygodna taktyka. Samo prawo może być wreszcie uznane za system, który nie reaguje na zewnętrzne oczekiwania, kwestia jego przewidywalności wówczas nie powstaje, można jedynie ewentualnie rozważać, czy jest to system stabilny, o czym może jednak decydować właśnie jego zmienność – przykładem koncepcja Günthera Teubnera⁴².

Oczywiście podejścia wyżej wskazane mogą się łączyć, np. prawo może być uznane za technikę, lecz odzwierciedlającą obiektywne prawa rozwoju społecznego lub służącą wprowadzeniu w życie wyników społecznej dyskusji. Na gruncie

³⁸ A. Barut, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurycego Barrèsa*, Arcana, Kraków 2009, s. 29–42.

³⁹ P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition*, Taylor & Francis, New York 2008.

⁴⁰ B. Dorbeck-Jung, *Global Trade: Changes in the Conceptualisation of Legal Certainty?*, [w:] V. Gessner (red.), *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Hart Publishing, Oxford – Portland 2009, s. 289–312.

⁴¹ R. Pound, *The Growth of Administrative Justice*, „Wisconsin Law Review” 1924, t. II, nr 6, s. 321–339.

⁴² G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?*, [w:] Ch. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner (red.), *Constitutionalism And Transnational Governance*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 3–28. Również np. Bartosz Brożek prezentuje wizję stabilności prawa opartą na wizji swoistej proporcjonalności zmian między poszczególnymi elementami systemu (niewielkie zmiany ustawodawcze mają prowadzić do niewielkich zmian społecznych, a wielkie – do wielkich. W modelu tym prawo pozostaje jednak stabilne również wtedy, gdy bardzo poważne zmiany zachodzą nieustannie, byle byłyby one „równomiernie rozłożone w systemie”) (B. Brożek, *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6 (8), s. 23–29).

wciąż mocno zakorzenionego imaginarium trudno jednak przyjąć, by przewidywalność w ogóle nie miała znaczenia dla odróżnienia prawa od innych systemów kontroli. Jak się wydaje, można sobie wyobrazić prawo, które będzie w minimalnym stopniu ogóle, spójne, możliwe do poznania i nieretroaktywne, a zarazem nie będzie zapewniało poczucia bezpieczeństwa ze względu na strategiczne podejście władzy wobec adresatów wytwarzanych przez nią norm oraz nieposzanowanie praw podstawowych, a nadto jego normy będą prostym odzwierciedleniem postulatów ideologicznych lub rzekomo naukowych wskazań. Taka sytuacja jest możliwa w sensie teoretycznym, lecz, podobnie jak w przypadku rozpatrywanej przez Lona Fullera kwestii możliwości istnienia prawa skrajnie niesprawiedliwego w sensie materialnym, a zarazem spełniającego wskazane przez niego zasady prawa naturalnego w sensie proceduralnym, bardzo mało prawdopodobna w aspekcie empirycznym (zob. niżej). Już u początków europejskiej tradycji prawnej przekonanie o wartości, jaką jest stabilność prawa, wyrażało w starożytnej Grecji uznanie *nomos* za środek zaradczy wobec politycznej *hybris*⁴³, a znaczenie, jakie miała ona dla prawników rzymskich, wyrażają paremie *quieta non movere* czy *summum ius summa iniuria*. Pewność prawa, zapewniająca poczucie prawnego i politycznego bezpieczeństwa, odróżniona od arbitralności władcy absolutnego⁴⁴ i od prawdziwej lub rzekomej nieprzewidywalności prawa zwyczajowego i sędziowskiego⁴⁵, była jednym z postulatów rodzącego się liberalizmu.

Uzasadnia to uznanie proceduralnych wymogów pewności prawa za warunek jego istnienia jako praktyki kontroli opartej na decyzjach świadomych, przykładem koncepcja Lona Fullera. Sformułowano jej krytykę: Joseph Raz stwierdził, że tak pojęta praworządność to „wewnętrzna” wartość prawa, decydująca o jego skuteczności jako środka kontroli, Herbert Hart wskazał, że prawo spełniające podane przez Fullera warunki może być w wysokim stopniu niesprawiedliwe w sensie materialnym, a według Ronalda Dworkina jeśli tyran odrzuca rządy prawa, to nie ze względu na swoją wewnętrzną moralność, lecz niechęć do działania w sposób jawny⁴⁶. Fuller, odpowiadając na tę krytykę zauważył, że nie sposób wskazać w historii godnego potępienia reżimu lub godnej potępienia praktyki instytucjonalnej, które

⁴³ Według Arendt prawo, będąc warunkiem istnienia *polis*, było zarazem, jako czynnik stabilizujący, jej strukturą (H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, przeł. D. Grinberg, M. Szawiel, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008, s. 654.)

⁴⁴ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau, Aletheia, Warszawa 2015, s. 336–338.

⁴⁵ J. Bentham, *The Book of Fallacies*, John and H. L. Hunt Publishers, London 1824, s. 7 i n.

⁴⁶ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York 1979, s. 225–226; H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 206–207; R. Dworkin, *Philosophy, Morality, and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, „University of Pennsylvania Law Review” 1965, t. 113, s. 668–690. Wydaje się, że Dworkin utożsamia w tym miejscu prawo jako normę z prawem jako instytucją. Tymczasem, nawet jeśli w niektórych wypadkach działanie za pomocą normy spełniającej wymogi wewnętrznej moralności prawa mogłyby być użyteczne, to w większości przypadków prawo jako instytucja przeszkadzałoby tyranowi.

realizowałyby zasady prawa naturalnego w sensie proceduralnym⁴⁷. W tym kontekście istotne jest spostrzeżenie Josepha Raza, że mówienie o efektywności prawa ma sens tylko wtedy, gdy zawiera w sobie ukrytą przesłankę, że to prawo, a nie inne „narzędzie” ma służyć kontroli zachowań. System, który w ogóle nie realizowałby wskazanych wyżej zasad, choćby był nazywany prawem, zatraciłby aspekt instytucjonalny⁴⁸. Zarazem postulat zapewnienia możliwości świadomego dostosowania się do normy prawnej, tak by próba jej przestrzegania nie prowadziła do swoistej „pułapki”, umożliwia realizację istotnych wartości moralnych, a mianowicie ludzkiej godności i autonomii⁴⁹. Również koncepcja „twardego” pozytywizmu unaocznia więc fakt, że samo przyjęcie prawa jako metody organizacji społeczeństwa jest wartością moralną, nawet jeśli jasność prawa w niektórych przypadkach może się sprowadzać do możliwości świadomego wyboru różnych, lecz równie niekorzystnych opcji⁵⁰. Na gruncie takiego rozumienia prawa wyraźnie zarysowuje się więc pewien ideał człowieka. Fuller słusznie wskazuje, że Hartowska koncepcja minimum prawa naturalnego, przyjmująca, że fizyczne przetrwanie jednostki i wspólnoty jest jedyną wartością prawną-naturalną, opiera się na błędnym założeniu co do najwyższej wartości fizycznego przetrwania – niepodlegającym dyskusji celem człowieka jest zapewnienie międzyludzkiej komunikacji, która umożliwia również zarówno fizyczne samozachowanie, jak i rozwój⁵¹.

Jako aspekt pewności prawa wskazuje się również jego materialną akceptowalność⁵², ewentualnie, rozważając przewidywalność prawa, dodaje się materialną akceptowalność jako warunek prawa sprawiedliwego⁵³. Stan bezpieczeństwa prawnego ma obok pewności prawa tworzyć jego materialną sprawiedliwość⁵⁴. Obojętnie

⁴⁷ L. Fuller, *The Morality...*, s. 153–162.

⁴⁸ J. Raz, *The Authority...*, s. 219–226.

⁴⁹ Według Raza pewność prawa i jasność opcji jest czynnikiem poszerzającym możliwość indywidualnego wyboru (J. Raz, *The Authority...*, s. 219–226). Celna jest przy tym dokonana przez Marthę Nussbaum krytyka jego koncepcji autonomii jako uzasadniającej postulat poszerzania zakresu wyborów przez przymus państwowy (M.C. Nussbaum, *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, „Philosophy & Public Affairs” 2011, t. 39, nr. 1, s. 3–45.) Raz, jako „twardy” pozytywista, broni się jednak przed uznaniem, że nakreślone przez niego zasady praworządności mają charakter moralny, 9s. 9-12, 91100 3..45

⁵⁰ Już choćby z tego powodu należy więc pozytywnie odpowiedzieć na pytanie, czy w celu adekwatnego zrozumienia prawa jego teoretyk powinien uznać prawo za zjawisko uzasadnione moralnie (por. T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 110, s. 15–39).

⁵¹ L. Fuller, *The Morality...*, s. 184–186.

⁵² A. Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht 2008, s. 24–25.

⁵³ T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 192; J. Stelmach, *Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6, s. 18.

⁵⁴ J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo...*, s. 271–274, s. 249–250, s. 265, i wskazana tam literatura. Jeden z autorów uznaje bezpieczeństwo prawne za stan przewidywalności prawa oraz jego materialnej akceptowalności. (M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2014, s. 26).

jednak jak ująć relację przewidywalność – materialna sprawiedliwość, podkreślić należy, że treściowe wymogi norm prawnych nie podlegają po prostu dodaniu do nich warunków formalnych. Razem tworzą zbiór nieredukowalny do części⁵⁵.

Jeśli postrzegać funkcję rządów prawa tak jak czyni to Fryderyk Hayek, czyli jako zapewnienie jego pełnej przewidywalności, to, biorąc pod uwagę ilość norm przyznających administracji szeroką władzę dyskrecyjną, należałby uznać, że współczesne państwa liberalno-demokratyczne z definicji nie są państwami prawa⁵⁶. Uznanie przewidywalności prawa za jedyne kryterium praworządności byłoby, rzecz jasna, zbyt daleko idące. Pewność rozstrzygnięcia nie jest również warunkiem wystarczającym bezpieczeństwa prawnego⁵⁷. Według Jeremy'ego Waldrona pewność prawa to nie zawsze przewidywalność zastosowania przepisu mającego postać reguły⁵⁸. Zdaniem Johna Braithwaite'a tradycyjnie pojęty postulat przewidywalności stosować należy do regulacji indywidualnych zachowań, gdy zaś chodzi o regulację zagadnień o znaczeniu makrospołecznym, istotniejsza dla pewności prawa może być realizacja zasad⁵⁹. Gdyby szukać rozwiązania problemu pewności prawa na gruncie koncepcji Dworkina, byłoby nim niewątpliwie stwierdzenie o pewności poszanowania przez władzę polityczną nie konkretnych uprawnień, lecz „prawa do równego szacunku i troski” (zob. niżej). Nie można tego typu stanowiskom odmówić racji, jednak z istotnymi zastrzeżeniami. Nawet jeśli należy mówić nie tyle o pewności rozstrzygnięcia na podstawie przepisu mającego postać Dworkinowskiej reguły, ile o pewności poszanowania kontekstu aksjologicznego i instytucjonalnego decyzji, to przyjąć należy, że tworzą go zarówno uznane wartości materialne, jak i samo istnienie prawa jako instytucji. Ponadto pewność zastosowania zasady „prawa do równego szacunku i troski” czy pewność starań o realizację programów makrospołecznych nie może uzasadniać przyznania działaniom władzy swego rodzaju legitymacji *prima facie*, to jest przyjęcia, że skoro podstawowa struktura konstytucyjna jest oceniana, przynajmniej przez hartowskich *officials*, jako legitymowana, to nie należy stawiać władzy nieprzekraczalnych granic, również w postaci względów sprawiedliwości formalnej.

⁵⁵ Gustav Radbruch wyróżnia jako elementy idei prawa jego sprawiedliwość, a nadto celowość (świadome tworzenie przez ustawodawcę) oraz bezpieczeństwo prawne i wszystkie je, przynajmniej w przedwojennym okresie twórczości, rozumie formalnie, a także uznaje, że pozostają one, w konkretnych sytuacjach historycznych, w różnej relacji, również konfliktowej. Zarazem jednak podkreśla, że wzajemnie się warunkują i „podtrzymują” (G. Radbruch, *Filozofia prawa*, przeł. J. Zajadło, PWN, Warszawa 2012, s. 81–82).

⁵⁶ Por. A. Altman, *Fissures in the Integrity of Law's Empire: Dworkin and the Rule of Law*, [w:] A. Hunt (red.), *Reading Dworkin Critically*, Berg Publishers, Providence – Oxford 1992, s. 158–159.

⁵⁷ J. Potrzebacz, *Bezpieczeństwo...*, s. 228.

⁵⁸ J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, „Public Law & Legal Theory Research Paper Series” 2010, nr 10-73, s. 17.

⁵⁹ J. Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2002, nr 27 s. 52-60; por. M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, „University of New South Wales Faculty of Law Research Series” 2007, 65 (16).

Można więc mówić o pewności prawa w sensie czysto formalnym – stałości treści przepisów, sposobów ich interpretacji i stosowania oraz o pewności prawa jako aspektu bezpieczeństwa prawnego – pewności, że rozstrzygnięcie prawne, niezależnie od treści przepisu, nie naruszy wartości w stopniu ponadprzeciętnym, nie musi być to przy tym naruszenie wartości w stopniu rażącym, uzasadniającym stosowanie formuły Radbrucha⁶⁰. Ostre rozróżnienie na pewność i bezpieczeństwo prawne oraz na przewidywalność formalną i materialną nie jest zasadne. Ma tu miejsce relacja wyznaczona przez koło hermeneutyczne: wartości mają pierwszeństwo przed treścią aktu prawnego, precedensu czy też utrwaloną praktyką ich rozumienia i stosowania, jedną z nich jest jednak pewność prawna jak jego przewidywalność.

Zgodność działań władzy z jej deklaracjami co do posługiwania się prawem

Stan bezpieczeństwa prawnego wytwarza subiektywną pewność co do prawa, a zarazem więź zaufania zarówno między obywatelami, jak i pomiędzy nimi i organami władzy. Istotne jest więc, by nie było zbyt dużego rozdźwięku pomiędzy subiektywnym poczuciem bezpieczeństwa prawnego, a w szczególności przekonaniem o przewidywalności prawa, a bezpieczeństwem prawnym w sensie obiektywnym⁶¹, tak aby nie pojawiła się ideologicznie wytwarzana fałszywa świadomość, która albo zetknie się ze sprzecznymi z jej treściami faktami surowymi, co doprowadzi do rozpadu obrazu świata, albo nabierze charakteru żiżkowskiej perwersji ideologicznej, to jest świadomego kierowania się obrazem zafałszowanym albo przyczyni się do upowszechnienia postaw całkowitej bezrefleksyjności: teoretycznie może istnieć praktyka, której uczestnicy będą uważali za stabilną lub nawet niezmienną (taki był niegdyś rozpowszechniony pogląd na samointerpretację ludów pierwotnych), chociaż ich przekonanie, z zewnętrznego punktu, nie będzie miało nic wspólnego z jakkolwiek pojętą rzeczywistością. Istotnym aspektem bezpieczeństwa prawnego jest więc poszanowanie zasady wzajemności wynikające ze wzajemnego uznania między obywatelami oraz obywatelami a władzą⁶². Ful-

⁶⁰ Jak to ujął jeden z autorów po II wojnie światowej, bezpieczeństwo prawne nie zależy od formy prawa czy poziomu dynamiki jego wykładni, istotne jest uzasadnione zaufanie, że chroni ono przed przemocą (F. Scholz, *Völkerrecht und Rechtssicherheit*, „Archiv des Völkerrechts” 1949, t. 2, nr 1, s. 28-39, s. 30).

⁶¹ O tym rozróżnieniu np. J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 94 i n.

⁶² L. Fuller, *The Morality...*, s. 19–27. Postawienie tamy samowoli władzy przez prawo ma samo w sobie znaczenie upodmiotowiające i wspólnototwórcze, wyrażała to grecka idea *nomos* (oczywiście nietożsama ze współczesnym rozumieniem prawa), jak twierdzi Arendt, prawa w starożytnej Grecji były uznawane za warunek mocy i twórczego charakteru działania, jako ciągłej możliwości nowego początku (H. Arendt, *Korzenie...*, s. 654). Również z tego względu pewności prawa nie można zredukować do możliwości przewidzenia treści decyzji. Jeden z autorów, rozważając tę kwestię, zauważył, że prawo międzynarodowych korporacji, oparte na arbitrażu, jest, jak wykazują badania empiryczne, przewidywalne, choćby ze względu na możliwość przewidzenia decyzji szczupłego, ekskluzywnego grona arbitrów (M. Wojciechowski, *Pewność...*, s. 77-79). Pojawia się jednak pytanie, czy nawet jeśli

ler wskazuje zatem jako wymóg wewnętrznej moralności prawa zasadę spójności między działaniami władzy a jej deklaracjami co do tworzenia i stosowania norm prawnych. Wyklucza ona zarówno dowolność w stanowieniu i stosowaniu prawa, jak i pozorowanie niedowolnego jego stanowienia i stosowania. Wartość ta może być, jak pisze, naruszona w różny sposób: między innymi przez jawnie błędne interpretacje, niezważanie na potrzebę integralności systemu prawa, korupcję, „przesąd”, obojętność, „głupotę”, a także dążenie, pod pozorami realizacji prawa, do władzy personalnej⁶³. Zaprzeczeniem państwa prawa jest więc nie tylko stan jawnego bezprawia, lecz również pozorowanie związania prawem⁶⁴. Szczególnie istotną, z punktu widzenia tematu pracy, postacią naruszenia zasady spójności jest pozorowanie posługiwania się prawem jako narzędziem kontroli⁶⁵.

Kierowanie się przez władzę rozumnością praktyczną

Ideał prawa jako stosowania mądrości praktycznej jest głęboko zakorzeniony w tradycji cywilizacji zachodniej. Według Davida Kelly'ego starożytni Grecy dokonali cywilizacyjnej rewolucji, oddzielając przyrodę – *physis*, czyli sferę konieczności, pojmowanej w epoce przedfilozoficznej jako konieczność o charakterze magicznym i mitologicznym, od *nomos*, czyli zwyczaju, ugruntowanej moralności i prawa pozytywnego, tego, co jest poddane ludzkiemu namysłowi i wyrażone w ustanowionych przez człowieka normach. Nie miejsce tu na ocenę takiego obrazu historiozoficznego według kryteriów historycznych, niewątpliwie trafne jest jednak spostrzeżenie, że właśnie takie rozróżnienie umożliwia pojawienie się idei bytu świadomego i wolnego, który w nowożytności zostanie nazwany podmiotem⁶⁶, a także idei prawa. Ustanowienie podmiotowości następuje więc w tym samym, w sensie hermeneutycznym, „momencie”, w którym pojawia się prawo⁶⁷.

można wskazać pewne prawidłowości, to czy wyznaczają one zasady, które owi arbitrzy uznaliby za obowiązujące, a zatem czy w ogóle mamy jeszcze do czynienia z prawem.

⁶³ L. Fuller, *The Morality of Law...*, s. 81–91.

⁶⁴ G. Postema, *Law's Rule: Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law*, [w:] X. Zhai, M. Quinn (red.), *Bentham's Theory of Law And Public Opinion*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 1–42.

⁶⁵ Również wskazana przez Radbrucha celowość jako transcendentalny element prawa (G. Radbruch, *Filozofia...*, s. 79–84) stanowi aspekt jego podmiotowego charakteru – racjonalne, w sensie instrumentalnym, tworzenie nawet złego prawa na najbardziej elementarnym poziomie realizuje jednak postulat upodmiotowienia jego adresatów. Oczywiście sankcje prawa stanowionego chaotycznie mogą być łatwiejsze do uniknięcia. Czy tak jest, zależy jednak od czynników pozaprawnych.

⁶⁶ O historii tej idei zob. np. A. Niemczuk, *Między bytem a wartością: problem podmiotu*, [w:] Z. Czarnecki (red.), *Studia nad ideą podmiotowości człowieka*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1999, s. 12–13.

⁶⁷ O znaczeniu odróżnienia podmiotowości ludzkiej jako porządku opartego na rozumności od porządku fizycznego opartego na sile jako podstawie prawa zob. J. Hervada, *Introducción Crítica Al Derecho Natural*, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, S.A, Pamplona 2011, s. 66–69. Dodać należy, że znaczenie idei podmiotowości ujawnia się właśnie w sytuacji konfliktu i jej zagrożenia (J. Broekman, *Droit et anthropologie*, LGDJ-EJA, Paris 1993, s. 164).

Wyrazem oddzielenia tego co fizyczne, od tego co prawne, jest rzymska koncepcja osoby, czyli prawnie ukonstytuowanej roli społecznej⁶⁸. Rozróżnienie na *nomos* i *physis* umożliwiło powstanie podstawowych kategorii prawnych: podmiotu, jego relacji z porządkiem przedmiotowym, czyli własności, a także z porządkiem obywatelskim (stąd Gaiusowe rozróżnienie na *personae*, *res*, *actiones*), jak również innych fundamentalnych rozróżnień, w szczególności na sferę prywatną i publiczną, oraz konstytutywnych fikcji, takich jak wejście w prawa zmarłego⁶⁹. *Nomos* ujawnia się jako sposób ustanawiania rzeczywistości społecznej poprzez myślenie praktyczne: podmiot prawa to nie kartezjańska pochodna świadomości, lecz pochodna działania⁷⁰. Sfera spraw ludzkich uznana zostaje za sferę racjonalnego wyboru, żadna kwestia polityczna i prawodawcza nie jest bowiem wyłączona spod ludzkiej refleksji. Nie znaczy to, że miarą prawa staje się w ten sposób człowiek, idea oddzielenia *nomos* od *physis* nie jest sprzeczna z założeniem obiektywnego porządku ontologicznego, o ile traktować go jako uzasadnienie porządku społecznego, a nie jako jego skonkretyzowany projekt (co wyrażała platońska koncepcja idei i arystotelesowska koncepcja *teloi*). Istotne dla idei *nomos* jest również odróżnienie natury jako naturalnych instynktów od natury jako celowości, *nomos* oznacza zarówno ludzką konwencję, jak i cywilizację, to jest „drugą naturę”⁷¹. W starożytności klasycznej oczywiście również sfera przyrody była z reguły pojmowana jako porządek – kosmos, jednak w perspektywie rozważań nad istotą prawa znaczenie ma przede wszystkim jej pojmowanie jako świata czynników zewnętrznych i instynktów, konieczności o charakterze nie nadludzkim, lecz podludzkim.

Podkreślić należy, że przyjęcie, że rozstrzygnięcie ustawodawcze lub orzecznicze musi opierać się na rozumności praktycznej i rozważeniu specyfiki konkretnego przypadku, umożliwiającą jego dokonanie na zasadzie słuszności⁷², zapewnia bezpieczeństwo prawne, ponieważ chroni przed rozstrzygnięciem na podstawie rzekomo ogólnych reguł, które jednak nie mają charakteru prawnego i nie tylko dopuszczają rażące naruszenie wartości o charakterze materialnym, ale również nie są w stanie zrealizować zasady pewności prawa. Biorąc pod uwagę współczesne doświadczenie, stwierdzić należy, że destrukcja sfery *nomos* unicestwia również sferę *physis*, która przejmując jego normatywną funkcję, jednak w sposób uzasadniający irracjonalizm i fatalizm. Współcześnie idea konieczności wyraża się, moim zdaniem, w hasłach konieczności ideologicznej lub rzekomo przyrodniczej (hasła walki za wszelką cenę z pandemią COVID-19 czy efektem cieplarnianym), które

⁶⁸ Nazwa ta wywodzi się etymologicznie od słowa „maska” (M. Mauss, *Socjologia i antropologia*, przeł. M. Król, K. Pomian, J. Szacki, Wydawnictwo KR, Warszawa 2001, s. 377 i n.).

⁶⁹ D. Kelley, *The Human Measure. Social Thought In The Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge – London 1990, s. 8–11.

⁷⁰ D. Kelley, *The Human ...*, s. XI–XII

⁷¹ Ibidem, s. 26.

⁷² Co wyrażała grecka idea *epikei* i rzymska idea *aequitas*.

wykluczać mają oceny zarówno o charakterze praktyczno-normatywnym – co do zasadności i proporcjonalności danego rozwiązania prawnego czy rozstrzygnięcia orzeczniczego, jak i teoretycznym, czego wyrazem, jak twierdzą krytycy, hasło konsensusu naukowego nauk medycznych czy nauk o klimacie, sankcjonowanego marginalizacją lub postępowaniami dyscyplinarnymi (o czym niżej). Rezultatem jest uznanie, że prawo musi wiernie odzwierciedlać tę konieczność – przepisy muszą się zmieniać w zależności od potrzeb ideologicznych lub prognoz naukowych uznawanych za niepodważalne, a odruchowe w istocie przestrzeganie efemerycznych i chaotycznych regulacji staje się ważniejsze niż świadoma decyzja w tym zakresie, umożliwiającą kształtowanie świadomych postaw prawnych.