

Wstęp

Założenia

Przedmiotem niniejszej pracy są idee legitymizujące współczesny ustroj 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 identyfikują 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 auto-

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.

rzy 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 konstytucyjne – odróżniające ją od innych praktyk, oraz reguły regulatywne³. Regułą, którą można uznać za regułę konstytucyjną 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, nie-

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).

działania wstecz, stabilności, możliwości 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.

Na kształt niniejszej pracy wpłynął czas, w którym została napisana, współdecydujący o interpretacji niektórych zagadnień. Właśnie jednak kontekst historyczny pozwolił docenić ich znaczenie, a przez to ułatwił udzielenie odpowiedzi na pytania filozoficzno-prawne, istotne w perspektywie „długiego trwania” prawa. Na jej treść miał też wpływ fakt wykonywania przeze mnie od wielu lat zawodu adwokata. Perspektywa, którą przynosi praktyka prawna, pozwala na ogląd problemów filozoficzno-prawnych z punktu widzenia odbiorców komunikatów władzy. Jest to perspektywa partykularna, lecz szczególnie cenna.

Pisząc pracę, wychodziłem z założenia, że istnieją pewne wartości wspólne, jedną z nich jest prawo jako instytucja. Założenie to może wydawać się naiwne, biorąc pod uwagę, ile wysiłku wkłada się w dowodzenie, że takie wartości nie istnieją. Tym niemniej, nawet jeśli są one fikcją, to jedną z tych, które czynią życie w społeczeństwie mniej nieznośnym.