



**Instytut Spraw
Konstytucyjnych**

prof. dr hab. Tomasz Żyro

Katedra Teorii Polityki i Myśli Politycznej

Wydział Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych

Uniwersytetu Warszawskiego

**O prymacie prawa nad polityką.
I tego konsekwencje.**

2021

*Dziełem sprawiedliwości będzie pokój
a owocem prawa – wieczyste bezpieczeństwo*
Izajasz 32,17

Wstęp

Jak to się stało, że uznano demokrację liberalną za aksjomat, który pozwalał spokojnie zajmować się jedynie tym, co immanentne dla niej, nawet jeśli polityka demokratyczna przekłada się na zasady prawa międzynarodowego? Jaką drogę przebyliśmy w cywilizacji Zachodu, że jeden ustroj został uznany za niepodważalny i bezalternatywny? Ustrój, w którym reguła „rządów praw” zamieniła się w nieomal magiczną formułę pozwalającą rozwiązać wszelkie sprzeczności systemowe. A następnie głównie na rozstrzygnięciach prawnych spoczął ciężar rozwiązywania konfliktów społecznych, w tym politycznych. Czy jest to rodzaj politycznego, a może i prawnego, daltonizmu? A może kultura Zachodu weszła w fazę zapominania o swoim bogatym dziedzictwie?

Klasyczna filozofia polityki uczy przecież, że kiedy zastanawiamy się nad miejscem prawa w obrębie danej wspólnoty politycznej, to ostatecznie nasza myśl podąża w stronę ustroju. Wielu filozofów greckich uważało, że analizę tego, co polityczne oraz życia politycznego musimy zacząć od pojęcia „ustroju”. Refleksja nad ustrojem stała się wiodącym tematem, gdy zdano sobie sprawę z pochodnego lub możliwego do zakwestionowania charakteru praw. A zatem przyczyną praw jest ustroj. Tym samym przewodnim tematem filozofii polityki jest raczej ustroj niż prawa, chociaż w *Prawach* Platona nie jest to tak jednoznaczne. Ateńczyk: „Jednej tylko i jedynej tylko ciągnącej nas sile, powiada rozum, zawsze poddawać się trzeba i nigdy się jej nie opierać, opierają się wszystkim innym, a jest to złota i święta nić rozumowego osądu zwanego wspólnym prawem państwowym. Inne szorstkie są i żelazne, a ona jest delikatna, jako że jest złota, gdy tamte do różnorodnych rzeczy przyrównać można. Wspomagać więc trzeba zawsze to najpiękniejsze kierownictwo prawa, bo choć czymś pięknym z pewnością jest osąd rozumu, ale ponieważ pociąga łagodnie i nie używa przemocy, pomocników mieć musi, ażeby dziedzictwo po złotym pokoleniu ludzi zwyciężyło w nas to, co inne co inne pokolenia ludzkie pozostawiły nam w spuściźnie”.¹

Jednak ustroj to coś więcej aniżeli rozważanie kwestii formy panowania czy forma rządów. „Ustroj jest porządkiem, formą, która nadaje społeczeństwu jego charakter. Jest więc specyficznym sposobem życia. Ustroj jest formą życia wspólnego, sposobem życia społeczeństwa i w społeczeństwie, gdyż sposób ten należy w decydującej mierze od dominacji istot ludzkich pewnego rodzaju, widocznego zdominowania społeczeństwa przez ludzi pewnego typu. Ustroj oznacza całość, którą dzisiaj zwykliśmy postrzegać w sposób fragmentaryczny, oznacza zarazem formę życia społeczeństwa [społecznego – T.Ż], styl życia, zmysł moralny, typ społeczeństwa, typ państwa, typ rządu, ducha praw.”²

A zatem, ustroj polityczny to nie tylko organizacja poszczególnych władz – często mówimy o ich konstytucji, lecz nadaje ton życiu wspólnemu. Rozpoczęta w Grecji filozofia polityki znajduje swoją kulminację w typologii ustrojów politycznych. Jednakże wraz z powstaniem wielkich państw –

¹ Platon, *Prawa*, tł. M. Maykowska, Wyd. Alfa, Warszawa 1997, ks. I, s. 44-45.

² L. Straus, *Czym jest filozofia polityki?*, w: *Sokratejskie pytania. Esej wybrane*, wybrał i wstępem poprzedził Paweł Śpiewak. ALETHEIA, Warszawa 1998, s. 85.

„suwerenów” ta klasyfikacja traci stopniowo na znaczeniu. Dyskusja koncentruje się wokół pojęcia suwerenności, a następnie wokół problemu społeczeństwa obywatelskiego.

Z tego zapominania, które przybiera kształty ideologiczne i polityczne, rodzą się konkretne konsekwencje. Wyjąłowana zostaje tkanka społeczna, odarta z doświadczeń wcześniejszych. Demokracja wymaga rozwiązania kwestii nierówności a zarazem nadmierna wolność demokratyczna może przejść w tyranie. Zrównoważenie nierówności jest konieczne – inaczej ustrój najpierw nabiera cech oligarchicznych, a w końcu zamienia się w oligarchię.

Narowy” społeczeństwa demokratycznego, których klasyczny opis Arystoteles zawarł w V księdze *Polityki*, prowadzą wręcz do zmiany ustroju. Tymczasem demoliberalni rzecznicy idei zmiany progresywnej rysują obraz biało-czarny: głównym zadaniem jest stałe poprawianie (rzadko uszlachetnianie) demokracji. Inaczej demokracja stoczy się w tyranie. Uwidacznia to dyskurs publiczny, w którym coraz częściej pojawiają się ciekawe oskarżenia o faszyzm kierowane wobec sceptycznie nastawionych wobec uroków demokracji liberalnej.

Arystoteles ostrzegał, że w politei, którą demokracja liberalna usiłuje imitować (weźmy chociażby podstawowe rozważania Roberta Dahla o poliarchii), musi istnieć równowaga zwłaszcza pomiędzy elementami demokratycznymi a oligarchicznymi. Nawet jeśli ustrój niejako „przechyła się” w stronę oligarchii lub w stronę demokracji, to dynamiczna równowaga jest do utrzymania. Jednakże dzisiaj zagadnienie nierówności w sferze ekonomicznej całkowicie zmienia pejzaż społeczny. Istnieje oczywista oligarchia i to w wymiarze globalnym. Żadna ideologia czy to w postaci żądania równości dla grup lub dóbr nierówno traktowanych (patrz kobiety, mniejszości seksualne, bogactwa naturalne) nie jest w stanie przystąpić faktu ewidentnej nierówności bogactwa. Żaden wytworzony Baconowski idol rynku i to tworzony na konkretne zamówienie przez konkretnego mecenasa, który żeruje na ideologii wolnego rynku, nie jest w stanie przystąpić faktu oligarchizacji zarówno struktur społecznych, jak i instytucji politycznych. Takich złudzeń o prawdziwym charakterze demokracji nie podzielał już Heinrich Heine, czemu dał dosadny wyraz w *Ludwigu Böern*. I rzecz ciekawa, że to zwłaszcza ikonoklasty wolnego rynku najlepiej współpracują z wielkim pieniądzem. Ten swoisty sojusz radykałów politycznych z wielkim biznesem jest zastanawiający.

Doskonale wiemy, że człowiek demokratyczny najbardziej wrażliwy jest na uroki tyranii. Klasyczny opis takiego niebezpieczeństwa dostarcza Alexis de Tocqueville: albo konformizm panujący w społeczeństwie demokratycznym (dzisiaj poprawność polityczna), albo miękki paternalizm władzy państwowej. Co jednak się stanie, jeśli mamy do czynienia w demokracji liberalnej z „nieświętym aliansem” (jak to ujął nieżyjący już Andrzej Walicki) państwa i biznesu? W tym przypadku nie chodzi tylko o kapitał finansowy, ale także koncerny zarządzające mediami tradycyjnymi i tzw. mediami społecznościowymi: pieniądź i informacja w sojuszu z władzą polityczną. Przyznajmy: nie bez tarć wewnętrznych, lecz nie wpływają one na sojusz strategiczny.

I kolejna mądrość odczytywana z tradycji – tym razem chrześcijańskiej - mówi o tym, że ustrój polityczny nie jest celem samym w sobie. Jego istnienie nie jest autoteliczne. Jego przydatność należy rozważyć w stopniu, w jaki urzeczywistnia dobro wspólne. Tę mądrość w warunkach pluralistycznej zasady konfliktu grup interesu, która wspiera instytucje demoliberalne, odłożono do lamusa idei. Wydaje się

tak anachroniczna w społeczeństwie dogłębnie zindywidualizowanym, że rzecznicy demokracji liberalnej nawet nie biorą jej pod uwagę. Jednakże to nie forma ustrojowa jest ważna. Jeśli w praktyce forma ustrojowa odgrywa ważną rolę, to dzieje się tak z racji jej stosunku do dobra publicznego (św. Tomasz z Akwinu).

Lekcja z zapominania, negowania bogactwa tradycji politycznej, jest jednak sroga. Aksjomat bezalternatywności demokracji jako rządów wolności i sprawiedliwości, któremu nadano nieomal sakralny charakter, zamienia się w myślenie stereotypowe. I żadne wysiłki intelektualistów, przedstawicieli nauk społecznych i prawnych wymyślających coraz nowe nośne teorie demokracji (demokracji partycypacyjnej, deliberatywnej, kosmopolitycznej, ekologicznej, większościowej, itd.) nie zmieniają faktu, że ten stereotyp ostatecznie stał się pewnym złogiem myślowym. Można powiedzieć, że te wysiłki, aby absolutyzować demokrację liberalną, wyjałowiły glebę. I oto mamy znamiennej sytuację, w której wyjaśnienia wewnętrznych perturbacji w obrębie demokracji liberalnej (ostatnim zagrożeniem jest populizm) przestają wystarczać. To znaczy, że tzw. zakłócenia systemowe przestają mieć wewnętrzny charakter. Sytuację pogarsza fakt, że każdy, kto stwierdza, iż demokracja liberalna jako rozwiązanie instytucjonalne, forma czy styl życia, jest wątpliwa, etykietowani są w debacie publicznej jako „faszyści”. Czy to nowa odsłona liberalizmu strachu? Jeśli tak, to w jakże odmiennej sytuacji, albowiem i demokracja jako ustrój rodzi coraz więcej znaków zapytania. Ponawiana teza, że jedyną odpowiedzią na kryzys demokracji jest więcej demokracji, znajduje coraz większe wsparcie polityczne w kręgu liberałów. To ich zbliżenie do idei radykalnych byłoby zaskakujące, gdyby nie obrona poprawionej wersji demokracji liberalnej przez lewicowych myślicieli.

Im demokracja jest „cieńsza”, tym zwiększa się rola prawa i rozstrzygnięć proceduralnych. Gdy demokracja liberalna staje wobec poważnych wyzwań, sama reguła „rządów praw”, zamienia się w zasadę rządów poprzez prawo. A zatem, prawo jest punktem wyjścia, aniżeli celem refleksji, aby wyjaśnić prymat prawa w praktykach demoliberalnych. Wynikają z tego bardzo poważne konsekwencje natury ustrojowej. Tym bardziej, że kwestie ustrojowe są systematycznie zawężane do *forma regiminis*. W rezultacie polityka staje się nade wszystko sprawnością techniczną lub jej medialnym pokazem, prezentowanym publiczności politycznej jako rządy skuteczne. A decydującym dowodem na efektywność są rozstrzygnięcia prawne. Inflacji prawa jest mocno sprzężona z hiperlegalizmem i wszystkimi konsekwencjami nadmiaru reguł prawnych w społeczeństwie demokratycznym. Jest pewną prawidłowością, że im bardziej tracimy kontrolę nad tym, co czynimy, a odpowiedzią są różne koncepcje wzmocnienia podmiotowości, tym bardziej wzrasta rola prawa jako normy ustalającej zachowania społeczne. Normy prawne zastępują zwyczaje, determinują zachowania polityczne. Hiperlegalizm w praktykach demoliberalnych wzmaga inflację prawa. Nadużywanie prawa jest ewidentnym znakiem anomii, wynikającej z postępującej fragmentaryzacji życia społecznego.

Aksjomat demokracji jako rządów prawa utrwaliły rozwiązania prawne w postaci reżimu Kelsenowskiego. Prawo w postaci katalogu praw człowieka zyskało prymat nad polityką w państwie. Jeszcze ciekawsze są losy stereotypu, bowiem nawyk myślowy obrósł teoriami, a potem konwencjami językowymi. Moment przełomowy dla powojennej demokracji liberalnej nastąpił, gdy uznano „rządy praw” za aksjomat, wzmocniony rozwiązaniami prawnymi typu kelsenowskiego. Nasze wolności są zagwarantowane przez pojęcie legalności, stanowiące ograniczenie i wyznaczające granicę czystych i prostych zasad demokracji. Tocqueville uważał, że w wewnętrznej logice demokracji wolność zajmuje drugorzędne miejsce (a może

jest nawet obca). Przeciwnego zdania był Hans Kelsen: idea wolności, nie równości, zajmuje naczelne miejsce w światopoglądzie demokratycznym. Reżim kelsenowski, wprowadzony po II w.św. w wyniku kompromitacji prymatu polityki (państwa autorytarne i totalitarne) sprawił, że orzecznictwo konstytucyjne pełni raczej funkcję legislacyjną aniżeli sądowniczą.

Ważniejszy był rodzaj świeckiej wiary w demokrację liberalną, która swoją żarliwością rodowód demokratyczny, liberalny pod względem ustalenia *ratio status*. Wyrazem racjonalności rozwiązań było prawo jako zbiór rozumowych norm konstytuujących reguły życia społecznego oraz instytucji politycznych. Wiara w racjonalność prawa łączyła się z racjonalnością oświeceniową. Jeremy Bentham jest prekursorem tego sposobu myślenia.

Dzieje się jednak coś więcej. Liberałowie ulegli idei postępu. Okazuje się, że zmiana postępuje jednokierunkowo: w stronę demokracji liberalnej. Tak działa prawo postępu. Wiara w postęp nakazuje myśleć prospektywnie, bez oglądania się w tył. Daltonizm czy naiwność? Zapomnienie prowadzi do ślepoty. Nadano niezwykle wysoki status ontologiczny demokracji liberalnej. Powody można mnożyć. Jednak Judith Shklar ma całkowitą rację, kiedy pisze o liberalizmie strachu. Dodajmy, strachu zrozumiałego, jeśli wziąć pod uwagę historię demokracji liberalnej.

W ostatnich dwustu latach trzy razy miał miejsce sojusz liberalizmu z demokracją. Rewolucja francuska nadaje impet demokratyzacji, przywraca nadzieję Wiosna Ludów, aby po II w. św. uwzniośliła je Jesień Ludów.

Najbardziej bolesna lekcja wiąże się z drugą falą demokratyzacji, kiedy po I w. św. Z inicjatywy Woodrow T. Wilsona pojawia się myśl, aby porządek światowy oprzeć na wiodących demokracjach. Jego zamiysł został storpedowany w jego ojczyźnie. Na pocieszenie wziął udział w tworzeniu Chatham House. Rozwój wydarzeń w Europie lat trzydziestych, m.in. pod wpływem Wielkiego Kryzysu gospodarczego, który podważył jeden z aksjomatów liberalnych: wolny rynek, nie był dla postępu demokracji korzystny. W wielu państwach demokracja liberalna nie wytrzymała próby ognia.

A ponieważ atak przypuściły ideologie autorytarne i totalitarne, dzisiaj liberałowie sięgają z upodobaniem do frazeologii wypracowanej jeszcze przez socjalistów przedwojennych. Pamiętajmy, że wiele partii socjalistycznych szukało swojej drogi do ucieleśnienia swojego programu politycznego w warunkach prymatu narodu. Z jednej strony teza Stalina o socjalfaszyzmie, a drugiej strony narodowy socjalizm odebrał socjalistom prawo do socjalizmu narodowego. I tak nade wszystko rodowód socjalistyczny faszyzmu a następnie narodowy socjalizm stanowiły ciężką próbę dla sympatyków socjalizmu. Toteż ich przeciwników okrzyknięto „faszystami”. I dzisiaj ta terminologia jest stosowana do wszelkich przeciwników demokracji socjalnej w wydaniu liberalnym.

Trzecia próba nastąpiła po II w.św. pod mecenatem politycznym świata anglosaskiego. Ten nastrój optymizmu podtrzymała demokratyzacja państwa latynoskich a następnie Jesień Ludów w Europie Środkowo-Wschodniej „Solidarność”. Euforyczne wręcz ożywienie nadziei pokładanych w demokrację liberalną znalazło swój znany ideologiczny wyraz w pracy na zlecenie, którą wykonał Francis Fukuyama.

Zaskakuje fakt, że bolszewizm, faszyzm, nazizm nadają na nowo takie znaczenie polityce. Jest to znacząca odpowiedź na to, co w sferze polityki przyniosła nowoczesność, kształtowana głównie przez idee liberalne. To oznacza, że problem ustroju powraca z nową siłą. Przy tym te ustroje nie są w stanie zdefiniować siebie w sposób rygorystyczny, nie można wpisać ich w dotychczasową klasyfikację. A zatem opisuje się je jako „ustroje totalitarne”

Alain Besançon w *De la difficulté de définir le régime soviétique* stwierdza, że reżim sowiecki z pasją zanegował klasyfikację zarówno Arystotelesa, jak i Monteskiusza. Wszystkie ustroje Arystotelesowskie występują w reżimie sowieckim i żaden go nie definiuje. Besançon analizuje również klasyfikację Monteskiusza tworzącą dystynkcję na rządy reprezentatywne i niereprezentatywne, pokazując sugestywnie, że zarówno najśłynniejsza klasyfikacja starożytnych - jak i ta zaproponowana przez nowożytnych - nie ma już zastosowania. Tęsknota za jednością znajduje tak ponury wyraz w państwie totalnym.³

Wobec takiej sytuacji znalazła się powojenna Europa kontynentalna. Tym razem demokracja miała być konstruowana na przykładzie anglosaskim i implantowana jako antidotum na porywy antyliberalne.

Prymat polityki w państwach totalitarnych przyniósł otrzeźwienie, ale też wyciągnięto logiczny wniosek o znaczeniu prawa w utrzymaniu wolności w warunkach demokracji.. Debata w trakcie Zimnej Wojny usztywniła stanowisko tzw. „świata wolnego” wobec demokracji liberalnej. Ta została utożsamiona z wolnością: wolnym rynkiem, wolnościami obywatelskimi i politycznymi, a następnie z rozbudowaną ofertą socjalną. To odtwarzanie i rekonstruowanie lub wręcz implantowanie (jak w przypadku Niemiec czy Włoch) demokracji pod patronatem USA ugruntowało liberalny konsensus. Wyrażało go przekonanie, że jedynie myśl liberalna tworzy mainstream, wiedzę i opinię naszych czasów dotyczącą właściwego ustroju polityczne. Wszelkie propozycje odmienne traktowane były jako peryferyjne lub wręcz wrogie demokracji liberalnej. Prym oczywiście wiedli myśliciele amerykańscy. Popularność tezy Louisa Hartza o cywilizacji amerykańskiej jako tworu na wskroś liberalnego daje swoisty komentarz do stanu opinii tamtego czasu. Można powiedzieć, że powstał pewien uświęcony aksjomat. Jego niepodważalność utrwalana jest na różne sposoby do dnia dzisiejszego: przeznaczeniem narodu amerykańskiego jest ucieleśniać demokrację jako ideologię. Ta teza Hofstadtera dobrze oddaje wysiłki innych świata zachodniego po II w. św. Demokracja liberalna stała się ideologią.

Świat jawił się jako twór bezalternatywny: cywilizacja albo barbarzyństwo, demokracja chowu liberalnego albo ustrój zwyrodniały. Z bitwy ideologicznej na wyższość ustroju demokracja liberalna stała się zarazem aksjomatem, jak i stereotypem myślowym. Wolny świat został utożsamiony z demokracją liberalną, zaś rządy prawa uznano za najlepsze zabezpieczenie wolności.

3 A.Besançon, *Présent soviétique et passé russe*. Paris: Hachette-Pluriel 1980.

Szkic idei prawa poprzez dzieje

Prawo lenne przyniosło Europie pierwsze świeckie doświadczenie wzajemności uprawnień i obowiązków osób związanych stosunkiem podległości. O ile jednak prawo lenne stało się pustą skorupą, to przyszłość należała do prawa handlowego. Miasta, zwolnione od powinności feudalnych, stworzyły swoje prawo, które stało się źródłem zachodniego konstytucjonalizmu, zwłaszcza w dziedzinie praw i swobód obywatelskich. Z kolei prawo królewskie ułatwiło stworzenie nowej koncepcji monarchii. Feudalni panowie rozciągnęli swoje władztwo nad określonym terytorium. Prawodawcą stawał się każdy zachodni monarcha. Jednocześnie za pewnik uznano, że król rządzi za pośrednictwem prawa. „Koncepcję rządów *poprzez prawa* wspierała rozpowszechniona wiara w *rządy prawa*”.⁴ Był to daleki pogłos wiary w moc ustanowienia dobrego porządku politycznego przez Prawodawcę (Likurg, Solon jako jego archetypy), na straży którego stali Sędziowie (tradycja żydowska). Jedną z miar legalistycznego wymiaru kultury politycznej jest ta, że w warunkach dzisiejszego społeczeństwa demoliberalnego niewielu poważy się podważyć pozycję i status prawnika.

Można pokusić się o bardziej śmiałe stwierdzenie. Ten związek religii i prawa jest daleko mocniejszy. Nie tylko dlatego, że prawo państwowe imitowało rozwiązania prawa kanonicznego. Jeśli tradycyjne symbole społeczeństwa zachodniego wywodzą się przede wszystkim z religii i prawa, to nie może dziwić i oczywista metastaza w warunkach sekularyzacji, kiedy prawu przypisano nieomal magiczną moc sprawczą w dziedzinie polityki a następnie w życiu społecznym. Kilka momentów wydaje się kluczowych w relacjach prawa i polityki wraz z powstaniem państwa suwerennego.

Za sprawą Hobbesa przewaga Lewiatana jest oczywista. Państwo nie może dopuszczać się bezprawia, ponieważ zarządzenie może stać się prawem tylko wtedy, gdy państwo uczyni je treścią nakazu państwowego, a nie przez to, że odpowiada jakiemuś ideałowi sprawiedliwości. *Auctoritas non Veritas facit Legem* (*Lewiatan*, rozdz. 26). Wszyscy w nim w stosunku do suwerena są równi, bez względu na to czy suweren jest jeden jak w monarchii, czy jest zgromadzeniem jak w demokracji (r. 19). Nie istnieje sumienie prywatne, któremu winno się posłuszeństwo większe niż prawu państwowemu. Dla każdego prawo państwowe musi być najwyższym obowiązkiem moralnym.

Pozycja parlamentu płynie nade wszystko z mocy stanowienia praw. Jako władza ustawodawcza ma zasadnicze funkcjonowania państwa liberalnego. Jeśli rozpatrujemy relacje prawa i polityki, nie ma lepszego i bardziej wzniosłego momentu w dziejach nowożytnych, jak tworzenie konstytucji. Ujawnia się wówczas specyficzny status ontologiczny prawa: oczywistego połączenia teorii z praktyką. Urządzenie instytucjonalne państwa jawi się jako konsekwencja tego szczytnego momentu uszlachetnienia prawa: podział władz, administracja i samorząd, miejsce wojska oraz cywilna kontrola nad nim. A następnie w warunkach państwa liberalnego usankcjonowane zostaną partie polityczne.

Problem woli, przekształconej znacząco na potrzeby racji stanu przez Machiavellego, a potem Hobbesa, stanął w centrum historii nowoczesnej filozofii, a następnie w formule woli racjonalnej został wypracowany

4 H.J.Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*. Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 95.

przez Rousseau, Kanta, Hegla. Szczególnie quasi-transcendentne halo wokół woli powszechnej zasługuje na uwagę ze względu na mit ludu – nośnika sprawiedliwości. Wreszcie, ostatecznie sformułowana jako zindywidualizowana wola ludzka, została przeciwstawiona Kościołowi i chrześcijaństwu oraz chrześcijańskiemu sposobowi rozumienia świata. Do tego stopnia, że Nietzsche uczynił z woli podstawowy oręż walki z chrześcijaństwem.⁵

Oddzielenie państwa od społeczeństwa, ten potężny instrument wolności nowoczesnej, jest oparte na tych dwóch aktach woli. Pierwszy z nich zawiera zakaz powszechny (*l'interdiction générale*), który polega na wyrzuceniu wszystkich dóbr ludzkich, „treści życia” poza domenę polityki, czyli w sferę publiczną. Drugi, dotyczy powszechnej autoryzacji, która polega na wytworzeniu dla tych wszystkich dóbr ludzkich, tych wszystkich „treści życia”, przestrzeni wolnej i nienaruszalnej dla tego, co zostanie uznane za „prywatne”.⁶

Ten wątek wolitywny, nabierający impetu w czasach nowożytnych, jest warty krótkiego rozwinięcia. I ma związek z powstaniem wielkich państw. Państwo niesie rzeczywiście i skutecznie suwerenność woli. Wola zbliżyła się do suwerenności przez oddzielenie oraz następstwo dwóch momentów wyróżnionych przez Hobbesa. Struktura tych państw jest definiowana nade wszystko przez rozróżnienie państwa i jego administracji oraz społeczeństwa obywatelskiego. Kompleksowa typologia Greków ustępuje nowemu podziałowi: na państwa z rządem reprezentacyjnym i państwa niewolne, które go nie posiadają. Nadto, przemiany społeczne, wyemancypowanie społeczeństwa z nakazów politycznych i religijnych doprowadza do tego, że polityka traci na znaczeniu. Jej znaczenie zostaje zredukowane, także ze względu na wolności obywatelskie. Wraz z rozwojem myśli liberalnej, narasta przekonanie i poczucie, że polityka jest superstrukturą opresyjną i archaiczną. A zadanie świątelnego obywatela skupia się na tym, aby powstrzymać jej rozwój. Przyszłość nie należy do polityki, lecz do prawa. Prawo jest przecież nade wszystko urzeczywistnianiem sprawiedliwości, zaś *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

Pierwsza odsłona nowej relacji pomiędzy polityką a prawem znajduje wyraz u różnych rzeczników racji stanu, polega na rozdzieleniu polityki i etyki. Z końcem XV w., kiedy wyczerpuje się siłą teologii, a patriarchalna wizja powstania królestwa ludzi nie wystarczała już na gruncie nauki, rozwinęła się polityka jako nauka, która utworzyła pewnego rodzaju tajemną wiedzę dotyczącą *ratio status* (Fritz Wolters), także w znaczeniu tajemnic państwowych.

Schmitt zwraca uwagę na znaczące dzieło Scioppiusa, który w *Paedia politicae* (1613) starannie rozróżnia moralność i politykę. Pierwsza daje *principia* dla tego, co być powinno, polityka przeciwnie – jak sztuka lekarska – wydaje *praecepta*, których podstawę stanowią prawa rzeczywistego bytu. W centrum tej literatury politycznej znajdzie się pojęcie politycznego *arcanum*. Polityczności wyraża się środkami prawnymi. Prawo okazuje się skutecznym narzędziem w arsenale środków blokujących antagonizmy polityczne, ale prawodawca pragnie rozstrzygnąć je ostatecznie na rzecz jedności i spójności społecznej. Jeśli społeczeństwo nowoczesne się różnicuje, to przynajmniej system prawny może być ostoją jednolitości.

5 P.Manent, *Democracy and Christianity: Some Remarks on the Political History of Religion, or on Religious History of Contemporary Politics*, w: *Modern Liberty and Its Discontents*. New York, Rowman & Littlefield 1998.

6 P.Manent, *Cours familiere de la philosophie politique*, Gallimard, Paris 20

To, co się stało w XVI w. to pierwsza odłona tego nowego ułożenia relacji. Miejsce etyki zajmuje prawo, formuły legalistyczne wnikają w życie polityczne oraz obyczaje, w końcu w sposób decydujący zaczynają kształtować „skłonności serca”, choć przedstawiciele szkockiego oświecenia podjęli się próby obrony pozycję filozofii moralnej jako namysłu nad polityką. Druga odłona to rozdział prawa i etyki. Staje się tak, kiedy po rozdzieleniu państwa i społeczeństwa obywatelskiego prawo zaczyna w sposób decydujący określać problem ustroju, na przemian wzbogacając i nicując tkankę obywatelską. Można mówić o podobnym stopniu radykalizmu pod względem rozdziału prawa i władzy u Locke'a i Rousseau.

W państwie suwerennym następuje rozbrat prawa i sprawiedliwości, albowiem problem sprawiedliwości to sprawa prywatna, natomiast państwo zajmuje się bezpieczeństwem publicznym, w tym względzie znakomitym gwarantem jest prawo. Literatura poświęcona arkanom uznaje za oczywiste, że prawa publicznego nie sposób traktować tak samo jak prawa prywatnego. Jak można stosować względy rządzące w prawie prywatnym *aequitas* i *justitia* do prawa publicznego, gdzie rządzi *salus publica*? Rozstrzyga wówczas przecież *vis dominationis* (sojusze, żołnierze, pieniądze), a nie *aequitas*. Aby osiągnąć określony stan rzeczy rozróżnienie na prawo i bezprawie staje się bezużyteczną formalnością.⁷ Tym bardziej, że jak pokazuje Reinhart Kosseleck w *Kritik und Krise*, dzięki pierwszym liberałom społeczeństwo obywatelskie poprzedza państwo. I jego instytucjom zostaje przypisana moralna wyższość. Państwo już nie może odwołać się do moralnego autorytetu przy sprawowaniu władzy, to społeczeństwu jako całości przypisane jest moralna świadomość jako bytu na wskroś politycznego. Dyskurs publiczny kształtuje motyw nieprawomocności państwa. Uprawomocnienie funkcji państwowych przypada prawu.

Zmiana jest daleko poważniejsza aniżeli praktyka polityczna. Pojawia się nowy światobraz „nowożytników”. Leo Strauss zauważył, że problematyka sporu Locke'a z Hobbesem wyraża podstawowy dylemat współczesnej filozofii politycznej: czy „nieteleologicznej koncepcji uniwersum towarzyszy „nieteleologiczna koncepcja natury człowieka, czy też może zadawała nas „typowo nowoczesny dualizm nieteleologicznych nauk przyrodniczych i teleologicznej nauki o człowieku”?⁸

Czy rzeczywiście prawo jest kierowane jako norma do człowieka jako podmiotu moralnego? W pozytywizmie prawniczym już tak nie jest. Pozytywistycznie zorientowany prawnik uznaje za fakt społeczny brak moralności publicznej. To swoiste wyjąłowanie warstwy etycznej w dużej mierze wynika z rugowania zasad chrześcijańskich z życia społecznego. Zamiast praw moralnych, a więc i obyczajów, prawo stanowione. Prawo stanowione to wyraz czystej woli prawodawców. Prawo sądowe jest efektem rozumowania prawniczego. Staje się oczywiste, że prawo zaprzęga w swoją służbę dwie władze ludzkie: rozum i i wolę. Wraz z narastającym przekonaniem o anarchizacji życia społecznego, okaże się jedną z tych sił racjonalności, które bronią przed entropią. A i bronią obywatela przed nim samym.

W konsekwencji sfera publiczna ogołaczana z etyki zbiorowej stała się areną zupełnie innych sił. Warto rozważyć rolę mass mediów w tym fenomenie życia człowieka nowoczesnego. Odpowiedzią na to jest niewątpliwie uwydatnienie, a w końcu nieproporcjonalnie duży nacisk na prawa człowieka. To, co uznane zostało za rdzeń społeczeństwa obywatelskiego i miało charakter polityczny, nabrało czysto

7 Schmitt, *Dyktatura*, s. 39.

8 L.Strauss, *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago 1953, s. 8.

legalistycznego znaczenia. Prawnicy uznali siebie w tym względzie za *custodes libertatis* w obronie praw obywatelskich i politycznych. I wreszcie, trzeba choćby wskazać pochodne zjawisko w stosunku do odzierania społeczeństwa obywatelskiego z nimbu siły broniącej praw i swobód.

Jeśli jedną z władz ludzkich jest wola, to warto rozważyć rozmiary i skutki woli prawniczej, zwłaszcza jeśli wola polityczna stopniowo traci swojego sprzymierzeńca, czyli monarchę. Problem w tym, że wtajemniczeni w jurysprudencję ulegają fascynacji władzą, nie jako konsyliarze, tylko jej autorzy. Maksymę Hobbesa należy zmienić: *lex facit auctoritatem*. Prawnik okazuje się rzecznikiem społeczeństwa obywatelskiego. A nawet, jak jest w jednej z koncepcji reprezentacji politycznej, może być wręcz jego powiernikiem. Jest tylko jeden problem: prawnik jako siła dominująca w życiu politycznym nie jest odporny *appetitus dominandi*, opisany tak mistrzowsko przez św. Augustyna. Ma to swoje konsekwencje prawne i społeczne. "The commands which God has revealed we must gather from the terms wherein they are promulg[ate]d. The command which he has not revealed, we must construe by the principle of utility".⁹

Prawo nie wynika z tradycji życia społecznego wspólnot a jurysprudencja nie jest po prostu częścią filozofii moralnej lub wręcz teorii politycznej, jest "imperium oriented", staje się główną siłą władającą państwem przez *jus imperii*. Miał pytać o to, jak dobrze rządzić państwem, kiedy rząd jest prawomocny, odpowiada, że moc państwa płynie z dobrze ułożonego prawa. Miał pytać dlaczego obywatel ma być posłuszny prawu, stwierdza, że akt prawny jest rozkazem. A zatem i język prawa jest zarazem władczy i performatywny.

Tak w łonie społeczeństwa obywatelskiego pojawia się elita o pewnym stopniu wtajemniczenia, gdyż prawo to pewna szczególna wiedza, która w postaci reguł spływa z góry na dół, ucząc moresu wobec ładu politycznego. Historycy prawa odnotowują, że pozytywizm prawniczy odpowiedział na określony stan rzeczy – centralizację władzy państwowej. Dobrze jednak uwydatnić ten moment myślenia o prawie jako element samoautoryzacji stanu prawniczego.

Jeśli wskażemy na rolę technik rządzenia, które nazwano w XVI wieku arkanami władzy, staje się oczywistością, że prawa publicznego nie można traktować tak samo, jak prawa prywatnego. Jak można względy rządzące prawem prywatnym *aequitas* i *justitia* odnieść do prawa publicznego, gdzie rządzi *salus publica*? I tak zaczyna rozstrzygać *vis dominationis* (sojusze, żołnierze, pieniądze) a nie *aequitas*.¹⁰ Koło się zamyka.

Konstytucja

Gdy znaczenie obyczajów dla ładu politycznego zostało poddane sztuce podejrzeń, pozostała prawo jako norma życia. Najpotężniejszym orężem prawnym nowoczesności staje się konstytucja. Hierarchia norm prawnych niesie oczywisty porządek. Konstytucja porządkuje świat polityczny. *Plenitudo potestatis*

⁹ J. Austin, wykład IV, w: *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, [1873], R. Campbell (ed.), J. Murray, London 1911, t. 1, s. 165.

¹⁰ C. Schmitt, *Dyktatura*, s. 39

to władza (*Macht*) wznosząca się ponad zwykłe, ukonstytuowane władze (*Gewalt*) obejmująca władzę konstytuującą, która działa nie inaczej niż omnipotentna *pouvoir constituant* w nowożytnym państwie. Co więcej, konstytucja może powstać w wyniku namysłu reprezentantów narodu albo może zostać napisana przez prawników (tak unormowane zostało powstanie V Republiki francuskiej). Norma konstytucyjna tworzy swoistą ontologię prawa.

Konstytucja (zwłaszcza pisana) stawia nas w sytuacji paradoksalnego poznawczo uspokojenia.. Stanowi w naszym kręgu cywilizacyjnym jeden z najważniejszych prób połączenia teorii i praktyki prawno-politycznej. I jako takie nadaje wyraźny kształt długiemu marzeniu intelektualistów i reformatorów społecznych, aby teoria i praktyka stały się jednym. Myślenie, mowa i działanie znajdują swój cel w ustanowieniu takiego porządku ustrojowego, który łączy mechanizmy socjopolityczne (Arystotelesowski *chrozogion*) z prawem jako normą. A przy tym wyzwania natury socjopolitycznej ustanawiają ontyczną warstwę konstytucji.

Istotą prawa jest porządkowanie. Jej pełną aktualizacją jest konstytucja. I to w koncepcji prawnej, którą przygotował Hans Kelsen w postaci *Grundnorm*. Z tyłu cała maszyna władzy sądowej oraz machina sądownicza, która broni reżimu typu Kelsenowskiego, który określa funkcjonowanie europejskich demokracji liberalnych. Jeśli społeczeństwo demokratyczne cechuje skłonność do anarchizacji, to prawo jest panaceum. Porządek prawny zabezpiecza w sposób decydujący demokrację liberalną. jako panaceum na chaos; stąd bierze się idea porządku prawnego. Za sprawą Kelsena to prawo tworzy państwo, a nie odwrotnie. W tle jest stały strach przed tyranią.

Tyle tylko, że jak stwierdza Wacław Makowski w *Nowej Polsce w nowej Europie* 1930): „Prawo ustrojowe podobne jest do brzegów rzeki, pomiędzy ich zrębami toczy się rozwój naturalny życia społecznego, którego zasady i prawa tylko częściowo i niedokładnie są przez nas poznane, któremu zatem musimy postawić możliwość samodzielnego dokonywania się. Jeżeli brzegi są niskie i nietrwałe, rzeka życia publicznego rozleje się w bagnisko, jeżeli brzegi są zbyt ciasne i wysokie – prąd rzeki tworzyć będzie wiry i wodospady, a wreszcie zrywać brzegi i płynąć w niewiadome. Brzegi powinny być dostosowane do siły prądu, naporu wód, warunków gruntu itp., wtedy rzeka płynie spokojnie. Normy ustrojowe powinny dawać rozwojowi życia społecznego możliwość odbywania się w sposób naturalny, bez zmuszania do skoków ani do zastoju.”¹¹

Prawo powstaje w wyniku obserwacji życia społecznego albo w wyniku woli prawniczej. Z normatywnego punktu widzenia decyzja zapisana w prawie rodzi się z niczego. „Rozum polityczny powinien budować swoje konstrukcje po dokładnej obserwacji życia i ujawniających się w nim tendencji [...]”, kontynuuje Makowski. O dziwo wpiera go w tej koncepcji prawa Stanisław Niedziałkowski: „Ustroje prawno-państwowe nie powstają z wysiłku świadomej woli ludzkiej” (*Teoria i praktyka socjalizmu wobec niektórych zagadnień*, 1926).¹² Tyle tylko, że rozum polityczny może napotkać nieprzezwyciężalną przeszkodę w woli prawniczej. Prawo, w tym nade wszystko ustrojowe, może bowiem powstać w wyniku aktu wolitywnego,

11 W. Makowski, *Nowa Polska w nowej Europie*, Droga 1929, nr 11 [potem Warszawa 1930], w: *O państwie społecznym*, wybór, opr., wstęp W.T. Kulesza. Wyd. Sejmowe, Warszawa 1996, s. 136.

12 w: M. Niedziałkowski, *O demokracji i parlamentarzmie*, wybór i opr. Michał Śliwa, Wyd. Sejmowe. Warszawa 1996, s. 45.

który jest daleką recepcją nominalistycznej koncepcji Williama Ockhama, w której Bóg jest Wszechmocny do tego stopnia, że w wyniku swojej woli może zmieniać nawet prawa rządzące *universum*.

Warto, patrząc na historię konstytucji demoliberalnych, postawić pytanie za polskimi prawnikami: jest konstytucja aktem woli prawniczo-politycznej czy też jej imitacją? I pytanie to ze wszech miar stosowne jest przy rozpatrywaniu Konstytucji III RP.

Napisano konstytucję polską podobną do bardzo wielu stereotypowych konstytucji liberalno-demokratycznych, zaczerpnięto trochę z dawniejszych wzorów francuskich, ubocznie wyraził się wpływ konstytucji weimarskiej i niemieckiej już koncepcji przedstawicielstwa interesów w projekcie postów socjalistycznych stworzenia Izby Pracy [...] uczyniono niepojęty ukłon w stronę strupiejącej rutyny prawniczej, sankcjonując do czasu (jak się okazało nieograniczonego) sprzeczne z konstytucją ustawy zaborcze, słowem, dano wyraz supremacji martwej formuły szkolnego prawa nad żywą treścią doświadczenia społecznego." Czy słowa z przywoływanego tekstu Makowskiego nam czegoś nie przypominają?

Oczywiście bylibyśmy niesprawiedliwi, gdyby abstrahować od kontekstu politycznego połowy lat dziewięćdziesiątych. Uzasadnione jest pytanie czy w takiej atmosferze politycznej oraz stanie kultury politycznej i prawnej było możliwe inne rozwiązanie. To temat na oddzielny artykuł. Tym bardziej, że aby dążyć do specyficznego, całościowego celu, społeczeństwo musi być zorganizowane, uporządkowane, skonstruowane, ukonstytuowane w sposób z nim zgodny. To zaś oznacza, że obdarzone autorytetem istoty ludzkie muszą przypominać ten cel (Strauss). Co więcej, rozważanie typów państwa nie może się obyć bez rozpatrzenia związku pomiędzy typami charakteru a ustrojami: demokracja liberalna a człowiek demokratyczny. Życie np. w ustroju demokratycznym i w oligarchicznym ma różny charakter w wielu aspektach. Mówimy o świecie życia, nie tylko o życiu politycznym.

Niemniej jednak zabiegi imitacyjne pozbawiają akt woli politycznej, jakim jest pisanie i kontrolowanie zapisów konstytucji, tego nośnego poczucia omnipotencji, stwarzania od nowa. Aksjomaty płynące z tradycji liberalnej stają się stereotypami, ustrój jawi się jako demokracja peryferiów. Powielanie jako zabieg ustrojodawczy jest wątpliwe pod wieloma względami i w rezultacie przypomina twór z powieści Marii Shelley.

Liberalizm a demokracja

Wraz z wtapianiem się instytucji demokratycznych w praktyki liberalne pojawiły się trzy podstawowe pęknięcia socjopolityczne. Demokraci musieli się rozstać z koncepcją harmonii społecznej, uznając konflikt za cechę wspólnoty politycznej. Być może w takiej sytuacji nie należy już mówić o wspólnocie, niesie bowiem jedności. Pojawia się termin społeczeństwo, który lepiej odzwierciedla rozliczne interesy rozdzierające tkankę społeczną. W *Ernst und Falk* (1778) Gotthold Ephraim Lessing zauważa, że istnieją trzy podstawowe przyczyny starć i podziałów: różnice religijne, różnice klasowe oraz narodowe.

Życie społeczne okazuje się bardziej skomplikowane. A zatem następuje pożegnanie z podstawowym celem polityki, jakim było zapewnienie jedności i jednolitości. W obliczu złożoności nowoczesnego społeczeństwa nie tylko zostanie uznane takie dążenie za przejaw braku realizmu, ale też i myślenie teleologiczne stanie pod znakiem zapytania. Znakiem czasu jest formuła złożoności. Teoria pluralizmu została tym bardziej uwydatniona, że była także odpowiedzią na ujednoczenie i Glechsaltung systemu totalitarnego. A w warunkach współczesnej demokracji liberalnej pod naporem egalitaryzmu przybrała ideologicznie zorientowany postulat różnorodności. Jest ona maksymą wyrażającą odkrytą przez postmodernistów polityką różnicy, ale przecież ma wsparcie w egzekwowanych prawach mniejszości pod dyktando nakazu odnalezienia tożsamości w spluralizowanym społeczeństwie demokratycznym.

Te podziały są ewidentnym znakiem fragmentaryzacji społecznej. Odpowiedzią na to były różne koncepcje reprezentacji politycznej (wysłannika z instrukcją poselską, przedstawiciela, powiernika). I tak szczerzy demokracji pod wpływem perswazji liberalnej zrezygnowali z koncepcji suwerenności ludu na rzecz teorii reprezentacji. (trzeba tutaj dodać partie polityczne jako pośrednika). W dzisiejszych warunkach pod wpływem idei egalitaryzmu wiele grup społecznych i zawodowych rozpoczęło samo autoryzację w przekonaniu, że w dobie mediów masowych a zwłaszcza tzw. mediów społecznościowych komunikacja bezpośrednia pozwala skutecznie realizować ideę reprezentacji na podstawie reguły tożsamości.

Należy jednak pierwiej powiedzieć kilka słów o etiologii pęknięć socjopolitycznych w warunkach demokracji liberalnej. A teoretycznie sankcjonuje ją, a czasami wręcz sakralizuje, teoria pluralizmu. Sekularyzacja wyprowadziła świętość z porządku politycznego, czyniąc z polityki konflikt interesów oraz pokojową współegzystencję opinii. To jest zresztą sytuacja, kiedy ludzka natura ogołocoła z świętości porządku politycznego zwróciła się w formie rebelii w stronę perwersyjnej świętości totalitaryzmu.

Uwaga Platona, że demokracja najłatwiej przechodzi w tyranie pozostaje ciągle ważką, nawet współcześnie. Badanie braku odporności demokracji na tyranie jest oczywiste od czasów greckich (por. słowa Kanta w rozważaniach na temat wiecznego pokoju: „Wśród trzech form państwa demokracja jest we właściwym rozumieniu tego słowa z konieczności despotyzmem [...]; despotyzm zaś jest samowolnym wykonywaniem przez państwo praw, które ktoś sam ustanowił, i stąd też wolą publiczną w tym stopniu, w jakim jest przez regenta stosowana jako jego wola prywatna.”). Badanie słabości demokracji liberalnej wobec pokus tyranii nowego wzoru jest równie ciekawe. Pod warunkiem, że zarówno demokraci, jak i liberałowie wezmą na siebie także ciężar odpowiedzialności za tę postępującą tranzycję.

Związek pomiędzy sposobem pojmowania demokracji a liberalizmem jest daleko ściślejszy niż nam się wydaje. Jest jednak i odstęp liberalna w tych dziejach zwrotu ku demokracji. Spoiwem niewątpliwie było pojęcie wolności. Wydaje się, że ten problem powinien interesować nade wszystko teoretyków polityki, aby spełnić dawne marzenie połączenia teorii i praktyki lub ideału (normy) z rzeczywistością politycznego świata życia a na poziomie logicznym: „definicji nominalnej” z „definicją realną”, co postulował już Arystoteles. Może w planie poszukiwanie sił czy instytucji zapewniających porządek (systemową stabilność) wobec groźby chaosu ten związek praktyki politycznej i teorii daje się bardziej przekonująco wyjaśnić. Nic bardziej mylnego.

Mariaż demokracji i liberalizmu nie był łatwy od samego początku. Rzeczy są znane. Uwagi na ten temat Giovanni Sartoriego w *Teorii demokracji* nic nie straciły na aktualności. Starcie idei jest równie ważne w opisanu kryzysu dzisiejszych demokracji przedstawicielskich, jak kontekst socjopolityczny. Wolność polityczna zakłada aktywność – partycypację w sprawach społeczności. Wolność polityczna to *wolność wyboru*. Wolność liberalna – poszukiwanie reguł, które ograniczyły władzę (związek pomiędzy wolnością polityczną a wolnością prawną). Podstawowa trudność w demokracji liberalnej to ułożenie relacji pomiędzy równością a wolnością. Warto jednak dodać, że pewne wolności nie są jednak szczególnie ważne dla demokracji, a liberalizm zaś nie jest wrażliwy na pewne nierówności. De Ruggiero wyraża myśl, że równość okazuje się powiązana z dążeniami horyzontalnymi, zaś wolność łączy się z pędem w górę. Demokracja troszczy się społeczną spójność i równość podziału, pragnie łączyć i harmonizować, małe zrozumienie dla „pluralizmu”. Liberalizm: szanuje spontaniczność i wybitność, wolność jest apodyktyczna i kłopotliwa. Podstawowa jednak różnica jest taka, że liberalizm opiera się na jednostce, zaś demokracja na społeczeństwie. Z liberalizmem związana jest troska o więzy polityczne, inicjatywę indywidualną oraz formę państwa. Natomiast demokraci koncentrują się na opiece społecznej, równości i społecznej spójności.¹³

Jednakże podstawowa trudność wiąże się z pojmowaniem demokracji. W pierwszym znaczeniu (naczelnym) demokracja społeczna wskazuje na *ethos*, na sposób życia, oraz na stosunki międzyludzkie, jest pozapolitycznym fundamentem politycznej demokracji. W drugim znaczeniu oznacza nie tyle stan społeczeństwa, co sposób rządzenia nim. Polityka ma odgórnie stworzyć warunki, które, wedle oceny autorów tej polityki, doprowadzą do powstania demokratycznego społeczeństwa. W pierwszym znaczeniu jest antecedenssem wszelkiej polityki, w drugim jej skutkiem.

Wbrew pozorom nie jest to tylko kwestia tylko z zakresu logiki czy języka. Prawo bowiem można uznać za sposób połączenia „definicji nominalnej” z „definicją realną”. Ważniejsze jest głębokie przeświadczenie, że stanowi podstawowy instrument łączenia teorii i praktyki, a nawet połączenia ideału (normy) z rzeczywistością politycznego świata życia. A nadto zapewnia systemową stabilność wobec żywiołu sił społecznych. Mówiąc wprost, jest gwarantem porządku politycznego, choćby z racji architektoniki jurysprudenckiej: hierarchii norm prawnych, ustalonego i uporządkowanego katalogu praw, arkanów jej uprawiania. Władza sądownicza jest jako podstawowa zdolność rozumu – wydawania sądu o stanie rzeczy – leży u źródeł autorytetu prawa i władzy sądowniczej. Zanim znalazła swój wyraz w „czystej nauce prawa”, prawnicy wyrazili swoje aspiracje w pewnej normie szczególnego rodzaju – konstytucji. Oczywiście niezbędny był pewien fundament polityczny w postaci państwa.

Nie pora, aby opisywać tutaj dzieje konstytucjonalizmu. Jednak warto wskazać moment przelomowy, kiedy Tomasz Hobbesa regułą *Auctoritas non Veritas facit Legem* oznajmił, że to państwo tworzy prawo, odwołując się w sposób oczywisty do teorii suwerenności Jean Bodina. *Jura Imperii* to rozmaite prawa suwerenne, które od czasów Bodina wymieniano jako właściwość *summum imperium* – w szczególności prawo wydawania ustaw. To one fundują status ontyczny państwa: zapewniają ład i porządek, a więc bezpieczeństwo. Jednak w nagłej potrzebie lub w interesie egzystencji państwa, spokoju publicznego i bezpieczeństwa (*tranquillitas, pax et quies*) jego posiadacz może odstąpić od *jus generale* w postaci

13 G. Sartori, *Teoria demokracji*, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 473.

„praw specjalnych”, które stoją w przeciwieństwie do normalnego prawa suwerenności.¹⁴ A zatem, kto w imieniu państwa tworzy katalog praw podstawowych, kto jest władny je podważyć w sytuacji zagrożenia wewnętrznego?

Oczywisty problem pojawi się wraz z wykształceniem instytucji reprezentacji politycznej. Prawnicy zachować mogą swój status pod warunkiem, że staną się członkami ciała ustawodawczego. Początki państwa liberalnego sankcjonuje przekonanie, że pośród władz, pierwsza jest władza stanowienia prawa. Liberalny konstytucjonalizm pozwala zachować przewagi obu rozwiązań: prawa rzymskiego oraz anglosaskie rządy prawa. Trzeciego rozwiązania problemu wolności dostarcza liberalizm: metoda instytucjonalnego zagwarantowania równowagi pomiędzy rządami ludzi i rządami prawa ((konstytucyjne gwarancje – USA, *Rechtstatt*).

Liberalny konstytucjonalizm pozwala zachować przewagi obu rozwiązań: rządy ustawodawców muszą dopełnić metody stanowienia prawa - spełnić surowe *iter legis*; ograniczenie zakresu stanowionego prawa (w zgodzie z prawem wyższego rzędu – fundamentalnych praw, zabezpieczających wolności jednostki). W tej sytuacji legislatura ma funkcję dopełniającą (w ramach rządów prawa); miała zintegrować, a nie zastąpić proces odnajdywania prawa przez sędziów.¹⁵ Idea wolności nie wynika z pojęcia władzy ludu, ale z izokracji – pojęcia równej władzy. To zaś oznacza, że legislatura jest ograniczona w swobodzie stanowienia prawa, gdyż istnieją prawa wyższego rzędu (fundamentalnych praw, zabezpieczających wolności jednostki). To sedno prawnej doktryny liberalnej, które znajdziemy w traktacie Roberta von Mohla.¹⁶

To społeczeństwu obywatelskiemu a nie państwu przypisywana jest przez myśl liberalną „wartość” etyczna. Nadchodzi czas, kiedy wraz z postępowaniem demokracji społeczeństwo obywatelskie - nośnik cnót - zostaje wzbogacone mitem ludu mającego instynkt sprawiedliwości. Lud miał być z natury cnotliwy. Trudno rozstrzygnąć, który z myślicieli jest bardziej zasłużony w przypisaniu ludowi funkcji kontrolnych wobec stanowienia prawa: Rousseau czy Jeremy Bentham. Uszlachetnienie demokracji za sprawą ludu może więc mieć odcień republikański albo znacząco zmienić treść liberalnego chowu utylitaryzmu.

W absolutyzmie król mógł zdecydować, gdy określony stan rzeczy ma miejsce, czy taka sytuacja decyzji osobistej jest niezbędną. W opozycyjnej teorii państwa „lud” staje się instancją rozstrzygającą co do istoty prawa i interesu publicznego. To lud rozstrzyga o treści prawa. Tak oto wyrasta nowy burzyciel ładu politycznego – „lud”. Pierwej prawo umocowało jego ważność dla porządku politycznego („lud” zanim stał się realną siłą polityczną, był przecież fikcją prawną ograniczającą *potestas solutus*). Jeśli wymagała tego sytuacja w monarchii absolutnej król mógł zdecydować czy decyzja osobista jest niezbędną. Opozycyjna teoria państwa zaprzeczała powadze takiej decyzji indywidualnej, uznając „lud” za instancję rozstrzygającą co do istoty prawa i interesu publicznego. To lud rozstrzyga o treści prawa. Jednak w pełnym wrzawy, wręcz zgiełku, i konfliktów życiu społeczeństwa demokratycznego prawo cywilne temperuje narowy ludu. W sferze politycznej, gdzie pojawia się tak dużo podmiotów gry politycznej, w wypełnianiu misji zapewnienia ładu, optymalna okazała się pozycja arbitra.

14 C.Schmitt, *Dyktatura*, tł. Kinga Wudarska, Fundacja im. hr. Augusta Cieszkowskiego, Warszawa 2016, s. 36.

15 G.Sartori, *Teoria demokracji*, op.cit., s. 365.

16 R.Mohl, von, *Encyklopedia umiejętności politycznych*, Liber, Warszawa 2003, s. 45.

Zanegowanie idei suwerenności ludu oznacza, że ktoś inny jest autorem treści prawa. W praktyce demoliberalnej przekłada się na wątpliwości względem prawomocności idei reprezentacji politycznej. Przy trójpodziale władzy to władza sądownicza (ale też władza sądowa), przejmuje na siebie ciężar zachowania porządku publicznego, a więc utrzymywania efektywności państwa. To zaś oznacza, że rządzenie staje się kwestią coraz bardziej techniczną, a na straży tak pojętej praworządności stoją władza sądowa, prawnicy, policja. Już nie „lud” rozstrzyga o istocie prawa i interesu publicznego. Rządzenie z racji wymogu posiadania specjalistycznych arkanów władania staje się zadaniem elit.

Prawo musiało stawić czoło impetowi równości, czyli rewolucji demokratycznej. Jej heroldem jest Baruch Spinoza. To on jest tym filozofem, który jak nikt inny, dokonał fuzji metafizycznego planu z całkowicie zeświecczonymi wartościami moralnymi, kulturą jednostkowej wolności, polityki demokratycznej oraz wolności myśli i prasy.¹⁷ Egalitaryzm mógł także uderzyć w elitarną korporację prawników, a zasada suwerenności ludu zarówno w prawo stanowione – wyraz czystej woli prawodawców, jak i w prawo sądowe – efekt rozumowania prawniczego.

Ustrój polityczny przekształca w znamienny sposób wszystkie aspekty życia lub ma konsekwencje dla wszystkich aspektów życia. Jest swoistym paradoksem, że Jan Jakub Rousseau ze swoją maksymą „Wszystko jest polityką”, głosząc pochwałę cnót ludu i wykazując przewagi woli powszechnej, doprowadził do zwiększenia roli prawa. Uznał, że podstawowy problem polityki, „zagadnienie kwadratury koła” należy rozwiązać przez umieszczenie praw nad człowiekiem. Lud jest strażnikiem i sędzią Prawa, nie zaś autorem i manipulatorem prawa. Prawa ludu są substancjalne, to znaczy są prawami ze względu na swoją treść i cieszą się równą trwałością, jak prawa wywiedzione z teorii praw naturalnych. Jak można głosić ich substancjalność bez transcendentnych podstaw? Wola powszechna stała się wygodnym ich substytutem (Sartori). Jeszcze ciekawszy jest status ontyczny, jaki nadaje osobie Prawodawcy. Jego koncepcja Prawodawcy, którą ożywia fascynacja historią klasyczną (ucieleśnioną w osobach Solona czy Likurga), ewidentnie ustala przewagę prawa nad polityką. Zapowiada sytuację, w której prawo wnika w tkankę społeczeństwa demokratycznego, jego zwyczaje i obyczaje, a nawet język.

Jeden z podstawowych skutków działania demokracji wyraża się w postaci wszechobecności prawa. Alexis de Tocqueville zapisuje obserwację, która dotyka każdej demokracji liberalnej: „niemal wszystkie kwestie polityczne pojawiające się w Stanach Zjednoczonych są wcześniej czy później przekładane na kwestie sądowe”. Nie tylko sądy i ławy przysięgłych są sceną podejmowania decyzji społecznych, lecz również lud „w swoich codziennych sporach przejmuje idee, a nawet język postępowania sądowego [...]. Język prawa staje się zatem, w pewnym stopniu, ludowym językiem”. Egalitarne i demokratyczne wartości leżą u podstaw zastępowania polityki przez prawo. To nie jest obserwacja odnosząca się tylko do republiki amerykańskiej. „Przyznaję, że w Ameryce dostrzegłem coś więcej niż Amerykę, ponieważ dopatrywałem się w niej wizerunku demokracji jako takiej, jej skłonności, jej charakteru, jej przesądów i jej namiętności, czego się obawiać, i czego spodziewać.”¹⁸

Louis Blanc, jeden z najbardziej żarliwych apologetów demokracji, wywodził, że nadejdzie moment, kiedy stanie się ona nową odmianą wiarą podzielaną przez lud. A zatem dobrze byłoby, aby wybory do ciał

17 J. Israel, *A Revolution of Mind. Radical Enlightenment and the Intellectual*. Princeton, Princeton University Press 2010, 241, 49-50.

18 A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tł. M. Janowska i M. Król, Znak, Kraków 1996, t. 1, s. 36.

demokratycznych odbywały się w niedzielę. Tak miało się zostać utrwalone święto demokracji, które zastąpi chrześcijaństwo. Wysiłki sakralizowania demokracji (ma być świętem laickim) są znakiem toczącej się rewolucji demokratycznej. Stanowią dobrą lekcję jak można *sacrum* wprząc w jarzmo ideologii, a następnie polityki. Czym bowiem jest mocna teza o bezalternatywności demokracji, nad której utrwaleniem trzują się kolejne pokolenia polityków i badaczy?

Skutek jest oczywisty: wbrew niestęchaniu bogatej tradycji politycznej Europy dokonano przeobróżenia demokracji. I duża w tym zasługa liberałów, a nie samych demokratów. Demokraci, radykałowie polityczni od wieku XVII do XIX, niewątpliwie dokonali decydującej metastazy. W konsekwencji święto demokracji było ukoronowaniem zabiegów, aby Najwyższa Istota, bóg rozumu dokonał swojej pracy zmiecenia monarchii. To przestanie rewolucjonistów francuskich ożywiało nadzieje demokratów w warunkach nowoczesności. O ile ten żar rewolucyjny jest stanem duszy radykała, to dług intelektualny zaciągnięto u Barucha Spinozy i osiemnastowiecznych myślicieli. W rezultacie hasło *vox populi, vox dei* ubrano w odpowiednią materię polityczną. Lud, kategoria nad wyraz abstrakcyjna, stał się realnym ciałem politycznym.

Wobec narowów ludu jako suwerena liberałowie wykoncypowali – jak wiadomo szczególnie w europejskiej kulturze politycznej – wiele blokad i barier. Przynależą do nich cała skomplikowana i często bardzo finezyjna koncepcja i praktyka „rządów prawa”. Okazało się przy tym, że jurysprudencja ma swoje arkana, niedostępne laikom. Skoro coraz bardziej i laickie staje się społeczeństwo obywatelskie, odpowiedzialność za bezpieczeństwo ustroju wskazuje na elitarny charakter prawa. Skoro sprawność ludzka nazywana władzą wydawania sądów, wymaga roztropności, to po trochu tajemniczym arkanem jest prawo (i nie chodzi tylko o tajemnicę adwokacką). Decyzja zwana przez scholastyków *consilium* jest nie tylko dowodem jurysprudencji, ale nabiera wobec zagrożeń systemowych. I nie chodzi tutaj o swoje *decorum*, jakie towarzyszą decyzjom sądu (jakże łatwo wyzbył się ich świat polityków). Chodzi także o ich powagę i wagę dla współczesnej demokracji liberalnej. Wystarczyłaby krótka fenomenologiczna analiza decyzji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Im większe problemy strukturalne ma demokracja liberalna, co jest także dowodem bezsilności działań politycznych *sensu stricto*, tym większa waga rozstrzygnięć prawnych. Od tego momentu krótka chwila do laickich zabiegów uświęcania prawa jako namysłu wyższej natury.

Skoro prawo wynika z sumy doświadczeń oraz jest wynikiem pracy rozumu, to uchodzi za podstawowy wyraz „rozumu publicznego”. Tworzenie sieci prawa, przez którą nie przedrze się nieracjonalność, jest, rzecz można, immanentną cechą prawa. Prawo ma za zadanie obniżyć temperaturę sporów politycznych, uspokaja uczestników gry politycznej dzięki wyrafinowanym rozwiązaniom instytucjonalnym. Jego sieć jak pajęczyna oblepia potencjalnych przeciwników, unieruchamiając czy też osłabiając zachowania pozasystemowe. Rządy prawa uznane są *a priori* za barierę wobec tyranii lub poruszeń ludowym (np. populistycznym). Jeszcze lepiej penetrują tkankę społeczną w innych dziedzinach prawa – zwłaszcza cywilnego. Prawna obrona praw człowieka i obywatela tworzy mechanizm samonapędzający się, a na dodatek uszlachetniony wypełnianiem misji ogólnoludzkiej. Jeśli poszlibyśmy za sugestiami porządkującymi metodycznie rodzaje prawa, ale także jego materię, zaproponowanymi przez Jean Bodina w jego *Juris universi distributio*, to należy wziąć pod uwagę przynajmniej jurysdykcję, powinności oraz problem autorytetu

Idea ludzkości sama w sobie niesie niezły ładunek ideologiczny. Jeśli wypełnimy ją nadto Kantowską koncepcją prawa, to aktualizuje się najpierw potencjał emancypacyjny w drodze do dorosłości. Jeśli jednak człowiek demokratyczny przeżywa regres prowadzący do jego infantylizacji, czego dokonują, przynajmniej, różnego typu media masowe, to prawo nabiera cech paternalistycznych. Pozostaje pytaniem otwartym czy wprowadza na drogę do wolności czy raczej skutecznie dezorientuje. Niewątpliwym skutkiem oświecających masy ludowe rządów prawa jest jego nadmiar.

Wyzwania socjopolityczne

Trzy przekonania (bałamutne) rzeczników demokracji zostają zrewidowane przez praktyki liberalne: harmonia interesów i egalitaryzacja kondycji materialnej, jednorodność materii społecznej, wizja suwerennego ludu jako wspólnoty politycznej. Wielką w tym pracę prawników.¹⁹ Stopniowo padały także mity demokratyczne: mądrość ludu, jego cnotliwość, naturalna jego potrzeba sprawiedliwości

Wobec narowów ludu jako suwerena liberałowie wykoncypowali – jak wiadomo szczególnie w europejskiej kulturze politycznej - wiele blokad i barier. Tworzą one skomplikowaną i niejednokrotnie finezyjną koncepcja i praktyka „rządów prawa”. Okazało się przy tym, że jurysprudencja ma swoje arkana, i nierzadko się zdarza, że są one niedostępne laikom. Odpowiedzialność za bezpieczeństwo ustroju wskazuje na elitarny charakter prawa. Skoro sprawność ludzka nazywana władzą wydawania sądów, wymaga roztropności, to okazuje się jak tajemniczym arkanem jest tworzenie i zachowanie prawa (i nie chodzi tylko o tajemnicę adwokacką). Decyzja zwana przez scholastyków *consilium* jest nie tylko dowodem jurysprudencji, ale nabiera wobec zagrożeń systemowych. I nie chodzi tutaj o swoje *decorum*, jakie towarzyszą decyzjom sądu (jakże łatwo wyzbył się ich świat polityki). Chodzi także o ich powagę i wagę dla współczesnej demokracji liberalnej. Wystarczyłaby krótka fenomenologiczna analiza decyzji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Im większe problemy strukturalne ma demokracja liberalna, co jest także dowodem bezsilności działań politycznych *sensu stricto*, tym większa waga rozstrzygnięć prawnych. Od tego momentu krótka chwila do laickich zabiegów uświęcania prawa jako namysłu wyższej natury.

Skoro prawo jest sumą doświadczeń oraz dziedziną rozumu, to uchodzi za oczywisty wyraz rozumu publicznego. Tworzenie sieci prawa, przez którą nie przedrze się nieracjonalność, jest, rzecz można, immanentną cechą prawa. Prawo ma za zadanie obniżyć temperaturę sporów politycznych, uspokaja uczestników gry politycznej dzięki wyrafinowanym rozwiązaniom instytucjonalnym. Jego sieć jak pajęczyna oblepia potencjalnych przeciwników, unieruchamiając czy też osłabiając zachowania pozasystemowe. Rządy prawa uznane są *a priori* za barierę wobec tyranii lub poruszeniom ludowym (np. populistycznym). Jeszcze lepiej penetrują tkankę społeczną w innych dziedzinach prawa – zwłaszcza cywilnego. Prawna obrona praw człowieka i obywatela tworzy mechanizm samonapędzający się, a na dodatek uszlachetniony wypełnianiem misji ogólnoludzkiej. Jeśli poszlibyśmy za sugestiami porządkującymi metodycznie rodzaje prawa, ale także jego materię, zaproponowanymi przez Jean Bodina w jego *Juris universi distributio*, to należy wziąć pod uwagę przynajmniej jurysdykcję, powinności oraz problem autorytetu. A także stan

19 J.Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych marabut*, Gdańsk 199 s. 302-303

kultury umysłowej. Pracom jurystów Europa zawdzięcza metodę analizy i syntezy tekstów, wyprowadzania reguł z przypadków, zasad z reguł, systemu z zasad. Ta kultura prawna znajdzie wyraz w praktyce sądowniczej w republice amerykańskiej.

Idea ludzkości sama w sobie niesie niezły ładunek ideologiczny. Jeśli wypełnimy ją nadto Kantowską koncepcją prawa, to aktualizuje się najpierw potencjał emancypacyjny w drodze do dorosłości. Jeśli jednak człowiek demokratyczny przeżywa regres prowadzący do jego infantylizacji, czego dokonują, przynajmniej, różnego typu media masowe, to prawo nabiera cech paternalistycznych. Pozostaje pytaniem otwartym czy wprowadza na drogę do wolności czy raczej skutecznie dezorientuje. Niewątpliwym skutkiem oświecających masy ludowe rządów prawa jest jego nadmiar.

Idea rządów prawa może prowadzić do zakwestionowania demokratycznej kontroli, jaką sprawują reprezentanci ludu. Co więcej, rzecznicy prymatu prawa w naturalny sposób dzielają nieufność wobec suwerenności ludu. Znajomość prawa jako wymagającego posiadania specyficznych arkanów, otoczonych nimbem wiedzy tajemnej, w otoczeniu demokratycznym dostarcza dowód na przynależność do elity.

Przewaga prawa nad polityką będzie się wyrażała w prawie, stanowiącego instytucję usytuowaną na szczycie architektury polityki, a zawód prawnika zapewnia w demokracji liberalnej status wyjątkowy. Rzućmy okiem na bardzo wymowną w swoim wyrazie satyrę Honoré Daumiera *Dysputa prawników*, ukazujący pozycję prawników w społeczeństwie mieszczańskim.

Jak wykazują John Ferejohn i Pasquale Pasquino, im bardziej pojemne są definicje demokracji i rządów prawa tym więcej pomiędzy nimi konfliktów. Problem podstawowy sprowadza się do praktycznej odpowiedzi na kwestię reprezentacji politycznej: sprawowanie władzy odbywa się bezpośrednio przez lud czy jego reprezentantów? Może jest potrzeba konsultowania z ludem praw podstawowych. Być może jest tak, że pole wyboru dla rządu nie powinno być skrepowane o graniczeniami prawnymi (np. prawa mniejszości). A przy tym wyraźne jest oczekiwanie, aby sądy były przygotowane do uchylania takiego prawodawstwa, które jest niezgodne z oczekiwaniami.

Konflikty mają miejsce także z powodu różnych systemów instytucjonalnych. Demokracja oparta na systemach wyborczych, rządach i legislaturach. Prawo działa za pośrednictwem sądów, policji i prawników. Są punkty przecięcia, lecz incydentalnie: władza ustawodawcza oraz rozprawa sądowa z udziałem ławy przysięgłych. Prawo zaczyna żyć własnym życiem, kiedy zostanie ukończony proces ustawodawczy. Fakt, że prawodawstwo przechodzi z jednego porządku instytucjonalnego do drugiego, które działają wedle innych norm i oczekiwań prowadzi do prozaicznych napięć pomiędzy demokracją a rządami prawa.²⁰ Dodajmy, że te konflikty tworzą szereg nowych wyzwań natury socjopolitycznej.

Jest oczywiste, że w społeczeństwie demokratycznym działania polityczne i prawne są realizowane pod stałą presją równości. Jest rzeczą zadziwiającą jak władza sądownicza, instytucjonalnie niezależna od kaprysów ludu, odpowiada na postępy egalitaryzmu, poprzez aktywizm sądowy w ramach tzw.

20 J.Ferejohn i P.Pasquino, w: *Demokracja i rządy prawa*, red. José Maria Maravall i Adam Przeworski. SCHOLAR, Warszawa 2010, s. 235-236.

jurysprudencji społecznej. Jest rzeczą jeszcze bardziej zadziwiającą, jak działania polityczne koncentrują się na tworzeniu symulakr równości. Sprawa jest znana już Janowi z Segowii, który twierdził, że sprawowanie władzy sprowadza się do kształtowania forma mentis, zaś Arnold Clapmar przełożył to na techniki republikańskie. W swoim *De Arcanis rerumpublicarum* (wydanym pośmiertnie w 1605 r. w Bremie traktacie) stwierdził, że w państwie jest konieczne zaistnienie pewnych działań tworzących pozory wolności, by uspokoić lud. Są to simulacra, dekoracyjne zwyczaje. Pod koniec swoich rozważań w księdze VI przedstawia sposoby ich zastosowania w demokracji: chwalić lud, łaską obdarzać. (r. X, *Simulacra Imperii Democratici*). Dodajmy, że w republice demokratycznej te działania dotyczą nade wszystko równości. Przy strategicznym sojuszu wielkiego biznesu i świata polityki daleko łatwiej jest uskutecznić równość w sferze seksualnej aniżeli ekonomicznej, zaś prawu przyznana jest moc uznawania jej za wyraz wolności jako uprawnienie tożsamościowe.

Jeśli zadaniem oczywistym w dzisiejszej demokracji jest zagadnienie nierówności, to jedna z funkcji rządu dotyczy polityki społecznej. Istnieje głęboki związek pomiędzy wiarą w skuteczność rozwiązywania problemów społecznych przy pomocy prawa z aktywizmem sędziowskim. Widać wyraźnie, że jest to źródło dużych napięć, mówiąc umownie, pomiędzy politykami a sędziami. Obie strony starają się wykazać swoją wrażliwość na kwestie społeczne, które niezwykle często przyjmują postać roszczeń człowieka demokratycznego, który ich prawomocność podbudowuje odwołując się do prawa. I nie chodzi tylko o tzw. katalog praw trzeciej generacji (T.H.Marshall). Człowiek demokratyczny wychowywany jest w atmosferze przyzwolenia: „się należy”.

Mentalność społeczeństwa demokratycznego penetruje stan oczekiwania, który skądinąd utrwała polityka obietnicy. Samuel Huntington zaznacza, że „samobójstwo demokracji” będzie produktem postawy, którą nazywa nadmiernym pobłażaniem (*overdulgence*).²¹ Daniel Bell pisze, że samouwielbienie człowieka demokratycznego stało się wiodącą zasadą polityki.

W ustroju przedstawicielskim zabiegi o dobry „humor” człowieka demokratycznego, są nieuniknione. Wyzwaniem politycznym jest znalezienie skutecznej odpowiedzi na charakteryzujące człowieka demokratycznego nienasycenie. Dzisiaj przybierają postać nienasycenia usługami medycznymi. F.Nietzsche zapisał, że nadchodzi dzień, kiedy w społeczeństwie demokratycznym „Ma się swą przyjemność na dzień i swą przyjemność na czas nocy...”; lecz zdrowie ceni się nade wszystko. Czy jednak można, jak to kiedyś sugerowali neokonserwatyści, zredukować radykalną treść ideałów demokratycznych i sprawić, aby człowiek demokratyczny spojrzał bardziej realistycznie na zasoby ustrojów demoliberalnych: czy są w stanie zaspokoić rosnące żądania i roszczenia? Wzrost jako imperatyw dzisiejszej polityki dotyczy nie tylko sfery materialnej, także konstytucja społeczeństwa demokratycznego jest taka, żeby urzeczywistnić wzrost równości. Nic zatem dziwnego, że te dwa imperatywy: wzrostu i uprawomocnienia prowadzą ostatecznie do sytuacji permanentnego kryzysu.²²

Te analizy spełniają się na naszych oczach. Gwałtowny wzrost oczekiwań, zwłaszcza w warunkach kryzysu sprawia, że to państwo ma być głównym dostarczycielem zarówno dóbr publicznych, jak i zaspakajając

21 S.Huntington, *American Politics: The Promise of Disharmony*. Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University 1981, s. 115.

22 Ch.Taylor, „Growths, Legitimacy and the Modern Identity”, *Praxis International* 1981,1 (lipiec), s. 114-115.

prywatne potrzeby. Problem w tym, że odpowiedź przybiera postać uregulowań prawnych, poprzez które obie strony licytują się swoją wrażliwością społeczną. To zepsucie polityki objawia się w chronicznej nieodporności na kryzysy fiskalne i inflację. Dodajmy: także wzrastającą inflację prawa. Związek pomiędzy inflacją a hiperlegalizmem jest oczywisty.

Instynkty demokratyczne zmieniają funkcje prawa. Prawo przyjmuje za swoje reguły sprawiedliwości społecznej. Kiedy człowiek demokratyczny domaga się sprawiedliwości, oznacza, że dostęp do dóbr podstawowych ma być równy. Liberalna zasada równości wobec prawa oparta na izonomii ma być zastąpiona przez sprawiedliwość geometryczną. A postulat Arystotelesa, aby Prawodawca tworzył najwłaściwsze prawa – „równomiernie właściwe ugina się pod ciężarem egalitaryzmu. Sprawność oznacza dążenie do równości, a nie pochwałę cnoty.”²³

Obie więc strony przyczyniają się do hiperlegalizmu, a w końcu do atrofii prawa. Porządek prawny pod ciężarem prawa stanowionego staje się problematyczny a konstytucja, mimo działań sądu konstytucyjnego, ulega delegitymizacji. O konsekwencjach inflacji prawa można dużo rozprawiać. Postulowane przez liberałów rządy prawa okazują się coraz bardziej postulatem formalnym a często wręcz zawołaniem ideologicznym.

Warto jednak wspomnieć o nowym wyzwaniu politycznym, która dotyka np. demokrację amerykańską: impas legislacyjny, który Francis Fukuyama nazywa „wetokracją”. Blokada instytucjonalna na terenie parlamentu, która utrudnia skądinąd pracę lobbystów, jest momentem zawieszenia, bezruchu instytucji, pomimo frenetycznej działalności reprezentantów budujących koalicje, poszukujących kompromisu. Ten element maszyny państwowej na jałowym biegu, w wymiarze ontologicznym rodzaj niepokojącej pustki, sprawia, że wkracza w nią władza sądownicza. Nie ma nic groźniejszego aniżeli bezruch maszynierii politycznej. Jałowość sporów politycznych stawia pod znakiem zapytania wszelkie teorie demokracji opartej na deliberowaniu.

Konsekwencje

Hiperlegalizm jest odpowiedzią na trzy siły rozbijające porządek polityczny. Pierwsza, za sprawą różnych sił cywilizacyjnych (w tym sporu o kulturę) prowadzi do eskalacji konfliktu – jego apogeum to wojna kulturowa. Druga, w sferze idei sprawia, że złożoność społeczeństwa nowoczesnego jest już postrzegana jako niewystarczający stan społeczeństwa demokratycznego – jej miejsce zajmuje pochwała różnorodności aż do ideologicznie zabarwionej *intersectionality*. Platoński opis demokracji zostaje wzbogacony o nowe barwy.. Współczesne społeczeństwo demokratyczne staje się coraz bardziej kalejdoskopowe: koalicje grup interesów są coraz bardziej przygodne, wyłaniające się mniejszości coraz bardziej mgławicowe. Receptą na to wstrząśnienie człowieka demokratycznego, którego egzystencję kształtuje atmosfera niepewności ma być nadzieja odnalezienia tożsamości. Dla „jaźni niezakorzenionej”, skazanej na tymczasowość, zadanie

23 Arystoteles, *Polityka* 1282b-1883a

okazuje się niezwykle trudne. Skoro władza sądownicza uznaje, że model reprezentacji politycznej jest wadliwy a partie polityczne stają się zaczynem oligarchii, zaczyna przejmować funkcje polityczne.

Prawo jako gwarant pokoju i bezpieczeństwa zachowuje swoją szczególną pozycję, kiedy panuje ład polityczny. Jak pisał Immanuel Kant „Każda inna forma rządzenia niż reprezentatywna jest chaosem”. Problem w tym, że człowiek demokratyczny w swojej rozwichrzonym pojmowaniu wolności wprowadza swoisty chaos, któremu instytucje przedstawicielskie nie są w stanie zapobiec.

W warunkach pokoju *arcana imperii* działają najlepiej. I paradoksalnie status prawa zostaje jeszcze uwydatniony, kiedy porządek demoliberalny przeżywa kryzys, ale nie konwulsje. Prawo dostarcza sposobów, jak za pomocą określonych praktyk należy postępować z ludem, tym wielkim, wielobarwnym zwierzęciem.

Sytuacja się drastycznie zmienia w czasie wyjątkowych zdarzeń, rebelii, buntów czy rewolucji. Pod wpływem wydarzeń współczesnych ten katalog sytuacji wyjątkowych trzeba rozszerzyć o epidemię. Wówczas, aby się uporać z zagrożeniem porządku publicznego, potrzebne są środki wyjątkowe. W języku, który przypomniał Carl Schmitt, wyraża to termin *arcana dominationis*. Zadaniem naczelnym jest chronić i bronić elity. Wówczas techniki manipulacji oraz polityka obietnic są nad podporządkowaniem w arsenale środków politycznych.

Świat polityczny bierze swój „rewanż”. Stany wyjątkowe dają zwłaszcza dzisiaj wyjątkową możliwość potwierdzenia tezy Rousseau, że „polityką jest wszystkim”. I nie ma lepszej potwierdzenia siły władzy politycznej, jak moc tworzenia stanu wyjątkowego. Można by rzec, że jest logiczną konsekwencją wyjątkowej sytuacji współczesnej demokracji liberalnej, która nie jest ani wojną, ani pokojem. W takich warunkach *jus specialis* staje się bronią w rękę polityków. Czy zatem mamy do czynienia z „odwetem” polityki na prawie, który daje nową odstonę konfliktu w warunkach postdemokratycznych? Zazwyczaj juryści uznają wojnę i bunt za dwa najważniejsze przypadki, w których dochodzi do zastosowania tego prawa. A co się dzieje, jeśli żyjemy w stanie pomiędzy wojną a pokojem? Utrwalają go doniesienia o epidemii czy klęsce naturalnej.

Logika stanu wyjątkowego jest oczywista: to politycy przejmują kontrolę nad stanowieniem i wypełnieniem prawa. Stan między wojną a pokojem, znamieny dla współczesnej demokracji liberalnej tworzy żyzne podglebie dla działań natury politycznej pod naciskiem konieczności: aby osiągnąć określony stan rzecz. Warto przypomnieć, że w okresie przedwojennym problem zachowania porządku państwowego wystąpił z całą ostrością. Odpowiedzią na ewidentną słabość strukturalną i społeczną takich demokracji liberalnych, jak niemiecka czy francuska, były stany wyjątkowe. Tak oto *casus* Republiki Weimarskiej stał się laboratorium słabości demokracji liberalnej. Odpowiedzią na to doświadczenie były okrojone projekty demokracji liberalnej w powojennym porządku. W tym sojuszu demokracji z liberalizmem ton nadawali liberałowie, którzy z głęboką nieufnością odnosili się do ludu, tego wielobarwnego zwierzęcia, które ma swoiste *umorii*, ale zarazem przez suwerenność ludową jest prawomocny, aby wyrażać wolę polityczną.

Innym sposobem, stosowanym w demokracji liberalnej, jest aktywność legislacyjna, a wraz z nią inflacja prawa. Poprzez frenetyczną aktywność legislatywy, politycy dają nieustanne dowody dbałości o interesy

ludu. Tworząc lub poprawiając prawo, poprawiają byt licznych. Maszyna legislacyjna parlamentu nie ustaje na chwilę. I stanowi pas transmisyjny pomiędzy rządzącymi a rządzonymi, niewielu z wieloma. Dawna mądrość dziewiętnastowiecznych konserwatystów, że złudzeniem jest wiara w prawo jako skuteczne narzędzie reformy społecznej, została skutecznie zapomniana.

Jest jeszcze wyzwanie, przed jakim staje obywatel: utrata podmiotowości. „Im bardziej niewidzialna ręka automatycznych przystosowań (lub niedostosowań) zastępowana jest przez rękę widzialną i inżynierię polityczną, im bardziej rozszerza się oddziaływanie polityki, tym mniejszą mamy kontrolę nad tym, co czynimy.”²⁴ W takiej sytuacji uniwersum wydarzeń (indywidualnych i zbiorowych), składające się na życie społeczne, musi być uporządkowane dzięki prawu.. Wpięte w reguły prawne, narzucają określone procedury postępowania. Każde zdarzenie znajduje swoje miejsce w pajęczynie prawa, a wraz z tym następuje racjonalne wyjaśnienie konsekwencji czynu. Następnie prawo schodzi „w dół”, wypełniając próżnię etyczną „większego społeczeństwa”, by w braku etyki życia publicznego, zaniku dobrych obyczajów, stworzyć punkt referencyjny dla zachowań człowieka demokratycznego. Jednocześnie przejmuje funkcję gwaranta bezpieczeństwa publicznego. Rola prawa w formowaniu społeczeństwa biurokratyczna jest niebagatelna. Biurokracja ze swoimi regułami racjonalności ujętymi w prawo przyczynia się do pomniejszania przypadku i przygodności wydarzeń świata życia.

Wszechobecność prawa: od poziomu międzynarodowego do poziomu życia prywatnego jest oczywista. Przyrost prawa doprowadza do znaczącego kurczenia się sfery prywatnej, a nawet intymnej. Proces tworzenia prawa wspomaga tendencję regulowania życia społecznego. Państwo Dobrobytu jest zwińczeniem tego dzieła.

Wcześniejsze próby podważenia konsensu demoliberalnego okazały się nieskuteczne. Dzisiaj, kiedy ustrój demokracji liberalnej jest pustą skorupą, którą ratuje koncepcja demokracji proceduralnej lub formuła „cienkiej demokracji”, o wiele łatwiej poddać ją w wątpliwość, choć nawet wielu radykałów nie rozstaje się z myślą o jej naprawieniu (M.Foucault, E.Laclau, Ch. Mouffe). Mamy sytuację paradoksalną, w której styl życia, kształtujący człowieka demokratycznego nadal jest podtrzymywany, podczas gdy same warunki społeczne zmieniły się tak dalece, że dalsze ich drapowanie w szaty demokratyczne jest wyraźnie problematyczne.

*

Prawo samo z siebie nie zapewni wolności, co najwyżej ubierze zniewolenie w kostium legalności. Złudzenie co do prawa jako podstawowego gwaranta wolności jest groźne. Jeśli prawo ma nade wszystko uzasadniać *plenitudo potestas*, to jesteśmy na najlepszej drodze do ponownej zmiany ustroju w „mieście człowieka”. „Bo z tobą [miasto] zejda pod ziemię słodkie owoce wolności” (Z.Herbert, *Babylon*).

24 Sartori, *Teoria demokracji*, op.cit., s. 156.

Bibliografia

Austin John, *Lectures on Jurisprudence, Or, the Philosophy of Positive Law*, [1873], R. Campbell (ed.), J.Murray, London 1911, t.1-2

Baszkiewicz Jan, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Arche, Gdańsk 2010 (wyd. 2)

Berman Harold J., *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*. Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 1995

Clapmarius Arnoldus, *De Arcanis Rerum publicarum: libri 6*, Bringer, Francofurtum 1611

<https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb10163440?page>

Demokracja i rządy prawa, pod red. J.M.Maravalla i Adama Przeworskiego, Scholar, Warszawa 2010

Full Text of the Federalists Papers

<https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>

Jellinek Georg, *Ogólna nauka o państwie*, tł. M.Przedborski, Księgarnia F. Hoesicka ; (Zakł. Graf. B. Wierzbicki i S-ka), Warszawa 1924, ks. 2-3

<https://fbc.pionier.net.pl/details/nnrRhgz>

Kelsen Hans, *Czysta nauka prawa*, tł. Rafał Szubert, Lexis/Nexis, Warszawa 2014

Manent Pierre, *Modern Liberty and Its Discontents*, Rowman & Littlefield, New York, 1998.

Manent Pierre, *Cours familier de la philosophie politique*, Gallimard, Paryż 2004

Mohl, von, Robert, *Encyklopedia umiejętności politycznych*, Liber, Warszawa 2003

Schmitt Carl, *Dyktatura*, tł. K.Wudarska, Fundacja im. A.Cieszkowskiego, Warszawa 2016

Schmitt Carl, *Nauka o konstytucji*, tł. M.Kurkowska, R.Marszałek, Wyd. Teologii Politycznej, Warszawa 2015

Tocqueville, de Alexis *O demokracji w Ameryce*, tł. M.Janowska i M.Król, Znak, Kraków 1996

Żyro Tomasz, *Konstytucja – ‘porządkowanie’ rzeczywistości politycznej*, Civitas 10 (2007)



**Instytut Spraw
Konstytucyjnych**