

Mauro Barberis*

Ewolucja, konstytucja, bezpieczeństwo. Zarys teorii prawdziwie realistycznej**

*Nic się samo nie tworzy,
wszystko się przeobraża.*
A. Lavoisier

Przez „teorię prawdziwie realistyczną” (*théorie réellement réaliste*, dalej: „TRR”) rozumiemy teorię, która nie ogranicza się do uznania, że sędziowie tworzą prawo, jak zwykle się obecnie powszechnie uważać, lecz taką teorię, która na wzór teorii Ronalda Dworkina przesuwając „stolicę imperium prawa” z legislatury na sądownictwo. Tak naprawdę nikt nie **tworzy** prawa: sędziowie je **ustanawiają**, rozsądając poszczególne sprawy, legislatorzy – ograniczając swobodne uznanie administracyjne i właśnie sędziowskie, ustrojodawcy – ograniczając arbitralność legislacyjną itd.

W pierwszej części przedstawimy TRR jako formę ewolucjonizmu. Po pierwsze dlatego że TRR odrzuca kreacjonizm – naiwną ideę, że można tworzyć prawo *ex nihilo*; po drugie ponieważ adaptuje do prawa niektóre idee Karola Darwina. Druga część wykładu będzie szkicem ewolucji prawa od jego stanu zwanego „sądowym” do stanów zwanych

* Tłumaczenie z języka francuskiego: Marcin Krzemiński, Oskar Pogorzelski; redakcja: Andrzej Grabowski.

** Tekst wykładu wygłoszonego 6 IV 2017 r. w Krakowie w Katedrze Teorii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Publikacja tłumaczenia w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2015/17/B/HS5/00457.

„legislacyjnym” i „konstytucyjnym”. W trzeciej części zastosujemy TRR do bardzo aktualnego zagadnienia: odnalezienia równowagi między wolnością a bezpieczeństwem podczas walki z terroryzmem.

1. Ewolucjonizm

TRR jest reakcją na trzy typowe redukcjonizmy dominującej teorii prawa (dalej: „DTP”), która nie czyni nic innego od dublowania pierwotnego kreacjonizmu właściwego pozytywizmowi prawniczemu (w wersji imperatywizmu lub normatywizmu) w ramach kreacjonizmu realistycznego: prawo miało być tworzone najpierw przez legislatywę, a następnie – przez sędziów¹. W przeciwieństwie do tego poglądu TRR jest formą ewolucjonizmu prawnego, przede wszystkim dlatego że odrzuca te dwa kreacjonizmy i próbuje zastosować w odniesieniu do prawa ewolucyjną teorię porządku spontanicznego².

1.1. Pierwszy typowy redukcjonizm DTP jest tym, co Friedrich Hayek nazywa „konstruktywizmem”, a ja – „kreacjonizmem”: zredukowaniem zjawisk społecznych (język, rynek, państwo...) do rezultatów bezpośrednich i intencjonalnych, indywidualnych aktów tworzenia. Jak Bóg z *Genesis* miał stworzyć świat, tak ustrojodawca miałby stworzyć państwo, a legislatywa i sędziowie w sposób ciągły tworzyliby prawo. Ewolucjonizm jednak nauczył nas, że działa się to zupełnie inaczej.

Na długo przed Darwinem doktryna *common law* i filozofowie szkockcy sformułowali teorię, wedle której prawo, podobnie jak wszystkie inne instytucje społeczne, ani nie nawiązuje do natury – jak chciały tego stare i nowoczesne szkoły prawa naturalnego – ani nie jest wytworem ludzkim (artefaktem), w co zdaje się wierzyć współczesny pozytywizm prawniczy. W tej prekursorskiej tradycji ewolucjonistycznej prawo należało do trzeciego królestwa – kultury – wywodzącego się

1 DTP odpowiada definicji pozytywizmu prawniczego, na którą składają się trzy tezy: 1) teza o źródłach (prawo wynika z faktów społecznych), 2) teza o separacji (prawo jest konceptualnie oddzielone od moralności), 3) teza o dyskrecjonalności (sądy przyczyniają się do tworzenia prawa wspólnie z legislatywą).

2 Zob. M. Barberis, *L'evoluzione del diritto*, Turyn 1998; W. Załuski, *Evolutionary theory and legal philosophy*, Cheltenham 2009; W. Załuski, *Game theory in jurisprudence*, Kraków 2013.

z niebezpośrednich, nieintencjonalnych konsekwencji ludzkich działań (intencjonalnych z definicji)³.

Naiwność kreacjonizmu polega na tym, że ignoruje on konsekwencje intencjonalnej działalności ludzkiej, które są w stosunku do niej pośrednie, nieintencjonalne, nie są przewidywane ani objęte wolą. Jeśli nikt nie może przewidzieć ani nawet pragnąć zaistnienia skutków określonego zestawu własnych i cudzych aktów intencjonalnych, to także nikt nie może zmonopolizować informacji i wartości. Informacje i wartości są pofragmentowane, nieskończenie rozproszone między jednostkami, grupami i instytucjami. Żaden planista nie jest władny ich zmonopolizować⁴.

Innymi słowy, żadna władza – czy to narodowa, czy światowa – nie może pretendować do zebrania i reprezentowania całości informacji i wartości: ani parlamenty, ani rządy, które kontrolują informacje i wartości ze swej strony, ani gospodarka i finanse, które kontrolują politykę, a już w żadnym razie ekonomia, która usiłuje kontrolować to wszystko za pomocą swych teorii decyzji racjonalnych oraz rachunków kosztów i zysków. Co najwyżej mogą one swym działaniem zapewniać swego rodzaju ekologię ludzką: chronić pluralizm informacji i wartości.

Tę fragmentaryzację, jak również wynikające z niej pluralizmy: poznawczy i normatywny, psychologowie ewolucyjni wywodzą z hipotezy modularności umysłu ludzkiego (ang. *modularity of human mind*)⁵, która jak dotąd nie została udowodniona przez nauki neurobiologiczne. Mimo to teoria (kognitywna) i/lub (normatywna) filozofia prawa mogą ją tylko potwierdzać. Władze bardziej elastyczne i zdecentralizowane niż rządy narodowe i światowe wydają się lepiej obchodzić z zasobami niosącymi

3 Zob. A. Ferguson, *An essay on the history of civil society* (1767), tłum. włoskie: *Saggio sulla storia della società civile*, red. G. Bedeschi, Rzym, Bari 1999, s. 115–116. Według Fergusona instytucje ludzkie, takie jak język, rynek i prawo, są rezultatami działania, a nie projektu (ang. *design*) ludzkiego.

4 W kwestii fragmentaryzacji informacji zob. F.A. von Hayek, *Economics and knowledge* (1937), opublikowane w: *L.S.E. essays on cost*, red. J.M. Buchanan, G.F. Thirlby, Nowy Jork 1981, s. 7–15. W kwestii fragmentaryzacji wartości zob. T. Nagel, *The fragmentation of value*, w: T. Nagel, *Mortal questions*, Cambridge (Mass.) 1979, s. 128–141, który powołuje się na *Polytheismus des Werte* Maxa Webera i *value pluralism* Isaiaha Berlina.

5 Zob. A. Dyevre, *Law and the evolutionary turn: the relevance of evolutionary psychology for legal positivism* (2014), < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.12049/pdf> >.

informacje i wartości; zatem sędziowie i niezależne władze są w tym lepsze niż legislator.

1.2. Drugi typowy dla DTP redukcjonizm, który jest następstwem pierwszego, to redukcja prawa do legislacji, a sądownictwa (jako takiego) do swego rodzaju legislacji sądowej. Jest to kreacjonistyczne serce DTP; teorii biorącej swój początek w kodyfikacjach kontynentalnych, które są bardzo specyficzną formą legislacji. W każdym razie DTP odwraca tradycyjne związki między sądownictwem a legislatywą, traktując sędziów wyłącznie jako podmioty stosujące prawo ustawowe. Tymczasem TRR próbuje odwrócić to odwrócenie, stawiając prawo (z powrotem) na nogi.

Joseph Raz wielokrotnie zauważał, że o ile istnieją systemy prawa pozbawione legislacji (prawa stanowionego), to żaden z nich nie jest pozbawiony sądownictwa⁶. Okazuje się więc, że to sędziowie są warunkiem koniecznym, by prawo istniało, w przeciwieństwie do legislacji nim niebędącej. Ta uwaga Raza nie wydaje się tylko generalizacją empiryczną, wywiedzioną z historii i komparatystyki prawniczej. Wyraźnie wydaje się raczej, że jest to uwaga pojęciowa, odnosząca się do definicji słowa „prawo”, a więc pojęcia prawa jako takiego.

W skrócie: aby można było w ogóle mówić o zjawisku prawnym, to potrzeba do tego sędziów – podmiotów społecznych wyspecjalizowanych w rozwiązywaniu problemów społecznych w formie dialogu (*audiatur et altera pars*). A zatem aby prawo istniało, musi zaistnieć sprawiedliwość. Przy czym „sprawiedliwość” nie ma tu innego znaczenia niż prawne i nie oznacza nic innego od sądownictwa. Stanowiący przedmiot niekończącej się debaty związek prawa i moralności redukuje się do wewnętrznej relacji w ramach prawa: z definicji prawo powinno zapewniać sprawiedliwość, czyli funkcję *ius dicere* między członkami wspólnoty, a w skrócie – sądownictwo.

W tym ściśle prawnym rozumieniu „sprawiedliwość” oznacza gwarancje życiowych oczekiwań jednostek: co do życia, wolności, posiadania

6 Zob. J. Raz, *The authority of law*, Oksford 1979, s. 105: „the existence of norm-creating institutions though characteristic of modern legal systems is not a necessary feature of all legal systems, but that the existences of certain types of law-applying institutions is”. Kontekstem tego twierdzenia jest określenie sędziów jako organów pierwotnych, służących identyfikacji systemu prawa.

dóbr⁷ itp. Z tej definicji można wysnuć wniosek o charakterze wolnościowym, polegający na tym, że prawo nie reguluje życia poszczególnych jednostek, które żyją wedle własnego upodobania, natomiast wkracza jako remedium jedynie w przypadku zaistnienia jakiegoś problemu⁸. Z tego wynika, że prawo nie odnosi się do psychologii społecznej, lecz do patologii życia społecznego. Prawo jedynie zabezpiecza nasze interesy życiowe: daje minimalne warunki, w których każdy może żyć w sposób wolny.

W kulturach spoza świata zachodniego ta podstawowa funkcja gwarancyjna była odgrywana poprzez inne instytucje: tradycyjne, religijne, polityczne, ekonomiczne... Natomiast na Zachodzie została ona spełniona przez prawo⁹. Role odgrywane w innych kulturach przez starszyznę, kapłanów, władców czy mistrzów – u nas zostały powierzone sędziom. W świecie zachodnim to oni karali za występki, rozstrzygali indywidualne spory i tym samym chronili jednostki przed ingerencją władz publicznych i osób prywatnych¹⁰.

Historia prawa pokazuje, że sędziowie na początku sprawowali wymiar sprawiedliwości w sposób dyskrecyjny. Ten *system of pure discretion* – któremu Raz odmawia nawet miana „prawa”¹¹ – został utemperowany poprzez zwyczaj i przez instytucje takie jak *jury* (ława przysięgłych). Zaledwie kilka wieków po kontynentalnej kodyfikacji prawa i po rewolucji francuskiej próbuje się zastąpić sądownictwo prawem stanowionym, w domenie *civil law* w sposób niemal całkowity, a częściowo także

7 W kwestii zabezpieczania interesów, które nazywane są **legitymowanymi**, zob. F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty*, vol. I: *Rules and order*, Londyn 1973, rozdz. 5: *Nomos: the law of liberty*, s. 94 i n. W kwestii różnicy między interesami kognitywnymi i normatywnymi zob. np. N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), tłum. włoskie: A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Rzym, Bari 1977, s. 50–66.

8 Jest to prawdziwe znaczenie idei, którą znajdujemy u Kelsena, Rossa i Raza, że prawo adresowane jest do sędziów, a nie do obywateli, oraz że to właśnie sędziowie są organami pierwotnymi.

9 Zob. M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bolonia 2008, gdzie różni się prawo *stricto sensu* (gwarancję interesów życiowych członków wspólnoty), *sensu lato* (normy, sankcje, instytucje) i *latissimo sensu* (instytucje spoza świata zachodniego, które pełnią między innymi te same funkcje co prawo świata zachodniego: żydowska *halacha*, *shari* w islamie, indyjska *dharma*, chińskie *fa* itp.).

10 Jest to najważniejsza instytucja teorii gwarancyjnej (*garantisme*) Luigiego Ferrajoliego; zob. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bolonia 2013.

11 Zob. znowu J. Raz, *The authority...*, s. 113: jednak *common law* przez pięćset lat nie znało zasady *stare decisis* i przy braku legislacji było czystym orzecznictwem (*iurisdictio*).

w *common law*. Jednak sędziowie dalej „produkuja” swoje prawo, nawet jeśli przedstawiają to (co robią) jako stosowanie ustaw i/lub precedensów.

Jednakże sędziowie „produkuja” prawo wyłącznie wtedy, gdy wymierzają sprawiedliwość jednostkom. To parlamenty lub rządy kontrolują sędziów, pozorując **tworzenie** prawa poprzez stanowienie norm generalnych, abstrakcyjnych i **nowych**. Według Hayeka ustawy te dzielą się na dwa różne typy. Większość ustaw, rozporządzeń i dekretów odnosi się tylko do administracji, do *thesis*; chodzi o mniej lub bardziej konkretne środki, mające na celu realizację konkretnych celów, takich jak walka z terroryzmem czy zapobieganie biedzie.

Z kolei ściśle prawne jądro prawa stanowionego (legislacji) powstaje z uogólniania orzecznictwa. Jądro to Hayek nazywa *nomos* i uznaje **abstrakcyjność** za jego cechę dystynktywną¹². W społeczeństwie otwartym nie istnieje hierarchia przynależna celom: jest to fragmentaryzacja wartości. Zatem to prawo musi abstrahować od jednostkowych celów, pozwalając każdemu realizować jego własne. Ulubionym przykładem Hayeka jest prawo umów; prawo „abstrakcyjne”, ponieważ gwarantuje tylko cele umawiających się stron. Jednak podstawową funkcją całego prawa stanowionego jest ograniczanie uznania tak administracyjnego, jak i sędziowskiego (zob. niżej, pkt 2.2).

1.3. Wreszcie trzeci typowy redukcjonizm DTP polega na zredukowaniu sądownictwa do interpretacji ustaw: w terminologii angielskiej jest to redukcja *adjudication* do *statutory interpretation*. Prawdziwą funkcją prawa, jak już zauważyliśmy, jest wymierzanie sprawiedliwości jednostkom, czyli ochrona ich życiowych interesów. To właśnie pośrednim efektem dążenia do tego celu jest to, że sędziowie „produkuja” prawo; przy czym „produkcja” ta jest ograniczona do konkretnej sprawy, jednak z reguły taka działalność sędziów nie może kolidować z ustawą o charakterze generalnym i abstrakcyjnym¹³.

W dobie oświecenia zakończono odwracanie tradycyjnych relacji między sądownictwem a legislatywą, poddając sędziów ustawie,

12 Zob. ponownie F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty*, vol. II: *The mirage of social justice*, Londyn 1976.

13 Zob. M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria realista dell'interpretazione*, w: *Analisi e diritto 2000*, red. P. Comanducci, R. Guastini, s. 1–21.

co miało na celu ochronę jednostek przed samowolą. Cesare Beccaria, poprzez swoją doktrynę sylogizmu sędziowskiego, modelowo ujął orzeczenie sądowe jako mechaniczne zastosowanie ustawy w konkretnym przypadku. Jednak to w kontekście konkretnej sprawy sędzia poszukuje rozwiązania w prawie stanowionym: nawet ustawa, rzekoma większa przesłanka sylogizmu, jest dobierana pod kątem sprawy, rzekomej przesłanki mniejszej.

Nawet prawo karne w mniejszym stopniu spełnia funkcję regulowania życia członków wspólnoty, w swoich zakazach zabijania, kradzieży czy gwałtu, niż funkcję interweniowania, gdy się zabija, kradnie czy gwałci – żeby oddać sprawiedliwość ofiarom. Kodeks i ustawy karne nie są niczym innym niż remediami stosowanymi przez sędziów w konkretnych problemach. Zatem – w przeciwieństwie do doktryny sylogizmu – rozumowanie sędziowskie nie bierze swego początku w abstrakcyjnej normie, lecz w konkretnej sprawie: przebiega od faktu do prawa, a nie na odwrót¹⁴.

Czasami można odnieść wrażenie, że realiści kontynentalni, a zwłaszcza genueńscy, adaptując model sylogistyczny, mocno przeceniają rolę interpretacji, co zmusza ich do przyjęcia teorii sceptycznej. Punktem wyjścia dla nich jest to, co Karl Olivecrona nazwał „niezależnym imperatywem”: czyli tekst prawny tak zdekontekstualizowany, że interpretujący uzyskują swobodę nadania mu dowolnego sensu – tak jakby ustawa nie była stosowana przez sędziego właśnie w drodze kontekstualizacji w stosunku do konkretnej sprawy, do której rozstrzygnięcia została wybrana¹⁵.

Przecenianie interpretacji i sceptycyzm interpretacyjny wynikają z dwóch przyczyn. Pierwszą jest kreacjonizm: w DTP, począwszy od Hobbesa aż po Kelsena, wymierzanie sprawiedliwości jest tylko kolejną okazją do stworzenia kolejnego prawa. Pamiętać należy, że z tego punktu widzenia nawet sędzia w systemie *common law* jest umocowany przez Johna Austina jako legislator delegowany: funkcjonariusz administracji,

14 Ten aspekt rozwiązywania problemu interpretacji jest akcentowany w literaturze *common law*: zob. W. Twining, D. Miers, *How to do things with rules: a primer of interpretation*, Cambridge 1976.

15 Jest to lekcja, którą możemy wyciągnąć z pragmatyki lingwistycznej stosowanej w prawie: zob. *Pragmatics and law. Perspectives in pragmatics, philosophy & psychology*, red. A. Capone, F. Poggi, vol. I–II, Berlin 2016.

któremu pozwala tworzyć prawo główny twórca, legislator najwyższy, ten mityczny byt, jakim jest suweren¹⁶.

Drugą przyczyną przeceniania interpretacji i sceptycyzmu interpretacyjnego jest legicentryzm: to przesunięcie uwagi, kognitywne albo normatywne, z wymiaru sprawiedliwości na legislację, które jest typowe dla prawników kontynentalnych i DTP. Jednak jeśli odwrócimy relację między legislacją a sądownictwem i przyjmiemy, że pierwsza z nich pasyżytuje na drugim, a nie na odwrót, w ten sposób dojdziemy do TRR: teorii interpretacji i prawa może mniej sceptycznej, ale na pewno bardziej realistycznej.

Żadna teoria, w tym także TRR, nie może pretendować do tytułu jedynej prawdziwej. Wydaje się, że w porównaniu do DTP TRR osiąga jednak lepszą **równowagę refleksyjną** między naszymi intuicjami językowymi, naszymi spostrzeżeniami empirycznym i naszymi postawami normatywnymi. Zgodnie z TRR konkludujemy, że jednostki żyją swoim życiem i zwracają się ku prawu tylko w sytuacjach, gdy ich oczekiwania życiowe są zagrożone. Prawo – to znaczy: sędzia – jest powołany do wymierzania sprawiedliwości w stosunku do tychże oczekiwań, stosując wiernie ustawy i konstytucję (czego nie trzeba dodawać).

2. Konstytucjonalizm

Przez „konstytucjonalizm” należy raczej rozumieć środki **prawne** służące ograniczaniu władzy – czyli sędziów, legislację, konstytucję – niż cel: ideał **polityczny** państwa prawa, rządzonego przez prawo, a nie przez ludzi. Francuskie słowo *État*, pisane dużą literą¹⁷, oznacza organizację polityczną charakteryzującą się monopolem na przemoc i na „produktowanie” prawa w obrębie danego terytorium. Pochodzi ono z łacińskiego

16 Zob. J. Austin, *The province of jurisprudence determined* (1832), red. H.L.A. Hart, Londyn 1954, s. 31. Autor mówi o tym jako o delegacji domyślnej, „by the way of acquiescence”. Ja to nazwałem „dyslokacją” w: M. Barberis, *Stato costituzionale*, Modena 2012, s. 36, lecz już idea przejścia władzy z suwerena na sędziów ulega ponownemu wpływowi legicentryzmu kreacjonistycznego.

17 Poniższe uwagi odnoszą się do występującej w języku francuskim wieloznaczności słowa *état*. W dalszej części tekstu pisane w oryginalnym tekście francuskim małą literą *état* jest tłumaczone jako „stan prawa”, zgodnie z ideą autora najpełniej wyrażoną w przypisie nr 19.

status reipublicae lub *status* (fr. *état*), pisanych małą literą i oznaczających wyłącznie sytuację władzy.

Często mówi się o państwie sądowym, legislacyjnym albo konstytucyjnym w odniesieniu do idei państwa prawa (fr. *État de droit*, pisane dużą literą)¹⁸. Tutaj będziemy mówić o stanach (fr. *état*): sądowym, legislacyjnym i konstytucyjnym, pisanych małą literą, nazywając tak trzy różne stany prawa¹⁹. W tych wszystkich trzech stanach prawo jest „produkowane” przez sędziów: w pierwszym, najstarszym, w granicach zakreślonych przez precedensy i jurysprudencję; w drugim, nowoczesnym, w ramach zakreślonych przez ustawy; w trzecim, współczesnym, w granicach ustaw i konstytucji.

2.1. „Sądowy stan prawa” (fr. *état juridictionnel*) oznacza taki stan, w którym prawo jest wytwarzane wyłącznie lub z reguły przez sędziów, realizujących swoje funkcje orzecznicze. U Rzymian prawo rodzi się wraz z *jurisprudentia* – jurystami bardziej niż sędziami – wyspecjalizowanymi w rozstrzyganiu sporów między jednostkami. Rodzi się ono ponownie u Anglików wraz ze sformowaniem korpusu sędziów, którzy wymierzając sprawiedliwość, w sposób pośredni tworzą *common law*: spontaniczny porządek decyzji, które w XIX wieku staną się wiążącymi precedensami²⁰.

Idei sądowego stanu prawa zarzuca się czasem, że sądownictwo, jako władza daleka od bycia władzą pierwotną, zostało przecież ustanowione przez legislatora. Albo to, że jest prawdą, że w średniowieczu *iurisdictio* było jedną z dwóch podstawowych funkcji monarchy, uważanego także za źródło sprawiedliwości (*fons iustitiae*). Jednak prawdą jest również to, że prawo „produkowane” przez sądy królewskie stało się prawem krajowym (*ius commune, common law*) tylko dlatego, że przeważało

18 Terminologia ta pochodzi od Carla Schmitta, *Legalität und Legitimität* (1932), tłum. włoskie: *Le categorie del 'politico'*, Bolonia 1972, s. 211–244.

19 Tak jak w chemii mówi się o różnych stanach skupienia materii, tj. gazowym, płynnym i stałym, tak można też powiedzieć, że fenomen prawny również zna trzy stany: stan sądowy, legislacyjny i konstytucyjny, przy czym pierwszy jest konieczny, a pozostałe przygodne.

20 W kwestii schematu przejścia od *pure adjudication* do precedensu niewiążącego i do precedensu wiążącego (system *stare decisis*) zob. M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, „Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” 2015, nr 44, s. 67–101.

nad prawem „produkowanym” przez inne jurysdykcje. Zastanówmy się w tym miejscu nad samymi pojęciami *iurisdictio*, *Rechtsstaat* i *rule of law*.

2.1.1. Główną ideą konstytucjonalizmu średniowiecznego, która nadała nazwę państwu sądowemu, jest *iurisdictio*, przeciwstawione pojęciu *gubernaculum* przez Henry’ego de Bractona (1210–1268) w jego traktacie *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Według Bractona królowi Anglii przysługiwały dwie bardzo różniące się władze: władza polityczno-militarna, czyli *gubernaculum*, którą wykonywał w sposób nieskrępowany, i władza prawna, którą wykonywał jedynie w oparciu i pod kontrolą prawa, powierzając ją swym doradcom i sędziom²¹.

Parlament wykształcił się z rady złożonej z doradców króla (*Curia Regis*), ale jej podstawową funkcją poprzez wieki było raczej akceptowanie budżetu Korony niż przygotowywanie ustaw. Z kolei sądy królewskie wygrały rywalizację z innymi jurysdykcjami w kraju i w ten sposób prawo przez nie „produkowane” nazwano *common law*. W szczególności przypisuje się temu *law* funkcję gwarantowania *rights* Anglików. *Common law* było zatem zarówno prawdziwym prawem, jak i prawdziwą konstytucją kraju (zob. niżej, pkt 2.2).

2.1.2. Niemieckie *Rechtsstaat*, podobnie jak angielskie *rule of law*, przyjęło to samo rozróżnienie między *gubernaculum* – częścią władzy politycznej, która działa poza ramami prawa – oraz *iurisdictio*, częścią prawną władzy. Powszechnie znana anegdota, najlepiej ilustrująca ten dualizm, opowiada o młynarzu z Saint-Souci: Fryderyk II Pruski zamierzał zburzyć młyn, który zakłócał widok z jego nowego pałacu królewskiego Saint-Souci, ale twierdzi się, że młynarz odrzekł mu: „są jeszcze sędziowie w Berlinie” i wygrał sprawę sądową.

W tym stanie prawa kompetencja do „produkowania” go jeszcze nie przeszła na parlament, ale spoczywała w rękach despotów, mniej lub bardziej oświeconych. Wykonywali oni tę kompetencję, przyjmując kodyfikacje formułowane przez najlepszych jurystów w oparciu o najlepszą

21 Wokół tego rozróżnienia koncentruje się całe dzieło Ch.H. McIlwaina, *Constitutionalism: ancient and modern*, Nowy Jork 1947.

doktrynę i orzecznictwo. Należy przy tym zauważyć, że właśnie one stanowiły Kodeks idealny Beccarii, Jeremy'ego Benthama i dzisiaj Luigiego Ferrajoliego – a więc nie była to legislacja parlamentarna czy polityczna, oryginalnie pojmowana jako zwykły środek administrowania.

2.1.3. *Rule of law* powinna zostać odróżniona od kontynentalnego państwa prawa. To drugie pojęcie odnosi się do legalności – takiej zgodności z ustawą, która jest również charakterystycznym ideałem w państwie prawa stanowionego, ale w rzeczywistości jest najważniejsza tylko w zakresie prawa publicznego, zwłaszcza karnego, tam, gdzie wszystko, co nie jest dozwolone, jest zabronione. W przeciwieństwie do tego legalność odgrywa mniejszą rolę w prawie cywilnym i handlowym, gdzie to wszystko, co nie jest zabronione, jest dozwolone. *Rule of law* jest właśnie ideą zgodności z **prawem** ukształtowanym przez ustawę (*statute law*) i jurysprudencją (*common law*).

Komparatyści uczą nas, że w *common law* jeden precedens wystarczy do uzasadnienia decyzji sądowej, podczas gdy w *civil law* potrzeba ustawy. W sytuacji, w której obecnie wszelkie kwestie prawne zostały już uregulowane ustawami, ten angielski ideał *rule of law* wydaje się bardziej wymagający. W rzeczy samej, wymaga on podwójnej zgodności rozstrzygnięcia sądowego: z ustawą, jak w *civil law*, ale również z poprzednio dokonаныmi interpretacjami ustawy, które także stanowią precedensy.

W odróżnieniu od tego ideał *rule of law* wydaje się mniej wymagający z konstytucyjnego punktu widzenia. Edmund Burke i Albert Dicey pokazali nam, że prawdziwą konstytucją angielską jest *common law*, ponieważ to sędziowie chronią *rights* Anglików. Jednak drakońskie ustawy antyterrorystyczne Wielkiej Brytanii (zob. niżej, pkt 3 *in fine*) przypominają nam, że te prawa mogą zawsze zostać pogwałcone przez jeden prosty akt parlamentu, bez konstytucyjnych środków zaradczych. Innymi słowy, prawo angielskie przynależy do sądowego i legislacyjnego stanu prawa, ale jeszcze nie do konstytucyjnego stanu prawa.

2.2. „Legislacyjny stan prawa” oznacza taki stan prawa, w którym wyłącznie legislatura „produkuje” prawo, poprzez stanowienie jego źródeł: materiałów normatywnych, które sędziowie w przyszłości powinni

stosować, sprawując wymiar sprawiedliwości²². Wielka Brytania stanęła w połowie drogi między sądowym a legislacyjnym stanem prawa, podczas gdy do Stanów Zjednoczonych można odnieść zarówno pojęcia stanu sądowego, stanu legislacyjnego, jak i konstytucyjnego stanu prawa. Kraje *civil law* dają demokratycznie wybranym parlamentom monopol na „produkcowanie” prawa uformowanego w ustawy o charakterze generalnym (kodeksy) i ustawodawstwo szczegółowe.

Brytyjskie *High Court* i *Supreme Court* właśnie przypomniały nam, że zasadą legislacyjnego stanu prawa jest *sovereignty of Parliament*: nawet referendum powszechne dotyczące *Brexitu* bez ratyfikowania przez obie izby Parlamentu miałyby walor jedynie konsultatywny. Omnipotencja legislatywy przywołuje *fiat lux* Boga żydowskiego i chrześcijańskiego, ale również rzymskie *quod principi placuit legis habet vigorem*: z tym że przed kodyfikacjami *jurisprudentia* nigdy nie była wykluczana spośród źródeł prawa.

Trzy wieki legicentryzmu – obecnie zawarte w naszej zbiorowej świadomości, przy czym jest to obecność idei już zwietrzałych – nie mogą przed nami ukryć faktu, że legislacyjny stan prawa był prawdziwą rewolucją w stosunku do stanu sądowego: odwróceniem tradycyjnych idei. Ta rewolucja się dokonała – choć nie była ani chciana, ani przewidywana – dzięki umiarkowanemu liberałowi: baronowi de Montesquieu. Jego koncepcja podziału władz, która zdeterminowała odwrócenie stosunków między legislatywą i sądownictwem, składa się co najmniej z trzech różnych doktryn²³.

2.2.1. Pierwsza doktryna jest rozróżnieniem pojęciowym między funkcją aktywną – legislacją powierzoną dwóm izbom – oraz dwiema funkcjami pasywnymi: wykonywania ustaw. Pierwsza funkcja pasywna, nazywana „władzą wykonywania” tego, co zależy od praw jednostek, albo

22 Zob. A. Ross, *On law and justice* (1952), Londyn 1958, s. 75–107 oraz M. Barberis, *Pragmatics of adjudication. In the footsteps of Alf Ross*, w: *Pragmatics and law*, red. A. Capone, F. Poggi, vol. II, Berlin 2016, s. 333–348.

23 Zob. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1749), t. I, Paryż 1979, s. 294–304; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia 1976, s. 262–298; R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paryż 2010, s. 148–161; M. Barberis, *La séparation des pouvoirs*, w: *Traité international de droit constitutionnel*, red. M. Troper, D. Chagnollaud, t. I, Paryż 2012, s. 705–732.

później władzą wykonawczą *tout court*, została powierzona królowi, ale następnie przeszła na parlament i dalej – na premiera. To znaczy na szefów państw albo lepiej: szefów administracji, która jest poddana prawu ustawowemu.

Drugą funkcją pasywną, jak dotąd nigdy nieodróżnianą od administrowania, jest właśnie jurysdykcja, zwana władzą wykonywania tego, co zależy od prawa cywilnego. Montesquieu powierzył ją w mniejszym stopniu sędziom, a bardziej *jury* uformowanym na zasadzie parytetu stron, jak w Anglii: jest to główną racją, aby uważać ją za władzę zerową, której powierzono ściśle stosowanie tekstu ustawy. Zerowość ta może być do przyjęcia w odniesieniu do jury ludowego, lecz jest prawie nieakceptowalna w odniesieniu do instytucji sądowniczych.

2.2.2. Drugą doktrynę Montesquieugo stanowi **system mechanizmów kontroli i równowagi** między dwiema władzami politycznymi (legislatywą i egzekutywą), podczas gdy sądownictwo podlega rozdziałowi władz w ścisłym tego słowa znaczeniu. Za jego wdrożenie będą odpowiedzialni dopiero Amerykanie i sędzia Marshall w sprawie *Marbury przeciwko Madison* (1803), którzy rozciągną system władz przeciwstawnych (fr. *contre-pouvoirs*) na sądownictwo. Montesquieu, jako jeden z ojców liberalizmu, postrzegał mechanizm kontroli i równowagi (ang. *checks and balances*) jako jedyny skuteczny sposób ograniczania władzy.

Pojawienie się demokracji w XIX wieku i dwie wojny światowe w wieku XX doprowadziły do przekazania szefowi większości parlamentarnej uprawnień inicjatywy ustawodawczej i orientacji politycznej. Globalizacja, przy jednoczesnym zmniejszeniu uprawnień państw narodowych, przyczyniła się do rozbudowania władz ponadnarodowych, takich jak władze wojskowe, ekonomiczne i finansowe. To stanowi rozszerzenie, w stosunku do którego sądy konstytucyjne i międzynarodowe odgrywają czasami rolę przeciwwładzy²⁴ (zob. pkt 3 *in fine*).

24 Zob. w szczególności R.H. Bork, *Coercing virtue: the worldwide rule of the judges*, Waszyngton 2003; R. Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge (Mass.) 2004; A.M. Slaughter, *A new world order*, Princeton (N.J.) 2004; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, t. I–IV, Paryż 2004–2011; J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paryż 2005.

2.2.3. Trzecią doktryną Montesquieugo jest **separacja władz** w wąskim znaczeniu, która stosuje się tylko do sądownictwa. Jest to jedyna władza państwa, która jest oddzielona od wszystkich sił politycznych w dwóch kierunkach. Z jednej strony władza ustawodawcza i wykonawcza nie mogą wpływać na władzę sądowniczą, która jest od nich niezależna. Z drugiej strony władza sądownicza nie może wpływać na władzę ustawodawczą i wykonawczą, z racji swej neutralności i bezstronności politycznej.

Po raz kolejny jednak ewolucja systemów prawnych nie poszła w kierunku ograniczenia władzy sądowniczej. Nawet we Francji, ojczyźnie legicentryzmu, orzecznictwo kasacyjne wydaje się bardziej obowiązujące niż gdzie indziej, chociaż rozporządzenia *ancien régime*'u zostały zakazane. Jest to najlepszy dowód niezastępowalności orzecznictwa sądowego: wykluczone z listy źródeł formalnych, jedynych, jakie można zacytować w uzasadnieniach decyzji, powraca ono jako źródło materialne.

Efekt pośredni – ani chciany, ani przewidywany – legislacyjnego stanu prawa został po raz kolejny przeciwstawiony intencjom reformatorów: sądownictwu faktycznie przywrócono władzę „produkcji normatywnej”, którą wszyscy, tak monarchowie *ancien régime*'u, jak i rewolucjoniści, pragnęli mu odebrać. Tym niemniej po upływie dwóch stuleci pozostała nam jedynie zdroworozsądkowa, podlegająca obaleniu idea legicentryzmu, że słowo „prawo” nie oznacza nic innego, jak ustawy tworzone przez polityków. To dziwna idea, chociaż rozpowszechniona: demokratyczny parlament powinien być ostatnim miejscem na ziemi, gdzie tworzone jest prawo.

2.3. W końcu – „konstytucyjny stan prawa” oznacza taki stan, w którym prawo jest tworzone przez sędziów, ale nie tylko w granicach legislacji, tak jak w legislacyjnym stanie prawa, lecz także w granicach konstytucji. Tutaj więc sądownictwo powinno respektować podwójne ograniczenie, tak ustawodawcze, jak konstytucyjne – ale pośrednie skutki ludzkich czynów znowu determinują efekt odwrotny. Orzecznictwo powszechne i konstytucyjne powoduje rozgrywanie konstytucji przeciwko legislacji, przejmując nowe obszary dyskrecjonalności sędziowskiej.

Konstytucyjny stan prawa rozwija się od drugiej wojny światowej, a w szczególności po Auschwitz. Istnieją dwa sposoby ujęcia tego zjawiska,

jeden angloamerykański, drugi europejski i latynoamerykański. Autorzy angloamerykańscy mówią tu o *new constitutionalism*²⁵: nowym konstytucjonalizmie, oczywiście w odniesieniu do konstytucjonalizmu starego i nowoczesnego, o których mówił już McIlwain. „Nowy konstytucjonalizm” nie oznacza teorii lub filozofii, ale same powojenne konstytucje.

Autorzy latynoamerykańscy i europejscy (piszący w językach romańskich) mówią za to o *neocostituzionalismo* (po włosku), *à propos* teorii (kognitywnej) lub filozofii (normatywnej) nowego konstytucjonalizmu²⁶. Innymi słowy, ten ostatni jest przedmiotem, którego teorią jest neokonstytucjonalizm. Neokonstytucjonalizm jest pewną teorią-filozofią, która chce być postrzegana jako trzecia droga w stosunku do prawa natury i pozytywizmu prawniczego, a jest reprezentowana przez kontynentalnych naśladowców Dworkina, takich jak Alexy.

Powracając do pojęcia stanu konstytucyjnego, to właśnie po Auschwitz prawa, do tej pory proklamowane jako wartości moralne i polityczne, znajdują prawdziwą ochronę prawną w nowych konstytucjach i powojennych traktatach międzynarodowych. Prawdę mówiąc, konstytucyjny stan prawa bardziej niż stanem jest procesem przebiegającym w trzech etapach: przyjęcie sztywnych konstytucji; gwarantowanie konstytucji przez sądy konstytucyjne; promieniowanie praw jednostek na system prawa za pomocą interpretacji konstytucyjnej.

2.3.1. Pierwszym etapem kształtowania konstytucyjnego stanu prawa jest przyjęcie **sztywnych konstytucji**, których zmiana może nastąpić wedle procedury o wymogach zaostrzonych w porównaniu do zmiany zwykłych ustaw. W szczególności kraje europejskie wychodzące

25 Zob. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin 1982; M. Mandel, *A brief history of new constitutionalism, or „How we changed everything so that everything would remain the same”*, „Israel Law Review” 1998, nr 32/2, s. 250–300; R. Hirschl, *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*, „Fordham Law Review” 2006, nr 75/2, s. 721–754; M. Barberis, *Stato...; New constitutionalism and world order*, red. S. Gill, A. Cutler, Cambridge 2016.

26 Zob. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turyn 2001; *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, red. T. Mazzarese, Turyn 2002; M. Carbonell, *Neocostituzionalismo(s)*, Madryt 2003; L. Ferrajoli, *Constituzionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, „Doxa” 2011, nr 34, s. 15–53; R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, „Teoria politica” 2011, s. 147–158; M. Barberis, *Le néo-constitutionnalisme existe-t-il?*, „Revus” 2015, nr 25, s. 101–124.

z doświadczenia totalitaryzmu, jak najpierw Niemcy i Włochy, następnie Hiszpania i kraje bloku wschodniego, przyjmują „długie” konstytucje, podzielone na dwie duże części: jedna część jest deklaracją praw, zarówno wolnościowych, jak i politycznych oraz socjalnych, a druga formą dla rządów parlamentarnych.

W szczególności prawa są w mniejszym stopniu wyznaczane przez specyficzne zasady, tak jak w legislacyjnym stanie prawa, niż przez zasady ogólne, które mogą być zastosowane do zachowań na dwa sposoby pośrednie. Pierwszy polega na precyzowaniu zasad konstytucji ze strony zwykłego ustawodawcy, poprzez reguły ustawowe. Drugi sposób, o wiele ważniejszy, to uznanie zasad za parametry kontroli konstytucjonalności ustaw przez sądy konstytucyjne.

2.3.2. Drugim etapem konstytucyjnego stanu prawa jest wprowadzenie **sądów konstytucyjnych** w celu zagwarantowania praw i zasad konstytucyjnych wobec ich gwałcenia przez ustawodawstwo. Inaczej mówiąc, we wspomnianych krajach konstytucja wprowadza trybunały wyposażone, pośród innych funkcji, w funkcję kontroli konstytucjonalności ustaw: ustawy niekonstytucyjne mogą być anulowane przez sędziów konstytucyjnych.

Pomiędzy zgodnością a niezgodnością z konstytucją jest zresztą trzecia możliwość: interpretacja z nią zgodna (niem. *verfassungskonforme Auslegung*). Sędziowie konstytucyjni mogą uchronić od anulowania dyspozycję ustawy, interpretując ją i nadając jej określone znaczenie, a więc sprawić, by wyrażała jakąś normę w sposób zgodny z konstytucją, uprzednio ją również interpretując. Interpretacja zgodna z konstytucją ze swej strony przyczynia się do promieniowania zasad konstytucyjnych.

2.3.3. Trzecim etapem konstytucyjnego stanu prawa jest **promieniowanie** zasad konstytucyjnych na system prawa za pomocą interpretacji konstytucyjnej: proces stopniowy, który determinuje to, co nazywa się także **konstytucjonalizacją** prawa²⁷. Całość prawa jest w ten sposób napromieniowana lub skonstytucjonalizowana poprzez interpretację konstytucyjną

27 O promieniowaniu zasad pisał R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt nad Menem 1985, *passim*; a o konstytucjonalizacji pisał R. Guastini, *Leçons...*, s. 163–174.

sędziów, w równej mierze sądów konstytucyjnych, jak i powszechnych. Sędziowie ci interpretują w sposób zgodny z konstytucją nawet ustawy zwykle wcześniejsze od konstytucji.

Proces ten nie ogranicza dyskrecjonalności sędziów, ale ją podwaja, dostarczając im technik argumentacyjnych – nazywanych czasami mało poprawnie „interpretacją konstytucyjną”²⁸ – takich jak ważenie zasad i kontrola proporcjonalności. Wążenie polega tylko na wyborze zasady nadającej się do zastosowania jako parametr kontroli konstytucyjności. Często w rzeczywistości ustawa jest zgodna z jakąś zasadą, ale niezgodna z inną, w taki sposób, że należy dokonać wyboru między tymi dwiema zasadami lub starać się je pogodzić.

Kontrola proporcjonalności jest najbardziej powszechną formą stosowaną w celu wążenia zasad i poddaje podejrzwane o niekonstytucyjność ustawodawstwo trzem testom. Po pierwsze, ustawa powinna być **adekwatna** do osiągnięcia legitymowanego celu sformułowanego przez zasadę konstytucyjną, nawet jeśli ustawa ta pogwałca inną zasadę. Następnie to pogwałcenie innej zasady powinno być **niezbędne**, to znaczy niezastępowalne przez rozwiązania, które w ogóle nie pogwałcą lub pogwałcą w mniejszym stopniu inną zasadę. Na koniec – to pogwałcanie powinno być **proporcjonalne** do osiągniętego dzięki ustawie pewnego legitymowanego celu.

Zanim zastosujemy TRR do wążenia wolności i bezpieczeństwa, co uczynimy w ostatniej części wykładu, należy podkreślić, że konstytucyjny stan prawa, daleki od bycia kolejnym stanem przejściowym w procesie legislacyjnego ustanawiania prawa (fr. *légification*), może być uważany za powrót do centralnej roli władzy sądowniczej, typowej dla sądowego stanu prawa. W rzeczy samej – konstytucjonalizacja prawa wewnętrznego i międzynarodowego określa autonomię prawa, a w szczególności sądownictwa, w stosunku do polityki. Ta ostatnia nie jest już „panem prawa”, jak w jego stanie legislacyjnym²⁹.

28 W istocie – nie chodzi tu o interpretację w tym specyficznym sensie, w którym polega ona na przypisywaniu znaczenia, lecz o interpretację w sensie rodzajowym, tzn. w sensie rozumowania lub argumentacji. Wążenie zasad, kontrola proporcjonalności, równości i racjonalności oraz interpretacja zgodna z konstytucją są argumentami specyficznymi dla argumentacji konstytucyjnej.

29 O autonomii sądownictwa pisał M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, w: *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, red. M. Fioravanti, Rzym, Bari 2002, s. 7–21; o *juristocracy* i *judi-*

3. Sekurytaryzm

To, co nazwiemy **sekurytaryzmem** – zbiór środków służących do przeciwdziałania nowemu światowemu terroryzmowi, po 11 września 2001 r. – pokazuje jednocześnie kryzys legislacyjnego stanu prawa, jak i delikatność jego stanu konstytucyjnego³⁰. Ustawodawca demokratyczny potrafi zapewnić bezpieczeństwo ludzi jedynie poprzez naruszenie ich wolności konstytucyjnych, które wydają się odtąd gwarantowane jedynie przez trybunały, przede wszystkim międzynarodowe. Sekurytaryzm przedstawia zatem jedno z najgorszych wyzwań dla stabilności konstytucyjnego stanu prawa.

Środki bezpieczeństwa wydają się ograniczać wolność indywidualną – wolność nazywaną negatywną lub liberalną – w celu zapewnienia bezpieczeństwa. Ale jakiego bezpieczeństwa? Ponieważ istnieją co najmniej trzy: bezpieczeństwo **indywidualne** i dwa rodzaje bezpieczeństwa **zbiorowego**, to znaczy bezpieczeństwo socjalne i bezpieczeństwo publiczne lub narodowe (odpowiednio: w odniesieniu do spraw wewnętrznych i zewnętrznych państwa). Kiedy środki bezpieczeństwa wpływają na wolność osobistą, to wolność ta wchodzi w trzy typy konfliktów: z bezpieczeństwem indywidualnym, socjalnym i narodowym.

Poniżej zastosuję do tych trzech typów konfliktów ważenie między wolnością a bezpieczeństwem, w formie kontroli proporcjonalności. Według **argumentu warunku koniecznego** bezpieczeństwo jest warunkiem gwarancji całego prawa, więc także samej wolności. Ale środki bezpieczeństwa powinny być odpowiednie, niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia ich celu. Co do środków bezpieczeństwa – można zadawać sobie pytanie o to, czy są one właściwe, konieczne i proporcjonalne do osiągnięcia trzech typów bezpieczeństwa.

3.1. Bezpieczeństwo indywidualne

Bezpieczeństwo indywidualne jest nie tylko pewnym prawem. Jest ono prawem podmiotowym *par excellence*, jednym z tych życiowych

cialization of politics pisał R. Hirshl, *Towards juristocracy...* oraz *The judicialization of politics*, w: *Oxford handbook of law and politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Kelemen, K. Whittington, Oksford 2010.

30 Cała sekcja jest podsumowaniem rezultatów przedstawionych w mojej książce: M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche contro il terrorismo*, Bolonia 2017.

oczekiwań normatywnych, dla zagwarantowania których kultura zachodnia wymyśliła prawo. Bezpieczeństwo indywidualne nawet zbiega się z wolnością negatywną, interpretowaną liberalnie: prawem do nie-bycia-uwięzionym poza przypadkami przewidzianymi przez ustawę³¹. Z uwagi na taki wspólny rdzeń wolność i bezpieczeństwo nie są tylko współmierne: one są tym samym prawem. Pogwałcając jedno, pogwałcamy i drugie: jest to powód, aby mówić w kategoriach **wolności-bezpieczeństwa**.

Pozostaje możliwość konfliktu między wolnościami-bezpieczeństwami przypisanymi różnym podmiotom – konfliktu nie *inter-rights*, ale *intra-right*. Przykładem takiego konfliktu jest przypadek **tykającej bomby** podnoszony przez Alana Dershowitza: czy dozwolone jest torturowanie terrorysty, by ocalić potencjalne ofiary?³² Właśnie dlatego, że tortury są powszechnie praktykowane, nawet w państwach konstytucyjnych, Dershowitz sądzi, że aby je zmniejszyć, nie należy ich zabraniać bez wyjątku, tak jak w międzynarodowej konwencji dotyczącej tortur z 1984 r.³³

Aby zwalczać tę praktykę, uważa on, że należy upoważnić do ich stosowania w skrajnych przypadkach, jak wspomniany przypadek **tykającej bomby**. W rzeczy samej – jeżeli tortura okaże się **odpowiednia** dla ratowania życia, **konieczna** w sensie bycia niezastępowalną przez inne sposoby, **proporcjonalna** do praw integralności fizycznej terrorysty i do życia ofiar, to może być legitymowana. Jednakże ważenie na drugim poziomie, zaproponowane przez Cassa Sunsteina, pokazuje, iż czynienie wyjątków nie jest najlepszym sposobem na wzmocnienie zakazu tortur³⁴.

31 Zob. w szczególności J. Waldron, *Torture, terror and trade-offs. Philosophy for the White House*, Oksford 2010, s. 161–162; à propos wolności liberalnej zob. M. Barberis, *Libertà*, Bolonia 1999.

32 Zob. A. Dershowitz, *Why terrorism work. Understanding the threat, responding to the challenge*, New Haven (Conn.) 2002.

33 Zob. Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta w Nowym Jorku w 1984 r., art. 2.2: „No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture”.

34 Zob. C. Sunstein, *The law of fear* (2005), tłum. włoskie: U. Izzo, *Il diritto della paura*, Bolonia 2010, s. 291–298.

3.2. Bezpieczeństwo socjalne

Bezpieczeństwo nazywane **socjalnym** jest czasami prawdziwym prawem indywidualnym do świadczeń ze strony państwa, innym razem wyłącznie celem zbiorowym służącym ogólnemu dobrobytowi (*Welfare*). Jako cel społeczny wydaje się tutaj podwójnie nie na miejscu. Po pierwsze, nie wydaje się, żeby istniał potencjalny konflikt między bezpieczeństwem socjalnym a wolnością-bezpieczeństwem indywidualnym. Następnie ewentualny konflikt między prawem indywidualnym a celem zbiorowym powinien pokazywać przewagę pierwszego z nich, przynajmniej według **domniemania liberalnego** przyjętego tak przez teorię sprawiedliwości, jak przez sądy konstytucyjne.

W rzeczywistości istnieje co najmniej jeden przypadek konfliktu między wolnością-bezpieczeństwem a bezpieczeństwem socjalnym: emigracja. Znamy sprawę chińskich Amerykanów zatrzymanych przez Stany Zjednoczone podczas drugiej wojny światowej z powodu bezpieczeństwa narodowego. Mniej znany jest przypadek meksykańskich Amerykanów odesłanych lub raczej deportowanych do Meksyku po Wielkim Kryzysie, ponieważ w 60% chodziło tu o obywateli amerykańskich³⁵. Wtedy nie podano żadnego uzasadnienia: nawet jeżeli takie istniało, mogłoby chodzić jedynie o bezpieczeństwo socjalne Amerykanów.

Po prostu – nie chciano uznać posiadania przez Meksykanów, chociaż byli obywatelami amerykańskimi, takich samych praw socjalnych jak prawa innych obywateli amerykańskich. To dyskryminacja, która może wydawać się niewiarygodna, ale stała się powszechna nie tylko w Stanach Zjednoczonych za administracji Trumpa, ale także w bogatych krajach, które nie chcą dzielić swoich zabezpieczeń socjalnych z imigrantami. Słusznie czy nie? Spróbujmy zastosować do tych środków nasze zwykłe narzędzia: kontrolę proporcjonalności i domniemanie liberalne.

Przed wszystkim wydalenie Meksykanów było być może **adekwatne** dla zwiększenia zasobów będących w dyspozycji obywateli amerykańskich, ale z pewnością nie było **konieczne**: to samo mogło zostać osiągnięte za pomocą innych środków, bez pogwałcenia równości obywateli

³⁵ Zob. K. Johnson, *The „huddled masses”. Immigration and civil rights*, Filadelfia 2004 oraz przede wszystkim F.E. Balderrama, R. Rodriguez, *Decade of betrayal: Mexican deportation in the 1930s*, Albuquerque 2006.

i prawa człowieka do wolności-bezpieczeństwa nie-obywateli. W końcu – pogwałcenie praw Meksykanów nie było **proporcjonalne** do wymagań amerykańskiej opieki socjalnej. Nawet jeśli tak by było, naruszyłoby to domniemanie liberalne, które zabrania poświęcania praw indywidualnych celom zbiorowym.

3.3. Bezpieczeństwo narodowe

Bezpieczeństwo narodowe (międzynarodowe, światowe...) jest celem zbiorowym najczęściej przywoływanym w celu ograniczenia wolności-bezpieczeństwa. Należy jednak podkreślić, że chodzi o cel zbiorowy, a nie prawo indywidualne. W rzeczywistości bezpieczeństwo narodowe łączy z bezpieczeństwem socjalnym co najmniej cztery analogie: niejednoznaczność między prawem indywidualnym i celem kolektywnym, charakter ilościowy tych dwóch pojęć, funkcje uzasadnienia nadzwyczajnych środków i charakter warunku dla zagwarantowania wszystkim ich pozostałych praw.

Najpierw omówmy dwuznaczność pojęć prawa indywidualnego i celu zbiorowego. Chodzi o dwuznaczność zachodzącą między prawem do zdrowia i samym jego celem. Prawo podlega **osądowi**: sędzia może ustalić, że jestem leczony. W przeciwieństwie do tego gwarantowany przez państwo poziom zdrowia publicznego jest wyznaczony przez egzekutywę i legislatywę na bazie uznaniowej. Inaczej mówiąc, prawa są gwarantowane przez zasady **regulujące** (lub **zasady**), a cele przez zasady **kierownicze** (dot. **polityk**)³⁶. W razie konfliktu zasady regulujące przewyższają kierownicze, zgodnie z domniemaniem liberalnym³⁷.

Następnie bezpieczeństwo socjalne i bezpieczeństwo narodowe są pojęciami ilościowymi. Podczas gdy prawo indywidualne może być jedynie przestrzegane lub naruszane, cel zbiorowy osiągnięty jest „bardziej” lub „mniej”: bezpieczeństwo jest kwestią stopnia, rodzajem abstrakcji statystycznej. Nie jest się nigdy pewnym, nawet indywidualnie; z poważnych powodów **realny** poziom bezpieczeństwa zbiorowego jest sam w sobie tak

36 W polskim języku prawniczym są to tzw. normy programowe (dop. tłum.).

37 Rozróżnienie sformułowane w ten sposób przez L. Ferrajolię, *Dei diritti...*, Bolonia 2013, s. 78–81, sięgające co najmniej R. Dworkina, *The model of rules I* (1967), w: *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.) 1977, s. 22–28.

nieuchwytny, że rządy kusi się, by reagowały tylko na **postrzegane** bezpieczeństwo, używając symbolicznych środków, niezdolnych do zwiększenia bezpieczeństwa rzeczywistego³⁸.

Ponadto zarówno bezpieczeństwo socjalne, jak i narodowe mogą uzasadniać przyznawanie rządowi wyjątkowych uprawnień. Wielki Kryzys uzasadnił wydalenie Meksykanów przez prezydentów Hoovera i Roosevelta prawie w tym samym stopniu, co wojna secesyjna uzasadniła zawieszenie *habeas corpus* przez prezydenta Lincolna. Jednakże ekstremalny charakter tych dwóch przykładów pokazuje, że jedynie ogromny spadek bezpieczeństwa socjalnego lub narodowego, poniżej ich minimalnego stopnia, mógł uzasadnić takie środki.

Wreszcie – bezpieczeństwo socjalne i narodowe są razem przywoływane w ramach argumentu z warunku wstępnego: poniżej minimalnego poziomu bezpieczeństwa przekroczonego przez państwa określane jako „upadłe” (*failed states*) gwarancja praw stałaby się niemożliwa. Ale w roku 2004, uzasadniając orzeczenie Izby Lordów na temat angielskiego ustawodawstwa antyterrorystycznego, lord Leonard Hoffman przypomniał, że jedynie tak skrajne sytuacje jak inwazja nazistów na Zjednoczone Królestwo mogłyby uzasadnić pogwałcenie indywidualnej wolności-bezpieczeństwa³⁹.

Albo zapytajmy: kto decyduje, czy mamy do czynienia z taką sytuacją? Tutaj zachodzi pewnego rodzaju **trylemat bezpieczeństwa**: albo bezpieczeństwo narodowe jest wyłącznie celem polityczno-militarnym, celem kompetencji rządu, a nie sprawiedliwości; albo jest to zasada prawna, która może być podnoszona przed sądami, ale jest ona na tyle absolutna, że może przewyższyć podczas ważenia dowolną inną zasadę; albo też chodzi o zasadę prawa (że tak powiem) nie bardziej najwyższą (fr. *plus supreme*) niż inne, która może być poddawana ważeniu z pozostałymi.

Jednakże gdy sędziowie rozpatrują sprawę, to mają kompetencję ustalania, czy chodzi o **kwestię polityczną**, czy o zagadnienie prawne. TRR może tutaj jedynie stwierdzić to, co zazwyczaj się zdarza. Nazajutrz po atakach terrorystycznych sądy krajowe, odnoszące się z większym

38 Zob. J. Waldron, *Torture...*, s. 177.

39 Zob. *A (FC) v. Sec'y of State of the Home Dep't* [2004] UKHL 56, [2005] 2 A.C. 68, 132 (H.L.) (odwołanie angielskie) (U.K.) (Lord Hoffman, zdanie odrębne).

szacunkiem do władzy wykonawczej, mają tendencję twierdzić, że chodzi tu o problem natury politycznej (*political question*). Ale gdy szok minie, to – przeciwnie – te same sądy krajowe, a zwłaszcza sądy międzynarodowe, ustalają, że chodzi o prawdziwy problem prawny i same go rozwiązują.

Na przykład w sprawach Arar, El-Masri i Abou Omar – osób pochodzących ze Środkowego Wschodu, porwanych i torturowanych przez służby amerykańskie i kraje alianckie – sędziowie krajowi na początku odmówili interwencji, przez szacunek dla rządów poszczególnych państw. Następnie sędziowie międzynarodowi skazali rządy Włoch i Macedonii za naruszenie praw wolności-bezpieczeństwa zagwarantowanych przez Kartę Rady Europy – podczas gdy rząd Stanów Zjednoczonych (które nie są członkiem Rady) uniknął takiego potępienia⁴⁰.

Na podstawie tej analizy TRR można wyciągnąć następujące wnioski. Po pierwsze, prawo, a nawet sądownictwo mogą odgrywać rolę dominującą, również w odniesieniu do bezpieczeństwa narodowego. Następnie – że nazajutrz po zamachach terrorystycznych cel bezpieczeństwa narodowego staje się nadrzędnym nad prawami wolności-bezpieczeństwa, natomiast prawa te przeważają, gdy zamazuje się pamięć ataków terrorystycznych, i są traktowane jako nadrzędne przez trybunały międzynarodowe. Przede wszystkim – respektowane jest domniemanie liberalne; lecz ta krzepiąca konkluzja nie okazuje się „prawdziwie realistyczna”.

W rzeczywistości decyzje sędziów międzynarodowych dotyczą wyłącznie państw, które są sygnatariuszami traktatów, i mają one efekt tylko symboliczny. Jedyne skuteczne decyzje pochodzą od sądów wewnątrz-krajowych, które działają wyłącznie na wniosek, co jest skutkiem zadawanej obawy przed „rządami sędziów”. Ale nawet gdy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał prawa *habeas corpus* przetrzymywanych w Guantanamo, w rezultacie tego ustawodawca zainterweniował, aby przeciwdziałać skutkom orzeczeń sądowych⁴¹.

Z poznawczego punktu widzenia musimy uznać, że prawa wolności-bezpieczeństwa zostały naruszone przez rządy, przy współudziale

40 Zob. EctHR, Grand Chambre, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13 XII 2012 r., < hudoc.echr.coe.int > oraz ECHR, Quatrième Section, *Nasr et Ghali (Abu Omar) v. Italia*, 23 II 2016 r., również na < hudoc.echr.coe.int >.

41 Por. *Rasul v. Bush* 542 U.S. 466 (2004) wraz z *dissenting opinion* sędziego Antonina Scalii.

ustawodawcy i sądów krajowych. W żadnym razie niestanowiące wyjątku sprawy Arar, El-Masri i Abou Omar, nie wspominając o Giulio Regenim, torturowanym i zabitym przez służby egipskie, są jedynie wierzchołkiem góry lodowej. Wobec takich naruszeń sądownictwo, dalekie od posiadania ostatniego słowa, nie może być niczym więcej jak ziarenkiem piasku w maszynie władzy.

Jednakże z normatywnego punktu widzenia co najmniej nie można uciec od następujących pytań. Czy ograniczenia indywidualnej wolności-bezpieczeństwa są zawsze adekwatne w odniesieniu do celów bezpieczeństwa narodowego? Czy są one zawsze niezbędne i niezastępowalne innymi środkami, w mniejszym stopniu sprzecznymi z prawami jednostki? Czy są one zawsze proporcjonalne w stosunku do praw człowieka, czy raczej naruszają one domniemanie liberalne sprzeciwiające się poświęcaniu tych praw takim celom? Dla prawnika, jak sądzę, istnieje tylko jedna odpowiedź.

Evolution, constitution, security. An outline of the Really Realist Theory

The “really realist theory” (*théorie réellement réaliste*, TRR) is not conceived by the Author as a theory, which is limited to the recognition that judges create the law (as it is today commonly accepted), but as a theory, which follows Ronald Dworkin’s ideas by shifting the capital of “Law’s Empire” from the legislature to the judiciary. The truth is that nobody creates the law, since it is found by the judges when deciding individual cases, by the legislators in limiting the administrative discretion, by the constituent assembly in restricting the arbitrariness of legislature etc. In the first section of the paper the TRR is presented as a form of evolutionism. Firstly, because creationism – a naive idea that the law can be created *ex nihilo* – is strongly rejected by the TRR. Secondly, since the TRR adapts some ideas of Charles Darwin in relation to law. In the second section of the paper the evolution of law is outlined: from the state of the law called “judicial” to the states called “legislative”, and “constitutional”. Finally, in the last section the TRR is applied to a very important current problem: the finding of an equilibrium between freedom and security in the time of the global fight against terrorism.

Keywords: legal realism, evolutionism, constitutionalism, freedom, security

Mauro Barberis – profesor teorii prawa, Uniwersytet w Trieście, Włochy

Marcin Krzemiński (tłumacz) – dr, asystent naukowy post doc w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego

Oskar Pogorzelski (tłumacz) – doktorant w Katedrze Teorii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

Andrzej Grabowski (redaktor) – dr hab., prof. UJ w Katedrze Teorii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego