

Anna Krzynówek-Arndt
Uniwersytet Ignatianum w Krakowie
<https://orcid.org/0000-0001-5293-6829>
<https://doi.org/10.35765/slowniki.667>

Rządy prawa i władza nad prawem

Streszczenie

DEFINICJA POJĘCIA: Rządy prawa wpisane są we współczesną liberalną demokrację konstytucyjną. Rozwój społeczeństwa masowego i upowszechnienie prawa wyborczego wymusiły pytania o miejsce i charakter demokratycznego władztwa w państwie prawa oraz na nowo postawiły problem relacji między nomokratycznym i demokratycznym wymiarem politycznego i prawnego organizowania się społeczeństw.

ANALIZA HISTORYCZNA POJĘCIA: Źródłem napięcia między prawem a władzą dostarcza już myśl antyczna. Właściwe współczesnej demokracji konstytucyjnej rozróżnienie między płaszczyzną demokratyczną i nomokratyczną poprzedzają znane wiekom średnim kategorie *iurisdictio* i *gubernaculum*, a następnie nowożytne koncepcje liberalizmu Locke’a i Monteskiusza.

UJĘCIE PROBLEMOWE POJĘCIA: W nowoczesnych państwach liberalno-demokratycznych problematyczność relacji między rządami prawa i władzą ujawnia się w trzech tradycjach: anglosaskiej *rule of law*, niemieckiej *Rechtsstaat* i francuskiej *État de droit*. Każda z nich nieco inaczej rozkłada akcenty między zwierzchnictwem ludu, rolą parlamentu i ochroną praw jednostki, co prowadzi do odmiennych modeli relacji między demokracją a prawem.

REFLEKSJA SYSTEMATYCZNA Z WNIOSKAMI I REKOMENDACJAMI: Współczesny rozwój sądownictwa konstytucyjnego rodzi ryzyko przekształcenia rządów prawa w „rządy sędziów” postrzegane jako kolejna inkarnacja władzy nad prawem. Świadomość, że rządy prawa pozostają

konceptcją podatną na polityczne kontestacje, sprzyja poszukiwaniom wykraczającym poza historyczne ramy liberalnej demokracji: czy lepiej, by rządziło prawo, czy lepiej, by władał ogół.

Słowa kluczowe: *rule of law*, państwo prawa, rządy sędziów, suwerenność narodu, demokracja

Definicja pojęcia

Demokracja konstytucyjna będąca współczesną odmianą demokracji liberalnej eksponuje konieczność respektowania konstytucyjnych ograniczeń decyzji demokratycznego prawodawcy. Rządy prawa traktowane są jako ograniczenie władzy narodu niezbędne do tego, by demokratycznie podejmowane decyzje mogły być postrzegane jako poprawne rozstrzygnięcia. Oznaczają już nie tylko granice stawiane władzy politycznej w imię obrony tak przed „tyranią większości”, jak i „tyranią wartości”, lecz również odpór demokracji nieoliberalnej mającej eksponować wolę narodu i rządy będące w istocie sprawowaniem władztwa nad prawem. Koncepcja rządów prawa wyrażona jest w anglosaskiej formule *rule of law* i kontynentalnych formułach państwa prawa. Rozwój społeczeństwa masowego i upowszechnienie prawa wyborczego wymusiły pytania o miejsce i charakter demokratycznego władztwa w państwie prawa oraz na nowo postawiły problem relacji między nomokratycznym i demokratycznym wymiarem politycznego i prawnego organizowania się społeczeństw. Rozwój i specyfika sądownictwa konstytucyjnego nie tylko nie doprowadziły do złagodzenia napięć między sferami prawa i polityki, lecz sprawiły, że w relacjach między rządami prawa i rządami sędziów pojawił się nowy wątek.

Analiza historyczna pojęcia

Myśli antycznej, nieznającej jeszcze pojęcia praw indywidualnych i ich ochrony, zawdzięczamy klasyczne dla demokracji sformułowanie dylematu relacji między władzą i prawem. Arystoteles (2012) poucza, że radykalna demokracja to ta, w której „panem jest lud, a nie prawo”, co znaczy, że decydują każdorazowe uchwały (*psêphismata*), a nie prawo (*nomos*). Rozważając z kolei, czy lepiej, by rządził najlepszy człowiek, czy najlepsze prawa, za prawem przemawia to, że „ogólne postanowienia” w odróżnieniu od ludzi nie mają „pierwiastka uczuciowego”, stąd dobrze, by podlegali im władający wspólnotą. Nomokracja ma jednak tę wadę, że nierozumnie jest rządzić według „martwej litery” prawa, bezradnego w obliczu konkretnych przypadków. Z kolei gdy prawo nie daje jednoznacznego rozstrzygnięcia, lepiej, by decydował głos ogółu niż

jednostki i niewielkiej liczby najlepszych. Nawet bowiem jeśli spośród wielu zgromadzonych (*hoi polloi*) nikt nie jest człowiekiem najwyższej próby (*spoudaios*), to jako ogół są lepsi od niewielu etycznie najwyższej stojących, ponieważ „gdzie jest wielka liczba, tam każdy może posiadać pewną część cnoty i rozsądku”. Dlatego masa (*plethos*, ochlos) jest mniej podatna na błąd i lepiej sędzi. Demokratyczne Ateny znały też procedury kontroli treści prawa stanowionego przy udziale ludu i rozwiązania, zdaniem niektórych przypominające współczesną sądową kontrolę konstytucyjności prawa. Procedury *graphe paranomon* i *graphe nomon me epitedeon thenai* bywają rekonstruowane współcześnie jako wyraz kontroli „konstytucyjności” prawa. Waler „konstytucyjności” bywa przy tym różnie kojarzony – z wymaganiami hierarchicznej zgodności norm, z istnieniem wyższych zasad ustrojowych wyprowadzanych z *nomoi* przez sędziów orzekających w procedurze *graphe*, z istnieniem swoiście ateńskiej „żywej konstytucji” lub zespołu praw publicznych ugruntowanych przez *ethos* wspólnoty. Właściwe współczesnej demokracji konstytucyjnej źródła napięć między płaszczyzną demokratyczną i nomokratyczną są natomiast identyfikowane z dobrze znanym w historii myśli politycznej rozróżnieniem między *iurisdictio* i *gubernaculum*. Wedle wpływowej do dziś, choć szeroko dyskutowanej interpretacji McIlwaina (2008), w sferze rządzenia władca poddany jedynie kierującej sile prawa, miał zachowywać pełnię prerogatyw, władzę „autokratyczną” i „dyskrecjonalną”, i tym samym być *legibus solutus*. Zarazem w sferze *iurisdictio*, zasadniczej z punktu widzenia treści praw poddanych, określanych „nie wedle woli króla, lecz wedle samego prawa” i podlegających sądowej ochronie, władca miał być *sub lege*, to znaczy „w swoich decyzjach związany prawem o charakterze pozytywnym i represyjnym”. Ekspresja woli władcy w sferze zarządu królestwem w postaci *leges*, *constitutiones* i *assisae* podlegała jednak wyłącznie wewnętrznej, kierunkującej sile prawa zgodnie z twierdzeniem „król nie powinien być pod żadnym człowiekiem, a pod Bogiem i pod prawami, gdyż prawo czyni króla”.

Nowożytność przyniosła rozwiązania sprzyjające utrzymaniu delikatnej równowagi między dwoma sferami: sądową kontrolę administracji przeciwdziałającą arbitralności i dowolności decyzji władczych oraz polityczną odpowiedzialność rządu. Dawne napięcie między *gubernaculum* a *iurisdictio* miało jednak przetrwać w reinterpretowanym napięciu między prawem a polityką, sferą praw podlegających sądowej

ochronie a niezależną od interwencji władzy sądowniczej sferą identyfikowaną albo z aktywnością wyposażoną w prerogatywy władzy wykonawczej, albo z demokratycznym zwierzchnictwem narodu. Już w liberalizmie Locke'a, określanego jako „pierwszy liberalny demokrat”, tkwi zapowiedź koncepcji eksponujących z jednej strony imperium prawa, z drugiej zwierzchność ludu, z trzeciej sferę dyskrejonalnych uprawnień egzekutywy, wykorzystywanych czy to dla celów społecznego i gospodarczego dobrobytu, czy też w stanach nadzwyczajnych dla bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego. Po pierwsze (Locke, 2022), prawodawcę państwowego ogranicza poznawalne na mocy światła rozumu prawo natury, ostatecznie ugruntowane w woli Boga, a które głosi, że każdemu należy się to, na co zasłużył, i nikt nie powinien zabierać cudzej własności i jej sobie przywłaszczać. W tym znaczeniu to prawo natury przysługuje niejako pełnia majestatu władzy. Po drugie, legislatura, choć będąc władzą najwyższą w porządku wspólnoty państwowej, jako wywiedziona z władzy ludu (*power of the people*) nie może być władzą absolutną i arbitralną, władać może tylko poprzez stałe, powszechnie znane, ogłoszone, ogólne prawa, a nie chwilowe, wedle upodobania wydawane dekrety i zarządzenia. Po trzecie, władza wykonawcza dysponuje prerogatywą rozstrzygania pewnych spraw w sytuacjach nieunormowanych przez prawo, jeśli konieczne jest szybkie działanie dla dobra publicznego, i przekraczania granic prawa obowiązującego, jeśli sztywne trzymanie się litery prawa miałyby przynieść szkodę pożytkowi ludu. W tym znaczeniu rządzący ma władzę nad prawem ustanowionym i jest związany jedynie wymaganiami dobra publicznego. Jeśli jednak zachodziłby spór między władzami pochodzącymi z ustanowienia ludu i między władzami a samym ludem o sposób pojmowania korzyści ludu i dobra publiczne, to nie ma „ziemskiego sędziego”, który miałby rozstrzygać w ostatniej instancji (Locke, 1992).

W liberalizmie Monteskiusza (1997) rządy prawa możliwe są tylko w rządzie monarchicznym, to jest tam, gdzie najwyższą władzę ma jeden, sprawuje jednak swe rządy „na podstawie praw stałych i wiadomych”. W państwie despotycznym w ogóle nie ma najwyższej władzy w sensie prawnym (*puissance souveraine*), nie ma bowiem praw zasadniczych. Są tylko rządy zależne od zachcianek i woli jednostki. W demokracji, będącej przypadkiem rządów republikańskich, jest co prawda *puissance souveraine*, którą sprawuje cały lud jako jedno ciało, nie może być jednak rządów

prawa we właściwym tego słowa znaczeniu. Prawo – rzecz można – władza, nie ma jednak powagi (*autorité*). Ponieważ suweren ujawnia się jedynie, dokonując ekspresji swej woli, prawo stapia się z suwerenem, władza utożsamia się z wolnością, a prawa zasadnicze to te, które głoszą wprost, że „jedynie lud tworzy prawa”. Suwerenny lud nie ma jednak zdolności do tego, by sam roztrząsał sprawy państwa, rządził i rozstrzygał, ma dość rozsądku tylko, by wybrać przedstawicieli, zatwierdzać lub odrzucać przedstawione mu prawa. Nie może być też w demokracji podziału władz, a zatem wolności, skoro jedno i to samo ciało ludowe (*corps du peuple*) stanowi prawa, wykonuje je, sędzi zbrodnie i spory między obywatelami. W ustroju opartym na wolności, umiarkowaniu i ostrożności niezależność władzy sądu, tak mocno kojarzona dziś z Monteskiuszem, nastawiona jest nie tyle na ochronę sądów i sędziów przed pozostałymi władzami, ile na ochronę obywateli stojących przed obliczem wymiaru sprawiedliwości. Dlatego władza sędziowska powinna być „niewidzialną i żadną”, bezosobową, oderwaną od zawodu sędziowskiego, mającą niejako rozplynać się w procedurach i instytucjach. Konkludując bowiem rozważania nad podziałem władz w kontekście ustroju angielskiego, Monteskiusz porzuca pojęcie *la puissance de juger*, poprzestając na „ustroju sądowym” (*l'ordre judiciaire*), „formach sądowych” (*les formes judiciaires*) i „formalnościach sądowych” (*les formalités de la justice*). Prawa, które nie tylko władają, lecz mają powagę, powinny być proste, nie obrażać „istoty rzeczy” i nie zastawiać pułapek na obywateli. Sędziowie są *lex loquens*, ustami, które „wygłaszają brzmienie praw”, ale już nie *lex animata*; to „nieożywione istoty”, które nie mogą korygować prawa wedle sprawiedliwości naturalnej. Jeśli sędzia „sam sobie jest prawem”, oznacza to rządy bezprawia; w ustroju chroniącym wolność sędzia „trzyma się litery prawa”, jeśli jest ono ścisłe, w innym przypadku ma „szukać jego ducha”. Sędziowie mają naradzać się, dyskutować, rozważać wspólnie, ostatecznie oddawać głosy. Rządy prawa wymagają bowiem, by władający uwzględniali prawo w jego rozmaitych odmianach i wymiarach, w postaci norm, wartości, społecznych praktyk, religii, tradycji i wszelkich innych składowych sposobu życia danego narodu. Dlatego tam, gdzie istnieją prawa zasadnicze, potrzeba instytucji stojących na straży prawa (*dépôt de lois*). Mają być to „ciała polityczne”, bez „władzy przeszkadzania”, ich rolą jest bowiem obwieszczać i przypominać prawa, „posuwać się powolnym krokiem”, wносить do rządu „zastanowienie”.

Doktryna prawna rewolucji francuskiej i niemiecka nauka prawa przyniosły idee i konstrukcje prawne ważne z punktu widzenia rozwoju sądownictwa konstytucyjnego w liberalnych demokracjach. We Francji *le peuple* i jego *pouvoir constituant* stały elementami określającymi liberalny konstytucjonalizm. Naród jako byt transcendentny wobec wszelkiej empirycznie dostępnej rzeczywistości prawnej i politycznej staje się podmiotem wyposażonym w pełnię władztwa. Władztwo to zawsze faktycznie wykonywane jest jednak przez szereg różnych władz ukonstytuowanych, a zatem współdzielone i rozproszone. Ponieważ każda władza ukonstytuowana może być ograniczona tylko przez inną władzę, to konstytucja poprzedzająca każde prawo stanowione zwykłą większością staje się emanacją zwierzchnictwa narodu. Swoją prawomocność decyzje polityczne czerpią z tej samej konstytucji, tyle że ujmowanej już nie jako prawo zasadnicze, lecz swoista „mechanika”, regulująca podział władz i określająca system przedstawicielstwa. Aby chronić prawo zasadnicze przed potencjalnie groźnymi decyzjami realnej zbiorowości, Sieyès projektuje *jury constitutionnaire*, będące „depozytariuszem aktu konstytucyjnego”, mające pełnić trzy funkcje: stać na straży integralności ładu konstytucyjnego; co dziesięć lat na podstawie własnych wyroków przedstawiać *cahier de propositions* w celu udoskonalenia aktu konstytucyjnego; na wniosek organów wymiaru sprawiedliwości rozstrzygać sprawy, opierając się na zasadach „słuszności naturalnej” w sytuacjach, gdy istniały luki prawne, gdy wątpliwości budziła sądowa wykładnia prawa lub gdy sprawa była szczególnie zawiła. Członkostwo w *jury* pomyślane jest jako zwieńczenie kariery parlamentarnej i spełnienie ambicji zawodowych i politycznych. Chroniony depozyt konstytucyjny obejmuje nie tylko zespół norm konstytucyjnych, lecz całość ładu ustrojowego opartego na systemie współdziałania państwowych funkcji i organów tworzących „zorganizowaną jedność”. Wszystkie działania sądu miały zatem być ukierunkowane na to, by zapobiegać z jednej strony wstrząsom, na jakie narażony mógł być ład społeczno-polityczny, z drugiej zaś „śmiertelnej inercji” zagrażającej biegowi spraw publicznych (Pasquino, 1998).

Nawet tak moralnie i filozoficznie wyjałowiona figura narodu, będąca u Sieyèsa podmiotem władzy konstytuującej, przez Hansa Kelsena (2009) będzie oceniona jako refleks mistyczno-religijny i metafizyczno-absolutystycznego światopoglądu, a pełnia władztwa (*Souveränität*)

przyznana wyłącznie prawnemu porządkowi państwowemu. Liberalno-demokratyczny porządek wywodzony czy to z podziału na *pouvoir constituant* i *pouvoir constitué*, czy to z istnienia konstytucji rozumianej jako „najwyższa zasada” określająca porządek prawny i państwowy, zaczyna oznaczać przede wszystkim ochronę praw mniejszości przed demokratyczną większością. Istotą demokracji jest kompromis między konstytucyjnie ograniczoną demokratyczną większością i mniejszościami tolerującymi rządy większości. Ograniczenie politycznego władztwa nad prawem w postaci instytucjonalnego podziału, równoważenia i hamowania władz oraz ochrony praw podstawowych staje się zasadniczo gwarancją dla praw mniejszości (co najmniej w tym znaczeniu, że mogą one stać się częścią większości lub same stać się większością) w opozycji do demokratycznego populizmu mającego opowiadać się za wykluczeniem tych wszystkich, którzy nie uczestniczą w niezmienniej, wyobrażonej tożsamości narodowej.

Ujęcie problemowe pojęcia

Jeśli odnieść liberalną demokrację do instytucjonalnych praktyk, jakie rozwinęły się w państwach zachodnich już XIX w., zyskując pełen wyraz w toku przemian i dyskusji w początkach wieku XX, problematyczność relacji między leżącym po stronie „politycznej” władztwem nad prawem i rządami prawa należy umieścić w kontekście trzech odmiennych, choć wzajemnie powiązanych tradycji: angielskiej *rule of law*, niemieckiej *Rechtsstaat* i francuskiej *État de droit*. Angielska koncepcja rządów prawa zyskała swój teoretyczny wyraz za sprawą Alberta Venna Diceya (1908), głoszącego, że pod pojęciem rządów prawa należy rozumieć trzy różne, lecz pokrewne idee. Po pierwsze, rządy prawa oznaczają, że „nikt nie może zostać ukarany, jak tylko za przekroczenie prawa ustanowionego w drodze zwyczajnej procedury, przez zwyczajne sądy krajowe”. Jest to zanegowanie dyskrejonalnych kompetencji władczych, władzy arbitralnej, kierującej się „wybrykami humoru”. Po drugie, „równość przed prawem” (*legal equality*) wymaga, by każdy, bez względu na swój status, pełniony urząd, podlegał „prawom zwyczajnym królestwa i wyrokom sądów zwyczajnych”. Po trzecie, rządy prawa oznaczają „przewagę zmysłu prawnego” (*predominance of the legal spirit*),

w którym najpełniej uwidacznia się angielska specyfika *rule of law*. Prawa i wolności jednostek nie są, jak w systemie prawa kontynentalnego, zasadami wpisanymi przez prawodawcę w konstytucyjne deklaracje praw i wolności, lecz „prostymi uogólnieniami, wysnutymi z wyroków i orzeczeń sędziów”. To, że angielska konstytucja jest „dziełem sędziów” (*judge made Constitution*), a prawo „prawem stworzonym przez sędziów” (*judge made law*), sprawia, że ochrona praw i wolności jest mniej kwestią abstrakcyjnych zasad, a bardziej ochrony konkretnych wolności osobistych w konkretnych przypadkach. Wolność słowa nie jest naturalnym prawem człowieka proklamowanym w konstytucji, lecz „prawem pisania i mówienia tego wszystkiego, co trybunał sędziów przysięgłych, złożony z dwunastu sklepikarzy uzna za właściwe”. Obok rządów prawa Dicey wymienia jednak jeszcze dwie zasady określające angielski konstytucjonalizm: prawodawcze zwierzchnictwo parlamentu i rolę konwenansów konstytucyjnych, to jest zwyczajów, praktyk i zasad „nieegzekwowanych i nieuznawanych przez sądy”, a składających się na „kodeks moralności konstytucyjnej” czy też „politycznej”. Zwierzchnictwo parlamentu złożonego z króla, Izby Lordów i Izby Gmin oznacza, że parlament „robić może wszystko, co materialnie nie jest niemożliwe”, żadna władza nie może ograniczać, kontrolować jego działalności, a każdy jego akt ustanawiający nowe prawo, uchylający lub zmieniający prawo już obowiązujące jest „przestrzegany przez trybunały”. Tak rozumiana, w istocie nieograniczona władza ustawodawcza parlamentu była jednak „pojęciem czysto prawnym”, „fikcją prawną”, przesadną „figurą retoryczną”. Obok zwierzchnictwa w sensie prawnym Dicey dostrzega zwierzchnictwo w znaczeniu politycznym, należące do tego, „którego woli w ostatecznym rezultacie ulegają obywatele państwa”. Zwierzchnikiem politycznym jest zatem lud, a ściślej rzecz biorąc wyborcy, którzy „mogą zawsze zapewnić zwycięstwo swej woli”, choć zarazem trybunały nigdy nie uznają woli wyborców niewyrażonej aktem parlamentu. Zwierzchnictwo w znaczeniu politycznym miało być „równie ważne, jak jego sens prawny, jeśli nie ważniejsze”. Niebezpieczeństwo zaistnienia napięć między prawnym zwierzchnictwem parlamentu i politycznym zwierzchnictwem ludu Dicey neutralizuje, wskazując na system rządów reprezentatywnych, który „zniósł rozbieżność między wolą zwierzchnika a wolą narodu”. To, czego domaga się większość parlamentarna, miało być tym samym, czego domaga się większość narodu. Czyniąc rządy

prawa fundamentalną zasadą angielskiego konstytucjonalizmu, Dicey dostrzega i zarazem unieważnia problem relacji między wymiarem polityczno-demokratycznym i prawnym. Zwierzchnictwo parlamentu, będące „doskonałym narzędziem do zaprowadzenia demokratycznego despotyzmu”, miało być równoważone zasadą rządów prawa. Aprobując przywołuje słowa Lesliego Stephena, głosząc:

Gdyby władza prawodawcza postanowiła, że wszystkie niemowlęta o niebieskich oczach mają być pozbawione życia, wówczas ochrona przed śmiercią dziecka z niebieskimi oczyma byłaby czynem nielegalnym; lecz przypuszczać trzeba, że prawodawcy byłiby pozbawionymi rozumu, jeśliby wydali podobne prawo, a poddani głupcami, gdyby mu się poddali.

Wyznawca klasycznego liberalizmu i sympatyk rządów większościowych zarazem był pozbawiony złudzeń co do charakteru związku między wolnością i demokracją. Z jednej strony dostrzegał historyczny związek między ruchem demokratycznym i wolnością rozumianą jako wolność dążenia własną drogą do własnego dobra, realizowania własnego planu życia pod warunkiem nieszkodzenia innym. Z drugiej strony, podzielał toquevillowskie obawy o demokratyczny despotyzm, tyranię liczb i opinii publicznej. *Rule of law* jest nie pogodzenia z demokracją rozumianą jako dyktat zmiennej opinii publicznej, pogarda dla moralnego autorytetu prawa, wiara w mistyczną, nieomylną *vox populi, vox Dei*. W imię rządów prawa piętnował politykę opartą na namiętnościach, w której miarą praw obywatelskich stają się dziennikarska pogoń za sensacją i zmienne, chwilowe namiętności tłumu z roszczeniem do moralnej powagi. Co ciekawe, rządowi prawa zagraża nie tylko „tyrania większości”, ale również „tyrania mniejszości”, to jest sytuacja, gdy silne i zdeterminowane grupy i siły polityczne udaremniają wolę większości, podkopując autorytet parlamentarnego prawodawcy. Dlatego demokracja w ścisłym i właściwym tego słowa znaczeniu może oznaczać jedynie formę rządów, w której decyduje wola większości będąca niczym więcej niż głosem nieznacznie przeważającej większości obywateli. Proponowane referendum, będące w istocie instytucją konstytucyjnego weta ludowego, miało gwarantować realizację z jednej strony demokratycznych wartości, jak realizacja rządów większości, równa siła głosu, upodmiotowienie obywateli, z drugiej strony wartości liberalnych, jak ochrona praw i korzyści płynące z publicznej debaty.

W państwach *civil law* rządy prawa rozumiane są w sposób właściwy wypracowanej głównie w niemieckiej nauce prawa, koncepcji *Rechtsstaat*. Pierwotnie eksponuje ona wyłącznie formalny aspekt państwa prawa. W klasycznym ujęciu Friedricha Juliusa Stahla państwo prawne miało chronić prawa jednostek, nie obejmowało ono jednak „w ogóle celu i treści państwa, a jedynie sposób i charakter, w jaki one mają być realizowane”. Poza aspekt czysto formalno-prawny wykracza liberalna koncepcja państwa prawa Wilhelma von Humboldta, postulującego państwo, które nie dąży do zapewnienia szczęścia obywatelom, a jedynie zapobiega złu, jakie ludzie mogą sobie wzajemnie wyrządzić. Aby być wolnym, człowiek potrzebuje być bezpiecznym. Liberalne państwo prawa może podejmować tylko te działania, które bezpośrednio i wprost naruszają cudze prawa; rozstrzygać spory prawne, stosować środki naprawcze w przypadku naruszenia praw podmiotowych i karać ich naruszcycieli. Liberalną wizję państwa prawnego dopełnia elementami socjalnymi Robert von Mohl, wskazując, że nie dobro wspólne, lecz „bezpośrednie zadowolenie indywiduów i pojedynczych kół towarzyskich” jest celem państwa. Ma ono gwarantować nie tylko równość wobec prawa, czyli „uwzględnienie celów życia ludzkiego, bez różnicy jego osobistego położenia” i „bez względu na stan, godność, itd. pojedynczych osób”; nie tylko swobodę realizowania jakiegokolwiek dozwolonego planu życia, ale również „poparcie w odpowiednich przypadkach” (Robert von Mohl, 1864, s. 398–401). Katalog klasycznych liberalnych uprawnień, obejmujący wolność osobistą, ochronę praw własności, swobodę wyrażania myśli, swobodę wyznań religijnych, prawo przenoszenia się z miejsca na miejsce, uzupełniony zostaje tym samym o prawo zakładania dobrowolnych stowarzyszeń, udział we wspólnych korzyściach materialnych i niematerialnych, określony według „zasad zdrowego rozumu”, prawo do „prośb i zażaleń”, tj. wnoszenia skarg, „zwracania uwagi” i żądania naprawy przez państwo w przypadku naruszenia uprawnień i „rzeczywistej niesprawiedliwości”.

Na koncepcję *Rechtsstaat* i jej związku z demokracją długim cieniem rzuca się kantowskie rozróżnienie republikańskiej i demokratycznej formy rządzenia. Republikanizm zasadzający się na podziale władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz przedstawicielstwie gwarantuje wolność, podczas gdy demokracja, która „ustanawia stosowanie przemocy, bo wszyscy [decydują tu] o jednym, zatem być może także

przeciw temu jednemu (jeśli im nie wtóruje), więc decydują wszyscy, którzy jednak nie są wszystkimi”, musiała być siłą rzeczy despotyczna. Naród nie mógł mieć władzy nad prawem, dla niego bowiem ważniejszy miał być – w domyśle republikański – sposób rządzenia (*forma regiminis*) niż forma władania (*forma imperii*), choćby miałyby to być „władza ludu” (Kant, 2012). Punkt ciężkości w *Rechtsstaat* genetycznie leży po stronie prawomocności władzy zależnej od sposobu rządzenia, nie po stronie tego, kto jest podmiotem panowania. Władza ustawodawcza może przysługiwać co prawda wyłącznie zjednoczonej woli ludu, jest to jednak tylko idea rozumu, która nakłada

na każdego prawodawcę obowiązek ustanawiania swych praw tak, ażeby mogły one wynikać ze zjednoczonej woli całego narodu i by każdego poddanego, o ile chce on być obywatelem, rozpatrywać tak, jak gdyby wraz z innymi dał on na taką wolę swoją zgodę (Kant, 2011, s. 88).

W kantowskim państwie prawa (2012, s. 285; 2011, s. 414–416) obywatelami (*Staatsbürger*), to jest współprawodawcami mogącymi czynnie uczestniczyć w życiu państwa, mogą być tylko niebędący dziećmi ani kobietami osoby *sui iuris*, czyli posiadający jakąkolwiek własność, z której mogą się utrzymać. Pozostali to tylko „bierne części państwa”, współmieszkańcy korzystający z ochrony praw publicznych (*Schutzgenossen*). Władzy nad prawem nie mają również sędziowie, każdy sędzia jest „rzecznikiem państwa”. Władza sądownicza (*potestas iudiciaria*) należy do sędziów i trybunałów, które stosując przepisy, przyznają „każdemu to, co mu się zgodnie z ustawą należy”. Ważne, by przepisy były takie, by sędzia mógł „w jak najłatwiejszy i jak najmniej wątpliwy sposób” wydać wyrok będący indywidualnym aktem publicznej sprawiedliwości. Ponieważ sędzia nie może „wydawać orzeczeń na podstawie nieustalonych warunków”, rozstrzygając spory prawne, nie może też w żaden sposób kierować się nieformalną słuszością (*aequitas*).

Liberał Humboldt stwierdza, że dla państwa nie są ważne wyłącznie „działania jego obywateli i ich zgodność z prawem”. Przyznaje, że

państwo jest bowiem machiną tak złożoną i skomplikowaną, że prawa – które zawsze muszą być proste, ogólne i nieliczne – nie mogą same przez się wystarczyć. Największa część zawsze pozostaje do wykonania dobrowolnym i godnym wysiłkom obywateli.

Do tego niezbędne są oświecenie i wysoki poziom kultury umysłowej. Państwo prawne miało poruszać się „dzięki wewnętrznej sile własnych sprężyn”, bez nieustannego dopływu impulsów z zewnątrz. Zabezpieczenie wolności miało służyć

podniesieniu kultury obywatela do takiego poziomu, aby wszelką motywację do współdziałania w zamierzeniach państwa odnajdywał on w świadomości korzyści, jakie instytucja polityczna przynosi jego własnym, indywidualnym interesom (Humboldt, 2022, s. 185–186).

Robert von Mohl (1864, s. 284, 405) przewiduje już pewne formy udziału poddanych w sprawach publicznych: współudział w ustawodawstwie i w decyzjach dotyczących wydatków państwowych, wojny i pokoju, czy to w formie bezpośredniej, czy poprzez zastępców lub pełnomocników; pewną instytucję „czuwania (...) nad czynnościami rządu i zabezpieczenia się na tej drodze od niedbałości, złej woli lub bezprawia”; wreszcie formy samorządu i dekoncentracji władzy. Zakres tego współdziału jest jednak kwestią nie prawa, lecz „sztuki państwowej”, to jest praktyki politycznej. Zarówno „udział wszystkich uzdolnionych w zawiadywaniu sprawami państwowymi”, jak i podejmowanie rozstrzygnięć głosem większości w przypadku rozbieżności zdań można pogodzić z zasadą państwa prawnego, Robert von Mohl nie pozostawia jednak wątpliwości, że tak rozumiane ludowładztwo nie jest ani jedyną usprawiedliwioną formą państwa prawnego, ani jedyną formą rządu godną człowieka.

Spojrzenie na rządy prawa z perspektywy *Rechtsstaat*, ale w sposób uwzględniający dorobek francuskiej nauki prawa, pogłębia różnice między planem polityczno-suwerennościowym i planem konstytucyjno-prawnym, eksponując tym samym specyfikę najnowszych debat wokół praworządności i demokracji. To w twórczości Raymonda Carré de Malberga, kładącej podwaliny pod francuską tradycję państwa prawnego, wyraźnie dają się rozpoznać również aktualne napięcia między władzą demokratycznej większości i konstytucjonalizmem. Strasburski jurysta, odróżniając państwo legalne od państwa prawnego, to pierwsze sytuuje blisko tego, co Carl Schmitt nazywa parlamentarnym państwem prawodawczym, w którym prawodawca dzierży monopol legalności. *État légal* wiąże się z supremacją ciała ustawodawczego w ramach organizacji władz państwowych, tak, że

władza administracyjna powinna być – we wszystkich wypadkach i we wszystkich dziedzinach – podporządkowana organowi ustawodawczemu, w tym sensie, że może ona działać wyłącznie wykonując ustawę albo na podstawie upoważnienia ustawowego (Carré de Malberg, 1920, s. 490).

État de droit, jest pojęciem węższym, skoro „ustanowione jest wyłącznie i jedynie w interesie obywateli oraz dla ich ochrony; zmierza ono tylko do zapewnienia ochrony ich praw lub ich indywidualnego statusu prawnego”. Zarazem ma szerszy zakres oddziaływania, stanowiąc, że „na obywateli nie mogą być nakładane żadne środki administracyjne inne niż te, które są dopuszczone przez obowiązujący porządek prawny”, i tym samym chroniąc ich przed arbitralną działalnością władz (Carré de Malberg, 1920, s. 490–493). Dla identyfikowanych później napięć w demokracji konstytucyjnej znamienne jest określenie przez francuskiego prawnika suwerenności narodu w jej związku z pojęciem państwa. Suwerenny naród nie jest ani ludem w znaczeniu ciała wyborczego, ani ogółem obywateli, ani jednym z elementem państwa, ani nawet władzą konstytuującą w znaczeniu prawnym. Carré de Malberg utożsamia naród z państwem:

państwo nie jest niczym innym, jak samym narodem, [...] naród posiada władzę, jest podmiotem prawa i jawi się jako suwerenny jedynie o tyle, o ile jest prawnie zorganizowany i działa zgodnie z prawami własnej organizacji. Innymi słowy, naród staje się osobą dopiero na mocy swojej organizacji państwowej, to znaczy przez fakt ukonstytuowania się jako państwo (Carré de Malberg, 1920, s. 14–15).

Jest to byt ponadjednostkowy, abstrakcyjny, niepodzielny, narodowo-państwowy (*personna nationale et étatique*), do którego należy pełnia władzy suwerennej. Pozbawiony niejako substancjalności może ostatecznie działać tylko poprzez wywodzące się z konstytucji organy, które nie sprawują władzy (*puissance*), a jedynie kompetencje (*compétence*). Koncepcja *état du droit* wraz z jej zasadą suwerenności narodu jest obliczona w istocie na ograniczenie suwerenności, której nie może zawłaszczyć żaden z organów państwa, zdaniem niektórych prowadząc nawet do zaniku suwerena jako takiego i fetyszyzacji konstytucji pisaney. W pracy *La loi, expression de la volonté générale* Carré de Malberg sprzeciwia się parlamentarnemu absolutyzmowi, prezentując dwie wizje państwa prawnego jako rozłączne alternatywy. Z jednej strony,

utożsamienie suwerenności z wolą ogółu wyklucza możliwość jej reprezentowania przez ciało ustawodawcze, wymuszając wprowadzenie bezpośrednich form udziału ogółu w prawodawstwie, i w konsekwencji czyni zbędnym kontrolę konstytucyjności ustaw będących wszak bezpośrednią ekspresją woli powszechnej. Francuski jurysta zauważa co prawda, że „szczególnie użyteczne i pożądane jest w demokracji to, aby status prawny jednostki był zabezpieczony przepisami konstytucyjnymi przed wszechwładzą ustawodawczą, właściwą doktrynie woli powszechnej”, dopowiadając zarazem, że „rozdzielenie między normami konstytucyjnymi a normami ustawowymi, uzasadniane w ten sposób, nie opiera się już na wymogu wynikającym z suwerenności woli powszechnej; odpowiada ono wyłącznie trosce o ochronę wolności indywidualnej”. Z drugiej strony, rezygnacja z „demokratycznej idei suwerenności woli powszechnej” (*la volonté générale*) prowadzi do uznania, że parlament posiada wywiedzioną z konstytucji władzę samodzielnego określania treści woli narodu (*la volonté nationale*), otwierając tym samym drogę do poddania ustaw sądowej kontroli ich zgodności z konstytucją (Carré de Malberg, 1931).

Refleksja systematyczna z wnioskami i rekomendacjami

Po drugiej wojnie światowej na rozwój demokracji liberalnej w znacznym stopniu wpłynęły rosnąca rola sądownictwa konstytucyjnego i aktywizm sędziowski, związany z postępującą jurydyfikacją sfery politycznej. Ewolucja państwa prawa w kierunku coraz gęstszych treściowo ujęć pogłębia związek, a zarazem napięcia między władzą opartą na demokratycznie wskazanej większości i rządach prawa. Wpisana do niemieckiej ustawy zasadniczej kategoria „wolnościowo-demokratycznego porządku”, *freiheitlich-demokratische Grundordnung* (fdGO), mocno sprzęgnięta z koncepcją tzw. demokracji „ukierunkowanej na wartości” (*wertgebunden*), a zarazem „czujnej”, „gotowej do obrony”, „ufortyfikowanej”/„opancerzonej” i „zaczepnej” dobrze obrazuje problematyczność treściowej zawartości wolnościowo-demokratycznego porządku i jej dekodowania przez sąd konstytucyjny. W orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego fdGO został określony jako porządek, który

„wykluczając wszelkie formy przemocy i władzy arbitralnej, uosabia ustrój respektujący zasadę państwa prawa w oparciu o samookreślenie narodu według woli aktualnej większości, wolność i równość”. Opiera się on między innymi na zasadach poszanowania praw człowieka, suwerenności ludu (*Volkssouveränität*), podziału władzy, odpowiedzialności rządu, niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Konstytucyjny „obiektywny porządek wartości”, wpisany w ustawę zasadniczą, oraz związana z nim wizja człowieka (*Menschenbild*) i „państwo prawa” są tak dyskusyjnymi kategoriami, że samo powoływanie się na nie niesie ze sobą odium podejrzeń o bycie fasadą sędziowskiego aktywizmu. Zdaniem niektórych (Ulrich K. Preuß) fdGO stanowi wyraz egzystencjalnej decyzji na rzecz „wolnościowej demokracji” (*freiheitliche Demokratie*), ma zatem wyraźne odniesienia do treści politycznych. Jego niejasne aksjologiczne uzasadnienie sprawia, że samo pojęcie budzi obawy o to, że może zostać użyte w celach retoryczno-patetycznych oraz jako pojęcie polemiczne w sporach politycznych. Liberalne *Rechtsstaat* miałoby się zatem przekształcić w państwo konstytucyjno-prawnej jurysdykcji, w którym zasadnicze decyzje zapadają albo drogą rozstrzygnięć pochodzących od sędziów powodowanych subiektywnymi mniemaniami, albo w obrębie aktualnego społecznego konsensu aksjologicznego. W kontekście porządku prawnego *common law* Ronald Dworkin (2006, s. 409) nazywa sądy „stolicami imperium prawa”, sędziów „jego książętami, ale nie: wyroczniami i prorokami”. Wbrew temu postępujące upolitycznienie nominacji sędziów, zwłaszcza sądów konstytucyjnych, podejmujących mocno aksjologicznie obciążone decyzje dotyczące całego społeczeństwa, prowadzi do poglądów, jakie dobitnie wyraził Antonin Scalia, nazywając sędziów wprost „arbitrami moralnymi” i „mułami Zachodu”. Rządy prawa okazują się w tym przypadku rządami sędziów będącymi tylko kolejną inkarnacją władzy nad prawem.

W tradycji kontynentalnej określeniem *gouvernement des juges* posłużył się po raz pierwszy Edouard Lambert jeszcze w pracy z 1921 r., zatytułowanej *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, przywołując artykuł amerykańskiego prawnika o orientacji marksistowskiej rosyjskiego pochodzenia Louisa B. Boudina *Government by Judiciary*. Współcześnie wyrażenie to zyskuje coraz większą popularność m.in. na określenie wszelkich tych sytuacji, w których niewybieralni sędziowie, orzekając, powstrzymują lub uprzedzają

rozstrzygnięcia polityczne, przeciwstawiając się pochodzącym z wyborów politykom i decyzjom politycznym podejmowanym przez demokratyczne ciała przedstawicielskie. W węższym znaczeniu określenie „rządy sędziów” odnosi się wyłącznie do sędziów sądów konstytucyjnych, występujących w roli „ustawodawcy negatywnego” lub bezpośrednio podejmujących decyzje o charakterze politycznym, kreujących nowe prawa i nowy porządek wartości. Jeśli w tym przypadku pojawia się pytanie o możliwość pogodzenia sądowej kontroli konstytucyjności prawa z demokracją, to trzeci sposób pojmowania „rządów sędziów”, właściwy tym, którzy za Juwenalem stawiają pytanie *quis custodiet ipsos custodes?*, wskazuje na rosnące obawy, na ile sędziowie sami zdolni są powściągać dążenia do sukcesywnego poszerzania swego władztwa. Aporie, w jakie popadają rządy prawa i demokracji, nakierowują ponadto uwagę na poszukiwania metapozytywnych podstaw prawa. Przedliberalne źródła zachodniej kultury prawnej ukształtowanej na styku Jerozolimy, Aten i Rzymu stanowią podstawę i do odrzucenia „apologii prawnego pozytywizmu” odsyłającego do aktualnej woli demokratycznego prawodawcy, i do apelu o „serce pełne rozsądku” (1 Krl 3, 9) tych, którzy mają sędzić.

Bez względu na to, czy obecne spory o rządy prawa i demokrację stanowią kolejny etap historycznego rozwoju demokracji liberalnej, czy też stoimy na progu kształtowania się całkowicie nowego typu ustroju politycznego, sprawą zasadniczą pozostaje to, na ile decyzje sędziowskie faktycznie są przejawem programowania polityki przez prawo, a na ile jest to tylko inna forma programowania prawa przez politykę. W ramach tego, co nazywane bywa „projektem europejskim”, rządy prawa traktowane są jako „ugruntowana zasada, której podstawowe znaczenie jest jasno zdefiniowane i – pomimo różnic tożsamości narodowych oraz systemów i tradycji prawnych (...) jednakowe we wszystkich państwach członkowskich” (COM/2019/343 final/ EUR-Lex – 52019DC0343). Wbrew temu rządy prawa zachowują wszystkie cechy tzw. zasadniczo spornej koncepcji, będącej wielce podatną na polityczną kontestację. Tendencje do swoistej „sklerotyzacji” rządów prawa i demokracji na pewno nie będą sprzyjać poszukiwaniom rozwiązań problemu wykraczającego poza historyczne ramy liberalnej demokracji: czy lepiej, by rządziło prawo, czy lepiej, by władał ogół.

BIBLIOGRAFIA

- Arystoteles (2012). *Polityka*. Przeł. L. Piotrowicz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Carré de Malberg, R. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Paris: Libr. de la Société du Recueil Sirey.
- Carré de Malberg, R. (1931). *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica.
- Dicey, A.V. (1908). *Wstęp do nauki o prawie konstytucyjnym*. Przeł. W.H. Warszawa: Druk. K. Kowalewskiego.
- Dworkin, R. (2006). *Imperium prawa*. Przeł. J. Winczorek. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Humboldt, W. von. (2022). *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1792). W: M. Festl (red.), *Wilhelm von Humboldts politische Philosophie* (s. 119–286). Darmstadt: wbg Academic.
- Kant, I. (2011). *Religia w obrębie samego rozumu; Spór fakultetów; Metafizyka moralności*. W: Włoch (red.). Przeł. A. Bobko, M. Żelazny, & W. Galewicz. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Kant, I. (2012). *Pisma po roku 1781*. M. Jankowski, T. Kupś, & M. Żelazny (red.). Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Kelsen, H. (2009). *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*. Przeł. Bolesław Banaszkiewicz. Warszawa: Biuro Trybunału Konstytucyjnego.
- Locke, J. (1992). *Dwa traktaty o rządzie*. Przeł. Z. Rau; przekł. przejrzał A. Czarnota. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Locke, J. (2022). *Kwestie dotyczące prawa natury wraz z esejami o widzeniu rzeczy w Bogu, o cudach i o zmartwychwstaniu*. Przeł. T. Gliński & A. Grzeliński. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- McIlwain, Ch.H. (2008). *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Mohl, R. von. (1864). *Roberta Mohl'a encyklopedia umiejętności politycznych*. Przeł. A. Białecki. Warszawa: nakł. i druk. S. Orgelbranda.
- Montesquieu, C.L. (1997). *O duchu praw*. Przeł. T. Boy-Żeleński. Kęty: Wydawnictwo Antyk.
- Pasquino, P. (1998). *Sieyes: Et l'invention de la Constitution en France*. Paris: Odile Jacob.