

Demokratyczna legitymizacja prawa — tworzenie i stosowanie prawa (zarys problemu)

Tomasz Bekrycht

Democratic Legitimization of Law — Law Making and Application of Law (outline of question)¹

Abstract: The aim of the article by the way of introduction is a sketching out some remarks from a perspective of philosophy of law concerning the contemporary crisis, which currently take place in many countries in Europe and in the EU. The author claims that the discussions and disputes over the nowadays European crisis is based on out-of-date paradigm presumptions such as legal positivism and post-totalitarian models of law. To solve the disputes the author proposes reflection based on conception of a communication model of law and community citizens' idea.

My, jako Europejczycy jesteśmy obecnie świadkami kryzysu związanego z ideą Unii Europejskiej – kryzysu, który ma swoje źródła w wielu zjawiskach społecznych. Z perspektywy teorii i filozofii prawa do źródeł tych niewątpliwie należy dialektyka niektórych pojęć, będąca immanentną częścią naszej kultury intelektualnej. Mam tu na myśli dialektykę choćby takich pojęć jak: suwerenność państwa a wspólnota

¹ Niniejszy tekst powstał w ramach realizacji projektu „Demokratyczna legitymizacja wpływu orzeczeń sądowych na system tworzenia prawa”, nr 2015/19/B/HS5/03114, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

europiejska; autonomia jednostki a solidarność społeczna; prawa człowieka a prawa obywatela; władza ustawodawcza a władza sądownicza itp.² Z jednej strony przewyciężanie tych sprzeczności zawsze dawało Europie możliwość ciągłego rozwoju intelektualnego (czego najlepszym przykładem jest rozwój filozofii), z drugiej zaś często prowadziło do zmiany istniejących, tradycyjnych instytucji społeczno-politycznych. Wiele problemów, które nazywane są „kryzysami” wpisują się immanentnie w naszą kulturę prawną, a często ich bezpośrednim źródłem jest szczególna pozycja prawa pozytywnego w tej kulturze i dialektyka pojęć prawo pozytywne/prawo naturalne oraz zmagania intelektualne związane z próbą budowy naukowego prawoznawstwa w postaci pozytywizmu prawniczego.

W mojej ocenie kluczową rolę odgrywa analiza idei prawa pozytywnego³ i pozytywizmu prawniczego, gdyż w niej znajduje się źródło kolejnych aporii i problemów analizowanych tradycyjnie przez teorię i filozofię prawa. W związku z tym, że problematyka ta – na co wskazuje literatura przedmiotu – jest tak ogromna i trudno rozwiązywalna, poniżej chciałbym odnieść się jedynie do kilku spostrzeżeń związanych z kryzysem idei trójpodziału władzy (władz). Źródłem tego kryzysu jest pewne – wydawałoby się oczywiste – założenie naszej kultury prawa kontynentalnego, tj. że zadaniem władzy ustawodawczej w idei jej trójpodziału jest tworzenie prawa, władzy wykonawczej jego urzeczywistnianie, a sądowniczej stosowanie prawa w przypadku istnienia konfliktów lub w przypadkach jego niestosowania. To – tak czytelne i oczywiste – założenie w niektórych okolicznościach może być kontrowersyjne, a nawet prowadzić do sprzeczności. Z taką okolicznością będziemy mieli miejsce wtedy, gdy władza sądownicza będzie podważała decyzje władzy ustawodawczej (i ewentualnie wykonawczej), albo odwrotnie władza ustawodawcza (i ewentualnie wykonawcza) będzie to robiła w stosunku do władzy sądowniczej.

¹ Jürgen Habermas, *Rzecz o kondycji i ustroju Europy*, tłum. Andrzej M. Kaniowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.

³ Tomasz Bekrycht, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązkiwaniu i uzasadnieniu istnienia prawa*, Seria Wydawnicza Jurysprudencja (6), Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.

Powstaje tu pytanie, jak to jest możliwe, aby przy tak wyrażonym podziale kompetencyjnym instytucji tworzenia prawa, jego urzeczywistniania i stosowania mogło dochodzić do takich sytuacji.

Wydaje się, że w naszej rzeczywistości społecznej i kulturze prawnej dochodzi dzisiaj do zmiany niektórych tradycyjnych paradygmatów. Obecnie obszar prawa pozytywnego przestaje być postrzegany jako proste działanie instytucji, które z jednej strony jako ustawodawca arbitralnie tworzą prawo, z drugiej zaś jako sądy i organy administracji publicznej w ramach przyznanej im przez normy prawne kompetencji, na podstawie norm generalnych (ogólnych i abstrakcyjnych), wydają decyzję o charakterze normy indywidualnej (jednostkowej i konkretnej). Skomplikowany charakter relacji społecznych, które są przedmiotem normowania powoduje również to, że proces tworzenia norm prawnych, a następnie jego rozumienia przez adresatów prawa jest ostatecznie dokończony dopiero w dyskursie aplikacyjnym stosowania prawa. Często to dopiero sądy i organy administracji publicznej informują o treści prawa.

A zatem proces tworzenia prawa nie kończy się w ramach władzy ustawodawczej, ale przenosi się do pozostałych władz, czyli wykonawczej i sądowniczej. Zjawisko to wskazuje na fikcję zasady trójpodziału władzy i na jej jedynie ideologiczne znaczenie. Tym samym rola prawników, a w szczególności sędziów – tu pozwolę sobie na kilka uwag normatywnych – powinna ulec zmianie na rzecz wypracowania przez nich nowych ról społecznych, których wymaga od nich współczesny paradygmat pozytywizmu prawniczego⁴. Powinni oni przejść z roli formalnego arbitra do postawy czynnego uczestnika dyskursu prawnego (i etycznego) oraz nauczyciela i autorytetu. Coraz częściej społeczeństwo oczekuje między innymi tego, że sędzia nie pozostanie obojętnym w obliczu złego prawa, to znaczy, społeczeństwo domaga się od sędziów zabrania określonego stanowiska w obliczu niesprawiedliwości⁵.

⁴ Marek Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.

⁵ Adam Sulikowski, „Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu”, *Państwo i Prawo* (4) 2016, ss. 3-14.

Jednak realizacja takiej idei napotyka w naszej kulturze prawnej na silny opór, mający swoje źródło w paradygmacie „pokutującego” postulatów zjawiska, które można byłoby nazwać pierwotnym, czy tradycyjnym pozytywizmem prawniczym. Nie chodzi tu jednak o jego rozumienie analizowane przez wiele lat w słynnych dyskusjach anglosaskiej jurysprudenckiej pomiędzy najpierw Johnem Austinem i Herbertem Hartem, a później między tym drugim a Ronaldem Dworkinem⁶, lecz o jego bardziej fundamentalny poziom – poziom *stricte* filozoficzny, tj. o wymiar ontologiczny i epistemologiczny.

Paradygmat ten przyjmuje, że podmiot poznania prawa traktuje prawo jako możliwie kompletny przedmiot poznania i że istnieje kompletny algorytm układania stosunków społecznych. Wyrazem takiej tendencji jest zarówno dogmatyczna wizja nauki prawa oraz statyczno-dynamiczna koncepcja systemu prawa, jak i biurokratyczny system legitymizacji władzy, dla którego prawo jest instrumentem osiągania wyznaczonych normatywnie celów. W tym ujęciu przyjmuje się, że prawo daje się bezpośrednio poznać zarówno z perspektywy prawodawcy, jak i adresata prawa, gdyż jest „gotowym i obiektywnym” przedmiotem aktów poznawczych.

Współcześnie to proste założenie epistemiczne jest nie do utrzymania. Filozofia „po zwrocie językowym” dostrzegła problemy epistemologiczne i podkreśliła niezwykłą rolę nadawania znaczeń i – jak to określili Peter L. Berger i Thomas Luckmann⁷ – społecznego tworzenia rzeczywistości w procesach komunikacyjnych. Okazuje się, że tradycyjne typy współczesnych systemów prawa są oparte jedynie na przestarzałych założeniach idealizacyjnych dla konstruowania własnych modeli teoretycznych, które faktycznie przestają odpowiadać opisowi rzeczywistości. Instytucje, które są obecnie odpowiedzialne za jego tworzenie i stosownie zapominają o tym (w kontekście instytucjonalnym), że powinny przede wszystkim maksymalizować takie

⁶ Herbert L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. Jan Woleński, PWN, Warszawa 1998; Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. Tomasz Kowalski, PWN, Warszawa 1998.

⁷ Peter L. Berger, Thomas Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, tłum. Józef Niżnik, PWN, Warszawa 2010.

naczelne wartości jak sprawiedliwość i wolność, a nie jedynie wewnętrzne wartości prawa, wynikające z np. pozytywistycznej koncepcji idei *Rechtsstaat*⁸. Coraz częściej podkreśla się więc, że poszczególne systemy prawa oraz wieńcząca go „konstytucja jest raczej najpoważniejszym wezwaniem – i stąd czerpie swój autorytet – do nieustannego zapytywania o to, w jakim świecie żyjemy, a w jakim zdaniem każdego z nas żyć powinniśmy, a więc jak zastany świat chcemy zmienić gwoździem sprawiedliwości i jak w ogóle rozumieć sprawiedliwość. Powaga konstytucji wynika więc stąd, że jej treść czyni zadość wymogom legitymizacji proceduralnej, w szczególności kryteriom dyskursywności i inkluzywności”⁹ obywateli, którzy w instytucjach stanowiących oraz stosujących prawo powinni brać udział, aby mogli rozumieć siebie nie tylko jako adresatów, ale też i twórców prawowitego prawa.

Na tę problematykę nakłada się dodatkowo kolejne sporne zagadnienie ontologiczne oraz epistemologiczne, czyli zagadnienie możliwości istnienia i możliwości poznania obiektywnej słuszności stanów rzeczy, wyrażane w historii filozofii prawa ideą prawa naturalnego. Chodzi tu o bardzo ważne pytanie filozoficznoprawne, które ma swój istotny wymiar społeczny, tj. o pytanie kto (co) i przy pomocy jakich operacji poznawczych oraz jakich argumentów je uzasadniających decyduje o tej „jedynej właściwej”, „słusznej” treści prawa.

Instytucjonalna przemoc, uchylająca wartościom, które prawo to legitymizują oraz zamknięcie się na głosy płynące ze społeczeństwa nie może być ceną za legalność i jednolitość orzecznictwa i legitymizację większości parlamentarnej. Pewność i sprawiedliwość prawa nie jest wyłącznie jego wartością wewnętrzną, ale zawsze odniesioną do oceny dokonywanej przez jego adresatów, którzy ostatecznie fundują je ontologicznie i legitymizują jego treść.

⁸ Lech Morawski, „Spór o pojęcie państwa prawnego”, *Państwo i Prawo* (4)1994, ss. 3-13.

⁹ Karolina M. Cern, „Refleksyjność w koncepcji sfer publicznych Jürgena Habermasa”, w Krzysztof J. Kaleta, Paweł Skuczyński, *Refleksyjność w prawie. Konteksty i zastosowania*, WUW, Warszawa 2015, ss. 81-82.

Większości wskazanych tu zagadnień poświęcona jest niniejsza publikacja. Czytelnik znajdzie w niej szczegółową analizę wielu zjawisk naszej kultury prawnej, diagnozę problemów, które kulturę tę przenikają oraz propozycje rozwiązań, nie tylko na poziomie pojęciowym, ale i faktycznym w kontekście demokratycznej legitymizacji prawa.

Bibliografia

- Bekrycht Tomasz, *Transcendentalna filozofia prawa. O zewnętrznym obowiązywaniu i uzasadnieniu istnienia prawa*, Seria Wydawnicza Jurysprudencja (6), Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2015.
- Berger Peter L., Luckmann Thomas, *Spoleczne tworzenie rzeczywistości*, tłum. Józef Niżnik, PWN, Warszawa 2010.
- Cern Karolina M., „Refleksyjność w koncepcji sfer publicznych Jürgena Habermasa”, w Krzysztof J. Kaleta, Paweł Skuczyński, *Refleksyjność w prawie. Konteksty i zastosowania*, WUW, Warszawa 2015.
- Dworkin Ronald, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. Tomasz Kowalski, PWN, Warszawa 1998.
- Habermas Jürgen, *Rzecz o kondycji i ustroju Europy*, tłum. Andrzej M. Kaniowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.
- Hart Herbert L. A., *Pojęcie prawa*, tłum. Jan Woleński, PWN, Warszawa 1998.
- Morawski Lech, „Spór o pojęcie państwa prawnego”, *Państwo i Prawo* (4)1994 (ss. 3-13).
- Sulikowski Adam, „Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu”, *Państwo i Prawo* (4)2016 (ss. 3-14).
- Zirk-Sadowski Marek, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.