

Prawo jako wyraz „idei kierującej”. Koncepcja Maurice’a Hauriou i jej aktualność

Law as a „Directing Idea”. Maurice Hauriou’s Concept and Its Validity

The author introduces the concept of law formulated by Maurice Hauriou, an eminent French author who specialized in administrative and constitutional law and also in the philosophy of law (1856-1929). He considered law as a reflection of the symbolic sphere constituting political society – its „directing idea”. Hauriou’s thought is topical in the context of contemporary discussions about the role of law in social integration and the possibility of „autonomy” of law. The philosophy of law formulated by Hauriou is a part of his concept of institution. According to Hauriou, law, like any institution, consists of social practice and an idea that legitimizes and directs it. This idea cannot be reduced to any real institutional practice or a specific ideology. It is a part of a broader axiological context creating the identity of a political community. It is based on fundamental values of this community, however it transgresses their contextual interpretations presented by authorities. Therefore Hauriou’s theory allows to interpret the relation of law and the political sphere properly. It can also be a tool of criticism of contemporary concepts reducing law to ideology or to views of legal circles.

Arkadiusz Barut

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Wrocławski*

ORCID – 0000-0002-9347-7072

Słowa kluczowe:

Hauriou, idea kierująca, instytucja

Key words:

Hauriou, directing idea, institution

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.55>

1. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest sformułowana przez Maurice’a Hauriou, wybitnego francuskiego administratywy, konstytucjonalisty i filozofa prawa (1856-1929) koncepcja prawa jako odzwierciedlenia sfery symbolicznej konstytuującej społeczeństwo polityczne – jego „idei kierującej”. Myśl Hauriou jest aktualna w kontekście współczesnych dyskusji na temat roli prawa w integracji społecznej, relacji prawo-polityka oraz możliwości „autonomii” prawa. Współcześnie autonomię tę rozumie się jako oparcie procesu wykładni prawa jedynie

na przesłankach zawartych w treści samych norm prawnych (tradycja normatywistyczna) lub niezależność osób lub środowisk interpretujących prawo od wpływów i kontroli społecznej (koncepcje uzasadniające prawodawstwo konstytucyjne sądów, w szczególności sformułowana przez Ronalda Dworkina koncepcja sędziego – Herkulesa, koncepcje demokracji ciągłej Dominique Rousseau i demokracji jako refleksyjności Pierre’a Rosanvallon’a oraz juryscentryzm Artura Kozaka)¹. W koncepcji Hauriou zawarte są argumenty uzasadniające krytykę obu tych stanowisk. Jej przypomnienie wydaje się mieć też samoistną wartość historyczno-doktrynalną.

Hauriou tworzył swą koncepcję w opozycji do francuskiej tradycji ujmowania prawa jako wyrazu autonomicznej woli narodu, która miała uwalniać się spod wpływu czynników heteronomicznych dzięki przybraniu postaci woli powszechnej, wyrażającej się w formie prawnej. Według Hauriou ujęcie prawa jako sfery, na którą nie mają przełożenia niewyrażone w nim bezpośrednio czynniki społeczne – zbiorowa symbolika, narodowy etos, praktyczne dyskursy, ugruntowane zwyczaje itd. – prowadziło do arbitralnej władzy konkretnych ludzi. Hauriou znany jest jako zwolennik sądowej kontroli ustawodawstwa parlamentarnego, a także rzecznik demokracji liberalnej. Nie oznacza to jednak, by uważał on, że dla jej funkcjonowania wystarcza zapewnienie odpowiedniego działania procedur prawnych, w tym tych, które ograniczają legislaturę pochodzącą z powszechnych wyborów. Na gruncie koncepcji Hauriou tym, co umożliwia istnienie prawa, są fundamentalne wartości wspólnoty politycznej wyrażające się w jej „idei kierującej”. To aksjologiczno-społeczne umocowanie prawa unaoczniać mają wybory polityczne dokonywane w obronie tych wartości, nieuwarunkowane bezpośrednio treścią norm prawnych. Nic więc dziwnego, że uznaniem darzył go Carl Schmitt². Myśl Hauriou interpretuje się też jako próbę odnowienia klasycznej tradycji prawa naturalnego³.

- 1 Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996); Dominique Rousseau, *Constitutionnalisme et démocratie*, <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. [dostęp: 19.09.2008]; Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité* (Paris: Seuil, 2008); Artur Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej* (Wrocław: Kolonia Limited, 2002). O współczesnych sposobach rozumienia autonomii prawa zob. Włodzimir Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa* (Wrocław: „Kolonia”, 2000).
- 2 Carl Schmitt, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa, przeł. Jerzy Zajadło”, [w:] Jerzy Zajadło, *Schmitt* (Sopot: Arche, 2016), 119-121.
- 3 Olivier Beaud, „Hauriou et le droit naturel” *Revue d’histoire des facultés de droit et de science juridique*, 123-124. <https://univ-droit.fr/docs/>

Można wyróżnić trzy etapy filozoficzno-prawnej myśli Hauriou – etap wychodzenia poza dogmatykę prawa administracyjnego w latach dziewięćdziesiątych XIX w. i pierwszych latach XX wieku, etap tworzenia koncepcji instytucji w latach 1906-1910, na który miał wpływ kontekst historyczny, tj. walka państwa francuskiego z Kościołem katolickim, wreszcie etap dojrzały⁴. Niniejszy artykuł dotyczy głównie etapu trzeciego. Koncepcja prawa jako wyrazu idei kierującej analizowana jest w kontekście ukształtowanej wówczas koncepcji polityczno-ustrojowej.

2. Podstawy teorii instytucji

Hauriou, zgodnie z duchem epoki, używał haseł scjentyistycznych⁵, niemniej jednak jego podstawowym założeniem (jak to sam określa, postulatem nauki prawa) jest istnienie podmiotu świadomie dokonującego wyborów i przez to nadającego sens sferze faktów obiektywnych – podmiotu wyposażonego w „wolę wolną w sensie względnym” („Libre arbitraire relatif”). Człowiek może być twórczy dzięki uzasadnianiu, a przez to ukierunkowaniu swych działań przez idee, które, w tym znaczeniu, jak stwierdza Hauriou, kierują światem⁶. W tym ostrożnym optymizmie antropologicznym wyraża się jego inspiracja tomistyczna i arystotelesowska. Hauriou odrzuca jednak optymizm bezrefleksyjny, wskazując na fundamentalne cywilizacyjne znaczenie chrześcijaństwa⁷. Prawda o człowieku leżeć ma gdzieś między koncepcjami Tomasza Hobbesa a Jana-Jakuba Rousseau⁸. W koncepcji Hauriou zarysowuje się klasyczna idea prawa naturalnego: mając świadomość oszustw i nadużyć władzy politycznej, należy jednak również przy analizie sfery

recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p123-138.pdf. [dostęp: 07.08.2019].

- 4 Stefan Gigacz, „Vers une théorie démocratique de l’institution” *Mémoire de Diplôme des Etudes Approfondies, Faculté Jean Monnet, Université Paris XI*, 1997. Dół formularza. <http://www.hauriou.net/la-theorie-classique-de-l-institution>. [dostęp: 07.08.2019].
- 5 W swym wczesnym dziele [*Leçons sur le mouvement social* (Paris: Librairie de la Société du Recueil Général de Lois et des Arrêts, 1899)] do problematyki społecznej próbował stosować język termodynamiki, co nie spotkało się w życzliwym przyjęciem (Gigacz, *Vers une théorie démocratique de l’institution*).
- 6 Maurice Hauriou, *Précis du droit constitutionnel* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929), 65.
- 7 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 55.
- 8 Potępia rezygnację przez współczesne mu prawo karne z rozróżnienia na dobro i zło, uznając ją za wyraz regresu cywilizacyjnego (Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 52-55).

politycznej przestrzegać zasady tworzenia definicji według przypadków normalnych, a nie patologicznych. Dlatego typowym przypadkiem władzy politycznej jest władza rządząca w zakresie swych kompetencji, legitymowana, błędna jest natomiast definicja tej władzy jako największej siły w państwie⁹.

Na założeniu łagodzenia i formowania przez idee brutalnego świata ludzkich współzależności opiera się jego koncepcja instytucji, poprzez którą Hauriou doszedł do swej koncepcji państwa i prawa. Na początku miała ona służyć przede wszystkim zrozumieniu, a przez to usprawiedliwieniu roli organizacji niezależnych od aparatu państwowego – należących do sfery społeczeństwa obywatelskiego, czyli grup, których istnienie ideologia III Republiki francuskiej, inspirowana roussoizmem i neokantyzmem Charlesa Renouvier¹⁰, uznawała za zjawisko, co do zasady, negatywne. Celem Hauriou było wykazanie, że podstawy więzi społecznej tworzą się właśnie w tego typu grupach, a nie poprzez kreowanie „woli powszechnej”, a także, że w ten sam sposób powstaje, jak to określał, „instytucja instytucji”, czyli państwo¹¹.

Hauriou wyróżnił dwa rodzaje instytucji – instytucje osoby i instytucje rzeczy, najwięcej uwagi poświęcając tym pierwszym. W dojrzałym okresie Hauriou zdefiniował instytucję jako „ideę dzieła lub przedsięwzięcia, która spełnia się i trwa na sposób prawny w środowisku społecznym, dla spełnienia tej idei powstaje władza, która wyposaża ją w organy, z drugiej strony, pomiędzy członkami zainteresowanymi w spełnieniu idei ujawniają się przejawy wspólnoty kierowane przez organy władzy i regulowane przez procedury”¹². Instytucja-osoba, czyli organizacja społeczna może więc zaistnieć dzięki trzem elementom – idei wprowadzenia w życie przedsięwzięcia (jak to określa autor – „idei kierującej”), indywidualnych decyzji o podejmowaniu działań dla realizacji tego celu i powstającej w ten sposób wspólnocie, a także istnieniu organów, które tymi działaniami, w sposób zgodny z przyjętymi w danej grupie regułami, kierują. Instytucja taka przechodzi przez trzy etapy powstawania – interioryzację, inkorporację i personalizację. Na etapie interioryzacji członkowie danej zbiorowości przyswajają sobie, za sprawą jakiegoś aktywnego podmiotu lub grupy podmiotów, ideę utworzenia organizacji w celu realizacji pewnego przedsięwzięcia. Na etapie inkorporacji pojawiają się organy kierujące społecznością w celu (jak przyjmują jej członkowie) realizacji idei

9 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 26.

10 Zob. np. Arkadiusz Barut, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurycego Barrèsa* (Kraków: Arcana, 2009), 54-57, 101-107.

11 Np. Maurice Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (Paris: Librairie Bloud & Gay 1933), 101-102. Należy mieć ten cel Hauriou na uwadze, jeśli zabieg rozważania w tych samych kategoriach takich organizacji jak związek zawodowy czy spółka akcyjna, a zarazem państwo narodowe chciałoby się oceniać jako sztuczny.

12 Hauriou, *Aux sources du droit*, 96.

kierującej – społeczność uzyskuje tożsamość jako instytucja, a jej władze jako jej przedstawiciele. Pojawiają się, wytwarzane przez instytucje, reguły prawne, stabilizujące ją – „Instytucje powstają, żyją i umierają w sposób prawny („juridiquement”). W końcu niektóre instytucje przechodzą w stadium personifikacji, w którym członkowie organizacji nie tylko godzą się na realizację przez władzę idei kierującej, ale i aktywnie w niej uczestniczą¹³.

Również w przypadku instytucji-rzeczy w środowisku społecznym ugruntowuje się pewna idea, nie jest to jednak idea przedsięwzięcia do zrealizowania, nie powstają organy władzy (nie następuje więc ani inkorporacja, ani personifikacja), występuje wprawdzie społeczna identyfikacja z ideą, ale ma ona charakter wobec niej zewnętrzny. Taką instytucją „zewnętrzną” jest reguła prawna, która ma charakter ograniczający i stabilizujący, a nie motywujący do działania¹⁴.

Tak samo jak inne instytucje-osoby ma powstawać państwo. Nie każda grupa, w której występuje podział na rządzących i rządzonych jest, zdaniem Hauriou, państwem. Aby ono powstało, musi pojawić się władza centralna specyficznego rodzaju – taka która, rozwija w podległej jej społeczności ideę przedsięwzięcia o charakterze publicznym (*chose publique*). Instytucja państwa wchodzi w stadium inkorporacji, gdy uzyskuje „rząd reprezentatywny”, czyli gdy organy państwa działają (rządzący uważają, że działają) dla dobra wspólnego, realizując ideę kierującą. Takie państwo może mieć charakter autokratyczny lub arystokratyczny, działanie idei znajduje się wówczas w stanie „obiektywnym”, to znaczy jest ona zwyczajowo uznawana, lecz większość społeczeństwa nie bierze udziału w organizowaniu działań dla jej wprowadzenia w życie. Państwo wchodzi w stadium personifikacji, gdy zapewnia obywatelom wolność polityczną i udział w rządzeniu. Następuje wówczas kolejny etap inkorporacji, teraz większość obywateli, chociaż, z istoty rzeczy, nie bierze w rządzeniu bezpośredniego udziału, to jednak może aktywnie manifestować poparcie – lub jego brak – dla decyzji władzy co do sposobów realizacji idei kierującej uczestnicząc w wyborach powszechnych, referendach itd. Idea kierująca wchodzi wówczas na poziomie świadomości jednostkowych w stadium podmiotowe¹⁵. Przykładem ma być wykształcanie się państwa francuskiego. W czasach pierwszych Kapetyngów instytucja państwa istniała wyłącznie w stadium inkorporacji, przywileje były udzielane przez króla jako osobę, nie wiązały jego następców. Następnie idea kierująca przybrała postać praw fundamentalnych królestwa (dotyczących sukcesji itp.) oraz przywilejów stanowych, instytucji prawnych (instytucji-rzeczy), których kształtu król nie mógł swobodnie zmieniać. Wcieliła się w ten

13 Hauriou, *Aux sources du droit*, 96 i n.

14 Ibidem, 97.

15 Ibidem, 113-114; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 78-79, 97.

sposób w prawo. Wraz z nastaniem systemu liberalno-demokratycznego państwo francuskie weszło w etap personifikacji¹⁶.

W tym miejscu należy zaznaczyć różnice w porównaniu ze szczególnie wpływową postacią współczesnego instytucjonalizmu, to jest koncepcją Oty Weinbergera i Neila MacCormicka. Autorzy ci, konstatując wpływ teorii Hauriou na ich koncepcję instytucji, stwierdzają zarazem fundamentalną różnicę między nimi. Na gruncie ich koncepcji, jak sami wskazują, nie ma racji bytu kategoria idei kierującej (jako czynnika tworzącego i utrzymującego byt instytucji), której treść przekraczałaby interpretację aktualnego sposobu funkcjonowania struktury instytucjonalnej (choćby dokonaną z „wewnętrznego” punktu widzenia). Nie ma więc miejsca na konstatację „transcendentności” i niepełności wyrazu idei rządzących instytucją: w analizach Weinbergera i MacCormicka normy prawne (włączając w to zasady prawne) i społeczne działania w pełni sobie wzajemnie odpowiadają, w funkcjonowaniu instytucji nie ma żadnej „reszty”, niczego, co wykraczałoby poza ich możliwy do obserwacji czy rozumiejącej interpretacji wyraz¹⁷. Tymczasem dla Hauriou idea kierująca nie jest ani konstrukcją teoretyczną, ani hasłem ideologicznym lub polityczną doktryną, nie jest też konstatacją natury faktycznej, opisem „ducha narodu” itp.¹⁸. Jak stwierdza Hauriou, idee zawsze zawierają element nieznanego, nie można np. zdefiniować dobra czy sprawiedliwości. Kryją w sobie potencjalności, których jednostki w danym momencie historycznym nie są w stanie zrozumieć i przewidzieć. Taką tajemnicę zawiera też idea państwa (np. wojowniczy pierwsi Kapetyngowie nie przewidywali, że stworzony przez nich porządek będzie porządkiem przede wszystkim moralnym i cywilnym)¹⁹. Hauriou wskazuje niekiedy treść idei kierujących, czyni to jednak na dużym stopniu ogólności, np. idea kierująca współczesnego państwa liberalno-demokratycznego sprowadza się, według niego, do stwierdzenia, że „państwo to ciało utworzone dla realizacji pewnej liczby idei, z których najbardziej dostępne (*accessibles*) zawierają się w następującej formule: ochrona narodowego społeczeństwa obywatelskiego (*civil*) przez władzę publiczną o zasięgu terytorialnym, lecz oddzieloną od własności ziemi i w ten sposób

16 Hauriou, *Aux sources du droit*, 113-114.

17 Ota Weinberger, Neil MacCormick, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (Dodrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company 1986, 24-26); por. Marek Smolak, *Prawo fakt, instytucja* (Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1998), 36-38.

18 Formuluje się opinie o niejasności tej idei u Hauriou, w przeciwieństwie do jego koncepcji państwa (Gigacz, *Vers une théorie démocratique de l'institution*)

19 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 64-65.

pozostawiając szeroki margines wolności tym, którzy jej podlegają²⁰. Na gruncie koncepcji Hauriou idea kierująca ma, w pewnym sensie, charakter „iluzji”, ma być to jednak złudzenie umożliwiające wspólne działanie.

Niepełna możliwość zdefiniowania idei kierującej i uczynienia jej przesłanką rozumowania o charakterze instrumentalnym wyraża się w odróżnieniu idei przedsięwzięcia od celu i funkcji danego przedsięwzięcia. Cel może być zewnętrzny wobec przedsięwzięcia, jego idea – nie; idea zawiera w sobie również środki (plan działania i organizacji) do osiągnięcia celu. (Wyprzedzając nieco wywody, można stwierdzić, że interesy obywateli państwa francuskiego nie mogłyby być realnie chronione np. przez instytucję ponadnarodową). Z kolei możliwość określenia funkcji zakłada już jakiś stopień zrealizowania przedsięwzięcia lub możliwość jego uprzedniego zdeterminowania, tymczasem idea przedsięwzięcia implikuje niezeterminowanie, czyniące możliwym i koniecznym swobodne działanie. Dlatego np. funkcję państwa realizuje administracja, a jego idee – rząd i organy, w ramach których ma miejsce deliberacja polityczna²¹.

3. Związek idei kierującej z konkretną wspólnotą polityczną

Instyucjonalizm Hauriou kieruje uwagę na kulturowe uwarunkowania jednostkowej i grupowej aktywności. Mówiąc językiem współczesnej hermeneutyki idea kierująca na gruncie koncepcji Hauriou jawi się jako horyzont wspólnego działania, który nigdy nie jest możliwy do osiągnięcia, a zatem i do pełnego opisu, niemniej jednak strukturyzuje wspólną przestrzeń, dlatego nie ma charakteru urojonego lub czysto umownego. Jak wskazuje Hauriou, rozumienie takich idei jak miłość, sprawiedliwość czy obowiązek było inne u Racine'a, a inne jest w XX wieku, niemniej jednak idea kierująca zawsze ma charakter obiektywny w tym sensie, że zawiera pewne minimum treściowe o charakterze niekontekstualnym, dzięki któremu ta sama idea może być rozpoznawana w różnych sytuacjach historycznych. Idea kierująca nie występuje więc w postaci jakiegoś możliwego do apriorycznego zdefiniowania, uniwersalnego imperatywu, jej istota różna jest jednak od jej subiektywnych artykulacji. Ideę kierującą odnajduje się, jak stwierdza Hauriou, tak jak górnik znajduje diament²².

Nie jest ona więc wytworem lub odkryciem czysto indywidualnego namysłu. Kieruje to uwagę na związki idei kierujących ze świadomością konkretnych społeczności. Nawet jeśli inspiracją dla ich powstania są fakty surowe (panowanie, którego źródłem jest przemoc), to potrzebują one powszechnego dozwolenia („assentiment”) które, jako czynnik legitymizacji, jest koniecznym warunkiem ugruntowania się idei, w szczególności takiej, która

20 Idem, *Aux sources du droit*, 98.

21 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 98-99.

22 Idem, *Aux sources du droit*, 100-101.

może dać życie instytucji państwa. Współcześnie, według Hauriou, taką ideę mają artykułować osiemnastowieczne deklaracje praw człowieka. Czy więc na gruncie jego koncepcji idee mogą mieć charakter uniwersalny w tym sensie, że ich zaistnienie i trwanie nie jest związane z bytem konkretnej wspólnoty politycznej? Taka konstatacja byłaby oczywiście sprzeczna z przedstawioną przez Hauriou koncepcją instytucji. Zgodnie z nią żadna idea nie może spełnić swej funkcji, o ile nie istnieje organ władzy, który wprowadzałby ją w życie i konkretne społeczeństwo, które by, w każdym dniu, nie wyrażałoby na nią przynajmniej milczącej zgody. Przenosząc powyższe założenie na poziom wspólnoty politycznej, stwierdzić należy, że idea każdej takiej wspólnoty zawiera w sobie pewną wizję konkretnego porządku aksjologiczno-politycznego. W tym miejscu należy odwołać się do rozważań na temat prawa naturalnego oraz rozumienia narodu. Wyprzedzając nieco rozważania, wskazać należy, że według Hauriou każde prawo zawiera, nierozzerwalnie ze sobą związane, element kontekstualny i uniwersalny. Hauriou występuje więc przeciwko sposobowi rozumienia prawa naturalnego jedynie jako zespołu uniwersalnych norm, bez odniesienia do ich historycznego wyrazu. Prawo naturalne, jak pisze, nie jest jedynie „czystą sprawiedliwością”, natomiast każde prawo (zob. niżej) składa się z idei sprawiedliwości oraz idei porządku społecznego. Sprawiedliwość jest uniwersalna – Hauriou za ład zgodny z prawem naturalnym uznaje tylko ład chroniący prawa jednostki, w szczególności jej własność (nazywa go, niezupełnie zgodnie z etymologią, demokratycznym), odnajdując jego początki w starożytności grecko-rzymskiej. Takie prawo było, jak uważa, „uśpione” w średniowieczu, odrodziło się w XVII w., wyraziło w dziełach Grocjusza, Pufendorfa i osiemnastowiecznych deklaracjach praw, a obecnie „prawo powszechne wspólne dla narodów cywilizowanych w danej epoce demokratycznej, oto fakt historyczny, który wywołuje i przywołuje wizję idealnego prawa naturalnego”²³. Z kolei idea ładu zawarta w prawie naturalnym jest historycznie zmienna, nawet najogólniejsze wydawałoby się zasady, jak wyrażona w prawie rzymskim i Instytucjach Justyniańskich zasada *suum cuique tribuere* zawiera już określoną wizję ładu społecznego, jak choćby ideę indywidualnej własności²⁴.

Elementy uniwersalny i kontekstualny tworzą całość możliwą do odzielenia tylko na poziomie analitycznym. Uniwersalność, a zarazem zależność od konkretnej kultury pozwala porównać prawo naturalne do dzieła sztuki uznawanego za klasyczne (jest jak rzeźba Wenus z Milo wyrażająca typ kobiety uznawanej za piękną w danej epoce, który jednak stał się klasycznym wzorcem kobiecego piękna)²⁵. Ponadczasowa sprawiedliwość artykułuje się w instytucjach konkretnego społeczeństwa i wraz z nim dzieli jego

23 Idem, *Aux sources du droit*, 68.

24 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 59.

25 Idem, *Aux sources du droit*, 69.

los. Według Hauriou zawsze istnieje konkretna grupa posiadająca interesy w realizacji przedsięwzięcia, którego idea dała byt instytucji. W przypadku państwa są to obywatele, którzy ponoszą ryzyko „przedsięwzięcia” państwowego i odnoszą z niego korzyści, (każdy z nich stanowi, jak pisze, „podmiot idei”, co nadawać ma pojęciu podmiotu „głębię”)²⁶. To z pozoru graniczące z trywialnością stwierdzenie wyraża jednak istotę idei obywatelstwa, to jest przekonanie, że dla istnienia wspólnoty politycznej konieczna jest wspólnota wartości i trwała wspólnota losu; idea ta jest obecnie uznawana za daleką od oczywistości²⁷. Na tych założeniach Hauriou opiera własne rozumienie narodu, dla którego istnienia istotne mogą być elementy obiektywne (wspólne pochodzenie, tradycja religia, zamieszkiwanie na określonym terytorium), ale decydujące ma być poczucie realizacji wspólnej idei, czyli umocowanie aksjologiczno-instytucjonalne. Dlatego ostatecznie naród to, jak pisze, „zjawisko duchowe”²⁸. Na gruncie koncepcji Hauriou żadna idea mogąca konstytuować działanie społeczne nie ma charakteru idei „czystego” rozumu, którą ludzie mogliby odkrywać i wprowadzać w życie niezależnie od warunków kulturowych. Hauriou wskazuje, że w XIX wieku ugruntował się w Europie szkodliwy prąd (hiper)autokrytyczny, który może ostatecznie spowodować, że ulegnie ona otaczającym ją „barbarzyńcom”. Barbarzyńcy ci być może w jakiś sposób ucywilizują się, ale wcześniej ludy europejskie mogą fizycznie zniknąć²⁹.

4. Koncepcja władzy politycznej

4.1. Legitymacja władzy jako konieczna fikcja

Koncepcja idei kierującej decyduje o sposobie rozumienia władzy politycznej. Władza posiada u Hauriou sens samoistny zarówno w sensie opisowym, jak i normatywnym. Jego zdaniem fenomen podporządkowania ludzi nie może być sprowadzony do konstrukcji prawnej: systemu norm lub fikcji osoby prawnej. Hauriou, wychodząc z tego założenia zwalcza ideę umowy społecznej pojętej jako zobowiązanie świadomie zaciągnięte przez jednostki. Wskazuje, że koncepcja umowy społecznej bierze pod uwagę tylko dwa elementy konieczne dla zaistnienia państwa, tj. władzę zwierzchnią i naród (społeczny substrat państwa), pomija natomiast ideę rzeczy wspólnej³⁰. Dla zaistnienia państwa ludzie muszą uznać władzę za legitymowaną do rządzenia nimi, a to może zapewnić tylko *idee directrice*. Państwo widziane

26 Ibidem, 101-102.

27 Arkadiusz Barut, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawnopolitycznej społeczeństwa ponowoczesnego* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2018): 181-226.

28 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 81.

29 Ibidem, 55-56.

30 Ibidem, 34, 94-97.

z zewnętrznego punktu widzenia jawić się może jako wskazana przez św. Augustyna banda zbójców, stosująca, co najwyżej, kłamstwo zamiast nieustannej przemocy. Hauriou w całej swej twórczości wyraża przekonanie o „zwrotnym” charakterze legitymizacji – władza dzięki uznaniu poddanych zaczyna, we własnym ideologicznym interesie, spełniać stawiane jej oczekiwania³¹.

Na gruncie koncepcji Hauriou każda władza ma do spełnienia fundamentalną funkcję w procesie powstania i działania instytucji. Autor ten pojmuje ją jako siłę świadomą i aktywną, która nie wyrasta spontanicznie z relacji społecznych³². Gdyby nie działanie władzy idea kierująca nie weszłaby w stadium uświadomione, pozostałaby, ewentualnie, niejasnym zwyczajem, niepobudzającym do wspólnego, zorganizowanego działania. Przenosząc powyższe założenia na poziom wspólnoty politycznej stwierdzić należy, że w koncepcji Hauriou istnienie organów władzy nie tylko umożliwia kierowanie społeczeństwem w postaci decyzji politycznych, ale stanowi również oznakę jego tożsamości, odrębnej od innych społeczeństw państwowych. Władza pełni więc funkcję symboliczną i dopiero na drugim miejscu jej funkcją jest tworzenie norm prawa pozytywnego³³. Instytucje, warunek działania władzy, stanowią zarazem jej samo-ograniczenie³⁴. Może ona pełnić istotną rolę w procesie tworzenia i trwania instytucji, o ile nie dąży do utożsamienia państwa z określonymi osobami lub organizacjami. Władza państwowa obdarzona legitymacją, czyli „władza prawna” (odróżniona od władzy faktycznej, zob. niżej) pojawia się, gdy jest w stanie reprezentować „instytucję fundamentalną”, czyli państwo-przywódca rządzi w imieniu tej instytucji. Wielcy ludzie polityki to ci, którzy są w stanie uchwycić idee kierującą³⁵. Źródło legitymacji władza nie leży więc w prawie pozytywnym, prawo to (prawa

31 Hauriou rozwija więc wątek, który pojawił się u zarania myśli konserwatywnej, przede wszystkim u Edmunda Burke’a i Josepha de Maistre’a [Arkadiusz Barut, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurice’a Barrèsa* (Kraków: Arcana, 2009), 86-87; idem, „Tradycja i rewolucja. Konserwatyzm immanentny Josepha de Maistre’a” *Wrocławskie Studia Politologiczne*, nr 9 (2008): 192-208]. Hauriou w dziele z wczesnego etapu twórczości jako czynnik konstytuujący społeczeństwo i umożliwiające jego rozwój wskazał poświęcenie (*sacrifice*), przeciwstawione postawie walki o przetrwanie [Maurice Hauriou, *Cours de science sociale. La science sociale traditionnelle* (Paris: L. Larousse, 1896)].

32 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 15.

33 „Ludzie potrzebują być rządzonymi ze względu na swe namiętności duchowe, a nie ze względu na swe interesy ekonomiczne” (Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 107-108).

34 Ibidem, 5.

35 Ibidem, 45.

fundamentalne korony francuskiej, współczesna konstytucja itd.) jest jedynie wyrazem funkcjonowania instytucji. Instytucja opiera się zaś na społecznym przyzwoleniu – uznaniu zwyczajowym (*consentement coutumier*)³⁶. Niewątpliwie porządek społeczny tworzy się po części poprzez celowe reformy. Nie jest jednak nigdy możliwa jego całościowa lub nagła zmiana. Reformy, aby mogły wykreować więzi społeczne, muszą obejmować również idee ugruntowane w społeczeństwie i powinny być więc stopniowe³⁷. Hauriou dostrzega, że osoby sprawujące władzę w jakimś stopniu tworzą użyteczne dla siebie sposoby rozumienia idei kierującej. Stwierdza, że jej inkorporację umożliwia właśnie jej „subiektywna” ciągłość, to jest jej częściowe określanie przez organy państwowe³⁸. Żaden organ władzy nie jest jednak władny wyrazić w pełni idei, która w sposób ciągły spełniałaby funkcję ożywiającą organizację społeczną, jej istota pozostaje „w większej części nieokreślona”³⁹.

4.2. Idea reprezentacji demokratycznej

Decyduje to o sposobie rozumienia reprezentacji politycznej i demokracji. Według Hauriou władza polityczna opierać się musi na zasadach reprezentacji i podziału⁴⁰. Reprezentacja nie oznacza jednak reprezentacji społeczeństwa jako zbioru jednostek lub reprezentowania woli powszechnej. Reprezentowane ma być państwo jako instytucja, a ściślej mówiąc jego idea kierująca, będąc podmiotem każdej „osoby moralnej”, (dlatego myślę się, zdaniem Hauriou, współcześni mu autorzy niemieccy, którzy za podmiot osoby moralnej uznają jedynie jej wolę⁴¹). Reprezentacja ma zapewniać wykonywanie przez organy władzy wspólnego przedsięwzięcia, czyli wcielanie w życie idei kierującej. W autokracji środkiem realizacji takiej wspólnej wizji jest sumienie i wola władcy, w demokracji – wybory powszechne⁴². Nie znaczy

36 Ibidem, 18- 23. Pojęcie zwyczaju jest u Hauriou wieloznaczne, nie zawsze oznacza ono społeczny nawyk. Ogólnie rzecz ujmując, Hauriou używa go dla odzwierciedlenia mechanizmu zbiorowego przyzwolenia dla działań władzy. Według Oliviera Beaud pojęcie zwyczaju u Hauriou odpowiada w istocie jego pojęciu instytucji (Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 128).

37 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 34.

38 Przykładem subiektywnego wyrażania przez organy idei ma być wypracowanie przez Kościół instytucjonalny dogmatyki, wyrażającej ideę chrześcijańską, która niezależnie od tego istnieje obiektywnie (Hauriou, *Aux sources du droit*, 117-118)

39 Hauriou, *Aux sources du droit*, 116-118.

40 Ibidem, 102 i n.

41 Ibidem, 116.

42 Ibidem, 103-104.

to jednak, że Hauriou przyjmował rozpowszechniony obecnie sposób rozumienia demokracji liberalnej. Niewątpliwie nowoczesne państwo narodowe, deklarujące poszanowanie swobód indywidualnych i suwerenność narodu, określa jako demokratyczne, demokratyczność jest u niego bowiem synonimem cywilizacji. Jego ideałem nie jest jednak demokracja w stylu roussoistycznym, deklarująca egalitaryzm w sferze prawnej i usuwająca wszelkie „ciała pośredniczące” w sferze politycznej. Nie jest nim również demokracja w rozumieniu współczesnym (poliarchia itp.), w której sam pluralizm ośrodków władzy oraz stylów życia (i aprioryczne odrzucenie politycznego uznania „rozległych doktryn”) ma zapewniać upodmiotowienie polityczne społeczeństwa i jednostkowe swobody. Na gruncie koncepcji Hauriou zamierzona i całkowita rezygnacja z określenia idei kierującej wspólnoty politycznej oznaczałaby zaprzeczenie instytucjonalnego charakteru państwa, co prowadziłoby do wyeliminowania jednostkowej i grupowej aktywności, a w rezultacie utożsamienia państwa już nie z ideowym „przedsięwzięciem”, lecz określona osobą lub organem.

Hauriou przedstawił elitarną, a zarazem komunitarną koncepcję demokracji. Podkreślał znaczenie podziału władz, rozumiał go jednak inaczej niż we współczesnych koncepcjach odwołujących się do idei demokracji w sensie formalnym. Według Hauriou jego źródłem nie może być podział organów lub funkcji, lecz podział „kompetencji” („rzeczy duchowych”), czyli zróżnicowanie sposobów realizacji idei kierującej. Przedstawia więc następujący podział władz i „kompetencji” w liberalnej demokracji: władza wykonawcza („pouvoir de volonté” – ministrowie i prezydent) posiada kompetencję „intuitywną”, intuicyjnie rozumiejąc ideę kierującą i podejmując na tej podstawie akty woli; władza deliberująca (rozważająca sposoby konkretyzacji idei kierującej – parlament) posiada kompetencję dyskursywną; natomiast władza wyborcza (obywatele opowiadający się za lub przeciw określone mu rozwiązaniu) posiada kompetencję przyzwolenia (*assentiment*). Podział ten nie abstrahuje więc od prawnokonstytucyjnego podziału organów i ich funkcji, ale przede wszystkim, w zamysłu Hauriou, ma zapewniać twórczą nieciągłość w przestrzeni władzy, a nie jedynie odzwierciedlać różne zadania przypisane ustawowo poszczególnym organom. Dzięki takiemu podziałowi władzy w jej sferze kształtować się ma rzeczywista równowaga, której czynnikiem była niegdyś dualność urzędów rzymskich⁴³.

Taki podział władz uzasadniony jest również elitarną koncepcją społeczeństwa politycznego, zachowującą jednak ideę narodu wyrażającego się w powszechnych wyborach lub referendum jako ostateczna instancja decyzyjna. Według Hauriou we władzy (w sensie zjawiska społecznego) z istoty występują dwa elementy – kompetencja i dominacja, gdzie ta druga powinna

43 Ibidem, 103; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 72-73, 351-352, 469.

być podporządkowana pierwszej⁴⁴. Element kompetencji reprezentuje władza wykonawcza – funkcjonariusze (czynnik mniejszościowy), natomiast element dominacji – deputowani, reprezentujący suwerenność narodu (czynnik większościowy). Władza państwowa z istoty jest władzą mniejszości, taki charakter również współcześnie, do elementu arystokratycznego został jednak dodany element demokratyczny⁴⁵. Rolą władzy wykonawczej jest nie tylko wykonywanie ustaw, ale również inicjowanie działań państwa, ma ona w tym zakresie władzę dyskrecyjną⁴⁶. Władza wykonawcza jako „pouvoir de volonté” wpływa na wszystkie funkcje państwa, organizuje również legislację i działania wymiaru sprawiedliwości, a także zapewnia sam podział władz⁴⁷. W ten sposób władza wykonawcza ma przewagę w porządku „kompetencji”, czyli realizacji idei kierującej. O takiej roli polityków zasiadających w organach tej władzy decyduje okoliczność, że nie reprezentują oni ani swych wyborców ani abstrakcyjnie pojęty naród, lecz określoną instytucję (prezydenturę itd.) Władza parlamentarna reprezentuje jednak element kontroli, ma przewagę, jako władza suwerenna, w porządku „własności”⁴⁸. Nie znaczy to, by wystarczyło, aby decyzja obywateli przybierała postać odruchu lub wyboru *quasi*-rynkowego. Dla zrozumienia idei, w szczególności współcześnie, w świecie demokratycznym, przy wolności słowa i prasy, wymagane jest upowszechnienie kultury, stąd rola powszechnej edukacji, którą, jak twierdzi Hauriou, a które to twierdzenie było szczególnie istotne w warunkach wojującego laicyzmu III Republiki, nie powinno się zajmować wyłącznie państwo, ale również Kościół⁴⁹.

5. Prawo

5.1. Krytyka koncepcji woluntarystycznych i obiektywistycznych

Teoria instytucji i państwa decyduje o sposobie rozumienia prawa. Według Hauriou istotę prawa wypaczają zarówno koncepcje upatrujące jego źródeł wyłącznie w woli, jak i te, które uznają je za bezpośredni wyraz różnie pojmowanego obiektywnego porządku. Jeden i drugi typ koncepcji zapoznaje obiektywny, a zarazem twórczy charakter instytucji, to, co ma w niej charakter nadjednostkowy, a zarazem nadaje jej dynamikę. W przypadku instytucji państwa elementem tym jest spajająca wspólnotę symbolika, niezależna bezpośrednio od decyzji władzy. Koncepcje zapoznające to uwarunkowanie traktują prawo jako niepodlegające krytyce i ostatecznie prowadzą do

44 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 25 i n.

45 Ibidem, 117.

46 Ibidem, 376 i n.

47 Ibidem, 380 i n.

48 Ibidem, 279.

49 Ibidem, 65-66.

unicestwienia zarówno jednostkowych swobód, jak i ogólnospołecznej aktywności, dla których trwania konieczne jest istnienie wspólnoty państwowej.

Zdaniem Hauriou pierwszy typ koncepcji w XVIII wieku reprezentował Jan Jakub Rousseau w dziedzinie filozofii politycznej, a obecnie mają go reprezentować współcześni mu niemieccy teoretycy prawa (Ihering, Jellinek, Laband, Geber), przenoszący koncepcję Rousseau w sferę prawną. Uznają oni prawo za wyraz woli państwa pojmowanego na wzór indywidualnego podmiotu, tj. jako osobę. Założenie, że taki podmiot może się samo-ograniczać, stało się przesłanką niemieckiej idei państwa prawa. Koncepcje ograniczające prawo do woli państwa jawią się jako nieadekwatne w aspekcie teoretycznym, nie potrafią bowiem wyjaśnić prawa zwyczajowego istniejącego w epoce rodów i plemion, przed powstaniem państwa realizującego ideę kierującą. Przede wszystkim jednak są, według Hauriou, szkodliwe w aspekcie normatywnym, wyprowadzają bowiem prawo z czystej faktyczności (w języku współczesnych teorii instytucjonalnych – z faktów surowych). Na początku rozumowania teoretyczno-prawnego, a zatem i ocen działania władzy, stawiają, jako pierwszą przesłankę, konstatację prostego faktu zdobycia i utrzymania władzy przy użyciu przemocy, w ten sposób fakt ten nie podlega już ocenie⁵⁰. Pojmowanie państwa jako podmiotu realizującego własną wolę nie jest pozbawione racji, ale nie jako teoretyczny punkt wyjścia, lecz wniosek wynikający z przeprowadzonej już interpretacji rzeczywistości społecznej. Funkcją stanu prawnego jest zaprowadzanie w surowych faktach stanu porządku politycznego, zbliżanie go do ideału sprawiedliwości. Naga siła nie tworzy prawa, chociaż może zapoczątkować proces tworzenia stanu prawnego jako siła, której trwanie w ramach instytucji i opinia o legitymacji – „trwanie w pokoju” – zapewniło prawomocność⁵¹.

Jako błędne koncepcje obiektywistyczne Hauriou wskazuje koncepcje Leona Duguita i Hansa Kelsena. Polemika z Duguitem sprowadzała się głównie do formułowania zarzutu zapoznania funkcji woli w tworzeniu prawa, przede wszystkim woli organów władzy politycznej, ale również jednostek, dzięki których zaangażowaniu państwo może trwać jako instytucja. Zdaniem Hauriou Duguit, obawiając się nadużywania władzy przez państwo, zaprzecza, aby mogło ono autonomicznie tworzyć prawo, w rezultacie chce poszukiwać jego źródeł wyłącznie w zjawiskach społecznych, przeceniając znaczenie reguł prawnych o charakterze zwyczajowym. Według Hauriou są one czynnikiem trwałości instytucji, lecz nie warunkiem ich powstania. Doświadczenie przekonuje, że społeczność bez udziału władzy nie jest w stanie wytworzyć instytucji jedynie drogą kreacji prawa zwyczajowego. Hauriou

50 Hauriou, *Aux sources du droit*, 89-95.

51 Maurice Hauriou, *Principes de droit publique* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1916), 6-11.

jest zdania, że na gruncie koncepcji Duguita podstawy systemu prawnego, prawo *sensu stricto* („reguły normatywne”), mające odzwierciedlać zwyczaj, w zasadzie są tak samo statyczne, jak sam system⁵². Co więcej, jak podnosi Hauriou, większość reguł prawnych, nie tylko zwyczajowych, poza tymi, które pełnią funkcję symboliczną i artykułują prawa podmiotowe, ma charakter statyczny, ograniczający indywidualną działalność (wyrażać ma to zresztą liberalna koncepcja prawa podmiotowego zapisana w art. 4 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., stanowiącym o możliwości swobodnego działania „w granicach prawa”). Mówiąc językiem koncepcji Duguita, skoro reguły konstruktywne czerpią swoją moc prawną z reguł normatywnych, to o ile nie chodzi o takie reguły prawne jak własność czy wolność umów, do których treści należy zapewnienie wolności działania, nic nie uzasadnia postulatu promowania wolności indywidualnej w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostki⁵³.

Bardziej znamienita jest jednak krytyka koncepcji Kelsena. Zdaniem Hauriou, w jego systemie (rozpatrywanym w aspekcie „statycznym”) faktowi zostaje przeciwstawiona powinność, czyli prawo. Zarazem jednak następuje utożsamienie źródła prawa z normą ustanowioną przez państwo, pojmowane w sposób czysto faktualny jako organizacja, do której istoty należy stosowanie przemocy. Na gruncie tej koncepcji jednostki jako podmioty prawne stanowią jedynie zespoły norm, niepowiązane więzią społeczną, dlatego w swym bycie prawnym, „powinnościowym”, mają obowiązek posłuszeństwa wobec prawa-państwa, pojętego na wzór imperatywu kategorycznego. Nie ma więc racji bytu idea praw indywidualnych, możliwych do przeciwstawienia państwu, wykraczających poza treść przepisów prawnych⁵⁴. O ile Duguit sprowadził prawo do faktu, to Kelsen, sprowadzając fakt do prawa, tworzy, zdaniem Hauriou, koncepcję jeszcze bardziej niebezpieczną. Wadą obu tych koncepcji jest zapoznanie otwartości i dynamiki prawa, możliwej dzięki realizowaniu przez władzę polityczną idei kierującej.

5.2. Definicja i podstawy obowiązywania prawa

Hauriou, wpisując się w klasyczną tradycję prawa, nie wychodzi od idei normy prawnej, lecz sytuacji prawnej. Prawo, tak samo jak państwo, nie jest dla niego wyrazem woli indywidualnej czy „zbiorowej”, lecz

52 Duguit wyróżniał w prawie reguły normatywne i reguły konstruktywne, te drugie pojmował jako środki do realizacji tych pierwszych – Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I (Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C 1927), 105 i n.

53 Hauriou, *Aux sources du droit*, 89-95; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 9-13.

54 Idem, *Aux sources du droit*, 89-95; idem, *Précis du droit constitutionnel*, 9-13.

instytucją-rzeczą: „Prawo to rodzaj kierowania, którego celem jest zarazem realizacja porządku, jak i sprawiedliwości”⁵⁵. Normy prawne są tylko jednym z elementów prawa jako instytucji. Nawet sam fakt uchwalenia ustawy nie jest wyrazem jednorazowo powziętej woli, lecz zgody na trwanie instytucji, znajdującej swój wyraz w instytucjonalnie określonym sposobie działania – procedurze ustawodawczej⁵⁶. Wyrazem jednorazowo powziętej woli nie są też instytucje prawa prywatnego, np. stosunek między pracodawcą a pracownikiem stanowi element instytucji społecznej – fabryki⁵⁷. Prawo jest zarazem wpisane w ogólnospołeczny kontekst instytucjonalny. Normy prawne, o ile mają spełnić swoją funkcję, nie mogą być więc ujmowane jako wytwór arbitralnej decyzji rządzących. Władza, tworząc normy prawne, realizuje upoważnienie społeczno-instytucjonalne, wyrażone poprzez ugruntowane w społeczeństwie idee⁵⁸. Hauriou jako podstawowe materialne źródło prawa wskazuje „zwyczaj”, czyli przejściowe konkretyzacje idei kierującej⁵⁹. Gdy jest on uwzględniany przy tworzeniu ustaw, wyraża władzę przyzwolenia, która należy do narodu⁶⁰.

Czy należy więc przestrzegać jedynie prawa uznawanego za sprawiedliwe na podstawie kryteriów usankcjonowanych zwyczajowo (taki wniosek ma, zdaniem Hauriou, wynikać z koncepcji Duguitya)? Jak wskazuje Hauriou, w społeczeństwie współczesnym podstawową formą tworzenia prawa jest ustawodawstwo, zwyczaj może odbierać ustawom społeczne znaczenie lub je wzmacniać, ale nie powinien, przynajmniej w typowej sytuacji, uchylać obowiązywania ustawy⁶¹. Akty prawodawcze władzy korzystają z domniemania obowiązywania⁶². Jak więc pogodzić naczelną funkcję idei kierującej jako kryterium legitymacji prawa z uznaniem prawodawczej funkcji państwa? Według Hauriou należy, w sensie analitycznym wyróżnić dwa rodzaje prawa: prawo „zwyczajowe” i prawo wynikające z decyzji władzy politycznej⁶³. Można, w następstwie tego, wyróżnić dwie „warstwy prawa”: prawo „ustalone” (*établi*), korzystające z domniemania zgody adresatów (a w dłuższej

55 Idem, *Aux sources du droit*, 66.

56 Idem, *Principes de droit publique*, 138-139, Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 125-127.

57 Hauriou, *Aux sources du droit*, 142-143, Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 127.

58 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 4.

59 Ibidem, 613; idem, *Principes de droit publique*, 29 i n.

60 Idem, *Principes de droit publique*, 30.

61 Ibidem, 810-812.

62 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 23.

63 Idem, *Principes de droit publique*, 806.

perspektywie – zgodności z ideą kierującą) i prawo „prowizoryczne”, które powinno być zgodne z pierwszym rodzajem prawa. Rozróżnienie to nie ma, jak stwierdza Hauriou, charakteru formalnego, lecz faktyczny, stopniowalny i relacyjny. W stosunku do praw konstytucyjnych każda ustawa zwykła ma charakter prowizoryczny, lecz wśród ustaw zwykłych są ustawy mniej lub bardziej „utrwalone”. Ustalenie tej hierarchii należy w konkretnych przypadkach do organu stosującego prawo (zob. niżej)⁶⁴. Idea kierująca pozostaje więc racją bytu prawa ustawowego i kryterium jego interpretacji. O państwie prawa można, według Hauriou, mówić wtedy, gdy istnieje równowaga między decyzjami legislacyjnymi władzy i „zwyczajem” jako ich uzasadnieniem i gdy władza poddaje się prawu, które, w sposób legitymowany, stworzyła⁶⁵.

5.3. Związek prawa ze wspólnotą polityczną

Na gruncie koncepcji Hauriou prawo pełni istotną funkcję w funkcjonowaniu i trwaniu innych instytucji, zakreśla bowiem granicę jednostkowego działania, zapewniając w ten sposób trwałość i stabilność organizacji społecznej. Hauriou podkreśla zarazem, że ani prawo jako instytucja – rzecz, ani tym bardziej normy prawne ujmowane w izolacji same z siebie nie są w stanie wytworzyć porządku społecznego. Reguły prawne, pełniące funkcję czynników zapewniających trwałość instytucji, nie mogą same spełniać funkcji idei kierujących, czyli tworzyć wspólnoty. W tym kontekście Hauriou wprowadza istotne rozróżnienie, ze względu na funkcję spełnianą w ramach instytucji, na dwa rodzaje prawa: „dyscyplinarnego” i „statutowego” (*statutaire*). Istotą pierwszego są ograniczenia nałożone na jednostki będące członkami organizacji społecznych, a racją jego istnienia – interes instytucji, istotą drugiego – umożliwienie działania członkom organizacji jako wolnych podmiotów. Znaczenie idei kierującej dla prawa wyraża się przede wszystkim „negatywnie,” w ustawach jako granicach działania, czyli głównie w prawie dyscyplinarnym chroniącym byt instytucji i tworzącej ją idei. Również prawo statutowe nie może wytworzyć więzi społecznej w sposób autonomiczny, kształtując jakieś abstrakcyjne poczucie powinności, niemniej jednak w prawie tym (obecnie głównie w prawie konstytucyjnym) idea kierująca odzwierciedla się treściowo, chociaż z reguły pośrednio. Prawo statutowe może więc pełnić funkcję symboliczną i wspólnototwórczą⁶⁶.

Prawo jest więc na gruncie koncepcji Hauriou wytworem określonej wspólnoty politycznej i tak powinno być interpretowane. Niemniej jednak nie jest pozbawione aspektu uniwersalnego, w prawie występuje bowiem pewien, jakby można dziś rzec, „naddatek” sprawiedliwości. O sposobie rozumienia

64 Ibidem, 810-812.

65 Ibidem, 18-19.

66 Idem, *Aux sources du droit*, 117, 127.

prawa naturalnego u analizowanego autora była mowa wyżej, teraz zaś należy zaznaczyć, że ów nadmiar ma być też cechą prawa pozytywnego. Zdaniem Hauriou w aspekcie historycznym należy rozróżnić dwa rodzaje prawa: obok wyżej wskazanego prawa dyscyplinarnego, zakładającego podporządkowanie, wywodzącego się z samego faktu istnienia organizacji (jak *Themis* w archaicznej Grecji), którego typ realizuje obecnie przede wszystkim prawo urzędnicze, istnieje również prawo powszechne (*droit commun*⁶⁷), biorące początek z społecznego charakteru człowieka, oparte na zasadzie słuszności, zakładające, jak greckie *Dike*, równe traktowanie członków innych grup. Prawo powszechne zawsze zmierza do objęcia swym działaniem osób niepoddanych władzy danego państwa, czego wyrazem było objęcie zasięgiem prawa rzymskiego nieobywateli i powstanie *ius gentium*. Obecnie jego przejawem jest prawo międzynarodowe. Ten rodzaj prawa nie jest tożsamy z ustawodawstwem państwowym, potencjalnie zawiera kryterium jego krytyki, niemniej jednak państwo jest konieczne dla jego skuteczności⁶⁸. Komentując stanowisko Hauriou, należy stwierdzić, że nie jest to prawo, które z zewnątrz narzuca się w sposób „samo-zrozumiały” i w ten sposób podporządkowuje państwo (tak jak obecnie często rozumie się prawa człowieka)⁶⁹.

5.4. Koncepcja stosowania prawa

Wyprowadzanie legitymacji prawa z idei kierującej decyduje o koncepcji stosowania prawa. Jak stwierdza Hauriou, prawo jako zależny od lokalnych warunków czynnik porządku społecznego nie jest techniką, lecz sztuką⁷⁰. Przyznaje więc sędziom szeroką swobodę w interpretacji prawa⁷¹. Odnosząc się do kontekstu anglosaskiego, postrzega ich jako jego twórców i gwarantów wolności indywidualnych. Takie sądowne prawodawstwo, ewoluujące i dostosowane do czasu i miejsca, może, jak uważa, uniknąć wad prawa kontynentalnego – aprioryczności i (potencjalnej przynajmniej) społecznej wywrotowości. Analizując pozycję sędziów w reżimach prawa kontynentalnego, pozytywnie ocenia ich rolę jako organów postawionych w niektórych

67 Jawi się ono, na gruncie podziału na prawo dyscyplinarne i statutowe, jako postać tego drugiego we współczesnym państwie liberalno-demokratycznym, Hauriou nie jest jednak w tym miejscu do końca jasny w aspekcie terminologicznym.

68 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 97-99, 102.

69 Barut, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawno-politycznej społeczeństwa ponowoczesny, passim*.

70 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 61-62.

71 Stosunek Hauriou do aktywizmu sędziowskiego ewoluował, jeszcze około 1900 r. postulował on prymat wykładni językowej (Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, 129).

przypadkach ponad prawem pisanym, czego wyrazem mają być francuskie *Cour de Cassation* i *Conseil d'État*. Gwarancją praw indywidualnych powinna być, jego zdaniem, sądowa kontrola konstytucyjności ustaw (której brakowało w ówczesnej Francji)⁷². Postuluje, aby kompetencję tę przyznać sędziom sądów powszechnych przy rozstrzyganiu konkretnych spraw, sprzeciwia się natomiast ustanowieniu specjalnego sądu konstytucyjnego, który „mógłby wzbudzić nieufność ustawodawcy”⁷³. Sędziowie, odnajdując i stosując prawo winni zwracać uwagę bardziej na zasady konstytucyjne (*principes constitutionnels*) niż teksty ustaw, w tym również konstytucyjnych, to w zasadach wyraża się bowiem cywilizacyjny dorobek społeczności, w szczególności w zakresie ochrony praw podmiotowych. Tekst ustawy mogą wyrażać stan instytucji, czyli idei kierującej jedynie w określonym momencie historycznym⁷⁴.

Podkreślić jednak należy, że Hauriou przypisuje sędziom wyłącznie rolę rozstrzygania konkretnych sporów. Z tego względu, zdaniem Hauriou, władza sądownicza w jego czasach nie jest władzą polityczną w pełnym znaczeniu tego słowa, tak jak była nią w czasach Monteskiusza, nie powinna więc być uwzględniana w koncepcjach podziału władzy⁷⁵. Zasadniczą funkcją sędziowskiej kontroli prawa ma być zapewnianie równowagi w działaniu innych władz, a nie pozbawianie ich znaczenia (choćby ubrane w pozór stosowania zasad konstytucyjnych)⁷⁶. Hauriou dostrzega niebezpieczeństwo arbitralności sędziów i postawienia poza kontrolą społeczną⁷⁷. Wskazuje, że bezwzględnie należy unikać przejścia przez sędziów władzy nad państwem, które to niebezpieczeństwo jest, jak wskazuje, dostrzegane w USA⁷⁸. Sędziowie, opierając się na zasadach konstytucyjnych, powinni unikać nie tylko postawy (pseudo) scjentyistycznej analizy, ale i arbitralności upozorowanej na szczególnie, indywidualny wgląd w sprawę, „niepokojących skłonności do orzekania na zasadach słuszności” (*équité*)⁷⁹. Według Hauriou prawo pozytywne, w którym są obeznani sędziowie, nie przynosi, jak już wskazano, jakiegoś „autonomicznego” wyrazu idei kierującej, idea ta przede wszystkim wyraża się w innych wytworach kultury (a jeśli w prawie, to przede wszystkim w jego podstawowych zasadach)⁸⁰. Teoretyk sądowej kontroli konstytucyjności

72 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 247-248, 612.

73 Ibidem, 68-271.

74 Ibidem, 95-96, 269, 236-237.

75 Ibidem, 350.

76 Ibidem, 237-241.

77 Hauriou, *Principes de droit publique*, 76.

78 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 268, 224-230.

79 Ibidem, 237.

80 Idem, *Aux sources du droit*, 117.

prawodawstwa jest więc świadomy zagrożeń związanych z pozycją „trzeciej władzy”.

5.5. Samoistność władzy politycznej

Należy wreszcie wskazać, że absolutność prawa stanowionego jest na gruncie koncepcji Hauriou niemożliwa ze względu na autonomiczne wobec niego, samoistne znaczenie władzy politycznej i jej decyzyjonistyczny aspekt jako władzy chroniącej określony porządek. Wyrazem tego są poglądy Hauriou na funkcjonowanie prawa w sytuacjach wyjątkowych⁸¹.

Decyzyjonistyczny aspekt władzy politycznej ujawniać się ma już w jej aspekcie genetycznym. Hauriou, analizując władzę polityczną, stosuje różniczenia na władzę prawną (*pouvoir de droit*) i władzę faktyczną (*pouvoir de fait*). Ta druga pojawia się w rzadkich sytuacjach, każda normalnie funkcjonująca instytucja po jakimś czasie wytwarza bowiem prawo⁸². Władza faktyczna nie jest uzasadniona prawnie (przez „zwyczaj”), lecz metafizycznie, a w katolicyzmie teologicznie (zgodnie z zasadą, że każda władza pochodzi od Boga). Władza faktyczna przechodzi we władzę prawną, może stać się nią jednak nie dzięki ustawie, lecz poprzez wpisanie w już istniejące instytucje. Według Hauriou żaden porządek społeczny nie jest zgodny ze zasadami ponadczasowej sprawiedliwości, a niekiedy jest z nimi wyraźnie sprzeczny, ale nawet wtedy jest lepszy od chaosu⁸³.

Władza prawna również w niektórych przypadkach ujawnia swój aspekt decyzyjonistyczny. Porządek polityczno-prawny, na który składają się nie tylko prawo pozytywne, ale przede wszystkim instytucje i zwyczaje, jest ograniczeniem nie tylko dla władzy, ale także dla wolności jednostkowych. Prawo miarkuje władzę polityczną, lecz jej nie „pochłania”; w szczególnych wypadkach akty władzy, również „demokratycznej”, nie muszą i nie powinny być poprzedzone „dyskusją” czy innymi przewidzianymi przez prawo procedurami⁸⁴. Należy tu powrócić do wyżej wskazanego rozróżnienia na prawo ustalone i prowizoryczne. To drugie, wynikające z decyzji władzy politycznej zasługuje na posłuszeństwo, nawet jeśli nie jest w pełni zgodne z zapisami ustawy i nie spełnia w pełnym zakresie kryterium sprawiedliwości (choć Hauriou zastrzega, że jest tak wtedy, gdy nie gwałci w oczywisty sposób powszechnie przyjętych zasad moralnych i nie jest wytworem oczywistej

81 Idem, *Principes de droit publique*, 799-812. O pojęciu sytuacji nadzwyczajnej we współczesnej teorii prawa zob. Karol Dobrzeniecki, *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnej. Między legalizmem a koniecznością* (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania. „Dom Organizatora”, 2018).

82 Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, 16.

83 Ibidem, 29-33, 37.

84 Ibidem, 2, 24.

tyranii). Hauriou podkreśla prawny, a zatem legitymowany charakter aktów władzy wykonawczej, mających na celu przede wszystkim zachowanie porządku, w szczególności takich, które dla wypełnienia swej funkcji wymagają natychmiastowego wykonania. Również te akty, tak samo jak inne akty prawne, korzystają z domniemania zgodności z prawem, mogą oczywiście być później poddane pod kontrolę prawną na podstawie kryterium zgodności z prawem ustalonym, a jeśli ich wykonanie wyrządziło szkodę – dawać podstawę do domagania się odszkodowania. Zasadność posłuszeństwa takiemu prawu wynika z samej istoty władzy politycznej jako warunku istnienia społeczeństwa⁸⁵.

Hauriou ujmuje więc państwo i prawo jako byty empiryczne, a nie „logiczne”, wskazując, że idea samoograniczenia państwa pojętego jako osoba jest wprawdzie groźnym absurdem filozoficznym, lecz zarazem odzwierciedla, w pewnym stopniu, rzeczywistość społeczną. Między państwem a prawem winna więc istnieć równowaga, prawo w pewnych momentach winno być podporządkowane państwu i *à rebours*⁸⁶. Polityczność i prawo pozytywne nawzajem są warunkami swojego istnienia jako elementy tej samej struktury symboliczno-instytucjonalnej.

6. Zakończenie

Koncepcja prawa jako instytucji-rzeczy kształtowanej przez instytucję-osobę, tj. wspólnotę polityczną, sformułowana została przez Hauriou w czasach, gdy rodziły się dwudziestowieczne ideologie i systemy totalitarne, a zarazem w praktyce ustrojowej państw demokratyczno-liberalnych coraz silniejsze stawały się tendencje technokratyczne. W tej perspektywie upowszechniało się rozumienie prawa jako „techniki”⁸⁷, czy to rozumianej jako system norm generalnych i abstrakcyjnych – dogodne narzędzie racjonalnej w sensie Weberowskim biurokracji – czy to jako okazjonalne decyzje władzy dążącej do celów o (rzekomo) ogólnospołecznym znaczeniu. Odwołując się do koncepcji Hanny Arendt, stwierdzić można, że prawo zaczęło stawać się bezpośrednim odzwierciedleniem relacji władzy, tak samo jak one nieokreślonym, a zarazem wszechobecnym. Sformułowana przez Hauriou koncepcja idei kierującej ma być narzędziem krytyki tych tendencji: wyrażać ma podporządkowanie prawa wartościom określonej wspólnoty politycznej, które nie redukują się ani do technicznych sposobów realizacji arbitralnie obranych celów, ani do zespołu haseł ideologicznych. Przywracanie wymiaru ideowego władzy pozwalać ma, na gruncie koncepcji Hauriou, na uniknięcie sprowadzania prawa do wyrazu arbitralnych decyzji odzwierciedlających

85 Idem, *Principes de droit publique*, 806-810.

86 Idem, *Précis du droit constitutionnel*, 101.

87 Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian* (Warszawa: LexisNexis, 1999), 39-77.

społeczne i polityczne partykularyzmy, a występujących w „kostiumie” takich konstrukcji jak wola powszechna czy transcendentna powinność. Idea kierująca wprowadza do prawa czynnik polityczny, który dynamizuje je nie tylko w tym sensie, że, na poziomie ustawodawstwa, uzasadnia jego kształtowanie decyzjami władzy politycznej, w tym „wykonawczej,” a na poziomie orzecznictwa wykładnię zgodną z „zasadami konstytucyjnymi”. Dynamizuje je również poprzez unaocznienie nietożsamości prawa z jakimkolwiek wyrazem świadomości czy woli. Hauriou, głosząc ideę nietożsamości władzy i prawa z osobą i ideologią oraz symboliczne ich znaczenie, zbliża się do sformułowanej przez Claude’a Leforta, a wpływowej na gruncie postmarkszizmu koncepcji władzy jako „pustego miejsca”⁸⁸. Tym niemniej, idea kierująca, tak jak ją rozumie, jest z jednej strony niemożliwa do pełnego skonceptualizowania, a z drugiej strony określona w swym „typie”, tak jak (odwołując się do przykładu samego Hauriou) pojęcie sprawiedliwości, inne w czasach Racine’a a inne w czasach po Wielkiej Wojnie, możliwe jednak do rozpoznania przez spadkobierców tej samej cywilizacji. W rezultacie jedna i druga cecha sprawi, że nie można pod ideę kierującą dowolnie „podstawić” ani koncepcji pseudouniwersalistycznej, ani ideologii odwołującej do *stricte* lokalnych korzeni. W tym wyraża się krytyczny potencjał koncepcji Hauriou. Władza i prawo są dla niego w istocie ideałami, obecnymi jednak w tym, co zapewnia ciągłość społeczną, tj. instytucjach, o ile pozostają one żywymi praktykami społecznymi. Rozumiejąca interpretacja celów im przypisywanych służyć może zarazem krytyce praktyk, które instytucje te wytwarzają. Nie zmienia tej oceny zbyt optymistyczna u Hauriou i w tym sensie ideologiczna ocena współczesnych mu systemów liberalno-demokratycznych, będąca w istocie jego interpretacją obiegającą od tendencji, które zdobywały w nich pierwszeństwo.

W czasach Hauriou zagrożeniami dla właściwego rozumienia polityki i prawa była, jego zdaniem, niemiecka koncepcja państwa jako osoby i Kelsenowska teoria czystego prawa. Również dzisiaj koncepcja prawa, jako instytucji realizującej ogólnospołeczną ideę kierującą, zwraca się przeciwko takim jego sposobom rozumienia, które mogą uzasadniać sprowadzanie go do wyrazu partykularnej woli lub interesu. Zdaniem autora artykułu jest to, po pierwsze, sprowadzanie prawa do wyrazu świadomości, czy wręcz jakiejś „powszechnej” woli środowiska prawniczego i odwoływanie się w tym celu do współczesnego instytucjonalizmu, prawniczego pragmatyzmu, a także koncepcji juryscentrycznej. Po drugie, jest to ujmowanie prawa charakterystyczne dla neomarksizmu – jako pustej znaczącej, pod którą można podkładać różne hasła polityczne lub po prostu jako wyrazu walki klasowej.

88 Arkadiusz Barut, „Prawa człowieka – symboliczna podstawa sfery politycznej czy czynnik jej zaniku? Polemika Claude’a Leforta z Hanną Arendt” *Studia Polityczne*, nr 2 (2015): 55-74.

Bibliografia

- Barut Arkadiusz, *Prawa człowieka jako dekonstrukcja symboliki prawnopolitycznej społeczeństwa ponowoczesnego*. Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2018.
- Barut Arkadiusz, *Egotyzm, etyka, polityka. Myśl konserwatywna Maurycego Barrèsa*. Kraków: Arcana, 2009.
- Barut, Arkadiusz, „Prawa człowieka – symboliczna podstawa sfery politycznej czy czynnik jej zaniku? Polemika Claude’a Leforta z Hanną Arendt” *Studia Polityczne*, nr 2 (2015): 55-74.
- Barut Arkadiusz, „Tradycja i rewolucja. Konserwatyzm immanentny Josepha de Maistre’a” *Wrocławskie Studia Politologiczne*, nr 9 (2008): 192-208.
- Beaud Olivier, „Hauriou et le droit naturel” *Revue d’histoire des facultés de droit et de science juridique*. <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p123-138.pdf>.
- Dobrzeńiecki K., *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnych. Między legalizmem a koniecznością*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownia. „Dom Organizatora”, 2018.
- Duguit Leon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C, 1927.
- Dworkin Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Gigacz Stefan, „Vers une théorie démocratique de l’institution” *Mémoire de Diplôme des Etudes Approfondies, Faculté Jean Monnet, Université Paris XI*, 1997. Dół formularza. <http://www.hauriou.net/la-theorie-classique-de-l-institution>.
- Gromski Włodzimierz, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: „Kolonja”, 2000.
- Hauriou Maurice, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l’ordre et la liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933.
- Hauriou Maurice, *Cours de science sociale. La science sociale traditionnelle*. Paris: L. Larosse, 1896.
- Hauriou Maurice, *Leçons sur le mouvement social*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général de Lois et des Arrêts, 1899.
- Hauriou Maurice, *Précis du droit constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Hauriou Maurice, *Principes de droit public*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1916.
- Kozak Artur, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wrocław: Kolonia Limited, 2002.
- Morawski Lech, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: LexisNexis, 1999.
- Rosanvallon Pierre, *La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Seuil, 2008.

- Rousseau Dominique, *Constitutionnalisme et démocratie*. <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.
- Schmitt Carl, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa”, przeł. Jezery Zajadło”, [w:] Jerzy Zajadło, *Schmitt*. 69-132. Sopot: Arche, 2016.
- Smolak Marek, *Prawo fakt, instytucja*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 1998.
- Weinberger Ota, Neil MacCormick, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1986.