

Nr 5



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘZ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK II NUMER 3 (5) JESIEŃ 2013 ROK

ISSN 1506-7513
ISSN 2299-405X



SPÓDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

DODATEK KWARTALNIKA NAUKOWEGO PIENIĄDZE i WIĘŹ

ISSN 1506-7513

ROK II NUMER 3 (5) JESIEŃ 2013

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) –
przewodniczący
dr **Bolesław Banaszkiwicz**
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca**
(Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Henryk Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dziega** (KUL, SIN)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Roman Kwiecień** (UMCS)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr **Jadwiga Potrzezszcz** (KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
dr **Kazimierz Ujazdowski** (UŁ)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski**
(UKSW)
prof. **Krzysztof Wojtyczek** (UJ)
dr hab. **Piotr Zakrzewski** (KUL)

International Board:

prof. **Adam Czarnota** (Australia, Polska) –
przewodniczący
prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein**
Schwartz (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** – redaktor naczelny
prof. **Krzysztof Pawłowicz** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora
naczelnego
Agata Czarnecka – sekretarz
Janusz Ossowski – redaktor zarządzający
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 200 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okładka: Rafael Santi, *Grzegorz IX*
zatwierdzający Dekrety
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piw@skok.pl

Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń
tel. 503 839 374, 606 285 765
www.prawoiwiesz.edu.pl
e-mail: prawoiwiesz@gmail.com

Okładka: Rafael Santi, *Grzegorz IX zatwierdzający Dekrety*

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry
(www.wga.hu)

Fresk znajduje się w Stanza della Segnatura w Pałacach Papieskich w Watykanie; ilustracja udostępniona za zgodą Web Gallery of Art (www.wga.hu)

Rafael Santi (właśc. Raffaello Santi lub Sanzio) – żyjący w latach 1483–1520, najwybitniejszy, obok Leonarda da Vinci i Michała Anioła, twórca włoskiego renesansu (malarz, architekt, dekorator). Uchodził za boskiego malarza (urodził się i zmarł w Wielki Piątek).

Fresk przedstawia papieża Grzegorza IX (właśc. Ugolino Conti di Segni), żyjącego w l. 1160/70–1241. Grzegorz IX, którego pontyfikat przypadł na lata 1227–1241, był znakomitym kontynuatorem polityki papieskiej przewagi, przeciwnikiem cesarza Fryderyka, zwolennikiem wypraw krzyżowych oraz m.in. działań zakonu krzyżackiego (sprowadzonego do Polski przez księcia Konrada Mazowieckiego); prowadził walkę z heretykami, wprowadził oficjalnie inkwizycję (za jej pośrednictwem chciał walczyć skutecznie z herezją i nie dopuszczać do karnia osób niewinnie o nią oskarżanych); znał i przyjaźnił się ze św. Franciszkiem z Asyżu, był wielkim protektorem franciszkanów i dominikanów, popierał misje tych zakonów w Europie Wschodniej (to on właśnie kanonizował Franciszka w 1228 r. i Dominika w 1234 r.) Grzegorz IX był przy tym znakomitym dyplomatą i wielkim znawcą prawa. W 1230 r. polecił zebrać Dekrety (zbiór prawa kanonicznego opierający się na decyzjach soborowych i listach papieskich), które, promulgowane w 1234 r. pozostały aż do 1918 r. najważniejszym źródłem katolickiego prawa kanonicznego.



Spis treści

ARTYKUŁY

<i>Tomasz Tulejski</i> Czy liberalizm jest jeszcze liberalny?.....	7
<i>Romuald Piekarski</i> Republikanizm, ale jaki... Jakiego republikanizmu nam Polakom potrzeba?	21
<i>Michał Rupniewski</i> Prawny wymiar więzi społecznej w myśli Johna Rawlsa	39
<i>Bolesław Banaszekiewicz</i> Supreme Court vs. Constitutional Tribunal: 18 Years of Dispute at the Top of Polish Judiciary	58
<i>Piotr Machnij</i> Prawo do rodziny a prawo do planowania rodziny.....	82

GLOSA

<i>Tomasz Barankiewicz, Piotr Zakrzewski</i> Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2010 r. III CZP 127/09.....	103
--	-----

AUTORZY

Noty o autorach	117
-----------------------	-----



ARTYKUŁY

Tomasz Tulejski

Czy liberalizm jest jeszcze liberalny?

Is Liberalism Still Liberal?

The author draws a comparison between classical and contemporary liberalism and indicates the main differences they expose in the basic categories of political and moral reasoning. He argues that these differences cause fundamental discrepancies in these two liberal conceptions of freedom. The most important sign of classical liberalism was the concept that the individual was motivated by the idea of self-improvement and that society consisted of self-improving individuals and the liberal state remained neutral towards the direction of the self-improvement. For Mill, Constant and Humboldt man are different as far as their experiences and personal features, so pursuit to excellence undertaken by very different individuals takes very different shapes and brings out various results. This point of view rejects any notion of paternalism. Liberal state is to neither help nor hinder any of individual efforts expressing their different conception of good and have a very limited role to play. In turn, the mainstream contemporary liberalism represented by libertarians, neoliberals and egalitarian liberal thinkers presents the opposite assumption. They construct abstract and rationalistic visions founded on the normative category of rights – supplying arguments for affirmation of one set of policies. For example, supporting free market activities and rejecting state intervention, or defending the welfare state. They argue that all peoples are bearers of the same rights and are capable of perfectly rational choices. In liberal society all of them are in positions to take advantages of their natural rights of their moral agencies while pursuing their ways of life. In this point of view society consists of individuals who are not expected to be motivated by any idea of self-improvement.

Tomasz Tulejski

*doktor habilitowany nauk prawnych,
profesor nadzwyczajny, Uniwersytet Łódzki*

Wprowadzenie

Liberalna filozofia polityczna wydaje się być dzisiaj niekwestionowanym hegemonem w dyskursie toczonym w ramach cywilizacji zachodniej. Nawet jej niegdysiejsi radykalni oponenti wobec oczywistego sukcesu liberalnej narracji posługują się kategoriami, które zaczerpnięte zostały wprost z liberalnego instrumentarium. Czasem nawet ci, których związki z kanonicznie pojmowanym liberalizmem są bardzo luźne, nadają sobie miano liberałów, by legitymizować nie tylko swe poglądy, ale i sam udział w dyskursie publicznym.

Czyni to z liberalizmu intelektualne i polityczne zjawisko, które na poziomie *praxis* coraz trudniej opisać w postaci zamkniętego katalogu zasad i aksjomatów. Przypomina to jako żywo zamierzchłe czasy rządów dynastii hanowerskiej w Anglii, gdy wigizm – intelektualny antenat klasycznego liberalizmu – stał się ideologią władzy i politycznego establishmentu tracąc swoje znaczenie jako termin, który mógł być z powodzeniem służyć odróżnieniu jednej grupy polityków od drugiej. Dlatego po wstąpieniu na tron Jerzego III, którego polityczne *credo* dalekie było od tego, jakie wyznawali jego poprzednicy, nikt nie wiedział czym jest wigizm, ponieważ prawie wszyscy, którzy byli kimś w świecie polityki twierdzili, że są wigami¹.

Podobnie dzisiaj, na liberalizm powołują się zarówno obrońcy wolnego rynku, jak i zwolennicy daleko posuniętej ingerencji państwa w życie ekonomiczne, wyznawcy moralnego perfekcjonizmu oraz libertyni, entuzjastyczni demokraci i ich zawiedzeni większością demokracją oponenti. Sama tolerancja, tak niegdyś charakterystyczna dla liberalnej formacji, dzisiaj stała się uzasadnieniem jej dziecka z nieprawego łoża, jakim jest polityczna poprawność i zwalczania oponentów liberalizmu. Sukces liberalnej narracji doprowadził równocześnie do jej intelektualnej degeneracji. Nawiązujące bezpośrednio do empirycznego doświadczenia argumenty jego ojców założycieli, ustąpiły miejsca abstrakcyjnym spekulacjom opartym na przyjętych aksjomatycznie zasadach pierwszych, których udowodnić nie trzeba i których udowodnić nie sposób.

Celem tego krótkiego artykułu jest zasygnalizowanie najistotniejszych różnic pomiędzy liberalizmem klasycznym, a jego dwudziestowiecznym następcą. W tym celu na początek wskażę perfekcjonistyczne elementy, które legły u podstaw liberalnego argumentu Willhelma von Humboldta, Benjamina Constanta a przede wszystkim Johna Stuarta Milla. Następnie zestawie je z zasadami pierwszymi współczesnego liberalizmu w odmianie wolnorynkowej i egalitarnej, podkreślając dzielące je różnice, lecz także wskazując istotne metodologiczne podobieństwa. Na koniec, spróbuję wskazać niebezpieczeństwa, jakie niesie z sobą przywiązanie współczesnych liberałów to racjonalistycznych fundamentów swych doktryn oraz niechęć w sięganiu do klasycznej, empirycznej liberalnej metodologii.

I

Zimnowojenny sukces oraz zasadnicza akceptacja w zachodnich społeczeństwach liberalizmu jako doktryny legitymizującej porządek państwa demokratycznego, wzmocniły tendencję do ucieczki w abstrakcję u liberalnych teoretyków, którzy jądrem swej doktryny uczynili redukcjonistycznie rozumianą naturę ludzką. To z kolei pozwoliło współczesnemu liberalizmowi abstrahować od konkretnych politycznych, społecznych i historycznych doświadczeń poszczególnych wspólnot, by przez to rościć sobie prawo do uniwersalności. O ile więc klasyczni liberałowie żyjący w czasach, gdy rzeczywistość nie uzasadniała takich roszczeń, dalecy byli od tego doktrynerskiego zapału, to ich dwudziestowieczni następcy pozbawieni są dystansu, jaki cechował dla przykładu Constanta. Dla tego klasyka liberalnego konstytucjonalizmu, podobnie jak wcześniej dla Monteskiusza, natura ludzka nie jest stała, stąd nie ma jednego powszechnego wzorca wolności, ani jednego realizującego go ustrojowego ideału. Tymczasem dzisiejsi liberałowie praktykę liberalnego państwa

1 D. Southgate, *The Passing of the Whigs, 1832-1886*, London 1962, s. xiv.

podnieśli do rangi zasad cieszących się ontologicznym statusem dogmatów chrześcijańskich.

Z tej perspektywy liberalny porządek polityczny wydaje się na wskroś racjonalny, a jeśliby doprawić go szczyptą historyzmu, także konieczny. Tę degenerację doktryny liberalnej trafnie zdiagnozował swego czasu John Gray w będącym postnowoczesną rozprawą z liberalnymi przesadami *Postscriptum* do książki *Po liberalizmie: „Liberalizm”* – napisał – „który w odniesieniu do zachowań jednostek ma za swój cel tolerancję, a nawet pluralizm, stanowi w sferze swych postulatów politycznych wyraz nietolerancji, ponieważ zaprzecza ewidentnej prawdzie zgodnie z którą wiele bardzo różnych form rządów może, każda na swój sposób, przyczynić się do urzeczywistnienia autentycznego ludzkiego dobrobytu. Liberalizm od samego początku zawsze i zawzięcie odrzucał to banalne spostrzeżenie, ponieważ siłą rzeczy podważało ono roszczenie liberalizmu jako politycznej religii do powszechnego panowania – roszczenia, które obrazują strukturalne podobieństwo liberalizmu do zaangażowanego w ewangelizację chrześcijaństwa, którego liberalizm jest nieprawym potomkiem”². W ciągu ponad 300 lat swego istnienia liberalizm niepostrzeżenie ewoluował więc w kierunku ideologii dążącej do radykalnego przewartościowania, a później przekształcenia świata społecznego w imię dogmatycznie interpretowanej wolności jako najważniejszego i najbardziej pożądanego politycznego dobra. Prowadzi to naturalnie do deprecjacji innych kategorii i osadzonych na nich innych stylów politycznego myślenia, jako niezgodnych z liberalną wizją natury ludzkiej i realizującego ją porządku społecznego.

Połączenie liberalizmu z demokratycznymi procedurami i zainfekowanie egalitaryzmem skutkuje jednocześnie utratą tego, co charakterystyczne dla istoty klasycznego liberalizmu, a na co uwagę zwrócił Zbigniew Rau w swoim studium *Zapomniana wolność*. Sednem klasycznego liberalizmu był bowiem perfekcjonizm i wywiedziony zeń pewien wolnościowy elitaryzm, dla którego liberalne państwo stwarzać mogło jedynie odpowiednie środowisko³. Dla von Humboldta⁴ i Constanta⁵ zadaniem państwa jest więc tylko stwarzanie jednostce warunków do kształtowania swego charakteru oraz jego doskonalenia. Dzieje się to poprzez unikalne jednostkowe doświadczenie wypełnione bezustannymi wyzwaniem, próbami realizacji zamierzeń i kształtowanie swej unikalnej osobowości. W ten sposób zrealizować można afirmowany przez Milla ideał jednostki autonomicznej, samej będącej autorem swego życia, która sama stawia sobie życiowe cele i określa metody ich realizacji w ramach zakreślonej przez niego generalnej maksymy wolności. Wedle niego „natura ludzka nie jest maszyną zbudowaną według modelu i pozostawioną do wykonywania wyznaczonej pracy, lecz drzewem, które rośnie i rozwija się na wszystkie

2 J. Gray, *Postscriptum: Po liberalizmie*, [w:] idem, *Po liberalizmie*, przeł. P. Maciejko, P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 5.

3 Z. Rau, *Zapomniana wolność. W poszukiwaniu historycznych podstaw liberalizmu*, przeł. M. Przychodzeń, Warszawa 2006, s. 16-17.

4 W. H. Bruford, *The German Tradition of Self-cultivation. Bildung from Humboldt to Thomas Mann*, Cambridge 1975, s. 1-28; M. Chmieliński, *Atomizm i indywidualizm. Rozważania nad myślą polityczną i prawną Wilhelma von Humboldta*, Łódź 2004, s. 33-46.

5 G. Izenberg, *Individualism and Individuality in Constant*, [w:] *The Cambridge Companion to Constant*, red. H. Rosenblatt, Cambridge 2009, s. 206-207.

strony zgodnie z dążeniem sił wewnętrznych, które czynią ją żywą istotą⁶. Realizacja potencjału tkwiącego w jednostce uzależniona jest więc od niej samej oraz od chęci jego wykorzystania⁷, „bowiem władze umysłowe i moralne, podobnie jak siły fizyczne, rozwijają się tylko dzięki ich używaniu⁸. Stąd w społeczeństwie będą żyć ci, którym ten szlachetny ideał uda się zrealizować oraz ci, którym się to nie powiedzie lub którzy nie podejmą nawet takiego wysiłku⁹. „O człowieku” – pisze Mill w eseju *O wolności* – „którego pragnienia i popędy są wyrazem jego natury – rozwiniętej i zmodyfikowanej własną pracą – mówimy, że ma charakter. Kto nie posiada własnych pragnień i popędów, ma tyle charakteru, co maszyna parowa¹⁰”.

Efekt jednostkowych wysiłków zawsze określa jego otoczenie społeczne, zależy też od jednostkowych preferencji i unikalnej osobowości jednostek. Stąd liberalne społeczeństwo, składające się z jednostek niepowtarzalnych, musi być z tej perspektywy społeczeństwem pluralistycznym¹¹, w którym zachodzą interakcje pomiędzy różnymi typami osobowości i różnymi, często przeciwstawnymi wizjami jednostkowego szczęścia. A zatem liberalne państwo w ujęciu Milla musi być wolne od paternalizmu¹², państwem neutralnym wobec wszystkich, niepreferującym żadnej wizji dobra wspólnego i dobra jednostek, a tym bardziej narzucającej pewnej wizji moralności¹³. Nie może więc narzucać wizji szczęścia, zmuszać do jego realizacji czy nawet wspomagać w trudzie samodoskonalenia. Ma stwarzać jedynie warunki samorealizacji jednostek i osiągnięcia przez nie wolności, rozumianej jako nieszkodząca innym pełna kontrola nad swym życiem i dokonywanymi w nim wyborami moralnymi. Mill nie przesądza więc, czy liberalne państwo składać się będzie z autonomicznych jednostek; czasem nawet wydaje się być w tym względzie pesymistą; jest dla niego ważne, aby liberalne państwo umożliwiło, nawet jeśli tylko nielicznym, realizację tkwiącej w nich potencjalnie wolności.

W tej tradycji wolność należy więc zdobyć, wielkim, czasem heroicznym, indywidualnym wysiłkiem, stąd, choć pluralizm liberalnego społeczeństwa musi być doświadczeniem empirycznym, nie może być mowy o moralnym zrównaniu wszystkich sposobów życia i moralnego statusu wolnych i tych, którzy wolności nie osiągnęli; należy odróżnić więc moralny status Sokrates i głupca. Neutralność państwa i pluralizm liberalnego społeczeństwa to w klasycznym liberalizmie równocześnie konsekwencja empirycznej analizy jednostki działającej w społecznym otoczeniu i instrument czy gwarancja realizacji wolnościowego potencjału jednostek.

6 J. S. Mill, *O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, Warszawa 2005, s. 159.

7 J. Gray, *Mill's conception of happiness and the theory of individuality*, [w:] J.S. Mill *On Liberty in focus*, red. J. Gray, G.W. Smith, London-New York 1991, s. 192.

8 J.S. Mill, *O wolności...*, op. cit., s. 158.

9 W. Donner, *The Liberal Self. John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, New York 1991, s. 182; K.C. O'Rourke, *John Stuart Mill and Freedom of Expression*, London 2003, s. 116.

10 J.S. Mill, *O wolności...*, op. cit., s. 203.

11 J. Hamburger, *John Stuart Mill on Liberty and Control*, Princeton 2001, s. 226.

12 G. Claeys, *Mill and Paternalism*, Cambridge 2013, s. 59-60.

13 Z. Rau, *Liberalizm. Zarys myśli politycznej XIX i XX wieku*, Warszawa 2000, s. 79.

II

Tymczasem współczesny liberalizm, argumentujący z kantowsko-racjonalistycznych pozycji, całkowicie odwraca ową klasyczną perspektywę naturalności państwa, realizowanej czy to przez rynek, czy Rawlowską zasadę sprawiedliwości jako bezstronności, czyniąc z tego założenia punkt wyjścia dla dalszych spekulacji. Te abstrakcyjne spekulacje zastąpiły zatem empiryczne doświadczenie klasyków. Stąd współczesna perspektywa musi w konsekwencji odrzucić liberalny perfekcjonizm, bowiem przy tak sformułowanym założeniu wyjściowym, wszystkie sposoby życia, postawy moralne muszą zostać zaakceptowane w ramach pluralizmu wartości¹⁴. Jest to możliwe, ponieważ jądrem wszystkich współczesnych liberalnych sposobów argumentowania są prawa czy wolności otrzymane przez jednostkę na mocy filozoficznych spekulacji i realizujących je instytucji politycznych¹⁵, a nie w wyniku indywidualnego wysiłku. Niegdyś państwo liberalne stwarzało warunki dla osiągnięcia wolności; współcześnie – państwo ma być tak urządzone, by jednostki mogły w jak najpełniejszy sposób realizować swoją wolność, którą posiadają od chwili narodzin na mocy politycznego manifestu.

Dla Humboldta, Constanta i Milla człowiek jest więc wolny jedynie *in potentia*, współcześni liberałowie zaś widzą wolność jako immanentną właściwość ludzkiego indywiduum, niezależnie od form w jakich się ona realizuje. Co więcej, owa wolność abstrahuje od empirycznych okoliczności, historycznych czy kulturowych uwarunkowań. Wyposażone są w nią wszystkie jednostki, które nie są już postrzegane jako unikalne i nieprzewidywalne w swych wyborach, lecz poddane liberalnej uniformizacji i homogenizacji w ramach jednej liberalnej racjonalności czy to jako konsumenci na rynku, czy to znajdujący się za Rawlowską zasłoną niewiedzy. Oczywiście pomiędzy współczesnymi liberałami istnieją zasadnicze różnice w postrzeganiu instytucjonalnych gwarancji jej ochrony i zachowania oraz kształtu liberalnych instytucji. Dla liberałów wolnorynkowych, którzy w tym wymiarze postrzegają siebie jako następców i kontynuatorów klasycznego liberalizmu, naturalnym środowiskiem, w którym realizuje się wolność (i neutralność zarazem), jest oczywiście rynek z jego obiektywnymi prawami konkurencji, zysku i straty. Początkiem ich argumentacji jest jednak zawsze oparte na filozoficznej spekulacji przekonanie, że jednostki posiadają naturalne i niezbywalne prawa – ta zasada realizuje się czy to w Nozickowskiej (Lockeowskiej) triadzie życia, wolności i mienia, czy libertariańskim aksjomacie samoposiadania i nieagresji¹⁶, jednak zawsze przy założeniu niezmienności i uniwersalności ludzkiej kondycji. Wolność zaś postrzegana jest jako brak arbitralnego przymusu ze strony podmiotów zewnętrznych wobec jednostki. Zatem, aby cieszyć się wolnością, którą sprowadza się do wolności negatywnej, wystarczy brak owego przymusu i pozostawienie wolności wyboru racjonalnej i wolnej *ex definitione* jednostce¹⁷.

U Nozicka punktem wyjścia uzasadnienia tak postrzeganej wolności, a co za tym idzie i neutralności państwa, jest racjonalistyczne przekonanie, że każdy z nas

14 Idem, *Zapomniana wolność...*, op. cit., s. 3.

15 Ibidem, s. 45.

16 J. Christman, *Self-Ownership, Equality, and Structure of Property Rights*, „Political Theory” 19, 1991, s. 28-46.

17 F. A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, przeł. J. Stawiński, Warszawa 2006, s. 26.

posiada naturalne, nienaruszalne uprawnienia do życia, wolności i mienia. Ich naturalność polega na tym, że każdy posiada je tylko na mocy faktu, że jest jednostką ludzką. Nienaruszalność wynika z tego, że nikt – jednostka, grupa, państwo – nie może w nie ingerować. Ingerencji takiej nic nie może uzasadniać, nawet fakt, że ograniczając je dzisiaj, zapewnimy im lepszą ochronę w przyszłości. Nie można zatem bez zgody jednostki pozbawić jej życia, ograniczyć wolności czy wyzuc z mienia, nawet jeśli obiektywnie mogłoby to przynieść jej korzyści. Stanowisko takie opiera Nozick na kantowskim przekonaniu, że człowiek jest celem, a nie jedynie środkiem do realizacji celów leżących poza nim, nawet tak szczytnych, jak sprawiedliwość społeczna, dobro wspólne, równość szans czy też szczęście ludzkości. Oczywiście każdy ponosi pewne dobrowolne ofiary, aby w przyszłości odnieść z tego korzyści. Dzieje się tak na przykład wtedy, gdy godzimy poddać się bolesnemu zabiegowi leczniczemu, aby w przyszłości uniknąć cierpienia; można też poświęcić się dla dobra innych ludzi – oba te przypadki wymagają jednak bezwzględnie bezpośredniej i dobrowolnej zgody. Inne jednostki czy władza państwowa nie mają prawa zmuszać nikogo do takich poświęceń. W tym kontekście wszelka przymusowa dystrybucja bogactwa od jednostek uprzywilejowanych do upośledzonych społecznie jest dla Nozicka niedopuszczalna, a władza polityczna „sumiennie musi pilnować swej **neutralności** w stosunku do tych, którzy jej podlegają”¹⁸. Człowiek stanowiłby w tym przypadku jedynie środek dla realizacji zasady rzeczywistej równości szans. Naturalne uprawnienia nie nakładają przy tym na nikogo pozytywnych obowiązków. By wszyscy cieszyli się nimi, wystarczy, aby każdy powstrzymał się od naruszania uprawnień innych, a wtedy wolność człowieka wytyczona zostałaby przez zasadę nienaruszalności wolności innych. Każdy może więc postępować zgodnie z własnymi zasadami i zapatrywaniami, dopóki jego działania nie naruszają uprawnień innych ludzi. Prawo do życia ograniczyć można zatem do zasady, że nikt nie może go nas pozbawić; nie można jednak rozumieć tego prawa jako obowiązku zapewnienia nam środków egzystencji. Nie są do tego zobowiązane inne jednostki ani państwo, którego funkcję w ten sposób są zasadniczo ograniczone. Z założenia tego wynika sformułowana przez Nozicka koncepcja sprawiedliwości legalistycznej. Jej istotą są reguły, którymi rządzi się społeczeństwo dystrybucja zasobów:

- „(1) Osoba, która nabywa udział w sposób zgodny z zasadą sprawiedliwości nabywania, jest uprawniona do posiadania udziału.
 (2) Osoba, która w sposób zgodny z zasadą sprawiedliwości transferu nabywa udział od kogoś, kto jest uprawniony do posiadania tego udziału, jest uprawniona do posiadania tego udziału.
 (3) Nikt nie jest uprawniony do posiadania udziału z wyjątkiem tych, którzy weszli w jego posiadania na mocy (wielokrotnego) zastosowania zasad 1 i 2”¹⁹.

A zatem, jak określa to sam Nozick, teoria ta ma charakter historyczny, a nie teleologiczny²⁰, więc uznanie dystrybucji za sprawiedliwą zależy od sprawiedliwości transferów, w wyniku których do niej doszło. Liberalne państwo Nozicka

18 R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Warszawa 1999, s. 51; podkreślenie – TT.

19 Ibidem, s. 183.

20 T. Tulejski, *Sprawiedliwość rynku przeciwko sprawiedliwości państwa. Rzecz o legalistycznej koncepcji Roberta Nozicka*, [w:] *Rozdroża sprawiedliwości* red. B. Wojciechowski, M. Golecki, Toruń 2008, s. 109-114.

zbudowane jest więc na fundamencie ekonomicznej neutralności, a jego instytucje określone są i determinowane przez ten właśnie paradygmat. Państwo to jest jednak neutralne nie tylko w dziedzinie ekonomii, stwarza bowiem również nieograniczone możliwości realizacji własnych celów i dążeń. Pozostawia każdemu swobodę, co do wyborów sposobów życia, nawet najbardziej utopijnych. Pozwala ono na niespotykaną różnorodność w łonie społeczeństwa, gdyż w „utopii nie będzie jednego tylko typu społeczności i nie będzie jednego tylko sposobu życia”²¹. U Nozicka w ramach koncepcji państwa minimalnego możliwa jest nieograniczona ilość utopii, gdzie jedne będą przyciągały licznych zwolenników, inne w sposób naturalny obumrą, a na ich miejsce powstaną nowe. Każdy z nas może stworzyć taką utopię. Jeśli ktoś zechciałby, jak pierwotni mieszkańcy Ameryki czy pierwsi chrześcijanie, żyć w hippisowskiej komunie, to nic nie może ich przed tym powstrzymać, jeśli znajdziemy wystarczającą grupę zwolenników naszego pomysłu. Gwarancją tego jest właśnie neutralność państwa, które nie faworyzuje i nie upośledza żadnej z uczestniczących w grze rynkowej stron. W neutralnym państwie minimalnym żyć mogliby – jak przekonuje Nozick – „Wittgenstein, Elizabeth Taylor, Bertrand Russell, rabin Lubartowski, Henry Ford, Gandhi, sir Edmund Hillary, Budda, Thomas Edison, Piotr Kropotkin, ty i twoi rodzice”²². Przypomina to Friedmanowską wymianę idei, opisaną przez autora *Wolnego wyboru* przy pomocy kategorii rynkowych.

Nawet Hayek, który sam deklarował się jako następcą tradycji szkockiego oświecenia nie potrafił? pozbyć się rynkowego aprioryzmu – czy posługując się terminologią naszych rozważań – rynkowej neutralności. Przecistawiając ewolucjonistyczną tradycję brytyjską kontynentalnemu racjonalizmowi, zauważył, że „podczas gdy tradycja racjonalistyczna zakłada, że człowiek z natury wyposażony jest w atrybuty intelektualne i moralne umożliwiające mu świadome kształtowanie cywilizacji, to ewolucjoniści wykazali, że cywilizacja jest skumulowanym, wypracowanym z wielkim trudem rezultatem prób i błędów, sumą doświadczeń po części przekazywanych z pokolenia na pokolenie jako wyartykułowana wiedza, lecz w większej mierze ucieleśnionych w urządzeniach i instytucjach, które wykazały swoją wyższość – instytucjach, których znaczenie możemy badać, lecz które będą służyć ludziom nawet, gdy ich nie rozumiemy”²³. Taką spontaniczną i ewoluującą instytucją jest dla Hayeka wolny rynek i gwarantowana przezeń wolność jednostki. Dla wykazania jego przewagi nad innymi formami gospodarowania Hayeka i zarazem jego wolnościowego charakteru przeciwstawia go centralnemu planowaniu, które opiera się na błędnym przekonaniu, iż można w centrum decyzyjnym objąć i poddać analizie całość zjawisk zachodzących w społeczeństwie – wszystkie wielowymiarowe relacje mające miejsce tak w sferze wymiany, jak w życiu prywatnym. Zdaniem Hayeka przekracza to zdolności nawet najlepszego planisty, bowiem „nikt nie jest w stanie świadomie określić i oszacować wszystkich okoliczności wpływających na decyzje tak wielu jednostek”²⁴. Ponadto „wszystkie szczegóły zmian ustawicznie wpływających na warunki popytu i podaży nie mogą być w pełni znane ani wystarczająco szybko

21 R. Nozick, *Anarchia, państwo...*, op. cit., s. 364.

22 Ibidem, s. 362.

23 F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności...*, op. cit., s. 70.

24 Idem, *Droga do zniewolenia*, przeł. K. Gurba, L. Klyszcz, J. Margański, D. Rodziewicz, Kraków 1996, s. 56.

zgrupowane i rozpowszechnione przez jakiegokolwiek centrum²⁵ zajmujące się planowaniem i sterowaniem gospodarką. Planowanie może odbywać się, co ma miejsce w gospodarce wolnorynkowej, na poziomie jednostek i poszczególnych przedsiębiorstw, gdyż to one ponoszą jego konsekwencje gospodarcze. System ten jest nieskończenie skuteczniejszy, niż metoda proponowana przez socjalistów, która w porównaniu z wolnym rynkiem jest „nieprawdopodobnie niezdarna, prymitywna”²⁶. Centralne planowanie wymaga więc ustanowienia ośrodka decyzyjnego, który sporządziłby plan i czuwał nad jego realizacją. W takim systemie to nie same jednostki, lecz władza, decydowałaby, co jest dla nich ważne; indywidualne pragnienia, aspiracje, preferencje zastąpione byłyby decyzją planisty. Wybór hierarchii potrzeb, sposobu ich realizacji, odebranychby jednostkom i przekazano w ręce państwa, które decydowałoby o potrzebach ludzi i sposobach ich zaspokajania. Państwo określałoby także przydział środków koniecznych do realizacji ich potrzeb.

Arbitralne narzucanie przez władzę społeczeństwu hierarchii celów i potrzeb, prowadzi także do konieczności odwołania się do zastosowania przymusu tam, gdzie jednostki nie chcą postępować zgodnie z narzuconym planem. A ponieważ władza ma naturalną skłonność do rozszerzania zakresu swego oddziaływania, to wkrótce trudno byłoby znaleźć jakąś sferę naszego życia, nad którą nie rozciągałaby się jej kontrola. Państwo kontroluje wtedy nie tylko ekonomię, ale staje się państwem totalnym, wnikającym we wszystkie sfery życia obywateli. Stąd oczywista jest konkluzja Hayeka, że „wolność wyboru przysługująca konsumentowi oraz planowanie z centrum stanowią cele niedające się ze sobą pogodzić”²⁷.

Tej wolnościowej i ewolucjonistycznej argumentacji towarzyszy jednak przekonanie Hayeka, że porządek wolnorynkowy, a co za tym idzie wolne społeczeństwo, są zagrożone wszędzie, gdzie nie funkcjonuje wolny rynek, bądź gdzie z racji jego właściwości nie może zapewnić niezbędnych dla własnego funkcjonowania dóbr. Skoro zagrożony jest wolny rynek, to zagrożona tym samym jest wolność jednostek. Właśnie w ten sposób uzasadnia Hayek ingerencję państwa, które powinno w imię społecznej solidarności zapewnić minimalne środki do życia tym, którzy nie są w stanie sami ich zdobyć; państwo może ingerować wszędzie, gdzie zawiódł mechanizm wolnorynkowy, ustanawiać standardy miar i wag, subsydiować oświatę, troszczyć się o jakość świadczonych na rynku usług i towarów, czy stymulować rozwój naukowo-techniczny. Filozoficzna teza Hayeka wyraża więc przekonanie, że każdy człowiek ma równe prawo do wolności, stąd pierwotny, ewolucyjny i neutralny rynek musi być korygowany, a spontaniczny ład społeczny zawsze musi przybrać kształt państwa liberalnego²⁸. Hayek przez wolność rozumie jednak, pomimo odmienności uzasadnienia, podobnie jak liberałowie klasyczni, jako swobodę czynienia wszystkiego, co nie narusza wolności innych i która realizuje się w konkretnym, społecznym otoczeniu. Cechą tego otoczenia, powstałego w procesie ewolucji i interakcji, są naturalne nierówności talentów, statusu czy bogactwa. W tym właśnie miejscu widać najważniejszą linię demarkacyjną dzielącą współczesny liberalizm. Dla liberałów zorientowanych egalitarnie neutralność rynku jawi się bowiem

25 Ibidem, s. 56.

26 Ibidem, s. 57.

27 Idem, *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, przeł. G. Łuczkiwicz, Kraków 1998, s. 177.

28 R. Bellamy, *Liberalism and Modern Society. A Historical Argument*, Cambridge 1992, s. 225.

jako niewystarczająca, wobec postulowanej przez nich rzeczywistej równości szans. Neutralność rynku stwarza jedynie negatywne czy proceduralne środowisko dla realizacji jednostkowej wolności, nie mówi natomiast nic na temat rzeczywistych możliwości, w które jednostka może być wyposażona. Te możliwości uzależnione są od jej dostępu do dóbr społecznych, które umożliwiają realizację wybranego przez nią modelu życia, dlatego liberałowie egalitarni postulują taką ich sztuczną dystrybucję, która zapewni, chociażby potencjalnie, równość szans jednostek tworzących liberalne społeczeństwo. Tylko w ten sposób można zapewnić, ich zdaniem, rzeczywistą neutralność państwa, które w ten sposób wyrzeknie się promowania jakiegokolwiek konkurencyjnej koncepcji życia.

III

Najbardziej wyrafinowanego uzasadnienia takiego rewizjonistycznego liberalizmu dostarcza rzecz jasna filozofia Rawlsa, który z zasad moralnych rządzących liberalnym społeczeństwem czyni przedmiot racjonalnego wyboru. Rawls zdaje sobie jednak sprawę, że preferowane przez jednostki rozmaite zasady sprawiedliwości, zdeterminowane w dużym stopniu przez ich sytuację materialną, talenty czy środowisko społeczne w jakim żyją. W takiej sytuacji trudno byłoby przyjąć zasady sprawiedliwości, akceptowalne i respektowane przez wszystkich. Aby ominąć tę trudność, Rawls ucieka się do zabiegu, który przy formułowaniu zasad sprawiedliwości pozwala w maksymalnym stopniu uwolnić się od indywidualnych ludzkich preferencji, określonych przez indywidualny status społeczny i biologiczny. W jego przekonaniu status społeczny czy przyrodzone talenty nie dają bowiem podstaw do roszczeń o charakterze moralnym, ponieważ „nikt nie zasłużył na dane mu przez naturę większe niż innym możliwości, ani na korzystniejsze miejsce startowe”²⁹. Można jednak kontynuować „tak urządzić podstawową strukturę, by te akcydentalne właściwości pracowały dla dobra najgorzej usytuowanych”³⁰. Przyjmuje zatem metodologiczną fikcję³¹ „sytuacji pierwotnej” (*original position*), która pozwoli wolnym i racjonalnym jednostkom na dokonanie bezstronnego wyboru reguł społeczeństwa, w jakim chcieliby egzystować. Wybory takie są możliwe — jak zakłada Rawls — w sytuacji pierwotnej, gdyż jednostki dokonują ich, znajdując się za zasłoną niewiedzy, to znaczy, że nie znają one „swego miejsca w społeczeństwie, swej pozycji klasowej czy statusu społecznego; nie wiedzą też, jakimi naturalnymi dyspozycjami i uzdolnieniami obdarzył ich los — inteligencją, siłą itp.”³². W przekonaniu Rawlsa, sytuacja taka pozwala na przyjęcie przez wszystkich w drodze racjonalnego wyboru jednej i tej samej reguły sprawiedliwości, co nie byłoby możliwe bez założenia o istnieniu zasłony niewiedzy, która odnosi się do funkcjonowania podstawowych struktur społecznych i ekonomicznych oraz podziału korzyści o społecznym i ekonomicznym

29 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994, s. 146.

30 Ibidem, s. 146.

31 V. Haksar, *Autonomy, Justice and Contractarianism*, „British Journal of Political Science” 3, 1973, s. 487 i n.

32 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, op. cit., s. 190-191.

charakterze³³. Jest przy tym przekonany, że jednostki wybiorą jego własną koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności, opierającą się na dwóch założeniach.

Po pierwsze: „każda osoba ma mieć równe prawo do jak najszerszej podstawowej wolności możliwej do pogodzenia z podobną wolnością dla innych”³⁴. Chodzi więc tu Rawlsowi o takie podstawowe prawa i wolności, jak prawo udziału w wyborach, piastowania urzędów publicznych, wolność słowa, sumienia, wyznania, zrzeszania się ochrony majątku osobistego oraz gwarancje ochrony przed arbitralnym działaniem organów państwa. Mają być one zagwarantowane każdej jednostce w stopniu, w jakim nie szkodzą one innym w sposób pośredni i bezpośredni. Po drugie jednak – i tu ujawnia się rewizjonistyczny i konstruktywistyczny charakter jego doktryny – „nierówności społeczne i ekonomiczne mają być tak ułożone, by (a) można się było rozsądnie spodziewać, że będzie to z korzyścią dla każdego, i (b) wiązały się z pozycjami i urzędami na równi dla wszystkich otwartymi”³⁵. Chodzi więc o to, by ewentualne społeczne nierówności wiązały się z maksymalnymi korzyściami dla najbardziej upośledzonych społecznie, przy równoczesnym zachowaniu równości szans. Innymi słowy, aby ludzie dysponując takimi samymi talentami i umiejętnościami, mieli zagwarantowane równe szanse uzyskania społecznej pozycji, której pragną, bez względu na ich pochodzenie społeczne. Rawls usprawiedliwia w ten sposób pewne nierówności, pod warunkiem jednak, że przynoszą one korzyść wszystkim.

Zasady sprawiedliwości jako bezstronności rządzą się przy tym dwoma regułami priorytetu, które określają ich stosunek i pierwszeństwo stosowania. Według pierwszej „mniejszy zakres wolności musi wzmocnić całościowy system wolności, która jest udziałem wszystkich oraz wolność mniej niż równa musi być do przyjęcia dla tych, którzy mają mniej wolności”³⁶. Zatem w przypadku konfliktu pierwszej zasady z drugą, pierwsza ma priorytet, a wolność można ograniczyć jedynie w imię wolności. Druga reguła priorytetu mówi, że zasada sprawiedliwości ma pierwszeństwo wobec zasady efektywności i wobec zasady maksymalizowania korzyści. Innymi słowy, ważniejsza jest sprawiedliwość społeczna, nie zaś zysk czy efektywność. Zastosowanie reguł priorytetu pozwala na ostateczne sformułowanie przez Rawlsa zasady sprawiedliwości jako bezstronności. W końcu przybiera ona formę postulatów, by wszelkie pierwotne dobra społeczne (takie jak wolność, szanse, dochód i bogactwo) były rozdzielone w społeczeństwie w ten sposób, aby ich ewentualny nierówny podział dokonywany był z korzyścią dla jednostek najmniej uprzywilejowanych. Tylko konsekwentne zastosowanie tej zasady, przekonuje Rawls, uczyni jednostki w pełni odpowiedzialnymi za realizację swych życiowych zamiarów, uwalniając je jednocześnie od czynników wobec nich zewnętrznych i niezależnych.

Ten egalitarny ideał wynika jednak wprost z filozoficznego założenia o systemie przysługujących wszystkim jednostkom przyrodzonych praw i wolności, który może zaburzać spontaniczną rzeczywistość społeczną. Wymaga to więc istnienia zewnętrznego autorytetu wyposażonego we władztwo korygowania takich aberracji.

33 R. Dworkin, *The Original Position*, [w:] *John Rawls. Critical Assessments of Leading Political Philosophers*, red. Ch. Kukathas, London 2002, s. 124.

34 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości...*, op. cit., s. 87.

35 Ibidem, s. 87.

36 Ibidem, s. 415.

Neutralne państwo zatem, podobnie, jak w tezie filozoficznej Hayeka, choć oczywiście z większym natężeniem, jest strażnikiem i wykonawcą wolnościowego ideału, rozumianego jako ideał racjonalny i konieczny. Owa konieczność jest u Rawlsa konsekwencją niebywale redukcjonistycznej antropologii. Zasady sprawiedliwości wybierane za zasłoną niewiedzy nie są bowiem u Rawlsa narzucane. W sytuacji pierwotnej ludzie dokonują racjonalnego i wolnego wyboru pomiędzy konkurencyjnymi ideami sprawiedliwości. Wybór ten musi być jednak dokonany według pewnej przyjętej strategii, która pozwoli skonfrontować różne konkurencyjne koncepcje sprawiedliwości i wybrać spośród nich najlepszą. Pozwala na to reguła „maksyminu” (*maximin solution*)³⁷. Polega ona na ułożeniu konkurencyjnych zasad sprawiedliwości nie według ich najlepszych wyników, a według najgorszych rezultatów jakie proponują. Przecież żadna jednostka w sytuacji pierwotnej nie ma wiedzy na temat swojej pozycji w przyszłym społeczeństwie i bezpieczniej jest przyjąć, że jest ona najgorsza z możliwych, a zatem taką jaką wybraliby dla niej jej wrogowie. Racjonalne zatem jest według Rawlsa wybrać taką zasadę sprawiedliwości, która gwarantuje jednostce, jako potencjalnie najbardziej upośledzonej, największe korzyści, niż bezpodstawnie oczekiwać, że znajdzie się w grupie uprzywilejowanej. Ostatecznie więc jednostki dokonują wyboru Rawlowskiej sprawiedliwości jako bezstronności jako zasady, której najgorsze możliwe dla nich efekty są i tak lepsze od najgorszych rozwiązań proponowanych przez inne konkurencyjne zasady sprawiedliwości. Wybrana ostatecznie przez jednostki reguła ogólna sprawiedliwości znajduje odbicie w konkretnych instytucjach społecznych i politycznych: w sprawiedliwym ustawodawstwie i polityce, w konstytucyjnych urządzeniach godzących sprzeczne opinie w kwestii tego, co jest i nie jest sprawiedliwe, w sprawiedliwych procedurach; stanowi ostatecznie fundament budowy *welfare state*. Sposób funkcjonowania społeczeństwa politycznego i drogę do zachowani jego stabilności Rawls rozwija w *Liberalizmie politycznym*. Tak, jak teoria sprawiedliwości za pomocą konstruktywistycznego argumentu stanowi uzasadnienie ingerencji liberalnego państwa w spontaniczne procesy społeczne, tak tutaj jego argument dotyka kwestii politycznego dyskursu toczonego w liberalnym społeczeństwie, pokazując przeistoczenie się liberalizmu z idei afirmującej wolności osobiste i polityczne w ideologię. Rawls analizuje bowiem sposób podejmowania decyzji przez równych obywateli demokratycznego państwa w dążeniu do ich sprawiedliwej kooperacji. „Rozum publiczny” – pisze – „jest więc publiczny w trojaki sposób: jako rozum obywateli jest rozumem ogółu; jego przedmiotem jest dobro ogółu i kwestie sprawiedliwości podstawowej; wreszcie jego natura i treść jest publiczna, ponieważ jest dana przez ideały i zasady, które wyraża właściwa temu społeczeństwu koncepcja politycznej sprawiedliwości, i na tej podstawie zawiaduje się nim w sposób otwarty do wglądu”³⁸. Rozum publiczny jest w społeczeństwie demokratycznym rozumem obywateli, którzy jako ciało zbiorowe sprawują najwyższą władzę, dotycząc fundamentalnych kwestii konstytucyjnych, takich jak prawa wyborcze, dopuszczalności kultów, zapewnienia równości szans czy kwestii własności. Treścią rozumu publicznego są zasady sprawiedliwości, które są przedmiotem powszechnego społecznego konsensusu. Jeśli mamy do czynienia z dobrze

37 Zbigniew Rau, *Umowa społeczna w Teorii sprawiedliwości Johna Rawlsa*, [w:] *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, red. Z. Rau, M. Chmieliński, Warszawa 2010, s. 217.

38 J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 1998, s. 294.

urządzonym społeczeństwem rozumnych i racjonalnych jednostek, które przyjmują jedną i tę samą koncepcję sprawiedliwości, to będą nią reguły sprawiedliwości jako bezstronności. „Sednem ideału publicznego rozumu” – przekonuje – „jest to, że obywatele mają prowadzić swoje zasadnicze dyskusje w ramach tego, co każdy uważa za polityczną koncepcję sprawiedliwości opartą na wartościach, co do których można rozumnie się spodziewać, że inni je poprą, i każdy gotów jest, w dobrej wierze, bronić tej tak rozumianej koncepcji”³⁹. Zanim społeczeństwo osiągnie jednak ten pożądaný przez Rawlsa stan racjonalnej homogeniczności, przejść musi przez stadium pośrednie, w którym ów konsensus nie będzie pełny i powszechny i w którym funkcjonować będą opinie konkurencyjne wobec tych sformułowanych na podstawie sprawiedliwości jako bezstronności. Forum publiczne w tym przypadku będzie miało charakter pluralistyczny, lecz jest to pluralizm złudny, bowiem Rawls dopuszcza do niego jedynie koncepcje pokrewne wobec tej, którą formułuje i które prezentują podobną, choć jeszcze nie pełną racjonalność. Muszą więc one zawierać komponenty liberalne i egalitarne.

Aby partycypować w tym częściowym konsensusie, takie doktryny muszą zawierać w sobie trzy elementy. Przede wszystkim listę określonych praw podstawowych, wolności i szans (podobnych do tych, jakie znamy z ustrojów konstytucyjnych). Dalej – każda z doktryn musi przyznawać szczególnie priorytet tym prawom, wolnościom i szansom, szczególnie w stosunku do roszczeń dobra powszechnego i wartości perfekcjonistycznych. Po trzecie w końcu, każda doktryna powinna zakładać podjęcie kroków w celu zapewnienia wszystkim obywatelom wszechstronnych środków umożliwiających efektywne korzystanie z wolności⁴⁰. Ten „ekskluzywizm rozumu publicznego” poza sferą rozumu publicznego obejmuje więc całe spektrum doktryn liberalnych opartych na proceduralnym rozumieniu sprawiedliwości. To samo wykluczenie dotyka tzw. doktryn rozległych (*comprehensive doctrines*)⁴¹, do których Rawls zalicza nie tylko marksizm, konserwatyzm i nacjonalizm, lecz także oparte na perfekcjonizmie klasyczny liberalizm⁴² oraz liberalną tradycję szkoły austriackiej. Czyni tak, ponieważ „poszukiwanie prawdy od niezależnym metafizycznym i moralnym porządku nie może (...) zapewnić wspólnej, rzeczywistej podstawy dla apolitycznej koncepcji sprawiedliwości w społeczeństwie demokratycznym”⁴³. Oczywiście, doktryny te mogą funkcjonować w ramach tego, co Rawls nazywa „kulturowym podłożem” – w ramach kościołów, stowarzyszeń, na uniwersytetach, lecz owa klauzula dopuszczająca nie dotyczy „członków partii politycznych i (...) kandydatów w ich kampanii, także tego jak obywatele mają głosować w wyborach, gdy w grę wchodzi niezbędne elementy konstytucji i kwestie sprawiedliwości podstawowej”⁴⁴.

39 Ibidem, s. 311.

40 Idem, *O idei rozumu publicznego raz jeszcze*, [w:] idem, *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Warszawa 2001, s. 201; idem, *Liberalizm polityczny...*, op. cit., s. 307.

41 S. P. Young, *Beyond Rawls. An Analysis of the Concept of Political Liberalism*, Lanham 2002, s. 56-57.

42 Z. Rau, *Z problematyki liberalizmu politycznego J. Rawlsa*, [w:] *Doktryny polityczne i prawne u progu XXI wieku*, red. M. Maciejewski, M. Marszał, Wrocław 2002, s. 447.

43 J. Rawls, *Justice as Fairness. Political not Metaphysical*, „Philosophy and Public Affairs” 14, 1985, s. 230.

44 Idem, *Liberalizm polityczny...*, op. cit., s. 297.

Usuwa to z dyskursu publicznego ogromną większość koncepcji dobra wypracowanych przez zachodnią cywilizację. Jest to konsekwencją typowego dla Rawlsa prymatu jednej racjonalności i historycznej konieczności oraz wywiedzionej z niej jednej narracji filozoficznej i politycznej, zatem tego, co jest zasadniczo sprzeczne z perspektywą klasycznego liberalizmu, w ramach którego funkcjonować mogą rozmaite, konkurujące z sobą narracje.

Rekapitulacja

Ten punkt widzenia charakteryzuje chyba całe spektrum współczesnego liberalizmu. Liberalowie wolnorynkowi ideał pluralizmu dostrzegają jednak wyłącznie w wymiarze proceduralnym o rynkowej proveniencji, natomiast egalitarni nadają mu substancjalną treść. Takie drogi myślenia, który trudno wytropić u Constanta, Humboldta, czy Milla, cytowany na wstępie John Gray dostrzega jednak już u samego zarania myśli liberalnej. „Locke” – pisze – „pojmował tolerancję jako drogę wiodącą do jedynej prawdziwej religii. Nie rozciągała tolerancji na katolików czy ateistów choćby dlatego, iż nie był pewien, czy perswazja doprowadzi ich do owej słusznej wiary. Locke’owska obrona tolerancji oparta była na założeniu, iż umożliwi nam odkrycie najlepszego dla ludzi sposobu życia. Locke nigdy nie wątpił, że coś takiego istnieje. Liberalny ideał tolerancji jako środka osiągnięcia powszechnego racjonalnego konsensusu opierał się zawsze na tym samym przekonaniu”⁴⁵.

Czy zatem, przyjmując, że konkluzja Graya jest trafna, liberalizm skazany jest na dalsze dryfowanie w kierunku ideologii opartej na abstrakcyjnym indywidualizmie i antropologicznym uniwersalizmie, czy możliwa jest droga restytucji klasycznych cnót liberalnych? Indywidualizm i społeczeństwo liberalne to doświadczenie współczesnego człowieka Zachodu, określające jego samopoznanie i tożsamość, naturalne środowisko życia i konkretne doświadczenie empiryczne. W masowych społeczeństwach trudno wymagać, aby tworzące je jednostki podjęły wysiłek kształtowania swego charakteru wobec, zdiagnozowanego przez Tocqueville’a, zjawiska konformizmu i uniformizacji postaw w społeczeństwie demokratycznym, a zatem egalitarnym. Ci, którzy się nie zgadzają się z tą doktryną, rzadko jednak rekrutują się z liberalnych szeregów lub już dawno zostali z tego grona wydalenii. Rosnąca opresyjność państwa w imię liberalnych zasad, doprowadzić jednak musi do ich zakwestionowania z punktu widzenia innych stylów politycznego myślenia. Paradoksalnie owej negacji dokonuje się dziś jednak w imię klasycznych liberalnych wartości – wolności słowa, pluralizmu dysputy politycznej czy zniesienia arbitralnego przymusu liberalnego państwa. Instytucjonalny, zideologizowany liberalizm może się więc o dziwo stać pożywką dla liberalnego argumentu sformułowanego w ramach przeciwstawionego instytucjom państwa społeczeństwa obywatelskiego. W ramach takiego społeczeństwa po raz kolejny jednostki będą musiały zrozumieć wysiłek restytucji własnej j wolności, zagrożonej przez egalitaryzm współczesnego państwa demoliberalnego. Dojdzie do tego jednak w zupełnie innych warunkach niż te, które doprowadziły do narodzin doktryny liberalnej. Nikt już bowiem nie może negować wkładu tej doktryny do doświadczenia Zachodu, osiągnięć liberalnego konstytucjonalizmu, ochrony własności, rządów prawa czy wolności wyboru własnej drogi życia. Z kolei liberalizm, aby był w stanie zachować własną żywotność i nie podzielić losu

45 J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, przeł. P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 9.

wigizmu, musi się uznać za jedną z gałęzi zachodniego doświadczenia, gałęzi wyra-
stającej ze wspólnego dziedzictwa, która nie może zdominować całego organizmu,
wtedy bowiem uschną także podstawy, na których ta gałąź jest ufundowana. Musi
się więc wyzbyć swych uniwersalistycznych roszczeń i zbudować swą argumentację
na konkretnym empirycznym doświadczeniu współczesnego człowieka, które nie
daje się wpisać w proste aksjomaty racjonalistycznych reguł.

Romuald Piekarski

Republikanizm, ale jaki... Jakiego republikanizmu nam Polakom potrzeba?

What Kind of Republicanism do We Need in Poland?

There are many, sometimes even opposing, currents within modern republicanism. Considerable part of liberal republicanism as well as the modern political philosophy was a novelty of Niccolo Machiavelli and Hobbes' thought.

Many researchers link both thinkers, who were ahead of their times and countries of origin, and their powerful influence on the modern version of republicanism. However there are also important differences between them. One of the main difference is their attitude toward the issue of war and peace. They both share anthropological pessimism, and skeptical attitude toward faith and naturalism. What is even more typical for both of them is that they treat a man as a part of the natural world that is recognized in terms of immanent depending mechanical. They reject classical natural law tradition and the instrumental approach to morality. They both strongly distance themselves from classical republicanism with its Greco-Roman roots and they both reject the classical ethics of virtue.

Referring to the contemporary Polish perspective we can say the following. The liberal democratic order does not serve our community very well. Degenerate modern republicanism as well as nearly whole modernity is in crisis. Therefore we can and must seek for better solutions. And these solutions can be found within the republican tradition that was known in Poland while it was strong, prosperous and independent.

There is no return to what is gone forever. However we should be able to reap from the spiritual and intellectual inspiration of a noble tradition of the Polish-Lithuanian Commonwealth. Some elements of the Most Serene Republic of Both Nations can be considered as a hope for a better future for our nation and state. The response to the crisis of modernity must be found. Therefore it is essential to establish the classical tradition of political philosophy; for it as well as the native Christian conservatism can learn from the older tradition that has never really died.

Romuald Piekarski

*doktor habilitowany nauk humanistycznych,
profesor nadzwyczajny,
Uniwersytet Gdański*

„liberalizm i demokracja są tylko zubożonymi wersjami republikanizmu”¹

„(...) wszyscy ci ludzie, nie wyłączając w szczególności władców [*princes*] mogą być oskarżeni o defekt, o jaki pisarze obwiniają popólstwo, ponieważ każdy «niepodlegający nadzorowi praw» dopuszcza się tych samych błędów co «nieujęte w karby»² popólstwo”, to jest, służy w upokorzeniu, albo panoszy się pełen pychy”³

O zmienności pojęć politycznych

Skoro sens pojęć politycznych ma charakter polemiczny i służą one w bieżących zmaganiach za broń w strategicznych rozgrywkach, to ich los jest w dużym stopniu zmienny. Niektóre z nich zajmują kluczową pozycję w procesie podtrzymywania całych tradycji myślenia, opisywania świata, jak i działania w nim. Zmieniają się także relacje między pojęciami a całym ich konstelacją.

Weźmy za przykład pojęcie dobra wspólnego, które niegdyś miało zasadnicze znaczenie. Pozostawało ono kluczową kategorią myślenia w klasycznej filozofii polityki. Oznaczając dobro całej wspólnoty osiągnięte dzięki publicznej aktywności, stanowiło punkt odniesienia dla podziału ustrojów politycznych na prawowite i niegodziwe, np. na monarchię i tyranię, arystokrację i oligarchię. Jak pisał Paweł Śpiewak: „dobro wspólne to dobro całości, dobro, w którym odnajdują się wszyscy obywatele”⁴. W skład dobra wspólnego wchodziły więc rzeczy, w których udział mieli, przynajmniej nominalnie, wszyscy obywatele, albo ich znakomita większość. Przykładowymi dobrami mieszczącymi się w pojęciu dobra wspólnego są np. sprawiedliwość, pokój, niezależne sądownictwo czy ogólnie pojęta publiczna służebność i praworządność. Dobra te decydowały o jakości życia całej wspólnoty⁵.

We współczesnej myśli politycznej, wyjąwszy nielicznych autorów usiłujących ożywić tradycje klasyczne (greckie i chrześcijańskie, np. Leo Strauss, Eric Voegelin, Mieczysław Albert Krąpiec), kategoria dobra wspólnego została zastąpiona przez jakieś jej cząstkowe zamienniki, jak np. prawa człowieka, państwo prawa, pluralizm, tolerancję, społeczeństwo obywatelskie czy interes narodowy. Można tę zmianę rozumieć albo jako odejście od nazbyt górnolotnych idei humanizmu, albo jako swoiste zubożenie języka, który dawniej w sposób bardziej wyraźny oddzielał dobro od zła, sprawiedliwość i godziwość od niesprawiedliwości i niegodziwości oraz czysto partykularnych interesów, których wspieranie przez instytucje państwa często

- 1 M. Viroli, *Die Idee der republikanischen Freiheit*, Zürich-München 1995, s. 56 – cyt. za: Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie – utopia czy alternatywa?*, <URL=http://omp.org.pl/artukul.php?artukul=299> [dostęp: 26.07.2013].
- 2 W oryginale włoskim *sciolta*, co Mansfield oddaje przez „unschackled” (nie zakute w łańcuchy), „untied” (nieskrępowane), „dissolved” (rozproszone), i „explained” (usprawiedliwione albo wytłumaczone) – utrzymując, że Machiavelli ma na względzie wszystkie te znaczenia.
- 3 N. Machiavelli, *Discorsi* I, 57.
- 4 P. Śpiewak, *Dobro wspólne to publiczna aktywność*, <URL=http://www.areopag.pl/art.php?rok=2001&nr=09> [dostęp: 25.07.2013].
- 5 U Arystotelesa kwestia „jak zorganizować nasze urzędy?” nie była oddzielona od bardziej podstawowego pytania: „jakie życie jest najlepsze?”. To ostatnie pytanie, dłań, wiązało się bezpośrednio z naszymi zbiorowymi decyzjami jako obywateli. Por. R. Kraut, *Aristotle Political Philosophy*, Oxford 2002, s. 15.

idzie w parze z niepowetowanymi stratami dla obywateli i jakości życia publicznego. Całe to przeobrażenie wiąże się z nowoczesną relatywizacją dóbr i dominacją aksjologii subiektywistycznej. Osobliwa ekonomizacja współczesnego świata polityki czyni z partykularnych interesów rodzaj statystycznej normy. Odejście zaś od bardziej normatywnego posługiwania się pojęciem dobra wspólnego jako czegoś więcej niż wąsko ujmowany interes publiczny, oznacza zwyrodnienie elit władzy, partyjniactwo, osłabienie aktywności obywateli i zubożenie kultury politycznej.

Samo rozumienie polityki mieni się wieloma znaczeniami. „Polityka” – jak napisał Isaac D’Israeli – „opacznie pojmowana, została zdefiniowana jako sztuka rządzenia rodzajem ludzkim za pomocą oszustwa”⁶. Państwo, jak je ujmował Max Weber, posiada monopol na legalny przymus. Rządy tyranów i oligarchów polegają na „realizacji własnego interesu poprzez zmiążdżenie wszystkich innych lub choćby większości grup o przeciwnych interesach”; przy bardziej sprzyjających okolicznościach rządy polityczne dają posłuch wszystkim liczącym się grupom „po to, by pogodzić je ze sobą (...) nadać im status prawny, zagwarantować poczucie bezpieczeństwa, wyposażyć w (...) jasne (...) środki artykulacji własnych interesów (...)”⁷ Wówczas politykę można zdefiniować jako „działanie, dzięki któremu dochodzi do uzgodnienia interesów różnych grup społecznych, poprzez przyznanie im udziału w rządach proporcjonalnie do ich znaczenia dla przetrwania i dobrobytu całej wspólnoty”⁸. Mamy zatem spectrum: od polityki egoistycznej, oszukańczej, gangsterskiej (od politykierów i tzw. post-polityków), po politykę jako podstawowy warunek wolności obywateli. „Polityka rozgrywa się pomiędzy dwoma biegunami: możliwością przemocy i wolnego współistnienia”⁹. Aforystycznie wyrażoną myśl Jaspersa można odczytywać jako równoważną przekonaniu, że autentycznie obywatelskie republiki, z szerokim udziałem w wolności politycznej stanowią raczej wyjątki, a demokracje masowe implikują nowe rodzaje zagrożeń i są republik tych jedynie pozorem¹⁰.

Nawrót do tradycji republikańskiej?

Ostatnio, w obliczu chwiejności triumfującego globalistycznego neoliberalizmu i odpływu wiary w demokrację jako ustroju najbardziej praktycznego i równoważonego, również w polskiej myśli politycznej¹¹ możemy obserwować próby odnajdowania walorów dawniejszych tradycji politycznych a konkretnie wcześniejszych tradycji republikańskiej.

Można zaobserwować różne sposoby. Albo poprzez monumentalne przywracanie pamięci o republikanizmie jako takim, zachowującym jakoby zasadniczą ciągłość od antyku po wiek dwudziesty; albo w sposób mniej powierzchowny,

6 Cyt. za: B. Crick, *W obronie polityki*, przeł. A. Waskiewicz, Warszawa 2004, s. 21.

7 Ibidem, s. 24.

8 Ibidem, s. 28.

9 K. Jaspers, *Stawanie się człowiekiem dzięki polityce*, [w:] idem, *Filozofia egzystencji*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 1990, s. 437; por. także mój artykuł *Filozof i obywatel wobec społeczeństwa masowego w kontekście nazizmu: Jaspers i Voegelin* [w:] *Karl Jaspers: Człowiek w epoce przełomu*, Kraków 2013.

10 Jest to w zasadzie zaktualizowana diagnoza Alexisa de Tocqueville’a.

11 Zob. R. Legutko, *Demokracja i republika*,

<URL=<http://www.omp.org.pl/artukul.php?artykul=224>> [dostęp: 26.07.2013].

w oparciu o historyczne studia, najważniejszych spośród dawnych myślicieli. Za bardziej udane można mieć te próby, które nie zacierają konturów republikanizmu, nie wtłaczają jego ukonkretnionego oblicza ani w tło, jakie tworzą historyczne uwarunkowania, ani w jakąś pojedynczą, rzekomo jednolitą, a w rzeczywistości mglistą tradycję. Dla właściwego ujęcia problemu należy rozgraniczać tradycję nowożytną od przednowożytnej, a w ich obrębie rozróżnić rozmaite nurty.

Czym miała być i czym była republika?

Zacznijmy od przypomnienia, czym miała być republika dla jej protoplastów i czym charakteryzuje się zazwyczaj republikanizm jako taki.

Republikanizm (od republiki, łac. *res publica* – rzecz wspólna, publiczna, ogólna) – to forma ustroju opisana już przez filozofów starożytnych, w której głową państwa jest grupa osób lub osoba wybierana na określony czas. Republika – jak przyjmujemy za Arystotelesem – „stanowi polityczne rządy wolnych nad wolnymi” i zachowuje swą żywotność jedynie przy rozumnej aktywności wielu, tj. w połączeniu z cnotami obywatelskimi. Racją istnienia republiki jest dobro wspólne obywateli. Jest to system polityczny zorientowany na dobro publiczne, który jednocześnie zapewnia pośredni udział obywateli w kontrolowaniu władzy. Największą jego wartością jest wolność, polegająca na tym, aby każdy decydował o sobie w sferze prywatnej i publicznej. Pociąga za sobą równość wobec prawa i brak przymusowego podporządkowania, niedobrowolnej podległości, istnienie wolnych jednostek jaka również wolność całej wspólnoty od dominacji z zewnątrz. Taka wolność jednostkowa nie wyklucza jednak ingerencji innych, gdyż ta jest dopuszczalna w pewnych powracających sytuacjach w ramach stanowienia prawa oraz regulacji ustawowej.

„Republika” – wedle Zdzisława Krasnodębskiego – „jest wspólnotą suwerennych, wolnych, równych wobec prawa obywateli, rządzoną prawami, które oni sami sobie nadają. W przeciwieństwie do liberalizmu, republikanizm przyjmuje, że aby być wolnym, nie wystarczy być wolnym od faktycznych ingerencji ze strony innych, lecz trzeba być niezawisłym, nie podlegać dominacji. Podkreśla też znaczenie udziału wolności zbiorowej w polityce i suwerenności narodu”¹².

W koncepcjach republikańskich istotną rolę spełnia państwo, które jest narzędziem obrony wolności, mając za zadanie pomnażać dobra publiczne. Pełni też funkcje takie jak: obrona przed zewnętrznym wrogiem i dbałość o bezpieczeństwo wewnętrzne poprzez zapewnienie przestrzegania prawa i system kar. Państwo republikańskie zainteresowane jest nominalnie dobrami publicznymi i wspieraniem politycznej kultury, udziałem obywateli w istotnych dla wspólnoty dysputach. Ponadto zakłada zazwyczaj istnienie licznej klasy średniej, niedopuszczającej do nadmiernych przywilejów najbardziej zamożnych obywateli. Dominacja klasy średniej ma iść w parze z brakiem przywilejów dla niezbyt licznych ubogich, co z kolei ma być pomocne w unikaniu wstrząsów wewnętrznych, ponieważ dominacja skrajnych klas doprowadza często do zwyrodniałych form ustrojowych.

Podstawową cechą republiki miały więc być praworządność oraz posłuszeństwo istniejącym prawom, równych dla każdego obywatela. Za obywatela uznaje się członka społeczeństwa, który ma prawo do udziału w sądach i rządzie, ma prawo do uczestnictwa w zgromadzeniach, pochodzi z rodziny obywatelskiej i zamieszkuje

12 Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie – utopia czy alternatywa?*, <URL=<http://omp.org.pl/artukul.php?artykul=299>> [dostęp: 8.07. 2013].

obszar objęty danym ustrojem politycznym. Cechą dobrego obywatela – jak u Arystotelesa – byłaby jednocześnie zdolność słuchania, wykonywania poleceń i rządzenia równymi sobie. Chłopi, robotnicy, rzemieślnicy i niewolnicy, w antycznych Atenach nie zaliczali się do grona wolnych i równych. Obywatelami mieli być ludzie zamożni, posiadający własność ziemską. Nie mogli wieść życia prostego najemnika, które nie pozostawia miejsca na szlachetność i rozwijanie cnoty, albowiem do tego (jak wiadomo) potrzeba czasu wolnego (σχόλιον).

Arystotelesowska *politeja* (pierwotny wzór mieszanego ustroju republiki) miała opierać się na niezbyt wysokim (ale też niezbyt niskim) cenzusie majątkowym, którego przekroczenie gwarantowałoby obywatelom równy dostęp do udziału w rządzeniu. Taki cenzus dopuszczałby do rządów większość ludności państwa. Wyboru urzędników państwowych i sędziów dokonywać miano drogą losowania bądź selekcji spośród wszystkich albo niektórych obywateli. Relatywna więc równość obywateli zależała od spełnienia pewnego ustalonego kryterium. Na tej właśnie równości między ludźmi opierała się w *politei* cnota sprawiedliwości. Arystoteles wyróżnił dwie funkcje sprawiedliwości: wyrównującą i rozdzielającą. Pierwsza reguluje stosunki pomiędzy obywatelami a druga pomiędzy obywatelem a państwem. Zasługi dla całej wspólnoty politycznej, powiązane z możliwościami wynikającymi ze statusu, tj. pochodzenia i/ lub majątku, umożliwiają większy dostęp do „godności” i urzędów.

Jak przypomina Ryszard Legutko, „republika w takim rozumieniu opierała się na tej warstwie, która wyróżniała się cnotą obywatelską, osiągniętą dzięki sprawnej i konsekwentnej edukacji. Trwanie ustroju zależało zatem ostatecznie od skutecznego i stanowczo wprowadzanego systemu wychowawczego, formującego dobrego obywatela i w ten sposób reprodukcją moralne warunki istnienia państwa”. W tym kontekście wzorcowe – tj. uważane za najlepsze – rządy polityczne miały mieć charakter republikański. Jak ujmuje to Legutko, republika „była najbliższa tego, czym w swojej istocie jest i może być polityka”¹³.

Warto pokrótce przypomnieć analizy Cyncerona, który jest prawowitym reprezentantem rzymskiej tradycji republikanizmu u jej schyłku.

Rzymska tradycja republikańska wedle Cyncerona¹⁴

Znaczenie Cyncerona i tradycji rzymskiej dla pojmowania republikanizmu jest oczywiste, mimo iż obecnie nieco zapomniane¹⁵. Kreśląc wzorzec republiki na modłę dawnego ustroju Rzymu, Cynceron przedstawia dzielność (*virtus*) jako podstawę rzymskiej myśli i praktyki republikańskiej. Uznanie dla wyróżniających się mową czy orężem obywateli wyrażano zwykle przyznaniem urzędu (np. senatora, trybuna czy konsula). Wyróżnianie się odwagą militarną albo cywilną, a więc odznaczanie się w cnotie, posiadało sens moralny. Jak pisał polski historyk Rzymu,

13 R. Legutko, *Demokracja i...*, op. cit.

14 Wykorzystuję tutaj fragmenty rozdziału o myśli Cyncerona z mojej książki *Koncepcja cnot politycznych Machiavellego na tle elementów klasycznej etyki cnot* Gdańsk 2007, Szcz. s. 248-251, 261-286.

15 O szczególnym znaczeniu Cyncerona w tym zakresie zob. Ch. Dawson, *Tworzenie się Europy*, przeł. J. W. Zielińska, Warszawa 2000, s. 61.

„być *virtus*, to być wrogiem i przeciwnikiem złych ludzi i złych obyczajów, a obrońcą dobrych; dobrze życzyć dobrym, z nimi żyć w przyjaźni”¹⁶.

Z *virtus* ściśle związane było pojęcie honoru; ludzie honoru musieli sobie zasłużyć na sławę, podziw, uznanie, autorytet; ten z kolei przysparzał im poczucia dumy. Jednak uznanie i szacunek, który się liczył, pochodził w zasadzie od innych ludzi honoru. Opinia szerokich rzesz posiadała dalece pomniejsze znaczenie¹⁷. W każdym razie *honoros*, uznanie, wiązało się zazwyczaj z przyznaniem urzędu głosami obywateli, stanowiąc nagrodę za *virtus*.

Człowieka bez honoru, według ówczesnych pojęć, ceniono nisko pod względem moralnym, znajdował się on niejako „poza wstydem”; ktoś taki – nie dbając o własną reputację – mógł być kierować się własną korzyścią czy przyjemnością. Utrata honoru oznaczała więc pogardę, upokorzenie; dla honoru warto było narażać życie. Według ówczesnych wyobrażeń (które wyraża Arpinata) honor jest ukoronowaniem cnoty; zasługuje nań ten jedynie, kto dokonał wielkich rzeczy; takich zaś rzeczy – jak ufano – można dokonać jedynie po odrzuceniu kierowania się popędami czy impulsami. Poświęcenie, którego wymaga honor, zakłada też odrzucenie własnego interesu dla korzyści innych (dla celów publicznych). Nie ma poważania i honoru bez *virtus*.

W republice arystokratycznej wyłącznie człowieka opanowanego, zdolnego do rządzenia sobą, uważa się za zdolnego do rządzenia innymi; tylko on posiada autorytet (*autoritas*). Literatura rzymska – jak powiada Kinneking – „oddycha przywództwem i hierarchią: mąż stoi ponad żoną, ojciec ponad dziećmi, senior nad juniorem (starszy nad młodszym), patron nad klientem (*magistratus* nad *privatus*, *boni* lub *optimi* nad *multi*)”¹⁸. Pionowość, hierarchiczność stosunków międzyludzkich uznawano więc za coś naturalnego. Stąd rzymska myśl polityczna, także republikańska, nie zajmowała się problemem zwierzchnictwa czy władztwa jako takim, gdyż kwestia ta nie wymagała uzasadnienia; podobnie rzecz się miała z hierarchią. Przedmiotem uwagi była natomiast kwestia wykluczenia złego, wadliwego zwierzchnictwa¹⁹.

Republika jako szczególna, wolna wspólnota polityczna stanowi – wedle Cyncerona – dziedzictwo ojców, które wymaga czynnej troski, aktywności publicznej. Taka aktywność, uzupełnijmy wypowiedź Cyncerona, była wartością pierwszorzędną szczególnie w oczach arystokraty rzymskiego. W tym sensie Rzymianie,

16 J. Korpanty, *Rzeczpospolita potomków Romulusa. Ludzie – wydarzenia – idee*, Warszawa 1979, s. 31.

17 Oczywiście powyższa charakterystyka pozostaje w znacznej mierze wyidealizowana. Być może bardziej bezpośrednio stosuje się ona do dawniejszej Republiki z okresu świetności; najważniejsze jest jednak to, że stanowi zgodny z obyczajem i wówczas obowiązujący sposób myślenia. Nie ma tu większego znaczenia, że później – szczególnie u schyłku republikańskiego ustroju, wraz z upadkiem reform Sulli – zabiegi senatorów, a nawet konsulów, o popularność u rzymskiego ludu zaczęło iść w parze z koncentracją władzy wspartej głównie na sile wojskowej, aż Rzym stał się cesarstwem. Zob. na ten temat monografię A. Keaveney, *Lukullus*, przeł. A. Ziółkowski, Warszawa 1998.

18 A. Kinneking, *Liberty and Virtue: a Ciceronian view*, [w:] *Cnoty polityczne – dawniej i obecnie: moralne źródła polityki*, red. R. Piekarski, Gdańsk 1997, s. 38.

19 Więcej na ten temat pisałem w mojej książce: R. Piekarski, *Koncepcja cnot politycznych...*, op. cit.

kontynuując dziedzictwo swych przodków, byli tymi, którzy „konserwowali” i przedłużali życie na kolejne pokolenia, stając się poniekąd tradycjonalistami.

Kolejnym przedmiotem zabiegów i starań dla dzielnego obywatela był interes jego rodu, dopiero na trzecim miejscu zaś jego indywidualna kariera. Potwierdzeniem tej preferencji oraz posiadania *virtus* mogło być ryzykowanie własnego życia w walce z wrogiem, ale też udział w życiu publicznym, szczególnie zasiadanie i rządy w senacie.

W swym arystokratycznym republikanizmie Cynceron wyraźnie kontynuuje tradycję grecką z jej naciskiem na samoistność wartości, ich obiektywizm i uszlachetniający charakter wartości perfekcyjnych, wewnętrznych, określających ład duszy, a pośrednio rzutujących na wspólnotowy ład moralny i polityczno-ustrojowy. Podstawą sprawiedliwości są dla Arpinaty cechy moralne: rzetelność, uczciwość, stałość i prawość, mające się potwierdzać czy przejawiać w dochowywaniu przyrzeczeń i umów. Sprawiedliwość wymaga poszanowania tego, co wspólne a także cudzej własności. Wyraża on przy tym pogląd, że własność prywatna ma charakter wtórny i tylko częściowo prawowity, w części zaś stanowi wynik wojen, podbojów lub pionierskiej ekspansji na tereny niezamieszkałe. Granicami prywatnego posiadania są dla niego wspólne sprawy ojczyzny, wzajemna pomoc, powszechny pożytek oraz „więzi między ludźmi”²⁰.

Cynceron stwierdza, że wielu ludzi ma skłonność do zapominania o sprawiedliwości, zwłaszcza gdy ogarnia ich żądza władzy, zaszczytów i sławy. W takich przypadkach – powiada – „nie przestrzega się przyrzeczeń ni umów”, za przykład podając „zuchwalstwo Gajusza Cezara, który dla jedynowładztwa (...) podeptał wszystkie prawa boskie i ludzkie”²¹. Napiętnowano nieograniczoną żądę bogactwa, władzy, zaszczytów czy rozgłosu jako zjawiska niosące krzywdę innym.

Osoby piastujące wysokie stanowiska w państwie powinny powściągać miłość własną, aby wyraźnie dostrzegać własne zobowiązania, umieć „dbać o cudze sprawy”, czyli dobrze rozeznawać, co jest korzystne dla drugich, a co nie. A choć to rzecz trudna, starać się one powinny o bezstronność, o jednakowe traktowanie siebie i innych ludzi.

Kierowanie się chciwością czy zachłannością również przez dostojników rzymskich, pozornie podejmujących się roli rozjemców między spierającymi się ludźmi, nazywa Cynceron jednoznacznie mianem „oszustwa”. W ten sposób wskazuje granice powoływania się na interesy ojczyzny oraz zapowiada restryktywne pojęcie patriotyzmu, które nie usprawiedliwia łupieżczej ekspansji²².

Autor *De officiis* przestrzega także przed nadużywaniem prawa, umów, rozjemstw czy regulacji ustawowych poprzez ich złośliwą wykładnię. Przy dochodzeniu odpłaty za doznane krzywdy zaleca, aby także w stosunku do winowajców „przestrzegać pewnych powinności” i przy widocznym żalu myśleć raczej o tym, aby w przyszłości podobne postępowanie nie powróciło, niż nadmiernie ich karać²³.

20 Cynceron, *O powinnościach* [*De officiis*], przeł. W. Kornatowski, [w:] idem, *Pisma filozoficzne*, t. II, Warszawa 1960, s. 338.

21 Przy czym nie odmawia mu „wybitności umysłu i wzniosłości duszy”, które podporządkowane żądzy zaszczytów, potęgi i sławy, tym bardziej ocenia jako „przykre” (ibidem, s. 339).

22 Por. ibidem, s. 344.

23 Ibidem.

Mamy tu zatem zapowiedź chrześcijańskiego przebaczenia, której warunkiem jest uznanie swej winy i gotowości do zadośćuczynienia.

Dla pełniejszego zrozumienia myśli republikańskiej Cyncerona trzeba mieć w pamięci jego poglądy na wojnę. Nader ważne są dla Cyncerona kryteria wojny sprawiedliwej, tj. zgodnej z prawem *fecjalnym*. Wojnę sprawiedliwą wolno wszcząć dopiero po uprzednim zwróceniu się o zadośćuczynienie albo „po uprzednim wypowiedzeniu i obwieszczeniu”²⁴. „Prawo do prowadzenia wojny i walki z wrogiem mają tylko pełniący służbę żołnierze”²⁵. Ale Arpinata wskazuje wyraźne granice prowadzenia działań wojennych, które zakreślają walkę honorową, cywilizowaną, zgodną z prawem narodów.

Mamy więc u Cyncerona zarówno humanizm, jak i pewną (ograniczoną) otwartość na potrzeby i uprawnienia ludu, lecz poza tym (przynajmniej w teorii) staje on na jednoznacznym stanowisku, że dzielność w znaczeniu moralnym i sprawiedliwość posiadają pierwszeństwo przed wszelkimi korzyściami i udogodnieniami, które nie stanowią pochodnej tejże dzielności. Arpinata jest tylko umiarkowanym krytykiem imperializmu rzymskiego, ale nie sposób zaprzeczyć, że jednoznacznie opowiada się za prawem narodów i uznaje podstawową godność wszystkich ludzi. Nic więc dziwnego, że jego pisma cieszyły się dobrą sławą u myślicieli chrześcijańskich (poczynając od św. Augustyna) i że zyskał sobie miano nauczyciela i wychowawcy Europy²⁶. Cynceron z pewnością reprezentuje tę część tradycji rzymskiej, o której nowożytni koryfeusze polityki „nowego typu”, tj. nowego republikanizmu – jak np. Machiavelli – nic nie chcieli wiedzieć, uważając ją widocznie za bezwartościową.

Ponieważ wśród filozofów odrodzenia we Włoszech, którzy tworzyli przed Machiavellim, występowali i tacy, którzy rzeczywiście próbowali kontynuować czy nawiązywać bezpośrednio do Cyncerona i prawowitej tradycji łacińskiej, z jej wrogością wobec tyranii, przywiązaniem do *patria* i *mos maiores*²⁷, Machiavelli miał dyspozycję całą paletę środków pozwalających poprzez pozorne nawiązywanie do ich myśli, skrywać swe najbardziej wywrotowe innowacje.

Choć idea cnót obywatelskich odgrywała podstawową rolę w klasycznej myśli republikańskiej, to radykalnie przeobrażone pojęcie *virtù* miało już tylko na pozór podobne znaczenie w siatce pojęciowej Machiavellego. Z drugiej strony, jak przypomniał niedawno Legutko, sama idea cnoty (tak istotna dla całej tradycji klasycznej) nie znalazła poważniejszej kontynuacji w czasach nowożytnych. Zapewne można też zgodzić się z jego opinią, że „większość nowoczesnych państw powstała jako

24 Ibidem, s. 345.

25 Cynceron zwraca uwagę, że nieprzyjaciela, dawniej nazywanego po łacinie *perduellis* [zbrodniarz czy zdrajca], zaczęto nazywać mianem *hostis* [cudzoziemiec czy w dawnej łacinie – obcy], co ma – wedle niego – oznaczać „złagodzenie i łaskawość” w stosunku do tego, kto podnosi przeciw nam oręż (ibidem, s. 346-347).

26 Na temat wspólnej św. Augustynowi i Cynceronowi wartości pokoju zob. ciekawy esej: Cz. Porębski, *Podstawy filozofii pokoju czyli co Cyncero i św. Augustyn mają nam dziś do powiedzenia*, [w:] idem, *Co nam po wartościach?*, Kraków 2001, s. 121-130.

27 Do nich należy np. Leon Battista Alberti (*De fato et fortuna*, *De iciarchia*). Byli wśród nich także rzecznicy przywrócenia *antiqua virtù*, tacy jak tłumacz *Polityki* Arystotelesa Leonardo Bruni. Zob. E. Garin, *Filozofia Odrodzenia we Włoszech*, tłum. K. Żaboklicki, Warszawa 1969, s. 62, 88-94.

republiki, które następnie przekształcały się stopniowo w demokracje”. W związku z kolejnymi fazami demokratyzacji, współczesne tzw. „demokracje zachodnie” daleko odeszły od klasycznej tradycji republikańskiej. Mamy wręcz skłonność, by po wątpiewać, jak czyni to Legutko, czy w ogóle pozostały one nadal republikami²⁸.

Skoro tak rzecz się przedstawia, warto przyrzeć się nieco dokładniej temu, co było nowe we wczesnowożytniej myśli republikańskiej. Nowe odmiany republikańskiej filozofii politycznej, splatają się ze zmianą postrzegania mas ludowych i specyficznym (żeby tak rzec) przypisaniem tym masom bardziej czy mniej znaczących ról w polityce demokratycznej. O ile dawna republikańskość zakładała raczej wyraźne podziały stanowe, to nowe jej nurty coraz bardziej godziły się i nawet wspierały procesy zacierania i zaniku tych podziałów, stawiając naprzeciw siebie szerokie masy oraz nowe elity władzy i bogactwa. Co więcej, nowe elity, na wzór Machiavellońskiego „władcy nowego typu”, wchodziły w szczególnie sojusz z masami, czyniąc z nich dźwignię dla własnych populistycznych rządów. Rządy te nierzadko jedynie zachowując pozory demokracji, przeobrażały się w oligarchie lub tyranie nowego typu.

W tego rodzaju przekształcaniach polityki i społeczeństw Zachodu dostrzec można fundatorską rolę dwóch „nowożytników”: Machiavellego oraz Hobbesa. Ich nowe koncepcje, stanowiące przesłanki nowoczesnego republikanizmu, będą teraz przedmiotem naszej uwagi.

Machiavelli i Hobbes – źródła nowożytniej tradycji republikańskiej

W okresie wczesnonowożytnym, tj. w wieku piętnastym i szesnastym, ustroj republikański, miał wielu zwolenników. Machiavelli przeciwstawiał republikę jednowładztwu, pozbawionemu instytucjonalnych hamulców. Pisał: „Władca bowiem, któremu wszystko wolno, postępuje jak szaleniec”²⁹. Swoją preferencję dla republik uzasadniał tym, że dobro wspólne „nie da się dostrzec, gdzie indziej jak w republikach”; pamiętać jednak należy, że owo „dobro wspólne” polega tutaj „na ucisku nielicznych ze strony wielu” i pociąga za sobą podboje. Warto podkreślić, że Machiavelli był przekonany, iż sąsiedzi doświadczają najgorszej niewoli czy najcięższego jarzma ze strony republik³⁰. Także Kant w swym artykule *O wieczystym pokoju* przekonywał, że to właśnie ustroj republikański daje największe szanse na unikanie wojen. Arystoteles i Cynceron identyfikując, oczywiście odmiennie niż Machiavelli, republikę z ustrojem mieszanym, uważali ją za system najbardziej stabilny.

Machiavelli najczęściej postrzegany jest jako ten, który chciał „jedynie udoskonalić”, czy zmodernizować republikanizm Rzymu. Jednak zasadnie można twierdzić, że autor *Discorsi* miał dalece większe ambicje. Tak jak z pozoru tylko przedstawiał się jako jedynie komentator Tytusa Liwiusza, tak również za pozór można mieć jego rzekome „ulepszenie tradycji rzymskiej”, o czym z perspektywy czasu wiemy, że wyznaczyło nowy początek, nowe rozumienie samego republikanizmu.

28 R. Legutko, *Demokracja i...*, op. cit.

29 N. Machiavelli, *Rozważania nad pierwszym pięcioksięgiem historii Rzymu*, I, 58, przekł. K. Żaboklicki, Warszawa 2009, s. 140.

30 Zob. Idem, *Discorsi* II 2; por. idem, *Rozważania nad pierwszym...*, op. cit., s. 157 oraz H. C. Mansfield, *Machiavelli's Virtue*, Chicago-London 1996, s. 291. To twierdzenie Machiavellego, w naszej ocenie, zbliża się do prawdy, ale przede wszystkim wtedy lub wyłącznie, gdy mamy do czynienia z republikami łupieżczymi, które on sam uważał za „najlepsze”.

Wbrew temu, co pisze Stanisław Filipowicz³¹ na temat republikanizmu Machiavellego, nie jest on kontynuatorem antycznej myśli republikańskiej. Inaczej niż sugerowała Judith Shklar³², nie występuje też u niego zneutralizowanie elementu monarchistycznego posesytywizmu. Albowiem, jak stwierdza Mansfield³³, tym, co podważa przynależność Machiavellego do klasycznej tradycji republikańskiej jest nieustanne posługiwanie się (w języku oryginału włoskiego) posesywnym rzeczownikiem względem państwa: „*suo stato, loro stato*”, czyli „*twoje, ich państwo*”. „Sztuka rządzenia państwem (*arte dello stato*), o której mówi, że studiował ją przez piętnaście lat, jest uniwersalną umiejętnością *utrzymywania osobistej dominacji*. Państwa wedle zwrotów Machiavellego, są *zdobywane czy uzyskiwane [acquired] i stają się czyjąś, osobistą własnością*”³⁴. Tzw. bezosobowe państwo nowoczesne to dopiero wynalazek Hobbesa, który wszakże niewątpliwie korzystał z dróg, jakie wytyczył Machiavelli.

Tym zatem, co cechuje owo rzekome „udoskonalenie” przez Florentczyka republik z pism Cycerona i Liwiusza, jest między innymi odmienne spojrzenie na lud i rządzących, a dalej – pochwała podbojów, wojen, oszustwa, przebiegłej manipulacji oraz imperializmu. Oczywiście wzorzec republikanizmu nakreślił głównie w pracy *Discorsi*, gdzie modelem republiki jest, nieco osobliwie ukazana, „udoskonalona” republika rzymska. Vickie Sullivan opisuje tę osobliwość między innymi w następujących słowach: „Jego ogląd Rzymu naznaczony jest przez podziały, agresywność i zachłanność”³⁵. Jest to Rzym plebejuszy, stale naciskających patrycjat, Rzym podbijany przez ambitne jednostki czy nieznające skrupułów kliki. Machiavelli uznawał te „niedogodności” za wady pozorne. Nieustające zatargi między pretendentami do sprawowania rządów miały – wedle niego – stanowić wręcz element nie do zastąpienia, aby lud mógł zachować wolność a republika trwałość własnych fundamentów. Samo „realistyczne” pojmowanie polityki Machiavellego obraca się właśnie wokół wojny, podbojów, panowania i zwyciężania. Jednak rządzący, jakoby pod presją konieczności (czy skąpej Fortuny), toczą ponadto wojnę z własnymi poddanymi czy współobywatelami, dokonując podbojów wewnętrznych (dziś powiedzielibyśmy – ideologicznych czy marketingowych). Nie mniej ważne są tu ekspansja terytorialna i zewnętrzne podboje militarne.

„Jedynie republika udzielająca ludowi pewnego głosu będzie mogła wcielić do armii wystarczającą liczbę, zdolną do podbojów i utrzymywania imperium. Ów lud i jego polityczne uczestnictwo dostarczają po prostu środków do jego celu, jakim jest prowadzenie wojen”³⁶. Dla Machiavellego republika imperialna bez wojen,

31 S. Filipowicz, *Recepcja i rekonstrukcja. Geneza nowożytnego projektu republikańskiego*, [w:] S. Filipowicz, N. Gładziuk, S. Józefowicz, *Republika. Rozważania o przemianach archetypu*, Warszawa 1995, s. 5, 20.

32 J. Shklar, *The Liberalism of Fear*, [w:] *Liberalism and the Moral Life*, red. N. L. Rosenblum, Cambridge- London 1989; idem, *Zwyczajne przywary*, przeł. M. Król, Kraków 1997.

33 Zob. H. Mansfield, *Machiavelli's Stato and the Impersonal Modern State*, [w:] idem, *Machiavelli's Virtue*, Chicago 1996, s. 294.

34 Ibidem. Przekład, uzupełnienia w nawiasach kwadratowych, kursywa i podkreślenia – RP.

35 V. B. Sullivan, *Machiavelli, Hobbes, and the Formation of a Liberal Republicanism in England*, New York, 2004, s. 31.

36 Ibidem, s. 32.

popychana przez zachłanność i nastawiona na nieustającą konsumpcję, wydawała się niemożliwa³⁷.

Machiavelli – wbrew, rzekomo uwielbianym przez siebie historykom rzymskim (jak Tacyt i Tytus Liwiusz) – podejmuje się więc obrony zarówno reputacji ludu, jak i rządzących, którzy z ludu się wywodzą. Przekonuje, że jedni i drudzy bywają rozmaici, trafiają się i lepsi i gorsi. Zostając władcami bywają zmienni i niewdzięczni, nie inaczej jak „poszczególni władcy”, tj. rządzący, którzy nie pochodzą z ludu. W ten sposób Florentczyk uprzedza poniekąd treść znanego aforyzmu liberałów, o tym, że „wszelka władza korumpuje”. Jednak Harvey Mansfield, znakomity badacz myśli Machiavellego, pokazuje i podkreśla co innego. Machiavelli tłumaczy przywary, słabości, błędy ludu – wedle jego interpretacji – brakiem skrupowania, czyli lęku przed karą czy hamulców (np. prawnych). Od siebie wspominałbym, że tym, co w tym względzie Machiavelli ignoruje i pomija jest hamulec moralny, doświadczenie *sacrum* (czy tabu) oraz bojaźń przed Bogiem. To pominięcie otwiera Machiavellemu (i jego kontynuatorom) drogę do sekularyzacji polityki i świata bez Bożej Opatrzności. Mansfield zauważa ponadto, że Machiavelli podejmując się obrony reputacji ludu (oraz władców, którzy pochodzą z ludu), usprawiedliwiają ich przewinienia i grzechy, w konsekwencji doprowadzając „do usprawiedliwienia najgorszych grzeszników, wedle klasycznej nauki o polityce, jakimi są tyrani”. Wywód ten harmonizuje się z moją tezą o paradoksalnym ideale nowego władcy Machiavellego jako „dzielnym tyranie”. Obecnie dodałbym, że Florentczyk „realista” w ten oto sposób przygotował niejako intelektualny grunt pod nowoczesne tyranie, czyli rządy nad masami przywódców pokroju Adolfa Hitlera czy oligarchicznej „elity nowego typu”, którą znamionuje mentalność pospółstwa wyzbytego hamulców moralnych.

Nowa, nowożytna tradycja republikańska posiada cechy odmienne od klasycznej grecko-rzymskiej spod znaku Arystotelesa i Cycerona. Niemniej jednak znaczna część współczesnych opracowań zagadnienia republikanizmu operuje uproszczeniem, sugerując jakąś daleko posuniętą zbieżność czy ciągłość pomiędzy obrazem republiki myślicieli nowoczesnych i przednowoczesnych³⁸.

W republikanizmie nowoczesnym mamy oczywiście wiele – bardziej czy mniej przeciwnych – odmian czy nurtów. Do nurtu republikanizmu liberalnego, jak i do nowoczesnej filozofii politycznej, znaczną część owego *novum* wnieśli Machiavelli i Hobbes. Przywołajmy na początek pewne cechy myśli republikańskiej, ukształtowane pod wpływem tych dwóch, nader wpływowych autorów.

37 Współcześnie możemy wiedzieć (np. od Maxa Webera), że istnieją pewniejsze, niż łupiestwo i militarizm, sposoby osiągnięcia nadzwyczajnych zysków, takie jak kapitalizm, handel międzynarodowy czy globalne korporacje.

38 Do tego rodzaju opracowań należy książka Skinnera czy Pococka, a w Polsce eseje Filipowicza. Zob. J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975; idem, *Virtus, rights and manners: A Model for Historians of Political Thought*, „Political Theory” nr. 3, 1981, s. 353-368; Q. Skinner, *The foundations of modern political thought*, t. I, *The Renaissance*, Cambridge 1979; S. Filipowicz, *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Kraków 1997; idem, *Recepcja i rekonstrukcja...*, op. cit.

Na temat rozwoju tego nurtu na gruncie angielskim, wydana została, stosunkowo niedawno, cytowana już tu książka autorstwa Vickie Sullivan³⁹. Czytamy w niej m. in.

O ile Machiavellego bitwy wprawiały w zachwyt, to Hobbesa raczej odstręczały. Mimo to obu myślicieli wiele łączy. Trzydziestoletnia krwawa i wycieńczająca wojna domowa w Anglii doprowadziła Hobbesa do przekonania, że tego typu konflikty niosą z sobą największe zagrożenie i największe zło, jakie widział w nagłej śmierci z cudzej ręki. Utożsamiał ów stan z tzw. stanem natury, który zostaje wyparty czy przewyciężony w społeczeństwie cywilnym (*civil society*). Przeciwnieństwem stanu natury, wedle niego, ma być stan pokoju, w którym ludzkie życie się doskonali, staje się wygodne i bezpieczne. Zasadnicza różnica między Machiavellem a Hobbesem uwidacznia się właśnie w tezie tego drugiego, że stan wojny i właściwe mu «cnoty wojenne» (siła i podstęp czy przebiegłość) mogą zostać wyparte poza społeczeństwo cywilne, w którym rządzą zorientowane na pokój prawa naturalne⁴⁰.

Ze względu na wojowniczość i kłótniwość republik Thomas Hobbes preferował raczej monarchię. O ile Machiavellego o wesołość przyprawiała hałaśliwość republiki rzymskiej i skłonność Rzymian do wojaczki, to Hobbesa republiki odpychały, głównie przez cechujący je brak poszanowania pokoju wewnętrznego i zewnętrznego. Machiavelli aprobował upodobanie dla sławy, dążenie do zaszczytów, choć jednocześnie pozostawał zdecydowanie krytyczny względem arystokracji i możnych. Z kolei dojrzały Hobbes za wysoce szkodliwe uznawał również „szlacheckie upodobanie w honorach”, a nawet pozostawał wobec nich bardziej jeszcze nieufny, tak że (inaczej niż Machiavelli) uznał ambicje prowadzące do agresji za możliwe do „zniwelowania” poprzez zrównanie poddanych wobec praw i ich gwaranta – suwerena⁴¹.

Tumult, swary, wewnętrzne tarcia i rywalizacje – jak wiemy⁴² – Machiavelli uznał za nieuniknioną cenę wolności republikańskiej. Niezamierzoną, a ceną konsekwencją tych tarć, miała być wewnętrzna równowaga, oparta na wzajemnym straszeniu się i wolność ludu, który – tylko na tej drodze – sam dla siebie znajduje schronienie w cieniu walczących o zaszczyty, bogactwo i władzę elit czy pretendentów z klasy usposobionej wojowniczo. Z tego wszystkiego Hobbes przejmuje głównie jedno – odwołanie się do strachu jako podstawy racjonalizacji porządku politycznego-

39 V. B. Sullivan. *Machiavelli, Hobbes...*, op. cit.

40 V. B. Sullivan. *Machiavelli, Hobbes...*, op. cit., s. 81 [przekład własny – RP]. Również M. Hörnqvist (*Machiavelli and Empire*, New York 2004), w odróżnieniu od Pococka i Skinnera, kładzie nacisk na aprobatę Machiavellego dla imperializmu (obecnego także w republice florenckiej i wcześniejszych teoretyków republikanizmu, jak Salutati czy Bruni) i na swoiste wypaczenie klasycznego republikanizmu, który wychodzi od Arystotelesa. Jego zdaniem (po części) i *Książę i Rozważania* wpisują się w tę ekspansjonistyczno-imperialistyczną tradycję florencką, datowaną już od trzynastego wieku. Korzystałem z recenzji Alastair'a Hamiltona z *The Warburg Institute* („Heythrop Journal” nr 6, 2007, s. 1000-1001).

41 Zob. L. Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and Its Genesis*, przeł. z niem., E. M. Sinclair, Chicago-London 1984.

42 Z jego pracy *Rozważania (Discorsi...)*; Zob. także: *Cnoty polityczne dawniej i obecnie...*, op. cit.

go. Skoro każdy może zabić każdego, to politycznie ludzie powinni być traktowani jako równi; traktowanie ich jako równych stanowić ma wręcz warunek wyjścia ze stanu natury⁴³.

Hobbes odrzucał kluczowe racjonalistyczne przekonanie klasyków, że ludzki intelekt jest w stanie zapanować nad namiętnościami. Myśliciel z Westport uważał, że sam wzięty z osobna ludzki rozum jest w tym względzie zbyt słaby. Ludzkie istoty na równi podlegają impulsom swych namiętności czy uczuć. W tym aspekcie Hobbes podąża podobnym tokiem rozumowania, co Machiavelli⁴⁴.

W zasadzie obaj uznają, że ludzkie nieprzerwanie są popychani przez pragnienie nabywania i żądę rywalizacji czy panowania nad innymi. Jednak Machiavelli chęć walki o władzę oraz (wręcz niepowstrzymany) pęd ku rywalizacji na polu materialnym i prestiżu, w zasadzie dostrzegał poza klasą ludową, wyjąwszy tych najbitniejszych spośród ludu, którzy ze względu na temperament rywalizowali z dotychczas rządzącymi. Dla odmiany Hobbes głosił, że człowiek jako taki, „głodny jest przyszłym głodem”, a będąc tak zachłannym nie zadowoli się skromnym stanem posiadania inaczej jak pod presją zagrożenia utraty własnego życia. Ludzkie jednostki – twierdził Hobbes wbrew Arystotelesowi i Cyceronowi – popycha pragnienie zdobywania i gromadzenia zasobów; nurtuje ich nieprzerwane dążenie od jednego pragnienia do kolejnego; pod tym względem ludzie pozostają równi – wszyscy bez różnicy jakoby kierują się cały czas niczym innym jak swoimi pragnieniami, choć te mogą odnosić się do różnych rzeczy.

Hobbes podobnie jak Machiavelli dzieli ludzi zasadniczo na dwie kategorie: na tych, którzy pozostają ambitni i kłótlivi oraz bardziej łagodnych i uprzejmych. Pierwsi mają skłonność do rywalizacji, dążą do panowania nad innymi, drudzy zaś znajdują upodobanie w pokoju. Jego zdaniem nieliczni należą do tej pierwszej kategorii, pozostała większość nie chce dominować. Z tej wszakże przesłanki, Hobbes wyprowadza odmienne wnioski od Machiavellego. Zdecydowanie opowiada się po stronie miłujących pokój i unikających destruktywnych waśni. Uważa bowiem, że można poskromić ambicje możnych, dzięki silnej, skoncentrowanej, suwerennej władzy królewskiej, która będzie stanowić gwarancję pokoju.

Podczas gdy Florentczyk wciąga lud w sferę polityki, po to, aby prowadzić wojny zdobywcze i wzmocnić siłę imperialistycznej republiki, Hobbes pragnie raz na zawsze uwolnić lud od polityki (i na pewno od wojny). Choć autor *Lewiatana* nie ma wielkiego upodobania dla rządów ludu i demokratycznej formy ustroju politycznego, to jego pobudki pozostają w zgodności z motywacjami ludu i demokratów. Ponieważ podziela ich namiętności oraz uważa za „naturalne”, „sprzyjające pokojowi wewnętrznemu” i uznaje je za własne, słusznie widzi się w nim „przyjaciela ludu” i protoliberała.

Książka Sullivan pokazuje zarazem złożone losy recepcji Machiavellego w Anglii, jak i pewne elementy jego psychologii w siedemnastowiecznej Anglii, przejęte i powiązane przez Hobbesa, który sam, jak wiadomo, nie był ani zdecydowanym zwolennikiem republikanizmu ani też nie daje się łatwo wpisać w późniejszą tradycję liberalnego republikanizmu. Hybrydalne formy republikanizmu (występujące np.

43 Zob. T. Hobbes, *De Cive*, rozdz. III. 3 (por. pol. tłumaczenie: T. Hobbes, *O obywatelu*, przeł. Cz. Znamierowski [w:] idem *Elementy filozofii*, t. II, Warszawa 1956).

44 Zob. rozdział poświęcony Hobbesowi w pracy L. Strauss, *Prawo naturalne w świetle historii*, przeł. T. Górski, Warszawa 1969, s. 155-186.

u Jamesa Harringtona, Algernona Sidneya) i liberalizmu Locke'a widoczne są w formie nader wyrazistej już w tzw. *Cato' Letters* (tj. pisane pod pseudonimem listy Johna Trencharda i Thomasa Gordona). Mamy tam liberalizm, blisko powiązany z duchem makiawelizmu, mający raczej niewiele wspólnego np. z Kantowskim obrazem republikańskiego ustroju, w relacjach międzynarodowych usposobionego z gruntu pokojowo⁴⁵.

Aby przeciwstawić Machiavellego klasycznej tradycji republikańskiej ze względu na jej deklarowane opowiadanie się po stronie ludu, cnoty obywatelskiej, wspólnoty i partycypacji, Sullivan koncentruje się⁴⁶ na jego wojowniczym imperiaлизmie, rzekomych skłonnościach do arystokracji i pochwalę ekspansji. Ukazuje w ten sposób u Machiavellego republikanizm zmilitaryzowany, nastawiony na konieczność ekspansji oraz – co już nieco paradoksalne – republikanizm niedbający w zasadzie o wolność i interesy ludu.

Te przeplatające się wątki i wpływy, w podobnej perspektywie powracają, w książce Paula Rahe⁴⁷, poświęconej dziedzictwu liberalnego republikanizmu. Znajdujemy tam i inne postaci: Davida Hume'a, Montesquieu, Benjamina Franklina, George'a Washingtona, Johna Adamsa, Thomasa Jeffersona, Jamesa Madisona i Alexandra Hamiltona. Książkę otwiera wstęp Markusa Fishera, który, inaczej niż Hornkvist, pokazuje, że Machiavelli odrzucił prawo naturalne, a nawet odszedł od (wczesnego) republikanizmu florenckiego.

Z powyższych rozważań, nawiązujących do lektury wymienionych książek, wyłania się dość złożony obraz tego, co wnosił Machiavelli do nowego republikanizmu (a w sposób pośredni także Hobbes). Te zróżnicowane wpływy rozmaicie rozkładają się również u Johna Adamsa, Jeffersona i Hamiltona oraz u innych Ojców Założycieli Stanów Zjednoczonych. Kwestia relacji nowego, postmakiawelowskiego republikanizmu oraz republikanizmu Ojców Założycieli Stanów Zjednoczonych to zagadnienie osobne i dość złożone⁴⁸, toteż musimy je tutaj pominąć.

Natomiast mój pogląd w kwestii nowych koncepcji republikańsko-demokratycznych nakreślony w książce o Machiavellim, mówi, że słynny Florentczyk wyraźnie zerwał z klasyczną tradycją republikańską (Arystotelesa i Cycerona) oraz że jego preferencją dla ustroju republikańskiego, nowatorsko zinterpretowanego⁴⁹, nie tylko nie oznacza odrzucenia jedyńowładztwa (a nawet i tyranii), lecz nawet wcielił je w nowe ramy republiki imperialnej.

45 Z drugiej strony warto przypomnieć opinię Thomasa Pangle'a (*The Spirit of Modern Republicanism. The Moral Vision of the American Founders and Philosophy of Locke*, Chicago 1990), że nowy republikanizm wiele zawdzięcza Machiavellemu; autor ten przeczy zarazem, iżby ten republikanizm był wrogi wobec Locke'a czy kapitalizmu.

46 Jak we wcześniejszej książce *Machiavelli's Three Romes: Religion, Human Liberty, and Politics Reformed*, DeKalb 1996.

47 P. A. Rahe, *Republics Ancient and Modern: Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapel Hill-London 1992.

48 Zob. na ten temat cytowaną książkę Thomasa Pangle'a.

49 Niepokrywającego się z tradycją republiki rzymskiej.

Republikanizm Machiavellego pozostaje zatem na tyle różny⁵⁰ w stosunku do stroniczo przezeń zinterpretowanej tradycji rzymskiej, że (ujmując tę kwestię nieco dyplomatycznie) uznanie go za kontynuatora czy spadkobiercę tego republikanizmu napotykać musi na szereg trudności i moralnych przeciwwskazań. Wedle Mansfielda, Machiavelli wcale nie potępiał Cezara i Rzymu cesarskiego, aprobował symulowany republikanizm Oktawiana Augusta, łamał klasyczne opozycje, czego przejawem jest między innymi to, że posługiwał się osobliwym zwrotem „książęta republiki” (czy „obywatelski pryncypat”). Pocock i inni zwolennicy jednoznacznie republikańskiej (czyli naszym zdaniem wątpliwej) interpretacji Machiavellego, ujmują jego cnotę jako „samopoświęcenie dla wspólnego dobra republiki”⁵¹, co jest dość kontrowersyjną wykładnią *virtù*. Mój opór względem tej interpretacji dotyczy głównie kwestii dzielności i rzymskiej republiki oraz obrony myśli etyczno-politycznej Cycerona, którego w prawidłowej wykładni należy klarownie przeciwstawić Machiavellemu i Hobbesowi.

Republikanizm w Polsce

Przejdźmy na koniec do kwestii idei republikańskich w Polsce i tego, jak on się przedstawia na tle innych odmian republikanizmu. Niedawno Zdzisław Krasnodębski pisał:

Najistotniejsze w polskim rozumieniu [wolności republikańskiej – RP] były i są: wolność polityczna jako możliwość współdecydowania o stanowionych prawach oraz wolność jako możliwość przeciwstawienia się państwu, a nawet woli większości, jeśli wola ta zdawała się uzurpacją lub zamachem na wolność jednostki. Polskie rozumienie wolności w sferze kultury nie oznaczało – jak francuskie – wyzwolenia spod autorytetu Kościoła ani radykalizmu intelektualnego. W dziedzinie gospodarczej, to możliwość „pracy na swoim”, bez ingerencji państwa. Polska wolność to także możliwość postępowania według swego widzimisię, na tym również polegało staropolskie sobiepaństwo, zakładające także głębokie poczucie równości uprawnień – równość godności «szlachcica na zagrodzie» niezależnie od statusu ekonomicznego⁵².

Gdy chodzi o Rzeczpospolitą szlachecką, to trzeba przypomnieć, iż od wieku siedemnastego, szlachta polska nie wykazywała się ani umiarem ani dalekowzrocznością. Dążyła „przede wszystkim do umocnienia własnej pozycji społecznej i politycznej. Jednocześnie zmierzała (...) skutecznie do eliminacji mieszczaństwa z życia politycznego oraz umocnienia poddaństwa chłopów”⁵³. W dalszej kolejności, oznaczało to najpierw wzrost znaczenia sejmików ziemskich i posłów ziemiańskich, potem zaś osłabienie władzy wykonawczej króla i anarchię. Od drugiej połowy siedemnastego stulecia przewagę, w ówczesnym układzie politycznym, „uzyskali

50 Zawiera elementy wręcz antyrepublikańskie.

51 Zob. V. B. Sullivan, *Machiavelli's Momentary «Machiavellian Moment»: A Reconsideration of Pocock's Treatment of the Discourses*, „Political Theory” nr 20, 1992, s. 309-318.

52 Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie...*, op. cit.

53 J. Bardach, *Rzeczpospolita szlachecka*, [w:] *Historia ustroju i prawa polskiego*, red. J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Warszawa 1994, s. 178.

magnaci, którzy podporządkowali sobie część szlachty, a pozostałą odsuwali – nie bez oporów z jej strony – od współdecydowania w sprawach publicznych⁵⁴. Ostatecznie powstała w ten sposób oligarchia magnacka, co w połączeniu z konfederacjami, przemieniającymi się w rokosze, z *liberum veto* i praktyką zrywania sejmów i sejmików, prowadzić musiało do rozkładu, najpierw do ograniczenia a potem do utraty suwerenności przez państwo polskie⁵⁵. Do upadku państwa przyczyniła się – obok braku wewnętrznej ustrojowej równowagi – również nierozważna polityka zagraniczna, której zwieńczeniem była ekspansja na Ukrainę, roszczenia wobec kozaczyzny i magnatów ukraińskich. Ostatecznie grabarzem Rzeczypospolitej szlacheckiej, po rozpuszczeniu wojska na sejmie w 1646 roku, stał się Bohdan Chmielnicki – zdolny przywódca buntów ludu ruskiego⁵⁶.

Cechy szlachty oraz magnaterii, które wraz z upadkiem cnót obywatelskich przywiódły Rzeczpospolitą do katastrofy, w mentalności Polaków zapewne pokutują po dziś dzień, przybierając formę partyjniactwa i niekończących się swarów wewnętrznych. Jednak nie podważa to całkowicie nadziei na odrodzenie się polskich tradycji republikańskich, które zapisały się we wcześniejszym okresie (i już u schyłku) zdecydowanie pozytywnie. Mamy tu na myśli zarówno późne, bo osiemnastowieczne reformy Sejmu Czteroletniego, jak i wcześniejsze usiłowania – za czasów panowania Zygmunta w szesnastym wieku – „ukrócenia możnowładztwa”, wzmocnienia władzy centralnej i zaprowadzenia pokoju opartego na tolerancyjnej wierze i sprawiedliwości⁵⁷.

W przywoływanym już tu eseju Krasnodębski zapytuje: czy próby odnowy republikanizmu w Polsce mają jakąś szansę powodzenia?⁵⁸ Tymczasem Legutko stwierdza:

Dzieje I Rzeczypospolitej to zawstydzający przykład samonapędzającej się dezintegracji. Samo nazwanie tego tworu politycznego Rzeczpospolitą, czyli rzeczą wspólną, jest nieuprawnione. Może ów twór miał różne dobre strony, ale jednej na pewno nie miał. Nie miał rzeczy wspólnej ani jako naród, ani jako państwo. Dlatego przestał istnieć⁵⁹.

Ów wybitny polski filozof polityki, autor *Eseju o duszy polskiej*⁶⁰, najwyraźniej polskie tradycje republikańskie uważa za zmitologizowane przez naszych pisarzy romantycznych (Mickiewicza, Mochnackiego, Słowackiego), co zresztą miało mieć pozytywne konsekwencje w okresie ruchów narodotwórczych dziewiętnastego i dwudziestego wieku. Pomimo tych po części trafnych zastrzeżeń, podzielam opinię Krasnodębskiego, że za odpowiedzią pozytywną (na pytanie o przyszłość polskiej myśli republikańskiej) przemawia kilka niebagatelnych racji: Wedle niego, republika polska od początku szesnastego wieku - w świadomości ówczesnych

54 J. Bardach, *Rzeczpospolita...*, op. cit., s. 177.

55 Por. Ibidem, s. 181.

56 Por. W. Czapliński, *Zarys dziejów Polski do roku 1864*, Kraków 1985, s. 269.

57 Zob. B. Leśnodorski, *Parlamentaryzm w Polsce*, Kraków 1947, s. 53, 57-69.

58 Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie...*, op. cit.

59 R. Legutko, *Odbudujmy państwo*, <URL=<http://niezalezna.pl/40048-odbudujmy-panstwo>> [dostęp: 13.09.2004].

60 Ibidem.

Polaków – stała się w istocie Rzeczpospolitą Szlachecką. Miała wprowadzić króla, lecz wybieranego przez naród. Jeśli traktowano to jako przejaw Bożej Opatrzności, to ta objawiać się miała w woli narodu. Najważniejsza zaś była „wolność polityczna jako możliwość współdecydowania o stanowionych prawach.” „Państwo nie było «Lewiatanem», czymś całkowicie wyniesionym poza społeczeństwo polityczne, poza naród polityczny, lecz było rozumiane jako jego wspólne dobro, podtrzymywane wspólnym działaniem”⁶¹.

Jak utrzymuje cytowany przez Krasnodębskiego⁶² Edward Opaliński, Rzeczpospolita miała, podobnie jak w klasycznym republikanizmie, ustrój mieszany, w którym kluczową rolę odgrywał sejm. „W Polsce król panował nad wolnymi ludźmi, był *dominus dominatum*, a zasada pełni praw obywatelskich całego stanu szlacheckiego była (...) fundamentem staropolskiej polityki”⁶³.

Podzielał opinie Krasnodębskiego, że „związek Polaków z ich republikańską tradycją, (...) jest większy niż z importowanym z zagranicy liberalizmem czy jakimiś intelektualnymi nowinkami”, że „kod kulturowy nie zmienia się tak szybko”, że – zgodnie z tym, co pisała Elżbieta Ciżewska⁶⁴ – obywatelski republikanizm (może z domieszką gandyzmu, tj. walki bez przemocy) pozostawał najbliższy polskiej Solidarności lat osiemdziesiątych⁶⁵.

Pamiętamy, że nowożytnie rewolucje w momentach założycielskich odwoływały się do wzorców antycznej republiki. Jednakże te odwołania miały w znacznej mierze charakter czysto retoryczny. Pozwalały lepiej zaprezentować treści nowego, postmakiawelowskiego republikanizmu liberalnego. Jak trafnie pisał w swym esejku Filipowicz, nowy republikanizm szedł parze z sekularyzacją całej sfery polityki, z odchodzeniem od prawa naturalnego, rugowaniem chrześcijańskiej tradycji teologii politycznej. Podniosłe hasła nowego oświeceniowego humanizmu, pohegłowski immanentyzm oznaczały wolę ludu jako źródło prawa, nowy racjonalizm, coraz bardziej powszechne uczestnictwo mas w procesach politycznych. Nowy republikanizm mienił każdego dorosłego człowieka obywatelem, a wyzwolony rzekomo z poddaństwa człowiek sam miał stać się odpowiedzialny za własne szczęście; państwo nowoczesne to „rzecz ludzka”⁶⁶. Czy w nowoczesnym republikanizmie liberalnym władza należy do ludu? Wątpliwe. Już prędzej poprzez demokratyczno-ludową retorykę władza zdobywa legitymizację. Prędzej władza ta, forsując kolejne fazy modernizacji, uczyni masy ludowe swoimi zakładnikami, znajdując w partiach zaplecze dla ideologicznych bojów propagandowych.

W istocie, trzeba przyznać, że liberalna demokracja *de facto* obejmuje konglomerat różnych pierwiastków. Bywa bardziej lub mniej regularnie kontrolowana

61 Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie...*, op. cit.

62 E. Opaliński, *Kultura polityczna szlachty polskiej w latach 1587-1652. System parlamentarny a społeczeństwo obywatelskie*, Warszawa 1995.

63 Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie...*, op. cit.

64 E. Ciżewska, *Filozofia publiczna Solidarności: Solidarność 1980-1981 z perspektywy republikańskiej tradycji politycznej*, Warszawa 2005.

65 Por. J. S. Dryzek, L. Holmes, *Post-Communist Democratization. Political Discourses across Thirteen Countries*, Cambridge 2002, s. 235 – podają za: Z. Krasnodębski, *Republikanizm po komunizmie...*, op. cit.

66 Por. S. Filipowicz, *Recepcja i rekonstrukcja...*, op. cit., s. 7-11.

przez reprezentantów szerokich mas; jest mniej czy bardziej stabilna i czerpie niemało z lokalnych tradycji, co sprawia, że w krajach o lepszej kulturze politycznej i większym wyrobieniu krytycznych umiejętności u obywateli, funkcjonuje znacznie lepiej niż w Polsce.

Zasady nowego republikanizmu zazwyczaj popadają w kolizję z chrześcijańską wizją ładu. Filipowicz wskazywał na neopogańskie rodowody umowy społecznej. Powojenne państwo współczesne konceptualizowane było jako wspólnota komunikacyjna, nowy kontraktualizm, zbiorowe pokojowe samookreślenie. Wolność nowoczesna miała w intencji nieść ze sobą wiele, z pewnością potrzebnych, wartości: ograniczenie arbitralności władz politycznych, równość wobec prawa, wspólne pożytki i powszechne korzyści. W takich ramach codziennością stały się publiczne spory i konflikty implikujące niestabilność, ale też społeczny kompromis i pokój. Tego typu liberalnym republikom „nie patronują bogowie”; stronnicy nowoczesności chcą wierzyć, że to ludzki rozum zastępuje na poły zwierzęcą przemoc i okrucieństwo rozważa, wyznaczając granice sprawiedliwości. Pozostaje wszak kwestią sporną, czy będący przesłanką nowożytnego republikanizmu nowożytny antropocentryzm oraz negacja odwzorowania wieczności, tj. prawa naturalnego, gwarantuje lepszą przyszłość ludzkości.

My Polacy mamy wiele przesłanek i powodów by odrzucać nowoczesny republikanizm, lecz mamy także wiele racji, aby próbować odnawiać przynajmniej wybrane elementy tej klasycznej tradycji republikańskiej. Atoli skoro porządek liberalno-demokratyczny nie służy naszej wspólnocie politycznej zbyt dobrze; skoro płacimy słoną cenę narastającego zadłużenia w Unii Europejskiej za utrzymywanie zewnętrznego pokoju, nieopartego na sprawiedliwości; skoro – wreszcie – wiemy, że nowoczesność przeżywa kryzys za kryzysem, to możemy i powinniśmy poszukiwać lepszych dla siebie rozwiązań w nawiązaniu do własnych tradycji republikańskich, tych zwłaszcza, które towarzyszyły Polsce silnej, zamożnej, niepodległej. Nie ma wprawdzie, i być nie może, zwyczajnego powrotu do tego, co raz na zawsze przeminęło. Jednak czerpanie inspiracji duchowo-intelektualnej z wybranych pierwiastków szlacheckiej tradycji Najjaśniejszej Rzeczypospolitej uważam za jedną z podstaw nadziei na lepszą przyszłość dla naszego narodu i państwa. Tak jak w odpowiedzi na kryzys nowoczesności, nieodzowne jest nawiązywanie do klasycznej tradycji filozofii politycznej, tak również rodzimy konserwatyzm chrześcijański może czerpać z tradycji, która nigdy do końca nie ginie.

Prawny wymiar więzi społecznej w myśli Johna Rawlsa

The Legal Dimension of Social Bond in Rawls' Thought

The main goal of this paper is to show the doctrine of social bond that is to be found in political philosophy of John Rawls. To do this I interpret the main categories of Rawls' thought concerning fair cooperation. I also try to prove that the social bond is first of all of legal nature, i.e. that it is the bond among citizens of democratic society based on legal principles, procedures and institutions. What constitutes the groundwork for such bond is an overlapping consensus concerning basic matters of justice. As I try to show, this bond is not comprehensive and does not cover the full life of an individual nor it determines all values and aims of an individual life. How should it be understood? On the one hand, the public conception of justice regulates crucial institutional matters, on the other, it leaves the wide sphere for spontaneous actions, resulting in other forms of social bonds (i.e. religious, familiar, or associational) that are generally free of substantial constraints referring to justice. To clarify I contrast the normative ideas of society as a fair system of cooperation and well-ordered society with pluralism. I also examine the inescapable tension between those two results and the philosophical project of an overlapping (i.e. also limited) consensus.

Michał Rupniewski

*magister prawa,
Uniwersytet Łódzki*

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie doktryny więzi społecznej zawartej w filozofii politycznej Johna Rawlsa. Dokonując interpretacji podstawowych Rawlsowskich kategorii związanych ze sprawiedliwą kooperacją, będę dowodził tezy, że więź społeczna, rozumiana jako więź między obywatelami społeczeństwa demokratycznego, ma przede wszystkim charakter prawny. Jest to mianowicie więź oparta o konsens obywateli dotyczący sprawiedliwości, który znajduje swój wyraz w podstawowych instytucjach politycznych społeczeństwa. Konsens ów ma jednak ograniczony zakres

i częściowy charakter, przez co sfera działania instytucji jest ograniczona do kwestii podstawowej sprawiedliwości, pozostawiając jednostkom szeroką sferę spontanicznego działania i budowania także innych więzi o charakterze rodzinnym, religijnym czy stowarzyszeniowym.

Moja interpretacja myśli Rawlsa, prowadząca do przyjęcia wyrażonej wyżej tezy, przebiega w sposób następujący. Najpierw przedstawiam organizującą i centralną dla badanej filozofii politycznej ideę społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji. Owa ogólna idea jest następnie uszczegółowiona przez blisko z nią związaną ideę społeczeństwa dobrze urządzonego. Wzięte razem, pozwalają one ukazać priorytet sprawiedliwości i jej ścisły związek z prawem¹. Wynika z nich doniosła rola prawa, które konstytuuje więź obywatelską najwyższej instancji, pozwalającą na rozsądzenie skonfliktowanych roszczeń i tym samym umożliwiającą bezpieczne stowarzyszenie. Tej normatywnej konstrukcji przeciwstawiam w kolejnej części artykułu fakt pluralizmu. Oznacza on równoległe istnienie w społeczeństwie demokratycznym ścierających się światopoglądów i ogólnych obrazów świata. Fakt pluralizmu oznacza, że jednostki, oprócz statusu równego i wolnego obywatela społeczeństwa demokratycznego, są jednocześnie lojalne względem mniejszych wspólnot, które niekoniecznie oparte są na tej samej aksjologii, co instytucje publiczne. Oznacza to pewne wyzwanie dla normatywnej teorii instytucjonalnej więzi społecznej; teoria ta musi szanować fakt pluralizmu. Odpowiedzią na to wyzwanie jest projekt częściowego konsensu. Główna idea polega na tym, że głęboko poróżnieni w innych kwestiach obywatele, zgodzą się co do podstawowych pryncypiów swojego stowarzyszenia na poziomie politycznym. Na koniec przedstawiam ideę więzi prawnej, która oparta jest właśnie na częściowym konsensie z jednej strony, a na idei społeczeństwa dobrze urządzonego z drugiej. Owa propozycja przyjmuje priorytet sprawiedliwości, lecz zarazem wyznacza sprawiedliwości pewne granice, mające zabezpieczyć spontaniczne więzi o innym charakterze. Warto na samym początku podkreślić, że moje dociekania mają charakter ahistoryczny – zajmuje się filozofią polityczną Rawlsa w sposób systemowy, uwzględniając także późne prace. Jeżeli nie jest to bezwzględnie konieczne, kwestie ewolucji doktryny pozostawiam na uboczu rozważań. Aby jednak przedstawić doktrynę więzi prawnej w sposób pełny, muszę wyjaśnić, na czym polegał zwrot od całościowej doktryny metafizycznej do doktryny ściśle politycznej, co czynię w części poświęconej częściowemu konsensowi.

Zanim przejdę do realizacji naszkicowanego wyżej rozumowania, muszę rozprawić się z pewnym mitem, który narósł wokół filozofii Johna Rawlsa. Często bowiem przedstawiany jest on jako myśliciel indywidualistyczny, który tworząc abstrakcyjne i legalistyczne konstrukcje, zagubił nie tylko pojęcie wspólnoty, ale w ogóle społeczną naturę człowieka². Sądzę, że jest to interpretacja niepoprawna. Moim

1 Co istotne, w niniejszym tekście w ogóle nie zajmuję się treścią zasad sprawiedliwości, które proponuje Rawls. Przypomnijmy, że koncepcja sprawiedliwości Rawlsa nosi nazwę „sprawiedliwość jako bezstronność” (*justice as fairness*) i składa się z dwóch zasad sprawiedliwości dla instytucji. Czytelnik, który nie zetknął się dotąd z myślą Rawlsa, znajdzie jej zwięzłe omówienie w tekście Z. Raua, *Umowa społeczna w „Teorii sprawiedliwości” Johna Rawlsa* [w:] *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, red. Z. Rau, M. Chmieliński, Warszawa 2010, s. 207-228.

2 W tym kierunku idzie przede wszystkim Michael Sandel krytykując Rawlsovską konstrukcję podmiotu moralności. Patrz: M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge 1982.

zdaniem jest całkiem przeciwnie – Rawlsowi można w sposób uprawniony zarzucać raczej kolektywizm niż indywidualizm³. Zostawiając na boku spory o kolektywistyczny (a zatem antyliberalny) charakter filozofii Rawlsa, należy podkreślić, że sprawiedliwość jako bezstronność, pomimo indywidualistycznego punktu wyjścia⁴, może bez wątpienia dostarczyć aksjologii dla pojęcia wspólnoty. Stąd też moja interpretacja dotycząca więzi prawnej, opiera się na zawartym już w *Teorii sprawiedliwości* pojęciu związku społecznego. Konkurencyjnym modelem byłby tu model „społeczeństwa prywatnego”. Społeczeństwo prywatne to takie, gdzie każdy traktuje społeczną kooperację wyłącznie jako środek do osiągnięcia własnych celów. Pociąga to za sobą istnienie dwóch istotnych założeń dotyczących takiego społeczeństwa: po pierwsze, cele poszczególnych jednostek czy stowarzyszeń „mogą być konkurencyjne lub niezależne od siebie, ale (...) w żadnym wypadku nie są komplementarne” (TS, §79: 734), po drugie zaś, ani społeczna kooperacja sama w sobie, ani instytucje tej kooperacji nie są traktowane jako dobro, przeciwnie, być może nawet jako ciężar (ibidem). Rawls uznaje tego rodzaju model za nieadekwatny i niewystarczający, proponując alternatywę właśnie w postaci idei związku społecznego, którą zaczerpnął od Wilhelma von Humboldta. Model ten sprowadza się do twierdzenia, że społeczna kooperacja nie stanowi li tylko koniecznego warunku przetrwania i realizacji jednostkowego dobra, lecz sama w sobie stanowi dobro, ponieważ dzięki niej każdy może „partycypować w całkowitej sumie urzeczywistnionych naturalnych zalet innych” (TS, §79: 737). Konstytuuje to możliwość zaistnienia komplementarności celów. Jak słusznie podkreśla Wayne Proudfoot, jest to próba wypracowania takiego paradygmatu, gdzie „relacja jednostki do całości społecznej nie jest ułożona kosztem żadnej z nich. Nie prowadzi zatem ani do homogenicznej całości, ani do [luźnego] agregatu jednostek. Jednostki są raczej postrzegane jako posiadające pewne łączące je cele”⁵. Idea związku społecznego otwiera możliwość takiej interpretacji myśli Rawlsa, w której zasadniczą rolę pełni więź społeczna. Przejdźmy zatem do interpretacji.

Fundament więzi społecznej: idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji

Koniecznym punktem wyjścia naszych rozważań jest idea społeczeństwa jako sprawiedliwego (*fair*) systemu kooperacji. W dojrzałej myśli Rawlsa pełni ona

-
- 3 Stąd też o wiele bardziej uprawniona wydaje się krytyka idei sprawiedliwości społecznej Hayeka, która pośrednio jest także krytyką pozycji Rawlskich. Podobnie jest ze słynną krytyką Nozicka, który zarzucał sprawiedliwości jako bezstronności, że nakazuje traktować indywidualne talenty jednostek jako własność wspólną (patrz: F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. II, *The Mirage of Social Justice*, Chicago-London 1976, s. 80-88; R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, przeł. P. Maciejko, M. Szczubiałka, Warszawa 1999, s. 206).
 - 4 Przypomnijmy, że Rawls otwiera swoje główne dzieło, *Teorię sprawiedliwości*, mocną deklaracją, że „każda osoba ma oparte na sprawiedliwości prawo do osobistej nietykalności, którego nie można jej pozbawić nawet przez wzgląd na dobrobyt społeczeństwa jako całości. Dlatego sprzeczne jest ze sprawiedliwością, by czyjąkolwiek utratę wolności usprawiedliwiać wzrostem dobra stającego się udziałem innych” (J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 2009, §1, s. 30). W dalszej części tego tekstu cytuję posługując się skrótem TS, w odsyłaczach śródtekstowych.
 - 5 W. Proudfoot, *Rawls on Individual and the Social*, „The Journal of Religious Ethics” nr 2, 1974, s. 114 [tłumaczenie fragmentu – MR].

bowiem rolę idei centralnej i organizującej⁶; stanowi konieczny punkt wyjścia dla filozofa, który stoi przed zadaniem opracowania politycznej koncepcji sprawiedliwości w warunkach współczesnego społeczeństwa demokratycznego. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że przedsięwzięcie filozoficzne późnego Rawlsa nie jest projektem wyłącznie spekulatywnym. Sam Autor przedstawia bowiem swoje dociekania jako osadzone w konkretnej tradycji politycznej nowożytnych społeczeństw⁷. Dlatego, chcąc skonstruować najlepsze zasady życia pospólnego, filozof „przygląda się publicznej kulturze politycznej społeczeństwa demokratycznego; tradycji interpretacji praw podstawowych i konstytucji, aby odnaleźć pewne podstawowe, dobrze znane idee, które mogą następnie podlegać opracowaniu” (JaF:R,§2.1: 5). Ideę społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji postrzega się przeto jako zastany w rzeczywistości politycznej element tradycji; normatywną podstawę głównych politycznych instytucji, przyjmowaną co najmniej *implicite* przez obywateli współczesnych państw, dobrze ugruntowaną chociażby w interpretacji konstytucji i praw podstawowych czy też w procedurze judykacyjnej⁸. Komentowana idea jest zatem zewnętrzną względem filozofii; traktowana jest jako element rzeczywistości, dostarczający ogólnych ram, w których teoretyk musi się poruszać, jeżeli ma wypracować adekwatną koncepcję sprawiedliwości. Idea sprawiedliwej kooperacji dostarcza pewnych najbardziej ogólnych standardów, przez pryzmat których należy interpretować także bardziej szczegółowe problemy, na które odpowiada filozofia polityczna. Nie inaczej jest z problemem więzi społecznej czy związku społecznego. Chcąc udzielić głębokiej odpowiedzi na pytanie, jaki charakter ma w myśli Rawlsa więź społeczna, musimy przeto sięgnąć najpierw do centralnej i organizującej idei społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji.

Komentowana idea została po raz pierwszy wprowadzona w artykule *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*⁹, następnie w niemalże identycznym brzmieniu pojawia się w dalszych pracach. Składa się z trzech głównych elementów:

- a. Kooperacja jest czymś innym niż tylko społecznie koordynowanym działaniem, na przykład działaniem koordynowanym przez polecenia, które wydaje centralna władza. Kooperacją kierują powszechnie uznane normy i procedury, które kooperujący przyjmują i traktują jako odpowiednio regulujące ich postępowanie.
- b. Kooperacja zawiera ideę sprawiedliwych warunków kooperacji – są to warunki, które każdy uczestniczący może rozumnie przyjąć, o ile każdy również je przyjmie. Sprawiedliwe warunki kooperacji są wyrazem idei wzajemności: wszyscy zaangażowani w kooperację i dający swój wkład wymagany przez normy i procedury, mają odpowiednio czerpać z tego korzyść, stosownie do właściwej miary porównawczej. (...)

6 Patrz: J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, red. E. Kelly, Cambridge 2001, §2.1, s. 5. Dalej w odsyłaczach śródtekstowych jako JaF:R; fragmenty w tłumaczeniu autora tekstu.

7 Patrz: idem, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, „The Journal of Philosophy” nr 77, 1980, s. 518.

8 Por. idem, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 2012, wykład I, §2.3; dalej jako LP.

9 idem, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, „Philosophy and Public Affairs” nr 14, 1985, s. 232.

- c. Idea społecznej kooperacji wymaga jakiejś idei racjonalnie pojętej korzyści, czy dobra, każdego uczestnika. Ta idea dobra precyzuje, co uczestniczący w kooperacji, jednostki, rodziny lub zrzeszenia, lub nawet rządy narodów starają się osiągnąć, gdy ów system rozpatruje się z ich stanowiska. (LP, I, §3.2: 49, przekład zmodyfikowany).

Pierwszy z wymienionych przez Rawlsa aspektów stanowi najbardziej ogólny wyraz koncepcji publicznego systemu reguł i priorytetu sprawiedliwości. Co prawda pozostajemy tutaj na dużym poziomie ogólności, jednak już w tym miejscu widać wyraźnie, że społeczeństwo jest postrzegane przede wszystkim jako system współpracy, odbywającej się na podstawie publicznego systemu reguł. Model konkurencyjny, w którym prymat posiada scentralizowana władza, koordynująca działania jednostek za pomocą poleceń popartych przymusem, nie może być wzorem dla pojęcia sprawiedliwej kooperacji społecznej. Społeczeństwo rozumiane kooperacyjnie wymaga bowiem równorzędności kooperujących podmiotów. W tym przypadku „równorzędność” oznacza jednakową podległość każdego aktora tym samym normom i procedurom, które są powszechnie uznane jako sprawiedliwe. Nie oznacza to rzecz jasna, że w społeczeństwie będącym sprawiedliwym systemem kooperacji w ogóle nie występują relacje władzy. Są one jednak zawsze regulowane normami i standardami wyższej instancji, którą stanowią wspólne wszystkim publiczne reguły kooperacji, których także władza musi przestrzegać.

Elementy (b) i (c) dotyczą złożonego problemu wzajemności (*reciprocity*). „Wzajemność” jest tutaj terminem technicznym, wyznaczającym model sprawiedliwej kooperacji. Uściślijmy, iż nie chodzi w tym momencie o dostarczenie kompletnej, treściowo określonej koncepcji sprawiedliwości. Wzajemność wskazuje nie tyle konkretne zasady, co raczej odpowiednie podstawy przyjęcia tych czy innych zasad. Wskazuje ona mianowicie charakter motywacji moralnej, czyli racji skłaniających strony do przyjęcia i przestrzegania zasad sprawiedliwości oraz sposób w jaki owe zasady koordynują interesy kooperujących jednostek w stosunku do siebie nawzajem oraz w relacji do wymogów dobra wspólnego. Pojęcie interesu można w tym miejscu utożsamić z pojęciem dobra czy korzyści¹⁰. Wzajemność wyznacza model, w którym kooperujący aktorzy (1) starają się odnaleźć rozumną równowagę pomiędzy jednostkowym interesem czy dobrem każdego a dobrem wspólnym oraz (2) czynią to poprzez przyjęcie i przestrzeganie rozumnych zasad sprawiedliwości przez wzgląd na nie same.

Gdy chodzi o motywację moralną stron, czyli o aspekt (2), model sprawiedliwości jako wzajemności przyjmuje, że zasady sprawiedliwości same w sobie dostarczają motywacji do ich przyjęcia. Oznacza to, że stoi za nimi coś więcej niż tylko instrumentalna racjonalność. Gdyby bowiem tak było, także przestrzeganie zasad sprawiedliwości musiałoby odwołać się do maksymalizacji korzyści przestrzegającego ich podmiotu¹¹. W modelu wzajemności, przyjętym przez Rawlsa, zasady

10 W tym miejscu wystarczy intuicyjne rozumienie wyrażeń „dobre” i „korzyść”. Co prawda różne prądy filozofii praktycznej rozmaicie pojmują ich znaczenie, lecz na tym etapie rozważań te różnice nie są istotne.

11 Przypomnijmy, że takie myślenie ma swój początek w filozofii Thomasa Hobbesa. Pisał on: „PRAWEM NATURY (*lex naturalis*) jest przepis lub reguła ogólna, którą znajduje rozum i która człowiekowi zabrania czynić to, co jest niszczące dla jego życia lub co odbiera mu

sprawiedliwej kooperacji traktuje się jako domenę innego typu racjonalności, nazwaną rozumnością¹². Powody, by przestrzegać zasad, leżą więc przede wszystkim w ich rozumnej treści. W szczególności brak jest tutaj odwołania do racjonalnej kalkulacji korzyści, bez względu na to, czy miałyby to być korzyści jednostki, czy też społeczeństwa jako całości¹³. Pytając o przestrzeganie zasad, nie pytamy zatem „czy to jest dla mnie korzystne?”, ani tym bardziej „czy to jest korzystne dla ogółu społeczeństwa?”; pytamy natomiast „czy można rozsądnie wymagać od każdego, by przestrzegał tych zasad; czy są one rozumne?”¹⁴ Rozumność reguł jest tu zatem pojmowana jako ich akceptowalność dla każdego, niezależnie od zajmowanych partykularnych pozycji i rozkładu sił w danej sytuacji kooperacyjnej. Z kolei rozumność podmiotu, którą się tu zakłada, polega na zdolności rozpoznania właśnie takich reguł i przestrzegania ich przez wzgląd na nie same.

Powróćmy teraz do pierwszego (1) aspektu wzajemności, który określa model sprawiedliwej kooperacji ze względu na sposób wyważenia interesów jednostkowych i wymogów dobra ogólnego. Wzajemność (*reciprocity*) sytuuje się pomiędzy dwoma przeciwstawnymi modelami, jakimi są sprawiedliwość jako korzyść wzajemna (*justice as mutual advantage*) oraz sprawiedliwość jako bezstronność (*justice as impartiality*)¹⁵. W konkurencyjnym modelu wzajemnej korzyści to jednostkowy interes, rozumiany jako rzeczywiste dobro lub korzyść konkretnej jednostki, posiada bezwzględny priorytet. Problem sprawiedliwości to zatem nic więcej jak problem koordynacji jednostkowych interesów, stosownie do istniejącego rozkładu sił. Reguły sprawiedliwości mają zapewnić, by nikt nie zyskiwał kosztem innych, ale siła przetargowa poszczególnych układających się stron jest czynnikiem, który może determinować ostateczny rozkład dóbr i korzyści¹⁶. Na drugim krańcu znajduje się model

środki zachowania życia; i która nakazuje mu dbać o to, co w jego rozumieniu najlepiej może jego życie zachować” (T. Hobbes, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, rozdz. XIV, przeł. Cz. Znamierowski).

- 12 Rawls zakłada przy tym, że każda jednostka, jako równy i wolny obywatel, posiada odpowiednią władzę moralną, jaką jest rozumność (Patrz: LP, I, §5; II, §1).
- 13 Warto odnotować, że w ten sposób Rawls zbliża się do Kanta. Ten ostatni bowiem przyjmował, że ogólne zasady praktyczne (zasady moralności i prawa) posiadają ufundowaną w samej tylko swej formie moc wiążącą. Ugruntowanie moralności nie powinno zatem, ani nie musi, odwoływać się do korzyści. Kant pisał: „Zasady praktyczne są to twierdzenia, które zawierają w sobie ogólne wyznaczniki kierunku woli, obejmujące wielość reguł praktycznych. Zasady te są podmiotowe, czyli są to maksymy, gdy ich warunek uważany jest za obowiązujący tylko dla woli podmiotu; przedmiotowe zaś, a są to wówczas prawa praktyczne, gdy warunek uznany jest za przedmiotowy, tj. obowiązujący dla woli każdej istoty rozumnej” (I. Kant, *Krytyka praktycznego rozumu*, ks. I, rozdz. I, przeł. B. Bornstein, przekład zmodyfikowany).
- 14 Te wątki myśli Rawlsa rozwija Thomas Scanlon w swojej wersji kontraktualizmu. Patrz: T. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge 1998.
- 15 Zwróćmy uwagę, że polskie tłumaczenie Rawlowskiego wyrażenia „justice as fairness” jest tu zwodnicze. Tłumaczy się je bowiem właśnie jako „sprawiedliwość jako bezstronność”. W tym tekście jednak model „sprawiedliwości jako bezstronności” to co innego. Odpowiada angielskiemu wyrażeniu „justice as impartiality”.
- 16 Najbardziej znanym przedstawicielem tego modelu jest David Gauthier. Patrz: D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford 1986. Polski Czytelnik znajdzie omówienie kontraktualizmu Gauthiera w tekście: M. Chmieliński, *Umowa społeczna jako ideologia. Davida Gauthiera kontraktualizm moralny*, [w:] *Umowa społeczna i jej krytycy...*, op. cit., s.256-279.

bezstronności, który koncentruje się wyłącznie na dobru ogólnym, nakazując całkowite porzucenie perspektywy jednostkowej. Zakłada się w nim altruizm jako podstawę motywacji jednostek i prymat dobra ogólnego nad jednostkowym. W modelu bezstronności zasady sprawiedliwości wyrażają wymogi dobra wspólnego. Odwołuje się przy tym do czystego altruizmu; zasady mają być przestrzegane właśnie ze względu na owo wspólne, wskazane z bezstronnej perspektywy dobro¹⁷.

W mieszanym modelu sprawiedliwości jako wzajemności strony co prawda przyjmują zasady sprawiedliwości z bezstronnej perspektywy i przez wzgląd na nie same, chcą jednak zarazem zabezpieczyć także własne podstawowe interesy. Zasady mają zatem za zadanie zabezpieczać racjonalną korzyść czy dobro każdej jednostki, ale muszą być przy tym niezależne od przygodnych okoliczności konkretnej sytuacji, a w szczególności od rozkładu siły przetargowej między kooperującymi. W sprawiedliwym systemie kooperacji powinno się przeto znaleźć miejsce zarówno na zabezpieczenie legitymowanych interesów każdego uczestnika kooperacji jak i na dobro wspólne. To ostatnie jest jednak rozumiane specyficznie; oznacza takie warunki społeczne, które pozwolą każdemu z uczestników kooperacji uzyskać z tejże współpracy odpowiednie korzyści, tak by nikt nie był pokrzywdzony poprzez przygodne okoliczności. Każdy ma odebrać należyty, uczciwy udział w dobrach generowanych przez społeczną kooperację, niezależnie od faktycznie zajmowanej pozycji. Rawls wyraża tę myśl poprzez następującą definicję: „wzajemność, jak się ją rozumie w sprawiedliwości jako bezstronności, jest pewnym stosunkiem między obywatelami, wyrażanymi przez zasady sprawiedliwości regulujące świat społeczny, w którym każdy czerpie korzyść według odpowiedniej miary równości, określonej w odniesieniu do tego świata” (LP, I, §3.2: 49).

Podsumujmy dotychczasowe rozważania. Na powyższych stronach wskazywałem, że idea społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji (*implicit*e zawarta w kulturze nowoczesnych społeczeństw) wyznacza model społecznej współpracy, który stanowi punkt wyjścia, pozwalający odpowiedzieć na inne kluczowe pytania filozofii politycznej. Idea ta stanowi pewną normatywną wizję społeczeństwa, w której równorzędni aktorzy spontanicznie angażują się we wzajemnie korzystne przedsięwzięcia kooperacyjne, zgodnie z publicznym systemem reguł. System ten jest tak ułożony, aby każdy z aktorów otrzymał uczciwy udział, zgodnie z rozumną równowagą dobra wspólnego i roszczeń interesów jednostkowych. Kluczową zasadą, wyrażającą odpowiedni stosunek między kooperującymi, jest zasada wzajemności.

Przyjęcie idei sprawiedliwej kooperacji jako centralnej i organizującej, jest dla problematyki więzi społecznej niezwykle brzemiennie w skutki. Przykładowo, gdyby postrzegać społeczeństwo wyłącznie z perspektywy konfliktu, jak to czynią marksiści, nie podobna byłoby dojść do idei publicznego systemu reguł, rozumnie przyjętych przez wzgląd na same reguły¹⁸. Przeciwnie, reguły kooperacji należałoby traktować jako wyraz walki fundamentalnie przeciwstawnych interesów klasowych.

17 Najbardziej znanym przedstawicielem modelu bezstronności jest Brian Barry. Patrz: B. Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford 1995. Porównanie trzech modeli Czytelnik znajdzie w pracach: Amy Gutmann i Dennisa Thompsona (*Democracy and Disagreement*, Cambridge 1996, s. 53), oraz Alana Gibbarda (*Constructing Justice*, „Philosophy and Public Affairs” nr 3, 1991, s. 266-269).

18 W tym kierunku podąża marksistowska krytyka Rawlsa autorstwa Richarda Millera (*Rawls and Marxism*, „Philosophy & Public Affairs” nr 2, 1974).

Myślenie Rawlowskie akcentuje tymczasem przede wszystkim zbieżność interesów. Konflikt co prawda też jest obecny, gdyż każdy w sposób racjonalnie dąży do jak największej puli podstawowych społecznych dóbr, ostatecznie jednak to właśnie kooperacja, choć integralnie związana z podziałem pracy i nierównością pozycji społecznych, umożliwia wszystkim lepsze życie (por. TS, §1: 31). Potencjalny konflikt można zatem zażegnać, dzięki odpowiedniemu ułożeniu warunków kooperacji, tak by każdy zyskiwał uczciwie. Co szczególnie ważne, interes każdego jest tu traktowany oddzielnie; teoria sprawiedliwości musi bowiem „traktować poważnie różnicę między osobami” (TS, §5: 62)¹⁹. Związek społeczny okazuje się zatem możliwy i pożądanym; polega właśnie na sprawiedliwej i wzajemnie korzystnej kooperacji.

Z drugiej strony, gdyby przyjąć optykę bliższą Arystotelesowi lub Hegłowi, idea publicznego systemu reguł i sprawiedliwej kooperacji byłaby niewystarczająca dla ugruntowania pożądanego rodzaju więzi społecznej. Ci filozofowie, dla których ideą centralną i organizującą ideą jest wspólnota, oczekują od związku społecznego czegoś więcej, niż tylko koordynacji interesów. Te ostatnie są bowiem zaledwie partykularyzmami, które trzeba przezwyciężyć przez to, co wspólne, a owa wspólnota winna zostać zinstytucjonalizowana w najwyższej formie związku społecznego, jakim jest państwo²⁰. Co prawda Rawlowska wizja społeczeństwa nie wyklucza pojęcia wspólnoty, nie jest także skierowana przeciwko państwu. Nie zmienia to jednak faktu, że fundamenty są tutaj inne; u podstaw myślenia o wspólnocie leży kooperująca jednostka, której dobro trzeba rozważać osobno, jako oddzielone od dobra innych.

Opisując ideę społeczeństwa jako sprawiedliwego systemu kooperacji, uczyniłem pierwszy krok w ukazaniu prawnego wymiaru więzi społecznej u Rawlsa. Społeczeństwo traktuje się jako system współpracy, a tym, co ją umożliwia, jest powszechnie uznany publiczny system reguł. Idea ta jest jednak zbyt ogólna, by tylko na jej podstawie odpowiedzieć na pytanie o zakres i charakter więzi społecznej u Rawlsa. Jak zobaczymy w kolejnej części artykułu, bliższemu określeniu więzi społecznej służy idea społeczeństwa dobrze urządzonego (*well-ordered society*) i priorytetu sprawiedliwości. Jej przedstawienie pozwoli także na ukazanie prawnego wymiaru społecznej kooperacji.

Rola sprawiedliwości i jej powiązanie z prawem

Omawiając ideę sprawiedliwej kooperacji wskazywałem, że nie należy jej sprowadzać tylko do koordynacji jednostkowych działań. Istotnie, nie jest to warunek wystarczający; mógłby przecież zachodzić także w gospodarce centralnie planowanej, która pomimo to nie byłaby systemem sprawiedliwej kooperacji. To, czego przede wszystkim tu szukamy, to powszechnie uznane normy i procedury, którym podlega każdy w ten sam sposób, nie zaś po prostu sprawna koordynacja interesów. Proces społecznej współpracy ma zatem charakter spontaniczny, choć przy tym podlega ogólnym standardom i podstawowym regułom. Chociaż co do zasady

19 Ten ostatni postulat względem teorii sprawiedliwości jest sformułowany w opozycji do utylitarystyki i jako główny zarzut przeciw niemu. Utylitarystyka, który przy ustalaniu miary słuszności odwołuje się do bezstronnego i współodczuwającego (*sympathetic*) obserwatora, nakazując tym samym podporządkować jednostki ogólnej sumie szczęścia (Por. W. Proudfoot, *Rawls on Individual...*, op. cit., s. 109-110).

20 Por. np. G. W. F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, §316-320.

każdy arbitralnie wybiera z kim i w jakim celu będzie kooperował, cały proces toczy się w pewnych instytucjonalnych ramach, zgodnych z wymogami wzajemności. Publicznie uznane normy i procedury, które określają owe ramy, są wypracowywane w oparciu o publiczną koncepcję sprawiedliwości. Łatwo przeto zrozumieć, dlaczego „publiczny system reguł”, o którym pisałem w poprzedniej części tekstu, to przede wszystkim koncepcja sprawiedliwości. Szczególne trafne wydaje się w tym miejscu porównanie Wolfganga Kerstinga, w myśl którego „sprawiedliwość jest gramatyką uczciwej kooperacji”²¹. Podobnie jak reguły gramatyki umożliwiają budowanie poprawnych zdań i jasną komunikację, tak reguły sprawiedliwości umożliwiają sprawiedliwe i wzajemnie korzystne przedsięwzięcia kooperacyjne. Rola sprawiedliwości polega właśnie na dostarczeniu rozumnych zasad, zgodnych z wymogami wzajemności, które pozwalają osiągnąć wspólny wszystkim obywatelom punkt widzenia, dzięki czemu może dojść do odpowiedniego rozważenia wielość jednostkowych roszczeń. Jeżeli rzeczywiście doszłoby do zjednoczenia wszystkich obywateli w tym wspólnym punkcie widzenia, mielibyśmy do czynienia ze społeczeństwem regulowanym efektywnie przez publiczną koncepcję sprawiedliwości. Takie społeczeństwo (rozumiane oczywiście jako pewna idealizacja, nie zaś polityczna utopia) nazywa Rawls społeczeństwem dobrze zarządzonym. Jak pisze:

jest to zatem społeczeństwo, w którym: (1) każdy akceptuje, wiedząc, że inni tak czynią, te same zasady sprawiedliwości, a (2) podstawowe instytucje społeczne na ogół spełniają te zasady i jest to faktem ogólnie znanym (TS, §1: 31).

W późniejszych pracach Rawlsa pojawia się jeszcze trzeci element. Jest nim mianowicie zmysł sprawiedliwości, który (jak się zakłada) posiadają obywatele społeczeństwa dobrze zarządzanego (JaF:R, §3.1: 8). Znaczenie zmysłu sprawiedliwości polega na tym, że pozwala on przyjąć zasady zgodnie z kryterium wzajemności, to znaczy nie ze względu na jednostkową lub społeczną korzyść, lecz przez wzgląd na same zasady. Posiadanie i kultywowanie zmysłu sprawiedliwości zapewnia (w normalnych warunkach) stabilność systemu kooperacji²².

Jak widać z powyższych rozważań, w idei społeczeństwa dobrze zarządzanego dochodzi po raz pierwszy wyraźnie do głosu pewien szczególnie aspekt sprawiedliwości. Jak dotąd nie powiedziałem o nim zbyt wiele, jest on jednak niezwykle ważny dla ukazania prawnego wymiaru więzi społecznej. Chodzi mianowicie o to, że zarówno społeczna kooperacja, jak i regulująca ją sprawiedliwość, posiadają niezwykle silny wymiar instytucjonalny. Zasady sprawiedliwości odnoszą się bowiem przede wszystkim do tak zwanej „podstawowej struktury społeczeństwa”. Termin

21 W. Kersting, *Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft*, Paderborn 2006, s. 46.

22 Także w *Teorii sprawiedliwości* zmysł sprawiedliwości posiada kluczowe znaczenie dla idei społeczeństwa dobrze zarządzanego, gdy chodzi o jego stabilność (por. zwł. TS, §69, §75-77). Późniejsze włączenie zmysłu sprawiedliwości do treści idei społeczeństwa dobrze zarządzanego wydaje się konieczną konsekwencją problemu stabilności. Duża rola zmysłu sprawiedliwości pokazuje, że Rawls nie jest wyłącznie racjonalistą, jakim był przede wszystkim Immanuel Kant. Jak przekonująco pokazał Michael L. Frazer, myśl Rawlsa równie wiele co niemieckiemu Oświeceniu zawdzięcza moralnemu sentymentalizmowi, powstałemu na gruncie Oświecenia szkockiego (Por. M. L. Frazer, *Between Two Enlightenments*, „Political Theory” nr 6, 2007, s. 756-780).

ten oznacza najważniejsze polityczne i społeczne instytucje, które łączą się w jeden system, tworząc instytucjonalne i społeczne tło dla dążeń jednostkowych²³. Mówiąc ściślej, wyróżnia się dwie podstawowe funkcje, które pełni struktura podstawowa; a przez to dwie sfery spraw, które reguluje sprawiedliwość. Chodzi tutaj o sposób, w jaki polityczne instytucje (a) przypisują podstawowe prawa i obowiązki, oraz (b) regulują podział podstawowych społecznych dóbr, będących owocem społecznej kooperacji. (patrz: JaF:R, § 4, TS §2). Z uwagi na tę podwójną funkcję, Rawls zalicza do struktury podstawowej społeczeństwa konstytucję, niezależne sądownictwo, struktury ekonomiczne, a także reżim własności prywatnej czy jakąś formę rodziny (JaF:R, §4). Społeczna kooperacja odbywa się w oparciu o te właśnie instytucje. Umożliwiają one to, co Rawls nazywa „więzami obywatelskiej przyjaźni”. Jak pisze Rawls:

choć ludzie mogą wysuwać względem siebie wygórowane żądania, niemniej uznają pewien wspólny punkt widzenia, z którego ich roszczenia mogą być rozsądzone. Jeśli dbałość o interes własny zmusza ludzi do wzajemnej czujności, to publiczny zmysł sprawiedliwości umożliwia im bezpieczne stowarzyszanie się. Między ludźmi o rozbieżnych dążeniach i celach wspólna koncepcja sprawiedliwości ustanawia więzy obywatelskiej przyjaźni; ogólne pragnienie sprawiedliwości ogranicza dążenie do innych celów (TS, §1: 32-33).

Aby struktura podstawowa mogła spełnić tę rolę, niezbędne jest przyjęcie priorytetu słuszności. Oznacza to, że instytucje w pierwszej kolejności nie są nakierowane na dobro czy dobrobyt obywateli, lecz na podstawowe uprawnienia i normy, ufundowane w sprawiedliwości²⁴. Koncepcja sprawiedliwości nie odpowiada zatem na pytanie „co dobrze jest czynić?”, lecz raczej „co należy, a czego nie wolno czynić?” na poziomie instytucjonalnym. Priorytet słuszności oznacza także, że zasady sprawiedliwości są ostateczną instancją w przypadku konfliktu roszczeń²⁵.

Od razu rzuca się w oczy integralne powiązanie struktury podstawowej z prawem, wszak w przypadku stosunku prawnego mamy do czynienia z podobnym

23 Nie chodzi tu rzecz jasna o potoczne rozumienie słowa „instytucja”, którym posługujemy się mówiąc o „instytucjach” takich jak Prokuratura Apelacyjna w Łodzi czy Uniwersytet Warszawski. Chodzi o instytucje rozumiane jako uporządkowany zbiór publicznych reguł. Takimi instytucjami są np. umowa sprzedaży czy wybory parlamentarne. Por. T. Pogge, *John Rawls: His Life and Theory of Justice*, Oxford 2007, s. 29. Szczególny nacisk, który Rawls kładzie instytucje, zaowocował rozwojem całej gałęzi teorii sprawiedliwości, zwanych „podejściem instytucjonalnym”. Por. np. K.-Ch. Tan, *Justice, Institutions, and Luck*, Oxford 2012. Podejście alternatywne, bliższe klasycznemu, traktuje sprawiedliwość nie jako cechę instytucji, lecz jako cnotę charakteru moralnego. Por. np. B. Ladwig, *Gerechtigkeitstheorien zur Einführung*, Hamburg 2012, s. 39-47.

24 Pomimo, że Rawls odrzuca tradycyjną doktrynę uprawnień naturalnych, znaną choćby z myśli Locke’a, ostatecznie jego argument na rzecz sprawiedliwości oparty jest na swego rodzaju uprawnieniu. Wskazywał na to Ronald Dworkin w swoim tekście *The Original Position*, [w:] *Reading Rawls*, red. N. Daniels, New York 1974, s. 16-53).

25 Kluczowe znaczenie priorytetu sprawiedliwości podkreśla zwłaszcza Catherine Audard, czyniąc zeń główną oś swojej książki o Rawlsie (Por. C. Audard, *John Rawls*, Stocksfield 2007, s. 25-79).

usytuowaniem podmiotów. Każdy chce zabezpieczyć swój interes prawny i osiągnąć zamierzoną przez siebie korzyść, jednak bezpieczne stowarzyszenie się umożliwia ją wspólnie przyjęte reguły prawa. Także w dziedzinie prawa strony zgadzają się, że w razie konfliktu roszczeń związanych z przedmiotem stosunku prawnego nie będzie decydowała siła lub los, lecz właśnie bezstronne reguły zawarte w danej instytucji prawnej. Są one zatem w tym przypadku ostateczne. Podobnie pomyślana jest struktura podstawowa społeczeństwa. Jest to bowiem propozycja normatywnej podstawy społecznych roszczeń i rozsądzania tychże na drodze bezstronnych procedur przynależnym konkretnym politycznym instytucjom. Są one ostateczne w tym sensie, że nie istnieje jakaś wyższa instancja, która mogłaby znieść rozstrzygnięcia zapadłe na gruncie tych instytucji i procedur. Dlatego można zaryzykować stwierdzenie, że struktura podstawowa u Rawlsa jest tożsama z najważniejszymi instytucjami prawnymi, o ile dotyczą one podstawowych zagadnień sprawiedliwości²⁶. Prawo jest także jedyną realistyczną drogą wcielenia w życie priorytetu sprawiedliwości. Jeżeli rzeczywiście podstawowe uprawnienia i standardy mają stanowić ostateczną instancję rozwiązywania konfliktów społecznych, należy wpisać je w porządek konstytucyjny i prawny. Prawo stanowione respektować musi te pozaprawne standardy; w przeciwnym przypadku traci legitymację²⁷.

Fakt pluralizmu jako wyzwanie dla liberalnej teorii związku społecznego

Wydawać by się mogło, że jesteśmy już blisko określenia prawnego wymiaru więzi społecznej u Rawlsa. Znamy bowiem rolę sprawiedliwości i jej ścisły związek z instytucjami prawa. Wiemy, że więź społeczna polega na zjednoczeniu obywateli poprzez publiczną koncepcję sprawiedliwości. Ponieważ sprawiedliwość ma za przedmiot przede wszystkim instytucje polityczne i prawne, to właśnie one stanowią społeczne spoiwo. Sprawiedliwość, jako „pierwsza cnota” tych instytucji cieszy się priorytetem; na poziomie instytucjonalnym muszą ustąpić przed nią wymogi tradycji, zwyczaju, dostosować się musi do niej prawo stanowione, a nawet, do pewnego stopnia, filozoficzne obrazy świata²⁸.

26 Co do związków filozofii Rawlsa z prawem patrz: *Rawls and the Law*, red. James Fleming, „Fordham Law Review” nr 72, 2004, a także *Rawls and Law*, red. T. Brooks, Ashgate 2012.

27 W późniejszych pracach Rawls wprowadza tak zwaną „liberalną zasadę legitymacji”, w myśl której „sprawowanie przez nas władzy politycznej jest w pełni właściwe tylko wtedy, gdy sprawujemy ją zgodnie z konstytucją, co do której można rozsądnie oczekiwać, że wszyscy obywatele poprą jej najważniejsze elementy w świetle zasad i ideałów, które mogą przyjąć kierując się wspólnym ludzkim rozumem. (...) Do tego liberalizm polityczny dodaje, że wszystkie kwestie powstające w legislacji, które dotyczą najważniejszych elementów konstytucji czy podstawowych kwestii sprawiedliwości bądź ściśle się z nimi wiążą, powinny być również rozstrzygane, jak dalece to możliwe, w świetle zasad i ideałów, które można podobnie poprzeć (LP, IV, §1.3: 198). Zarazem jednak Rawls jest przekonany, że także i niesprawiedliwego prawa należy do pewnego momentu przestrzegać (por. TS, §53).

28 Wyjaśnimy krótko, w jakim sensie filozoficzne obrazy świata muszą ustąpić przed sprawiedliwością – istnieje na przykład rozbudowana filozoficzna argumentacja uzasadniająca niewolnictwo. Odnajdziemy ją choćby u Arystotelesa. Niezależnie od tego, jak mocno bylibyśmy przekonani o słuszności tej argumentacji, nie możemy wcielić jej w życie, wprowadzając instytucję niewolnictwa do porządku prawnego. Kategoriecznie zabrania tego bowiem sprawiedliwość. Nie oznacza to oczywiście, że w ramach wolności słowa nie możemy głosić, że niewolnictwo jej uzasadnione.

W rzeczywistości jednak daleko nam jeszcze do pełnego obrazu więzi prawnej u Rawlsa. Przede wszystkim nie zastanawiałem się dotąd w ogóle, jak winny się przedstawiać relacje pomiędzy więzią społeczną kreowaną przez strukturę podstawową, a spontanicznymi więziami powstałymi na gruncie rodziny czy społeczeństwa obywatelskiego. Dotychczasowe rozważania miały bowiem ściśle normatywny charakter i pomijały pewne bardzo istotne aspekty rzeczywistości społecznej. Wiąż kreowana przez instytucje polityczne, jak mówi nam powszechne doświadczenie i zdrowy rozsądek, nie jest jedyną więzią społeczną. Obok nich istnieje cały szereg różnorodnych więzi, czy będą to uniwersytety, kościoły, rodziny, czy całe spektrum różnego rodzaju stowarzyszeń. Powstaje pytanie, czy instytucje strukturalnej podstawowej mają całą tę różnorodność drobiazgowo uregulować, w całości zaabsorbować, czy też być może zupełnie nie powinny mieć na nią wpływu. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy wskazać w pierwszej kolejności fakt pluralizmu, uznany przez Rawlsa za szczególnie istotny rys współczesnych społeczeństw. Jak zobaczymy, fakt ten rzuca liberalnej teorii sprawiedliwości pewne wyzwanie. Odpowiedzią na nie jest projekt częściowego konsensu, którą przedstawię w następnej części artykułu. Dopiero po tych ustaleniach będzie można przedstawić pogłębione rozumienie prawnego wymiaru więzi społecznej u Rawlsa.

Aby zrozumieć, na czym polega waga faktu pluralizmu, musimy raz jeszcze zastanowić się nad ideą społeczeństwa dobrze urządzonego, to znaczy społeczeństwa efektywnie regulowanego przez publiczną koncepcję sprawiedliwości. Warto zwrócić uwagę, że taka efektywna regulacja równie dobrze mogłaby dokonać się w państwie opresyjnym lub nawet bliskim totalitarnemu. Wystarczyłoby mianowicie, by wystarczająco silne instytucje, działające w imię sprawiedliwości, odpowiednio kształtowały warunki społeczne oraz postawy jednostek. Jednak Rawls, choć przyjmuje priorytet sprawiedliwości, żywi zarazem liberalne przekonanie, że nie należy narzucać rozumnego i sprawiedliwego działania, szczególnie zaś za pomocą prawnego przymusu państwa. Instytucje muszą zatem być wspierane przez zmysł sprawiedliwości jednostek, ale ten ostatni powinien być rezultatem autonomicznego rozwoju, nie zaś indoktrynacji czy presji, jaką owe instytucje wywierają²⁹. Jak czytamy w *Liberalizmie politycznym*: „znalezienie stabilnej koncepcji nie jest tylko kwestią unikania bezskuteczności. Tym, co się liczy, jest raczej rodzaj stabilności, natura sił, które ją zapewniają” (LP, IV, §2.2: 205, przekład zmodyfikowany). Po wieloletnim funkcjonowaniu sprawiedliwości jako bezstronności w filozoficznym dyskursie, Rawls uznaje, że jego własna teoria moralna³⁰ zawarta *Teorii sprawiedliwości* nie

29 Odwołując się do późniejszego pisma Rawlsa (*The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, 1989), George Klosko wyróżnia dwa aspekty stabilności społeczeństwa: „socjologiczny” oraz normatywny. Komponent socjologiczny to po prostu brak buntów, rewolucji czy też częstych zmian w konstytucji. Natomiast aspekt normatywny wymaga, by stabilność wynikała ze spontanicznej akceptacji systemu przez większość obywateli, przy zachowaniu podstawowych wolności i sprawiedliwego rozkładu dóbr społecznych (G. Klosko, *Rawls's „Political” Philosophy and American Democracy*, „The American Political Science Review” nr 2, 1993, s. 349 i n.).

30 Wbrew obiegowej opinii, *Teoria sprawiedliwości* zawiera coś daleko więcej niż wykład sprawiedliwości społecznej. Zawiera ona całościowy moralny światopogląd, poczynawszy od określenia zasad sprawiedliwości i sprawiedliwych instytucji, na rozwoju moralnym jednostki i wskazaniu dobra sprawiedliwości skończywszy. Warto przypomnieć, że trzecia część *Teorii sprawiedliwości* zawiera kluczowe dla wczesnego Rawlsa elementy – teorię dobra jako racjo-

wskazywała źródeł stabilności społecznej w sposób zadawalający czy właściwy. Łącząc silne elementy metafizyczne z koncepcją polityczną, teoria ta była obciążona poważnym błędem. Pociągała za sobą mianowicie konieczność zastosowania opresyjnej siły państwa do narzucenia pewnego wyróżnionego typu liberalnej moralności we wszystkich dziedzinach życia. Zdaniem Rawlsa było to zresztą udziałem wielu innych liberalnych myślicieli, na czele z Millem i Kantem³¹. A zatem nawet, gdyby społeczeństwo dobrze urządzone wsparte teorią moralną zaprezentowaną w *Teorii sprawiedliwości* było stabilne, cierpiałoby na niedostatek normatywnego aspektu tej stabilności; nie byłoby społeczeństwem stabilnym z dobrych powodów.

Późny Rawls dostrzega zatem pewne fundamentalne napięcie pomiędzy systemem sprawiedliwych instytucji a rzeczywistym samookreślaniem się jednostki, którą przecież jego zasady miały wyjściowo zabezpieczać. Źródłem tego napięcia jest właśnie fakt pluralizmu³². Polega on na tym, że współczesne społeczeństwa demokratyczne cechuje wielość wyznawanych poglądów. Obywatele współczesnych państw, czyniący wolny użytek ze swych poznawczych władz, są głęboko podzieleni; wyznają odmienne i niemożliwe do pogodzenia, tzw. rozległe (*comprehensive*) doktryny³³. Co za tym idzie, we współczesnych społeczeństwach egzystują obok siebie chrześcijanie, muzułmanie i ateści; utylityści, arystotelicy i kantyści; idealści i realiści. Co szczególnie ważne, pluralizm ten nie jest przemijającym stanem rzeczy czy niefortuną okolicznością. Jest to szczególna cecha kultury demokratycznej; nie tylko trwała, ale i pożądana. Oznacza to, że polityczna koncepcja sprawiedliwości musi być tak przedstawiana, aby nie pozostawała w sprzeczności z wielością rozległych doktryn. Co istotne, Rawls przyjmuje, że głęboko różniący się ludzie potrafią mimo wszystko rozumnie współpracować na zasadach zgodnych z wymogami wzajemności³⁴. Społeczeństwo pluralistyczne może być jednocześnie społeczeństwem dobrze

nalności i kompleksową teorię rozwoju moralnego osoby, opartą w dużej mierze na teorii Lawrence'a Kohlberga. Por. TS, §69-73.

31 J. Rawls, *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical...*, op. cit., s. 246.

32 O pluralizmie pisano rzecz jasna i przed Rawlsem, by wspomnieć choćby oxfordzkiego profesora, Isaiah'a Berlina. Ten ostatni jednak, choć bez wątplenia wpłynął na Rawlsa, w ogóle nie podejmuje zagadnienia normatywności, nie bierze też pod lupę roli państwa w warunkach pluralizmu. W tych dziedzinach myśl Rawlsa cechuje bez wątpienia nowatorstwo.

33 Pod nieco tajemniczym na pierwszy rzut oka pojęciem rozległej doktryny kryje się pewien całościowy światopogląd czy zespół przekonań dotyczących metafizyki, najważniejszych wartości moralnych czy dobrego życia. Dlatego wydaje się, że wyrażenie *a comprehensive doctrine* należy rozumieć właśnie jako „całościowy światopogląd” czy „całościowa doktryna”. W toku wywodu pozostaną jednak przy utartym przekładzie „rozległa doktryna”.

34 Należy jednak podkreślić, że koncepcja liberalizmu nie jest w zupełności otwarta czy obojętą na treść funkcjonujących w społeczeństwie rozległych doktryn. Choć skierowana jest na koncyliację, polityczne pojednanie dotyczyć może wyłącznie doktryn rozumnych. Pluralizm, o którym powiedzieliśmy, że jest cechą zarazem trwałą i wartościową, nie jest pluralizmem jako takim, gdzie współistnieją zwalczające się doktryny; jest pluralizmem rozumnym (por. LP. II, §3). W myśl rozumnego pluralizmu wszystkie doktryny, jeżeli mają być wyznawane przez racjonalnych, rozumnych, wolnych i równych obywateli, powinny zawierać co najmniej jeden wspólny element. Jest nim gotowość do proponowania pokojowego współistnienia na zasadach wzajemności. Rawls jest bowiem skłonny dopuścić do pełni praw tylko takie doktryny, które szanują (choćby niechętnie) istnienie odmiennych doktryn i respektują (przynajmniej biernie) porządek demokratyczno-liberalny. Pojawia się w tym miejscu wątpliwość, czy w takim razie nie popada się tu w swego rodzaju niekonsekwencję, lub nawet logiczną

urządzonym. Pluralizm światopoglądowy nie wypływa bowiem ani z oczywistego błędu tych czy owych ani z zaślepienia jakiejś części ludzi. Wynika raczej z naturalnych ograniczeń rozumu ludzkiego oraz związanych z tym spontanicznych procesów. Przyjrzyjmy się bliżej genezie pluralizmu.

Trwałość pluralizmu w społeczeństwie demokratycznym wywodzi Rawls z połączonego działania dwóch czynników: tak zwanych ciężarów sądu (*burdens of judgment*) oraz istnienia wolnych instytucji społeczeństwa demokratycznego. Tajemnicze pojęcie „ciężarów sądu” oznacza tyle, że pojedynczy człowiek, a nawet dobrze zorganizowana wspólnota poszukująca prawdy, nie jest w stanie wypracować satysfakcjonującego wszystkich innych rozstrzygnięcia kwestii zasadniczych dla ludzkiego życia i moralności. Innymi słowy, nie podobna jest odkryć zbioru sądów, które byłyby z całą pewnością prawdziwe i przekonujące w równym stopniu dla każdego. Dzieje się tak dlatego, że skończony umysł ludzki nie jest w stanie uwzględnić w jednym rozumowaniu wszystkich relewantnych dla danej sprawy przesłanek. Każdy zatem dysponuje nieco innym ich zestawem przy rozstrzygnięciu tej samej kwestii. Ponadto, choćby nawet i uwzględniano te same przesłanki, różnorodność doświadczeń poszczególnych ludzi sprawi, że będą one różnie oceniane (por. LP, II, §2). Należy jednak podkreślić, że pluralizm w ujęciu Rawlsa nie wynika z faktu, że prawda nie istnieje ani z tego, że wszelkie poznanie jest wyłącznie subiektywne i względne. Rawls nie jest ani relatywistą, ani nawet pluralistą wartości w sensie Berlina. Abstrahuje się po prostu tu od tego rodzaju ontologicznych czy aksjologicznych rozstrzygnięć. Co więcej, pluralizm nie jest też wynikiem inżynierii społecznej, jak twierdzą niektórzy jego krytycy – jest raczej rezultatem jej braku. Ostatecznie bowiem trwała różnorodność poglądów wypływa z posługiwania się „władzami ludzkiego rozumu w obrębie utrwalonych wolnych instytucji” (LP, II, §1: 88) i ograniczeń ludzkiego rozumu, nazwanych ciężarami sądu. Skoro ciężary sądu nie pozwalają na doskonałe osiągnięcie przez każdego całej prawdy, a wolne instytucje zabraniają narzucania całej prawdy innym, pluralizm rozległych doktryn jest sytuacją nie do uniknięcia.

Tego rodzaju geneza pluralizmu niesie istotne implikacje dla rozumienia więzi społecznej i prawnej. Okazuje się bowiem, że przy zachowaniu wolnych instytucji, społeczeństwo nigdy nie będzie monolitem. Z powodów wyjaśnionych powyżej, żadna rozległa doktryna nigdy nie uzyska bezwzględnej akceptacji wszystkich ludzi na drodze spontanicznych procesów, przez co (przy zachowaniu wolności myśli i przekonań) społeczeństwo zawsze będzie doświadczało niezgody co do fundamentalnych kwestii moralnych i metafizycznych. Co bardzo ważne, taka sytuacja nie jest w optyce Rawlsa czymś, co wynika z nierozumności i winno być przezwyciężone przez polityczne instytucje. Wprowadza się tu kategorię „rozumnej niezgody” (*reasonable disagreement*), która wyjaśnia trwanie fundamentalne różnie między jednostkami. Fakt rozumnej niezgody (związany z ciężarami sądu) polega na tym, że nawet pomimo starannych prób dotarcia do prawdy w drodze dyskursu nie ma pewności, że dojdzie się do pełnej zgody.

Częściowy konsens jako odpowiedź na wyzwanie pluralizmu

Poprzednie dwie sekcje następowały po sobie nieprzypadkowo. Zestawiłem w nich ze sobą normatywną ideę społeczeństwa dobrze urządzonego i fakt

sprzeczność. Ten złożony problem należałoby rozwiązać, studiując poszczególne przypadki ograniczania doktryn. To zadanie jednak przekracza ramy i cel niniejszego tekstu.

pluralizmu. Istnieje między nimi oczywiście poważne napięcie. Opisana idea traktuje przecież o społecznej jedności (wszyscy uznają te same zasady sprawiedliwości), opisany fakt wskazuje na społeczną różnorodność (istnieje wiele ścierających się rozległych doktryn). W jaki sposób publiczna koncepcja sprawiedliwości może zharmonizować się z wielością fundamentalnie odmiennych ogólnych obrazów świata, moralności i dobrego życia? Czy fakt pluralizmu oznacza, że należy w jakiś fundamentalny sposób przebudować zasady sprawiedliwości, czy też może w ogóle należałoby zrezygnować z pojęcia sprawiedliwej kooperacji i społeczeństwa dobrze urządzonego?

Odpowiedź Rawlsa nie była w żadnym razie tak radykalna. Filozof nie porzucił bowiem przekonania, że pomimo głębokich różnic ludzie zdolni są do sprawiedliwej i wzajemnie korzystnej kooperacji. Dlatego też u późnego Rawlsa nie ma zasadniczej zmiany w treści sprawiedliwości jako bezstronności i zachowuje swoją ważność idea społeczeństwa dobrze urządzonego. Zmienia się natomiast sposób prezentacji i uzasadniania koncepcji sprawiedliwości, do pewnego stopnia także jej zakres. Gdy chodzi o sposób prezentacji koncepcji, filozof nie angażuje się już w spory metafizyczne z innymi doktrynami, jak to czynił we wczesnych dziełach³⁵. Jego koncepcja sprawiedliwości jest przedstawiana jako ściśle polityczna; posiada przede wszystkim wymiar praktyczny, nie zaś teoretyczny. Jej celem nie jest odkrycie całej prawdy, lecz odnalezienie politycznych zasad rozumnego stowarzyszenia ludzkiego. Taka koncepcja, która unika angażowania się w spory metafizyczne, może być zdaniem Rawlsa przedmiotem tzw. „częściowego konsensu” (*overlapping consensus*). Główna idea przedstawia się, jak pisze Autor, w następujący sposób:

Choć w społeczeństwie dobrze urządzonego wszyscy obywatele przyjmują tę samą koncepcję sprawiedliwości, nie zakładamy przy tym, że czynią to, jak jeden mąż, z tych samych powodów. Obywatele posiadają ścierające się wzajemnie poglądy religijne, filozoficzne i moralne, i uznają polityczną koncepcję [sprawiedliwości] z perspektywy różnych, przeciwstawnych rozległych doktryn, a przez to, przynajmniej częściowo, z różnych powodów (JaF:R, §11.1: 32).

Aby rozjaśnić, na czym polega zwrot w myśleniu Rawlsa, posłużmy się następującym przykładem. Otóż we wcześniejszych dziełach sprawiedliwość jako bezstronność jest rozległą doktryną. Filozof, argumentując na rzecz dwóch zasad sprawiedliwości, twierdzi, że są one rezultatem rozumowej konstrukcji podmiotu, którą można wyrazić przez ideę kontraktu społecznego i słynną konstrukcję sytuacji pierwotnej. Formułuje przy tym metafizyczny sąd, że nie istnieje niezależny od rozumu praktycznego porządek moralny. Taki sąd stoi oczywiście w sprzeczności chociażby z nauką prawa naturalnego, a przez to także z całościowym chrześcijańskim obrazem świata. Tymczasem w *Liberalizmie politycznym* kwestia pozostaje otwarta; nie wydaje się żadnego sądu na temat metafizycznych podstaw zasad sprawiedliwości. Zwraca się raczej uwagę na ich rozumność z perspektywy politycznej oraz ugruntowanie w faktycznej ewolucji instytucji demokratycznych. Kwestie metafizyczne rozstrzyga

35 Były to przede wszystkim klasyczny utilitaryzm i intuicjonizm, ale bez wątplenia uzasadnienie sprawiedliwości jako bezstronności we wczesnych pismach wyklucza także choćby iusnaturalizm w klasycznym sformułowaniu.

każdy osobno w ramach wyznawanej przez siebie doktryny rozległej. I choć zasady sprawiedliwości przedstawiane są w kategoriach kontraktu społecznego, równie dobrze można je jednak uważać choćby za reguły prawa naturalnego, czy też wykształcony ewolucyjnie biologiczny mechanizm przetrwania. Argumentacja ma bowiem charakter czysto polityczny; odwołuje się do podstawowych uprawnień, praktyk jurydycznych i instytucji; abstrahuje, na ile to możliwe, od metafizyki, religii czy antropologii. Dlatego właśnie idea centralną i organizującą pozostaje idea sprawiedliwego systemu kooperacji (a nie, na przykład, silnie zakorzeniona w metafizyce idea autonomicznej osoby moralnej³⁶). Projekt częściowego konsensu zakłada, że osoby (rozpatrywane jako obywatele) pomimo głębokich różnic filozoficznych przyjmą wspólne zasady dla instytucji. Co jednak, jeśli nie rozległa doktryna, czy jakaś wspólnie podzielana koncepcja dobra będzie podstawą tej zgody?

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że przewodnia maksyma częściowego konsensu brzmi: „unikaj konfliktu”. Obiegowe interpretacje myśli Rawlsa zmierzają, jak się zdaje, właśnie w tym kierunku – Rawls przedstawiany jest jako ten, kto proponuje „neutralne procedury”, mające wyeliminować z „dyskursu publicznego” wszelkie kontrowersyjne sposoby argumentacji, a przez to także konflikt. Gdyby tego rodzaju interpretacja była prawdziwa, częściowy konsens byłby zaledwie zawieszeniem broni, czyli swego rodzaju *modus vivendi*, wspartym co najwyżej przez gorset poprawności politycznej. Rawlsowi chodziło jednak o coś zupełnie innego. Jak pisze w *Liberalizmie politycznym*: „sprawiedliwość jako bezstronność nie jest proceduralnie neutralna. W oczywisty sposób jej zasady sprawiedliwości są materialne i wyrażają dużo więcej wartości niż tylko proceduralne (...)” (LP, V, §5.3: 268). Częściowy konsens jest zatem czymś więcej, niż zaledwie proceduralnym sposobem unikania konfliktów. Zakłada bowiem uznanie społeczeństwa za system sprawiedliwej kooperacji, za zrzeszenie wolnych i równych obywateli, którzy potrafią współpracować ze sobą na rozumnych zasadach. Te podstawowe idee są w sposób oczywisty czymś więcej, niż procedurami unikania konfliktów, czy dochodzenia do kompromisu. Są to raczej „podstawowe intuicyjne idee zawarte *implicite* w publicznej kulturze politycznej”. Rawls ma nadzieję, że oparta o te idee koncepcja sprawiedliwości pozwoli „wyartykułować publiczną podstawę uzasadniania dla podstawowej struktury porządku konstytucyjnego” (LP, *ibidem*, przekład zmodyfikowany)³⁷.

W tym miejscu naturalnie rodzi się pytanie, w jakim sensie owa wspólna podstawa jest czysto polityczna, nie metafizyczna i w jakim sensie pozostawia miejsce dla pluralizmu. Na poziomie uzasadniania, jak już widzieliśmy, jest to zdaniem Rawlsa możliwe dzięki zawieszeniu sądu w wielu sprawach tradycyjnie podejmowanych przez filozofię polityczną. Do tego dochodzi wspomniany kilka akapitów wyżej ograniczony zakres stosowalności koncepcji, zawężony do struktury podstawowej.

36 Por. J. Rawls, *Kantian Constructivism...*, op. cit., s. 512-522.

37 Warto w tym miejscu odnotować, że projekt częściowego konsensu rodzi wiele kontrowersji i zawiera wiele słabych punktów. W szczególności nie jest jasne, w jaki sposób miałyby dojść do zgody co do zasad sprawiedliwości pomimo istniejących ciężarów sądu. Czy pomysł częściowego konsensu oznacza, że ciężary sądu w sposób magiczny znikają, gdy przedmiotem kontrowersji jest sprawiedliwość? Rawls co prawda widzi pewne załączki i podstawy dla częściowego konsensu w historii społeczeństw Zachodu, choćby w tolerancji powstałej przez doświadczenie wojen religijnych (LP, IV §6-7), jednak jego rozważania dalekie są od rozwiązania wszystkich wątpliwości. Kompleksowa krytyka idei częściowego konsensu wykracza poza ramy tego artykułu.

Chodzi zatem tutaj o sferę polityczną czy publiczną, lecz rozumianą w sposób daleki od naszych potocznych intuicji językowych. W codziennym użyciu języka jesteśmy mianowicie skłonni utożsamiać „sprawy publiczne” ze „sprawami społecznymi”; wówczas „publiczne” jest wszystko, co funkcjonuje w przestrzeni szerszej niż czysto prywatna lub osobista. W tym sensie „osobami publicznymi” są na przykład hierarchowie kościołów, dziennikarze czy artyści, a w skład „sfery publicznej” wchodzi sztuka, religia, nauka czy publicystyka. Ponieważ jednak u Rawlsa filozofia polityczna jest przedstawiana jako koncepcja rozumnego współistnienia obywateli głęboko różniących się pod względem wyznawanych doktryn, zakres spraw publicznych musi być zawężony, aby możliwy był konsens, pomimo aktualnego lub potencjalnego konfliktu rozległych doktryn, względem których obywatele pozostają lojalni. Dlatego Rawls proponuje odróżnić problematykę podstawowych kwestii sprawiedliwości społecznej – praw podstawowych, rozkładu podstawowych korzyści i ciężarów społecznych – od reszty spraw, które funkcjonują co prawda w przestrzeni społecznej, a jednak nie są sprawami publicznymi. „Sprawami publicznymi” w zawężonym, typowo Rawlowskim sensie są te, które bezpośrednio odnoszą się do sprawiedliwej kooperacji. I to wyłącznie rozpatrywane na publicznym forum politycznym, czyli podczas legislacji, w rozumowaniu sędziów najwyższego szczebla czy też podczas wyborów i kampanii wyborczych³⁸. „Publiczne forum polityczne” oznacza zatem sferę, w której podejmuje się decyzje wiążące wszystkich obywateli, zinstytucjonalizowane najczęściej w formie praw, a w każdym razie integralnie powiązane z władzą, posiadającą monopol na legitymowany przymus. Pozostałe kwestie, chociaż nie są one po prostu sprawami prywatnymi czy osobistymi, rządzą się własnymi dla siebie, odmiennymi od zasad sprawiedliwości zasadami. Filozofia polityczna nie ma na temat tych spraw zbyt wiele do powiedzenia; znajdują się one poza obrębem jej kategorii i postulatów. Liberalna koncepcja sprawiedliwości ma za zadanie jedynie zabezpieczyć pewną wolną sferę, przeznaczoną do wypełnienia przez działalność dobrowolnych stowarzyszeń i poszczególnych jednostek. Wolne instytucje pluralistycznego społeczeństwa tworzą tak zwaną „kulturę podłoża” (*background culture*), która jest areną swobodnej debaty na tematy prawdy, obyczaju, zbawienia czy dobrego życia. Do tych wszystkich praktyk społeczeństwa obywatelskiego zasady sprawiedliwości nie stosują się wprost.

Więź prawna jako oparta na częściowym konsensie więź instytucjonalna

Przedstawiwszy fakt pluralizmu i filozoficzny projekt częściowego konsensu, mogę teraz w sposób pogłębiony przedstawić prawny wymiar więzi społecznej u Rawlsa. Punktem wyjścia mojego rozumowania był priorytet sprawiedliwości w społeczeństwie dobrze urządzonym. Priorytet sprawiedliwości jest tutaj kluczowy, ponieważ pozwala wytłumaczyć ścisły związek sprawiedliwości z prawem. Jak widzieliśmy, zasady sprawiedliwości wyznaczają standardy dla prawa stanowionego, które traci legitymację w razie ich złamania. Oznacza to, że prawo nie jest narzędziem władzy, lecz podstawą sprawiedliwej kooperacji. Depozytariuszem prawa jest zatem każdy obywatel, który kooperując musi podporządkować się jego standardom i wymogom, podobnie zresztą jak organa władzy. Co istotne, to podejście wpisuje

38 Pogłębione rozważania na temat zakresu i charakteru publicznego forum politycznego i jego relacji do rozległych doktryn odnajdzie Czytelnik w tekście Rawlsa *O idei rozumu publicznego raz jeszcze*, przeł. M. Kozłowski, [w:] J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 187-255.

zasady sprawiedliwości w samą głęboką strukturę reguł prawnych, a nie po prostu podporządkowuje politykę prawa idei sprawiedliwości społecznej. Związek prawa ze sprawiedliwością polega zatem nie tyle na tym, że prawo realizuje sprawiedliwość, co raczej na tym, że prawo pełni tę samą funkcję co sprawiedliwość i na tym polega jego legitymacja. Społeczeństwo (rozumiane jako system kooperacji) jest zatem w najwyższej instancji zespolone właśnie za pomocą prawa, które zapewnia sprawiedliwe rozszczenie skonfliktowanych roszczeń, a przez to umożliwia bezpieczne stowarzyszenie się.

Z drugiej jednak strony społeczeństwo nie jest monolitem; jego trwałą i wartościową cechą jest rozumny pluralizm. Popatrzmy bowiem przez chwilę na obywateli współczesnych państw demokratycznych z punktu widzenia, powiedzmy, antropologii kulturowej. Ujrzymy ogromną, a może nawet przytłaczającą różnorodność; ludzie mają co prawda podobne podstawowe potrzeby, lecz poza tym różnią się diametralnie; pochodzą z różnych kulturowych światów. Posiadają wielorakie obrazy rzeczywistości i różne przekonania aksjologiczne. Co więcej, znajdują się one w ciągłej interakcji, rozpiętej między konfliktem a nienawiścią z jednej strony, a fascynacją i afirmacją odmiennych obrazów świata z drugiej. W związku z tym poszczególne jednostki zmieniają w ciągu życia swe fundamentalne przekonania. Taka sytuacja ma ogromne znaczenie dla więzi prawnej. Powstaje zatem pytanie, które elementy tej wieloaspektowej wielości możemy uznać za podstawę ich pospólnego bytowania? Z pomocą przychodzi tu kontraktualistyczna, a zarazem antypozytywistyczna koncepcja prawa. Prawo, oparte na częściowym konsensie, nie wyraża tożsamości kulturowej czy religijnej obywateli, wyraża natomiast coś, „co możemy nazwać tożsamością publiczną czy prawną – tożsamością w sensie podstawowego prawa” (JaF:R, § 7.4: 22). Wspólnoty prawnej nie będziemy przeto traktowali jako wspólnoty kulturowej czy wspólnoty ethosu. Będzie to wspólnota obywatelska, w której każdy posiada równy status wolnej i równej osoby, zachowując jednak swą odrębność i tożsamość pozapolityczną.

Ograniczony zakres wpływu instytucji na tożsamość jednostki dobrze obrazuje przykład z Pisma Świętego, przywołany w *Liberalizmie politycznym* (I, §5: 67): Na drodze do Damaszku Szaweł z Tarsu doznaje silnego przeżycia religijnego i staje się Pawłem Apostołem. Trudno o bardziej radykalny zwrot w osobowości moralnej, przekonaniach religijnych czy metafizycznych. A jednak, z punktu widzenia filozofii politycznego liberalizmu, tego rodzaju przemiana nie pociąga za sobą zasadniczych zmian w tożsamości instytucjonalno-prawnej. Niekoniecznie musi także prowadzić do równie radykalnego zwrotu w wyznawanych wartościach politycznych. Szaweł z Tarsu i Paweł Apostoł to ten sam obywatel rzymski.

Przykład ze Świętym Pawłem pokazuje, że więź prawna, chociaż jest więzią najwyższej instancji, w ogóle nie wyczerpuje więzi społecznych; nie jest też pomyślana tak, by pochłoniąć inne więzi, (te o charakterze religijnym, rodzinnym czy stowarzyszeniowym), choć musi je regulować, zabezpieczając podstawowe prawa jednostki, ugruntowane w koncepcji politycznej³⁹. Obok więzi prawnej istnieją zatem

39 Publiczna koncepcja sprawiedliwości reguluje doktryny religijne w tym sensie, że nie dozwala na wprowadzenie do prawa publicznego takich reguł, które są jawnie z nią sprzeczne. I tak na przykład, nie wolno wprowadzić przestępstwa apostazji do kodeksu karnego, choć w świetle prawa kanonicznego jest ono zbrodnią. Pociąga to za sobą także pewne ograniczenia nałożone na edukację; uczniowie muszą być informowani o ich konstytucyjnych uprawnieniach, a ich

równoległe inne, które być może są dla obywateli bardziej fundamentalne, ponieważ pochodzą z rozległych doktryn. Zbawienie duszy jest dla katolika zapewne o wiele ważniejsze od zakupu mieszkania. Praktykując swą wiarę w trosce o zbawienie duszy, katolik buduje więzi społeczne oparte w dużej mierze na hierarchii i posłuszeństwie Kościołowi. Kiedy jednak postanawia kupić mieszkanie, co do zasady nie bada swego kontrahenta pod kątem stopnia, w jakim realizuje ideał cnót chrześcijańskich i posłuszeństwa Kościołowi. Strony umowy sprzedaży występują bowiem wówczas nie jako członkowie wspólnoty religijnej, lecz jako obywatele, angażujący się w społeczną kooperację za pomocą instytucji prawnych. Obydwie więzi społeczne (religijna i prawna) są dopuszczalne i pożądane w społeczeństwie rozumianym jako system kooperacji. Ostatecznie jednak, ze względu na prawny wymiar więzi obywatelskiej, teoria sprawiedliwości interesuje się tylko tą drugą.

edukacja nie może być oparta, na przykład, wyłącznie na prawie kanonicznym (Por. LP, V, §6.2: 277). Warto jednak zwrócić uwagę, że stanowisko Rawlsa jest mimo wszystko dość umiarkowane i nie zawiera postulatów edukacji wyłącznie laickiej czy czegoś podobnego.

Supreme Court vs. Constitutional Tribunal: 18 Years of Dispute at the Top of Polish Judiciary*

Sąd Najwyższy kontra Trybunał Konstytucyjny. Osiemnaście lat sporu na szczytach władzy sądowniczej

Od 1995 roku pojawiają się istotne różnice zdań między Sądem Najwyższym a Trybunałem Konstytucyjnym w niektórych kwestiach rozumienia zakresu kompetencji tego drugiego i skutków jego orzeczeń. Autor szkicuje tło historyczne, ramy konstytucyjne, charakter dogmatyczny i negatywne praktyczne następstwa konfliktu, który ze szczególną ostrością ujawnił się w trzech sprawach: powszechnie obowiązującej wykładni ustaw (do 1997 r.), tzw. wyroków interpretacyjnych TK oraz pytania, czy sądy mogą samodzielnie dokonywać incydentalnej kontroli konstytucyjności ustaw. Nie jest to konflikt „symetryczny”, ponieważ z łatwością można wskazać stronę atakującą. Jego istota tkwi raczej w sferze kultury prawnej, a dogmatyczna postać jest czymś wtórnym.

Bolesław Banaszekiewicz

doktor nauk prawnych

1. Introduction

When a democratic state governed by the rule of law has at least two bodies of the judiciary whose competences are mutually complementary and neither of them has means of correcting, i.e. quashing or reforming, the decisions of the other body, and there is no third arbitrator who could conclusively resolve any issues *ad hoc*, then a potential exists for a certain tension in the case-law.¹ It is possible that this tension will

* Translation of a contribution to the international conference “Judicial Conflicts in the Countries of Visegrad” organised at the Judicial Academy in Kroměříž, Moravia, in February 2013 by Associate Professor (docent) Zdeněk Koudelka. The English terminology and translation of provisions contained in the Constitution of the Polish Republic of 2 April 1997 are mostly adopted from the websites of the Sejm (www.sejm.gov.pl) and of the Constitutional Tribunal (www.trybunal.gov.pl); in case of any variances, responsibility for the choice of formulations is borne by the author.

1 In the present paper, the term “case-law” includes all judicial rulings of law’s interpretation or application.

be present only on the jurisprudential level; this is the case when the two judicial bodies maintain and follow different opinions in similar cases. Such a “standard” tension is quite usual in case-law: it can be found in decisions rendered by various courts of the same level and even in decisions of various panels of the same court and relatively often in the case-law of two high judicial bodies, such as the supreme court for civil and criminal matters and the supreme administrative court, where both interpret or apply the same legal rules.² Evaluation of such a tension in case-law is ambivalent. It will suffice to conclude that such conflicts cannot be entirely avoided and may be quite inspiring in some cases.

Nonetheless, we must distinguish from this “peaceful” tension, those conflicts in case-law where incompatible positions of two bodies of judiciary directly apply to a certain case or a category of cases: one body takes no account of the position of the other body or openly disagrees with it, and the solution in the specific case which conforms to the ruling of one of the bodies must, at least to a certain degree, inherently be in conflict with the ruling of the other body which is also relevant for this case. I do not mean classical competence disputes, i.e. positive and negative disputes on jurisdiction. All the conflicts in case-law of the Supreme Court (*Sąd Najwyższy*) and the Constitutional Tribunal (*Trybunał Konstytucyjny*) in Poland, which have arisen over the last 18 years, are caused, from the Tribunal’s point of view, by partial failure of the Supreme Court to respect the Tribunal’s exclusive competences and the binding effects of its rulings on courts in the sense perceived by the Tribunal itself. On the other hand, from the Supreme Court’s point of view, the problem lies in the fact that the Constitutional Tribunal allegedly claims for itself a binding influence on the case-law of courts to an extent that, in the opinion of the Court, is devoid of a basis in the constitutional order and contradicts the constitutional determined status of the courts.

2. Historical background and constitutional framework

For many years after World War II, the Polish Supreme Court had been considered, both *de iure* and *de facto*, the only and the highest authority in the area of interpretation and application of law.³ It was embodied in the Constitution of the

2 Characteristic example from Poland between the World Wars: The Constitution and statutory law did not allow the courts to *ad hoc* review the validity of properly published statutory acts. (As “statutory law” or “statutory act” – Polish *ustawa*, like German *parlamentarisches Gesetz* – in the present paper, we understand a parliamentary legislative act which has universally binding force but not the force of Constitution.) From 1926 the Polish President had the power to issue orders having the force of statutory law (*rozporządzenia z mocą ustawy*); it was questionable whether the mentioned limitation of the judicial review powers also applied to such orders. While the Supreme Administrative Tribunal maintained that the said limitation did not apply to orders with the force of statutory law, the opposite opinion ultimately prevailed in the case-law of the Supreme Court. Details and references: D. Malec, *Najwyższy Trybunał Administracyjny 1922–1939 w świetle własnego orzecznictwa*, Warszawa – Kraków 1999, pp. 95–96.

3 The situation before the World War II was different: The Supreme Court was one of three equal-ranking supreme judicial bodies – along with the Supreme Military Court and the Supreme Administrative Tribunal. The Supreme Military Court was dissolved in 1962 in conformity with the 1952 Constitution and its powers were assumed by the Supreme Court. After the War, administrative judiciary was not renewed until 1980. No constitutional judiciary was established in the period between the world wars, although this requirement had

People's Republic of Poland as the "supreme judicial body", exercising supervision over all other courts in respect to case-law (hereinafter: "judicial supervision"). The renewal of administrative judiciary after the War, which was brought about, albeit in a limited form, in 1980 by virtue of a statutory act, in no way weakened the position of the Supreme Court; quite the contrary – the newly established High Administrative Court (*Naczelny Sąd Administracyjny*) was to operate, in conformity with the Constitution, under the judicial supervision of the Supreme Court.⁴

Until the late 1980s, the Constitution was not considered an act relevant for standard legal practice, perhaps with the exception of certain aspects of the political system, and as in fact no case-law concerning the interpretation and application of the Constitution existed. The aspects of constitutional law were barely present in the case-law of the courts, including the Supreme Court. This was about to change only after the introduction of constitutional judiciary.

The Constitutional Tribunal was established in the mid-1980s⁵, within a kind of semi-reforms introduced by the Communists, as a special control body in the area of review of legal norms, and its powers were initially strongly limited. While it had the authority to review the conformity of statutory law with the Constitution, its decisions did not have *ex proprio vigore* the derogative effect in respect of unconstitutional statutory law, but they rather had to be discussed by the Sejm (after the World War II until 1989 the sole chamber of Polish Parliament, and from 1989 its first chamber), which could either approve the relevant amendment to the statutory law act concerned or, by a two-thirds majority, dismiss the Tribunal's decision. This rule, still applied in the 1990s, was a kind of a compromise between the idea of division of powers and constitutional judiciary on the one hand and the Communist principle that the Sejm is the supreme body of indivisible State power on the other

been postulated in legal literature. During the times of the Communist totalitarian regime, constitutional judiciary was not a topic for many years.

- 4 Translation of the name of the High Administrative Court into foreign languages is problematic. Its Polish name originates from 1980 and has not been changed ever since. The then legislator did not use the superlative *najwyższy* (highest, supreme) but only the positive *naczelny* (main, chief) to highlight that the new administrative court was placed under judicial supervision of the Supreme Court. Today, when both courts are mutually independent and equal-ranking, the translation „Supreme Administrative Court“ is preferred by its judges, whereas the translation of the Constitution available on the websites of the Sejm and the Constitutional Tribunal adheres to the traditional formulation: „Chief Administrative Court“. Currently, the Supreme Court exercises judicial supervision over decision-making of Polish courts except the administrative courts. Keeping in mind those semantic, historical and legal nuances, the present text uses the name „High Administrative Court“.
- 5 The requisite amendment to the Constitution was finally passed on 26th March 1982 (*Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*) and the first Constitutional Tribunal Act was adopted on 29th April 1985 (*Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym*). The Tribunal issued its first judgment related to review of legal norms on 28th May 1986 in Case U 1/86. All the Polish legal provisions cited in the present paper are available in Polish – not only in the Journal of Laws (“Dziennik Ustaw”), but also on various websites (search according to date and title). All the decisions of the Constitutional Tribunal are available in Polish – not only in its Official Reports (“Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy”), but also on its website: <http://www.trybunal.gov.pl/orzeczenia/otk.htm> (search according to date and file number). Several decisions of the Tribunal are available in English, in their entirety or summarised.

hand. Moreover, the Tribunal was, and still is, not allowed to interfere directly with decisions of courts and public administrative authorities in specific cases. Nevertheless, its case-law presented a constantly increasing challenge for the case-law of the courts, particularly the Supreme Court, for which the Constitutional Tribunal was gradually becoming a challenger – a candidate for the role of the supreme judicial authority in the country. The Tribunal's case-law showed the dimensions of interpretation and application of law, which had not been overly important for the courts for many years. The Tribunal emphasised that the Constitution was above statutory act and that statutory law, which was applied by the courts as a matter of course, could potentially be questioned and repealed on account of their non-conformity with the Constitution. Furthermore, the Tribunal pointed out that judicial interpretation and judicial application of statutory law should be open to constitutional principles, values and guarantees (the postulate of interpretation and application of valid law conforming to the Constitution), which might require a revision of certain opinions and customs entailed in the practice of the courts and their individual decisions.

As a result of the Round Table agreement between the Communist party and Solidarność in 1989, the Constitutional Tribunal was provided with a new competence, namely determining the universally binding interpretation of statutory law.⁶ Within this competence, e.g. until the 1997 Constitution came into force, the Tribunal had been presented with a relatively high number of requests for interpretation of diverse statutory provisions.⁷ In certain cases, its interpretation was at variance with interpretation common in court practice.

Removal of the Communist elements from the Constitution and introduction of provisions characteristic for a democratic State governed by the rule of law took place in late 1989 and was connected with the removal of the adjective "People's" from the name of the Republic. It was followed by changes in orientation of court case-law, particularly by the Supreme Court and the High Administrative Court, in terms of constitutional law.⁸ This process included not only the adoption of the Tribunal's case-law by the courts, but also efforts of the said two high courts to make their own, original contribution to the interpretation and application of constitutional law. This new, more self-confident approach of the Supreme Court to exercising its powers was supported by replacement of a majority of its members and

6 Based on the amendment to the Constitution of 7th April 1989 (*Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*). Until then, the mentioned power lay with the State Council (*Rada Państwa*) as the collective head of State; this power was transferred, somewhat "mechanically", to the Constitutional Tribunal when the Council was abolished and the office of President reintroduced. The Tribunal maintained the power until the Constitution of the Third Polish Republic of 1997 came into force.

7 According to the Constitutional Tribunal Act, resolutions on universally binding interpretation of statutory law (in practice, usually interpretation of a single article or paragraph) were approved by the plenary of judges based on a proposal submitted by the President of the Republic, the Prime Minister, the First President of the Supreme Court, the President of the High Administrative Court, the Commissioner for Citizens' Rights (Ombudsman), the President of the Supreme Chamber of Control or the Public Prosecutor-General.

8 Cf. the extensive amendment to the Constitution of 29th December 1989 (*Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*).

by cancellation of the system of terms of office in the Supreme Court (a relic of the Communist rule) in 1990.⁹

The Constitution of the Third Polish Republic – the official name: the Constitution of Republic of Poland of 2nd April 1997 – provided all the courts with the competence to refer questions to the Constitutional Tribunal (*verba legis*: questions of law) as to the conformity of statutory or other sub-constitutional act relevant for a given court case with the Constitution or some other legal norm of a higher legal force.¹⁰ However, Art. 193 is the source of controversy: “Any court may refer a question of law to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act to the Constitution, ratified international treaties or statute if the answer to such question of law will determine an issue currently before such court”. It was especially the verb “may” that posed a bone of contention in the interpretation of this rule.¹¹

The further two provisions – new in the Polish legislation – were incorporated into the new Constitution; these provisions confirm and reinforce the tendencies of the development of constitutional law in respect of judiciary after 1989. The first of these two provisions is Art. 8 (2): “The provisions of the Constitution shall apply directly unless the Constitution provides otherwise.” Secondly, this is Art. 178 (1), to be found among the provisions concerning courts (not the Constitutional Tribunal): “Judges, within the exercise of their office, shall be independent and subject only to the Constitution and statutory law”. The Constitutions and statutory acts being in force until 1997 stipulated that the judges of courts were subject “only to statutory law”. By contrast, judges of the Constitutional Tribunal were, and still are, subject “only to the Constitution” (currently, Art. 195 (1) of the Constitution). The principle that judges, except the judges of the Constitutional Tribunal, are bound only by the Constitution and statutory law and the principle of direct application of the Constitution by all governmental authorities form the basis for questioning the case-law of the Constitutional Tribunal by the courts, which is especially true of certain activist judges of the Supreme Court.

This is not accidental. Indeed, the growing self-confidence of the Supreme Court after 1989 was accompanied by a tendency to strengthen the legal and factual position of the Constitutional Tribunal, somewhat at the expense of the authority of the Supreme Court. During the preparatory work aimed at drafting the new Constitution, there were voices advocating the introduction of the “German” or “Czech” model of individual constitutional complaint (hereinafter: “constitutional complaint”), i.e. a system of constitutional review which would entitle the Tribunal to annul not only unconstitutional law but also unconstitutional court decisions, what would practically mean, *inter alia*, subjecting the Supreme Court to a kind of Tribunal’s judicial supervision. Furthermore, the development of the State after

9 Based on the amendment to the Supreme Court Act of 20th December 1989 (*Ustawa z dnia 20 grudnia 1989 r. o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sędzię Administracyjnym, o Trybunale Konstytucyjnym, o ustroju sądów wojсковych i Prawo o notariacie*).

10 Until this time, this power belonged only to the panels of the Supreme Court, High Administrative Court and courts of the second instance.

11 Cf. Art. 100 (1) of the Basic Law (Constitution) of the Germany, which explicitly mentions the court’s duty to refer the case to the Federal Constitutional Court if it considers a certain law to be at variance with the Basic Law.

1989 tended towards two-instance administrative judiciary with the High Administrative Court as the supreme body of this sector, which required removal of the Supreme Court's judicial supervision over the administrative court(s). The First President of the Supreme Court at that time and some of his colleagues wanted to prevent these tendencies by attempting, at the time of preparation of the new Constitution, to convince the authors of the official drafts of the Constitution and then the Constitutional Committee of the National Assembly of the need for introducing the "American" model with the Supreme Court as the highest body of judiciary as such, meaning that the latter would take over the functions of constitutional judiciary and the Constitutional Tribunal would cease to exist.¹²

The attempt at introducing the "American" model was unsuccessful. The 1997 Constitution maintained the Central European model of constitutional judiciary in the form of the Constitutional Tribunal. On the basis of the new Constitution, this Tribunal, the Supreme Court and the High Administrative Court can be considered equal-ranking and mutually independent high bodies of the judiciary. The position of the Constitutional Tribunal as the authority empowered with reviewing legal norms was strengthened at the expense of the legislature: judgments of the Constitutional Tribunal related to reviewing legal norms are universally binding and a finding on non-conformity of a statutory act with the Constitution in a judgment of the Tribunal thus has, as a rule, the derogative effect *ex proprio vigore* in respect to the given rule (cf. Art. 190 (1) to (3) of the Constitution).¹³ However, the Constitutional Tribunal did not acquire any new substantial powers in relation to the courts: it still cannot quash any court decision.

The "toothless" position of the Constitutional Tribunal vis-à-vis the courts may be clearly seen in the specific construct of the newly introduced legal institution of constitutional complaint, which is deemed a compromise between the "pro-Tribunal" and the "pro-courts" tendencies. Unlike the German and the Czech concept, in Poland the constitutional complaint is one of the forms of initiating the review of legal norms, rather than of direct review of judicial (or administrative) decisions. According to Art. 79 (1) of the Constitution, "In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statutory act or another normative act upon which basis a court or an organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his duties specified in the Constitution".

12 This approach was followed in the draft presented by the Porozumienie Centrum party (the predecessor of the current Prawo i Sprawiedliwość), but it was dismissed by a majority of the members and experts of the Constitutional Committee. Cf. the contradictory considerations on the mentioned issue in the papers presented by the Presidents of the Supreme Court and of the Constitutional Tribunal at that time, as published in the book *Ocena projektu Konstytucji RP Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. Materiały z sympozjum, Lublin 16 XII 1995*, red. J. Krukowski, Lublin 1996: A. Strzembosz, „Trzecia władza“ w projekcie Konstytucji RP, pp. 87–108; A. Zoll, *Trybunał Konstytucyjny w świetle projektów Konstytucji RP*, pp. 109–123.

13 The legislature maintained the previous procedure of review of the judgments of the Constitutional Tribunal by the Sejm in cases of non-conformity with the Constitution of statutory acts adopted before the date of force of the Constitution only in the transitory provision – Art. 239 (1) of the Constitution – for the first two years of its force.

Individual court decisions cannot be directly contested by a constitutional complaint or quashed by the Tribunal; they may serve only as an “opportunity” to initiate the review of legal norms.¹⁴

The Polish legislature is quite generous in allowing correction of legal effective judicial decisions and final administrative decisions issued on the basis of a regulation which is later found by the Constitutional Tribunal non-conform with the Constitution. This is true, in principle, regardless of by whom and in which proceedings (i.e. whether abstract or specific review of legal norms¹⁵ is involved) the given judgment was made by the Tribunal. According to Art. 190 (4) of the Constitution, “A judgment of the Constitutional Tribunal on the non-conformity to the Constitution, an international treaty, a statutory act, or another normative act on the basis of which a final decision of a court, a final administrative decision or a settlement of other matters was issued, shall be a basis for resumption of proceedings, or for quashing the decision or other settlement in a manner and on principles specified in provisions applicable to the given proceedings”. The “lord” of proceedings that could result in application of a judgment of the Constitutional Tribunal in favour of an individual, in the form of returning or changing of a final court decision, is the relevant court, which has to act on the basis of the provisions of the applicable rules of procedure on request of the participant concerned in the proceedings.

3. The main fields of conflict between the case-law of the Supreme Court and the Constitutional Tribunal

The background information and comments provided above might make it easier to understand the dogmatic character and also the historical and psychological conditions of the undisguised questioning by the Supreme Court of certain aspects of the Constitutional Tribunal’s standpoint concerning its own powers. We shall focus our attention on three areas of conflict: universally binding interpretation of statutory law; interpreting judgments of the Constitutional Tribunal; and the question of admissibility of *ad hoc* review of constitutionality of statutory law by the courts. In these areas, the Supreme Court has openly questioned, or simply rejected, the standpoints presented by the Constitutional Tribunal in its rulings, and the dogmatic controversies between the two bodies have been analysed in legal literature.

14 The Constitutional Tribunal may directly interfere with a judicial or administrative decision, *de lege lata*, only through an injunction by which the Tribunal “suspends or delays the enforcement” of a decision based on application by a complainant who has lodged a constitutional complaint (cf. Art. 50 of the Constitutional Tribunal Act of 1st August 1997 – *Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym*).

15 In an “abstract” review of a legal norm (pursuant to Art. 191 of the Constitution), the Tribunal reviews the relevant legal provision based on application of a competent public authority or an entitled NGO, without reference to a particular case in which the provisions were applied. In contrast, proceedings initiated before the Constitutional Tribunal based on a question of law presented by the courts (pursuant to Art. 193 of the Constitution) or a constitutional complaint lodged by an individual (pursuant to Art. 79 (1) of the Constitution) are specific forms of “concrete” review of a legal norm. The distinction between “abstract” and “concrete” review is based primarily on the grounds for initiating the review before the Tribunal and, as a rule, not on its result: in both cases, the judgment in meritum rendered by the Constitutional Tribunal is universally binding.

The tension between the case-laws of these two bodies in other fields has been much more “subtle” and has not been subject to such major controversies.

3.1. Supreme Court: Universally binding interpretation of statutory law is not binding on the courts.

A standpoint of the Constitutional Tribunal was first openly dismissed by the Supreme Court 18 years ago, in its resolution of 26th May 1995.¹⁶ The substance of the dispute was related to the legal institution of universally binding interpretation of statutory law by the Tribunal, i.e. an institution that is now a matter of the past. However, the story is very instructive and is worth further description.

By virtue of its resolution of 25th January 1995¹⁷, the Constitutional Tribunal declared, with universally binding force, that police officers and border guards who were not paid their salaries in time by the State could assert claims for default interest under the Civil Code before the common courts. The Tribunal established this interpretation in conformity with the opinion of the Ombudsman as the initiator and the Public Prosecutor-General. In the reasoning, it emphasised that this line of interpretation allowed for consistent application of the guarantees of judicial protection of rights contained in the Constitution and in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The construction put forth by the Tribunal thus came into conflict with the existing case-law of the Supreme Court, which considered the aspects of police salaries to be an exclusive domain of administrative law, and thus to rule out the competence of the common courts in the event of disputes. In a certain court dispute between a police officer and the State on default interest, the relevant labour court¹⁸ of second instance was unsure whether it should follow the (old) interpretation used by the Supreme Court or the (new) interpretation presented by the Constitutional Tribunal, and thus referred a preliminary question to the Supreme Court based on the Code of Civil Procedure to the first body. In the mentioned resolution, the Supreme Court maintained the line of interpretation embodied in its existing case-law and, furthermore, presented quite a “revolutionary” concept of universally binding interpretation of statutory law by the Tribunal.

From the viewpoint of the panel of the Supreme Court, the Tribunal’s interpretation is not binding on the courts, because according to the (being then in force) Constitution, judges in the performance of their duties are subject only to statutory law, which excludes that the courts could be bound by interpretation of statutory law by “non-judicial authorities” or by sub-statutory regulations if they are at variance with statutory law. Consequently, according to the cited opinion, the interpretation approved by the Tribunal is binding on individuals and those governmental authorities that are required by the Constitution to comply with the “legal rules of the Republic of Poland”, regardless of their position in the hierarchy of norms. Against this, the courts should take the Tribunal’s interpretation into account and comply with it by acknowledging the prestige of this body; however, if they are not

16 I PZP 13/95. The text is published, *inter alia*, in „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zbiór Urzędowy. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 23/1995, pp. 709–713.

17 W 14/94.

18 Labour and social security courts are part of the common courts in Poland.

convinced by this interpretation, they may prefer their own independent opinion “in rare cases”.

This standpoint of the Supreme Court is in opposition to the previously prevailing concept of universally binding interpretation of statutory law. The Supreme Court entirely neglects that the fact that each court is bound by universally binding interpretation of statutory law is already encompassed in the legal notion of universal binding effect, what the Constitutional Tribunal emphasised in its interpreting resolution of 7th March 1995,¹⁹ and that the Constitutional Tribunal Act and the provisions of the Constitution that confer on the Tribunal the power to provide universally binding interpretation of statutory law, which is reiterated in the Constitutional Tribunal Act, imply the constitutional and statutory duty of the courts to respect every interpretation duly published by the Tribunal, which in no way undermines the principle that judges are subject only to statutory law, albeit the Tribunal’s interpreting resolution itself is formally not a statutory act.²⁰ Furthermore, by its interpretation of the Constitution, the Supreme Court attributes to the legislator a solution that is evidently not functional from the pragmatic point of view: the Tribunal’s interpretation should be followed, in their conduct, *inter alia*, by individuals and public administrative authorities or prosecutors, but where a court deals with civil, administrative, criminal or similar disputes involving these entities and reviews the lawfulness of their conduct, it may even follow from opposite understanding of the relevant statutory rule as it is not bound by the Tribunal’s interpretation. If it is true, it would be preferable for individuals and public authorities or prosecutors to follow the court line of interpretation, rather than the line of interpretation advocated by the Tribunal, and the universally binding interpretation of statutory law thus becomes a universally non-binding interpretation.

The opinion of the Supreme Court that an independent judge cannot be bound by interpretation determined by a “non-judicial body”²¹, which *a contrario*

19 W 9/94. This resolution contains interpretation of the provision of the Constitutional Tribunal Act related to the said legal institution. In the statement of reasons related to paragraph 1 of the operative part, the Tribunal notes: “In view of the universally binding effect of resolutions of the Constitutional Tribunal, the bodies applying law must give preference to the interpretation presented by the Tribunal in case of any dispute between this interpretation and understanding of the given norm by another authority. Consequently, no one may use any interpretation of a [statutory] provision differing from the interpretation contained in a resolution of the Constitutional Tribunal. This applies both to entities obliged to comply with the given legal norm and to authorities competent to apply the norm (p. 11 in the online version).

20 There is therefore a certain analogy between universally binding interpretation of statutory law according to the former Constitution and universally binding judgments on constitutionality of legal norms according to the new Constitution. The derogatory effect of a Tribunal’s judgment in the case of non-conformity of a statutory provision to the Constitution is not questioned by anyone as far as the principle is concerned: no one expects the legislature itself to confirm this effect vis-à-vis the courts in each case, for example by a special statutory act; it is clear to all that this effect follows directly from the constitutional rule concerning the universally binding effect of Tribunal’s judgments.

21 Until 1997 the character of the Constitutional Tribunal as a body of the judicial had not been explicitly confirmed by the legislature, albeit the latter did guarantee the “members” of the Tribunal that they would be independent and bound only by the Constitution. In the reasoning of the mentioned resolution of 7 March 1995 (see footnote 19), i.e. less than three months before the controversial resolution of the Supreme Court, the Tribunal emphasised that it

means that it can be bound by interpretation established by another court, is quite arbitrary. However, a consistently absolutistic (“judge-centric”) concept of independence should rather lead to the conclusion that the judge is bound only by “pure” statute, i.e. its own independent understanding of statutory acts. The Supreme Court, if it were consistent, would also have to question the constitutionality of those legal instruments that stipulate – especially for its own benefit – the binding effect of interpretation established by a certain court (panel) for another court (panel). In this respect, I refer, for example, to the binding effect of the legal opinion of a court of higher instance for a court of lower instance in the given case; the binding effect of resolutions made by the Supreme Court, within a preliminary ruling on a question referred by a common court, on the referring court in the given case; the binding effect of certain interpreting resolutions of “larger” panels of the Supreme Court for all its panels, etc. It can be stated that, in the criticised resolution of 1995, the Supreme Court uses an arbitrary concept of independence and binding effect, enabling it to question the powers of the Constitutional Tribunal, while at the same time protecting its own powers.

This opinion presented by the Supreme Court was criticised by several respected personages of Polish jurisprudence²², although some of the criticism was aimed at questioning the sense of universally binding interpretation of statutory law *de lege fundamentalis ferenda*. The said resolution, issued by a three-member panel of the Supreme Court, was formally binding only in the case dealt with by the court that had presented the preliminary question; however, the opinion encompassed in the resolution found several advocates in judicial circles.²³ This controversy was one of the reasons why the new Constitution no longer contained the legal institution of universally binding interpretation of statutory law.

3.2. Supreme Court: Interpreting judgments of the Tribunal are not binding on the courts.

As a result, the first area of partial boycott of the powers of the Constitutional Tribunal by the Supreme Court was removed. However, this did not put an end to questioning of the interpretation activities of the former by the latter, but

provided universally binding interpretation of statutory law as “a judicial body that is separate from and independent of the legislative branch” (p. 10 of the online version). According to the new Constitution, the Constitutional Tribunal is a body of judiciary, even if it is not a court in the sense of the Constitution because, as a rule, does not resolve individual disputes.

- 22 P. Winczorek, *Glosa do uchwały z 26 V 1995*, „Państwo i Prawo” 2/1996, pp. 101–105; A. Stelmachowski, *Sąd Najwyższy kontra Trybunał Konstytucyjny, czyli spór o wykładnię*, „Przegląd Sądowy” 2/1996, pp. 3–12; W. Skrzydło, A. Wąsek, *Glosa do uchwały SN z dnia 26 maja 1995 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2/1996, pp. 292–295. The authors of the last commentary emphasise: “If the opinion contained in the resolution were established in the case-law of the Supreme Court and other courts, this would be an even stronger incentive for destabilising the legal relationships and undermining legal certainty.”
- 23 Cf. (with further references): A. Murzynowski, A. Zieliński, *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 9/1992, p. 9; W. Sanetra, *W sprawie związania sądów powszechnie obowiązującą wykładnią ustaw*, „Przegląd Sądowy” 9/1996, pp. 3–18. The opinions contained in the resolution of the Supreme Court of 26 May 1995 were accepted by another panel of the same court in its decision of 17th January 1997, I PKN 66/96; the text is published, *inter alia*, in “Orzecznictwo...” (see footnote 16) 20/1997, pp. 624–627.

rather transferred it to the area of review of legal norms. As already stated, according to the new Constitution, judgments of the Constitutional Tribunal regarding conformity or non-conformity of legal provisions with norms of higher legal force are universally binding. The interpreting judgments of the Tribunal thus became a bone of contention between the Supreme Court and the Constitutional Tribunal.²⁴

Two basic, virtually classical variants of formulating the operative part of a judgment related to review of conformity of legal norms with the Constitution found an application in practical decision-making: a) Provision *p* conforms with provision *pc* of the Constitution (classical positive, affirmative formulation); b) Provision *p* does not conform with provision *pc* of the Constitution (classical negative formulation). Certain “median”, “non-classical” types then developed in practice between these two classical poles, partly under the influence of German constitutional case-law, *inter alia* “interpreting judgments”.²⁶ These judgments initially always had the form of “affirmative interpreting judgment”, based on the scheme: Provision *p*, if understood in such and such way, conforms with provision *pc* of the Constitution. The rationale behind this is clear: the reviewed provision, which may be conceived in various ways (it is not subjected to the dictum *clara non sunt interpretanda*), could be questioned as to its constitutionality subjects to a certain interpretation, while another line of interpretation might “salvage” it, and the Tribunal

24 A number of papers and court rulings deal with this topic. Cf. (with further references): annotated overview of opinions of the Constitutional Tribunal, Supreme Court, common courts and jurisprudence up to 2004 with commentary: B. Banaszkiwicz, M. Wild, *O tak zwanych wyrokach interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego. Wybór wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, sądów powszechnych oraz piśmiennictwa prawniczego*, „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, tom XX, Warszawa 2004, pp. 205–254; for reserved considerations on the current state of this controversy: J. Jaskiernia, *Spór pomiędzy Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym w kwestii znaczenia tzw. orzeczeń interpretacyjnych Trybunału Konstytucyjnego*, in: *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, pp. 243–257. References to case-law can also be found in the statement of reasons for the resolution of the Supreme Court of 17 December 2009 (see footnote 34).

25 Of a statutory act or another normative sub-constitutional act.

26 So called scope judgments (*wyroki zakresowe*) are similar to “interpreting” judgments; in such case, the Tribunal declares a certain provision constitutional or unconstitutional not in its entirety, but only in respect of certain personal, substantive or temporal scope. Furthermore, in so called application judgments (*wyroki aplikacyjne*), the Tribunal provides an instruction on the effects of a given decision for application of law. Finally, in rare cases, the Tribunal renders so called reanimation judgments (*wyroki reanimacyjne*), where it emphasises (usually in the reasoning, not in the operative part) that the declared unconstitutionality of the contested repealing of or amendment to a statutory norm is unconstitutional causes “revivication” of that norm in its former contents. There is also another special type: judgments that declare, in their operative part, a certain legislative omission unconstitutional; they usually do not annul the rules under scrutiny, but rather require their modification by the legislature. It is not easy to distinguish amongst various non-classical types of judgments, among other things because the use of the relevant terminology is not consistent in practice and, moreover, “combined” judgments also exist. Cf. (with further references): A. Kustra, *Wyroki zakresowe Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 4/2011, pp. 49–74; D. Nowicki, *Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 10/2012, pp. 48–61.

declares that it conforms to the Constitution with the said proviso. This more “considerate” – particularly towards the legislature – method of resolving the issue of validity of a certain norm complies with the principles of presumption of constitutionality of statutory law and of its interpretation conforming to the Constitution.²⁷

Since 2000 the Constitutional Tribunal has rendered, along with affirmative interpreting judgments, also “negative” interpreting judgments, based on the following scheme: Provision *p*, if understood in such and such way, does not conform with provision *pc* of the Constitution. There is a simple practical reason for this reversal of the formulation from positive (affirmative) to negative: according to the mentioned Art. 190 (4) of the Constitution and procedural statutory law, as a rule, only a judgment by which the Tribunal declares invalidity (especially unconstitutionality), i.e. “non-conformity”, of a legal norm on the basis of which a court or public administrative authority has issued its final decision in a certain case, constitutes a reason for resumption of the relevant proceedings and is thus a basis for revising its result in conformity with the Constitution. It is no wonder that the Tribunal first used the negative interpretation formula in respect of a constitutional complaint so as to enable the complainant and other individuals in whose cases the courts interpreted a certain statutory rule in a manner not conforming to the Constitution to apply for resumption of their proceedings.²⁸ Negative interpreting judgments can thus be perceived as an “emergency invention” of constitutional judges who lack the power to quash court and administrative decisions in individual cases; while this type of a decision represents – indirect – review of application of a norm under the “pretext” of checking the conformity of the contents of law as such with the Constitution, it is useful for ensuring the effects pursuant to Art. 190 (4) of the Constitution.²⁹

27 One of the first interpreting decisions rendered by the Tribunal in the area of review of legal norms could serve as an example: paragraph 2 of the judgment of 7 July 1994, K 17/93. The request was aimed against the rule of the Broadcasting Act according to which the broadcasting of public-service radio and public-service television should “respect the Christian value system, being guided by the universal principles of ethics”. The Tribunal declared that this provision was in conformity to the constitutional principle of equality if the duty of respect applied to those Christian values that coincided with the universal principles of ethics.

28 Judgment of the 10th July 2000, SK 12/99. The Tribunal declared that Art. 1 of the Code of Civil Procedure (the notion of a civil matter, determining the jurisdiction of common courts) did not conform to the Constitution if it was understood as excluding disputes concerning pecuniary claims originating in administrative decisions. The background for the constitutional complaint was provided by a final decision of the common courts, which dismissed a lawsuit filed by a student who claimed default interest in payment of his scholarship. In the reasoning of its judgment, the Constitutional Tribunal noted that, on the basis of the judgment, the complainant may either claim resumption of court proceedings in which the final decision was made or – as the dismissal of the original lawsuit does not create an obstacle of *res iudicata* – file a new suit. This, of course, required that the courts follow the Tribunal’s construction of Art. 1 of the Code of Civil Procedure and, moreover, considered the negative interpreting judgment of the Tribunal a “decision on incompatibility of a normative act with the Constitution” in the sense of Art. 190 (4) of the Constitution. The later developments showed that both these assumptions were too optimistic.

29 This is particularly important in cases where the review proceedings before the Tribunal are initiated by a constitutional complaint. If the Constitutional Tribunal would decide that the contested normative provision conforms to the Constitution, and merely note in the reasoning that the provision conforming to the Constitution was interpreted or applied in court or administrative proceedings at variance with the Constitution to the detriment of the com-

An interpretation established by the Tribunal might be contrary to the understanding presented by the courts, particularly in those cases where the practice has not been uniform to date or where this is a new issue. Otherwise, the Tribunal tends to assume a concept of contested provisions, which are being reviewed as to their conformity with the Constitution, that can be found in the settled case-law of the courts, particularly the Supreme Court or the High Administrative Court.³⁰ In such a situation, the Constitutional Tribunal should avoid interpreting formulations in the operative parts of its judgment.³¹

The Tribunal maintains that interpreting formulations of the operative parts of its judgments is an inherent part of a decision on conformity or non-conformity of the reviewed provision to the relevant provision of the Constitution, a statutory act or an international treaty, and is therefore universally binding as stipulated by the Constitution. It consistently considers that, as a rule, its negative interpreting judgments are a reason for resumption of the court or administrative proceedings on the basis of the Constitution and the relevant procedural statutory law. However, this opinion has been repeatedly questioned in the case-law of the Supreme Court and common courts. In different terms that in respect of universally bounded interpretation of statutory law, to which the Constitutional Tribunal was clearly empowered by the Constitution in the years 1989–1997, various judges have now questioned not only the binding effect of interpreting judgments on the courts, but also the actual power of the Tribunal to render such judgments. They consider them an unjustified attempt of the Tribunal to renew the legal institution of universally binding interpretation of statutory law, which was removed by the new Constitution, and also problematic obliteration of the boundaries between the operative part of a judgment and its reasoning. Allegedly, “only” the operative part of the Tribunal’s judgment on validity or invalidity of a norm as such is binding, unlike the reasons on which the Tribunal relied in its decision.³²

plainant, but that this is none of Tribunal’s business (it is authorised only to review the rules, rather than apply them), the complainant would come up empty-handed. Such a result would be contrary to the sense of a constitutional complaint, which is regulated in the Constitution (Art. 79) in the subchapter “Means for the Defence of Freedoms and Rights”, which is part of the chapter concerning fundamental freedoms, rights and duties, rather than of the chapter on courts and tribunals. I am convinced that the Tribunal would issue no such negative interpreting judgments if it had the power to quash court and administrative decisions in specific cases.

30 E.g., in the reasoning of judgments of 3rd October 2000, K 33/99, and of 5th April 2011, P 26/09.

31 Nevertheless, only rarely and for special and important reasons, the Constitutional Tribunal has gone against the mainstream of established court interpretation. This was so, e.g., in the judgment of 4th December 2001, SK 18/00: The Tribunal decided that the provision of the 1964 Civil Code on civil liability of the State for damage caused by a governmental official was in conformity to the Constitution if it was understood in that the basis of the State’s liability lay in the mere unlawfulness of the official’s conduct, rather than his culpability. In the said case, the Constitutional Tribunal emphasised that once the new Constitution entered into force, the old interpretation of the Code, which was also embodied in the case-law of the Supreme Court, should be considered obsolete – this had also been noted in jurisprudence.

32 To this effect, in particular, K. Pietrzykowski, *O tzw. „interpretacyjnych” wyrokach Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 3/2004, pp. 15–30. We shall not further discuss aspects related to the binding effect of the statement of reasons for the Tribunal’s judgments in the area of review of legal norms.

However, it can be objected to this argument that decision-making in constitutional judiciary in the area of review of legal norms is not aimed at eliminating doubts as to the interpretation of a certain rule, but rather at eliminating doubts as to its validity (particularly constitutionality). Where the dictum *clara non sunt interpretanda* cannot be applied to the rule under scrutiny, the Tribunal should ascertain its sense so that it can make a rational decision on its conformity or non-conformity with a norm of higher legal force.³³ Where the rule under scrutiny is or can be conceived both as conforming to the Constitution and not conforming to the Constitution, the Tribunal's decision should not lead to removal of the contested provision from the legal order and the related complications, but rather to establishing the conditions under which the provision is valid as conforming to the Constitution. This is the sense of interpreting judgments. If affirmative wording is used, the Constitutional Tribunal decides that the provision is valid in the sense stated by the Tribunal, while negative formulation means that it is valid in the opposite sense. Despite the criticism, an interpreting judgment is a very subtle interference in terms of legislation and case-law. The alternative would be to remove the "suspect" provision from the legal order only because, *prima facie*, it does not unambiguously conform to the Constitution, which would have more radical consequences for the legislature and the courts.

The resolution of the Supreme Court of 17th December 2009³⁴ further reinforced the confrontational standpoint on the Tribunal's opinions that can be found in the case-law of the common courts and of the Supreme Court itself. In a seven-member panel, the Supreme Court dealt – with binding effect for all its panels – with an abstract question of law based on a request submitted by the Ombudsman, who had criticised the lack of uniformity of the case-law of the Supreme Court as regards the question whether negative interpreting judgments of the Constitutional Tribunal are a reason for resumption of court proceedings where a final court decision had been based on interpretation of a legal norm that was later declared by the Tribunal inconsistent with the Constitution. In spite of the motions of the initiator and the Public Prosecutor-General, the Supreme Court held that: "A decision of the Constitutional Tribunal that declares, in the operative part, that certain interpretation of a normative act is inconsistent with the Constitution, provided that no provision ceases to be valid, is not a reason for resumption of proceedings pursuant to Art. 401 of the Code of Civil Procedure³⁵". The reasoning provides almost a codification of the existing arguments against interpreting judgments of the Tribunal. At the same time, the Supreme Court considers that the permissibility of resumption of court proceedings based on a judgment of the Constitutional Tribunal (Art. 190 (4)

33 In Polish jurisprudence and case-law, it is common to distinguish clearly between a legal provision (*przepis prawny*) as a text part of a normative act and the legal norm (*norma prawna*) as a rule of conduct, whose meaning is – as some Polish authors use to say – "decoded" from the provisions of a normative act or normative acts. In this sense, review of constitutionality of statutory acts, etc., is, in its substance, a review of legal norms, rather than of "bare" provisions.

34 III PZP 2/09. The text is published, *inter alia*, in „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zbiór Urzędowy. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych” 9–10/2010, pp. 354–363.

35 Provision following from Art. 190 (4) of the Constitution.

of the Constitution) is an exceptional rule, which must not be construed extensively, which in fact would occur, in the opinion of the authors of the resolution, if a negative interpreting judgment was considered a decision on inconsistency of the given norm with the Constitution.

Consequently, according to the Supreme Court, every interpreting judgment of the Constitutional Tribunal is a non-binding instigation for the courts aimed at correct understanding of the given norm³⁶ and is never a reason for resumption of court proceedings. The resolution of the Supreme Court was followed by a number of moderately or strongly critical commentaries in legal literature.³⁷

It is likely (almost certain) that a citizen whose case had been closed through a final decision of the common court based on interpretation of a statute which was later declared unconstitutional by the Constitutional Tribunal will not achieve resumption of the proceedings, even though he can read in the reasoning of the given judgment of the Tribunal that the judgment is a reason for resumption of the proceedings. Indeed, if this citizen files a claim for such resumption at the relevant common court, the latter is likely to reject it as inadmissible with reference to the standpoint declared in the said resolution of 7 judges of the Supreme Court.³⁸ Common courts, which are subject to the judicial supervision of the Supreme Court, will naturally tend to prefer the interpretation presented by this authority, rather than the standpoint of the Constitutional Tribunal. Ultimately, this unfortunate

36 Similar to earlier interpreting resolutions of the Tribunal, as the Supreme Court opined in its resolution of 26th May 1995 (see footnote 16).

37 Comments on the Supreme Court's resolution of 17th December 2009 in alphabetical order of authors: J. Kustra, „Orzecznictwo Sądów Polskich“ 10/2010, pp. 720–723; J. Trzciński, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego“ 2/2010, pp. 158–162; G.J. Wąsiewicz, „Państwo i Prawo“ 10/2010, pp. 136–142; M. Wiącek, „Przegląd Sejmowy“ 3/2010, pp. 153–166; S. Ziółkowski, „Przegląd Sejmowy“ 5/2010, pp. 185–191.

Already five years before issuing of the Supreme Court's resolution of 17th December 2009, the then vice-president of the Constitutional Tribunal, referring to earlier rulings of the Supreme Court contesting the interpreting judgments of the Tribunal, said at a Polish-Lithuanian constitutional judges' conference: „One might mention several rulings of our Supreme Court stating the following: The [Constitutional] Tribunal is supposed to rule only on the constitutionality of the law, therefore its judgment should be quite brief: either »it conforms« or »it does not conform«; anything beyond is not a proper ruling of the Tribunal in discharge of its function [...]. It follows that the Supreme Court has arrogated not only to itself but also to other courts, and even to any government body executing the law, the right to review whether the Constitutional Tribunal has not transgressed its constitutional powers. In my view, that amounts to the subversion of the fundamental principles of the legal order. As, there may be no question about it, that within the legal order, the final court ruling takes precedence over material law. If a ruling is final, it can not be held that the court erred and took a wrong decision, and therefore it cannot be given effect. Our Supreme Court, or at least those of its panels that espouse such an idea [...], use to invoke Article 178 of the Constitution, which says that judges [by courts] shall be independent and subject only to the Constitution and statutory law. It is not a sound view, as that same Constitution says in Article 190 that the judgments of the Constitutional Tribunal are universally binding.“ – A. Mączyński, *Wykładnia prawa w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego*, in: *IX Konferencja Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej: Książ, 21–25 czerwca 2004 r.*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, tom XXII, Warszawa 2005, pp. 63–64.

38 This is certainly true in court matters that fall within the substantive jurisdiction of the Supreme Court, because the said resolution is binding on all panels of this body.

individual could contest Art. 401¹ of the Code of Civil Procedure, as interpreted by the Supreme Court in a manner inconsistent with the Constitution, by a constitutional complaint addressed to the Tribunal, which would probably accept his complaint through... a negative interpreting judgment. In this way the vicious circle is being closed.³⁹ It could be broken by the Tribunal if it had – similar to its Czech or German counterpart – the power to quash court decisions in individual cases on the grounds of inconsistency with the Constitution.⁴⁰ As a matter of fact, I would be

39 Furthermore, if an action for resumption of proceedings was rejected by the Supreme Court itself, it might also be possible to lodge a constitutional complaint to contest the said resolution of 17th December 2009 as part of the normative basis for the rejecting decision. Indeed, in my opinion, the resolution is not a pure act of application of law, but rather, in its substance, a specific normative act, as it stipulates a rule binding on all panels of the Supreme Court in an abstract category of cases. At the same time, it cannot be claimed that the resolution under scrutiny is not a normative act because it contains interpretation of the Constitution and statutory law, rather than a “normative novelty” of some sort: if such an interpretation is *contra legem* (the Constitutional Tribunal would probably not hesitate to draw this conclusion), it is, in substance, a new norm. In my opinion, in this role the Supreme Court can be considered a “central governmental authority” in the sense of the review powers of the Constitutional Tribunal (Art. 188 (3) of the Constitution); cf. the Tribunal’s judgment of 4th December 2012, U 3/11, declaring a certain provision of the rules of procedure of the Supreme Court, approved by the General Assembly of its judges, inconsistent with the law. As a matter of fact, this or some other binding interpreting resolution rendered by a “larger” panel of the Supreme Court could be contested not only by a constitutional complaint, but also by means of abstract review of legal norms (based on a proposal of an authorised body, without any relation to a certain case). The Constitutional Tribunal has yet to be confronted with this problem in practice (*nemo iudex sine actore*). While possible annulling of an interpreting resolution of the Supreme Court by the Tribunal’s judgment would be an excellent and masterful victory for the latter in the cold war between the two bodies, this victory would be rather symbolic as there is no guarantee that some of the panels of the Supreme Court and of the common courts would not continue to follow the “anti-Tribunal” interpretation with reference to judge’s independence.

40 The lack of such a power could be considered a substantial insufficiency in the Polish legislation. For example, A. Zoll, the Ombudsman at that time and former President of the Constitutional Tribunal, emphasised at the General Assembly of the Judges of the Tribunal held on 29 March 2004 that “... a judgment rendered in proceedings initiated by a constitutional complaint where an error is found [by the Tribunal] in a normative act in terms of constitutional law should, *pro futuro*, result in quashing of administrative or judicial decisions issued on the basis of that act and referring the case back to the concerned public administrative authority or court for a new discussing. This would be a way of avoiding situations that are incomprehensible for citizens, of which I am aware from complaints submitted to my office, where the court refuses to initiate proceedings in spite of the fact that the complainant benefits from a judgment of the Constitutional Tribunal.” – *Wystąpienie rzecznika praw obywatelskich Andrzeja Zolla*, “Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, tom XX, Warszawa 2004, p. 53. The published version lacks the idea formulated in the brackets, which the author of this paper heard in Prof. Zoll’s speech: that the postulated power of the Tribunal to quash court decisions could perhaps be introduced by a statutory act, i.e. without amending the Constitution. I would agree with this opinion, although it might find opponents in dogmatic terms; in conformity with the Constitution, a constitutional complaint would continue to be aimed directly against a legal norm and possible quashing of an individual decision by the Tribunal would be a side effect of declaring the norm unconstitutional.

L. Garlicki, *Ewolucja pozycji ustrojowej Sądu Najwyższego (1989–2010)*, “Państwo i Prawo” 11/2010, maintains that any possible changes in the regulation of constitutional complaint could be “beneficial for the protection of human rights and for unification of the manners of application of the individual provisions of the Constitution by the courts”, but at the same

curious to know how the European Court of Human Rights would rule if someone complained that his case of not respecting by a common court the guarantees laid down by the Constitution according to the Tribunal's judgment infringed his right to fair trial.

The said resolution formally applies to court proceedings where the Code of Civil Procedure is applied (roughly in cases in the areas of civil, labour, social insurance and electoral law). As the resolution bases the interpretation of the conditions for resumption of proceedings according to the Code of Civil Procedure on interpretation of Art. 190 (4) of the Constitution, the cited standpoint of the Supreme Court, logically, also influences the understanding of the conditions for resumption of proceedings in criminal and disciplinary matters.⁴¹

time, they would disrupt the "balance" among bodies of the judicial branch which is based on the 1997 Constitution, and any such changes would therefore have to be submitted in a "package" and accompanied by reform of the composition and manner of appointing judges of the Constitutional Court so that the latter would be more "judicial" and less political: a third of the judges of the Constitutional Tribunal could be elected from among judges of the Supreme Court and High Administrative Court directly by these bodies, or by the Parliament based on their nomination (p. 16). May we add that, according to the currently valid Constitution, constitutional judges are elected individually by the Sejm "from amongst persons distinguished by their knowledge of the law" (Art. 194 (1)); the Constitutional Tribunal Act specifies that a candidate must meet the requirements applicable in the appointment of judges of the Supreme Court or the High Administrative Court and must be nominated by the Board of the Sejm or a group of at least 50 of its 460 members, and elected by an absolute majority of votes.

- 41 The provisions of the Code of Criminal Procedure apply analogously in disciplinary proceedings (as well in the so called lustration procedure, i.e. reviewing of the Communist past of today's public functionaries). Mention should be made of the Tribunal's judgment of 27th October 2010, K 10/08, which was rendered in the form of a negative interpreting judgment regardless of the Supreme Court's resolution of 17th December 2009. The matter dealt with by the Tribunal was concerned with criminal liability of judges who retroactively applied the anti-opposition criminal rules of the infamous Communist decree (with the force of statutory law) on the state of war of December 1981. The mentioned judgment of the Constitutional Tribunal, issued on the basis of a request from the Ombudsman, is an indirect polemic against the interpreting resolution rendered by 7 judges of the Supreme Court on 20th December 2007, I KZP 37/07, published, *inter alia*, in "Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa" 12/2007, pp. 3–13. According to the Supreme Court, the current State may not criminally prosecute judges who applied the said rules, in spite of Art. 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to acts committed before the actual publication of the decree, and the relevant applications for permitting criminal prosecution submitted made by the prosecutors from the Institute of National Remembrance should be rejected as clearly unfounded (in view of the immunity which also applies to retired judges). The Tribunal declared that the legal provision that requires a court to reject an application for permission of criminal prosecution on the grounds of being clearly unfounded, if the provision is conceived in that this clear lack of foundation also exists in respect of "a question that requires an essential interpretation of law", is inconsistent with the constitutional principle of the rule of law. The author of one of 5 dissenting opinions, constitutional judge E. Łętowska, objects, *inter alia*, that this judgment of the Constitutional Tribunal, which is, in substance, aimed against the resolution of the Supreme Court of 20th December 2007, does not in effect annul that resolution and ignores the standpoint of the Supreme Court contained in its resolution of 17th December 2009, rejecting the binding effect of interpreting judgments of the Tribunal: "It is not appropriate to use ineffective instruments in vain, because this makes those instruments which are effective obsolete and insignificant" (p. 43 of the judgment of the Constitutional Tribunal in the online version).

3.3. Constitutional Tribunal: The courts must not conduct *ad hoc* review of statutory law.⁴²

The leading commentary on the Polish Constitution notes that “the key controverse question of direct application of the Constitution is whether the courts have the power to reject application of a statutory act not conforming to the Constitution and what relationship this power has to the constitutionally guaranteed power of the Constitutional Tribunal in the area of review of legal norms as to their conformity to the Constitution”.⁴³ This problem is not resolved in a uniform manner in the case-law of the Supreme Court and common courts; on the other hand, administrative judiciary maintains almost exclusively the opinion that, if a judge does not want to apply a certain statutory law rule on the grounds of its inconformity to the Constitution, he should refer a question to the Constitutional Tribunal pursuant to Art. 193 of the Constitution.⁴⁴ This opinion is also maintained by the Tribunal in its settled case-law.⁴⁵

Both the advocates and opponents of the opinion that the courts may *ad hoc* refuse the application – in the given case – of an unconstitutional statutory norm, without putting the relevant question to the Constitutional Tribunal, refer predominantly to three provisions of the Constitution: Art. 8 (2) (direct application of its provisions); Art. 178 (1) (judges of common courts are bound only by the

42 Our further considerations are limited to review of constitutionality of statutory, although according to the Constitution the review powers of the Constitutional Tribunal also apply to conformity of sub-statutory law to other norms of higher legal force (Art. 79, 188 and 193 of the Constitution). In our opinion, the issue of the Constitutional Tribunal’s monopoly versus the courts’ authorisation to conduct *ad hoc* review of conformity of statutory law to the Constitution is an “ideal type” in some respect, because a) Poland has not a tradition of *ad hoc* review of consistency of statutory law with the Constitution by the courts, and the Constitution being in force between the World Wars even excluded such review, in contrast to review of sub-statutory regulations; b) the current Constitution stipulates that judges are bound only by the Constitution and statutory law; c) in case of inconsistency between a statutory act and the Constitution, there is no an explicit legal rule which would say how the bodies applying law should solve the collision (other than, for example, in respect of Art. 91 (2) of the Constitution: “An international treaty ratified upon prior consent granted by a statutory act shall have precedence over statutory law if such a treaty cannot be reconciled with the provisions of statutory law” – this collision rule apparently permits limited *ad hoc* review of legal norms by a court applying law); d) the legislation confers on no authority other than the Constitutional Tribunal the power to make decisions on inconsistency of laws with the Constitution with *erga omnes* effect (other considerations apply to the review powers in administrative judiciary in respect of legal norms issued by regional and local governments). However, it can be stated that further comments on review of consistency of statutory law with the Constitution also apply to review of the constitutionality or the legality of sub-statutory law issued by central governmental authorities.

43 K. Działocha, considerations on Art. 8 of the Constitution, state as of 1 August 2007, in: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007 (free sheets), p. 49.

44 Cf. (with further references): K. Działocha, op. cit., p. 51; B. Banaszek, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, pp. 72–74; L. Garlicki, op. cit. (see footnote 40), pp. 13–14.

45 Cf. an overview of decisions: *Kontrola konstytucyjności ustaw – Trybunał Konstytucyjny a sądy. Wybór orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego z lat 1998–2001*, http://www.trybunal.gov.pl/publikacje/download/kontrola_ku.pdf (state as of 2nd April 2013).

Constitution and statutory law) and Art. 193 (courts may refer to the Tribunal questions related to conformity of the relevant norm with a norm of higher legal force). Indeed, these three provisions, based on various interpretations, imply contradictory conclusions: almost “Tribunal-centric” and “court-centric”.⁴⁶

Insofar as the practice of *ad hoc* review of conformity of statutory law with the Constitution by the courts – either in the form of directly denying application of an allegedly non-conforming norm or in the form of alleged conforming interpretation of the applied norm, where this is, in substance, construction *contra legem* (at variance with the wording of the law) – was latent and did not question the review powers of the Constitutional Tribunal, the latter tended to disregard it. An open confrontation was initiated when the courts’ case-law related to conformity of certain provisions with the Constitution became contradictory with the case-law of the Tribunal. It is quite remarkable that a wave of judicial activism in respect of *ad hoc* review of conformity of legal norms with the Constitution began 13 years ago in relation to disputes on the amounts of judges’ salaries, where certain judges of district courts filed lawsuits with their colleagues with a claim for an increase in their salaries

46 Cf., for example, the confrontation of two such standpoints in the book *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji*, red. K. Działocha, Warszawa 2005: A. Mączyński, A. Łyszkowska, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Trybunał Kontytucyjny*, pp. 25–51; W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, pp. 52–84. The authors of the first article mentioned above note the “exclusivity of the Tribunal’s power to make decisions on hierarchical consistency of law” and “inadmissibility of *ad hoc* review with effects limited to a specific case” (p. 48); they emphasise that the existing structure of constitutional means to ensure consistency of the entire body of legal regulations with the Constitution is “complete and capable of achieving the goals set by the legislature” and therefore “recognition of the power of the courts to reject application of a valid law is not a way of filling a legal gap, because there is simply no such gap”; they point out the risk of *ad hoc* review of norms from the viewpoint of protection of freedoms and rights of an individual and values important for the functioning of a State governed by the rule of law, which they illustrate on an example where a Cracow court – as sole judge, without statement reasons – refused to apply a legal provision which it considered inconsistent with the Constitution while the Constitutional Tribunal later decided *erga omnes* that the provision conformed to the Constitution (pp. 50 and 51). In contrast, the author of the second article believes that if a court that considers a relevant legal provision unconstitutional is deemed to have a duty to refer the relevant question to the Constitutional Tribunal, this results, *inter alia*, in “limitation of the scope of direct application of the Constitution by the courts, frequent opportunism on the part of judges (escape from responsibility) and enforcement of law “no matter what it takes and regardless of the possible axiological mistakes and praxeological shortcomings” (p. 58). The monopoly of the Constitutional Tribunal in decision-making on unconstitutionality of statutory law is also acknowledged, in substance, by L. Garlicki, *op. cit.* (see footnote 40): he considers it a matter of fact that the courts “may, and perhaps also must”, consider whether a legal regulation on the basis of which a decision is to be made in the given case is consistent with provisions of higher legal force; any potential doubts as to consistency of a statute with the Constitution may be resolved by the court on its own responsibility, without making an inquiry with the Tribunal, only if it considers the statute constitutional; however, if it insists that the statute is contrary to the Constitution, it is strictly obliged to refer the relevant question to the Tribunal; different considerations apply to *ad hoc* control of hierarchical conformity of sub-statutory law (p. 13). Serious arguments against *ad hoc* review of regulatory law issued by central governmental authorities after the new Constitution has entered into force are presented by: A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji przez sądy*, “Państwo i Prawo” 5/2000, pp. 12–13; J. Trzciniński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 4 lipca 2001 r.*, “Przegląd Sejmowy” 1/2002, p. 123.

beyond the level determined on the basis of the (statutory) Common Courts Act and the regulation of the President of the Republic, because they considered these rules contrary to the Constitution in view of the inappropriately low salaries. Certain courts satisfied the suits and determined, in their judgments, the amount of the salary directly on the basis of Art. 178 (2) of the Constitution, according to which “Judges shall be provided with appropriate conditions for work and granted remuneration consistent with the dignity of their office and the scope of their duties”. Some district courts continued to render these judgments even after the Constitutional Tribunal ruled that the relevant sub-constitutional provisions conform with the cited guarantee of the Constitution.⁴⁷

In the reasoning of its two decisions of the year 2000, in respect of the judges’ salaries,⁴⁸ the Tribunal emphasised its opinion that it was the only authority empowered to declare statutory acts inconsistent with the Constitution. According to the Tribunal, the principle of direct application of the Constitution and the principle that judges are bound only by the Constitution and statute do not imply the authority of the courts to refuse application of a valid statutory act in view of its alleged inconsistency with a general constitutional norm⁴⁹ and then make a decision directly on the basis of the Constitution. The fact that a judge is bound by the Constitution does never suspend his being bound by any statutory act, even when the latter seems to be unconstitutional. If a court wanted to avoid application of a statutory norm on the grounds of its non-conformity with the Constitution, it should refer an appropriate question to the Constitutional Tribunal.⁵⁰ It can thus be noted that the presumption of consistency of valid statutory law with the Constitution, to which the Constitutional Tribunal refers in its case-law, has a qualified form, because it can

47 For more, see B. Banaszekiewicz, *Verwerfungsmonopol des Verfassungsgerichtshofs versus Normenkontrolle durch Fachgerichte, am Beispiel des Streits um Richtergehälter*, „Jahrbuch für Ostrecht“ 43 (2002), pp. 69–90.

48 Procedural decision of 20th March 2000, P 12/98, and judgment of 4th October 2000, P 8/00 (in both cases, on the basis of questions referred by common courts).

49 The case was concerned with a constitutional guarantee of judges’ salaries (Art. 178 (2)), which is undoubtedly “more general” than the relevant statutory acts and orders of the President of the Republic that serve as a basis for determining the specific amount of the salary. According to the Tribunal, the mentioned guarantee was originally addressed to the legislature and is not suitable as a basis for determining the specific amount of salary. Other considerations should apply, according to the case-law of the Constitutional Tribunal, in cases of obvious variance between almost symmetrical provisions of the new Constitution and of a statute adopted before the Constitution entered into force, governing the same matter (e.g. the electoral term or deadline) with the same level of detail: in these cases, the clear collision could be resolved by the court itself on the basis of the conflict rule of *lex posterior derogat legi priori*. A borderline case would arise if the pre-Constitution statute stipulated the conditions of criminal prosecution of members of parliament (in case of formal immunity) in stricter terms than the new Constitution, and its application would thus be clearly inconsistent with direct application of the Constitution. The Ombudsman submitted to the Constitutional Tribunal a proposal for declaring the legislation inconsistent with the Constitution and the Tribunal satisfied the proposal (judgment of 28th November 2001, K 36/01, with further references).

50 Reasoning of the judgment of 4th October 2000, P 8/00, p. 13 in the on-line version. The concept of direct application of the Constitution is clarified and emphasis is placed on the monopoly of the Constitutional Tribunal in the area of reviewing conformity of laws with the Constitution in the statement of reasons for the judgment mentioned in the previous footnote.

be annulled only by a judgment rendered by the Tribunal in special proceedings initiated by an application of a competent authority, a question referred by a court or a constitutional complaint.⁵¹ A court that considers a statutory norm non-conform with the Constitution is not only authorised, but also obliged to initiate review proceedings before the Tribunal.⁵²

Let us return to the earlier wave of judges' activism related to the issue of salaries. Exactly nine months after the Tribunal had rendered its judgment of 4th October 2000 which had declared the regulation of judges' salaries in the Common Court Act and the regulation of the President consistent with the Constitution, the Supreme Court spoke in order to "correct" the hard saying of the Tribunal regarding the monopoly of this body to make decisions on non-conformity of statutory act with the Constitution. Indeed, a regional court that had been to decide in the second instance on a dispute concerning the amount of a judge's salary had referred a preliminary question to the Supreme Court asking whether the courts were bound by the judgment of the Tribunal declaring that a certain sub-constitutional regulation was consistent with the Constitution (!). In its resolution of 4th July 2001⁵³, the Supreme Court replied in the affirmative, but only as regards the conformity of the given norm with the provision of the Constitution set out in the operative part of the Tribunal's judgment. If a court that is to make the relevant decision believes that the given norm is at variance with some other provision of the Constitution, i.e. a provision not stated in the operative part of the Tribunal's judgment, it may itself reject its application or it may refer a question to the Tribunal. The latter would thus have to declare that the given norm conforms to the entire Constitution (which is never the case in practice) to prevent the courts from their own *ad hoc* review. In the case at hand, while the Tribunal declared that the sub-constitutional regulation of the amount of judges' salaries was in conformity with the general provision of the Constitution on these salaries, any court could nonetheless allegedly refuse to apply the said regulation if it came to the conclusion that it was at variance, for example, with the principles of division of powers or requisites of the rule of law, and make its decision directly on the basis of the Constitution.

The idea that a judge, for example of a district court, could himself decide on non-conformity of a statutory act with the Constitution, where that act has already been reviewed by the Constitutional Tribunal and the latter did not find it

51 I believe that this qualified presumption also applies to the Tribunal itself, as it may not refuse to apply valid laws pertaining to its decision-making (no such refusal is known to have occurred), albeit its judges, unlike judges of common courts, are subject only to the Constitution. As a matter of fact, paradoxically, no panel of the Constitutional Tribunal, unlike the courts, is authorised to initiate review proceedings on constitutionality of a statutory act relevant for its decision-making.

52 To this effect, J. Trzcziński, *op. cit.* (see footnote 46), pp. 123–124. The cited author justifiably considers that the word "may" in Art. 193 of the Constitution, which contains a competence rule addressed to a governmental authority, means an authorisation and that its addressee is obliged to exercise this authority under circumstances in view of which the competence is conferred on him. This fundamentally differs from the freedom of an individual to exercise or not exercise his right.

53 III ZP 12/01. The text is published in "Orzecznictwo..." (see footnote 34) 2/2002, pp. 58–60. This resolution is binding only in the given specific case.

contrary to the Constitution,⁵⁴ appears to be gross contempt of the authority of constitutional judiciary and extreme overestimation of the capacity of common courts in terms of constitutional law.

4. Conclusion

“It would be unfortunate for the legal order [...] if these contradictions continued. They are justifiably criticised in view of the principles of the rule of law and protection of rights and freedoms of citizens given the lack of certainty as to consistent application of law in decision-making of judicial bodies. In the long term, it undermines the authority of these bodies and authority of law in the eyes of citizens.”⁵⁵ These words drawn from a commentary on the Constitution are directly related to the issue of permissibility of *ad hoc* review of constitutionality of statutory law as opposed to the Tribunal’s monopoly on such a review. However, it also applies to the other fields of confrontation between the Supreme Court and the Constitutional Tribunal.

Partial lack of respect for the case-law of the Constitutional Tribunal on the part of the Supreme Court, or the common courts with blessing from the Supreme Court, is especially unfortunate for affected individuals who – if they are at all able to understand any of the battles for decent positions and toys on the judiciary’s playground – can feel like guinea pigs to resolving very interesting and highly inspiring legal issues. The war is being fought at their expense as the Constitution promises them, according to the Tribunal, something that the courts then refuse to fulfil; those fortunate holders of judicial offices who were able to successfully litigate and obtain salaries in an amount to which they were not entitled according to the relevant statutory act and Constitutional Tribunal’s case-law, are perhaps the only exception. The citizens thus perceive the State governed by the rule of law rather as a State of lawyers who dare to sacrifice legal certainty and fairness to enforce their own interests and opinions.

Open and long unresolved conflicts in the case-law of top judicial bodies are a manifestation of a kind of a slight anarchy in the State. They have a particularly bad influence on judges of lower instances, who receive contradictory signals and instructions “from above”. This is similar to quarrels between parents on upbringing of their child where the mom asks the child to listen to her and not to the dad, and *vice versa*. In the beginning, the child will tend to obey the one who it is more dependent on or who it is more afraid of, but eventually it will stop listening to both.⁵⁶

54 This is not prejudiced by the fact that the Constitutional Tribunal decides on conformity of the contested norm only to the provision of the Constitution referred to by the applicant. There are several reasons why the presumption of constitutionality of a statutory norm that conforms to the Constitution according to a judgment rendered by the Constitutional Tribunal should subsequently be even more applicable. (On the other hand, some jurists believe that statutory acts conforming to the Constitution are like healthy people: there are in fact no such people, some are only inaccurately examined. If this is true, they should at least not be examined by healers who find a disease that does not exist.)

55 K. Działocha, *op. cit.* (see footnote 43), p. 52.

56 The controversies between the Supreme Court and the Constitutional Tribunal are usually formulated in their rulings in a sophisticated scientific-diplomatic language. However, when the lively debate is joined by courts of lower instances, they sometimes use more open speech. A week after the Constitutional Tribunal rendered its judgment on consistency of regulation

The partial questioning of the case-law of the Constitutional Tribunal by courts is often related to the absolutistic (“judge-centric”) perception of the principle of independence. This principle is proclaimed in the Constitution in a close relationship with, and even in the same sentence as, the guarantee that judges are bound only by the Constitution and statutory law. According to absolutistic interpretation of independence, a judge is subject only to the Constitution and statutory law because he is independent and should follow his own independent interpretation; judges may be bound by decisions and interpreting instructions of institutional authorities only exceptionally. However, in a democratic State governed by the rule of law, judicial independence should be understood as an instrumental value: a judge’s role is to correctly apply the Constitution and statutory law; to play this role well the judge should not be subject to any interests, passions or tastes, whether of other persons or his own, but rather follow the word and spirit of the Constitution and statute, which by no means excludes – and actually even presumes to a certain degree – rational and orderly, stipulated in the Constitution or statutory law, compliance with the decisions and interpreting instructions of institutional authorities that are based on judicial independence and are aimed at protecting constitutionality and legality.

Legal certainty and coherence of a democratic State requires co-operation and mutual respect for the powers of various bodies. While certain tensions are probably inevitable in countries that have a special body for judicial review of the constitutionality of law standing outside the structure of courts that apply statutory law, they should be minimised subject to certain conditions, including self-restraint and a positive approach to the counterparty. It would be naive to think that everything can be resolved through precise constitutional or statutory regulation and that the best remedy against the existing malfunctions would be a legislative change.⁵⁷ I believe that, according to the word and spirit of the Polish Constitution of 1997, the Supreme Court (and also the High Administrative Court) should respect the “leading role” of the Constitutional Tribunal in the area of interpretation of the Constitution and Constitutional Tribunal Act, including the concept of the powers of this body and the effects of its decisions, while the Tribunal should respect the “leading role” of the Supreme Court and the High Administrative Court in respect of interpretation of statutory law applied by the courts. From this viewpoint, the

of judges’ salaries with the Constitution, a judge of the Częstochowa District Court issued a judgment which accepted a lawsuit filed by a colleague claiming a higher salary and, in the reasoning, the judge made himself clear as to his thoughts on the opinions contained in the Tribunal’s judgment (they are “at variance with rational thinking” and represent a “centralist opinion expressing a certain type of Byzantium legal thought”). Moreover, the judge from Częstochowa interpreted the binding effect of the Tribunal’s judgments for courts more narrowly than the Supreme Court did so later in its decision of 4th July 2001. The cited contribution to the debate among the judiciary could be read *in extenso* in a legal magazine, under the fitting title “In Częstochowa differently than at the Tribunal”: *W Częstochowie inaczej niż w Trybunale*, “Gazeta Sądowa” 2/2001, pp. 9–15 and 3/2001, pp. 12–23. There is no guarantee that some other district court will not make similar comments at some point on a decision of the Supreme Court.

57 The statutory power of the Constitutional Tribunal to quash a court decision within discussion of a constitutional complaint, which is considered necessary by some experts, would be an “emergency” step forced by the said situation, with a view to enforcing respect of the courts for the Tribunal’s case-law.

above-described conflict of case-laws cannot be considered “symmetrical” (although “neutral” assumption of symmetry appears to certain jurists to be the most natural and safest approach). Indeed, it is usually the Supreme Court, or more specifically: a certain activist part of its judges, that launches the attacks.

I tend to believe that the described problems are, in substance, related to legal culture, while their jurisprudential appearance is mostly secondary.

Prawo do rodziny a prawo do planowania rodziny

Right to Family and Right to Family Planning

The article discusses issues involving the concepts of the "right to family" and "right to family planning". There are many controversies around these terms that occur with varying intensity depending on ongoing public and political debate. Their basis is often the lack of standardized terminology which results in numerous linguistic misunderstandings. That proves that there is a need for their strict definition. The article analyzes differences between these concepts and tries to arrange them.

The author wants to separate the right to family in the strict sense, that is the right to found a family and the right to family planning understood as the right to have children, from the concept of the right to a family in the broad sense.

Right to family planning is carefully analyzed and the author tries to show the rights of which it is composed: the right (freedom) to decide: 1) to have children, 2) with which partner, 3) the number of children one would like to have, 4) as well as the time of their birth, 5) and also if one wants to have a child that is already conceived (right to abortion).

This article also seeks to answer the question whether the right to family planning includes the right to abortion. The article also relates to issues that do not apply to the construction of the right to family planning itself but are strongly associated with raised rights, such as: the procedures of artificial procreation. The study also applies to the issues related to surrogacy.

The discussion presented in the article aims at clarifying the terminology.

Piotr Machnij

magister prawa

Wokół określeń „prawo do rodziny” i „prawo do planowania rodziny” występują liczne kontrowersje, które pojawiają się z różnym nasileniem, wynikającym z trwającej od lat debaty publicznej i politycznej. Często ich podłożem jest brak ujednoczenia terminologii, którego skutkiem są liczne nieporozumienia na gruncie znaczenia językowego poszczególnych zwrotów, wobec czego zachodzi potrzeba ścisłego określenia ich treści.

Przede wszystkim, aby doprowadzić do porządku terminologicznego, należy przeanalizować, co znaczą zwroty „prawo do rodziny” i „prawo do planowania rodziny” na gruncie języka prawnego, języka prawniczego a także

z punktu widzenia semantyki języka polskiego. Terminy te powstały w języku prawniczym i przyjęły się zarówno w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie. W celu ich właściwego scharakteryzowania należy zastanowić się nad znaczeniem każdego ze słów będących jego częściami składowymi, czyli jak rozumieć słowo „prawo”, które dotyczy czynności „planowania” oraz „prawo do” „rodziny”.

Jednym z bardziej kontrowersyjnych problemów pojawiających się na gruncie teorii prawa, który nadal nie ma jednoznacznego rozstrzygnięcia, jest rozumienie zwrotu „mieć prawo do czegoś”. Prawnicy najczęściej łączą to wyrażenie z pojęciem prawa podmiotowego, przez które rozumieją „pewną sytuację prawną wyznaczoną podmiotom przez obowiązujące normy i chroniącą prawnie uznane interesy tych podmiotów. Na sytuację tę składają się wolne – w aspekcie normatywnym – zachowania psychofizyczne lub konwencjonalne podmiotu uprawnionego, z którym sprzężone są zawsze obowiązki innego podmiotu lub innych podmiotów, przy czym, z reguły (to znaczy, gdy norma prawna tego nie wyłącza) uprawnionemu przysługuje również kompetencja do żądania, by organ państwowy dysponujący przymusem doprowadził do zrealizowania sprzężonych z prawem podmiotowym obowiązków”¹. Prawo podmiotowe można również rozumieć jako „złożoną sytuację prawną wyznaczoną jakimś podmiotom przez obowiązujące normy ze względu na uznane przez prawodawcę społecznie uzasadnione interesy tych podmiotów”².

Należy wyraźnie podkreślić, że w przypadku prawa do rodziny i prawa do planowania rodziny co do zasady nie mamy do czynienia z prawem podmiotowym, ponieważ podmiot uprawniony nie może się domagać od organów stosujących prawo realizacji swojego uprawnienia, a jedynie może żądać nieingerowania w sferę jego prawnie chronionych interesów. W sytuacji tej mamy do czynienia raczej z konstrukcją wolności prawnie chronionej. W takim ujęciu prawo to jest skuteczne *erga omnes* i dopiero w razie jego naruszenia powstaje po stronie podmiotu poszkodowanego prawo podmiotowe w przedstawionym wyżej rozumieniu i związane z nim roszczenie skierowane przeciwko naruszytelowi tego prawa.

Z punktu widzenia gramatycznego słowo „planowanie” to czasownik określający pewną czynność psychiczną, odnoszącą się do zjawisk, które mają zdarzyć się dopiero w przyszłości. Wyrazami bliskoznacznymi tego słowa są m. in. „przewidywanie”, „określanie z góry”, „organizowanie”, „zamierzanie” czy „przygotowywanie się”. Można więc planować do momentu osiągnięcia zaplanowanego celu, ponieważ, zachowując logiczną poprawność, nie można planować czegoś, co już się to uzyskało.

Ostatnim słowem, nad którym należy się zastanowić, jest rodzina. Definicja encyklopedyczna tego pojęcia określa rodzinę jako grupę społeczną złożoną z małżonków i ich dzieci (także adoptowanych) oraz ogółu krewnych małżonków (powinowatych)³. Na gruncie polskiego prawa można przyjąć rozróżnienie rodziny bliższej, określanej niekiedy jako rodzina w sensie węższym (tj. złożonej z małżonków i ich wspólnych dzieci, zwłaszcza małoletnich) i rodziny dalszej, określanej jako rodzina w sensie szerokim (obejmującej także innych krewnych, a nawet

1 Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Poznań 2009, s. 88.

2 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 109.

3 Encyklopedia PWN, hasło: „rodzina”,
<URL=<http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/4011746/rodzina.html>> [dostęp: 18.04. 2013].

powinowatych)⁴. W literaturze prawniczej podnosi się, że mimo nieposiadania przez rodzinę osobowości prawnej ani podmiotowości cywilnej, pozostaje ona jednak „podmiotem interesu chronionego prawem”⁵.

1. Prawo do rodziny *sensu stricto*

W celu stworzenia ładu terminologicznego słuszne wydaje się rozróżnienie prawa do rodziny *sensu largo* i prawa do planowania rodziny. Otóż poprzez zwrot prawo do rodziny należy rozumieć prawo do rodziny *sensu stricto*, czyli prawo do założenia rodziny oraz prawo planowania rodziny, które można utożsamić z prawem do posiadania potomstwa (co istotne, którego efektem może być założenie rodziny).

Prawo do rodziny w znaczeniu wąskim, można rozumieć podmiotowo, czyli komu przysługuje prawo do założenia rodziny i przedmiotowo, czyli co składa się na to prawo. Jeśli chodzi o przedmiotowe ujęcie prawa do rodziny, należy przez nie rozumieć możliwość założenia rodziny, czyli najmniejszej i jednocześnie najważniejszej jednostki społecznej. Może to nastąpić np. poprzez zawarcie związku małżeńskiego, urodzenie się dziecka konkubentom albo w wyniku przysposobienia dziecka przez osobę samotną.

Na przestrzeni ostatnich kilku (kilkunastu) lat pojawiają się pytania: komu to prawo przysługuje?, a także czy nie powinno ono przysługiwać również innym osobom (np. parom homoseksualnym)? Na gruncie polskich unormowań prawnych zakłada się, że prawo do rodziny *sensu stricto* może przysługiwać: (1) małżonkom (osobom starającym się wstąpić w ten związek), (2) osobom pozostającym w mieszanych związkach nieformalnych, jeżeli osoby te posiadają wspólne potomstwo (lub zamierzają je posiadać), a także (3) osobom samotnie wychowującym dzieci lub dążącym do ich wychowywania (tzw. rodziny niepełne).

Oдноśnie do istnienia rodziny, którą tworzą małżonkowie, nie ma żadnych wątpliwości. Dokonując wykładni art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁶, można stwierdzić, że małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny, natomiast zgodnie z art. 23 zd. 2 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷ rodzina powstaje poprzez zawarcie takiego związku. Istotne jest to, że tak rozumianą rodzinę tworzą również małżeństwa bezdzielne. Podkreślić należy, że małżeństwo to związek prawny, który ma charakter cywilno- i rodzinnoprawny.

W polskiej debacie publicznej i politycznej coraz częściej podnosi się, że rodzinę tworzą również konkubinaty osób różnej płci, a także nieformalne związki homoseksualne. W przypadku konkubinatów par mieszanych na płaszczyźnie języka prawnego związki takie nie tworzą rodziny. Słusznie podnosi się w piśmiennictwie prawniczym, że „pozostawanie w takim związku rozpatrywać należy nie jako zjawisko o charakterze rodzinnoprawnym, ale występujące w sferze prywatności danej osoby. Jeżeli w takim związku nie ma dzieci, to skutki jego istnienia mają wyłącznie charakter cywilnoprawny”⁸. Tak więc, dopiero z chwilą narodzin pierwszego

4 Argument z art. 134 k.r.o.

5 T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2010, s. 26.

6 Dz. U. z 1997 Nr 78, poz. 483.

7 Dz. U. z 2012 poz. 788 tekst jedn.

8 T. Sokołowski, *Prawo rodzinne...*, op. cit., s. 27.

wspólnego potomka konkubentów dochodzi do założenia przez nich rodziny w znaczeniu prawnym.

Odnośnie do związków osób tej samej płci, na gruncie obowiązującego prawa nie można ich uznać za związki tworzące rodzinę w rozumieniu języka prawnego, ponieważ nie można tutaj mówić o trwałym związku prawnym kobiety i mężczyzny⁹. Problem natury prawnej pojawia się natomiast w sytuacji, gdy w takim nieformalnym związku wychowują się dzieci jednego z partnerów, bowiem nasuwa się tutaj pytanie, czy w takiej sytuacji mamy do czynienia z rodziną. Odpowiedzią wydaje się założenie, że mamy tutaj do czynienia z rodziną niepełną, którą tworzą jedynie rodzic i dziecko, ale już nie partner rodzica, podobnie jak ma to miejsce w konkubinacie osób różnej płci, w którym wychowują się dzieci jednego z konkubentów.

Prawo do rodziny przysługuje również osobom samotnym, np. w przypadku orzeczenia rozwodu (śmierci małżonka) i samotnego wychowywania dziecka albo sytuacji posiadania dziecka pozamałżeńskiego. Ponadto prawo do rodziny przysługuje osobom, które przysposobiły dziecko lub które starają się o przysposobienie, ponieważ na podstawie art. 121 k.r.o. przez przysposobienie powstaje między przysposabiającym a przysposobionym taki stosunek, jak między rodzicami a dziećmi. W literaturze prawniczej podnosi się również, że rodzina istnieje także wtedy, gdy dziecko jest wychowywane przez osoby z nim niespokrewnione (np. na podstawie opieki), a taką rodzinę nazywa się rodziną wychowawców¹⁰.

Zasadne wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy z tak rozumianego prawa mogą powstać roszczenia, czy są to tylko wolności prawnie chronione, w których system ochrony prawnej zostanie uruchomiony dopiero w przypadku naruszenia tych praw. Wydaje się, że można tutaj mówić, w niektórych przypadkach o prawie (w znaczeniu języka prawniczego), a w innych już nie. Przykładowo można mówić o prawie do przysposobienia, jeżeli zostaną spełnione jego ustawowe przesłanki, chociaż w tej sytuacji nie ma możliwości podniesienia jakiegokolwiek roszczenia. Z kolei w przypadku związków nieformalnych mamy do czynienia tylko z prawem rozumianym potocznie, ponieważ te sytuacje nie rodzą żadnych konsekwencji w sferze rodzinnoprawnej.

2. Prawo do planowania rodziny

Prawo do planowania rodziny, czyli prawo do posiadania potomstwa także można rozumieć podmiotowo i przedmiotowo. Krąg osób, które posiadają to prawo, przedstawia się podobnie jak w przypadku prawa do rodziny. Tak więc, prawo to przysługuje: małżonkom, nieformalnym związkom par mieszanych i osobom samotnym posiadającym, jak i nieposiadającym dzieci. W przypadku małżonków można stwierdzić, że prawo to wynika z głównej funkcji małżeństwa, czyli funkcji prokreacyjnej. Także w sytuacji osób samotnych posiadających dzieci można mówić o prawie do planowania rodziny, ponieważ osoby te tworzą już rodzinę ze swoimi dziećmi. Natomiast w wypadku konkubinatów i osób samotnych bezdzietnych prawo to jest niejako związane z prawem do rodziny, ponieważ rodzice decydując się na posiadanie potomstwa, decydują równocześnie o założeniu przez nich rodziny, której wcześniej nie tworzyli.

9 Ibidem, s. 26.

10 Ibidem, s. 27.

Odnosnie do przedmiotowego znaczenia prawa do planowania rodziny można stwierdzić, że polega ono na prawie (wolności) podjęcia decyzji: (1) o posiadaniu potomstwa, (2) z jakim partnerem, (3) o ilości dzieci, które chce się mieć, (4) a także o czasie ich urodzenia, (5) jak również – co wywołuje największe kontrowersje – o tym, czy chce się urodzić dziecko już poczęte (prawo do aborcji).

Należy się zastanowić, jaki jest charakter tak rozumianego prawa do planowania rodziny, w szczególności, czy można je uznać za dobro osobiste, a także nad tym, czy w jego zakresie mieści się prawo do aborcji. Jako pierwszy na gruncie prawa polskiego zagadnieniem prawa do planowania rodziny zajmował się Stanisław Rudnicki, który uważał, że na gruncie obowiązującego prawa polskiego nie ma podstaw do uznania tego prawa za dobro osobiste. Zauważył on, że przy prawie do planowania rodziny dochodzi do „kolizji pomiędzy dwoma dobrami osobistymi: kobiety do swobodnego kształtowania swojego życia osobistego i dziecka, znajdującego się w stanie prenatalnym, do życia (urodzenia). Pierwsze z tych dóbr mieści się w otwartym katalogu dóbr osobistych wymienionych w przykładowo w art. 23 k.c. i doznaje ochrony konstytucyjnej (art. 47 Konstytucji), natomiast drugie wymaga na wstępie rozstrzygnięcia dylematu, czy w naszym porządku prawnym dziecku poczętemu przysługuje podmiotowe prawo do życia (urodzenia), które może być przeciwstawione prawu kobiety ciężarnej do usunięcia ciąży”¹¹.

W języku potocznym za dobro uznaje się coś, co ma określoną wartość wyrażającą się albo w pieniądzu (np. samochód), albo w wartościach niematerialnych (np. przywiązaniu bądź uczuciu do czegoś – pamiątka po kimś mająca jedynie wartość subiektywną dla danej osoby). Definicja encyklopedyczna określa dobro jako „to, co [jest – PM] pożądane przez wszystkich, czemu można przypisać wartość pozytywną, a zarazem, co samo jest wartością”¹².

Natomiast dobro prawne to termin pochodzący z języka prawnego i prawniczego „oznaczający dobro (a więc to, co pożądane, wartościowe) realizowane lub chronione przez przepisy (normy) prawne”¹³. Dobra prawne mogą mieć charakter materialny bądź niematerialny. Niematerialnymi dobrami prawnymi są m. in. dobra osobiste. Należy podkreślić, że pewne dobro staje się dobrem prawnym, „jeśli prawodawca uznaje, iż jakieś dobro zasługuje na ochronę prawną, a wynikiem jego decyzji jest stworzenie normy konstytucyjnej albo normy prawa cywilnego, karnego, administracyjnego itd., na podstawie, której dobro to jest realizowane lub chronione (...)”¹⁴.

Tak więc można uznać za dobra osobiste jakieś pozytywne stany dotyczące człowieka (związane nierozdzielnie z jego osobą), będące wartością samą w sobie, które są rozpatrywane w sposób obiektywny. Można się spotkać z rozumieniem dóbr osobistych, które zakłada „uznane przez system prawny wartości (tj. wysoko cenione stany faktyczne), obejmujące fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego

11 S. Rudnicki, *Glosa do wyroku SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03*, „Monitor Prawniczy” nr 10, 2004, s. 475.

12 Encyklopedia PWN, hasło: „dobro”, <URL=<http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3893261/dobro.html>> [dostęp: 30.10.2012].

13 P. Sut, *Dobro prawne*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 49.

14 Ibidem, s. 50.

indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej¹⁵. Ponadto należy podkreślić, że dobra osobiste są „atrybutem każdej osoby fizycznej”¹⁶ i „są nieodłącznie związane z człowiekiem, i to bez względu na stan jego psychiki i stopień wrażliwości”¹⁷. Dobra osobiste oparte są na konstrukcji takich praw podmiotowych¹⁸, które mają charakter bezwzględny, niezbywalny i niedziedziczny¹⁹. Doktryna w przeważającej mierze zakłada koncepcję wielości dóbr osobistych, która oznacza, że dla poszczególnych typów dóbr osobistych należy konstruować odpowiadające im typy praw podmiotowych²⁰.

Zakładając, że prawo do planowania rodziny jest dobrem osobistym, należy wykazać, na jakiej podstawie opiera się to założenie. Przede wszystkim można stwierdzić, że „działania podejmowane w związku z planowanym potomstwem stanowią przejaw szeroko rozumianej wolności człowieka, a zatem prawo do planowania rodziny można objaśniać jako wycinek szerszego pod względem jurydycznym prawa do wolności”²¹. Ponadto „planowanie potomstwa niewątpliwie odnosi się do szczególnej sfery życia prywatnego człowieka i dlatego może być także kwalifikowane jako element prawa do prywatności”²².

Należy również zauważyć, że „pewna szczególna więź intymna związana z aktem prokreacji może uzasadniać stwierdzenie, iż planowanie rodziny podlega ochronie jako prawo do wolności życia seksualnego”²³ oraz, że „można uznać stan ciąży wywołany wbrew woli kobiety jako naruszenie integralności cielesnej”²⁴. Tak więc istnienie prawa do planowania rodziny można upatrywać w wielu innych szeroko rozumianych dobrach osobistych. Ochrona prawa do planowania rodziny wymaga jednak uznania go za osobne dobro, ponieważ „aktualny katalog dóbr osobistych nie zapewnia wystarczającej ochrony sfery życia człowieka związanej z planowaniem potomstwa”²⁵ np. „zastosowanie koncepcji naruszenia integralności cielesnej oznacza pozbawienie mężczyzny odpowiednich środków ochrony”²⁶. „Przesądza to o dopuszczalności wyodrębnienia prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych”²⁷.

Istnienia prawa do planowania rodziny można upatrywać w aktach prawa międzynarodowego. Powszechna deklaracja praw człowieka, uchwalona przez

15 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 156.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 166.

19 T. Sokołowski, *Komentarz do art. 23*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. 2, Warszawa 2012.

20 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 166.

21 M. Kowalski, *Koncepcja prawa do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych*, „Przegląd Sądowy” nr 5, 2003, s. 58.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 Ibidem, s. 58-59.

27 Ibidem, s. 59.

Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu, stanowi w art. 12, że „nie wolno ingerować samowolnie w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne, domowe, (...). Każdy człowiek ma prawo do ochrony prawnej przeciwko takiej ingerencji lub uwłaczaniu”. Natomiast na gruncie prawa europejskiego artykuł 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Europejskiej konwencji praw człowieka)²⁸ zakłada, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego (...)”. Problematykę dotyczącą prawa do rodziny wynikającą z art. 8 tej konwencji, Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał w sprawie *Evans v. Zjednoczone Królestwo*, w której to przedmiotem sporu było m. in., czy w zakresie prawa do poszanowania życia prywatnego mieści się prawo do planowania rodziny (ETPC uznał istnienie prawa rodziców do decydowania o posiadaniu bądź nieposiadaniu dzieci), a także w sprawie *S. H. i inni v. Austria*, w którym to ETPC uznał prawo rodziców do poczęcia dzieci metodami sztucznej prokreacji (w tym przypadku *in vitro*).

Na gruncie prawa polskiego normatywne oparcie prawa do planowania rodziny jako dobra osobistego, można odnaleźć w Konstytucji (m. in. w art. 31 i 47) oraz w Kodeksie cywilnym w art. 23. Art. 31 Konstytucji RP stanowi w ustępie pierwszym, że „wolność człowieka podlega ochronie prawnej” oraz dodaje w drugim, iż „każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych (...)”. Na podstawie art. 47 Konstytucji RP, który stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”, można stwierdzić, że prawo do planowania rodziny jest dobrem osobistym, wynikającym z konstytucyjnej ochrony życia rodzinnego.

Ustawodawca skonstruował w art. 23 k.c. przykładowy, i co istotne, otwarty katalog dóbr osobistych: „(...) w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska (...)”. Można więc stwierdzić, że „prawu polskiemu nie jest znany wyczerpujący i niezmienny katalog dóbr osobistych. Poszczególne dobra osobiste pojawiają się i znikają w miarę przemian w sferze pojęć danego społeczeństwa”²⁹. Pozwala to doktrynie i judykaturze na poszerzanie tego katalogu, „wskazując kolejne dobra osobiste w miarę rozwoju stosunków społecznych, doskonaląc tą drogą system ochrony tych dóbr”³⁰.

Polskie sądy również przyczyniają się do formułowania coraz to nowych rodzajów dóbr osobistych. Przykładem takiego twórczego działania sądów jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 listopada 2004 r.³¹ W jego uzasadnieniu sąd uznał, że „nie może budzić wątpliwości prawo kobiety do swobodnego kształtowania swojego życia osobistego, jak też uprawnienie do planowania rodziny nie wyłączając przeprowadzenia zabiegu aborcyjnego. Naruszenie powyższych uprawnień należy postrzegać w kategoriach systemu ochrony dóbr osobistych – naruszenia

28 Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

29 A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys Części Ogólnej*, Warszawa 2001, s. 182.

30 T. Sokołowski, *Komentarz do art. 23, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, Część ogólna*, red. A. Kidyba, wyd. 2, Warszawa 2012.

31 Sygn. akt I ACa 550/04, OSAB 2005, nr 1, poz. 3.

wolności – dobra osobistego, o którym stanowi art. 47 Konstytucji oraz art. 23 k.c. Również w kategoriach naruszenia dóbr osobistych należy rozpatrywać uniemożliwienie przeprowadzenia badań, które zadecydowałyby o powstaniu prawnej możliwości uwzględnienia żądania przerwania ciąży”. Należy zauważyć, że sąd wychodząc z dobra osobistego – wolności – niejako wykreował „nowe” dobra osobiste, tj. prawo kobiety do swobodnego kształtowania swojego życia osobistego oraz prawo do planowania rodziny, obejmujące możliwość dokonania zabiegu aborcyjnego.

Innym przykładem konstruktywnego działania judykatury są orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r.³² oraz z dnia 13 października 2005 r.³³ W pierwszym z nich SN uznał, że prawo do planowania rodziny jest dobrem osobistym i w związku z tym podlega ochronie na podstawie art. 448 k.c. Drugie orzeczenie jest następstwem wniesienia kasacji od cytowanego wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku. W uzasadnieniu do tego wyroku Sąd Najwyższy podtrzymał stanowisko, wskazane w obu poprzednich orzeczeniach i wskazał, że „ustawa z 1993 r. o planowaniu rodziny przyznaje rodzicom prawo do świadomego planowania rodziny, a kobiecie prawo do przerwania ciąży między innymi w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2, z tzw. przyczyn genetycznych, to prawa te należy uznać za prawa podmiotowe rodziców, których naruszenie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą”. W uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lipca 2008 r.³⁴ Sąd Apelacyjny w Białymstoku stwierdził, że „ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży przyznaje rodzicom prawo do świadomego planowania rodziny, a kobiecie prawo do przerwania ciąży między innymi w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2, z tzw. przyczyn eugenicznych” oraz, że „prawa te należy uznać za prawa podmiotowe rodziców, których naruszenie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą”.

W wyroku z dnia 6 maja 2010 r.³⁵ SN stwierdził, że „prawo do planowania rodziny i wynikające z niego uprawnienie do legalnego przerwania ciąży w warunkach określonych w art. 4a ustawy z 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży jest dobrem osobistym”. Tak więc SN uznał, że również prawo do aborcji jest dobrem osobistym.

Należy więc wywnioskować, że judykatura wydobyla z systemu dóbr osobistych prawo do planowania rodziny rozumiane jako „prawo każdego człowieka do swobodnego decydowania o tym, czy, z kim, kiedy i ile zamierza mieć dzieci”³⁶. Podkreślić należy, że prawo to przysługuje zarówno kobiecie, jak i mężczyźnie, „w przypadku pokrzyżowania prawa do planowania rodziny (...) poprzez uniemożliwienie przeprowadzenia aborcji (czy też poprzez odmowę badań prenatalnych, które mogłyby do aborcji prowadzić) przesłanką roszczeń mężczyzny jest stanowisko kobiety (a więc jej żądanie przeprowadzenia aborcji)”³⁷.

32 Sygn. akt V CK 16/03, OSNC 2003, nr 6, poz. 104.

33 Sygn. akt IV CK 161/05, OSP 2006, nr 06, poz. 71.

34 Sygn. akt I ACa 278/08, LEX nr 531750.

35 Sygn. akt II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13.

36 M. Kowalski, *Koncepcja prawa...*, op. cit., s. 59.

37 T. Justyński, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku – I Wydział Cywilny z dnia 4 lipca 2008 r., I ACa 278/08, „Prawo i Medycyna” nr 4, 2009, s. 136.*

Tak rozumiane prawo do planowania rodziny, na które składa się możliwość decydowania o tym, czy chce się mieć dzieci, z kim, kiedy i ile, należy uznać za dobro osobiste, które podlega szczególnej prawnej ochronie. Podkreślenia wymaga, że prawo to przysługuje zarówno kobiecie, jak i mężczyźnie.

3. Prawo do aborcji

Na podstawie powyższych argumentów można uznać, że istnieje dobro osobiste w postaci prawa do planowania rodziny. Wobec tego należy kontynuować to rozumowanie i określić, czym jest prawo do aborcji. Trzeba zastanowić się nad tym, czy również jest to dobro osobiste, wynikające z prawa do planowania rodziny, czy może jest to kontratyp karny, a może należy doszukiwać się tutaj jeszcze innej konstrukcji prawnej.

Można wyjść z założenia, że prawo do aborcji to pewien wycinek prawa do planowania rodziny³⁸, które z kolei wynika z dobra osobistego, jakim jest wolność. Niektórzy autorzy rozumieją prawo do planowania rodziny jako „decyzję podejmowaną przez przyszłych rodziców w związku z planowanym potomstwem. Przedmiotem samostanowienia rodziców jest przede wszystkim liczba posiadanych dzieci oraz chwila ich narodzin. Natomiast rodzice dziecka już poczętego mogą, w razie wykrycia wad płodu, także decydować o dalszych jego losach”³⁹. Przy tak przyjętym rozwiązaniu należy zauważyć, że prawo do aborcji jest dobrem osobistym, zawierającym się w prawie do planowania rodziny, przy czym nie jest to prawo nieograniczone, gdyż jego treść jest określona granicami wyznaczonymi przez ustawę z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny. W tym przypadku można by stwierdzić, że prawo do aborcji pośrednio wynika z art. 23 k.c. (jako dobro osobiste pochodne od innych dóbr osobistych) i jest bezpośrednio ograniczone przez regulację publicznoprawną, określoną w art. 4a cytowanej wyżej ustawy.

Należy jednak zwrócić uwagę, czy tak rozumiane prawo do aborcji, będzie posiadało przymiot społecznej akceptacji w postaci dobra osobistego. Wydaje się, że nie ma przyzwolenia w społeczeństwie na takie rozumienie tego prawa, wobec czego nie można go uznać za element składowy prawa do planowania rodziny i tym samym nie jest ono dobrem osobistym. W doktrynie również istnieje pogląd, że prawo do aborcji nie jest dobrem osobistym, bo „ocena konkretnego stanu jako dobra osobistego wymaga (...) ustalenia, czy przedstawia się ono w powszechnym odczuciu jako określone «dobro». Ponieważ zaś prawo do przerwania ciąży, jako rozwiązanie wyjątkowe, uważane jest za «mniejsze zło», nigdy nie może być żadnym «dobrem», bo przecież nie może być nim nawet zło najmniejsze”⁴⁰.

Ponadto Tomasz Justyński zauważa, że „jeśli nawet w prawie do aborcji nie chcąc dostrzegać dobra osobistego (...), to i tak trudno przeoczyć, że jego naruszenie stanowi jednocześnie naruszenie dóbr osobistych matki (rodziców). Prawo do aborcji stanowi bowiem rezultat rozstrzygnięcia przez ustawodawcę konfliktu zachodzącego między prawem kobiety do samostanowienia a prawem nienarodzonego dziecka do

38 Tak stwierdził SN w wyroku z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt II CSK 580/09, OSP 2011, nr 2, poz. 13.

39 M. Kowalski, *Koncepcja prawa...*, op. cit., s. 54.

40 T. Justyński, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 110-116.

życia. Zostało zatem przyznane właśnie dla ochrony prawa do samostanowienia (będącego bez wątpienia chronionym dobrem osobistym)⁴¹.

Spotkać się można również z poglądami, które negują istnienie prawa do aborcji jako dobra osobistego⁴² i wskazują na istnienie kontratypu karnego podobnego do stanu wyższej konieczności⁴³, nie odrzucając jednocześnie istnienia dobra osobistego do planowania rodziny (w znaczeniu węższym). Za kontratyp karny należy uznać, „określone prawem okoliczności, które z powodu braku szkodliwości lub niecelowości karania uchylają bezprawność podjętych w ich ramach czynów wypełniających ustawowe znamiona czynu zabronionego”⁴⁴.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r.⁴⁵ opowiedział się za koncepcją kontratypu i stwierdził, że prawo do aborcji nie jest dobrem osobistym, a podstawą jego wyróżnienia nie może być art. 4a i 4b ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. Sąd ten odwołał się do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonego w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r.⁴⁶, w którym stwierdzono, że „art. 4a ust. 1 ma charakter legalizujący określone zachowania zmierzające do przerwania ciąży. Stanowi więc zezwolenie na podjęcie zachowań z zasady zabronionych, także na gruncie innych regulacji odnoszących się do dziecka poczętego, jego życie pozostaje pod ochroną prawa od chwili poczęcia, wszelkie zaś czyny zmierzające do pozbawieniu go życia, w tym w szczególności przerwanie ciąży, są generalnie zakazane. (...) Oznacza on, że okoliczności wskazane w art. 4a ust. 1 ustawy mają charakter zbliżony do kontratypu, a więc wiążą się z wyłączeniem bezprawności. Nie jest to jednak równoznaczne z uznaniem «prawa do aborcji» za dobro osobiste, wskazać bowiem należy, że właściwa dla kontratypu kolizja dóbr wyłącza możliwość konstruowania prawa podmiotowego, którego przedmiotem byłoby dobro osobiste, polegające na możliwości naruszenia dóbr osobistych innych osób”.

W tej uchwale SN uznał również, że „nie można też podzielić poglądu, że prawo do aborcji jest elementem prawa do planowania rodziny. Należy zauważyć – w ślad za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w powołanym orzeczeniu – że prawo do posiadania dziecka musi być interpretowane względnie w aspekcie pozytywnym, a nie jako prawo do unicestwienia rozwijającego się płodu ludzkiego. Prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci sprowadza się więc w aspekcie negatywnym wyłącznie do prawa odmowy poczęcia dziecka. Wówczas jednak, gdy dziecko zostało już poczęte, prawo to możliwe jest do realizacji wyłącznie w aspekcie pozytywnym, jak m.in. prawa urodzenia dziecka i jego wychowania”.

Ponadto w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. SN stwierdził, że „w sprawie niniejszej Sąd Najwyższy [wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 roku, sygn. akt V CK 16/03 OSNC 2004, nr 6, poz. 104 – PM], orzekając w toku instancji, uznał, że

41 Ibidem.

42 Tak P. Sobolewski, *Odpowiedzialność w zakresie kosztów utrzymania dziecka*, [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011.

43 Tak P. Książak, *Komentarz do art. 23 k.c.*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009.

44 A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007.

45 Sygn. akt III CZP 8/06, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 123.

46 Sygn. akt. K 96/96.

możliwość decydowania o przerwaniu ciąży w przypadkach określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny jest elementem ogólniejszego dobra osobistego, jakie stanowi szeroko rozumiana wolność (prawo do decydowania o swoim życiu osobistym). Przy podzieleniu tego poglądu zakres odpowiedzialności odszkodowawczej byłby ograniczony jedynie do szkód niemajątkowych przy przyjęciu koncepcji bezprawności względnej. Tę koncepcję należy jednak odrzucić, gdyż nie znajduje uzasadnienia normatywnego”.

Uznając prawo do aborcji za kontratyp podkreśla się zwłaszcza ujęcie aksjologiczne, opierające się na tym, że ustawodawca ocenia aborcję w sposób negatywny⁴⁷ oraz że „usunięcie ciąży czy niedopuszczenie do jej powstania trudno uznać za samoistną wartość (dobro)”⁴⁸. Zwolennicy tego poglądu zakładają, że norma prawna nie zawsze tworzy po stronie podmiotu uprawnione prawo podmiotowe (tak więc jednocześnie nie może być dobrem osobistym). Twierdzą oni, że z prawem podmiotowym mamy do czynienia tylko w przypadku zabezpieczenia sfery możliwości działania przez normę prawną, na podstawie której można się domagać reakcji państwa w drodze przymusu⁴⁹. Teoria ta opiera się na tym, że skoro aborcja jest uregulowana w art. 152 – 154 Kodeksu karnego⁵⁰ i stanowi czyn zabroniony w rozumieniu tej ustawy pod groźbą kary pozbawienia wolności, to regulacja ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży określa w art. 4a jedynie kontratyp⁵¹.

Należy jednak zauważyć, że znaczenie prawa do aborcji nie ogranicza się jedynie do płaszczyzny prawa karnego. Można stwierdzić, że „regulacja dopuszczająca przerwanie ciąży w określonych przypadkach w sposób ewidentny przyznaje kobiecie, oprócz tego, prawo do aborcji. Co więcej, chodzi niewątpliwie o roszczenie. W określonych sytuacjach może ona przecież żądać, aby lekarz przerwał ciążę. A na tym, wbrew pozorom, ciąży obowiązek przeprowadzenia zabiegu”⁵².

Można przeciwstawić to założeniem broniącym koncepcję prawa do aborcji jako prawa podmiotowego, którego zabezpieczenie będzie wynikać z przepisów kodeksu cywilnego przewidujących odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym, tj. deliktem, tak więc będzie zabezpieczone sankcją. Jak wskazują Sławomira Wronkowska i Zygmunt Ziemiński, „podczas gdy sformułowanie przepisów prawa karnego ujmuje przede wszystkim normę nakazującą karać w określony sposób za określone czyny, a norma sankcjonowana oraz norma udzielająca kompetencji do wymierzania kary są w oczywisty sposób domyślne, to przepisy prawa cywilnego formułowane są głównie w postaci wskazywania określonych działań merytorycznych, w szczególności spowodowania określonego

47 M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim. (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, „Przegląd Sądowy” nr 1, 2005, s. 49 i n.*

48 W. Borysiak, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, „Państwo i Prawo” nr 7, 2006, s. 116-120.*

49 Ibidem.

50 Dz. U. z 2 sierpnia 1997 r., nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

51 W. Borysiak, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 116-120.

52 T. Justyński, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 110-116.

stanu rzeczy, a normy sankcjonujące trzeba sobie dopiero rekonstruować na podstawie przepisów proceduralnych⁵³.

Kolejnym założeniem zwolenników teorii kontraktury jest to, że „z sytuacji, która jest bezprawna w prawie karnym, nie można wyprowadzić w prawie cywilnym prawa podmiotowego⁵⁴ z racji istnienia monistycznej teorii bezprawności. Jednak należy zauważyć, że zgodnie „z dominującym poglądem nauki, uchylenie bezprawności w prawie karnym nie przesądza wyłączenia bezprawności w prawie cywilnym⁵⁵”.

Następnym argumentem, popierającym stanowisko o istnieniu kontraktury, jest węższe rozumienie prawa do planowania rodziny stanowiące, „że nikt nie może być, wbrew swej woli być zmuszony do poczęcia dziecka, natomiast nie można z niego wywodzić obowiązku innych osób doprowadzenia do nieurodzenia dziecka, jeśli zostało już poczęte” i że „takiego „niedoprowadzenia do urodzenia” [nie można – PM] rozpatrywać na gruncie naruszenia dobra osobistego⁵⁶. Wydaje się jednak, że ustawa o planowaniu rodziny pozwala na szersze rozumienie tego zwrotu.

Błędne wydaje się również wskazywanie braku powiązania prawa matki do aborcji z obowiązkiem lekarza doprowadzenia do przerwania ciąży⁵⁷, jak i poddawanie w wątpliwość roszczenia matki w przypadku zastosowania tzw. klauzuli sumienia, w przypadku gdy „każdy lekarz może teoretycznie uchylić się od przeprowadzenia zabiegu⁵⁸, co skutkowałoby w takiej sytuacji brakiem sankcji cywilnoprawnej. Należy to stwierdzenie, nacechowane tak daleko idącym teoretyzowaniem, uznać za niewłaściwe, ponieważ zakłada ono, że każdy lekarz, objęty działaniem tej normy, skorzystałby z przysługującego mu kontraktury wolności sumienia, co wydaje się dalece nierealne.

Ponadto zwolennicy ujęcia prawa do aborcji jako kontraktury, na podstawie art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i dentysty⁵⁹, stanowiącego, że „lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, (...), z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej (...)” zakładają, że tzw. klauzula sumienia nie może być uznana za kontraktury cywilnoprawny, skoro prawo do aborcji jest już kontraktury karnym⁶⁰.

Jak zauważa Tomasz Justyński, „po pierwsze klauzula sumienia jest wyjątkiem od reguły – reguły tworzącej obowiązek przerwania ciąży, jeśli zażąda tego (w określonych okolicznościach) kobieta. Po drugie, z klauzuli tej lekarz może skorzystać jedynie wówczas, gdy rzeczywiście zaistnieje sytuacja konfliktu sumienia. (...) I po trzecie, klauzula sumienia została w prawie polskim tak skonstruowana, że

53 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 152.

54 W. Borysiak, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 116-120.

55 M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth...*, op. cit., s. 56.

56 W. Borysiak, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 116-120.

57 Ibidem.

58 Ibidem.

59 Tekst jedn. Dz. U. z 2011 Nr 277, poz. 1634 z późn. zm.

60 W. Borysiak, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 116-120.

odmawiając przeprowadzenia zabiegu lekarz ma obowiązek wskazać pacjentce realną możliwość jego wykonania⁶¹.

Nie zgadzając się z tym stanowiskiem, należy wskazać na to, że mamy tu do czynienia sytuacją odwrotną, czyli kontratypem cywilnym – wspomnianą klauzulą sumienia uchylającą bezprawność zaniechania przeprowadzenia zabiegu aborcji, a nie jak wskazano z jego brakiem. Jak stwierdza Tomasz Justyński, „klauzula sumienia jest wyjątkiem od reguły (...) tworzącej obowiązek przerwania ciąży, jeśli zażąda tego (w okolicznościach określonych w ustawie) kobieta”⁶².

Generalnie istnieje więc obowiązek lekarza przeprowadzenia aborcji w razie spełnienia się przesłanek hipotezy art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży i tylko, co należy podkreślić, wyjątkowo lekarz może się uchylić od przeprowadzenia zabiegu ze względu na jego sumienie, co musi jednak usprawiedliwić. Mimo to lekarz odmawiając wykonania zabiegu nadal ma obowiązek wskazania innej osoby, która realnie ten zabieg przeprowadzi, co sugeruje to, że racjonalny ustawodawca dążył do tego, aby kobieta domagająca się aborcji mogła rzeczywiście ten zabieg otrzymać, czyli wyposażył ją w tym celu w prawo podmiotowe. Gdyby był to kontratyp karny, tę sytuację ocenilibyśmy *ex post*, czyli zastanawialibyśmy się czy zachowanie kobiety, która już dokonała aborcji, wypełnia znamiona przestępstwa, czy nie. W przypadku, gdy kobieta dopiero chce poddać się temu zabiegowi – *ex ante* byłaby ona pozbawiona ochrony prawnej (którą gwarantuje art. 4a cytowanej ustawy), bo nie mogłaby żądać wykonania zabiegu, skoro nie można domagać się „dokonania” kontratypu.

Jak słusznie zauważa Tomasz Justyński, „nie sposób (...) rozsądnie utrzymywać, że znaczenie przepisów zezwalających na aborcję, miałyby ograniczać się do stworzenia niezbędego kontratypu. O tym można by ewentualnie mówić, gdyby ustawa nie nakładała na określone podmioty obowiązku aktywnej pomocy kobiecie jeszcze zanim «czyn zostanie popełniony», a jedynie ograniczała się do tolerowania przeprowadzonej aborcji. Ale tak przecież nie jest”⁶³.

Konstrukcja kontratypu w omawianej sytuacji zawodzi, ponieważ w ujęciu karnistycznym nie zastanawiamy się nad uprawnieniem do danego zachowania się, tylko nad sankcjami z niego wynikającymi, czyli możliwością przypisania odpowiedzialności przypisanej przez ustawę karną. Natomiast z punktu widzenia prawa cywilnego centralne znaczenie ma instytucja prawa podmiotowego, oznaczającego sferę możliwości postępowania determinowaną przez treść prawa przedmiotowego (w tym przypadku ustawy o planowaniu rodziny). Prawo przedmiotowe daje nam odpowiedź na pytanie, co wolno lub czego nie wolno uczynić, a nie czy poniesiemy za to odpowiedzialność, co jest typowe dla kontratypu.

Na tle wyżej przytoczonych argumentów dotyczących prawa do aborcji, pożądanym wydaje się poszukiwanie innej drogi, ponieważ argumenty przemawiające za uznaniem tego prawa za dobro osobiste, jak i za przyjęciem konstrukcji kontratypu, nie wyjaśniają istoty analizowanej sytuacji prawnej. Można uznać, że skoro prawo do

61 T. Justyński, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 110-116.

62 Ibidem.

63 Ibidem.

aborcji nie jest dobrem osobistym, to „jest ono z pewnością prawem podmiotowym, którego naruszenie musi rodzić konsekwencje prawne”⁶⁴.

Tak więc, wydaje się słuszne rozróżnienie prawa do planowania rodziny w znaczeniu węższym i szerszym. Prawo to, *sensu stricto*, należałoby rozumieć jako prawo przysługujące rodzicom, ale ograniczone czasowo – do momentu poczęcia. Z uwagi na to, że planowanie posiadania czegoś, jako czynność psychiczna, odnosi się do zjawisk, które mają się zdarzyć w przyszłości, tak więc nie można mówić o planowaniu posiadania dziecka w sytuacji, gdy jego istnienie stało się faktem. W zakres tego określenia nie wchodzi zatem prawo do aborcji, a tak rozumiane prawo do planowania rodziny jest dobrem osobistym.

Z kolei przez prawo do planowania rodziny *sensu largo*, należy uznać również możliwość decydowania, w przypadkach określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, o nieistnieniu dziecka. Tak rozumiane dobro osobiste do planowania rodziny zostaje niejako „wzbogacone” o prawo do aborcji, będące odrębnym prawem podmiotowym.

Na gruncie prawa cywilnego za prawo podmiotowe uznaje się „pewną sytuację prawną wyznaczoną podmiotom przez obowiązujące normy i chroniącą prawnie uznane interesy tych podmiotów. Na sytuację tę składają się wolne – w aspekcie normatywnym – zachowania psychofizyczne lub konwencjonalne podmiotu uprawnionego, z którym sprzężone są zawsze obowiązki innego podmiotu lub innych podmiotów, przy czym, z reguły (to znaczy, gdy norma prawna tego nie wyłącza) uprawnionemu przysługuje również kompetencja do żądania, by organ państwowy dysponujący przymusem doprowadził do zrealizowanych z prawem podmiotowym obowiązków”⁶⁵.

Posługując się definicją prawa podmiotowego wskazaną w teorii prawa, która ujmuje to prawo jako „złożoną sytuację prawną wyznaczaną jakimś podmiotom przez obowiązujące normy ze względu na uznane przez prawodawcę społecznie uzasadnione interesy tych podmiotów”⁶⁶, można sprecyzować, że prawo do aborcji to złożona sytuacja prawna kobiety w ciąży, której przysługuje wolność prawnie chroniona (prawo do planowania rodziny), uprawnienie (możność poddania się zabiegowi aborcji) oraz kompetencja połączona z wolnością czynienia z nich użytku (kobieta może skorzystać, z tego prawa i poddać się zabiegowi aborcji, co spowoduje zaktualizowanie się po stronie lekarza dwóch modalności prawnych: obowiązku przeprowadzenia aborcji, jeżeli jest to zgodne z jego sumieniem albo uprawnienia do odmowy dokonania tej czynności połączonego z obowiązkiem wskazania tej kobiecie realnej możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza).

Powyższe uwagi należy uzupełnić stwierdzeniem, że z treści art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny można wyinterpretować normę postępowania nazywaną w teorii prawa „normą zezwalającą”⁶⁷. Polega ona na tym, że niektóre normy „uzupełniają poprzednie sformułowanie jakiejś normy postępowania w ten sposób, że ograniczają zakres okoliczności, w których danych czynności dokonywać

64 T. Justyński, *Glosa do wyroku...*, op. cit., s. 110-116.

65 Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 88.

66 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 109.

67 Ibidem, s. 38.

nie wolno”⁶⁸, czyli przykładowo wolno dokonać zabiegu aborcji w okolicznościach określonych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, choć w ogóle nie wolno zabijać ludzi, czy w ogóle nie wolno dokonywać aborcji.

Należy mieć świadomość, że prawo do planowania rodziny *sensu stricto* przysługuje zarówno matce, jak i ojcu. Natomiast w sytuacji prawa do planowania rodziny *sensu largo* oczywiste jest, że ojcu nie przysługuje prawo do aborcji, jednak nie wyklucza to naruszenia jego prawa do planowania rodziny w znaczeniu szerszym, ponieważ niedopuszczenie do przeprowadzenia aborcji ma również pośredni wpływ na jego sytuację prawną.

Słusznie zauważa w tej sytuacji Sąd Apelacyjny w Białymstoku⁶⁹, że choć w łańcuchu przyczyn uzasadniających odpowiedzialność naruszcyciela prawa podmiotowego względem ojca, koniecznym ogniwem jest zgoda kobiety wyrażona na piśmie, to przyznane ojcu poczętego dziecka, uczestniczącemu w podjęciu decyzji o urodzeniu, prawo do planowania rodziny, nie może być uznane za bagatelne, zważywszy, że godziło w sferę wolności osobistej w zakresie decyzji o powołaniu dziecka na świat.

Na koniec rozważań dotyczących tego, czym jest prawo do aborcji, warto zwrócić uwagę na inny jeszcze pogląd na tą sprawę. Podnosi się, że „w polskim systemie prawa przeprowadzenie aborcji nie stanowi treści roszczenia, a jedynie należy do sfery wolności pozostawionej poza zakazami prawnymi. Oznacza to, że w przypadku zaistnienia wskazań przewidzianych w art. 4a ustawy z 1993 r. przerwanie ciąży jest legalne i nie powoduje negatywnych konsekwencji prawnych, ale kobieta nie może skutecznie wymusić na lekarzu przeprowadzenia tej interwencji”⁷⁰.

4. Metody sztucznej prokreacji

Z problematyką prawa do planowania rodziny *sensu stricto*, a dokładniej z jego elementem w postaci podjęcia decyzji o tym, czy chce mieć dziecko, gdy nie mogą go mieć w sposób naturalny, wiążą się również zagadnienia sztucznych metod prokreacji. Są to techniki medyczne, których celem jest „doprowadzenie do poczęcia dziecka w sposób inny niż naturalny akt współżycia kobiety i mężczyzny”⁷¹. Można je podzielić na metody homologiczne – obydwie gamety pochodzą od pary starającej się o potomka i heterologiczne, gdy przynajmniej jedna komórka płciowa pochodzi od osoby trzeciej. Zauważyć należy, że metody te mogą służyć „leczeniu”⁷² bezpłodności, a także mogą być stosowane jako forma prokreacji, gdy kobieta nie chce albo nie może odbyć stosunku z mężczyzną. Wśród tych metod można wyróżnić: sztuczną inseminację, *in vitro* i macierzyństwo zastępcze.

68 Ibidem.

69 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 lipca 2008 r., I ACa 278/08, LEX nr 531750.

70 M. Gałązka, K. Wiak, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r., 5410/03.*, „Przegląd Sądowy” nr 3, 2007, s. 211.

71 A. Brezko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 209.

72 Nie mamy tutaj do czynienia z leczeniem w pełnym słowa znaczeniu, ponieważ nie chodzi do wyleczenia przyczyny bezpłodności.

Sztuczna inseminacja, czyli sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe (*in vivo*), polega na wprowadzeniu do układu rozrodczego kobiety nasienia pochodzącego od dawcy, w celu zapłodnienia komórki jajowej, bez odbywania z nim stosunku płciowego. Metoda ta jest szczególnie popularna w krajach zachodnich, zwłaszcza w USA. Wywołuje ona znacznie mniej kontrowersji niż *in vitro*, jednak nie oznacza to, że nie występują one przy tej metodzie. Wiązą się one m. in. z etycznym spojrzeniem na ten zabieg, z dopuszczalnością dyspozycji ludzkim materiałem genetycznym, z pytaniem komu może przysługiwać ta metoda, czyli inseminacji osób pozostających w związkach nieformalnych (zarówno mieszanych, jak i homoseksualnych), inseminacji osób samotnych, a także inseminacji *post mortem*.

Kolejną techniką jest zapłodnienie pozaustrojowe (*ex utero in vitro*). Ta metoda sztucznego zapłodnienia polega na tym, że w warunkach laboratoryjnych dochodzi do połączenia komórki jajowej i plemnika, co istotne – poza organizmem kobiety. Z *in vitro* wiąże się wiele problemów natury prawnoetycznej. Podstawową trudnością jest określenie statusu zarodka, czyli czy mamy tu do czynienia z człowiekiem, czy też nie, a także problem zarodków nadliczbowych – czy mają być one przechowywane, czy niszczone. Ponadto pojawiają się liczne pytania: w jakich kategoriach traktować taki zabieg (terapeutycznych czy leczniczych)?; jakim osobom może przysługiwać (małżeństwu, konkubinatom, związkowi homoseksualnym, osobom samotnym)?; jakie będą ograniczenia (np. wiekowe)?; a także, z racji na kosztowność takiego zabiegu, czy będzie podlegał on refundacji? Najczęściej przy *in vitro* mamy do czynienia z sytuacją, gdy kobieta, która chce być matką socjologiczną, jest matką biologiczną, ale nie genetyczną. Na tej płaszczyźnie może się pojawiać zasadnicze pytanie: która z matek jest matką prawną?

Jedyna regulacja prawna dotycząca powyższych metod sztucznego zapłodnienia została zawarta w art. 68 k.r.o. Przepis ten stanowi, że zaprzeczenie ojcostwa jest niedopuszczalne, jeżeli dziecko zostało poczęte w wyniku zabiegu medycznego, na który ojciec wyraził zgodę. Można więc stwierdzić, że polskie prawo dopuszcza możliwość przeprowadzania takich zabiegów, jednak nie reguluje ich ustawowych przesłanek.

Odnosnie do macierzyństwa zastępczego wskazać można, że jego problematyka od lat jest znana zachodnim prawnikom. W takiej sytuacji mamy do czynienia najczęściej z trzema matkami: genetyczną (od niej pochodzi komórka jajowa), biologiczną (osoba, która urodzi dziecko) i socjologiczną (osoba, która wychowa dziecko). W odróżnieniu od *in vitro* matka socjologiczna nie może być matką biologiczną, więc potrzebna jest osoba trzecia tak zwana surogatka, która urodzi dziecko. Można mówić o trzech rodzajach macierzyństwa zastępczego: częściowym (matka genetyczna i biologiczna to ta sama osoba), pełnym I (każda z kobiet jest inną matką) oraz o pełnym II (matka genetyczna i socjologiczna to ta sama osoba)⁷³. Do macierzyństwa zastępczego dochodzi najczęściej poprzez zawarcie umowy przez matkę socjologiczną (lub jej partnera) z surogatką. Rozważając tą konstrukcję na gruncie prawa polskiego, można wyróżnić trzy jej aspekty: rodzinnoprawny, cywilnoprawny i karnoprawny.

Odnosnie do aspektu rodzinnoprawnego zgodnie z art. 61⁹ k.r.o., który został dodany na mocy nowelizacji z dnia 6 listopada 2008 r., matką dziecka jest

73 O. Nawrot, *Miecz Salomona*, [w:] *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 136.

kobieta, która je urodziła. Artykuł ten wyraża zasadę macierzyństwa biologicznego, co oznacza że według prawa polskiego za matkę jest uznawana matka biologiczna, czyli surogatka. To ona jest wpisywana w akcie urodzenia jako matka, natomiast matce genetycznej nie przysługują żadne roszczenia (zaprzeczenie macierzyństwa, ustalenie macierzyństwa, sprostowanie aktu urodzenia), fakt, że surogatka nie jest „genetyczną” matką dziecka, jest z prawnego punktu widzenia bez znaczenia.

Ponadto przekazanie praw rodzicielskich matki biologicznej matce genetycznej i socjologicznej może nastąpić tylko w drodze przysposobienia (zwłaszcza całkowitego). Należy jednak zauważyć, że rodzice nie wskazują tutaj osoby, na rzecz której ma nastąpić przysposobienie – wyrażają oni jedynie zgodę na przysposobienie swojego dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającego. Co więcej, o przysposobieniu decyduje wyłącznie sąd opiekuńczy, kierując się jedynie dobrem dziecka. W związku z tym samo porozumienie surogatki i „docelowych” rodziców nie gwarantuje zgodnego z ich zamiarem orzeczenia (ponieważ w tym zakresie nieskuteczne są umowy cywilnoprawne). Ponadto nie można wyrazić zgody przed urodzeniem się dziecka, ponieważ na podstawie art. 119² k.r.o. zgoda na przysposobienie dziecka nie może być wyrażona wcześniej niż po upływie 6 tygodni od urodzenia się dziecka.

Na gruncie cywilnoprawnym wyłania się pytanie, na jakiej podstawie matka biologiczna ma przekazać dziecko rodzicom: czy jest to sprzedaż dziecka, najem ciała kobiety, jako „inkubatora”, czy może specyficzna umowa o dzieło. Ponadto wiąże się z tym również problematyka dodatkowych zastrzeżeń umownych, np.: klauzuli „dbania o zdrowie” surogatki w okresie ciąży, klauzula aborcyjna, rękojmia za wady „towaru” – „zwrot dziecka upośledzonego”, „zwrot ceny”.

Zgodnie z uregulowaniami prawa polskiego umowę o macierzyństwo zastępcze (ustalenie wbrew postanowieniom ustawy, kto jest matką dziecka) należy uznać za niezgodną z prawem na podstawie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego⁷⁴, a umowne zobowiązanie się surogatki do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka, należałoby uznać za nieważne ze względu na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). W związku z powyższym, jeśli surogatka po porodzie zmieni zdanie i odmówi oddania dziecka, dla sądu bez znaczenia będą jej wcześniejsze ustalenia z „docelowymi” rodzicami. Zgoda matki na przysposobienie nie jest wymagana tylko wyjątkowo, ale jak wspomniano, nawet w tej sytuacji sąd może nie orzec przysposobienia, jeśli uzna, że nie będzie ono zgodne z dobrem dziecka.

Natomiast odnośnie do aspektu prawnokarnego macierzyństwo zastępcze można by uznać za przestępstwo z art. 189a k.k., czyli handel ludźmi (kto dopuszcza się handlu ludźmi) lub z art. 189a k.k., czyli nielegalną adopcję (kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy).

Z uwagi na skalę problemu bezpłodności oraz emocje społeczne jakie budzą te zagadnienia, należy jak najszybciej wprowadzić odpowiednie regulacje prawne. *De lege ferenda* należy uregulować prawnie te metody i określić, czy są one dopuszczalne, a jak tak, to na jakich zasadach, czy też nie.

Racjonalny ustawodawca powinien poprzez prawo wpływać na społeczeństwo w celu właściwego kształtowania pozytywnie ocenianych przez niego postaw

74 Dz. U. z 1964 Nr 16, poz. 93, z późn. zm.

społeczeństwa. Taki wpływ może nastąpić poprzez obranie odpowiedniego kierunku działania, aby przyczynić się do stabilizacji określonych zachowań członków społeczeństwa doprowadzając do ich większego utrwalenia albo odmiennie, poprzez promowanie innych zachowań, do ich zmiany w różnych sferach życia społecznego. Jeżeli jednak nie będą podejmowane żadne środki prawne, pozostanie stan pustki prawnej, która może być zarzewiem niepokojów społecznych, co tak dobrze obrazuje w Polsce debata na temat *in vitro*. Prawodawca powinien odpowiednio chronić wartości rodzinne, aby nie doszło do ich zaprzeczenia, co często może mieć miejsce przy niewłaściwym rozumieniu prawa do rodziny i prawa do jej planowania. Na niebezpieczeństwa związane z brakiem albo niewłaściwym prawem od lat wskazuje biojurysprydencja. Obawy wiążą się również z brakiem przystąpienia Polski do konwencji bioetycznej, uchwalonej przez Radę Europy w dniu 4 kwietnia 1997 r.⁷⁵, co wskazuje na bierność naszego ustawodawcy, a nawet lekceważenie tej problematyki.

75 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny.



GLOSA

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2010 r. III CZP 127/09

Tomasz Barankiewicz

*ksiądz, doktor nauk filozoficznych,
magister prawa,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Piotr Zakrzewski

*doktor habilitowany nauk prawnych,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Na podstawie art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r., o własności lokali (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903, ze zm.) wspólnota mieszkaniowa nie może udzielić zarządowi pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustanowieniu służebności drogowej¹.

1. Wstęp

Teza komentowanej uchwały SN jest kazuistyczna. W istocie jednak na tle sprawy pojawia się zagadnienie prawne rozstrzygnięte przez SN w niniejszej uchwale, które ma znaczenie szerszą doniosłość teoretyczną i praktyczną. Dotyczy ono modelu reprezentacji tzw. dużej wspólnoty mieszkaniowej przez jej zarząd, w zakresie dokonywania czynności przekraczających zwykły zarząd, w szczególności zaś koncentruje się na jej przesłankach, zakresie i naturze prawnej, a więc dotyka wykładni art. 21 i 22 ust. 2 u.w.l. Warto zaznaczyć, że stanowisko wyrażone w komentowanej uchwale SN podtrzymał także w wydanym później postanowieniu z 7 października 2011 r.². Można zatem mówić o utrwalonej wykładni art.

¹ LEX nr 551024, OSP 2010/10/98, OSNC-ZD 2010/3/96, Biul.SN 2010/2/8

² Sygn. akt II CSK 23/11.

21 i 22 ust. 2 u.w.l. dokonanej przez SN, z którą nie można się zgodzić, jeżeli chodzi o jej zasadnicze elementy. Dodać należy, że spotkała się ona z krytycznymi ocenami w piśmiennictwie³.

2. Stanowisko SN

Rozpocząć należy od przypomnienia stanu faktycznego, który rozpatrywał SN i który stał się podstawą wydania niniejszej uchwały. Wspólnota Mieszkaniowa wystąpiła z wnioskiem o wpis w księdze wieczystej bliżej określonej służebności drogowej, mającej obciążać grunt wchodzący w skład nieruchomości wspólnej. Do wniosku dołączono protokół notarialny z zebrania wspólnoty mieszkaniowej zawierający uchwałę w sprawie wyrażenia zgody na ustanowienie tej służebności oraz pełnomocnictwo dla zarządu do złożenia oświadczenia o jej ustanowieniu. Sąd Rejonowy uznał, że katalog czynności przekraczających zwykły zarząd z art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (dalej jako u.w.l.)⁴ jest wyczerpujący, co oznacza, że uchwałą właścicieli nie może być udzielone pełnomocnictwo w innych sprawach niż objętych art. 22 ust. 3 pkt 5, 5a i 6 w zw. z art. 21 ust. 3 u.w.l.

Zdaniem Sądu Okręgowego (dalej jako SO) rozpoznającego apelację wniesioną przez uczestnika postępowania, na tle sprawy powstało zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, które to zagadnienie przedstawił SN do rozstrzygnięcia na podstawie art. 390 k.p.c. SO dał mu wyraz w pytaniu, czy w trybie przewidzianym przez art. 21 ust. 3 u.w.l. wspólnota mieszkaniowa może udzielić zarządowi wspólnoty mieszkaniowej pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego (służebności gruntowej), w celu wykonania uchwały w sprawie niewymienionej w art. 22 ust. 3 pkt 5, 5a i 6 tej ustawy ze skutkiem w stosunku do właścicieli wszystkich lokali?

Oceniając przedstawione zagadnienie prawne SN zauważył, że w oparciu o art. 21 ust. 1 u.w.l. zarząd wspólnoty mieszkaniowej może reprezentować ją na zewnątrz oraz w stosunkach między wspólnotą a właścicielami lokali w sprawach zwykłego zarządu. Może to czynić samodzielnie, do czego upoważnia do art. 22 ust. 1 u.w.l. Oświadczenie za wspólnotę mieszkaniową zawsze składa zarząd jednoosobowy lub co najmniej dwaj członkowie zarządu (art. 21 ust. 2 u.w.l.).

Zarząd wspólnoty mieszkaniowej może reprezentować ją na zewnątrz oraz w stosunkach między wspólnotą a właścicielami lokali także w sprawach przekraczających zwykły zarząd. W tym jednak przypadku reprezentacja jest ograniczona w dwojaki sposób. Po pierwsze, zarząd nie jest samodzielny, ale musi zawsze uzyskać zgodę właścicieli lokali wyrażoną w formie uchwały oraz pełnomocnictwo do zawarcia umów stanowiących czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu w formie prawem przewidzianej, czego wymaga art. 22 ust. 2 u.w.l. W przeciwnym bowiem wypadku akt reprezentacji dokonany przez zarząd wspólnoty mieszkaniowej byłby nieskuteczny. Po drugie, zakres niesamodzielnej reprezentacji jest zawężony jedynie do czynności wymienionych w art. 21 ust. 3 u.w.l. SN doszedł do tego ostatecznego wniosku dostrzegając związek między art. 22 ust. 2 u.w.l. i art. 21 ust. 3 u.w.l. Kluczowe jest zwrócenie uwagi na to, że w pierwszym z przepisów jest mowa o tym, że

3 A. Turlej, w: R.A. Strzelczyk, A. Turlej, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa, 2010, art. 21, Nb. 14; M. Gutowski, Głosa do uchwały SN z dnia 5 lutego 2010 r. III CZP 127/09, OSP, 2010, nr. 3, poz. 98, s. 696.

4 Tekst. jedn. Dz. U. Nr 80, poz. 903 ze zm.

właściciele lokali poprzez uchwałę udzielają zarządowi pełnomocnictwa do zawierania wszystkich umów, stanowiących czynności przekraczające zwykły zarząd w formie prawem przewidzianej. Natomiast treść drugiego jest już znacznie węższa i ogranicza się do wymienionych w nim czynności, a mianowicie zarząd na podstawie pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 22 ust. 2 u.w.l. składa oświadczenia, w celu wykonania uchwał w sprawach, o których mowa w art. 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l., ze skutkiem w stosunku do właścicieli wszystkich lokali.

W stanowisku SN warto zwrócić uwagę na dwie kwestie, które mają znaczenie dla sformułowania sentencji uchwały, a mianowicie uznanie, że art. 21 ust. 3 u.w.l. zawiera taksatywne, a nie przykładowe wyliczenie czynności przekraczających zwykły zarząd, które mogą być dokonywane przez zarząd wspólnoty mieszkaniowej w jej imieniu ze skutkiem prawnym, wiążącym wszystkich właścicieli lokali na podstawie pełnomocnictwa wyrażonego w uchwale właścicieli lokali oraz przy założeniu istnienia uchwały zawierającej zgodę na dokonanie czynności prawnej (art. 22 ust. 2 u.w.l.) oraz przyjęcie, że art. 21 ust. 3 u.w.l. reguluje tryb udzielania pełnomocnictwa do złożenia przez zarząd oświadczenia w celu wykonania innych uchwał niż w nim wymienionych.

Przyjęta przez SN wykładnia przepisów prowadzi do następującego wniosku. „Skoro art. 21 ust. 3 u.w.l. zawiera enumeratywne wyliczenie czynności z zakresu zarządu nieruchomością wspólną, które zarząd wspólnoty na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa, o którym stanowi art. 22 ust. 2 u.w.l., podejmuje składając oświadczenia w celu wykonania uchwały wspólnoty, ze skutkiem w stosunku do właścicieli wszystkich lokali, to oznacza to, że w trybie przewidzianym w art. 21 ust. 3 u.w.l. nie może być udzielone pełnomocnictwo do złożenia przez zarząd oświadczenia, w celu wykonania innych uchwał niż w nim wymienione.”⁵ Innymi słowy, zakres reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez jej zarząd w sprawach przekraczających zwykły zarząd oparty o przepisy o zarządzie nieruchomością wspólną (art. 20-25 u.w.l.) jest ograniczony do sprawy wymienionych w art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l.

SN, odnosząc powyższe ustalenia do stanu faktycznego, stwierdził, że skoro oświadczenie zarządu wspólnoty mieszkaniowej o ustanowieniu służebności drogi koniecznej na nieruchomości wspólnej zalicza się do katalogu czynności przekraczających zwykły zarząd, ale która to czynność nie jest wymieniona w art. 21 ust. 3 u.w.l., to właściciele lokali na podstawie tego przepisu nie mogą zarządowi wspólnoty mieszkaniowej udzielić pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia w imieniu wspólnoty ze skutkiem prawnym dla nich.

Rozwinięciem stanowiska przyjętego przez SN w komentowanej uchwale jest wspomniane powyżej postanowienie SN z 7 października 2011 r. SN uznał z nim, że skoro pewne czynności z zakresu przekraczającego zwykły zarząd nie mogą być dokonane przez zarząd wspólnoty mieszkaniowej w trybie przewidzianym w art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l., to pozostaje ich dokonać z uwzględnieniem art. 199 k.c. Oznacza to, że udzielenie zarządowi wspólnoty mieszkaniowej pełnomocnictwa do zawarcia umowy służebności drogi koniecznej na nieruchomości wspólnej jako czynności przekraczającej zwykły zarząd, wymaga zgody wszystkich współwłaścicieli, a w wypadku jej braku współwłaściciele lokali, których udziały wynoszą

5 Uzasadnienie Postanowienia SN z 7 października 2011 r., sygn. akt II CSK 23/11.

co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd, który orzeknie, mając na względzie cel zamierzonej czynności oraz interesy wszystkich współwłaścicieli.

Dokonując oceny przytoczonego powyżej stanowiska SN wyrażonego w komentowanej uchwale a następnie rozwiniętego w przywołanym wyżej postanowieniu, należy rozstrzygnąć trzy zagadnienia. Po pierwsze, czy art. 21 ust. 3 u.w.l. zawiera zamknięty katalog czynności przekraczających zwykły zarząd? Po drugie, czy przepisy o zarządzie nieruchomością wspólną (art. 20-25 u.w.l.) stanowią wyłączną podstawę rozstrzygnięć, czy też zasadne jest odwołanie się do właściwych przepisów Kodeksu cywilnego o współwłasności jako przepisów ogólnych? Po trzecie natomiast, należy dokonać wykładni art. 21 ust. 1 i 3 u.w.l. oraz art. 22 ust. 2 u.w.l., co pozwoli uzyskać odpowiedź na pytanie, czy zarząd wspólnoty, opierając na przepisach o zarządzenie nieruchomością wspólną (art. 20-25 u.w.l.), może dokonywać w jej imieniu i ze skutkiem dla właścicieli lokali czynności prawnych przekraczających zwykły zarząd innych niż wymienione w art. 21 ust. 3 u.w.l.?

III. Ocena stanowiska Sądu Najwyższego

Podzielić należy pogląd SN, że katalog spraw wymieniony w art. 21 ust. 3 u.w.l. w zw. z art. 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l., jest katalogiem zamkniętym, co przede wszystkim wynika z literalnego brzmienia przepisu⁶. Nie ma zatem podstaw ku twierdzeniu prezentowanemu w piśmiennictwie, że wspomniane wyliczenie ma charakter przykładowy⁷. Wychodząc z takiego założenia i dokonując fragmentarycznej oceny unormowań dotyczących reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd, można się zgodzić z SN, że zarząd nie może na podstawie pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 22 ust. 2 u.w.l., w celu wykonania uchwały w sprawie należącej do spraw wyliczonych w art. 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l., dokonać czynności innej niż przywołane czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, pomimo spełniania przesłanek z art. 22 ust. 2 u.w.l. ze skutkiem w stosunku do właścicieli wszystkich lokali.

Należy się zatem zgodzić z SN, że zarząd wspólnoty mieszkaniowej nie może na podstawie art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. złożyć ze skutkiem prawnym, wiążącym właścicieli wszystkich lokali, oświadczenia woli o obciążeniu nieruchomości wspólnej służebnością drogi koniecznej, ponieważ nie mieści się ona w zamkniętym katalogu spraw, wobec których zarząd wspólnoty mieszkaniowej może działać na podstawie art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l.

Tym niemniej SN dokonując takiej oceny, uznał także, że w sprawach przekraczających zwykły zarząd innych niż wymienione w art. 21 ust. 3 u.w.l., do reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez jej zarząd ze skutkiem w stosunku do wszystkich właścicieli lokali, niezbędne jest zgodne udzielenie przez właścicieli lokali pełnomocnictwa zarządowi, bo wymaga tego w tej sytuacji art. 199 k.c., z czym nie można się zgodzić z podanych niżej powodów.

Podobnie nie sposób zaakceptować poglądu SN, wyrażonego w uzasadnieniu uchwały, w myśl którego art. 21 ust. 3 u.w.l. reguluje szczególny tryb udzielania

6 Tak również G. Bieniek, Z. Marmaj, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa, 2008, art. 22 nb. 10.

7 A. Turlej, w: R. Strzelczyk, A. Turlej, *Własność lokali...*, op. cit., art. 21, Nb. 14; M. Gutowski, *Glosa...*, op. cit., s. 696; A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, Warszawa, 2012, art. 21, Nb. 8.

pełnomocnictwa. Otóż podstawę prawną, w oparciu o którą właściciele lokali udzielają pełnomocnictwa zarządowi wspólnoty, tworzy art. 22 ust. 2 w zw. z art. 23 ust. 2 u.w.l. Z kolei art. 21 ust. 3 u.w.l. reguluje kwestię wykonania udzielonego pełnomocnictwa i jego skutków w taki sposób, że, choć umocowanie nie pochodzi od wszystkich właścicieli, uchwała bowiem zapada większością głosów, to oświadczenie woli zarządu wynikające z pełnomocnictwa wiąże wszystkich właścicieli.

Należy wyraźnie podkreślić w oparciu o zastosowanie zasad wykładni systemowej, że nie można powoływać się i uznać art. 199 zd. 1 k.c. za podstawę prawną do udzielenia zarządowi wspólnoty mieszkaniowej pełnomocnictwa do ustanowienia służebności drogi koniecznej. Ani we wspomnianym już wyżej postanowieniu SN z 7 października 2011 r., ani w komentarzach do u.w.l.⁸ nie pojawia się niestety podstawowy argument z zakresu nauk prawnych związany z wykładnią systemową i założeniem racjonalnego ustawodawcy, a co za tym idzie niesprzecznością elementów konstrukcji systemu prawa, w którym przepis szczególnie deroguje, tj. upoważnia do niestosowania przepisu ogólnego (*lex specialis derogat legi generali*). Co więcej, nawet kolejne w porządku czasowym wprowadzanie, poprzez nowelizacje danej ustawy, normy ogólnej nie będzie nigdy oznaczać w myśleniu o systemie prawa i jego należytym (logicznym) uporządkowaniu uchylenia wcześniejszej normy szczególnej (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Przesłanka odróżniania tego rodzaju przepisów, ogólnych oraz szczególnych, w procesie myślowym dokonywania wykładni systemowej, może wynikać albo z przyjętej przez ustawodawcę systematyki aktu normatywnego, albo też z porównania różnych aktów normatywnych, w naszym przypadku porównania relacji treściowej art. 199 k.c. z art. 21 i 22 u.w.l. Podstawową cechą systemu prawa są niesprzeczne związki treściowe między jego elementami (normami). Jeśli zaś dochodzi do zbiegu norm, to stosuje się odpowiednie reguły kolizyjne, których zadaniem jest usuwanie sprzeczności z systemu prawa.

Aczkolwiek ze względu na przyjmowane założenie niesprzeczności ustawodawca nie musiał tego czynić, to art. 1 ust. 2 u.w.l. stwierdza, że w zakresie nieuregulowanym ustawą do własności lokali stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. A zatem, co dodatkowo wzmacnia naszą argumentację, stosując wnioskowanie *a contrario*, w zakresie uregulowanym w u.w.l. wskazanego Kodeksu cywilnego stosować nie można. Zauważmy, że tytuł rozdziału 4 u.w.l. „Zarządzanie nieruchomością wspólną” (art. 18-33) wskazuje, iż ustawodawca rzeczoną materię uregulował w sposób świadomy i celowy jako zbiór norm odrębnych. Może pojawić się też pytanie, czy owa regulacja nie jest tylko regulacją częściową. Otóż intencja częściowej regulacji zakładałaby lukę konstrukcyjną w prawie, dlatego też tego rodzaju podejście należy z gruntu odrzucić. Wśród teoretyków prawa na temat luki w prawie przyjmuje się pogląd, że (1) ustawodawca powinien zawsze regulować wszystkie podejmowane kwestie albo też (2) czegoś nie uregulował, choć powinien to uczynić. W tym kontekście intencja częściowej regulacji jest wewnętrznie sprzeczna.

Wobec powyższego należy wyraźnie podkreślić, że w sprawie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wspólnoty mieszkaniowej ustawodawca uregulował, tj. w sposób świadomy wprowadził przepisy odrębne (*lex specialis*) regulujące kwestię zarządu nieruchomością wspólną wspólnoty mieszkaniowej, w stosunku do obowiązujących już przepisów ogólnych (*leges generalis*) wyrażonych w art.

8 E. Bończak-Kucharczyk, *Własność lokali i wspólnota mieszkaniowa*, Warszawa 2012, s. 413-459.

199 k.c. Przepisy ogólne art. 199 k.c. obejmują szeroki krąg adresatów jak również szeroki zakres spraw. Natomiast przepisy szczególne art. 18-33 u.w.l. ustanawiają rodzaj regulacji szczególnej. Zwrócenie uwagi na związek relacyjny między przepisami ogólnymi a szczególnym systemem prawa, ma zarazem ważne znaczenie interpretacyjne oraz praktyczne. Dyrektywa interpretacji systemowej pozwala posłużyć się regułą kolizyjną, w myśl której przepis szczególny uchyla przepis ogólny.

Ponadto, nie możemy wnosić, że skoro obowiązują określone przepisy szczególne, wprowadzone w sposób świadomy i celowy, określające czynności przekraczające zakres zwykłego zarząd wspólnoty mieszkaniowej, to wobec braku określonego przepisu, który miałyby stanowić podstawę do ustanowienia przez wspólnotę mieszkaniową służebności gruntowej, mamy do czynienia z luką konstrukcyjną w prawie. Oczywiście, kwestia tego, czy ustawodawca rozważany tu stan rzeczy (ustanowienie służebności gruntowej) pozostawił poza zakresem regulacji, może być przedmiotem sporu. Niemniej, po pierwsze, normy prawnej nie należy utożsamiać z określonym przepisem prawa wysłowionym w określonej jednostce redakcyjnej tekstu. Po drugie, przesłanka wyrażona w art. 21. ust.1 w zw. z art. 22. ust. 2 u.w.l., co szerzej przedstawimy w części IV w postaci własnego stanowiska, wskazuje, że zarząd wspólnoty mieszkaniowej może ją reprezentować na zewnątrz w sprawach przekraczających zwykły zarząd, o ile uzyska zgodę na dokonanie tej czynności w postaci uchwały wspólnoty mieszkaniowej.

Obok przywołanej wyżej interpretacji systemowej zakresu uprawnień zarządu wybranego przez właścicieli lokali, można posłużyć się także funkcjonalną i celowościową wykładnią prawa. Wykładnia funkcjonalna uwzględnia przede wszystkim warunki, często aktualne, w których norma ma oddziaływać na jej adresatów⁹. W naszym przypadku niezwykle ważne będzie odróżnienie uwarunkowań relacji społecznych występujących w małych oraz dużych wspólnotach mieszkaniowych.

W małych wspólnotach warunki sprawowania zarządu nie są zbyt skomplikowane. Natomiast w przypadku funkcjonowania dużych wspólnot warunki realizacji zarządu nieruchomością wspólną są bardziej złożone. Najczęściej właściciele lokali się nie znają i nie pozostają ze sobą w bliskich kontaktach, stąd też ustawodawca świadomie wprowadził w tym względzie określony system zarządu i podejmowania uchwał (art. 23). W małej wspólnotie mieszkaniowej czynności przekraczające zwykły zarząd wymagają zgody wszystkich właścicieli lokali. Natomiast w interesującym nas drugim przypadku zarząd wspólnoty mieszkaniowej może podejmować czynności na mocy uchwały zapadającej większością głosów (art. 23 ust. 2), co zrozumiałe ze względu na uwarunkowania tego rodzaju wspólnoty mieszkaniowej. W związku z interpretacją funkcjonalną argument nasz jest następujący. Po pierwsze, wskazane przez SN zastosowanie art. 199 prowadzi do poważnych komplikacji praktycznych, a nawet paraliżu w procesie koniecznego uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli. Po drugie, co jeszcze ważniejsze, w warunkach określonych relacji społecznych dużej wspólnoty mieszkaniowej, w których ustawodawca uznał, że należy przyjąć podejmowanie uchwał większością głosów, SN wskazując na art. 199 k.c., jakby nie biorąc w ogóle pod uwagę warunków funkcjonowania przepisów regulujących zarząd nieruchomością wspólną większych wspólnot mieszkaniowych, nakazuje podjęcie uchwały w oparciu o zgodę wszystkich współwłaścicieli. Jeśli mielibyśmy

9 Zob. szerzej L. Morawski, *Wstęp do prawnoznawstwa*, Toruń 2005, s. 161, 179-181.

konsekwentnie podtrzymać stanowisko SN, to mamy do czynienia z dwoma sposobami podejmowania uchwał właścicieli lokali w tych samych warunkach funkcjonowania przepisów o zarządzie nieruchomością wspólną, co w sposób wystarczająco oczywisty wydaje się logicznie sprzeczne. Interpretacja funkcjonalna wskazując na szczególne uwarunkowania społeczne realizacji przepisów regulujących zarząd nieruchomością wspólną dużej wspólnoty mieszkaniowej, wyklucza to, że raz mielibyśmy posługiwać się konstrukcją uchwał zapadających większością głosów właścicieli (art. 23. ust. 2), a w przypadkach innych czynności, jak wskazuje SN, mielibyśmy w tych samych uwarunkowaniach wspólnoty mieszkaniowej stosować przesłankę koniecznej zgody wszystkich właścicieli.

Wykładnia celowościowa, jako typ wykładni funkcjonalnej, opiera się na ustaleniu określonych celów, jakie ustawodawca chce osiągnąć. Cel rzeczony regulacji, tj. odpowiednie zarządzanie nieruchomością wspólną w małych wspólnotach mieszkaniowych, ustawodawca osiągnął, stanowiąc art. 19 u.w.l, który mówi, że do zarządu nieruchomością wspólną należy stosować przepisy k.c art. 199-208 oraz k.p.c. 611-616. Natomiast istotą systemu organizacyjnego dużych wspólnot mieszkaniowych jest to, że występuje tu organ stanowiąco–kontrolny (wspólnota mieszkaniowa, której ustawa przyznaje zdolność prawną – art. 6 u.w.l.) oraz organ zarządzający (zarząd wspólnoty mieszkaniowej). Najogólniej mówiąc interpretacja celowościowa wskazuje na to, że wspólnota mieszkaniowa jest określoną jednostką organizacyjną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, a jej sprawami kieruje zarząd, reprezentując ją na zewnątrz, gdy uzyska on zgodę na dokonanie danej czynności poprzez uchwałę wspólnoty mieszkaniowej z wymaganą większością głosów. Stanowisko to, mówiące, że ustawodawca przyjmuje w u.w.l ze względu na odpowiednie zarządzanie określony system organizacyjny większej wspólnoty mieszkaniowej, rozwinieśmy niżej jako własne.

IV. Stanowisko własne w kwestii reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd

Odrzucenie poglądu SN, w myśl którego zarząd wspólnoty mieszkaniowej może złożyć w jej imieniu i w sposób wiążący wszystkich właścicieli lokali oświadczenie woli o ustanowieniu drogi koniecznej, o ile na udzielenie mu pełnomocnictwa do dokonania takiej czynności zgodzą się wszyscy współwłaściciele (art. 199 k.c.), oznacza, że odpowiedzi na wynikające stąd pytanie należy poszukiwać w przepisach o zarządzie nieruchomością wspólną (art. 18-25 u.w.l.).

Z art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. wyprowadzić można trzy normy. Z pierwszej wynika adresowana do zarządu wspólnoty mieszkaniowej kompetencja do kierowania jej sprawami. Zarząd podejmuje te sprawy samodzielnie, o ile mieszczą się one wśród czynności zwykłego zarządu, a jeżeli zaliczają się do czynności przekraczających zwykły zarząd, to niezbędna jest uchwała właścicieli lokali wyrażająca ich zgodę na dokonanie tej czynności (art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 u.w.l.). Ta norma prawna jest obojętna z punktu widzenia omawianej uchwały i nie będzie przedmiotem dalszej analizy.

Z drugiej wynika kompetencja do reprezentowania wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd na zewnątrz oraz w stosunkach między wspólnotą a poszczególnymi właścicielami lokali. Tutaj ponownie, w przypadku czynności zaliczanych do zwykłego zarządu, zarząd reprezentuje wspólnotę samodzielnie, ale jeżeli chodzi

o czynności przekraczające zwykły zarząd, to stosuje się art. 22 ust. 2 u.w.l., co oznacza, że niezbędne dla ich skutecznego dokonania jest uchwała współników (art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 u.w.l.).

Z trzeciej podobnie jak w przypadku drugiej wypływa kompetencja do reprezentowania wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd, w oparciu o pełnomocnictwo udzielone na mocy z art. 22 ust. 2 u.w.l., przez złożenie oświadczenia woli, w celu wykonania uchwał w enumeratywnie wymienionych sprawach przekraczających zwykły zarząd, o ile spełnione są przesłanki z art. 22 ust. 2 u.w.l., a mianowicie występuje zgoda właścicieli lokali wyrażona w formie uchwały oraz pełnomocnictwo do zawarcia umów stanowiących czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu w formie prawem przewidzianej (art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l.).

Z przywołanych przepisów wynikają następujące wnioski, jeżeli chodzi o reprezentację¹⁰ wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd. Występują dwa sposoby reprezentacji. Pierwszy jest wyrażony w art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. a drugi w art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. Różnią się one między sobą charakterem prawnym reprezentacji, dopuszczalnym zakresem oraz przesłankami jej skutecznego dokonania.

Jeżeli chodzi o pierwszy sposób, to reprezentacja wspólnoty mieszkaniowej sprawowana przez zarząd zasadza się na teorii organu. Skoro bowiem wspólnota mieszkaniowa jest jednostką organizacyjną, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 6 u.w.l.)¹¹, to działania jej organu, którym jest zarząd, są traktowane jak działanie wspólnoty mieszkaniowej ze skutkiem dla jej członków (art. 33¹ k.c. w zw. z art. 6 u.w.l. w zw. z art. 38 k.c.). Ten sposób reprezentacji stanowi zasadę, ponieważ w sprawach z zakresu zwykłego zarządu wspólnota mieszkaniowa nie może być reprezentowana przez zarząd w inny sposób. W sprawach przekraczających zwykły zarząd wspólnota mieszkaniowa jest także przeważnie reprezentowana w ten sposób z wyjątkiem tych spraw, które są wyliczone w art. 21 ust. 3 u.w.l. W pozostałym natomiast zakresie spraw, gdy chodzi składanie oświadczeń woli przez zarząd w imieniu wspólnoty w zakresie czynności przekraczających zwykły zarząd, to zastosowanie znajdują art. 21 ust. 1 w zw. z 22 ust. 2 u.w.l. Oznacza to, że zarząd może dokonać czynności reprezentacji w takich sprawach, o ile uprzednio uzyskał uchwałę właścicieli lokali wyrażającą zgodę na udzielenie tej czynności podjętą większością głosów (art. 23 ust. 2 u.w.l.). Nie musi natomiast uzyskiwać pełnomocnictwa, choć mówi o nim art. 22 ust. 2 u.w.l., to jednak ten przepis trzeba interpretować z uwzględnieniem treści art. 21 ust. 3 u.w.l., czyli należy uwzględnić zakres zastosowania wynikający z art. 21 ust. 3 u.w.l., a z tego przepisu wynika, że pełnomocnictwo jest niezbędne tylko w przypadku podejmowania przez zarząd czynności enumeratywnie wyliczonych.

10 Termin „reprezentacja” używamy w znaczeniu techniczno-prawnym pomijając tu jej naturę prawną. Może budzić on pewne wątpliwości, co do jego precyzji, ale na tle przepisów ustawy o własności lokali (art. 20-25 u.w.l.) trudniej o lepszą propozycję, ponieważ różnice między „organem” a „pełnomocnikiem” na tle art. 21 ust. 1 i 3 u.w.l. nie rysują się wyraziście. Podobnie jest w przypadku tzw. reprezentacji łącznej – zob. M. Pazdan, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. II, red. Z. Radwański, Warszawa, 2008, s. 480.

11 Zagadnienie podmiotowości prawnej wspólnoty mieszkaniowej budzi jednak kontrowersje w polskim piśmiennictwie – zob. szerzej J. Pisuliński, *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. IV, red. E. Gniewek, Warszawa, 2007, s. 300 i nn.

Przepisy dotyczące reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd, w ramach podejmowania czynności przekraczających zwykły zarząd, a mianowicie po pierwsze art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l., a po drugie art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l., pozostają w relacji dającej się opisać za pomocą reguły *lex specialis lex generalis*. Pierwsze nich są *lex generalis*, a kolejne *lex specialis*. Oznacza to, że jeżeli zarząd wspólnoty dokonując aktu reprezentacji na zewnątrz, w innych sprawach niż te enumeratywnie wyliczone w art. 21 ust. 3 w zw. z 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l. działa na podstawie art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l.

Jeżeli chodzi o drugi z wyróżnionych wyżej sposobów reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd, czyli ten zasadzający się na art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l., to trzeba zaznaczyć, że poddany jest on wielu obostrzeniom. Po pierwsze, został ograniczony tylko do spraw enumeratywnie wyróżnionych (art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 3 pkt. 5, 5a, 6 u.w.l.). Po drugie, spełnione muszą zostać przesłanki z art. 22 ust. 2 u.w.l. Wspomniane obostrzenie charakterystyczne dla drugiego sposobu reprezentacji jest podyktowane wagą spraw, ocenianą z punktu widzenia właścicieli wszystkich lokali. Wystarczy zwrócić uwagę, że wśród nich występuje przypadek udzielenia zgody na nadbudowę lub przebudowę nieruchomości wspólnej, czy na ustanowienie odrębnej własności lokalu powstałego w następstwie nadbudowy lub przebudowy i rozporządzenie tym lokalem oraz na zmianę wysokości udziałów w następstwie powstania odrębnej własności lokalu nadbudowanego lub przebudowanego (art. 22 ust. 3 u.w.l.). Akt reprezentacji mający za przedmiot taką sprawę, ingeruje silnie w interesy wszystkich właścicieli i dlatego jego dokonanie wymaga dodatkowych przesłanek w porównaniu do innych przypadków.

Kwestią pozostającą w związku z tym sposobem reprezentacji, jest jego natura. Przeciwno przyjęciu, że mamy tu do czynienia z instytucją pełnomocnictwa z Kodeksu cywilnego, przemawia okoliczność, że w roli „mocodawcy” występuje organ uchwałodawczy wspólnoty mieszkaniowej, który składa się z właścicieli lokali, a w roli „pełnomocnika” inny jej organ – zarząd. Nie ma zatem typowej dla instytucji pełnomocnictwa odrębności podmiotowej mocodawcy i pełnomocnika. Dostrzegając tą przeszkodę związaną z kwalifikacją prawną pełnomocnictwa występującą w art. 21 ust. 3 i art. 22 ust. 2 u.w.l., w piśmiennictwie zwrócono uwagę, że pojęcie to występuje w innym znaczeniu niż w Kodeksie cywilnym¹². Wychodząc z odmiennego założenia, a mianowicie, że ustawodawca posłużył się w art. 21 ust. 3 i art. 22 ust. 2 u.w.l. pojęciem „pełnomocnictwo” świadomie, może zaproponować inny kierunek wykładni omawianych przepisów, a mianowicie można przyjąć, że w przypadku spraw, o których mowa w art. 21 ust. 1 u.w.l. zarząd wspólnoty mieszkaniowej nie działa, jako organ ułomnej osoby prawnej, jaką jest wspólnota mieszkaniowa (art. 6 u.w.l.), ale jako osoby fizyczne zajmujące się zarządaniem nieruchomością wspólną, którym pozostali współwłaściciele udzielają umocowania do składania oświadczeń woli w ich imieniu, w formie uchwały zapadającej większością głosów a nie jednomyślnie, co jest regułą na tle art. 95 k.c.

Oznaczałoby to, że wyróżnione na tle art. 21 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. sposoby dokonywania aktów reprezentacji przez zarząd, opierają się na różnych

12 Zob. J. Pisuliński, *System prawa...*, op. cit., s. 301.

koncepcjach teoretyczno-prawnych¹³. Pierwszy wspiera się na teorii organu (art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l.). Drugi – na umocowaniu do działania w imieniu wszystkich właścicieli lokali, wynikającym z ich uchwały (oświadczenie woli – art. 95 § 2 k.c.) przez osoby zajmujące się zarządem nieruchomością wspólną, które jednak w tym wypadku nie występują w przepisach w charakterze organu ułomnej osoby prawnej, ale w roli pełnomocników, przy czym udzielone umocowanie wspiera się na woli większości właścicieli lokali (zob. art. 21 ust. 3, art. 22 ust. 2 i art. 23 ust. 2 u.w.l.), a nie wszystkich, jak ma to miejsce w pełnomocnictwie uregulowanym w Kodeksie cywilnym.

Sformułowana propozycja jest z pewnością dyskusyjna, podobnie jednak jak inne zgłaszane w piśmiennictwie¹⁴. Ma jednak oparcie w dyrektywach wykładni językowej art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. i art. 21 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l. Niejasność przepisów, często jak się wydaje przypadkowe odwołanie się do klasycznych instytucji prawnych na tle innych, czego przykładem jest „pełnomocnictwo” zarządu wspólnoty mieszkaniowej, powoduje, że wręcz niemożliwe jest osiągnięcie w wyniku wykładni klarownych instytucji prawnych.

V. Wnioski

Zarząd wspólnoty mieszkaniowej może ją reprezentować na zewnątrz w sprawach przekraczających zwykły zarząd, które nie mieszczą się w enumeratywnym wyliczeniu z art. 21 ust. 3 u.w.l., o ile uzyska zgodę na dokonanie tej czynności w postaci uchwały wspólnoty mieszkaniowej podjętej większością głosów w trybie z art. 23 ust. 2 u.w.l. W tym wypadku podstawą prawną reprezentacji wspólnoty przez zarząd będzie art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l.

Takie stanowisko na tle sprawy oznacza, że zarząd wspólnoty mieszkaniowej mógł wystąpić do sądu z wnioskiem o ustanowienie służebności drogowej ze skutkiem dla wszystkich właścicieli lokali, ponieważ spełnione były przesłanki z art. 21 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 u.w.l., a mianowicie dysponował on zgodą właścicieli lokali wyrażoną w uchwale. Uchwała SN rozstrzygająca zagadnienie prawne przedstawione przez SO jest nietrafna.

Inną rzeczą niż wykładnia spornych art. 21 ust. 1 i 3 oraz art. 22 ust. 2 u.w.l. jest ich ocena dokonana pod kątem celowości ich dalszego utrzymania w systemie prawnym. Otóż wydaje się, że przyjęta na gruncie ustawy o własności lokali koncepcja reprezentacji wspólnoty mieszkaniowej przez zarząd w zakresie czynności przekraczającej zwykły zarząd, która zasadza się na występowaniu dwóch sposobów reprezentacji, jest wadliwa, ponieważ generuje problemy interpretacyjne i nie wzmacnia ochrony interesów właścicieli lokali.

Odejście od niej przez wykreślenie art. 21 ust. 3 oraz części art. 22 ust. 2 u.w.l. byłoby właściwym posunięciem. Interesy właścicieli lokali będą chronione wystarczająco, ponieważ zarząd wspólnoty mieszkaniowej zawsze działając na zewnątrz w oparciu o art. 21 ust. 1 u.w.l., musi posiadać uprzednio zgodę właścicieli lokali wyrażoną w formie uchwały. Zapada ona wprawdzie większością głosów, ale podlega zaskarżeniu z powodu jej niezgodności z prawem, umową właścicieli lokali albo

13 Por. M. Nazar, *Własność lokali. Podstawowe zagadnienia cywilnoprawne*, Lublin, 1995, s. 81-82.

14 Zob. m.in. A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe...*, op. cit., art. 22, Nb 3.

narusza ona zasady prawidłowego zarządzania nieruchomością wspólną lub w inny sposób narusza jego interesy (art. 25 ust. 1 u.w.l.), a zatem interes właścicieli lokali jest chroniony na drodze sądowej, co przesądza o ich bezpieczeństwie prawnym.



AUTORZY

Noty o autorach

Bolesław Banaszek – doktor nauk prawnych, Warszawa.

ks. dr Tomasz Barankiewicz – pracownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

mgr Piotr Machnij – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego (2008-2013), autor pracy magisterskiej pod tytułem „*Wrongful birth* w prawie polskim” napisanej w Zakładzie Praw Człowieka pod kierunkiem prof. dra hab. Jerzego Zajadło.

dr hab. Romuald M. Piekarski – prof. UG, pracuje w Instytucie Filozofii Socjologii i Dziennikarstwa Uniwersytetu Gdańskiego, wykładał także m. in. w Wyższej Szkole Prawa i Dyplomacji w Gdyni. Przewodniczący Gdańskiego Oddziału Polskiego Towarzystwa Filozoficznego. Autor ponad sześćdziesięciu publikacji, w tym trzech książek: *Problem wartości poznawczych literackiego i filmowego dzieła sztuki* (1993), *Wokół prawdy i interpretacji dzieła literackiego [w:] Zagadnienia estetyki współczesnej. Sztuka – wartości – poznanie* [wspólnie z P. Kawieckim] (1994), *Koncepcja cnót politycznych Machiavellego na tle elementów klasycznej etyki cnót* (2009). Członek redakcji rocznika „Civitas”; publikował w miesięczniku „Znak”, kwartalniku „Pieniądze i Więź”, „Pro Fide, Rege et Lege”, „Arce”, „Arcanach”, „Christianitas”, „Obywatelu” i w wydawnictwie The Council for Research in Values and Philosophy.

mgr Michał Rupniewski – doktorant w Katedrze Doktryn Polityczno-Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz współpracownik Centrum Myśli Polityczno-Prawnej im. A. de Tocqueville’a. Absolwent prawa (magisterium) i filozofii (licencjat) UŁ. Student *Faculté Internationale de Droit Comparé* w Strasbourgu (2009), stypendysta KAAD (2012, pobyt badawczy w Uniwersytecie w Bonn) oraz NCN (projekt badawczy realizowany od lipca 2013). Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół wybranych myślicieli, których filozofia praktyczna posiada ważne implikacje dla nauki prawa. Są to przede wszystkim John Rawls, Immanuel Kant, św. Tomasz z Akwinu czy Robert Nozick.

dr hab. Tomasz Tulejski – profesor nadzwyczajny w Katedrze Doktryn Polityczno-Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego oraz współpracownik Centrum Myśli Polityczno-Prawnej im. Alexisa de Tocqueville’a. Autor dwóch monografii: *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremy Benthama* (2004) i *Konserwatyzm bez Boga. Dawida Hume’a wizja społeczeństwa państwa i prawa* (2009).

dr hab. Piotr Zakrzewski – absolwent Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II (1997). Jest kierownikiem II Katedry Prawa Cywilnego WPPKiA KUL, zatrudnionym na stanowisku adiunkta. Zajmuje się prawem spółdzielczym, zagadnieniami części ogólnej prawa cywilnego, prawem zobowiązań, spadkowym oraz edukacją prawniczą. Autor dwóch monografii *Majątek spółdzielni* (2003) i *Status prawny członka spółdzielni mieszkaniowej w spółdzielczych stosunkach lokatorskich* (2010) oraz licznych artykułów i glos. Wieloletni koordynator sekcji cywilnej Uniwersyteckiej Poradni Prawnej KUL.

