

Nr 6



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘZ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK II NUMER 4 (6) ZIMA 2013 ROK

ISSN 1506-7513
ISSN 2299-405X



SPÓŁDZIELCZY  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 4 (6) ZIMA 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 Dzięga** (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 Potrzebacz** (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. **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. **Adam Czarnota** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Krzyszyna Pawłowicz** – 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 250 egz.

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

Okładka: Hans von Aachen, *Alegoria (Triumf
Sprawiedliwości)*

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.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Okładka: Hans von Aachen, *Alegoria (Triumf Sprawiedliwości)*

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

Hans von Aachen (1552–1615) – malarz niemiecki, manierysta, twórca portretów, scen historycznych i realistycznych, nawiązywał do tematyki biblijnej i mitologicznej.

Obraz *Alegoria* (inna nazwa to *Triumf Sprawiedliwości* albo *Zwycięstwo Prawdy pod ochroną Sprawiedliwości*) pochodzi z 1598 r., jest obecnie eksponowany w Starej Pinakotece w Monachium.



Spis treści

ARTYKUŁY

- Tomasz Barszcz*
Prawo i moralność. Refleksje po lekturze *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*..... 7
- Tadeusz Jasudowicz*
Refleksje na tle preambuły Europejskiej Konwencji Praw Człowieka..... 16
- Quentin Skinner*
Trzecia koncepcja wolności..... 40
- Katarzyna Tomaszewska*
Dostęp do informacji publicznej jako kategoria ochrony interesu prawnego jednostki na przykładzie wybranych regulacji dotyczących korzystania z „rzeczy powszechnego użytku” 65
- Monika Lejczyk*
Rodzaje czynności będących elementami świadczenia pośrednika lub przedsiębiorcy jako strony umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami 82

POLEMIKI

- Adam Czarnota*
Republikańska idea rządów prawa, czyli dlaczego filozof prawa potrzebuje wiedzy historycznej 95
- Lech Morawski*
Dwie czy trzy wolności a państwo prawa i nauki historyczne 108
- Marcin Kilanowski*
Jakie prawo i jaka wolność? Nie dajmy się zwieść dychotomiom 113

AUTORZY

- Noty o autorach 123



ARTYKUŁY

Prawo i moralność. Refleksje po lekturze *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*

Law and Morality. Some reflections on *Abiit non obiit. The Book in Memoriam of Reverance Antoni Kość SVD*

*Relation of law and morality is the main issue of the article. The author, basing on texts published in a monograph *Abiit non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD* [*Abiit non obiit. The Book in Memoriam of Reverance Antoni Kość SVD*], discusses some crucial aspects of a following question: Is morality a necessary condition for the positive law? Nevertheless, the author is not an impartial judge. The answer is based on the doctrine given by Rev. Antoni Kość (1949–2011), the head of the Department of Philosophy and Theory of Law of the Faculty of Law, Canon Law and Administration of the John Paul II Catholic University of Lublin.*

Tomasz Barszcz

*doktor nauk prawnych, magister filozofii,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Niniejsze rozważania mają trzy cele. Pierwszym jest zakomunikowanie kilku informacji o – jak uważam – wartym uwagi dziele pt. *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*. Drugie zadanie wyczerpuje się w przybliżeniu postaci bohatera rzeczonyj książki. Trzeci cel badań niejako „czerpie” z realizacji dwóch pierwszych, a przez to wyznacza tytuł wywodu. Ostatnie z przyjętych zadań stanowi bowiem przedstawienie – na podstawie wybranych opracowań zawartych w prezentowanym dziele – problemów związanych z faktem, który Ksiądz Profesor uczynił szczególnym obiektem swych dociekań, mianowicie zagadnień dotyczących stosunku prawa i moralności.

Do tradycji akademickiej, pielęgnowanej również w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II, należy troska o pamięć po jej wybitnych członkach. Rzeczona tradycja jest realizowana między innymi za pomocą tzw. dzieł pamiątkowych. Tego rodzaju publikację stanowi właśnie praca pt. *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, przygotowana pod redakcją Antoniego Dębińskiego, Piotra Stanisza, Tomasza Barankiewicza, Jadwigi Potrzyszcz, Wojciecha Sz. Staszewskiego, Anny Szarek-Zwijacz i Moniki Wójcik przez grono stu pięciu autorów. Ksiądz Profesor Antoni Kość zmarł nagle w dniu 7 grudnia 2011 roku, a w ciągu stosunkowo krótkiego życia zdążył zostać nie tylko misjonarzem Zgromadzenia Słowa Bożego (pierwszą profesję zakonną złożył w dniu 8 września 1972 roku), ale również profesorem zwyczajnym nauk prawnych (od dnia 22 marca 2002 roku), autorem ponad stu pięćdziesięciu publikacji naukowych z zakresu teorii i filozofii prawa, kierownikiem Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiej Jana Pawła II (od dnia 1 stycznia 1999 roku do śmierci), a także prodziekanem rzeczzonego Wydziału (w latach 2000-2008), jak również członkiem Komisji Prawniczej Oddziału Polskiej Akademii Nauk w Lublinie, Stowarzyszenia Kanonistów Polskich, Towarzystwa Naukowego KUL, Centrum Studiów Azji Wschodniej Uniwersytetu Gdańskiego i Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej¹.

Księga ukazała się nakładem Wydawnictwa KUL na przełomie marca i kwietnia 2013 roku². Liczy 1448 stron i obejmuje dziewięćdziesiąt siedem artykułów, a także słowo od redaktorów, słowo Rektora KUL ks. prof. dr. hab. Antoniego Dębińskiego, słowo Dziekana Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL ks. dr. hab. Piotra Stanisza, słowo Prezesa Towarzystwa Naukowego KUL ks. prof. dr. hab. Augustyna Eckmanna, słowo Prowincjała Polskiej Prowincji Zgromadzenia Słowa Bożego o. Andrzeja Danilewicz SVD, słowo bp. Jerzego Mazura SVD, jak również – opracowane przez dr. Jadwigę Potrzyszcz – notę biograficzną Księdza Profesora, szczegółowy wykaz jego dorobku naukowego oraz noty o autorach. Jako taka księga została podzielona na dziesięć podstawowych części: (I) *Wokół osoby Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD* (s. 19-52); (II) *Teoria i filozofia prawa i państwa oraz socjologia prawa* (s. 53-509); (III) *Teologia, filozofia, filozofia polska i klasyczna* (s. 511-679); (IV) *Etyka, etyka prawnicza, prawa człowieka i komunikacja społeczna* (s. 681-866); (V) *Historia i historia prawa* (s. 867-996); (VI) *Prawo kanoniczne* (s. 997-1150); (VII) *Prawo Unii Europejskiej* (s. 1151-1184); (VIII) *Prawo cywilne i rodzinne oraz prawo handlowe* (s. 1185-1315); (IX) *Prawo administracyjne, prawo finansowe, prawo pracy i oświatowe* (s. 1317-1393) oraz (X) *Prawo karne i kryminalistyka* (s. 1395-1432). Tak więc początkowe partie księgi (bez części I) obejmują artykuły – posługując się popularnym rozróżnieniem – poruszające problemy natury teoretycznej, a w dalszych jej częściach zebrane zostały teksty dotyczące zagadnień o charakterze dogmatycznym. Niemniej jednak odnośnie do segmentu

1 Zob. np. J. Potrzyszcz, *Ksiądz Profesor Antoni Kość*, [w:] *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński, P. Stanisza, T. Barankiewicz, J. Potrzyszcz, W. Sz. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik, Lublin 2013, s. 19-25.

2 Prezentacja księgi miała miejsce w dniu 22 marca 2013 r. w trakcie ogólnopolskiej konferencji naukowej pt. „Antoni Kość jako Filozof prawa”, zorganizowanej przez Katedrę Teorii i Filozofii Prawa KUL oraz Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL.

teoretycznego zastrzec wypada, iż trudno doszukać się reguły rządzącej układem treści w tej księdze. Otóż, w perspektywie tego, że o ile nie każda dyscyplina filozoficzna jest etyką, o tyle każda etyka stanowi dyscyplinę filozoficzną³, a filozofia (teoria) prawa nie wyczerpuje problematyki filozoficznej⁴, na podstawie tytułów części II-IV stwierdzić należy, iż przyjęty układ artykułów nie przebiega według kryterium rozłączności treści, ani w ten sposób, że treść prezentowana wcześniej jest bardziej podstawowa względem treści prezentowanej później. Oczywiście, nie istnieje żadna zasada, która obowiązywałaby autora (redaktora) do zorganizowania swojej pracy według tych dwóch mierników. Uważam jednak, że na ich uwzględnieniu księga by zyskała. Skutkowałoby to przede wszystkim większą jej spójnością, aniżeli istniejąca na skutek przyjętego uporządkowania. Jeżeli chodzi o sam układ poszczególnych części, to został on pomyślany według kryterium alfabetycznego, odniesionego do nazwisk autorów opracowań zamieszczonych każdorazowo w poszczególnych częściach. Zabieg ten, ze względu na różnorodność szkół i kierunków (zwłaszcza w zakresie filozofii prawa i teorii prawa), które reprezentują poszczególni autorzy, wydaje się rozwiązaniem optymalnym.

Spśród zgromadzonych w księdze dziewięćdziesięciu siedmiu artykułów zajmę się jedynie pięcioma z nich. Poza pierwszym, poświęconym Księdzu Profesorowi jako naukowcowi, będą to opracowania, które bezpośrednio dotyczą związku pomiędzy prawem pozytywnym i moralnością (sprawiedliwością). Rzeczona relacja stanowiła bowiem dla Antoniego Kościa szczególny (ulubiony) obiekt zainteresowań badawczych. Wystarczy tu tylko odnotować, że zarówno badania zebrane w rozprawie doktorskiej (*Recht und Sittlichkeit im sozialistischen Staat, dargestellt am Beispiel Polens*⁵), jak dociekania składające się na książkę habilitacyjną (*Prawo a etyka konfucjańska w historii myśli prawnej Chin*⁶) Książd Profesor nabudował na rzeczonym stosunku⁷.

Prof. dr hab. Maria Szyszkowska w stosunkowo krótkim opracowaniu (s. 381-386) pt. *Szczególne miejsce Antoniego Kościa w polskiej filozofii prawa* trafnie charakteryzuje Księdza Profesora nie tyle jako uczonego, ile jako filozofa prawa. Zgodzić się przy tym trzeba, że bohatera rzeczzonego artykułu „charakteryzował obiektywizm naukowy, umiejętność przedstawiania cudzych poglądów w sposób bezstronny” (s. 381) oraz że „niepokoila go tendencja do traktowania filozofii prawa jako dziedziny, w której czują się kompetentni [wyłącznie – przyp. TB] prawnicy, należy ona bowiem do metafizyki i wymaga wiedzy filozoficznej, a nie tylko prawniczej” (s. 383). Z tej wypowiedzi wyakcentować należy, że w ujęciu Antoniego Kości filozofia prawa to przede wszystkim (czyli *in sensu stricto*) metafizyka, a precyzyjniej

3 Zob. np. J. Wojtysiak, *Etyka*, [w:] idem, *Słownik wybranych terminów filozoficznych*, [w:] A. B. Stępień, *Wstęp do filozofii*, Warszawa 2007, s. 347; J. Jaśtał, *Etyka*, [w:] *Słownik filozofii*, red. J. Hartmann, Kraków 2004, s. 54-55.

4 Zob. A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, s. 13-18.

5 A. Kość, *Recht und Sittlichkeit im sozialistischen Staat, dargestellt am Beispiel Polens*, Freiburg 1982 s. viii, 266.

6 Idem, *Prawo a etyka konfucjańska w historii myśli prawnej Chin*, Lublin 1998, s. 219.

7 O zainteresowaniu jakim A. Kość obdarzał relację między prawem a sprawiedliwością, informuje również zestawienie tytułów artykułów i monografii jego autorstwa (zob. J. Potrzebszcz, *Bibliografia podmiotowa i przedmiotowa Książd Profesora Antoniego Kościa*, [w:] *Abiit, non obiit...*, op. cit., s. 28-38).

– poznanie pytające „o byt prawa”⁸, czyli próbujące „ustalić podstawy istnienia i istoty prawa”⁹.

Podzielam również zdanie Marii Szyszkowskiej, że Książd Profesor „czepał z rozmaitych systemów [filozoficznych – przyp. TB]” (s. 384). Dopowiem jednak, że nie zaprowadziło go to do miątkiego eklektyzmu, ale do skonstruowania rzeczowej, subtelnej i – nawiązując do słów Autorki – „zapełniającej lukę, która powstała w Polsce” (s. 384) koncepcji filozofii prawa oraz koncepcji samego prawa. Myślę, że u podstaw tych rezultatów spoczywa strategia badawcza, przyjęta przez Antoniego Kościa. Otóż, streszczając tę metodę, należy wskazać, że Książd Profesor dążył do całościowego ujęcia prawa jako wielowymiarowego fenomenu, lecz przy jego rekonstrukcji punktem wyjścia dociekań czynił regulacje i zdarzenia prawne, a spośród różnorodnych wymiarów prawa najbliższy był mu aspekt aksjologiczny¹⁰. Jest to – jak sugeruje Autorka – podejście raczej rzadko obierane na terenie Kraju (s. 385), aczkolwiek postawioną przez nią tezę, że „filozofia prawa [w sensie ścisłym, wyżej przedstawionym – przyp. TB] upada w Polsce” (s. 382) uznać wypada za przesadzoną. To twierdzenie podważa chociażby zawartość książki, zwłaszcza artykuły budujące część II.

Na zakończenie prezentacji pierwszego opracowania, warto zwrócić jeszcze uwagę na dwie okoliczności. Pierwsza ma charakter precyzujący. Otóż, tytuł *Szczególne miejsce Antoniego Kościa w polskiej filozofii prawa* można również traktować jako znak zestawiania poglądów filozoficznoprawnych Książd Profesora wespół z tym wszystkim, czym jest „polska filozofia prawa”. Tego rodzaju zestawienia w prezentowanym opracowaniu prawie jednak nie ma; osnowę artykułu stanowi przede wszystkim kontekst – by tak to obrazowo ująć – społeczny i psychologiczny, w którym pojawił się, a następnie pracował Antoni Kość. Jak zostało to zasygnalizowane wyżej, Autorka koncentruje się nie tyle na skonstruowanych przez Książd Profesora rozwiązaniach problemów rozpatrywanych w ramach filozofii prawa, ile zestawia cechy osobowościowe Antoniego Kościa i fakty z jego życia z atrybutami osobowościowymi osób uprawiających filozofię (lub teorię) prawa, a także z sytuacją dotyczącą akademickiej organizacji w Polsce wykładów o nazwie „filozofia prawa” (i nazwach o zbliżonych kształtach). Drugą okoliczność można zaś wysłowić następująco: szkoda, że Maria Szyszkowska, zamykając omawianą pracę stwierdzeniem, iż „Antoni Kość zdawał sobie sprawę z tego, że demokracja rzeczywista jest w sposób konieczny zespolona z pluralizmem poglądów oraz szczególną rolą prawa gwarantującego wolność. Jak pisał, prawo ma swój byt w duchu wspólnoty ludzi, którzy tworzą wspólnotę prawa. Wyjaśniał, że jednostki, nawet te o wyrazistej indywidualności, czerpią w dużej mierze «z substancji ducha ponadindywidualnego», z ducha wspólnoty” (s. 385), nie zdecydowała się określić z jakiej wspólnoty, z jakiego ducha. czerpał Książd Profesor.

Uważam, że na rozwiązanie tej kwestii dobrze wskazuje artykuł prof. dr hab. Wojciecha Łączkowskiego pt. *Prawo a Sprawiedliwość* (s. 213-220). Po pierwsze

8 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa...*, op. cit., s. 149.

9 Ibidem.

10 Na te momenty w Książd Profesora koncepcji filozofii prawa trafnie zwrócił uwagę Jerzy Zajadło w referacie pt. *Niemiecka filozofia prawa jako źródło inspiracji Antoniego Kościa*, wygłoszonym w toku wspomnianej konferencji pt. „Antoni Kość jako Filozof prawa”.

bowiem, główne tezy rzeczonego opracowania są następujące: (1) prawa pochodzącego od prawodawcy państwowego nie można utożsamiać ze sprawiedliwością (s. 213, 216), ale nie jest możliwe oddzielenie prawa pozytywnego od sprawiedliwości (s. 214); (2) sprawiedliwość – jako jedna z „wartości etycznych” (s. 215) – ma charakter obiektywny, tzn. „nie zależy od subiektywnych poglądów ludzkich [i – przyp. TB] nie jest wytworem umysłu człowieka” (s. 215); (3) sprawiedliwość nie utożsamia się z zasadą równości (s. 216); (4) treść sprawiedliwości (moralności) powinna być odczytywana na podstawie konkretnego systemu wartości; (5) „taki system wartości powinien być osadzony w chrześcijaństwie” (s. 218); (6) postulat z pkt 5. nie implikuje wprowadzania religii do prawa, ale polega na doprowadzeniu do harmonii pomiędzy prawem stanowionym przez ludzi a prawem naturalnym, wyrażonym w niezniekształconych prawach człowieka (s. 219). Po drugie zaś, na wstępie artykułu Autor podnosi – co prawda konstruując rzeczoną wypowiedź jako hipotezę – że poglądy Księdza Profesora są zgodne z wymienionymi twierdzeniami (s. 213).

Istnieją podstawy, aby wymienione przypuszczenie potwierdzić. Otóż, dla Księdza Profesora „pomiędzy prawem [pozytywnym – przyp. TB] a sprawiedliwością zachodzi fundamentalna łączność istotowa”¹¹, mianowicie sprawiedliwość stanowi składnik idei takiego prawa, czyli jest dlań „zasadą przewodnią, która istnieje przed i ponad prawem pozytywnym”¹² oraz według której powinny być tworzone jego normy prawne i wydawane decyzje prawne. Człowiekowi jawi się zaś sprawiedliwość jako wartość etyczna, tj. doświadczana w sumieniu powinność urzeczywistnienia *czegoś* w realnych relacjach międzyludzkich¹³. Owe *coś* konkretną treść otrzymuje w relacjach społecznych, poddanych regulacji prawnej, ocenianych *in casu*; sprawiedliwość posiada treść otwartą¹⁴. Granice i strukturę tej otwartości wyznaczają (tj. wskazują, że należy wykluczyć pewne rozwiązania w poszczególnych przypadkach) formuła *sum cuique tribuere* i zasada równości¹⁵. Z kolei samą treść sprawiedliwości determinuje przede wszystkim humanitarność, czyli miłość bliźniego¹⁶. Tę ostatnią Ksiądz Profesor charakteryzuje za pomocą sformułowań chrześcijańskich, zarówno ewangelicznych („Wszystko więc, co byście chcieli, żeby ludzie wam czynili, i wy im czyńcie”¹⁷), jak i teologicznych (*Iustitia sine misericordia crudelitas est*)¹⁸¹⁹.

W oparciu o przedstawione dotychczas wywody można uzasadnić twierdzenie, że w ujęciu Antoniego Kościa „materię” sprawiedliwości (moralności) jako część idei prawa pozytywnego budują treści chrześcijańskie. Nie można natomiast – *jedynie* na podstawie przeprowadzonego wykładu – usprawiedliwić twierdzenia, że treściowe uposażenie sprawiedliwości (moralności), relewantnej z punktu widzenia

11 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa...*, op. cit., s. 178.

12 Ibidem, s. 179.

13 Zob. ibidem.

14 Zob. ibidem, s. 183.

15 Zob. ibidem, s. 180-181.

16 Ibidem, s. 183-184.

17 Mt 7,12.

18 Sancti Thomae de Aquino, *Super Evangelium S. Matthaei lectura*, cap. V, l. 2 <URL=http://www.corpusthomicum.org> [dostęp: 1.07.2013].

19 Zob. A. Kość, *Podstawy filozofii prawa...*, op. cit., s. 184, 177.

prawa pozytywnego, według Księdza Profesora wyczerpuje się w regułach lub zasadach chrześcijaństwa. Oczywiście, nie jest zadaniem niniejszych rozważań skonstruowanie rozwiązania tego problemu. Zresztą, i czego również specjalnie uzasadniać nie trzeba, realizacja przedsięwzięcia tego rodzaju heurystycznie i metodologicznie w całości niemal zależy od rozwiązania szeregu problemów dotyczących związku prawa pozytywnego i sprawiedliwości (moralności).

Wgląd w rzeczony zagadnienie umożliwi opracowanie dr Tomasza Berkrychta pt. *O związku koniecznym pomiędzy prawem a moralnością* (s. 83-95). Tak zatem zdaniem Autora – który do przedmiotu znakowanego wyznaczonego rzeczonym tytułem podchodzi jako fenomenolog (s. 83) – „rozwiązanie istnienia koniecznego związku” (s. 85) pomiędzy prawem pozytywnym i moralnością przebiega przez rozwiązania czterech kwestii. Po pierwsze, należy ustalić „co rozumiemy przez związek konieczny” (s. 85), mianowicie, czy chodzi o związek pojęciowy, czy o związek faktyczny. Po drugie, należy ustalić „czy w zagadnieniu koniecznego związku między prawem [pozytywnym – TB] a moralnością chodzi nam o określenie tej relacji dla prawa i moralności, czy też dla normy prawnej i normy moralnej?” (s. 86). Po trzecie, należy ustalić czy „w pytaniu o związek konieczny między prawem [pozytywnym – przyp. TB] a moralnością chodzi o pytanie o związek konieczny między treścią prawa pozytywnego a treścią moralności? – przyp. TB)” (s. 86). Po czwarte, trzeba zbadać „w jakim zakresie pojęcie obowiązywania prawa [pozytywnego – przyp. TB] wpływa na analizę tego związku oraz jakie miejsce w rozważaniach nad tą relacją zajmuje związek między dyskursem prawnym i moralnym?” (s. 86).

Szczegółowe przedstawienie, w jaki sposób Autor konstruuje i usprawiedliwia odpowiedzi na wyszczególnione pytania, pozostaje poza zadaniami niniejszych rozważań. Krótko więc tylko odnotuję, że w analizach zgrupowanych w artykule, prawo pozytywne zostaje opisane jako byt realny (mianowicie tak realny, jak jego nosiciele-ludzie) o formie stosunku, który może być analizowany jako konglomerat norm prawnych (s. 88-90), „czyli powinnościowych stanów rzeczy, którym przysługuje forma przedmiotu czysto intencjonalnego” (s. 90). Z kolei moralność zdeterminowana zostaje trojako, tj. (I) jako pochodząca od „transcendentnego względem człowieka bytu – Boga” (s. 91), (II) jako mająca swe źródło w aktach mowy ludzkiej (s. 91), a także (III) jako biorąca swój początek „w pewnej obiektywnej słuszności stanów rzeczy, która wyznacza absolutne rodzaje zachowań” (s. 91). Przy jawiącym się we wskazany sposób prawie pozytywnym – maksymalnie streszczając wyniki dociekań, przedsięwziętych przez Autora – w przypadkach pierwszej i drugiej koncepcji moralności – „mamy [...] do czynienia tak naprawdę tylko z moralnością, która ewentualnie przybiera postać bytu sformalizowanego, czyli prawa pozytywnego” (s. 93). W rezultacie, w tych przypadkach nie można odrzucić istnienia związku koniecznego pomiędzy prawem pozytywnym a moralnością (s. 94). Z kolei jeżeli chodzi o relację między prawem pozytywnym a moralnością pojętą na trzeci sposób, to bez przyjęcia „założeń poznawczych, które wymykają się bezstronnemu uzasadnieniu (kognitywizm), istnienie koniecznej relacji między prawem a moralnością jest trudne do wykazania. Ewentualnie jest to konieczny związek zależności bytowej jako związek funkcjonalny, czyli prawo pozytywne spełnia konieczną funkcję realizacji norm moralnych, które mogą mieć wątpliwą (sporną) treść dla pewnego kręgu adresatów prawa pozytywnego. Tutaj zarówno forma, uposażenie jakościowe, jak i sposób istnienia moralności są różne od formy, uposażenia jakościowego i sposobu

istnienia prawa pozytywnego. Są to tym samym dwa różne porządki normatywne, których treść aspiruje do obiektywnej słuszności, ale faktycznie wyznaczana jest arbitralnie przed podmiot roszczący sobie pretensję do posiadania wiedzy o treści tych norm” (s. 94).

Zagadnienia konieczności związku pomiędzy prawem pozytywnym i moralnością oczywiście nie wyczerpują problematyki rzeczonyj relacji. Tę okoliczność dobrze naświetlają dociekania zebrane przez prof. dr hab. Jana Woleńskiego w artykule pt. *Wokół formuły Radbrucha* (s. 449-460). W ich toku Autor omawia bowiem problemy związane z interpretacją Radbruchowskiego sformułowania *Lex iniustissima non est lex*²⁰, w zasadzie koncentrując się na trzech zagadnieniach. Po pierwsze, „jak oszacować dany system prawa [pozytywnego – przyp. TB], aby go ewentualnie uznać za *lex iniustissima*” (s. 450-452). Po drugie, jak rozumieć charakter wzajemnego, a koniecznego, stosunku prawa pozytywnego i moralności-sprawiedliwości (s. 452-455). Po trzecie, jak zidentyfikować moralność (sprawiedliwość), która ma być wyrażana przez prawo pozytywne (s. 456-459).

Sądzę, że sformułowania rzeczonych zagadnień ujawniają, że ostatnie z nich ma znaczenie podstawowe względem dwóch pierwszych. Otóż, określenie moralności, którą ma wyrażać prawo, umożliwia zakwalifikowanie danego prawa pozytywnego jako *lex iniustissima* (s. 455). Z kolei zwrot „ma być wyrażana przez prawo” nie tylko sygnalizuje pewne rozwiązanie drugiej kwestii, lecz również wskazuje, że to, co ma być wyrażane, zostało już w jakimś zakresie określone. Pozwolę sobie zatem pominąć recenzowanie rozważań przeprowadzonych w artykule odnośnie do problemu pierwszego, a z wywodu dotyczącego związku pomiędzy prawem a moralnością – wypunktować jedynie, iż Autor proponuje rozumienie tej zależności jako związku treściowego (niepojęciowego; tj. „faktycznego” w ujęciu Tomasza Bakrychta, prezentowanym ww. artykule), który ma charakter konieczności normatywnej (deontycznej) oraz zachodzi pomiędzy prawem jako takim a moralnością jako taką (pomiędzy systemami)²¹. Za to wprost przywołam rozstrzygnięcie dotyczące kwestii trzeciej. W tym zakresie Autor stwierdza, że nie ma jednego sposobu odkodowania rzeczonyj moralności. „Nie tylko [bowiem – przyp. TB] krawędzie moralności są rozmyte i historycznie zmienne, ale także jej centrum nie jest stabilne [...]. [Niemniej jednak – przyp. TB] analiza historyczna dostarcza mocnego uzasadnienia dla przekonania o istnieniu pewnego wspólnego korpusu zasad moralności pozytywnej. Nawet jeśli nie jest on dosłownie uniwersalny, to jest elementem historycznie ukształtowanej kultury, w której żyjemy. Radbruch miał rację, gdy powiedział, że wysiłek wielu stuleci stworzył solidne podstawy praw naturalnych. W każdym razie współczesne [...]

20 Gustav Radbruch nigdy – jak zaznacza Autor – nie sformułował tezy, że ekstremalnie niesprawiedliwe prawo nie jest prawem w takiej szacie językowej. Szerzej na ten temat zob. przyp. 1 i 2 przedmiotowego artykułu.

21 Związek ten wyraża formuła: „(e) Powinno być (jest obowiązkowe), że prawo (jako ustawa) jest zgodne z systemem M moralności pozytywnej. [...] Okoliczność ta nie stanowi większego problemu z semantycznego punktu widzenia. Powiemy, zgodnie z semantyką możliwych światów w wersji deontycznej, że (e) jest prawdą w naszym świecie wtedy i tylko wtedy, gdy zdanie „prawo (jako ustawa) jest zgodne z systemem M moralności pozytywnej” jest prawdziwe w każdym świecie, w którym *lex est ius*, tj. w każdym świecie, w którym wyklucza się, że ustawa skrajnie niesprawiedliwa jest prawem. Ważne jest, aby nie traktować konieczności deontycznej jako logicznej. W szczególności, jeśli ktoś neguje konieczność związku pomiędzy prawem a moralnością w rozumieniu (e), nie popada w sprzeczność logiczną” (s. 455).

tendencje postulujące wyraźne włączenie [do systemu prawa pozytywnego – przyp. TB] elementów wykluczających ustawowe bezprawie mogą być uznane za pewien kompromis pomiędzy pozytywizmem prawniczym i opozycją wobec niego. Nie ma jednak apriorycznej gwarancji, że pozytywizacja moralności wykluczy *lex iniustissima*. Z drugiej strony nie ma też gwarancji, że moralna aksjologizacja prawa zapewni urzeczywistnienie panowanie prawa sprawiedliwego” (s. 458-459). Skoro zaś – dobrze jest to w tym miejscu dopowiedzieć – istnieją różne sposoby dekodowania treści moralności, to w rezultacie istnieć muszą również różne podejścia w stosunku do moralnej zawartości systemu prawa pozytywnego.

Wypada odnotować, że Jan Woleński, zamykając wykład rzeczonoego artykułu, stwierdził, iż Antoni Kość – stanąwszy przed alternatywą podejść odnośnie do moralnej zawartości systemu prawa pozytywnego, tj. przed podejściem „minimalistycznym (Hart) i maksymalistycznym (jak np. neotomizm)” (s. 459) – przystałby na opcję pierwszą. W ocenie Autora poglądy Księdza Profesora, wyrażone w dziele *Podstawy filozofii prawa*, postulują bowiem „niejaki minimalizm w założeniach filozofii prawa” (s. 459). Sądzę, że zarówno z pierwszym, jak i drugim z tych twierdzeń można rzeczowo spierać się, przy czym chociaż za rzecz pewną uważam, że Ksiądz Profesor odżegnywałby się od kwalifikowania własnej doktryny relacji między prawem pozytywnym a moralnością jako odmiany neotomizmu, to jednak mniemam również, że nie przystałby na umieszczenie tej koncepcji w jednym zbiorze z poglądami Herberta Harta.

Zestawiając i nieco dookreślając wywody przeprowadzone dotychczas – odnośnie do problematyki stosunku prawa i moralności (sprawiedliwości) – stwierdzić należy, że stan wiedzy w tym zakresie wydaje się być obecnie następujący: ten, kto chce rzeczoną zależność (bezdyskusyjna obecnie jest jedynie teza, że pomiędzy prawem pozytywnym a moralnością zachodzi zależność) określić, staje wobec szeregu powiązanych ze sobą problemów. Zagadnienia te dotyczą każdego z elementów budujących tę relację, tj. zarówno każdego z korelatu z osobna (prawa pozytywnego i moralności-sprawiedliwości), jak i samego odniesienia (związku pomiędzy nimi), przy czym rozstrzygnięcia w zakresie jednego elementu, implikują rozwiązania zagadnień pozostałych kategorii. Wskazać również trzeba, że problemy relacji pomiędzy prawem pozytywnym i sprawiedliwością nie przebiegają jedynie przez – że tak to określe – horyzontalną płaszczyznę (prawo – odniesienie – moralność), ale również zachodzą na płaszczyźnie wertykalnej. W artykule Jana Woleńskiego problem taki stanowiło zagadnienie dawki-kryterium, w oparciu o które możliwe byłoby określanie danego prawa jako *lex iniustissima*. W opracowaniu Tomasza Bekrychta istnienie problemów tej kategorii sygnalizowała postulowana przez Autora konieczność określenia, w jakim zakresie rozumienie obowiązywania prawa wpływa na analizę związku pomiędzy prawem a moralnością. Zagadnieniu tego rodzaju, niejako scalającemu dwie ostatnie kwestie, poświęcony został (a przynajmniej tak można go zinterpretować) artykuł prof. dr hab. Jerzego Zajadły pt. *Paradygmatyczne znaczenie formuły »fiat iustitia, ruat coelum«* (s. 461-475). W rzeczonoj pracy, podjęta została bowiem próba zaprezentowania wypracowanych i uzasadnianych (na gruncie literatury amerykańskiej) rozwiązań odnośnie do (sędziowskiego) obowiązku posłuszeństwa wobec formalnie obowiązującego prawa, które stanowi – pozwalam sobie ubrać problem w nieco inną szatę językową, aniżeli czyni to Autor – *lex iniustissima*

(s. 462). Tak więc Jerzy Zajadło – odwołując się do pracy Roberta M. Covera²² – przywołuje przede wszystkim cztery typy zachowań podejmowanych w razie zderzenia się sumienia sędziego i jego obowiązku posłuszeństwa prawu pozytywnemu. Są to: „(1) ucieczka w formalizm i stosowanie ustawy niezależnie od jej moralnego bądź amoralnego charakteru; (2) odrzucenie ustawy niemoralnej i orzekanie *contra legem* na podstawie nakazu sumienia; (3) rezygnacja ze stanowiska; (4) ucieczka w subwersję, oznaczającą nagięcie ustawy do wymogów własnego sumienia, ze świadomością, że jest to działanie *contra legem*, aczkolwiek ukryte i zawołowane określoną argumentacją” (s. 473).

Problem podjęty w artykule pt. *Paradygmatyczne znaczenie formuły »fiat iustitia, ruat coelum«* zasugerowałem jako kwestię „wertikalną” względem zagadnień omówionych uprzednio. Precyzyjniejsze byłoby jednak scharakteryzowanie rzeczowego problemu za pomocą zwrotu „spoczywa u ich podstawy”. Otóż to właśnie ze względu na pojawiające się – i to nie tylko u piastunów organów władzy publicznej, kiedy stają wobec powinności rozstrzygnięcia danej sprawy, ale w ogóle u wszelkich adresatów norm prawnych w ich codziennym obrocie prawnym – napięcia pomiędzy proklamującym się w rozumie praktycznym (sumieniu) osądzie o tym, co w danym przypadku jest sprawiedliwe i słuszne a tym, co *in casu* jest powinno na podstawie pozytywnie ustanowionych i formalnie obowiązujących norm prawnych – że tak to obrazowo ujmę – stanowią grunt, na którym w filozofii (i teorii) prawa cyklicznie wschodzą przedstawione wyżej pytania. Podejście filozoficzne do tych kwestii właściwe dla Antoniego Kościa – dobrze jest tym zdaniem zakończyć niniejsze rozważania – polegało właśnie na dostrzeganiu oraz ujmowaniu pewnych „porcji” zaistniałych w historii konfliktów tego rodzaju (podobnie jak np. uczynił to Jerzy Zajadło w wymienionym opracowaniu²³), poddawaniu ich wszechstronnej analizie według rozmaitych kryteriów i następnie – na podstawie tak określonego materiału – syntezie pod kątem pojętych zadań badawczych.

22 R. M. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven-London 1975.

23 Za materiał dla rozważań posłużyło Autorowi orzecznictwo sądów amerykańskich i brytyjskich w sprawach o niewolnictwo z okresu półwiecza poprzedzającego wybuch wojny secesyjnej (s. 463-471).

Refleksje na tle preambuły Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Remarks on the Preamble to the European Convention on Human Rights

Material (substantial) provisions of the European Convention on Human Rights are preceded by a very meaningful preamble. On one hand, the preamble contains substance typical for narratio – such as underlined common heritage, including shared ideals and democratic traditions of States Parties to the Convention. On the other hand, it is possible to reconstruct elements of arengi, which emphasize goals to be achieved by the States Parties, their intention and commitment to fulfil some of the rights stipulated in the Universal Declaration on Human Rights.

The Author does not only support a practice of inserting preambles into international documents, especially into treaties, but also recommends giving preambles important legal meaning. Preambles express object and aims of a given treaty – i.a. of the European Convention on Human Rights. This important role has been acknowledged in the Strasbourg jurisprudence, especially in the context of Article 6 of the Convention – the Court on many occasions recalled notions of democracy and rule of law that had been seen as rooted in the preamble.

It thus has to be emphasized, that ECHR has been – and still is – essential for correct interpretation of the Convention which is a “living instrument”. The preamble itself is a subject of European dynamics, due to the fact that Protocol no. 15 to the Convention provides for inclusion into the preamble two concepts developed by the jurisprudence: a principle of subsidiarity and of a margin of appreciation.

Tadeusz Jasudowicz

*profesor nauk prawnych,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
oraz Uniwersytet Warmińsko-Mazurski
w Olsztynie*

1. Preambuła w traktacie międzynarodowym – jej status i znaczenie

Zanim zajmiemy się analizą powyższego tekstu preambuły samej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, warto spojrzeć wstępnie na zagadnienie charakteru i znaczenia preambuły (inaczej: wstępu) w traktacie międzynarodowym w ogóle. Skoro zaś międzynarodowe prawo traktatów

zostało skodyfikowane w Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów z 23 maja 1969 r., a nie ma większych wątpliwości co do tego, że zawarte w niej unormowania dotyczące interpretacji traktatów mają charakter kodyfikacyjny, przeto postanowienia jej art.31 można i powinno się stosować do rozważań nad charakterem prawnym i znaczeniem także preambuły Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Występowały w doktrynie wątpliwości co do charakteru i znaczenia prawnego preambuły; dominowała jednak opinia pozytywna. Janusz Gilas zwracał uwagę na to, że „przeważa pogląd, że wstęp do traktatu posiada moc obowiązującą”, zaś „z faktu, że niektóre traktaty nie zawierają w ogóle wstępów lub zawierają wstępy niewnoszące niczego do zakresu zobowiązań stron, nie można wnosić, by pozostałe wstępy były pozbawione znaczenia prawnego”¹. Zdaniem Marii Frankowskiej „szczególne znaczenie dla interpretacji umowy ma jej wstęp, w którym państwa formułują zwykle cele jej zawarcia”². Julian Makowski zdecydowanie stwierdzał: „wstęp ma taką samą moc wiążącą dla stron, co reszta traktatu”, dodając, że może on mieć „znaczenie dopełniające dla dalszych postanowień traktatu”, także „znaczenie interpretacyjne”, „może wreszcie zawierać zobowiązanie stron”; co więcej, „wstęp, w stosunku do dyspozycji, ma charakter normy wyższego rzędu”, a „żadne postanowienie traktatu nie może stać w sprzeczności z arengą, a w razie luk lub niejasności tekstu arenga może w drodze interpretacji braki te uzupełnić”³. Według Stanisława Edwar-da Nahlika; „jeśli część dyspozytywna umowy nie daje zadowalającej odpowiedzi, wskazówek interpretacyjnych wolno i należy szukać we wstępie do umowy, a osobliwie w arendze zestawiającej motywy, jakimi kierowały się strony”⁴. Silnie wspierając się orzecznictwem międzynarodowym, zwłaszcza orzecznictwem Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, Ludwik Ehrlich pisał o „domniemaniu za koniecznością uwzględnienia nie tylko postanowień normatywnych (tzw. *dispositio*), ale i innych części, a wśród nich i wstępu do umowy, m.in. tak zwanej arengi”, wywodząc to „z domniemania, że przy interpretacji postanowienia należy wziąć pod uwagę umowę jako całość”⁵.

Wspomniany art.31 WKPT umocowujący reguły interpretacji traktatów międzynarodowych stanowi, że traktat ma być interpretowany w dobrej wierze, stosownie do zwyczajnego znaczenia przypisywanego sformułowaniom traktatu, w ich kontekście oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Wyjaśnia przy tym w ust.2, że dla potrzeb interpretacji traktatu „kontekst” obejmuje tekst traktatu, jego preambułę i ewentualne załączniki⁶. Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku Golder

1 J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 87. Szerzej na ten temat: H. Samujło, *Prawne znaczenie wstępu do umów międzynarodowych*, Zielona Góra 1974, *passim*.

2 M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 1997, s. 123-124.

3 J. Makowski, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 1948, s. 447-448.

4 S.E. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 341-342.

5 L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Warszawa 1957, s. 156-159.

6 Nie widzę powodów, by dla potrzeb interpretacji samej preambuły nie wykorzystywać również tzw. pomocniczych środków interpretacji traktatu, a mianowicie „okoliczności historycznych” zawarcia Konwencji i prac przygotowawczych nad Europejską Konwencją Praw Człowieka. Zasadnym jest, moim zdaniem, uwzględniać szeroko pojęte *travaux preparatoires*, nie tylko nad samą Konwencją i jej preambułą w szczególności, ale także nad Statutem Rady Europy, a wszystko to w związku z wysiłkami dynamicznego Ruchu Europejskiego po II wojnie światowej.

stwierdził: „Jak to precyzuje art.31 ust.2 Konwencji Wiedeńskiej, preambuła traktatu stanowi integralną część kontekstu. Swoją drogą, przynosi ona zwykle wielki pożytek dla określenia «przedmiotu» i «celu» interpretowanego dokumentu”⁷.

Zatem, preambuła Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi jej część integralną i – z punktu widzenia prawa międzynarodowego – może być postrzegana jako wyrażająca *ratio legis* Konwencji, pomocną w rozumieniu przedmiotu i celu Konwencji, stanowiącą dla poszczególnych postanowień merytorycznych Konwencji istotny interpretacyjny układ odniesienia, z którego Europejski Trybunał Praw Człowieka (przedtem także Europejska Komisja Praw Człowieka) może korzystać i w praktyce orzeczniczej niejednokrotnie korzystał. Należy uzmysłowić, że użyteczność orzecznicza preambuły sprawdza się nie tylko wtedy, gdy organ strasburski *expressis verbis* powołuje się na preambułę jako taką bądź na poszczególne elementy jej treści, takie jak „rządy prawa” czy „rzeczywiście demokratyczny ustrój polityczny”, ale także wtedy, gdy wywodzi wnioski z „przedmiotu i celu” Konwencji. Bez sformułowań preambuły trudno by je zrekonstruować.

W wyroku Golder Trybunał stwierdził, że został postawiony wobec zadania sposobu interpretowania Konwencji, a zwłaszcza jej art.6 ust.1, i uznał, że ma się kierować regułami interpretacji traktatów umocowanymi w art.31-33 Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów, które – w jego ocenie – „wypowiadają w istocie powszechnie przyjęte zasady prawa międzynarodowego”, ale które – odnośnie do Konwencji Europejskiej – dopuszczają „zastrzeżenie – tam, gdzie to właściwe – na rzecz jakichkolwiek odnośnych norm organizacji”, w ramach której dokument został przyjęty (a więc Rady Europy; por. art.5 Konwencji Wiedeńskiej)⁸. Zwrócił przy okazji uwagę, że „proces interpretacji traktatu jest jednością, złożoną pojedynczą operacją; reguła ta, ściśle zintegrowana, umiejscawia na tej samej stopie różne elementy wyliczone w czterech paragrafach artykułu”⁹, co dotyczy także znaczenia interpretacyjnego preambuły.

Jak stwierdza Theo van Boven, „nie istnieje jednolita praktyka” wypracowywania preambuł w toku prac przygotowawczych nad traktatem; jednakże „nie może ona zostać sformułowana wcześniej od ostatecznego tekstu korpusu dokumentu”¹⁰. Potwierdziło się to w toku prac nad Europejską Konwencją Praw Człowieka. Dopiero na II sesji Zgromadzenia Doradczego Rady Europy (7-28.08.1950 r.) Komitet Problemów Prawnych i Administracyjnych „jednomyślnie uznał, że byłoby wskazanym rozpocząć Konwencję preambułą ujętą we właściwych sformułowaniach”; zaproponował zarazem tekst preambuły, do którego nie zgłoszono żadnych poprawek i nad którym nie rozwinęła się żadna dyskusja merytoryczna, a który – nie licząc drobnych

7 Case of Golder v. United Kingdom, 21.02.1975, ser.A, nr 18, pkt 34. J.P. Cot, A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, Paris 1985, s. 3 twierdzą, że preambuła i tekst traktatu powinny być umieszczane na tej samej stopie, tyle że jedynie jeśli chodzi o „kontekst” traktatu: „upodobniając w ten sposób preambułę do tekstu, ale tylko w ramach kontekstu”.

8 Golder, pkt 29.

9 Ibidem, pkt 30.

10 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertes fondamentales*, [w:] *La Convention europeenne des droits de l'homme. Commentaire article par l'article*, red. L.-E. Pettiti, P.-H. Imbert, Paris 1995, s. 126.

formalnych modyfikacji – stał się ostatecznym tekstem preambuły¹¹. Mimo sugestii Przewodniczącego Zgromadzenia co do zbędności głosowania nad preambułą, a pod wpływem wystąpienia H. Rolina (Belgia), wspartego przez Mitchisona (Zjednoczone Królestwo), Zgromadzenie przyjęło preambułę stosunkiem głosów: 91 „za”, przy 0 „przeciw” i 1 „wstrzymującym się”. W głosowaniu nad całością Konwencji wynik był: 111-0-0¹². Żadnych też zmian ani trudności nie przyniosło ostateczne posiedzenie Komitetu Ministrów Rady Europy (2-3.11.1950 r.)¹³.

2. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka i jej znaczenie w świetle preambuły Konwencji

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka stała się jakby jedną z osi, wokół których obraca się tekst preambuły, aż trzykrotnie odwołując się do Deklaracji. W ust.2 zwraca się ogólnie uwagę na tę Deklarację, w ust.3 podkreśla się, że „Deklaracja zmierza do zapewnienia powszechnego i efektywnego stosowania zawartych w niej praw” („aims at securing the universal and effective recognition and observance of the rights therein declared”; „tend a assurer la reconnaissance at l’application universelles et effectives des droits qui y sont enonces”), zaś w ust.6 akcentuje się „zdecydowanie” państw europejskich „podjąć pierwsze kroki w celu zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji” („Being resolved...to take the first steps for the effective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration”; Resolus [...] a prendre les premieres mesures propres a assurer la garantie collective de certains des droits enonces dans la Declaration Universelle”). Ust.2 i 3 dotyczą więc samej Deklaracji, podczas gdy ust.6 odnosi się do katalogu praw chronionych w Konwencji Europejskiej, w jego relacji do katalogu praw w Powszechnej Deklaracji. Nie ma natomiast – a chyba szkoda – odwołania się do samej Karty Narodów Zjednoczonych.

Podczas spotkania Komisji Przygotowawczej Rady Europy (11.05.-13.07.1949 r.) zaproponowano do porządku dziennego pierwszej sesji Zgromadzenia Doradczego Rady Europy pkt 9 „Podtrzymanie i dalsze urzeczywistnianie praw człowieka i podstawowych wolności”¹⁴. Niestety, na I sesji Komitetu Ministrów (8-13.08.1949 r.) głosowanie nad punktem „Definicja, podtrzymanie i dalsze urzeczywistnianie praw człowieka i podstawowych wolności” dało wynik negatywny (4-7-0)¹⁵. Ponieważ Zgromadzenie na swej I sesji (8 i 12-13.08.1949 r.) należało na wprowadzenie punktu „Środki wypełniania zadeklarowanego celu Rady Europy, zgodnie z art.1 Statutu, co do podtrzymania i dalszego urzeczywistniania praw człowieka i podstawowych wolności”¹⁶, Komitet Ministrów na V posiedzeniu (13.08.)

11 *Collected Edition of the à Travaux preparatoires*, t. VI, *Consultative Assembly*, Dordrecht-Boston-Lancaster 1985, s. 142, 144-145, 186-190, 192-194.

12 *Ibidem*, s. 142, 186, 190.

13 Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford 2001, s. 752-753.

14 *Collected Edition*, t. I, s. 3.

15 *Ibidem*, s. 10. Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 667.

16 *Ibidem*, s. 14 nast. Por. sesja Stałego Komitetu Zgromadzenia (7-9.11.1949 r.) i jego pismo do Komitetu Ministrów – *Collected Edition*, t. II, *Consultative Assembly, 2nd session of the Committee of Ministers, Standing Committee of the Assembly*, The Hague 1975, s. 298-300.

ugiął się, sugerując jednak zbliżenie do sformułowań Statutu i zastąpienie zwrotu „podtrzymanie i dalsze urzeczywistnianie” zwrotem „zagwarantowanie i rozwój” praw człowieka¹⁷.

Sprawa Deklaracji Powszechnej nie była na początku tak jednoznaczna. M. Schuman (Francja) podkreślał „ryzyko jednoczesnego przyjęcia dwu odmiennych deklaracji, tj. Deklaracji Powszechnej i Deklaracji Europejskiej, która z wielu powodów byłaby niepożądana”, zaś Lange (Norwegia) uważał, że „Narody Zjednoczone nadal tę kwestię rozważają. Są wszelkie powody, by Rada Europy zaczekała, aż praca ta zostanie zakończona, zanim sama podejmie jakąkolwiek akcję”¹⁸. Z kolei Lannung (Dania) – choć podkreślał „wielką i merytoryczną pracę” wykonaną przez NZ – zwracał uwagę na „możliwość uzupełnienia i wzmocnienia niektórych raczej niejasnych postanowień” i uważał, że „nasza organizacja, Rada Europy miałaby najlepsze warunki dla łatwiejszego i szybszego osiągnięcia zdefiniowanych, konkretnych i lepszych rezultatów niż Narody Zjednoczone, jeśli chodzi o treść samej Karty i ochronę praw człowieka”, jak również, że „Narody Zjednoczone nie mogłyby zatem postrzegać w tym jakiegokolwiek konkurencji, lecz jedynie korzyść; jednocześnie NZ mogłyby z satysfakcją odnotować, że przyczyniły się do zapoczątkowania tych wysiłków europejskich”¹⁹.

Pierwsze projekty Konwencji Europejskiej, formułując planowane prawa chronione, wyraźnie odwoływały się do odpowiednich artykułów Powszechnej Deklaracji. Z drugiej strony, zwracano uwagę na krajowy dorobek państw europejskich. Toteż Zgromadzenie Doradcze na swym 8. posiedzeniu 19.08.1949 roku zaproponowało natychmiastowe zawarcie Konwencji, poprzez którą państwa-strony zobowiązałyby się: „(a) zachowywać nietkniętymi prawa człowieka i podstawowe wolności zapewniane przez konstytucje, ustawy i praktykę administracyjną, rzeczywiście istniejące w ich odnośnych krajach w dacie podpisania Konwencji”²⁰. Jak oceniał Brian Simpson: „Trudno o jaśniejsze wyrażenie konserwatywnego czy obronnego charakteru konwencji. [...] Rozumowanie było zupełnie oczywiste – istniejące liberalne systemy zachodnich demokracji znajdują się w bezpośrednim zagrożeniu. Sowieccy barbarzyńcy stoją u bram, a bezpieczeństwo tych bram jest podkopane przez ich wywrotowych popleczników na Zachodzie. Państwa zachodnie muszą się złączyć dla obrony liberalnej demokracji. Jeśli tego zaraz nie uczynią, może być za późno”²¹.

Z takich czy innych powodów doszło do zmiany optyki i rezygnacji z powoływania się na Deklarację Powszechną w poszczególnych artykułach umocowujących konkretne prawa, a przeniesienie tego układu odniesienia do preambuły. Dodać zarazem trzeba, że – aczkolwiek Powszechna Deklaracja była w owym czasie jedynym dokumentem Narodów Zjednoczonych w dziedzinie kodyfikacji praw człowieka – postrzegano ją dynamicznie w tym sensie, że nie tracono z pola widzenia

17 Ibidem, s. 22. Chodziło o zastąpienie zwrotu „*à pour le maintien et le progress ulterieur*” słowami „*pour la sauvegarde et le developpement*”.

18 Ibidem, s. 24.

19 Ibidem, s. 51-52.

20 Ibidem, s. 36.

21 A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 671.

równoległe toczących się prac nad uniwersalnym Paktem (potem: Paktami) Praw Człowieka²².

Warto się zastanowić nad sensem dwukrotnego odwoływania się do Deklaracji w ust.2 i w ust.3. Otóż w ust.2 generalne odwołanie się do Deklaracji oznacza wprowadzanie jej *in pleno* w kontekst Konwencji Europejskiej – nie tylko i nie tyle z racji katalogu chronionych w niej praw, ile raczej z powodu jej filozofii i aksjologii, wyrażonej zarówno w jej preambule, jak i w pierwszych jej artykułach. Podzielając tę filozofię i aksjologię Deklaracji, w której wypracowaniu państwa europejskie miały przecież przemożny udział i którą kojarzyły z własnym dziejowym dziedzictwem, zrezygnowały one z powtarzania tych głębokich założeń aksjologicznych w preambule Konwencji Europejskiej. Oznacza to jednak, że Konwencja ta – w swym teoretyczno-filozoficznym i aksjologicznym podłożu – powinna być postrzegana w kontekście i poniekąd w świetle fundamentalnych założeń Deklaracji Powszechnej.

Deklaracja już na początku swej preambuły potwierdza „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków rodziny ludzkiej”, i to jako „podstawy wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. Jak widzimy, idea ta znajduje wyraz – co prawda nie dosłowny – w ust.5 preambuły Konwencji Europejskiej, toteż przy okazji komentarza do niego do idei tej powrócimy.

W ust.2 preambuły Deklaracja specjalnie przypomina, że „brak poszanowania i pogarda dla praw człowieka doprowadziły do czynów barbarzyńskich, które wstrząsnęły sumieniem ludzkości”. W pracach przygotowawczych nad Konwencją Europejską kontekst tragicznego doświadczenia drugiej wojny światowej również wielokrotnie przejawiał się z dużą siłą. Na 8. posiedzeniu Zgromadzenia między innymi Pierre Henri Teitgen (Francja) przypomniał „prawie 20 wieków cierpienia, zmagania, wojen, rewolucji, łez i rozlewu krwi bez końca” i wreszcie „wywalczenie wolności”, do której „nasze kraje tak się przyzwyczaiły jak do powietrza, którym oddychają”, w wyniku czego „gdy pojawiły się plagi współczesnego świata – faszyzm, hitleryzm, komunizm – znalazły nas zrelaksowanych, sceptycznych i bezbronnych. Potrzebowaliśmy aż wojny, a dla niektórych z nas okupacji nieprzyjacielskiej, dla odświeżenia wartości naszego humanizmu”²³.

W ust.3 Powszechnej Deklaracji wskazany jest głęboki sens skutecznej ochrony praw człowieka – „aby człowiek nie był zmuszony, doprowadzony do ostateczności, uciekać się do buntu przeciwko tyranii i uciskowi”. Zawiera się w tym poniekąd w sposób dorozumiany „prawo do buntu”, jeżeli „tyrania i ucisk” zapanują, wbrew wymogom praw człowieka. W pracach przygotowawczych nad Konwencją Europejską bardzo silnie zaznaczało się potępienie wszelkiego totalitaryzmu. Teitgen wyraziście wskazywał na zagrożenia faszyzmu, hitleryzmu i komunizmu, a nawet „niektórych przejawów antykomunizmu”²⁴. Antonopoulos (Grecja) akcentował potrzebę, by „wolna Europa” formalnie ogłosiła „całemu światu, że jakikolwiek system

22 Akcentuje to: Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 1. Por. wystąpienia na Zgromadzeniu Doradczym Rady Europy Schumana, Rasmussena i Lange, *Collected Edition*, t. I, s. 24.

23 *Collected Edition*, t. I, s. 40.

24 *Ibidem*.

sprzeczny z prawami człowieka, czy to zwany cezaryzmem, nazizmem, faszyzmem, czy komunizmem, stanowi stałe zagrożenie dla pokoju i pomyślności ludzkości²⁵.

Jako wspólny element *narratio* w preambułach zarówno Deklaracji Powszechnej jak i Konwencji Europejskiej można uznać doświadczenia drugiej wojny światowej, jak też doświadczenie i utrzymujące się zagrożenie ze strony totalitaryzmu. Norton (Irlandia) przypomniał na 8. posiedzeniu Zgromadzenia, że „[...] w minionych 10 latach widzieliśmy ofiary napaści na prawa człowieka i ludzką godność. Ostatnia wojna wytworzyła filozofię, która zniszczyła wszelkie wcześniejsze kanony praw człowieka. Musi być zatem naszym zadaniem podjęcie się przywrócenia tego zainteresowania dobrobytem istoty ludzkiej, które zostało tak doszczętnie zniweczone w ostatnich latach”. Dodał przy tym: „tego, że konieczne jest odnowienie entuzjazmu dla praw człowieka i ludzkiej godności, nie może zanegować nikt, kto choćby z oddali wie o tym, co dzieje się dzisiaj w Europie Wschodniej. Widzimy tam nowy typ wzmagającego się «etatyizmu», rozwijanego w wielu przypadkach poprzez bezwzględny terror, a potęgowanego życzeniem państwa, by wznieść się ponad człowieka, [...] stworzyć koncepcję życia, w której jednostka – ze wszystkimi swymi uczuciami, ze wszystkim jej emocjami, ze wszystkimi jej nadprzyrodzonymi przywiązaniami, ma się modlić nie do swego Stwórcy, lecz do kruchych rzeczy, rękoma ludzkimi stworzonych [...]”²⁶.

Zarazem państwa-strony Konwencji Europejskiej – poprzez położenie w ust.3 preambuły akcentu na to, że „Deklaracja zmierza do zapewnienia powszechnego i efektywnego stosowania zawartych w niej praw” – jakby dowartościowały Deklarację, której status prawny jako rezolucji Zgromadzenia Ogólnego po dziś dzień dla niektórych badaczy jest wątpliwy. „Efektywne stosowanie” praw to formuła wielce wymowna i – z punktu widzenia prawa międzynarodowego – jakby na wyrost wprowadzona, aczkolwiek znajdująca w Deklaracji potwierdzenie choćby w jej art.28, umocowującym prawo każdej osoby „do porządku społecznego i międzynarodowego zapewniającego możliwość pełnego urzeczywistnienia praw i wolności ustalonych w niniejszej Deklaracji”. Ma to swój wymiar krajowy i oznacza, że krajowa ochrona praw człowieka ma być nie hasłowa, lecz skuteczna, ma zabezpieczać prawdziwe urzeczywistnianie tych praw, a więc zapewniać również stosowne gwarancje dochodzenia roszczeń na wypadek naruszenia czy zagrożenia tych praw.

Prawo do porządku międzynarodowego na rzecz gwarantującego „pełne urzeczywistnianie” może być odczytywane jako zachęta m.in. do prac regionalnych, w tym do europejskiego kształtowania skutecznych regionalnych systemów praw człowieka. Zawiera się więc w art.28 Deklaracji nawiązanie merytoryczne – w postaci konkretnego artykułu i uprawnień – do owego „wspólnego standardu do osiągnięcia przez wszystkie ludy i wszystkie narody”, o którym mowa w proklamacji Zgromadzenia Ogólnego kończącej jej preambułę.

W związku z próbami kwalifikowania Powszechnej Deklaracji jako dokumentu *soft-law*, warto uzmysłowić pewne podstawowe fakty: (1) prace nad Deklaracją nie były czystą abstrakcyjną kreacją międzynarodowo chronionych praw człowieka, lecz miały charakter kodyfikacyjny i uwzględniały zarówno stan rozwoju ochrony krajowej praw człowieka (zwłaszcza praktycznie powszechnej, co nie znaczy

25 Ibidem, s. 56.

26 Ibidem, s. 128 i n.

skutecznej, ich ochrony konstytucyjnej), a zatem substancjalnie jej postanowienia można łączyć z konstrukcją zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane i przypisywać im wartość normatywną; (2) niektóre z postanowień Deklaracji pozostawały w związku z wcześniejszymi traktatami międzynarodowymi i normami zwyczajowymi, m.in. rekonstruowanymi w orzecznictwie międzynarodowym (w sferze zakazu niewolnictwa i handlu ludźmi, ochrony mniejszości, praw pracowniczych, ochrony praw, zwłaszcza własności, cudzoziemców, reguł humanitarnych itd.), stawały się więc potwierdzeniem tych wcześniejszych zasad i norm, a przez to zachowywały wartość normatywną; (3) sama Deklaracja była jakby integralnym składnikiem. Karty NZ stanowią kodyfikację zawartego w niej celu „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich”, a zarazem drogę wypełnienia treścią założenia z ust.2 preambuły Karty NZ: „przywrócić wiarę w podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość osoby ludzkiej”.

Wielce zasłużony w pracach nad Deklaracją Powszechną R. Cassin (Francja) – odrzucając skrajne stanowiska jako „zbyt sztywne i uproszczone” (1) jako interpretacja Karty NZ dysponująca taką samą jak Karta mocą wiążącą; (2) dokument czysto formalny, bez żadnej wartości prawnej – stwierdzał: „Deklaracja, będąc w pewnym sensie eksplikacją praw człowieka istniejących już przed Kartą praw, których ochrona zobowiązuje członków NZ, powinna w jakimś zakresie nosić charakter asertywny. Zatem, nawet w braku jakiegokolwiek Paktu, główne organy NZ winny mieć tytuł do uznania faktu, iż dane państwo naruszyło prawa człowieka”²⁷. Projekt brytyjski z 1946 roku dodawał w nawiasach: „Jej państwa-strony oświadczają, że uznają zasady umocowane w niej za prawa człowieka i podstawowe wolności oparte na zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”²⁸.

Można się zgodzić z van Bovenem, że „odwołanie się do Deklaracji Powszechnej we wstępie Konwencji Europejskiej ustanawia ścisłą więź między tym dokumentem regionalnym w dziedzinie praw człowieka a normami Narodów Zjednoczonych i ich działaniami na rzecz promocji i ochrony tych praw. W zasadzie nie powinno się dostrzegać sprzeczności między wysiłkami regionalnymi i powszechnymi w dziele obrony i ucieleśnienia praw człowieka. W ujęciu idealnym jedno i drugie winno wzajemnie się wspierać”²⁹.

3. Statut Rady Europy i jego znaczenie w świetle preambuły Konwencji

Europejska Konwencja Praw Człowieka powstała w ramach i w wyniku prac Rady Europy. Zarazem, choćby paradoksalnie to brzmiało, jej pradzieje są starsze niż samej Rady. Tak się bowiem składało, że myśl o potrzebie międzynarodowego zagwarantowania praw człowieka towarzyszyła już czasom drugiej wojny światowej i w pełni rozkwitła zaraz po jej zakończeniu. Utworzony przez rząd Zjednoczonego Królestwa Komitet Celów Wojny prowadził prace nad tymi celami, w ścisłym ich skojarzeniu z prawami człowieka³⁰. Deklaracja Narodów Zjednoczonych z 1 stycznia 1942 roku wyrażała przekonanie Sprzymierzonych, „że pełne zwycięstwo nad

27 Cyt. za A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 443.

28 Por. ibidem, s. 464.

29 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 128.

30 Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 168 i n.

naszymi nieprzyjaciółmi jest istotne dla obrony życia, wolności, niezależności i wolności religijnej oraz dla zachowania praw człowieka i sprawiedliwości na swej własnej ziemi, jak też na innych ziemiach”³¹. 21 marca 1943 roku W. Churchill stwierdził, że „utworzenie Rady Europy i załatwienie spraw Europy jest pierwszym praktycznym zadaniem, na którym trzeba się skupić”³². W 1946 roku dodawał: „bezpieczeństwo świata wymaga nowej jedności w Europie, z której żadnego kraju nie można na stałe wykluczyć. To restauracja Rodziny Europejskiej [...] Musimy zbudować pewien rodzaj Stanów Zjednoczonych Europy”, przy czym „pierwszym praktycznym krokiem byłoby utworzenie Rady Europy”³³.

W krajach europejskich spontanicznie rodziły się Ruchy Europejskie. W dniach 7-10 maja 1948 roku odbył się w Hadze Kongres Europy. Przy tej okazji Churchill stwierdził m.in.: „w centrum naszego Ruchu stoi idea Karty Praw Człowieka, pilnowanej przez wolność i utrzymywanej przez prawo”³⁴. Kongres powołał do życia Europejskie Zgromadzenie Parlamentarne, które miało m.in. przygotować Europejską Kartę Praw Człowieka.

Rada Ministrów Spraw Zagranicznych w styczniu 1949 roku decyduje o zwołaniu na marzec-kwiecień 1949 roku Konferencji Przygotowawczej, a 5 maja 1949 roku w Londynie dochodzi do podpisania Statutu Rady Europy. Dochodzi do tego nie bez oporów, jako że niektórzy przedstawiciele Ruchu Europejskiego (m.in. Schuman) mają bardziej ambitną wizję Unii Europejskiej i nie mają zaufania do planowanej organizacji niestawiającej sobie pełnych celów integracyjnych. 5 maja 1949 roku dochodzi w Londynie do podpisania Statutu Rady Europy.

Właśnie Rada Europy i jej Statut stają się – historycznie, instytucjonalnie i pryncypialnie – istotnym kontekstem dla potrzeb interpretacji preambuły Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, przy czym uwzględnić trzeba nie tylko postanowienia merytoryczne Statutu, ale i samą jego preambułę. Ust.4 preambuły Konwencji przypomina cel Rady Europy – „osiągnięcie większej jedności jej członków” („the achievement of greater unity between its members”; „de realiser une union plus étroite entre ses membres”), a także „jeden ze sposobów osiągnięcia tego celu”, którym jest „ochrona oraz rozwój praw człowieka i podstawowych wolności” („the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms”; „la sauvegarde et le développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales”). Ochrona i rozwój praw człowieka są więc postrzegane w charakterze podstawowego sposobu kształtowania i doskonalenia jedności europejskiej. Muszą też być widziane w perspektywie założeń i treści Statutu Rady Europy.

Ust.4 preambuły Konwencji niemal idealnie współgra z art.1 Statutu, zgodnie z którym celem Rady Europy stanowi „osiągnięcie większej jedności jej członków”, przede wszystkim „dla ochrony i realizacji ideałów i zasad będących ich wspólnym dziedzictwem”, realizowanym różnymi środkami, w tym „przez podtrzymywanie

31 Ibidem, s. 183.

32 Ibidem, s. 227-228.

33 Ibidem, s. 558-559.

34 Ibidem, s. 605. Tekst Deklaracji i Przysięgi Kongresu z 10.05.1948 r. w: *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, red. A. Mowbray, Oxford 2007, s. 1 i n. Por. też: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn and L. Zwaak, wyd. 4, Antwerpen-Oxford 2006, s. 3 i n.

i dalsze urzeczywistnianie praw człowieka i podstawowych wolności³⁵. Z mocą art.3 Statutu każde państwo członkowskie zobowiązuje się „szczerze i skutecznie współdziałać” dla realizacji tych celów, a przedtem „przyjąć zasady rządów prawa oraz korzystania przez wszystkie osoby podlegające jego jurysdykcji z praw człowieka i podstawowych wolności”. Chodzi tu o zobowiązanie rzeczywiście solidne i płodne w konsekwencje, skoro – mocą art.8 Statutu – każdy członek Rady Europy, który „poważnie naruszył art.3”, może być zawieszony w prawach członkostwa, a nawet wezwany do wystąpienia z organizacji i wreszcie Komitet Ministrów może podjąć decyzję o zakończeniu jego członkostwa. Z powyższego widać, jak fundamentalnym elementem współpracy w ramach Rady Europy jest ochrona praw człowieka w powiązaniu z rządami prawa, jeśli zasadnicze niedostatki w tym zakresie po stronie państwa członkowskiego mogą statutowo prowadzić do utraty tytułu do dalszego członkostwa. Tak więc rządy prawa i poszanowanie praw człowieka jawią się jako warunek kontynuacji członkostwa państwa w Radzie Europy.

Nie tylko jednak. Zgodnie z art.4 Statutu Komitet Ministrów może zaprośić do przystąpienia do Rady „każde państwo europejskie”, ale zarazem tylko takie, które „zdaniem Rady, może i pragnie wypełnić postanowienia art.3”. A zatem uznanie i poszanowanie zasad rządów prawa oraz przestrzegania praw człowieka wobec wszystkich osób podlegających jurysdykcji państwa postrzegane jest jako warunek *sine qua non* przystąpienia do organizacji, swoisty bilet wstępu do niej. Przypomnijmy, że raport polityczny Kongresu Europejskiego z 1948 roku w punkcie „Podstawa demokratyczna” głosił m.in.: „dopuszczenie narodu do udziału w Unii Europejskiej musi zatem być uzależnione od zaakceptowania przezeń zasad demokratycznych oraz zapewnienia przezeń jego obywatelom podstawowych praw jednostki³⁶”.

Rzecz charakterystyczna, że preambuła Statutu wykazuje pod tym względem pewne słabości i niedostatki, bo, niestety, nie akcentuje *expressis verbis* praw człowieka, ograniczając się w swym ust.3 do potwierdzenia „przywiązania do wartości duchowych i moralnych, które stanowią wspólne dziedzictwo ich narodów i autentyczne źródło wolności osobistej, wolności politycznej i rządów prawa – zasad, które tworzą podstawę każdej prawdziwej demokracji”. Przedmiotowo dotyczą więc tego, co znalazło miejsce w ust.5 preambuły Konwencji Europejskiej i w jego też kontekście zostanie tu omówione.

Teitgen (Francja) na posiedzeniu Zgromadzenia 19 sierpnia 1949 roku, a więc już w parę miesięcy po podpisaniu Statutu, przypominał, że „wszystkie państwa, które uczestniczyły w przygotowywaniu, podpisaniu i ogłoszeniu naszego Statutu, zobowiązały się do poszanowania praw podstawowych jednostki ludzkiej. Zaakceptowały one zasadę zbiorowej gwarancji podstawowych wolności³⁷”. Mają więc też, jego zdaniem, obowiązek negocjowania i przyjęcia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Antonopoulos (Grecja) stwierdził m.in.: „nikt nie zaprzeczy, że «podstawowe wolności» i «prawa człowieka» stanowią same podwaliny, na których wzniesiona jest budowla europejska. Autorzy naszego Statutu uznali to formalnie,

35 Zgodnie z sugestią Komitetu Ministrów, w tekście francuskojęzycznym zastąpiono zwrot „pour le maintien et le progress ulterieur” zwrotem „pour la sauvegarde et le developpement” – por. *Collected Edition*, t. I, s. 22.

36 A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 605.

37 *Collected Edition*, t. I, s. 45-46.

projektując art.3 i jego odpowiednik art.8, ponieważ dokonali uznania poszanowania tych wartości jako warunku *sine qua non* naszej obecności na tych ławach. [...] jest to wspólna ideologia wolnej Europy, ideologia, która przez wieki podlegała wielu atakom, ale która od czasów starożytnej Grecji – która ją zrodziła – aż do naszych czasów kształtowała kulturę europejską [...]. Musimy więc wzmacniać strukturę i poszerzać podwaliny tych podstawowych wolności, które stanowią autentyczne wały ochronne godności ludzkiej³⁸. Kraft (Dania) zwrócił uwagę, że „Europa – dla zachowania, ochrony życia i dobrobytu, dla której, poprzez stworzenie solidniejszej jedności, tu zgromadziliśmy się – nie jest w pierwszym rzędzie koncepcją geograficzną i geopolityczną czy strategiczną, lecz Europą o wspólnej podstawie duchowej w jej wizji człowieka, jego godności i jego praw. [...] Idea praw człowieka jest fundamentalną koncepcją demokratyczną. Umiejscawia ona wartość człowieka przed wartością państwa. Tu w Europie Zachodniej musimy to podtrzymywać jako rzecz najwyższą, którą musimy ludziom zapewnić. To filozofia, która – bardziej niż cokolwiek innego – łączy nas w żywej i – jak wierzę i mam nadzieję – w trwałej unii³⁹. Wistrand (Szwecja) podkreślił, że „podtrzymywanie praw człowieka stanowi zasadę, której należy w przyszłości bronić ze szczególną i bezwzględną troską. [...] naszym najwyższym zadaniem jest uniemożliwienie na przyszłość wszelkich arbitralnych działań w duchu totalitarnym przeciwko jednostkom⁴⁰. W podobnym duchu Fayat (Belgia) zaakcentował potrzebę brania pod uwagę „nie tylko substancji tych wolności, ale też gwarancji politycznych i prawnych, za pomocą których wolności te mogą być chronione, by mogły znajdować rzeczywisty wyraz w życiu codziennym. To właśnie wypracowanie tej definicji naszego wspólnego dziedzictwa wolności wydaje mi się pierwszym i zasadniczym zadaniem dla nas⁴¹. Everett (Irlandia), podkreślając „fundamentalny charakter praw człowieka”, zwłaszcza „wolności obywatelskiej i religijnej”, stwierdził: „gdy w naszych umysłach i w umysłach wszystkich obywateli naszych krajów solidnie uzmysłowimy, że wszyscy jesteśmy członkami jednej wielkiej rodziny, podlegając tym samym moralnym i fizycznym słabościom i niesprawnościom, odbędziemy długą podróż w kierunku jedności europejskiej⁴². Sir David Maxwell-Fyfe (Zjednoczone Królestwo), przypominając formułę Statutu dotyczącą „podtrzymywania i dalszego urzeczywistniania” praw człowieka, zaakcentował: „Samo słowo «dalszego» oznacza, że nie możemy spocząć na laurach, że musimy posuwać się do przodu z tym zadaniem. Po drugie, ważnym jest wyjaśnienie standardu minimalnego zgodnego z członkostwem tej organizacji. To warunek wstępny dla ogólnej akceptacji moralnej podstawy naszej działalności. [...] To musi być wiążąca konwencja i musimy wam dać praktyczną i roboczą metodę osiągnięcia tego⁴³. Co więcej, dodał, że „proponowana Konwencja zawierałaby jakieś dobrowolne wyrzeczenie się suwerenności – mianowicie suwerennego prawa do zniszczenia wolności

38 Ibidem, s. 56-57.

39 Ibidem, s. 65-66.

40 Ibidem, s. 84.

41 Ibidem, s. 89.

42 Ibidem, s. 103-104.

43 Ibidem, s. 115-116.. Szerzej o celach Konwencji w: J. Velu, R. Ergec, *La Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, s. 40-42.

i instytucji demokratycznych⁴⁴. Wreszcie, Norton (Irlandia) silnie akcentował, że trzeba „w charakterze przesłanki wstępnej zaakceptować filozofię, iż państwo istnieje dla człowieka. Człowiek zaś nigdy nie może istnieć wyłącznie dla państwa”, „uczynić prawa człowieka i godność ludzką czymś realistycznym i poręcznym, czymś, co można odczuwać, czymś, z czego można korzystać⁴⁵”.

Z powyższego nasuwa się kilka założeń ogólnych. Po pierwsze, Europa poprzez swe bolesne dzieje wypracowała tradycje wolności i demokracji z uznaniem znaczenia prawa i jego prymatu, w czym poczesne i centralne miejsce należy się uznaniu i poszanowaniu praw człowieka. Po drugie, krajowe tradycje praw człowieka mają być uznane i podtrzymywane, a ponadto zaopatrzone w skuteczne gwarancje międzynarodowe, które Konwencja Europejska ma umocować, i na których straż ma stać. Przemawia to jednak za pierwszorzędnym miejscem krajowej ochrony praw człowieka, a tym samym kojarzy się z uznaniem pomocniczości, jeśli chodzi o ich ochronę międzynarodową i służące temu gwarancje. Po trzecie, fakt, że w którymś państwie-stronie dane prawo człowieka byłoby szerzej czy skuteczniej chronione, jest elementem pozytywnym, który Konwencja uznaje i uwzględnia. Podobnie rzecz się ma, jeśli chodzi o inne traktaty międzynarodowe, z których wynikałaby szersza czy skuteczniejsza ochrona⁴⁶. Po czwarte, prawa człowieka umocowane w Konwencji nie mają wyrażać jakiegoś stanu zamrożenia według wymagań czasu, gdy samą Konwencję przyjmowano. Jej przyjęciu towarzyszy założenie dynamiczne, rozwojowe czy postępowe. Wyrazem tego jest traktowanie Konwencji właśnie jako „pierwszych kroków” na drodze do zbiorowego zagwarantowania praw człowieka. Stanowi ona, co prawda, tylko część systemu europejskiej ochrony praw człowieka, ale – z czym liczone się już w toku prac przygotowawczych i co nabrało rozmachu później już w czasie wykonywania Konwencji – zakres ten jest uzupełniany w formie substancjalnych protokołów dodatkowych⁴⁷, a system kontroli wykonywania przez państwa-strony ich zobowiązań jest reformowany i doskonalony w formie protokołów proceduralnych⁴⁸. Co więcej, nie ma w Konwencji jakichkolwiek podstaw dla kwestionowania praw II generacji, a sama Europejska Karta Socjalna z 18 października 1961 roku – odwołująca się w istocie w ust.2 swej preambuły do tego samego celu, co w ust.4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – uznaje *expressis verbis* za swój kontekst normatywny właśnie tę Konwencję i Protokół I do niej⁴⁹.

Z tego punktu widzenia bardzo istotne jest, że preambuła wyraźnie akcentuje – obok „ochrony” – dalszy „rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”. Jak już wyżej wskazano, ze zwrotu „dalsze urzeczywistnianie” praw człowieka wywodzono ważkie konsekwencje dla potrzeb dynamiki tworzonego systemu⁵⁰; co

44 Ibidem, s. 122.

45 Ibidem, s. 129-130.

46 Por. art.53 Konwencji (dawniej art. 60).

47 Protokoły I, IV, VI, VII, XII i XIII.

48 Protokoły II-III, V, VIII-XI i XIV (w toku ratyfikacji).

49 Dalszych protokołów substancjalnych w chwili przyjmowania w Turynie 18.10.1961 r. Europejskiej Karty Socjalnej jeszcze nie było. Można jednak sądzić, przyjmując koncepcję „żywych instrumentów”, że te dalsze protokoły *naturaliter* dołączają do tego kontekstu normatywnego Karty.

50 Szczególnie akcentował to Sir David Maxwell-Fyfe – por. *Collected Edition*, t. I, s. 115.

więcej, Dominedo (Włochy) akcentował, że to „na stadium stosowania” można odnosić „abstrakcyjne maksymy do konkretnych przypadków”, wykorzystując w tym celu „orzecznictwo, które jest żywym źródłem prawa, będąc oparte czy to na *aequitas pretora* rzymskiego, czy też na *equity* sędziego brytyjskiego”⁵¹.

Orzecznictwo strasburskie skrzętnie skorzystało z tej możliwości, przyjmując koncepcję Konwencji jako „żywego dokumentu”, który nie zamraża ochrony praw człowieka według jej stanu na czas wypracowania i przyjęcia Konwencji, lecz który „idzie naprzód” wespół z demokratycznymi społeczeństwami tworzącymi Radę Europy i wraz z nimi podlega naciskowi nowych warunków i nowego rozwoju, to zaś wymaga postrzegania Konwencji jako ciągle się rozwijającej i aktualizującej, a zatem też interpretowania jej w świetle warunków dnia dzisiejszego⁵².

Tak więc każde państwo-członek Rady Europy jest lub powinno stać się stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; ma do tego niekwestionowany tytuł prawny wynikający z art.59 Konwencji. Przyjęcie państwa w poczet członków Rady Europy warunkowane jest uprzednim zbadaniem przez Radę Europy „stanu gotowości” takiego państwa-kandydata, przy czym w praktyce przystąpieniu do Rady towarzyszy podpisanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Państwo może więc przez jakiś czas być członkiem Rady Europy, nie będąc stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, nie jest natomiast możliwym przystąpienie do Konwencji bez uprzedniego uzyskania członkostwa Rady. Z mocy wyżej już wskazanych postanowień Statutu Rady Europy, w ramach których zobowiązania z art.3 potraktowane są jako sam „rdzeń członkostwa”, nie do pomyślenia byłaby sytuacja trwałego członkostwa w Radzie bez włączenia się do kręgu państw-stron Konwencji Europejskiej. I przeciwnie, jak wskazuje art.58 ust.3 Konwencji, z chwilą utraty członkostwa w Radzie Europy, państwo „przestaje być stroną [...] niniejszej Konwencji”. Theo van Boven powiada: „w konsekwencji, ścisły i nierozzerwalny związek między Radą Europy a Europejską Konwencją Praw Człowieka, który znajduje swe konceptualne i ideologiczne wyrażenie w preambule Konwencji, stanowi normatywny element w klauzulach końcowych Konwencji, który traktuje uczestnictwo w niej jako składnik jakości członka Rady”⁵³.

Z drugiej strony, nie oznacza to, iżby państwa-strony Konwencji miały dążyć do jakiejś pełnej uniformizacji. System ochronny Konwencji otwiera się na uwzględnienie i poszanowanie nie tylko tożsamości narodowej w ogóle, ale konkretnych specyficznych właściwości danego państwa i społeczeństwa, w tym jego tradycji i obyczajów. Europa nie jest i nie ma być przez Konwencję „ubierana w jednolity mundur”. Służą temu różnorakie mechanizmy związane z określaniem granic korzystania z praw człowieka, w tym specyficzne wyjątki *ex definitione* o charakterze, rzecz można, opcyjnym⁵⁴. Orzecznictwo strasburskie służy temuż celowi, zarówno przez unikanie sztampy i założenie o rozstrzygnięciu spraw indywidualnie, w kontekście cało-

51 Ibidem, s. 71-72.

52 Por. stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka m.in. w wyrokach: Tyrer v. United Kingdom, 25.04.1978, ser. A, nr 26, pkt 38; Marckx v. Belgium, 13.06.1979, ser. A, nr 31, pkt 41; Dudgeon v. the United Kingdom, 22.10.1981, ser. A, nr 45, pkt 60.

53 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 129.

54 Por. art.10 ust.1 zd.III oraz art.11 ust.2 zd. II Konwencji. Szerzej: T. Jasudowicz, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa i administracji*, Toruń 2005, s. 199-200.

ści okoliczności towarzyszących konkretnej sprawie, jak też przez przyjęcie i twórczy rozwój koncepcji marginesu oceny przyznanego państwu-stronie⁵⁵.

Nie oznacza to zarazem zupełnej i bezwarunkowej akceptacji argumentów państwa pozwanego, bazującej na jego specyfice czy odmienności. Już w raporcie dotyczącym sprawy szkół belgijskich Komisja odrzuciła postulat niedopuszczalności „jakiegokolwiek interpretacji Konwencji, która powodowałaby nieprzewidziane zakłócenie tradycji rządzących ważnymi sprawami politycznymi i prawnymi w jednym z państw-sygnatariuszy”, przypominając, że niejednokrotnie uznawała „za niedające się pogodzić z konwencją prawa, które przez wiele lat obowiązywały” oraz że „zgodnie z powszechnymi zasadami prawa międzynarodowego, którymi duch Konwencji również się żywi, Umawiające się Strony zobowiązały się [...] do zapewnienia, by ich ustawodawstwo krajowe dawało się pogodzić z Konwencją, a w razie potrzeby poczynienia w tym celu wszelkich koniecznych dostosowań, ponieważ Konwencja jest wiążąca dla wszystkich władz Umawiających się Stron, włączając w to władzę ustawodawczą”⁵⁶. Dodała przy tym, co istotne, że sugerowana przez rząd belgijski zasada interpretacji „może być stosowana jedynie, jeżeli odnośne ustawodawstwo zawierało system, który stanowił tradycję wszystkich lub większości państw-sygnatariuszy”⁵⁷. Zdaniem Komisji, „przedmiotem międzynarodowego stosowania Konwencji jest obiektywna interpretacja jej postanowień, nie zaś interpretacja z odniesieniem do tego, co mogło stanowić sposób rozumienia jednej ze stron w czasie ratyfikacji”; przy tym, „postanowienia Konwencji nie mogą być interpretowane na tyle restryktywnie, by uniemożliwić osiągnięcie jej przedmiotu i celu”⁵⁸.

4. Prawa człowieka a demokracja w świetle preambuły Konwencji

Omówiony ust.4 niewątpliwie stanowi zasadniczą arenę w preambule Konwencji Europejskiej, a więc proklamację celów, kierunku rozwoju, w jakim ma dążyć i któremu ma służyć tworzony na jej podstawie europejski system ochrony praw człowieka. Kolejny ust.5 preambuły pełni jakby funkcję *narratio*, a więc wyartykułowania podstawowych założeń, stanowiących punkt wyjścia dla tego systemu, ale zarazem zawierający w sobie założenie o zasadniczych liniach przewodnich takiego dalszego rozwoju. Wykazuje on w swoim sformułowaniu daleko idące zbieżności z treścią preambuły Statutu Rady Europy, jak również Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Te linie przewodnie wyznaczane są przez: (1) uznanie, że „podstawowe wolności” są „fundamentem sprawiedliwości i pokoju na świecie” („the foundation of justice and peace in the world”; „les assises memes de la justice et de la paix dans le monde”); (2) gwarancję skutecznego zachowywania tych wolności opartą na: 2.1. „rzeczywiście demokratycznym ustroju politycznym” („an effective political democracy”; „un regime veritablement democratique”); 2.2. „jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka” („a common understanding and

55 Szerzej na ten temat: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, *passim*.

56 Belgian Linguistic Case, Opinion of the Commission, 24.06.1965, pkt 371, ser. B, nr 3, s. 275. Por. wcześniej: De Becker case, Opinion of the Commission, 9.06.1958, „Yearbook of the European Convention on Human Rights” vol. 2, s. 234.

57 Ibidem, s. 276. Por. wcześniej: dec. Komisji z 19.12.1957, „Yearbook of the European Convention on Human Rights” vol. I, s. 247.

58 Golder Case. Dec. of the Commission, 1.06.1973, ser. B, nr 16, s. 34.

observance of the Human Rights; „une conception commune et un commun respect des droits de l’homme”).

Zwraca uwagę fakt, że w Deklaracji Powszechnej ta pierwsza z linii przewodnich jest bogatsza w treści, jako że prawa człowieka – w skojarzeniu z „przyrodzoną godnością” – są postrzegane jako „podstawa wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. Czyżby kategoria „wolności” została w preambule Konwencji Europejskiej zagubiona lub wyeliminowana. Niewątpliwie nie. Jest ona, moim zdaniem, dookreślona, sprecyzowana, bo jej wyrażeniu służy druga linia przewodnia, kładąca akcent na autentycznie demokratyczny system związany ze wspólnym zagwarantowaniem jednolicie rozumianych praw człowieka. A zatem owa kategoria wolności wchodzi jakby w jądro europejskiego systemu ochronnego.

Kategoria wolności była wszechobecna w toku prac przygotowawczych nad Konwencją. Teitgen podkreślał, że „Europa faktycznie powinna być – po pierwsze i nade wszystko – ziemią wolności”; określił zarazem trzy zagrożenia wolności: rację stanu; faszyzm, hitleryzm i komunizm; warunki gospodarcze społeczne współczesnego świata, z których komunizm potrafi skorzystać⁵⁹. Cingolani (Włochy), uzasadniając potrzebę Konwencji, stwierdzał: „Konwencja taka zmuszałaby państwa członkowskie do uznania i obrony praw człowieka, traktowanych jako podstawa życia zorganizowanego w wolnej demokracji, oczywiście z niezbędnymi ograniczeniami wyznaczanymi przez wymogi moralności, porządku publicznego i dobra wspólnego”⁶⁰. Zdaniem Edberga (Szwecja), „definicja demokracji wyrażona we wstępie do naszego Statutu jest zbyt ogólna” i musi być dookreślona właśnie przez „definicję tego, co rozumiemy przez prawa człowieka i podstawowe wolności”⁶¹. Z kolei, Wistrand akcentował, że „to, co jest z istoty europejskie, co stanowi nasze niezbędne narodziny, to koncepcja państwa jako społeczeństwa zbudowanego na *rule of law*, społeczeństwa, w którym każdy obywatel może żyć, nie bojąc się arbitralnego działania, w którym zna on prawa i im się podporządkowuje, ale też niczego nie musi się obawiać ze strony praw, jeśli ich przestrzega; [...] gdzie nie ma żadnego miejsca na jakiegokolwiek środki arbitralne”⁶². Fayat wierdzi: „właśnie wypracowanie tej definicji naszego wspólnego dziedzictwa wolności wydaje mi się pierwszym i zasadniczym zadaniem”, toteż trzeba „zebrać inwentarz naszych wolności w każdym kraju”⁶³.

59 *Collected Edition*, t. I, s. 39-42. Warto zwrócić uwagę, że w wyroku Rekenyi Europejski Trybunał Praw Człowieka zajmował się „obowiązkiem nałożonym na niektóre kategorie funkcjonariuszy publicznych, w tym na funkcjonariuszy policji, a dotyczącym powstrzymania się od działalności politycznej” i uznał, że „członkowie społeczeństwa mają więc tytuł do oczekiwania, że w ich sprawach z policją staną wobec politycznie neutralnych funkcjonariuszy”, gdyż „pragnienie zapewnienia, by kardynalna rola policji w społeczeństwie nie doznawała kompromitacji w rezultacie korozji neutralności politycznej jej funkcjonariuszy, jest pragnieniem dającym się pogodzić z zasadami demokratycznymi”. „Cel ten ma szczególne znaczenie historyczne na Węgrzech z uwagi na ich doświadczenie reżimu totalitarnego, który w znacznym zakresie opierał się na bezpośrednim podporządkowaniu policji rządzącej partii” – Case of Rekenyi v. Hungary, 20.05.1999, pkt 41.

60 *Ibidem*, s. 64.

61 *Ibidem*, s. 76.

62 *Ibidem*, s. 82.

63 *Ibidem*, s. 89-90.

Jak ocenia to van Boven, myśl zawarta w ust.5 preambuły stanowi „uznanie, że poszanowanie praw człowieka jest zbieżne z polityką mającą zapewnić sprawiedliwość i pokój w płaszczyźnie krajowej i międzynarodowej”, jak też, że „skuteczna demokracja polityczna uważana jest za idealny kontekst dla zagwarantowania i rozwoju praw człowieka i podstawowych wolności”, a zatem, „pokój, sprawiedliwość i demokracja są strukturalnymi warunkami skutecznego wykonywania praw człowieka i podstawowych wolności”⁶⁴. To niby prawda, ale to tylko część prawdy, to jedna strona medalu. Akcentuje ona środowisko niezbędne dla skutecznej ochrony praw człowieka i – praktycystycznie rzecz biorąc – czyni słuszną, ale gubi przy tym głębię principium i w praktyce może okazać się niebezpieczne dla tejże skutecznej ochrony praw człowieka. Jednostronne dowartościowanie pokoju, sprawiedliwości i demokracji może być wykorzystywane jako argument na rzecz swoistej drugoplanowości praw człowieka, a więc i potrzeby ich ustępowania przed owymi trzema wartościami nadrzędnymi. Niestety, zwłaszcza w kontekście mechanizmu derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka, organy strasburskie wykazywały nadmierną skłonność do zbyt etatystycznego postrzegania kryteriów z art.15 ust.1 Konwencji, w tym do nadmiernego poszerzania przyznawanego państwom-stronom marginesu oceny⁶⁵.

Czy rzeczywiście Konwencja, a tu konkretnie jej preambuła, upoważnia do poświęcania praw człowieka na ołtarzu tych wartości? Moim zdaniem z pewnością nie. To mylna interpretacja. Wyraźnie przecież w preambule Konwencji, podobnie jak w Powszechnej Deklaracji i w innych dokumentach, powiada się, że to właśnie „podstawowe wolności [...] są fundamentem sprawiedliwości i pokoju na świecie”, a nie odwrotnie. Zatem, pryncypialny prymat należy się prawom człowieka. To one i ich skuteczna ochrona dookreślają autentyczne pojęcia demokracji, sprawiedliwości i pokoju – w kraju, w Europie i na świecie. Nie ma demokracji bez praw człowieka lub przeciwko nim, podobnie jak nie ma sprawiedliwości ani pokoju bez praw człowieka. To one wyznaczają prawdziwą treść tych kategorii – a właściwie, tj. w duchu praw człowieka wartości demokracji, sprawiedliwości i pokoju stwarzają warunki dla bezpiecznego i skutecznego funkcjonowania gwarancji praw człowieka.

Nie chodzi przy tym o jakieś absolutystyczne podejście do praw człowieka. Oczywiście jest, że demokracja, sprawiedliwość i pokój są niezmiernie istotne dla skuteczności ochrony praw człowieka. Należy więc uznawać i gwarantować swoiste sprzężenie zwrotne między prawami człowieka z jednej strony a demokracją, sprawiedliwością i pokojem z drugiej. Nie ma jednak żadnych podstaw ku temu, by w imię demokracji, sprawiedliwości czy pokoju wykreślać, niweczyć albo nadużywając ograniczać działanie praw człowieka.

Relację tę dobrze egzemplifikuje sprawa Vogt *versus* Niemcy. Trybunał stanął wobec tezy Niemiec, że „służba cywilna jest gwarantem Konstytucji i demokracji”, jest „kamieniem węgielnym «demokracji zdolnej do samoobrony»”, na której to koncepcji oparta jest Konstytucja Niemiec w rezultacie tragicznych owoców wykorzystania demokracji przeciwko demokracji w warunkach Republiki Weimarskiej⁶⁶. Trybunał wykazał zrozumienie dla tragicznej lekcji historii Niemiec oraz dla ich szczególnych okoliczności historycznych i politycznych w czasie przyjmowania

64 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 130.

65 Szerzej na ten temat: A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu...*, op. cit., s. 125 i n.

66 Case of Vogt v. Germany, 26.09.1995, ser. A, nr 323, pkt 51.

Konstytucji z roku 1949. Rozstrzygał jednak sprawę p. Vogt w świetle jej konkretnych okoliczności, przyjmując za punkt wyjścia konkretną osobę, służącą jej praca oraz wypełnianie przez nią ciężących na niej obowiązków; w rezultacie, nie dopatrzyl się w pracy p. Vogt żadnej indoktrynacji uczniów, a w prawie i w praktyce niemieckiej dostrzegł nadużywające – w skali porównawczej z innymi państwami-stronami – rozumienie służby cywilnej oraz nakładanych na jej członków obowiązków⁶⁷.

Już w wyroku dotyczącym nauczania w szkołach belgijskich Europejski Trybunał Praw Człowieka przypomniał, że „generalnym celem sobie postawionym przez Umawiające się Strony, za pośrednictwem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, było zapewnienie skutecznej ochrony podstawowych praw człowieka i to niewątpliwie nie tylko z racji kontekstu historycznego w jakim Konwencja była zawierana, ale także rozwoju społecznego i technicznego w naszym wieku, który oferuje państwom znaczące możliwości regulacji korzystania z tych praw. Konwencja dorozumiewa zatem słuszną równowagę między ochroną powszechnego interesu wspólnoty a poszanowaniem należnym podstawowym prawom człowieka, przypisując szczególne znaczenie tym ostatnim”⁶⁸. Z kolei w sprawie *Klass i inni versus Niemcy* Trybunał – wyraźnie odwołując się do treści ust.5 preambuły – zrekonstruował jako „przynależną do systemu Konwencji pewną formę koncyliacji między imperatywami obrony demokratycznego społeczeństwa a zapewnienia indywidualnych praw”⁶⁹. Warto dodać, że koncepcja „demokratycznego społeczeństwa” wpisana jest w Konwencję Europejską w sposób solidny, zwłaszcza w związku z testem konieczności w klauzulach limitacyjnych ust.2 art.8-11 Konwencji i art.2 Protokołu IV do niej. Zdaniem P. Mahoneya pojęcie „demokratycznego społeczeństwa” stanowi zasadę przewodnią, ponieważ – co jasno wynika z preambuły – Konwencja jest nią impregnowana⁷⁰.

5. Wspólne dziedzictwo państw europejskich w świetle preambuły Konwencji

W końcowym ust.6 preambuły akcent pada na dwa istotne momenty: po pierwsze, na swoiste samookreślenie się rządów-sygnatariuszy jako przedstawicieli „państw europejskich, działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa” („European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law”; „Etats europeens animés d’un même esprit et possédant un patrimoine commun d’idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit”); po drugie, na ich zdecydowanie, by „podjąć pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji” („to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration”; „a prendre

67 Ibidem, pkt 59-61.

68 *Belgian Linguistic Case*, 23.07.1968, ser. A, nr 6, pkt 5. Por. *Soering v. the United Kingdom*, 7.07.1989, ser. A, nr 161, pkt 87.

69 *Case of Klass and Others v. Germany*, 6.09.1978, ser. A, nr 28, pkt 59.

70 P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Convention on Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, „Human Rights Law Review” nr 11, 1990, s. 64.

les premieres mesures propres a assurer la garantie collective de certains des droits enonces dans la Declaration Universelle”). W jakiś sposób zatem, określono konkretne zadanie do wypełnienia przez zawieraną Konwencję oraz przedstawiono – w ich immanentnej dziejowej jakości – autorów, a poniekąd i wykonawców tego zadania, czyli państwa europejskie.

W związku z pierwszym z wyżej wskazanych elementów warto przypomnieć dokonania Ruchu Europejskiego – z udziałem „głównego architekta” Pierre Henri Teitgena – w postaci memorandum ze stycznia, a potem planu z lutego 1949 roku, który swój cel prezentował jako: „(a) ogłoszenie w syntetycznej formie podstawowych praw osobistych i prawa do wolnych wyborów, opartych głównie na Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka; (b) środki urzeczywistniania, czy wykonywania tych praw podstawowych”. Z propozycjami dotyczącymi praw człowieka wiązała się taka oto deklaracja: „Miłość wolności, wrogość wobec wszelkiego rodzaju totalitaryzmu, pokorne, ale świadome dążenie do prawdy, a nade wszystko poszanowanie osobowości ludzkiej i jednostki jako takiej – to są istotne cechy prawdziwego ducha Europy. Kultura europejska wyraża się tradycją demokracji, którą podzielają wszystkie nasze narody. Wszyscy wierzymy w rządy prawa, które nie są zależne od państwa, a które równocześnie dostarczają podstaw i ustalają granice władzy państwowej. Wierzymy, że osobowość ludzka stanowi *sacrum* i że podstawowe wolności muszą być chronione przed wszelkimi formami totalitaryzmu. Wierzymy nadto, że jednostka istnieje jedynie w relacji ze swoimi bliźnimi i jako członek organicznych wspólnot. Wspólnoty takie muszą – w granicach swojej kompetencji – korzystać ze znaczącego stopnia autonomii, z zastrzeżeniem tylko utrzymywania koniecznej dyscypliny zbiorowej”⁷¹. Teitgen przypominał, że „każdy człowiek, z racji swego pochodzenia i swego przeznaczenia, posiada niezbywalne prawa, przeciwko którym nie może skutecznie stawać żadna racja stanu”⁷².

Pozostawiając na uboczu zaistniałe w toku prac europejskich kontrowersje między planowaną Unią Europejską a Radą Europy, a więc też między „federalistyczną” koncepcją integracji europejskiej a „funkcjonalistyczną” koncepcją współpracy europejskiej⁷³, widzieć w tej deklaracji można swoiste *credo* ówczesnej powojennej Europy, na które składa się akcent na dziedzictwo wolności i rządów prawa oraz sprzeciw wobec przeżytych doświadczeń i aktualnych zagrożeń ze strony totalitaryzmu. To „wspólne dziedzictwo” stanowi dziejowe osiągnięcie Europy, a zarazem fundament dla budowania „większej jedności” czy „ściślejzego związku/unii” państw europejskich. Ujmovane w postaci „trójfundamentu wartości europejskich”: autentycznej demokracji – skutecznych praw człowieka – rządów prawa, składa się na podłoże i dalszy zamysł konstrukcyjny „jedności europejskiej”.

Siłą rzeczy, nie do pomyslenia był udział w Radzie Europy w ogóle, a w europejskim systemie ochrony praw człowieka w szczególności, ówczesnych państw socjalistycznych. Toteż żadnego z nich do Rady Europy nie zapraszano; z drugiej strony żadne z nich takiej inicjatywy nie rozważało. Tym bardziej warto podkreślić, że w procesie KBWE, a mianowicie w Dokumencie Końcowym Spotkania Wiedeńskiego (1986-1989) wpisano ów „trójfundament wartości europejskich”, a późniejsze

71 Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 649, 653.

72 *Collected Edition*, t. I, s. 39.

73 Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 247.

dokumenty KBWE, w tym Paryska Karta Nowej Europy z 1990 r., jak też Dokument Kopenhaski i Dokument Moskiewski Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE (odpowiednio w 1990 i 1991 roku), wypełniały to ogólne założenie coraz bardziej konkretnymi elementami jego treści. A zatem nowe państwa członkowskie Rady Europy i strony Konwencji Europejskiej to „wspólne dziedzictwo” mają uznać jako własne, do niego przyłączyć, jego dalszej realizacji wspólnie się poświęcać. Jakże wymownie zabrzmiały słowa Teitgena: „możemy jednogłośnie skonfrontować «racje stanu» z jedyną suwerennością, za którą warto umierać, której w każdych okolicznościach warto bronić, szanować i zabezpieczać – suwerennością sprawiedliwości i prawa”⁷⁴.

To „wspólne dziedzictwo” jest w ust.6 preambuły wyraźnie skojarzone z koncepcją „zbiorowej gwarancji”; obie te koncepcje – zdaniem van Bovena – są „intymnie ze sobą związane”⁷⁵. To zaś ma daleko idące konsekwencje w orzecznictwie Strasburskim. Europejska Komisja Praw Człowieka już w sprawie Austrii przeciwko Włochom doszła do wniosku, że zamiarem państw-stron było ustanowienie „wspólnotowego porządku publicznego wolnych demokracji europejskich”, w ramach którego zobowiązania państw „mają zasadniczo charakter obiektywny, a to z mocy faktu, że mają one na względzie raczej ochronę praw podstawowych jednostki przed ingerencjami umawiających się państw, a nie stworzenie subiektywnych i wzajemnych praw pomiędzy tymi państwami”⁷⁶. Wymowne było stanowisko Trybunału w wyroku w sprawie Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w którym sprzeciwił się on postrzeganiu sytuacji wyspy Man w świetle „wymogów miejscowych”, o których mowa w art.63 ust.3 Konwencji (obecnie art.56 ust.3), a to dlatego, że „historycznie, geograficznie i kulturowo zawsze figurowała ona (wyspa Man) pośród rodziny narodów europejskich i należy ją traktować *jako mającą w pełni tytuł do «wspólnego dziedzictwa ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa»*, do których odwołuje się preambuła Konwencji”⁷⁷. W sprawie Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Trybunał z kolei stwierdził: „Umawiające się Państwo postępowałoby w sposób niedający się pogodzić z wartościami leżącymi u podłoża Konwencji, z tym «wspólnym dziedzictwem ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa», do którego odwołuje się preambuła, gdyby przekazywało zbiega – za zło, które mogło być zbrodnią – drugiemu państwu, w którym istnieją poważne motywy dla uznania, iż grozi zainteresowanej osobie ryzyko tortur”⁷⁸.

Nie zawsze „wspólne dziedzictwo” z preambuły Konwencji jest w orzecznictwie powoływane w swej pełnej formule. Często się zdarza, że to „rządy prawa” samodzielnie wiodą do ważkich konsekwencji. Tak np. w wyroku Golder Trybunał z zasady rządów prawa wywiódł – w kontekście art.6 ust.1 Konwencji – prawo dostępu do sądu⁷⁹. W sprawie Brumarescu Trybunał przypomniał, że „zgodnie

74 *Collected Edition*, t. I, s. 50.

75 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 132.

76 Case of Austria v. Italy, dec. of the Commission, 11.01.1961, „Yearbook of the European Convention on Human Rights” vol. IV, s. 139-140.

77 Case of Tyrer v. The United Kingdom, 25.04.1978, ser. A, nr 26, pkt 38.

78 Case of Soering v. The United Kingdom, 7.07.1989, ser. A, nr 161, pkt 88.

79 Case of Golder v. The United Kingdom, 21.02.1975, ser. A, nr 18, pkt 34.

z jego stałym orzecznictwem prawo do słusznego procesu przez sądem, gwarantowane przez art.6 ust.1, powinno być interpretowane w świetle preambuły Konwencji, która ogłasza rządy prawa jako element wspólnego dziedzictwa Umawiających się Państw. Jednym z fundamentalnych elementów rządów prawa jest zasada bezpieczeństwa stosunków prawnych, co oznacza m.in., że rozwiązanie orzeczone przez sąd jakiegokolwiek sporu w sposób definitywny nie może być poddawane w jakąkolwiek wątpliwość⁸⁰. W wyroku *Klass i inni* – w kontekście prawa do poszanowania życia prywatnego na podstawie art.8 Konwencji – stwierdził, że „rządy prawa implikują m.in. to, że ingerencja władzy wykonawczej w prawa jednostki podlega skutecznej kontroli, jaką normalnie powinna zapewniać – przynajmniej ostatecznie – władza sądowa, ponieważ oferuje ona najlepsze gwarancje niezawisłości, bezstronności i prawidłowej procedury”⁸¹. Z kolei w wyroku *Brogan* Trybunał zwrócił uwagę, że „kontrola sądowa idzie w parze z rządami prawa, jedną z «fundamentalnych zasad demokratycznego społeczeństwa», do których wyraźnie się odwołuje preambuła Konwencji i którą się inspirowuje Konwencja jako całość”⁸².

6. Zbiorowe zagwarantowanie praw a problem katalogu praw chronionych

Jak już wyżej wskazano, ust.6 preambuły wyraża wreszcie „zdecydowanie” państw europejskich, aby „podjąć pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”. Istotne znaczenie mają tu formuły „zbiorowego zagwarantowania” i „niektórych praw”. Jeśli chodzi o ten drugi element, Teitgen – prezentując na forum Zgromadzenia potrzebę zawarcia Konwencji – stwierdził: „Potrzebujemy całych lat wzajemnego zrozumienia, badań i doświadczeń zbiorowych, by spróbował – po latach, z jakąś tam nadzieją sukcesu – sformułować kompletną i generalną definicję wszystkich wolności oraz wszystkich praw, które Europa przyznałaby Europejczykom. Opuśćmy na moment to pożądane maksimum i zadowolmy się minimum, które w bardzo krótkim terminie możemy osiągnąć, a które polega na zdefiniowaniu siedmiu, ośmiu czy dziesięciu podstawowych wolności, które są istotne dla demokratycznego sposobu życia, a które nasze kraje winny zagwarantować całemu swemu ludowi. Jest możliwe osiągnięcie ich wspólnej definicji”⁸³.

Zatem, daleko nie wszystkie prawa umocowane w Deklaracji Powszechnej znalazły wyraz w Konwencji Europejskiej. Przede wszystkim, nie ma tu praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych, umocowanych w art.22-27 Deklaracji.

80 Case of *Brumarescu v. Romania*, 28.10.1999, pkt 61. Por.: Case of *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, 25.07.2002, pkt 72.

81 Case of *Klass and Others v. Germany*, 6.09.1978, ser. A, nr 28, pkt 55.

82 Case of *Brogan and Others v. The United Kingdom*, 29.11.1988, ser. A, nr 145-B, pkt 58.

83 *Collected Edition*, t. I, s. 44. W fundamentalnym podręczniku holenderskim zwraca się uwagę, że: „Autorzy skupili się więc na tych prawach, które uważali za istotne elementy podstaw demokracji europejskiej i w stosunku do których można było przewidywać, że stosunkowo łatwo będzie można osiągnąć porozumienie co do ich sformułowania i co do międzynarodowej kontroli ich urzeczywistnienia, ponieważ wydawały się one być uznane w państwach członkowskich Rady Europy. Z drugiej strony, zarówno szczegółowe sformułowanie tych praw, z dopuszczalnością ich limitacji, jak i stworzenie mechanizmu kontrolnego w wiążącym traktacie, miało charakter nowatorski i rewolucyjny” (*Theory and Practice...*, op. cit., s. 5).

Zauważmy jednak, że art.2 Protokołu I do Konwencji zawiera prawo do nauki, a więc tradycyjne prawo społeczno-kulturalne. Przypomnijmy, że sama Konwencja zawiera pewne gwarancje praw człowieka, których charakter socjalny nie budzi większych wątpliwości⁸⁴; zaś orzecznictwo Strasburskie – interpretując gwarancje umocowanych w niej praw jako obejmujące zobowiązania pozytywne państw-stron, m.in. w sferze prawa do życia czy wolności od tortur – dostrzega w nich pokłady gwarancji zaiste bytowych, socjalnych⁸⁵. W pewnym sensie można mówić o „parasolu ochronnym”, jaki rozciągają prawa I generacji nad prawami generacji II, gwarantując skuteczną ochronę „twardego rdzenia” niektórych spośród tych praw, rdzenia związanego z prawem do ludzkiego traktowania i w ogóle do przetrwania. Tam, gdzie brak pomocy socjalnej ze strony państwa, obiektywnie postawi daną osobę w sytuacji rzeczywistego i bezpośredniego zagrożenia życia bądź niemożności godnego spotkania ze śmiercią⁸⁶, albo gdzie warunki, w jakie ta osoba trafia, dają się zakwalifikować jako nieludzkie czy poniżające, tam gwarancje art.2 i 3 Konwencji mogą i powinny przyjść z pomocą, tam otwiera się perspektywa dochodzenia roszczeń na podstawie tych artykułów.

Zgodnie z wyraźnym sformułowaniem ust.6 preambuły, Konwencja nie miała być, i nie jest, dokumentem kompletnym z punktu widzenia katalogu praw chronionych, a zatem nie wyczerpuje europejskiej kodyfikacji ochrony praw człowieka. Słowa „pierwsze środki” oraz „niektóre prawa ogłoszone w Deklaracji Powszechnej” jasno wskazują, że jej autorzy nie pretendowali do ustanowienia kompletnego i wyczerpującego katalogu praw chronionych. Już w procesie wypracowania Konwencji istniały pewne kontrowersje co do sformułowania postanowień dotyczących standardów ochrony własności oraz prawa do nauki; nie czekano jednak z podpisaniem Konwencji, aż te spory uda się przezwyciężyć, a prawa te – obok gwarancji wolnych wyborów – stały się, jak wiemy, przedmiotem unormowania Protokołu I z roku 1952. Kolejne substancjalne protokoły dodatkowe (IV, VI, VII, XII i XIII) uzupełniają katalog chroniony w samej Konwencji nowymi prawami w niej nieuwzględnionymi (IV, art.1-4; VII, art.1; XII), bądź dodają nowe elementy wzbogacające treść praw umocowanych w samej Konwencji (VI i XIII w stos. do art.2; VII, art.2-4 w stos. do art.6; art.5 w stos. do art.12).

W sprawie Golder – w odpowiedzi na argument Zjednoczonego Królestwa, że autorzy Konwencji wybrali „proces selektywny: Konwencja nie usiłuje chronić praw człowieka w ogóle, ale jedynie «niektóre z praw ogłoszonych w Deklaracji Powszechnej»” – Trybunał wskazał: „Jeżeli rządy-sygnatariusze postanowiły «podjąć pierwsze kroki dla zapewnienia zbiorowej gwarancji niektórych praw ogłoszonych w Deklaracji Powszechnej», stało się tak przede wszystkim z powodu ich szczerego przywiązania do rządów prawa”⁸⁷. Z kolei w sprawach Glasenapp i Kosiek Trybunał

84 Prawem tradycyjnie zaliczanym do praw społeczno-kulturalnych jest np. prawo do nauki, figurujące w art.26 Deklaracji Powszechnej, a wprowadzone do art.2 Protokołu I do Konwencji Europejskiej.

85 Szerzej o zobowiązaniach pozytywnych pisze: C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka (na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, [w:] *O ludzki wymiar prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. J. Białocerkiewicz, Toruń 2004, s. 257-276.

86 Por. np. Case of D. v. The United Kingdom, 2.05.1997, zwł. pkt 49-54.

87 Golder, pkt 34.

uznał, że fakt, iż prawo równego dostępu do służby publicznej – uwzględnione w Deklaracji Powszechnej i w Pakcie Obywatelskim – nie figuruje w systemie Konwencji Europejskiej, stanowi „zamierzoną lukę”, co potwierdza geneza Protokołów IV i VII, które w swej pierwotnej wersji projektowej taką gwarancję – później wyeliminowaną – zawierały.

Formuła ust.6 preambuły dotycząca „zbiorowej gwarancji” nie została wprowadzona przypadkowo. Od początku prac przygotowawczych nad Konwencją, a i wcześniej w ramach prac Ruchu Europejskiego, bardzo silny akcent kładziono na wspólny interes państw europejskich w poszanowaniu i przestrzeganiu praw człowieka, co kojarzyło się z planowaniem sądowego systemu kontrolnego, w tym z instytucją skargi międzypaństwowej. 1 lipca 1949 roku Komitet Prawny Teitgena przedłożył Radzie Europy nie tylko projekt Konwencji, ale też projekt Trybunału⁸⁸. 19 sierpnia 1949 roku Zgromadzenie zaleciło także „(b) utworzyć Europejską Komisję Praw Człowieka i Europejski Trybunał Praw Człowieka dla zapewnienia przestrzegania Konwencji”⁸⁹. „Zasadę zbiorowej gwarancji podstawowych praw i wolności” silnie akcentował w swym zasadniczym wystąpieniu Teitgen, zwracając uwagę na to, że „Komisja byłaby pewną formą bariery, której praktyczna konieczność znana jest wszystkim prawnikom, a która odrzucałaby frywolne i złośliwe skargi”⁹⁰. Fayat sugerował, by „jurysdykcja Trybunału była na początku ograniczona do spraw, które stanowią nasze wspólne dziedzictwo, które również musi być uważnie zdefiniowane”⁹¹. Sir David Maxwell-Fyfe podkreślał, że Konwencja zapewnia „system zbiorowego zabezpieczenia przed tyranią i uciskiem. Nie wystarczy posiadać wolność; dla jej obrony musi być podjęta akcja pozytywna”⁹².

Słusznie stwierdza van Boven, że „system Konwencji Europejskiej opiera się na pojęciu gwarancji zbiorowej. Z tego tytułu, Konwencja jest instrumentem ustanawiającym europejski porządek publiczny w dziedzinie praw człowieka”⁹³. Jak to określiła Komisja w sprawie Austrii przeciwko Włochom: „W odróżnieniu od traktatów międzynarodowych typu klasycznego, Konwencja wykracza poza ramy prostej wzajemności między umawiającymi się państwami. Poza siecią zobowiązań synalagmatycznie dwustronnych, tworzy ona zobowiązania obiektywne, które – według sformułowań jej preambuły – korzystają ze «zbiorowej gwarancji». Za pośrednictwem swego art.24 (obecnie art.33) pozwala ona umawiającym się państwom domagać się poszanowania tych zobowiązań, bez potrzeby uzasadniania związanego z tym interesu, wynikającego np. z tego, że środek, który jest przedmiotem ich zarzutu, godzi w jednego z ich własnych obywateli”⁹⁴.

Organy strasburskie zazwyczaj nawiązywały do pojęcia „zbiorowej gwarancji” właśnie w kontekście skarg międzypaństwowych. Można w tym zakresie przytoczyć istotną wypowiedź van Boven: „W istocie jedną z najbardziej uderzających

88 Por. A.W. Brian Simpson, *Human Rights...*, op. cit., s. 660.

89 Por. *Collected Edition*, t. I, s. 36.

90 Ibidem, s. 48.

91 Ibidem, s. 90.

92 Ibidem, s. 120.

93 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 132.

94 Case of Ireland v. The United Kingdom, 18.01.1978, ser. A, nr 25, pkt 239.

cech charakterystycznych mechanizmu gwarancji zbiorowej wprowadzonego przez Konwencję Europejską jest to, że państwa-strony Konwencji mają wspólny interes w tym, by określone w niej prawa i wolności były zapewnione i szanowane. Wynika z tego, że na mocy art.24 (obecnie: art.33) Konwencji Wysoka Umawiająca się Strona może wnieść skargę przeciwko którejkolwiek innej Umawiającej się Stronie tytułem zarzucanych naruszeń Konwencji, bez względu na to, czy prawa i interesy samego państwa pozywającego bezpośrednio wchodzą w grę, czy też nie. Ta zasada *actio popularis*, aczkolwiek tekst Konwencji przyznaje ją tylko na korzyść państw, z wykluczeniem innych ciał i jednostek, stanowi bardzo pożyteczną drogę mechanizmu zbiorowej gwarancji praw człowieka i podstawowych wolności⁹⁵.

7. Konkluzja

Jak widać z powyższego, preambuła Konwencji wskazuje na szereg istotnych elementów składowych owego *backgroundu* Konwencji Europejskiej, który – jako całość i w poszczególnych swych elementach – ma oddziaływać na interpretację i stosowanie Konwencji, na praktyczne funkcjonowanie jej mechanizmu ochronnego. Preambuła wyraża więc podłoże, fundament, *ratio legis* Konwencji. Można w nim dostrzec elementy *narratio* i arengi, przy czym są one przemieszane i pozostają w ścisłym związku wzajemnym. Tradycje Europy, „wspólne dziedzictwo” państw europejskich – nasączone wartościami wolności i demokracji, rządów prawa i praw człowieka, a tak boleśnie ugodzone w samej swej istocie tragedią totalitaryzmów europejskich i drugiej wojny światowej – domagają się ich odrodzenia i przywrócenia jako właściwej podstawy współdziałania i dążenia do jedności europejskiej, sprzeciwu zaś wobec minionych i nadal zagrażających doświadczeń totalitaryzmu. Taki sam jest też cel i Rady Europy, w świetle jej Statutu, i samej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w świetle jej preambuły. Jest to więc dokument osnuty na autentycznej demokracji budowanej na poszanowaniu gwarancji praw człowieka i w kierunku jej dalszego wzmacniania i doskonalenia wiodący.

Preambuła jest integralnym, nieodłącznym i istotnym składnikiem Konwencji jako całości; można powiedzieć szerzej – systemu Konwencji jako całości, a więc z uwzględnieniem jej protokołów dodatkowych i wypełniającego ją bogatą i sytuacyjnie rozwarstwowaną substancją normatywną orzecznictwa strasburskiego, obejmującego nie tylko wyroki i decyzje Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale też dorobek orzeczniczy Europejskiej Komisji Praw Człowieka, która dobrze wypełniła swoje zadanie dziejowe. Sama preambuła również powinna być postrzegana w swej całości. Jej elementy, choć specyficzne i różnorodne, wzajemnie się przeplatają i uzupełniają, składając się na swoiste *integrum*.

Jak stwierdza van Boven: „Odzwierciedla ona wspólną tradycję przywiązania do rządów prawa i była redagowana z uwzględnieniem Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Statutu Rady Europy jako układów odniesienia. Wartości, które z mocą i uroczyscie ona deklaruje, składają się na filozofię leżącą u podłoża całej Konwencji i jej Protokołów. Pozostaje w doskonałej zgodności z duchem preambuły i Konwencji jako całości to, że wspólne dziedzictwo, które znajduje się u podstaw tego instrumentu międzynarodowego, nie może być uważane za jakość statyczną i sztywną. Jak podkreśla Europejski Trybunał Praw Człowieka, «Konwencja

95 Th. van Boven, *Convention de sauvegarde...*, op. cit., s. 133.

jest instrumentem żywym, interpretowanym w świetle aktualnych warunków życia». To właśnie preambuła dostarcza inspiracji i podstawy dla takiej ewolucyjnej interpretacji⁹⁶.

Paradoks zapewne chciał, by sama Preambuła stała się poniekąd „ofiarą” takiej dynamicznej interpretacji. Otóż, przez dziesiątki lat organy strasburskie rozwijały koncepcje marginesu oceny, będącą jakby pochodną uznania subsydiarności europejskiego systemu ochronnego w jego interakcji z systemami krajowymi państw-stron, a oznaczającą uznanie lepszego wyposażenia władz, zwłaszcza sądów krajowych, dla potrzeb oceny warunków lokalnych oraz dla interpretacji i stosowania prawa krajowego, a także przyznawanie im szerszego bądź węższego marginesu swobodnego uznania, uwalniającego od sztywności i rygoryzmu, a zarazem pozwalającego im na dbanie o sprawy istotne z punktu widzenia ich tożsamości narodowej. Ta budząca początkowo pewne opory i rodząca wątpliwości koncepcja doczekała się jej pełnego dowartościowania i – w trybie przyjęcia 24 czerwca 2013 roku XV Protokołu Dodatkowego do Konwencji i mocą jego art.1 – „zapłodniła” samą Preambułę Konwencji, uzupełniając ją na końcu takim oto tekstem: „Potwierdzając, że Wysookie Umawiające się Strony, zgodnie z zasada subsydiarności, ponoszą pierwszorzędą odpowiedzialność za zapewnienie praw i wolności określonych w niniejszej Konwencji i Protokołach do niej, a korzystają przy tym z marginesu oceny, z zastrzeżeniem nadzorczej jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ustanowionego przez niniejszą Konwencję⁹⁷”.

96 Ibidem, s. 134.

97 Por. Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 24 VI 2013.

Trzecia koncepcja wolności*

A Third Concept of Liberty

The main issue of the article is Isaiah Berlin's conception of liberty. The text is the Inaugural Isaiah Berlin Memorial Lecture read by the author at the British Academy. The author analyses notions of positive and negative liberty developed by Berlin. He agrees that there are two such concepts but he doesn't agree with further assumption that, whenever one speaks about negative liberty, one must be speaking about absence of interference. He thinks that we have inherited two rival and incommensurable theories of negative liberty, although in recent times we have generally contrived to ignore one of them. The article offers 'a useful set of empirical hypotheses' about how liberty in the ordinary sense of non-interference 'is best to be maximised'.

Quentin Skinner

*profesor nauk humanistycznych,
Queen Mary University of London*

Rozpocznę od twierdzenia będącego bodaj jednym z najpowszechniej akceptowanych w aktualnej dyskusji nad teorią wolności. Wedle niego musi istnieć jedna najważniejsza formuła, pod którą podciągnąć można wszystkie zrozumiałe wypowiedzi na temat wolności¹. Wydaje się,

* Tekst jest przekładem niepublikowanego dotąd w Polsce wykładu Autora dla Akademii Brytyjskiej z dn. 21 listopada 2001 r. Tekst publikujemy dzięki uprzejmości Autora.

1 Jeżeli chodzi o inne wersje „koherencyjnego” podejścia zob. np. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, uzup. S. Szymański, Warszawa 2009, s. 298-303; G. MacCallum, *Negative and Positive Freedom*, [w:] *Philosophy, Politics and Society*, red. P. Laslett, W. G. Runciman, Q. Skinner, Oxford 1972; J. P. Day, *Individual Liberty*, [w:] *Of Liberty*, red. A. P. Griffith,

że pogląd ten dominuje w dużej mierze dzięki jednemu klasycznemu tekstowi Geralda MacCalluma pt. *Negative and Positive Freedom*². Jego zdaniem za każdym razem, gdy podnosi się kwestię wolności jednostki, idzie zawsze o wolność od jakiejś formy przymusu zrobienia czegoś albo stania się jakimś (również niezrobienia i niestania)³. Wolność jest „zawsze jedną i tą samą relacją trójstronną” pomiędzy podmiotami, przymusem i celami. Mówić o wolności, to zawsze – ostatecznie – mówić o braku: braku nałożonego na podmiot przymusu realizowania, czy dążenia do jakiegoś celu. Innymi słowy, jest tylko jedna koncepcja wolności⁴.

Te uwagi odsyłają mnie do tego teoretyka wolności, którego pamięci mam zaszczyt poświęcić swój wykład. Nie znałem sir Isaiaha Berlina zbyt dobrze, zatem nie bardzo mogę przywołać tu wspomnienia na jego temat. To jednak nie wydaje mi się to wielką wadą, gdyż Berlin był zawodowym myślicielem, więc w tym przypadku rzeczywiste znaczenie mają jego opinie i poglądy. To z kolei, co zajmowało go najbardziej, jest jak sądzę powszechnie znane – była to teoria wolności i na niej właśnie chciałbym się skoncentrować. Skupię się przede wszystkim na najważniejszym wkładzie Berlina do debaty na temat wolności – na jego eseju *Dwie koncepcje wolności*⁵, który właśnie ukazał się w nowym i pięknym wydaniu*.

Pozwolę sobie od razu zaznaczyć, co uznaję za trwałą wartość tekstu Berlina, który został ostatnio słusznie nazwany najbardziej wpływowym pojedynczym esejem we współczesnej filozofii polityki⁶. Odwrotnie niż nakazuje zwyczajowa mądrość, rozpocząłem od wskazania, że niezbędna jest silna dystynkcja pomiędzy dwiema rywalizującymi i odrębnymi koncepcjami wolności, w czym Berlin osiąga sukces i co moim zdaniem ponad wszelką wątpliwość udaje mu się wykazać. Innymi słowy, pokazuje on, że jakakolwiek próba sprowadzenia naszych partykularnych poglądów na temat wolności do jednej teorii czy jakiejś nadrzędnej formuły z góry skazana jest na porażkę.

Jak każdy wie, dystynkcja, która przede wszystkim interesuje Berlina to podział na wolność pozytywną i negatywną (*freedom or liberty*)⁷. Kiedy omawia

Cambridge 1983; Ch. Megone, *One Concept of Liberty*, „Political Studies” nr 35, 1987; J. Narveson, *The Libertarian Ideal*, Philadelphia 1988; Ch. Swanton, *Freedom: A Coherence Theory*, Indianapolis 1992; I. Carter, *A Measure of Freedom*, Oxford 1999; A. Swift, *Wprowadzenie do filozofii politycznej*, przekł. A. Krzynówek, Kraków 2010, s. 58-95.

2 Zob. G. MacCallum, *Negative and Positive...*, op. cit., s. 174-193.

3 Ibidem, s. 176.

4 Bardzo mocno ten pogląd wyrażony jest w: J. P. Day, *Individual Liberty...*, op. cit., s. 18; A. Swift, *Wprowadzenie do...*, op. cit., s. 59 i n.

5 Zob. Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, [w:] *Liberty*, red. H. Hardy, London 2002, s. 166-218. Wydanie to zawiera wartościowy przegląd krytyk tego eseju Berlina. Zob. I. Harris, *Berlin and his Critics*, [w:] *Liberty...*, op. cit. s. 349-366.

* Skinner ma tu na myśli wydanie anglojęzyczne tekstu Berlina. *Liberty*, red. H. Hardy, London 2002 (przyp. tłum.)

6 A. Swift, *Wprowadzenie do...*, op. cit., s. 58.

7 Mimo, że terminy odnoszące się do wolności: *liberty*, *freedom* nie są w sposób oczywisty równoznaczne, Berlin uznał, że dla jego celów mogą stanowić one synonimy. Michael Ignatieff zrecznie wyłapał przejęzyczenie Berlina utrwalone na taśmie, gdzie mówi on, że tytuł jego wykładu to *Dwie koncepcje wolności* (*Two Concepts of Freedom – no... of Liberty* – przyp.

on wolność negatywną, prezentuje stanowisko, które zdaniem MacCalluma i wielu jego kontynuatorów bardzo przypomina analizę, której trzeba by poddać każde twierdzenie odnośnie do wolności, jeśli ma być ono zrozumiałe. By zobaczyć, co może wniesić do dyskusji sam Berlin, musimy przyjrzeć się temu, co opisuje on jako wolność pozytywną.

Podjęta przez Berlina próba wyznaczenia tych dwóch odrębnych pojęć jest naznaczona przez kilka nieudanych początków. Rozpoczyna on od sugestii, że wolność negatywna jest wolnością od przymusu, podczas gdy wolność pozytywna jest wolnością życia w określony sposób⁸. Jednak ta dystynkcja nie przybliżyła dwóch różnych koncepcji wolności, choćby dlatego, że wszystkie przypadki wolności negatywnej są jednocześnie przypadkami, w których jednostka jest wolna od przymusu, a tym samym ma wolność postępowania w sposób przez siebie wybrany (Gdybym zagwarantował, że nikt nie ma zakazu opuszczenia tego wykładu, jeśli nie jest z niego zadowolony, to równie dobrze mógłbym zapewnić, że każdy ma wolność wyjścia)⁹. Następnie Berlin sugeruje, że pozytywne znaczenie tego pojęcia odnosi się do idei bycia panem siebie, jako opozycji do działania pod wpływem sił zewnętrznych¹⁰. W ten sposób jednak również nie da się wyodrębnić pojęcia wolności pozytywnej, bowiem sytuacja, w której jestem wolny i mogę działać bez bycia powstrzymanym przez zewnętrzne siły – wedle samego Berlina – dotyczy osoby, która jest wolna w potocznym, negatywnym znaczeniu tego pojęcia.

Szybko okazuje się jednak, że podstawowym zagadnieniem dla Berlina nie jest idea bycia samemu sobie panem. Jest on raczej zainteresowany innym pojęciem (choć czasem traktuje je łącznie) – panowania nad sobą. Kiedy po raz pierwszy odnosi się do tej kwestii, używa jej w odniesieniu do myśli znanej jednako uczniom Platona i Freuda, że przeszkoda w możliwości wolnego działania może mieć charakter raczej wewnętrzny niż zewnętrzny i jeśli chce się działać w sposób autonomiczny należy wyzwolić się od tych psychologicznych ograniczeń¹¹. Jednak i to nie oddaje odrębności koncepcji wolności pozytywnej. Przez chwilę pojęcie przeszkody wewnętrznej rozciąga zakres tego, co można uznać za przymus, ciągle jednak mówimy o tym, że warunkiem wolnego działania jest pozbycie się elementu przymusu, zatem mówimy ciągle o idei wolności negatywnej.

Zasadnicze twierdzenie, które Berlin chciałby poczynić na temat bycia panem samego siebie jest inne i wydaje się bardziej przekonujące. Zakłada on, że zgodnie z tym, co twierdzili badacze pragnący znaleźć pozytywną część idei

tłum.) M. Ignatieff, *Isaiah Berlin. A Life*, London 1998, s. 222. Podążam śladami Berlina i również używam tych określeń synonimicznie.

8 I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] idem, *Cztery eseje o wolności*, przeł. D. Grinberg, Poznań 2000, s. 197.

9 Tu różni się od Graya, który bierze stronę Berlina przeciw MacCallumowi w założeniu, że pojęcie wolności może odnosić się czasem wyłącznie do dwuczłonowych relacji. J. Gray, *On Negative and Positive Liberty*, [w:] *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, red. Z. Pełczyński, J. Gray, London, s. 326 (co powtarza też w: *Isaiah Berlin*, London 1995, s. 18).

10 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 197.

11 Tradycyjnie ten argument przyjmował formę twierdzenia, że nasze namiętności nas zniewalają. Na temat metafor związanych z oddziaływaniem tych namiętności zob. S. James, *Passion and Action: The Emotions in Seventeenth-Century Philosophy*, Oxford 1997, s. 11-14.

wolności, wolność podmiotu zawiera się w zdolności jak najbardziej pełnego urzędywania siebie. W ten sposób wolność nie zrównuje się z byciem panem samego siebie, ale raczej z możliwością samorealizacji, nade wszystko zaś z samodoskonalością, z ideą – jak wyraża ją sam Berlin – tego, co we mnie najlepsze¹². Podsumowuje on, że pojęcie pozytywne „niezależnie od tego, co jest prawdziwym celem człowieka (...) jest tożsame z jego wolnością”¹³.

Jeśli istniał filozof, którego mógł mieć na myśli Berlin pisząc o tej definicji, moim zdaniem musiał być to Bernard Bosanquet¹⁴. W *The Philosophical Theory of State*, opublikowanej po raz pierwszy w roku 1889, mówi on wprost o „idei negatywnej”¹⁵, byciu „wolnym od przymusu”¹⁶. Ten jurystyczny koncept – jak go nazywa – przeciwstawia temu, co opisuje jako „pełniejsze”, „pozytywne” rozumienie tego pojęcia¹⁷. Ponadto, Bosanquet przechodzi do opisanego ideału negatywnego jako wolności od naruszania i zestawia ją z pozytywną wizją „prawdziwej”, „idealnej” jaźni, której aktywność jest jednoznaczna z wolnością. Berlin właściwie słowo w słowo powtarza tę frazeologię¹⁸.

Analizy Bosanqueta kryją w sobie ogromny wpływ T. H. Greena¹⁹. W rozdziale, który tu przytoczyłem, Bosanquet stwierdza, że czyni „wielki użytek” z analizy wolności przedstawionej przez Greena w książce *Principles of Political Obligation*, która ukazała się w roku 1886. Green nie mówi w niej wprost o wolności „pozytywnej” (choć czyni tak w innych tekstach)²⁰, jednak – w porównaniu z Bosanquetem – przeprowadza znacznie bardziej subtelną i szczegółową analizę tego, co może znaczyć dodanie pozytywnego komponentu do tego pojęcia. „Prawdziwa wolność” – wedle Greena – „zawiera się w człowieku, który znalazł swój cel”²¹. Zatem osiągnięcie wolności to tyle, co osiągnięcie „harmonii z prawdziwym prawem jednostkowego życia”²². Mówiąc o wolności człowieka, mówimy o „stanie, w którym wie on już kim

12 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 198.

13 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 199. Por. „Wolność była identyfikowana [...] ze spełnieniem prawdziwego siebie” (*Liberty*, red. H. Hardy..., op. cit., s. 32). Poprzez to nieporozumienie idea bycia panem siebie zakładała, że można ją zrównać z ideą wewnętrznych ograniczeń nakładanych wolności. Por. I. Carter, *A Measure...*, op. cit., s. 148.

14 Mimo że Berlin wspomina pozytywną teorię wolności Hegla, dokładniej odnosi się do brytyjskich idealistów, wyróżniając Greena oraz Bradleya i Bosanqueta. I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 214, 216 i n.

15 B. Bosanquet, *The Philosophical Theory of the State*, London 1910, s. 124.

16 Ibidem, s. 134.

17 Ibidem, s. 136.

18 Zob. ibidem, s. 125, 127, 141. Por. I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 198 i n., 224 i n.

19 P. Nicholson, *The Political Philosophy of the British Idealists: Selected Studies*, Cambridge 1990, s. 199. Przekonuje on – wbrew Hobhouse’owi – że Bosanquet kopiuje pomysły Greena, bardzo nieznacznie je modyfikując i rozszerzając.

20 Zob. np. T. H. Green, *Isaiah Berlin*, London 1995, s. 21; także omówienie w: J. Roberts, *T. H. Green*, [w:] *Conceptions of Liberty...*, op. cit., s. 251-252.

21 T. H. Green, *On the Different senses of „Freedom” as Applied to Will and to the Moral Progress of Man*, [w:] *Lectures on the Principles of Political Obligation and Other Writings*, red. P. Harris, J. Morrow, 1986, s. 228-229.

22 Ibidem, s. 240.

jest”²³. Wolność, ujmując rzecz wprost, jest nazwą stanu ostatecznego. Jak konkluduje Green: „w jakimś sensie jest ona celem moralnego dążenia”²⁴.

Trudno uchwycić dziś jak niepokojąca wydawała się ta analiza wielu angielskim filozofom polityki czy moralności, piszących po pierwszej wojnie światowej. Na przykład Leonard T. Hobhouse, którego krytyka Hegła, Greena czy Bosanqueta ukazała się w roku 1918, posunęła się nawet do deklaracji, że w „ostrzale Londynu” ujrzał on „wyraźny i namacalny efekt fałszywej i nikczemnej doktryny”²⁵. Każdemu z pokolenia Berlina te lęki odnośnie do filozofii Hegła wydawały się jednak wybitnie kąśliwe. Wystarczy przywołać lżący i tendencyjny atak na Hegła, którego dokonał Karl Popper w dziele *Spółczeństwo otwarte i jego wrogowie*²⁶. Jestem przekonany, że Berlin pisząc nieco ponad dekadę później własne analizy wolności pozytywnej, ujął wiele spośród tych lęków, które rzekomo mogą z niej wynikać.

Nie chciałbym jednak skupić się na wątku historycznym. Odwołuję się do Greena i Bosanqueta, aby nadać większe znaczenie temu, co moim zdaniem, stanowi najważniejszy argument Berlina. Każdy, kto rozważa ich sposób rozumowania, dostrzeżę, że Berlin słusznie obstawał przy tym, że istnieje spójne pojęcie wolności całkowicie różne od negatywnej idei braku przymusu. Jak podsumowuje dość wzniosłe: „Nie są to dwie różne interpretacje jednego pojęcie, ale dwie głęboko rozbieżne i nie dające się pogodzić postawy wobec celów życia”²⁷.

Berlin z powodzeniem mógł pociągnąć ten zasadniczy argument znacznie dalej. We Wstępie do *Czterech esejów o wolności* zaskakuje mnie jedna rzecz – jego odpowiedź krytykom, mówiąca, że on sam nie przywołuje nigdzie neoheglowskiego rozumienia wolności, gdy odnosi się do poglądu MacCalluma, twierdzącego, że wszelkie zrozumiałe wypowiedzi o wolności muszą zderzyć się z takim samym schematem triady. Berlin w tej kwestii czyni jedynie sugestię – którą określiłem już tu jako mylącą – że niektóre argumenty na temat wolności negatywnej odzwierciedlają znacznie prostszą strukturę dwuelementową, odsłaniając pragnienie bycia wolnym od pewnej dozy przymusu, ale bez jakiegokolwiek większego pragnienia, by móc działać w określony sposób. Moim zdaniem Berlin powinien był odpowiedzieć inaczej: że pozytywna koncepcja wolności, którą słusznie wyróżnia, nie może służyć jedynie wpasowaniu się w strukturę triady, przy której obstawał MacCallum i jego następcy²⁸. Sednem argumentacji Bosanqueta – a bardziej nawet samego Greena – jest to, że wolność człowieka zawiera się w umiejętności realizowania samych siebie. Nie znaczy to jednak, jak wynikałoby to z analiz MacCalluma, że chodzi o stan,

23 Ibidem, s. 241.

24 Ibidem, s. 242.

25 L. T. Hobhouse, *The Metaphysical Theory of the State: A Criticism*, London 1918, s. 6. O poglądach Hobhouse’a na Greena i Bosanqueta zob. S. Collini, *Liberalism and Sociology: L. T. Hobhouse and Political Argument in England 1880-1914*, Cambridge 1979, s. 66, 142-143; R. Bellamy, *Liberalism and Modern Society: A Historical Argument*, Philadelphia 1992, s. 9-57.

26 K. R. Popper, *Spółczeństwo otwarte i jego wrogowie* t. II, przeł. H. Krahełska, W. Jedlicki, Warszawa 2006, s. 35-101.

27 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 233.

28 Argument ten zawdzięczam: T. Baldwin, *MacCallum and the Two Concepts of Freedom*, „Ratio” nr 26, 1984, s. 125-142.

w którym podmiot ma wolność działania w określony sposób czy stania się kimś. Jest to stan, w którym ktoś został już kimś. A zatem wolności nie rozumie się tu jako braku przymusu obwarowującego działanie, ale jako wzorzec działania pewnego konkretnego typu²⁹.

Argumentację Berlina da się poprowadzić krok dalej, jeśli wskażemy, że u podstaw tych teorii wolności pozytywnej leży przekonanie, że natura ludzka ma istotę i że jesteśmy wolni wtedy i tylko wtedy, gdy zdołamy urzeczywistnić tę istotę w nas samych³⁰. To pozwala nam dostrzec, że może być tak wiele różnych interpretacji wolności pozytywnej, jak wiele jest różnych poglądów na moralny charakter ludzkości. Załóżmy, że ktoś akceptuje chrześcijański pogląd, że istotą naszej natury jest religijność, a zatem, że możemy osiągnąć najwyższy cel wyłącznie wtedy, jeśli poświęcamy nasze życie Bogu. Wówczas wierzylibyśmy – używając słów Thomasa Cranmera – że służba Bogu, to „wolność doskonała”. Albo przyjmijmy roboczo tezę Arystotelesa, że człowiek jest zwierzęciem politycznym, którą Hannah Arendt powtórzyła w pracy *Między czasem minionym a przyszłym*³¹. Wówczas wierzylibyśmy, jak mówi Arendt, że „wolność [...] zbiega się z polityką”, „pojawienie się wolności [...] zbiega się z faktycznym dokonywaniem czynu”³². Dokładniej zaś – jak dodaje Charles Taylor – „wolność, przynajmniej w części, leży w kolektywnej kontroli nad wspólnym życiem”, gdyż kontrola ta jest aktywnością, w której sama istota naszego człowieczeństwa realizuje się najpełniej³³.

Widząc to zrównanie wolności z różnymi formami życia, należy zapytać jak MacCallum i jego kontynuatorzy chcieliby ocalić swą teorię, która zakłada, że wszelkie zrozumiałe twierdzenia na temat wolności, muszą być twierdzeniami o braku przymusu? Moim zdaniem jedyną możliwą linią obrony jest wskazanie, że argumenty Greena i Bosanqueta, które przytoczyłem nie są zrozumiałymi twierdzeniami na temat wolności, że są one albo zagmatwane, albo dotyczą czegoś innego. Jak doskonale punktuje Berlin, nietrudno przecież dostrzec, jak neohegliści konstruowali

- 29 Najbardziej jasno swoje stanowisko w kwestii tej dystynkcji wyraża Berlin we wstępie do poprawionej edycji *Dwóch koncepcji*. Mówi on o wolności negatywnej jako „sposobności działania” w kontraście do pozytywnej, która jest „samym działaniem”. Zob. I. Berlin, *Wstęp*, przeł. D. Lachowska, [w:] idem, *Cztery eseje o wolności*, Poznań 2000, s. 41. Por. R. Geuss (*Freedom as an Ideal*, „Proceedings of the Aristotelian Society”, supp. vol. 69, 1995, s. 87-100) rozróżnia dwa różne rozumienia wolności jako samorealizacji: (1) Jestem wolny do tego stopnia, do jakiego moje działania najlepiej służą moim zamiarom; (2) Jestem wolny do tego stopnia, do jakiego odnajduję siebie w podejmowanych przeze mnie działaniach. Zdaniem Geussa (2) jest bardzo trudny do zrozumienia, ponieważ Berlin ogranicza się tylko do (1).
- 30 Kwestię tę dobitnie wyraził Charles Taylor. Ch. Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty*, [w:] *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, red. Al. Ryan, Oxford 1979, s. 180-183.
- 31 Jeżeli chodzi o analizę stanowiska Arendt, które zakłada, że obywatelstwo jest wolnością zob. R. Beiner, *Action, Nationality and Citizenship: Hannah Arendt's Concept of Freedom*, [w:] *Conceptions of Liberty...*, op. cit., s. 349-375.
- 32 H. Arendt, *Co to jest wolność*, [w:] eadem, *Między czasem minionym a przyszłym*, przeł. M. Godyń, W. Madej, Warszawa 2011, s. 182, 187.
- 33 Ch. Taylor, *What's Wrong with Negative Liberty...*, op. cit., s. 175. Na temat Taylora jako krytyka Berlina zob. J.-F. Spitz, *La liberté politique: Essai de généalogie conceptuelle*, Paris 1995, s. 106-121.

swoją tezę, nie popadając w spójność jako tezę na temat ludzkiej wolności³⁴. Twierdzenie, które rozwijają, mówi, że wyłącznie wtedy, gdy podążamy drogą życia, która daje największe spełnienia, pokonamy ograniczenia i przeszkody uniemożliwiające realizację pełnego potencjału, a tym samym realizacji ideału nas samych. Takie życie samo w sobie uwalnia nas od ograniczeń i – sprawiając, że jesteśmy w pełni sobą – czynią nas wolnymi. Wolność polega na tym, by wieść życie, w którym z chwilą gdy odrzucimy wszystkie namiętności, ostatecznie osiągamy harmonię z naszą naturą.

Nie potwierdzam prawdziwości tych twierdzeń, a jedynie ich zrozumiałość. Właściwie zgadzam się z Berlinem, że są różne cele, które możemy równie dobrze realizować. Berlin przypuszczalnie przesadnie obawiał się autorytarnych implikacji odrzucenia tego zobowiązania³⁵, jednak zgadzam się z nim również, gdy twierdzi on, że ci, dla których natura ludzka ma istotę, a tym samym utrzymują, że jest tylko jeden cel, któremu wszyscy powinniśmy się poświęcić, tyranizują, a przynajmniej podkreślają swą wyższość nad tymi, którzy mają bardziej pluralistyczne zapatrywania. Sądzę, że nie ma potrzeby bym zagłębiał się w wątki autobiograficzne. Wystarczy mi, podobnie jak wystarczało Berlinowi, wykazanie spójności analizy neohegłowskiej. Jest to wystarczające, aby odrzucić dominujący pogląd, że jest tylko jedno pojęcie wolności.

II

Jak sugeruje to tytuł niniejszego eseju zasadniczym problemem Berlina jest zestawienie pozytywnego ideału wolności jako samodoskonalenia z tym, co opisuje on jako wolność negatywną. Jak widzimy, przez wolność negatywną rozumie on brak przymusu i sądzi, że niezbędna jest specyficzna interpretacja tego, czym jest przymus. Zawiera się on wedle niego w jakimś akcie zakłócenia przez zewnętrzną siłę i w zdolności innego podmiotu do narzucenia „możliwych wyborów i działań”³⁶. Te bariery czy przeszkody nie muszą być intencjonalne; Berlin dopuszcza, że mogą być rezultatem (jako przeciwne do celowych) działań innych. Jednak jego fundamentalna teoria to ta, która mówi, że ów brak, będący wyznacznikiem wolności, musi zawsze być brakiem wtrącania. Jak sam to ujmuję w najbardziej jasnym podsumowaniu: „Kryterium ucisku stanowi moją subiektywną ocenę roli, jaką grają, pośrednio lub bezpośrednio inni ludzie w udaremnianiu, celowym lub bezwiednym, moich zamierzeń. Bycie wolnym oznacza w tym sensie, że nikt nie wtrąca się w moje sprawy. Im większy jest obszar tego niewtrącania, tym większa jest moja wolność”³⁷.

34 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 197-201.

35 Przekonywujące argumenty w tym stylu zob. L. J. Macfarlane, *On Two Concepts of Liberty*, „Political Studies” nr 14, 1996, s. 77-81; A. Swift, *Wprowadzenie do...*, op. cit., s. 83-92.

36 I. Berlin, *Wstęp*, [w:] idem, *Cztery eseje...* op. cit., s. 38. To jego ostatecznie i chyba najczęściej rozważana definicja. J. Gray *Isaiah...*, op. cit., s. 15-16 kładzie szczególny nacisk na to, że wedle takiego stanowiska podmiot, który miałby mieć wolność, to zawsze ktoś, kogo wybory pomiędzy różnymi opcjami są niezakłócone przez innych. To zaś pozwala Greyowi połączyć analizy Berlina z Benna i Winsteina, którzy także traktowali wolność jako brak ograniczeń wolnego wyboru, przez kontrast z węższą ideą możliwości wyboru pomiędzy alternatywami. Zob. S. I. Benn, W. L. Weinstein, *Being Free to Act and Being a Free Man*, „Mind” nr 80, 1971, s. 194-211.

37 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 188-189.

Mimo iż jest to znajoma wizja ludzkiej wolności, nie jest łatwo ująć ją precyzyjnie; warto też odnotować, że twierdzenie Berlina stanowi wartościowe określenie, często pomijane przez bardziej współczesne stanowiska³⁸. Berlin dodaje, że jestem zniewolony, jeśli „inni uniemożliwiają mi zrobienie czegoś, na co miałbym ochotę”³⁹. Mogę być spętany fizycznie w taki sposób, że nie będę mógł działać o własnych siłach. Mogę też być poddany do tego stopnia zniewolenia, że działanie będzie wymuszone, czy też – mówiąc językiem Jeremiego Benthamy – inteligibilne. Jednak w każdym przypadku utrata wolności wywodzi się – jak ujmuje to Berlin – z „rozmyślnego wtrącania się innych ludzi w sferę mojego działania”⁴⁰.

Nie podzielam całości rozumowania Berlina, bo nie widzę powodu, dla którego pozbawienie władzy musi być wynikiem działania właśnie ludzi. Jeśli zamieć śnieżna uniemożliwiłaby mi przybycie na ten wykład, pasowałoby to świetnie do podstawowego rozumienia wolności Berlina jako braku przeszkód, a moja wolność zostałaby ograniczona⁴¹. Jednak to drobnostka. Moim zdaniem szczególnie wartościowe w Berlinowym rozumieniu tego zagadnienia jest jego akcentowanie tego, że brak wolności musi być kategorialnie odróżnialny od braku możliwości, a właściwy sposób oznaczenia tej różnicy polega na wskazaniu, że brak wolności, to jedynie sytuacja, w której działanie będące w zasięgu naszych możliwości stało się niemożliwe, albo nieodpowiednie.

Sposób w jaki Berlin wyraża tę dystynkcję mocno przypomina analizę wolnego działania podjętą przez Hobbesa w *Lewiatanie* (1651). Hobbes porównuje kłopotliwe położenie dwojga ludzi, którzy nie mogą opuścić pokoju. Jeden jest władny wyjść, ale „otoczony murami lub ujęty w łańcuchy”, drugi bezpośrednio pozbawiony jest tej zdolności, gdyż „przywiązany jest do łóżka chorobą”⁴². Wedle Hobbesa pierwszy z nich nie ma wolności opuszczenia pomieszczenia, zaś ten drugi nie jest ani wolny, ani zniewolony, po prostu nie jest zdolny do wyjścia. Jego zdaniem jest tak dlatego, że idea wolnego działania zakłada ideę wyboru pomiędzy alternatywami⁴³, a nie ma przecież sensu rozważać, czy podjąć działanie, czy nie, jeśli z góry wiemy, że przekracza ono nasze możliwości. Zatem tak Hobbes definiuje wolność: „człowiek wolny” to „ten, któremu w tych rzeczach, jakie przy swojej sile i swoim dowcipie jest on zdolny czynić, nic nie przeszkadza, by uczynił to, co ma wolę czynić”⁴⁴.

38 Przypisy do niektórych z tych opozycyjnych stanowisk zob. poniżej przypisy nr 45 i 46.

39 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 187.

40 Ibidem, s. 188.

41 T. Hobbes, *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 2005, s. 295 i n. Hobbes pokazuje swoje oddanie, twierdząc, że nie ma różnicy między ciałem człowieka, który jest uwięziony, a „ciałem” wody „ujętej przez brzegi” – nie mają one swobody. Najnowsze uwagi na ten temat por. W. A. Parent, *Some Recent Work on the Concept of Liberty*, „American Philosophical Quarterly” nr 11, 1974, s. 149. Stąd czerpię przykład uwięzienia przez zamieć śnieżną.

42 T. Hobbes, *Lewiatan...*, op. cit., s. 295 i n.

43 Ibidem, s. 138 i n. Ten pogląd Hobbesa świetnie widać w: Ch. Swanton, *Freedom...*, op. cit., s. 58-60, 91-95. Z kolei w: S. I. Benn, W. L. Weinstein..., op. cit., znajduje się obrona mocnej wersji tej wizji; autorzy twierdzą, że mówienie, że podmiot ma wolność realizacji określonej opcji ma sens, tylko wtedy sama opcja jest możliwym przedmiotem racjonalnego wyboru.

44 Ibidem, s. 296.

Zestawmy takie rozumienie wolności z poglądem przeważającym obecnie, mówiącym, iż należy rozróżnić formalną i faktyczną wolność negatywną. Jeden z podawanych przez Berlina przykładów na różnicę między brakiem wolności a niezdolnością w przypadku człowieka, który nie może czytać, gdyż jest niewidomy. Jeśli zastosujemy rozróżnienie pomiędzy wolnością formalną a faktyczną, musimy stwierdzić, że ślepiec formalnie jest wolny i może czytać, gdyż nikt nie przeszkadza mu w podjęciu tego działania⁴⁵. Jednak faktycznie nie jest on wolny, gdyż nie może zrobić żadnego użytku ze swojej formalnej wolności⁴⁶.

Dość Hobbesowskie podejście Berlina pozwala nam dostrzec, że tego typu analiza skutkuje w najlepszym razie nieporozumieniem, a w najgorszym jest kpiną z wolności. Należy podnieść dwie sprzeczne ze sobą kwestie. Jedna, że zdaniem Berlina niewidomy nie jest ani formalnie, ani rzeczywiście wolny w kwestii czytania. Jak podkreśla Berlin, wolny jestem tylko wtedy, gdy mogę korzystać ze swych możliwości wybieranych bez żadnych zakłóceń. Jednak cały kłopot ślepca polega na tym, że bez względu na okoliczności jest on niezdolny do korzystania z możliwości czytania. Przeciwnie zatem, w kwestii czytania taki człowiek nie jest zniewolony ani pod względem formalnym, ani faktycznym. Zniewolenie oznacza być niezdolnym do korzystania z możliwości, jakie się posiada; ślepiec nie został ich pozbawiony, po prostu brak mu niezbędnych zdolności w tym kierunku.

Mimo iż analiza Berlina dotycząca zagadnienia negatywnej wolności jest wyjątkowo wnikliwa i wartościowa, moim zdaniem z powodu swego ograniczonego zakresu ma ona pewne niedostatki. Tę słabość dzieli ona z niemal każdą z ostatnich teorii wolności negatywnej, którą poznałem. A skoro tak, natura tych słabości zasługuje, wedle mnie, na zidentyfikowanie i wyjaśnienie. Tej kwestii poświęcę resztę swoich uwag.

Gdy Berlin po raz pierwszy wprowadza swoją wizję wolności negatywnej, słusznie zauważa, że „to właśnie mieli na myśli klasycy angielskiej myśli politycznej”

45 Jeżeli chodzi o dokładnie takie analizy, twierdzące, że osoba, która jest kaleką jest mimo to wolna i może tańczyć zob. B. Gert, *Coercion and Freedom*, [w:] *Coercion*, red. R. J. Pennock, J. W. Chapman, Chicago 1972, s. 30-48. Por. też F. Oppenheim, *Political Concepts: A Reconstruction*, Oxford 1981, s. 82-88; W. von Leyden, *Hobbes and Locke: The Politics of Freedom and Obligation*, London 1982, s. 11: „Jeśli wewnętrzne przeszkody (takie jak paraliz) nie pozwalają wolnemu człowiekowi chodzić, ma on ciągle wolność chodzenia [...] w takich przypadkach możemy mówić, że człowiek ma wolność chodzenia, ale nie może jej wykonywać z powodu braku możliwości”. Oppenheim (ibidem, s. 83, 85, 87) twierdzi, że mieliśmy wolność latania do Atlanty zanim wynaleziono samolot; nikt nas nie powstrzymywał.

46 Zob. P. van Parijs, *Real Freedom for All*, Oxford 1995; A. Swift, *Wprowadzenie do...*, op. cit., s. 61-66; P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 76 i przypis. Wygląda na to, że Sen w swoim klasycznym omówieniu wolności i rozwoju przyznaje, że brak możliwości jest brakiem wolności. Por. A. Sen, *Rozwój i wolność*, przeł. J. Łoziński, Poznań 2002, s. 29, 35, 39. Jednak w przypadkach, które rozważa, Sen jest zawsze pełen troski o ludzi, którzy zostali pozbawieni władzy przez dane podmioty. A moralna siła jego argumentów wynika z jego stanowiska na temat tego, jak można przydać wolności poprzez przydanie im władzy. Co więcej, jednym z jego największych osiągnięć było wskazanie, że nawet gdy wydaje się jasne, że pewni ludzie pozbawieni są możliwości, po bliższej analizie zazwyczaj okazuje się, że ów brak wynika z niezdrowienia warunków, które można by bardzo łatwo uzdrowić.

mówiąc o wolności i odnosi się on właśnie do Hobbesowskiej definicji z *Lewiatana*⁴⁷. Jednak Berlin pomija gorąco polemiczny charakter analiz Hobbesa. Gdy Hobbes pisze, co po nim powtarza Berlin, że nasza wolność to nic więcej niż „brak zewnętrznych przeszkód” w egzekwowaniu swojej władzy⁴⁸, próbuje jednocześnie zdyskredytować i zastąpić inną, bardzo różną teorią wolności negatywnej. Ta konkurencyjna teoria zyskała rozgłos w angielskiej debacie publicznej wczesnych dekad siedemnastego wieku; Hobbesowi wydawała się wyjątkowo niebezpieczna a także beznadziejnie pogmatwana.

Najlepiej pokazać doniosłość krytyki Hobbesa, odpowiadając na pytanie, które stawia Berlin we wstępie do poprawionego wydania *Dwóch koncepcji wolności*. Pyta on, kiedy wprost sformułowano ideę wolności jako wyłącznie brak zakłóceń i co sprawiło, że obecnie stała się hegemoniczna⁴⁹? Powiedziałbym, że przed *Lewiatanem* niezwykle trudno znaleźć jakiegokolwiek bezpośrednie sformułowanie takiej teorii, zaś to, co skłoniło Hobbesa, by to zrobić, wynikało z potrzeby odpowiedzi demokratycznym dżentelmenom (*Democratical Gentlemen*)⁵⁰, jak nazywał tych, którzy rozwijali przeróżne teorie, wspierające Parlament w powstaniu przeciwko koronie i próbowały legitymizować egzekucję Karola I.

Ostatecznie wygrała antyrewolucyjna postawa Hobbesa. Berlin wylicza, że argumenty Hobbesa zostały podjęte przez Davida Hume'a, Jeremiego Benthama, do pewnego stopnia przez Johna Stuarta Milla, a jeszcze bardziej (mógłby dodać Berlin) przez Henry'ego Sidgwicka⁵¹. Ta wielka tradycja klasycznego utilitaryzmu okazała się całkiem skutecznie zawładnąć pewną przestrzeń refleksji, tym samym odprawiając wszelkie konkurencyjne interpretacje wolności jako szkodliwe lub mylące. Wskutek tego głębokiego i trwałego sukcesu ideologicznego alternatywne wizje wolności negatywnej, które Hobbes zamierzał zdyskredytować, właściwie zniknęły z pola widzenia.

Jak już wskazałem, kwestionowana teoria stała się częścią arsenału w dyskusjach między Parlamentem a koroną w początkowych dekadach siedemnastego wieku. Krytycy królewskich prerogatyw zaczęli argumentować, że w takim stopniu, w jakim byli zobligowani do życia pod władzą króla, a w konsekwencji również do polegania na jego dobrej woli w kwestii ich uprawnień i wolności, tak naprawdę żyli w stanie poddaństwa. Innymi słowy obstawali, że wolność ograniczana jest nie tylko przez rzeczywiste zakłócenia albo zagrożenie, ale także za sprawą zdawania sobie sprawy z tego, że ludzie żyją w zależności od woli innych⁵². Pisarze ci nie

47 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 189 i przypis.

48 T. Hobbes, *Lewiatan...* op. cit., s. 211, 295. Teorię wolności Hobbesa omówiłem szerzej w: Q. Skinner, *Visions of Politics*, t. III, *Politics and Ideology in England 1603-1640*, London 2002, s. 209-237.

49 I. Berlin, *Wstęp...*, op. cit., s. 38.

50 T. Hobbes, *Behemot or The Long Parliament*, red. F. Tönnies, London 1969, s. 26.

51 H. Sidgwick, *The Elements of Politics*, London 1897, s. 45-47. Odnosi się on do Hobbesa i kontynuuje jego argumentacją ze szczególną dokładnością. Jest oczywiste jednak, że pełne zbadanie tej tradycji intelektualnej wymagałoby wzięcia pod uwagę tego, że wskazani myśliciele używają teorii neohobbesowskich także dla swych własnych, polemicznych celów.

52 Dziękuję Ingmarowi Perssonowi za nakłanianie mnie, bym podkreślił, że nie chodzi wyłącznie o fakt samej zależności, ale także naszej świadomości takiego położenia, co łącznie ogranicza naszą wolność.

mówią wprost, że możliwość takich arbitralnych ograniczeń czyni naszą wolność mniej trwałą czy bezpieczną. Utrzymują, że sama świadomość życia pod tak arbitralną władzą – władzą zdolną do ingerowania w nasze działanie bez respektowania naszych interesów – staje się powodem ograniczenia naszej wolności⁵³. Świadomość, że jesteśmy wolni albo nie tylko dlatego, że ktoś inny zdecydował się nas nie powstrzymywać, degraduje do pozycji poddanego.

Bezpośrednią inspiracją dla tego sposobu myślenia wydają się być liczne średniowieczne pisma prawników angielskich, przede wszystkim zaś Bractona i Littletona. Są to autorytety, które Edward Coke i jego następcy w czasach Parlamentów Stuartów lubowali się przywoływać i cytować z wielką czcią. W ten sposób zdobyli autorytet, którym nie cieszyli się wcześniej, i który ostatecznie utracili. Henry de Bracton w *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (1260) odróżnia w otwierającym rozdziale osoby wolne od niewolników, tych ostatnich definiując, jako „żyjących poddanych dominacji kogoś innego”⁵⁴. Thomas Littleton w piętnastowiecznym traktacie *Un lyver de exposition de parcel de les tenures*⁵⁵, przeprowadza bardzo podobną rozróżnienie pomiędzy ludźmi wolnymi, poddanymi władzy pańszczyźnianej a niewolnikami i powtarza, że niewolnik to ktoś, kogo osoba i własność (jak to ma miejsce w przypadku kogoś pod władzą pańszczyźnianą) są *sub potestate*, we władzy czy łasce innej osoby.

Najbardziej uderzającym elementem tych definicji (mimo że później prawnicy robili wszystko, by ten fakt ignorować) jest to, że swoją frazeologię zawdzięczają one w całości analizom wolności i poddaństwa samego początku *Digesta* prawa rzymskiego. To z nich dowiadujemy się po raz pierwszy, że „najogólniejszy przeto podział prawa dotyczącego osób jest taki, że wszyscy ludzie albo są wolni, albo są niewolnikami”⁵⁶. Następnie czytamy formalną definicję poddaństwa: „Niewolnictwo [*servitus*] jest instytucją prawa narodów, przez którą ktoś wbrew naturze podporządkowany jest władztwu innego”⁵⁷. Powyższa definicja jest zaś potrzebna do uzyskania definicji wolności indywidualnej. Jeśli każdy w stowarzyszeniu obywatelskim jest albo wolny, albo związany, to *civis* czy wolny obywatel musi być kimś, kto nie pozostaje pod władzą kogoś innego, ale jest *sui iuris*, może działać sam w sobie⁵⁸. To oznacza również, że brak statusu wolnego obywatela równoznaczny jest

53 Należy odnotować, że jest to *implicite* definicja arbitralności. Władza jest arbitralna, jeśli osoba ją dzierżąca może bezkarnie wpływać na innych, wyłącznie na podstawie swojego *arbitrium* albo woli, a tym samym bez obowiązku brania pod uwagę interesu podmiotu, na który wpływa.

54 H. de Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, t. II, Cambridge 1968-77, s. 30: „*Qui est servitus. Estquidem servitus [...] qua quis dominio alieno [...] subicitur*”.

55 Jest to tytuł odnaleziony w najdawniejszych odnalezionych manuskryptach. Zob. biblioteka Cambridge University, MS Mm.v. 2, fos. 2-77, at fo. 2r.

56 *Digesta Justyniańskie księga pierwsza*, 1.5.3, przeł. B. Szolc-Nartowski, Warszawa 2007, s. 51.

57 Idem, 1.5.4.1, s. 52.

58 Idem, 1.6.1, s. 59: „Istnieje inny podział osób, stosownie do którego jedne są swojego prawa (*sui iuris*), a inne podlegają prawu innych (*alieni iuris*)”.

z niemożności bycia *sui iuris* i w istocie jest *sub potestate*, pod władzą czy poddaniem woli kogoś innego⁵⁹.

Po pewnym czasie te dystynkcje zostały podsumowane przez Justyniana w *Kodeksie*, na pokolenia stając się wspólnym dziedzictwem rzymskiej teorii politycznej. Zostały one spopularyzowane w szczególności przez wspomniały ciąg historyków: Salustiusza, Liwiusza i Tacyta, którzy śledzili obalenie republikańskiej *civitas libera* i jej upadek w poddaństwo okresu pryncypatu⁶⁰. Nie jest bez znaczenia, że wszystkie ich prace zostały przetłumaczone na angielski po raz pierwszy w generacji bezpośrednio poprzedzającej dysputy między koroną a Parlamentem we wczesnym wieku siedemnastym. *Dzieje i Agrykola* Tacyta w tłumaczeniu Henry'ego Savile'a ukazały się w roku 1591, następnie zaś, w roku 1598, przekład *Roczników i Germanii* Richarda Greenway'a⁶¹. Dwa lata później Philemon Holland wydał potężne folio zawierające wszystkie zachowane fragmenty *Dziejów* Liwiusza⁶², a w roku 1608 Thomas Heywood opublikował swoje tłumaczenie dzieła *Sprzysiężenie Katyliny i wojna z Jugurtą* Salustiusza⁶³.

Gdyby zerknąć do któregośkolwiek z tych autorytetów, można by ponownie zauważyć, że ich zdaniem posiadać wolność to tyle, co nie być poddanym władzy kogoś innego – jak ujmuje to Liwiusz. Na przykład, gdy mówi on o oblężeniu Kollacjan, podkreśla, że mogli oni podejmować decyzje, ponieważ byli „samodzielni”, zatem mieli wolność działać podług swojej woli⁶⁴. Ten sam pogląd wynika nawet bardziej z późniejszych fragmentów, gdzie Liwiusz omawia wysiłki greckich miast, próbujących odbudować dobre relacje z Rzymem. Przystąpienie do takich negocjacji, jak przyznaje jeden z mówców, zakłada posiadanie „wolności”, a więc stanu, w którym ludzie „o własnych trzymają się siłach i niezależni są od cudzej woli”⁶⁵.

Takie właśnie rozumienie wolności politycznej wdrażało wielu z tych, którzy występując w Parlamencie, krytykowali koronę w pierwszych dekadach siedemnastego wieku. Jeden aspekt ich kampanii był oczywiście szeroko omawiany i stanowi kamień węgielny tradycyjnego, wigowskiego uzasadnienia wybuchu angielskiej

59 I. Berlin, *Wstęp...*, op. cit., s. 39. Berlin utrzymuje, że w starożytności nie sformułowano w jasny sposób pojęcia wolności negatywnej. Przypuszczalnie nie istniała koncepcja wolności rozumiana jako brak zakłóceń, ani też koncepcja uprawnienia. Jak pokazuje mój cytat, istniało jednak czytelne (i był to pogląd niezmiernie wpływowy) pojęcie wolności negatywnej jako braku zależności.

60 Ch. Wirszubski, *Liberta as a Political Idea at Rome During the Late Republic and Early Principate*, Cambridge 1968, s. 1-30.

61 P. C. Tacitus, *Dzieje*, [w:] ibidem, *Dzieła*, t. II, Warszawa 1957. Ibidem, *Germania*, [w:] ibidem, *Dzieła...*, op. cit.; ibidem, *Roczniki*, Warszawa 1930; M. Peltonen, *Classical Humanism and Republicanism in English Political Thought 1570-1640*, Cambridge 1995, s. 124-135 o tych tłumaczeniach i ich wpływach.

62 T. Liwiusz, *Dzieje Rzymu od założenia miasta*, t. 1-5, przeł. A. Kościółek, Wrocław 1968-1982. Zob. M. Peltonen, *Classical Humanism...*, op. cit., 135-136 o tłumaczeniu Hollanda.

63 G. S. Krispus, *Sprzysiężenie Katyliny i wojna z Jugurtą*, przeł. K. Kumaniecki, Wrocław 1971.

64 T. Liwiusz, *Dzieje Rzymu od założenia miasta ks. I-V*, przeł. A. Kościółek, Wrocław 1968, s. 50.

65 T. Liwiusz, *Dzieje Rzymu od założenia miasta ks. XXV-XL*, przeł. A. Kościółek, Wrocław 1981, s. 44.

wojny domowej w roku 1642. Wielokrotnie oskarżali rząd, najbardziej demonstracyjnie w Petycji o Prawo (1682), o przymusową ingerencję w wiele zasadniczych uprawnień i wolności. Karol I został oskarżony o to, że nakazał by lud udzielał mu pożyczki, o więzienie, a nawet o dokonywanie egzekucji na poddanych bez podawania przyczyn⁶⁶. Podjęto takie działania, aby ukonstytuować oczywiste naruszenie uprawnień i wolności, skoro zawierały one – używając słów Petycji – ciemnienie wielu poddanych wbrew prawu i koncesjonowanie ich dóbr⁶⁷.

Żadna z wypowiadających się osób, które biorę pod uwagę, nie wątpiła nawet, że te akty opresji podkopują ich wolność jako poddanych. Jak rozumiem, zaprzętał ich bardziej zupełnie inny spór dotyczący relacji pomiędzy ich wolnościami a królewskimi prerogatywami. Kolejne rozwinięte przez nich twierdzenie mówi, że takie akty przemocy są jedynie zewnętrznym przejawem głębszego znieważenia wolności. Leżąca u jego podstaw zasada, której się przeciwstawiają, zakłada, że w razie konieczności władza królewska ma uprawnienie, a tym samym władzę dyskrecyjną, by uwięzić bez procesu i nakładać opłaty bez zgody Parlamentu. Zarzut, jaki wypracowują ci myśliciele brzmi następująco: jeśli korona jest w posiadaniu jakichkolwiek prerogatyw, to znaczy to tyle, że nasze własności i wolności osobiste nie są naszymi uprawnieniami, ale łaską, skoro korona twierdzi, że może je bez żadnej podstawy w każdej chwili odebrać.

To, co trapiło tych dżentelmenów-demokratów to wizja uprawnień, jaka wynikała z przyjęcia takiej koncepcji prerogatywy. Stać na stanowisku, że nasze podstawowe prawa i wolności mogą być bezkarnie odebrane, to utrzymywać, że nie są one prawami, a najdalej są licencjonowane albo mają charakter przywilejów. Skłania ich to by sięgnąć po Bractona – ich rodzimego Liwiusza i Tacyta. Zgoda na to, by nasze prawa i wolności miały charakter dyskrecyjny – ripostują – to akceptować, że jest się poddanym woli króla. Jednak przyznać, że żyje się w stanie takiej zależności, równa się przyznaniu tego, że nie jest się wolnym obywatelem, lecz niewolnikiem. Sama wiedza o tym, że korona posiada taką prerogatywę, podważa wolność i czyni nas poddanym.

Te argumenty były energicznie używane w debatach w roku 1628 na temat prawa uwięzienia bez podania przyczyny. Jak twierdził Edward Littleton, z tej prerogatywy wynika, że „wolność osobista” zależy od królewskiej woli, a zatem jest ona zgodną na „zamach” na najbardziej fundamentalną wolność – „ustanawianą i potwierdzaną w całości przez państwo”⁶⁸. Inny prawnik, Richard Cresheld, utrzymywał, że jeśli przyzna się takie prawo królowi, to „zostaniemy związani”; dodaje również – odnosząc się wprost do definicji niewolnictwa z *Digestów* – że stan ten „jest na pewno sprzeczny i wbrew prawu natury”⁶⁹. W tej samej debacie wystąpił potem Henry Sherfield – również prawnik. Wyodrębnił on osoby wolne, poddane władzy pańszczyźnianej i niewolników. Twierdził, że „jeśli król może uwięzić wolnego

66 *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, red. S. R. Gardiner, Oxford 1906, s. 66-67.

67 *Ibidem*, s. 69.

68 Cambridge University Library MS li.5.32, fos. 218r-221v: *Mr Littletons Argument concerning the personal libertye of the Subject*, mowa wygłoszona 4 kwietnia 1628 r. Cytaty z fos. 218r-v i 221v.

69 *Commons Debates 1628*, t. II, *17 March-19 April 1628*, red. R. C. Johnson, R. M. Jansson, New Haven 1977, s. 149.

człowieka bez przyczyny”, to ów człowiek „jest w gorszym położeniu niż chłop pańszczyźniany”, bo ten ostatni mógł przynajmniej cieszyć się osobistą wolnością, podczas gdy „więzienie bez przyczyny to zwyczajna niewola”⁷⁰. John Eliot wspierał tę wypowiedź mówiąc, że bez „powszechnych praw dla poddanych” nie jesteśmy niczym lepszym niż niewolnikami⁷¹. Debatę podsumował Roger North na koniec sesji, mówiąc, że podstawowym obowiązkiem Parlamentu jest podważenie tych prerogatyw. „Musimy ocalić siebie i innych od niewolnictwa” – dodał⁷².

Przekonanie, że zależność podważa wolność, przywoływano jeszcze częściej w wielu debatach skierowanych przeciwko prerogatywie nakładania opłat bez zgody Parlamentu. Dyskusja ta ma swoją pierwszą ważną odsłonę w sesji z roku 1610. Otworzył ją Thomas Wentworth, deklarując przy tym, że jeśli ta prerogatywa nie zostanie podważona, równie dobrze można nas sprzedać jako niewolników⁷³. Dodał, że jeśli pozwolimy by „rozciągnęła się ona na nasze ziemie i dobra”, zostaniemy zdani „na łaskę” króla⁷⁴. Thomas Hedley w swojej wielkiej przemowie na temat wolności poddanych uznał, że taka prerogatywa składa wolności wolnych poddanych w „ręce absolutnej władzy i rządu innej osoby”⁷⁵. Obaj zgodnie twierdzą, że życie na łasce albo pod władzą innej osoby to tyle, co życie w niewoli. Hedley przypomniał Izbie Gmin, że Ciceron („mimo że poganin, to mądry człowiek”) i Tacyt dokładnie tak widzieli różnicę między wolnością a poddaństwem. Jeśli „odbierze się wolność poddanym w zakresie ich zysku czy mienia, miesza się człowieka wolnego ze spętanym niewolnikiem”⁷⁶.

Ta sama kwestia miała wypłynąć później ze zdwojoną siłą w Parlamencie Karola I. Dudley Digges wrócił do tego argumentu na początku debaty na temat przymusowych pożyczek w roku 1628, mówiąc, że ów król „nie jest wielkim monarchą, który może odebrać co tylko zechce”; każdy król, który „nie trzyma się litery prawa” i rządzi wedle swej arbitralnej woli, nie jest nikim więcej niż „królem niewolników”⁷⁷. Ten sam argument został powtórzony przez Karola I w roku 1630 przy próbie wprowadzenia powszechnego poboru podatku okrętowego. Najbardziej wpływowo atak nastąpił ze strony Henry’ego Parkera, który jawił się jako największy i najbardziej znaczący obrońca sprawy Parlamentu. W czasie przypadającym na obrady Długiego Parlamentu, opublikował w listopadzie 1640 roku traktat *The Case of Shipmony briefly discoursed*⁷⁸. Rozpoczyna go odwołując się do prawa rzymskiego

70 Ibidem, s. 189, 208.

71 *Commons Debates 1628*, t. III, 21 April-27 May 1628, red. R. Johnson, M. Frear et. al., New Haven 1977, s. 6.

72 Ibidem, s. 269.

73 *Proceedings in Parliament 1610*, red. E. Foster, New Haven 1966, s. 83; por. J. Sommerville, *Royalists and Patriots: Politics and Ideology in England 1603-1640*, London 1999, s. 97.

74 *Proceedings in Parliament...*, op. cit., s. 108.

75 Ibidem, s. 196. Analiza przemówienia Hedley’a zob. M. Peltonen, *Classical Humanism...*, op. cit., s. 220-228.

76 *Proceedings in Parliament...*, op. cit., s. 192.

77 *Commons Debates 1628*, t. II, op. cit., s. 66.

78 Po zakres i kontekst, w którym ten fragment się pojawił zob. M. Mendlem, *Henry Parker and the English Civil War: The Political Thought of the Public's „Privado”*, Cambridge 1995, s. 32-50.

w kwestii niewolnictwa. „Gdy sama wola księcia jest prawem” nie możemy oczekiwać „równości czy sprawiedliwości” i „widzimy wszyscy, że niewola taka jest wielka, skoro nie ma żadnych granic nad rozważą Pana”⁷⁹. Parker zatem jasno twierdzi, że samo istnienie takiej władzy sprowadza obywatela do niewolnika. „Wystarczy byśmy my i wszystko, co posiadamy poddane było jego władzy”, gdyż gdzie „wszystko poddane jest dyskrecjonalnej władzy króla, wszelka wolność jest odrzucona”⁸⁰. Mając na względzie te rozważania, Parker odnosi się do podatku okrętowego. Jeśli uznamy, że król ma prawo nakładać tę opłatę, to uznamy, „że od jego niedyskutowalnej woli zależy nakładanie opłat jakich chce i kiedy chce”. Wola ta „czyni nas najpodlejszymi niewolnikami na całym świecie”⁸¹, zupełnie zależnymi od widzimisię króla. Parker pyta retorycznie: jeśli nie mamy innego wyboru niż „zakładać dobrą wolę księcia”, to „czym różni się nasza pozycja od tej najbardziej zniewolonego ze zniewolonych?”⁸².

Był to na tyle poważny atak na podstawy królewskich prerogatyw, że spowodował śmiertelny kryzys w pierwszych miesiącach 1642 roku. Gdy Izba Gmin wysunęła propozycję przejęcia kontroli nad milicją, Karol I wprost wyraził chęć zawetowania takiego rozwiązania, poprzez użycie prerogatywy „głosu negatywnego”. Wówczas Parlament podjął rewolucyjną decyzję i stwierdził, że – przynajmniej w czasach zagrożenia – musi on posiadać uprawnienia legislacyjne nawet przy braku zgody króla. Wielu mówców w trakcie debaty argumentowało, że w innym wypadku mamy do czynienia ze stanem narodowego poddaństwa. Jeśli korona może zablokować jakikolwiek projekt aktu prawnego swoim wetem, to sprowadza Parlament – reprezentujący przecież cały lud Anglii – do stanu całkowitej zależności od woli króla. Jeśli będziemy skazani na życie w takim ustroju, to wolni Anglicy staną się narodem niewolników. W chwili największego napięcia ponownie do głosu doszedł Henry Parker i jego *Observations upon some of his Majesties late Answers and Expresses* (czerwiec 1642)⁸³, uznając tę kwestię za najważniejszy punkt obrony sprawy Parlamentu. Istnienie weta – jego zdaniem – spycha cały naród na pozycję „nieograniczonego regimentu pod władzą królewską i żaden lud pod niebem nie jest niżej od niego”. „Co zostaje, gdy wszystkie nasze prawa, uprawnienia i wolności są poza naszą wolą albo leżą w kieszeni króla?”⁸⁴. Tym uprawnieniem król „daje sobie tak wielkie prawo udziału we władzy ustawodawczej”, że otwiera „drogę do tak wielkich prerogatyw, jakie miał Wielki Sułtan” w Konstantynopolu⁸⁵. Zachowuje on dla siebie władzę „odebrania prawa istnienia Parlamentowi tylko dlatego, że się z nim nie zgadza”⁸⁶. Jeśli jednak zezwolimy królowi, aby był „wyłącznym, nadrzędnym sędzią

79 H. Parker, *The Case of Shipmony briefly discoursed*, [w:] *The Struggle for Sovereignty: Seventeenth-Century English Political Tracts*, t. I, red. J. L. Malcolm, Indianapolis 1999, s. 98.

80 Ibidem, s. 110, 112.

81 Ibidem, s. 108.

82 Ibidem, s. 109.

83 Po zakres i kontekst, w którym ten fragment się pojawił, zob. M. Mendlem, *Henry Parker and...*, op. cit., s. 70-89.

84 H. Parker, *Observations upon some of his Majesties late Answers and Expresses*, [w:] *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution 1638-1647*, t. II, red. W. Haller, New York 1993, s. 175-176.

85 Ibidem, s. 182-183.

86 Ibidem, s. 187.

w tej sprawie, złożymy właściwie wszystko w jego ręce. Nasze życia, wolności, prawa, parlamenty, wszystko będzie w gestii jego woli”, my zaś będziemy skazani na niewolę⁸⁷.

Karol I w *Answer to the XIX Propositions* uskarżał się, że bez prawa weta zostanie zdegradowany z pozycji „króla Anglii” do roli „weneckiego diuka”⁸⁸. Parker odważnie podejmuje tę uwagę i traktuje ją jako środek do zradyzalizowania argumentu o narodowym poddaństwie. „Przyjrzyjmy się Wenecjanom i innym tego typu wolnym narodom” – odpowiada i każe zadać sobie pytanie – dlaczego „są oni tak zazdrośni o swego księcia”. Otóż dlatego, że boją się „żądła monarchii”, która przechodzi (jak ujął to Liwiusz) od władzy monarszej do „zamiłowania do własnej woli i pogardy dla publicznych rad i praw”⁸⁹. Innymi słowy, zazdrość Wenecjan wynika z uznania, że pod władzą prawdziwej monarchii zostaną zredukowani do niewolników. To „wyłącznie ze strachu przed takim spętaniem” wolą wybieralnych diuków niż dziedzicznych królów⁹⁰.

Parker nie był pierwszym, który wyrażał taką opinię na temat weta⁹¹, ale to jego *Observations* zawierają najbardziej pewne stanowisko w tej sprawie i uczyniły bez wątpienia tę neorzymską tezę kwestią kluczową dla retoryki nadchodzącej wojny. Tę samą tezę napotykaemy niemal we wszystkich mowach broniących decyzji Parlamentu, by zbroić się w roku 1642⁹². Regularnie głoszone, że jeśli królowi przyzna się prawo weta „całe królestwo składać się będzie z króla, Parlamentu i niewolników”⁹³. Z tą tezą spotykamy się ponownie w wezwaniach do walki formułowanych przez Parlament w sierpniu 1642 roku, z których dowiadujemy się, że złośliwe stronnictwo doradzające królowi chce obecnie „zniszczyć jego Parlament i dobry lud za pomocą wojny; a przez to przynieść zniszczenie, chaos i wieczyste niewolnictwo dla tej części nędznego królestwa, która przetrwa”⁹⁴. Wreszcie, tezę tę po raz kolejny słyszymy przy końcu wojny, gdy wykorzystano ją dla usprawiedliwienia nie tylko królobójstwa, ale także dla rezygnacji z monarchii jako takiej. Karolowi I zarzucono w trakcie procesu, że próbował „ustanowić i utrzymać w swej osobie nieograniczoną i tyraniczną władzę rządzenia podług swej własnej woli”. Działanie to nie miało na celu jedynie „odrzczenia praw i wolności ludu”, ale „odebranie samych ich podstaw”⁹⁵. Ustawa z marca 1649 roku znosząca urząd króla

87 Ibidem, s. 209-210.

88 Karol I, *Propositions Made By both Houses of Parliament...With his Majesties Answer thereunto*, [w:] *The Struggle for Sovereignty...*, op. cit., s. 167.

89 H. Parker, *Observations upon some...*, op. cit., s. 192.

90 Ibidem.

91 Kwestia ta rysowała się np. w skardze parlamentarnej z 26 maja 1643 r. Zob. *An Exact Collection Of all Remonstrances, Declarations, Votes, Orders, Ordinances, Proclamations, Petitions, Messages, Answers, and other Remarkable Passages betweene... December 1641, and continued untill March the 21, 1643*, red. E. Husbands, T. Warren, R. Best, London 1643, s. 263-264.

92 Q. Skinner, *Visions of Politics*, t. II, *Renaissance Virtues*, Cambridge 2002, s. 338-342.

93 *Reasons why this kingdome ought to adhere to the Parliament*, London 1642, s. 14.

94 *An Exact Collection of all...*, op. cit., s. 509.

95 *The Charge of the Commons of England, Against Charls Stuart, King of England*, London 1649, s. 3-4.

odpowiednio potwierdzała, że monarchia „jest niebezpieczna dla wolności, bezpieczeństwa i publicznego interesu ludu”, dodając też, że w Anglii konsekwencją prerogatywy była „opresja, zubożenie i zniewolenie poddanych”⁹⁶. To właśnie wtedy apoplektyczny Hobbes podniósł swoje pióro⁹⁷.

III

Byłoby niesprawiedliwością wobec Berlina utrzymywać, że nie zauważył on tradycji konceptualizującej ideę negatywnej wolności nie jako wolności od zakłóceń czy braku zależności. Warto podkreślić tę obserwację, choćby z powodu tego, jak z jego książką obchodzili się ci, którzy podjęli się ożywienia tych alternatywnych sposobów myślenia o pojęciu wolności ludzkiej. Zdecydowanie najważniejszym spośród tych autorów jest Philip Pettit, który przedstawił swój punkt widzenia w rozprawie w *Republicanism* (1997), który dopracował w *A Theory of Freedom* (2001)⁹⁸. Jego praca ma niezwykle znaczenie, sam zresztą wiele jej zawdzięczam, jednak nie mogę się zgodzić z jej autorem, kiedy twierdzi, że wynikiem poglądów Berlina jest „utrata z pola widzenia” teorii, która – jego zdaniem – mówi o tym, że wolność negatywna zawiera się w braku dominacji i braku zakłóceń⁹⁹.

To prawda, że Berlinowi niezbyt dobrze wychodzi przedstawienie argumentu o braku dominacji z taką samą precyzją historyczną, z jakiej korzysta w przypadku dwóch koncepcji, które analizuje i że nie wyróżnia on żadnego konkretnego teoretyka ani nurtu, który byłby związany z tym alternatywnym poglądem. Jeśli jednak wziąć pod uwagę, że pisał on w samym szczycie debaty o dekolonizacji, jest mało prawdopodobne by nie zdawał sobie sprawy z tego, że narody, podobnie jak jednostki, często twierdzą, że są w niewoli, gdy poddane są społecznej lub politycznej zależności. Poświęca on wiele uwagi pod koniec swojego eseju temu, co nazywa „poszukiwaniem statusu”¹⁰⁰ i pyta wyraźnie czy nie byłoby „rzeczą naturalną lub pożądaną nazywanie potrzeby uznania i statusu potrzebą wolności w jakimś trzecim znaczeniu”¹⁰¹.

96 *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, red. S. R. Gardiner, Oxford 1906, s. 385.

97 Po szczegółowe dowody wskazujące, że Hobbes zaczął pisać *Lewiatana* w trakcie 1649 roku zob. Q. Skinner, *Visions of Politics*, t. III, *Renaissance...*, op. cit., s. 15-20.

98 Zob. P. Pettit, *Republicanism...*, op. cit.; idem, *A Theory of Freedom: From Psychological to the Politics Agency*, Cambridge 2001. *Republicanism* była pierwszą pełną prezentacją poglądów Pettita, poprzedzoną wieloma ważnymi tekstami. Ich lista dołączona jest do książki: idem, *Republicanism...*, op. cit., s. 315-316.

99 Zob. P. Pettit, *Republicanism...* op. cit., s. 19, 41. Kolejnym problemem kwestią jest to, czy idea wolności jako niedominacji (którą uznaję za mniej lub bardziej równoznaczną brakowi zależności) jest ściśle negatywną koncepcją wolności – Pettit sugeruje (idem, s. 51), że może ona zawierać elementy negatywne oraz pozytywne. Jest to jednak uzależnione od ujęcia wolności pozytywnej jako ideału autonomii, a nie samodoskonalenia. Jak starałem się to wykazać, jestem przekonany, że jest to koncepcja całkowicie negatywna. Zob. Q. Skinner, *Wolność przed liberalizmem*, przeł. A. Czarnecka, Toruń 2013. Więcej wątpliwości por. P. G. Woolcock, *Power, Impartiality and Justice*, Aldershot 1998, s. 47; V. Brown, *Self-government: The Master Trope of Republican Liberty*, „The Monist” nr 84, 2001, s. 60-76.

100 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 221.

101 *Ibidem*, s. 225.

Podnosząc tę kwestię, Berlin z dużą pewnością stwierdza, że nie sposób w sposób koherentny głosić żadnej tego rodzaju trzeciej koncepcji wolności. Jeżeli mówimy o społecznej czy politycznej zależności jako o braku wolności – pisze – to mieszamy wolność z innymi pojęciami w sposób zwodniczy i dezorientujący¹⁰². Zmierzając ku konkluzji, wyraża on swoje najbardziej zasadnicze twierdzenia na temat koncepcji wolności. Upiera się, że nie tylko kwestią koherentnej i negatywnej, ale jakiegokolwiek koncepcji wolności, jest to, że musi ona ucieleśniać – przynajmniej jako minimum – ideę braku zakłóceń. Jeżeli chcemy mówić o ograniczeniach wolności, musimy móc wskazać na kogoś, kto ją ogranicza, na jakieś naruszenie, przeszkodę lub barierę uniemożliwiającą jednostce wykonywanie własnej woli¹⁰³. Jak podsumowuje Berlin, „istotą pojęcia wolności, zarówno w znaczeniu «pozytywnym», jak i «negatywnym», jest trzymanie na dystans czegoś albo kogoś, innych, którzy wkraczają na moje pole»¹⁰⁴.

Odwracając argumentację możemy jeszcze jaśniej unaocznić, naturę tego zagadnienia; możemy zapytać: dlaczego to nie sposób wysuwać koherentnych twierdzeń dotyczących wolności negatywnej? Nie możemy twierdzić, że sama świadomość bycia w stanie społecznej czy politycznej zależności powoduje ograniczenie naszych możliwości a przez to ogranicza naszą wolność. Jeśli mamy mówić o ograniczeniach wolności, musimy być zdolni wskazać na możliwy do wyróżnienia akt ograniczenia, cel albo konsekwencję, które utrudniają lub zakłócają nam wykonywanie naszych władz.

Jest to jednak dokładnie to założenie, które odrzucają autorzy, jakimi się zajmuję. Wyróżniająca ich teza, której tak bronią, mówi, że świadomość pozostawania w zależności od dobrej woli arbitralnego władcy *sama w sobie* wystarczy, aby ograniczyć nasze możliwości, a tym samym naszą wolność¹⁰⁵. W efekcie jesteśmy zmuszeni podejmować lub unikać pewnych wyborów, a przez to na naszą wolność działania nakładane są oczywiste ograniczenia, nawet jeśli nasz władca nigdy nie wpłynie na nie a nawet nie wysunie takiej groźby¹⁰⁶.

Oczywiście autorzy ci koncentrują się na samoograniczeniu jako formie ograniczenia. Przewidują oni, że ci, którzy żyją w relacjach zależności, będą zastanawiali się nad swoim kłopotliwym położeniem i z reguły zdecydują się na sposób

102 Ibidem, s. 221, 225.

103 Ibidem, s. 225.

104 Ibidem.

105 Jeżeli mówimy o zależności jako źródle lub formie zniewolenia, nie należy odwoływać się do sytuacji, w której wiemy, że władca absolutny tak naprawdę nigdy się nie wtrąci. W takiej bowiem sytuacji nie jesteśmy w jakikolwiek sposób ograniczeni. Nie znaczy to jednak, że prawdopodobieństwo wtrącenia musi osiągnąć określony poziom, by uznać, że wolność podlega ograniczeniu. Jeśli jest tego nawet niewielkie prawdopodobieństwo, jesteśmy pod odpowiednią presją, a nasza wolność jest do tego stopnia ograniczona. Tym, którzy lubią wzory można powiedzieć, że nacisk równa się prawdopodobieństwu wtrącenia pomnożonemu przez antycypowany stopień mogącej wynikać z tego krzywdy.

106 J. Gray, *On Negative and Positive...*, op. cit., s. 327. Autor słusznie podkreśla zainteresowanie Berlina „koncepcją wolności społecznej jako posiadania określonego statusu społecznego”; dodaje jednak, że ta koncepcja „wydaje się z trudem, o ile w ogóle, do pogodzenia z analizą triady MacCalluma”. Należy podkreślić, że nie ma problemu z uzyskaniem tej zgody. Wolność, jaką cieszą się obywatele republik, w odróżnieniu od niewolników, oznacza, że obywatele są wolni od ograniczenia zależnością w kwestii realizowania swoich celów.

działania zakładający pewien stopień autocenzury. Jednak to samo dotyczy osób działających w obliczu zagrożenia przymusem. Oni również dokonują przeglądu własnych opinii i generalnie wybierają inny sposób działania niż ten, który podjęliby w odmiennej sytuacji. Poczucie przymusu jednostki jest w obu tych przypadkach takie samo. Zatem, jeśli przyznamy, że wolność może być ograniczona przymusem¹⁰⁷, nie możemy wykluczyć, że może ona również być ograniczona służalczością, a już na pewno, że ograniczenie może być jedynie samoograniczeniem.

Rozwijanie tego argumentu stało się jednym z głównych zajęć wyróżnionych przeze mnie klasycznych autorów. Jeśli zajrzemy do Salustiusza czy – przede wszystkim – do Tacyty, odnajdziemy u nich niepokojącą analizę psychologicznego wpływu ześlizgiwania się w stan podległości arbitralnej władzy. Z kolei ta analiza wywarła najbardziej formujący wpływ na demokratów, którzy podważali rządy Karola I, tworząc pierwszą i ostatnią, jak na razie, angielską republikę.

Jak podkreślają pisarze klasycy, istnieją dwa sposoby ograniczania poprzez samą świadomość życia w zależności od dobrej woli księcia. W pierwszej kolejności chodzi o ilość rzeczy, których nie można w sposób wolny powiedzieć czy zrobić. Jak podkreślał Salustiusz i Tacyt, należy przede wszystkim być pewnym, że unika się słów czy czynów, które w jakikolwiek sposób mogłyby zostać odebrane jako wyzwanie czy nadmierne aspiracje. Salustiusz wyjaśnia przyczynę tej ostrożności we fragmencie „Sprzysiężenia Katyliny”, który był z uwielbieniem cytowany przez siedemnastowiecznych pisarzy¹⁰⁸. „Bo królom bardziej podejrzani są dobrzy niż źli i zawsze cudze męstwo jest dla nich postrachem”¹⁰⁹. Nauka jaka z tego płynie, mówi, że jeśli jest się osobą bardzo utalentowaną czy cnotliwą pod rządami takiego księcia, należy ukrywać przed nim te zalety. W innym wypadku można stać się ofiarą – jak tłumaczy Savile przytaczany przez Tacytą opis rządów Nerona: „Za cnotę czekała najpewniejsza zguba”¹¹⁰.

Salustiusz i Tacyt są nawet bardziej zatroskani o długotrwały wpływ psychologiczny wynikający z takiego samoograniczania. Gdy cały naród powstrzymuje się od ćwiczenia cnót i talentów, cechy te zaczną zanikać i osuną się w stan odrętwienia i gnuśności. Tacyt kreśli swój morał przy okazji opowieści o germańskim plemieniu Tenkterów i ich przegranemu powstaniu przeciwko Rzymianom. W tłumaczeniu Savile’a: „wyrębem grożąc, swejli sprawy nie odłączą”¹¹¹. Salustiusz w „Obłężeniu Katyliny” opisał to następstwo w innym fragmencie – również często cytowanym przez angielskich pisarzy republikańskich w XVII w. Jeśli mamy umożliwić

107 Ważne, by odnotować jednak, że żadną siłą wszyscy współcześni teoretycy wolności nie chcieli uznać, że ograniczenie jest granicą wolności. Twierdzenie Hobbesa, że „strach i wolność mogą współlistnieć” (Hobbes, *Lewiatan...*, op. cit., s. 297) było powtarzane i rozwijane przez wielu współczesnych autorów. Zob. W. A. Parent, *Some Recent...*, op. cit.; H. Steiner, *Individual Liberty*, „Proceedings of the Aristotelian Society” nr 75, 1974-5, s. 33-50; Ch. Taylor, *What's Wrong...*, op. cit., s. 142-148; Ch. Swanton, *Freedom...*, op. cit., 67-69.

108 John Milton parafrazuje to w: idem, *The Tenure of Kings and Magistrates*, [w:] *John Milton: Political Writings*, red. M. Dzelzainis, Cambridge 1991, s. 3; umieszcza je także na stronie tytułowej i cytuje w: ibidem, *Eikonoklastes*, [w:] *Complete Prose Works*, t. III, 1648-1649, red. M. Y. Hughes, Connecticut 1962, s. 501.

109 G. S. Krispus, *Sprzysiężenie...*, op. cit., s. 6.

110 Tacyt, *Dzieje*, [w:] ibidem, *Dzieła*, Warszawa 1957, s. 9.

111 Tacyt, *Roczniki...*, op. cit., s. 263.

„każdemu człowiekowi dążenie do wybicia się ponad wszystkie inne istoty żywe (...) żeby nie przeszedł przez życie w zapomnieniu”, musimy ustanowić i utrzymać republikę – formę rządów eliminującą wszelkie formy władzy dyskrejonalnej.¹¹²

O zniewoleniu w obliczu nieograniczonej władzy świadczy też brak wolności powstrzymania się od powiedzenia czy zrobienia czegoś. W konfrontacji z władcą absolutnym, domagającym się rady czy opinii, każdy okazuje się zmuszony do zgodzenia się z tym, co ma on do powiedzenia albo pochwalenia jego posunięć politycznych. Tacyt w *Rocznikach* dramatyzuje na temat kłopotliwego położenia, opisując postępowanie klas politycznych za panowania Tyberiusza w tonie miążdżącej krytyki, którą dobrze oddaje tłumaczenie Grenewey'a z 1598 roku: „zresztą czasy owe tak dalece zakazane i służalstwem plugawe były, iż nie tylko przedni obywatele, którym blask swój uległości osłaniać trza było, ale wszyscy bywsi konsulowie, wielka część tych, co preturę odbyli, a wielu nawet drążkowych senatorów na prześcigi się zrywali i do przesady szpetnie głosowali. Niesie pamięć, że Tiberius, ilekroć z izby senatu wychodził, Greckimi wyrazy w ten sposób zwykł się odzywać: «O ludzie pod jarzmi gotowi!»! Śnać nawet on, co wolności narodowej nie chciał, tak podłą służalców cierpliwością się brzydził”¹¹³. Jest jasne, że według Tacyty senatorzy nie działali pod wpływem groźby czy przymusu. Samo rozpoznanie ich odległości zależności wystarczyło, by robili to, co uznawali, że się od nich oczekuje.

Jest oczywiście prawdą, że nawet w stanie takiego poddaństwa, zachowuje się pewną wolność manewru, przynajmniej tak długo, jak nie jest się bezpośrednio zagrożonym czy zmuszonym. Tacyt w swoim opisie osuwania się Tyberiusza w stronę tyranii, sardonicznie pochwała tych, którzy odmówili zaakceptowania całkowitego podkopania ich wolności. W drastycznej wersji przetrwanie będzie zawsze polegało na pełnym unikaniu uwagi tyrańca, jak relacjonuje Tacyt o Arruntiusie i końcówce jego rządów: „Przewiduje już on dotkliwszą niewolę, a przeto usuwa się wraz temu, co przebyte, i co nastaje. Nad tem się wieszczym sposobem rozwodząc, żyły rozpruń”¹¹⁴. A dalej, w opcji mniej heroicznej, to próba mówienia w sposób możliwie lakoniczny. Tak pisze Tacyt o Pizonie, najwyższym kapłanie „W onż czas L. Piso, wielki kapłan, rzadkość w tylił blasku, losem zeszedł, nie żadnego służalczego wyroku dobrowolny wnioskodawca, a ilekroć mus się zwali, mądry wyścigacz”¹¹⁵. Tacyt stawia sprawę jasno: klasa rzymskich senatorów przyjęła w przygniatającej większości pogląd, że w momencie, gdy August przyznał sobie władzę absolutną, nie mieli oni wyboru i musieli zgadzać się na wszystko, czego od nich chciał, w wyniku czego „rwali się do niewoli konsule, senat, rycerstwo”¹¹⁶.

Tak jak poprzednio, i tym razem Salustiusz i Tacyt zainteresowani są głównie długotrwałymi następstwami psychologicznymi życia w strachu i niepewności. Zasada, którą wyznają mówi, że niewola powoduje w nieunikniony sposób poddaństwo. Salustiusz w *Wojnie z Jugurtą* wkłada swoje argumenty w usta Memmiusza, potępiającego rzymski plebs za poddanie się dominacji arystokracji. Wyśmiewa ich za „cierpliwość”, za dopuszczenie do tego, by byli stali się „igraszką w rękach

112 G. S. Krispus, *Sprzysiężenie...*, op. cit., s. 3.

113 Tacyt, *Roczniki...*, op. cit., s. 112.

114 Ibidem, s. 186.

115 Ibidem, s. 166.

116 Ibidem, s. 4.

kilku butnych potentatów” jak również, że są „zdeprawowani przez nieróbstwo i gnuśność”¹¹⁷. Tacyt podobnie czerpie gorzką przyjemność z opisu wzrastającej służalczości ludu rzymskiego pod rządami pryncypatu. Zamyka on pierwszą księgę *Dziejów* zrelacjonowaniem mowy władcy Otha, który po upadku Nerona ogłasza swoją decyzję o wyruszeniu na wojnę. „Krzyki i aklamację tłumu, jak zwykle w pochlebstwach, były przesadne i nieszczerze; jak gdyby dyktatora Cezara albo cesarza Augusta odprowadzali, tak w objawach przywiązania i błogosławieństwa się prześcigali, i to nie z obawy ani miłości, lecz z upodobania do służalstwa”¹¹⁸.

Argumenty te były bez końca powtarzane przez zwolenników republiki w siedemnastowiecznej Anglii. Oni także byli zatroskani niebezpiecznymi implikacjami władzy samowolnych władców, którzy w sposób nieunikniony są otoczeni przez służalczych klakierów, co daje małą szansę na szczerą radę. Jednak ich zasadniczy niepokój związany był z tym, że w obliczu takiej władzy nikt nie podejmie się czynów wymagających ducha obywatelskiego czy odwagi i przymiotów wielkiego serca. Jak to ujmowali, ostatecznym rezultatem życia pod władzą absolutną jest pozabawienie każdego ducha, odwagi i serca, a ostatecznie przygaszenie i poniżenie.

W dokładnie ten sposób wypowiedział się w swej wielkiej przemowie w Izbie Gmin Thomas Hedley: „jeśli wolność poddanego zostanie teraz zakwestionowana, a jego ziemie czy dobra w jakikolwiek sposób znajdą się w absolutnej władzy króla, a więc można im je odebrać, to – trzeba powiedzieć – są oni w niewiele lepszej pozycji niż służący króla, który tak go onieśmiela i tak poniża i przygasza ich umysł, że stają się oni mniej skłonni i chętni by sięgać po to, czego nie mogą utrzymać i stają się oni ubożsi i coraz bardziej zależni, niczym chłopci w innych krajach”¹¹⁹. Taki sam morał groźnym tonem wyciąga z tej sytuacji Henry Parker na początku swoich *Observations* z roku 1642. „To jest zatem wielki i naiwny błąd wielu książąt, że dążą do większej władzy nad ludem niż dla ludzi i przesłaniają samych siebie przez zubożanie raczej niż budowanie swej potęgi poprzez nadawanie im praw wyborczych. Dziś widzimy to zjawisko we Francji, gdzie chłopci są bardziej wolni, stają się oni bogatsi i łaskawszy, a skoro tak, to ich król staje się bardziej wpływowy”¹²⁰. Odtąd możemy datować jedną z najbardziej trwałych i stałych spuścizn klasycznego przekonania, że wielkich uczynków można się spodziewać jedynie ze strony tych, którzy żyją w tak zwanych republikach. Jesteśmy zapewniani, że dowodem na to jest żywot chłopów w Europie, co nawet wyraźniej widać w przypadku poddanych sułtana w Konstantynopolu. Żyjąc pod arbitralną władzą, stali się oni do tego stopnia pozbawieni odwagi i ducha, że ostatecznie są zupełnie bierni oraz zależni i niczego nie należy się z ich strony spodziewać.

117 G. S. Krispus, *Sprzysiężenie...*, op. cit., s. 57.

118 Tacyt, *Dzieje...*, op. cit., s. 64.

119 *Proceedings in Parliament 1610...*, op. cit., s. 194-195.

120 H. Parker, *Observations upon...*, op. cit., s. 168.

IV

Można oczywiście zgodzić się ze wszystkim co dotychczas napisałem, a jednak twierdzić, że nie wykazałem czym jest trzecia koncepcja wolności. To, czy ktoś sądzi, że mi się to udało, zależy od indywidualnego uznania tego, co to znaczy „mieć koncepcję” i jak najlepiej wyodrębnić jakieś pojęcie. Stanowisko Berlina w tych kwestiach pojawia się jedynie *implicit*e w jego *Dwóch koncepcjach wolności*, jednak moim zdaniem – jeśli dobrze go odczytuję – powinniśmy je zaaprobować. Wydaje się, że jego stanowisko brzmi następująco: jeśli dany termin opisowy może być koherentnie użyty w więcej niż jednym kontekście, można go wykorzystać do wyodrębnienia więcej niż jednego charakterystycznego fenomenu, stanu czy relacji, a więc można go użyć do wyrażenia więcej niż jednego pojęcia.

Jeśli ktoś ma taką koncepcję pojęcia, to zgodzi się z tym, co zidentyfikowałem jako trzecią koncepcję wolności. Nie zamierzam się jednak upierać. Być może lepiej będzie podsumować moje stanowisko w taki sposób: choć zgadzam się z Berlinem, że istnieją dwie koncepcje wolności – pozytywna i negatywna – nie podzielam jego kolejnego założenia, że ilekroć mówimy o negatywnej koncepcji wolności, musimy odnosić się do braku zakłóceń. Jest dla mnie jasne, co zresztą starałem się wykazać, że odziedziczyliśmy dwie rywalizujące i niesprowadzalne do siebie teorie wolności negatywnej, choć w dzisiejszych czasach nauczyliśmy się ignorować jedną z nich.

Należy jednak uczciwie przyznać, że te konkluzje były już lekceważąco krytykowane. Wedle moich ostatnich krytyków musimy wyjść od uznania – a tak twierdzą – że kwestionując pogląd, iż wolność negatywna polega na braku zakłóceń, w istocie uznajemy, że składa się ona z „ciągniętego niezakłócania”¹²¹. Jeżeli mówimy o takiej odporności, jestem pewny, zakłada dyskusję na temat określonych gwarancji konstytucyjnych, która służy „zabezpieczeniu z jak największym stopniem prawdopodobieństwa, że brak zakłóceń będzie utrzymany w czasie”¹²². Mój tekst dopuszcza wniosek, że oferuję jedynie „użyteczny zestaw hipotez empirycznych” dotyczących tego, w jaki sposób „można maksymalizować”¹²³ wolność w zwyczajnym sensie

121 I. Carter, *A Measure...*, op. cit., s. 237. Carter twierdzi, że ta fraza, którą wziął od Pettita (zob. P. Pettit, *Negative Liberty, Liberal and Republican*, „European Journal of Philosophy” nr 1, 1993, s. 15-38) jest „interesującym pojęciowym rozjaśnieniem” mojego poglądu na wolność negatywną. Jak wskazuję jednak powyżej, pasuje ona raczej do teorii wolności negatywnej, którą odrzucam. Należy również podkreślić, że sam Pettit porzucił tę formułę w swych najnowszych pracach. Osobiście pozostaję pod wrażeniem tej zmiany w jego rozumowaniu, która zbliża jego teorię do mojego stanowiska (a tym samym stanowiska moich starożytnych i wczesnonowożytnych źródeł inspiracji) na temat problematyczności życia w zależności od innych. Zob. P. Pettit, *Republicanism...*, op. cit., s. 21, 41; ibidem, *A Theory of Freedom...*, op. cit., s. 132-144.

122 I. Carter, *A Measure...*, op. cit., s. 239.

123 Ibidem, s. 238-239. Tak samo A. Patten, *The Republican Critique of Liberalism*, „British Journal of Political Science” nr 26, 1996, s. 29. Patten przedstawia pewne pomocne uwagi krytyczne odnoszące się do moich wcześniejszych prac na ten temat. Jednak jak sam przyznałem w *Wolności przed liberalizmem*, że również zmieniłem na ten temat zdanie. Nie upieram się już na temat warunków niezbędnych dla maksymalizacji wolności negatywnej, ale na temat tego jak zbudować samo pojęcie.

braku zakłóceń. Daleki jestem od wykazania, że trwają pracę nad „alternatywną wizją wolności”¹²⁴.

Gdybym rzeczywiście mówił o „odpornym niezakłócaniu” (sformułowania tego nigdzie nie użyłem) mogłoby być to uzasadnieniem dla tych cokolwiek protekcyjnych uwag. Nie mówiłem jednak o tym, podobnie jak o jakimkolwiek zakłócaniu lub niezakłócaniu. Mam na myśli kłopotliwe położenie tych, którzy dostrzegają, że jesteśmy zdani na wolę innych i podążam tropem moich klasycznych i wczesnonowożytnych autorytetów i ich twierdzenia, że sam fakt znalezienia się w takim położeniu tworzy ograniczenie dla wolności. Gdy ujmuje się wolność jako brak zakłóceń, wówczas bez wątplenia mówimy o alternatywnej teorii wolności, ponieważ zakłada, że wolność może być ograniczona i zawężona do braku jakichkolwiek zakłócających ją elementów, czy nawet groźby ich pojawienia się¹²⁵.

Ten kontrast może być ujęty w różny sposób. Jedynym z tych, który najbardziej pasują stanowisku upierających się, że – jak ujął to ostatnio inny z moich krytyków – „nie ma żadnego interesującego nieporozumienia” między tymi, którzy optują za dwiema rzekomo różnymi teoriami negatywnej wolności¹²⁶. Jedynym niewątpliwym przedmiotem niezgody między nimi (choć nie do mnie należy ocena czy jest on interesujący) są sprzeczne poglądy na temat podstaw koncepcji pojęcia autonomii. Ci, którzy wierzą, że wolność nie jest niczym więcej niż brakiem zakłóceń, przywiązani są do poglądu, że wola jest autonomiczna tak długo, jak nie jest ani zagrożona ani nie podlega naciskom¹²⁷. Odwrotnie, ci którzy przyjmowali argumenty neorzymskie nie zgadzają się z poglądem, że wola może być autonomiczna tak długo, jak jest ona niezależna od woli kogoś innego.

Jak dotąd pokazałem, że Berlin oferuje stosunkowo neutralną ocenę konkurencyjnych twierdzeń na temat wolności negatywnej i pozytywnej. Jednak tak nie jest. Esej Berlina jest spóźnionym, ale uznanym wkładem w trwającą długo dyskusję na temat istoty filozoficznego idealizmu, która pobrzmiewała echem w czasach jego oxfordzkiej młodości. H. A. Prichard i J. P. Flaminatz w roku 1930 bezlitośnie krytykowali T. H. Greena, twierdząc, że takie wizje wolności, zobowiązania i uprawnień były skrajnie dwuznaczne i mylące¹²⁸. Jednak A. D. Lindsay podtrzymał przy życiu tę debatę, w 1941 roku publikując ponownie wykłady Greena z ujmującym

124 I. Carter, *A Measure...*, op. cit., s. 239. Zob. też: J. Farejohn, *Pettit's Republic*, „The Monist” nr 84, 2001, s. 85-86. Autor przedstawia podobne zastrzeżenie, które rozwija jako krytykę analizy niedominacji Pettita, twierdząc, że stanowisko to nie jest analizą wolności, ale jedynie bezpieczeństwem, co stanowi inną i bardziej dwuznaczną wartość.

125 Celowo mówię tu o rywalizujących teoriach wolności, a nie idę drogą Cartera i nie mam na myśli rywalizujących koncepcji. Stało się zwyczajem naśladowanie Johna Rawlsa (jak robi to Carter) i rozróżnianie różnych pojęć i różnych koncepcji (wolności, sprawiedliwości, itp.). Nie jestem całkowicie pewien jaką różnicę miałyby oznaczać ta dystynkcja. Dla mnie w każdej kwestii wystarczy zaznaczyć, że wyodrębnia się teorię wolności negatywnej, która jest inna od – a zatem i rywalizująca z – teorią mówiącej o tym, że wolność polega na braku wtrącania.

126 A. Patten, *The Republican Critique...*, op. cit. s. 27, 36.

127 Zob. np. Ch. Swanton, *Freedom...*, op. cit., s. 124, gdzie przeczy ona, by autonomia była ograniczona brakiem zależności.

128 Zob. J. P. Flaminatz, *Consent, Freedom and Political Obligation*, Oxford 1938, s. 62-81, 89-97; H. A. Prichard, *Moral Obligation: Essays and Lectures*, Oxford 1949 (reprint pracy z roku 1930), s. 54-86, 120-128.

wprowadzeniem, w którym ze współczuciem odnosił się do przekonania autora, że filozofia empiryczna i utylitarna psychologia „muszą być zwalczane na całej linii”¹²⁹.

Jak jasno deklaruje Berlin, stawia się on w szeregu z tymi, którzy chcieli przeciągnąć na swoją stronę takie osoby jak Lindsay. Liberalna teoria polityczna zdaniem Berlina musi się ostatecznie opierać na przesłankach empiryków i utylitarystów, a nie na filozofii Hegła czy Kanta¹³⁰. Jak widzieliśmy, ci, którzy optowali za przeciwnym punktem widzenia, zostali wcześniej potępieni za akceptowanie argumentacji, która w prostej linii prowadziła do pierwszej wojny światowej. W czasach, gdy pisał Berlin, ich spadkobiercy wystawili się na nie mniej melodramatyczny atak. Byli nękani zarzutem zapożyczenia koncepcji wolności, która bezpośrednio łączyła ich – jak oznajmiał sam Berlin – z poglądami „ostatnich dyktatorów nacjonalistycznych czy komunistycznych”¹³¹.

Jak sugeruje ten fragment, esej Berlina jest silnie naznaczony przez geopolityczne i ideologiczne podziały lat pięćdziesiątych. Wierzy on, że o ile pozytywne rozumienie wolności może mieć wyniosłe i szlacheckie pochodzenie, odeszło ono tak daleko od swych liberalnych początków, że spoczęło „u podstaw wielu współczesnych ideologii: nacjonalistycznych, komunistycznych, autorytarnych i totalitarnych”¹³². Jego esej jest nie tylko wykładem, ale też ostrzeżeniem; Berlin za równie istotne uznaje obstarzać przy tym, że – jak deklaruje na końcu – koncepcja negatywnej wolności oferuje „słuszniejszy i bardziej ludzki ideał niż cele tych, którzy w wielkich, opartych na dyscyplinie, autorytarnych strukturach szukają ideału «pozytywnego» panowania nad sobą przez klasy, narody czy całą ludzkość”¹³³.

Co mamy zrobić z tym poźegnalnym wyznaniem wiary? Gdy Berlin stawia sobie pytanie, która z tych dwóch koncepcji wolności, o której mówił, jest tą „prawdziwszą”, uderza mnie jego dwuznaczność. Być może miał on na myśli pytanie w stylu Habermasa: która z tych dwóch koncepcji jest prawdziwszą dla najgłębszych ludzkich interesów i celów. Jeśli jednak jego pytanie jest takie, nie mogę znaleźć dla niego pewnej odpowiedzi. Przypuszczalnie idea wolności jako braku zakłóceń była prawdziwsza dla społeczeństwa, w którym on sam tworzył, a w którym ideę wolności jako samodoskonalenia postrzegano jako religijny i kolektywistyczny koszmar, z którego „wolny świat” szczęśliwie się przebudził. Wcześniej jednak dokładnie ten sam ideał był marzeniem, nie koszmarem, a w wielu społeczeństwach dzisiaj zdarzają się nowe ruchy religijne, w ramach których pozytywna koncepcja wolności może służyć daleko głębszym celom, niż koncepcja negatywna dająca każdemu tyle przestrzeni ile się chce mieć. Pytanie o to, która koncepcja lepiej służy naszym celom zawsze będzie zależać od naszego stanowiska na temat normatywnego charakteru natury ludzkiej. Jest to jednak problem, który od stuleci stanowi przedmiot refleksji teologów i filozofów i nie wydaje się, aby w przyszłości udało im się dojść w tej kwestii do porozumienia.

129 A. D. Lindsay, *Introduction*, [w:] T. H. Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, London 1941, s. ix.

130 I. Berlin, *Dwie koncepcje...*, op. cit., s. 201-207, 211-221.

131 Ibidem, s. 218.

132 Ibidem, s. 211.

133 Ibidem, s. 238.

Gdy Berlin pyta o prawdziwą koncepcję wolności, może jednak mieć na myśli pytanie o to, która jest prawdziwą, czy też właściwą drogą analizy pojęć, które używane są dla jej wyrażenia. Jeżeli tym jest jego pytanie, to moim zdaniem jest jeszcze bardziej widoczne, że nie ma na nie prawidłowej odpowiedzi. Przekonanie, że można w jakiś sposób wyjść ze strumienia historii i zaprojektować neutralną definicję *libertas*, wolności, autonomii jest – jak starałem się wykazać w trakcie tego wykładu – iluzją, którą warto by porzucić. Terminy tak głęboko normatywne i tak mocno zakorzenione w długiej historii ideologicznych dyskusji, sprawiają, że jedyny projekt prowadzący do ich zrozumienia musi polegać na próbie uchwycenia różnych ról, jakie pojęcia te odgrywały w naszej historii oraz na rozpoznaniu naszego miejsca w tej narracji. Jednak im bardziej angażujemy się w takie badanie, tym lepiej widzimy, że nie jest możliwa żadna neutralna analiza podanych pojęć. Jest tylko historia.

Nie powinienem jednak kończyć w tym dogmatycznym tonie, jak mają w zwyczaju moi krytycy, szczególnie, że ironią byłoby mówić dogmatycznie na temat właśnie wolności. Wolę nastrój tolerancji, w który Berlin w swoich najlepszych momentach uderzał bez wielkiego wysiłku. Mówiąc o naszych historycznych i filozoficznych debatach o wolności, zamyka je deliberatywną, antyretoryczną uwagą. Z zadowoleniem kończy obserwacją – a ja szczęśliwie idę za jego przykładem – że myśląc o pojęciu wolności „w pełni uprzytamnam sobie, że [...] należy uczynić o wiele więcej”¹³⁴.

przełożyła Agata Czarnecka

134 I. Berlin, *Wprowadzenie...*, op. cit., s. 62.

Dostęp do informacji publicznej jako kategoria ochrony interesu prawnego jednostki na przykładzie wybranych regulacji dotyczących korzystania z „rzeczy powszechnego użytku”

Right to Public Information as a Way of Protecting Legal Interest. An Example of Selected Regulations of Using Things in Common Use

Assurance of the protection of the legal interest is an element of the right to a democratic state. The implementation of this type of protection is closely linked with the need for respecting human privacy and the need for controlling public authorities and other administrative bodies representing the authority of the state. One of the institutions of “social control” is growing out of the public right to information, access to public knowledge. It is worth taking a look at its implementation in selected examples of substantive administrative law relating to the use of so-called consumer goods.

Katarzyna Tomaszewska

*doktor nauk prawnych,
Uniwersytet Wrocławski*

Możliwość posiadania przez jednostkę gwarancji realizacji ochrony jej interesu prawnego jest elementem właściwym dla demokratycznego państwa prawa¹. Realizacja tego rodzaju ochrony pozostaje w ścisłym związku z potrzebą jednoczesnego respektowania ludzkiej prywatności i koniecznością społecznego

1 Spośród rozmaitych znaczeń interpretacyjnych, które występują w doktrynie, tego rodzaju ochrona może być rozpatrywana jako stworzenie jednostce możliwości uzyskania korzyści będących ściśle powiązanych z jej potrzebami i których uzyskanie na skutek działania lub zaniechania podmiotu władzy publicznej zostało zagwarantowane przez obowiązujący porządek prawny.

kontrolowania organów i innych podmiotów administracyjnych reprezentujących władzę państwową. W szczególności chodzi w tym wypadku o poczynania podmiotów władzy publicznej wobec każdego obywatela z osobna. Niewątpliwie jednak w ujęciu ogólnym warto również zwrócić uwagę na element społecznego kontrolowania działań prowadzonych na rzecz całego społeczeństwa.

Ponadto, choćby w celu podkreślenia znaczenia własnej niezależności, współcześnie nabiera istotnego znaczenia dążenie jednostek do samodzielnego kierowania własnym życiem, swoim postępowaniem, z uwagi na posiadane aspiracje, pragnienia oraz potencjalne korzyści. Jest to ważne w szczególności w kontekście indywidualnego dysponowania uprawnieniami na płaszczyźnie obowiązującego prawa. Nierzadko pozostaje to w ścisłym związku z dążeniem do uzyskania pełnej świadomości w zakresie spraw publicznych. Z tego też względu tak istotnym jest zapewnienie istnienia i możliwości rzeczywistego korzystania przez jednostkę z prawnych instrumentów, które poszerzałyby możliwości informacyjne jednostki i w swej istocie służyłyby ochronie jej interesu prawnego. Jedną z tego rodzaju instytucji jest wyrastająca z przysługującego prawa do informacji konstrukcja dostępu do wiedzy publicznej, której podstawy prawne znajdują się w akcie najwyższego rzędu, nadając tym samym jej szczególnego znaczenia z punktu widzenia korzyści, jakie może ona przynieść jednostkom potencjalnie zainteresowanym.

W tzw. „nowych czasach” tajemnica i poufność jako zasady powszechnie obowiązujące na przestrzeni lat, uznawane uprzednio za mądrość i bezwzględną konieczność, utraciły swoje znaczenie, swoją słuszność oraz uzasadnienie². Z punktu widzenia potrzeb i poczucia bezpieczeństwa współczesnej jednostki stały się nieuczciwe i niepożądane. Bezwzględnie bowiem, aby jednostka miała świadomość zapewnienia jej ochrony interesów, musi mieć pewność (przy zachowaniu gwarancji nienaruszalności uprawnień i wolności innych jednostek) dostępu do wszystkich informacji, które mogą w sposób bezpośredni lub pośredni wywierać wpływ na jej status jako osoby oraz jej status jako obywatela danego państwa³.

Z drugiej jednakże strony, warto również zauważyć, że wiedza o państwie, wiedza o sprawach publicznych, o podmiotach administrujących ma praktyczne znaczenie, gdyż stanowi podstawową przesłankę poczucia bezpieczeństwa obywatelskiego i ochrony interesów jednostek. Zagwarantowanie przez ustrojodawcę prawo do informacji (art. 61 Konstytucji RP)⁴, które podlega dalszemu rozwinięciu w drodze ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej⁵ stanowi podstawę procesu uświadamiania jednostek w przedmiocie spraw publicznych znajdujących się w ich otoczeniu. Wprawdzie nikogo nie można zmusić do sięgnięcia po informacje, do wykorzystania jej, niemniej jednak sam dostęp do niej można uczynić mniej lub bardziej otwartym. Dostęp umożliwia uzyskanie wiedzy konkretnej,

2 T. Górzynska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej*, Kraków 1999, s. 20.

3 Informacja jest podstawą nowoczesnej gospodarki, tj. gospodarki opartej na wiedzy i gospodarki postrzeganej przez pryzmat tzw. nowych technologii. Istnieją bowiem takie rozwiązania technologiczne, które pozwalają na przetwarzanie i przekazywanie obszernych zasobów danych, zróżnicowanych z punktu widzenia treści i formy, jej nośników, sposobów przedstawienia, kanałów przepływu itd. – zob. T. Burczyński, *Elektroniczna wymiana informacji w administracji publicznej*, Wrocław 2011, s. 15.

4 Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

5 Dz. U. z 2001 r., nr 112, poz. 1198.

która będzie oddziaływać na treść późniejszych decyzji, wpływając tym samym na poziom życia i na możliwości realizacji innych przysługujących uprawnień i spoczywających na jednostce obowiązków. W czasach współczesnych dostępność informacji nie jest już w żaden sposób kwestionowana. Pojawiają się natomiast dyskusje co do rzeczywistych warunków jej udostępniania przez podmioty określone mianem podmiotów zobowiązanych. Z kolei z drugiej strony rozwinięciu podlegają sposoby, przy pomocy których może nastąpić faktyczna „realizacja uprawnienia informacyjnego”. Uzasadnienie powszechnego dostępu do informacji jest bezwzględnie powiązane z faktem aktywności obywateli na płaszczyźnie życia publicznego w państwie o ustroju demokratycznym⁶. Państwo i działające w jego imieniu organy, muszą zaspokajać zbiorowe i indywidualne potrzeby obywatelskie, a zatem są zobligowane do działania nie tylko na ich rzecz, ale również za akceptacją jednostek, dla której urzeczywistnienia istotnym jest zapewnienie dostępności do oczekiwanych informacji oraz stworzenie możliwości ich łatwego uzyskania⁷. Jak podaje Hubert Izdebski i Michał Kulesza: „Podstawą otwartości państwa demokratycznego jest jawność organizacji i działalności instytucji publicznych wobec wszystkich zainteresowanych członków społeczeństwa”⁸. Wówczas bowiem obywatel może podejmować działania zgodne z jego aspiracjami lub też może przejawiać aktywność na tych polach, które mają chronić jego interesy. Co ważne doniosłe znaczenie w tym zakresie posiada znajomość całokształtu okoliczności, w otoczeniu których ma być podejmowany owy akt działania lub też zaniechania. Powyższy stan rzeczy wymaga zapewnienia odpowiedniego dostępu do źródeł informacji i możliwości uzyskania „wiedzy publicznej”, tj. informacji o sprawach publicznych. Ich treść może oddziaływać nie tylko na aspekt życia prywatnego jednostki, ale przede wszystkim na płaszczyznę realizacji innych uprawnień jakie przysługują obywatelom. Co istotne na podstawie niniejszego założenia można dopatrywać się istnienia aspektu ochrony interesu prawnego (w tym wypadku prawnie zagwarantowanego interesu informacyjnego) jednostki⁹. Ponadto, warto również zauważyć, że proces dostępu do informacji jak i wiążąca się z nim ochrona „uległy zbliżeniu z jednostką” na skutek rewolucji informatycznej. To ona sprzyja rozwojowi demokracji, gdyż czyni dostęp łatwiejszym i powszechniejszym, choćby poprzez niwelowanie różnic zachodzących pomiędzy różnymi grupami społecznymi¹⁰. Jeszcze jakiś czas temu, zainteresowany informacją był skazany

-
- 6 Jak podaje T. R. Aleksandrowicz: „Udział obywateli w procesach demokratycznych nie może kończyć się na akcie wyborczym [...]” (T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2002, s. 7).
- 7 Jak podaje J. Naisbitt: „Główną zasadą demokracji uczestniczącej jest udział ludzi w procesie podejmowania decyzji, które mają wpływ na ich życie” (J. Naisbitt, *Megatrendy: dzieje się nowych kierunków zmieniających nasze życie*, przeł. P. Kwiatkowski, Warszawa 1997, s. 197).
- 8 H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 323.
- 9 Warto też zwrócić uwagę na stanowisko Giovanniego Sartoriego, który twierdzi: „Cały gmach demokracji opiera się w ostatecznym rozrachunku, na względnej uczciwości, bezstronności lub poprawności informacji dostarczanej ludziom [...]” (G. Sartori, *Teoria demokracji*, przeł. P. Amsterdamski, D. Grinberg, Warszawa 1998, s. 135).
- 10 Należy jednak uznać, że powyższe stwierdzenie nie posiada znaczenia absolutnego, albowiem sama rewolucja informatyczna nie jest w stanie znieść wszelakich dysproporcji spo-

na pakiety, jakie zostały mu przygotowane, czy zaferowane. Dziś natomiast w obliczu interaktywności sami odbiorcy informacji tworzą dla siebie pakiety, które są im potrzebne, którymi są zainteresowani dla zapewnienia realizacji i ochrony własnych interesów. W obliczu takich uwarunkowań przepływ informacji dokonuje się szybko, powodując tym samym rzeczywisty przyrost pozyskiwanych informacji, a sama ich dostępność kreuje przewagę, umożliwia pozyskanie pewnego rodzaju dóbr, osobistego poczucia uświadomienia, czego rezultatem może być również zwiększenie własnej pozycji społecznej¹¹.

Niewątpliwie znaczna część materialnego prawa administracyjnego obejmuje swoimi regulacjami instytucję tzw. korzystania z rzeczy publicznych – tj. korzystania z rzeczy będących własnością państwa lub związków publicznoprawnych¹². Chodzi w tym wypadku o „rzeczy” istniejące dla wspólnego użytku, ustanowione w celach powszechnego korzystania przez wszystkich członków społeczeństwa. Zalicza się do nich elementy składające się na pojęcie mienia państwowego lub samorządowego albo też elementy powszechnego użytku, których celem jest przyniesienie rozmaicie postrzeganego zysku¹³. Ich istota sprowadza się do szczególnego przeznaczenia podmiotowego, albowiem z zasady mają służyć wszystkim jednostkom (choć należy w tym miejscu podkreślić, że pojęcie tego rodzaju jest względne, czasami bowiem odnosi się do ściśle określonej kategorii obywateli). Nie jest to jednak jednoznaczne z wykluczeniem sytuacji wyjątkowego korzystania z nich w oparciu o wydane rozstrzygnięcie administracyjne (zezwolenie lub koncesję), które w danym przypadku jest utożsamiane z przyznaniem ich adresatowi określonego rodzaju władztwa. Ponadto, co istotne, w odniesieniu do zarządzania nimi stosuje się regulacje publicznoprawne, które są nakierowane na określanie formy użytkowania o charakterze specjalnym¹⁴.

W dążeniu do wyróżnienia konkretnych przykładów tzw. rzeczy publicznych można m.in. zwrócić uwagę na drogi publiczne, wody płynące. W ujęciu prawnym są to pewnego rodzaju „kategorie”, za których kwalifikacją przemawia przede wszystkim cel publiczny. Niemniej jednak zakres omawianej kategorii można rozpatrywać w sposób szeroki. Za takim bowiem ujęciem opowiada się część doktryny prawa administracyjnego obejmując jego zasięgiem również przedmiotowe podejście względem zakładów prawa administracyjnego, jako instytucji działających na rzecz i z korzyścią dla obywateli.

Analizując całokształt problematyki tzw. rzeczy publicznych z punktu widzenia prowadzonych rozważań¹⁵, trzeba wskazać że w samym ich istnieniu oraz

łecznych. Fakt istnienia technicznych „możliwości” dostępu do informacji nie jest równoznaczny z rzeczywistym i jednakowym ich posiadaniem przez wszystkich obywateli. Doniosłą rolę odgrywają w tym wypadku inne czynniki, choćby kwestie materialne, które w pewnym sensie determinują możliwości dostępu do tzw. „nowinek” technologicznych.

11 Zob. też T. Burczyński, *Elektroniczna wymiana...*, op. cit., s. 15.

12 Zob. też. S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne*, Poznań 1946, s. 144 i n.; M. Zimmermann, *Nauka administracji i polskie prawo administracyjne*, cz. 2, Poznań 1949, s. 1 i n.

13 Zob. też Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2003, s. 139.

14 Ibidem.

15 Chodzi o rozważania nakierowane na potwierdzenie istnienia realizacji ochrony interesu jednostki.

możliwości korzystania z nich przez społeczeństwo można upatrywać realizacji interesu publicznego oraz wykazywania dbałości o jednostkę przede wszystkim w ujęciu zbiorowym. Uzupełnieniem powyższego założenia jest występowanie instrumentów ochrony interesu prawnego jednostki na gruncie regulacji odnoszących się do konkretnych rzeczy publicznych, pośród których dostrzegalną jest wyrastająca z powszechnego prawa do informacji kategoria dostępu do informacji publicznej. Istotne znaczenie posiada wyróżnienie w jej ramach instrumentów służących realizacji ochrony interesu prawnego, które wykazują podobieństwo do elementów występujących na gruncie regulacji ogólnych (UDIP), jak i tych które zasadniczo odbiegają od tego rodzaju uregulowań, przejawiając tym samym cechy szczególne w realizacji powszechnego prawa do informacji¹⁶.

Prowadząc rozważania na omawianej płaszczyźnie, w pierwszej kolejności można poddać interpretacji uregulowania odnoszące się do zakładów administracyjnych, a konkretniej mówiąc do placówek oświatowych. Kwesie tego rodzaju zakładów reguluje ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (dalej zw. *SystOśwU*)¹⁷. W jej świetle do „instytucji” składających się na pojęcie systemu oświaty należy zaliczyć: przedszkola, szkoły podstawowe, gimnazja i szkoły ponadgimnazjalne, placówki oświatowo-wychowawcze, poradnie psychologiczno-pedagogiczne oraz inne¹⁸. Jak stanowi ustawa, korzystanie ze szkół publicznych i przedszkoli publicznych oparte jest na zasadzie powszechnej dostępności oraz bezpłatności nauczania i wychowania¹⁹. Co istotne, realizacja ochrony interesu prawnego, jakiej można upatrywać na płaszczyźnie powyższych regulacji, wyróżnia się z uwagi na przyjęte podejście podmiotowe, albowiem krąg adresatów został zawężony do jednostek objętych obowiązkiem szkolnym – tj. dzieci i młodzieży. To właśnie na ochronę ich interesów ustawodawca kładzie szczególny nacisk, mimo że w pewnym sensie uczestnikami owego procesu są również rodzice, opiekunowie prawni, których można zbiorczo zaliczyć do grupy tzw. odbiorców pośrednich.

Zakres instrumentów realizacji ochrony interesu prawnego jednostki wyróżnionych przez ustawodawcę na omawianej płaszczyźnie nie jest szeroki, ale z pewnością zróżnicowany ze względu na swój aspekt przedmiotowy. Na szczególną uwagę zasługują takie elementy, którym z racji wykazywania dbałości o jednostkę można

16 Na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej należy zwrócić uwagę na następujące instrumenty ochrony interesu prawnego jednostki: na możliwość uzyskania informacji publicznej, w tym uzyskania informacji przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego (art. 3 ust.1 UDIP), na wgląd do dokumentów urzędowych, na dostęp do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, na możliwość zapoznania się z informacją udostępnioną w drodze wyłożenia lub wywieszenia w miejscach ogólnie dostępnych, na możliwość zapoznania się z informacją poprzez zainstalowanie w miejscach ogólnie dostępnych urządzeń umożliwiających tego rodzaju zapoznanie się z jej treścią (zob. art. 11. ust 1 pkt. 1 oraz 2), na możliwość zapoznania się z informacją umieszczoną w Biuletynie Informacji Publicznej, który jest prowadzony przez właściwy organ w formie elektronicznej oraz na możliwość zapoznania się z informacją umieszczoną w centralnym repozytorium.

17 Zob. Dz. U. z 2004, nr 256, poz. 2572 wraz z późn. zm.

18 Zob. też Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 141.

19 Zob. B. Skrobisz-Kaczmarek, *Ustawa o systemie oświaty wraz komentarzem*, Kielce 1996; M. Pilich, *Ustawa o systemie oświaty. Komentarz*, Warszawa 2012.

właśnie przypisać miano instrumentów ochrony interesu jednostki²⁰. Co ważne, pośród tej grupy swoje znaczące miejsce odnajduje konstrukcja dostępu do informacji, bez wątpienia spełniająca rolę ochronną względem jej adresatów. Poszukiwanie związku pomiędzy instytucją dostępu urastającą do rangi instytucji ochrony a ustawowo określonymi elementami odnoszącymi się do funkcjonowania tego rodzaju zakładu administracyjnego, ujawnia część „wspólną” w zakresie zabiegu ustalania sieci szkół publicznych. Ustalona bowiem sieć szkół publicznych występująca w charakterze pewnego rodzaju informacji, z pewnością spełnia przesłanki wiedzy publicznej i z racji tego podlega ogłoszeniu jako zawartość uchwały rady gminy publikowanej w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Trzeba jednak podkreślić, że tzw. proces upubliczniania nie jest dokonywany w tym wypadku w oparciu o zasady zawarte w UDIP, ale będąc fragmentem obowiązującego porządku prawnego podlega ogłoszeniu wedle odrębnych przepisów. Co istotne, na omawianym gruncie sama konstrukcja dostępu nie została wyróżniona przez ustawodawcę i jako taka nie wyłania się na tle pozostałych form, które zostały zaproponowane przez ustawodawcę w tym przedmiocie. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę jej specyfikę, należy wskazać, że w swej istocie determinuje szczególny przypadek realizacji zobowiązania informacyjnego. Trzeba bowiem wskazać, że dyrektor szkoły publicznej mimo, że nie jest organem władzy publicznej sensu *stricto*, w świetle regulacji UDIP należy do grupy podmiotów zobowiązanych w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej. Potwierdzeniem powyższego jest art. 39 ust. 1 pkt. 5 SystOśwU, w świetle którego dyrektor szkoły dysponuje środkami określonymi w planie finansowym

20 Chodzi w tym wypadku o następujące elementy ustawowe: (1) ustalanie sieci prowadzonych przez gminę przedszkoli, oddziałów przedszkolnych, szkół publicznych, w sposób wykazujący dbałość o dobro jednostki z jednoczesnym zapewnieniem bezpłatnego transportu oraz opieki w trakcie przewozu dzieci lub zwrotu kosztów ich przejazdu środkami komunikacji publicznej (art. 14a); (2) istnienie możliwości rozpoczęcia nauki w szkole podstawowej przez dziecko, które przed dniem 1 września ukończyło 6 rok życia, jeżeli wykazuje psychofizyczną dojrzałość do podjęcia nauki szkolnej (art. 16); (3) dopuszczalność funkcjonowania samorządu uczniowskiego w szkole i innej placówce oświatowej, którego celem ma być przedstawianie dyrektorowi wniosków i opinii we wszystkich sprawach szkoły, które w szczególności dotyczą realizacji prawa uczniów (art. 55); (4) dopuszczalność istnienia i funkcjonowania innych niż partie i organizacje polityczne stowarzyszeń i innych organizacji wewnątrz szkoły lub innej placówki oświatowej, których cel istnienia sprowadza się do szerzenia aktywności wychowawczej lub wzbogacanie aktualnych możliwości działalności dydaktycznej, wychowawczej oraz opiekuńczej szkoły lub innej placówki (art. 56); (5) dopuszczalność zezwolenia na indywidualny program lub tok nauki w odniesieniu do ucznia, jeżeli przemawiają za tym szczególne względy i dobro dziecka (art. 66); (6) możliwość zorganizowania stołówki na terenie szkoły w celu zapewnienia prawidłowej realizacji zadań opiekuńczych, w szczególności w celu wspierania prawidłowego rozwoju uczniów (art. 67a); (7) kształcenie specjalne gwarantujące nauczanie adekwatne do potrzeb dzieci i młodzieży niepełnosprawnych oraz niedostosowanych społecznie (art. 71b. w związku z art. 1 pkt. 5) z jednoczesną instytucją dofinansowywania z budżetu państwa podręczników szkolnych i książek pomocniczych dla uczniów z upośledzeniem umysłowym, niewidomych, słabo widzących i niesłyszących (art. 71d); (8) organizacja opieki dla dzieci i młodzieży (zgodnie z zasadami określonymi w regulacjach poświęconych pomocy społecznej) pozbawionych całkowicie i częściowo opieki rodzicielskiej, jak również dzieciom i młodzieży niedostosowanym społecznie (art. 72); (9) całokształt instytucji pomocy społecznej zagwarantowanej celem zmniejszenia różnic w dostępie do edukacji, zniwelowania barier dostępu do edukacji spowodowanych trudną sytuacją materialną, jak również w celu wspierania uczniów posiadających szczególne zdolności (art. 90b-90u).

szoły i z racji tego ponosi odpowiedzialność za ich prawidłowe wykorzystanie a także może organizować administracyjną, finansową i gospodarczą obsługę szkoły²¹. A zatem w związku z przedstawionymi funkcjami dyrektor szkoły jest również zobowiązany w zakresie udostępnienia informacji publicznej w sposób określony przez ustawodawcę. Regulacje objęte analizą wskazują na szczególną formę udostępnienia informacji, a mianowicie na zawartą w art. 7d oraz w art. 59 ust 1. konstrukcję zawiadomienia, która urastając do rangi specyficznego sposobu realizacji zobowiązania informacyjnego, w żadnym razie nie może być wypieraną przez publikację informacji w Biuletynie Informacji Publicznej. Ogłoszenie w BIP niewątpliwie stanowi najprostszą i najefektywniejszą formę realizacji powszechnego prawa do informacji. Jednocześnie jest obligatoryjną formą dostępu, niemniej jednak nieposiadającą zastosowania w tym konkretnym wypadku, albowiem nie może wypierać formy zawiadomienia przewidzianej w SystOśwU. Co istotne, element zawiadomienia (jako instrument ochrony interesu prawnego jednostki zawarty w konstrukcji dostępu do informacji publicznej) na gruncie uregulowań poświęconych systemowi oświaty dotyczy sytuacji dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, chodzi o kwestie poinformowania zainteresowanych (w tym przypadku rodziców działających w imieniu i na rzecz bezpośrednich adresatów regulacji) o procesie likwidacji szkoły, czy też, po drugie, poinformowania o zamierzonym przeniesieniu kształcenia w określonym zawodzie z jednej szkoły lub placówki do innej szkoły lub innej placówki. Zgodnie z art. 59 ust. 1 SystOśwU szkoła publiczna jako jednostka oświatowa może być zlikwidowana z końcem roku szkolnego po uprzednim zapewnieniu przez podmiot prowadzący szkołę o możliwości kontynuowania nauki w innej szkole publicznej tego samego typu, jak również odpowiednio o tym samym lub zbliżonym profilu kształcenia ogólnozawodowego albo kształcącej w tym samym lub zbliżonym zawodzie. Ten sam podmiot, z racji jego kwalifikacji do grupy podmiotów zobowiązanych informacyjnie, jest obciążony powinnością zawiadomienia na co najmniej 6 miesięcy przed terminem likwidacji o swoim zamiarze rodziców lub bezpośrednio samych zainteresowanych, tj. uczniów (w odniesieniu do szkół publicznych dla dorosłych). Ten sześciomiesięczny termin, o którym mowa powyżej, dotyczy również obowiązku zawiadomienia rodziców lub bezpośrednio samych zainteresowanych o zamiarze przeniesienia kształcenia z jednego miejsca do innego, który także spełnia odpowiednie warunki nauczania zawodu. Z kolei sytuacja drugiego rodzaju jest zbliżona do uprzednio omówionych, albowiem art. 7d dotyczy kwestii likwidacji oddziału międzynarodowego utworzonego w szkole publicznej, o której to likwidacji (o zamiarze jej dokonania) podmiot prowadzący jest zobowiązany poinformować rodziców uczniów do niego uczęszczających. Zawiadomienie w tym przypadku stanowi dominującą i jednocześnie nadrzędną formę realizacji dostępu do informacji publicznej. W żadnym razie nie może zostać spełnione w drodze wywieszenia tego rodzaju informacji w miejscach ogólnie dostępnych. Skuteczność realizacji zobowiązania informacyjnego w tym wypadku została zdeterminowana dokonaniem zawiadomienia skierowanego do ściśle spersonalizowanego adresata. Co istotne, nie jest to możliwe, aby mogło być zastąpione formą „podania do publicznej i powszechnej informacji” zainteresowanych, albowiem tylko ono w tym wypadku daje gwarancję dotarcia konkretnej informacji do właściwego adresata. Na szczególną uwagę w tym

21 Zob. Postanowienie WSA wydane w Krakowie z dnia 8.07.2010 r. (9IISAB/KR 46/10).

miejscu zasługuje wyrok NSA, w którym to sąd stwierdził: „[...] że nie jest dopuszczalnym uznanie za wystarczającą formę poinformowania rodziców, na gruncie takiej argumentacji, gdzie sprawa stanowiła przedmiot publicznej debaty i obrad rady miejskiej oraz że informacja została udostępniona również w lokalnym radio i telewizji, w związku z czym każdy mieszkaniec, a tym samym każdy zainteresowany mógł się z tego rodzaju informacją zapoznać”²².

W obliczu przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań widocznym staje się dążenie do zapewnienia takiego systemu dostępu, który gwarantowałby pewność zdobycia informacji pożądanej. Co istotne, sytuacja dotycząca zawiadomienia o likwidacji szkoły wykazuje rozbieżności w aspekcie roszczeń przejawianych przez zainteresowanych. Ustawodawca bowiem sam założył istnienie potrzeby podmiotów zainteresowanych w przedmiocie zaznajomienia się z tego rodzaju informacją. Bez wątplenia w powyższym założeniu trzeba upatrywać cech właściwych dla przejawiania troski, zainteresowania sytuacją i interesami uczniów, będących bezpośrednimi adresatami przedmiotowej informacji publicznej. Interpretowany w niniejszy sposób proces realizacji dostępu do informacji na gruncie regulacji odnoszących się do systemu oświaty potwierdza tezę, wedle której omawiana instytucja zapewnia ochronę interesu jednostki, tym bardziej w sytuacji gdy wykonywanie zobowiązania informacyjnego uprzedza pojawienie się żądania udostępnienia informacji po stronie zainteresowanego.

Idąc dalej z analizą problematyki dostępu do informacji publicznej na gruncie korzystania z rzeczy powszechnego użytku, należy wskazać na posiadającą szczególne znaczenie w ujęciu praktycznym kwestię „eksploatacji” dróg publicznych oraz wykorzystywanie zasobów wodnych. W pierwszej kolejności należy odnieść się do prawa do informacji, a raczej zobowiązania informacyjnego w świetle regulacji poświęconych drogom publicznym. Wspomnianą problematykę korzystania z dróg publicznych normują regulacje zawarte w rozmaitych źródłach prawa, gdzie dominującą rolę odgrywają przepisy ustawowe. Niemniej jednak należy wskazać, że jeśli chodzi o akty ustawowe na uwagę zasługują następujące uregulowania prawne: ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych²³, ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym²⁴ oraz ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym²⁵. Co istotne, zagadnienie będące przedmiotem zainteresowania powyższych regulacji posiada szczególny charakter, albowiem w jego ramach dochodzi do zderzenia z jednej strony problematyki osób bezpośrednio korzystających z drogi publicznej, która sprowadza się do realizacji ograniczeń typu policyjnego a z drugiej strony problematyka właścicieli – osób zarządzających nieruchomościami gruntami, które bezpośrednio sąsiadują z drogą publiczną, będącą przedmiotem powszechnego użytku²⁶. W rezultacie powyższego może dochodzić do sytuacji ograniczenia ich praw rzeczowych bądź też z drugiej strony do ograniczania dostępu do przedmiotowej drogi publicznej. Możliwym też staje się ograniczanie i pojawianie się uciążliwości w życiu mieszkańców

22 Zob. Wyrok NSA z 18.04.2001r. (SA/ Sz/ 149/01).

23 Dz. U. z 2007 r., nr 19, poz. 115 wraz z późn. zm.

24 Dz. U. z 2004 r., nr 256, poz. 2571 wraz z późn. zm.

25 Dz. U. z 2005 r., nr 108, poz. 908 wraz z późn. zm.

26 Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 141.

nieruchomości bezpośrednio położonych nieopodal drogi publicznej. Dodatkowo w grę wchodzi ciężary publiczne powiązane z koniecznością utrzymania dróg będących dobrem wspólnym mieszkańców²⁷. Na tym tle pojawia się szereg pytań odnoszących się do ustalenia, ochrony czyich interesów należy upatrywać w powyższych regulacjach, w szczególności jeśli chodzi o konstrukcję dostępu do informacji publicznej²⁸.

Celem przeprowadzenia analizy dostępu do informacji publicznej na omawianej płaszczyźnie należy uczynić przedmiotem rozważań regulacje zawarte w ustawie Prawo ruchu drogowego (dalej zw. PrRDrogU). Wskazana ustawa reguluje zarówno powszechne korzystanie z dróg publicznych oraz na zasadzie wyjątku korzystanie oparte na konstrukcji zezwolenia, jako posiadające charakter szczególny. Ustawodawca dokonał uregulowania obowiązków użytkowników dróg publicznych, także w strefach zamieszkania, jak również obowiązki użytkowników innych dróg. Co istotne, tego rodzaju zobowiązania wynikają wprost z ustawy, bez konieczności ich konkretyzacji w drodze decyzji administracyjnej. Podchodząc do powyższej problematyki z punktu widzenia ochrony interesu jednostki, można przyjąć za właściwe założenie istnienia ogólnej funkcji ochronnej gwarantowanej w drodze wskazanej ustawy. Skoro bowiem ustawodawca definiuje zobowiązania wzajemne użytkowników dróg publicznych, ma na celu zapewnienie prawidłowości korzystania z rzeczy powszechnego użytku dla ochrony interesu zarówno w ujęciu ogólnym, czemu można przypisać znaczenie posiadania przymiotu interesu publicznego i jego ochrony, jak również dla poszczególnych jego członków, tj. uczestników ruchu drogowego.

Z kolei pewnego rodzaju nawiązywania do istnienia procesu dostępu do informacji publicznej na gruncie regulacji dotyczących prawa o ruchu drogowym można doszukiwać się w odniesieniu do zagadnienia centralnych ewidencji, o których stanowi ustawodawca. Ustawodawca wskazuje na istnienie ewidencji dwójakiego rodzaju, tj. na ewidencję pojazdów oraz ewidencję kierowców. Zgodnie z art. 80a ust. 1 oraz ust. 2 PrRDrogU tworzy się centralną ewidencję, w ramach której gromadzi się dane i informacje o pojazdach zarejestrowanych oraz o ich właścicielach lub niektórych posiadaczach²⁹. W przedstawionej ewidencji wyodrębnia się dane i informacje o pojazdach Sił Zbrojnych RP, Biura Ochrony Rządu, Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego itp., o których stanowi art.73 ust. 3 PrRDrogU. Ich wytwarzanie, przechowywanie, przetwarzanie lub przekazywanie odbywa się według szczególnego reżimu, tj. z zachowaniem wymogów określonych w regulacjach poświęconych ochronie informacji niejawnych, co wskazuje na podkreślenie wykorzystania odrębnych uregulowań w zakresie udostępniania danych w niej zawartych. Z kolei art. 100a ust.1 stanowi o istnieniu centralnej ewidencji kierowców, która zawiera w swej treści dane o osobach posiadających stosowne uprawnienie w zakresie kierowania pojazdami silnikowymi lub tramwajami, jak również zawiera dane o osobach, którym cofnięto tego rodzaju uprawnienia oraz dane o osobach nieposiadających uprawnień, w stosunku

27 Ibidem.

28 Zob. R. A. Stefański, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Warszawa 2008; S. Soboń, *Kodeks drogowy. Komentarz z orzecznictwem NSA, SN i TK*, cz. 1, *Ustawa prawo o ruchu drogowym*, Warszawa 2009.

29 Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 141.

co do których orzeczono środek karny w postaci zakazu prowadzenia pojazdów. Analizując zawartość powyżej wskazanych ewidencji pojawia się pytanie, czy tego rodzaju informacje należy w ogóle traktować jako takie, którym można nadać rangę informacji publicznych a tym samym upatrywać na tym gruncie istnienia udostępnienia w trybie UDIP. Jednoznacznie trzeba wskazać, że nie ma takiej możliwości. Biorąc bowiem pod uwagę ich zawartość merytoryczną trzeba zwrócić uwagę, że informacjom tego rodzaju (treści zawartej w tego rodzaju zbiorze danych) trudno przypisać „status świadectwa o sprawach publicznych”, co ponadto uzupełnione założeniami regulacji ogólnych w przedmiocie tego rodzaju „dokumentacji” rozwiewa wątpliwości w tym zakresie. Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt. 3 lit. f UDIP posługuje się bowiem określeniem ewidencji celem podkreślenia, że udostępnieniu podlegają informacje o zasadach funkcjonowania podmiotów, którym można przypisać status podmiotów zobowiązanych, gdzie jednocześnie podaje, że informacjami publicznymi w znaczeniu obowiązującym na gruncie niniejszych rozważań są również informacje o prowadzonych rejestrach, ewidencjach i archiwach oraz o sposobach i zasadach udostępnienia wiedzy zawartej w tego rodzaju dokumentacjach. W myśl powyższego, jak również zgodnie z założeniami ogólnymi odnoszącymi się do omawianego procesu, informacją podlegającą ujawnieniu w trybie UDIP jest raczej ta, która dotyczy sposobów prowadzenia i realizacji dostępu do określonego rodzaju zbioru, aniżeli sama jego treść. Jednakowoż należy przy tym podkreślić, że tego rodzaju założenie nie ma swojego zastosowania w odniesieniu do części, gdzie ustawodawca wskazuje na „związanie” regulacjami poświęconymi ochronie informacji niejawnych.

Z drugiej jednak strony, należy zwrócić uwagę na zagrożenie (póki co) błędnego interpretowania zjawisk, choćby z uwagi na analizę kwestii zasadności i celu prowadzenia omawianych zbiorów. Skupiając bowiem swoją uwagę na samym celu ich istnienia i prowadzenia, bez względu na ścisłą analizę ich zawartości, pozornie można sprowadzać jego rolę do zapewnienia prawidłowości odbywania się ruchu drogowego, prawidłowości korzystania z dobra powszechnego z uwagi na dobro i interesy ogółu społeczeństwa. W efekcie może dochodzić do wypracowania założenia o traktowaniu ewidencji jako elementu kreującego pewnego rodzaju ochronę. W ogólnym podsumowaniu trzeba podkreślić, że ewidencja nie jest tworzona wyłącznie dla samych organów, w których gestii znajduje się piecza nad zachowaniem porządku i bezpieczeństwa, ale również z uwagi na same jednostki i dla ochrony interesów wszystkich uczestników ruchu drogowego, co może dodatkowo potęgować owe błędne podejście względem przedmiotowego zagadnienia. Co istotne, tego rodzaju założenie może prowadzić do jednoczesnego pozornego i błędnego postrzegania udostępniania danych zawartych w ewidencji jako publicznych. Zagrożenia tego rodzaju można doszukiwać się również na gruncie analizy płaszczyzny podmiotowej omawianego procesu. Analizując bowiem uregulowania zawarte w omawianej ustawie, a poświęcone konstrukcji udostępniania informacji, trzeba zwrócić uwagę, że ustawodawca posługuje się procesem udostępniania w rozmaitych konfiguracjach. Przykładowo bowiem informacje i dane zawarte we wspomnianej ewidencji pojazdów podlegają udostępnianiu:

1. Podmiotom, o których stanowi art. 80c ust.1, o ile jest to uzasadnione koniecznością realizacji ich zadań. Podmiotami tego rodzaju są przykładowo: Policja, Inspekcja Transportu Drogowego, itp.;
2. Właścicielom lub posiadaczom pojazdu pochodzenia zagranicznego (art. 80c ust 3 w związku z art. 73 ust. 5);
3. Dla celów komercyjnych, statystycznych lub badawczych w formie uzgodnionej przez strony, w sposób wykluczający możliwość identyfikacji osób i pojazdów (art. 80c ust.5), choć ustawodawca po nowelizacji UDIP z dnia 16 września 2011r.³⁰ wyeliminował bezpośrednie posługiwanie się sformułowaniem „udostępniania” w odniesieniu do omawianej sytuacji, jednocześnie wskazując na proces przekazywania informacji publicznej w celu ponownego jej wykorzystywania. Należy jednak podkreślić, że pomimo dokonanej zmiany w ustawodawstwie, kontekst znaczeniowy w dalszym ciągu pozostaje niezmiennym, a mianowicie wciąż chodzi o aspekt udostępniania wiedzy publicznej, nawet jeśli on sam podlega rozciągnięciu o element wskazanego przekazywania do ponownego wykorzystywania;
4. Podmiotom zagranicznym w celu wypełnienia ratyfikowanych umów międzynarodowych, a także innych aktów o charakterze międzynarodowym, o których stanowi art. 80c ust. 6a;
5. Na wniosek zainteresowanego.

Co istotne, ustawodawca w przedstawionych powyżej sytuacjach w żadnym razie nie określa, w jaki sposób odbywa się owe udostępnienie, tak jak nie określa form, przy pomocy których ma być realizowany owy proces „upublicznienia”. Ustawa stanowi jedynie o udostępnianiu informacji zawartych w ewidencji, milczy natomiast w przedmiocie sposobów jego realizacji³¹. Niewątpliwie jednak biorąc pod uwagę zasady ogólne obowiązujące w przedmiocie dostępu do informacji publicznej, przez pryzmat których należy dokonać stosownej interpretacji omawianych regulacji, należy jeszcze raz zwrócić uwagę, że informacją publiczną będzie raczej informacja dotycząca sposobów i zasad prowadzenia tego rodzaju zbiorów danych, aniżeli sama ich zawartość merytoryczna.

30 Zob. Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r., nr 204, poz. 1195.

31 Sytuacja wygląda podobnie jeżeli chodzi o ewidencję drugiego rodzaju. Obok bowiem centralnej ewidencji pojazdów ustawodawca reguluje zagadnienie ewidencji kierowców oraz kwestię udostępniania danych i informacji w niej zawartych. Podobnie jak w przypadku ewidencji pojazdów ustawodawca wskazuje na grupę podmiotów, którym z racji wykonywanych zadań udostępnia się informacje w niej zawarte. Dane zawarte w ewidencji podlegają również udostępnieniu na wniosek osoby, której dotyczą oraz, podobnie jak w odniesieniu do uprzednio omówionej ewidencji, podmiotom zagranicznym. Rozbieżność pojawia się jeżeli chodzi o udostępnienie danych innym podmiotom – podmiotom zainteresowanym, tj. osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym, którym informacje mogą być udostępnione przez Ministra ds. Wewnętrznych w formie zaświadczenia (art. 100a-100c). I w tym przypadku ustawodawca wprowadza wymóg wykazania uzasadnionego interesu przez podmioty zainteresowane, ale i jednocześnie przeciwnie do uprzednio omówionych rozwiązań w tym przedmiocie wskazuje na konkretną formę realizacji zobowiązania informacyjnego, a mianowicie na udostępnienie w formie zaświadczenia, z tym jednak że w żadnym razie nie może być w tym przypadku mowy o udostępnianiu informacji publicznych w trybie UDIP ze względu na charakter samych danych w niej zawartych.

Reasumując powyżej przedstawione rozważania, trzeba wskazać że wyjątkowość omawianych uregulowań PrRDrogU opiera się z jednej strony na nawiązaniu do regulacji ogólnych UDIP (choć to nawiązanie posiada raczej charakter dorozumiany i wyprowadzany z samych regulacji ogólnych), z drugiej zaś na całkowitej odmienności. Niewątpliwie jednak kwalifikowanie procesu udostępniania samej treści przedstawionych zbiorów, jako spełniającego warunki określone w UDIP, byłoby błędem, nawet jeśli przejawiające się sformułowanie „udostępniania” nasuwa tego rodzaju wnioski.

Prawo wodne stanowi obszerną i zróżnicowaną problematykę. Odnosi się ono do traktowania wód jako rzeczy powszechnego użytku, ale jednocześnie z powyższym zjawiskiem łączy wiele innych zagadnień³². Zgodnie z przyjętym założeniem do rzeczy publicznych należy zaliczyć te, które należą do państwa lub innych podmiotów prawa publicznego. Art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (dalej zw. PrWodU)³³ stanowi potwierdzenie owej reguły, albowiem wody stanowią własność Skarbu Państwa jak również innych osób prawnych oraz osób fizycznych³⁴. Ustawodawca wyróżnia trzy rodzaje korzystania z wód stanowiących dobro powszechne całego społeczeństwa. Po pierwsze, stanowi o korzystaniu powszechnym, następnie wyróżnia korzystanie zwykłe oraz wskazuje na korzystanie szczególne³⁵. Z punktu widzenia prowadzonych rozważań nie jest istotnym dokonywanie interpretacji samej ich istoty, niemniej jednak warto zastanowić się nad zagadnieniem dostępu do informacji, które uwypukla się towarzysząc samemu procesowi korzystania z wód, z jednoczesnym występowaniem instrumentów ochrony interesu prawnego wychodzących poza zakres „właściwego” prawa do informacji. Co istotne, przeprowadzona analiza w tym przedmiocie wyraźnie wskazuje na przyjęcie przez ustawodawcę zróżnicowanych rozwiązań określających elementy przedmiotowej konstrukcji dostępu. Można by pokusić się o podzielenie ich na 3 grupy, tj. na:

1. Rozwiązania wskazujące na odesłanie do regulacji ogólnych w przedmiocie udostępniania informacji, tj. do regulacji UDIP;
2. Rozwiązania wskazujące na odesłania do regulacji szczególnych, tj. m.in. do ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko³⁶;
3. Rozwiązania kreujące nowe sposoby realizacji dostępu do informacji.

Zgodnie z art. 34 PrWodU każdemu przysługuje prawo do powszechnego korzystania z wód wyróżnionych w jego treści, jeżeli przepisy nie stanowią inaczej. Rada Gminy w drodze uchwały przedstawia corocznie do dnia 31 maja wykaz kąpielisk znajdujących się na terenie gminy lub na polskich obszarach morskich przyległych do danej gminy. Co istotne, na organie wykonawczym spoczywa obowiązek

32 Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 152.

33 Dz. U. z 2001 r., nr 115 poz. 1229 wraz późn. zm.

34 M. Kałużny, *Prawo wodne. Komentarz*, Warszawa 2012; J. Szachulowicz, *Prawo wodne. Komentarz*, Warszawa 2010.

35 Z. Leoński, *Materialne prawo...*, op. cit., s. 152-153.

36 Dz. U. z 2008 r., nr 199, poz. 1227.

przygotowania projektu niniejszej uchwały, który to projekt w dalszej kolejności zostanie podany do publicznej wiadomości w sposób zwyczajowo przyjęty na terytorium danej jednostki samorządowej. W tym przypadku chodzi niewątpliwie o zagwarantowanie mieszkańcom możliwości składania uwag oraz propozycji dotyczących jego treści. W niniejszy sposób ustawodawca przedstawia szczególny sposób realizacji zobowiązania informacyjnego, który nie tylko sam w sobie stanowi instrument ochrony interesu prawnego, ale również urasta do rangi czynnika determinującego realizację innych instrumentów również służących ochronie jednostki i jej interesów. „Podanie do publicznej wiadomości w sposób zwyczajowo przyjęty [...]” stanowi niewątpliwie szczególną formę realizacji dostępu do informacji przez pomioty władzy publicznej, która sama w swej istocie, podobnie jak na gruncie innych regulacji prawa materialnego odnoszących się do jej występowania, nie została przez ustawodawcę bliżej zdefiniowana. Z tego też względu pod tak ogólnie zdefiniowaną jej postacią należy dopatrywać się formy: obwieszczenia, ogłoszenia w prasie lokalnej i innych im podobnych sposobów, które pozostają w dyspozycji „władz lokalnych”. Trzeba podkreślić, że konstrukcja uchwały Rady Gminy (uchwały Rady Powiatu) pojawia się również w odniesieniu do rozszerzenia zakresu korzystania z wód powierzchniowych z uwagi na niezbędność zaspokojenia potrzeb społeczno-osobistych, potrzeb gospodarstwa domowego lub rolnego. Co ważne, w jej odniesieniu ustawodawca nie podaje informacji na temat niniejszego udostępnienia. Niemniej jednak, jak wynika z zasad ogólnych, istota powyższego zabiegu tkwi w jej charakterze, albowiem z racji stanowienia regulacji gminnych, powiatowych, podlega ona ogłoszeniu w trybie przewidzianym dla tego rodzaju aktów prawnych. Z tego też względu należy zwrócić uwagę na istnienie odesłania do regulacji ogólnych w przedmiocie ogłaszania aktów normatywnych, tj. do ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych³⁷. Co istotne, jednocześnie na wyróżnienie w tym miejscu zasługuje sam brak bezpośredniego wskazania na odesłanie w tej materii przez samego ustawodawcę.

W dalszej części regulacji ustawodawca stanowi o profilu wody w kąpielisku, który jest sporządzany przez organizatora dla realizacji celu sprowadzającego się do wykorzystywania wód do kąpeli. W odniesieniu do informacji zawartych w jego treści, ustawodawca przewidział zobowiązanie informacyjne leżące po stronie organów administracji publicznej. Z racji powyższego, tego rodzaju podmioty mają obowiązek udostępniania wszelkich informacji, które mogą być wykorzystywane przy jego sporządzaniu. Niemniej jednak trzeba podkreślić, że przedstawiona w powyższym zapisie forma realizacji dostępu do informacji wykazuje rozbieżności względem przedmiotowego udostępniania, choćby z uwagi na zawężony zakres podmiotowy oraz charakter informacji uzyskiwanych w jego wyniku. Wprawdzie ustawodawca nie określa wprost charakteru tego rodzaju informacji, ale biorąc pod uwagę możliwość ich kwalifikacji jako danych o stanie hydrosfery, można im przypisać miano wiedzy o stanie środowiska, która jest kierowana do szczególnego odbiorcy. Co więcej, ten sam ustawodawca nie określa również adresata tego rodzaju informacji. Niemniej na podstawie całokształtu regulacji poświęconych temu zagadnieniu należy domniemywać, że w tym konkretnym przypadku chodzi o organizatora kąpieliska. A zatem nie można w tym wypadku mówić o powieleniu zapisu: „każdy ma prawo

37 Ustawa z dnia 20 lipca 2002 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, Dz. U. z 2011 r., nr 147 poz. 1172.

do informacji”, bowiem jedynym podmiotem legitymowanym w tym zakresie jest organizator kąpieliska. Ponadto nie ma w tym przypadku bezpłatności, albowiem za udostępnioną informację jest pobierana opłata ustalona w oparciu o rzeczywiście poniesione nakłady pracy przeznaczone na realizację owego zobowiązania. Pojawia się zatem pytanie, czy w niniejszym przypadku można w ogóle mówić o spełnianiu funkcji ochronnej względem interesu prawnego, skoro urzeczywistnienie dostępu do informacji pociąga za sobą koszty finansowe po stronie samego podmiotu zainteresowanego. Ponadto należy zwrócić uwagę na cel jakiego mają służyć zdobyte informacje, albowiem nie można w tym wypadku mówić o celu samym w sobie, pojawia się natomiast przy okazji namiastka komercyjności. Organizator w zamiarze prowadzenia kąpieliska dąży do czerpania zysków finansowych. W związku z powyższym pobieranie opłaty (tym bardziej przy istniejącym założeniu adekwatności jej wysokości do poniesionych nakładów pracy) jest uzasadnione i w żadnym razie w tym konkretnym przypadku nie legitymuje „do odbioru” instytucji udostępniania rangi konstrukcji ochrony interesu prawnego. Trzeba jednak przy tym zaznaczyć, że można ją upatrywać jedynie w tym znaczeniu, że ustawodawca gwarantuje prawo do uzyskania tego rodzaju informacji, które w dalszej kolejności będą wykorzystywane dla własnych indywidualnych potrzeb.

Warto też zwrócić uwagę na art.110 ust. 3, 4 oraz 7 i 8, w którym to ustawodawca stanowi o obligatoryjności nieodpłatnego udostępniania informacji o stanie atmosfery i hydrosfery oraz o stanie zasobów wód podziemnych przetwarzanych w wyniku realizacji standardowych procedur nie tylko organom władzy publicznej, ale również właścicielom wód lub działającym w ich imieniu zarządcom, a także uczelniom, instytutom naukowo-badawczym z uwagi na potrzeby badań naukowych i dydaktycznych. Obligatoryjność, o której mowa, została przypisana Instytutowi Meteorologii i Gospodarki Wodnej oraz Państwowemu Instytutowi Geologicznemu. Powyższy zapis niewątpliwie nawiązuje do procedury udostępniania informacji publicznej, choćby z uwagi na aspekt podmiotowy, gdzie wszystkie wymienione podmioty, poza organami władzy publicznej, wchodzą w zakres pojęciowy sformułowania „każdego”, któremu to prawo do informacji przysługuje w świetle regulacji ogólnych. Trzeba podkreślić, że ustawodawca kreując przedstawiony element udostępniania informacji publicznej, nie dokonał konkretnego wskazania przy użyciu jakich instrumentów realizacja niniejszego procesu dostępu miała się odbyć. Co istotne, od 2011 roku³⁸ przedstawiony element udostępniania informacji przez wskazane instytucje wypełniające przesłanki podmiotów zobowiązanych, uległ rozszerzeniu o aspekt odpłatnego przekazywania informacji w celu ponownego ich wykorzystania. Ponadto trzeba również podkreślić, że nie tylko element odpłatności oraz wykreowanie nowego procesu odnoszącego się do postępowania z tego rodzaju informacją stanowią pewnego rodzaju *novum* w zakresie niniejszej materii. Rozszerzeniu uległ bowiem również krąg podmiotów, na rzecz których mogłoby odbywać się potencjalne przekazanie informacji. Ustawodawca, posługując się określeniem „innych pomiotów”, kreuje szeroki katalog – katalog otwarty podmiotów zainteresowanych zdobyciem tego rodzaju informacji, jednocześnie wykazując dbałość o interes państwa poprzez użycie zasady odpłatności, w ramach której wszelkie wpływy z tego tytułu stanowią dochód budżetu państwa.

38 Zob. art. 5 ust. 1. ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji i publicznej i niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r., nr 204, poz. 1195.

Idąc dalej, należy wskazać na jeszcze jeden sposób udostępniania informacji użyty na gruncie PrWodU. W rozdziale poświęconym melioracjom wodnym, ustawodawca posługuje się procesem ogłaszania w sposób zwyczajowo przyjęty oraz wywieszaniem na tablicach ogłoszeń dla określenia form realizacji zobowiązania informacyjnego. Co istotne, obligatoryjność, o której mowa, towarzyszy podstawowemu obowiązkowi wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie urządzeń melioracyjnych przez Marszałków Województw. Wskazane formy dostępu z punktu widzenia omawianych regulacji prawa materialnego nie wyróżniają się niczym szczególnym, albowiem, jak wynika z uprzednio przedstawionych rozważań, są najczęściej stosowanymi w tej materii. Niemniej jednak, w konfrontacji z regulacjami ogólnymi należy przyjąć ich specyfikę jako szczególną, bo opartą na UOAN jako podstawie udostępniania tego rodzaju „wiedzy”.

Z kolei dalsze regulacje ustawy również zawierają w swej treści zapisy odnoszące się do zagadnienia dostępu do informacji, niemniej jednak nie chodzi w tym wypadku o szczegółowe określenie form jego realizacji. Regulacje o których mowa, zawierają jednoznaczne odesłanie do ustawy o szczególnym znaczeniu z punktu widzenia dostępu do informacji, a mianowicie do ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko³⁹. Jako przykład tego rodzaju uregulowań na płaszczyźnie prawa wodnego należy wyróżnić:

1. Udostępnianie informacji zawartych w ewidencji wód (o której stanowi art. 70 ust. 3a),
2. Udostępnianie przez Prezesa Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej, dyrektorów regionalnych zarządów gospodarki wodnej albo ministra właściwego ds. gospodarki morskiej materiałów źródłowych, wykorzystywanych do przygotowania projektów planów zarządzania ryzykiem powodziowym (art. 88h ust. 6 i 7). Co istotne, pomimo zastosowania odesłania do regulacji, o których wspomniałam powyżej, ustawodawca w odniesieniu do składanych materiałów powołuje się na podanie do publicznej wiadomości jako jednej z form realizacji dostępu do informacji. W jej oparciu ustawodawca kreuje sześciomiesięczny termin, w ramach którego zainteresowane podmioty mogą składać pisemne uwagi do ustaleń zawartych w projektach planów, wskazując jednocześnie na elementy systemu ochrony interesu prawnego jednostki, względem których można pokusić się o określenie jako „instrumentów poza-dostępowych”, niemniej jednak właściwie spełniających swoje funkcje ochronne (art. 88h ust.8);
3. Udostępnianie przez Prezesa Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej i dyrektorów regionalnych zarządów gospodarki wodnej w trybie podania do publicznej wiadomości dla zapewnienia aktywnego udziału wszystkich zainteresowanych w przygotowaniu oraz aktualizacji planów przeciwdziałania skutkom suszy. Chodzi w tym wypadku o harmonogram i program prac związanych z przygotowaniem planów przeciwdziałania skutkom suszy oraz projekty planów przeciwdziałania skutkom suszy, a w ich następstwie materiały źródłowe wykorzystane do przygotowania projektów planów, o których mowa powyżej (art. 88s ust. 3 oraz art. 88s ust. 4). Trzeba wskazać, że w przedstawiony sposób

39 Dz. U. z 2008 r., nr 199, poz. 1227.

ustawodawca wyraźnie daje wyraz potwierdzenia dbałości o dobro jednostki, o zapewnienie realizacji ochrony jej interesu prawnego. Urzeczywistnieniem powyższego ma być zapewnienie możliwości uczestnictwa samym zainteresowanym w pracach nad przygotowaniem stosownej dokumentacji w tym przedmiocie. Jest to bez wątpienia przejaw kontroli społecznej – kontroli wstępnej, która ma na celu zapewnienie prawidłowości i nienaruszalności interesów jednostki. W efekcie na tej podstawie można domniemywać potwierdzenia założenia o stanowieniu kategorii ochrony interesu prawnego, ujmowanej przez pryzmat dostępu do informacji publicznej.

4. Udostępnianie przez podmioty wskazane powyżej materiałów źródłowych wykorzystywanych do opracowania projektu planu zagospodarowania wodami na obszarze dorzecza, w odniesieniu co do których ustawodawca również stwarza możliwości składania pisemnych uwag do ustaleń w nich zawartych w terminie sześciu miesięcy od dnia podania do publicznej wiadomości (art. 119 ust. 8 i 9).

W prowadzonych rozważaniach poświęconych problematyce udostępniania informacji na płaszczyźnie regulacji prawa wodnego, warto też zwrócić uwagę na zapisy zawarte w rozdziale szóstym pt. Kataster wodny. Co istotne, już sama definicja legalna wspomnianej instytucji nawiązuje do zagadnienia informacji, albowiem zgodnie z art. 153 ust. 1 PrWod U: „Kataster wodny jest systemem informacyjnym o gospodarowaniu wodami, składającym się z dwóch działów [...]”. Z kolei w art. 155 ust. 1 ustawodawca zobowiązuje m.in. organy administracji publicznej oraz instytuty badawcze do nieodpłatnego przekazywania danych niezbędnych do prowadzenia katastru wodnego, jednocześnie pomijając wskazanie adresata przejawiającego potencjalne zainteresowanie owymi informacjami. Podążając dalej niniejszym wątkiem, trzeba ponadto nadmienić, że ustawa nie ogranicza się do określenia realizacji procesu udostępnienia wyłącznie w odniesieniu do danych niezbędnych do prowadzenia systemu, o którym mowa, ale również w zakresie jego samego i jego treści. Co powoduje, że jeżeliby ten kataster ujmować w kategoriach zbioru informacji, wówczas należałoby wskazać na zawarte w art. 6 ust. 1 pkt. 3 lit. f uregulowanie odnoszące się do kwalifikowania procesu udostępniania informacji o jego prowadzeniu i sposobie rozpowszechniania danych w nim zawartych jako udostępniania w myśl regulacji UDIP. Nie dotyczy to natomiast samego procesu rozpowszechniania jego treści. Co istotne, o ile kwalifikacja regulacji determinuje szczególność ich charakteru, o tyle podobieństwo powyższych zapisów do regulacji ogólnych w przedmiocie dostępu również jest dostrzegalne i uwidacznia się w rozdzieleniu na nieodpłatność oraz odpłatność „procesu informacyjnego”. Nieodpłatność jako pewnego rodzaju zjawisko urasta w tym miejscu (podobnie jak na gruncie regulacji ogólnych w omawianym przedmiocie) do rangi zasady, od której odstępstwo jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy przygotowanie i udostępnienie ze względu odmienną formę pociąga za sobą konieczność pobrania opłaty⁴⁰.

40 Na zakończenie trzeba jeszcze zwrócić uwagę na wyjątkowe odesłanie zawarte w art. 155 ust. 3 PrWodU. Zgodnie z jego treścią wyszukiwanie informacji, sporządzanie kopii dokumentów oraz ich przesyłanie odbywa się na podstawie przepisów ustawy – Prawo ochrony środowiska, które adekwatnie do cytowanego zapisu mają regulować zasady dostępu do informacji o środowisku i jego ochronie. Niemniej jednak, powyższy zapis wzbudza

Jak wynika z przedstawionej analizy, całokształt aspektów związanych z realizacją ochrony interesu informacyjnego na płaszczyźnie dostępu do informacji w regulacjach poświęconych korzystaniu z rzeczy publicznych jest złożony. W jego ramach można doszukiwać się występowania rozmaitych form i środków udostępnienia zarówno informacji publicznych jak i również takich danych, które nie posiadają charakteru „wiedzy publicznej”. Niewątpliwie analizując zakres omówionych powyżej regulacji dotyczących przedmiotowego „korzystania”, należy wskazać na występowanie elementów trojakiiego rodzaju. Po pierwsze, należy wyróżnić te elementy i instrumenty, które są typowe dla omawianego procesu udostępniania informacji publicznych określonego przepisami UDIP, z tym że podlegają one uszczegółowieniu na gruncie regulacji z zakresu administracyjnego prawa materialnego. Z drugiej strony, na uwagę zasługują także te konstrukcje prawne, które nie stanowią powielenia regulacji ogólnych i które jako takie tworzą wyraźny katalog odrębny dotyczący realizacji procesu ujawnienia danych publicznych. Z kolei trzecią grupę tworzą te elementy i konstrukcje, które jedynie pozornie nawiązują do procesu udostępnienia w trybie UDIP, albowiem będąc danymi publicznymi występującymi w formie aktów powszechnie obowiązującego prawa, podlegają udostępnieniu na podstawie przepisów szczególnych bądź też nie spełniając przesłanek pojęcia informacji publicznej eliminują tego rodzaju kwalifikację i istnienie przedmiotowego procesu.

Niezależnie jednak od występującej konfiguracji, rodzaju czy też od przyjętej formy, cel niniejszych środków i konstrukcji jest wspólny, a mianowicie chodzi o zapewnienie powszechnej możliwości zaznajomienia się przez podmioty zainteresowane z tego rodzaju wiedzą, której oczekują, a która jest im niezbędną, m.in. w celu realizacji innych uprawnień obywatelskich. W ujęciu ogólnym chodzi o zagwarantowanie przez ustawodawcę realizacji szeroko rozumianej ochrony interesu prawnego jednostek.

Aktualnie nie ma już wątpliwości, że proces udostępniania informacji jest nie tylko koniecznym warunkiem, ale również sprawnym narzędziem realizacji licznych uprawnień obywatelskich. Uwidacznia się to tym bardziej, gdy w grę wchodzi udostępnianie przy wykorzystaniu środków tzw. nowej technologii, które już w swoim założeniu mają ułatwiać i przyspieszać uzyskanie tego, co stanowi „punkt kulminacyjny” informacyjnych oczekiwań jednostki. A zatem dokładne określenie, kiedy przysługuje powszechne prawo do informacji, jaki zakres spraw obejmuje swoim znaczeniem, jak również precyzyjne ustalenie sposobów jego realizacji, stanowi absolutną podstawę należytego funkcjonowania demokratycznego państwa prawa. Ma to znaczenie ogólne, również odnoszące się do konkretnych danych występujących w procesie korzystania z tzw. rzeczy powszechnego użytku.

kontrowersje i należy go potraktować jako pewnego rodzaju niedopatrzenie ustawodawcy. Zgodnie z aktualnymi regulacjami w zakresie ochrony środowiska obowiązujący uprzednio rozdział dotyczący informacji o środowisku został uchylony na rzecz odrębnej ustawy regulującej kwestię udostępniania informacji tego rodzaju.

Rodzaje czynności będących elementami świadczenia pośrednika lub przedsiębiorcy jako strony umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami

Types of Actions Constituting Services of Estate Agent or Entrepreneur as Parties of the Contract in Real Estate Trade

The essence of real estate purchase contract is described in Article 180 paragraph 4 of Real Estate Trade Act which states that by real estate purchase contract estate agent or any another subject providing real estate services is obliged to undertake activities for the contractor which will lead to concluding contracts mentioned in Article 180 paragraph 1 of Real Estate Trade Act and the contractor is obliged to pay estate agent or the subject mentioned in Article 179 paragraph 3 of Real Estate Trade Act the fee.

Bearing the above in mind, it can be stated that an obligation of an estate agent to undertake activities leading to conclude an agreement defined in real estate purchase contract and an obligation of a contractor to pay the fee constitute its essentialia negotii.

Parties to real estate purchase contract are thus obliged to determine the range of real estate agency services. The contract which does not contain this resolve cannot be valid as regulations of Article 180 of Real Estate Trade Act state it to be mandatory which means that the contract that violates this regulation is void.

Obligation to conduct estate agency activities is the feature which distinguishes real estate purchase contract from a commercial contract where, due to its character, there is no such obligation.

Monika Lejcyk

*magister prawa,
Uniwersytet Marii Curie – Skłodowskiej
w Lublinie*

Istotę umowy pośrednictwa wyraża art. 180 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami (dalej jako u.g.n.)¹, który stanowi, że przez umowę pośrednictwa pośrednik w obrocie nieruchomościami lub inny podmiot prowadzący działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających

1 Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.

do zawarcia umów wymienionych w art. 180 ust. 1 u.g.n., a zamawiający zobowiązuje się do zapłaty pośrednikowi w obrocie nieruchomościami lub podmiotowi, o którym mowa w art. 179 ust. 3 u.g.n., wynagrodzenia. Mając na względzie powyższe, można stwierdzić, że do jej *essentialia negotii* należy zobowiązanie pośrednika do podejmowania czynności zmierzających do zawarcia umowy określonej w umowie pośrednictwa oraz zobowiązanie zleceniodawcy do zapłaty wynagrodzenia².

Zakres czynności pośrednictwa jest zatem jednym z elementów przedmiotowo istotnych umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Wskazuje na to również art. 180 ust. 3 u.g.n., który stanowi przepis bezwzględnie obowiązujący. Strony umowy o pośrednictwo są więc zobowiązane do ustalenia w niej zakresu czynności pośrednictwa. W ustawie nie zostało jednak sprecyzowane pojęcie „zakresu czynności pośrednictwa”, poza wskazaniem w ust. 1 art. 180 u.g.n., że są to czynności zmierzające do zawarcia przez inne osoby umów mających za przedmiot szeroko pojęte prawa do nieruchomości. Kluczowe dla odpowiedzi na pytanie, jakie czynności uznać za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, jest spojrzenie na nie przez pryzmat ich charakteru. Można uznać, że do czynności pośrednictwa należy zakwalifikować wszystkie czynności faktyczne związane z działalnością zawodową, które zmierzają do zawarcia przez inne osoby umów dotyczących obrotu nieruchomościami, dokonywane na rzecz zamawiającego. Nie sposób również przeoczyć użytego we wspomnianym art. 180 u.g.n. zwrotu „czynności zmierzające do zawarcia przez inne osoby umów”, który wskazuje, że pośrednik w obrocie nieruchomościami tworzy jedynie określone sytuacje faktyczne pozwalające osiągnąć zamierzony cel w postaci zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a osobą trzecią. Cel ten może być osiągnięty, wyłącznie gdy oświadczenie woli złoży zamawiający, a nie pośrednik. Nie ulega zatem wątpliwości, że pośrednik nie może być stroną umowy zawieranej z jego udziałem jako pośrednika. W przypadku wykonywania pośrednictwa na swoją rzecz, zawartej z zamawiającym, umowy nie można uznać za umowę pośrednictwa a w konsekwencji wykonywanych przez pośrednika czynności za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Pośrednik nie może być również pełnomocnikiem czy reprezentantem jednej ze stron umowy podstawowej. Czynności nie mogą być wykonywane w ramach umowy o pracę ani umowy stałego zlecenia, gdyż brak wówczas charakterystycznego dla pośrednictwa elementu niezależności³. Wobec powyższego sprzedaż majątku upadłego przez syndyka nie jest pośrednictwem w obrocie nieruchomościami, gdyż nie polega na skojarzeniu dwóch niezależnych stron transakcji. W zakres

2 Tak S. Kalus, *Pozycja prawna uczestników rynku nieruchomości*, Warszawa 2009, s. 156; E. Bończyk-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 910.

3 Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 sierpnia 2004 r. oddalając skargę na decyzję Prezesa Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast w przedmiocie odmowy nadania licencji zawodowej w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że skoro skarżąca była zatrudniona jako pracownik samorządowy, to wykonywanej przez nią działalności nie można uznać za pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami. Pośredniczenie w nabywaniu lub zbywaniu przez pracodawcę nieruchomości nie jest objęte działalnością zawodową w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Zob. Wyrok WSA z dnia 3 sierpnia 2004, I S.A. 3133/02, niepubl.

pośrednictwa w obrocie nieruchomościami nie wchodzi także czynności wykonywane przez likwidatora i zarządcę komisarycznego⁴.

Przewidując wykonywanie przez pośredników czynności zmierzających do zawarcia umów przez inne osoby, art. 180 ust 1 u.g.n. nie precyzuje jakiego rodzaju mają to być czynności i nie stawia w tym zakresie żadnych ograniczeń. Jednak nie wszystkie czynności związane z szeroko rozumianym obrotem nieruchomościami można uznać za czynności pośrednictwa. Należy mieć na uwadze cel wykonywania tych czynności, bowiem powinny one zmierzać do zawarcia jednej z umów z zakresu obrotu nieruchomościami określonych ww. przepisie. Z tych względów nie można uznać za czynności z zakresu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami takich czynności jak doradztwo prawne, podatkowe lub geodezyjne, wykonywanie usług z zakresu ustalania stanów prawnych nieruchomości oraz ich rozgraniczania⁵. Porządkowanie stanu ewidencyjnego i prawnego nieruchomości, choćby nawet było niezbędne, aby mogło nastąpić zbycie nieruchomości nie można zaliczyć do czynności zmierzających do zawarcia przyszłej umowy. Takie działania służą przede wszystkim ustaleniu granic nieruchomości i zakresu przysługującego właścicielowi prawa do nieruchomości, dlatego nie są wykonywaniem czynności z zakresu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Należy nadmienić, że dopuszczalne jest jakoby pośrednik dysponujący odpowiednią wiedzą i uprawnieniami mógł wykonywać takie prace w ramach swobody umów, ale jako niewchodzące w zakres pośrednictwa w obrocie nieruchomościami tego typu prace nie będą podlegały obowiązkowemu ubezpieczeniu OC i nie będą również objęte zawodową odpowiedzialnością pośrednika (ewentualnie w związku z ich wykonywaniem pośrednik może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych).

Za czynności pośrednictwa nie można uznać również sporządzania opracowań i ekspertyz oraz doradztwa w zakresie rynku nieruchomości (art. 180 ust. 1a u.g.n.). Mimo że przedmiotowe czynności nie stanowią *sensu stricto* o istocie pośrednictwa, to wchodzi one do katalogu czynności zawodowych, których wykonania pośrednik w obrocie nieruchomościami może się podjąć, a zatem wiążą się z jego odpowiedzialnością zawodową za wykonanie lub nienależyte wykonanie tych czynności na podstawie art. 183 ust. 1 u.g.n. Opracowania i ekspertyzy mogą być sporządzane na podstawie umowy o dzieło, a umowa o „doradztwo nieruchomościowe” jest umową starannego działania, do której na podstawie art. 750 k.c.⁶ można stosować przepisy o zleceniu⁷. Wobec tego, jakkolwiek ustawa dopuszcza świadczenie usług doradczych na rzecz wszystkich podmiotów, także jednostek samorządu terytorialnego i Skarbu Państwa, tak umowa o pośrednictwo nie obejmuje sporządzania

4 Teza wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2005 r. stanowi, iż „czynności wykonywane jako syndyka, likwidatora i zarządcy komisarycznego nie były czynnościami pośrednictwa w rozumieniu art. 180 u.g.n.” Zob. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 lutego 2005 r., I SA/Wa 1977/04, LEX nr 165715. Por. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 lutego 2005 r. I SA/Wa 2037/04, LEX nr 165727.

5 Tak NSA w wyroku z dnia 27 lutego 2002 r., I SA 1896/00, LEX nr 81675.

6 Zob. P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2013, s. 1237-1239.

7 S. Kalus, *Problematyka prawna doradztwa nieruchomościowego*, „Nieruchomości” nr 12, 2007, s. 6.

opinii i ekspertyz dotyczących rynku nieruchomości, które ewentualnie mogą być przedmiotem innej (osobnej) umowy.

Czynności wykonywane w ramach umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, można podzielić na czynności pośrednictwa oraz czynności pomocnicze. Mimo iż podział taki znajduje swoje uzasadnienie w treści art. 180 ust. 2 u.g.n., to podobnie jak w przypadku czynności pośrednictwa ustawa nie zawiera definicji czynności pomocniczych. Pośrednik powinien wykonywać czynność pośrednictwa osobiście, ale w ograniczonym zakresie może korzystać z pomocy innych osób. W ujęciu podmiotowym każda czynność jest pomocnicza, jeśli wykonuje ją pomocnik (asystent). Wszystkie czynności wykonywane przez asystentów powinny być bezpośrednio nadzorowane przez pośrednika i to on ponosi za nie odpowiedzialność zawodową. Deliktem dyscyplinarnym zagrożonym odpowiedzialnością zawodową jest nierzetelne wykonywanie bezpośredniego nadzoru pośrednika nad pomocnikiem, jak również powierzenie czynności pomocniczych osobie, która z uwagi na brak przygotowania merytorycznego nie gwarantuje właściwego ich wykonania. Konsekwencje nietrafnego wyboru pomocnika ponosi wykonawca umowy pośrednictwa⁸.

Czynności pośrednictwa nie można utożsamiać z czynnościami pomocniczymi. Czynnościami pośrednictwa, a nie czynnościami pomocniczymi, są czynności określone w art. 181 ust. 6 u.g.n., polegające na prawie wglądu oraz pobierania stosownych odpisów, wypisów i zaświadczeń odnośnie danych zawartych w: księgach wieczystych, katastrze nieruchomości, ewidencji sieci uzbrojenia terenu, tabelach taksacyjnych i mapach taksacyjnych, planach miejscowych, studiach uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gmin oraz decyzjach o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, rejestrach osób, którym przysługują spółdzielcze ograniczone prawa rzeczowe (określone w art. 180 ust.1 pkt 2 u.g.n.) oraz prawach odrębnej własności lokalu a także w ewidencji ludności i świadectwie charakterystyki energetycznej budynku, lokalu mieszkalnego lub części budynku stanowiącej samodzielną całość techniczno-użytkową⁹. Wszystkie wskazane powyżej instytucje mają charakter rejestrowy, rozumiany jako zbiór określonych informacji. Są one wymienione enumeratywnie i katalog je określający należy uznać za zamknięty. Oznacza to, że pośrednik w obrocie nieruchomościami nie może na podstawie samej umowy pośrednictwa pobierać zaświadczeń od spółek zajmujących się dostawą gazu, elektryczności, sygnałów telefonicznych czy telewizyjnych, bo te nie zostały *expressis verbis* wyszczególnione w powyższym przepisie¹⁰. Prawo dostępu do informacji, z których wynika stan prawny przedmiotu umowy, przysługuje tylko

-
- 8 Zob. W. Karpiński, *Czynności pomocnicze wobec pośrednictwa w obrocie nieruchomościami*, „Nieruchomości” nr 3, 2010, s. 35.
 - 9 Ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz ustawy o gospodarce nieruchomościami, Dz. U. Nr 161, poz. 1279, wprowadzono m.in. zmianę w art. 181 ust. 6 u.g.n., dodając nowy pkt 8, rozszerzając tym samym katalog dokumentów dostępnych dla pośrednika, a niezbędnych w jego działalności usługowej. Niniejsze zmiany w zakresie swojej regulacji dokonują implementacji postanowień dyrektywy 2002/91/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 grudnia 2002 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków, Dz. Urz. UE L 1, s. 65-71.
 - 10 Por. Ministerstwo Budownictwa, Departament Regulacji Rynku Nieruchomości: *Orzecznictwo Komisji Odpowiedzialności Zawodowej sekcji dla pośredników w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2006, s. 13.

pośrednikowi i tylko przy wykonywaniu działalności zawodowej w związku z zawartą umową pośrednictwa w obrocie nieruchomościami i w zakresie objętym tą umową. Zatem uprawnienie pośrednika (prawo do wglądu oraz prawo do pobierania stosownego zaświadczenia potwierdzającego zaistniały w danym rejestrze stan) podlega dodatkowym ograniczeniom, ponieważ ich granice określa sama umowa pośrednictwa. Należy także podkreślić, że uprawnienia te mogą być rozszerzone podmiotowo, gdy nie są zastrzeżone tylko do wyłącznej kompetencji pośredników. Zatem każda osoba, która od uprawnionego umocowana zostanie stosownym pełnomocnictwem, może otrzymać określone odpisy, wypisy i zaświadczenia. W tym przypadku dochodzi do rozszerzenia podmiotowego osób uprawnionych na podstawie oświadczenia woli zamawiającego. Ponieważ jednak część wymienionych rejestrów ma charakter jawny, więc i pozyskane z nich informacje są jawne, zatem rozszerzenie podmiotowe następuje w tym przypadku z mocy prawa na podstawie odrębnych przepisów.

Powyższe rozważania wskazują, że czynnościami pośrednictwa są te działania, które:

1. wykonywać może wyłącznie pośrednik w obrocie nieruchomościami wskazany w umowie;
2. objęte są zakresem czynności pośrednictwa ustalonym w umowie o pośrednictwo.

Do podstawowych czynności pośrednika należą w szczególności te związane z ustalaniem ceny nieruchomości, doradztwem czy udziałem w rokowaniach oraz wszelkiego rodzaju zabiegi związane z kształtowaniem i negocjowaniem treści przyszłej umowy, jak skłanianie osoby trzeciej do przyjęcia oferty lub obu stron do wzajemnych ustępstw i zmiany oferty¹¹.

Czynności pośrednictwa są to zatem główne i podstawowe czynności wynikające z zawartej z zamawiającym umowy, których zakres określa umowa pośrednictwa. Z uwagi na ich rangę, czynności tych mogą dokonywać wyłącznie osoby posiadające licencję zawodową. Natomiast czynności pomocnicze, wykonywane zasadniczo przez pomocnika pośrednika, mają charakter uboczny w stosunku do czynności pośrednictwa i wspomagający wobec realizacji zadań ukierunkowanych wprost na obrót nieruchomością¹². Zakresem czynności pomocniczych można objąć wszelkie czynności biurowe, organizacyjno-techniczne oraz czynności, które zmierzają do wskazania nabywcy lub wyszukania nieruchomości. Należą do nich m.in. wskazywanie lokalizacji, gromadzenie i udzielanie osobom zainteresowanym ogólnych informacji o oferowanych do obrotu nieruchomościach, pomoc w tworzeniu, prowadzeniu i aktualizacji baz danych o klientach i nieruchomościach, obsługa komunikacji, czyli przepływu informacji pomiędzy pośrednikiem a zamawiającym usługę, czy też prezentowanie obiektów w oparciu o materiały przygotowane przez pośrednika¹³.

11 S. Gorgul, R.M. Karpiński, *Odpowiedzialność cywilna za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomości, cz. I*, „Nieruchomości” nr 8, 2008, s. 7.

12 Zob. J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1251.

13 Por. W. Karpiński, *Nowa jakość zawodu pośrednika, cz. I*, „Nieruchomości” nr 10, 2004, s. 7.

Zakres czynności pomocniczych w odróżnieniu od czynności pośrednictwa nie musi być określony w umowie z zamawiającym usługę. Uprawnionymi do wykonywania czynności pomocniczych są zarówno pośrednicy w obrocie nieruchomościami, jak i osoby, które nie posiadają licencji zawodowych. Nadmienić należy, że pomocnictwo nie oznacza zastępstwa w czynnościach, które wymagają zawodowego przygotowania i wiedzy pośrednika.

Od czynności pośrednictwa i czynności pomocniczych należy odróżnić czynności związane z przygotowaniem umowy o pośrednictwo (np. pozyskaniem zamawiającego) i uzgadnianiem jej treści, które można określić jako czynności przygotowawcze oraz czynności po zakończeniu umowy, tzw. czynności końcowe. Zważyć należy na chwilę ich dokonywania. Czynności pośrednictwa i pomocnicze wykonywane są od chwili zawarcia umowy o pośrednictwo do chwili jej zakończenia. Czynności przygotowawcze i końcowe nie są objęte działalnością zawodową i dokonywane są przed lub po zawarciu umowy.

W związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa na pośredniku ciążyą pewne obowiązki związane z wykonywaniem zawodu. Przepis art. 181 ust.1 u.g.n. obliuguje pośrednika do wykonywania czynności pośrednictwa zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, standardów zawodowych, ze szczególną starannością właściwą dla zawodowego charakteru tych czynności oraz do przestrzegania zasad etyki zawodowej.

Na gruncie prawa cywilnego obowiązek stosowania przepisów prawa oznacza takie działanie lub zaniechanie pośrednika, które nie narusza norm bezwzględnie obowiązujących, ani nie próbuje ich obejść. W świetle prawa karnego, obowiązek ten oznacza niepopelnianie żadnych czynów zabronionych. Każde działanie, które wypełnia znamiona czynu zabronionego i zostanie udowodnione, podlega penalizacji. Ponieważ art. 181 u.g.n. stanowi podstawę prawną wynikającą z prawa materialnego, dlatego niewykonanie zawartych w nim obowiązków stanowi naruszenie prawa. Natomiast w przypadku zasad etyki i standardów, które ze swej istoty nie są prawem, obowiązek ich stosowania jest prawem nakazany. Stosowanie przepisów prawa oznacza działanie wyłącznie w granicach określonych temu zawodowi przez ustawę. Wyznaczony zakres przedmiotu pośrednictwa nie pozwala więc na podejmowanie czynności, które wprawdzie mogą pozostawać w związku z obrotem nieruchomościami, lecz są zastrzeżone dla innych podmiotów, np. notariuszy¹⁴, rzeczoznawców majątkowych, geodetów czy doradców podatkowych¹⁵. Największe problemy w praktyce budzi ustalenie granicy pomiędzy czynnościami zawodowymi pośrednika a zakresem kompetencji zastrzeżonych ustawowo dla przedstawicieli zawodów prawniczych. Pośrednik nie jest uprawniony do świadczenia obsługi prawnej transakcji, jeśli nie jest jednocześnie adwokatem lub radcą prawnym. Nie powinien zatem świadczyć w ramach czynności zawodowych pomocy, polegającej na sporządzaniu umów przedwstępnych zawierających przyrzeczenia obrotu nieruchomością, umów najmu nieruchomości, czy też brać udział w regulacji stanów prawnych

14 Zob. A. Oleszko, *Staranność zawodowa notariusza jako przestępstwo odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnej*, „Rejent”, nr 11, 1999, s. 115-128; A. Oleszko, *Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza*, „Rejent” nr 10, 2007, s. 9-25.

15 W. Karpiński, *Obowiązki pośrednika w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami, cz. I*, „Nieruchomości” nr 4, 2006, s. 37.

nieruchomości. Za czynności pośrednictwa nie można uznać również udzielania porad prawnych¹⁶. Dopuszczalne jest natomiast udostępnianie zamawiającym opracowanych w ramach korporacji wzorów i druków, które mogą być przydatne do sporządzenia umów zmierzających do obrotu nieruchomością. Wydaje się, że pośrednik nie narusza tego zakazu również wówczas, jeśli udziela klientowi informacji o treści przepisów prawnych lub wskazuje sposoby rozstrzygnięcia problemów natury prawnej, jakie mogą pojawić się w trakcie przygotowań do transakcji czy w trakcie jej realizacji. Zasadnicze znaczenie mają bowiem cechy tych działań, które nie powinny wykraczać poza sferę usługi pośrednictwa, gdyż wówczas tracą swój akcesoryjny charakter wobec czynności zawodowych pośrednika.

Standardy zawodowe zostały zdefiniowane w art. 4 pkt 14 ustawy jako reguły postępowania przy wykonywaniu zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami, ustalone zgodnie z przepisami prawa. W tym kontekście można zwrócić uwagę na funkcję uzupełniającą standardów wobec prawa. Stwierdzenie to jest zasadne, jeśli uznamy, że standardy powinny objaśniać kwestie, co do których nie można znaleźć wyjaśnienia w przepisach prawa, a ich znajomość jest niezbędna do prawidłowego wykonywania czynności pośrednictwa. Należy podkreślić, że standardy zawodowe nie obowiązują przedsiębiorcy, a jedynie pośrednika, ponieważ posiada on licencję zawodową. Zgodnie z art. 181 ust. 5 u.g.n., standardy zawodowe ustalają organizacje zawodowe pośredników w obrocie nieruchomościami w uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa. Komunikat ministra w tej sprawie został podpisany 18 marca 2009 roku, a standardy zawodowe pośredników w obrocie nieruchomościami weszły w życie z dniem ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Ministra Infrastruktury, to jest z dniem 23 kwietnia 2009 roku¹⁷ Przyjęta forma prawna, w jakiej standardy zawodowe są publikowane, nasuwa pewne wątpliwości, ponieważ „komunikat” nie należy do źródeł prawa powszechnie obowiązującego, w związku z czym jego treść nie ma charakteru wiążącego, a jedynie stanowi źródło pewnych reguł i wskazówek interpretacyjnych, co w zasadzie potwierdza definicja ustawowa z art. 4 pkt 14 u.g.n. Mimo zasygnalizowanych wątpliwości należy jednak uznać, że

16 Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 lutego 2002 r., I S.A.1896/00, LEX Nr 81675 stwierdził, że doradztwo prawne nie jest wykonywaniem czynności z zakresu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.

17 Pierwszym dokumentem określającym reguły postępowania przy wykonywaniu czynności pośrednictwa był „Kodeks Etyki i Standardy Zawodowe Pośredników w Obrocie Nieruchomościami”, przyjęty w 1996 r. podczas II Krajowego Kongresu Pośredników w Obrocie Nieruchomościami. Dokument z roku 1996 był kilkakrotnie zmieniany i wreszcie zastąpiony nowym zбором standardów, uchwalonym 19 grudnia 2003 roku przez Radę Krajową Polskiej Federacji Rynku Nieruchomości. Według nowych zasad, czyli po uzgodnieniu Ministrem Infrastruktury, reguły postępowania pośredników zostały przyjęte po raz pierwszy 15 marca 2005 roku – Komunikat Ministra Infrastruktury z dnia 28 kwietnia 2005 roku w sprawie uzgodnienia Standardów zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami, Dz. Urz. MI Nr 6 poz. 37. Aktualnie obowiązujące standardy zawodowe zostały przyjęte przez Polską Federację Rynku Nieruchomości w porozumieniu z Powszechnym Towarzystwem Ekspertów i Doradców Rynku Nieruchomości – Komunikat Ministra Infrastruktury z dnia 18 marca 2009 roku w sprawie uzgodnienia Standardów zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami, Dz. Urz. Ministra Infrastruktury Nr 3 poz.14 z 23 kwietnia 2009 roku. Standardy zawodowe pośredników w obrocie nieruchomościami stanowią załącznik nr 1 do Komunikatu.

standardy zawodowe obowiązują pośredników obrocie nieruchomościami, a ich niesposobienie może skutkować odpowiedzialnością zawodową.

W powołanym wcześniej Komunikacie Ministra Infrastruktury z 18 marca 2009 roku, łącznie ze standardami zawodowymi określone zostały zasady etyki zawodowej pośrednika. Przez etykę w ujęciu słownikowym należy rozumieć ogół zasad i norm postępowania obowiązujących w danej epoce i środowisku.¹⁸ Natomiast, L. Kadosk ujmuje ten termin następująco: „etyka na rynku nieruchomości może być najlepiej zdefiniowana jako użytkowanie etycznych zachowań pomiędzy partnerami biznesowymi na rynku nieruchomości”¹⁹. Postanowienia nakazujące wskazują bądź utrwalają zachowania uznawane za etycznie poprawne, zakazy natomiast spełniają rolę bardziej zapobiegawczą. Zasady etyki zawodowej zawarte w standardach zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami, nakładają na pośrednika liczne obowiązki skłaniające do znajomości przepisów prawa i aktualnych tendencji rynkowych. Zobowiązują do wykonywania zawodu rzetelnie, z zawodową godnością i na profesjonalnym poziomie. Nakazują uczciwe oraz równe traktowanie wszystkich stron transakcji. Zobowiązują do przestrzegania tajemnicy zawodowej. Warto zwrócić uwagę, że w regulacji prawnej zawodu pośrednika nastąpiło ścisłe powiązanie prawa i etyki. Ponieważ ustawa o gospodarce nieruchomościami nałożyła na pośrednika obowiązek przestrzegania zasad etyki zawodowej, stąd działanie zgodne z normami moralnymi stało się obowiązkiem prawnym²⁰. Podobne znaczenie uzyskały standardy zawodowe, do których odniósł się ustawodawca, nadając im znaczenie prawne. Przy czym, o ile moralność ze względu na swój uniwersalny charakter ma dla każdego pośrednika znaczenie bardziej osobiste niż zawodowe, to standardy ściśle wiążą się z czynnościami zawodowymi.

Z uwagi na profesjonalny charakter działalności art. 181 ust.1 u.g.n. zobowiązuje również pośrednika do wykonywania czynności pośrednictwa ze szczególną starannością właściwą dla ich zawodowego charakteru. Jest to podstawowy obowiązek pośrednika. Właśnie poprzez określenie, czy czynności pośrednictwa były wykonywane ze szczególną starannością, można zbadać, czy dany pośrednik (przedsiębiorca) prawidłowo wykonywał umowę. Zważyć należy, że ustawa nie definiuje pojęcia „szczególnej staranności”. W Kodeksie cywilnym przyjęty został obiektywny miernik staranności, gdyż w art. 355 k.c. mowa jest o należytej staranności, czyli staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju²¹, którą w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowanej do działalności osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy oraz okoliczności w jakich działanie

18 W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 2000, s. 159.

19 L. Kadosk [w:] *Real Estate Handbook*, red. R. Irwin, New York 1993, s. 123.

20 Wydaje się, że pomimo swojej obecności w ustawie etyka jest zbyt mało eksponowana w praktyce. Konieczność zachowań etycznych podkreśla się zwłaszcza w krajach o ustabilizowanych i rozwiniętych rynkach. Szerzej na ten temat: M. Bryx, *Rynek nieruchomości. System i funkcjonowanie*, Warszawa 2006.

21 T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, ks. III, *Zobowiązania*, red. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski et al., t. I, Warszawa 2011 s. 33.

to następuje²². Szczególna staranność, o której mowa w art. 181 ust.1 u.g.n., polega na wymaganii specjalnego zachowania właściwego dla profesjonalisty. Nie chodzi zatem o postępowanie wykazujące ogólnie pojętą staranność z takimi cechami jak: sumienność, ostrożność, dokładność czy konsekwencja. Wymogi w tym przypadku są surowsze, odnoszą się do specyfiki zawodu, w którym obowiązuje wiedza i staranność specjalna, a nie powszechna. Z tego wynikałoby, że szczególna staranność jest dalej idąca w stosunku do należytej staranności i stosuje się więc do niej zaostrzone kryteria (w porównaniu z należytą starannością). Powyższy wywód potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 stycznia 2008 roku rozpatrujący odpowiedzialność pośrednika wynikającą z zawartej umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomością, który stwierdził, że „wzorzec staranności pośrednika w obrocie nieruchomościami dotyczy zwiększonego oczekiwania co do umiejętności i wiedzy oraz rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania a także znajomości prawa oraz następstw wynikających z prowadzonej działalności”²³.

Pośrednik wykonując umowę powinien zrobić, w granicach prawa oraz możliwości faktycznych, wszystko to, co jest mu dostępne, aby wykonać ciążące na nim obowiązki. Dbając o szczególną staranność wykonywanych w ramach zobowiązań umownych czynności, powinien gromadzić i następnie ujawniać zamawiającym usługę wszystkie dostępne informacje dotyczące stanu prawnego, faktycznego nieruchomości a także okoliczności transakcji oraz ewentualnych zagrożeń. Zatem przykładem profesjonalnego działania ze szczególną starannością będzie wgląd do księgi wieczystej, poproszenie o okazanie umowy lub aktu notarialnego przez sprzedającego a także sprawdzenie tożsamości sprzedającego po to, by upewnić się, czy rzeczywiście jest on właścicielem oferowanej do sprzedaży nieruchomości. Jednakże, jak wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 25 lutego 2008 roku²⁴, po okazaniu jednego dokumentu potwierdzającego tożsamość pośrednik nie powinien żądać okazania kolejnego, gdyż takie działanie wykraczałoby poza szczególną staranność właściwą dla profesjonalisty. Szczególna staranność w zawodzie pośrednika to także jego sprawność rynkowa, przez którą należy rozumieć²⁵:

1. szybkość w gromadzeniu informacji i ich wykorzystaniu w czasie podejmowania przez kontrahentów decyzji o obrocie nieruchomością;
2. umiejętność organizowania i utrzymywania kontaktów ze wszystkimi uczestnikami transakcji;
3. umiejętność identyfikacji i rozstrzygnięcia problemów, które mogą pojawić się we wszystkich fazach wykonywania zobowiązań wobec zamawiającego usługę, czyli w fazie przygotowawczej, zasadniczej i końcowej.

Pojęcie „szczegółnej staranności” związanej z charakterem zawodu pośrednika nie jest zatem stałe, jest pochodną licznych i zmiennych w czasie składników. W określeniu miernika owej staranności istotne znaczenie będą miały szczegółowe

22 Zob. Wyrok SN z dnia 25 września 2002 r., I CKN 971/00, niepubl. LEX nr 56902.

23 Wyrok SA w Poznaniu z 30 stycznia 2008 r., I Aca 1040/07, niepubl. LEX nr 466431.

24 Wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 lutego 2008 r., I C 1239/07, niepubl.

25 W. Karpiński, *Obowiązki pośrednika w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami, cz. II, „Nieruchomości” 6, 2006, s. 33.*

normy prawne, ukształtowane zwyczaje i reguły zawodowe (standardy). Zaprzeczeniem szczególnej staranności w czynnościach zawodowych pośrednika jest niedbalstwo, które może występować w postaci zaniedbania i błędów. Zarzut niedbalstwa postawiony wobec pośrednika może być uzasadniony wówczas, kiedy zachowa się on w sposób odbiegający od wzorcowego modelu postępowania pośrednika, stworzonego na podstawie przepisów prawa, etyki i standardów zawodowych oraz zwyczajów w tym segmencie usług²⁶. Miernik postępowania, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków niedających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności²⁷. Pośrednik odpowiada za dochowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu czynności uwzględniającej zasadę winy, a nie ryzyka. Oznacza to, że od pośrednika w obrocie nieruchomościami nie można wymagać podjęcia działań ponadprzeciętnych, przekraczających jego wiedzę lub takich, które pozostają poza zasięgiem jego możliwości²⁸. Uchybienie w zakresie szczególnej staranności może wystąpić wówczas, kiedy pośrednik wiedział o wadzie nieruchomości i zataił ją przed nabywcą albo podejrzewał istnienie wady i nie pouczył zamawiającego o możliwości lub ewentualnej potrzebie zlecenia ekspertyzy²⁹.

Miernik szczególnej staranności, właściwej dla zawodowego charakteru czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, jest jednakowy dla wszystkich podejmowanych przez pośrednika czynności i nie zależy od rodzaju umowy pośrednictwa. Miernika tego nie można różnicować w zależności od rodzaju umowy o pośrednictwo przyjmując inny rodzaj staranności przy „umowie otwartej”, a inny przy „umowie na wyłączność”³⁰.

Wskazane powyżej cztery zasady określające sposób wykonywania czynności pośrednictwa, zostały uzupełnione dodatkowo o zasadę lojalności, która zobowiązuje pośrednika do ochrony interesu osób, z którymi zawarł on umowę o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami. Lojalność pośrednika wobec zamawiającego jest niezmiernie ważnym aspektem, z którego wynika wiele konkretnych obowiązków. Jednym z ważniejszych jest obowiązek informowania zamawiającego o przedmiocie transakcji o jego stanie faktycznym prawnym, o warunkach transakcji a także o czynnikach mogących mieć wpływ na dojście do skutku umowy. Pośrednika

26 Zob. Wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03, niepubl.

27 Zob. Wyrok SN z dnia 23 października 2003 r., V CK 311/02, niepubl., LEX nr 82272.

28 Liczne przykłady naruszenia przez pośredników obowiązków dochowania szczególnej staranności przy wykonywaniu czynności zawodowych zostały przedstawiane w Orzecznictwie Komisji Odpowiedzialności Zawodowej sekcji dla pośredników w obrocie nieruchomościami, Ministerstwo Budownictwa Departament Regulacji Rynku Nieruchomości, Warszawa 2006.

29 Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy w odniesieniu do pośrednictwa w sprzedaży samochodu, gdzie przyjął, iż „[...] osoba, która w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pośredniczyła na rzecz obu stron przy zawieraniu umowy sprzedaży, odpowiada za szkodę poniesioną przez kupującego wskutek wady prawnej nabytego samochodu, o której wiedziała lub po zapoznaniu się z dokumentami i dokonawszy zwykłego przeglądu tego pojazdu z łatwością mogła ją wykryć” – Uchwała SN z dnia 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90 z głosem M. Nesterowicza, OSP 1991, Nr 10 poz. 230, s. 442-443.

30 Tak R.M. Karpiński, *Istota pośrednictwa w obrocie nieruchomościami*, Koszalin 2010, s. 109. Odmiennie J. Jaworski, *Zawód pośrednika w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2008, s. 118.

obowiązuje zatem zgodny z zasadami uczciwości w obrocie standard lojalności interesom kontrahenta, wyrażający się w tym, by umożliwić mu zawarcie najkorzystniejszej umowy. Zasada lojalności odgrywa najważniejszą rolę spośród wszystkich zasad, określających sposób wykonywania czynności pośrednictwa.

W świetle powyższego, można stwierdzić, że ustalenie przez strony umowy zakresu czynności pośrednictwa powinno nastąpić z następujących powodów³¹:

1. przepis ustawy obliguje do określenia w umowie o pośrednictwo zakresu czynności pośrednictwa;
2. stwierdzenie zakresu obowiązków pośrednictwa decyduje o ocenie, czy umowa została wykonana;³²
3. zakres czynności pośrednictwa jest wyznacznikiem ewentualnej odpowiedzialności cywilnoprawnej pośrednika lub przedsiębiorcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy;
4. zakres pośrednictwa wyznacza ramy odpowiedzialności zawodowej pośrednika w obrocie nieruchomościami.

Ponadto, w konkluzji należy skonstatować, że pośrednik w obrocie nieruchomościami jest zobowiązany do dokonywania czynności pośrednictwa przez cały okres trwania umowy, o ile strony umowy nie postanowiły inaczej. Obowiązek wykonywania czynności pośrednictwa jest bowiem cechą wyróżniającą umowę pośrednictwa w obrocie nieruchomościami od umowy o pośrednictwo zwykłe, gdzie z natury umowy wynika brak takiego obowiązku³³. Umowa, która nie zawiera w tym przedmiocie postanowienia, nie może być uznana za ważnie zawartą, ponieważ przepis jest normą bezwzględnie obowiązującą, co oznacza, że czynność prawna dokonana z jej naruszeniem jest nieważna. Oczywistym zdaje się być także, że ze względu na nieważną umowę pośrednik nie nabędzie prawa do wynagrodzenia także wtedy, gdy w wyniku podjętych przez niego czynności pośrednictwa zamawiający zawarł umowę główną z osobą trzecią.

31 R.M. Karpiński, *Istota...*, op. cit., s. 69-70.

32 Tak K. Górka, *Status prawny stron umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami*, „Przegląd Prawa Handlowego” 3, 2003, s. 47.

33 S. Gurgul, R.M. Karpiński, *Odpowiedzialność cywilna za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami*, cz. I, „Nieruchomości” nr 8, 2008, s. 5.



POLEMIKI

Adam Czarnota

Republikańska idea rządów prawa, czyli dlaczego filozof prawa potrzebuje wiedzy historycznej

Republican Idea of Rule of Law or why Legal Philosophers Need Historical Knowledge

A dominant trend in the contemporary legal theory is totally ahistorical. Legal theoreticians build their models and explanations without basic knowledge about historical facts and, more importantly, about the history of ideas. Some interpretations adopted by legal philosophers, such as an idea of rule of law, are misleading. In the text I try to show it through the analysis of the civic republican and liberal concepts of liberty with its consequences for the idea of rule of law.

Adam Czarnota

*profesor nauk prawnych,
Międzynarodowy Instytut Socjologii Prawa,
Uniwersytet w Białymstoku,
Uniwersytet Nowej Południowej Walii
w Sydney*

Wstęp

Lacińska paremia *historia magistra vitae est* w zachodniej kulturze stała się banałem. Mówi ona, że wiedza historyczna jest nauczycielką życia. Mam co do tego duże wątpliwości, a właściwie więcej, nie myślę żeby odzwierciedlała ona prawdę. Jak mówią socjologowie, we współczesnym społeczeństwie opartym na przyspieszonej zmianie społecznej wiedza historyczna nie za bardzo daje wskazówki jak żyć, nie jest nauczycielką życia. Nie znaczy to jednak, że wiedzę historyczną należy odrzucić jako zbędny balast. Wiedza historyczna dostarcza tożsamości, wiedzy skąd przyszliśmy, ale już nie za bardzo daje odpowiedź na pytanie dokąd zmierzamy. Wydaje mi się, że obywatel z tożsamością historyczną, z wiedzą na temat przebytej drogi, nie jest obywatelem z plasteliny, łatwym do ulepienia, zballamucenia, oszukania i poddania praniu mózgów. Nic dziwnego, że celem każdej

z wielkich rewolucji społecznych, czy to rewolucji francuskiej, czy rewolucji bolszewickiej, było tworzenie nowego człowieka pozbawionego zakorzenienia w historii i tradycji.

W teorii republikańskiej od Machiavellego wskazywano na konieczność zakorzenienia obywatela we wspólnocie politycznej. Obywatel miał więc jednostkową i zbiorową świadomość historyczną. To obok *real property* – własności nieruchomości – dawało mu przynależność do wspólnoty i stanowiło podstawę działania w oparciu o cnoty obywatelskie.

Ten krótki tekst ma dwa cele. Pierwszy to wskazanie na konieczność posiadania empirycznej wiedzy historycznej przez teoretyków prawa, drugi zaś to wskazanie na istnienie odmiennej niż koncepcja liberalna idei rządów prawa zapoznanej w procesie rozwoju historycznego.

Historia idei a filozofia prawa a niebezpieczeństwa współczesności

Historia idei to fascynująca dyscyplina, fascynująca i jednocześnie niedookreślona. Niedookreśloność to jej siła. Ta niedookreśloność historii idei politycznych i prawnych odzwierciedla się już w różnych nazwach przyjętych przez dyscyplinę: nielubiana przeze mnie historia doktryn polityczno-prawnych czy historia teorii politycznych, czy historia filozofii prawa i filozofii politycznej, czy też po prostu historia myśli politycznej i prawnej. Obstawę przy historii idei jako najbliższej desygnatowi. W końcu badacze, o których mi chodzi zajmują się badaniem myśli ludzkiej, myśli poświęconej polityce i prawu, a więc dwóm najistotniejszym zjawiskom związanych z życiem zbiorowym.

Na każdej konferencji poświęconej historii idei politycznych i prawnych czy to w Polsce, czy za jej granicami, zawsze uderzała, i nadal uderza, podwójna struktura prowadzonego tam dyskursu. Z jednej strony mamy badaczy przedstawiających swoje referaty, które są bardziej abstrakcyjne i uniwersalne, a pomimo zastosowanej metody diachronicznej są jednak bliższe podejściu filozoficznemu, a więc nadawaniu nowego znaczenia terminom, ideom i myśli twórców sprzed wieku. W pewnym stopniu popełniają oni grzech ahistoryzmu, wychodząc z teraźniejszości i próbując odczytać stare idee z punktu widzenia doświadczeń teraźniejszości.

Drugie podejście kładzie nacisk na historyczny kontekst i detal. Bardzo często wyklucza to możliwość prowadzenia dyskusji, bo na jakiegokolwiek zadane pytanie otrzymujemy odpowiedź, że źródła historyczne mówią to, choć przecież dobrze wiemy, że źródła same nic nie mówią, są jedynie medium, które trzeba poddać obróbce intelektualnej i z wykorzystaniem metod hermeneutycznych odczytać ich znaczenie. Nie chcę w tym miejscu wchodzić w kwestie metodologiczne, które kiedyś mnie tak fascynowały, ale powiem, że uznając konieczność pewnego rygoryzmu metodologicznego jestem jednocześnie daleki od terroryzmu metodologicznego charakteryzującego polską jurysprudencję.

Podobne zjawisko, ale à reborus, obserwuję na konferencjach poświęconych teorii i filozofii prawa. Ot, w lipcu 2013 brałem udział w kongresie Internationale Verein für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) w Belo Horizonte w Brazylii. Było jak zwykle mnóstwo referatów i nieomal wszystkie referaty teoretyczno- i filozoficzno-prawne były pozbawione jakiegokolwiek podstawy historycznej. Wyglądało to jakby uniwersalizm rozważań wymagał całkowitego oderwania do źródeł. Ba, na zadawane przeze mnie pytania widziałem nie tylko lekceważenie podejścia historycznego.

Po zarysowaniu obserwowanej sytuacji chcę zabrać głos w obronie dyscypliny i miejsca historii idei w jurysprudencji jak i prostej i nieskomplikowanej, a wręcz banalnej tezy, że historia idei musi być uprawiana jako nauka łącząca kompetencje filozoficzne z historycznymi, a z kolei filozofia prawa musi się opierać na znajomości historii idei prawnych i politycznych. Moim celem jest, z jednej strony, zasypanie rowu dzielącego badaczy bliższych historii bezprzymiotnikowej i badaczy bliższych podejściu, nazwijmy to – filozoficznemu, z drugiej zaś, włączenie historyków idei jako pełnoprawnych członków społeczności teoretyków i filozofów prawa. Jak ująłem to w tytule, historyk idei może dać, i to bardzo dużo, filozofowi prawa. Celem niniejszego tekstu jest obrona tezy, że abstrakcyjne, ponadczasowe, ahistoryczne podejście do teorii i filozofii prawa jest patologią naukową, która powinna ulec zmianie. Teoretycy i filozofowie prawa podchodzący z wyższością do historycznie zorientowanej jurysprudencji odrzucają wiedzę i często wyważają otwarte drzwi. Wzorcem, jaki mi przyświeca jest np. Isaiah Berlin, który był nie tylko historykiem idei, ale również wybitnym filozofem, czy Alan Ryan filozof polityczny wypowiadający się w skomplikowanych kwestiach współczesnej filozofii politycznej a jednocześnie wybitny znawca i historyk idei. Wiedza o prawie na polskich wydziałach prawa jest zbyt instytucjonalnie poszatkowana. Te wszystkie instytuty, katedry, zakłady, tworzone z reguły po to, aby zaspokoić podwórkowe ambicje samodzielnych pracowników, nie sprzyjają wymianie myśli i rozwojowi naukowemu. Mamy więc specjalistów od prawa konstytucyjnego, którzy nie są w stanie powiedzieć nic sensownego o konstytucjonalizmie, czy ekspertów od wykładni prawa niezających idei hermeneutyki. Tak zwane posiedzenia naukowe to przeżuwanie nieświeżych idei, które nie są w stanie zainspirować żadnych aktywniejszych młodych umysłów. Co gorsza, ten stan się reprodukuje poprzez powielanie przeciętności. Czas zniszczyć opłotki i zająć się poważną wymianą opinii między przedstawicielami różnych dyscyplin prawnych jak i pozaprawnych – w końcu wiedza jest jedna. Jest to tym bardziej niezbędne dyscyplinom teoretyczno- i historyczno-prawnym, bo grozi im eliminacja z wydziałów prawa. Wszystkie znaki na niebie i ziemi wskazują, że proces reformy szkolnictwa wyższego przeprowadzony przez obecny rząd zmierza do zmiany uniwersytetów na szkoły zawodowe i zastąpienie naukowej refleksji nad rzeczywistością, formułkami powtarzanymi niczym mantry. Teoretycy i historycy prawa powinni razem stanąć w obronie modelu nauczania prawa nie tylko jako dyscypliny praktycznej. Niniejszy tekst, mam nadzieję, jest przyczynkiem w tym kierunku.

Rola i miejsce historii

Friedrich Nietzsche postulował, że podejście do przeszłości powinno być w „służbie życia”, a więc ani nie powinno być antykwaryczne, ani gloryfikujące przeszłość, ale łączące przeszłość z teraźniejszością¹. Łatwo powiedzieć, ale jak to zrobić? Eric Halbswach – inny znany socjolog francuski, który zajmował się pamięcią zbiorową – napisał, że historia to cmentarzysko idei a jednocześnie wskazał, że pamięć zbiorowa opiera się na niektórych z tych idei i twórczo je przekształca i wykorzystuje². Metafora Halbswacha jest niezwykle użyteczna, bo niejako pokazuje sugerowane

1 W. F. Nietzsche, *Untimely Meditations*, Cambridge 1997, s. 47.

2 M. Halbswachs, *On Collective Memory*, Chicago 1992 (wyd. pol.: *Społeczne ramy pamięci*, przeł. M. Król, Warszawa 1969 [2008]).

przez Nietschego połączenie odnośnie do „historii w służbie życia”, a więc przeszłości i terażniejszości. To również sugestia dotycząca konieczności współpracy historyków idei oraz filozofów polityki i prawa.

W naszej dyscyplinie mamy świadectwa instytucjonalne takiej współpracy, by wspomnieć History of Ideas Unit założony i kierowany przez Eugena Kamenka Australian National University w ramach Research School for Social Sciences. To w tej jednostce powstały świetne prace na temat idei biurokracji, prawa natury, rządów prawa, by wymienić najważniejsze z nich. Niestety History of Ideas Unit zakończył swoje życie wraz ze śmiercią założyciela, ale nadal kontynuuje się tam współpracę historyków idei z filozofami. Innym przykładem jest Cambridge School in the History of Ideas, a w szczególności prace Quentina Skinnera poświęcone wczesnonowożytnej myśli angielskiej. W Polsce mieliśmy Warszawską Szkołę Historii Idei z Walickim i Szackim jako głównymi jej przedstawicielami – również stosującą metodę łączenia podejścia historycznego z kompetencją filozoficzną.

Czas przejść do unaocznienia tego, co może dać współpraca między tymi dwiema dyscyplinami. W poniższym tekście używam idei republikańskiej koncepcji rządów prawa, jako empirycznego przykładu skomplikowanego charakteru historii idei i użyteczności historii idei dla teoretycznej refleksji nad prawem.

To, co mnie interesuje od lat, to kwestia rządów prawa. Temat jest niezwykle skomplikowany, ma długą historię; uczeni do dziś spierają się, czy *rule of law* jest tym samym, co *Rechtsstaat*. Historia idei rządów prawa jest szczególna, ponieważ sama idea rządów prawa w przeciwieństwie do rządów człowieka, a więc rządów opartych na przewidywalności jest stara. Na gruncie nauk prawnych została wyrażona w Wielkiej Brytanii przez Alberta V. Dicey'a w bardzo prowincjonalny, by nie powiedzieć zaściankowy, sposób, który, poprzez imperialną pozycję Zjednoczonego Królestwa na początku XX wieku, zrobił niesłychaną globalną karierę. Otóż uważał on, że w Anglii panują rządy prawa (*rule of law*), ponieważ nie ma tam sądownictwa administracyjnego, które istniało we Francji po drugiej stronie tego, co Brytyjczycy nazywają English Channel, a co Europejczycy znają jako Kanał La Manche. Nikt się nie spodziewał, że ta idea zrobi tak wielką karierę³. W kontynentalnej Europie karierę zrobiła idea państwa prawnego (*Rechtsstaat*). Dla uproszczenia można powiedzieć, przyjmując niewielki margines błędu, że idea państwa prawa związana była z procesem budowania państwa w kontynentalnej części Europy. O ile brytyjskie *rule of law* nie wskazuje na państwo i jego instytucje, ale mówi właśnie o prawie jako tym, co panuje i ogranicza władzę, to myślę, że koncepcja państwa prawnego zrobiła karierę polityczną wraz ze zjednoczeniem Niemiec i obietnicą polityczną, że w Rzeszy nikt nie straci, bo państwo będzie podlegało prawu. Różnica między brytyjską koncepcją rządów prawa a niemiecką ideą państwa prawa jest różnicą między państwem nowożytnym w wersji niemieckiej a organizacją polityczną w Zjednoczonym Królestwie, które do dzisiaj nie przeszło przez okres państwa nowożytnego cechującego się centralizmem instytucji, hierarchiczną strukturą organów, połączoną z prawnym wyrażaniem idei państwa jak w niemieckiej filozofii prawa drugiej połowy dziewiętnastego wieku. W myśli politycznej wyspiarzy do dzisiaj istnieje problem z koncepcją państwa a używa się pojęć typu: *governemnt*, *Commonwealth* czy *Crown*.

3 A. R. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian jurist*, London, 1980, s. xv, 319.

Wydaje mi się, że różnice te pięknie oddał Max Weber w jego konceptualizacji typów idealnych racjonalności i jej przejawów w prawie oraz w legitymizacji władzy:

- (1) Formalna racjonalność prawa i formalny model legitymizacji władzy z naciskiem na tworzenie prawa (*lawmaking*), a nie jego odnajdywanie (*lawfinding*). Historycy myśli socjologicznej wskazują, że Weber opisał właściwie stan jurysprudencji czy *Allgemeine Staatslehre* w Niemczech z początku dwudziestego wieku.
- (2) Z kolei, jak dobrze wiemy, Weber miał niesłyszany problem z Anglią, bo było to jedno z pierwszych państw kapitalistycznych, a więc takich, które powinny przyjąć model prawa formalnie racjonalnego, zapewniającego przewidywalność – nic takiego jednak nie miało miejsca, bo prawo w Anglii nie odpowiada modelowi racjonalności formalnej, bardziej zaś racjonalności materialnej czasem nawet jest irracjonalne, zaś model legitymizacji władzy najbardziej odpowiadał modelowi legitymizacji opartej na tradycji.

Wszystko to napisałem, aby pokazać, że tłumaczenie pojęć wiąże się z syndromem *lost in translation*, czyli utraty istoty w procesie przekładu; że translacja idei jak i instytucji z jednego systemu kultury na drugi wiąże się często ze stratą i aby jej uniknąć trzeba pogłębić wiedzę. Utrata istotnych cech idei czy instytucji w procesie translacji wcale nie musi mieć miejsca, ba, nawet nie powinna mieć miejsca. Historia idei ma tu duże pole do działania.

W okresie, gdy język angielski stał się *lingua franca* współczesnego świata, pojęcie rządów prawa (*rule of law*) dominuje w ramach nauk prawnych, ale nie tylko tam.

Otóż od dłuższego czasu, mniej więcej od początków dwudziestego pierwszego wieku, idea rządów prawa zastąpiła ideę demokracji. Dyskurs rządów prawa dominuje w skali globalnej w takim samym stopniu, jak prawa człowieka dominowały w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych dwudziestego wieku. Aby podać przykład, można wskazać na artykuł 21 Traktatu Unii Europejskiej, w którym jest zapis, że rządy prawa stanowią priorytetowy wyznacznik działań zewnętrznych (międzynarodowych) Unii Europejskiej. Warto więc zrekonstruować zarówno przyczyny jak i sposób rozumienia rządów prawa w tym dyskursie. Aby to zrozumieć należy chyba zacząć od tzw. trzeciej fali demokracji w Europie Południowej: w Grecji, Hiszpanii i Portugalii, gdzie stare reżimy czarnych pułkowników, generała Franco oraz Salazara zastąpiono przez demokrację. Niedługo potem nastąpiła fala demokracji w niektórych krajach Ameryki Południowej. Wydawało się, że demokracja jest lekarstwem na zło tego świata a reżim demokratyczny zapewni poprawę sytuacji ekonomicznej. Tak się jednak nie stało. Po złych doświadczeniach zarówno poszczególni myśliciele jak i potężne instytucje międzynarodowe w rodzaju Banku Światowego czy Międzynarodowego Funduszu Walutowego – a więc instytucje narzucające określone strategie polityki fiskalnej i ekonomicznej – przyjęły rządy prawa za trzon swojego dyskursu.

Rządy prawa rozumiano w prosty sposób, a więc jako system instytucjonalnych zabezpieczeń przed arbitralnością władzy politycznej. Można powiedzieć, że jest to ściśle, by wręcz powiedzieć – klasyczne podejście liberalne bliższe Hayekowi

niż wysublimowanym rozumowaniom filozofów prawa w rodzaju np. Josepha Raza w kwestii cech rządów prawa. Nietrudno też zauważyć, że poprawa dyskursu rządów prawa zbiegła się w czasie z dokończeniem budowy globalnego reżimu ekonomicznego, czegoś w rodzaju ekonomicznej konstytucji świata. Sposób rozumienia rządów prawa jest właściwie taki sam jak w ordoliberalimie czy propagowany przez Mont Pelerin Society, a więc system instytucjonalnych amortyzatorów chroniących instytucje ekonomiczne od presji polityki.

W dominującym dyskursie liberalna koncepcja rządów prawa jest przedstawiana jako jedyna i uniwersalna. Można mieć poważne wątpliwości, czy jest jedyna, gdyż poza liberalną istnieje wiele różnych koncepcji rządów prawa. Nie ma ona też charakteru uniwersalnego. To nieprawda, że można zaadaptować liberalne koncepcje rządów prawa do każdego systemu społecznego. Ładnie przedstawił to wiele lat temu charyzmatyczny prawnik z Uniwersytetu Harvarda Roberto Mungabeira Unger w pracy *Law in Modern Society*⁴. Wskazał w niej na specyficzny system organizacji społeczeństwa oraz jego aksjologii, który generuje autonomiczność systemu prawnego. Liberalny system organizacji społeczeństwa wygenerował więc system prawny określany przez Ungera mianem „rządów prawa”.

Powstaje jednak pytanie, czy rzeczywiście mamy tylko jeden model rządów prawa i czy jest to model liberalny? Czy może istnieje jednak model alternatywny?

W liberalnej charakterystyce rządów prawa podkreśla się, że rządy prawa zapobiegają arbitralności władzy. Wydaje mi się, że trzeba bliżej przeanalizować wątek arbitralności. Rządy prawa to nie tylko przeciw rządów sprawowanych przez prawo, czyli poza zapobieganiem arbitralności musi w ich ramach istnieć jeszcze jakiś inny istotny element związany z cechą prawa, które ma rządzić. Nie ma mowy o rządach dobrego prawa, a jedynie o rządach prawa.

Wolność jako autonomia

Punktem wyjścia dla rozważań nad arbitralnością władzy jest kwestia wolności. O rządach prawa mówi się w kontekście zapewnienia wolności. Liberalizm, jak wiemy, pojmuje wolność w sposób negatywny, by użyć typologii Berlina – wolność od czegoś. Przez taką wolność rozumie się sferę autonomii jednostki, w którą nikt i nic nie powinno ingerować. Rozwój takiej koncepcji wolności związany był, jak napisał wybitny kanadyjski filozof Charles Taylor, z „odkrywaniem siebie”, czyli powolnym odkrywaniem odrębności i autonomii jednostki⁵. W liberalnej filozofii politycznej koncepcja wolności negatywnej powiązana jest z filozofią moralną i rozwojem uniwersalizmu w myśli etycznej. Przedstawił to w swoich wykładach z etyki John Rawls – inny wybitny współczesny liberalny filozof polityczny⁶. Jednostka ludzka staje się autonomicznym podmiotem moralnym, który sam wie, co jest słuszne, jak postępować w życiu kierując się „rozumem praktycznym”, jak dobrze żyć. Ta idea została najpełniej rozwinięta w filozofii Immanuela Kanta i przejęta została

4 R. M. Unger, *Law in Modern Society: toward a criticism of social theory*, New York 1977.

5 Ch. Taylor, *Sources of the Self. Making of Modern Identity*, Cambridge 1989 (wyd. pol.: Źródła podmiotowości: narodziny tożsamości nowoczesnej, przeł. M. Gruszczyński et al., Warszawa 2001 [2012]).

6 J. Rawls, *Lectures on the history of moral philosophy*, Cambridge 1999; idem, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge 2007 (wyd. pol.: *Wykład z historii filozofii polityki*, przeł. S. Szymański, Warszawa 2010).

później do filozofii politycznej liberalizmu oraz do filozofii prawa opartej na wartościach liberalnych. Z grona postaci należących do panteonu liberalizmu najładniej oddał ją na gruncie filozofii społecznej i politycznej John Stuart Mill formułując tzw. *non-harm principle*⁷. Mill na pytanie jak daleko sięgają granice wolności jednostki odpowiedział, że tak daleko dopóki jednostka swoim działaniem nie szkodzi innym. W ten sposób doprecyzował on sferę autonomii jednostki, zdając sobie sprawę, że diabeł tkwi w szczegółach i że dokładnie nie wiadomo, co to znaczy „nie szkodzi innym” oraz co rozumieć przez „działanie”. Czy tylko pewne zachowania, czy też akty mowy? Na marginesie dodam, że Millowska zasada do dziś stanowi twarzą podstawę orzeczeń sądów w krajach liberalno-demokratycznych. Stała się też zasadą, na której opierają się rozważania dotyczące katalogu praw człowieka w tychże demokracjach liberalnych. Można powiedzieć, że zasada wolności rozumianej jako sfery autonomii jednostki oraz granice tej wolności rozumiane w oparciu o *non-harm principle*, stanowią oś rozumienia rządów prawa we współczesnym świecie zdominowanym przez ideologię liberalizmu. Jak napisał Kant w tekście *Co to jest Oświecenie* nie ma nic złego w autonomii jednostki i dojrzeniu ludzi do wolności. Problem w tym, że wolność negatywna i autonomia jednostki nie stanowiły prawdopodobnie jedynej podstawy idei rządów prawa. Każdy badacz społeczny wie, że jesteśmy istotami społecznymi, że żyjemy w grupie czy wspólnotach. Tak więc między wolnością negatywną i autonomią jednostki a potrzebami wspólnoty musi istnieć równowaga. Powstaje pytanie, czy taka równowaga kiedykolwiek istniała. O potrzebie równowagi przypomniał nam słynny spór liberałów z komunitarystami, ale żadna ze stron jakoś nie przedstawiła argumentów na rzecz zbalansowanej koncepcji rządów prawa. Jedna strona twardo obstawała przy stanowisku wyższości praw jednostki nad wspólnotą (patrz Rawls), a druga mówiła o wyższości wspólnoty nad jednostką (patrz Sandel). No a gdzie równowaga? Intuicja mówi nam, że prawo oparte jest na kompromisie między tymi dwoma stanowiskami.

Wolność republikańska i rządy prawa

We współczesnym spektrum filozofii politycznej nurtem, który jest przeciwstawny liberalizmowi pomimo tego, że często jest mylony z liberalizmem, to nurt myśli republikańskiej (*civic republicanism*). W słynnej i do dziś ciągnącej się debacie między liberałami a komunitarystami przedstawiciele republikanizmu zajmowali i zajmują swoje stanowisko, coś w rodzaju trzeciej drogi. Koncepcja wolności w ramach republikanizmu została filozoficznie przedstawiona przez Philippa Pettita – australijskiego badacza, który większość swojej kariery badawczej spędził w Research School for Social Sciences w Australian National University w Canberze a obecnie pracuje w Uniwersytecie w Princeton. Phillip Pettit w swojej słynnej pracy *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*⁸ przedstawił rozbudowaną koncepcję wolności, rozumianą jako brak dominacji, a nie jako sferę autonomii. Zanim przejdę do porównania tych dwóch koncepcji wolności, chcę dodać kilka kwestii.

Przed Petitem Hannah Arendt rekonstruuje starożytną grecką polis wskazywała na to, co Benjamin Constant nazywał „wolnością starożytnych”, rozumianą jako wolność partycypacji w sferze publicznej. Co więcej, Arendt podkreślała, że

7 J. S. Mill, *Utylitaryzm; O wolności*, przeł. A. Kurlandzka, M. Ossowska, Warszawa 2006.

8 P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997.

wolność w świecie starożytnym nie istniała w sferze prywatnej, ponieważ ta oparta była na istnieniu hierarchii związanych z koniecznością reprodukcji życia biologicznego. Według Hannah Arendt przesunięcie wolności ze sfery publicznej (partycypacji) do sfery prywatnej było efektem pojawienia się w Europie Zachodniej trzeciej sfery, a mianowicie sfery społecznej.

Republikańska koncepcja wolności sformułowana wspólnie przez Pettita nie jest tylko ideą zamkniętą w wieży z kości słoniowej, ale najpierw stała się podstawą rozwoju pewnych technik postępowania w kryminologii (zobacz prace Johna Braithwaite'a i Pettita⁹), a także wcielano go w życie programu politycznego José Luisa Rodrígueza Zapatero w okresie sprawowania władzy przez jego partię w Hiszpanii¹⁰.

Wolność według Pettita to brak dominacji. Z tak pojętą wolnością wiąże się dwie sprawy: jest to sprawa eliminacji źródeł dominacji oraz arbitralności władzy jako przyczyny dominacji.

W republikańskiej koncepcji wolności ważna jest relacja podmiotu w stosunku do innych podmiotów. Istotę stanowi **NIEARBITRALNA** ingerencja w wybory dokonane przez jednostkę. Wydaje się, że dominacja występuje wtedy, gdy podmiot zewnętrzny wpływa arbitralnie na wybory dokonywane przez jednostkę. Wpływanie na wybory jednostki nie jest arbitralne, kiedy „track people's avowed or readily avowable interest”¹¹. Wolność w rozumieniu republikańskim różni się od wolności liberalnej w dwóch istotnych punktach:

- (1) Nieinterwencja w sferę autonomii nie jest wystarczającą gwarancją wolności, jeżeli inne podmioty posiadają wystarczającą władzę, aby wpływać arbitralnie na wybory danej jednostki;
- (1) Nieinterwencja jest niekonieczną przesłanką wolności, jeżeli taka interwencja jest niearbitralna.

Christian List z London School of Economics słusznie napisał, że liberalna koncepcja wolności odnosi się do faktycznego wpływania na sferę autonomii i wybory dokonywane przez jednostki, podczas kiedy koncepcja republikańska określając wolność jako brak dominacji, koncentruje się nie tylko na faktycznych ingerencjach o charakterze arbitralnym, ale również na ingerencjach potencjalnych, które mogą, ale nie muszą wystąpić. Najlepiej pokazać to na przykładzie trzech hipotetycznych sytuacji:

- (1) Jarek jest niewolnikiem w społeczeństwie opartym na akceptowalności instytucji niewolnictwa a jego właściciel, Donald, źle go traktuje. Można powiedzieć, że w tym przypadku właściciel podejmuje wybór, nie biorąc pod uwagę preferencji Jarka;

9 Zob. J. Braithwaite, P. Pettit, *Not just desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford 1992.

10 Zob. J. L. Marti, P. Pettit, *A Political Philosophy in Public Life. Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, New Jersey 2010.

11 P. Pettit, *Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory*, [w:] *Debating Deliberative Democracy*, red. J.S. Fiskin, P. Laslett, Oxford 2003, s. 151.

- (2) Jarek jest niewolnikiem w społeczeństwie akceptującym instytucję niewolnictwa, ale jego właściciel, Donald, bardzo dobrze go traktuje i Jarek jest w stanie dokonywać wyborów między dobrami x i z. Jego właściciel postanowił nie ingerować w sferę wyborów Jarka;
- (3) Jarek jest obywatelem liberalnego kraju z szerokim zakresem praw i wolności obywatelskich. Jarek jest w stanie dokonywać wyborów między dobrem x i z; nikt nie ingeruje w jego wybór.

Przeanalizujmy teraz w jakich sytuacjach Jarek jest w stanie dokonywać wyboru, a więc cieszy się wolnością. Wszyscy się zgodzą z opinią, że Jarek nie cieszy się wolnością w sytuacji (1) oraz że cieszy się wolnością w sytuacji (3).

W sytuacji (1) Jarek doświadcza zarówno ingerencji w sferę wyboru jak i dominacji, stąd jest pozbawiony wolności w sensie liberalnym jak i republikańskim. W sytuacji (3) Jarek jest wolny zarówno od dominacji jak i od ingerencji w sferę autonomicznego wyboru, więc jest wolny zarazem w sensie wolności liberalnej jak i wolności republikańskiej.

Sytuacja (2) jest jednak bardziej skomplikowana, ponieważ Jarek faktycznie nie jest ograniczony w sferze swoich wyborów. Zgodnie z tradycją liberalną brak ograniczenia w sferze wyborów oznacza wolność, a więc Jarek w sytuacji (2) pomimo faktu, że nadal jest niewolnikiem, jest człowiekiem wolnym w sensie liberalnym, ponieważ nikt nie ingeruje w sferę jego autonomicznych wyborów. Jednocześnie w sytuacji (2) Jarek jest potencjalnie narażony na wpływanie na jego wybory w sposób arbitralny i funkcjonuje w sytuacji dominacji, a więc według tradycji republikańskiej nie jest osobą wolną¹².

Na podstawie powyższych przykładów widać wyraźnie, że przedstawiciele liberalizmu i republikanizmu odmiennie pojmują wolność i jej ograniczenia. Kryteria klasyfikacji sytuacji jako wolności i braku wolności nie wyglądają tak samo w dwóch wielkich filozofach politycznych pomimo tego, że obie odwołują się do wolności, równości, rządów prawa, sprawiedliwości oraz własności i bardzo często były, i są, mylone ze sobą. Odchodząc na chwilę od wolności można powiedzieć, że republikańska koncepcja własności ma charakter etyczny i właściwie sprowadza się do własności nieruchomości (*real property*)¹³, zaś zwolennicy liberalizmu w epoce wczesnonowożytnej nie mieli problemu z własnością ruchomą (*mobile property*) w rodzaju pieniędzy czy akcji w spółkach.

Najważniejszy jest jednak fakt, że republikańska koncepcja wolności jako braku faktycznej i potencjalnej dominacji, a więc w sferze uregulowań i instytucji prawnych, wskazuje, że republikanie wiązali i wiążą ze sobą kwestie wolności i rządów prawa, które mają zapewnić wyeliminowanie dominacji. Wolność republikańska to wolność poprzez prawo, a nie jedynie wolność autonomii. To z kolei prowadzi

12 Ch. List, *Republican freedom and the rule of law*, „Politics, Philosophy and Economics” nr 5, 2005, s. 209-210.

13 Ciekawe, że konfuzyje z republikańską i liberalną koncepcją własności i używania praw własności są widoczne w: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago 1979. Nawet John Locke, ojciec liberalizmu politycznego, pisząc o podstawach legitymizacji własności, odwoływał się do argumentów republikańskich. Zob. J. Waldron, *God, Locke and Equality. Christian Foundations of John Locke Political Thought*, Cambridge 2002.

nas do odmiennego pojmowania rządów prawa i samego prawa w dwóch wielkich filozofiach politycznych: liberalizmie i republikanizmie.

Wychodząc z odmiennych koncepcji wolności, można hipotetycznie dowodzić, że republikańska koncepcja wolności zakłada rządy prawa eliminujące arbitralność decyzji władzy. Wyobraźmy sobie hipotetycznie dwa kraje:

- (A) Kraj dyktatorski, ale z bardzo łagodnym dyktatorem pozwalającym obywatelom na zachowanie autonomii i nieingerującym w ich decyzje;
- (B) Kraj demokratyczny z rządami konstytucyjnymi.

W kraju (A) wolność w sensie liberalnym istnieje jako wolność wyboru, ale jest to wybór z dobrej woli i laski dyktatora, który w każdym momencie może zmienić swoją decyzję. W kraju (B) wolność jest zagwarantowana przez prawo, które wyklucza możliwość arbitralności i dominacji nad obywatelami. Myślę, że w wystarczający sposób udokumentowano przykłady dotyczące odmiennej koncepcji prawa oraz rządów prawa w liberalizmie i republikanizmie. Republikańska wersja prawa kładzie nacisk na jakość prawa, w celu zapewnienia wolności jako braku dominacji. Jakość a więc pewne cechy prawa, które gwarantować będą wyeliminowanie arbitralności i dominacji.

Kiedy przedstawiciele liberalizmu politycznego kładą nacisk na zakres wolności indywidualnej, to zwolennicy republikańskiej filozofii politycznej koncertują się na trwałości instytucji prawnych gwarantujących brak dominacji i arbitralności władzy. Stąd już tylko mały krok w kierunku rozważań nad źródłami takiego systemu prawnego i jego powiązania z polityką aktywności obywateli. Historycznie republikanie byli zwolennikami mieszanej koncepcji rządu, wskazując, jako wzór, okres republiki w Rzymie. Istotą jest, jak mi się wydaje, taki układ instytucjonalny, który gwarantowałyby z jednej strony jak największą wolność jednostce, z koniecznym zagwarantowaniem uwzględnienia interesu wspólnoty z drugiej strony.

Liberałowie w swojej filozofii politycznej proponują system, w którym gwarantem wolności jednostki, rozumianej jako jednostka autonomiczna, ma być prawo. W efekcie proponują system instytucji prawnych, które niejako dominują nad polityką. Chyba doskonałym przykładem jest *Teoria sprawiedliwości* Johna Rawlsa¹⁴, gdzie wyraźnie widać, że uzasadnieniem dla instytucji prawnych jest oderwanie obywateli od codziennej polityki. Codzienna polityka ma się toczyć w już istniejących, niejako odgórnie ustanowionych ramach prawnych. Decyzje odnoszące się do zasad działania instytucji powstają za zasłoną niewiedzy. Według Johna Rawlsa celem jest zapewnienie sprawiedliwości w warunkach równej wolności. Stąd tak częste u liberałów przeciwstawianie polityki konstytucyjnej polityce normalnej. Współczesne ustroje liberalne to liberalne demokracje konstytucyjne – podkreślam ten ostatni człon, konstytucyjnej – gdzie kluczowe decyzje polityczne *sensu stricto* są przedstawiane jako decyzje prawne, podejmowane przez nieodpowiadający przed nikim areopag sędziów sądów czy trybunałów konstytucyjnych. Celem jest zapewnienie praw i wolności obywatelskich, ale dokonuje się to poprzez odsunięcie obywateli od partycypacji. Jeszcze gorzej sytuacja wygląda na poziomie ponadnarodowej integracji

14 J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk; przejrzał i uzup. S. Szymański, Warszawa 2009.

w Unii Europejskiej – tu dominuje koncepcja obywatela-konsumenta usług dostarczanych przez Unię. Prawo ma minimalną, jeśli jakkolwiek, legitymizację.

Max Weber analizował skutki dominacji prawa nad polityką, twierdząc, że oznaczają one: utratę legitymizacji (moralnej) przez prawo oraz stymulowanie konfliktogennej roli prawa. Innymi słowy, gdy prawo odgrywa w życiu społeczno-politycznym dominującą rolę, to obywatele zamiast argumentować w obronie swoich wartości i próbować osiągnąć kompromis, udają się do sądu. Tego rodzaju zjawisko prowadzi w krótkim okresie do wzrostu anomii społecznej.

Kwestia relacji między prawem a polityką ujmowana jest odrobinę odmiennie w nurcie konserwatywnym myśli liberalnej niż w nurcie bardziej zorientowanym na sprawiedliwość społeczną. We współczesnym świecie liberalnych demokracji konstytucyjnych te dwa podejścia wyznaczają normatywne ramy dla praktyki polityczno-prawnej.

W podejściu konserwatywnym rola prawa jest ograniczona, zaś za główny cel sądów uznaje się administrowanie sprawiedliwością, rozumianą przede wszystkim jako sprawiedliwość retrybutywna, związana z prawem karnym. Prawo ma działać tak, aby zapewnić ład i porządek społeczny oraz polityczny. Sędziowie zaś nie powinni wychodzić poza literalną wykładnię prawa.

Według liberałów prawo nie sprowadza się do litery prawa, któremu przypisują większą rolę. Podkreślają, jak na przykład Ronald Dworkin, że sędziowie jako współcześni księżęta prawa odgrywają szczególną rolę oraz że w prawie jest miejsce na kreatywną działalność sędziów. Dostrzegają, że prawo pełni funkcje edukacyjne, co stanowi podstawę solidarności społecznej, jak nauczał stary, ale zacytowany Emil Durkheim. Prawo w koncepcjach liberalnych pełni w życiu społecznym i politycznym funkcje włączające, a nie wykluczające czy ograniczające. Wszelkie ograniczenia prawne muszą podlegać uzasadnieniu i to uzasadnieniu o charakterze uniwersalnym. Ograniczenia wolności jednostek nie mogą być oparte na apriorycznym podejściu i są akceptowalne pod warunkiem, że są uzasadnione w sposób uniwersalny. W życiu społecznym i politycznym prawo pełni funkcje komunikacyjne, edukacyjne i symboliczno-ekspresyjne. Jednak nawet przy tak szerokim ujęciu funkcji i roli prawa należy podkreślić, że posiada ono swoje ograniczenia i nie nadaje się do spełniania funkcji przynależnych światu polityki, chociaż przypisuje mu się taką rolę w świecie współczesnym.

W myśleniu opartym na założeniu dominacji prawa nad polityką można zauważyć dwa aspekty określające ten sposób rozumowania. Pierwsze to założenie, że sfera normatywna, a w szczególności normatywność o charakterze publicznym, jest zasadniczo wewnętrzną sprawą prawa. Zgodnie z takim rozumowaniem polityka pojmowana jest jako poszukiwanie najlepszego kompromisu między rywalizującymi interesami. Tak więc wartości leżą poza światem polityki, a w naszym wypadku lokują się w sferze prawa, skoro polityka to brudna sfera gry interesów. Takie podejście do polityki zakłada zubożone pojęcie moralności publicznej. Już Judith Shklar pokazała, jak zubożona jest koncepcja moralności zredukowana do modelu legalistycznego¹⁵.

15 Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge 1986. Podaje ona następującą definicję legalizmu: jest to „the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships consists of duties and rights determined by rules” (ibidem, s. 1).

W przeciwieństwie do liberalizmu politycznego republikanizm zakłada odmienną relację między prawem a polityką. To deliberacja polityczna dostarcza podstawy i legitymizacji prawa. Republikanizm to filozofia polityczna, według której instytucje społeczne i prawne powinny być tak zaprojektowane, aby zabezpieczyć wolność w sensie republikańskim, a więc wyeliminować dominację nad obywatelami. Teoria republikańska zajmuje się więc nie tylko analizą idei i pojęć, ale także analizuje instytucje i politykę w najlepszym możliwym stopniu zapewniającą pożądany normatywnie wynik. Republikańscy teoretycy i filozofowie polityczni propagują i bronią partycypacyjnego oraz deliberacyjnego jak i kolektywnego podejścia do procesu podejmowania decyzji, bronią decentralizacji władzy, równej wolności, równości szans oraz podstawowego zabezpieczenia społecznego dla wszystkich obywateli. Pomimo podobieństwa tych postulatów do haseł ideologii liberalizmu politycznego argumenty używane przez zwolenników republikanizmu są odmienne i sprowadzają się do idei wolności jako braku dominacji.

Republikańska koncepcja rządów prawa nie traktuje prawa ani jako *sacrum*, którego nie można zmienić, ani jako instrumentu do osiągnięcia określonych celów. Prawo jest instytucją gwarantującą brak dominacji nad obywatelem i zapewniającą możliwość partycypacji i deliberacji.

Co historyk idei może dać filozofowi prawa?

Gdybyśmy pobawili się w coś, co Michel Foucault ładnie nazywał „archeologią wiedzy” – a więc w próbę zrekonstruowania idei, które zostały zapomniane i zastąpione w życiu politycznym i społecznym innymi ideami, to dowiemy się, że przed liberalizmem, przynajmniej w niektórych kręgach kulturowych, dominowała inna koncepcja wolności, a mianowicie idea republikańska. To idee republikańskie były żywe w okresie wczesnonowoczesnej Europy na terenie państw Półwyspu Apenińskiego, w Niderlandach, Polsce i w Anglii. Największe znaczenia dla teraźniejszości miało to, co działo się w świecie idei na terenie Anglii, jako że stała się ona później kolebką liberalizmu.

Współczesna filozofia polityczna republikanizmu nie byłaby możliwa bez prac historycznych Quentina Skinnera i jego badań zarówno nad myślą renesansowych Włoch, jak i nad myślą polityczną we wczesnonowoczesnej Anglii. To Quentin Skinner, jako historyk idei zrobił chyba najwięcej dla przywrócenia wiedzy o republikanizmie epoki wczesnonowoczesnej oraz ludzie związani z Cambridge School in the History of Ideas¹⁶ jak na przykład J.G.A. Pocock¹⁷, który przebadął związki między republikańską myślą w szesnastowiecznej Florencji, myśl polityczną w okresie wojny domowej w Anglii i myśl polityczną rewolucji amerykańskiej.

16 Zobacz w szczególności jego niewielką objętościowo, ale bardzo istotną pracę *Liberty before liberalism*, Cambridge 1998 (wyd. pol.: *Wolność przed liberalizmem*, przekł. A. Czarnecka, Toruń 2013), gdzie dokonał historycznej rekonstrukcji republikańskiej koncepcji wolności w myśli angielskiej, a także: idem, *Paradoxes of political liberty*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard University 1984 oraz fundamentalne dzieła: idem, *The Foundation of Modern Political Thought*, t. I-II, Cambridge 1978; idem, *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge 2008.

17 J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: a study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge 1957; idem, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975.

Tak się złożyło, że książka wielokrotnie wspomnianego Phillipa Pettita *Republicanism* ukazała się w tym samym roku co książka Quentina Skinnera *Wolność przed liberalizmem*, a więc w roku 1998. Obaj badacze współpracowali ze sobą prowadząc seminarium z filozofii politycznej i historii idei w Research School for Social Sciences w Australian National University w Canberze; we wstępach do swych książek składają sobie podziękowania. Można powiedzieć, że wygląda to na przykład obustronnego wzmacniania, gdzie historyk dostaje wzmocnienie od filozofa a z kolei filozof został wzmocniony solidną wiedzą z zakresu historii idei.

Podejście filozofów do problemów badawczych jest odmienne od podejścia historyków. Ci pierwsi koncertują się na zjawiskach i ideach uniwersalnych i usiłują odkryć uniwersalne prawidłowości, z kolei historycy idei dbają o detal i cechy szczególne danej idei w konkretnym okresie. Opiszana przeze mnie powyżej sytuacja dotycząca republikańskiej i liberalnej koncepcji wolności wymagała na wstępie drobiazgowych prac historycznych, aby oddzielić warstwy dyskursu liberalnego i republikańskiego. W następnej kolejności filozof polityczny rozwinął zrekonstruowane idee we współczesny system filozofii politycznej. Opisany przykład badań nie tyle interdyscyplinarnych, co transdyscyplinarnych, wskazuje na to, że uprawianie naszej dyscypliny, a więc historii idei, wymaga współdziałania historyków idei z filozofami politycznymi i filozofami prawa.

Starłem się pokazać, że współczesna republikańska filozofia polityczna zawdzięcza bardzo wiele żmudnym pracom historyków idei. Przed nami praca nad wczesnonowożytną republikańską koncepcją prawa dokonana przez historyka i zastosowanie tych rekonstrukcji przez filozofów prawa do czasów współczesnych. Podobnie jak filozof prawa potrzebuje historyka idei, tak historyk idei powinien być zaznajomiony ze współczesną filozofią prawa. Tylko współpraca i wymiana myśli likwidująca sztuczne instytucjonalne bariery pozwoli odejść od banalnego powtarzania tych samych formułek, co jest widoczne w polskich podręcznikach zarówno z filozofii prawa jak i historii doktryn polityczno-prawnych.

Dwie czy trzy wolności a państwo prawa i nauki historyczne

Two or Three Liberties? The Rule of Law and Historical Studies

I agree with Adam Czarnota and his critique of extremely idiographical model of teaching history. Luckily Polish students are still taught logic, philosophy and history in the faculties of law. However I do not agree with his thesis that the republican concept of the rule of law should be based on the Philip Pettit's idea of freedom as non-domination. Firstly, because the notions of domination and non-domination are extremely vague and open to any interpretation. Secondly, because – in my opinion – the main subject of contemporary republicanism is not protecting subjects before arbitrary power of absolute monarchs (it was a problem in 17th- and 18th-century Europe, and earlier in Roman Empire) but rather to revive in contemporary societies democracy which is reduced frequently to periodical and purely formal acts of voting. We should do this by promoting all forms of democratic self-rule and self-government, by supporting all forms of participatory and deliberative democracy. This is the only way to make ordinary people really take part in public life and have a chance to deliberate on public affairs. For this reason I would rather follow the way proposed by Hannah Arendt, Michael Sandel or partly Quentin Skinner than by Philip Pettit.

Lech Morawski

*profesor nauk prawnych,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu*

Jeśli chodzi o pierwszą tezę tekstu Adama Czarnoty, że teoria i filozofia prawa jest w naszym kraju ahistoryczna, to w pełni się z nim zgadzam. Podobnie jak i on – przypuszczam – zgodziłby się ze mną, że nasza historia prawa jest kompletnie afilozoficzna i historycy – poza historykami czasów najnowszych – piszą tak, jakby nie wiedzieli nic o tym, co się dzieje w otaczającym ich świecie. W naszym kraju nadal króluje skrajnie idiograficzny model historii jako zbioru dat, miejsc i nikomu do

niczego niepotrzebnych informacji ustrojowych. W rezultacie egzaminu z przedmiotów historycznych bardziej przypominają zgaduj-zgadulę niż sprawdziany przyswojonej wiedzy, która mogłaby być przydatna w interpretacji otaczającego nas świata. Znałem mi z lat młodości podręczniki Karola Koranyiego czy Juliusza Bardacha do dzisiaj wspominam jako upiorny przykład nauczania historii. Niewiele lepiej wygląda sprawa z historią doktryn polityczno-prawnych. Między tym, co robią przedstawiciele doktryn, a tym czym zajmują się filozofowie prawa nadal nie ma kontaktu, a jeśli jest, to niewielki. Nieliczne wyjątki tylko potwierdzają tę tezę. Przedstawiciele doktryn, wybierając przedmioty swoich analiz czy badań, kierują się sobie tylko znanymi kryteriami, które niewiele mają wspólnego z tym, co obchodzi współczesny świat. Myślę, że w tej kwestii uwagi Czarnoty są nie do podważenia, chociaż jeszcze raz zdecydowanie bym podkreślił, że to nie tylko filozofowie prawa ignorują historię idei, ale również historycy idei w ogromnej większości ignorują filozofię prawa. Jeśli w naszym kraju niektórzy dążą do eliminacji lub do ograniczenia nauczania przedmiotów historycznych (moim zdaniem niesłusznie), to jest to w dużym stopniu zasługą historyków, którzy sami zabijają zainteresowanie swoją dyscypliną.

Przejdźmy teraz do drugiej sprawy, tego mianowicie, czy pojmowanie wolności jako „braku dominacji” stanowi rzeczywiście – jak dowodzi Pettit – trzecią drogę w sporze liberalizmu z komunitarianizmem i zarazem fundament, na którym wspiera się republikańska koncepcja wolności oraz – jak to sugeruje Czarnota – republikańska koncepcja rządów prawa. Na wstępie chciałbym zaznaczyć, że w moim przekonaniu sama interpretacja rządów prawa jako systemu zabezpieczeń przed arbitralnymi decyzjami innych ma charakter „lokalny” i wyrasta ze swoistych doświadczeń anglosaskich. W krajach postkomunistycznych jest to ważny, ale nie najważniejszy jej element. Ważniejsza dla nas od ochrony przed arbitralizmem władzy jest ochrona przed niesprawiedliwymi prawami oraz to jak powinien zachować się człowiek w konfrontacji z takimi prawami. Konfrontacja z nazizmem i bardzo do niego podobnym komunizmem nauczyły Polaków, że można w systematyczny i całkowicie przewidywalny, i w tym sensie niearbitralny, sposób popełniać najbardziej nieprawdopodobne zbrodnie. Na szczęście Anglosasom los oszczędził takich doświadczeń i z tego powodu ochrona przed arbitralnymi prawami jest dla nich ważniejsza od ochrony przed prawami niesłusznymi. Problem sprawiedliwości prawa nie jest zresztą obcy anglosaskiej jurysprudencji, czego dowodzą choćby analizy Lona Fullera i jego zainteresowanie formułą Radbrucha, a z drugiej strony żywe zainteresowanie nadal przecież aktualną problematyką *civil disobedience*, która narodziła się w krajach anglosaskich, a nie w Europie kontynentalnej. Widzę łudzące podobieństwo między tym, co Czarnota uważa za liberalną interpretację rządów prawa, a tym, co w naszym kraju zwykło się nazywać praworządnością formalną lub pozytywistyczną interpretacją tego pojęcia. Jeśli tak, to dochodzimy do wniosku, że liberalne pojęcie rządów prawa jest wtórne w stosunku do pozytywistycznej interpretacji tego pojęcia (nawiasem mówiąc większość pozytywistów z Austinem, Hartem i Razem na czele to liberałowie). Liberalizmowi zawdzięczamy przede wszystkim koncepcję praw człowieka pojmowanych jako prawa negatywne, które mają chronić naszą autonomię przed ingerencją państwa i innych podmiotów oraz sceptyczny stosunek wobec praw pozytywnych, rozumianych jako prawa socjalne i ekonomiczne obywateli. Hannah Arendt dokonała jednak reinterpretacji pojęcia praw pozytywnych, widząc w nich prawa obywateli do jak najszerzej partycypacji w życiu publicznym

(*freedom as a democratic self-rule*) i zwykle to ujęcie uznaje się za jądro republikańskiej idei wolności, odmienne zarówno od jej liberalnej, jak i socjaldemokratycznej interpretacji. Jej tropem poszedł również Quentin Skinner czy Michael Sandel. Pettit kwestionuje jednak to ujęcie i twierdzi, że w sporze między zwolennikami wolności negatywnej a pozytywnej istnieje jeszcze trzecia droga pojmowania wolności jako „braku dominacji” i to ona ma być charakterystyczna dla republikanizmu. Trudno jest mi się zgodzić z poglądami Pettita, a tym samym z podjętą przez Czarnotą próbą oparcia republikańskiej idei rządów prawa na idei wolności jako braku dominacji.

Przyjrzyjmy się nieco bliżej, w jaki sposób Philip Pettit definiuje dominację, która stanowi punkt odniesienia dla jego pojmowania wolności. Píše on, że o dominacji pewnych osób nad innymi można mówić, gdy „1. They have the capacity to interfere 2. On an arbitrary basis 3. In certain choices that the other is not in a position to make”¹. Dodaje on przy tym, że modelem dominacji jest stosunek pan-niewolnik, ale o dominacji można mówić również w relacjach małżeńskich, pracowniczych czy w relacjach nauczyciel-uczeń. Wyższość ujęcia wolności jako braku dominacji nad jej liberalnym pojmowaniem ma przy tym polegać na tym, że ta pierwsza chroni nas nie tylko przed faktycznymi, ale również potencjalnymi ograniczeniami naszej wolności. Zdaniem Pettita, gdyby właściciel niewolników w żaden sposób nie wpływał na ich decyzje i pozwalał im czynić wszystko, co tylko zechcą, to trzeba by przyjąć, że (sic!) niewolnicy są wolni w liberalnym rozumieniu tego pojęcia. Problem polega tylko na tym, że są oni wolni niejako z łaski swojego pana. Wyższość wolności jako braku dominacji ma polegać właśnie na tym, że ma ona eliminować nie tylko faktyczne, ale także potencjalne źródła naszej zależności od innych tak w życiu politycznym, ekonomicznym, jak i w stosunkach rodzinnych czy stosunkach pracy. Taka interpretacja poglądów liberalnych przez Pettita jest co najmniej wątpliwa. Myślę, że liberalizm, ujmując prawa i wolności ludzkie jako systemy korelatywnie ze sobą sprzężonych uprawnień i obowiązków, chroni ludzką wolność zarówno przed faktycznymi, jak i potencjalnymi możliwościami jej ograniczenia. Z tego to powodu liberalizm w ogóle wyklucza niewolnictwo, a nie tylko nadużycia w sprawowaniu władzy nad niewolnikami, podobnie jak wyklucza samą możliwość zatrudniania dzieci czy kobiet w zaawansowanej ciąży i nie ma zupełnie znaczenia czy właściciel niewolników, czy pracodawca miałby faktycznie zamiar skorzystać ze swojej władzy. Sądzę, że liberałowie byliby bardzo zdumieni, że akceptują niewolnictwo pod warunkiem, że właściciel niewolnika nie czyni użytku ze swojej władzy. Taka interpretacja poglądów liberalnych wydaje mi się po prostu absurdalna. Nie widzę żadnej różnicy między liberalnym ujęciem wolności a jej ujęciem przez Pettita. Liberalizm stara się zarówno o ochronę ludzi przed faktycznym, jak i potencjalnym nadużywaniem władzy, a tym samym – podobnie jak Pettit – chce wykluczyć takie sytuacje, w których jedni obywatele mogliby traktować innych obywateli jako swoich poddanych. Widzę natomiast zasadniczą różnicę między liberalnym ujęciem wolności a twierdzeniem Arendt, że wolność obywateli to także ich prawo do partycypacji w życiu publicznym i w pełni zgadzam się z Czarnotą, że liberalizm nie uwzględnił tego wymiaru wolności w swojej koncepcji rządów prawa. Uważam również, że to nie ujęcie Pettita wolności jako braku dominacji, ale ujęcie Arendt wolności jako

1 P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 52, 57.

prawo obywateli do partycypacji w życiu publicznym jest konstytutywnym elementem republikańskiego ujęcia wolności

Warto jednak bardzo mocno podkreślić, że republikanie nie twierdzą, że liberalne ujęcie wolności jest bezużyteczne, twierdzą jedynie, że jest ono niewystarczające. Republikańska koncepcja wolności jest więc niejako nadbudowana nad jej liberalnym rozumieniem. W pełni więc zgadzam się z twierdzeniem Czarnoty, że „nieinterwencja w sferę autonomii nie jest wystarczającą gwarancją wolności, jeżeli inne podmioty posiadają wystarczającą władzę, aby wpływać arbitralnie na wybory danej jednostki”, ale twierdzę, że jedyną drogą, która nas ochroni przed arbitralną władzą innych, jest odrodzenie wyśmiewanej władzy ludu (lud smoleński!) poprzez decentralizację państwa, rozbudowę instytucji demokracji lokalnej, zasady subsydiarności, referendów, bo w przeciwnym razie demokracja zostanie zredukowana do odbywającego się raz na parę lat aktu głosowania. Z partycypacją obywateli w sprawach publicznych nie musi być dobrze, skoro lud wychodzi coraz częściej na ulice, by walczyć o swoje prawa. Taki stan rzeczy dowodzi też, że formalne mechanizmy demokratyczne nie budzą zaufania wśród zwykłych obywateli. Zauważmy, że dzieje się tak nie tylko w Polsce, ale i w wielu innych krajach. Muszę powiedzieć, że nie bardzo rozumiem, o co chodzi Pettitowi, gdy pogardliwie określa pojęcie wolności jako prawa do demokratycznej partycypacji w życiu publicznym jako populistyczne². Najgorszą jednak wadą definicji Pettita jest jej mgławicowy charakter, bo można w nią wkładać właściwie dowolne treści. Może ona z równym powodzeniem uzasadniać zarówno ograniczania własności prywatnej, bo to ona jest głównym źródłem wyzysku (Marks), jak i własności państwowej, bo ona jest „drogą do niewolnictwa” (Hayek). Może też uzasadniać roszczenia feministek, bo zmaskulizowany świat tworzy szklane sufit, przez które ich gaworzenie nie jest w stanie się przebić, jak i roszczenia homoseksualistów, bo katolicka moralność i kościół jest źródłem opresji i w związku z tym należy ograniczać jego wpływ na życie publiczne, gdzie tylko się da. Reasumując: jeśli liberalne pojęcie wolności oparte o zasadę szkody jest dość jasne i sprowadza się do prostej formuły, że wolno ci robić wszystko, jeśli tylko nie wyrządzasz innym szkody, jeśli wiadomo o co chodzi Arendt, przynajmniej gdy mówi, że obywatele mają prawo do aktywnej partycypacji w życiu publicznym, o tyle wezwanie Pettita do eliminacji dominacji z naszego życia może się okazać prawdziwym zagrożeniem dla ludzkich wolności, bo o naszej wolności będą decydować ci, którzy sprawują władzę i to oni będą decydować o tym, kiedy dominacja zachodzi lub nie. W ten sposób jeszcze raz sprawdzają się prorocze słowa Johna Stuarta Milla, że w naszych czasach lud, który sprawuje władzę, to nie zawsze ten sam lud, nad którym ta władza jest sprawowana. Z tego powodu trudno jest mi się zgodzić z propozycją Czarnoty, by oprzeć republikańską ideę rządów prawa na pojęciu wolności jako braku dominacji. Zgadzam się oczywiście z tezą, że eliminowanie stosunków nieusprawiedliwionej podległości jednych ludzi innym ludziom jest szczytnym i ważnym ideałem, ale ciężar dowodu na czym ono konkretnie polega i do jakich sfer naszego życia się odnosi nie spoczywa na mnie.

Powróćmy teraz na chwilę do słusznego poglądu Czarnoty, że filozofowie powinni częściej korzystać z wiedzy historycznej, bo inaczej będą wyważać dawno już otwarte drzwi. Wydaje się, że także w tym przypadku konieczna jest ostrożność

2 Ibidem, s. 8.

i to właśnie Pettit jest tego pogładowym przykładem. Zajmuje się on rządami absolutnymi i autorytarnymi w czasach średniowiecznych i nowożytnych, więc było oczywiste, że mówiąc o dominacji ma on na myśli ochronę obywateli przed arbitralizmem tyranów i monarchów absolutnych. Problem polega jednak na tym, że to nie monarchie absolutne są problemem zachodnich demokracji. Myślę, że to, co różni współczesny republikańizm od republikańizmu starożytnych, średniowiecznych i wczesnonowożytnych myślicieli, to fakt, że współczesny republikańizm jest republikaństwem demokratycznym i plebejskim, podczas gdy tamten był republikaństwem arystokratycznym i z tego powodu może być dla nas tylko ograniczonym źródłem inspiracji. Demokracje zachodnie gnębią zupełnie inne problemy niż to jak bronić się przed monarchą-tyranem. Będę więc bronił pojmowania wolności republikańskiej w takim duchu, w jakim pojmują ją Arendt, Skinner czy Sandel, a nie takim, w jakim przedstawia ją Pettit.

Jakie prawo i jaka wolność? Nie dajmy się zwieść dychotomiom

What Freedom and What Law? Be Aware of Dichotomies

Philosophy of law ought to make use of the achievements of the history of ideas. We should fully accept thus formulated thesis of professor Adam Czarnota. It is important for the aforesaid disciplines not to go to extremes, not to entrench themselves, but to listen to one another, support one another, and to consciously open to self-reflexive attitudes. It shall allow to acknowledge the philosophical or ethical presumptions that form the foundations for formulating and implementing law. Accordingly, it shall also allow to come up with the consciousness that the dichotomies used within law determine, to a great extent, the way we think and act, and affect our understanding of freedom. Only then it will become possible to formulate and implement law in a way that we will find beneficial – in a way that will fully insulate our freedom. The issue of understanding both freedom as well as the role of law – and, thus, the opportunities and threats that emerge alongside introducing these terms and values into culture – requires much deeper investigation. The reflections presented in this text are to point to some of the possible paths.

Marcin Kilanowski

*doktor nauk humanistycznych,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu*

Wprowadzenie

Filozofia prawa powinna korzystać z dorobku historii idei. W pełni należy zgodzić się z tak postawioną przez profesora Adama Czarnotę tezą, zwłaszcza że wyraża ona to, z czym *de facto* mamy do czynienia w sytuacji, gdy prawo jest tworzone, stosowane czy interpretowane. Problem polega na tym, że pomimo iż faktycznie tak się dzieje, częstokroć nie jesteśmy tego świadomi. Założenia filozoficzne, wartości, wpływają na nasze działania i myślenie o prawie, lecz odbywa się w to w sposób nieprzemyślany i bezkrytyczny. Sytuacja taka obnaża swoje słabości, gdy

dochodzi do konfrontacji z innymi, przeciwnymi stanowiskami – podejściami do kwestii roli prawa czy wyznaczania zasad, na których ma się ono opierać – i gdy w wyniku prowadzonego dialogu dostrzegamy słabość stosowanych przez dwie strony argumentów, a nawet odwoływanie się do takich, które zaprzeczają same sobie.

Ten brak świadomości istnienia filozoficznych czy etycznych założeń był jedną z przyczyn kryzysów, jakie wstrząsały naszymi społecznościami w przeszłości, a przecież dzieje się tak również i teraz. Dlatego też Czarnota pisze:

Wydawało się, że demokracja jest lekarstwem na zło tego świata oraz, że reżim demokratyczny zapewni poprawę sytuacji ekonomicznej. Tak się jednak nie stało i po złych doświadczeniach poszczególni myśliciele jak i potężne instytucje [...] przyjęły rządy praw jako trzon dyskursu¹.

Dziś widzimy, że przyjęcie koncepcji rządów prawa czy koncepcji prawa – choć występuje ona lokalnie – nie ustrzegło nas przed kolejnym kryzysem. A stało się tak, bo nasze myślenie opierało się i nadal opiera na kategorii wolności, która nie przystaje do rzeczywistości. Dotychczasowe pogłębienie jej rozumienia napotykało na liczne trudności, ponieważ częstokroć dla badających ważniejsze było, kto zdobędzie palmę pierwszeństwa, niż to by uznać, jak pisze Erich Fromm, „że z punktu widzenia człowieka ważniejsze są wspólne elementy [...] nauk niż ich odmienności”².

Kwestia rozumienia zarówno wolności jak i roli prawa – a więc szans i zagrożeń jakie pojawiają się wraz z wprowadzeniem do obiegu kulturowego tych pojęć, a zarazem wartości – wymaga dalszego zgłębiania. Zaprezentowane dalej refleksje będą miały za zadanie jedynie wskazać kilka tropów.

Jakie prawo?

Jedną z kwestii jaką porusza w swym tekście Czarnota, jest rola prawa. Piśze, że prawo „nie nadaje się do spełniania funkcji przynależnych światu polityki”, choć stwierdza, że we „współczesnym świecie taką rolę mu się przypisuje”³. Trudno się z tym poglądem zgodzić. Otóż szeroko rozumiane prawo, bez względu na to, czy powinno temu służyć, czy nie, w większym lub mniejszym stopniu spełnia funkcje polityczne. Przykładów można szukać w różnych porządkach prawnych – od Stanów Zjednoczonych po Węgry lub Kolumbię⁴. Pokazują one, że czasami prawo musi

1 A. Czarnota, *Republikańska koncepcja rządów prawa albo, co historyk idei może dać filozofii prawa*, s. 99 w tym numerze „Prawa i Więzi”.

2 E. Fromm, *Niech stanie się człowiek. Z psychologii etyki*, przeł. R. Saciuk, Warszawa 1994, s. 141.

3 A. Czarnota, *Republikańska koncepcja...*, op. cit., s. 105 w tym numerze „Prawa i Więzi”.

4 Decyzja Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Brown v. Board of Education* jest wyraźnym przykładem prawa wkraczającego w przestrzeń polityczną i odgrywającego ważną rolę polityczną. O różnych fazach przemian społeczno-politycznych spowodowanych decyzją patrz: M. Minow, *In Brown's Wake, Legacy of America's Educational Landmark*, Oxford 2010. W sprawie przemian prawnych i politycznych w Kolumbii patrz: K. L. Scheppele, *Constitutional Courts in the Field of Power Politics: A Realpolitik Defense of Social Rights*, „Texas Law Review” vol. 82, 2004, s. 1921-1961 W sprawie przemian prawnych i wpływu na politykę na Węgrzech patrz: D. E. Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, „Harvard International Law Journal” vol. 52, nr 1, 2012, s. 402-459.

spełniać funkcje polityczne – wtedy, gdy niezbędne jest wsparcie pewnych przemian politycznych, do których dokonania legislatorzy nie są zdolni⁵. Krótko mówiąc, prawo może oddziaływać na sferę polityczną, a przez to społeczną czy gospodarczą – wspierać więzy solidarności, respektowanie równości i wolności, co sugestywnie uzasadniał Émile Durkheim – choć czasami nie powinno, a stanowanie prawa i rozwój nowych stosunków społecznych należy pozostawić ewolucji społecznej⁶. W świetle tego można oczywiście mówić, że prawo nie powinno spełniać funkcji politycznych, ale tego nie da się uniknąć. Prawo tworzy naszą rzeczywistość na dobre i na złe. Ważne, by negatywnych efektów było jak najmniej, co można osiągnąć przez otwartość na zmiany. Z tym jednak jest poważny problem, bowiem, jak to zostało zaznaczone, prawo wpływa na zmiany, ale nie zawsze.

Celem tworzenia prawa, a w tym i konstytucji, jest ochrona pewnego porządku społecznego za pomocą zapisów prawnych oraz dbanie o ich przestrzeganie przy pomocy aparatu państwowego. Chronione są wolności, prawa i wyznaczane obowiązki. Jest jednakże dodatkowy cel społeczno-polityczno-gospodarczy, który realizuje się dzięki ustanawianiu aktów prawnych, a mianowicie to, że rzeczywistość przez nie utworzona – rzeczywistość prawna, która częstokroć staje się ważniejsza niż rzeczywistość codzienna – zyskuje w dużej mierze niezmienny charakter⁷. Jest to szczególnie widoczne, gdy analizuje się zasady rządzące zmianami zapisów konstytucyjnych⁸. W tym przypadku, jak i w innych, odpowiednie zapisy mają pomóc uchronić pewien porządek prawny przed zmianami. Tworzona rzeczywistość prawna, wyznaczająca reguły działania, a nawet sposób myślenia, ma pozostać niezmienna. Problem w tym, że nasza rzeczywistość dnia codziennego ulega przekształceniom, a wraz z nią nasze rozumienie wolności oraz praw, które powinny być chronione. Zmienia się także świadomość tego, do czego prawo powinno służyć, a do czego nie. I dlatego coraz częściej słyszymy na przykład głosy, że prawo nie może zastąpić wychowania moralnego, które jest niezbędne dla naszego wspólnego funkcjonowania w społeczeństwie. Obecne zapisy prawne i ich stosowanie sprawiają jednak częstokroć, że takie głosy nie mają racji bytu, prawo bowiem stanowi inaczej, ponieważ za pomocą takiego, a nie innego prawa reguluje się właściwie każdą sporną kwestię. W tym względzie pozytywistyczne myślenie o prawie jest nadal aktualne – o prawie jako stanowiącym, nadrzędnym, uniwersalnym i obiektywnie słusznym, gdyż będącym wyrazem woli racjonalnego ustawodawcy. Uważa się, że to porządek prawny

5 Oczywiście są tacy, którzy uważają, że przemiany społeczne dokonują się bez jakiegokolwiek udziału prawa i że nie miało ono wpływu na rozwój naszej kultury. Patrz: L. M. Friedman, *Niewidzialna klatka: przemyślenia na temat współczesnej kultury prawnej*, przeł. P. Łakowski, Warszawa 2012.

6 Patrz: R. Parker, *Here the People Rule, A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge-London 1994.

7 Dokonuje tutaj podziału na rzeczywistość prawną i rzeczywistość dnia codziennego, *de facto* bowiem są to dwie rzeczywistości, choć o tym zapominamy. Staje się to widoczne, gdy w życiu codziennym pragniemy dokonać jakiegoś działania – jak najbardziej zgodnego z naszym sumieniem, etycznymi normami społecznym, zdrowym rozsądkiem – a dowiadujemy się, że działanie takie jest niezgodne z prawem.

8 W Polsce niezbędne jest, by za zmianami opowiedziało się 2/3 członków parlamentu, podczas gdy do zmian zapisów prawnych innych aktów prawnych wystarczy zgoda połowy jego członków.

powinien być fundamentem naszych interakcji społecznych, a nie moralność, która jest zbiorem irracjonalnych, indywidualnych odczuć lub opinii, których zmienność jest wyraźnym dowodem na ich podrzędność względem racjonalnego prawa⁹.

Krótko mówiąc, przyjmowanie postawy, że prawo powinno być jak najbardziej niezienne, może szkodzić. Wiele słyszeliśmy już głosów w tej kwestii, choć z trudem są one przyjmowane w pewnych kręgach¹⁰. A dopiero będąc świadomym możliwości szkodliwego korzystania z prawa, można stosować je i tworzyć w sposób dla nas korzystny – w taki, który w pełni będzie chronił naszą wolność.

Jaka wolność?

Kilka powyższych słów dotyczących tego do czego „nadaje” się prawo, wskazuje, że nie może być mowy o postrzeganiu republikańskiej koncepcji wolności jako tej, która opiera się na rządach prawa eliminujących całkowicie arbitralność decyzji władz. I nie chodzi już tutaj o kwestię, czy są to rządy prawa w wersji republikańskiej, czy liberalnej, czy też jakiegokolwiek innej. Rozstrzygnięcia prawne będą zawsze wyrazem pewnego rozumienia tego, jakie to prawo powinno być. To rozumienie będzie zaś wynikiem rozstrzygnięć dokonywanych przez władzę, która częstokroć nie ma jednego centrum¹¹. Na ostateczne sformułowania wpływ mają bowiem liczne grupy, które to prawo tworzą, a więc wszystkie te środowiska polityczne powinno się uważać za posiadające władzę¹².

Oczywiście pozostaje kwestią dyskusyjną, w jakim stopniu indywidualna wolność powinna być chroniona, biorąc pod uwagę, że zakres ten zawsze będzie wyznaczany w wysoce politycznym procesie, a wynik – ustanowione prawo – będzie związany z różnymi interesami, jakie pojawiały się w jego trakcie. Różne też mogą być opisy kierunków, jakie wybierane są przez strony zaangażowane w te procesy. Można powiedzieć, że zwolennicy liberalnej wizji państwa i polityki kładą nacisk na konieczność ochrony wolności indywidualnej (która czasami jest chroniona tylko deklaratoryjnie), a prawo ma być gwarantem tej wolności rozumianej jako autonomia, zaś zwolennicy republikańskiej koncepcji największą wagę przywiązują do ochrony jednostki przed dominacją i arbitralnością władzy, czego zapewnieniu ma służyć tworzenie trwałych instytucji prawnych. Niekoniecznie takie opisy są

9 Więcej na temat krytyki idei racjonalnego ustawodawcy patrz: L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

10 J. Shklar, *Legalism, Law, Morals and Political Trials*, Cambridge 1964; M. A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York 1991; R. Mangrabiara Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, New York-London 2002.

11 Takie analizy są już prowadzone od dłuższego czasu, choć mają nadal niewielki wpływ na powszechne rozumienie, czym jest prawo i kto je stanowi. Warto wskazać na nadające kierunek poszukiwaniom rozważania Michaela Foucaulta czy współczesne analizy Davida Kennedy'ego, skupiające się na roli ekspertów w stanowieniu prawa, czy Dana Danielsena o roli korporacji w stanowieniu prawa. Patrz: D. Kennedy, *Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance*, „Sydney Journal of International Law” vol. 27, 2005, s. 5-28; idem, *The Dark Sides of Virtue*, Princeton 2004; D. Danielsen, *Corporate Power and Global Order*, [w:] *International Law and its Others*, red. A. Orford, Cambridge 2006, s. 85-99.

12 Ideę centrum czy też jednej centralnej władzy stanowiącej prawo powinniśmy zastąpić koncepcją rozbudowanej sieci podmiotów współtworzących to prawo w złożonym procesie o charakterze głęboko politycznym.

trafne. Patrząc bowiem uważnie widać wyraźnie, że jedni i drudzy chcą chronić jednostkę zarówno przed faktyczną jak i potencjalną ingerencją w imię jej autonomii i wolności od dominacji. By była to jednak ochrona skuteczna – i to należy dodać – trzeba dostrzec jeszcze inny problem, jakim jest zbyt silne opieranie się na ostrych dychotomiach: jednostka–wspólnota, prywatne–publiczne, prawo–moralność, prawo–polityka, wolność negatywna–wolność pozytywna, które znajdują swoje odbicie w prawie. Dopiero wykraczając poza nie, można budować nieskrępowaną nimi koncepcję wolności, w wyniku czego będzie ona omijać problemy obecne między innymi w sporze liberałów z komunitarystami czy liberałów z republikanami. Należy mieć świadomość, że te dychotomie poważnie determinują sposób naszego myślenia i działania, co następnie znajduje swoje odzwierciedlenie w stanowionym prawie i rozumieniu koncepcji wolności¹³.

Biorąc pod uwagę to, co zostało powiedziane o prawie i jego roli w kształtowaniu naszej przestrzeni wolności, trudno zgodzić się z profesorem Czarnotą, że w koncepcji Pettita mamy do czynienia z trzecim rodzajem rozumienia wolności (wychodzącej poza podział wolność negatywna–wolność pozytywna). Opiera się ona bowiem, jak poprzednie, na ostrych podziałach dychotomicznych. Tym samym republikańska wizja Pettita nie wydaje się być w żadnym stopniu nadrzędna względem liberalnej perspektywy, a jedynie ewentualnie szczególnym uściśleniem liberalnego rozumienia wolności. Jest swego rodzaju dopowiedzeniem wskazującym na potencjalność napięcia jakie może się pojawić, gdy jedna ze stron relacji chce dominować¹⁴. Jeżeli zależy nam przedstawienu alternatywnej definicji pojęcia wolności – swego rodzaju trzeciego jej rozumienia – to próby wskazania kierunku jaki powinniśmy obrać, znajdziemy w pracach Davida Graebera czy Jürgena Habermasa¹⁵. Aby zaś pójść dalej tą drogą, niezbędne jest zrewidowanie naszego rozumienia prawa oraz wykroczenie poza ostre dychotomie, jakie obecnie stanowią dla niego fundament: prywatne–publiczne czy wolność negatywna–wolność pozytywna.

-
- 13 O potrzebie wykraczania poza dychotomię prywatne–publiczne, a w szczególności prawo prywatne–prawo publiczne patrz: H. Muir Watt, *Private International Law Beyond the Schism*, „Transnational Legal Theory” vol. 2, nr 3, 2011, s. 347-428. O możliwości wypracowywania trzeciego rozumienia wolności jako odpowiedzialności na podstawie dorobku filozoficznego myśli pragmatycznej patrz: M. Kilanowski, *Ku wolności jako odpowiedzialności*. Dewey, Rorty, Habermas o nowej jakości w demokracji, Toruń 2013.
- 14 Warto dodać, abstrahując od poglądów Pettita, że tradycyjnie republikanie za dominujące uważają państwo (lub rząd federalny) i nieustannie obawiają się jego działań, nie dostrzegając jednak, że zwracają uwagę tylko na jedno potencjalne napięcie, jakie może ujawnić się w trakcie korzystania z naszej wolności. Czasami ich zapatrzenie w mniej lub bardziej realnego wroga indywidualnej wolności jakim jest państwo sprawia, że gotowi są przeciwstawić również prawu. Przykładem może być niedawny kryzys polityczny w USA spowodowany nieudzieleniem przez republikanów zgody na podniesienie limitu zadłużenia państwa, którzy w taki sposób wyrażali swoje niezadowolenie z reformy systemu ubezpieczeń zdrowotnych, której konstytucyjność stwierdził nawet Sąd Najwyższy.
- 15 D. Graeber, *Two Notions of Liberty revisited – or how to Disentangle Liberty and Slavery*, *Open Democracy forum*, 19 May 2013 <URL=<http://www.opendemocracy.net/openeconomy/david-graeber/two-notions-of-liberty-revisited-or-how-to-disentangle-liberty-and-slavery>> [dostęp: 27.10.2013]; J. Habermas, *Trzy normatywne modele demokracji*, przekł. P. Znaniecki, [w:] *Filozofia w dobie przemian*, red. T. Buksiński, Poznań 1994, s. 201-212.

Zakończenie

Filozofia prawa – lub inaczej: twórczy namysł nad prawem, który powinien towarzyszyć legislatorom i sędziom – winna być ściśle związana z analizą znaczenia pojęć i ich rozwoju na przestrzeni dziejów. Czasami, uwiedzeni pewnymi historycznymi kontekstami i używanym językiem, nie zdajemy sobie sprawy, że pomimo sentymentu jaki może nam towarzyszyć, zmieniły się warunki życiowe, pragnienia ludzi i zagrożenia. Patrząc w kierunku państwa, które tradycyjnie dominowało – które z bytu prywatnoprawnego stało się bytem publiczno-prawnym (przynajmniej tak powszechnie się uważa) – możemy nie dostrzegać, że dziś zagrożenie dla naszej wolności wcale nie płynie z tej strony, lecz pojawia się wraz z coraz silniejszymi korporacjami, których budżety inwestycyjne przerastają budżety państw w jakich inwestują, czy wraz z rozprzestrzenianiem się mediów, które nie edukują, ale są wykorzystywane do indoktrynacji i manipulowania, przez co – o czym pisał już Erich Fromm – tracamy własny osąd krytyczny¹⁶.

Nowe zagrożenia mogą skrywać się na zewnątrz i w nas. Błędem jest myśleć, że problemy nadal można opisać za pomocą sztywnych dychotomii ja–państwo, ja–prawo, rzeczywistość bowiem okazuje się bardziej złożona, a widać to zwłaszcza dziś. Pielęgnując te dychotomie – co jest grzechem pojawiającym się nagminnie w potocznym myśleniu, ale także częstokroć na nowo popełnianym także przez filozofów czy to liberalnych, czy republikańskich – sami sobie zaciemniamy obraz, choć jest to czasami „na rękę” tym, którzy z tego korzystają¹⁷. To, czego nam trzeba, to wychodzenie poza dychotomie, by móc lepiej rozumieć siebie i w bardziej adekwatny sposób stanowić prawo, które u swych początków ma wolę ludzi i im powinno służyć¹⁸. Jednym z elementów tego pełniejszego zrozumienia samego siebie jest przeformułowanie kluczowego dla nas pojęcia wolności, które jest rozumiane w sposób zbyt abstrakcyjny, o czym również możemy przekonać się, czytając rozważania Philipa Pettita. Potrzebne jest nam postrzeganie wolności jako tej, która nie tylko będzie oznaczać wolność od przymusu i dominacji – być może okaże się wręcz, że wskazane jest porzucenie myślenia o sobie jako o zamkniętej twierdzy broniącej się przed napastnikami: społeczeństwem, wspólnotą, opozycją – lecz będzie wyrazem stworzenia relacji, które staną się ważniejsze niż teorie podmiotów, które są zaangażowane w te relacje¹⁹. Będzie można o nich powiedzieć jedynie to, że zmieniają się one w czasie, w trakcie procesu komunikacji, współdziałania, konfliktu – choć nie będzie to oznaczać, że są one relatywne i że można o nich powiedzieć i zrobić z nimi

16 E. Fromm, *Zdrowe społeczeństwo*, przeł. A. Tanalska-Dulęba, Warszawa 1996.

17 Celnie opisała ten proces Judith Shklar w książce *Legalism*, choć zwracanie uwagi na środowiska prawnicze broniące ideologii legalizmu jest tylko jednym z przykładów, które można by podać. Patrz: J. Shklar, *Legalism...*, op. cit.

18 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. zaczyna się słowami „my, Naród Polski [...] ustanawiamy [...]” i jest to sformułowanie, które – choć w nieco odmiennej formie – występuje w licznych konstytucjach, wyrażając ideę powszechną w demokratycznych państwach, że to ludzie stanowią prawo.

19 Przełamywanie myślenia o sobie jako o zamkniętej twierdzy broniącej się przed innymi stanowi dużą część powojennej myśli filozoficznej i społecznej – od Hannah Arendt po Karla Poppera czy Jean-Paula Sartre’a.

wszystko²⁰. Prawo nadal będzie mogło być tworzone i nadal będzie można dochodzić swych racji, czy bronić prawdy, jednakże nie w oparciu o niedoprecyzowane lub ideologicznie zakorzenione pojęcia wolności, godności ludzkiej, solidarności społecznej czy też równości. Te wartości powinniśmy rozumieć w sposób pogłębiony, to one bowiem zostały przez nas uznane za kluczowe. Nasza intuicja podpowiada nam, że należy ich bronić. Dlatego trzeba dążyć do tego, by były one przez nas rozumiane. Będzie to długotrwały proces, a nie jednorazowe zadekretowanie ich znaczenia. Praca ta powinna być zawsze wykonywana we współpracy między filozofią, historią idei a prawem oraz silnie zakorzeniona w procesach społecznych, politycznych i ekonomicznych, by namysł nad prawem i tworzony w wyniku tego porządek w jak największym stopniu pozwalały nam się rozwijać. Aby praca ta mogła być wykonana, ważne jest by wspomniane dziedziny nie popadały w skrajności, by nie okopywały się na swoich własnych stanowiskach, by wzajemnie się słuchały, wspierały i by świadomie otwierały się na postawę autorefleksyjną.

20 Przeciwno takiemu rozumieniu relatywizmu występowali między innymi także ci, którzy odrzucali koncepcję prawdy absolutnej: Isaiah Berlin, Erich Fromm czy Jürgen Habermas.



AUTORZY

Noty o autorach

Tomasz Barszcz – doktor nauk prawnych, magister filozofii, asystent w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. W prowadzonych badaniach koncentruje się na strukturze argumentów (rozumowań) prawniczych oraz na specyfice języka używanego we współczesnej metafizyce.

Adam Czarnota – profesor prawa na Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowej Południowej Walii w Sydney (Australia) oraz Uniwersytetu w Białymstoku, dyrektor naukowy Międzynarodowego Instytutu Socjologii Prawa, *visiting profesor* Uniwersytetu Kraju Basków w San Sebastian oraz w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; jeden z dyrektorów Network for the Interdisciplinary Studies on Law; członek wielu towarzystw naukowych, m. in.: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Australian Society for Legal Philosophy, International Sociological Association. Zastępca redaktora naczelnego czasopisma „Prawo i Więź”.

Tadeusz Jasudowicz – profesor w Katedrze Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz Katedrze Praw Człowieka i Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Członek wielu organizacji krajowych i międzynarodowych; specjalista z zakresu prawa międzynarodowego publicznego, międzynarodowej ochrony praw człowieka, bioetyki oraz ochrony praw rodziny.

Marcin Kilanowski – doktor nauk humanistycznych, adiunkt w Zakładzie Filozofii Polityki Instytutu Filozofii Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Absolwent filozofii i prawa Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Utrecht University i Harvard University. Współpracuje i utrzymuje kontakty naukowe z Institute of Global Law and Policy na Harvard Law School Berlinie i Sciences-Po Ecole de Droit w Paryżu. Prowadzi badania dotyczące zastosowania myśli pragmatycznej w rozwiązywaniu problemów społecznych i prawnych a dotyczących rozwoju demokracji, społeczeństwa obywatelskiego, ochrony praw człowieka i rozwoju global governance.

Monika Lejczyk – doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie – Skłodowskiej w Lublinie. Autorka wielu publikacji naukowych z zakresu prawa cywilnego materialnego oraz z zakresu prawa Unii Europejskiej.

Lech Morawski – profesor prawa, kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; specjalista w zakresie teorii państwa i prawa oraz filozofii prawa; autor kilkudziesięciu rozpraw naukowych; członek m.in. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Rady Naukowej Spółdzielczego Instytutu Naukowego; redaktor naczelny kwartalnika „Prawo i Więź”.

Quentin Skinner – Barber Beaumont Professor Uniwersytetu Londyńskiego. Członek wielu międzynarodowych towarzystwa naukowych, m.in. Akademii Brytyjskiej, Akademii Amerykańskiej, Amerykańskiego Towarzystwa Filozoficznego. Laureat licznych nagród i doktoratów honoris causa (m. n. Oxford University, Harvard University) Autor wielu prac na temat republikanizmu, a także studiów na temat nowożytnej myśli politycznej. W Polsce ukazała się jego praca *Wolność przed liberalizmem*.

Katarzyna Tomaszewska – doktor nauk prawnych, adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Autorka rozprawy doktorskiej pt. *Dostęp do informacji publicznej jako kategoria ochrony interesu prawnego jednostki w materialnym prawie administracyjnym* oraz licznych publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego i administracyjnego. Jej zainteresowania badawcze dotyczą szeroko rozumianej tematyki realizacji powszechnego prawa do informacji, prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych również w powiązaniu z aspektami komunikacji elektronicznej.