

Tomasz Herbich: Fikcja szczelnie zamkniętego systemu

Nie można opierać istnienia państwa na fikcyjnych podstawach. Zamknięty system legalności, uzasadniający sam siebie i niecierpiący znikąd poza sobą własnej prawomocności, przez swoje zamknięcie w rzeczywistości nie staje się mniej polityczny. To samo dotyczy jego instytucjonalnego korelatu, czyli wyłączonego ze znaczących interakcji z otoczeniem sądownictwa – pisze Tomasz Herbich w „Teologii Politycznej Co Tydzień”: Powrót polityczności.

Spór o reformę sądownictwa, który przetoczył się w zeszłym miesiącu przez polską politykę, ma dwa zasadnicze, przedmiotowo ważne wymiary. Pierwszy z nich dotyczy realnego zerwania ciągłości z wcześniejszym, niedemokratycznym ustrojem, drugi zaś – otwarcia władzy sądowniczej, czyli jej odkorporacyjnienia. Te dwa wymiary są ściśle ze sobą powiązane, warunkiem zachowania ciągłości sądownictwa z poprzedzającym ustrojem było bowiem jego konsekwentne zamknięcie i ukorporacyjnienie, w praktyce wyłączające je z procesu demokratycznych przemian i tworzące dla niego inne, odrębne reguły funkcjonowania. Oznacza to, że przedmiotem sporu była rzecz o zasadniczym znaczeniu dla wspólnoty politycznej – sposób organizacji wymiaru sprawiedliwości i jego nowe ukonstytuowanie. Dlatego z pewnością prawdziwe są opinie tych, którzy mówili, że reformy wprowadzają zmiany, które powinny dokonać się 27 lat temu, gdy zmieniał się w Polsce ustrój. Każdy, kto rozumie znaczenie podstawowych terminów politycznych, zdaje sobie sprawę, że kierunek

tego nowego ukonstytuowania zaproponowany w trzech ustawach należy określić jako demokratyczny i że w żaden sposób nie występują one przeciwko zasadzie rządów prawa.

Niezwykłe burzliwy spór, który towarzyszył przyjmowaniu przez parlament trzech ustaw mających zreformować sądownictwo, stanowi świadectwo głębokiego zamętu pojęciowego, w którym jest pogrążona debata publiczna. Uporządkowanie pewnych fundamentalnych zagadnień, przywrócenie określonym pojęciom z zakresu teorii polityki i filozofii prawa ich właściwych znaczeń to obecnie jedna z kluczowych spraw. Tylko wtedy będziemy mogli właściwie opisać charakter bieżącego sporu, a także zdać sobie sprawę z niektórych przyczyn jego gwałtowności.

Punktem wyjścia do przywrócenia ładu pojęciowego może być zastosowana przez Carla Schmitta we wprowadzeniu do *Legalności i prawomocności* klasyfikacja form państwowości, zwłaszcza zaś zawarta w tej książce charakterystyka parlamentarnego państwa prawodawczego, którym jest współczesna Polska – będąca zgodnie z art. 2 Konstytucji RP „demokratycznym państwem prawnym”. Nie chodzi oczywiście o wykazanie, że propozycje zgłoszone przez rządzących mają schmittiański charakter (tak bowiem po prostu nie jest), tylko o próbę odczytania ostatnich wydarzeń z zastosowaniem wprowadzonych przez Schmitta rozróżnień i pojęć. Konfrontacja z klasycznym tekstem Schmitta o parlamentarnym państwie prawodawczym może pomóc w zdaniu sobie sprawy z natury sporu, który przetoczył się w minionym miesiącu przez polską politykę.

Parlamentarne państwo prawodawcze

We wprowadzeniu do *Legalności i prawomocności* Schmitt wyróżnił cztery typy państw: prawodawcze, jurysdykcyjne, rządowe i administracyjne. Trzy ostatnie, które niemiecki filozof odróżnia od państwa prawodawczego, zostają przez niego następująco zdefiniowane: „W państwach jurysdykcyjnych zamiast normującego prawodawcy ostatnie słowo ma rozstrzygający spór prawny *sędzia*. (...) Typowym wyrazem państwa jurysdykcyjnego jest *orzeczenie w konkretnej sprawie*, w którym słuszne prawo, sprawiedliwość i rozum objawiają się bezpośrednio, niezapośredniczone przez żadne określone z góry ogólne unormowania, i który przeto nie wyczerpuje się w normatywizmie samej tylko legalności. (...) Na przeciwległym biegunie państwa prawodawczego znajduje się *państwo rządowe*, które charakterystyczny wyraz znajduje w *wysokiej osobistej woli i autorytarnym rozkazie* rządzącej głowy państwa. Można sobie jednak wyobrazić jeszcze inny rodzaj państwa, w którym rozkaz ani wola nie pojawiają się autorytarnie i personalnie, ale zarazem nie chcą stanowić samych tylko zastosowań wyższych unormowań, lecz tylko merytoryczne zarządzenia: państwo administracyjne, w którym ani nie rządzą ludzie, ani normy nie obowiązują jako coś wyższego, lecz zgodnie ze słynną formułą «rzeczy rządzą się same»»[1].

W kontekście przywołanych powyżej ogólnych określeń trzech innych form państwowości możemy właściwie zrozumieć następującą definicję państwa prawodawczego: „Przez państwo *prawodawcze* rozumie się tu określony rodzaj wspólnoty politycznej, której specyfika polega na upatrywaniu najwyższego i kluczowego wyrazu wspólnotowej woli w *unormowaniach*, które mają być prawem, dlatego muszą mieć określone cechy, co pozwala podporządkować im wszystkie inne funkcje, sprawy i dziedziny»[2]. Powyższa definicja nie pozostawia wątpliwości, że parlamentarne państwo prawodawcze to forma rządów

właściwa dla demokracji liberalnej, którą możemy utożsamić również z pojawiającym się w naszej Konstytucji „demokratycznym państwem prawnym”. Na marginesie warto zresztą zauważyć, że Schmitt ma dobre powody, aby ze względu na precyzję konstruowanego przez siebie ujęcia nie posługiwać się pojęciem „państwa prawa” – stwierdza on mianowicie, że każdy z czterech wyróżnionych typów państw może uchodzić za państwo prawa, ten termin bowiem „może oznaczać nie mniej różnych rzeczy niż samo słowo «prawo» i nie mniej niż organizacje opisywane słowem «państwo»”[3]. Swoje rozważania na ten temat niemiecki filozof kończy zresztą niezwykle charakterystyczną i wartą przywołania uwagą: „Można sobie wyobrazić, że propagandziści i adwokaci wszelkiej maści chętnie skorzystają z tego terminu, by zdyskredytować przeciwnika jako wroga państwa prawa. (...) Teorii państwa i konstytucji chodzi o to, by za pomocą podziału na państwo prawodawcze, jurysdykcyjne, rządowe i administracyjne wydobyć pewne wyróżniki, dzięki którym lepiej i wyraźniej rozpoznawalna stanie się konkretna specyfika systemu legalności i jego dzisiejsze położenie”[4].

Spór o reformę sądownictwa, który przetoczył się przez polską politykę, ma dwa ważne wymiary: realnego zerwania ciągłości z wcześniejszym, niedemokratycznym ustrojem oraz odkorporacyjnienia władzy sądowniczej

Już przywołana definicja nie pozostawia wątpliwości, że dzisiejsza Polska jest państwem prawodawczym (trudno bowiem wątpić, że wola polityczna wyraża się w niej przede wszystkim w

procesie ustanawiania ogólnych i trwałych unormowań) oraz że żadna z liczących się sił politycznych nie zamierza zmieniać tego stanu rzeczy. Główny ciężar rządzenia w Polsce koncentruje się na tworzeniu pewnego porządku normatywnego, czego trzy ustawy reformujące polskie sądownictwo są zresztą najlepszym przykładem. Nie ulega też wątpliwości, że niewiele jest w Polsce osób pragnących zmiany tego stanu rzeczy. Istotny wyjątek stanowi część ważnych przedstawicieli środowiska sędziowskiego i prawniczego, których niektóre pomysły zgłaszane w ostatnim czasie wyraźnie zmierzały w kierunku ograniczenia państwa prawodawczego i wprowadzenia elementów państwa jurysdykcyjnego. Najlepszym przykładem tych pomysłów jest powracająca od końca ubiegłego roku idea rozproszonej kontroli konstytucyjności, która – gdyby została zrealizowana w praktyce w sposób systemowy – ciężar określania prawa *de facto* (choć nie *de iure*) przeniosłaby z parlamentu na sądy, mające (przynajmniej potencjalnie) ostatni głos w kwestii samego stosowania przepisów ustaw uchwalanych przez władzę ustawodawczą, co z kolei podważyłoby nadrzędną pozycję demokratycznie wybranego parlamentu w procesie ustanawiania prawa.

Zamknięty system legalności i jego konsekwencje

Oprócz przywołanej definicji państwa prawodawczego we wprowadzeniu do *Legalności i prawomocności* Schmitt podał także wstępną charakterystykę tej formy rządów, w której w bardzo przenikliwy sposób zwrócił uwagę na podstawową trudność z nią związaną. Istota tej trudności polega na tym, że idea rządów bez rządzącego prowadzi do zastąpienia prawomocności legalnością: „Nie można jednak nie dostrzegać, że parlamentarne państwo prawodawcze ze swoim ideałem i systemem szczelnie zamkniętej legalności

wszelkiego państwowego procedowania rozwinęło na wskroś swoisty system samouzasadnienia. *Legalność* ma tu właśnie ten sens oraz zadanie uznania za zbędne i zanegowania *prawomocności* (monarchy i plebiscytowej woli narodu), a także każdego – samoistnego lub odwołującego się do czegoś wyższego – *autorytetu* i *zwierzchnictwa*”[5]. Schmitt nie pozostawia zresztą wątpliwości, że jest to zasadnicza zmiana w dziejach samego pojęcia legalności, która „była pierwotnie istotnym elementem zachodniego racjonalizmu i formą przejawu prawomocności, a nie jej absolutnym przeciwieństwem”[6]. Można zatem uznać, że charakter państwa prawodawczego jest w znacznej mierze właśnie konsekwencją wyparcia prawomocności przez legalność. Taki wniosek zdaje się jednoznacznie potwierdzać ogólna charakterystyka tej formy państwowości, którą można znaleźć w następujących słowach: „Państwo prawodawcze jest bytem państwowym rządzonym przez nieosobowe i dlatego *ogólne*, z góry określone i dlatego zamierzone jako *trwałe* unormowania mierzalnej i określalnej treści. (...) «Rządzą przepisy», a nie ludzie, władze czy zwierzchności. Jeszcze dokładniej: przepisy nie rządzą, *obowiązują* tylko jako normy. Rządzenia ani nagiej władzy w ogóle już nie ma. (...) Ostateczny, zasadniczy sens fundamentalnej «zasady zgodności z prawem» całego życia państwowego polega na tym, że w ogóle nie ma już rządzenia ani rozkazywania, gdyż tylko wdraża się bezosobowo obowiązujące normy. Uzasadnienie takiego bytu państwowego tkwi w powszechnej *legalności* wszelkiego państwowego sprawowania władzy. Zamknięty system legalności uzasadnia wymogi posłuszeństwa i to, że uchyla się wszelkie prawo do oporu. Specyficzną formą przejawiania się prawa jest tu przepis prawny, a specyficznym uzasadnieniem państwowej przemocy – legalność”[7].

Schmitt walczył, oczywiście, z normatywistyczną fikcją właściwą dla pozytywizmu prawnego, a bezpośrednim tłem i kontekstem jego polemiki była Konstytucja Republiki Weimarskiej. Nasza sytuacja zatem zasadniczo różni się od tej, w której pisał Schmitt. Wydaje się jednak, że rozpoznana przez niego tendencja legalistycznej doktryny do tworzenia szczelnie zamkniętego systemu samouzasadnienia przetrwała. Jest tak dlatego, że to spostrzeżenie niemieckiego filozofa ma ogólne, teoretyczne znaczenie, nieograniczone do danego czasu i miejsca. Równocześnie jednak w dość paradoksalny sposób ta tendencja (a ściślej – jej praktyczna realizacja) została wyprowadzona poza parlament (przy zachowaniu zasadniczej struktury państwa prawodawczego). Aby zrozumieć przyczyny tego wyprowadzenia, należy zwrócić uwagę na podstawowe założenie krytykowanej przez Schmitta koncepcji – na zaufanie do prawodawcy: „Ta ufność pozostaje przesłanką każdej konstytucji, która organizuje państwo prawa w formie państwa prawodawczego. W przeciwnym razie to ostatnie byłoby dość skomplikowanym absolutyzmem, wymóg bezgranicznego posłuszeństwa byłby jawnym gwałtem, a uczciwa rezygnacja z prawa do oporu stanowiłaby przejaw nieodpowiedzialnej głupoty. (...) Cała godność i wysokość prawa zależy wyłącznie i wprost, mianowicie z bezpośrednio pozytywnoprawnym znaczeniem i działaniem, od tej ufności w sprawiedliwość i rozum samego prawodawcy i wszystkich instancji uczestniczących w procesie prawodawczym. (...) Ten system legalności nie jest wcale bezzałożeniowy. Bezzałożeniowe utożsamienie prawa z wynikiem jakiejś formalnej procedury byłoby tylko bezzałożeniowym, a więc ślepy podporządkowaniem czystej, tzn. oderwanej od jakiegokolwiek odniesienia do prawa i sprawiedliwości decyzji czynników zajętych procesem prawodawczym, bezzałożeniową rezygnacją z wszelkiego oporu”[8]. Właśnie to założenie sprawiło, że – jak pisał Schmitt w swoim późniejszym posłowniu – „panujący wówczas

pozytywizm opierał się na wierze we wszechmoc prawodawcy i na przekonywającym wniosku, że jeśli prawodawca jest wszechmocny, to potęga zmieniającego prawo legislatora musi być tym bardziej wszechmocna”[9].

Nietrudno się domyślić, że konfrontacja z praktyką polityczną z wielu powodów musiała zadać potężny cios temu założeniu. Wiara w racjonalność i w sprawiedliwość prawodawcy – a więc ustanawiającego prawo parlamentu – jest współcześnie trudna do utrzymania. Zamknięty system legalności wymagał jednak przeniesienia nadziei związanych z racjonalnym prawodawcą na inny, nowy podmiot. Można zaryzykować opinię, że właśnie stąd pochodzą obiegowe wyobrażenia na temat władzy sądowniczej. Skoro rozróżnienie egzekutywy i legislatywy, o którym pisał Schmitt, już nie wystarczało, judykatura miała dokonać niemożliwego – uosobić bezosobowe rządy ogólnych unormowań, ustanawianych nie przez nią, lecz przez parlament, ale właśnie za sprawą jej decyzji bezwarunkowo i bezosobowo działających.

W ten sposób zastąpiliśmy jednak jedną groźną fikcję – inną. Źródłem obu tych fikcji jest przekonanie, że wyłączenie tego, co Schmitt określał jako polityczność (która – nigdy nie dość powtarzania – jest czymś innym niż to, co zwykle nazywamy polityką, czyli niż polityka partyjna[10]), jest możliwe i pożądane. Tak jednak nie jest – samo prawo jest bowiem zakorzenione w źródłowej polityczności. Tymczasem powstał nowy „zamknięty system legalności”, którego instytucjonalnym korelatem jest właśnie to, co można określać jako „korporacjonizm” – całkowite wyłączenie trzeciej władzy z takich interakcji z otoczeniem, które byłyby znaczące dla jej konstrukcji. To z kolei połączyło się w Polsce po 1989 roku z chęcią – mniejsza z tym, czym motywowaną (i czy można uwierzyć w dobre intencje części

podzielających ją polityków) – zakonserwowania sądownictwa czasów PRL-u. Sądownictwa – dodajmy – o szczególnym profilu, bo bezpośrednio wywodzącego się z Polski lat osiemdziesiątych. W ten sposób jedna fikcja połączyła się z drugą – przekonanie, że konstrukcja państwa może być całkowicie oparta na bezosobowym obowiązywaniu ogólnych unormowań, uzasadniało pogląd, że możliwe jest budowanie sprawiedliwego państwa bez rzeczywistego zerwania z niesprawiedliwym ustrojem. A także – „apolitycznego” wymiaru sprawiedliwości bez zerwania z dziedzictwem systemu, który wszystko upolityczniał.

Zakończenie

Te fikcje są jednak z wielu powodów groźne. Na wiele lat zahamowały ona odbudowę sprawiedliwego, podmiotowego i praworządnego państwa. Warto też zwrócić uwagę na przywołane słowa, w których Schmitt pisał o rezygnacji z prawa do oporu. Można by do nich dodać, że legalizm doprowadzony do skrajności sprawia, że każdy z nas znajduje się wewnątrz pewnego systemu, którego warunków funkcjonowania ani konkretnych rozstrzygnięć nie może poddać głębokiej rewizji, nie może bowiem odnieść go do niczego, co jest poza tym systemem czystej legalności. To dlatego doświadczamy wręcz egzystencjalnego zagrożenia, gdy słyszymy o przykładach błędnych wyroków – wiemy bowiem, że mają one charakter bezwzględny, czyli że poza nimi na ziemi nie ma już niczego, a na niebie jest tylko Bóg.

Dobitną – choć też niezwykle groteskową – ilustracją tej niemożliwości odwołania się do niczego zewnętrznego wobec zamkniętego systemu legalności są słowa pośła Protasiewicza, który podczas posiedzenia

sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka skrytykował pogląd, że Sąd Najwyższy ma kierować się zasadą sprawiedliwości społecznej. Niezwykle to groteskowe, gdy polityk zapewniający o tym, że broni Konstytucji, nie doczytał jej drugiego artykułu. Ale zarazem jest to bardzo symptomatyczne, sprawiedliwość społeczna jest bowiem czymś, co odgrywa zasadniczą rolę w polskim porządku prawnym, ale zarazem transcenduje zamknięty system legalności, nie daje się bowiem wyłożyć w jego kategoriach. W pojęciu sprawiedliwości bowiem forma bez reszty ustępuje treści. Ktoś, kto broni wizji właściwej dla zamkniętego systemu legalności lub jej najważniejszego ustrojowego wykwitu – bezwzględного wyłączenia sądownictwa z procesu przemian demokratycznych po komunizmie – musi być zdania, że sprawiedliwość społeczna prowadzi do rozszczelnienia systemu.

Nie można jednak opierać istnienia państwa na fikcyjnych podstawach. Zamknięty system legalności, uzasadniający sam siebie i niecierpiący znikąd poza sobą własnej prawomocności, przez swoje zamknięcie w rzeczywistości nie staje się mniej polityczny. To samo dotyczy jego instytucjonalnego korelatu, czyli wyłączonego ze znaczących interakcji z otoczeniem sądownictwa. To wszystko może bowiem służyć na przykład przeniesieniu sądownictwa z państwa niedemokratycznego do demokratycznego, czyli działaniu jawnie politycznemu, mającemu aż do dnia dzisiejszego określone konsekwencje. Odrzucenie normatywistycznej fikcji, która rodzi konkretne konsekwencje praktyczne, w żadnym razie nie oznacza jednak zerwania z demokratycznym państwem prawnym (a wręcz wzmacnia jego funkcjonowanie). Mieliśmy zatem do czynienia z próbą dokonania pewnej fundamentalnej korekty, której naturę starałem się powyżej wyjaśnić, ale której przesłanki wykraczają poza ten tekst – przemawia za nią bowiem funkcjonowanie polskiego wymiaru sprawiedliwości przez ostatnich 27 lat. O to funkcjonowanie można się też spierać. O

nie jednak nikt spierać się nie chce, prawie każdy bowiem z uczestników debaty publicznej ostatnio stał się zwolennikiem jakiejś (bliżej nieokreślonej) reformy sądownictwa. Mimo to radziłbym, aby krytycy trzech ustaw reformujących sądownictwo zostawili w spokoju tak wielkie pojęcia, jak demokracja, państwo prawa czy niezawisłość sędziowska, i nie przedstawiali ich jako zagrożonych. Nie prowadzi to do niczego poza demonizowaniem oponenta, te słowa są bowiem używane przez nich poza swoim prawdziwym – i prawomocnym – znaczeniem.

[1] C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, tłum. B. Baran, Warszawa 2015, s. 10–11.

[2] Tamże, s. 8.

[3] Tamże, s. 25.

[4] Tamże, s. 26.

[5] Tamże, s. 17.

[6] Tenże, *Legalność i prawomocność. Posłowie*, „Kronos” 2016, nr 1, s. 146.

[7] Tenże, *Legalność i prawomocność*, dz. cyt., s. 8–9.

[8] Tamże, s. 35–36.

[9] Tenże, *Legalność i prawomocność. Posłowie*, s. 146.

[10] „Utożsamienie polityczności z partyjną polityką jest możliwe dopiero wtedy, kiedy państwo traci znaczenie jako jedność polityczna, obejmująca wszystkie wewnętrzne polityczne stronnictwa i łagodząca ich przeciwieństwa” (tenże, *Pojęcie polityczności* [w:] tegoż, *Teologia polityczna i inne pisma*, tłum. M.A. Cichocki, Warszawa 2012, s. 260).