

TOMASZ PIETRZYKOWSKI¹

Czy powrót ustawowego bezprawia?²

Wpłynął: 29.03.2022. Akceptacja: 10.11.2022

Streszczenie

Stan kryzysu konstytucyjnego sprzyja ujawnianiu się w praktyce prawniczej problemów o charakterze filozoficznoprawnym, które na co dzień wydawać mogą się abstrakcyjne i akademickie. Jednym z takich problemów jest kwestia materialnych (treściowych) kryteriów obowiązywania prawa i związanego z nim pytania, czy normy prawne rzeczywiście mogą mieć „dowolną” treść. Staje się ono bardzo aktualne w obliczu inicjatyw legislacyjnych mających uchylać odpowiedzialność funkcjonariuszy publicznych za niektóre przestępstwa. Tego rodzaju regulacje zasługują na dyskusję uwzględniającą podnoszone w teorii prawa koncepcje roszczenia do normatywnej słuszności (sprawiedliwości, poprawności) jako koniecznej cechy każdego aktu stanowienia lub stosowania prawa. Można argumentować, że nawet słabsze rozumienie takiego roszczenia, odwołujące się do słuszności zrelatywizowanej do moralności publicznej odzwierciedlonej w wartościach i zasadach obecnych w samym prawie pozytywnym, wystarcza, aby skutecznie kwestionować ewentualne domniemanie obowiązywania tego rodzaju przepisów bezkarnościowych nawet w razie, gdyby zostały one formalnie prawidłowo ustanowione.

Słowa kluczowe: prawo, bezkarność, roszczenie do słuszności, kryzys konstytucyjny.

¹ Prof. dr hab. Tomasz Pietrzykowski – Uniwersytet Śląski w Katowicach (Polska); e-mail: tomasz.pietrzykowski@us.edu.pl; ORCID: 0000-0003-0428-7021.

² Badania wykorzystane w artykule nie zostały sfinansowane przez żadną instytucję.

TOMASZ PIETRZYKOWSKI

A Return of Statutory Lawlessness?³

Abstract

Constitutional crisis confronts legal practice with philosophical problems that normally may seem abstract or even purely academic. Among those, there is a question of material (content-dependent) criteria of legal validity, namely whether legal norms may actually have any content and remain binding elements of the law. It becomes palpable due to the legislative initiatives to decriminalize some violations of law committed by governmental officials. Such regulation deserves discussion in the light of theoretical conceptions of the claim to correctness (justice, righteousness) as a necessary feature of each act of enacting or applying the law. Arguably, even weaker conception of such claim, relying on the correctness relative to the public morality reflected in the fundamental values and principles of the positive law, is sufficient to challenge the potential presumption of validity of such decriminalizing provisions entailed by their possible formally accurate enactment.

Keywords: law, impunity, validity, claim to correctness, constitutional crisis.

³ The research in this article has not been supported financially by any institution.

Fundamentalne pytania

Stan głębokiego kryzysu konstytucyjnego pociąga za sobą wiele poważnych szkód w polskim porządku prawnym i środowisku prawniczym⁴. Jednocześnie – sprzyja dyskusjom filozoficznoprawnym⁵. Także w przeszłości fundamentalne spory o naturę prawa ożywiały się pod wpływem najtrudniejszych doświadczeń ustrojowych. Do dziś stanowią one nie tylko źródło przykładów, ale także istotny punkt odniesienia dla dyskusji o tym, czym jest prawo⁶.

Ostatnie lata przyniosły i nadal przynoszą tego rodzaju inspirację, nierzadko dostarczając znacznie lepszego materiału do dyskusji filozoficznoprawnej niż jakiegokolwiek akademickie przykłady. Bez wątpienia będzie ona napędzać spory i refleksję w polskim prawoznawstwie jeszcze przez wiele dziesięcioleci. Jednej z takich inspiracji dostarcza także pojawienie się projektu przepisów mających znosić karalność określonego rodzaju przestępstw popełnianych przez przedstawicieli władzy (funkcjonariuszy publicznych). Nieudane próby ich uchwalenia podejmowane były już dwukrotnie. Obecnie ma miejsce trzecia, której los w chwili pisania tych słów wciąż nie jest przesądzony⁷. Niezależnie od tego, że okazały się one, jak dotąd, nieudane – stanowić mogą asumpt do postawienia i przedyskutowania jednej z fundamentalnych kwestii filozoficznoprawnych – istnienia i źródeł materialnych (treściowych) granic tego, co może stać się obowiązującym przepisem prawa pozytywnego.

⁴ Na temat faktografii i charakterystyki prawnej kryzysu prawa w Polsce ostatnich lat zob. W. Sadurski, *Polski kryzys konstytucyjny*, Łódź 2020.

⁵ Zob. np. ostatnio T. Pietrzykowski, *Polski kryzys konstytucyjny oczami pozytywisty prawniczego*, „Państwo i Prawo” 2022, 3, s. 3 i n.

⁶ Z bardzo bogatej literatury jedynie tytułem przykładu wskazać można prace: J. Zajadło, *Formuła Radbrucha: filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001; D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford 1991; G. Postema, *Law's Ethos. Reflections on a Public Practice of Illegality*, „Boston University Law Review” 2010, 90.

⁷ Por. art. 1 pkt. 1 projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z 12 sierpnia 2020 (druk 539); art. 82 i 94 ustawy z dnia 9 marca 2022 r. o o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (prekazanaj do Marszałka Senatu w dniu 10 marca 2022 r., druk 653). Przepisy te zostały przez Senat usunięte, a poprawka ta została następnie przez Sejm przyjęta. W dniu 1 grudnia 2022 r. Sejm uchwalił ustawę o zaniechaniu ścigania za niektóre czyny związane z organizacją wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych na dzień 10 maja 2020 r. (druk 2812).

Dla uwyrażnienia istoty problemu lepiej w pierwszej kolejności posłużyć się przykładem wymaginowanym, będącym wyostrzoną i uproszczoną postacią proponowanej regulacji. Niechaj za taki przykład posłuży wymaginowany przepis o następującym brzmieniu: „członkowie rady ministrów i podlegli im urzędnicy administracji nie popełniają przestępstwa, jeśli popełniane przez nich czyny mają na celu realizację polityki rządu”⁸. Nazwijmy przepis tego rodzaju „normą bezkarnościową”. Do różnic pomiędzy normą bezkarnościową a realnym brzmieniem przepisów rozpatrywanych przez polski parlament powrócimy w dalszej części niniejszego opracowania.

Istotę problemu, jaki nasuwałaby norma bezkarnościowa sprowadzić można do pytania, czy przepis takiej treści, w razie jego formalnego uchwalenia, w ogóle mógłby zostać uznany za prawnie obowiązujący. Skupia jak w soczewce dylemat będący osią wielu dyskusji filozoficznoprawnych, toczonych zwłaszcza przez ostatnie dwa stulecia, czy prawo może mieć dowolną treść, jeżeli tylko zostanie w sposób formalnie poprawny ustanowione⁹.

Dwie perspektywy

Odpowiedź na to pytanie wymaga odróżnienia dwóch płaszczyzn, na jakich może być ono rozważane¹⁰. Pierwszą z nich jest punkt widzenia zewnętrznego obserwatora porządku prawnego, zainteresowanego możliwie obiektywnym opisem tworzących ten porządek norm. Z tego punktu widzenia chodzi zatem o formułowanie tez będących możliwie wiernym odzwierciedleniem rzeczywistości prawnej, pojmowanej tak, jak postrzegają i rozumieją ją uczestnicy porządku prawnego. Warunkiem naukowego obiektywizmu takiego opisu jest więc maksymalnie ściśle oddzielenie go od własnych ocen i normatywnych przekonań samego obserwatora.

Odminną perspektywę zajmuje uczestnik porządku prawnego, którego decyzje i zachowania współtworzą rzeczywistość prawną. Chodzi tu przede wszystkim o oficjeli danego porządku prawnego, wydających wyroki, rozstrzygających w sposób mający praktyczne znaczenie dla innych o tym, jakie zachowania uznać można

⁸ Przykład taki można wyostrzać dalej, formułując go w sposób jeszcze bardziej bezceremonialny – np. „członkowie partii rządzącej nie podlegają odpowiedzialności za czyny będące realizacją programu partii”.

⁹ Punktem odniesienia tych sporów w ostatnich dekadach było przede wszystkim często cytowane zdanie z *Czystej teorii prawa* H. Kelsena: „Darum kann jeder beliebige Inhalt Recht sein” (*Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., Wien 1960, s. 201).

¹⁰ Te dwie perspektywy określiłem w innym miejscu jako punkt widzenia „nauki o prawie” oraz „nauki prawa”. Zob. T. Pietrzykowski, *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 2019, passim.

za zgodne, a jakie za niezgodne z prawem. Należą do nich przede wszystkim sędziowie, prokuratorzy, urzędnicy, adwokaci, doradcy prawni i inni zawodowo czy instytucjonalnie odpowiedzialni za rozstrzyganie praktycznych problemów prawnych. O obliczu rzeczywistości prawnej decydują, w zasadniczym stopniu, właśnie decyzje i zachowania oficjeli, dyktowane ich przekonaniem i wyobrażeniami na temat tego, jakie zachowania wyznacza dla nich prawo. Z podobnej perspektywy prawo starają się „opisywać” także prawnicy-dogmatycy, których rolą jest rozstrzyganie potencjalnych problemów rozumienia i stosowania prawa. Dostarczają oni argumentów przydatnych oficjelom w przypadkach, gdy konfrontowani są z danego rodzaju problemem w praktyce funkcjonowania porządku prawnego¹¹.

Z perspektywy obserwatora istota problemu normy bezkarnościowej sprowadza się do pytania, czy tego rodzaju przepis, po jego ustanowieniu, zostałby w wystarczająco zgodnej praktyce oficjeli uznany za podstawę do uznawania objętych nim zachowań za nienaruszające prawa i niepodlegające odpowiedzialności. Inaczej mówiąc, czy uznaliby go za obowiązujące ich prawo i kierowali się nim w swoich działaniach, a ewentualne odmienne rozstrzygnięcia byłyby efektywnie eliminowane z obrotu prawnego jako prawnie wadliwe. Tak pojmowany problem charakteru prawnego normy bezkarnościowej byłby *stricte* empiryczny i możliwy do względnie obiektywnego rozstrzygnięcia.

W tym znaczeniu prawo faktycznie *może* mieć dowolną treść, o ile tylko, i tak długo, jak będzie ona przez oficjeli systemu prawnego wystarczająco zgodnie uznawana za prawnie obowiązującą. Jej istnienie jest zatem – jak pisał J. Austin – jedną sprawą, a moralna ocena – drugą¹². Jest to jednak perspektywa zewnętrznego badacza prawa spoglądającego na porządek prawny z zewnątrz jako na artefakt społeczny składający się z faktów (zachowań), determinujących je przekonania oraz kształtujących je procesów i czynników. Ma ona oczywisty walor poznawczy, nie jest jednak odpowiedzią na pojawiające się w ramach opisywanej rzeczywistości prawnej dylematy normatywne czy etyczne jego uczestników.

¹¹ Dlatego twierdzenia dogmatyki na temat tego, co prawo „mówi” w różnego rodzaju hipotetycznych przypadkach stanowi zarazem jego optymalizację i element jego dalszej pozytywizacji. W zakresie, w jakim dokonywany przez nich opis tego, jakie prawo „jest”, wpływa na przekonania i praktyczne decyzje oficjeli, jest także pośrednim, lecz istotnym, współtworzeniem „opisywanego” prawa, zgodnie z tym, jak dany dogmatyk uważa, że „powinno” ono być rozumiane i stosowane. Zob. na ten temat interesujące rozważania J. Leszczyńskiego, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010.

¹² J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], wyd. Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, s. 184.

Roszczenie do słuszności (sprawiedliwości)

Z perspektywy uczestnika porządku prawnego – oficjela zobowiązanego do właściwego stosowania prawa – problem obowiązywania przedstawia się jednak inaczej. Ma on dla niego charakter normatywny, a nie opisowy. Każdy sędzia, prokurator czy urzędnik porządku musi bowiem na własny użytek rozstrzygać kwestie obowiązywania norm wchodzących w rachubę jako podstawa rozstrzygnięcia, jakie ma za zadanie wydać. Problem sprowadza się więc dla niego do pytania „co powinienem zrobić?”, a nie „co robią inni?”.

Bez cienia wątpliwości te pytania są ze sobą ściśle powiązane. Równie jasne jest jednak to, że nie daje się ich ze sobą utożsamiać. Choć w typowych przypadkach odpowiedzi na nie się pokrywają, rolą każdego oficjela jest przeprowadzać rozumowanie walidacyjne i interpretacyjne poprzedzające jego decyzje prawne oraz postępować zgodnie z najlepszym własnym rozumieniem tego, czego od niego wymaga prawo. Konieczność zastosowania – na własną odpowiedzialność – normatywnych kryteriów obowiązywania prawa oraz zasad jego interpretacji jedynie w pewnej mierze daje się sprowadzić do kwestii faktów, decyzji i zachowań podejmowanych przez innych. W pozostałym zakresie wymagają one własnych rozstrzygnięć odwołujących się do nieuchronnych momentów wartościowania i wyboru.

Także problem prawnego statusu normy bezkarnościowej może i powinien być rozważany z takiej właśnie perspektywy. Pytania nie o to, czy oficjele *de facto* uznaliby ją za obowiązujące prawo, lecz pytania, czy z punktu widzenia każdego z nich powinna być za takie uznana i dlaczego. Czy mimo ewentualnego formalnie poprawnego ustanowienia jej obowiązywanie prawne nie powinno zostać zanegowane ze względu na jej treść?

Chciałbym argumentować, że istnieją poważne racje, ze względu na które ustanowienie normy bezkarnościowej powinno zostać uznane za prawnie bezskuteczne, a ona sama – za nieobowiązującą. Punktem wyjścia takiej argumentacji może być głośna teza Roberta Alexego o „roszczeniu do słuszności (sprawiedliwości, poprawności)” będącej, jego zdaniem, konieczną cechą każdego systemu prawnego oraz każdej indywidualnej normy prawnej¹³. Odrzucenie takiego roszczenia przez normodawcę prowadziłoby, jak argumentuje Alexy, do sprzeczności performatywnej czyniącej obarczony nim akt wadliwym.

Każdy akt mowy musi bowiem spełniać pewne milcząco zakładane warunki swojej fortunności. W przeciwnym razie nie zostaje prawidłowo dokonany i nie

¹³ Zob. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992; s. 63 i n.; idem, *On Necessary Relations Between Law and Morality*, „Ratio Juris” 1989, 2, s. 178 i n.; idem, *O pojęciu i naturze prawa*, Wykład im. Leona Petrażyckiego, Wydział Prawa i Administracji UW, 19 maja 2006, Warszawa 2006, *passim*.

liczy się jako akt zamierzonego rodzaju. Warunki takie są w dużej mierze milcząco zakładane, a ich istnienie i rolę ujawnia dopiero hipotetyczne zanegowanie ich spełnienia wyrażoną *expressis verbis* treścią aktu, którego prawidłowe dokonanie zależne jest od ich spełnienia. Wypowiedź „stwierdzam, że X, ale nie wierzę, że X” ujawnia, że milczącym założeniem prawidłowo dokonanego aktu *stwierdzenia*, jest przekonanie (wiara) stwierdzającego, że rzeczy mają się tak, jak zostaje przez niego stwierdzone. Sformułowanie stwierdzenia, które *explicite* przeczy temu, co *implicite* zakłada jako akt mający być stwierdzeniem, obarczone jest sprzecznością performatywną. Analogicznie, sprzeczność taka cechowałaby akt złożenia obietnicy, który brzmiałby „obiecuję Ci uczynić X, ale wcale nie zamierzam tego uczynić”. Podobne przykłady mogą dotyczyć każdego rodzaju aktów mowy.

Tego rodzaju warunkiem poprawności stanowienia norm prawnych jest podnoszone w nim *implicite* „roszczenie do (normatywnej) słuszności” sposobu, w jakie reguluje ono sprawy będące jego przedmiotem. Roszczenie takie ujawniałoby takie sformułowanie norm, które *expressis verbis* przeczyłoby takiemu roszczeniu. Robert Alexy odwołuje się w tym kontekście do dwóch hipotetycznych przykładów. Pierwszym z nich byłaby norma konstytucyjna, zgodnie z którą „X jest federalną, demokratyczną republiką, realizującą zasady niesprawiedliwości”. Drugim – hipotetyczny wyrok sądu stwierdzający, że „sąd w składzie tu obecnym skazuje oskarżonego, choć niesłusznie – bo na podstawie niepoprawnej interpretacji kodeksu karnego, na karę pozbawienia wolności”.

O istnieniu roszczenia normy prawnej o słuszności (sprawiedliwości) świadczy sprzeczność performatywna powstająca w przypadku tak formułowanych norm. Jest przy tym jasne, że realnie istniejące prawo stanowione nie jest w stanie w pełni zaspokajać podnoszonego w nich roszczenia do słuszności. Czym innym jednak jest podnoszenie takiego roszczenia oraz nie w pełni udana próba jego realnego spełnienia, czym innym natomiast – jego całkowite odrzucenie i stanowienie norm zupełnie abstrahujących od jakiegokolwiek pojmowania sprawiedliwości czy dobra wspólnego, jakie ma być nimi realizowane¹⁴. Normy tego rodzaju nie są już poprawnie dokonanym (acz niedoskonałym) prawem. Nie będąc właściwie dokonanym aktem stanowienia prawa, stają się po prostu wolą jednych narzuconą przemocą drugim. Przystają być obowiązującym prawem, a stają się utrzymywanym siłą ustawowym bezprawiem¹⁵.

¹⁴ Por. N. MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford 2007, s. 264, 276–278.

¹⁵ R. Alexy podkreśla, że w odniesieniu do indywidualnych norm utrata ich charakteru prawnego w wyniku performatywnej sprzeczności wymaga argumentacji normatywnej, a nie tylko analitycznej (zob. na ten temat A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 49 i n.).

Zdaniem Alexego tak właśnie należy interpretować słynną „formułę Radbrucha”. Zgodnie z jej klasycznym ujęciem, ustawa, nawet niesprawiedliwa, pozostaje obowiązującym prawem; jednakże po przekroczeniu pewnej ekstremalnej, „nie-dającej się znieść” miary niesprawiedliwości traci ona przymiot prawa i staje się „ustawowym bezprawiem”¹⁶. W proponowanych przez niego kategoriach – norma prawna, która podnosi roszczenie do słuszności, ale go nie spełnia, pozostaje obowiązującym, choć wadliwym (niesprawiedliwym), prawem. Jednak norma ustawowa, która takiego roszczenia nawet nie podnosi, nie spełnia warunku uznania za akt stanowienia prawa i pozostaje nagą przemocą ubraną w szaty ustawy.

Rozwijane przez kilka dekad stanowisko Alexego wywołało szeroką i trwającą do dziś dyskusję, w której jest ona zarówno poddawana gruntownej krytyce¹⁷, jak i brana w obronę¹⁸. Niezależnie od tego, pogląd Alexego może być interesującym punktem odniesienia także w dyskusji nad statusem tego rodzaju unormowań, jak norma bezkarnościowa. Z tej perspektywy bowiem zasadnicze znaczenie miałoby pytanie, czy norma bezkarnościowa może być traktowana jako dążąca do realizacji jakiegokolwiek pojmowania sprawiedliwości możliwego do pogodzenia z wartościami moralnymi, na jakich oparty jest porządek prawny.

Problem obowiązywania normy bezkarnościowej

Roszczenie do słuszności, o którym mowa w koncepcji R. Alexego, nie musi bynajmniej być postrzegane jako nieuchronnie zakładające istnienie jakiegokolwiek suprapozytywnego prawa naturalnego, ani nawet absolutystycznie pojmowanej, obiektywnie poznawalnej moralności. Można je interpretować jako odwołujące się do swego rodzaju wartości podstawowych uznawanych na gruncie danego porządku prawnego i możliwych do zrekonstruowania w oparciu o deklarowane w nim podstawowe zasady i wartości (także wyrażane w normach prawa pozytywnego). W takim ujęciu jego punktem odniesienia byłaby nie tyle abstrakcyjna doktryna moralna utożsamiana z obiektywnie wiążącym prawem naturalnym, lecz raczej krytycznie zrekonstruowana moralność publiczna, odzwierciedlana w uznawanych normach konstytucyjnych oraz wiążących na ich podstawie nor-

¹⁶ Zob. szerzej J. Zajadło, op. cit., s. 109 i n.

¹⁷ Zob. szczególnie A. Grabowski, op. cit., s. 149 i n.; E. Bulygin, *Alexy's Thesis on the Necessary Connection between Law and Morality*, „Ratio Juris” 2000, 13, s. 133 i n.; B. Bix, *A Critique of Alexy's Claim to Correctness*, „Ratio Juris” 2020, 33, s. 124 i n.

¹⁸ Por. np. M. Quimbayo Duarte, *Law's Claim to Correctness*, Baden-Baden 2020, passim.

mach prawa międzynarodowego (a w naszym przypadku – także europejskiego), traktowanych jako fundamenty aksjologii porządku prawnego¹⁹.

Roszczenie do słuszności przybiera tu raczej postać roszczenia do aksjologicznej spójności porządku prawnego realizującego wartości moralne, które sam porządek prawny uczynił podstawami swojej aksjologii. Są to zatem racje moralne postrzegane przez pryzmat treści norm samego prawa pozytywnego. Przenosi to zatem problem moralnej oceny normy prawnej niejako do wewnątrz porządku prawnego i przekształca w kwestię spójności aksjologicznej należących do niego norm. Kwestia taka wyglądałaby zgoła inaczej w jawnie „perwersyjnym” moralnie systemie prawnym. Wówczas problem granic dopuszczalnej moralnie treści, jaką przybierać mogą w jego ramach poszczególne normy, przeobrażałby się w problem legitymizacji moralnej samego takiego porządku oraz związany z tym osobisty problem podporządkowania się lub oporu wobec tak ukształtowanego prawa²⁰.

W porządkach prawnych opartych na akceptowalnych moralnie, oficjalnie deklarowanych wartościach podstawowych (dobra wspólnego, praworządności, sprawiedliwości społecznej, równości wobec prawa, legalizmu etc.) ocena normy bezkarnościowej wymagałaby argumentacji jedynie częściowo etycznej, częściowo zaś – interpretacyjnej. Odczytania norm prawa pozytywnego inkorporujących pojęcia i doktryny moralne w sposób optymalizujący etycznie porządek prawny, a następnie oceny, na ile treść normy bezkarnościowej mogłaby być traktowana jako próba realizacji tak zrekonstruowanej aksjologii.

Uważam, że wynik takiej oceny wypada negatywnie. Normy bezkarnościowej nie dałoby się traktować jako możliwej do racjonalnej obrony próby realizacji przez prawodawcę wartości, na jakich oparty jest porządek prawny. Jej założenie – uchYLENIA odpowiedzialności (a więc, w istocie, podporządkowania prawu) oficjeli – godzi w sam rdzeń doktryny państwa prawa i leżących u jej podstaw wartości. Jest ona bowiem niczym innym, jak właśnie dążeniem do poddania osób sprawujących władzę ograniczeniom prawnym i odpowiedzialności za ich naruszenia. Idea rządów prawa narodziła się i rozwinęła jako remedium na pokusy charakteryzujące nieskrępowaną prawnie władzę. Ich symbolem może być przekonanie, jakiemu wedle Swetoniusza hołdować miał osławiony Kaligula, zgodnie z którym „cesarzowi wolno zrobić wszystko z każdym”²¹.

¹⁹ Zob. na ten temat także T. Pietrzykowski, *Moralność publiczna i konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019, 1, s. 5 i n.

²⁰ Na ten temat zob. np. interesujące dyskusje przedstawione w D. Dyzenhaus, op. cit., passim; idem, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal System*, Oxford 1998; H. Pauer-Struder, *Justifying Injustice. Legal Theory in Nazi Germany*, Cambridge–New York 2020.

²¹ Zob. na ten temat szerzej T. Pietrzykowski, *Ujarmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014, s. 15.

W państwie praworządnym *lex est rex* w stosunku do każdego, niezależnie od tego czy jest rządzonym czy rządzącym. Wyłącznie odpowiedzialności za naruszenia prawa dotyczące osób sprawujących władzę oznacza jawne i radykalne odrzucenie idei takiego państwa. Nie ulega natomiast wątpliwości, że z punktu widzenia zarówno obowiązującej Konstytucji, jak i uznawanych przez Polskę traktatów międzynarodowych (zwłaszcza prawa unijnego i *corpus iuris* Rady Europy) praworządność jest i pozostaje fundamentalną zasadą, na jakiej oparty jest nasz porządek prawny. Ten jej aspekt wzmacniają dodatkowe zasady – równości wobec prawa, legalizmu działania władzy publicznej czy respektowania wiążących norm prawa międzynarodowego (w tym tych, które czynią rządy prawa jedną z naczelných wartości prawnych).

Teza o oczywistej sprzeczności normy bezkarnościowej z podstawowymi wartościami państwa prawa nie wydaje się zatem ani szczególnie trudna do wykazania, ani kontrowersyjna. Jeżeli jakkolwiek normę prawną można byłoby uważać za odrzucającą realizację wartości rządów prawa, legalizmu czy równości wobec prawa byłaby to właśnie norma bezkarnościowa. Jej treść opiera się bowiem na bezwzględny dążeniu do realizowaniu partykularnego interesu rządzących kosztem ochrony dóbr prawnych wszelkich innych podmiotów, do naruszenia których prowadzić mogą działania ludzi władzy.

Od modelu do rzeczywistości

Dotychczasowe rozważania nad normą bezkarnościową miały charakter dość abstrakcyjny. Nawet jeśli normę tej treści należałoby uznać za prawnie niedopuszczalną ze względu na całkowite odrzucenie roszczenia do normatywnej słuszności, nie musi oznaczać to, że podobnie byłoby w przypadku konkretnego brzmienia przepisu wyłączającego pod określonymi warunkami odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych za wskazane w takim przepisie rodzaje czynów. Jego treść może bowiem być w rzeczywistości dość odległa od hipotetycznego modelu normy bezkarnościowej.

Niemniej jednak argumentacja odnosząca się do takiej normy wydaje mi się wystarczająca adekwatna także w odniesieniu do realnych przykładów przepisów, których uchwalenie proponowane było w toku wspomnianych wcześniej inicjatyw ustawodawczych²². W projekcie z 2020 r. wnioskodawcy proponowali przepis w brzmieniu następującym: „Nie popełnia przestępstwa, kto w celu przeciwdziałania COVID-19 narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, jeżeli

²² Por. przypis 7 powyżej.

działa w interesie społecznym i bez naruszenia tych obowiązków lub przepisów podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione". Z mocy ogólnej zasady wyrażonej w art. 4 Kodeksu karnego dekryminalizowałby on także *ex post facto* naruszenia prawa popełnione przed jego uchwaleniem.

Kolejna wersja normy bezkarnościowej, z 2022 r., dekryminalizować miała natomiast nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariuszy publicznych popełnionych w czasie trwania wojny lub stanu epidemii, jeżeli sprawca „działał lub zaniechał działania w celu ochrony życia lub zdrowia wielu osób, bezpieczeństwa publicznego lub dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury”, korzyść uzyskana lub oczekiwana przez sprawcę przewyższała negatywne skutki wynikające z naruszenia prawa, a uzyskanie lub oczekiwanie tych korzyści nie byłoby możliwe bądź byłoby istotnie utrudnione bez popełnienia czynu naruszającego prawo. Zakres dekryminalizacji obejmowałby także nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązku przez osoby zajmujące się sprawami majątkowym (w tym zarządzające i nadzorujące spółki Skarbu Państwa) za wyrządzenie szkody majątkowej w czasie trwania stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego, także w przypadku, gdy jego czyny „miały zapobiegać przestępczości o charakterze terrorystycznym na szkodę Rzeczypospolitej”. Natomiast zgodnie z art. 1 ustawy z grudnia 2022 r. „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, o czyn popełniony w czasie obowiązywania stanu epidemii [...], polegający na przekazaniu operatorowi pocztowemu będącemu operatorem wyznaczonym [...] spisu wyborców w związku z zarządzonymi na dzień 10 maja 2020 r. wyborami Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”.

Zakres czynów objętych tymi przepisami jest oczywiście węższy od zakresu modelowej normy bezkarnościowej, niemniej jednak jest bardzo szeroki. Co jednak znacznie istotniejsze, niezależnie od tego, jakie zachowania mogłyby na jego podstawie zostać popełnione w sposób niepodlegający odpowiedzialności karnej, już w momencie jego uchwalenia wiadome byłoby, jakie czyny ulegają dzięki niemu depenalizacji *post factum*. Jego bezpośrednim – i w oczywisty sposób zamierzonym – efektem byłoby uwolnienie od odpowiedzialności karnej osób zaangażowanych w organizację tzw. wyborów kopertowych²³ czy zakupu i korzystania z systemu Pegasus²⁴. W tym co najmniej zakresie przepisy proponowane w przekładanych projektach stanowią rodzaj normy bezkarnościowej i to ustanawianej przez ludzi władzy dla siebie samych, częściowo także *post factum*.

²³ B. Skwarka, *Kontrola przygotowania wyborów korespondencyjnych Prezydenta RP*, „Kontrola Państwowa” 2021, 5, s. 38 i n.

²⁴ M. Bidziński, *Ekspertyza w przedmiocie: legalności zakupu i wykorzystywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej systemu „Pegasus”*, Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji Senatu RP, OE-381, Warszawa 2022.

Czy jednak nie są one możliwe do aksjologicznej obrony dzięki wymaganemu w nich „ważeniu” dóbr poświęcanych i ratowanych? W końcu chodzić ma w nich wyłącznie o czyny dokonywane w celu „ochrony życia lub zdrowia wielu osób, bezpieczeństwa publicznego lub dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury” bądź też „mające zapobiegać przestępczości o charakterze terrorystycznym”? Co więcej, korzyść uzyskana, a przynajmniej *oczekiwana* przez sprawcę, powinna przewyższać spodziewane szkody. Uważam, że obrona taka nadal nie byłaby w najmniejszym stopniu przekonująca.

W polskim porządku prawnym istnieje bowiem bardzo dobrze zakorzeniony kontratyp stanu wyższej konieczności, będący uznanym sposobem rozstrzygnięcia kolizji dóbr²⁵. W zakresie, w jakim skutki przepisów bezkarnościowych pokrywałyby się ze skutkami, jakie przyniosłoby zastosowanie przepisów o stanie wyższej konieczności, nie byłoby w nich niczego szczególnie kontrowersyjnego, odrębne przepisy bezkarnościowe byłyby jednak prawnie redundantne. W pozostałym zakresie, wykraczającym poza wyniki możliwe do uzyskania dzięki dotychczasowemu kontratypowi stanu wyższej konieczności, wprowadzenie takiego wyjątku – i to wyłącznie dla funkcjonariuszy publicznych – wymagałoby wskazania poważnych i przekonujących racji aksjologicznych i normatywnych, aby mógł być on uznany za jakąś próbę realizacji tak czy inaczej rozumianej normatywnej słuszności. Bez takiego uzasadnienia przepisy bezkarnościowe pozostają jedynie słabo zakamuflowaną próbą realizacji nie dobra wspólnego, lecz partykularnego interesu oficjeli starających się uniknąć odpowiedzialności za naruszanie prawa. Żadne takie uzasadnienie nie zostało publicznie zaprezentowane. Jest więc w istocie normą bezkarnościową ujętą jedynie w półprzezroczyste szaty prymatu dóbr wyższej rangi nad dobrami, których poświęcenie jest w danych okolicznościach konieczne.

Dodatkowo, norma bezkarnościowa wprowadzana przez oficjeli dla samych siebie *post factum* jest dodatkowo trudna do pogodzenia z inną z wartości państwa praworządnego – jaką jest autentyczna generalność prawa. W tym kontekście oznacza ona postulat stanowienia norm prawnych, które nie są z góry obliczone na korzyść lub stratę konkretnych podmiotów. Są stanowione jako neutralne reguły gry, dyktowane dążeniem do optymalnej realizacji interesu dobra *wspólnego* (tak jak rozumie go prawodawca), a nie uzyskaniem konkretnej korzyści przez imienne znanego beneficjenta, maskowanym jedynie pozorną ogólnością stanowionej normy (będącej w istocie rozstrzygnięciem konkretnej sprawy)²⁶.

²⁵ Zob. szerzej J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, *passim*, szczególnie s. 77 i n.

²⁶ Zob. F.A. Hayek, *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006, s. 209–210.

Istniejące w polskim prawie od dziesięcioleci przepisy o stanie wyższej konieczności są pod tym względem poza jakimkolwiek podejrzeniem. Odmiennie ma się to z przepisami bezkarnościowymi, zwłaszcza w obliczu ukierunkowania ich na funkcjonariuszy publicznych oraz wynikające z niej skutki wsteczne, obejmujące znane opinii publicznej przypadki naruszeń prawa. Tym silniejsze racje musiałyby zostać przedstawione na uzasadnienie zgodności takich przepisów z fundamentalnymi wartościami porządku prawnego. Tych jednak nie przedstawiono i nic nie wskazuje na to, aby były one możliwe do przedstawienia. Dopóki to nie nastąpi, przepisy bezkarnościowe trudno traktować jako próbę realizacji jakiegokolwiek racjonalnego rozumienia słuszności (dobra wspólnego, interesu publicznego).

Rozważania te warto uzupełnić jeszcze jedną uwagą. W normalnych okolicznościach ocena zgodności przepisów bezkarnościowych z wartościami i zasadami moralności publicznej inkorporowanej do polskiego porządku prawnego (zwłaszcza poprzez zasady konstytucyjne) powinna być dokonywana przede wszystkim przez Trybunał Konstytucyjny. Organ ten jednak, jak wiadomo, z roli tej nie potrafi i nie chce się wywiązywać (pomijając już kwestię jego prawnego statusu do czasu, do którego pozostaje w części wadliwie obsadzony). Oznacza to, że oficjele systemu prawnego stają przed koniecznością dokonywania takich ocen bezpośrednio i bez możliwości „zasłonięcia się” poglądem sądu konstytucyjnego. Brak realnie funkcjonującego Trybunału nie tylko pytania takiego nie uchyla, lecz je wzmacnia. Żadne okoliczności nie mogą bowiem zredukować osób wykonujących prawnicze i administracyjne zawody zaufania publicznego do roli ślepych bagnetów ustawodawcy. Nawet jeśli pokusa taka nie jest dziś wcale słabsza niż kiedykolwiek wcześniej w historii.

Uwagi końcowe

Kluczowe dla problemu normy bezkarnościowej i jej ustawowych postaci jest dostrzeżenie i zrozumienie różnicy pomiędzy perspektywą obserwatora porządku prawnego i perspektywą jego uczestnika. Z punktu widzenia obserwatora jej status zależałby od tego, w jaki sposób uczestnicy porządku prawnego (w szczególności oficjele wyposażeni we władzę urzędowego określania skutków prawnych) skłonni byłiby ją traktować. Natomiast z perspektywy uczestnika (w tym poszczególnych oficjeli) problem ten ma charakter pytania, w jaki sposób powinien on traktować taką normę, mając na względzie najlepsze możliwe rozumienie kryteriów obowiązywania kreujących polski porządek prawny. Musi zarazem odpowiedzieć sobie na pytanie, w jakim stopniu kryteria wymagają wzięcia pod uwagę także treści pretendujących do obowiązywania norm.

W odróżnieniu od obserwatora, dla uczestnika zasadnicze znaczenie ma zatem argumentacja normatywna – zarówno interpretacyjna, jak i etyczna. Zadaniem obserwatora porządku prawnego jest możliwie obiektywny i nieulegający własnemu *wishful thinking* opis i interpretacja praktyki oficjeli przesądzającej o rzeczywistym obliczu tego, co w świetle tej praktyki uznać trzeba za obowiązujące prawo. Natomiast dla uczestnika zasadnicze znaczenie ma argumentacja normatywna – zarówno interpretacyjna, jak i wprost etyczna. W pewnym zakresie posłużenie się przez niego regułami walidacyjnymi i interpretacyjnymi porządku prawnego wymaga na ogół odwołania się własnych ocen i dokonywania wyborów moralnych, za które odpowiedzialność nie może zostać skutecznie scedowana na jakikolwiek zewnętrzny autorytet.

Jestem zdania, że na gruncie najlepszego możliwego odczytania i zastosowania tych reguł treść przepisów bezkarnościowych powinna prowadzić do odmowy uznania ją za prawnie obowiązującą przez uczestników systemu prawnego. Nieemożliwość pogodzenia ich treści z fundamentalnymi wartościami praworządnego państwa powinna wystarczać do obalenia domniemania ich obowiązywania, jakie powstawałoby wraz z ich formalnie poprawnym ustanowieniem²⁷.

Nie wymaga to odwołania do moralności rozumianej jako odrębny, niezależny i nadrzędny wobec prawa porządek normatywny. Wystarczy odwołanie do moralności publicznej znajdującej odzwierciedlenie w zasadach i doktrynach obecnych w podstawowych aktach prawa pozytywnego. Roszczenie do normatywnej słuszności może być zatem rozumiane „słabiej” – nie tyle jako wynikające z idei prawa w ogóle, lecz raczej z takiej inkorporacji kryteriów moralnych do porządku prawnego, z jakim mamy do czynienia na gruncie konkretnego systemu prawnego. W tym rozumieniu jest ono raczej immanentne niż transcendentne wobec prawa (w szczególności zasad i wartości uznawanych w nim za podstawowe).

Nawet jeśli nie da się *ex ante* przewidzieć czy norma bezkarnościowa zostałaby przez oficjeli uznana za prawnie obowiązującą i realizowana, można i należy argumentować, że takie uznanie stanowiłoby błąd – zarówno prawny, jak i moralny. Prawny – dlatego, że stanowiłoby ona zanegowanie samego rdzenia aksjologii praworządnego państwa. Moralny – dlatego, że świadczyłoby o poważnej i niebezpiecznej wadzie w samoświadomości prawników i innych oficjeli, co do tego, jaką rolę i jakie zadania pełnić powinni w kształtowaniu prawa i stania na jego straży. Co przy tym nie mniej istotne, dyskusja nad normą bezkarnościową i jej ewentualnymi ustawowymi inkarnacjami pozwala także lepiej dostrzec i zrozumieć w jakim sensie prawo „może”, a w jakim „nie może” mieć dowolnej treści.

²⁷ Na temat domniemania obowiązywania prawa stanowionego zob. szerzej A. Grabowski, op. cit, s. 510 i n.

Bibliografia

- Alexy R., *O pojęciu i naturze prawa*, Wykład im. Leona Petrażyckiego, Wydział Prawa i Administracji UW, 19 maja 2006, Warszawa 2006.
- Alexy R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München 1992.
- Alexy R., *On the Necessary Relations Between Law and Morality*, „Ratio Juris” 1989, 2.
- Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], wyd. Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press 1998.
- Bidziński M., *Ekspertyza w przedmiocie: legalności zakupu i wykorzystywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej systemu „Pegasus”*, Biuro Analiz, Dokumentacji i Korespondencji Senatu RP, OE–381, Warszawa 2022.
- Bix B., *A Critique of Alexy’s Claim to Correctness*, „Ratio Juris” 2020, 33.
- Bulygin E., *Alexy’s Thesis on the Necessary Connection between Law and Morality*, „Ratio Juris” 2000, 13.
- Dyzenhaus D., *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal System*, Oxford 1998.
- Dyzenhaus D., *Hard Cases in Wicked Legal Systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford 1991.
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.
- Hayek F.A., *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., Wien 1960.
- Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005.
- Leszczyński J., *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010.
- MacCormick N., *Institutions of Law*, Oxford 2007.
- Pauer-Struder H., *Justifying Injustice. Legal Theory in Nazi Germany*, Cambridge–New York 2020.
- Pietrzykowski T., *Polski kryzys konstytucyjny oczami pozytywisty prawniczego*, „Państwo i Prawo” 2022, 3.
- Pietrzykowski T., *Moralność publiczna i konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019, 1.
- Pietrzykowski T., *Naturalizm i granice nauk prawnych. Esej z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 2019.
- Pietrzykowski T., *Ujarmianie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014.
- Postema G., *Law’s Ethos. Reflections on a Public Practice of Illegality*, „Boston University Law Review” 2010, 90.
- Quimbayo Duarte M., *Law’s Claim to Correctness*, Baden-Baden 2020.
- Sadurski W., *Polski kryzys konstytucyjny*, Łódź 2020.
- Skwarka B., *Kontrola przygotowania wyborów korespondencyjnych Prezydenta RP*, „Kontrola Państwowa” 2021, 5.
- Zajadło J., *Formuła Radbrucha: filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.