

Weronika Adamska¹

École des hautes études en sciences sociales

Stan wyjątkowy w perspektywie filozofii prawa. Próba definicji

1. Wprowadzenie

Celem niniejszej pracy jest zarysowanie problematyki stanu wyjątkowego w perspektywie filozofii prawa, w szczególności przedstawienie trudności związanych ze zdefiniowaniem tego pojęcia, znajdującego się na pograniczu prawa i polityki. Ryzyka wytworzone przez obecny model społeczno-ekonomiczny, takie jak terroryzm islamistyczny czy nowe zagrożenia sanitarne, mają za skutek wzrost zainteresowania instrumentami prawnymi pozwalającymi na sprawne zarządzanie sytuacjami nadzwyczajnymi. Zwiększona częstotliwość wykorzystania stanu wyjątkowego do zwalczania kryzysów o szczególnej intensywności została odnotowana przez nauki społeczne, prowadząc do odnowy badań nad stanem wyjątkowym. Pojęcie stanu wyjątkowego pozbawione jest jednak jasnej definicji, co prowadzi do sprzecznych interpretacji praktyk polityczno-prawnych w państwach demokratycznych.

Stan wyjątkowy stanowi przedmiot zainteresowania nie tylko prawa konstytucyjnego i nauk politycznych, ale również historii oraz filozofii, co przekłada się na trudności w ustaleniu jego natury. Wielość stosowanych metodologii oraz spory co do przynależności konkretnych instytucji prawnych do kategorii stanu wyjątkowego prowadzą do sceptycyzmu definicyjnego, w myśl którego stan wyjątkowy miałby być pojęciem niedefiniowalnym. Pojęcie stanu wyjątkowego rozpatruje się więc w perspektywie bardzo różnych, często nieprzystających do siebie paradygmatów. Prowadzić to może do jego niebezpiecznej relatywizacji, mającej rzeczywiste przełożenie na jakość debat nad skutecznością mechanizmów państwa prawa w świetle nowych zagrożeń dotyczących kraje demokratyczne.

Trudności nie wynikają jedynie z różnic między poszczególnymi dyscyplinami; występują one również wewnątrz poszczególnych dziedzin. Nie inaczej jest w przypadku prawnego rozumienia stanu wyjątkowego. Rozciąga się ono od niezwykle szerokiego ujęcia Schmittiańskiego, skoncentrowanego na sferze faktów politycznych, przez podejście bardziej teoretyczne i abstrakcyjne aż po dogmatykę prawa konstytucyjnego, skupioną na konkretnych rozwiązaniach legislacyjnych. Istnieje również fundamentalna

¹ Numer ORCID: 0000-0001-5498-2941. Adres e-mail: w.adamska@hotmail.com

niezgoda co do statusu ontologicznego stanu wyjątkowego – czy jest on faktem politycznym, klasyfikacją prawną czy sytuacją empiryczną² – oraz co do jego natury: czy należy bardziej do porządku faktu, czy normy, polityki czy prawa.

Tak diametralne rozbieżności wykluczają sformułowanie kryterialnej definicji stanu wyjątkowego. W świetle powyższych rozważań właściwą drogą do uchwycenia jego istoty może być rozumienie stanu wyjątkowego w kategoriach paradygmatycznych. W konsekwencji, najbardziej adekwatną metodą udzielenia satysfakcjonującej odpowiedzi na to, czym jest stan wyjątkowy w rozumieniu filozofii prawa wydaje się być stworzenie definicji operatywnej, opracowanej w drodze identyfikacji elementów konstytutywnych. Wyznaczenie owych elementów konstytutywnych, stanowiących zarazem kryteria uznania danego stanu faktycznego za stan wyjątkowy, jest celem niniejszej pracy. Dokonam tego poprzez przegląd najważniejszych definicji formułowanych na gruncie filozofii prawa, których analiza posłuży do identyfikacji zbieżności między nimi. Zaproponowany paradygmat może posłużyć za model w rozważaniach nad zagadnieniami szczegółowymi takimi jak np. systematyczne wzmocnienie władzy wykonawczej kosztem gwarancji podziału władz, degradacja jakości stanowionego prawa, która podważa podział na ustawodawstwo zwykłe i wyjątkowe, czy też instrumentalizacja stanów nadzwyczajnych.

2. Typologia normatywnych definicji stanu wyjątkowego

Teorie stanu wyjątkowego wykorzystują różne strategie argumentacyjne, które układają się jednak w grupy definicyjne. W niniejszej pracy posłużę się zmodyfikowaną typologią definicji stanu wyjątkowego przedstawioną przez Marie Goupy³. Autorka ta buduje swoją typologię w oparciu na wyróżnieniu dwóch zasadniczych podejść konceptualnych do stanu wyjątkowego. Pierwsze z nich widzi stan wyjątkowy jako zjawisko o charakterze prawnym. To podejście charakterystyczne dla prawników, ale też politologów oraz filozofów. Drugie z kolei zakłada, że stan wyjątkowy to przede wszystkim zjawisko społeczne i jako takie powinno być badane przez socjologów. Mamy więc do czynienia – z jednej strony – z podejściem normatywnym na płaszczyźnie *Sollen*, z drugiej zaś – deskryptywnym, interesującym się przede wszystkim sferą *Sein*.

Na potrzeby niniejszej pracy, której przedmiotem jest normatywna koncepcja stanu wyjątkowego, pominięte zostaną teorie o charakterze deskryptywnym typowe dla ujęcia socjologicznego. Elementy obserwacji socjologicznej można jednak odnaleźć także i w teoriach normatywnych, jako że prawo i polityka są zjawiskami o charakterze społecznym. Zarówno nauki prawne, jak i polityczne korzystają z metod socjologii, a społeczna praktyka pozostaje w kręgu ich zainteresowania.

2.1. Stan wyjątkowy jako hipoteza normy prawnej

Ten sposób rozumowania charakterystyczny jest dla prawników-pozytywistów. W tej optyce stan wyjątkowy jest faktem zdefiniowanym przez normy prawa pozytywnego. Stan wyjątkowy jest więc tym, o czym prawo mówi, że jest, nie należy więc utożsamiać

² Przykładowo, stan wyjątkowy rozumiany jest jako fakt polityczny w teorii Carla Schmitta, jako klasyfikacja prawna w perspektywie pozytywizmu prawnego, a jako stan rzeczywisty w ujęciu socjologicznym.

³ M. Goupy, *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne: une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, Lyon 2011, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00683729/document>, dostęp: 7.03.2018 r., s. 11–18. Wszystkie tłumaczenia ze źródeł obcojęzycznych – W.A.

go z rzeczywistą sytuacją wyjątkową. Zwolennicy tej definicji wiążą istotę stanu wyjątkowego z jego formalną naturą. Przyjęcie innego założenia musiałyby się wiązać z dopuszczeniem ponadpozytywnej podstawy dla nadzwyczajnych kompetencji wynikających z zaistnienia stanu wyjątkowego, gdyby rozumieć go inaczej niż kwalifikację prawną.

Tym samym pozytywiści skrajnie relatywizują samo pojęcie stanu wyjątkowego. Z założenia nie może być on sytuacją wyjątkową, gdyż jest on co najwyżej prawnie kwalifikowanym stanem faktycznym. Stan nadzwyczajny jest więc skutkiem zastosowania norm prawnych, nie ma charakteru pejoratywnego. Rozważania Michela Tropera stanowią reprezentatywny przykład współczesnego rozumienia stanu wyjątkowego przez pozytywizm prawny. Pozytywistyczny paradoks ujmuje tytuł artykułu, w której przedstawił swoje widzenie problemu – brzmi on bowiem *Stan wyjątkowy nie ma w sobie niczego wyjątkowego*⁴. Według M. Tropera:

stanem wyjątkowym nazywamy sytuację w której, powołując się na istnienie wyjątkowych, szczególnie dramatycznych okoliczności i konieczność zmierzenia się z nimi (...), zawiesza się tymczasowo stosowanie reguł normalnie rządzących organizacją i funkcjonowaniem władz publicznych, a stosuje się inne, mniej liberalne, prowadzące do większej koncentracji władzy i do ograniczenia praw podstawowych⁵.

Według tego filozofa ustawodawstwo wyjątkowe składa się z reguł prawnych innych, niż te powszechnie obowiązujące przewidzianych na odmiennie, rzadziej występujące przypadki. Tym samym podział na to, co normalne i to, co wyjątkowe opiera się wyłącznie na rozróżnieniu tego co jest stanem pożądanym. Dla M. Tropera stan wyjątkowy jest całością reguł nadzwyczajnych, których użycie uznaje się za niepożądane, ale uzasadnione ze względu na ich cel, którym jest przywrócenie sytuacji prawnie kwalifikowanej jako normalna. Chodzi więc o inne reguły przewidziane na okoliczności inne, niż normalne⁶.

M. Troper jako zwolennik pozytywizmu uznaje, że stan wyjątkowy nie jest kwestią rzeczywistego kryzysu. Z punktu widzenia prawa, tak jak rozumie je ten filozof, nie istnieje jedna rzeczywistość obiektywna (naturalna czy społeczna), lecz jedynie rzeczywistości prawnie kwalifikowane. Idąc dalej tym tropem, stan wyjątkowy jest tym, co zostanie uznane za stan wyjątkowy przez upoważniony do tego na mocy prawa podmiot. Autor konkluduje tym samym: „Jako że prawo zawsze jest stosowane, zarówno w sytuacji normalnej jak i nadzwyczajnej, istnieją dwie serie reguł prawnych, stosowalne w przypadku dwóch różnych typów sytuacji, a stan wyjątkowy nie ma w sobie niczego wyjątkowego”⁷.

Ujęcie autorstwa M. Tropera jest typowe dla pozytywistycznego rozumienia stanu wyjątkowego, opartego głównie na pojęciu kwalifikacji prawnej. Stan wyjątkowy nie jest w tej perspektywie pojęciem problematycznym, stanowi bowiem część porządku prawnego i istnieje na jego mocy.

2.2. Stan wyjątkowy jako dyktatura konstytucyjna

Definicje ujmujące stan wyjątkowy jako dyktaturę konstytucyjną wpisują się w tradycję myślenia o ustawodawstwie nadzwyczajnym, sięgającą rzymskiej dyktatury oraz art. 48 Konstytucji Rzeszy Niemieckiej z 1919 r. W tym duchu stan wyjątkowy należy rozumieć

⁴ M. Troper, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, w: M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paryż 2011, s. 99.

⁵ M. Troper, *L'état d'exception...*

⁶ M. Troper, *L'état d'exception...*, s. 101.

⁷ M. Troper, *L'état d'exception...*, s. 109.

jako sytuację, w której dyktator (może nim być prezydent, rząd czy parlament) na podstawie konkretnych regulacji konstytucyjnych, a nawet konstytucji ujmowanej jako całość, upoważniony zostaje do skorzystania z rozszerzonego wachlarza uprawnień. Może on więc wyjść poza zwykłe ramy legalności, jednak pozostaje związany dwoma podstawowymi ograniczeniami. Jest nim – z jednej strony – zasada celowości: decyzje podejmowane na podstawie władz dyktatorskich powinny mieć na celu ocalenie porządku konstytucyjnego, a zawieszenie obowiązywania konstytucji ma być podyktowane chęcią zachowania jej stosowalności po zakończeniu kryzysu. Drugie ograniczenie wypływa z zasady tymczasowości, w myśl której dyktatura konstytucyjna dopuszczalna jest pod warunkiem że jest ograniczona w czasie⁸.

Ciekawe odbicie tych idei odnaleźć można w eseju Waltera Benjamina *Przyczynek do krytyki przemocy*⁹ z 1921 r., który ukazał się w tym samym roku co Schmittiańska *Dyktatura*¹⁰, i nie został przez Carla Schmitta niezauważony. W. Benjamin twierdzi, że: „wszelka przemoc będąca środkiem do jakiegoś celu jest albo przemocą ustanawiającą prawo, albo przemocą prawo podtrzymującą. Jeśli nie rości sobie pretensji do żadnego z tych predykatów, wówczas sama rezygnuje z wszelkiej mocy wiążącej”¹¹. To rozróżnienie wykazuje podobieństwo z dokonanym przez C. Schmitta podziałem dyktatury na suwerenną oraz komisaryczną¹². W. Benjamin trafnie uchwycił istotę tego, co później nazwano dyktaturą konstytucyjną, a mianowicie *podtrzymujący prawo* charakter przemocy, która przybiera formę nieskrępowanej wymogami legalności dyktatury. Również u C. Schmitta dyktatura, nawet komisaryczna, jest prawnie nieograniczona. Świadczy o tym m.in. jego rozszerzająca wykładnia art. 48 Konstytucji z 1919 r. Tylko przemoc podtrzymująca władzę, czy dyktatura komisaryczna mogą być uznane za dyktaturę konstytucyjną.

Taka definicja stanu wyjątkowego zakłada rys wyraźnie odróżniający ją od pozytywistycznego paradygmatu przedstawionego powyżej, a mianowicie wprowadzenie elementu ponadpozytywnego, który jest podstawą dla wykroczenia poza ramy legalności, lecz nie dla opuszczenia domeny prawa jako takiego. Dyktatura konstytucyjna zakłada zawieszenie stosowania części porządku prawnego, które generuje lukę prawną. Tymczasem w ujęciu pozytywistycznym zawieszono normy zastąpione zostają innymi normami prawa pozytywnego. Teoria dyktatury wiąże się także z przyjęciem rzymskiej dyktatury, tj. nadzwyczajnego urzędu jako początku genealogii stanu wyjątkowego.

Patologie w zakresie stosowania dyktatury konstytucyjnej spowodowały, że po II wojnie światowej dość zgodnie wysunięto postulat, by wymogiem stawianym decyzjom podejmowanym na podstawie władz nadzwyczajnych było respektowanie zasad prawnych niewyrażonych *explicite*, tak jak rozumiał je Ronald Dworkin¹³. Celem tego nowego ograniczenia miało być zapobieżenie nadużyciom władzy oraz ocalenie

⁸ Utożsamienie stanu wyjątkowego z dyktaturą konstytucyjną typowe było dla okresu międzywojennego i czasu po II wojnie światowej. Takie rozumienie przyjmowali cytowani już myśliciele, których analizy stanu wyjątkowego ukształtowały w dużym stopniu paradygmat myślenia o nim. Por. C. Schmitt, *Dyktatura*, Warszawa 2016; C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Boston 1941; C.L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton 1948.

⁹ Polskie tłumaczenie: W. Benjamin, *Przyczynek do krytyki przemocy*, w: W. Benjamin, *Konstelacje. Wybór tekstów*, Kraków 2012, s. 69–94.

¹⁰ C. Schmitt, *Dyktatura*...

¹¹ W. Benjamin, *Przyczynek*..., s. 80.

¹² Por. C. Schmitt, *Dyktatura*...

¹³ R. Dworkin, *Terror & the Attack on Civil Liberties*, „The New York Review of Books” 2003/17, <https://www.nybooks.com/articles/2003/11/06/terror-the-attack-on-civil-liberties/>, dostęp: 6.10.2017 r.

liberalnych podstaw państw współczesnych. Dyktatura nie ma charakteru suwerennego; nie tworzy ona prawa, jest prawnie ograniczona przez reguły, którym nie może uchybić.

Tym samym w kręgu zwolenników utożsamienia stanu wyjątkowego oraz dyktatury konstytucyjnej wykształciła się grupa tych, którzy podstawę dla dyktatorskich uprawnień widzieli w potrzebie ocalenia państwa jako takiego – oraz tych, którzy dopatrywali się jej w ochronie wolności jednostki. Tradycja pozostaje jednak wspólna, gdyż zarówno byt państwa, jak i prawa oraz wolności człowieka rozumiane są tu jako wartości ponadpozytywne.

2.3. Stan wyjątkowy jako fakt polityczny

W myśl trzeciej definicji możliwe jest zajście okoliczności, w których rząd zmuszony będzie do podjęcia środków nielegalnych w celu zażegnania sytuacji kryzysowej. Tak rozumiany stan wyjątkowy wykracza poza jego technicznoprawne rozumienie – jest nim więc także sytuacja wyjątkowa *de facto*. Decyzja o podjęciu kroków wykraczających poza legalne kompetencje może mieć charakter suwerenny bądź nie. Teorię stanu wyjątkowego jako decyzji suwerennej przedstawił C. Schmitt w *Teologii politycznej*¹⁴. Dla filozofa uznanie danego stanu faktycznego za sytuację wyjątkową jest aktem suwerennej władzy i źródłem porządku prawno-politycznego. Jako decyzja suwerenna jest ona niczym nieskrępowana i nie może prowadzić do pociągnięcia do odpowiedzialności.

Alternatywne rozumienie stanu wyjątkowego, jako faktu politycznego, wiąże jednak decyzję o wykroczeniu poza ramy ustawodawstwa zwykłego z ryzykiem poniesienia konsekwencji związanych z wykroczeniem poza sferę uprawnień. Do władz wykonawczych należy zatem rozstrzygnięcie, czy nadzwyczajne okoliczności w istocie zachodzą. Ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności za wykroczenie poza legalne ramy zależeć więc będzie od prawidłowej oceny sytuacji kryzysowej. Inaczej niż w teorii C. Schmitta, decyzja o stanie wyjątkowym nie jest czysto subiektywna, ale opiera się na warunkach obiektywnych. W takiej sytuacji parlament występuje w roli strażnika legalności: gdy tylko będzie mógł się zebrać *a posteriori* zatwierdzi bądź nie kroki podjęte w krytycznej sytuacji przez rząd.

To rozumienie stanu wyjątkowego uwypukla związek między prawem i faktem, wskazując na istnienie naturalnych granic normalnego stosowania prawa. Na tym też polega polityczność prezentowanego stanowiska – wobec luki w ustawodawstwie, które nie przewiduje stosownej regulacji, władza wykonawcza musi podjąć polityczną decyzję o jej wypełnieniu. Decyzja ta podlega następnie politycznej kontroli parlamentu, mającego moc sanowania decyzji podjętych w obliczu kryzysu bez stosownej podstawy prawnej. Ewentualna odpowiedzialność może mieć jednak charakter prawny.

2.4. Stan wyjątkowy jako pustka prawna

Ostatnia, najnowsza definicja wywodzi się z przytoczonej wyżej definicji stanu wyjątkowego jako faktu politycznego. Jest to oryginalne ujęcie autorstwa Giorgio Agambena, przedstawione w głośnej pracy *Stan wyjątkowy*¹⁵. Analiza filozofa wykracza poza tema-

¹⁴ C. Schmitt, *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, w: C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, Kraków–Warszawa 2000. Esej ten otwierają słynne słowa: „Suwerenny jest ten, kto decyduje o stanie wyjątkowym”.

¹⁵ G. Agamben, *Stan wyjątkowy*, Kraków 2008.

tykę prawa – przedstawia on bowiem tezę o klęsce polityki, która za swój podmiot ma już nie obywatela dysponującego prawami politycznymi, lecz „nagie życie”, odarte ze znaczenia politycznego i ograniczone do samej biologicznej egzystencji.

G. Agamben proponuje za C. Schmittem topologiczne podejście do kwestii stanu wyjątkowego. Próbując osadzić go przestrzennie względem porządku prawnego, G. Agamben dochodzi do wniosku, że nie znajdując się ani wewnątrz, ani na zewnątrz porządku prawnego, stan wyjątkowy stanowi bowiem obszar całkowitej anomii. Ocena trafności tego stanowiska wykracza poza ramy niniejszej pracy, jednak z punktu widzenia dalszych rozważań na temat natury zawieszenia prawa w ramach stanu wyjątkowego stawiane przez filozofa pytania trafnie ilustrują problemy i sprzeczności, jakie wiążą się z prawną naturą instytucji nadzwyczajnych, choć odpowiedzi przez niego udzielone mogą budzić wątpliwości.

Dla G. Agambena, podobnie jak dla C. Schmitta, stosowanie prawa jest formą przymusu. Stan wyjątkowy jest przestrzenią, w której jednostka poddana jest przemocy bez limitu. To:

stan konieczności interpretowany jako luka w prawie publicznym, którą władza wykonawcza ma obowiązek wypełnić. (...) Luka nie oznacza w tym przypadku braku w tekście ustawy, który musi wypełnić sędzia, lecz raczej zawieszenia obowiązującego porządku, mającego zapewnić istnienie tego właśnie porządku. Stan wyjątkowy, który w żadnym razie nie jest odpowiedzią na lukę normatywną, jawi się jako otwarcie w prawodawstwie sztucznej luki, aby czuwać nad istnieniem normy i jej zastosowaniem w sytuacji normalnej. Luka ta nie jest wpisana w prawo, lecz dotyczy jego związku z rzeczywistością, samej jego stosowalności. To tak jakby porządek prawny naznaczony był istotowym pęknięciem, umiejscowionym pomiędzy normą a jej zastosowaniem, (...) które w ostateczności da się wypełnić tylko stanem wyjątkowym, a więc stworzeniem strefy, w której prawo nadal obowiązuje, choć jego stosowalność jest zawieszona¹⁶.

Stan wyjątkowy jest więc dla G. Agambena rodzajem techniki prawnej, której użycie utraciło wszelki związek z faktami. Prawo uzyskało autonomię nad polityką i doprowadziło do jej zniszczenia. Dla filozofa stan wyjątkowy ma obecnie charakter nieograniczony w czasie, permanentny. Obok jego formy oficjalnej, istnieje nienazwany stan wyjątkowy rzeczywisty, o którym świadczy realna polityka prawna rządu, a nie zastosowanie ustawodawstwa nadzwyczajnego. Stan wyjątkowy stał się zwykłym paradygmatem rządu, narzędziem do łatwiejszego sterowania ludnością, zdegradowaną ze wspólnoty politycznej do agregatu bytów biologicznych. Trwałe obowiązywanie stanów nadzwyczajnych jest według filozofa konstytutywne dla nowego typu rządów, który znajduje się w szarej sferze między reżimem totalitarnym a demokratycznym.

Definicja stanu wyjątkowego jest odwrotnością koncepcji pozytywistycznej. Podczas gdy M. Troper przeczył wyjątkowości stanu wyjątkowego, G. Agamben w swojej teorii z wyjątku uczynił normę. Rozważania G. Agambena na temat permanentnego stanu wyjątkowego są ważne w zakresie, w jakim zwraca on uwagę na zlanie się różnicy między normą a wyjątkiem. Problematyczny jest jednak sposób, w jaki buduje on swoją argumentację, nie doceniając roli społeczeństwa jako podmiotu procesów politycznych. Co więcej, spójność jego narracji jest sztuczna i nie uwzględnia kontekstu społeczno-politycznego warunkującego historyczne znaczenie instytucji prawnych¹⁷.

¹⁶ G. Agamben, *Stan...*, s. 50.

¹⁷ Por. krytyczne analizy teorii G. Agambena w: J. Huysmans, *The Jargon of Exception – On Schmitt, Agamben and the Absence of Political Society*, „International Political Sociology” 2008/2, s. 165–183; D. Bigo, *Security, Exception, Ban and Surveillance*, w: D. Lyon (red.), *Theorizing Surveillance. The panopticon and beyond*, Londyn 2006, s. 46–48; C. Boukalas, *No exceptions: authoritarian statism. Agamben, Poulantzas and homeland security*, „Critical Studies on Terrorism” 2014/7, s. 112–130.

3. Elementy konstytuujące stan wyjątkowy

Jak wynika z powyższych rozważań, stan wyjątkowy jest pojęciem niejednoznacznym, obejmującym różne instytucje prawne i podejścia metodologiczne. Czyni to z niego fenomen prawny i polityczny o trudno uchwytnej istocie. Na tę złożoność składa się mnogość osadzonych w różnych kulturach prawnych korzeni. Nie jest jasne, czy różne modele teoretyczne i prawnopozytywne takie jak: *Ausnahmezustand*, *état de siège* czy *martial law* stanowią rzeczywiście przejaw tego samego zjawiska prawnego. Próba odtworzenia spójnej dynamiki prawnohistorycznej, która prowadziłaby od rzymskiej dyktatury do współczesnego ustawodawstwa antyterrorystycznego stwarza ryzyko zaliczenia do jednej kategorii koncepcji teoretycznych, typów konstytucyjnych i konkretnych rozwiązań legislacyjnych, których status i genealogia wykluczają w rzeczywistości więzy pokrewieństwa między nimi.

Mimo tej dalece posuniętej nieokreśloności wydaje się, że można odtworzyć spójny paradygmat stanu wyjątkowego, pozwalający pokonać trudności definicyjne. Wynika to z istnienia pewnych cech wspólnych, powtarzających się w przedstawionych wyżej ujęciach stanu wyjątkowego. Są nimi: wystąpienie sytuacji kryzysowej (*necessitas*), zawieszenie norm powszechnie obowiązujących, a także czasowość owego zawieszenia. Wystąpienie sytuacji kryzysowej jest przedmiotem kontrowersji w zakresie, w jakim jej zaistnienie ma charakter stanu rzeczywistego lub kwalifikacji prawnej. Zawieszenie norm powszechnie obowiązujących rozumiane jest albo *sensu stricto* jako czasowe odstępianie od stosowania części porządku, albo *sensu largo* jako substytucja części norm prawnych normami lepiej dostosowanymi do sytuacji kryzysowej. Czasowość zawieszenia jest stałym elementem przedstawionych wyżej ujęć, jednak praktyka polityczna, jak zwraca uwagę G. Agamben, dąży do zatarcia tej cechy konstytuującej stan wyjątkowy.

3.1. Sytuacja wyjątkowa: *necessitas*

Sytuacja wyjątkowa obejmuje stan kryzysu politycznego ekstremalnej wagi o szczególnie dramatycznym przebiegu. Jean-François Kervégan definiuje ową sytuację wyjątkową jako sytuację

państwa, którego wewnętrzny porządek jest poważnie naruszony, a nawet którego samo istnienie jest zagrożone przez czynnik (zagraniczną inwazję, przewrót, powstanie, klęskę żywiołową), którego usunięcie wymaga odwołania się do środków nadzwyczajnych, zwłaszcza jeśli chodzi o państwo prawa, wykraczających poza normalne ramy jego działania¹⁸.

Katalog przyczyn zajścia sytuacji wyjątkowej przedstawiony powyżej można uzupełnić w szczególności o zamieszki, wojnę domową czy działalność zorganizowanego ruchu oporu.

W literaturze zwraca się uwagę na to, że stan wyjątkowy jest w ramach prawa konstytucyjnego poniekąd odpowiednikiem stanu wyższej konieczności, znanego prawu karnemu. W ramach sytuacji wyjątkowej władze publiczne działają w imię ocalenia państwa (którego istnienie w niektórych ujęciach ma charakter wartości ponadpozytywnej), kierując się instynktem przetrwania. C. Schmitt w *Teologii politycznej* zwraca uwagę:

¹⁸ J.F. Kervégan, *État d'exception*, w: P. Raynaud, S. Rials (red.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paryż 2003, s. 252.

Ogólna norma, tak jak sformułowana jest w obowiązującej zasadzie prawnej, nigdy nie jest w stanie określić absolutnego wyjątku. (...) Sytuację wyjątkową, której nie sposób opisać za pomocą obowiązujących norm prawa, można co najwyżej określić jako stan najwyższej konieczności, stan największego zagrożenia dla egzystencji państwa. Nie można natomiast opisać jej zgodnie ze stanem faktycznym. (...) Nie da się w prostych, jasnych kategoriach określić warunków koniecznych do uznania danej sytuacji za wyjątkową. (...) Przekonanie, że ekstremalna, wyjątkowa sytuacja może kiedyś zniknąć z ludzkiego życia, na pewno nie jest kwestią, która podlegałaby prawnym spekulacjom. Wiara i nadzieja, iż kiedyś ludzkość będzie wolna od takich sytuacji zależy od filozoficznych, a zwłaszcza historiozoficznych i metafizycznych przekonań¹⁹.

Abstrahując od oceny Schmittiańskiego decyzyzmu, słowa te, których ostrze skierowane jest w normatywizm Hansa Kelsena, trafnie obrazują nierozzerwalny związek pomiędzy sytuacją wyjątkową a normą. Stan konieczności, *necessitas*, stanowi przypadek graniczny, który wymyka się wszelkim definicjom. Samo jego istnienie wynika z niemożności przewidzenia przez prawo wszelkich wyjątków czy możliwych zdarzeń. Dlatego też dopuszczenie przez samo prawo zajścia *necessitas* stanowi sposób na zachowanie przez nie niezbędnego związku z rzeczywistością.

Sytuacja wyjątkowa obejmuje tę część rzeczywistości, która nie jest objęta przez prawo, ale jest stworzona i dopuszczona na mocy normy prawnej. W tym sensie *necessitas* jest owocem próby prawnej regulacji sytuacji niemożliwej do przewidzenia, choćby za pomocą określenia nienaruszalnych zasad prawnych. Możliwości prognostyczne prawodawcy są ograniczone: nadzwyczajne okoliczności nie mogą z definicji zostać scharakteryzowane inaczej niż w sposób ogólny. Sytuacja wyjątkowa jest odwrotnością stanu uznanego przez prawo za pożądany i normalny, zaprzeczeniem normy przez nią samą ustanowioną. „W pewnym sensie sytuacja wyjątkowa jest więc [prawnie] wytworzona przez normę, a normatywna regulacja, której jest ona poddana jest usprawiedliwiona przez sam fakt istnienia normy” – podsumowuje ten paradoks Jean-Christophe Le Coustumer²⁰.

Prawo, zarysowując ogólne normy *necessitas* (np. za pośrednictwem konstytucyjnych regulacji stanów nadzwyczajnych), podejmuje się po części niemożliwego. Trzeba więc choć częściowo przyznać rację C. Schmittowi, który dostrzegł nieusuwalną uznaniowość w kwalifikacji danego stanu, jako sytuacji kryzysowej uzasadniającej wprowadzenie stanu wyjątkowego. Wobec niemożności sformułowania w pełni jasnej i precyzyjnej definicji, decyzja o wprowadzeniu stanu wyjątkowego zawsze będzie mniej lub bardziej polityczna ponieważ, mimo fikcji przyjętej przez naukę prawa, jest ona podejmowana przez konkretne osoby – piastunów organów o kompetencjach poznawczych ograniczonych, bo ludzkich.

Tezie C. Schmitta o uznaniowości decyzji o klasyfikacji stanu faktycznego jako *necessitas* sprzeciwia się François Saint-Bonnet. Według historyka wystąpienie sytuacji nadzwyczajnej jest oczywiste, narzuca się. Należy przez to rozumieć zajście stanu rzeczy tak wyrazistego, że jego klasyfikacja – jako sytuacji wyjątkowej – nie wymaga dodatkowej analizy. F. Saint-Bonnet zaznacza, że podmioty uczestniczące w podejmowaniu decyzji o zaistnieniu podstawy do wprowadzenia stanu wyjątkowego chętnie przedstawiają zaistniałą sytuację w kategoriach *braku wyboru*, ewidentnej konieczności. Idealnie

¹⁹ C. Schmitt, *Teologia...*, s. 33–34.

²⁰ J.Ch. Le Coustumer, *La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité*, „Cahiers de la recherche sur les droit fondamentaux” 2007/6, s. 22.

jest to więc sytuacja kryzysu tożsama z bezwarunkową potrzebą, ciężącą nagłą koniecznością; jest to stan wyłączający możliwość podjęcia jakiejkolwiek decyzji, wymagający podjęcia energicznych działań w celu ratowania państwa. Władze są zatem jedynie posłuszne wobec *necessitas*, a to konieczność determinuje działania²¹. Takie rozumienie pozostaje w zgodzie z wymową paremii *necessitas legem non habet*, którą odczytać można jako *konieczność nie uznaje żadnych praw* lub przeciwnie – *konieczność tworzy własne prawa*. Prawo normalnie obowiązujące miałyby więc tracić w obliczu *necessitas* swoją moc wiążącą, która sama staje się źródłem prawa.

Wydaje się, że oba wyżej zaprezentowane stanowiska wykluczają się, jednak zrozumienie istoty sytuacji wyjątkowej wymaga częściowego przyznania racji im obu. *Necessitas* stanowi bowiem niemożliwą do uprzedniego przewidzenia sytuację kryzysu zagrażającego bytowi państwa, której powaga ma charakter oczywisty, ale której wystąpienie mimo wszystko podlega uznaniu przez władze państwowe, co wiąże procedurę wprowadzenia stanu wyjątkowego z elementami decyzji o charakterze nieuchronnie politycznym. Mimo jurydyzacji stanu wyjątkowego, współczesne porządki prawne muszą wciąż brać pod uwagę możliwość zajścia sytuacji nadzwyczajnej, w której prawnopozytywna regulacja *necessitas* może się okazać niewystarczająca²². Podwójna, polityczno-prawna natura instytucji odpowiedzialna jest za ciągle ryzyko instrumentalizacji stanu wyjątkowego do bieżących celów politycznych. W realiach neoliberalnej presji na polityki publiczne w duchu *new public management*, prowadzącej do prywatyzacji usług publicznych stan wyjątkowy, służący do podtrzymania społecznego poczucia stałego zagrożenia, staje się narzędziem pozwalającym na kompensację spadku poziomu zaufania do rządów²³. Takie upolitycznienie stanu wyjątkowego grozi trwałą degradacją standardów praworządności.

3.2. Zawieszenie norm powszechnie obowiązujących

W sytuacji zajścia nadzwyczajnych okoliczności dochodzi do odstąpienia od reguł obowiązujących w sytuacji *non-necessitas*. Wynika to z przyjętego wyżej wniosku, że sytuacja wyjątkowa stanowi zaprzeczenie sytuacji normalnej istniejącej na mocy normy. W konsekwencji, normy przewidziane dla sytuacji normalnej i obowiązujące na co dzień nie są dostosowane do warunków będących jej odwrotnością. Hipotetyczne zastosowanie w czasie trwania *necessitas* prawa powszechnie obowiązującego jest niemożliwe ze względu na cel stanu wyjątkowego, którym jest jak najszybsze zażegnanie kryzysu; stosowanie nieadekwatnych do wyjątkowej sytuacji regulacji mogłoby udaremnić ten cel. W sytuacji nadzwyczajnej prawo, wobec swojej nieuniknionej niepełności, stanowi przeszkodę, którą należy usunąć ze względu na naczelne wartości stanu wyjątkowego: skuteczność i efektywność. Stąd też niezbędne jest zawieszenie norm powszechnie obowiązujących.

²¹ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception et la qualification juridique*, „Cahiers de la recherche sur les droit fondamentaux” 2007/6, s. 30.

²² Polska filozofia prawa wzbogaciła się ostatnio o oryginalne ujęcie problematyki legitymizacji działań władzy publicznej podejmowanych w przypadku nadzwyczajnych zdarzeń. Por. K. Dobrzaniecki, *Prawo wobec sytuacji nadzwyczajnych. Między legalizmem a koniecznością*, Toruń 2018.

²³ Por. coraz bogatszą literaturę na temat „państwa liberalno-autorytarnego”. Ostatnio zwłaszcza: G. Chamayou, *La société ingouvernable: Une généalogie du libéralisme autoritaire*, Paryż 2018; J.C. Monod, *L'Art de ne pas être trop gouverné*, Paryż 2019.

Prawo nadzwyczajne jest więc odejściem od *ius communis* mogącym mieć charakter zarówno proceduralny, jak i materialny. *Ius communis* przewiduje normę nadającą przymiot legalności działaniom, które uchylając standardowym wymogom formalnym czy merytorycznym w innych, niż nadzwyczajne okoliczności tego przymiotu by nie miały. Objawia się tu elastyczność porządku prawnego, który dopuszczając uchylenie zwykłych środków prawnych prowadzi do samozawieszenia prawa w celu zachowania własnej stosowalności. W tym sensie można powtórzyć za W. Benjamine, że jest to dopuszczenie przemocy podtrzymującej prawo, którą rządzi – poprzez jej dopuszczenie – samo prawo.

Ustawodawstwo wyjątkowe coraz rzadziej postrzegane jest jako zawieszenie prawa jako takiego, obostrzone jest bowiem serią gwarancji. Wynika to z faktu włączenia w porządek prawny praw i wolności człowieka, uznanych za nienaruszalne i niekwestionowalne fundamenty demokracji liberalnych. Wobec konieczności bezwzględnej ochrony istoty owych praw wprowadzono prawne gwarancje ograniczające swobodę władz państwowych, w zawieszaniu norm powszechnie obowiązujących podczas trwania stanu wyjątkowego. Są to jednak jedynie rozwiązania ramowe takie jak np. określenie katalogu praw niezawieszalnych czy poddanie konstytucyjnie określonej kontroli formalnej zgodności zawieszenia z zasadami demokracji i państwa prawa. Ramowość równoznaczna jest z niewyczerpującym charakterem regulacji, które w przeciwnym razie anihilowałyby naturę stanu wyjątkowego. Jednak współczesna praktyka polityczno-prawna prowadzi do daleko idącej relatywizacji tej cechy. Stan wyjątkowy wprowadzany jest coraz częściej na mocy licznych, szczegółowych regulacji, które ulegają stopniowej normalizacji, nabierając z czasem statusu ustawodawstwa zwykłego.

W konsekwencji, obecnie stan wyjątkowy ma charakter bardziej prawny niż kiedykolwiek wcześniej, a to dlatego, że prawo jest zawieszane (jednak nie w całości, a jedynie częściowo) na mocy norm prawnych, a nie np. czystej, suwerennej mocy politycznej co nie powinno budzić kontrowersji. Nie jest więc obecnie prawidłowe pytanie o to, czy prawo może samo zawiesić swoje stosowanie, lecz bardziej o to, czy nowo wprowadzane warunki zawieszenia, zawarte *explicite* w powszechnie obowiązującym prawie pozytywnym (np. konstytucji czy ustawie), nie stanowią same w sobie zaprzeczenia idei zawieszenia konstytucyjnej dla instytucji stanu wyjątkowego.

Kluczowe znaczenie dla zawieszenia powszechnie obowiązujących norm prawnych ma fakt, że służy ono paradoksalnie ochronie owych norm i umożliwieniu powrotu do ich normalnego stosowania. W szczególności, ograniczenie praw i wolności ma na celu ocalenie demokratycznego porządku prawnego, więc także i tych praw. Zawieszenie jest tu rodzajem kalkulowanego ryzyka w celu zachowania wolności, a naczelnym celem przyświecającym stanowi wyjątkowemu nie jest już ocalenie państwa jako wartości autotelicznej, lecz raczej państwa jako bytu chroniącego i umożliwiającego realizację praw podstawowych w ramach zwykłych demokratycznych procedur.

3.3. Czasowość

Stan wyjątkowy istnieje dlatego, że istnieje również sytuacja normalna. Wyjątku nie da się zdefiniować bez uwzględnienia reguły, a oba pojęcia utraciłyby bez siebie rację bytu. Jeżeli stan normalny ma charakter stały, trwały, pożądaný, to stan wyjątkowy przeciwnie – musi być niestały, nietrwały, niepożądany. Stąd też pierwszorzędną cechą stanu wyjątkowego musi być jego tymczasowość, którą należy rozumieć jako prowizoryczność.

Ta ostatnia wyznaczona jest przez wyżej już analizowany cel ustawodawstwa wyjątkowego, jakim jest możliwie najszybsze przywrócenie stosowalności reguł normalnie obowiązujących. Stan wyjątkowy powinien mieć głównie wartość instrumentalną, tj. umożliwić swoje uchylenie.

Stan wyjątkowy, umożliwiający zawieszenie niektórych podstawowych norm prawnych, stanowi ingerencję w wolność obywateli rozumianą politycznie, tj. jako bezpieczeństwo od arbitralności władz państwowych, a obecnie także prywatnie. Uderza on więc w fundamenty współczesnych demokracji, opartych na liberalnych wartościach. Rozważając uprawnienie do nadzwyczajnego zatrzymania bez procesu, Monteskiusz i Blackstone uważali, że było to zgodne z wolnością, bo samo ograniczenie wolności dokonane było w celu ocalenia tejże, a ponadto miało charakter czasowy²⁴. Także w republice rzymskiej, gdzie szczególnie obawiano się powrotu monarchii, dyktaturę uważano za dopuszczoną jedynie ze względu na jej ściśle czasowe ograniczenie. Nawet przedstawiona przez C. Schmitta w *Dyktaturze* teoria prawotwórczej dyktatury suwerennej zakłada jej przejściowy charakter. Stan wyjątkowy więc, czasowo uderzając w pewne wartości (takie jak wolność, prawa człowieka, pewność prawa) nie jest z nimi sprzeczny w zakresie, w jakim służy ich ocaleniu. Prowizoryczność ma charakter gwarancji.

Cecha czasowości stanu wyjątkowego powiązana jest z wymogiem proporcjonalności środków dopuszczonych na jego mocy. Nabywają one przymiot legalności, jeżeli są niezbędne do jak najszybszego zakończenia kryzysu i przywrócenia stosowalności prawa powszechnie obowiązującego. Stan wyjątkowy w swojej czystej formie powinien zatem być postrzegany w kategoriach temporalnych, gdyż jego podstawowym celem jest jak najszybsze samouchylenie. Powinien on stanowić punkt w czasie i odróżniać się od innych głębokich, lecz trwałych zmian w porządku prawnym. Stany nadzwyczajne mają często tendencję do trwania dłuższego, niż wskazują na to okoliczności²⁵. Zjawisko to ma jednakże związek z praktyką, a nie teorią stanu wyjątkowego. Należy jeszcze raz podkreślić, że przymiotnik „wyjątkowy” konotuje powagę sytuacji, ale jedynie w zakresie, w jakim kryzys ma nieprzewidywalny oraz przejściowy, czasowy charakter. Czasowość ma podwójne odniesienie – przemijalny charakter powinien mieć kryzys, którego skala wymusza wprowadzenie stanu wyjątkowego, a co za tym idzie przemijalne powinno być także zawieszenie powszechnie obowiązujących norm, dopuszczone wyłącznie w celu umożliwienia maksymalnie skutecznego działania. Czasowość stanu wyjątkowego może oznaczać nałożenie całkowitego limitu na jego obowiązywanie (tak jak w przypadku rzymskiej dyktatury) bądź dopuszczenie jego trwania tak długo, jak długo trwać będą okoliczności go uzasadniające, przy wprowadzeniu pewnych dodatkowych obostrzeń (np. w postaci wymogu zakreślenia w drodze ustawy czasu obowiązywania stanu wyjątkowego wprowadzonego za jej zgodą). Dlatego też np. polityki antyterrorystyczne oparte na modelu stanu wyjątkowego są wewnątrznie sprzeczne, zakładają bowiem użycie narzędzia z definicji prowizorycznego do walki z trwałymi zagrożeniami.

Z prowizoryczności jako konstytutywnej cechy stanu wyjątkowego i warunku dla jego dopuszczalności w ramach państwa prawa świetnie zdają sobie sprawę także

²⁴ B. Manin, *The Emergency Paradigm and the New Terrorism*, <https://as.nyu.edu/content/dam/nyu-as/faculty/documents/emerg.pdf>, dostęp: 27.08.2020 r., s. 9.

²⁵ Por. analiza Franciszka Ryszki na temat III Rzeszy jako państwa stanu wyjątkowego. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie Państwa i Prawa Trzeciej Rzeszy*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1964.

organy ochrony prawa. Świadczy o tym chociażby uzasadnienie ordonansu francuskiej Rady Stanu, która w decyzji z 9.12.2005 r. w sprawie *Allouache* zwięźle przedstawiła istotę przemijalności stanu wyjątkowego: „W państwie prawa sednem reżimów nadzwyczajnych jest ich ograniczenie, nie tylko przestrzenne, ale również i przede wszystkim w czasie”²⁶.

4. Zakończenie

Przedmiotem niniejszej pracy było przedstawienie trudności związanych z definiowaniem stanu wyjątkowego, jako zjawiska z pogranicza prawa i polityki. Jako alternatywę dla sceptycyzmu definicyjnego, wynikającego z hybrydalnego charakteru stanu wyjątkowego, zaproponowano jego definicję paradygmatyczną. Uznanie stanu wyjątkowego za: 1) czasowe; 2) zawieszenie norm powszechnie obowiązujących; 3) w obliczu kryzysu szczególnej wagi, pozwala pogodzić różne podejścia badawcze do tego tematu, wykształcone na gruncie prawa, nauk politycznych, historii czy filozofii. Refleksja nad stanami nadzwyczajnymi stanowi także formę higieny intelektualnej, uwrażliwiającej prawników na ułomność zdolności przewidywania zagrożeń przez prawo. Kruchość autonomii prawa względem polityki szczególnie wyraźnie przejawia się w sytuacjach nadzwyczajnych. Dysponowanie definicją operatywną stanu wyjątkowego jest również warunkiem niezbędnym dla krytycznej analizy jego różnych przejawów. Nabiera to szczególnej wagi wobec wzrostu znaczenia ustawodawstwa wyjątkowego w kontekście zagrożeń charakterystycznych dla późnej nowoczesności, umożliwiając rzetelną dyskusję nad adekwatnością stanu wyjątkowego jako narzędzia długofalowej polityki antykryzysowej, np. do walki z terroryzmem.

State of Exception in the Philosophy of Law. An Attempt at a Definition

Abstract: The aim of this paper is to propose a definition of the state of exception within the framework of the philosophy of law. The nature of the state of exception is both a legal and a political one. For this reason, it is a subject of inquiry in various disciplines. As a consequence of its hybrid character, state of exception is hard to define, which leads to definitional scepticism. As a criterial definition is impossible to reach, I believe that it should be replaced with a paradigmatic one. Such a definition should take into account the *acquis* of, among others, philosophy, history or political science, so that it may apply to different methodological approaches. In order to do so, I present the main definitional groups (state of exception as a normative fact, as a constitutional dictatorship, as a political fact, and as a legal void). Next, using the criteria that are common to all those definitions, I propose and analyse three constitutive elements of the state of emergency: a crisis, a suspension of ordinary laws, and a temporary character of this suspension. The definition I propose can help to assess whether a given state is a form of a state of exception. This is of a particular relevance as emergency laws are nowadays widely discussed in the context of terrorist threats.

Keywords: state of exception, emergency laws, constitutional dictatorship, political crisis, philosophy of law, political theory

²⁶ Ordonans Rady Stanu (*Conseil d'État*) z 9.12.2005 r. w sprawie *Allouche* (N° 287777), <https://tinyurl.com/Allouche287777>, dostęp: 6.10.2017 r.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Agamben, G. (2008). *Stan wyjątkowy*. Kraków: Korporacja ha!art.
- Armand, G. (2007). Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 6, 113–122.
- Benjamin, W. (2012). *Konstelacje. Wybór tekstów*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.
- Dworkin, R. (2003). Terror & the Attack on Civil Liberties. *The New York Review of Books*, <https://www.nybooks.com/articles/2003/11/06/terror-the-attack-on-civil-liberties/> [last access: 06.10.2017].
- Kervégan, J.F. (2003). État d'exception. In P. Raynaud, S. Rials (Eds.), *Dictionnaire de philosophie politique*. Paris: PUF.
- Le Coustumer, J.C. (2007). La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 6, 19–28.
- Manin, B. (2004). The Emergency Paradigm and the New Terrorism. *New York University College of Arts & Science Website*, <http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/2792/emerg.pdf> [last access: 11.03.2017].
- Romano, S. (1990). *Scritti minori vol. 2*. Milan: Giuffrè.
- Saint-Bonnet, F. (2007). L'état d'exception et la qualification juridique. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 6, 29–38.
- Schmitt, C. (2016). *Dyktatura*. Warszawa: Fundacja Augusta hr. Cieszkowskiego.
- Schmitt, C. (2000). *Teologia polityczna i inne pisma*. Kraków-Warszawa: Znak.
- Troper, M. (2011). *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF.