

KONSTANTY GRZYBOWSKI (Kraków)

Moderator imperii

I. Auctoritas principis. II. Auctoritas sacrata pontificis. III. „...Non est exempta iudicio rationis...”. IV. Pouvoir modérateur. V. Stróż konstytucji.

I. AUCTORITAS PRINCIPIS

Ta szczególna forma rządów i charakterystyczny dla niej urząd naczelny powstały po raz pierwszy w Rzymie Oktawiana Augusta. Swe oficjalne sformułowanie i uzasadnienie znalazły one wówczas w *Res gestae Divi Augusti*. Przedstawiono w nich zadanie, jakie Oktawian spełnił przed konstytucyjnym ustabilizowaniem swej władzy: *Rem publicam a dominatione factionis oppressam ad libertatem vindicavi*. To nie było nowe i nieznanne w ustroju i dziejach politycznych Rzymu. Takim był Brutus¹, pierwszy *vindex libertatis*² — jak przypomnienie tego określenia brzmią słowa *Res gestae*. Działalność takich obrońców ustroju była równocześnie i pozaprawna, i prawna, i ponadprawna. Była pozaprawna, gdyż nie miała oparcia w pozytywnych normach prawnych, w normach o organizacji i kompetencji istniejących urzędów *vindex libertatis* działał *suo consilio*³, a nie na podstawie norm do tego go upoważniających. Była równocześnie prawna, bo działał on dla stabilizacji państwa i ustroju, a nie dla jego obalenia. I była w końcu ponadprawna, bo ponad istniejącymi

¹ Cicero, *De Republica*, II, 25: *Qui cum privatus esset, totam rem publicam sustinuit primusque in hac civitate docuit in conservanda civium libertate esse privatum neminem*.

² Cicero, *C. Rullum*. Na związek tego określenia z instytucją pryncypatu zwraca uwagę André Magdelain, *Auctoritas principis*, Paris 1947.

³ *Is est enim qui consilio et opera civitatem tueri potest* (Cicero, *De Republica*, II, 29), że *consilium* oznacza tu, odnośnie do Brutusa, własną swobodną decyzję, a nie działanie organu na podstawie normy prawnej — wskazuje na to zdanie o Pompejuszu, *Epist. ad Atticum* VII. i., że działa *nondum interposita auctoritate vestra, suo consilio atque iudicio*.

szczegółowymi normami o organizacji aparatu władzy stawiała nową zasadę, konieczną dla ocalenia od niebezpieczeństw „ustroju jako całości”. Po spełnieniu zaś tego zadania — *vindex libertatis* wracał do stanowiska zwykłego obywatela, normalne organy konstytucyjne funkcjonowały wedle normalnych norm prawnych. Funkcja princepsa była w republice ograniczona jej celem i ograniczona czasowo, była „nadzwyczajnym urzędem”, a nie trwałym elementem w aparacie władzy.

Inaczej od Oktawiana Augusta. Niebezpieczeństwo dla wolności, przed jakim princeps stanął, nie było niebezpieczeństwem przejściowym, niebezpieczeństwem, które by nie mogło się odrodzić. Tym niebezpieczeństwem było przecież zjawisko społecznie trwałe, wewnętrzne rozbitcie społeczeństwa na *factio paucorum*⁴ z jednej strony, *ad vitia consentiens multitudo*⁵ z drugiej, czyli to, co współczesny socjolog polityczny nazywa „społeczeństwem pluralistycznym”. *Respublica ne quid detrimenti caperet* było zadaniem trwałym. Gdy Oktawian mówił: *ita mihi salvam ac sospitam Rempublicam sistere in sua sede licet, atque eius rei fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicam*⁶, dawał i obraz tego, czego dokonał w przeszłości, i charakterystykę swej trwałej roli w państwie, którego losów nie można było oddać w ręce rozdartego wewnętrznie społeczeństwa, *plurium arbitrio temere committi*, jak charakteryzował motywy Oktawiana późniejszy historyk⁷.

I w tej sytuacji princeps, *tutor et procurator rei publicae* — — *rector et gubernator civitatis*⁸, *moderator reipublicae quo referre velimus omnia*⁹, stawał się stałą instytucją ustrojową. By zaś tak określone zadania spełnić — musiał mieć stanowisko, które znów znalazło swe określenie w *Res gestae: auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui, quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*.

Wyjść chyba trzeba przy analizie *auctoritas* od słowa *moderator*, bo przecież ono określa cel i kierunek funkcji princepsa. Ma ono swą tradycję polityczną w republice. Idąc za Polibiusem, Cycero widział w niej realizację idealnego ustroju właśnie dlatego, iż łączy w sobie

⁴ *Factio paucorum*, Cezar B. C. I. 22, 5; *Factio et potentia paucorum*, Cezar B. G., VIII, 50.2. Znaczenie tego określenia por. L. R. Taylor, *Party Politics in the Age of Caesar*, Los Angeles 1961, zwłaszcza s. 8 i n.

⁵ Cicero, *Tusc. Disp.*, III, 2.

⁶ Fragment u Swetoniusza, D. Octavianus Augustus. XXVIII.

⁷ Swetonius, *ibidem*.

⁸ Cicero, *De Republica*, II. 29.

⁹ Cicero, *Epist. ad Atticum*, VIII. 11.

trzy formy rządów, że jest *moderatum et permixtum tribus*¹⁰, *aequatum et temperatum ex tribus optimis rerum publicarum modis*¹¹. *Moderatio* i możliwe właśnie dzięki niemu *iustum imperium* było ideałem ustrojowym Salustiusza¹². Bliższa treść tego pojęcia była wieloznaczna, ale jego różne znaczenia bynajmniej się nie wykluczały, lecz właśnie uzupełniały. *Moderatio* — to czasem po prostu władza¹³. *Moderatio* — to rozum. *Moderatio* — to *aequitas*, a „*aequitas*” to arystotelesowska *ἐπιεικεία* — czyli odstępianie od litery prawa dla „słuszności”¹⁴, to *leges moderari*¹⁵. *Moderatio* jako koncepcja ustrojowa ma realizować wszystkie te wartości, czyli moderator jest władcą rozumnym, sprawiedliwym¹⁶ i właśnie dlatego stojącym nad prawem, gdyby jego ścisłe zastosowanie miało prowadzić do niesprawiedliwości¹⁷.

Moderatio — ideał powstały w Rzymie republikańskim — nie była jednak w republice ani funkcją, ani cechą jakiegoś jednego z organów. Wynikała ona w ustroju republikańskim niejako „naturalnie”, z konieczności współdziałania z sobą organów opartych na różnych zasadach ustrojowych: monarchicznej, arystokratycznej, demokratycznej. Każdy z czynników społecznych — władcza jednostka, arystokracja, lud — miał w ten sposób wpływ na rządy; skrajności stanowiska, egoizm interesów każdego z tych czynników były hamowane i „moderowane” przez inne. Sprawiedliwość i umiar były zabezpieczone przez swoisty podział władz, przez ich wzajemne hamowanie się, przez oparcie ich na różnych zasadach ustrojowych. Z chwilą powstania urzędu princepsa — „moderatora”, funkcja ta przestała być wynikiem działania całego mechanizmu władz naczelných. Stała się ona zadaniem jednego organu, princepsa, który właśnie dlatego stanął nad innymi, który miał *auctoritas*, a nie tylko *potestas*. Innymi słowy, princeps stał się stróżem

¹⁰ Cicero, *De Republica*, I. 29.

¹¹ Cicero, *De Republica*, I. 45.

¹² V. Poschl, *Grundwerte der römische Staatsgesinnung in den Geschichtswerken des Sallust.*, Berlin 1940.

¹³ *In unius moderatione*, Cicero o Werresie, *In Verrem*, I. 7.

¹⁴ *Graeci eamque virtutem ἐπιεικείαν vocant, quam soleo equidem tum temperantiam tum moderationem appellare*, Cicero, *Tusc. Disp.* III. 8. 16.

¹⁵ Tak słusznie H. F. Jolowicz, *Roman Foundation of modern Law*, Cambridge 1950, s. 55. A tak samo już w XVI w. Alciatus, *Parergon Iuris*, c. XXX: *id latine aequum dici, quod Aristoteles ἐπιεικείαν vocat, estque naturalis quaedam moderatio, quae in pectoribus hominum residet, ne satis lege praescribi posset.*

¹⁶ Lange, *Die Wörter AEQUITAS und IUSTITIA auf römischen Münzen*, ZRG Rom., III, 1931.

¹⁷ J. Gaudemet, *L'Empereur interprete du droit*, Festschrift Rapel II, Tübingen 1954.

jakichś naczelných zasad ustrojowych, stróžem tego, czy organy państwowe działają zgodnie z celem, dla którego państwo i jego ustrój istnieją.

Znakomity historyk nazwał ten ustrój „połączeniem organów konstytucyjnych z zakamuflowaną ponadkonstytucyjną dyktaturą”¹⁸. Chyba niesłusznie. Nie ma dyktatury w sytuacjach „normalnych”, dyktatura nie jest zakamuflowana, dyktatura nie jest ponad konstytucją, lecz właśnie ma być jej stróžem. W czasach „normalnych” działają „normalne” organy, występuje tylko potestas. Tylko wtedy, gdy działalność ich zagraża republice (*ne quid republica detrimenti caparet*) lub nie wystarcza dla odwrócenia niebezpieczeństwa, wchodzi w grę *auctoritas principis* właśnie dla usunięcia tych niebezpieczeństw. Princeps jest gwarantem *optimi status*, a nie absolutnym w każdej sytuacji władcą. I nad nim, i nad wszystkimi organami stoi właśnie ten *status*, owa *libertas*, którą on właśnie dla republiki odzyskał. Ale on — i tylko on — decyduje, kiedy jego potencjalny absolutyzm ma się dla obrony ustroju przekształcić w absolutyzm rzeczywisty. Decyduje nieodpowiedzialnie i niekontrolowanie. Stoją nad nim tylko pewne treści, pewne pojęcia, pewne zasady prawne, a nie ludzie, nie organy i nie instytucje. I chyba dlatego teoria polityczna zaczęła szukać gwarancji w „cnocie” władcy¹⁹. *Specula principis* zrodzą się jako konsekwencja koncepcji pryncypatu — urzędu związanego obowiązkami, ale nie kontrolowanego i nieodpowiedzialnego²⁰.

¹⁸ A. I. Toynbee, *Hellenism. The History of a Civilisation*, London 1959, s. 187. Jakby odpowiedzią jest Tacyt, *Annales* I. 9: *Non regno tamen neque dictatura, sed principis nomine constitutam Rempublicam*.

¹⁹ Taylor (*Party Politics*, s. 163) widzi w tym tylko „abstrakcję”. Inaczej, i moim zdaniem słusznie, Arnold A. T. Ehrhardt, *Politische Metaphysik von Solon bis Augustin*, t. I, rozdz. 6 „Vom römischen politischen Ideal” (Tübingen 1959). „Cnoty” wymagane od princepsa najautentyczniej w *Res gestae* — złota tarcza dla Augusta od senatu z napisem: *virtutis, clementiae, iustitiae et pietatis causa*. W greckim tekście Monumentum Ancyranum *clementia* to „*epieikeia*”. W świetle tych cnót władcy i między nimi cnoty *pietatis*, twierdzenie, że princeps ujmowany jest analogicznie do patrona (z cnotami *auctoritas* i *clementia*), lud analogicznie do klienta (z cnotami *pietas* i *caritas*, por. Ehrhardt, o.c., s. 291, podobnie Taylor, o.c., s. 177) nasuwa zastrzeżenia.

²⁰ Funkcję princepsa jako ochrony *libertatis* najtrafniej chyba określił R. Reitzenstein: „Als Gegensätze werden nicht Monarchie und Republik, sondern *dominatio* und *libertas* empfunden” (*Die Idee des Prinzipats bei Cicero und Augustus*, Göttinger gel. Nachrichten, 1917, s. 489). Że nie *dominus*, tylko *vindex libertatis* to słuszne. Ale moim zdaniem niesłuszne jest niedocenianie przeciwstawności republiki i monarchii. To występuje wyraźnie u Tacyta (*Annales*, I. 9), gdy pisze on o pryncypacie Augusta: *Non regno tamen neque dictatura, sed principis nomine constitutam rempublicam*. Princeps to nie regnum, ale także nie „tymczasowy

II. AUCTORITAS SACRATA PONTIFICIS

Auctoritas jako nadrzędność nad wszystkimi innymi organami, ale podległość naczelnym zasadom (ustroju, współżycia społecznego, moralności), dla obrony których właśnie organ wyposażony w auctoritas istnieje, przestaje być podstawowym pojęciem ustrojowym, w miarę jak w jej miejsce staje się nim pełnia niczym nie ograniczonej władzy monarchy, w miarę jak princeps (czyli funkcja) przeradza się w dominus (czyli pantokratora), w miarę jak zdanie *quid principi placuit legis habet vigorem*, przestaje być ściśle związane ze zdaniem, że nie wszystko powinno *principi placere*, że właśnie naczelne zasady ograniczają jego swobodę w tym zakresie. Odradza się zaś pojęcie auctoritas w jego augustiańskim sensie, gdy zaczyna zwyciężać system, wychodzący znów od naczelnych zasad, to jest chrześcijaństwo. Doktrynalne sformułowanie nowego poglądu, jakie dał papież Gelazy I w liście do cesarza Anastasiusa (rok 494)²¹, wyznaczyło niejako późniejszy jego rozwój²². *Auctoritas sacrata pontificum* jest instytucją nadrzędną nad

urząd" (to jest dictatura), lecz urząd stały w ramach republiki. A więc urząd, a nie osobisty stosunek zaufania obywateli do jednostki. Tak chyba twierdzi R. Heinze (*Auctoritas*, Hermes IX, s. 356): „Die auctoritas dagegen [sc. princepsa w przeciwstawieniu do auctoritas Senatus — K. G.] fließt aus der Persönlichkeit als etwas durch sie Geschaffenes, nur in ihr Lebendes und mit ihr Vergehendes. Und gleich wichtig ist dies: sie wirkt nur, wo man sich ihr freiwillig unterordnet". Sytuacja prawnohistoryczna nie jest co do tego tak jednoznaczna. Princeps dochodzi do władzy *suo consilio*. Przy następstwie mamy kombinację jego *consilium* (desygnacji, adopcji z desygnacją) z wolą ludu (*lex de imperio* — ale jej stylizacja *ut, licuit divo Augusto* etc. potwierdza kontynuację). Dualizm źródła władzy princepsa odróżnia ten urząd od monarchii, jest równocześnie jakby zapowiedzią średniowiecznej kombinacji prawa do korony (*haereditas*) i elekcji badającej *utilitas* uprawnionego, badającej jedynie to, czy jest on *idoneus*.

²¹ Ustęp istotny: *Duae quippe sunt, imperator auguste, quibus principaliter mundus hic regitur, auctoritas sacrata pontificum et regalis potestas. In quibus tanto gravior est pondus sacerdotum, quanto etiam pro ipsis regibus hominum in divino reddituri sunt examine rationem* — po czym następuje wniosek: *subdite debere cognoscis religionis ordine potius quam praeesse*. Sam frazes o odpowiedzialności z listu św. Pawła do Żydów 13. 17 (por. też G. Tellenbach, *Libertas*, Stuttgart 1936, s. 42) o tyle idzie za daleko, że u Pawła mowa o odpowiedzialności władzy świeckiej wobec Boga.

²² Tak np. W. Ensslin, *Auctoritas und potestas. Zur Zweigewaltenlehre des Papstes Gelasius I*, Hist. Jahrb. Görres Ges., t. 74, 1955. Mamy tu trafne spostrzeżenie, że Gelazy I nieraz jednak odnosi auctoritas i do władzy cesarskiej, a jego zdanie wcześniejsze *accusare tamen principem palam non possum* (Thiel, *Epist. Pont. Rom. I*, 1868, s. 308) wskazuje, że konsekwencje, jakie później wyciągnięto z jego formuły, były mu obce. Z licznych recepcji tej formuły kilka przykładów: Konsylium w sprawie Ludwika Pobożnego w 829 r. (Werminhoff,

regalis potestas dlatego, że ponosi odpowiedzialność za wartości wyższego rzędu, że strzeże zasad wyższego rzędu, zasad religii.

Chrześcijańska teoria religii, społeczeństwa i państwa przywracała w ten sposób hierarchię treści reguł współżycia społecznego, zanikającą w okresie dominatu, kiedy to o miejscu reguły w całokształcie norm decydowało jej źródło (*voluntas principis suprema lex*), niezależnie od treści.

Uzasadnieniem najwyższego w hierarchii miejsca pewnych zasad było wprawdzie mitologiczne, metafizyczne, boskie ich źródło²³, ale Objawienie skonsumowało niejako i zakończyło działalność tego źródła, treść tych norm była ustabilizowana, niezmienna, od źródła już w istocie niezależna²⁴, czyli w praktyce życia społecznego pewne treści stały na najwyższym miejscu i od nich, a nie od ich źródła metafizycznego, źródła, które spełniło już swe zadanie objawiwszy zasady współżycia społecznego, zaczynał się system tych zasad.

Swoistą cechą chrześcijańskiej „ekonomii zbawienia” są bowiem „związki racjonalne”²⁵, których stróżem jest właśnie *auctoritas summi pontificis*. Treścią, która stanowi legitymizm tego autorytetu i równo-

Concilia aevi carolini, s. 608 i n.) stosuje się do odpowiedzialności króla wobec Boga *cui pro ministerio quod suscepit in examini tremendi die rationem redditurus est*. Powołuje ten list Gelazego Grzegorz VII (do Hermana z Metz, 15 marca 1081, Mirbt. *Publizistik* s. 98 i n.). Gelazjańskie rozróżnienie *auctoritas* i *potestas* z innym uzasadnieniem mamy u Innocentego III: *caput pontificis chrismate consecratur, brachium vero principis aleo delinitur, ut ostendatur quanta sit differentia inter auctoritatem pontificis et principis potestatem* (Friedberg, *Codex Iuris Canonici* II. 131). Formuła Gelazego znalazła się również w Dekrecie Gracjana (c. 10. D. 96).

²³ Zarówno historycznie (stwórca), jak i logicznie. Co do tego ostatniego typowy przykład rozumowania występuje u Tomasza z Akwinu (In quattuor libros *Sententiarum Petri Lombardi* I. Pr.): *Cum enim sacrae doctrinae intentio sit circa divina, divinum autem sumitur secundum relationem ad Deum vel ut principium vel ut finem, consideratio huius doctrinae erit de rebus secundum quod exeunt a Deo ut a principio, et secundum quod referuntur in ipsum ut in finem*. Thomas Gilby (*Principality and Polity*, London 1957, s. 108) widzi w S. TH. I-a IIae CV. 2 (w tekście pomyłka drukarska: L. V. 2) twierdzenie, że „is no law except from God”, co chyba idzie za daleko.

²⁴ *Status mundi variari potest dupliciter. Uno modo secundum diversitatem legis: et sic huic statui novae legis nullus alius status succedet* (Aq. Thomas, S. TH., I-a, IIae, CVI. 4.) — teza o „zamknięciu” Objawienia (*nova lex*), o niezmienności jego treści jest w tym przypadku polemiczna w stosunku do joachimizmu.

²⁵ „Il resterait maintenant à observer des divers événements de l'économie du salut dans le trame de ce savoir théologique, ou les liaisons rationnelles encadrent et souvent supplantent la succession des faits” (M. D. Chenu, *Introduction à l'étude du saint Thomas d'Acquin*, Montréal-Paris 1950, s. 255).

czesnie jego ograniczenie — jest system norm zawarty w Objawieniu ²⁶. Działalność normotwórcza władcy kościoła jest tylko wyciąganiem wniosków z Objawienia, a równocześnie tylko on ma prawo wyciągania tych wniosków. Stopniowo poniżej (czy obok?) tego zespołu najwyższych hierarchicznie norm (objawionych) narasta drugi zespół norm, również hierarchicznie najwyższych, regulujących podstawowe zasady ustroju „społeczności chrześcijańskiej” ²⁷, *generalis status ecclesiae*, których także tylko stróżem jest princeps kościoła, które także są ponad nim ²⁸.

²⁶ To w związku z problemem prawa natury. Dekret Gratiana dictum ad D. IX. 1i stwierdza: *Cum ergo naturali iure nihil aliud praecipitur, quam quod Deus vult fieri, nihilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri, denique cum in canonica scriptura nihil aliud, quam in divinis legibus inveniatur, divinae vero leges natura consistant: patet, quod quaecumque divinae voluntati, seu canonicae scripturae contraria probantur, eadem et naturali iuri inveniuntur adversa* — znak równania między prawem natury, wolą bożą i Objawieniem (*canonica scriptura*) jest tu stanowczy: I trafnie scharakteryzuje ten proces H. X. Arquillière, *L'Augustinisme politique*, wyd. II. Paris 1934, s. 54) jako „tendance à absorber le droit naturel dans la justice surnaturelle, le droit de l'Etat dans celui de l'Eglise”. To ostatnie jest słuszne tylko wtedy, jeśli można mówić wówczas o dualizmie państwa i kościoła (por. niżej przyp. 28). Tę samą tezę autor ten powtórzy przy ocenie *Unam Sanctam* Bonifacego VIII (*Dictionnaire de droit canonique*).

²⁷ Do problemu, określanego w średniowieczu jako *christianitas, respublica christiana, respublica fidelium, orbis christianus, populus christianus*, podchodzi się często od strony „instytucji”, szukając wyrazu organizacyjnego dla tej wspólnoty, często od strony osób wchodzących w jej skład. „Wer die Christianitas verstehen will, muss vom populus christianus ausgehen” stwierdzał F. Kemf (*Das Problem der Christianitas im XII und XIII Jahrhundert*, Hist. Jahrb. Gorres Ges. 79, Jhrg. 1960, s. 114). Sądzę, że punktem wyjścia może być raczej zespół norm regulujących zasady współzycia społecznego dla wspólnego metafizycznego celu. To, że stawia się znak równania między prawem natury a *canonica scriptura*, czyli między normami nie mającymi za sobą, aparatu (instytucji), nie ograniczonymi w swej ważności do zamkniętego zespołu osób a normami chrześcijańskiego współzycia społecznego — wskazuje chyba, że instytucjonalizację uważa się za najmniej istotny element *christianitatis*.

²⁸ Określenie *generalis status ecclesiae* występuje najczęściej właśnie w związku z krytyką suwerena — papieża, że go narusza, a więc w związku z twierdzeniem, że stoi on nad papieżem, jako normy podstawowe, których papież jest tylko stróżem, a nie niczym nie skrepowanym twórcą („...videntes generalem ecclesiae statum, ritum antiquum et consuetudinem immutari et per ipsum omnino confringi” — o Bonifacym VIII, p. H. Denifle, *Die Denkschriften der Colonna gegen Bonifaz VIII*. Arch. f. Lit. u. Kirchengeschichte des Mittelalters t. V. 1889, s. 520; tamże na s. 521, że papież zmierza do *subversionem generalis status ecclesiae*. Wyrażnie o tym, iż jest on ponad wolą papieża pisze Joannes Teutonicus (zm. 1246): *Papa non potest contra generalem ecclesiae statum dispensare* (Glossa ad. C. 25. qu. 2. c. 17). B. Tierney (*Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge 1955, s. 51) trafnie widzi tu analogię do pojęcia *status regni*.

Strzegąc ich staje się *sol iustitiae*²⁹, jest „moderatorem stosunków społecznych”³⁰, stoi ponad wszystkimi innymi organami społeczności chrześcijańskiej tylko z racji tej funkcji, tylko *ratione peccati*³¹. Przywracając ich moc wiążącą i ich poszanowanie staje się, jak princeps rzymski, *vindex libertatis*³². Odrywając natomiast legitymizm swej władzy od tej funkcji, ujmując go abstrakcyjnie, to jest bez względu na treść (normy), której ta władza ma służyć — staje się tyranem³³. I oto otrzymujemy znowu w ten sposób, nie bez wpływów rzymskiego pryncypatu chyba, koncepcję władcy absolutnego, ale przecież związanego w swym działaniu normami najwyższego rzędu, władcy, którego funkcją jest właśnie ochrona tych norm, przestrzeganie ich poszanowania, wyciąganie sankcji wobec nie przestrzegających ich: czyli władcy absolutnego w sensie braku organu kontroli nad nim, związanego w sensie podległości nadrzędnym zasadom ustroju. „Stróża konstytucji” społeczności chrześcijańskiej i przez to stojącego ponad wszystkimi organami tej społeczności, ale nie ponad zasadami, jakie tę społeczność czynią właśnie chrześcijańską.

III. „...NON EST EXEMPTA IUDICIO RATIONIS...”

Istota zmiany, jaka występuje coraz wyraźniej od XII w., polega nie na tym, że władca świecki staje się konkurentem dla tej funkcji papieża, był nim i wcześniej. Istota zmiany polega na tym, że władca świecki przestaje szukać dla tej swej funkcji uzasadnień tylko religijnych, a zaczyna, obok nich, stopniowo w miejsce ich, szukać uzasadnień „laickich”, że przestaje ujmować zasady naczelne, których jest stróżem, jako (tylko w swym źródle) religijne, że ich źródło i ich treść laicyzują się (częściowo, stopniowo coraz pełniej).

²⁹ Bonifacy VIII, encyklika *Ineffabilis amoris* (1926).

³⁰ G. Le Bras, *Boniface VIII, symphoniste et modérateur*, Melanges Louis Halphen, Paris 1951.

³¹ W pełni wykształcone u Innocentego III: *decernere de peccato cuius ad nos pertinet sine dubitatione censura, quam in quemlibet exercere possumus et debemus* (1204. p. Decr. Greg. IX. 1. 13, ed. Friedberg, Lipsk 1922). Że to szerokie pojęcie grzechu, że „toute violation de la loi morale” (tak M. David: *La Souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX au XV siècle*, Paris 1954, s. 195), to chyba za daleko idące i nieistotne. Istotne jest to, że „grzech” w tym także rozumieniu to sprzeczność z normą o boskiej genezie, a więc normą wyższego rzędu.

³² *Unus papa erit his temporibus, qui purgabit ius canonicum et ecclesiam Dei* (Roger Bacon Opus Tertium, 1267, *Chronicles and Memorials of Great Britain and Ireland during the Middle Ages*. I. London 1858, ed. I. S. Brewer, s. 86). Ten joachimicki *papa angelicus* ma tę samą funkcję co princeps jako *vindex libertatis*.

³³ O Bonifacym VIII pisze Denifle (o. c., s. 519): „Generali istius ecclesiae non praesulis sed tyranni, qui per solum nephas Romanam tenet ecclesiam”.

Nowy typ władcy — moderatora stojącego ponad bardziej szczegółowymi normami prawnymi w interesie ochrony zasad bardziej ogólnych, był wyrazem skomplikowanego splotu przemian społeczno-gospodarczych, politycznych i intelektualnych³⁴. Te ostatnie, pośród nich przede wszyst-

³⁴ Punkt wyjścia widzieć trzeba chyba w przemianach gospodarczych, w rozwoju gospodarki towarowej. Ona to rodzi nowe relacje, relacje oparte na „kalkulacji”, a nie na tradycyjnej, „religijno-magicznej” łączności. Rodzi ona związki i terytorialnie, i personalnie szerokie i w pewnym stopniu anonimowe, podcinające przeważnie znaczenie małej i na osobistym stałym kontakcie opartej, zamkniętej grupy społecznej. To zaś podcina wystarczalność kodeksu etycznego ewangelii, zaistniałego przecież dla „małej grupy”, opartej właśnie na „tradycyjalnym braterstwie”, a nie na „kalkulacji”. Podcina ona również zasadę różnego prawa dla różnych grup narodowościowych, skoro niezależność relacji gospodarczych, społecznych, politycznych od przynależności do takiej grupy staje się coraz silniejsza. Ten proces częściowej, ale coraz silniejszej likwidacji społeczno-gospodarczego „rozbitcia feudalnego” (a istnieje on i tam, gdzie nie ma likwidacji politycznego rozbitcia feudalnego, np. we Włoszech wymaga zmiany starych norm prawnych). Czynnikiem psychologiczno-społecznym przeciwdziałającym tym przemianom jest trwający kult starego prawa. Rozwiązaniem sprzeczności między konserwatywną mentalnością a nowymi potrzebami staje się właśnie konstrukcja władcy, który jest i *legibus alligatus* (to recepcja będąca pozornym ustępstwem dla konserwatyizmu), i *legibus solutus* (to droga otwarta dla przekształceń), który realizuje w swym ponadprawnopozytywnym działaniu *ratio* (i to, i *utilitas publica* są wyrazem racjonalistycznych, opartych na „kalkulacji” nowych elementów kultury). Narzędziem zaś, służącym władcy dla osiągnięcia tych celów, jest zawodowiec-intelektualista (legista), laicki w swym „zawodzie” urzędnik czy ideolog władzy świeckiej, choćby formalnie był duchownym, mentalnością i podstawami egzystencji (uposażenie w pieniądzu) bliższy nowym prekapitalistycznym elementom niż feudalnemu trializmowi stanów (modlących się, broniących, dostarczających dóbr materialnych).

Co do cech mentalności stwarzanych przez gospodarke towarowo-pieniężną por. w szczególności M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte* (w przekładzie angielskim zwłaszcza s. 356 i n.). Przemiany w mentalności klas kierujących procesem produkcji (tak chyba lepiej niż „klasy wyzyskujące”), są — moim zdaniem — ważniejsze dla rozwoju niż przemiany w ich stosunku do bezpośredniego producenta (tzw. klas wyzyskiwanych), i te przemiany wpływają z kolei, później i wolniej, na przemiany w mentalności warstw najemnych, bez nich nie byłoby racjonalistycznie rozumującej „świadomości klasowej” tych warstw.

O ewangelicznym kodeksie współżycia społecznego jako kodeksie „małej grupy sąsiedzkiej” por. K. Mannheim, *Diagnosis of our time*, d. 107. Tamże na s. 117 o nieabstrakcyjnym, a więc aracionalistycznym charakterze jego norm: *not...abstract commands...but...revealed in the parables*.

Historycy prawa zbyt jednostronnie, moim zdaniem, widzą tylko problem politycznego „rozbitcia feudalnego” i w konsekwencji widzą jego likwidację tylko przez zjednoczenie polityczne. Tymczasem trzeba mówić chyba także o „feudalnym rozbitciu społeczno-gospodarczym”, polegającym na: a) nikłej roli obrotu gospodarczego między najmniejszą terytorialną jednostką (desmairie, gmina, parafia) a światem wobec niej „zewnętrznym”; b) nikłej roli „commercium” spo-

kim renesans prawa rzymskiego i jego adaptacja do nowych potrzeb, ukształtowały nową konstrukcję doktrynalną. Podstawowymi jej elementami było powiązanie tezy, że władca jest *legibus solutus*, a równocześnie *legibus alligatus*, z twierdzeniem, że stawia go to ponad prawem pozytywnym, ale nie ponad zasadami określanymi jako *aequitas*, *iusticia*, *ius naturale*, *ratio*, *utilitas publica*, że w ochronie tych zasad spełnia funkcję *mediatora* między różnymi wartościami i interesami, *moderatora* (w tym ostatnim określeniu tkwi zarówno sens „władca”, jak i sens „miarowania” skrajności, do jakich doprowadziłoby ścisłe stosowanie się do normy prawnej, uwzględnianie tylko jednego z licznych interesów społecznych).

Ścisłe powiązanie z sobą tych pojęć daje, aż do okresu odrodzenia, monarchię „absolutną, jakkolwiek ograniczoną”³⁵. Istotne jest to, jaka treść ukrywa się pod tą formą rządu, czyli odpowiedź na pytanie, czym i w czym interesie absolutny, czym i w czym interesie ograniczony? Tu zaś w toku ewolucji, zaczynającej się chyba w IX w., mamy zmienność tych odpowiedzi, punktem zwrotnym wydają się być wieki XII i XIII; państwo odrodzenia będzie kontynuacją i doprowadzeniem do pełnego kształtu tych postaci myśli politycznej i instytucji politycznych, które w tych dwóch wiekach już się zarysowały.

Nie ma jeszcze tej funkcji monarchy „ponad normą prawną” u Jonasa z Orleanu, choć są już pojęcia później stale wracające, stoickie i augustiańskie — ma on rządzić *cum aequitate et iusticia*³⁶. Natomiast niewiele później, u Hincmara, wyraźnie już wystąpi pogląd, że monarcha jako *moderator* stoi ponad prawem. Jeśli bowiem comes palatii jako sędzia stwierdzi, że *leges mundanae*, jakie by miał zastosować, są okrutne (*crudelium sancitum*) lub sprzeczne z nauką kościoła (*Christianitatis rectitudo vel sancta auctoritas*), odeśle sprawę *ad regis mode-*

łecznego i politycznego między izolowanymi od siebie grupami stanowymi i narodowymi. W konsekwencji trzeba mówić o likwidacji tego rozbicia społeczno-gospodarczego, jeśli obrót gospodarczy między różnymi jednostkami terytorialnymi i państwowymi zaczyna przybierać na znaczeniu oraz jeśli rozszerza się zakres norm identycznych dla współżycia społecznego różnych grup ludności (F. Calasso w *Introduzione al Diritto Commune* świetnie ukazał ten ostatni proces).

³⁵ S. B. Crimes, *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, Cambridge 1936, s. 322.

³⁶ *De Institutione Regia*, c. IV, (Migne, Patr. Lat., t. CVI, col. 290). O znaczeniu *aequitas* u Jonasa por. u E. Wohlhaupter, *Aequitas canonica*, Ver. d. Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft der Görres Gesellschaft, H. 56, Paderborn 1931; recenzje Kirna — Hist. Vierteljahrschr., XXVII, 1932, H. Mitteis — ZRG Germ. LXV. 1947. Por. również P. Kirn, *Aequitatis iudicium*, ZRG Germ., LII, 1932.

rationem, który może podjąć rozstrzygnięcie sprzeczne z obowiązującym prawem (*lex seculi merito comprimeretur, iustitia Dei conservaretur*)³⁷.

W wieku XII pojawi się nowe określenie przyczyn, dla których władca może odstąpić od ścisłego przestrzegania norm prawnych: *publica utilitas*³⁸. W jego połowie wystąpi wiązanie funkcji określanych jako *iustitia, aequitas, publica utilitas* z określeniem *legibus solutus* jako środkiem dla spełnienia tych funkcji. Najwcześniej chyba wystąpi to u Jana z Salisbury: *Princeps tamen legum nexibus dicitur absolutus, non quia ei iniqua liceant, sed quia is esse debet, qui non timore poene sed amore iustitiae aequitatem celat reipublicae procurat utilitatem*, po czym następuje wskazówka, że władca ma czynić *quod lex aut aequitas persuadet aut ratio communis utilitatis induxit*³⁹. Szczytowym punktem tej teorii stała się *Liber Augustialis* Fryderyka Rogera z słowami jej wstępu: *Quamquam soluta imperialis a quibuscumque legibus sit maiestas, sic tamen in totum non est exempta iudicio rationis quae iuris est mater, quod velit et debet irrationabilis iudicari*⁴⁰. *Ratio* nie oznacza tu jedynie „prawdy” zdobywanej w drodze doświadczenia⁴¹, nie oznacza tu również pełnej swobody władcy. *Ratio* jest już wówczas, w nawiązaniu do stoicyzmu i prawa rzymskiego, elementem określenia prawa natury⁴². Związanie tylko przez *ratio*

³⁷ Hincmar, *De ordine Palatii*, c. 21 (wyd. E. Prou, Paris 1884, s. 54, MGH. SA. 17).

³⁸ O jej znaczeniu i rozwoju pisali J. Gaudemet, *Utilitas publica* (Rev. Hist. du droit fr. et étr., XXIX, 1951) i G. Post, *Ratio publicae utilitatis, ratio status und „Staatsrason“* (Die Weltgeschichte, XXI, 1961, nr 1). G. Post słusznie wskazał na cyceroniańskie źródła tego pojęcia (dodać chyba można *res communem utilitatem continentis quas publicas appellamus, De oratore*. Cytowane przez niego (s. 76) zdanie: *multa autem licita sunt ratione publicae utilitatis* stwierdza właśnie, że to *contra legem*).

³⁹ Policraticus, IV, 2 (Migne Patrl. lat., 199, 155 w wyd. Webbera I, 238). Inaczej wówczas w Polsce. „Policraticus” jest znany Kadłubkowi, zna on dobrze prawo rzymskie, ale zacytuje z niego nie maksymę *legibus solutus*, lecz właśnie *legibus alligatus* z charakterystycznym własnym uzupełnieniem w końcowych słowach: *Digna, inquit, vox est Maiestate regnantis legibus alligatum principem profiteri; adeo de iuris auctoritate principum pendet auctoritas; nam re vera omni maius est imperio legibus ecclesiae* (to słowo to wtęł Kadłubka) *omnem submittere principatum* (II, 30, Mon. Pol. Hist., II, 277).

⁴⁰ *Liber Augustialis*, I, XXXI, *De observatione iustitiae*. To samo zdanie występuje w piśmie Fryderyka Rogera do Rzymian z r. 1238 (Huillard-Breholles, *Historia diplomatica Friderici*, wyd. 2, 1857, t. I, s. 162).

⁴¹ I tu chyba za daleko idzie A. Marongiu, *Note Federicane*, *Annale della Università di Macerata*, t. XVIII, Milano 1951, s. 156.

⁴² U Wilhelma z Auxerre (zm. 1231) *ius naturale* to jest *quod naturalis ratio sine omni deliberatione aut sine magna dictat esse faciendum* (*Aurea doctoris Guilelmi Altissi-Odorensis*, cyt. za F. Flückiger, *Geschichte des Natur-*

łączy Fryderyk Roger w tej samej *Liber Augustialis* z pojęciem *iustitia*, której władca jest równocześnie ojcem i synem, twórcą i sługą⁴³. *Ratio*, *iustitia*, *aequitas*, *utilitas publica* są różnymi określeniami, ujmującymi w lakoniczną formułę zarówno stwierdzenie, że istnieją pewne treści, pewne zasady prawne nadrzędne, dla realizacji których władca może działać wbrew prawu pozytywnemu⁴⁴, jak i stwierdzenie, że tylko władca może to uczynić i że występowanie przeciw jego decyzji w tej sprawie jest przestępstwem⁴⁵. Pogląd ten, w pełni właśnie przez Fryderyka Rogera sprecyzowany, trwa aż do epoki odrodzenia: Jego przy-

rechts, t. I, Zollikon—Zürich 1954, s. 424). U św. Bonawentury (*De perfectione evangelica*, Opera omnia Quaracchi, t. IV, 748) *to hoc ius est quod ratio recta dictat*. Podobnie i w komentarzu Mateusza de Afflictis de *Liber Augustialis*: *Imperator licet sit solutus legibus, tamen non est solutus a praeceptis divinis et sanctae matris ecclesiae... Item non est solutus a dictamine rationis... Ideo princeps etiam ligatur naturali ratione* (cyt. za E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton 1957, s. 106). I stąd, od Fryderyka I częste są arengi typu *ratio exigit* (H. Fichtenau, *Arenga. Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformen*, Graz—Köln 1957, s. 128). „Die Überzeugung von der spezifischen „Legitimität“ bestimmter Rechtsmaximen, d. h. von der durch keinerlei Oktroyierung von positivem Recht zu zerstörenden, unmittelbar verpflichtenden Kraft bestimmter Rechtsprinzipien” (M. Weber, *Rechtssoziologie*, w wyd. Neuwied 1960, s. 264). W ten sposób zostaje ona utrzymana, ale nie tylko niebezpieczeństwo dla władcy jest zneutralizowane; staje się ono narzędziem wzmocnienia stanowiska władcy, skoro tylko orzeka on o sprzeczności norm pozytywnego prawa z prawem natury.

⁴³ *Liber Augustialis*, proemium: *Oportet igitur Caesarem fore iustitiae patrem et filium, dominum et ministrum: patrem et dominum in edendo conservando, sic et in venerando iustitiam sit filius, et in ipsius copiam ministrando minister*. Por. Kantorowicz, o. c., s. 97 i n.

⁴⁴ Określenie *ius positivum* pojawia się po raz pierwszy u Abelarda: *Ius quippe aliud naturale aliud positivum dicitur* (*Dialogus inter Iudaeum, Philosophum et Christianum*, nie skończony przed śmiercią 1142 r. — być może pod wpływem Chalcidiusa komentarza do *Timaios*a Platona — por. S. Kuttner, *Sur les origines du terme „droit positif”*, *Rev. hist. d. dr. fr. et etr.*, 1936, s. 728). Często występuje ono już u kanonistów francuskich drugiej połowy XII w. (u Odon a de Dura, *Summa Coloniensis*, ok. 1192: *Ius humanum aut est naturale... aut est positivum*). Wyodrębnienie pojęciowe norm prawa pozytywnego (zarówno stanowionego, jak i zwyczajowego, np. Damasus, *Summa Titulorum*, ok. 1215: *Ius autem positivum, cum inventum sit ab homine...*) pozwala na pełne wykształcenie hierarchii norm prawnych, postawienie „naturalnych” czy „rozumowych” nad pozytywnymi, przyjęcie tezy, że monarcha dla wykonania tych wyższych norm może naruszać niższe, pozytywne, że stoją one nad nim tylko odnośnie do tego co jest w nich z prawa naturalnego (*Si dicitur legem aliquam positivam esse supra principantem, hoc non est ut positiva, sed ut in ea reservatur virtus iuris naturalis*, Aegidius Romanus, *De regimine principum*, III, 2, 25).

⁴⁵ *Sacrilegium*. Por. G. Post, *Ratio publicae utilitatis*, s. 73 i liczne podane tam przykłady.

kładem jest arenga przywileju Rudolfa Habsburskiego (z 1282 r.): *Romani moderator imperii ab observantia legis solutus, legum civilium nexibus quia legum conditor non constringitur, et tamen legis naturae dominium, quod ubique et in omnibus principatur, necessario profiteatur*⁴⁶. Tę samą rolę spełnia *communis utilitas* w Anglii w roku 1292: *(Rex) qui pro communi utilitate per prerogativam suam in multis casibus est supra leges et consuetudines in regno suo usitatus*⁴⁷. Takie stanowisko władcy stało się też podstawą średniowiecznej systematyki form ustroju, odróżniającej despotę, czyli rządu władcy niczym nie związanego, *principatus regalis secundum voluntatem suam*, czyli rządu władcy nie związane prawem pozytywnym, lecz związane prawem natury, *principatus regalis secundum legem*, czyli rządu władcy związanego prawem pozytywnym⁴⁸.

Władca, stojący ponad normami pozytywnymi w interesie sprawiedliwości, nie jest związany nimi wtedy, gdy tego wymaga sprawiedliwość (określana różnie: *vera iustitia*⁴⁹, *ratio*, *utilitas publica*, *aequitas*⁵⁰, normy „qui concernent l'établissement du royaume” (Bodin)⁵¹.

⁴⁶ Mon. Germ. Hist., Constitutiones, III, s. 325 nr 339.

⁴⁷ Wyrok parlamentu z 1292 (Humphrey of Behun v. Gilbert of Clare, *Rotuli Parl.*, I, 71).

⁴⁸ Najprecyzyjniej występuje to u Occama (*Dialogus...*, III. Tractatus I, 2, 6): *Ille dicitur principare et regnare secundum voluntatem suam et non secundum legem, qui regnat propter commune bonum omnium et nullis legibus humanis pure positivis vel consuetudinibus alligatur, sed est supra huiusmodi leges, videlicet legibus naturalibus astringatur... Et talis principatus legalis dicitur secundum legem, quia, licet unus principatur, modo tamen principatur secundum voluntatem, sed quibusdam legibus et consuetudinibus humanis introductis astringitur, quas tenetur servare... et quanto plures tales leges et consuetudines servare tenetur, tanto magis recedit a memorati principatu regali... Ex predictis colligi potest, quod principatu regali, praesertim potissimo, non solum tyrannis proprie dicta, sed autem principatus despoticus alicui modo opponitur.*

⁴⁹ To określenie stosowano i w Polsce dla uzasadnienia odstąpienia od prawa pozytywnego w wyroku królewskim: *Sacra Maiestas Regia decrevit et decernere mandavit non iuxta iuris formam, sed secundum veram iustitiam* (Zygmunt I w wyroku z 5 V 1525 r., *Decreta in iudiciis regalibus* A 1507—1531, ed. M. Bobrzyński, Kraków 1881, nr 316, s. 282).

⁵⁰ O znaczeniu i historycznej ewolucji tego pojęcia por. G. Kisch, *Erasmus und die Iurisprudenz seiner Zeit*, Basel 1960. W Anglii czasów Henryka VIII służy ono judykaturze królewskiej Chancery w łamaniu średniowiecznego *common law*, albowiem *equity* to „an exception of the law of God, or the law of reason, from the general rules of the law of men” (S. German, *Doctor and Student*, cyt. za F. Baumer, *The early Tudor Theory of Kingship*, New Haven 1940, s. 181).

⁵¹ Dla interpretacji tego określenia por. R. Doucet, *Les institutions de la France au XVI-e siècle*, t. I, Paris 1948, s. 334. Pojęcie to występuje we Francji już wcześniej, tę samą treść ma *status publicus regni* u Jana de Terre Rouge

Legibus solutus, jeśli prawo pozytywne jest sprzeczne z tymi celami sprawiedliwości, władca jest *legibus alligatus* przez to, że realizując te cele, realizuje istotny sens ustaw. I przez to właśnie w tej swej funkcji jest symbolem sprawiedliwości: *viva forma legis*⁵², *lex viva*⁵³, *lex animata*⁵⁴, *viva iustitia*⁵⁵.

Funkcja władcy jako stróża „wyższych” wartości i przez to stojącego nad wszystkimi innymi organami, a także nad normami prawnopozytywnymi, gdy tego wymagają te wartości, znajduje swój pełny wyraz w ostatnich wiekach średniowiecza i trwa przez okres odrodzenia. Zjawia się po raz pierwszy w pełnym sformułowaniu u tego władcy, Fryderyka Rogera, który uchodzi, w wysokim stopniu słusznie, za twórcę nowożytnego państwa. Służy i w późnym średniowieczu i w odrodzeniu do przemiany starego prawa zgodnie z nowymi potrzebami. Jest narzędziem zmiany.

Będąc narzędziem zmiany, władca *legibus solutus* uzasadnia równocześnie tę swą funkcję tym, że zapewnia ona *regularitas tranquillitas*⁵⁶ przez pośredniczenie między skrajnościami, jest *mediatore*, mo-

(*Regi non licet immutare ea quae ad status publicum regni sunt ordinata*, *Contra rebelles* XVII b., cyt. za W. F. Church, *Constitutional Thought in Sixteenth Century France*, Cambridge Mass. 1941, s. 29). Pojęcie to jest przejściowe między średniowieczną teorią o niepozbywalności praw Korony przez władcę a nowożytnym pojęciem „podstawowych zasad ustroju”.

⁵² *Potestas animata debet esse iustitia... et licet rex supra legem sit, tamen non est contrarius legi; et est supra legem, eo quod ipse est viva forma legis, potius formans et regulans legem quam formatus et regulatus a lege* (Albertus Magnus, *In Matheum*, VI, 10, ed. H. Berguet, Paris 1883, s. 266 i n.).

⁵³ *Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges* (Gotfryd z Viterbo o Fryderyku I, 1158, *Mon. Germ. Hist.*, XXII, 316). Samo określenie *Viva rex* ma swe źródło u Cyserona: *vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutuum magistratum*, *De legibus* III, 2, 1. Niemniej jednak jego sens jest tu inny.

⁵⁴ Źródłem bizantyjskie *νόμος ἐμφορικός* (por. O. Treitinger, *Die oströmische Kaiser und Reichsidee*, Darmstadt 1956, s. 215 i n.). Przykłady: *Maiestas nostra, quae est lex animata in terris et a qua iura civilis orientur* (Fryderyk II, 1232, por. Bohmer, *Acta Imperii*, nr 299). *Lex est quidam inanimatus princeps. Princeps vere est quaedam animata lex. Quantum ergo animatum superat, tantum rex sive princeps debet superare legem* (Aegidius Romanus, *De regimine principum*, cyt. za Carlyle, t. V, s. 75).

⁵⁵ *Che la viva Giustizia che mi spira*, Dante, *Paradiso* VI, 88.

⁵⁶ *Regularitas* trzeba chyba wiązać z pojęciem *ordo*, *tranquillitas* — z pojęciem *pax*. W literaturze i w dokumentach prawnych średniowiecza występuje ono często. *Romanum imperium in cuius tranquillitate totius orbis regularitas quiescit* (konstytucja Henryka VII, MGH, *Constitutiones*, IV, 965). *Non enim dicit (imperator) quod totius orbis iurisdictio sit sea, sed quod totius orbis regularitas in eo requiescit* (Bartolus, cyt. za Kantorowiczem, o. c., s. 294). Powiązanie

deratorem. Jest jako sędzia *medium inter partes* — — *inde iudices vocant medios vel mediatores*⁵⁷. Jest jako stróż prawa *medium inter legem naturalem et positivum*⁵⁸. Ta jego funkcja *auctoritas interpretandi et moderandi ius positivum semper remanet in principe*⁵⁹ i wpływa z jego kompetencji prawotwórczych⁶⁰. Jest jako władca mediatorem między Bogiem a ludźmi⁶¹. Średniowieczna, aż po epokę renesansu, funkcja władcy jako *pouvoir modérateur* służy równocześnie dla uzasadnienia jego pozycji jako *legibus solutus* i dla jej ograniczenia.

IV. POUVOIR MODÉRATEUR

Ponowny renesans⁶² koncepcji władcy—moderatora pojawia się w Europie po roku 1815⁶³. Monarcha, który był jej najbardziej typowo-

pax i regula (regularitas) u Dantego, De monarchia, I, 14, 7: Humanum genus ab eo (imperatore) regatur ut communi regula gubernetur ad pacem.

⁵⁷ Thomas Acq., *In ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, 955, ed. R. M. Spazzi, Torino—Roma 1949, s. 261.

⁵⁸ *Regem et quemlibet principem esse medium inter legem naturalem et positivum... Quare positiva lex est infra principantem sicut lex naturalis est supra* (Aegidius Romanus, *De regimine principum*, cyt. za Carlyle, *o. c.*, t. V, s. 72).

⁵⁹ Krakowski traktat Jana Elgota z 1441 r. (Bibl. Jag., rkps 1217, cyt. za J. Fijałkiem, *Mistrz Jakób z Paradyża*, t. I, Kraków 1900, s. 309. Kompetencja ta nazwana została w traktacie „epikiŃs”).

⁶⁰ Przykładem tego poglądu jest pismo kancelarii królewskiej Zygmunta I z roku 1533 (podkanclerzego Piotra Tomickiego), w którym czytamy: *Maiestas enim Regia, quae condere leges solet, illas et interpretari et moderari pro evidenti commodo et utilitate publica semper potest* (Acta Tomiciana, XV, nr 152, s. 214).

⁶¹ Przykłady: *sacerdotes et reges... inter Deum et populum mediatores effecti, et in coelis conversentur et in terris subditos moderentur* (Anonim normandzki, zwany Anonimem z Yorku, MGH, L, III, 669). *La iusticia que es medianera entre Dios e el mundo* (Siete Partidas II, 9, 28). Związek tego religijnie formułowanego średniowiecznego „balance” z chrystologią średniowieczną (por. F. Wermeld, *The Crucifix and the Balance Warbury Journal*, I, 1937—1938 — tu określenie *cruz statera corporis Christi*) jest chyba bardzo pośredni.

⁶² W XVII i XVIII w. teoria ta nie odgrywa większej roli. Mówi się wprawdzie niejednokrotnie, że w państwach absolutnych tych wieków monarcha stoł „ponad klasami” (dodaje się zresztą zwykle, że to tylko „pozornie”, czy „chwilowo”), co byłoby właśnie stanowiskiem mediatora czy arbitra, ale w teorii absolutyzmu ta funkcja nie znajduje większego znaczenia. Okres ten jest okresem, w którym znaczenie mają teorie skrajne („czysty” absolutyzm, lub „czysta” władza ludu), a moderator, mediator, to właśnie odrzucenie skrajności i szukanie rozwiązania pośredniego między nimi.

⁶³ Doktryna *pouvoir modérateur* powstaje i panuje we Francji okresu 1815—1848, ale przejmowana jest i w Polsce okresu 1815—1831. Wyznaje ją „opozycja kaliska” w Królestwie Kongresowym, propaguje jeden z jej przywódców Wincenty

wym wyrazem, tak mówi o tej swej funkcji: „Si j'ai embrassé le système de la moderation ce n'est pas par paresse ni par gout personnel, mais par raison c'est parce que je crois que seul, il peut empêcher la France de se dericher de ses propres mains et en faire a l'avenir un Etat florissant...”⁶⁴. *Modération* staje się w tym ujęciu arbitrażem ponad konfliktami wewnętrznymi w społeczeństwie porewolucyjnym, zachowującym szereg zdobyczy rewolucji, a równocześnie restaurującym, przywracającym szereg zasad i instytucji przez rewolucję obalonych. Czyli — arbitrażem między burżuazją, która swe stanowisko gospodarcze, społeczne i polityczne zawdzięcza rewolucji, a arystokracją i szlachtą, która powraca z monarchią i odzyskuje część swych przedrewolucyjnych pozycji socjalnych i politycznych — najmniej gospodarczych.

Nie rozdarcie społeczeństwa między klasy antagonistyczne, nie arbitraż między klasami posiadającymi a proletariatem, lecz wewnętrzny konflikt między dwoma warstwami *pays legal*, warstwą związaną z feudalizmem, warstwą, która swe stanowisko w społeczeństwie i państwie zawdzięcza rewolucji i arbitraż między nimi jest zadaniem *pouvoir modérateur*.

Arbitraż może jednak istnieć tylko wtedy, jeśli między stronami istnieje coś wspólnego, jakiś wspólny interes, w myśl którego przyjmują one decyzje arbitra, oraz jeśli pozycja arbitra jest tego rodzaju, iż stoi on, rzeczywiście lub fikcyjnie, choćby w wyobrażeniu stron ponad nimi i ponad ich interesami. Wspólną platformą całego *pays legal* była własność. Burżuazja, sceptyczna wobec wysuwania jej jako kryterium przyznawania praw politycznych, jak długo nie została rozbita własność feudalna⁶⁵, niedługo po dojściu do władzy uznaje pań-

Niemojowski, ogłaszając przeróbkę dzieł B. Constant, pt. *O monarchii konstytucyjnej i rękojmiach publicznych*, Warszawa 1831 — jedyne to programowe dzieło konstytucyjne okresu powstania listopadowego, przyjmuje ją większość sejmu w 1831 r. w dyskusji konstytucyjnej. Na tej doktrynie oparta była konstytucja Brazylii z 25 III 1824 r., konstytucja Portugalii z 29 IV 1826 r., projekt konstytucji Hiszpanii z lipca 1829 r., przyjmowali ją liberałowie południowoniemieccy „Vormärzu”.

⁶⁴ Ludwik XVIII w liście do min. Decazes z 9 III 1817 r. (cyt. P. de la Gorce: *Louis XVIII*, Paris 1926, s. 300). A widziano tę jego rolę i współcześnie, pisząc, że wewnętrzne konflikty „rendroient Louis XVIII despote, si sa haute sagesse ne l'en défendoit pas” (Madame de Stael, *Considerations sur... la Revolution Francaise*, w wyd. Paris 1818, t. III, s. 379), o podobnym jego stanowisku bezpośrednio przed zwołaniem Stanów Generalnych w 1788 r. por. Jean Egret, *La Pré-revolution française 1787—1788*, Paris 1962, s. 343 i n.

⁶⁵ *Il y a l'influence de la propriété: celle-ci est naturelle, je ne la proscriis point; mais on conviendra qu'elle est encore toute à l'avantage des Privilèges, et qu'on peut redouter avec raison qu'elle ne leur prête son puissant appui*

stwo za spółkę akcyjną, w rządzeniu którą tylko akcjonariusz-właściciel może brać udział⁶⁶. Przecież narzuciła ona już swój burżuazyjny typ własności⁶⁷. Jako stróż własności jest głowa państwa *pouvoir conservateur*, jego funkcją jest „prawo utrzymania tego, co istnieje, prawo należące koniecznie do władzy królewskiej”⁶⁸. Zachowawczy — nie znaczy w kraju, gdzie się ta doktryna zrodziła, we Francji, „reakcyjny”. „Zachowawczy” odsyła w tym kraju do art. 9 Karty konstytucyjnej z 4 VI 1814: „Toutes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles”. Nie ma tu jednego rodzaju własności, istnieją dwa jej rodzaje o różnej genezie, jedna przedrewolucyjna, druga zrodzona z wywłaszczenia feudałów przez rewolucję na rzecz burżuazji. *Moderation* polega na uznaniu ich obu za równe sobie, również nietykalne. *Pouvoir conservateur* to władza, która chroni obie na równi, która równocześnie broni zaistniałego, w wyniku ich powstania, kompromisu, stosunku do siebie dwóch wielkich warstw, związanych z tymi dwoma genetycznie różnymi, prawnie tak samo traktowanymi, rodzajami własności.

Własność jest elementem łączącym obie grupy właścicieli w jedność przeciw niewłaścicielom. Władca spełniwszy rolę arbitra i mediatora

contre le Tiers Etat (Sieyes w n. 1788, *Qu'est ce que le Tiers Etat*, wyd. II, 1789, s. 24).

⁶⁶ *Tous peuvent jouir des avantages de la société; mais ceux seuls qui contribuent à l'établissement public sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association*, Sieyes w *Assemblée Nationale*, 22 VII 1789 r. (cyt. za J. Jaures, *Histoire Socialiste de la Révolution Française*, t. II, Paris 1922, s. 10). A podobnie po 1815 r. pogodzony z burżuazją arystokrata ks. Victor de Broglie, gdy pisze o ówczesnym prawie wyborczym, że wzorowano się tu „sur les sociétés commerciales où le nombre de voix attribué à chaque actionnaire augmente avec le nombre de ses actions” (*Memoires*, t. II, s. 69). Początki tej doktryny chyba u fizjokratów. Oni pierwsi przeciwstawiali sobie z jednej strony *classe des propriétaires*, *classe productive* i *classe stérile* jako „aktywne” elementy społeczeństwa, z drugiej strony „*dernières classes des citoyens*” (*petit peuple*, *bas peuple*, *menu peuple*), tj. nieposiadających. Ale w ustroju opartym na *despotisme légal* udział w rządzeniu mieli posiadać tylko właściciele ziemscy (co przy nie zmienionym podziale własności ziemi było identyczne z przewagą polityczną arystokracji). Poglądy, iż współudział ten powinien przysługiwać przedstawicielom wszystkich trzech klas „aktywnych” (Le Tresne, na co słusznie zwraca uwagę K. Opałek, *Prawo natury u polskich fizjokratów*, Warszawa 1953, s. 28) były u nich raczej odosobnione, a w powiązaniu z *despotisme légal* zapowiadały chyba koncepcję *pouvoir modérateur*.

⁶⁷ ...le roi, ce gardien, ce protecteur de toutes les propriétés (Mirabeau w *Assemblée Nationale* w 1789 r., cyt. za L. Blanc, *Histoire de la Revolution française*, t. III, Bruxelles 1852, s. 10).

⁶⁸ W. Niemojowski, *O monarchii konstytucyjnej*, Warszawa 1831, s. 65.

na wstępie, przy uznaniu obu rodzajów własności pełni później jedynie funkcję *pouvoir conservateur*. Inaczej jeśli idzie o ustroj polityczny. Nowe jego zasady mieszczą w sobie także arbitraż między dwoma przeciwieństwami, z których jednym jest *ancien régime*, drugim liberalizm burżuazyjny. Arbitraż i tu jest mediacją, kompromisem, próbą pomieszczenia w jednym systemie ustrojowym przeciwstawnych sobie zasad. „Cała władza spoczywa w osobie króla”, to zasada *ancien régime'u*, ale król „wykonuje” ją z udziałem przedstawicieli społeczeństwa⁶⁹ — to zasada burżuazyjnego liberalizmu. Istnieją interesy odrębne, uprzywilejowane, arystokratyczne — i ich wyrazem ustrojowym jest „le pouvoir représentatif de la durée... une assemblée héréditaire”⁷⁰ — to ustępstwo wobec *ancien régime'u*. Ale istnieją i interesy „ogólne”, nie wyodrębnione prawnie — i ich wyrazem ustrojowym jest „le pouvoir représentatif de l'opinion... une assemblée élective”⁷¹ — to uznanie zasad burżuazyjno-liberalnych. Istnieje na szczycie monarcha „z własnego prawa”, dziedziczny i nieodpowiedzialny — to ustępstwo wobec zasad *ancien régime'u*, ale ten monarcha rządzi przy pomocy odpowiedzialnych ministrów — to ustępstwo wobec zasad burżuazyjno-liberalnych. Ustrój polityczny jest kompromisem, dającym wpływ polityczny obu grupom właścicieli. Ale gdy kompromis co do własności polegał na poddaniu jej, niezależnie od jej genezy, takim samym (z nielicznymi wyjątkami — majoraty) zasadom, to kompromis co do ustroju politycznego polega na oparciu wpływu politycznego każdej z tych grup na innych zasadach. O ile kompromis co do własności był kompromisem rozstrzygającym problem, bo poddającym wyrosły z różnych źródeł produkt historii tym samym normom — to kompromis co do ustroju politycznego jest kompromisem dylatoryjnym, bo nie opiera tego ustroju na jednej zasadzie, lecz na różnych, doktrynalnie się wy-

⁶⁹ Preamble Karty konstytucyjnej z 4 VI 1814 r. (...*'l'autorité toute entière... dans la personne du roi*, terminologia tradycyjna nawiązująca do *auctoritas*, a król tylko może *à en modifier l'exercice*).

⁷⁰ B. Constant (por. F. Ponteil, *L'éveil des nationalités et le mouvement liberal*, Paris 1960, s. 59). Podobnie Royer-Collard w Izbie: *La Chambre des Pairs représente les interets qui ne sont communs à tous. Elle est l'inégalité reconnue, consolidée, érigée en pouvoir social et par la rendue inviolable et immortelle* (Arch. Parl., t. 27, s. 655).

⁷¹ B. Constant, jw. Druga izba to wszyscy inni poza parami (...*il ya deux conditions dans notre nation; nous sommes tous pairs ou peuple*, Royer-Collard, Arch. Parl., t. 27, s. 656), ale nie wyraz suwerenności ludu (*la difference de la souveraineté du peuple à la souveraineté constituée des gouvernements libres c'est que dans la première il n'y a que des personnes et des volontés, dans l'autre il n'a que des droits et des interets*, Royer-Collard, Arch. Parl., t. 27, s. 65).

kluczających zasadach. Tworzy on szczególne równoważenie się tych zasad, „balance”, każdej zakreślając pewną sferę wpływu politycznego, a równocześnie opierając funkcjonowanie aparatu państwowego na ich współdziałaniu. Ale teoria ich współdziałania nie wyklucza praktyki konfliktu między nimi. Wszak założeniem całej konstrukcji jest przyjęcie istnienia różnych i sprzecznych „interesów” i prawa tych interesów do znalezienia swego wyrazu w funkcjonowaniu aparatu politycznego, odrzucenie zarówno tezy absolutystycznej, że interesy tego prawa do działania przez organ władzy nie mają, bo ma je tylko monarcha, jak i tezy demokratycznej, że nie sprzeczne interesy, ale jedna i jednolita „volonté générale” decyduje. Toteż konsekwencją takiej konstrukcji i jej ukoronowaniem jest konstrukcja *pouvoir neutre* nad tymi interesami, *pouvoir médiateur* między nimi, *pouvoir régulateur* aparatu, w którym znajdują one wyraz.

Pouvoir neutre nie oznacza bynajmniej tego samego, co u Montesquieu znaczyło *en quelque façon nulle*. Sens polityczny tego określenia ujął trafnie autor tej epoki bliski, Lorenz v. Stein. Stwierdził on, że sama koncepcja *pouvoir neutre* pozostaje w sprzeczności „z zasadą, wedle której władza państwowa powinna się znajdować w rękach rządzącej klasy”, że postawienie na czele państwa takiej „samodzielnej osobowości... usuwa to, co najwyższe w życiu państwowym, z terenu walk społeczeństwa i zwycięstwa poszczególnych klas. Jak długo państwo posiada takiego reprezentanta, władza jednej klasy społecznej nad drugą nie może być nigdy absolutną”⁷². *Neutre* oznacza neutralność wobec interesów klasowych, pozycję ponad nimi: „seul il représente l'unité morale de la société” — powie o takim władcy Royer-Collard⁷³. Skoro zaś interesy te znajdują swój wyraz w strukturze aparatu państwowego — władca może spełnić rolę reprezentanta jedności tylko wtedy, gdy między nimi pośredniczy i w razie konieczności decyduje, jeśli „le pouvoir royal est en quelque sorte le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs”⁷⁴, jeśli jest *pouvoir régulateur*⁷⁵.

W zasadzie jest *médiateur*⁷⁶. Ale przecież są sytuacje, gdy mediacja nie daje wyniku. Panowanie obu warstw właścicieli może być

⁷² L. v. Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, t. III, Leipzig 1850, s. 17 i n.

⁷³ Royer-Collard, *Arch. Parl.*, t. 20, s. 289.

⁷⁴ B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, wyd. 1815, t. I, s. 181.

⁷⁵ *Influence de direction* w terminologii Royer-Collard (jw., przyp. 74).

⁷⁶ *Manquant d'initiative, il sait arbitrer* (Ponteil, o. c., s. 94, o Ludwiku XVIII).

zagrożone z zewnątrz przez „anarchię” niewłaścicieli⁷⁷. Wtedy przychodzi konieczność samodzielnej decyzji. I wtedy — dawała to już ówczesna konstrukcja — reprezentant „l'unité morale” w obronie „la sureté de l'Etat” działa jako na tyle nie związany prawem i ponad kompetencjami normalnych organów, iż wydaje „zarządzenia”, jakie uznaje w tej sytuacji za „konieczne”⁷⁸. Idźmy tu, co do konsekwencji tego prawa władcy, znów za Lorenzem v. Stein: „Leży w naturze rzeczy, że monarcha może wydawać pewne zarządzenia samodzielnie; ale gdzie leży granica tej władzy... Burżuazyjna zasada konstytucyjna... żądając od monarchy — albo od samoistnej władzy państwowej w jakiejś innej formie — by stojąc ponad partiami w społeczeństwie regulował ich walki i przeciwdziałal ich nadmiernej wybujałości, stawia ją ponad reprezentacją ludu jako niezależny i z samego swego pojęcia i ze swej wyższej misji element społeczeństwa; żądając natomiast od niego prawnie by wykonywał tylko wolę większości, czyni go narzędziem tych elementów społecznych, które mogą zdobyć większość”. Toteż „ten kamień węgielny ustroju konstytucyjnego jest w rzeczywistości o ile nie absolutną sprzecznością, to przecież zadaniem absolutnie nierozwiązalnym”⁷⁹.

„Zadanie absolutnie nierozwiązalne” — to chyba najtrafniejsza ocena tej koncepcji. Jej pozytywna funkcja wyraziła się w utrzymaniu podstawowych rezultatów rewolucji burżuazyjnej, w momencie, w którym istniało realne niebezpieczeństwo głębiej i dalej idącej „restauracji” przedrewolucyjnego ustroju społecznego i politycznego. Trwała ona w obronie tych rezultatów tak długo, jak długo trwało niebezpieczeństwo restauracji. To chyba było przyczyną, dla której doktrynę tę przyjęli politycy burżuazyjni, tacy jak Royer-Collard. Ale utrzymanie tych zdobyczy rewolucji burżuazyjnych opłacone było akceptacją istnienia politycznych instytucji z feudalizmu się wywodzących, „kompromisem dylatoryjnym” między burżuazyjnymi a feudalnymi elementami ustroju politycznego. Kompromis dylatoryjny trwa tak długo, jak długo żadna ze stron nie jest na tyle silna, by go odrzucić i szukać jasnej decyzji. Burżuazja francuska szukała jej w rewolucyjnych latach 1830 i 1848. Odrzuciła w nich kompromis z feudalizmem. Czuła się równocześnie na tyle silna, by nie szukać kompromisu z siłami społecznymi i politycznymi mas ludowych. Przyjęła koncepcję *pouvoir modérateur*

⁷⁷ „Król stoi na szczycie konstytucyjnej drabiny, a szacunek dla jego osoby jest głównym każdego rządu filarem i najpoważniejszą przeciw anarchii rekojmią” (B. Niemojewski, w 1822 r., cyt. za H. Więckowska, *Opozycja liberalna w Królestwie Polskim*, Warszawa 1925, s. 25).

⁷⁸ Art. 14 Karty.

⁷⁹ L. v. Stein, o. c., t. I, s. 335 i n.

wtedy, gdy broniła ona ją przed reakcją. Gdy jednak to niebezpieczeństwo zniknęło, ustawiła w jej miejsce niczym nie osłoniętą dyktaturę burżuazji.

V. STRÓŻ KONSTYTUCJI

Pouvoir moderateur w formie organu jednoosobowego, niezależnego od społeczeństwa i w genezie swej władzy, i w jej wykonywaniu, przechodzi we Francji pierwszy stanowczy kryzys w 1830 r., gdy jej piastun usiłuje zachwiać równowagę stworzoną przez kompromis społeczny i polityczny roku 1814, przez przesunięcie przewagi na rzecz elementów arystokratycznych i absolutystycznych, a kończy się definitywnie w 1848 r. Nie utrzymuje się w żadnym z krajów konsekwentnych przemian burżuazyjnych, trwa natomiast w krajach „pruskiej drogi” do kapitalizmu. Tam do roku 1918 trwa pogląd, że parlament reprezentuje różne i sprzeczne „interesy”, że monarcha stoi nad nimi, harmonizując je i stawiając nad nimi ogólny interes państwa⁸⁰. W krajach konsekwentnej rewolucji burżuazyjnej natomiast funkcje pouvoir moderateur przejmują w istocie parlament. Dyskusja w parlamencie ma być narzędziem dla znajdowania „prawdy” (w fazie początkowej rozwoju parlamentaryzmu), „kompromisu” (w fazie późniejszej, sceptycznej). Głosowanie jest utrwaleniem rezultatów tego kompromisu.

Kompromis jako wynik dyskusji możebny jest jednak tak długo, jak długo trwa wspólna podstawa dyskusji, czyli jak długo panuje pogląd, iż społeczeństwo jest w pewnym choćby stopniu jednością, iż istnieje minimum homogeniczności politycznej w społeczeństwie⁸¹. Panowanie tego poglądu w organie kompromisu interesów, w parlamencie, zostało podważone nie przez sam fakt wprowadzenia powszechnego prawa wyborczego, ani nawet nie przez sam fakt połączenia z sobą w ustroju politycznym dwóch wzajemnie się wykluczających zasad: zasady, iż lud powszechnego prawa wyborczego jest suwerenem i zasady, iż własność prywatna jako nienaruszalna stoi ponad tym suwerenem⁸².

⁸⁰ Szczególnie silnie występowało to w cesarstwie austriackim. W państwie wielonarodowym monarcha jest tym, w którego „się wciela i zawsze będzie wcielać rzeczywiście historyczna... idea państwa” (Julian Dunajewski w deklaracji imieniem rządu w izbie poselskiej 15 II 1882 r., Nowy Kraków 1899, t. II, s. 313). On jest pouvoir moderateur konfliktów między narodami państwa, gwarantem ich praw „przedstawicielem, uosobieniem zasady autonomicznej w Austrii jest tron i korona” (S. Koźmian, Przegląd Polski, r. VII, 1873, s. 226).

⁸¹ Pierwszy chyba stawiał tak zagadnienie H. Heller, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (Probleme der Demokratie, I. Reihe, Berlin 1928).

⁸² Pierwotnie stoi nad suwerenem jako prawo „naturalne”, później jej szczególne stanowisko znajduje wyraz w określaniu jej jako „nienaruszalnej”, w nieprzewidywaniu (jak przy innych prawach obywatelskich) wyjątków od tej zasady.

Panowanie tego poglądu zostało podważone dopiero wtedy, gdy fakt ten znalazł swój wyraz w świadomości klasowej mas i gdy wyraz tej świadomości znalazł dla siebie miejsce w organach mających prowadzić do kompromisu społecznego na podstawie obu tych zasad, z których jedna, zasada, iż własność prywatna stoi ponad suwerenem i jego organem, została zakwestionowana przez przedstawicieli niewłaścicieli. Gdy zaś do podważenia homogeniczności politycznej społeczeństwa od tej strony dołączyło się od innej strony, od strony prawicy społecznej, podważenie jej przez trwające nadal kwestionowanie zasady suwerenności ludu — rola parlamentu jako *pouvoir modérateur* weszła w okres kryzysu.

W konsekwencji w krajach o takiej „sytuacji ideologicznej”⁸³ kształtuje się nowa postać jednoosobowej *pouvoir modérateur*, najściślej dająca się określić terminem „stróża konstytucji”⁸⁴. Czasem powraca się jeszcze do dawnej koncepcji łagodzenia, wypośrodkowania jakiejś wspólnej linii pośród zwalczających się klas społecznych i odpowiadających im grup politycznych⁸⁵. Coraz silniej jednak w doktrynie tej wysuwa się na plan pierwszy inne rozumowanie: istnieją pewne, podstawowe, nad wszelkimi innymi normami prawnymi stojące zasady ustroju, strzeżenie ich jest obowiązkiem głowy państwa. Wobec zanikania homogeniczności politycznej w społeczeństwie głowa państwa w coraz wyższym stopniu staje się jedynym stróżem tych zasad, parlament (*partie*) jest natomiast wyrazem zróżnicowania społecznego i politycznego, likwidującego jedność polityczną, której wyrazem są właśnie kwestionowane przez coraz liczniejsze partie polityczne te podstawowe zasady. Zapewnienie poszanowania dla podstawowych zasad ustroju jest więc możliwe tylko wtedy, jeśli się ich stróża — głowę państwa postawi nad organami państwowymi wyrażającymi różnicę lub nawet wewnętrzne rozbieżności społeczeństwa, czyli jeśli w interesie tych zasad nadrzędnych postawi się go nad normami prawnymi, także konstytucyjnymi, pod wpływem

⁸³ Istotnym problemem nie jest bowiem zaniknięcie obiektywnych podstaw dla homogeniczności politycznej, lecz świadomość tego faktu. Trafnie co do tego Heller, o. c., s. 44, że niebezpieczeństwa, jakimi politycznej demokracji zagraża ekonomiczna sprzeczność klasowa, mogą być osłabione przez „Homogenität der alltagskonventionen” jak w Stanach Zjednoczonych czy Szwajcarii.

⁸⁴ Powstanie, rozwój tej doktryny por. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931; tu wskazuje na związek z koncepcją *pouvoir modérateur*.

⁸⁵ Tak w Niemczech w 1928 r., gdy prezydent Trybunału Rzeszy Simons w swym konflikcie z rządem Rzeszy odwoływał się do pośrednictwa prezydenta Rzeszy, widząc w jego stanowisku określonym w art. 42 i 48 konstytucji funkcję arbitra między władzami por. K. Grzybowski, *Dyktatura prezydenta Rzeszy*, Kraków 1933, s. 49 i n. I podobnie w Polsce Piłsudski, gdy odmawia w 1922 r. nominacji Korfanteo premierem, stwierdzając, że byłoby to sprzeczne z jego funkcją „doprowadzenia stronnictw sejmowych do kompromisu” (*Dziela*, V, s. 257 i 258).

których rozbieżności wewnętrzne społeczeństwa znajduje swój wyraz w funkcjonowaniu innych organów państwowych, w pierwszym rzędzie parlamentu. Czyli: konsekwencją tej postaci doktryny o *moderator imperii* jest postawienie głowy państwa ponad wszystkimi normami prawnymi, z wyjątkiem podstawowych zasad ustroju, ponad wszystkimi organami państwowymi — i tu już bez żadnego wyjątku ^{85a}.

Określenia funkcji głowy państwa są w różnych państwach o ustroju tego rodzaju w uderzający sposób podobne. *Der Hüter der Verfassung und des Staatsgedenkens des Reichs* ⁸⁶. *Jedyny suweren w Polsce* ⁸⁷, na którym spoczywa odpowiedzialność wobec Boga i historii za losy państwa, którego obowiązkiem naczelnym jest troska o dobro państwa, gotowość obronną i stanowisko wśród narodów państwa ⁸⁸, do którego należy wysoka praca regulacyjna całości państwa ⁸⁹ i który właśnie dlatego nie może być pozbawiony bezpośredniej władzy nad wszystkimi stronami, które dają starcia, brak harmonii i zgrzyty ⁹⁰, *le guide de la France, clef de voute des institutions* ⁹¹, *garant de l'indépendance nationale* ⁹², *element capital de permanence et de solidité* ⁹³, dlatego *assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat* ⁹⁴, jako czynnik nadrzędny w państwie harmonizuje działania naczelnych organów państwowych, w nim i w tej jego funkcji

^{85a} Konsekwencją postawienia ponad wszystkimi innymi organami jest nieodpowiedzialność; gdy odpowiedzialność istnieje, nad głową państwa stoi organ go sądzący, na równi z nią organ go oskarżający. Nieodpowiedzialność jest ustanowiona wyraźnie w konstytucji polskiej z 23 IV 1935 r. (art. 15). W konstytucji V Republiki odpowiedzialność formalnie istnieje, ale ograniczenie jej do przypadku zdrady głównej (*haute trahison*) i postanowienie, że do postawienia w stan oskarżenia trzeba większości ustawowej liczby członków każdej z izb, czyni ją fikcyjną.

Pozostała natomiast w tych ustrojach odpowiedzialność, także polityczna, rządu. O ile jednak w doktrynie *pouvoir moderateur* była ona istotnym jej składnikiem, w ścisłym powiązaniu z zasadą nieodpowiedzialności głowy państwa w doktrynie „stróża konstytucji” staje się fikcją. W Niemczech Hindenburga przeciwstawieniem tej odpowiedzialności była teoria „*Das Praesidialregierung*” (por. moją *Dyktaturę Prezydenta Rzeszy*, s. 70), w Polsce Piłsudskiego i we Francji de Gaulle'a (w jedynym dotąd przypadku uchwalenia rządowi *votum nieufności*) okazała się ona fikcją.

⁸⁶ Uzasadnienie decyzji prezydenta Rzeszy Eberta z 22 VII 1922 r. uchylającej decyzje monarchistycznego rządu Bawarii, por. moja *Dyktatura*... s. 49.

⁸⁷ Piłsudski, wywiad 26 XI 1930 r., w: *Dzieła*, t. IX, s. 263.

⁸⁸ Konstytucja Polski z 23 IV 1935 r., art. 2.

⁸⁹ Piłsudski, wywiad 13 XII 1930 r., w: *Dzieła*, t. IX, s. 269.

⁹⁰ Jw., s. 267.

⁹¹ De Gaulle, przemówienie 18 X 1962 r., („*Le Monde*”, nr 5522).

⁹² Konstytucja V Republiki, art. 5.

⁹³ Przemówienie de Gaulle'a 8 XI 1962 r. („*Le Monde*”, nr 5540).

⁹⁴ Konstytucja V Republiki, art. 5.

znajduje swój wyraz *la légitimité profonde, celle qui procède, non point de la représentation multiple incertaine et troublée des tendances qui divisent la nation, amais bien des sentiments, des espoirs, des institutions qui tendent au contraire à l'unir*⁹⁵.

Mamy więc powrót do mitu wartości nadrzędnych, których strzeżenie należy do władcy.

Ale mit ten w połowie XX w. jest zupełnie odmienny od wcześniejszych jego postaci. Wszystkie te wcześniejsze postaci tworzyły mit „wartości nadrzędnych” jako nadbudowę ideologiczną, mającą zspolic różne warstwy klasy rządzącej, mającą ułatwić akceptację przez te warstwy już dokonanych czy dokonujących się przekształceń gospodarczych, społecznych, politycznych. Mit wartości nadrzędnych w państwach burżuazyjnych połowy XX w. jest odpowiedzią na ujawnienie się konfliktów między warstwami posiadającymi a nieposiadającymi także na terenie politycznym, adresatem jego są nie tylko warstwy posiadające, ale również nieposiadające, ma on stworzyć zasłonę, mistyfikację, zakrywającą antagonistyczność konfliktu klasowego. Wszystkie wcześniejsze formy tego mitu miały, w porównaniu z współczesną, treść bardziej konkretną: wszak istniały konkretne wspólne interesy warstw rządzących, którym on służył, wszak miał on być podstawą — możliwego i realnego — kompromisu między tymi warstwami, był nadbudową nad realną wspólnością interesów. Mit wartości nadrzędnych połowy XX w. nie może być w tym stopniu konkretny, skoro ma zakryć istniejący brak homogeniczności politycznej, z konieczności więc wysuwa na plan pierwszy pojęcia nieostre, nieostre i wieloznaczne („państwo”, „historia”, „naród jako produkt dziejów”). Wcześniejsze formy tego mitu ujmowały nadrzędne wartości jako wartości „ogólnoludzkie”, ponadczasowe i ponadnarodowe. Mit wartości nadrzędnych połowy XX w. relatywizuje te wartości, czy to czyniąc je „ważnymi” tylko dla danego państwa, czy to idąc jeszcze dalej i widząc w nich niejako syntezę wydobywającą zasady naczelne z aktualnie obowiązującej, a więc zmiennej i zmienialnej konstytucji⁹⁶.

Relatywny, a nie ogólnoludzki, mit ten jest równocześnie tylko konserwatywny, gdy w swych poprzednich postaciach był przecież jeśli nie zawsze motorem przemian, to co najmniej metodą akceptacji przemian już dokonanych. Współcześnie jego konserwatyzm zwraca się przeciwko dwom przeciwstawnym tendencjom przemian. Przecistawia się zagrożeniu tego, co uważa za jedność społeczeństwa, której zagrażają

⁹⁵ Konstytucja V Republiki, art. 11.

⁹⁶ De Gaulle 27 XI 1962 r. (przemówienie na pogrzebie prezydenta Coty („Le Monde”, nr 5559).

przemiany zmierzające do socjalizmu, a więc likwidujące burżuazyjne podstawy jedności. Ale przeciwstawia się również zagrożeniu politycznych, liberalno-burżuazyjnych i umiarkowanie demokratycznych zasad istniejącego ustroju, czyli „czystemu” faszyzmowi^{96a}. Przeciwstawia się tym niebezpieczeństwom z prawej i lewej strony przy pomocy dwóch w istocie wzajemnie się wykluczających twierdzeń. Pierwsze z nich to twierdzenie, że „wola ludu” potrafi powołać na stanowisko „stróża konstytucji jednostkę, która będzie strzegła interesów całości”⁹⁷. Drugie

^{96a} Określenie czynników, w których interesie działają doktryna i ustrój „stróża konstytucji”, oraz czynników, które stanowią ich podstawę społeczną (bo to dwie różne sprawy) nie jest zadaniem tej rozprawy. Nie jest to przy tym problem prosty. Uproszczeniem, częściowo — moim zdaniem — oddającym rzeczywistość, byłoby chyba twierdzenie, że faszyzm służy w pierwszym rzędzie kapitałowi charakterystycznemu dla epoki imperializmu (stare określenie Dymitrowa „dyktatura kapitału finansowego”), ustrój „stróża konstytucji” — starym, konserwatywnym elementem kapitalistycznym, demokracja parlamentarna natomiast utrzymuje się w krajach, w których istnieją obok siebie „stary kapitalizm” i klasa robotnicza o silnych na nią wpływach politycznych rewizjonizmu, obyczajowych drobnomieszczaństwa. Jest to jednak uproszczenie, gdyż granice między tymi odmianami kapitalizmu są płynne, różnice i ewentualne konflikty między nimi mają charakter nieantagonistyczny. Służąc w pierwszym rzędzie jednej z tych odmian, opierając się na wyrażających ją czynnikach, każda z tych odmian współczesnego państwa burżuazyjnego służy równocześnie kapitalizmowi jako całości.

Problem drugi to baza społeczna ruchów politycznych, związanych z doktryną „stróża konstytucji”. Wymaga on przede wszystkim przebadania: 1. składu klasowego i warstwowego elity aparatu kierowniczego (państwowego i partyjnego) tej formy rządów i porównania z analogicznymi danymi dla całości społeczeństwa i dla innych ugrupowań politycznych; 2. składu klasowego i warstwowego okręgów wyborczych, w których ugrupowania polityczne, popierające tę formę rządów są silne oraz porównania z analogicznymi danymi dla okręgów, w których są one słabe; 3. dynamiki składu klasowego i warstwowego społeczeństw, w których ta forma rządów istnieje, ze społeczeństwami, gdzie nie ma ona oparcia społecznego i politycznego. Wydaje się, że ta forma rządów znajduje oparcie: 1. w społeczeństwach, gdzie istnieje silna warstwa ziemiaństwa i bogatych chłopów lub jedna z nich w tych warstwach (Niemcy, Polska, Francja); 2. w społeczeństwach, gdzie istnieje i szybciej rośnie niż inne warstwa społeczna określana jako „der neue Mittelstand” czy „le tertiaire” i w tej warstwie (we Francji w okresie 1954—1960 „cadres superieurs et professions liberales” wzrosły o 34%, „cadres moyens” o 29%, podczas gdy robotnicy o 6%, siła kupna przeciętnego dochodu jednostki z tych warstw wzrosła o 10 względnie 8,2%, gdy robotników o 3,8%). I jeśli przyjmiemy hipotezę, że bazą społeczną tej formy rządów jest właśnie ta „klasa przejściowa”, to raz jeszcze słusznymi okazują się słowa Marksa (*Ośmnasty Brumaire...*) o „klasie przejściowej, w której stępują się wzajemnie interesy dwóch klas” i która dlatego „wyobraża sobie, że stoi w ogóle ponad przeciwieństwami klasowymi” — bo to jest właśnie ideologia „stróża konstytucji”.

⁹⁷ „Uczynić prezydenta... niezależnym i wybranym przez cały kraj” (Pii-

to twierdzenie, że ta sama wola ludu powołując wieloosobowy parlament da w nim wyraz właśnie rozbiciu wewnętrznemu, konfliktowości grup społecznych i poglądów. Nie likwidując ani parlamentu, ani wielopartyjności⁹⁸, stawia nad parlamentem jednostkę. Ale stawia ją nad parlamentem tylko wtedy, gdy zagrożone są przez konflikty wewnętrzne w nim interesy całości. Ale do władcy — arbitra należy decyzja, kiedy i czym te interesy są zagrożone. Wewnętrzna sprzeczność między zachowaniem antagonistycznej struktury społecznej a tezą o nadrzędnym interesie całości, wewnętrzna sprzeczność między zachowaniem całego aparatu demokracji parlamentarnej a przyznaniem władcy swobody decyzji na temat tego, kiedy należy wykluczyć działanie tego aparatu i w jego miejsce decydować samemu, wewnętrzna sprzeczność między tezą, że władca taki jest reprezentantem „całości” wszystkich, a faktem, iż został wybrany przez większość, nieraz względną, i że opiera się na jednej grupie politycznej nieraz mającej za sobą tylko względną większość wyborców — to wszystko ujawnia fikcyjność ostatniej w rozwoju historycznym postaci *pouvoir modérateur* i jej mistyfikacyjną funkcję.

s u d s k i, wywiad z 13 XII 1930 r., w: *Dziela*, t. IX, s. 270). „Le président a besoin de la confiance directe de la nation” (de Gaulle, 4 X 1962 r., „Le Monde”, nr 5510).

⁹⁸ Albo się ją zostawia bez zmiany, albo tworzy się (obok a nie w miejsce istniejących stronnictw) własną grupę polityczną, ale ta ma charakter federacji i poglądów, i nieraz autonomicznych grup, takich jak BBWR i UNR, a więc jest odbiciem wielości poglądów niejako wewnątrz tej grupy.