

Wojna z terroryzmem a filozofia prawa. Uwagi na marginesie wydarzeń po 11 września 2001 r.

Karol Dobrzeński

War on terrorism and philosophy of law. Some remarks on the post-9/11 period

Abstract: The article examines to what extent existing philosophy of law and especially natural law doctrine may be applied in the discourse on legitimization of a state fighting terrorism. Since the 9-11 attacks issues of extraordinary threats to public safety occur regularly in scientific discussions among ethics, sociologists, political scientists, security experts. This topic has also become visible in legal science, even in its most unworldly discipline which is philosophy of law. The article is intended to present general tendencies in legal discussions after 9-11 with special reference to aristotelic-tomistic tradition of understanding the notions of common good, the aim of a state and of law.

Keywords: war on terrorism, philosophy of law, public safety, natural law, common good

Wprowadzenie

Skala i spektakularność zamachów terrorystycznych w Nowym Jorku rozbudziła zainteresowanie zjawiskami wyjątku, ekstrordinaryjności i anomii w obrębie całej gamy nauk społecznych. Zagadnienia te przestały mieć charakter wyłącznie historyczny czy teoretyczny. Stały się częścią rzeczywistości, doświadczanej powszechnie i bezpośrednio. Rzeczywistość ta domagała się diagnozy pochodzącej od przedstawicieli tych

* Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
dobrzeński@wp.pl

nauk, pogłębionej refleksji na temat kondycji społeczeństwa, funkcji państwa, prawa, pozycji konstytucji i praw obywateli w nowej sytuacji. Od ataku z 11 września problematyka nadzwyczajnych zagrożeń bezpieczeństwa publicznego pojawia się regularnie w wypowiedziach etyków, politologów i ekspertów od bezpieczeństwa. Tego typu tendencja zarysowała się również w nauce prawa, a także w ramach dyscypliny prawnoznawstwa jaką jest filozofia prawa.

Ogłoszona przed ponad dekadą przez prezydenta Stanów Zjednoczonych doktryna „wojny z terroryzmem”¹ – wywierająca przemożny wpływ na politykę międzynarodową i polityki krajowe wielu państw przez niemal dekadę – ustaliła ós sporów na gruncie poszczególnych dziedzin prawa, jak również w ramach ogólnej refleksji nad prawem i państwem. W prawie karnym dyskusja rozgorzała wokół potrzeby kodyfikacji nowych typów przestępstw² i zasadności wyodrębnienia zakresu i celów tzw. prawa antyterrorystycznego. Cywiliści i przedstawiciele nauki prawa ubezpieczeniowego zetknęli się z problemem odpowiedzialności poszczególnych kategorii podmiotów zaangażowanych w zjawisko światowego terroryzmu³. Administratywiści i konstytucjonaliści zmuszeni byli zająć stanowisko wobec zagadnienia konstytucjonalizacji nowego typu stanów zagrożenia („*emergency constitution*”) oraz usytuowaniem tworzonych nowych służb i instytucji bezpieczeństwa publicznego w systemie aparatu państwowego⁴.

¹ Termin „*war on terrorism*” został po raz pierwszy użyty przez prezydenta Georga W. Busha 16 września 2001 r. w Camp David, gdzie wypowiedział zdanie: „*This crusade – this war on terrorism – is going to take a while...*”, za: Kenneth R. Bazinet, *A Fight Vs. Evil, Bush And Cabinet Tell U.S.*, „Daily News” (New York), 17 September 2001.

² Por. Laura K. Donohue, Juliette N. Kayyem, *Federalism and the Battle over Counterterrorist Law: State Sovereignty, Criminal Law Enforcement, and National Security*, „Studies in Conflict and Terrorism” 2002, vol. 25, iss. 1.

³ Adam Blake, M. Thea Sinclair, *Tourism crisis management: US response to september 11*, „Annals of Tourism Research” 2003, vol. 30, iss. 4, October.

⁴ Bruce Ackerman, *The United States Should Adopt an “Emergency Constitution” to Preserve Civil Liberties in an Age of Terrorism*, [w:] Richard Ellis, Michael Nelson (eds), *Debating Reform*, CQ Press, Thousand Oaks 2010; Laura K. Donohue, *Constitutional and Legal Challenges to the Anti-terrorist Finance Regime*, „Wake Forest Law Review” 2009, vol. 97, iss. 2.

Doktryna wojny z terroryzmem ożywiła debatę nad przyszłością koncepcji praw i wolności obywatelskich oraz dopuszczalności ich ograniczania w sytuacjach zagrożenia. O ile sama problematyka limitacji i derogacji tych praw należała do kanonu nauki, to już nowa skala zjawiska i nowe sposoby ingerencji w wolność jednostki stwarzały pole do tworzenia teorii. Radykalizacji i polaryzacji uległy dwie postawy, tj. „*human rights absolutism*” opowiadający się za pełną ochroną istoty praw i wolności niezależnie od zagrożenia oraz stanowisko opowiadające się za poszukiwaniem nowej równowagi („*new balance*”)⁵ – pomiędzy wymogami bezpieczeństwa i prawami jednostek.

Wiele problemów nauk prawnych związanych z reakcją na zagrożenie terroryzmem można zaliczyć do kwestii systematycznych i porządkujących dogmatykę poszczególnych gałęzi prawa. Podejmowane zagadnienia różniły się pod względem stopnia ogólności oraz poziomu komunikacji z naukami pokrewnymi prawoznawstwu takimi jak politologia, socjologia, psychologia społeczna czy etnologia, a nawet religioznawstwo. Nawet pobieżne prześledzenie rozwoju zachodniej myśli prawnej po 11 września 2001 r. prowadzi do wniosku, że wojna z terroryzmem stworzyła szereg problemów niewyłącznie praktycznej czy dogmatycznej natury. Kwestie ogólne rozciągają się od zagadnień socjologii i psychologii wymiaru sprawiedliwości w warunkach presji ze strony władzy wykonawczej i opinii publicznej po zagadnienia filozoficzne, próby odnalezienia na nowo kryteriów prowadzenie wojny sprawiedliwej czy rozumienia dobra wspólnego w stanie przemożnego zagrożenia dla całych społeczności.

Poprzestanie na badaniu zaistniałych zmian prawa lub wysuwanie propozycji *de lege ferenda* nie wystarczy do uchwycenia głębszego wymiaru sytuacji, w jakiej znalazło się prawo i nauka prawa w okresie wojny z terroryzmem. Wedle opinii niektórych, niekiedy prominentnych, autorów konsekwencją obserwowanych przeobrażeń powinna być zmiana paradygmatu nauki prawa⁶. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy tego typu deklaracje nie są przedwczesne, należy podjąć

⁵ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles of a New Political Debate*, Princeton University Press, Princeton 2006, s. 27 i n.

⁶ Clement Fatovic, *Outside the Law Emergency and Executive Power*, Johns Hopkins University Press, Baltimore 2009.

próbę umieszczenia zagadnienia nadzwyczajnych zagrożeń bezpieczeństwa publicznego na płaszczyźnie sporu pomiędzy pozytywistycznym i niepozytywistycznym ujęciem zasady państwa prawa. Ujawnia się wówczas potrzeba nowego spojrzenia na kształtowaną od XIX wieku, a szczególnie w okresie powojennym koncepcję demokratycznego państwa prawa i możliwość utrzymania jego dotychczasowych założeń, w sytuacji, gdy państwa zmuszone zostały do sprostania nowym zagrożeniom. Upatrywany niekiedy jako symboliczny początek nowego stulecia atak z jedenastego września postawił pod znakiem zapytania popularną tezę Francisca Fukuyamy z końca lat 80-tych. Fukuyama ogłosił „koniec historii” konstatuując, że zachodnia liberalna demokracja stanowi końcowy punkt socjokulturowej ewolucji ludzkości, krańcową formę ustroju politycznego⁷. Rozwój wypadków w pierwszych latach nowego milenium pokazał, że pod powierzchnią dominujących form politycznych pojawiają się siły, napięcia społeczne i prądy rozwojowe, które mogą ten gmach rozsadzić, a przynajmniej znacznie przemodelować.

Filozofia prawa czasów wojny z terroryzmem musi objąć dalekie echa pytań stawianych w ramach szczegółowych nauk prawnych i dokonać ich syntezy. Taka refleksja nad prawem w czasach globalnego kryzysu bezpieczeństwa powinna sięgnąć do spraw podstawowych, w tym zagadnień prawa naturalnego i dobra wspólnego.

Filozofia prawa wobec wojny z terroryzmem

Nie zagłębiając się w szczegółową charakterystykę i periodyzację oraz wyjaśnienie genezy terroryzmu jako zjawiska znanego od starożytności, wskazać należy na kilka cech typologicznych dla tej jego odmiany, która stała się obiektem szczególnego zainteresowania nauki na początku XXI wieku. Taka operacja precyzuje przedmiot wywodu, ograniczając go do aktów przemocy fizycznej i technologicznej mających miejsce w tym czasie.

Zdarzenia, na które odpowiedź stanowiła deklaracja „wojny z terroryzmem”, miały masowy charakter i oddziaływały

⁷ Francis Fukuyama, *The End of History?*, „The National Interest”, Summer 1989.

na sferę publiczną. Za sprawą nowych mediów były one oglądane przez globalną publiczność w czasie rzeczywistym. Cechowała je szybkość przebiegu i gwałtowność rozwoju wypadków rodzących zagrożenia. Skutkiem ich był powszechny niepokój, a niekiedy wręcz strach i panika – silna obawa o podstawowe dobra, jak życie oraz zdrowie. Przeżycia emocjonalne zbiorowości zagrożonej lub dotkniętej atakami połączone były z poczuciem niepewności i dezinformacji lub deficytu informacji na temat rzeczywistego przebiegu wypadków, nasileniu zagrożenia czy czasu ustania zagrożenia. Podobne odczucia towarzyszą osobom podejmującym decyzje władcze w takiej sytuacji – decyzje, które zgodnie z zasadą praworządności powinny w każdym przypadku zapadać na podstawie i w granicach prawa oraz służyć jego realizacji. Sytuacja bezpośredniego zagrożenia ze strony organizacji terrorystycznych często stwarza równie nagłą konieczność podjęcia decyzji o sięgnięciu po nadzwyczajne środki przez organy bezpieczeństwa. Można sobie wyobrazić, że pojawia się wówczas problem próżni prawnej, braku normy ogólnej dla takiej decyzji, który, dla zachowania założeń systemu, powinien zostać jak najszybciej przezwyciężony.

Terroryzm – użycie siły lub przemocy psychicznej, mające na celu zastraszenie i wymuszenie na danej grupie ludności lub państwie ustępstw w drodze do realizacji określonych celów. Działania te cechuje szybkość przebiegu i gwałtowność rozwoju wypadków rodzących zagrożenia. Skutkiem ich jest powszechny niepokój, a niekiedy wręcz strach i panika – silna obawa o podstawowe dobra, jak życie oraz zdrowie. Przeżycia emocjonalne zbiorowości zagrożonej lub dotkniętej atakami terrorystycznymi połączone są z poczuciem niepewności i dezinformacji lub deficytu informacji na temat rzeczywistego przebiegu wypadków, nasileniu zagrożenia czy czasu ustania zagrożenia.

W kontekście opisanych sytuacji dochodzi do stanowienia nowych praw czy też do dynamicznej wykładni aktów obowiązujących. W tradycyjnie rozumianym procesie tworzenia prawa prawodawca reaguje *post factum* na problemy,

które miały miejsce w przeszłości. Przewiduje rozwój wypadków w oparciu o wydarzenia, które już nastąpiły. W polskiej teorii prawa, za sprawą przede wszystkim Leszka Nowaka, Jerzego Wróblewskiego i Sławomiry Wronkowskiej wypracowano model tzw. racjonalnego prawodawcy, który oddaje ducha założeń pozytywistycznego prawodawstwa i polityki prawa w ogóle. Większość funkcjonujących w kulturze prawnej rozumowań prawniczych oparta jest na założeniu, iż prawodawca spełnia określone warunki nałożone na jego wiedzę i preferencje. Wiedza merytoryczna, którą racjonalny ustawodawca dysponuje powinna być przede wszystkim niesprzeczna i najlepiej jak to możliwe uzasadniona z punktu widzenia aktualnego stanu nauki⁸. Tworzenie prawa uwarunkowane jest założeniami modelującymi. Prawodawca dysponuje zatem uporządkowanym i rozwiniętym systemem wartości. Posiada pełną i spójną wiedzę o fragmencie rzeczywistości, który ma być poddany regulacji prawnej. Na podstawie tej wiedzy określa cele, kierunki oraz skutki i koszty koniecznych zmian w prawie. Przeprowadza analizę wartości leżących u podstaw tworzonego prawa oraz przewidywanych postaw adresatów norm prawnych⁹.

Jak pokazują przypadki ataków terrorystycznych z początku XXI wieku ugruntowany model polityki tworzenia prawa nie sprawdził się w zmienionych warunkach. Prawodawca zmuszony do szybkiego działania nie dysponował ani odpowiednią wiedzą, ani spójnym systemem wartości, nie potrafił oszacować kosztów ani skutków swoich działań. Zetknął się z czymś nowym, czego rozmiary ani rzeczywista skala nie była mu znana.

Wobec konieczności przeciwdziałania stanom zagrożenia, przy braku skutecznych i adekwatnych rozwiązań prawnych, poszczególne państwa zachodnie podjęły próby

⁸ Leszek Nowak, *Interpretacja prawnicza – studium z metodologii prawnoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973, s. 53.

⁹ Por. Tomasz Bąkowski i in., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 41 i n. Por. także Jerzy Wróblewski, *Model racjonalnego tworzenia prawa*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 11; tenże, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985; Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz, *Zagadnienia racjonalnego tworzenia prawa*, „Studia Prawnicze” 1979, nr 2.

realizacji niektórych polityk bezpieczeństwa na granicy prawa czy wręcz poza prawem. Towarzyszyło temu zachowywanie normalnych stosunków prawnych w innych dziedzinach życia. Sfery normalności sąsiadowały ze sferami ekstraordynarności, zarządzania kryzysowego. Sztandarowym przykładem specyficznie pojmowanego *zoningu*, czyli wydzielenia obszarów ekstarordynaryjności, było w początkowym okresie wojny z terroryzmem funkcjonowanie bazy Guantana-mo. Podobną funkcję pełniły praktyki wysyłania terrorystów na przesłuchania do krajów niezwiązanych podwyższonymi standardami ochrony praw człowieka.

Wojna z terroryzmem zaktualizowała niektóre zagadnienia o wymiarze filozoficznoprawnym. Wśród nich ważnym problemem jest kwestia podmiotowości. W dyskursie publicznym powracało pytanie o to, z kim w istocie prowadzona była ta wojna. Pojęcie wojny oderwało się tu bowiem od pierwotnego i ugruntowanego chociażby w prawie międzynarodowym znaczenia. „Wojna z terroryzmem” toczona była z niedookreślonym, niewidzialnym i niezidentyfikowanym czy wręcz wirtualnym przeciwnikiem. Zmaterializowani przeciwnicy w tej wojnie byli określani jako wroźdy bojownicy (*enemy combatants*). Osoby takie, posądzone o zaangażowanie w wojnę po stronie światowego terroryzmu traktowane były w sposób odmienny od wszelkich innych zatrzymanych, a przez to włączone do przestrzeni ekstarordynaryjności.

Wojna z terroryzmem w swoich licznych odsłonach posiadała wyraźnie akcentowany przez jej głównych aktorów wymiar teologiczny i eschatologiczny. Szczególnie w początkowej fazie tej międzynarodowej kampanii zbrojnej pojawiały się porównania „wojny” do krucjaty, konfrontacji dobra ze złem. Jak trafnie zauważyła Giovanna Borradori wojnę tą toczyły dwa przepojone teologią byty polityczne¹⁰. Konstatacja ta otwiera nowe możliwości i wskazówki interpretacyjne tego fenomenu, rozwijające schmittiańskie twierdzenie, iż „wszystkie istotne pojęcia z zakresu współczesnej nauki o państwie to zsekularyzowane pojęcia

¹⁰ Giovanna Borradori, *Filozofia w czasach terroru*, przeł. A. Karalus, M. Kilanowski, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008, s. 171.

teologiczne”.¹¹ Szczególnie wyraźnie związki prawa i teologii widać właśnie na przykładzie stanu wyjątkowego (w oryginale nazywanego przez Carla Schmitta *Ausnahmezustand*, co można również tłumaczyć jako stan wyjątku, stan bez nazwy). Odnosi się ono do nieprzewidywalnej przez ustawę sytuacji, w której suweren polityczny wyjątkowo zmuszony jest podjąć pozaprawną decyzję po to, aby ustanowić nieistniejący uprzednio porządek. Sytuacja ta ma swoją analogią teologiczną w cudzie sprawionym decyzją Boga, cudzie stanowiącym naruszenie praw fizykalnych stworzonego przez niego świata. Taka bezpośrednia ingerencja władzy w porządek prawny staje w sprzeczności z liberalną wizją państwa prawnego, w której każda decyzja powinna znaleźć ugruntowanie w prawie. Podobnie w teologii deści sprzeciwiali się możliwości uznania ingerencji Stwórcy w ustalony przez niego porządek rzeczy, uznając ten porządek za doskonały.

Prawo naturalne i dobro wspólne w stanach zagrożenia

Czy stan wyjątku jest dobrym momentem dla odwoływania się do koncepcji prawa naturalnego? Można odnieść wrażenie, że jeżeli pozytywne prawo stanowione nie nadaża za rozwojem sytuacji i zagrożeń, to zupełnie znikomą rolę może tu odegrać niezmiennie prawo naturalne. Takie rozumowanie obarczone jest pewną nieścisłością. Prawo naturalne pozostaje aktualne w stanach zagrożenia bezpieczeństwa publicznego m.in. z tego powodu, że jest znacznie bardziej ogólnie sformułowane i nie przywiązuje takiego znaczenia do litery prawa i warunków formalnych.

Omówienie wielości koncepcji prawa naturalnego wykacza poza ramy tego opracowania. Na potrzeby wykazania, że ten kierunek badań może przynieść interesujące rezultaty, wystarczy przyjęcie za punkt wyjścia „klasycznej” formy doktryny o prawie naturalnym, która najpełniej została wyrażona przez św. Tomasza z Akwinu¹². Ta rozwijana do dzisiaj arystotelesowsko-tomistyczna koncepcja prawa

¹¹ Carl Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M.A. Cichocki, Znak, Kraków–Warszawa 2000, s. 60.

¹² Określenia „klasyczna” dla oznaczenia wskazanej doktryny prawa naturalnego przedstawionej przez św. Tomasza w wieku XIII

naturalnego stanowi syntezę pogańskich i chrześcijańskich refleksji, a zarazem tło i punkt dla większości późniejszych dyskusji¹³.

Wedle autorów klasycznej teorii prawa naturalnego celem państwa jest szczęście członków społeczeństwa. Państwo ma tworzyć i chronić takie warunki życia społecznego, w których szczęście to może być osiągnięte, w których jednostki, rodziny i zrzeszenia mogą pełniej osiągnąć swoją doskonałość¹⁴. Fundamentalnym i koniecznym warunkiem do osiągnięcia szczęścia we wspólnocie jest istnienie i trwanie tej wspólnoty. W związku z tym, do najważniejszych i podstawowych zadań władzy publicznej należy zachowanie wspólnoty jako całości, zapewnienie jej bezpiecznego istnienia. Zagwarantowanie minimum bezpieczeństwa publicznego – w tym ochrona przed zagrożeniami dla egzystencji całości społeczeństwa – jest warunkiem koniecznym, by osoba mogła wzrastać w swoim człowieczeństwie dla realizacji nadrzędnego celu jakim jest dobro wspólne¹⁵. Jest to również jedną z podstawowych powinności władzy publicznej.

Pytaniem, które się w tym momencie narzuca jest kwestia, czy prawo naturalne może legitymizować działania władzy sprzeczne z prawem pozytywnym, a służące do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego czy wręcz ratowania fundamentów porządku publicznego. Pierwszą zasadę prawa naturalnego – prawo do samozachowania – można interpretować w wymiarze jednostkowym, ale także zbiorowym. Skłonność do zachowania i rozwijania swojej egzystencji jest bowiem wspólna dla wszystkich bytów¹⁶. O konfliktach między prawem pozytywnym a naturalnym najczęściej mówi się w odniesieniu do treści norm stanowionych, których dyspozycje naruszają ustalone normy moralne. Mniej częste

używa m.in. Bogdan Szlachta, *Wokół katolickiej myśli politycznej*, WAM, Kraków 2008, s. 31.

¹³ Por. „W poszukiwaniu etyki uniwersalnej: nowe spojrzenie na prawo naturalne”, dokument Międzynarodowej Komisji Teologicznej, 2009.

¹⁴ Por. Arystoteles, *Polityka*, 1252b (ks. I 1,8) i 1324a (ks. VII,2,3) (przeł. L. Piotrowicz, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004); Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, 1-2, q. 90, a.2 (przeł. P. Belch, Veritas, Londyn 1975)

¹⁵ Por. Jan XXIII, Encyklika *Pacem in terris*, 55.

¹⁶ Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, dz. cyt., Ia-IIae, q. 94, a.2.

są natomiast rozważania nad zagadnieniami kompetencji do działania czy legitymizacji aktów władczych z punktu widzenia prawa naturalnego. Spojrzenie takie wymaga zmiany optyki z aspektu przedmiotowego (normy prawa stanowionego) na podmiotowy, ze szczególnym naciskiem na funkcjonowanie organów władzy wykonawczej, powołanych *ex definitione* do wykonywania prawa, ale także do prowadzenia bieżącej polityki i reagowania na zagrożenia.

Prawo naturalne definiuje się jako zespół dóbr dla osoby, czy inaczej celów do osiągnięcia i ugruntowanie norm zobowiązujących do działania na rzecz tych celów¹⁷. Takie ujęcie prawa naturalnego – jako przede wszystkim zbioru celów, a nie norm – umożliwia zachowanie znacznej elastyczności co do wyznaczania adresatów zobowiązanych do ich realizacji.

Norma jest tylko środkiem do realizacji nadrzędnego celu prawa naturalnego¹⁸. Treść normy prawnej (jej adresat, warunki zastosowania a także procedury) są dla prawa naturalnego kwestią wtórną. Stąd kierowanie zachowaniami ludzi w stanie zagrożenia bezpieczeństwa publicznego, z punktu widzenia prawa naturalnego, musi być przede wszystkim ukierunkowane na dobro wspólne. Wówczas uzyskuje ono legitymizację.

Można sobie wyobrazić sytuację, gdy prawo pozytywne staje w sprzeczności czy też utrudnia realizację prawa naturalnego określonego jako cel. Stanie się tak na przykład wówczas, gdy skutek nagłej zmiany okoliczności prawo stanowione będzie stanowiło przeszkodę do realizacji nadrzędnego celu jakim jest zachowanie danej wspólnoty np. podjęcia koniecznych działania nawet bez uzyskania formalnej autoryzacji czy kompetencji do działania dla danego adresata.

Stąd, w sytuacji poważnego zagrożenia, prawo naturalne może okazać się lepszym punktem odniesienia przy ocenie racji podejmowanych decyzji i ich legitymizacji. Obok formalnego związania władzy materialnym prawem pozytywnym

¹⁷ Tomasz z Akwinu, *Summa contra gentiles*, t. 2, ks. III, W drodze, Poznań 2007, s. 341.

¹⁸ Javier Hervada, *Historia prawa naturalnego*, przeł. A. Dorabialska, wyd. Petrus, Kraków 2013, s. 112.

i procedurami, jako podstawami aprobowalnej decyzji politycznej, refleksja prawnonaturalna dodaje wyznacznik dodatkowy. Jest nim troska o to, aby osoby sprawujące władzę charakteryzowała trwała skłonność do czynienia dobra. Przy działaniach podejmowanych w sytuacjach zagrożenia publicznego uwarunkowania wewnętrzne podmiotów sprawujących władzę mogą mieć bowiem decydujące znaczenie dla wypełnienia dobra wspólnego. Wówczas to uformowanie podmiotu aktu politycznego będzie decydować o tym, w jakim kierunku zapadnie decyzja, która w rozumieniu pozytywizmu prawniczego zapada w próżni czy też w stanie pozaprawnym, w stanie wyjątku.

Konkluzja

Pierwsza dekada XXI wieku stanowiła tło dla dociekań o tym, jak funkcjonuje prawo w momentach poważnych załamań społecznych, gwałtownych kryzysów, gdy następuje nagle zerwanie między normatywnością a faktycznością połączone ze stanem zbiorowego zagrożenia. Po jedenastym wrześniu prawo było używane w państwach zachodnich zarówno jako instrument do prowadzenia wojny z terroryzmem, jak i jako oręż dla osób, które uważały, że przez tę wojnę ogranicza się nieproporcjonalnie ich wolności obywatelskie. W wielu przypadkach problematyczne stawało się godzenie tej *sui generis* wojny z zasadami państwa prawa, nawet w jego wymiarze formalnym.

Jedną z hipotez badawczych wymagających przeprowadzenia dalszych badań mogłoby być sformułowane w duchu naturalizmu przedmiotowego przypuszczenie, że podobnie jak materia może w stanach granicznych (np. blisko prędkości światła) zachowywać się odmiennie niż w zwykłych warunkach, również prawo kierujące zachowaniami ludzi przybiera (choćby w sposób krótkotrwały) specyficzne, różne od zwykle przyjmowanych właściwości, formy czy postaci. Wiąże się z tym problem zauważony m.in. przez Ackermana, tj. nieadekwatność zasobów pojęciowych (*conceptual resources*) zachodniej tradycji prawnej do zajmowania się osobliwościami stanów publicznego zagrożenia, tj. ataków terrorystycznych. Pojęcia wojny i przestępstwa znane sprzed wojny z terroryzmem nie tworzą adekwatnej ramy

pojęciowej do uchwycenia istoty nowych zagrożeń¹⁹. Konieczne jest również zbadanie tego, na ile założenia w zakresie antropologii politycznej przyjmowane lub dorozumiane przez wiodące teorie prawa przystają do sytuacji ekstraordynaryjnych, na ile uwzględniają one te obszary funkcjonowania państwa, które tradycyjnie znajdowały się w cieniu zasady państwa prawa (służby specjalne, wywiad), a których znaczenie w dobie światowych kryzysów wzrasta i niekiedy wręcz zaczyna dominować w sferze politycznej.

Należy w końcu znaleźć formułę, w której kategoria dobra wspólnego może posłużyć jako dyrektywa działań władzy publicznej w stanach przemożnego zagrożenia. W sytuacji, gdy zagrożone jest samo istnienie wspólnoty, a co za tym idzie wszelkie możliwości rozwoju jednostek i zrzeszeń, dobro wspólne nakierowuje działania władzy publicznej na ochronę wspólnoty, nawet kosztem odwrócenia zasady prymatu jednostki nad państwem. Z drugiej strony pojęcie dobra wspólnego stanowi materialny punkt odniesienia pozwalający zachować równowagę pomiędzy postawą opartą o absolutyzację praw jednostkowych, nawet jeżeli służą one jedynie ochronieniu terrorysty przed zmuszeniem go do wyjawienia miejsca ukrycia bomby zagrażającej całej społeczności, a z drugiej strony przed postawą przyzwolenia danego władzy na dowolne ograniczania wolności jednostek w imię abstrakcyjnego i nieokreślonego projektu politycznego np. tytułowej wojny z terroryzmem.

Dobro wspólne służy harmonizowaniu interesu indywidualnego i zbiorowego również w sytuacji skrajnego zagrożenia, z uwzględnieniem jednak specyfiki tego stanu i nadrzędnego celu prawa i państwa jakim jest zachowanie wspólnoty w takiej sytuacji.

¹⁹ B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, „Yale Law Journal” vol. 113, 2004, s. 1030.