

Nr 20



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

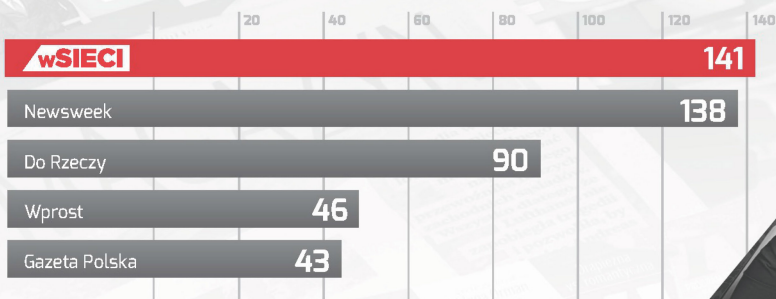
KWARTALNIK NAUKOWY ROK VI NUMER 2 (20) LATO 2017 ROK

ISSN 2299-405X



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiesz.edu.pl • www.sin.edu.pl

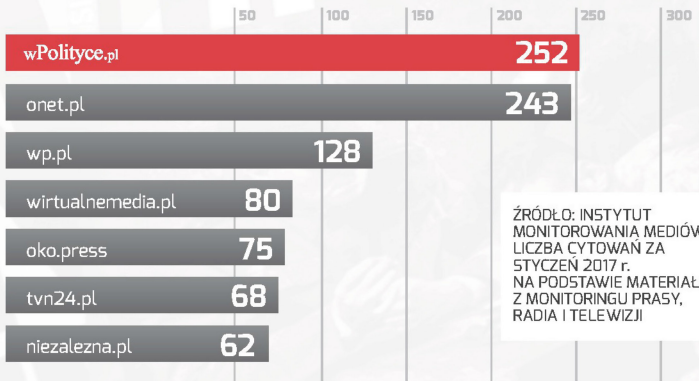


Najbardziej opiniotwórcze tygodniki



NAJBARDZIEJ OPINIOTWÓRCZE MEDIA W POLSCE

Najbardziej opiniotwórcze portale internetowe



ŹRÓDŁO: INSTYTUT MONITOROWANIA MEDIÓW LICZBA CYTOWAŃ ZA STYCZEŃ 2017 r. NA PODSTAWIE MATERIAŁÓW Z MONITORINGU PRASY, RADIA I TELEWIZJI



fot. Biuro TK

Lech Morawski (1949–2017)

W dniu 12 lipca 2017 roku zmarł wybitny Prawnik, Naukowiec i Wychowawca wielu pokoleń prawników i pracowników nauki, Sędzia Trybunału Konstytucyjnego, Sędzia Trybunału Stanu, Kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Kierownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Założyciel i pierwszy Redaktor Naczelny kwartalnika „Prawo i Więź” Pan Profesor dr hab. Lech Morawski.

Wiadomość o śmierci Pana Profesora przyjęliśmy z głębokim smutkiem. Wraz z Jego odejściem polska nauka prawa i sądownictwo poniosły niepowetowaną stratę.

Rodzinie i wszystkim Najbliższym

Pana Profesora

składamy głębokie kondolencje

Redaktor Naczelny i Zespół redakcyjny
kwartalnika „Prawo i Więź”

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK VI NUMER 2 (20) LATO 2017

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) –
przewodniczący
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca**
(Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Henryk Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (KUL, SIN)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Roman Kwiecień** (UEK)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr hab. **Jadwiga Potrzyszcz** (KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski**
(UKSW)

International Board:

prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein**
Schwartz (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. dr hab. **Piotr Zakrzewski** – redaktor
naczelny
prof. **Adam Czarnota** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora
naczelnego
prof. **Krzyszyna Pawłowicz** – zastępca redaktora
naczelnego
dr **Agata Czarnecka** – sekretarz
Janusz Ossowski – redaktor zarządzający
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 70 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okładka: Claude Lorrain, *Widok portu z królową*
Sabą wsiadającą na statek
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Liczba punktów do oceny parametrycznej
jednostek naukowych - 5

Kwartalnik jest indeksowany w The Central
European Journal of Social
Sciences and Humanities

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piw@skok.pl

www.prawoiwiedz.edu.pl

e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Na okładce: Claude Lorrain, *Widok portu
z królową Sabą wsiadającą na statek*

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry
(www.wga.hu)



Spis treści

Niniejszy numer złożony jest z tekstów
Lecha Morawskiego opublikowanych
na łamach kwartalnika w latach 2012–2016

List Prezydenta RP na uroczystościach pogrzebowych śp. Profesora Lecha Morawskiego	7
Sylwetka śp. prof. Lecha Morawskiego	8
Bibliografia prac Lecha Morawskiego	10

ARTYKUŁY

O tożsamości konstytucyjnej Polaków	19
Kryzys teorii prawa oraz innych nauk prawnych w Polsce i gdzie indziej....	40
Dwie czy trzy wolności a państwo prawa i nauki historyczne	63
Filozofia publiczna i zobowiązania moralne	68
Rządy prawa i rządy korporacji. Logika rozwoju państwa prawa	86
Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej z 22 grudnia 2015 roku – analiza krytyczna.....	105
Aktywizm sędziowski a sprawy polskie.....	137
<i>Agata Czarnecka</i> Lech Morawski 1949-2017. Wspomnienie.....	145

List Prezydenta RP na uroczystościach pogrzebowych śp. Profesora Lecha Morawskiego

Uczestnicy
uroczystości pogrzebowych
śp. Profesora Lecha Morawskiego

Szanowni Państwo!

Sapere aude – odważ się być mądrym. To horacjańskie wezwanie powinno wybrzmieć mocno właśnie dzisiaj, gdy po raz ostatni żegnamy śp. Profesora Lecha Morawskiego. Jest ono bowiem kwintesencją tego, co Zmarły prezentował sobą jako znakomity uczony, zaangażowany obywatel Rzeczypospolitej, człowiek wielkiej osobistej prawości i intelektualnej suwerenności.

Już od dawna z szacunkiem i podziwem śledziłem znaczące dokonania naukowe Pana Profesora, a także otwartość i konsekwencję, z jakimi wypowiadał się o węzłowych problemach ustrojowych, w sprawach społecznych i kwestiach politycznych współczesnej Polski. Miałem zaszczyt poznać go bliżej w okresie, gdy uchwałą Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej wybrany został sędzią Trybunału Konstytucyjnego. Ta zaszczytna i odpowiedzialna funkcja – a wcześniej jeszcze członkostwo w Trybunale Stanu – była zwieńczeniem wieloletniej, owocnej pracy na rzecz dobra wspólnego. Ukończywszy studia prawnicze na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu, Pan Profesor Lech Morawski przez kolejne 40 lat współtworzył renomę tej uczelni jako uznany badacz zagadnień z zakresu filozofii i teorii prawa, autor podstawowych podręczników z tej dziedziny, pracownik dydaktyczny i kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa. W latach późniejszych kierował również Katedrą Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Był redaktorem naczelnym kwartalnika „Prawo i Więź”, członkiem krajowych i zagranicznych towarzystw naukowych. Jego prace, poświęcone między innymi teorii argumentacji i procesu sądowego, prawu państwowemu i cywilnemu oraz wykładni prawa, były znane i cenione także poza granicami Polski.

Przenikliwe analizy oraz wyraziste oceny Pana Profesora były ważnym głosem w publicznej debacie o naprawie Rzeczypospolitej. Profesor Lech Morawski, kontynuator autentycznych tradycji polskiej inteligencji, uczestniczył w tej dyskusji w sposób kompetentny i rzeczowy, między innymi jako członek rad naukowych Spółdzielczego Instytutu Naukowego w Sopocie oraz II i III Konferencji Smoleńskiej. Jego odejście jest wielką stratą dla polskiej nauki oraz dla państwa, demokratycznej Rzeczypospolitej, w służbie której położył istotne zasługi. Błyskotliwy intelektualista oddany klasycznym ideałom nauki, wybitny znawca prawa pojmowanego jako *sztuka tego, co dobre i słusze* oraz żarliwy patriota – na zawsze pozostanie w naszej pamięci.

Wieczne odpoczywanie racz mu dać, Panie!

Bliskich, przyjaciół, współpracowników i uczniów Zmarłego proszę o przyjęcie wyrazów serdecznego współczucia.

Sylwetka śp. prof. Lecha Morawskiego

Lech Morawski urodził się 14 września 1949 roku w Bydgoszczy i tam uczęszczał do szkoły podstawowej, a następnie średniej. W 1967 roku ukończył VI Liceum Ogólnokształcące w Bydgoszczy i rozpoczął studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Po ich ukończeniu w 1972 roku, został asystentem w Katedrze Teorii Państwa i Prawa na tymże Wydziale, gdzie przygotowywał rozprawę doktorską pt. *Domniemania w prawie*, którą obronił sześć lat później. Stopień doktora habilitowanego uzyskał w 1988 roku na podstawie uhonorowanej I nagrodą w konkursie miesięcznika „Państwo i Prawo” pracy pt. *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*. Tytuł naukowy profesora nauk prawnych otrzymał postanowieniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 sierpnia 1999.

W latach 1998-2015 Lech Morawski pełnił funkcję kierownika Katedry Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. W latach 2002–2006 był również kierownikiem Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz pracownikiem naukowym Bydgoskiej Szkoły Wyższej.

Lech Morawski należał do wielu towarzystw naukowych polskich i zagranicznych. Był, między innymi, członkiem Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej (IVR), a także Rady Naukowej Spółdzielczego Instytutu Naukowego.

Profesor Morawski był autorem ponad stu prac naukowych, w większości z zakresu filozofii analitycznej, dotyczących teorii argumentacji i wykładni prawa, a także z zakresu problematyki prawno-państwowej, precedensu sądowego i postępowania sądowego. Do jego najważniejszych pozycji należą: *Domniemania a dowody prawnicze*, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe* oraz wielokrotnie wznawiane *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*. Lech Morawski napisał też, wznawiany siedemnaście razy, jeden z najważniejszych podręczników dla adeptów prawa, z którego uczyły się pokolenia studentów pt. *Wstęp do prawoznawstwa*. Był też autorem lub współautorem licznych publikacji zagranicznych, z których najważniejsze

to *Interpreting Precedents. A Comparative Study, The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe* czy *Stressing Judicial Decisions*.

W latach 1989-1990 przebywał Morawski na stypendium Fundacji im. Aleksandra von Humboldta, czego owocem były liczne kontakty międzynarodowe. Lech Morawski wielokrotnie odbywał zagraniczne wyjazdy naukowe, do państw europejskich, ale również do Australii. Współpracował naukowo z wybitnymi przedstawicielami światowej filozofii prawa, w tym z Neilem MacCormickiem, Robertem Alexym i Martinem Krygierem.

Profesor Lech Morawski był również redaktorem naczelnym naukowych czasopism prawniczych. W 2010 roku znalazł się w gronie założycieli „Forum Prawniczego”, a od 2012 roku pełnił funkcję redaktora naczelnego kwartalnika „Prawo i Więź”. Profesor Lech Morawski wypromował wielu doktorów, z których większość zaangażowała się w dalszą pracę naukową i służbę publiczną. Uczestniczył jako recenzent w kilkunastu postępowaniach habilitacyjnych i doktorskich.

Dnia 21 marca 2014 r. Sejm RP wybrał prof. Lecha Morawskiego na członka Trybunału Stanu. Dnia 2 grudnia 2015 r. został wybrany na sędziego Trybunału Konstytucyjnego. Funkcję tę pełnił aż do śmierci.

Odnaczony pośmiertnie Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski.

Profesor Lech Morawski był wybitnym specjalistą w zakresie filozofii prawa, utalentowanym wykładowcą, mistrzem wielu roczników studentów i doktorantów, człowiekiem oddanym bez reszty nauce i uniwersytetowi. Zapamiętaliśmy go jako człowieka energicznego, obdarzonego silnym temperamentem a przy tym niezwykle pracowitego. Lech Morawski zmarł 12 lipca 2017 roku w Toruniu. Na zawsze pozostanie w naszej pamięci.

opracował Karol Dobrzeniecki

Bibliografia prac Lecha Morawskiego

I. Monografie i podręczniki

Domniemania a dowody prawnicze, Toruń 1981, ss. 126

Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe, Toruń 1998, ss. 311

Co może dać nauce prawa postmodernizm?, TNOIK, Toruń 2001, ss. 93

Wykładnia w orzecznictwie sądów – komentarz, Toruń 2002, ss. 400

Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa, (red.), Toruń 2005, ss. 179

Podstawy filozofii prawa, Toruń 2014, ss. 382

Główne problemy filozofii prawa. Prawo w toku przemian, Warszawa (wiele wydań)

Wstęp do prawoznawstwa, Toruń (wiele wydań)

Zasady wykładni prawa, Toruń (wiele wydań)

II. Artykuły

Interpretacja prawnicza jako szczególny rodzaj interpretacji humanistycznej, (z. W. Lang, T. Gawrysiak), „*Studia Filozoficzne*” nr 12, 1975, s. 127-138

Koncepcja „prawodawcy doskonałego” i jej zastosowanie w prawoznawstwie (Próba krytycznej analizy książki L. Nowaka „Interpretacja prawnicza”), (z. W. Lang i T. Gawrysiak) „*Państwo i Prawo*” nr 1-2 1976, s. 127-140

O pewnym rozumieniu prawa i niektórych jego zastosowaniach, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” nr 1, 1980, s. 185-203

Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie, „*Studia Prawnicze*” nr 1-2, 1980, s. 217-241

O dwóch sposobach definiowania pojęć w prawie, „*Acta Universitatis Nicolai Copernici – Prawo*”, z. 105, 1981, s. 3-18

Ciężar dowodu – niektóre problemy dowodowe, „*Studia Cywilistyczne*” nr XXXII, 1982, s. 189-211

Uzasadnianie i argumentacja w postępowaniu dowodowym, „*Państwo i Prawo*” nr 9, 1983, s. 74-86

Argumentations and Rationalities, „*Studies in the Theory and Philosophy of Law*” nr 2, 1986, s. 27-42

Two Concepts of a Process – Theoretical Reflections, „*Studies in the Theory and Philosophy of Law*” nr 4, 1988, s. 75-89

Prawo jako technika społeczna: problemy aksjologiczne, „*Colloquia Communia*” nr 41-42, 1988-1989, s. 19-29

The Universalizability Principle, Justice and Law – Some Remarks, „*Archivum Iuridicum Cracoviense*” vol. XXII, 1989, s. 69-80

- Spór o model polityki prawa – ujęcie systemowe*, „Państwo i Prawo” nr 9, 1992, s. 30-40
- Autopoiese und reflexives Recht. Kritische Bemerkungen*, (z A. Molter), „Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie” nr 52, 1993, s. 128-135.
- Proces sądowy a instytucje alternatywne*, „Państwo i Prawo” nr 1, 1993, s. 12-24
- Instrumentalizacja prawa*, „Państwo i Prawo” nr 6, 1993, s. 16-28
- Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” nr 4, 1994, s. 3-13
- Państwo prawne – odpowiedź na uwagi prof. H. Rota*, „Państwo i Prawo” nr 12, 1994, s. 84-87
- Zasada państwa prawnego – próba reinterpretacji*, „Acta Universitatis Nicolai Copernici” nr 35, 1996, s. 3-22
- Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” nr 10, 1996 s. 3-12
- Prawa jednostki a dobro ogólne (liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo”, nr 11, 1998, s. 26-42
- Teoria prawodawcy racjonalnego*, „Państwo i Prawo” nr 11, 2000, s. 29-38
- Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” nr 2, 2003, s. 319-346
- Hard positivism, soft positivism, and dead positivism*, „Ius et Lex” nr 1, 2004, s. 155-179
- Czy sądy mogą się angażować politycznie*, „Państwo i Prawo” nr 3, 2006 s. 6-23
- Wykładnia a dyrektywy preferencji*, „Kwartalnik Krajowego Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury” nr 1, 2007, s. 28-39
- Demokracja a przywileje korporacyjne*, „Państwo i Prawo” nr 6, 2007, s. 49-62
- Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny a aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” nr 4, 2009, s. 59-74
- Kelsen a sądy konstytucyjne*, „Forum Prawnicze” nr 1, 2010, s. 89-93
- Suwerenność i prawo międzynarodowe: od prawa państw do prawa ludów*, „Forum Prawnicze” nr 1, 2011, s. 13-16
- Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej*, „Forum Prawnicze” nr 4-5, 2011, s. 3-18
- Zasady wykładni językowej*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2011, s. 21-41
- Opinia w sprawie wniosku grupy posłów o wydanie zarządzenia nakazującego usunięcie krzyża łacińskiego znajdującego się w sali posiedzeń Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” nr 4, 2011, s. 105-112
- O tożsamości konstytucyjnej Polaków*, „Prawo i Więź” nr 1, 2012, s. 9-25
- Wstęp do debaty o edukacji*, „Prawo i Więź” nr 2, 2013, s. 13
- Kryzys teorii prawa oraz innych nauk prawnych w Polsce i gdzie indziej*, „Prawo i Więź” nr 2, 2013, s. 20-47
- Dwie czy trzy wolności a państwo prawa i nauki historyczne*, „Prawo i Więź” nr 4, 2013, s. 108-112

Filozofia publiczna i zobowiązania moralne, „Prawo i Więź” nr 4, 2014, s. 17-31

Państwo prawa, filozofia publiczna i odpowiedzialność moralna naukowców, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” nr 2, 2014, s. 85-94

Rządy prawa i rządy korporacji. Logika rozwoju państwa prawa, „Prawo i Więź” nr 2, 2015, s. 7-23

Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej z 22 grudnia 2015 roku – analiza krytyczna, „Prawo i Więź” nr 1, 2016, s. 13-45

Aktywizm sędziowski a sprawy polskie, „Prawo i Więź” nr 2, 2016, s. 7-14

Der Streit um den polnischen Verfassungsgericht bewusste und absichtliche Desinformation, „Prawo i Więź” nr 4, 2016, s. 7-12

III. Rozdziały w książkach

Argumentacje i racjonalności, [w:] *Problemy metodologii i filozofii prawa*, red. H. Rot, Wrocław 1988, s. 137-158

Dyskurs w ujęciu Jürgena Habermasa, a inne koncepcje argumentacji, [w:] *Dyskursy rozumu – między przemocą a emancypacją: z recepcji Jürgena Habermasa w Polsce*, red. L. Witkowski, Toruń 1990, s. 113-132

Dwa podejścia do prawa – kilka uwag, [w:] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych*, red. H. Rot, Wrocław 1990, s. 114-130

„Autopoiese” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992, s. 171-184

Autopoiese und reflexives Recht – kritische Bemerkungen, (z A. Molter), [w:] *Praktische Vernunft, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Stuttgart 1993, s. 128-135

The Rule of Law in the Welfare State, [w:] *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, Bologna 1995, s. 288-293

Czy precedens powinien być źródłem prawa, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga jubileuszowa siedemdziesięciolecie urodzin profesora Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 187-202

Państwo prawa, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, s. 11-24

The Rule of Law in the Welfare State, [w:] *Changing Structures in Modern Legal System und the Legal State Ideology*, red. E. Bulygin, B. Leiser, M. van Hoecke, Berlin 1998, s. 147-154

Legal Instrumentalism, [w:] *Justice, Morality and Society*, red. A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholz, Lund 1997, s. 289-301

Precedent in Poland, (z M. Zirk-Sadowski), [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth 1997, s. 219-255

Rationalies for Precedent, (z Z. Bankowski, N. MacCormick, A. Ruiz Miguel), [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth 1997, s. 481-503

- Naturalizm i antynaturalizm – dwie opcje nauk prawnych*, [w:] *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo. Profesorowi Wiesławowi Langowi w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, Toruń 1998, s. 185-197
- Positivist or Non-Positivist Rule of Law. Polish Experience of a General Dilemma*, [w:] *The Rule of Law after Communism. Problems and Prospects in East-Central Europe*, red. M. Krygier, A. Czarnota, Dartmouth 1999, s. 39-54
- Law, Fact and Legal Language*, [w:] *Law and Philosophy*, red. N. MacCormick, Dordrecht-Boston 1998, s. 461-473
- Zasady prawa – komentarz krytyczny*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, T. Gizbert-Studnicki, Kraków 2001, s. 71-81
- Stressing – The Controversy Between Judicial Passivism and Activism*, [w:] *Stressing Legal Decisions*, red. T. Biernat et al., Kraków 2003, s. 47-60
- Kilka uwag na temat wykładni*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 31-41
- Zasada państwa prawnego – próba reinterpretacji*, [w:] *Państwo prawa: demokratyczne państwo prawne. Antologia*, wyb. J. Kowalski, Warszawa 2008, s. 125-147
- Legal Policy and Courts*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy: Between Modern and Post-modern Jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2008, s. 174-195
- Two Doctrines of Judicial Application of Law*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy: Between Modern and Post-modern Jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2008, s. 159-173
- Granice demokracji czy korporacyjne przywileje*, [w:] *Seminaria Lucieńskie 2006-2007: referaty wprowadzające do dyskusji*, red. L. Dąbkowska-Cichocka, K. Janaszek, J. Uklański, Warszawa 2008, s. 79-86
- Kilka uwag w sprawie sędziowskiego aktywizmu*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, Warszawa 2010, s. 93-104
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik*, [w:] *Verfassungsentwicklung in Litauen und Polen im Kontext der Europäisierung*, red. E. Šileikis, Wilno 2010, s. 81-86
- Konstitucinė justicija ir politika*, [w:] *Lietuvos ir Lenkijos Konstitucijų raida europėizacijos kontekste*, red. E. Šileikis, Wilno 2010, s. 86-88
- Odůvodnění soudních rozhodnutí v Polsku*, [w:] *Odůvodnění soudního rozhodnutí. The Judicial opinion. Begründung von Gerichtsentscheidung*, red. L. Tichý, P. Holländer, A. Bruns, Praga 2011, s. 153-165
- Gerichtliche Begründungen in Polen*, [w:] *Odůvodnění soudního rozhodnutí. The Judicial opinion. Begründung von Gerichtsentscheidung*, red. L. Tichý, P. Holländer, A. Bruns, Praga 2011, s. 166-180
- Kryzys tworzenia prawa w Polsce: w poszukiwaniu kierunków reform*, [w:] *Piąta debata Tocqueville'owska: kryzys tworzenia prawa w Polsce. W poszukiwaniu kierunków reform*, Łódź 2011, s. 11-16

O sposobach uzasadniania orzeczeń sędziowskich w polskim prawie, [w:] *Nam hoc natura aequum est... Księga jubileuszowa ku czci profesora Janusza Justyńskiego w siedemdziesięciolecie urodzin*, red. A. Madeja, Toruń 2012, s. 479-493

Dobro wspólne a ustroj państwa: zarys problemu, [w:] *Abiit, non obiit : księga poświęcona pamięci księdza profesora Antoniego Kościa*, red. A. Dębiński et al., Lublin 2013, s. 231-239

Kryzys tworzenia prawa w Polsce: w poszukiwaniu reform – kilka uwag, [w:] *Księga życia i twórczości. Prawo. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, red. Z. Władek, Lublin 2013, s. 248-254

Science as an Institution and Science as a Research Programme. On the Crisis in Legal Theory, [w:] *Legal Theory and Philosophy of Law: Towards Contemporary Challenges*, red. A. Bator, Z. Pulka, Warszawa 2013, s. 19-41

IV. Recenzje

[A. M. Wasilew: *Prawowyje kategorii. Metodologiczeskije aspekty razrabotki systemy kategorii prawa*, (z W. Lang)], „Państwo i Prawo” nr 12, 1978, s. 152-157

[I. Tebaldeschi, *Rechtswissenschaft als Modellwissenschaft*], „Państwo i Prawo” nr 10, 1980, s. 123-126

[*Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz*, red. F. Rotter, O. Weinberger, F. Wieacker], „Państwo i Prawo” nr 6, 1981, s. 127-130

[*Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik*, red. P. Koller, C. Varga, O. Weinberger], „Państwo i Prawo” nr 5, 1993 s. 90-92

[W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*], „Państwo i Prawo” nr 6, 1989, s. 109-113

[R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*], „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 2, 1996, s. 165-167

[*Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzciniński], „Przegląd Sejmowy” nr 5(22), 1997, s. 88-95

[A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*], „Państwo i Prawo” nr 7, 2000, s. 94-97

[D. Lyons, *Etyka i rzady prawa*], „Państwo i Prawo” nr 1, 2001, s. 94-96

[J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*], „Państwo i Prawo” nr 2, 2002 s. 98-101

Rzady prawa po komunizmie, „Ius et Lex” nr 3, 2003, s. 401-409

[M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej: o legitymizacji władzy sędziowskiej*], „Państwo i Prawo” nr 2, 2005, s. 101-104

[B. Brożek, *Rationality and Disclosure. Towards a Normative Model of Applying Law*], „Kwartalnik Prawa Publicznego” nr 4, 2007, s. 279-287

Jak się pisze prace profesorskie w naszym kraju, „Prawo i Więż” nr 2, 2015,
s. 97-103

[P. Rączka, *Działalność prawodawcza samorządów zawodowych w Polsce*],
„Państwo i Prawo” nr 1, 2015, s. 104-109

V. Tłumaczenia

R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo”
nr 10, 1993, s. 85-108

opracowała Agata Czarnecka



ARTYKUŁY

O tożsamości konstytucyjnej Polaków*

On the Constitutional Identity of Poles

After the collapse of communism the Poles began to dispute about the political nature of the state and the principles and values on which it should be based. We may call it the debate about the constitutional identity of the Poles. In this dispute clashed two opposite options: the liberal and republican one. It is important to stress that both liberals and republicans accept the basic principles of liberal and democratic state that is democracy, the rule of law, the basic human rights and principles of market economy. However, they vary considerably in relation to the place of individual and collective rights in public life. In the case of the conflict between individual and collective rights republican argue that in public space should in principle prevail collective rights. Thus, the republicans strongly reject the principle of state neutrality arguing that Poles and Polish State respecting tolerance and individual rights should construct the constitutional identity in strict connection with national identity and historical traditions of the Poles. In this sense republican option does not endanger EU principles and its motto "unity in diversity".

Lech Morawski

I. Pojęcie tożsamości konstytucyjnej ma wiele różnych znaczeń, ale – jak się wydaje – dwa z tych znaczeń odgrywają we współczesnych debatach rolę podstawową. W pierwszym znaczeniu, które będziemy nazywać tożsamością w sensie empirycznym albo po prostu **tożsamością konstytucyjną**, tożsamość konstytucyjna to pewien zespół cech empirycznych, a ściślej rzecz biorąc przekonania charakteryzujących zbiorowość obywateli poddanych temu samemu

* Artykuł stanowi znacznie skróconą i zmienioną wersję opracowania „W poszukiwaniu utraconej tożsamości konstytucyjnej”, które powstało w ramach projektu Fundacji Centrum Europejskie Natolin „Fenomen państwa w wielopoziomowych porządkach polityczno-prawnych oraz w integracji europejskiej”. Autor wyraża swoje podziękowania Centrum Europejskiemu Natolin za zgodę na wykorzystanie tej publikacji.

panowaniu politycznemu. W drugim znaczeniu, które możemy nazwać tożsamością konstytucyjną w sensie normatywnym tożsamość konstytucyjna to przepis prawny określający te cechy porządku konstytucyjnego, które na gruncie danej konstytucji uważa się za podstawowe czy też fundamentalne. W dalszych rozważaniach ten rodzaj tożsamości konstytucyjnej nazwiemy **klauzulą tożsamości konstytucyjnej**. Przykładem tego rodzaju klauzuli może być choćby słynna klauzula wieczysta (*Ewigkeitsklausel*) zawarta w konstytucji niemieckiej.

Mój artykuł chciałbym poświęcić pierwszemu rozumieniu tożsamości konstytucyjnej i dopiero w następnym opracowaniu zajmę się problemem klauzuli ochrony tożsamości konstytucyjnej w naszym porządku prawnym. Będę starał się w nim wykazać, że o ile na przestrzeni swoich dziejów historycznych Polacy zachowali swoją tożsamość narodową, o tyle w zasadzie nigdy nie zdołali wykształcić w pełni dojrzałej tożsamości konstytucyjnej. Wszystkie próby jej kreowania, czy to w konstytucji 3 maja, czy później w konstytucji marcowej i kwietniowej wskutek dramatycznych wydarzeń historycznych kończyły się klęską i były unicestwiane. Dzieła zniszczenia dopełniły rządy komunistów, które doprowadziły do tego, że Polacy pogodzili się z tym, że w ich państwie nie rządzi ani prawo, ani konstytucja. Rok 1989 stworzył nową szansę na odtworzenie, a może raczej na stworzenie tożsamości konstytucyjnej Polaków. Dzisiaj стоимy więc przed trudnym problemem: w jaki sposób kształtować naszą tożsamość konstytucyjną, bo od tego w końcu będzie zależeć to, na jakich wartościach będzie się opierać życie publiczne w naszym kraju i w jakim duchu będą wychowywane przyszłe pokolenia Polaków

II. Pojęcie **tożsamości konstytucyjnej (w sensie empirycznym)** budzi wiele sporów i z tego to powodu musimy najpierw dokonać pewnych ustaleń terminologicznych. W moim przekonaniu tożsamość konstytucyjna jest pochodną rządów konstytucyjnych, ponieważ tylko w tych społeczeństwach, w których rządy opierają się na konstytucji, może się pojawić wspólna tożsamość konstytucyjna władzy i obywateli. Truizmem jest stwierdzenie, że rządy konstytucyjne są jednym z aspektów rządów prawa i tak samo, jak z faktu, że państwo ma prawo, nie można wnosić, że w tym państwie rządzą prawa, tak z faktu, że państwo ma konstytucję, nie można wnosić, że praktyka w tym państwie opiera się na rządach konstytucyjnych. Teza, że rządy konstytucyjne są jednym z aspektów rządów prawa i że oba te pojęcia wiążą się z przestrzeganiem w praktyce społecznej określonych wartości jest zresztą dość oczywista dla większości konstytucjonalistów i filozofów prawa. Pogląd ten znajduje pełne wsparcie w historii. Zarówno bowiem anglosaska zasada rządów prawa (*the rule of law*), jak i jej kontynentalny odpowiednik – koncepcja państwa prawa (*Rechtsstaat*) od początku wiążą się ściśle z podstawowymi pryncypiami

ustroju liberalno-demokratycznego¹. Przekonaniu, że idee rządów konstytucyjnych można wiązać z pewnymi wartościami, a z pewnymi nie, dała wyraz w dobitny sposób choćby francuska Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 roku, która w art. XVI. mówi wprost, że „Społeczeństwo, w którym rękojmię praw człowieka nie są zabezpieczone ani podział władzy nie jest ustalony, nie ma Konstytucji”.

Jeśli uznamy tezę, że idea rządów konstytucyjnych jest pochodną idei rządów prawa, to tym samym przyjąć musimy, że warunki konstytucyjne rządów prawa są zarazem warunkami konstytucyjnymi rządów konstytucyjnych. W moim przekonaniu system ustrojowy każdego państwa prawa, a więc także państwa opartego na idei rządów konstytucyjnych, musi spełniać trzy następujące warunki:

- na poziomie politycznym – oparte na zasadach większości prawo obywateli do wyboru ustroju politycznego przy zagwarantowaniu prawnej i faktycznej możliwości istnienia legalnej i zorganizowanej opozycji oraz pokojowej wymiany ekip rządzących,
- na poziomie społecznym – podstawowe prawa i wolności obywateli z wolnością słowa i zrzeszania się oraz podstawowymi instytucjami społeczeństwa obywatelskiego, w tym wolnymi mediami,
- na poziomie ekonomicznym – własność prywatną oraz wolny rynek jako podstawę systemu ekonomicznego².

Z tego co wyżej powiedziano idea rządów prawa, a tym samym idea rządów konstytucyjnych jest cechą charakterystyczną państw liberalno-demokratycznych i jest całkowicie obca państwom totalitarnym, takim choćby jak państwa socjalistyczne³. Nietrudno jest się zresztą zorientować, że konstytucje państw socjalistycznych, z konstytucją z 1952 roku włącznie, nie spełniały żadnego z wyżej wymienionych warunków. Idea rządów prawa i rządów konstytucyjnych jest zresztą obca nie tylko państwu totalitarnym, ale także tym państwom afrykańskim czy azjatyckim, w których prawo nigdy nie odgrywało roli podstawowego regulatora stosunków społecznych. Z tego też powodu próby implementacji idei rządów prawa i rządów konstytucyjnych

-
- 1 J. Shapiro, *Introduction*, [w:] *The Rule of Law*, New York 1994; J. Hampton, *Democracy and the Rule of Law*, [w:] *The Rule of Law...*, op. cit.
 - 2 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 321.
 - 3 Na przykład L. Shelley, *Post-totalitarianism and Soviet Law*, [w:] *Totalitarian and Post-totalitarian Law*, red. A. Podgórecki, V. Olgiaiti, Dartmouth 1996, s. 261; S. Courtois, *Zbrodnie komunizmu*, [w:] S. Cortois et al., *Czarna księga komunizmu*, przeł. K. Wakar et al., Warszawa 1999; S. Courtois, *Dlaczego?*, [w:] S. Cortois et al., *Czarna księga...*, op. cit.; R. G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000, s. 97.

w państwach tego kręgu kulturowego nadal natrafiają na szereg trudności, ale jest to już problem, którym tutaj nie będziemy się zajmować⁴.

Możemy teraz przystąpić do analizy wzajemnych relacji między ideą rządów konstytucyjnych a ideą tożsamości konstytucyjnej. Twierdzę, że dopiero wtedy, gdy życie publiczne opiera się na idei rządów konstytucyjnych, może się w państwie wykształcić pewien system norm i wartości, który wspólnie podziela władza i obywatele i który reguluje ich wzajemne zachowania w sferze publicznej, i właśnie ten system norm i wartości będziemy nazywać tożsamością konstytucyjną. Proces kształtowania się tożsamości konstytucyjnej jest oczywiście mniej lub bardziej długotrwałym procesem historycznym, bo to oczywiście nie jest tak, że wprowadzenie w państwie rządów konstytucyjnych automatycznie kreuje wspólną dla władzy i obywateli tożsamość konstytucyjną, ani nie jest też tak, że z chwilą, gdy w państwie rządy konstytucyjne zostaną obalone, natychmiast obumiera tożsamość konstytucyjna obywateli, którzy przecież jeszcze przez długie lata mogą się upominać o swoje prawa i walczyć o przywrócenia rządów prawa. Fakt pozostaje jednak faktem, że w dłuższej perspektywie nie ma tożsamości konstytucyjnej bez rządów konstytucyjnych i nie może być rządów konstytucyjnych, tam gdzie władzy i społeczeństwa nie spaja wspólna tożsamość konstytucyjna. Ważne dla naszych rozważań jest stwierdzenie, że tożsamość konstytucyjna to pewien system wartości, który jest wspólny dla władzy i społeczeństwa, z czego wynika, że tam gdzie władza i obywatele kierują się odmiennymi, a tym bardziej konfliktowymi systemami wartości w życiu publicznym, tam nie można mówić o istnieniu tożsamości konstytucyjnej rozumianej jako regulator zachowań władzy i społeczeństwa w życiu publicznym.

III. Zastanówmy się teraz nad anatomią zjawiska, które nazywa się tożsamością konstytucyjną. Jak powiedzieliśmy, tożsamość konstytucyjna jako pewien fakt empiryczny jest czymś, co żyje w ludzkiej świadomości i kieruje poczynaniami władzy i obywateli w życiu publicznym. Zgoda na pewien wspólny zestaw wartości i norm, na których będzie się opierać życie publiczne, to fundament, na którym wspiera się tożsamość konstytucyjna każdego

4 Por. Y. Zheng, *Challenges Facing the Chinese Legal System at the End of Twenty Century*, [w:] *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, t. III, Bologna 1995; W. Theodore de Bary, *Konfucjanizm i społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Europa i społeczeństwo obywatelskie. Rozmowy w Castel Gandolfo*, red. K. Michalski, Kraków-Warszawa 1994, s. 193; Ch. Taylor, *Kiedy mówimy: społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Europa i społeczeństwo obywatelskie...*, op. cit., s. 61.

społeczeństwa⁵. Tożsamość konstytucyjna jest przeto źródłem wzajemnych oczekiwań władzy i społeczeństwa i tylko w przypadku, gdy ona istnieje, gdy żyje w ludzkich przekonaniach, społeczeństwo może uznać władzę, prawo i konstytucję za swoją własną władzę, własne prawo i własną konstytucję⁶. Jak trafnie zauważa J. Isensee, w państwie konstytucyjnym konstytucja staje się podstawowym medium integracji społeczeństwa⁷.

W refleksji nad tożsamością konstytucyjną na ogół panuje zgoda co do tego, że tożsamość konstytucyjna składa się niejako z dwóch elementów, mianowicie właściwości **ogólnych** (uniwersalnych, rodzajowych) i **specyficznych** (partykularnych)⁸. Własności uniwersalne to te cechy tożsamości konstytucyjnej, które musi spełniać praktyka polityczna w danym państwie, byśmy mogli je zakwalifikować do rodziny państw konstytucyjnych, własności partykularne to natomiast te cechy systemu politycznego, które różnią od siebie poszczególne państwa należące do rodziny państw konstytucyjnych. Można by powiedzieć, że to właśnie dzięki własnościom partykularnym pojęcie tożsamości konstytucyjnej staje się pojęciem zindywidualizowanym i w efekcie tożsamość konstytucyjna jednego państwa wcale nie musi się pokrywać z tożsamością innego państwa. Cechy uniwersalne tożsamości konstytucyjnej to w gruncie rzeczy konkretyzacje przedstawionych wyżej warunków minimalnych rządów prawa i rządów konstytucyjnych. Poglądowym przykładem typowej listy uniwersaliów konstytucyjnych może być art. 2 TUE, który wymienia następujące warunki minimalne rządów konstytucyjnych: *poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości*, a w dalszej części tego artykułu dodaje się, że są to wartości *wspólne Państwom Członkowskim UE*. Warto tutaj dodać, że są to wartości wspólne nie tylko dla krajów UE, ale dla wszystkich państw należących do rodziny państw konstytucyjnych i to zarówno tych, które należą do kręgu kultury zachodniej, jak na przykład USA, Australia, czy Kanada,

- 5 S. Katz, *Konstytucjonalizm w Europie Środkowo-Wschodniej. Kilka negatywnych lekcji*, <URL=<http://www.h-net.org/~eopolska/Konstytucjonalizm/Roz1/konstytucjonalizm.htm>>.
- 6 Mając właśnie ten fakt na uwadze, M. Rosenfeld używa pojęcia „workable” lub „viable” – constitutional identity (por. *The European Treaty – Constitution and Constitutional Identity*, [w:] *The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper, New York-Princeton 2004, s. 14 i n.).
- 7 J. Isensee, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, [w:] *Verfassungstheorie*, red. O. Depenheuer, Ch. Grabenwarter, Tübingen 2010, s. 224, 263.
- 8 G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, „The Review of Politics” nr 68, 2006, s. 374; W. Sadurski, *European Constitutional Identity*, „EUJ Working Paper, Law” nr 33, 2006, s. 8.

jak i dla wielu państw spoza tego kręgu, którym udało zbudować się państwo oparte na rządach konstytucyjnych, jak Japonia czy Indie⁹. Linia dzieląca rządy konstytucyjne od rządów nie-konstytucyjnych jest oczywiście bardzo nieostra i płynna i z tego też powodu w wielu przypadkach możemy toczyć spory o to, czy dane państwo wchodzi do rodziny państw konstytucyjnych czy też nie.

Własności partykularne tożsamości konstytucyjnej to z kolei te wartości, które różnią od siebie poszczególne państwa należące do rodziny państw konstytucyjnych. Przywołajmy kilka przykładów. Zasada rządów konstytucyjnych może być realizowana zarówno w formie rządów prezydenckich, co jest cechą tożsamości konstytucyjnej Amerykanów, jak i formie rządów parlamentarno-gabinetowych, co jest z kolei cechą konstytucjonalizmu brytyjskiego; zarówno w systemie państwa federalnego, jak w USA czy Niemczech, jak i państwa unitarnego, jak to ma miejsce w Polsce i gdyby ktoś na przykład wystąpił z postulatem, by nasz kraj sfederalizować lub znieść federację w USA, spotkałby się zapewne z zarzutem, że wysuwa projekty całkowicie sprzeczne z nowożytną tradycją konstytucyjną obu tych krajów. Podobnie od wieków do naszej tradycji konstytucyjnej zaliczamy dwuizbowy parlament, mimo że idea parlamentu jednoizbowego nie jest wcale sprzeczna z zasadą rządów konstytucyjnych. Przywołajmy jeszcze inny przykład. Wszystkie państwa należące do rodziny państw konstytucyjnych muszą bezwzględnie przestrzegać wolności sumienia i wyznania i to jest niewątpliwie warunek uniwersalny rządów konstytucyjnych, ale wbrew stereotypowym opiniom zasada ta jest realizowana w różny sposób w różnych państwach i wcale nie implikuje jednego modelu relacji między Kościołem i państwem. W pewnych więc państwach opiera się ona na ścisłym rozdziale obu tych instytucji (Francja), w innych zaś zakłada bogate i zróżnicowane formy ich współdziałania (Włochy, Polska czy Irlandia, której konstytucja z 1937 roku nawiązuje wprost do pryncypiów społecznej nauki Kościoła). Ścisły rozdział Kościoła od państwa nie jest więc cechą uniwersalną rządów konstytucyjnych, ale cechą specyficzną konstytucjonalizmu francuskiego. Podobnie rzecz się ma z przynależnością do UE. W Niemczech, jak tego dowodzą badania empiryczne, sama przynależność do UE stała się elementem tożsamości konstytucyjnej większości Niemców, ale jak na to wskazują wyniki licznych referendum, trudno byłoby to powiedzieć o wszystkich krajach europejskich¹⁰.

Możemy zatem powiedzieć, że to właśnie wartości partykularne nadają tożsamości konstytucyjnej różne oblicza w różnych krajach. Ten fakt

9 Interesujące wywody na temat konstytucjonalizmu indyjskiego por. G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity...*, op. cit., s. 367.

10 J. Isensee, *Die Staatlichkeit der Verfassung...*, op. cit., s. 269; J. Pernice, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, „Archiv der öffentlichen Rechts“ 35, 2011, s. 221.

miała na uwadze UE, gdy w Traktacie lizbońskim (art. 4.2 TUE) zobowiązała się do szanowania tożsamości narodowej państw członkowskich *nirozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi*.

IV. Musimy teraz poświęcić kilka słów wzajemnym związkom między tożsamością narodową a konstytucyjną. Mówiąc o tej kwestii zapewne wszyscy zgodzimy się z tym, że ta pierwsza jest pojęciem daleko szerszym niż druga z nich. Tożsamość narodowa to język, kultura, wspólnota losów historycznych, zwyczaje włącznie z sposobami życia i odżywiania się oraz wieloma innymi rzeczami, które nie mają nic wspólnego z instytucjami polityczno-prawnymi. Z drugiej jednak strony w nowożytnych państwach przywiązanie do wielu instytucji prawnych i państwowych stają się coraz ważniejszym składnikiem tożsamości narodowej. Amerykanie twierdzą wprost, że tym, co łączy ich najbardziej, jest nie etniczność, język, czy religia, ale właśnie wspólna tożsamość konstytucyjna, wspólna wiara w to, że ich instytucje dobrze chronią wolność i że w związku z tym należy je pielęgnować i umacniać¹¹. W gruncie rzeczy to do doświadczeń amerykańskich nawiązuje słynna koncepcja J. Habermasa odróżnienia narodu w sensie etnicznym (*Volksnation*) i narodu obywatelskiego (*Bürgernation*) oraz związana z tym ostatnim idea patriotyzmu konstytucyjnego, w którym przywiązanie do wspólnych instytucji i praw obywatelskich, a nie więzy krwi miałyby być spoiwem łączącym różne ludy i narody UE¹². W przekonaniu niektórych, niezbyt moim zdaniem uzasadnionym, w prawie unijnym pojęcia tożsamości narodowej i konstytucyjnej są nawet identyczne¹³. Jak jednak już wskazywałem, nie wszystkim ludom było dane zachować lub wykształcić swoją tożsamość konstytucyjną. Polacy, a przynajmniej ich większość, przez lata zaborów, nazistowskiej i komunistycznej okupacji starannie pielęgnowali swoją tożsamość narodową

11 P. Arnn, *Constitution, Character, and National Identity*, „Heritage Lectures” No 891 (b.m. i d.); G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity...*, op. cit., s. 368. Już Edmund Burke określał tożsamość narodową „as correspondence in laws, customs, manners and habits of life” (*The Philosophy of E. Burke, Selection from his Speeches and Writings*, Ann Arbor (Michigan) 1960, s.102).

12 J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1999, s. 141; idem, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa. Rozważania nad przyszłością Europy*, Warszawa 1993, s. 9, 17.

13 Tak L. Besselink, *National and Constitutional Identity Before and After Lisbon*, „Utrecht Law Review” 2011, s. 41; J. Pernice, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 36, 2011. Podobnie zdaje się uważać nasz TK (por. wyr. z 24.1.2010, K32/09).

i mimo prób komunistycznych władców przerobienia jej na swoją własną modłę zdołali ją zachować w nieomal nienaruszonym stanie. Nie zdołaliśmy jednak, podobnie zresztą jak wiele innych ludów poddanych komunistycznemu panowaniu, obronić, a właściwie wykształcić swojej tożsamości konstytucyjnej i dzisiaj musimy próbować zbudować ją na nowo. Nie ma w tym zresztą nic dziwnego, ponieważ tożsamość narodowa może być kultywowana w zaciszu ludzkich domów, podczas gdy tożsamość konstytucyjna zachowuje swoją żywotność tylko wtedy, gdy może być praktykowana w życiu publicznym. Z moich wywodów wynika prosty wniosek, że tożsamość konstytucyjna nie jest immanentnym składnikiem tożsamości narodowej i są narody, które ją utraciły, a nawet nigdy jej nie miały¹⁴.

Mówiąc o wzajemnych relacjach między tożsamością narodową i „konstytucyjną”, warto jest wreszcie odróżnić dwa całkowicie odmienne modele konstytucjonalizmu, które nazwiemy **konstytucjonalizmem preskryptywnym** i **konstytucjonalizmem konstruktywistycznym**. Istotą konstytucjonalizmu preskryptywnego jest zasada ciągłości. Państwo, które wstąpiło na ścieżkę rządów konstytucyjnych stale doskonali swoje instytucje polityczno-prawne w nawiązaniu do rodzimych tradycji i historycznie ukształtowanej tożsamości narodowej swoich obywateli. Modelem konstytucjonalizmu preskryptywnego w oczach E. Burke, twórcy tego pojęcia¹⁵, był konstytucjonalizm brytyjski, ale wbrew jego przewidywaniom również Francja z chwilą obalenia *Ancien régime* rozwijała swoje instytucje polityczno-prawne zgodnie z wzorcem konstytucjonalizmu preskryptywnego. Rdzeniem konstytucjonalizmu francuskiego, mimo obowiązywania we Francji bardzo wielu konstytucji, od samego początku była Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 i po dzień dzisiejszy stanowi ona część składową obecnie obowiązującej

-
- 14 Tak piszą na przykład o Rosji, Bułgarii i Ukrainie: K. von Byone, *The Russian Constitutional Court in a Uneasy Triangle between President, Parliament and Regions*; N. Ganew, *The Rise of Constitutional Adjudication in Bulgaria*; K. Wolczuk, *The Constitutional Court of Ukraine. The Politics of Survival* – wszystkie teksty w tomie *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, red. W. Sadurski, The Hague-New York 2002; S. Katz, *Konstytucjonalizm w Europie Środkowo-Wschodniej. Kilka negatywnych lekcji*, <URL=http://www.hnet.org/-eopolska/Konstytucjonalizm/Roz1/konstytucjonalizm.htm>.
- 15 *The Philosophy of E. Burke*, op. cit., s. 173-212. Pojęcie *prescription* w *common law* to instytucja, według której sam fakt istnienia przez długi okres czasu określonego stanu rzeczy lub wykonywania określonej praktyki tworzy prawo do niej (por. ibidem, s. 210). Znakomitym stadium konstytucjonalizmu preskryptywnego jest praca G. J. Jacobsohna, *Constitutional Identity*, op. cit.

konstytucji z 1958 roku. Zgodnie z zasadą preskryptywizmu kształtował się również konstytucjonalizm amerykański, który od ponad 200 lat polega na ciągłym doskonaleniu zasad zapisanych w konstytucji z 1787 roku. Dobrze istotę tego konstytucjonalizmu oddaje idea integralnej teorii prawa R. Dworquina, w której rozwój prawa porównuje się do pisania powieści, do której każde następne pokolenie dopisuje dalszy ciąg, starannie dbając o zachowanie ciągłości narracji. Konstytucjonalizm preskryptywny przyzwyczajając nieraz przez wieki władzę i obywateli do respektowania stałych zasad w życiu publicznym, sprzyja niewątpliwie najbardziej wykształceniu się żywej tożsamości konstytucyjnej i czyni ją częścią świadomości zwykłych obywateli¹⁶.

Przeciwieństwem konstytucjonalizmu preskryptywnego jest konstytucjonalizm konstruktywistyczny, w którym kształtujemy tożsamość konstytucyjną wedle z góry ustalonego projektu i w oderwaniu od historycznie ukształtowanej tożsamości narodowej obywateli¹⁷. Konstytucjonalizm konstruktywistyczny może mieć różne oblicza i polega zwykle albo na tym, że państwo poddane obcemu panowaniu musi przystosować swój ustrój do obcych dla niego praktyk i instytucji (**konstruktywizm obcego panowania**) albo na tym, że społeczeństwo zaczyna budować porządek prawny na zupełnie nowych zasadach, które stanowią zerwanie z dotychczas obowiązującym porządkiem (**konstruktywizm nowego porządku**). Jeśli Polska pod zabarami, zwłaszcza po klęsce powstania listopadowego i styczniowego, stanowi przykład konstruktywizmu obcego panowania, to Rosja sowiecka po Rewolucji Październikowej to klasyczny przykład konstruktywizmu nowego porządku. Konstytucjonalizm obcego panowania i nowego porządku mogą się zresztą ze sobą łączyć, czego dowodzą choćby losy satelickich państw Europy Wschodniej pod rządami Związku Sowieckiego. Konstytucjonalizm konstruktywistyczny w obu jego odmianach niewątpliwie nie sprzyja tworzeniu się tożsamości konstytucyjnej, która spajałaby władzę i obywateli i zwykle zmusza obywateli do kierowania się zasadami, które uważają oni za obce lub narzucone.

Warto też wskazać, że o ile konstytucjonalizm preskryptywny jest z zasady **konstytucjonalizmem rodzimych tradycji** budowanym w oparciu o rodzime wzorce ustrojowe, o tyle konstytucjonalizm konstruktywistyczny

16 Nie zajmujemy się tutaj preskryptywizmem nie-konstytucyjnym, w którym wspólna tożsamość polityczna władców i poddanych polega na tym, że ci ostatni w pełni akceptują fakt swojego zniewolenia, jak to ma na przykład miejsce w Korei Północnej i wielu innych dyktaturach totalitarnych.

17 Termin „racjonalizm konstruktywistyczny” pochodzi od Friedricha A. von Hayeka por. F. A. von Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Idea*, London 1982, s. 82.

jest zwykle, chociaż nie zawsze, (świadczy o tym przykład Rosji sowieckiej) **konstytucjonalizmem obcych zapożyczeń**, w których porządek konstytucyjny buduje się w oparciu o instytucje polityczno-prawne wykształcone w obcych krajach. W większości dokumentów konstytucyjnych znajdziemy zresztą, w różnych proporcjach, zarówno elementy konstytucjonalizmu rodzimych tradycji, jak i obcych zapożyczeń.

V. Spróbujmy teraz odpowiedzieć na pytanie, dlaczego Polakom nie udało się wykształcić tożsamości konstytucyjnej, która by spajała władzę i wszystkich Polaków w ich poczynaniach w życiu publicznym. W moim przekonaniu istnieją trzy najważniejsze powody, dla których Polakom nie udało się wykształcić wspólnej tożsamości konstytucyjnej:

- skomplikowana logika naszych losów historycznych, którą można nazwać logiką krótkich okresów wolności i długich okresów zniewolenia.
- rozszczępienie społeczeństwa polskiego na tych, którzy godzili się z obcym panowaniem i tych, którzy chcieli się od niego wyzwolić,
- destrukcyjny wpływ rządów komunistycznych i klonowanie się etosu komunistycznego w III RP.

Jeśli przyjmiemy, zgodnie zresztą z poglądem dominującym wśród historyków i konstytucjonalistów, że aktem założycielskim polskiego konstytucjonalizmu była konstytucja 3 maja¹⁸, to można wyróżnić następujące etapy rozwoju naszego konstytucjonalizmu:

18 Można oczywiście polemizować z tym stanowiskiem i twierdzić, że załączki polskiego konstytucjonalizmu, a mówiąc ściślej konstytucjonalizmu szlacheckiego, do którego w gruncie rzeczy należała również Konstytucja 3 maja, są dużo wcześniejsze i wiążą się z instytucją praw kardynalnych i fundamentalnych, które określały podstawowe prawa i przywileje stanu szlacheckiego i zarazem wyznaczały granice władzy królewskiej por. Z. Szcząska, *Ustawa Rządowa z 1791 roku*, [w:] *Konstytucje Polskie*, t. I, red. M. Kallas, Warszawa 1990, s. 20; A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, Lublin 1996, s. 9. Nie ulega jednak wątpliwości, że to właśnie Konstytucja 3 maja gwarantowała wszystkie podstawowe zasady rządów konstytucyjnych z trójpodziałem władzy, wolnościami religijnymi, wolnością słowa i druku oraz nietykalnością osobistą i nienaruszalnością własności. Warto też wziąć pod uwagę, że przy jej opracowaniu uwzględniono wszystkie najważniejsze dokumenty zachodniego konstytucjonalizmu z amerykańską Konstytucją z 1787 i francuską Deklaracją Praw Człowieka i Obywatela oraz podstawowymi zasadami monarchii konstytucyjnej w Anglii na czele – por. Z. Szcząska, *Ustawa...*, op. cit., s. 58, W. Uruszczak, *Konstytucja 3 maja 1791 r. Testament polityczny I RP*, „Przegląd Sejmowy” 2, 2011.

1. okres Konstytucji 3 maja,
2. okres zaborów z Konstytucją Księstwa Warszawskiego z 1807, a następnie Królestwa Polskiego z 1815 roku,
3. okres II RP z Konstytucją Marcową z 1921 i Konstytucją Kwietniową z 1935 roku,
4. okres PRL, którego najważniejszym momentem konstytucyjnym było uchwalenie Konstytucji z 1952,
5. okres III RP, który rozpoczyna się w roku 1989 i w którym dochodzi do uchwalenia Konstytucji z 1997 roku¹⁹.

Przedstawiona periodyzacja losów polskiego konstytucjonalizmu to oczywiście obraz bardzo schematyczny i uproszczony. Obraz ten jest uproszczony, ponieważ jest oczywiste, że na przykład Polska rozbiorowa przechodziła różne koleje dziejowe i znajdowała się w zupełnie innym punkcie rozwojowym w okresie obowiązywania Konstytucji Księstwa Warszawskiego, która niosła ze sobą podstawowe idee konstytucjonalizmu oświeceniowego inspirowane francuską Deklaracją Praw Człowiek i Obywatela z 1789 roku²⁰. Podobnie zresztą było w początkowym okresie Królestwa Polskiego, którego konstytucja, mimo że oparta o unię personalną z Rosją, była uważana za jeden z najbardziej liberalnych dokumentów w absolutystycznej naówczas Europie, a w zupełnie innym punkcie rozwojowym znalazła się Polska po upadku Powstania Listopadowego, a jeszcze bardziej po upadku Powstania Styczniowego, kiedy to rozpoczyna się proces demontowania pozostałości polskiej autonomii i ostatecznego integrowania ziem polskich z państwami zaborczymi (rusyfikacja, germanizacja)²¹. Podobnie PRL przechodziła różne etapy rozwojowe i mimo wszystko trudno jest, porównywać okres stalinowski czy nawet czas rządów Gomułki z okresem lat 80, gdy „Solidarność” zaczęła wywierać ogromny wpływ na kształtowanie się świadomości politycznej i prawnej Polaków. W naszej historii krótkim, ale najbardziej żywotnym okresem rozwoju rządów konstytucyjnych był niewątpliwie okres międzywojenny, którego najważniejszymi etapami konstytucyjnymi była konstytucja marcowa

19 Przedstawiona periodyzacja jest dość powszechnie przyjmowana w literaturze, por. A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu...*, op. cit.; *Konstytucje Polskie*, t. I-II, op. cit.

20 Art. 4 tej konstytucji mówił „Znosi się niewolę. Wszyscy obywatele są równi wobec prawa. Stan osób pozostaje pod opieką trybunałów” – szerzej M. Kallas, *Ustawa Konstytucyjna Księstwa Warszawskiego*, [w:] *Konstytucje Polskie*, t. I, op. cit.

21 Szeroko na ten temat A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu...* op. cit.; *Konstytucje Polskie*, t. I, op. cit.; H. Izdebski, *Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z 1815 roku*, [w:] *Konstytucje Polskie*, t. I, op. cit., s. 181 i n.

i kwietniowa²². Obydwie te konstytucje akceptowały wszystkie podstawowe zasady rządów konstytucyjnych z tym, że konstytucja marcowa była oparta na modelu rządów parlamentarno-gabinetowych, podczas gdy jej następczyni, w odpowiedzi na brak stabilności politycznej, permanentne kryzysy parlamentarne i upadki kolejnych gabinetów, opowiedziała się zdecydowanie za modelem silnej władzy prezydenckiej, któremu początek dała zresztą już nowela sierpniowa z 1926 roku. Nie chcemy się tutaj zajmować analizą oskarżeń konstytucji kwietniowej o to, że wprowadzała rządy „silnej ręki”, rządy autorytarne a nawet rządy faszystowskie (tak określał konstytucję kwietniową Manifest PKWN), tym bardziej, że zarzuty te były najczęściej podnoszone przez komunistycznych ideologów, którzy licytowali się w służalczej apologii konstytucji z 1952 roku. Jeśli zdamy sobie sprawę, w jakiej sytuacji znalazła się Polska w latach 30, w Europie ogarniętej kryzysami gospodarczymi, zagrożeniem ze strony hitlerowskich Niemiec i stalinowskiej Rosji²³, jeśli uświadomimy sobie, jak zachowali się komuniści po tym, jak Rosja sowiecka napadła na ledwo odrodzoną Polskę i co zrobili komuniści z Polską po drugiej wojnie światowej, to Piłsudskiego i sanację można oskarżać co najwyżej o to, że nie postępowali dość radykalnie, by zapobiec komunistycznej katastrofie. Konstytucja kwietniowa jest ponad wszelką wątpliwość konstytucją rządów konstytucyjnych, ponieważ akceptowała ona wszystkie podstawowe instytucje rządów konstytucyjnych z szerokim katalogiem praw obywatelskich, które przejęła z konstytucji marcowej i instytucje te w ogromnej większości przypadków były podstawą praktyki politycznej ówczesnego państwa polskiego. Jeśli więc nawet uznamy, że w czasie rządów J. Piłsudskiego i sanacji spotykaliśmy się ze zjawiskami, które mogą być rozmaicie oceniane z punktu widzenia zasad konstytucyjnych, to nikt rozsądny nie może zaprzeczyć, że rządy te mieściły się w paradygmacie rządów konstytucyjnych. Ktoś, kto w to wątpi, niech porówna sobie, jak wyglądały obrady parlamentarne, wybory, wolność słowa czy druku, nie mówiąc już o wolnościach gospodarczych w czasach Sanacji, a jak w czasach PRL. Próby legitymizowania konstytucji stalinowskiej i ustroju komunistycznego przykładem konstytucji kwietniowej i rządów Sanacji są po prostu śmieszne. Kres idei rządów konstytucyjnego przynosi więc dopiero II wojna światowa i powstanie PRL.

Jeśli więc – mimo powyższych uproszczeń – zgodzimy się z przedstawioną wyżej periodyzacją, to staje się oczywiste, że nasze losy historyczne

-
- 22 Ogólnie na ten temat A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu...*, op. cit., s. 69 i n.; S. Krukowski, *Konstytucja RP z 1921 roku*, [w:] *Konstytucje Polskie*, t. II, op. cit.
- 23 Trafnie podnosi to m.in. J. Czajkowski, *Senat w Konstytucji z 23 kwietnia 1935 roku*, „Przegląd Sejmowy” nr 2, 2005, s. 65. W tym numerze „Przeglądu Sejmowego” znajduje się szereg innych studiów poświęconych Konstytucji kwietniowej.

podpadają pod **logikę krótkich okresów wolności i długich okresów obcego panowania**. Wystarczy tylko zdać sobie sprawę z tego, że konstytucja 3 maja egzystowała raczej w sferze pamięci historycznej niż w praktyce politycznej, a zabory trwały przez ponad półtora wieku, że okres międzywojenny trwał zaledwie 20 lat, podczas gdy panowanie komunistów prawie 45 lat, by uzmysłowić sobie zasadność sformułowanej wyżej tezy. Logika krótkich okresów wolności i długich okresów niewoli niewątpliwie nie sprzyjała, a w niektórych okresach wręcz niweczyła możliwości budowania rządów konstytucyjnych i tworzenia na ich podstawie wspólnej dla władz i społeczeństwa tożsamości konstytucyjnej.

Drugi powód, dla którego Polakom nie udało się ukształtować wspólnej tożsamości konstytucyjnej, stanowi poniekąd konsekwencję opisanej wyżej logiki naszych losów historycznych. Możemy bowiem przyjąć, że w zasadzie w każdej wspólnocie politycznej, która przez długi okres jest poddana obcemu panowaniu w nieuchronny sposób dochodzi do **rozszczenia społeczeństwa** na tych, których zachowali pamięć swojego państwa jako podmiotu suwerennego i chcieli o takie państwo walczyć oraz tych, którzy porzucili marzenia o niepodległości i widzieli swój los w ramach struktur politycznych, które wytworzyło obce panowanie²⁴. W dramatyczny sposób ujął to J. Rymkiewicz w swoim słynnym wywiadzie. „Polskość to nasze szczęście”, gdy pisał o dwóch narodach Polaków, które mentalnie już od kilkuset lat oddzieliły się od siebie, mianowicie o narodzie patriotów i narodzie kolaborantów²⁵. Podział, o którym mówi J. Rymkiewicz bez trudu można dostrzec w podziale na tych, którzy wspierali Konstytucję 3 maja, a potem Insurekcję Kościuszkowską i tych, którzy zatwierdzili na Sejmie nasze rozbiory i opowiedzieli się za Targowicą; na tych, którzy dążyli do niepodległości i wznieśli powstanie listopadowe i styczniowe oraz tych, którzy przez lata zaborów współpracowali z zaborcą. Nawet w okresie II RP, gdy Polska odzyskała niepodległość, naród kolaborantów nie wymarł do końca. Przypomnijmy sobie tylko KPRP i KPP oraz ich zwolenników, którzy dążyli do likwidacji państwa polskiego i przyłączenia go do Rosji sowieckiej czynnie wspierając jej najazd na Polskę w latach 1919–1920. Ten podział odrodził się wreszcie w dramatyczny sposób w czasach PRL i trwa po dzień dzisiejszy, dzieląc Polaków na tych, którzy wiernie współpracowali z komunistyczną władzą i tych, którzy czynnie lub biernie związali się z opozycją, widząc szanse Polaków w budowie suwerennego i opartego na poszanowaniu praw człowieka państwa²⁶.

24 Ludy kaukaskie czy bałtyckie to inne przykłady sformułowanej wyżej tezy.

25 J. M. Rymkiewicz, *Polskość to nasze szczęście*, „Uważam Rze” nr 22, 2011.

26 Podział ten z całą pewnością nie oddaje złożoności ludzkich postaw, które bardzo często nie dają się w tak prosty sposób opisać, ale moim

Najbardziej jednak destrukcyjny dla idei rządów konstytucyjnych, a tym samym dla kształtowania się tożsamości konstytucyjnej Polaków był niewątpliwie **okres rządów komunistycznych**²⁷. Konstytucja PRL i inne ustawy komunistycznego państwa uchylły niemal wszystkie zasady rządów konstytucyjnych, a tych, których władza komunistyczna zwykle z pragmatycznych powodów zdecydowała się nie uchylać, zostały unicestwione w praktyce politycznej. Zniesiono nie tylko podstawy polityczne rządów konstytucyjnych, likwidując opozycję i wolne wybory oraz unieważniając niemal wszystkie prawa i wolności obywatelskie z wolnością słowa i zrzeszania się oraz instytucjami społeczeństwa obywatelskiego na czele, podważono wreszcie podstawy ekonomiczne rządów konstytucyjnych, likwidując wolny rynek i swobodę działalności gospodarczej. Myślę, że nie było drugiego w historii współczesnej ustroju, wliczając w to ustrój państw faszystowskich, który by okazywał tyle pogardy dla prawa i to przede wszystkim on wykorzenił ideę rządów konstytucyjnych i rządów prawa ze świadomości Polaków²⁸. Nie chcę się tutaj rozwodzić nad losami politycznymi PRL, ponieważ są one powszechnie znane. Zajmijmy się tylko tymi elementami rządów komunistycznych, które nadal wywierają destrukcyjny wpływ na kształtowanie się rządów konstytucyjnych, a wraz z nimi tożsamości konstytucyjnej Polaków. Jak sądzę, na uwagę zasługują tutaj przede wszystkim trzy następujące czynniki. Po pierwsze, rządy komunistyczne wykopały przepaść między państwem i obywatelami i po dzień dzisiejszy w świadomości wielu Polaków władza i społeczeństwo

zadaniem nie jest ani oskarżanie, ani tłumaczenie kogokolwiek, a jedynie opisanie pewnej logiki losów historycznych.

- 27 Porażający obraz rządów komunistycznych przedstawia w szczególności A. Podgórecki, *Polish Society*, Westpoint-Connecticut-London 1994, idem, *Polish Communist and Post-Communist Nomenklaturas*, [w:] *Totalitarian and Posttotalitarian Law*, red. A. Podgórecki, V. Olgiati, Dartmouth 1996. Na ten temat także A. Czarnota, *Constitutionalism, Nationalism and the Law. Reflections on Law and Collective Identities in Central European Transformation*, [w:] *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998; M. Łoś, A. Zybertowicz, *Is Resolution a Solution? State Crimes in Communist and Post-communist Poland (1980–1995)*, [w:] *The Rule of Law after Communism*, red. A. Czarnota, M. Krygier, Dartmouth 1998; M. Łoś, *In the Shadow of Totalitarian Law. Law-Making in Post-Communist Poland*, [w:] *Totalitarian and Posttotalitarian Law*, red. A. Podgórecki, V. Olgiati, Dartmouth 1996.
- 28 Najbardziej radykalnym potępieniem rządów komunistycznych w polskim prawodawstwie była niewątpliwie uchwała Senatu z 16 kwietnia 1998 roku, w której uznano PRL za państwo totalitarne, a jego konstytucję za nielegalną.

należą do innych i wrogich sobie światów. W konsekwencji państwo nie ufa obywatelom, a obywatele nie ufają państwu i nie są skłonni do współdziałania dla dobra publicznego. Po drugie, rządy komunistyczne w dramatyczny sposób pogłębiły podział na tych, którzy byli „za” i tych, którzy byli „przeciw” i podział ten nadal głęboko tkwi w ludzkich sercach i utrudnia wypracowanie wspólnych standardów życia publicznego. Po trzecie, polityka, która „wspaniałomyślnie” wybaczała wszystkim i wszystkim, doprowadziła do sklonowania komunistycznego etosu, który stał się podstawą funkcjonowania III RP. W ten sposób mentalność elit PRL, które praktycznie w nienaruszonym stanie zachowały swoje pozycje w nowym ustroju, staje się mentalnością elit w III RP i te ostatnie powielają w swoich zachowaniach wzorce zachowania, które odziedziczyły po tych pierwszych. Dramatyczne jest przy tym to, że zjawisko to dotyczy wszystkich poziomów życia obywatelskiego, poczynając od zwykłych zakładów pracy i organizacji społecznych, poprzez uniwersytety, instytucje wymiaru sprawiedliwości i samorządy, a na samych wierzchołkach władzy państwowej kończąc. Nie powinniśmy lekceważyć tego zjawiska, bo prowadzi ono do tego, że kształtująca się tożsamość konstytucyjna młodych Polaków staje się od samego początku tożsamością zniekształconą, a młodzi Polacy, którzy biorą udział w życiu publicznym, szybko przejmują, jak to ujął A. Podgórecki, mentalność swoich komunistycznych wujków.

VI. Ponowne wskrzeszenie rządów konstytucyjnych nastąpiło w Polsce wraz z wprowadzeniem w 1989 roku tzw. noweli grudniowej do konstytucji stalinowskiej. Nowela ta wprowadziła klauzulę państwa prawa, zasady pluralizmu politycznego, swobodę działalności gospodarczej i zarazem zniosła przepisy o kierowniczej roli partii oraz przyjaźni ze Związkiem Sowieckim. Punktem kluczowym nowej ery w dziejach polskiego konstytucjonalizmu stało się uchwalenie konstytucji z 1997 roku. Nie należy jednak ulegać naiwnemu złudzeniu, że samo wprowadzenie zasad i instytucji charakterystycznych dla rządów konstytucyjnych automatycznie prowadzi do stworzenia tożsamości konstytucyjnej. Łatwo jest bowiem tworzyć nowe instytucje, bardzo trudno zmieniać ludzką mentalność. Z tego to powodu A. Podgórecki nazwał Polskę lat 90 państwem posttotalitarnym mając na uwadze to, że za fasadą nowych demokratycznych instytucji przetrwały komunistyczne wzorce zachowania oparte na korupcji, faworytyzmie, nepotyzmie i porażającej służalczości tych, którzy biorą udział w życiu publicznym²⁹. W efekcie, chociaż w Polsce mamy praktycznie już wszystkie instytucje charakterystyczne dla państwa konstytucyjnego, nadal jednak nie mamy etosu obywatelskiego, na którym mogłoby się opierać życie publiczne.

Nie powinniśmy jednak popadać w pesymizm. Polacy powoli się przyzwyczajają do tego, że wolność słowa i zrzeszania się, niezawisłość sądów

29 A. Podgórecki, *Polish Society...*, op. cit., s. 109.

i wybieralność najważniejszych organów w państwie jest czymś normalnym i wspólnym dla nas wszystkich, czymś, czego powinniśmy wszyscy bronić niezależnie od dzielących nas różnic politycznych i światopoglądowych. Miejmy nadzieję, że Polacy zaczną się również przyzwyczajać do tego, że korupcja, kłamstwo i służalczość nie jest czymś normalnym w życiu publicznym i coraz więcej z nas nie będzie chciało powrotu do takiej „normalności”. Myślę, że wszyscy powinniśmy podjąć trud, by zasady te stały się niewzruszalną podstawą naszego życia publicznego. Proces ten dokonuje się na naszych oczach i dzisiaj możemy powiedzieć, że Polacy w zasadzie osiągnęli już zgodę, co do uznania podstawowych zasad ustroju konstytucyjnego i obecnie nie toczą już sporów o to, czy Polska ma być państwem konstytucyjnym, ale spierają się o to, na jakim modelu państwa konstytucyjnego powinniśmy oprzeć życie publiczne w naszym kraju. Gdyby nawiązać do używanej w tej pracy terminologii, to można powiedzieć, że spór toczy się obecnie już nie o cechy uniwersalne rządów konstytucyjnych, ale o ich cechy swoiste dla naszego państwa. Nie jest to jednak spór łatwy i wystarczy sobie tylko przypomnieć, że Konstytucja z 1997 roku została uchwalona przy stosunkowo niewielkiej frekwencji wyborczej (43%) i bardzo nieznaczną większością głosów (za przyjęciem tej konstytucji głosowało zaledwie 52,70% , a przeciw aż 45,90% Polaków , co oznacza, że tylko 6,4 mln Polaków uznało konstytucję za swoją, a 5,6 mln ją odrzuciło), by zdać sobie sprawę, że proces kształtowania tożsamości konstytucyjnej Polaków toczy się dalej i przybiera nieraz dramatyczne formy wyrazu. Spór ten przebiega na bardzo różnych płaszczyznach i dotyczy zarówno form ustrojowych naszego państwa, jak i jego podstawowych założeń aksjologicznych. Myślę jednak, że podstawowym sporem Polaków jest **spór o liberalną i republikańską** wizję naszego państwa, gdyż w gruncie rzeczy to rozstrzygnięcie tego sporu przesądza o tym, w jaki sposób będziemy rozstrzygać cały szereg naszych sporów w sprawach bardziej szczegółowych dotyczących choćby lustracji, udziału Kościoła i religii w życiu publicznym, naszego miejsca w UE, aborcji czy eutanazji. Mając na uwadze fakt, że zarówno liberalizm, jak i republikanizm występuje w wielu historycznych i lokalnych odmianach³⁰, naszkicujemy tutaj tylko pewien model ustroju liberalnego i republikańskiego, który zdaje się pasować do rzeczywistości polskiej.

W myśl liberalnej koncepcji państwa, jest ono instytucją, która ma stać na straży praw i wolności swoich obywateli oraz gwarantować porządek społeczny. Państwo winno pozostawiać obywatelom wolną przestrzeń społeczną i zasadniczo nie ingerować w to, w jaki sposób oni ją zagospodarują. Państwo liberalne jest programowo neutralne w sprawach religijnych, etycznych i światopoglądowych i nie wspiera otwarcie żadnego światopoglądu

30 J. Gray, *Po liberalizmie: eseje wybrane*, przeł. P. Maciejko, P. Rymarczyk, Warszawa 2001, s. 371 i n.; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 167 i cyt. tam literatura.

i żadnej religii, nawet gdyby był to światopogląd i religia ogromnej większości jego obywateli. Jak powiedzieliśmy, liberalizm podobnie jak każda inna ideologia ma swoje historyczne i narodowe odmiany³¹. W przypadku polskim zwolennicy państwa liberalnego są zwykle zwolennikami parlamentar-no-gabinetowej formy rządu, wspierają prowadzenie przez rząd umiarkowanej polityki społecznej (polski liberalizm jest przeto bardziej odmianą *liberal welfare state* niż radykalnej wersji neoliberalizmu, co jest zresztą typowe dla całej Europy), a w sprawach światopoglądowych przeważają wśród nich zwolennicy rozdziału Kościoła od państwa i umiarkowanego udziału tego ostatniego w sprawach publicznych. Ich stosunek do lustracji i dekomunizacji jest raczej sceptyczny, chociaż spotkamy wśród nich zarówno jej zwolenników, jak i zdecydowanych przeciwników. W sprawach integracji europejskiej wśród liberałów zdecydowanie przeważają euroentuzjaści. Jeśli chodzi o sprawy historyczne, to liberałom znacznie bliższa jest tradycja konstytucji marcowej niż konstytucji kwietniowej. Ze względu na słabość rodzimych tradycji liberalnych konstytucjonalizm liberalny jest w Polsce wyraźnie konstytucjonalizmem obcych zapożyczeń, co w praktyce oznacza, że zwolennicy rządów liberalnych chętnie i często korzystają ze sprawdzonych w zachodnich demokracjach instytucji i rozwiązań ustrojowych³². W Polsce opcję liberalną reprezentuje przede wszystkim PO, chociaż liberalizm ma również wielu zwolenników wśród ludzi wspierających lewicę, zwłaszcza ludzi młodego pokolenia. Wydaje się również, że to przede wszystkim w duchu *liberal welfare state* została sformułowana konstytucja z 1997 roku.

Republikańska wizja państwa to wizja państwa jako wspólnoty obywateli powiązanych więzami solidarności, którzy uznają, że realizacja praw i interesów jednostki powinna być podporządkowana dobru wspólnemu wszystkich obywateli. Republikańska wizja państwa zakłada, że obywatel jest nie tylko podmiotem praw, ale również podmiotem obowiązków, a przywiązanie obywateli do swojego państwa winno się manifestować również w rzetelnym wykonywaniu obowiązków. Republikanie chcą budować ustroj państwa na fundamencie moralnym i przywiązują ogromną wagę do propagowania w życiu publicznym typowych cnót republikańskich, takich jak patriotyzm, solidarność, poświęcenie dla dobra wspólnego. Republikanie uznają, że państwo winno chronić tożsamość narodową swoich obywateli i deklarują przywiązanie do rodzimych tradycji. W życiu społecznym wspierają tradycyjną rodzinę, widząc w niej podstawowe oparcie dla krzewienia wartości

31 Szeroko na ten temat, J. Gray, *Po liberalizmie...*, op. cit., s. 371.

32 W. Sadurski, *Prawo przed sądem: studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008, s. 78; A. Młynarska-Sobaczewska, *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s. 158.

moralnych i wychowywania młodych pokoleń w duchu republikańskim. Republikanie twierdzą, że państwo nie powinno być neutralne w sprawach światopoglądowych, etycznych czy religijnych, lecz powinno otwarcie bronić tych wartości, od których zależy tożsamość i integralność danej wspólnoty. Zdaniem republikanów rządu prawa zobowiązują wprawdzie każde państwo konstytucyjne do respektowania pluralizmu i tolerancji, ale z zasad rządu konstytucyjnego wcale nie wynika, że państwo nie może bronić tych wartości, za którymi opowiada się większość obywateli i które stanowią o ich tożsamości narodowej. W naszym kraju republikanie wspierają raczej silną władzę wykonawczą niż silny parlament, opowiadają się za konstytucjonalizacją praw socjalnych i aktywną polityką społeczną państwa, zwłaszcza w obronie najsłabszych warstw społeczeństwa. Bronią prawa Kościoła do aktywnego udziału w sprawach publicznych i społecznych, widząc w Kościele najważniejszego sprzymierzeńca w dziele wspierania dobra wspólnego, umacniania tożsamości narodowej oraz krzewienia tych wartości moralnych, na których powinno się opierać życie społeczne. Zasady moralne, których bronią republikanie w życiu publicznym, skłaniają ich zdecydowanie do przeprowadzenia lustracji i dekomunizacji oraz wyeliminowania z życia publicznego przynajmniej tych, którzy są odpowiedzialni za czyny, które stanowią rażące pogwałcenie zasad rządów konstytucyjnych. W sprawach europejskich republikanie opowiadają się także za integracją europejską, chociaż przyznać trzeba, że w ich szeregach jest bardzo wielu eurosceptyków, a nawet przeciwników integracji europejskiej. W każdym jednak przypadku republikanie uważają, że integracja europejska nie może prowadzić do utraty suwerenności przez państwo polskie lub zagrażać tożsamości narodowej jego obywateli. Suwerenność państwa jest dla polskich republikanów dobrem najwyższym. Polskim republikanom niewątpliwie bliższa jest idea konstytucjonalizmu rodzimych tradycji niż konstytucjonalizmu obcych zapożyczeń, ale są oni gotowi do korzystania również z obcych rozwiązań ustrojowych, jeśli te nie zagrażają suwerenności państwa i tożsamości narodowej jego obywateli. Gdybyśmy się zwrócili do naszych tradycji konstytucyjnych, to myślę, że republikanom bliższa jest ta wizja porządku konstytucyjnego, która została zaprojektowana w konstytucji kwietniowej niż ta, na której opiera się konstytucja marcowa. Jak sądzę, w Polsce do ducha republikanizmu nawiązuje przede wszystkim program PiS i innych partii prawicowych.

Wbrew potocznym przekonaniom republikańska wizja państwa i konstytucji jako instrumentu obrony dobra wspólnego jest znacznie starsza i ma mocniejsze oparcie w polskiej tradycji konstytucyjnej niż liberalna wizja państwa i konstytucji jako instrumentu ochrony praw jednostkowych. Wynika to nie tylko z tego faktu, że tradycja republikańska jest w ogóle tradycją starszą, bo jej początki sięgają już czasów starożytnych i myśli Arystotelesa, podczas gdy tradycja liberalna rozpoczyna się właściwie dopiero w XVIII wieku, ale przede wszystkim z historycznej genezy naszego konstytucjonalizmu,

który opierał się przede wszystkim na zasadach republikańskich. Do tradycji republikańskiej nawiązywała już Konstytucja 3 maja³³, z tradycji republikańskiej wywodzi się zresztą sama nazwa naszego państwa jako rzeczy wspólnej wszystkich obywateli, bronili tej tradycji działacze niepodległościowi w czasach zaborów, na niej opierała się konstytucja kwietniowa, która w art.1 odwoływała się do samych fundamentów doktryny republikanizmu³⁴. Nie odrzuciła jej całkowicie również konstytucja marcową i konstytucja z roku 1997. Przypomnijmy tylko, że rozdział V konstytucji marcowej rozpoczynał się nie od praw, ale od obowiązków obywatela wobec swojej Ojczyzny. Wprawdzie w rozdziale II konstytucji z 1997 roku jest dokładnie odwrotnie, ale nawet ta konstytucja w art.1 cytuje świętą formułę republikanizmu, że państwo „jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, a wśród obowiązków obywateli na pierwszym miejscu wymienia „wierność RP oraz troskę o dobro wspólne” (art.82)³⁵. Zakorzenie polskiego konstytucjonalizmu w doktrynie republikanizmu nie trudno jest zresztą zrozumieć. Obywatele państwa, którego byt suwerenny był stale zagrożony, dobrze rozumieli, że obrona państwa jest rzeczą ważniejszą niż interesy jednostkowe i że bez suwerennego państwa prawa i wolności Polaków będą zagrożone.

VII. Trudno jest dzisiaj powiedzieć, jak się zakończy polska wojna o ludzkie umysły i ideały. Jeszcze raz chciałbym podkreślić, że najważniejsze w tej wojnie jest dla nas to, że obydwie strony zaakceptowały fundamentalne pryncypia rządów konstytucyjnych z podstawowymi prawami i wolnościami obywatelskimi, wolnymi wyborami i własnością prywatną na czele i to na ich gruncie Polacy toczą wojnę o wartości i ideały, na których winno opierać się nasze życie publiczne. Piszący te słowa nie ukrywa, że bliższa jest mu wizja

33 Przypomnijmy tylko następujące słowa z preambuły konstytucji 3 maja: Uznając, iż los nas wszystkich od ugruntowania i wydoskonalenia konstytucji narodowej jedynie zawisł (...), dla dobra powszechnego, dla ugruntowania wolności, dla ocalenia Ojczyzny naszej i jej granic, z największą stałością ducha niniejszą konstytucję uchwalamy.

34 Art. 1

(1) Państwo Polskie jest wspólnym dobrem wszystkich obywateli.

(2) Wskrzeszone walką i ofiarą najlepszych swoich synów ma być przekazywane w spadku dziejowym z pokolenia w pokolenie.

(3) Każde pokolenie obowiązane jest wysiłkiem własnym wzmocnić się i powagę Państwa.

(4) Za spełnienie tego obowiązku odpowiada przed potomnością swoim honorem i swoim imieniem.

35 Podobnie odwołująca się do katolickich korzeni konstytucja Irlandii z 1937 roku – por. A. Młynarska-Sobaczewska, *Autorytet państwa...*, op. cit., s. 203.

republikańska rządów konstytucyjnych i wydaje mu się też, że jest ona zdecydowanie bliższa większości Polaków. Kryzys liberalizmu jest zresztą widoczny nie tylko w Polsce. Liberalizm nie spełnił pokładanych w nim nadziei i nawet liberałowie dostrzegają, że ich doktryna wymaga republikańskiej korekty³⁶. W gruncie rzeczy republikańskim duchem ożywione są też reformy UE zawarte w Traktacie lizbońskim, który gwarantuje wszystkim państwom i narodom UE prawo do kultywowania własnej tożsamości narodowej i konstytucyjnej. Liberalna koncepcja indywidualnych praw człowieka zamiast bronić sprawiedliwości, wolności ludzi słabych i wydziedziczonych stała się dzisiaj instrumentem uzasadniania żądań klasy biznesmenów i coraz bardziej absurdalnych roszczeń ekstremistów politycznych. W naszym kraju stała się ona także sprawnym narzędziem ochrony komunistycznych oprawców i w gruncie rzeczy podważa ona stanowiące fundament każdej demokracji prawo większości do samostanowienia o podstawowych sprawach życia społecznego i politycznego w swoim własnym kraju³⁷. W duchu republikańskim została napisana nowa konstytucja Węgier z dnia 25 kwietnia 2011 r.³⁸. Do ideałów republikanizmu, wspólnotowego i opartego na ideałach solidarności społecznej charakteru państwa węgierskiego, jego szacunku wobec tradycji, religii i rodziny nawiązuje się w wielu punktach tej konstytucji, a w szczególności w stanowiącym jej część Narodowym Wyznaniu Wiary³⁹.

- 36 J. Rawls, *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Warszawa 2001, s. 19, idem, *Liberalizm polityczny*, przeł. A. Romaniuk, Warszawa 2001, s. 284; J. Raz, *Multiculturalism*, „Ratio Juris” 11, 1998, s. 194, 200. O współczesnej interpretacji republikanizmu por. w szczególności M. Sandel, *Democracy's Discontent*, Harvard–Cambridge–London 1996; M. Sandel, *Die Gerechtigkeit und das Gute*, [w:] *Bürgergesellschaft, Recht und Demokratie*, red. B. Van den Brink, W. Van Reijen, Frankfurt am Main 1995.
- 37 Nie możemy tutaj szerzej rozwijać tego wątku – na ten temat por. L. Morawski, *Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej*, „Forum Prawnicze” nr 4-5, 2011; o prawie do samostanowienia – idem, *Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów*, „Forum Prawnicze” nr 1, 2011.
- 38 Podkreślają to z naciskiem Lóránt Csink i Johanna Fröhlich (*The new Hungarian Basic Law – Preliminaries and Consequences*, „Forum Prawnicze” nr 3, 2012).
- 39 „Uznajemy, że wolność jednostki może się realizować jedynie we współdziałaniu z innymi. Uznajemy, że najważniejsze ramy naszej koegzystencji stanowią rodzina i naród, a podstawowe wartości naszego współbywania to wierność, wiara i miłość”, „Nie uznajemy komunistycznej konstytucji z 1949 roku, ponieważ stanowiła ona podstawę panowania tyranii, dlatego ogłaszamy jej nieważność”.

oraz w jej Fundamentach. Nic przeto dziwnego, że chociaż konstytucja ta uznaje wszystkie pryncypia ustroju demokratycznego oraz wszystkie prawa i wolności obywatelskie, to od samego początku stała się obiektem historycznych ataków ze strony liberalnych i lewicowych ideologów, którzy nie mogą znieść, że obok komunistów, feministek i homoseksualistów prawa mają także zwykli Węgrzy, których ogromna większość nie chce żyć w kraju, w którym o tym co słuszne i moralne mieliby decydować ci pierwsi.

W sporach o polską tożsamość konstytucyjną musimy mieć jednak pełną świadomość, że spory te będą trwały nieustannie i zawsze będą istnieć zarówno sprawy, w których Polakom uda się dojść do porozumienia, jak również sprawy, w których będą oni nadal głęboko podzieleni lub w których podzielią się na nowo. Musimy się też liczyć z tym, że nie we wszystkich sprawach wszyscy Polacy dojdą do porozumienia, byłoby to zresztą zgubne dla żywotności naszej demokracji, i obrzeża naszej tożsamości konstytucyjnej pozostaną, jak w każdym demokratycznym państwie, na zawsze nieostre i pogmatwane.

Kryzys teorii prawa oraz innych nauk prawnych w Polsce i gdzie indziej

The Crisis of Jurisprudence in Poland and Abroad

The paper analyses two different notions of science: as a set of research programs and as a social institution and it explores interactions between them. Within the first notion two competing research programs have emerged in opposition to positivistic paradigm of legal science: modern and postmodern jurisprudence. Within the second notion we may distinguish between academic and post-academic science. (J.Ziman). The main feature of the post-academic jurisprudence is increasing industrialization and politization of legal science. Jurisprudence is frequently treated as an instrument serving interests of governments, political parties, industry and commerce. In particular, politization that openly protects various political interests is the main feature of postmodern jurisprudence. However the transition from academic to post-academic science may exert devastating effect on academic ethos. In this context arises the question about the objectivity of jurisprudence which is deeply entangled with politics and industry. From this point of view, author is very sceptical about Polish and EU legal regulations.

Lech Morawski

W latach 30. ubiegłego wieku Robert Merton przypomniał powszechnie znany fakt, że historia nauki to nie tylko historia różnych paradygmatów i programów badawczych, ale również historia różnych struktur instytucjonalnych nauki¹. W końcu to banalna rzecz, że o zwycięstwie marksizmu nad liberalizmem w krajach

1 R. M. Merton, *Nauka i porządek społeczny*, [w:] idem, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, przeł. E. Morawska, J. Wertenstein-Żuławski, Warszawa 1982, s. 566.

komunistycznych zadecydowało nie to, że marksizm był lepszą, w sensie naukowym, teorią od liberalizmu; zdecydowały decyzje partii i rządów. Podobnie, dalsze trwanie w naszym kraju najbardziej ortodoksyjnej wersji pozytywizmu jest nie tyle zasługą zalet naukowych tej teorii, co postkomunistycznej profesury, która broniąc pozytywizmu, broni poniekąd swojej własnej skóry. Faktów potwierdzających tezę o ogromnym wpływie instytucji społecznych na rozwój nauki można zresztą przytoczyć bez liku. Wszystkie one dowodzą, że wszelkie próby wyjaśniania rozwoju lub upadku nauki wyłącznie w terminach rywalizacji programów badawczych lub paradygmatów są skazane na niepowodzenie. O fakcie tym jednak nie zawsze zdają się filozofowie prawa i filozofowie nauki pamiętać.

Jeśli chcemy uwzględnić wpływ struktur instytucjonalnych na rozwój nauki, to, idąc śladami Mertona, musimy wyodrębnić dwa różne pojęcia nauki, które dalej będziemy nazywać nauką jako programem badawczym albo po prostu nauką oraz nauką jako instytucją. W pierwszym rozumieniu nauka to zbiory twierdzeń, teorii oraz metod badawczych, które dzisiaj zwykliśmy nazywać programami badawczymi lub paradygmatami². W drugim rozumieniu nauka, podobnie jak państwo, prawo czy religia, to instytucja społeczna, na którą składają się uniwersytety, instytuty, towarzystwa naukowe, biblioteki, ustawy regulujące ich działalność a także ukształtowany etos naukowców, który reguluje zasady funkcjonowania wspólnoty naukowej³. Nauka nie działa w społecznej próżni, ale zawsze w jakiejś strukturze instytucjonalnej oraz w otoczeniu różnych instytucji i te struktury oraz instytucje mogą albo ułatwiać albo utrudniać jej rozwój⁴. Z tego to powodu ignorowanie wymiaru instytucjonalnego nauki jest niewybaczalnym błędem wszystkich analiz naukowych. Byłoby oczywiście wielką przesadą powiedzieć, że

-
- 2 O różnicy między tymi pojęciami dalej. Jak pokaże, pojęcie programu badawczego ulega w naukach społecznych daleko idącym przemianom i w wielu przypadkach obejmuje także programy polityczne.
 - 3 J. Ziman, *Real Science. What it is, and hat it means*, Cambridge 2000, s. 68, <URL=<http://www.scribd.com/doc/20724679/SCI-Real-Science-What-It-is-and-What-It-Means-J-Ziman>> [dostęp: 02.06.2013]; idem, *Why must scientists become more ethically sensitive than they used to be?* „Science” 4 December, vol. 282, 1998, <URL=<http://www.sciencemag.org/content/282/5395/1813>> [dostęp: 02.06.2013].
 - 4 Oddać jednak trzeba sprawę, że niektórzy filozofowie dostrzegali wagę czynników instytucjonalnych w rozwoju nauki. Dotyczy to I. Lakatosa (*Pisma z filozofii nauk empirycznych*, przeł. W. Sady, Warszawa 1995, s. 210), który wyróżnia historię wewnętrzną (rywalizacja programów badawczych) i historię zewnętrzną nauki (wpływ instytucji). To samo dotyczy prekursorskich prac P.K. Feyerabenda (*Science in Free Society*, London 1978; *Against Method*, London 1978).

o losach teorii prawa czy filozofii prawa⁵ przesądzają wyłącznie decyzje instytucjonalne, ale ich wpływ na rozwój różnych nauk prawnych jest ogromny. Myślę więc, że rozwój teorii prawa jest określony nie tylko przez wewnętrzne mechanizmy rozwoju tej nauki, a mówiąc konkretniej przez rywalizację różnych programów badawczych, ale jest wypadkową tych mechanizmów i różnych wpływów instytucjonalnych. Jeśli przy tym ewolucję współczesnej nauki prawa rozumianej jako zbiór programów badawczych znamionuje przejście od modernistycznej do postmodernistycznej jurysprudenckiej, to rozwojowi nauki instytucjonalnej odpowiada przejście od nauki akademickiej do nauki postakademickiej. Modernizm i instytucjonalne założenia nauki akademickiej ukształtowały się w czasach oświecenia, postmodernizm i etap nauki postakademickiej zaczyna się rozwijać mniej więcej w latach 60.-70. ubiegłego wieku. Trzeba jednak mocno podkreślić, że mimo tej równoległości w rozwoju, pojęcia te bynajmniej się nie pokrywają, bo cechy nauki postakademickiej mogą wykazywać nie tylko postmodernistyczne, ale także modernistyczne programy badawcze. Komercjalizacja i polityzacja to przy tym najważniejsze cechy nauki postakademickiej. Chciałbym do tego dodać, że gdy mówię o ewolucji nauki od modernistycznej do postmodernistycznej jurysprudenckiej i dalej od nauki akademickiej do postakademickiej, to bynajmniej nie utożsamiam tej ewolucji z postępem.

W tym artykule chciałbym postawić tezę, że jeżeli mówimy o kryzysie współczesnej teorii prawa i innych nauk prawnych⁶, to w moim przekonaniu jest to przede wszystkim kryzys instytucjonalny. Innymi słowy, jeśli teoria prawa znalazła się w kryzysie, to nie dlatego, że okazała się alchemią współczesnej jurysprudenckiej, która nie ma już nic interesującego do powiedzenia o współczesnym świecie, ale dlatego, że w Polsce, podobnie zresztą jak

5 W niniejszym artykule będę uznawał terminy filozofia i teoria prawa za synonimy. Zwykle uważa się, że teoria zajmuje się problemami analitycznymi i/lub empirycznymi, natomiast filozofii prawa problemami aksjologicznymi (por. J. Zajadło, *Filozofia prawa i teoria prawa we współczesnej nauce niemieckiej*, [w:] *Czy koniec teorii prawa?: z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. P. Jabłoński, Wrocław 2011, s. 225-240; J. Potrzebszcz, *Zadania współczesnej teorii i filozofii prawa w warunkach akceptacji niepozytywistycznej koncepcji prawa*, [w:] *ibidem*, s. 267-273). Nawiasem mówiąc sama nazwa „teoria prawa” jest nieprawidłowa, bo z całą pewnością konstruowane w ramach tej dyscypliny programy badawcze rzadko bywają teoriami w metodologicznym tego słowa znaczeniu. Nie trzeba dodawać, że nazwa tej dyscypliny została wprowadzona w naszym kraju, by odróżnić naukową marksistowską teorię prawa od nienaukowej burżuazyjnej filozofii prawa.

6 A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, [w:] *Czy koniec teorii...*, op. cit., s. 13-38.

w wielu innych krajach, teoria znalazła się w impasie instytucjonalnym. Zjawisko to dotyczy zresztą wszystkich nauk społecznych, które zwykło się zaliczać do nauk podstawowych, a więc do nauk, które zajmują się wytwarzaniem wiedzy naukowej ze względu na cele czysto poznawcze w przeciwieństwie do nauk stosowanych, które wytwarzają wiedzę przydatną praktycznie, powiedzmy użyteczną w przemyśle, technice czy polityce. Musimy być w pełni świadomi faktu, że ze względu na komercjalizację współczesnej nauki byt tych nauk, które nie spełniają kryterium bezpośredniej użyteczności praktycznej jest stale zagrożony. Dotyczy to w szczególności szeroko rozumianych nauk humanistycznych, w tym nauk historycznych i lingwistycznych oraz tej części nauk społecznych i prawnych, których związek z praktyką prawniczą lub społeczną jest tylko pośredni. Teoria prawa, socjologia prawa, logika prawnicza czy nauki historyczno-prawne stanowią tutaj przykład uderzający. Wystarczy jedna decyzja Sejmu, rządu, czy senatu lub rady wydziału uczelni, a teoria i filozofia prawa zostanie wyeliminowana z polskich uniwersytetów i instytucji badawczych. Podobny los może spotkać socjologię prawa czy nauki historycznoprawne. Niewielką tylko pociechą może być dla nas fakt, że z podobnym problemem borykają się nasi koledzy w wielu innych krajach, a zwłaszcza w tych, które zostały poddane absurdalnym regułom procesu bolońskiego. Jeśli rzeczy pójdą tak dalej, to diagnoza Allana Blooma, że nauki humanistyczne stają się w naszych czasach „nieomal zatopioną Atlantydą” spełni się w jeszcze większym stopniu⁷.

Sposoby, w jakie instytucje społeczne, włącznie z samą strukturą instytucjonalną nauki, wpływają na naukowe paradygmaty i programy badawcze, mogą być analizowane na trzech poziomach, które umownie nazwiemy poziomem globalnym, poziomem średniego zasięgu oraz poziomem lokalnym. Na poziomie globalnym chodzi o wzajemne relacje między nauką a innymi instytucjami społecznymi takimi jak państwo, przemysł, polityka czy religia; na poziomie średniego zasięgu – o wewnętrzną organizację nauki; a na poziomie lokalnym – o status poszczególnych jednostek badawczych w ramach nauki instytucjonalnej, powiedzmy uniwersytetów, ich poszczególnych wydziałów i innych instytucji badawczych. Nie możemy oczywiście szczegółowo analizować wszystkich cech nauki instytucjonalnej, byłby to temat na bardzo długą opowieść, ograniczymy się przeto do kilku uwag ilustrujących wpływy instytucjonalne na rozwój nauki, by następnie nieco szerzej zająć się problemem etosu nauki akademickiej i postakademickiej.

Jeśli chodzi o poziom globalny, to możemy się tylko zgodzić z Mertonowską tezą, że nauki społeczne, mogą się rozwijać wyłącznie w społeczeństwach demokratycznych, w społeczeństwach totalitarnych naukowcy stają

7 A. Bloom, *Umysł zamknięty. O tym, jak amerykańskie szkolnictwo wyższe zawiodło demokrację i zubożyło dusze dzisiejszych studentów*, przeł. T. Bieroń, Poznań 1997 (wyd. amerykańskie 1987), s. 444.

się strażnikami ideologicznych dogmatów⁸. Możemy zasadnie uważać, że w Polsce jedną z przyczyn niedorozwoju wielu dziedzin nauk społecznych jest właśnie fakt, że czołowe pozycje w instytucjach naukowych nadal zajmuje postkomunistyczna profesura, która jest bardziej zainteresowana przetrwaniem niż rozwijaniem wiedzy. Co gorsza, jej etos staje się etosem młodego pokolenia badaczy, którzy uznali jej reguły postępowania za swoje własne⁹. Będę stale i do końca powtarzał tę niewygodną dla wielu prawdę, ponieważ w moim głębokim przekonaniu to właśnie ci ludzie, zajmując czołowe stanowiska w instytucjach naukowych, nadal skutecznie bronią pozytywistycznego paradygmatu, blokują rozwój nowych, „nieprawomyślnych” programów badawczych i tworzą takie normy poprawności politycznej, które praktycznie uniemożliwiają krytyczne badania bardzo wielu faktów (lustracja, katastrofa smoleńska są tego wymownym przykładem). Nie chcę tu mówić o destrukcyjnym wpływie tego stanu rzeczy na politykę i ekonomię w naszym kraju. W końcu to opanowany przez postkomunistycznych profesorów Trybunał Konstytucyjny zatrzymał w Polsce oraz w wielu innych krajach bloku postsowieckiego lustrację i dekomunizację i to postkomunistyczni profesorowie zreformowali polską gospodarkę w taki sposób, że postkomunistyczna nomenklatura stała się właścicielem ogromnej części majątku narodowego. Jest paradoksem transformacji ustrojowych w naszej części Europy, że rządy się w nich zmieniają, a ukryta za murem akademickiej autonomii postkomunistyczna profesura jest wieczna oraz nietykalna i w ten sposób wczorajsi grabarze demokracji i rządów prawa stają się dzisiaj jej strażnikami. Co gorsza, to właśnie oni kształtują etos młodych badaczy, którzy w swojej większości stają się równie tchórzliwi i zakłamanymi, co ich komunistyczni wychowawcy. Myślę, że po patologicznym niedofinansowaniu jest to najważniejszy problem instytucjonalny polskiej nauki. Gdy mówimy o negatywnym wpływie postkomunistycznej profesury na polską jurysprudencję, chciałbym jednak podkreślić jedną rzecz. Było oczywiste, że prawnik, który otwarcie krytykował komunistyczną władzę, nie miał praktycznie szans na wykonywanie swojego zawodu i takiego aktu odwagi nie od każdego można wymagać. Nawet jednak w PRL każdy miał szansę, by zachowywać się przyzwoicie. Dlatego nie chodzi tutaj o wykluczenie postkomunistów z życia naukowego, ponieważ wolność słowa dotyczy również ich, ale o wykluczenie tych z nich, którzy w tamtych czasach zachowywali się w sposób niegodny naukowca i przyzwoitego człowieka

8 R. Merton, *Nauka i porządek społeczny...*, op. cit., s. 566, A. Podgórecki, *Polish Society*, London 1994, s. 37. W przypadku nazizmu i komunizmu teza ta odnosi się również do nauk przyrodniczych.

9 A. Podgórecki, *Polish Communist and Post-Communist Nomenklaturas*, [w:] *Totalitarian and Posttotalitarian Law*, red. A. Podgórecki, V. Olgia-ti, Dartmouth 1996.

prześladując tych, którzy myśleli inaczej niż oni lub rażąco łamiąc inne fundamentalne przykazania etosu akademickiego¹⁰.

Wpływy instytucjonalne na naukę mogą być jednak bardzo rozmaite i z pewnością nie ograniczają się do wpływów ideologicznych czy wpływów państwa, polityki i przemysłu. Sylwia Wojtczak przekonująco na przykład dowodzi, jak wielki wpływ na programy badawcze wywiera fakt, że to język angielski stał się językiem globalnym współczesnej nauki¹¹. Można przypuszczać, że gdyby nie piśmiennictwo anglosaskie Europejczycy nigdy by się nie zainteresowali ekonomicznymi programami badawczymi, bo tradycja badań ekonomicznych w jurysprudencji europejskiej po prostu nie istniała. Można też przypuszczać, że Jürgen Habermas na zawsze pozostałby lokalną gwiazdą nauki niemieckiej, gdyby nie to, że wszystkie jego podstawowe dzieła zostały przetłumaczone na język angielski. Podobnie twierdzić można, że to nazizm niemiecki zmuszając do emigracji wielu wybitnych uczonych, tak przyrodników jak humanistów, przyczynił się do budowy potęgi nauki amerykańskiej.

Na poziomie średniego zasięgu problemy nauki instytucjonalnej to przykładowo przyjęcie mniej lub bardziej scentralizowanego modelu zarządzania nauką, to problemy z zakresu autonomii instytucji naukowych, sposobów jej finansowania, relacji między nauką, przemysłem i polityką, między szkołami publicznymi i prywatnymi; to także przyjęcie otwartej lub zamkniętej hierarchii stanowisk naukowych itd. W tym kontekście najbardziej fundamentalnym problemem nauki instytucjonalnej jest niewątpliwie problem wzajemnych związków między nauką, polityką i przemysłem. Jak zauważa Ulrich Beck: jesteśmy świadkami poligamicznego związku między nauką, biznesem i polityką¹². Nauka stała się zyskownym interesem i miejsce nauki czystej zajmuje nauka komercyjna, która jest zorganizowana na zasadach

-
- 10 Przypomnijmy sobie tylko, że do samej swojej śmierci na czele Komitetu Nauk Prawnych PAN stał niejaki A. Łopatka – szara eminencja wszystkich rządów komunistycznych otaczając się zgrają podobnych do siebie ludzi, a w organie prasowym tej instytucji, wówczas pod kierownictwem eseldowskiego ministra L. Kubickiego, ukazał się panegiryk gloryfikujący pamięć sędziego-mordercy I. Andrejewa, który w kapturowym procesie skazał na śmierć generała A. Fieldorfa „Nila”, by później stać się profesorem prawa karnego i „wychowawcą” wielu pokoleń polskich karnistów. Takich przykładów można by przytoczyć dziesiątki. Historia nauk prawnych i społecznych w III RP to w dużym stopniu historia korupcji moralnej uniwersytetu i środowiska naukowego.
- 11 S. Wojtczak, *Wpływ piśmiennictwa anglojęzycznego z zakresu prawnoznawstwa na zmiany paradygmatu polskiej teorii prawa*, [w:] *Czy koniec teorii...*, op. cit., s. 81-91.
- 12 U. Beck, *Risk Society. Towards of New Modernity*, London 1992, s. 29.

rynkowych¹³. W istocie rzeczy coraz ściślejszy związek między szkolnictwem wyższym i przemysłem to – obok związku nauki z władzą – najważniejszy przejaw przechodzenia współczesnej nauki od nauki akademickiej do nauki postakademickiej¹⁴. Państwa wywierają coraz większe naciski, by podporządkować uniwersytety i szkoły wyższe regułom rynku, by uczynić z uniwersytetów samofinansujące się zakłady produkcyjne, których naczelnym zadaniem jest przynosić zyski i produkować wykwalifikowanych fachowców dla potrzeb rynku¹⁵. Sheldon Krimsky pisze w tym kontekście o tworzeniu się kapitalizmu akademickiego, którego celem jest mnożenie zysków, a nie służenie dobru publicznemu¹⁶. Nieoczekiwany wpływ na naukę wywiera również fakt, że wzrost ludzkiej wiedzy dowodzi, że z samej swojej istoty jest ona niepewna i hipotetyczna. Hipotetyzm staje się cechą definicyjną nauki¹⁷. W tej sytuacji nie można się dziwić stwierdzeniu Imre Lakatosa, iż dysponująca potężnym wsparciem finansowym grupa naukowców jest w stanie sfalsyfikować każdy program badawczy i dodałbym – w razie potrzeby również nieomal każdy udowodnić¹⁸. Nie możemy się przeto dziwić stwierdzeniu, że współczesna nauka stała się sklepem samoobsługowym, w którym majątni klienci mogą nabyć dowolną opinię lub kupić dowolną grupę ekspertów¹⁹. Polityzacja to druga cecha współczesnych nauk społecznych. Naukowcy i instytucje naukowe coraz częściej angażują się w politykę dostarczając opinii i uzasadnień na zamówienie rządów i partii politycznych. To stawia nauki społeczne przed dylematem: albo będą musiały one stać się użytecznymi technikami i współpracować z rynkiem, albo być na usługach rządzących i realizować ich ideologiczne priorytety. To rządy i partie zaczynają decydować o tym, czy będziemy realizować granty służące krzewieniu liberalizmu, czy konserwatyizmu, czy będziemy wspierać zwolenników integracji europejskiej, czy jej

13 P.K. Feyerabend, *Science in Free Society*, London 1978, s. 100; idem, *Against Method*, London 1978, s. 188.

14 J. Ziman, *Real Science...*, op. cit. s. 172.

15 Bardzo wiele interesujących uwag dotyczących kryzysu współczesnego uniwersytetu i nauki akademickiej znajdzie Czytelnik w czasopiśmie „Rzeczy Wspólne” nr 10, 2012.

16 S. Krimsky, *Nauka skorumpowana: o niejasnych związkach nauki i biznesu*, przeł. B. Biały, Warszawa 2006, s. 268.

17 Tak w swoich licznych pracach K. Popper. Por. też: A. Giddens, *Risk, Trust and Reflexivity* [w:] *Reflexive Modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order*, red. U. Beck, A. Giddens, S. Lash, Oxford-Cambridge 1994.

18 I. Lakatos, *Pisma z filozofii...*, op. cit., s. 167.

19 U. Beck, *Risk Society...*, op. cit., s. 173 i n.

przeciwników²⁰. Zgodnie z polską ustawą z 2004 roku o zasadach finansowania nauki przy przyznawaniu środków finansowych na naukę uwzględnia się w szczególności zgodność przewidzianych do realizacji prac lub zadań z celami polityki naukowej państwa, następnie poziom naukowy prac oraz ich praktyczną użyteczność (art.4). W tych warunkach znaczenie tych nauk, które nie mogą się wykazać bezpośrednią użytecznością, gwałtownie maleje. Dotyczy to właśnie takich nauk jak teoria prawa, filozofia czy socjologia, które zwykło się zaliczać do tak zwanych nauk podstawowych lub nauk czystych. Klasycznym przykładem komercjalizacji współczesnej nauki mogą być reguły parametrycznego systemu oceny instytucji naukowych i naukowców, które zgodnie z zasadami procesu bolońskiego wprowadza się w krajach unijnych. Zgodnie ze standardami parametrycznymi przyjętymi przez autorów reformy szkolnictwa wyższego w naszym kraju należy pisać wyłącznie po angielsku (24 pkt), najlepiej do czasopism z tzw. listy filadelfijskiej (30 pkt), a nie po polsku i to nawet wtedy, gdy piszemy o lokalnych problemach jakiejś polskiej gminy. Dalej, nie należy pisać żadnych recenzji ani naukowych, ani wydawniczych, nie należy również pisać artykułów nierecenzowanych (jak to pogodzić?), bo za to nie otrzymuje się żadnych punktów. Należy preferować opracowania przyczynkarskie nad opracowaniami syntetycznymi (taka sama ilość punktów). Najlepiej zaś jest zostać kierownikiem grantu finansowanego przez UE (460 pkt) lub zatrudnić laureata konkursu *European Research Council* (700 pkt), bo za to otrzymuje się tyle samo punktów, co za napisanie nieomal (sic!) trzydziestu monografii w języku angielskim (24 pkt) lub sześćdziesięciu w języku polskim (12 pkt)²¹. W żadnym razie nie należy dokonywać przekładów, bo nie są one w ogóle punktowane. Tadeusz Gadacz przytacza przykład pani profesor – historyka filozofii, która dokonała przekładu starożytnego traktatu filozoficznego z języka greckiego, a więc tekstu praktycznie nieodstępnego dla ogromnej większości polskich naukowców. Za wieloletni trud pani profesor otrzymała tylko 3 punkty za napisanie wprowadzenia do tego tekstu²². Reguły zastosowane w projekcie reformy polskiego szkolnictwa wyższego w gruncie rzeczy grożą degradacją tych nauk, które nie mogą się wykazać bezpośrednią użytecznością praktyczną. Nie trudno się zorientować, że

20 Małgorzata Kowalska w debacie „Przyszłość uniwersytetu” („Kronos” nr 1, 2011, s. 224).

21 Rozp. MNiSW z 17.10.2007. Por. wypowiedzi na ten temat Małgorzaty Kowalskiej, Jacka Migasińskiego, Tadeusza Gadacza w debacie „Przyszłość uniwersytetu” w „Kronos” nr 1, 2011, a w szczególności s. 221. Por. też na temat systemu parametrycznego w naszym kraju znakomity, prześmiewczy artykuł Piotra Bartuli *Al.-Utryb w krainie Kalopów* oraz tekst Andrzeja Waśko *Czym jest nauka?* („Rzeczy Wspólne” nr 10, 2012).

22 T. Gadacz, „Kronos”, nr 1, 2011, s. 230.

taki sposób oceniania będzie godził w szczególności w wiele nauk społecznych i humanistycznych. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że autorzy reformy podporządkowując wszystkie nauki społeczne standardom oceniania właściwym dla nauk przyrodniczych, z góry założyli, że w sporze naturalistów z antynaturalistami (jeśli o czymś takim w ogóle słyszeli) rację mają ci pierwsi, a więc że nauki społeczne podlegają tym samym rygorom metodologicznym, co nauki przyrodnicze i nie stanowią one całkowicie odmiennego i autonomicznego typu refleksji naukowej i w związku z tym powinny podlegać odmiennym kryterium oceny. Założenie to w świetle współczesnego stanu wiedzy o nauce jest założeniem co najmniej wątpliwym²³. Wątpliwa i krótkowzroczna jest również wyrażona w reformie preferencja dla nauk stosowanych kosztem nauk podstawowych. Można bowiem zasadnie założyć, że samo odróżnienie nauk podstawowych i stosowanych jest problematyczne, bo można uważać, że te pierwsze również zajmują się produkcją, tyle że produkcją dóbr kultury symbolicznej takich jak dzieła literackie, filozoficzne czy kulturalne. One także produkują wykwalifikowanych specjalistów takich jak pisarze, filozofowie, kompozytorzy, którzy są – jak to trafnie zauważył Richard Rorty – nieocenionym skarbem dla każdego narodu²⁴. Nawiasem mówiąc, w dalszej perspektywie preferowanie nauk stosowanych kosztem nauk podstawowych szkodzi samym naukom stosowanym, bo bez nowej wiedzy teoretycznej będą miały one niewiele do zaoferowania praktyce. Kurs na specjalizację nie może być kursem na studiowanie z kłapkami na oczach, po którym absolwenci potrafią wprawdzie liczyć i zarządzać, ale nie bardzo wiedzą, co się dzieje w otaczającym ich świecie²⁵. Mówiąc krótko, autorzy projektu reformy naszego szkolnictwa wyższego widzą w komercjalizacji nauki zbawienie dla naszych szkół wyższych i rządów oraz zdają się w ogóle nie uświadamiać zagrożeń jakie ona niesie dla rozwoju wielu nauk społecznych i humanistyki, a lektura *Newsletters* MNiSW nie pozostawia co do tego żadnych wątpliwości. Na marginesie nasuwa się generalna uwaga dotycząca założeń Deklaracji Bolońskiej z 1999 roku, która zainicjowała procesy daleko idącej unifikacji szkolnictwa wyższego w krajach europejskich, a tym samym stała się wzorcem dla reform w naszym kraju. Zarysowany w tej Deklaracji program w praktyce niweczy regułę, że w zakresie kultury i edukacji nie powinno dochodzić „do harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich” (art.2 ust.5 TFUE). Autorzy Deklaracji wyjaśniają, że jej celem ma być zwiększenie konkurencyjności szkolnictwa wyższego

-
- 23 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 361 i n.
- 24 R. Rorty, *Konsekwencje pragmatyzmu: eseje z lat 1972-1980*, przeł. Cz. Karkowski, Warszawa 1998, s. 27.
- 25 A. Bloom, *Umysł zamknięty...*, op. cit., s. 442 i jego trafna krytyka instytucji MBA (*Master of Business Administration*).

krajów europejskich w stosunku do przodujących ośrodków akademickich na świecie (czytaj w USA). Przypomnijmy więc, że potęgą uniwersytetów amerykańskich polega na tym, że pozwala się im kwitnąć w różnorodności, że każdy z nich dysponuje daleko idącą autonomią w realizacji celów badawczych, a nie na tym, że realizują one jakiś wspólny, narzucony przez instytucje biurokratyczne i niezbyt rozgarniętych ekspertów, program badawczy i edukacyjny²⁶. Strategia bolońska żywo przypomina projekty centralnego zarządzania wszystkim, co się tylko da w krajach komunistycznych i prawdopodobnie doprowadzi do podobnych skutków, co i one.

Rozmaite losy teorii i filozofii prawa w Polsce i innych krajach dowodzą ponad wszelką wątpliwość, że w naszych czasach o losach teorii prawa rozstrzygają często nie tyle i nie tylko paradygmaty i programy badawcze, co wsparcie instytucjonalne lub jego brak ze strony gremiów rządowych lub uniwersyteckich. Jak trafnie zauważa Aleksander Peczenik: na tych uniwersytetach, na których teoria cieszy się wsparciem instytucjonalnym rządów i uniwersytetów, gdzie dodatkowo istnieje tradycja akademicka wiązania jurysprudencji z filozofią ogólną i filozofią prawa, jak to ma na przykład miejsce na wielu renomowanych uniwersytetach anglosaskich, tam teoria świetnie się rozwija. Podobnie rzecz się ma we Włoszech i Hiszpanii. Tam z kolei, gdzie rządy lub uniwersytety poddają ją imperatywom nauki komercyjnej, która ma być przede wszystkim użyteczna dla rynku, tam wraz ze śmiercią lub odejściem na emeryturę starych profesorów, katedry filozofii prawa zaczynają być likwidowane. Zjawisko to dotyczy nawet krajów o tak wielkich tradycjach nauczania filozofii prawa jak Niemcy czy kraje skandynawskie²⁷. Jeśli proces bezmyślnej komercjalizacji polskich szkół wyższych nie zostanie powstrzymany, to podobne zagrożenia widzę dla rozwoju teorii prawa i innych nauk podstawowych we wszystkich naukach społecznych.

Swoiste problemy nauki instytucjonalnej występują również na poziomie lokalnym. Nawiązując do powszechnie znanego faktu, że nauka polega na produkowaniu wiedzy, a nie każdy naukowiec taką wiedzę produkuje, możemy wyróżnić dwa typy naukowców: naukowców-badaczy i naukowców-administratorów. Komunistyczna ustawa o szkolnictwie wyższym z 1982 r. nieprzypadkowo przypisywała ogromne kompetencje prawne i finansowe rektorom i dziekanom uczelni, czyniąc ich namiestnikami komunistycznej władzy i strażnikami uniwersyteckiej prawomyślności. Komunizm

26 Trzeba jednak przyznać, że symptomy kryzysu nauki akademickiej są coraz bardziej widoczne również w USA – por. A. Bloom, *Umysł zamknięty...*, op. cit.; A. Rand, *Profity: studencka „rebelia”*, [w:] eadem, *Powrót człowieka pierwotnego*, przeł. Z. M. Czarnecki, Poznań 2003, s. 16-61.

27 A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, „*Studia z filozofii prawa*” t. II, 2003, s. 10.

upadł, ale taka idea pojmowania uniwersytetu przetrwała. Jej ducha w pełni kontynuuje nowa ustawa o szkolnictwie wyższym z dnia 27 lipca 2005 r., która jeszcze bardziej umacnia uprawnienia rektorów kosztem gremiów akademickich. W ten sposób kreuje się nową uniwersytecką kastę – kastę naukowców-administratorów, która wyposażona w olbrzymie i w praktyce niepodlegające niczyjej kontroli kompetencje pasożytuje na uczelniach czyniąc z funduszy publicznych instrument budowania prywatnej zamożności. Skutki ustawy z 2005 roku to kolejny przykład porażki myślenia, w którym rektorom i dziekanom przypisuje się kompetencje menadżerów nie przypisując im odpowiedzialności, którą ponoszą ci ostatni²⁸. Zdarza się oczywiście, że naukowiec-administrator jest również znakomitym badaczem, ale w końcu rozwój nauki nie może zależeć od zdarzeń losowych i nieprzewidywalnych. Ta nieprzewidywalność dobrze się manifestuje na poziomach lokalnych polskiej nauki. Korzystając ze stosunkowo szerokiej autonomii uczelni i instytuty badawcze, gdy znajdują się w rękach wybitnych badaczy, mogą kwitnąć i rozwijać się, gdy znajdują się w rękach naukowców-administratorów, więdną. Nieraz na tej samej uczelni sąsiadujące ze sobą instytuty czy katedry różnią się od siebie tak samo jak różni się folwark pańszczyźniany od republiki wolnych i równych sobie uczonych, o której pisze Ziman²⁹.

Zajmijmy się teraz problemem etosu nauki akademickiej i postakademickiej, ponieważ to on w najbardziej wyrazisty sposób wpływa na programy badawcze, również w teorii prawa. Pojęcie etosu naukowego wprowadził do nauki Robert Merton i określił go jako zbiór norm i wartości, które są uważane za wiążące w społeczności naukowców³⁰. Etos to przede wszystkim wytwór tradycji, chociaż do wielu jego cech odwołują się ustawy i statuty uczelni wyższych oraz coraz częściej, powstające jak grzyby po deszczu, różnego rodzaju kodeksy etyki zawodowej. Na mocy etosu akademickiego podstawowe zasady metodologiczne nauki stają się zarazem podstawowymi zasadami etyki naukowców³¹. Merton zdefiniował etos nauki akademickiej przy pomocy następujących norm: (1) uniwersalizmu, (2) komunalizmu, (3) bezinteresowności i obiektywizmu oraz (4) zorganizowanego sceptycyzmu³². Zgodnie

28 Znam rektora, niejednego zresztą, który wybudował siedzibę wydziału, oczywiście tego, na którym on sam jest zatrudniony, którego ogrzewanie kosztuje prawdopodobnie dużo więcej niż wydatki na wynagrodzenia zatrudnionych tam ludzi.

29 J. Ziman, *Real Science...*, op. cit., s. 28.

30 R. Merton, *Nauki i demokratyczny ład społeczny*, [w:] idem, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna...*, op. cit., s. 580.

31 J. Ziman, *Real Science...*, op. cit., s. 56.

32 R. Merton, *Nauki i demokratyczny ład społeczny...*, op. cit., s. 581.

z normą uniwersalizmu prawdy naukowe mają charakter powszechny, zależą wyłącznie od kryteriów empirycznych i logicznych, a nie od kryteriów politycznych, religijnych czy światopoglądowych. Wielu filozofów oświecenia i moderni odnosi tę samą zasadę również do norm etycznych. Wedle tego poglądu „prawdy moralne” także mają charakter uniwersalny i to, co jest dobre lub słuszne w jednej kulturze i społeczeństwie, *eo ipso* musi być dobre lub słuszne w innej kulturze i społeczeństwie. Zgodnie z regułą komunalizmu wiedza naukowa i odkrycia naukowe są dobrem publicznym – dobrem wspólnym wszystkich ludzi i wszyscy ludzie mają prawo z niej korzystać. Wiedza naukowa nie może być przedmiotem prywatnej własności, a dostęp do niej nie może być ograniczony z powodów politycznych lub komercyjnych. Bezinteresowność i obiektywizm wiedzy naukowej zapewniają reguły intersubiektywnej sprawdzalności twierdzeń naukowych. Twierdzenia naukowe muszą być zatem sformułowane w taki sposób, że może je potwierdzić lub obalić każdy kompetentny w danej dziedzinie badacz. W ten sposób możemy ustalić, czy wyniki badań są obiektywne, czy też stronnicze, czy przyjęto je kierując się kryteriami empirycznymi i logicznymi, czy też z powodów politycznych lub komercyjnych. Z tego też powodu naukowcy winni powstrzymać się od wyrażania swoich subiektywnych preferencji i pozostawać w zgodzie z zasadą Maxa Webera, że nauki społeczne opisują i diagnozują, a nie wartościują (*Wertfreiheit*). Jak to ujmują na przykład Neil MacCormick i Otto Weinberger: prawo nie jest wolne od wartości, ale możliwy jest wolny od wartości opis prawa. Podobnie uważa Adam Podgórecki, gdy pisze: socjotechnika niczego nie gani ani niczego nie aprobeuje. Nie wypowiada się po stronie takich lub innych wartości, ale wskazuje jak skutecznie działać³³. Zorganizowany sceptycyzm to z kolei taka organizacja nauki, która gwarantuje otwartość wiedzy naukowej na krytycyzm i pozwala każdemu na równych prawach kwestionować wszystkie twierdzenia naukowe. System otwartych debat naukowych, opiniowania i recenzowania rezultatów działalności naukowej służy właśnie temu celowi.

Już pobieżny rzut oka wystarczy, by się upewnić, że w państwach totalitarnych nauki społeczne nie spełniają w zasadzie żadnego z postulatów etosu naukowego i to jest zapewne główną przyczyną ich uwiądnienia. Bardziej zróżnicowana jest sytuacja nauk przyrodniczych. Z jednej strony jej przedstawiciele stanowią w krajach totalitarnych uprzywilejowaną kastę, z drugiej strony i one ulegają destrukcyjnemu wpływowi ideologizacji. Paradoksalnie, to przedstawiciele niearyjskiej fizyki, którzy zmuszeni zostali do emigracji z Niemiec, przyczynili się do klęski Hitlera podczas drugiej wojny światowej.

33 N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, s. 3; A. Podgórecki, *Różne znaczenia socjotechniki i zakres jej stosowania*, [w:] *Socjotechnika, style działania*, red. A. Podgórecki, Warszawa 1972, s. 54.

Ziman i wielu innych przekonująco jednak dowodzą, że również w państwach demokratycznych wskutek postępującej komercjalizacji i polityzacji wielu nauk dochodzi do istotnych zmian etosu akademickiego³⁴. Zdaniem Zimana najbardziej fundamentalne zmiany etosu akademickiego dotyczą normy komunalizmu. Wskutek coraz ściślejszej współpracy nauki z przemysłem, wiedza naukowa przestaje być dobrem publicznym i staje się własnością prywatną chronioną przepisami prawa patentowego i przepisami o tajemnicy handlowej (problem ten był już znany Mertonowi). Etosowi akademickiemu zagraża również fakt, że uniwersytety i naukowcy są coraz częściej sponsorowani przez przemysł, instytucje rządowe, a nawet korporacje zawodowe i organizacje społeczne. Naukowcy zaś nierzadko stają się akcjonariuszami w takich firmach, biorą udział w ich radach nadzorczych lub komisjach doradczych, co w oczywisty sposób zagraża innej normie etosu akademickiego – nakazowi bycia obiektywnym i bezstronnym. Przemysł farmaceutyczny i biomedyczny to prawdopodobnie te dziedziny nauki, w których wspomniane zjawiska obecnie występują w największej skali³⁵.

Jeśli głównym problemem nauk przyrodniczych jest nauka na usługach przemysłu, to głównym problemem nauk społecznych jest nauka na usługach władzy. Jak się wydaje, w przypadku nauk prawnych i społecznych to przede wszystkim postępująca polityzacja prowadzi do załamania się samych podstaw etosu nauki akademickiej, mianowicie nakazu bezinteresowności i Weberowskiego zakazu wartościowania. Dramatycznym tego wyrazem była haniebna mowa rektorska, którą wygłosił po dojściu Hitlera do władzy Heidegger, wzywając społeczność akademicką do współpracy z nazizmem. Jeśli nazyfikacja i sowietyzacja nauki mogą być uznane za skrajny przejaw aberracji reżimów totalitarnych, to rewolty studenckie w USA i wielu demokratycznych krajach w Europie w latach 60. XX wieku z ich lewackimi hasłami politycznymi oraz hasłami walki z rasizmem, seksizmem i konserwatyzmem dają początek postmodernistycznym ruchom w naukach społecznych, które na swoich sztandarach już otwarcie wypisują hasła polityczne i żądają ich wspierania przez naukę uniwersytecką. Można więc powiedzieć, że najbardziej skrajne odmiany postmodernizmu powstały, bo przed żądaniaми hippisowskich ekstremistów i lewaków ugięła się część amerykańskiej profesury. Tak przynajmniej wyglądała sytuacja w wielu renomowanych uczelniach amerykańskich z Berkeley i Cornell University na czele³⁶. Ewolucja współczesnych *think tanków*, które z instytucji w swoim założeniu niezależnych stają się instytucjami otwarcie wspierającymi określone programy poli-

34 Szeroko na ten temat J. Ziman, *Real Science...*, op. cit.; S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit.

35 Por. S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit.

36 Historię tego zawstydzającego zjawiska opisują: A. Rand, *Profity...*, op. cit. oraz A. Bloom, *Umysł zamknięty...*, op. cit.

tyczne i przekonania ideologiczne, to kolejny przejaw tej tendencji (vide w naszym kraju Centrum im. Adama Smitha, czy, sponsorowana przez państwo, lewacka Krytyka Polityczna). Polityzacja teorii prawa i innych nauk społecznych, prowadzi wreszcie do zmiany samego pojęcia programu badawczego w tych naukach. Programy badawcze w spolityzowanych naukach społecznych obejmują bowiem już nie tylko teorie i metody naukowe, ale także programy polityczne. Jest to w moim pojęciu najbardziej fundamentalna różnica między paradygmatami i programami badawczymi w naukach społecznych oraz naukach przyrodniczych w czasach nam współczesnych³⁷. Mówiąc o postępującej polityzacji nauk społecznych nie chcę przez to powiedzieć, że są one wolne od komercjalizacji, bo to oczywiście nie jest tak, że wynajmowani przez agendy rządowe i partie polityczne eksperci pracują za darmo. Krimsky powołuje się w tym kontekście na badania prowadzone przez rząd federalny USA nad wadami i zaletami publicznych i prywatnych zakładów penitencjarnych, które dowiodły zdecydowanej wyższości tych ostatnich, co skądinąd może być prawdą. Problem polegał jednak na tym, że badania te były w znacznej części sponsorowane przez stowarzyszenie prywatnych zakładów penitencjarnych, a kierownik tych badań był etatowym pracownikiem tego stowarzyszenia³⁸. Jest zresztą tajemnicą poliszynela, że agendy rządowe i sejmowe w naszym kraju powołują zwykle takich ekspertów, którzy mają potwierdzić punkt widzenia rządzących, a nie takich, którzy mają dostarczyć bezstronnych argumentów przy rozstrzygnięciu sprawy. Komercjalizacja nauki nie jest zatem wyłącznie problemem nauk przyrodniczych.

Spróbujmy teraz zastanowić się nad podstawowymi cechami etosu nauki postakademickiej. Z góry trzeba zastrzec, że etos nauki postakademickiej nie jest wprawdzie całkowitym zerwaniem z regułami etyki akademickiej, ale prowadzi do ich radykalnej modyfikacji. Jeśli bowiem celem nauki staje się nie tylko poszukiwanie prawdy, ale również poszukiwanie zysku i wspieranie polityki, to reguły etyki postakademickiej w nieuchronny sposób ulegają zmianie³⁹. Po pierwsze, nauka postakademicka wprawdzie nie kwestionuje uniwersalnego charakteru prawd empirycznych, ale otwarcie podważa oświeceniową ideę uniwersalnego kodeksu etycznego. Jednym z kanonów postmodernistycznej teorii prawa jest twierdzenie, że „prawdy” etyczne, w przeciwieństwie do prawd empirycznych, są zawsze prawdami lokalnymi. Przekonanie o relatywizacji norm moralnych do określonych kultur i tradycji, do interesów określonych grup społecznych, to jedno z czołowych założeń postmodernistycznej nauki prawa. Po drugie, w nauce postakademickiej wiedza naukowa, zwłaszcza wiedza użyteczna praktycznie, ulega dale-

37 A. Rand, *Profity...*, op. cit.; L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm*, Toruń 2001, s. 17.

38 S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit., s. 219.

39 Por. też ibidem, s. 168.

ko idącej prywatyzacji (prawo patentowe, tajemnica handlowa itd.). Zjawisko to wprawdzie w mniejszym stopniu dotyczy wiedzy społecznej, ale i tu jest obecne. Wystarczy tylko powołać się na badania rynku, czy opinii publicznej zamawiane przez korporacje gospodarcze i partie polityczne w coraz liczniej tworzących się instytutach badawczych, nieraz bezpośrednio sponsorowanych i wspieranych przez agendy rządowe, partie, banki, korporacje i potężne grupy interesu. Wyniki tych badań są bardzo często zastrzeżone i niedostępne dla opinii publicznej albo dostępne tylko wtedy, gdy potwierdzają tezy wygodne dla zamawiającego. Ograniczenie normy komunalizmu, zasady, że wiedza naukowa jest dobrem wspólnym i dostępnym dla wszystkich, to oczywisty skutek komercjalizacji i polityzacji wiedzy naukowej. Po trzecie, polityzacja nauk społecznych prowadzi do zakwestionowania w nauce postakademickiej reguł bezstronności i obiektywizmu jako fundamentu etosu nauki akademickiej. Tam, gdzie programy badawcze nauk społecznych obejmują również programy polityczne, nauki te odrzucają postulat bezstronności i otwarcie wspierają lub zwalczają określone ideologie, programy gospodarcze i polityczne, określone kultury i tradycje, a także wspierają różne grupy społeczne, mniejszości rasowe, seksualne czy religijne⁴⁰. Zadaniem nauki postakademickiej nie jest więc bycie obiektywnym, ale obrona z góry przyjętych interesów gospodarczych lub politycznych. Po czwarte, należy uznać, że w państwach demokratycznych nadal, co do zasady, obowiązuje norma zorganizowanego sceptycyzmu. Twierdzenia i teorie, jakie by one nie były, jakim autorytetom by one nie zagrażały, jeśli tylko przedostaną się do opinii publicznej, nadal powinny być, i zwykle są, przedmiotem otwartych debat i krytyk. Piszę, „zwykle są”, ponieważ także w państwach demokratycznych pojawiają się próby tłumienia krytyki, gdy zaczyna ona zagrażać interesom rządu lub potężnych grup interesów. Tworzenie się norm poprawności politycznej jest klasycznym wyrazem tej tendencji.

Moje rozważania pokazują oczywiście jedynie wyrywkowo i egzemplarycznie wpływ czynników instytucjonalnych na rozwój nauki. W szczególności nie pokazują w sposób systematyczny historii instytucjonalnej nauk prawnych i teorii prawa w PRL. Ta ostatnia nadal czeka na swoich odkrywców, ale jakoś nie widać chętnych. Skądinąd dowodzi to również tego, jak w spolityzowanej nauce prawa deformuje się etos naukowy. Polityczna poprawność zakazuje poruszania wielu tematów, krytykowania wielu ludzi, a w odniesieniu do wielu faktów skazuje nas na historyczną amnezję.

Możemy teraz przejść do ukochanego dziecka filozofów i teoretyków prawa, mianowicie analizy paradygmatów i programów badawczych. Nie chcę tutaj analizować koncepcji Thomasa Kuhna oraz Imre Lakatosa i ich

40 A.-J. Arnaud, *Some Challenges to Law Through Post-modern Thought*, [w:] *Consequences of Modernity in Contemporary Legal Theory*, red. E. Dais, R. Kevelson, J. M. Van Dunné, Berlin 1998, s. 158-166.

różnych interpretacji. Przyjmiemy taką interpretację, w myśl której w okresie tzw. nauki normalnej panuje jeden paradygmat badawczy, a więc powszechnie podzielany przez większość naukowców w danej dziedzinie wiedzy zestaw teorii i metod badawczych, który następnie – wskutek rewolucji naukowej – jest zastępowany przez inny paradygmat. Programów badawczych, a więc konkurencyjnych teorii i metod badawczych, może być natomiast w tym samym czasie bardzo wiele i żaden z nich nie ma statusu paradygmatu a tym samym statusu nauki normalnej. Jeśli przyjmiemy taką konwencję pojęciową, to powiedzieć można, że w czasach nowożytnych w naukach prawnych ukształtował się tylko jeden paradygmat, mianowicie paradygmat pozytywistycznej jurysprudenckiej, na którym opierała się cała nauka prawa w krajach zachodnich mniej więcej od dziewiętnastego wieku do lat 70. dwudziestego wieku. Można oczywiście uważać, że już po drugiej wojnie światowej, a nawet wcześniej, doszło do zakwestionowania podstawowych założeń pozytywistycznej nauki prawa. Myślę jednak, że nawet okropności drugiej wojny światowej i związane z tym przebudzenie prawnonaturalne w świecie zachodnim nie zdołały podważyć dominującej pozycji pozytywizmu prawniczego. Dopiero w latach 70. dwudziestego wieku kończy się paradygmatyczna era w rozwoju jurysprudenckiej i wstępuje ono na drogę rywalizacji wielu konkurencyjnych programów badawczych⁴¹. Pozytywizm prawniczy staje się wtedy tylko jednym z wielu możliwych sposobów analizy prawa, ale już nie jedynym. Podkreślmy, że pozytywizm jest nadal najbardziej wpływowym programem badawczym, ale już nie na tyle wpływowym, by mógł zostać uznany za paradygmat w całej nauce prawa, który wyznacza granicę między tym, co uchodzi za naukowe i nienaukowe w analizach prawa. Przypomnijmy, że jeszcze w osiemnastym wieku Jeremy Bentham wysmiewał szkoły prawa natury jako absurd niedający się pogodzić z pryncypiami metody naukowej. Dzisiaj tego rodzaju oskarżenia mogą budzić, co najwyżej, irytację i być z równym powodzeniem skierowane przeciwko samemu pozytywizmowi. Różne programy badawcze zakładają bowiem często odmienne standardy naukowości. Powstaje pytanie, czy różnorodność programów badawczych oznacza chaos i regres w rozwoju jurysprudenckiej, jak to zdaje się sugerować Peczenik⁴², czy też jest to stan korzystny dla jej rozwoju. Twierdzę, że w sensie epistemologicznym przejście nauki od epoki paradygmatycznej do epoki rywalizujących programów badawczych jest stanem korzystnym. W epoce paradygmatu nauka po wyczerpaniu swoich możliwości rozwojowych nieuchronnie więdnie. Epoka rywalizujących programów badawczych, to epoka konfrontacji

41 Podnosi to także A. Grabowski, a nawet nazywa pluralizm prądów i szkół nowym, postpozytywistycznym paradygmatem nauki prawa: A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkice z metodologii prawoznawstwa*, [w:] *Czy koniec teorii...*, op. cit., s. 159.

42 A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa...*, op. cit., s. 9.

różnych teorii i metod, która jest zwykle ożywcza dla nauki, na co już dawno temu wskazywał Feyerabend w swojej zasadzie proliferacji. Myślę, że teoria prawa i prawnicy więcej zyskają na tym, gdy filozofowie prawa będą się zajmować takimi problemami jak konstytucjonalizm, biotechnologie, prawo i ekonomia, ochrona środowiska, mniejszości etniczne, niż gdy w imię czystości metody bez reszty i całkowicie poświęcą swoją uwagę tylko takim kwestiom jak wynikanie logiczne norm z norm, problem redukcji uprawnień do obowiązków czy struktury norm prawnych. Problemy analityczne są oczywiście bardzo ważne, ale twierdzenie, że wyłącznie do nich sprowadza się teoria prawa, to próba popełnienia przez teoretyków prawa filozoficznego samobójstwa. Smutne losy pozytywizmu prawniczego i liberalizmu, które z chwilą, gdy w nauce zachodniej osiągnęły status nauk paradygmatycznych czy quasi-paradygmatycznych, niemal automatycznie zaczęły podupadać i coraz częściej muszą być utrzymywane przy życiu przy pomocy środków politycznych i administracyjnych, również potwierdzają moją tezę⁴³. Nic oczywiście nie gwarantuje tego, że z chaosu rozmaitych prądów i szkół postmodernistycznej nauki prawa automatycznie wyłoni się postęp, ale bogactwo prądów i szkół niewątpliwie bardziej mu sprzyja, niż panowanie „jednej prawdziwej nauki i jednej prawdziwej metody badawczej”. Podzielam więc opinię, że współczesna teoria prawa stała się wieżą Babel i uważam, że jest to stan korzystny dla jej dalszego rozwoju⁴⁴. Prymat pozytywizmu prawniczego i uznanie jego metod za jedyne naukowy sposób analizy prawa, nie przyniósł olśniewających rezultatów i w tym kontekście nie sposób się nie zgodzić z pełnymi samokrytyki słowami jednego z bardziej znanych przedstawicieli analitycznej filozofii prawa, Aleksandra Peczenika, że filozofowie prawa powoli opuszczają kamienną pustynię, którą po sobie pozostawili epigoni pozytywizmu⁴⁵. Nic przeto dziwnego, że młode pokolenie teoretyków szybko zapomniało o swoich, zafascynowanych metodologią, filozofią nauki i logiką formalną poprzednikach i nikt (z pewnymi wyjątkami oczywiście) nie ma specjalnej ochoty, by kontynuować idee, którym poświęcili swoje życie Jerzy Wróblewski, Kazimierz Opałek czy Zygmunt Ziemiński.

Nie podzielam jednak dość powszechnego wśród filozofów prawa przekonania, że za kryzys współczesnej teorii prawa w Polsce jest

43 W tym sensie zgadzam się z H. Dębską, że możemy mówić raczej o kryzysie pozytywistycznej teorii prawa niż o kryzysie teorii prawa, por. H. Dębska, *Pozytywistyczna teoria prawa: utopia założeń, a konieczność pozytywizacji wartości*, [w:] *Czy koniec teorii...*, op. cit., s. 107. Podobnie A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego*, [w:] *Czy kryzys teorii...*, op. cit., s. 156.

44 A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, [w:] *Czy koniec teorii...*, op. cit., s. 32.

45 A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa...*, op. cit., s. 12.

odpowiedzialny wyłącznie pozytywizm prawniczy i stworzony przez niego paradygmat wiedzy prawniczej. Jeszcze raz chciałbym więc mocno podkreślić, że kryzys współczesnej nauki prawa i wielu nauk społecznych w naszym kraju, to przede wszystkim kryzys instytucjonalny. Do kryzysu nauk prawnych i społecznych w Polsce przyczynia się nie tylko ich bezmyślna komercjalizacji, która próbuje zredukować uniwersytety do poziomu szkół zawodowych, ale również taka ich polityzacja, która powoduje, że naukowcy, jeśli chcą otrzymywać dotacje i granty, muszą prowadzić badania pod dyktando aktualnie rządzących i muszą spełniać uznawane przez nich normy politycznej poprawności. Trzeba jednak przyznać, że postępująca komercjalizacja i polityzacja nauk prawnych i społecznych jest nie tylko zjawiskiem polskim, ale zjawiskiem globalnym w całym świecie zachodnim. Nieodłącznym elementem programów badawczych niemal wszystkich współczesnych szkół prawa stały się programy polityczne i od tego też momentu porzuciły one fundamentalne przykazanie nauki akademickiej – bycia bezstronnym. Bezstronna jurysprudencja, która tylko opisuje i diagnozuje jest dzisiaj w stanie agonalnym. Resztki etosu bezstronności i niez zaangażowania być może przetrwały w tych obszarach refleksji prawniczej, które dotyczą zagadnień czysto technicznych lub empirycznych, powiedzmy zasad techniki legislacyjnej czy technicznych zasad wykładni i stosowania prawa, chociaż i tutaj można by się mocno spierać. Mimo roszczeń do obiektywizmu i naukowości nie jest bezstronnym również pozytywizm prawniczy. Pozytywistyczna zasada rozdziału prawa od moralności jest tylko pozornym uzasadnieniem bezstronności nauki prawa i w praktyce sprowadza się do tego, że pozytywistycznie nastawieni prawnicy zawsze wspierają rządzących i ustanowione przez nich prawo, bez względu na to, czy to będą komunistyczni oprawcy, czy liberalni apostołowie. Zwróćmy uwagę, że same nazwy szkół postmodernistycznej teorii prawa wskazują na ich głębokie uwikłania polityczne i ideologiczne. W końcu to z powodów politycznych, a nie racji teoretycznych powstały takie szkoły: feministyczna, etniczna czy nawet ekologiczna teoria prawa, nie mówiąc już o czymś takim jak *queer theory of law*, która otwarcie broni interesów homoseksualistów, lesbijek, hermafrodytów i transwestytów. Szkoły te zwykle nie mają do zaoferowania ani żadnych nowych teorii, ani tym bardziej żadnych nowych metod analizy prawa. Ich społeczne znaczenie wynika natomiast z tego, że artykułują i uzasadniają nośne postulaty polityczne i dążą do reformy prawa w ich duchu. Musimy oczywiście przyznać, że zaangażowane politycznie i ideologicznie są również szkoły i kierunki broniące charakterystycznych dla cywilizacji zachodniej wartości. Otwarcie broni ich społeczna nauka Kościoła oraz odradzający się w ostatnich czasach republikanizm. Powiedzieć więc można, że zaangażowanie polityczne i światopoglądowe staje się uniwersalną cechą współczesnej jurysprudencji. Reasumując: programy badawcze szkół prawa stają się w coraz większym stopniu programami politycznymi, a konferencje i debaty naukowe coraz bardziej przypominają spory

polityków. We współczesnej teorii i filozofii prawa spieramy się coraz rzadziej o prawdę a coraz częściej o różne interesy polityczne i wizje porządku społecznego.

W tym kontekście pojawia się fundamentalne pytanie, w jaki sposób możemy bronić podstawowych wartości etosu akademickiego takich jak prawda, bezinteresowność i obiektywizm w sytuacji, gdy związek nauki, przemysłu i polityki stał się faktem, od którego nie ma już odwrotu. Przemysł, rządy i partie polityczne będą finansować naukę, bo któż inny w końcu miałby to zrobić. W zamian za to będą jednak stawiać naukowcom określone warunki. Naszym problemem nie jest zatem to, jak uwolnić naukę od przemysłu i polityki, ale jak, w warunkach ich coraz ściślejszego związku, chronić podstawowe wartości etosu akademickiego⁴⁶. Fakt, że rządy wspierają komercjalizację nauki, bo przynajmniej częściowo odciąża ona budżety państwowe od kłopotliwych wydatków, nie oznacza, że idea etosu akademickiego musi zostać pogrzebana. Nawet w najbardziej spolityzowanym i skomercjalizowanym świecie prawda i słuszność to wartości, na których powinna się wspierać nasza demokracja, a tym samym nasza nauka⁴⁷. Musimy zdawać sobie sprawę, że prestiż społeczny nauki zależy nie tylko od tego, czy jej wyniki są użyteczne praktycznie, ale także od tego, czy odpowiada ona w obiektywny i bezstronny sposób na pytania zadawane przez społeczeństwo, a nie tylko przez rządzących⁴⁸. Jeśli nie, to same podstawy naszej demokracji są zagrożone, bo wolny uniwersytet istnieć może tylko w wolnym społeczeństwie, a wolne społeczeństwo nie przetrwa, gdy nie będzie wolnych uniwersytetów⁴⁹. Nieprzypadkowo zamach na uniwersytety jest pierwszym krokiem każdej totalitarnej władzy. Dzisiaj w społeczeństwach demokratycznych ten zamach dokonuje się w ukryciu i podstępnie w imię zreformowania skostniałej i nieprzydatnej dla praktyki nauki. Pierwszym krokiem na drodze unicestwiania instytucji wolnego uniwersytetu jest poddanie go centralnemu zarządzaniu i ubranie w kaftan bezpieczeństwa za pomocą zbioru absurdalnych reguł, takich choćby jak cennik usług naukowych zaprojektowany w standardach parametrycznych. Powinniśmy robić wszystko, by chronić etos akademicki wszędzie tam, gdzie jest on zagrożony. Możemy go chronić za pomocą różnego rodzaju instrumentów i obmyślanie tych instrumentów jest jednym z najważniejszych naszych zadań. Nie możemy tutaj szczegółowo analizować tego problemu. Ograniczmy się do kilku przykładów. W renomowanych uczelniach i czasopismach amerykańskich od lat istnieje obowiązek ujawniania

46 S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit., s. 13.

47 L. Strauss, *Czym jest edukacja liberalna*, przeł. W. Dąbrowski „Przegląd Filozoficzny” nr 1 2005, s. 219 (przedruk z: L. Strauss, *Liberalism. Ancient and Modern*, New York 1968).

48 S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit., s. 326.

49 A. Bloom, *Umysł zamknięty...*, op. cit., s. 308.

konfliktu interesów. Uczelnie zabraniają kierowania badaniami lub uczestniczenia w badaniach sponsorowanych przez prywatne firmy naukowcom, którzy są współpracownikami takich firm lub mają w nich udziały, jeśli tylko sponsor może być zainteresowany w uzyskaniu określonego rezultatu badawczego. Wykluczają również udział uczelni w realizowaniu takich badań. Renomowane czasopisma żądają, by naukowiec, który publikuje wyniki badań sponsorowanych przez prywatne firmy ujawnił wydawcy, czy nie jest powiązany finansowo z taką firmą. Problem z afiliacjami politycznymi naukowców jest oczywiście dużo bardziej skomplikowany. Nie każdy ma bowiem udziały w prywatnych firmach, ale każdy ma jakieś poglądy polityczne. Nawet jednak w tym przypadku sytuacja nie jest beznadziejna i możemy różnymi sposobami ograniczać wpływ afiliacji politycznych naukowców na ich opinie lub przynajmniej ujawniać, że takie afiliacje istnieją. Naukowcy winni więc mieć obowiązek ujawniania czasopismom i instytucjom, które zwracają się do nich o opinie, swoich związków z partiami politycznymi i organizacjami o jednoznacznym profilu politycznym. Niezależnie od tego, czy naukowcy angażują się w obronę w naszym przekonaniu słusznych, czy też niesłusznych ideałów, mamy prawo wiedzieć z kim są oni instytucjonalnie powiązani i czyich interesów w związku z tym bronią. Krimsky wskazuje jak ważną rolę w obronie autonomii nauki odgrywa na uniwersytetach amerykańskich instytucja *tenure*⁵⁰. Dożywotnie etaty, przynajmniej najwybitniejszych badaczy, chronią w taki sam sposób niezależność opinii naukowców, w jaki chronią one niezawisłość sędziów. Oddajmy jeszcze raz głos Bloomowi: demokracja liberalna to jedyny ustrój, w którym władza wierzy, iż dobrze jest pozwolić profesorom, by robili to, na co mają ochotę⁵¹, co oczywiście odnosi się tylko do ich działalności badawczej.

Szczegółne wymogi powinny dotyczyć instytucji pełniących funkcje doradcze dla instytucji publicznych, takich jak Sejm czy rząd. Jak powiedzieliśmy, mamy prawo wiedzieć, czy eksperci odpowiadają w obiektywny i bezstronny sposób na pytania zadawane przez społeczeństwo, czy też bronią interesów komercyjnych lub politycznych swoich mocodawców. Skład instytucji doradczych organów publicznych, takich na przykład jak Biuro Analiz Sejmowych czy Rada Legislacyjna, winien być określany na zasadzie parytetu, tak by były w nich reprezentowane wszystkie istotne siły polityczne. Zasadą powinno być prezentowanie instytucjom publicznym opinii alternatywnych, a nie tylko opinii wyrażających punkt widzenia większości lub rządzących. Prawo do bycia należycie poinformowanym to warunek *sine qua non* dobrej demokracji, a bez zachowania podstawowych reguł etosu akademickiego prawo to może zostać zagrożone. Powinniśmy stale współdziałać nie tylko w doskonaleniu naszych programów badawczych, ale również w doskonaleniu

50 S. Krimsky, *Nauka skorumpowana...*, op. cit., s. 330.

51 A. Bloom, *Umysł zamknięty...*, op.cit., s. 343.

nauki instytucjonalnej. Od tego bowiem zależy rozwój wszystkich nauk, także teorii i filozofii prawa.

Na koniec musimy odnieść się do dość powszechnej krytyki przedstawionej tu diagnozy. Moim celem było wskazanie, że celem edukacji nie może być kształcenie *Fachidioten*, którzy są wprawdzie sprawnymi profesjonalistami w jakiejś wąskiej dziedzinie praktyki społecznej, ale którym brak jest odpowiedniej wiedzy ogólnej, by w światły sposób zmagać się z społecznymi problemami. Państwo i naród, który tak czyni sam sobie szykuje zgubę, odcinając swoich obywateli od wyższej kultury, która powinna decydować o tym, na jakich wartościach będzie się opierać nasze życie. Odpowiedź na ten zarzut jest zwykle następująca: większość z nas musi się utrzymywać z własnej pracy i z tego powodu edukacja i uniwersytety powinny przygotowywać przede wszystkim do sprawnego wykonywania zawodu; lepiej więc niech absolwenci szkół prawniczych będą użytecznymi specjalistami niż bezrobotnymi mędrkami. Myślę, że w przypadku nauk prawnych, i prawdopodobnie większości nauk społecznych, dylemat wyboru między edukowaniem specjalistów i mędrków jest w dużym stopniu fałszywy. Prawnicy, i nie tylko oni, muszą się w swojej działalności zmagać z faktami oraz z wartościami i z tego to powodu uważam, że model edukacji, który uczy ich tylko sprawnego zarządzania faktami, a nie uczy trudnego poruszania się w świecie wartości, jest fatalnym nieporozumieniem.

Postscriptum

Po napisaniu tego artykułu ukazał się Kodeks etyki pracownika naukowego (załącznik nr 10/2012 do uchwały Zgromadzenia Ogólnego PAN z 13.12.2012). Przyznać należy, że Kodeks broni podstawowych zasad etosu nauki akademickiej i to jest niewątpliwie jego największą zaletą. Świadczy o tym choćby sformułowany w ust.2 tego dokumentu katalog zasad i wartości etycznych w pracy naukowej, wśród których wymienia się między innymi: wiarygodność, obiektywizm, bezstronność, otwartość, rzetelność oraz – co ma dla nas szczególnie znaczenie – „niezależność od zewnętrznych wpływów na prowadzenie badań, zarówno wobec zlecających badania czy ekspertyzy, jak też od wpływów ze strony politycznych, ideologicznych lub biznesowych grup nacisku” (pkt 5). Można mieć natomiast szereg zastrzeżeń co do sposobu sformułowania tych zasad, który w wielu przypadkach przypomina typowy dla kontynentalnych kodeksów etyki zawodowej zbiór pobożnych życzeń sformułowanych w tak abstrakcyjny sposób, że można je rozmaicie interpretować. Na szczęście, wiele z tych zastrzeżeń uchyla stanowiący część Kodeksu zbiór przepisów odnoszących się do dobrych praktyk w badaniach naukowych (ust.3), nierzetelności w badaniach naukowych (ust.4) oraz załączniku dotyczącym reguł postępowania w sprawach o naruszenie zasad rzetelności w nauce (ust.5). Na uznanie zasługują w szczególności te postanowienia Kodeksu, które zobowiązują instytucje naukowe i uczonych do ujawniania

wsparcia finansowego i konfliktu interesów oraz zakazują ukrywania niewygodnych wyników badań i zatajania alternatywnych hipotez. Wątpliwości budzi natomiast fakt, iż klauzula zobowiązująca naukowców do „uszanowania poufności danych lub wyników badań, jeśli takie wymagania stawiane są przez zleceniodawcę lub pracodawcę” jest sformułowana tak ogólnikowo, że w praktyce może się stać zasadą, a nie wyjątkiem od zasady jawności badań naukowych oraz zakazu ukrywania niewygodnych danych. Nie jest też jasne czy pojęcie konfliktu interesów, o którym mówi Kodeks, odnosi się wyłącznie do konfliktu interesów ekonomicznych, czy również do politycznych. Tą kwestię uważam za bardzo ważną, gdy zważymy, że w naszym kraju obok uczonych na usługach przemysłu funkcjonuje coraz liczniejsza grupa uczonych na usługach władzy. Kodeks tymi sprawami w zasadzie w ogóle się nie zajmuje (Preambuła ust. 9). Wydaje się, że przygotowywanie opinii i ekspertyz na zamówienie różnego rodzaju zleceniodawców zewnętrznych stanowi dzisiaj najpoważniejsze zagrożenie dla podstawowych zasad etosu akademickiego i należało mu poświęcić dużo więcej uwagi. Nie należy też sądzić, że problem korumpowania naukowców wynikający z faktu, że naukowcy i instytucje naukowe coraz częściej świadczą płatne usługi na rzecz przemysłu i władzy mógł być rozwiązany wyłącznie przez system regulacji odnoszących się do szkolnictwa wyższego. Problem ten daleko wykracza poza ramy instytucjonalne nauki i nie da się rozwiązać przez zawartą w preambule Kodeksu deklarację, że Kodeks stosuje się do wszelkich prac naukowych niezależnie od miejsca ich wykonywania (ust.3). Ochrona etosu akademickiego wymaga nie tylko wypracowania jasnych zasad finansowania uczelni, które nie zagrażałyby obiektywizmowi i bezstronności badań naukowych (np. uczelnie nie powinny przyjmować środków finansowych, gdy jest oczywiste, że zleceniodawca oczekuje, iż ekspertyza potwierdzi jego punkt widzenia), ale również wypracowania konkretnych reguł odnoszących się do korzystania z ekspertyz i opinii przez różnego rodzaju instytucje publiczne i prywatne, choćby Sejm, rząd, sądy, banki, korporacje czy różnego rodzaju instytuty badania opinii publicznej. Jednym z rozwiązań, które się tu nasuwa, jest zobowiązanie wszystkich instytucji do korzystania na równych prawach z opinii i ekspertyz alternatywnych, co w praktyce jest zasadą na przykład w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości (mówiąc w uproszczeniu każda ze stron może powołać swojego świadka-eksperta). Mówiąc o zaletach Kodeksu etyki pracownika naukowego trzeba mocno podkreślić, że sam Kodeks nie jest w stanie zrekomensować wad, które wynikają z przyjęcia w ustawach o szkolnictwie wyższym (2005) i PAN (2010) menadżerskiego modelu zarządzania polską nauką, która marginalizuje rolę społeczności akademickich i oddaje zarządzania instytucjami naukowymi w ręce rektorów, dziekanów oraz dyrektorów instytutów i innych placówek badawczych oraz reguł parametrycznego systemu oceny instytucji naukowych i naukowców, które wyraźnie krzywdzą nauki humanistyczne i część nauk społecznych kosztem nauk ścisłych

i empirycznych. Można zadać pytanie, jak to jest, że w preambule do Kodeksu wskazuje się, że pomiędzy naukami ścisłymi, przyrodniczymi, społecznymi i humanistycznymi „występują niejednokrotnie bardzo istotne różnice” (ust.5), a różnic tych się nie uwzględnia w parametrycznym sposobie oceniając prac naukowych i naukowców. Gdy spojrzymy z tej perspektywy na Kodeks etyki pracownika naukowego, to obawiam się, że nie jest on w stanie odwrócić tendencji do przekształcania polskich wydziałów prawa i administracji w przedsiębiorstwa komercyjne, którym duch akademii jest coraz bardziej obcy.

Dwie czy trzy wolności a państwo prawa i nauki historyczne

Two or Three Liberties? The Rule of Law and Historical Studies

I agree with Adam Czarnota and his critique of extremely idiographical model of teaching history. Luckily Polish students are still taught logic, philosophy and history in the faculties of law. However I do not agree with his thesis that the republican concept of the rule of law should be based on the Philip Pettit's idea of freedom as non-domination. Firstly, because the notions of domination and non-domination are extremely vague and open to any interpretation. Secondly, because – in my opinion – the main subject of contemporary republicanism is not protecting subjects before arbitrary power of absolute monarchs (it was a problem in 17th- and 18th-century Europe, and earlier in Roman Empire) but rather to revive in contemporary societies democracy which is reduced frequently to periodical and purely formal acts of voting. We should do this by promoting all forms of democratic self-rule and self-government, by supporting all forms of participatory and deliberative democracy. This is the only way to make ordinary people really take part in public life and have a chance to deliberate on public affairs. For this reason I would rather follow the way proposed by Hannah Arendt, Michael Sandel or partly Quentin Skinner than by Philip Pettit.

Lech Morawski

Jeśli chodzi o pierwszą tezę tekstu Adama Czarnoty, że teoria i filozofia prawa jest w naszym kraju ahistoryczna, to w pełni się z nim zgadzam. Podobnie jak i on – przypuszczam – zgodziłby się ze mną, że nasza historia prawa jest kompletnie afilozoficzna i historycy – poza historykami czasów najnowszych – piszą tak, jakby nie wiedzieli nic o tym, co się dzieje w otaczającym ich świecie. W naszym kraju nadal króluje skrajnie idiograficzny model historii jako zbioru dat, miejsc i nikomu do niczego niepotrzebnych

informacji ustrojowych. W rezultacie egzaminu z przedmiotów historycznych bardziej przypominają zgaduj-zgadulę niż sprawdziany przyswojonej wiedzy, która mogłaby być przydatna w interpretacji otaczającego na świata. Znane mi z lat młodości podręczniki Karola Koranyiego czy Juliusza Bardacha do dzisiaj wspominam jako upiorny przykład nauczania historii. Niewiele lepiej wygląda sprawa z historią doktryn polityczno-prawnych. Między tym, co robią przedstawiciele doktryn, a tym czym zajmują się filozofowie prawa nadal nie ma kontaktu, a jeśli jest, to niewielki. Nieliczne wyjątki tylko potwierdzają tę tezę. Przedstawiciele doktryn, wybierając przedmioty swoich analiz czy badań, kierują się sobie tylko znanymi kryteriami, które niewiele mają wspólnego z tym, co obchodzi współczesny świat. Myślę, że w tej kwestii uwagi Czarnoty są nie do podważenia, chociaż jeszcze raz zdecydowanie bym podkreślił, że to nie tylko filozofowie prawa ignorują historię idei, ale również historycy idei w ogromnej większości ignorują filozofię prawa. Jeśli w naszym kraju niektórzy dążą do eliminacji lub do ograniczenia nauczania przedmiotów historycznych (moim zdaniem niesłusznie), to jest to w dużym stopniu zasługą historyków, którzy sami zabijają zainteresowanie swoją dyscypliną.

Przejdźmy teraz do drugiej sprawy, tego mianowicie, czy pojmowanie wolności jako „braku dominacji” stanowi rzeczywiście – jak dowodzi Pettit – trzecią drogę w sporze liberalizmu z komunitarianizmem i zarazem fundament, na którym wspiera się republikańska koncepcja wolności oraz – jak to sugeruje Czarnota – republikańska koncepcja rządów prawa. Na wstępie chciałbym zaznaczyć, że w moim przekonaniu sama interpretacja rządów prawa jako systemu zabezpieczeń przed arbitralnymi decyzjami innych ma charakter „lokalny” i wyrasta ze swoistych doświadczeń anglosaskich. W krajach postkomunistycznych jest to ważny, ale nie najważniejszy jej element. Ważniejsza dla nas od ochrony przed arbitralizmem władzy jest ochrona przed niesprawiedliwymi prawami oraz to jak powinien zachować się człowiek w konfrontacji z takimi prawami. Konfrontacja z nazizmem i bardzo do niego podobnym komunizmem nauczyły Polaków, że można w systematyczny i całkowicie przewidywalny, i w tym sensie niearbitralny, sposób popełniać najbardziej nieprawdopodobne zbrodnie. Na szczęście Anglosasom los oszczędził takich doświadczeń i z tego powodu ochrona przed arbitralnymi prawami jest dla nich ważniejsza od ochrony przed prawami niesłusznymi. Problem sprawiedliwości prawa nie jest zresztą obcy anglosaskiej jurysprudenckiej, czego dowodzą choćby analizy Lona Fullera i jego zainteresowanie formułą Radbrucha, a z drugiej strony żywe zainteresowanie nadal przecież aktualną problematyką *civil disobedience*, która narodziła się w krajach anglosaskich, a nie w Europie kontynentalnej. Widzę ludzące podobieństwo między tym, co Czarnota uważa za liberalną interpretację rządów prawa, a tym, co w naszym kraju zwykło się nazywać praworządnością formalną lub pozytywistyczną interpretacją tego pojęcia. Jeśli tak, to dochodzimy do wniosku, że liberalne pojęcie rządów prawa jest wtórne w stosunku do pozytywistycznej

interpretacji tego pojęcia (nawiasem mówiąc większość pozytywistów z Austinem, Hartem i Razem na czele to liberałowie). Liberalizmowi zawdzięczamy przede wszystkim koncepcję praw człowieka pojmowanych jako prawa negatywne, które mają chronić naszą autonomię przed ingerencją państwa i innych podmiotów oraz sceptyczny stosunek wobec praw pozytywnych, rozumianych jako prawa socjalne i ekonomiczne obywateli. Hannah Arendt dokonała jednak reinterpretacji pojęcia praw pozytywnych, widząc w nich prawa obywateli do jak najszerszej partycypacji w życiu publicznym (*freedom as a democratic self-rule*) i zwykle to ujęcie uznaje się za jądro republikańskiej idei wolności, odmienne zarówno od jej liberalnej, jak i socjaldemokratycznej interpretacji. Jej tropem poszedł również Quentin Skinner czy Michael Sandel. Pettit kwestionuje jednak to ujęcie i twierdzi, że w sporze między zwolennikami wolności negatywnej a pozytywnej istnieje jeszcze trzecia droga pojmowania wolności jako „braku dominacji” i to ona ma być charakterystyczna dla republikanizmu. Trudno jest mi się zgodzić z poglądami Pettita, a tym samym z podjętą przez Czarnotę próbą oparcia republikańskiej idei rządów prawa na idei wolności jako braku dominacji.

Przyjrzyjmy się nieco bliżej, w jaki sposób Philip Pettit definiuje dominację, która stanowi punkt odniesienia dla jego pojmowania wolności. Piśze on, że o dominacji pewnych osób nad innymi można mówić, gdy „1. They have the capacity to interfere 2. On an arbitrary basis 3. In certain choices that the other is not in a position to make”¹. Dodaje on przy tym, że modelem dominacji jest stosunek pan-niewolnik, ale o dominacji można mówić również w relacjach małżeńskich, pracowniczych czy w relacjach nauczyciel-uczeń. Wyższość ujęcia wolności jako braku dominacji nad jej liberalnym pojmowaniem ma przy tym polegać na tym, że ta pierwsza chroni nas nie tylko przed faktycznymi, ale również potencjalnymi ograniczeniami naszej wolności. Zdaniem Pettita, gdyby właściciel niewolników w żaden sposób nie wpływał na ich decyzje i pozwalał im czynić wszystko, co tylko zechcą, to trzeba by przyjąć, że (sic!) niewolnicy są wolni w liberalnym rozumieniu tego pojęcia. Problem polega tylko na tym, że są oni wolni niejako z łaski swojego pana. Wyższość wolności jako braku dominacji ma polegać właśnie na tym, że ma ona eliminować nie tylko faktyczne, ale także potencjalne źródła naszej zależności od innych tak w życiu politycznym, ekonomicznym, jak i w stosunkach rodzinnych czy stosunkach pracy. Taka interpretacja poglądów liberalnych przez Pettita jest co najmniej wątpliwa. Myślę, że liberalizm, ujmując prawa i wolności ludzkie jako systemy korelatywnie ze sobą sprzężonych uprawnień i obowiązków, chroni ludzką wolność zarówno przed faktycznymi, jak i potencjalnymi możliwościami jej ograniczenia. Z tego to powodu liberalizm w ogóle wyklucza niewolnictwo, a nie tylko

1 P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 52, 57.

nadużycia w sprawowaniu władzy nad niewolnikami, podobnie jak wyklucza samą możliwość zatrudniania dzieci czy kobiet w zaawansowanej ciąży i nie ma zupełnie znaczenia czy właściciel niewolników, czy pracodawca miałby faktycznie zamiar skorzystać ze swojej władzy. Sądzę, że liberałowie byliby bardzo zdumieni, że akceptują niewolnictwo pod warunkiem, że właściciel niewolnika nie czyni użytku ze swojej władzy. Taka interpretacja poglądów liberalnych wydaje mi się po prostu absurdalna. Nie widzę żadnej różnicy między liberalnym ujęciem wolności a jej ujęciem przez Pettita. Liberalizm stara się zarówno o ochronę ludzi przed faktycznym, jak i potencjalnym nadużywaniem władzy, a tym samym – podobnie jak Pettit – chce wykluczyć takie sytuacje, w których jedni obywatele mogliby traktować innych obywateli jako swoich poddanych. Widzę natomiast zasadniczą różnicę między liberalnym ujęciem wolności a twierdzeniem Arendt, że wolność obywateli to także ich prawo do partycypacji w życiu publicznym i w pełni zgadzam się z Czarnotą, że liberalizm nie uwzględnia tego wymiaru wolności w swojej koncepcji rządów prawa. Uważam również, że to nie ujęcie Pettita wolności jako braku dominacji, ale ujęcie Arendt wolności jako prawo obywateli do partycypacji w życiu publicznym jest konstytutywnym elementem republikańskiego ujęcia wolności

Warto jednak bardzo mocno podkreślić, że republikanie nie twierdzą, że liberalne ujęcie wolności jest bezużyteczne, twierdzą jedynie, że jest ono niewystarczające. Republikańska koncepcja wolności jest więc niejako nadbudowana nad jej liberalnym rozumieniem. W pełni więc zgadzam się z twierdzeniem Czarnoty, że „nieinterwencja w sferę autonomii nie jest wystarczającą gwarancją wolności, jeżeli inne podmioty posiadają wystarczającą władzę, aby wpływać arbitralnie na wybory danej jednostki”, ale twierdzą, że jedyną drogą, która nas ochroni przed arbitralną władzą innych, jest odrodzenie wyśmiewanej władzy ludu (lud smoleński!) poprzez decentralizację państwa, rozbudowę instytucji demokracji lokalnej, zasady subsydiarności, referendum, bo w przeciwnym razie demokracja zostanie zredukowana do odbywającego się raz na parę lat aktu głosowania. Z partycypacją obywateli w sprawach publicznych nie musi być dobrze, skoro lud wychodzi coraz częściej na ulice, by walczyć o swoje prawa. Taki stan rzeczy dowodzi też, że formalne mechanizmy demokratyczne nie budzą zaufania wśród zwykłych obywateli. Zauważmy, że dzieje się tak nie tylko w Polsce, ale i w wielu innych krajach. Muszę powiedzieć, że nie bardzo rozumiem, o co chodzi Pettitowi, gdy pogardliwie określa pojęcie wolności jako prawa do demokratycznej partycypacji w życiu publicznym jako populistyczne². Najgorszą jednak wadą definicji Pettita jest jej mgławicowy charakter, bo można w nią wkładać właściwie dowolne treści. Może ona z równym powodzeniem uzasadniać zarówno ograniczania własności prywatnej, bo to ona jest głównym źródłem

2 Ibidem, s. 8.

wyzysku (Marks), jak i własności państwowej, bo ona jest „drogą do niewolnictwa” (Hayek). Może też uzasadniać roszczenia feministek, bo zmaskulizowany świat tworzy szklane sufity, przez które ich gaworzenie nie jest w stanie się przebić, jak i roszczenia homoseksualistów, bo katolicka moralność i kościół jest źródłem opresji i w związku z tym należy ograniczać jego wpływ na życie publiczne, gdzie tylko się da. Reasumując: jeśli liberalne pojęcie wolności oparte o zasadę szkody jest dość jasne i sprowadza się do prostej formuły, że wolno ci robić wszystko, jeśli tylko nie wyrządzasz innym szkody, jeśli wiadomo o co chodzi Arendt, przynajmniej gdy mówi, że obywatele mają prawo do aktywnej partycypacji w życiu publicznym, o tyle wezwanie Pettita do eliminacji dominacji z naszego życia może się okazać prawdziwym zagrożeniem dla ludzkich wolności, bo o naszej wolności będą decydować ci, którzy sprawują władzę i to oni będą decydować o tym, kiedy dominacja zachodzi lub nie. W ten sposób jeszcze raz sprawdzają się prorocze słowa Johna Stuarda Milla, że w naszych czasach lud, który sprawuje władzę, to nie zawsze ten sam lud, nad którym ta władza jest sprawowana. Z tego powodu trudno jest mi się zgodzić z propozycją Czarnoty, by oprzeć republikańską ideę rządów prawa na pojęciu wolności jako braku dominacji. Zgadzam się oczywiście z tezą, że eliminowanie stosunków nieusprawiedliwionej podległości jednych ludzi innym ludziom jest szczytnym i ważnym ideałem, ale ciężar dowodu na czym ono konkretnie polega i do jakich sfer naszego życia się odnosi nie spoczywa na mnie.

Powróćmy teraz na chwilę do słusznego poglądu Czarnoty, że filozofowie powinni częściej korzystać z wiedzy historycznej, bo inaczej będą wyważać dawno już otwarte drzwi. Wydaje się, że także w tym przypadku konieczna jest ostrożność i to właśnie Pettit jest tego poglądom przykładem. Zajmuje się on rządami absolutnymi i autorytarnymi w czasach średniowiecznych i nowożytnych, więc było oczywiste, że mówiąc o dominacji ma on na myśli ochronę obywateli przed arbitralizmem tyranów i monarchów absolutnych. Problem polega jednak na tym, że to nie monarchie absolutne są problemem zachodnich demokracji. Myślę, że to, co różni współczesny republikanizm od republikanizmu starożytnych, średniowiecznych i wczesnonowożytnych myślicieli, to fakt, że współczesny republikanizm jest republikanizmem demokratycznym i plebejskim, podczas gdy tamten był republikanizmem arystokratycznym i z tego powodu może być dla nas tylko ograniczonym źródłem inspiracji. Demokracje zachodnie gnębią zupełnie inne problemy niż to jak bronić się przed monarchą-tyranem. Będę więc bronił pojmowania wolności republikańskiej w takim duchu, w jakim pojmują ją Arendt, Skinner czy Sandel, a nie takim, w jakim przedstawia ją Pettit.

Filozofia publiczna i zobowiązania moralne

Public Philosophy and Moral Obligations

My paper refers to the various problems of public philosophy. I distinguish two different kinds of public philosophy – on the one hand academic and civic philosophy, and on the other hand substantive and procedural philosophy. I may not be mistaken when I say that so far researchers and philosophers have focused their attention primarily on the problems of the ethos of science (so called Mertonian norms), not on the moral obligations of scientists in public life. In the latter case the problem arises whether standards that bind academicians in their research also bind within the public sphere, say when the researcher presents his opinions on TV, in the press or he publicly evaluates political programs or economic products. To put it another way, we may ask whether the researcher in public life, just like a judge, priest or a physician, is always “on duty” and must always follow all the rules of his profession or he is more like an ordinary citizen who can act in accordance with his political, economic or religious sympathies and preferences. I believe it is the main problem of what I call the procedural public philosophy and I try to answer it in my paper.

Lech Morawski

Filozofia akademicka i filozofia obywatelska

Pojęcie filozofii publicznej robi w ostatnich czasach oszałamiającą karierę. Pojęcie to jest niezmiernie wieloznaczne i właściwie niemal każdy autor nadaje mu swoiste znaczenie. Jak jednak sędzę, można wyróżnić dwa podstawowe znaczenia tego terminu. W pierwszym filozofia publiczna to ten rodzaj refleksji filozoficznej, który dotyczy ważnych i aktualnych spraw życia publicznego, a więc ten typ rozważań, w których filozof w swoich akademickich publikacjach stara się rzucić filozoficzne światło na współczesne problemy życia społecznego,

ekonomicznego i politycznego¹. Ten typ filozofii publicznej będziemy nazywać **akademicką filozofią publiczną**. Rozprawy z zakresu tego rodzaju filozofii podlegają normalnym rygorom prac naukowych, a więc są recenzowane i zaliczane do dorobku naukowego ich autorów. By zrozumieć o co chodzi, gdy mówimy o filozofii tradycyjnie rozumianej i filozofii publicznej, wystarczy porównać spisy treści książek z obu dziedzin refleksji filozoficznej. W tych pierwszych znajdziemy na przykład analizę takich kwestii jak pojęcie prawa, różnych jego typów, elementów z których się składa prawo, powiedzmy – obowiązku, sankcji, deliktu i różnych typów reguł prawnych, zwykle też analizę wzajemnych relacji między prawem a moralnością czy pozytywizmem a prawem natury, a jeśli dany teoretyk – jak na przykład Kelsen – uważa, że koniecznym elementem teorii prawa jest także teoria państwa, to najczęściej podejmuje w swoich pracach takie problemy jak analiza różnych elementów państwa, pojęcie władzy czy suwerenności, a także analizę różnych form rządu, zwykle również analizę podstawowych zasad ustroju polityczno-prawnego². Jeśli natomiast zwrócimy się ku treści podstawowych pozycji z zakresu filozofii publicznej, to na plan pierwszy wysuwają się w nich nie kwestie teoretyczne, ale ważne i kontrowersyjne problemy publiczne, które trapią współczesnych takie na przykład jak współczesne spory liberałów z socjaldemokratami o granice interwencjonizmu ekonomicznego, spory o funkcje Kościołów i religii w życiu współczesnych społeczeństw, refleksję nad rolą wspólnot i samorządu we współczesnych demokracjach, wywody dotyczące edukacji publicznej, dopuszczalności hazardu, wreszcie analizy takich problemów jak dopuszczalność kary śmierci, aborcji, *in vitro*, pornografii, spory o model współczesnej rodziny, czy legalizację związków homoseksualnych³. Granica między filozofią klasyczną a publiczną nie jest oczywiście ostra i filozofowie klasycy często zabierają głos w ważnych i aktualnych sprawach publicznych (potępienie komunizmu przez Kelsena, polemiki Harta z Gustavem Radbruchem, czy Lonem Fullerem dotyczące odpowiedzialności za zbrodnie Niemców w czasie drugiej wojny światowej czy prace Jürgena Habermasa o tożsamości i integracji europejskiej), a z drugiej strony, filozofowie uważani za reprezentantów filozofii publicznej jak Michael Sandel czy Richard Rorty poświęcają wiele uwagi analizie kwestii teoretycznych, choćby dotyczących liberalizmu, pragmatyzmu, (anty)naturalizmu, pojęcia prawdy, czy wartości.

-
- 1 P. Selznick, *A Humanist Science. Values and Ideal in Social Inquiry*, Stanford 2008, s. 129.
 - 2 Na przykład H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass. 1945.
 - 3 M. Sandel, *Public Philosophy. Essays on Morality in Politics*, Cambridge, Mass.-London 2005; R. George, *In Defence of Natural Law*, Oxford 2005.

Problem publicznego wymiaru wiedzy filozoficznej dotyczy oczywiście nie tylko i nie przede wszystkim filozofii prawa, dlatego też warto go rozpatrywać w kontekście wszystkich dyscyplin filozoficznych. Jak wiadomo, filozofia jest niezmiernie złożoną dyscypliną i obejmuje różnorodne działy, by wymienić tylko, z jednej strony, ontologię, epistemologię, filozofię analityczną, filozofię nauki, a z drugiej strony, filozofię społeczną, polityczną, aksjologię i wreszcie filozofię prawa. Jest jasne, że publiczny charakter części tej drugiej niż tej pierwszej strony refleksji filozoficznej.

Obok akademickiej odmiany filozofii publicznej istnieje drugi jej rodzaj, który będziemy nazywać **obywatelską filozofią publiczną**. W tym znaczeniu filozofia publiczna, to nie tylko filozofia dotycząca ważnych spraw życia publicznego, ale również filozofia – by się tak wyrazić – uprawiana publicznie. Gdy filozof występuje w telewizji, radio lub innych mediach, gdy otwiera blog na Facebooku, czy Twitterze, ale też, gdy opuszcza mury akademii i zaczyna doradzać politykom czy przemysłowcom, to staje się filozofem publicznym w tym właśnie znaczeniu. W tym przypadku adresatem jego twierdzeń i programów są nie tylko koledzy po fachu, ale wszyscy, którzy są zainteresowani sprawami publicznymi. Zdarza się, że publikacje akademickie dostają się do publicznego obiegu i są w nim przedmiotem debat i komentarzy. Wtedy one także stają się nie tylko elementem filozofii akademickiej, ale również filozofii obywatelskiej.

Publiczność nie jest oczywiście cechą, która przysługuje jedynie refleksji filozoficznej, bo w ważnych sprawach publicznych, jeśli jest po temu powód i okazja, głos zabierają przedstawiciele niemal wszystkich dyscyplin naukowych, poczynając od socjologów, politologów, ekonomistów, a na fizykach, chemikach czy meteorologach kończąc (gdy na przykład wypowiadają się w sprawach katastrof, klęsk żywiołowych, które powodują poważne skutki społeczne). Nie trudno również zauważyć, że gdy naukowiec zajmuje się działalnością popularyzatorską i pisze prace skierowane nie do kolegów specjalistów, ale do laików, to jego refleksja również nabiera publicznego charakteru. Publiczny charakter refleksji naukowej w większości wymienionych wyżej dyscyplin ma jednak, by się tak wyrazić, okazjonalny charakter, bo jest oczywiste, że nie jest zasadniczym celem fizyki, chemii czy matematyki komentowanie ważnych spraw publicznych i to zasadniczo różni ten typ refleksji od refleksji, którą określiliśmy mianem filozofii publicznej. Podobnie, nie jest też zasadniczym celem filozofii analitycznej czy filozofii nauki komentowanie bieżących wydarzeń życia publicznego, chociaż bywają ku temu powody (analiza kontrowersyjnych tekstów prawnych), stąd filozofią publiczną zajmują się znacznie częściej filozofowie społeczni, polityczni, filozofowie zajmujący się aksjologią i filozofowie prawa niż filozofowie nauki czy metodologowie.

Z drugiej strony, zwrócić musimy uwagę na fakt, że obok filozofów istnieje cała grupa socjologów, ekonomistów i politologów, która wyspecjalizowała się w objaśnianiu i komentowaniu ważnych wydarzeń publicznych

i w tym sensie możemy uważać, że obok publicznej filozofii istnieje również publiczna socjologia, ekonomia, czy politologia⁴. Peter Selznick w swoich pracach poświęcił wiele uwagi badaniu wzajemnych relacji między filozofią publiczną i socjologią publiczną⁵. Często zresztą bywa tak, że refleksje socjologów, ekonomistów i politologów na tematy publiczne zalicza się również do filozofii publicznej. Powstaje przeto pytanie, dlaczego we współczesnej nauce poświęca się tyle uwagi przede wszystkim refleksji nad filozofią publiczną i niejako w cieniu tych debat pozostaje refleksja nad publicznym charakterem innych nauk. Jeden z tych powodów jest trywialny i wynika z faktu, o którym wspomniałem wyżej, iż refleksje socjologów, prawników czy politologów na aktualne tematy publiczne są po prostu zaliczane do filozofii publicznej⁶. Drugi i ważniejszy powód wiąże się z kolei z faktem, że filozofia jako pewien rodzaj refleksji ogólnej ma dostarczać obywatelom całościowego i spójnego obrazu świata i społeczeństwa w oparciu o który będą oni mogli kształtować swój światopogląd i dokonywać wyborów w różnych sprawach swojego życia. Z tego też wynika jej szczególne znaczenie względem innych dziedzin nauki. Nie twierdzę oczywiście, że filozofowie odgrywają najważniejszą rolę w kształtowaniu naszych światopoglądów albo też ważniejszą rolę niż rodzina, środowisko czy kultura, ale wraz z powszechnym wzrostem wykształcenia w społeczeństwach zachodnich wzrasta również znaczenie nauki i filozofii, o czym świadczy stale rosnące zapotrzebowanie na ich usługi i stale rosnąca obecność w mediach. Nie można przeto wykluczyć mniej lub bardziej znaczącego wpływu filozofii publicznej na kształtowanie się naszych światopoglądów i postaw. Jeśli więc nawet, to nie dzięki filozofom stajemy się liberałami, socjalistami czy konserwatystami, to często właśnie dzięki filozofom nasze światopoglądy i wybory polityczne uzyskują bardziej spójny i racjonalny charakter.

Idea filozofii publicznej w obu jej znaczeniach jest głęboko zakorzeniona w tradycji myśli zachodniej. Nieprzypadkowo mówi się o tradycji sokratejskiej w filozofii Zachodu, ponieważ Sokrates jest powszechnie uważany za jednego z pierwszych filozofów, który uczynił ze swojej filozofii sprawę publiczną. Właściwie w każdej epoce istnieli filozofowie, którzy byli głęboko zainteresowani sprawami publicznymi i dawali temu wyraz w debatach publicznych. Do wielkich przedstawicieli filozofii publicznej zalicza się w starożytności Sokratesa i Platona, w czasach odrodzenia i oświecenia całą plejadą myślicieli z Rousseau i Wolterem na czele, w czasach nam bliższych w jej

4 P. van Seters, *From Public Sociology to Public Philosophy. Lessons for Law and Society*, „Law and Social Inquiry” 35, 2010, s. 1149.

5 P. Selznick, *A Humanist Science...*, op. cit.; P. van Seters, *From Public Sociology...*, op. cit.

6 Na przykład P. van Seters, *From Public Sociology...*, op. cit.

duchu wypowiedział się Marks i Engels, John Stuart Mill oraz Max Weber, a w czasach najbardziej współczesnych najwybitniejsi przedstawiciele tego sposobu filozofowania to Hannah Arendt, John Dewey, Jürgen Habermas, Noam Chomsky, Michael Sandel oraz Richard Rorty⁷. W większości przypadków najwybitniejsi filozofowie zajmowali się filozofią publiczną niejako obok ściśle teoretycznego nurtu swoich rozważań⁸.

Przyczyny renesansu filozofii publicznej

Gdybyśmy spróbowali wymienić najważniejsze przyczyny szczególnego zainteresowania filozofią publiczną w czasach nam współczesnych, to – jak sądzę – należy zwrócić uwagę na trzy fakty: wzrost zapotrzebowania na wiedzę naukową w społeczeństwach nowoczesnych i ponowoczesnych, rewolucję elektroniczną oraz dokonującą się na naszych oczach zmianę charakteru współczesnej demokracji. Rozpocznijmy od pierwszej kwestii. Od czasów oświecenia, poprzez wiek dziewiętnasty, kiedy to wykształciła się instytucja nowoczesnego uniwersytetu, aż po dzień dzisiejszy systematycznie wzrasta rola nauki w niemal wszystkich obszarach działalności ludzkiej. Nauka i technika stały się głównymi siłami sprawczymi rozwoju współczesnych społeczeństw, a scjentyzm – jedną z dominujących ideologii czasów nowoczesnych i to głównie dzięki niepohamowanemu rozwojowi nauki i techniki wiek dziewiętnasty i dwudziesty nazwano wiekiem nowoczesności czy też modernizmu. Tę pozycję umacnia nauka i technika w czasach ponowoczesnych. W powszechnym przekonaniu nauka ma przede wszystkim dostarczać wiedzy użytecznej praktycznie, wiedzy technicznej (*techno-science* wedle sławnego określenia Michela Foucaulta), która by pozwalała skuteczniej kontrolować zachodzące w przyrodzie i społeczeństwie procesy. Takiej też wiedzy spodziewamy się uzyskać od empirycznie zorientowanych nauk społecznych, które w znaczącej części stały się naukami o technikach skutecznego zarządzania sprawami społecznymi (naturalistyczny model nauki). Jednakże zapotrzebowanie na wiedzę naukową nie ogranicza się do zapotrzebowania na wiedzę techniczną, ale w coraz większym stopniu dotyczy wiedzy o różnego rodzaju ideach, wartościach, w oparciu o które ludzie mogliby budować spójny światopogląd i podejmować decyzje w trudnych sprawach życiowych i publicznych (antynaturalistyczny model nauki). Wiele i coraz więcej tych spraw wynika bezpośrednio z postępu naukowo-technicznego (*in vitro*, GMO, ochrona środowiska etc.). Nic przeto dziwnego, że w naszych

7 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. II, Cambridge 2008, s. 17.

8 J. R. Weinstein, *What does Public Philosophy do?*, „Essays in Philosophy” 15, 2014, s. 39; M. Piglucci, W. Finkelman, *The Value of Public Philosophy to Philosophers*, „Essays in Philosophy” 15, 2014, s. 87; H. He, *Investigation on Public Philosophy*, „Frontiers of Philosophy in China” 2, 2007, s. 91.

czasach obserwujemy gwałtowny wzrost zainteresowania filozofią publiczną, która ma nam dostarczać wiedzy o trudnych problemach współczesności i pomagać rządzącym i obywatelom w podejmowaniu decyzji⁹.

Drugi powód wzrostu znaczenia filozofii publicznej to rewolucja elektroniczna, która w niespotykany sposób zwiększyła możliwości komunikowania się. Przysłowiowa *agora* dawała ograniczone możliwości uczestnictwa w życiu publicznym i jej znaczenie nie wykraczało poza małe społeczności lokalne. Z tego też powodu dominującą formą demokracji stała się na wieki demokracja przedstawicielska (reprezentatywna), a tradycyjne instrumenty demokracji bezpośredniej (referenda, plebiscyty) okazywały się w dużych społecznościach kosztowne, nieoperatywne i często wykorzystywane przez rządzących do manipulowania elektoratem. Podobnie do tego, oddziaływanie społeczne nauki i filozofii było niewielkie. Filozofia zamknięta w gabinetach akademickich, to – jak mówi Walter Lippmann – „*airy nothing*”¹⁰ i dopiero nowoczesne środki komunikacji niepomierne rozszerzyły możliwości jej wpływu. Internet i związane z nim instrumenty (Facebook, Twitter itd.) nie tylko zwiększyły liczbę odbiorców informacji o ważnych sprawach publicznych, ale nadały komunikacji międzyludzkiej charakter interaktywny, dając szansę, przynajmniej w społeczeństwach rozwiniętych, komunikowania się nieomal wszystkich ze wszystkimi. Fakt ten w istotny sposób może przyczynić się do ożywienia współczesnej demokracji, której obecny stan dobrze opisuje następujące stwierdzenie: staliśmy się elektoratem, przestaliśmy być obywatelami¹¹. Nowoczesne środki komunikacji stwarzają szansę, że demokracja przestaje być wyłącznie prawem do wybierania raz na parę lat rządzących i coraz częściej przybiera formę aktywnego uczestnictwa obywateli w życiu publicznym¹². Wzbogacenie tradycyjnych instrumentów demokracji reprezentatywnej o różne formy demokracji partycypacyjnej i deliberatywnej, to istotny efekt rewolucji informacyjnej. Demokracja partycypacyjna i deliberatywna w istotny sposób zwiększa nasze zapotrzebowanie na wiedzę i argumenty tych wszystkich, którzy muszą podejmować decyzje lub dokonywać wyborów w istotnych sprawach prywatnych i publicznych. Nauka i filozofia stały się jednym z ich depozytariuszy¹³.

9 L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014, s. 335 i cyt. tam literatura.

10 W. Lippmann, *The Public Philosophy*, New York 1956 (wyd. 1 – 1955), s. 72.

11 L. Scott Smith, *Reexamining America's Public Philosophy*, „Modern Age”, Spring 2014, s. 16; W. Lippmann, *The Public Philosophy...*, op. cit., s. 19.

12 P. Selznick, *A Humanist Science...*, op. cit., s. 72.

13 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. I, Cambridge 2008, s. 145, 206.

Filozofia materialna i proceduralna

W refleksji nad filozofią publiczną fundamentalne znaczenie ma odróżnienie dwóch jej odmian, które nazwiemy filozofią materialną i proceduralną. Nasze dotychczasowe uwagi odnosiły się głównie do tego pierwszego rodzaju filozofii publicznej. Filozofia materialna jest nauką o ideałach obywatelskich, którymi powinni kierować się rządzący i rządzeni w sprawach publicznych. Jak to ujmuje Lippmann: celem filozofii publicznej jest poszukiwanie ideałów dobrego życia, dobrego obywatela i dobrego rządu. Nieprzypadkowo więc wielu utożsamia filozofię publiczną z etyką publiczną, a w każdym razie uznaje etykę za rdzeń filozofii publicznej¹⁴. Tak na przykład pojmują filozofię republikanie.

To nie jest oczywiście tak, że każda filozofia opuszcza zacisze gabinetów profesorskich i staje się filozofią publiczną. W różnych czasach różne filozofie uzyskują rangę filozofii publicznej i zwykle do tej rangi pretendują różne i konkurencyjne wizje porządku społecznego. Można więc powiedzieć, że filozofia publiczna ma z zasady charakter antagonistyczny i polega na ścieraniu się w przestrzeni publicznej różnych koncepcji porządku społecznego i moralnego¹⁵. Nawet w wiekach średnich, kiedy to bez wątpienia nauka Kościoła stała się dominującą filozofią publiczną, istniały herezje i konkurowały ze sobą różne interpretacje chrześcijaństwa (katolicyzm, protestantyzm). Nawet w społeczeństwach totalitarnych, w których rządy próbują siłą narzucić społeczeństwu określony światopogląd, wcześniej, czy później w obiegu publicznym pojawiają się inne światopoglądy i stają się w końcu elementem filozofii publicznej. Ścieranie się konkurencyjnych światopoglądów to jedna z zasadniczych cech współczesnych demokracji. Gdybyśmy zwrócili się ku czasom nam najbliższym, to nie może ulegać wątpliwości, że do najbardziej wpływowych i konkurujących ze sobą nurtów filozofii publicznej zaliczyć należy liberalizm, różne odmiany myśli socjaldemokratycznej i konserwatywnej z republikanizmem oraz komunitaryzmem na czele, a w wielu krajach, takich na przykład jak Polska, Irlandia czy Włochy, znaczne wpływy wywiera również nauka społeczna Kościoła. Myślę, że nie pomylę się, gdy powiem, że w pewnym stopniu rangę taką uzyskał również pozytywizm prawniczy i doktryny prawnonaturalne. Czasy współczesne to zatem czasy ścierania się różnych filozofii w walce o ideały życia publicznego, na których – jak to trafnie ujął James Tully – mają się opierać społeczne praktyki rządzenia i praktyki wolności. Tully trafnie przy tym zwrócił uwagę na skądinąd banalny fakt, że to, w jaki sposób i w jakim zakresie obywatele będą mogli korzystać ze swoich wolności, zależy od tego, jakie wykształciły się w danym społeczeństwie praktyki rządzenia, przy czym przez praktyki rządzenia rozumiał nie tylko praktyki sprawowania władzy przez rząd, ale także praktyki wywierania wpływu

14 H. He, *Investigation on Public Philosophy...* op. cit., s. 91.

15 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. I..., op. cit., s. 146, 206.

na sprawy społeczne przez wielkie korporacje, partie polityczne i inne wpływowe instytucje w społeczeństwie¹⁶.

Przyjmując założenie, że w demokratycznych społeczeństwach konkurują ze sobą różne filozofie materialne i wszystkie ubiegają się o pierwszeństwo w życiu publicznym, w jakiś sposób odwracamy się od klasycznego rozumienia filozofii publicznej, której korzenie tkwią w starożytności, a której wybitnymi kontynuatorami w czasach nam współczesnych są Lippmann i Selznick. Lippmann, od którego słynnego eseju rozpoczął się renesans filozofii publicznej w czasach nam najbliższych, twierdzi, że nawet w pluralistycznych społeczeństwach, w których ludzie kierują się różnymi wartościami, można odkryć uniwersalne prawa porządku publicznego (*the universal laws of the rational order*), które musi zaakceptować każdy miłujący demokrację, racjonalny i kierujący się dobrą wolą człowiek¹⁷. W podobnym duchu wypowiada się Selznick, gdy dowodzi, że obok praw empirycznych i logicznych istnieją również prawdy moralne a ich poszukiwanie jest zasadniczym celem filozofii publicznej¹⁸. W jego przekonaniu głównym celem filozofii publicznej jest poznawanie wartości i standardów moralnych na jakich opiera się rządzenie, edukacja, biznes i religia¹⁹. W tym kontekście powstaje pytanie, czy idea filozofii publicznej jako nauki o ostatecznych prawdach moralnych da się pogodzić z współczesnymi pryncypiami porządku konstytucyjnego. Lippmann i Selznick wierzą w taką możliwość²⁰, ale osobiście mam w tej sprawie istotne wątpliwości. Wprawdzie musimy przyznać, że rygorystyczna interpretacja filozofii publicznej uzyskuje w naszych czasach potężne wsparcie w rozwoju nauk kognitywnych, które pokazują, że akceptacja przez ludzi podstawowych norm moralnych w znacznym stopniu wynika z wyposażenia genetycznego naszego gatunku, a więc nie ma charakteru czysto konwencjonalnego ani też nie da się jej sprowadzić do zabiegów edukacyjnych, które mogą dowolnie lepić ludzkie charaktery i wdrukowywać w nie dowolne treści moralne (słynna koncepcja ludzkiej natury jako *tabula rasa* autorstwa Johna Locka)²¹, ale to wszystko nie zmienia faktu, że w przestrzeni publicznej zupełnie inaczej funkcjonują spory o fakty i spory o wartości. O różnicach między *is* i *ought*

16 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. II..., op. cit., s. 22 i n.

17 W. Lippmann, *The Public Philosophy...* op. cit., s. 85, 89, 103, 124.

18 P. Selznick, *A Humanist Science...*, op. cit., s. 4.

19 Ibidem, s. 129.

20 W. Lippmann, *The Public Philosophy...*, op. cit., s. 76, P. Selznick, *A Humanist Science...* op. cit., s. 72, 132.

21 Na ten temat szeroko W. Załuski, *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham 2009, W. Załuski, *Game Theory in Jurisprudence*, Cracow 2013.

napisano już tomy i nie ma większego sensu drążyć tego tematu. Zwróćmy tylko uwagę na istotny, ale zwykle pomijany fakt, który potwierdza naszą tezę, że w przestrzeni społecznej – bez względu na to jak pojmujemy ontologicznie i epistemologicznie wartości – zupełnie inaczej funkcjonują fakty i wartości, a mianowicie to, iż prawo do wyboru naszego światopoglądu nadal uważamy za jedno z podstawowych praw człowieka, a przecież nikt rozsądny nie będzie twierdził, że człowiek ma także prawo do wyboru twierdzeń i teorii, które będzie uważał za prawdziwe. Jeśli jednak ludzie mogą wybierać swoje wartości, ideały i światopoglądy, to powstaje pytanie, jakie warunki musi spełniać dyskurs publiczny, w którym zwolennicy różnych wizji porządku społecznego ubiegają się o społeczne wsparcie, byśmy mogli mieć nadzieję, że ich wybór będzie racjonalny. Właśnie to pytanie stanowi przedmiot tego, co będę nazywał **proceduralną filozofią publiczną**. Filozofia proceduralna to zatem nie zespół najlepszych według naszego przekonania zasad i ideałów życia publicznego, którymi winni się kierować rządzący i rządzeni, ale rodzaj refleksji nad sposobem filozofowania w debatach publicznych i rozstrzygania kontrowersji między różnymi wizjami racjonalnego porządku publicznego. Filozofia proceduralna w odróżnieniu od filozofii materialnej nie poszukuje więc najlepszych ideałów życia publicznego, ale poszukuje najlepszych procedur, które mogłyby zagwarantować racjonalność debat publicznych. Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że odpowiednia konstrukcja tych procedur zwiększa szansę na to, że uczestnicy debat publicznych będą lepiej poinformowani i będą podejmować bardziej racjonalne decyzje, co dla każdej demokracji jest rzeczą fundamentalną. Spróbujmy teraz określić podstawowe cechy tego sposobu filozofowania, który nazwałem proceduralną filozofią publiczną. Warto zaznaczyć, że pierwsze dwie cechy odnoszą się zarówno do filozofii materialnej, jak i proceduralnej, pozostałe zaś przede wszystkim do tej ostatniej.

Po pierwsze, jak to tutaj wielokrotnie podnosiliśmy, filozofia publiczna odnosi się do ważnych i aktualnych problemów życia publicznego. Nie jest więc jej zadaniem budowanie ogólnych systemów teoretycznych, ale komentowanie i rzucanie światła filozoficznego na ważne problemy społeczne.

Po drugie, przesłanie filozofii publicznej jest czysto praktyczne. Ma ona wskazywać rządzącym i obywatelom, jakimi wartościami winni się kierować w życiu publicznym. Poszukiwanie ideałów dobrego państwa i dobrego obywatela, to zasadniczy cel filozofii publicznej. Jak to trafnie ujmuje Sandel filozofia publiczna jest rodzajem polityki formatywnej. Jej zadaniem jest edukowania i przekonywanie władzy i obywateli do akceptowania określonych zasad porządku publicznego²².

22 M. Sandel, *Public Philosophy...*, op. cit., s. 10.

Po trzecie, filozofia publiczna przyjmuje formę dialogu filozofa z obywatelami²³. Jest to ten rodzaj debaty, w którym filozof przyjmuje perspektywę obywatela, a obywatel zaczyna filozofować i oboje – każdy ze swojej perspektywy – dyskutują o sprawach publicznych. W tym dialogu filozof nie występuje jako ekspert, który autorytatywnie stwierdza, jak jest i jak być powinno, ale jako uczestnik debaty publicznej, który podejmuje dialog z innymi i stara się ich przekonać do ideałów, które uważa za najlepsze. W przekonywujący sposób różnicę między funkcją filozofa jako eksperta a jego funkcją jako uczestnika debaty publicznej ujmuje jeden z autorów, gdy pisze rzecz następującą: nikt nie oczekuje od zwykłego obywatela, że będzie budował mosty i podobnie, nikt nie powinien oczekiwać, że dokona on krytycznego rozbioru dzieł Hegła lub pojęcia sprawiedliwości. Od tego są eksperci i filozof podobnie jak każdy inny naukowiec jest ekspertem od pewnych spraw²⁴. Nie kwestionując eksperckiej roli filozofów w roztrząsaniu wielu spraw, filozofia publiczna zakłada, że filozof w debatach publicznych przyjmuje rolę zwykłego obywatela i prowadzi dialog z innymi obywatelami o sprawach publicznych. To nie jest dyskutowanie ponad głowami obywateli, ale wspólnie z obywatelami. To z tego powodu nazwał Tully filozofię publiczną „filozofią wedle nowego klucza”²⁵.

Po czwarte, filozofia publiczna przyjmuje, że filozof, który chce prowadzić dialog ze społeczeństwem musi przede wszystkim uwolnić się od języka profesjonalnego, w którym porozumiewa się z kolegami po fachu i formułować swoje twierdzenia w taki sposób, by mogli je zrozumieć i podjąć z nimi polemikę zwykli obywatele. Zrozumiałość to jedna z podstawowych reguł etyki mowy (por. niżej), która uzyskuje szczególne znaczenie w filozofii publicznej.

Po piąte i najważniejsze, dialog, który prowadzą obywatele i filozofowie o sprawach publicznych, podlega wszelkim rygorom dyskursu demokratycznego, który opisał Habermas w swoich licznych pracach o racjonalności komunikacyjnej. Zdaniem Habermasa dialog, inspirowany ideą racjonalności komunikacyjnej, musi: (a) być otwarty dla wszystkich, którzy gotowi są opierać się w swoich debatach na „przymusie lepszego argumentu”, a nie na „argumencie przymusu” („*der zwanglose Zwang des besseren Argumentes*”); (b) opierać się na pełnej wymienialności ról dialogowych, co oznacza, że żaden z uczestników debaty publicznej nie może zajmować pozycji uprzywilejowanej wobec pozostałych oraz (c) opierać się na gotowości uczestników debaty do respektowania wszystkich reguł etyki mowy, a więc porozumiewania się

23 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. II..., op. cit., s. 3, 109 n.

24 J. R. Weinstein, *What does Public...* op. cit., s. 34.

25 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. II..., op. cit., s. 9.

w sposób zrozumiały, zgodny przekonaniem, w zgodzie z prawdą i zasadami słuszności²⁶.

Filozofia publiczna i zobowiązania moralne

Reguły etyki mowy mają oczywiście bardzo ogólny i abstrakcyjny charakter, i nie rozstrzygają kwestii szczególnych zobowiązań moralnych tych, którzy pełnią różne role społeczne (premiera, szefa partii, firmy czy księdza) i wykonują różne zawody (sędziego, adwokata, lekarza), gdy wstępują w dialog z obywatelami. Takie zobowiązania moralne mają oczywiście również naukowcy i filozofowie. Tą ostatnią kwestią chciałbym się teraz zająć bliżej.

Zagadnienie etosu naukowca i filozofa, który obowiązuje go w debatach publicznych, a także wtedy gdy współpracuje on z przemysłem i władzą, prowadzi na ich rzecz badania, udziela im opinii, czy wypowiada się na temat ich produktów i programów, to centralny problem filozofii proceduralnej. W początkowych fragmentach tej pracy wyróżniliśmy akademicką i obywatelską odmianę filozofii publicznej. Myślę, że nie pomylę się, gdy powiem, że jak do tej pory naukowcy i filozofowie koncentrowali swoją uwagę przede wszystkim na problemach etosu nauki, mniej interesując się zobowiązaniami moralnymi naukowców w życiu publicznym.

Podstawowe zasady etosu naukowego sformułował Robert Merton. Zdefiniował on etos nauki jako zbiór norm i wartości, które są uważane za wiążące w społeczności naukowców. Jego zdaniem etos ten opiera się na czterech następujących normach: uniwersalizmu, komunalizmu, bezinteresowności oraz zorganizowanego sceptycyzmu²⁷. Normy Mertonowskie mają nader nieokreśloną i wieloznaczną formę, nic przeto dziwnego, iż są przedmiotem najrozmaitszych interpretacji. W ten problem nie będziemy tutaj wchodzić. Dla naszych celów przyjmijmy następującą ich interpretację: norma uniwersalizmu: prawdy naukowe i „prawdy moralne” winny mieć zasięg uniwersalny i nie zależeć od czynników kulturowych, religijnych, czy światopoglądowych; norma komunalizmu: rezultaty pracy naukowej powinny stanowić wspólny

26 J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt am Main 1971, s. 255.

J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979, s. 8, 68. Szeroko na ten temat L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 142 i cyt. tam literatura.

27 R. Merton, *Nauka i demokratyczny ład społeczny*, [w:] *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, przeł. E. Morawska, J. Wertenstein-Żuławski, Warszawa 1982, s. 580. Artykuł ten został opublikowany przez R. Merton w 1942 pod tytułem *The Normative Structure of Science*. Do tych czterech imperatywów nauki dodaje się niekiedy wymóg piąty: twórczego i oryginalnego charakteru rezultatów badawczych.

dorobek całej ludzkości i być powszechnie dostępne; norma bezinteresowności: naukowiec nie powinien mieć żadnego interesu, w takim lub innym wyniku swoich badań; norma zorganizowanego sceptycyzmu: nauka winna być tak zorganizowana, by każdy rezultat pracy naukowej podlegał zinstytucjonalizowanym procedurom ocennym (recenzje, konferencje itd.) oraz mógł być w nieskrępowany sposób krytykowany i w razie potrzeby odrzucony²⁸. Kontynuatorzy Mertona z Johnem Zimanem na czele trafnie wskazują, że w czasach nam współczesnych etos nauki ulega istotnym zmianom. Zdefiniowany przez Mertona etos nauki, to w istocie rzeczy etos nauki akademickiej uprawianej w wolnych i niezależnych uniwersytetach oraz w podobnych do nich instytucjach badawczych. Zdaniem Zimana współczesna nauka ulega daleko idącym zmianom i coraz bardziej oddala się od modelu nauki akademickiej. W istocie rzeczy możemy mówić o ukształtowaniu się nowego etosu, który nazwał on etosem nauki post-akademickiej²⁹. Najważniejsza z tych zmian polega na rosnącym związku współczesnej nauki z przemysłem i polityką. Komerccjalizacja i polityzacja, a więc nauka na usługach przemysłu oraz władzy, to najważniejsze zagrożenia dla tradycyjnych wartości, na których opiera się nauka akademicka. Naukowcy, którzy pracują dla wielkich firm, podobnie jak naukowcy, którzy współpracują z politykami, prowadzą na ich rzecz badania, oceniają ich produkty lub programy i biorą od nich pieniądze, tym samym zaciągają różnego rodzaju zobowiązania prawne i moralne, które nie zawsze są do pogodzenia z normami etosu akademickiego. Współpraca nauki z przemysłem i polityką w czasach nam współczesnych jest czymś nieuchronnym i często prowadzi do konfliktu interesów, ponieważ naukowiec, który chce być lojalny wobec podstawowych zasad etosu akademickiego, nie zawsze może być lojalny wobec swoich pracodawców, czy będą to przedstawiciele biznesu, czy też władzy. Nieprzypadkowo więc w naszych czasach coraz częściej spotykamy się z próbami podważania norm Mertonowskich z wskazaniem na fakt, że odnosiły się one do zupełnie innej rzeczywistości. Zwróćmy tylko uwagę na normę komunalizmu, wedle której odkrycia naukowe winne być powszechnie dostępne. Dzisiaj ta reguła pozostaje w rażącej sprzeczności z podstawowymi regułami prawa patentowego i autorskiego (dostarczał to już Merton), wreszcie z interesami tych, którzy inwestują w naukę nieraz miliony i nie chcą się bezpłatnie dzielić wynikającymi stąd korzyściami. W jakimś sensie twierdzenie, że ich postępowanie jest niemoralne, samo jest niemoralne.

28 L. Morawski, *Science as an Institution and Science as a Research Programme – on the Crisis in Legal Theory*, [w:] *Legal Theory and Philosophy of Law: Towards Contemporary Challenges*, red. A. Bator, Z. Pulka, Warszawa 2013, s. 19-41.

29 J. Ziman, *Real Science. What it is, and what it means*, Cambridge 2000.

W tej sytuacji problem zobowiązań moralnych wobec społeczeństwa, władzy i przemysłu w ich najróżniejszych konfiguracjach staje się centralnym problemem filozofii proceduralnej. W tym przypadku chodzi nie o spór między kolegami po fachu, który zwykle nie wychodzi poza mury akademii, ale o spór w którym filozof czy naukowiec staje się niejako bezpośrednim uczestnikiem debaty publicznej (na przykład sporu politycznego czy ekonomicznego) i korzystając z autorytetu nauki stara się propagować drogie sobie ideały. Istotę tego problemu możemy ująć w następujący sposób: czy naukowiec, który wypowiada się o sprawach publicznych, gdy pracuje w jakiejś firmie lub ocenia programy polityczne, staje się zwykłym obywatelem i podlega tym samym regułom przyzwoitości publicznej, którym podlegają wszyscy obywatele, czy też nadal pozostaje naukowcem i obowiązują go podwyższone standardy moralne, w szczególności te standardy, które obowiązują w pracy akademickiej? Mówiąc jeszcze inaczej, czy naukowiec w działalności publicznej jest – podobnie jak sędzia, kapłan czy lekarz – „zawsze na służbie” i zawsze musi przestrzegać wszystkich reguł swojego zawodu, czy też może się zachowywać jak zwykły obywatel i jest zwolniony przynajmniej z niektórych reguł, które wiążą naukowca w jego pracy akademickiej? W innej pracy te dwa konkurencyjne modele zobowiązań moralnych naukowców w życiu publicznym nazwałbym modelem naukowca zawsze na służbie i modelem naukowca-zwykłego obywatela³⁰. Można mieć wrażenie, że w większości przypadków państwa, a w szczególności państwa postkomunistyczne, przyjęły model naukowca-zwykłego obywatela (wyjątkiem są Niemcy), którego zachowania w sferze publicznej nie dyskwalifikują go do wykonywania swojego zawodu, tak jak nie dyskwalifikują one inżyniera, rzemieślnika czy artysty (casus Zygmunta Baumana jest tego skrajnym przykładem). Można jednak zauważyć, że coraz silniejsze są naciski środowisk naukowych, by w życiu publicznym wiązały naukowców te same zasady, które wiążą ich w pracy naukowej. Za ideą naukowca „zawsze na służbie” zdaje się w szczególności opowiadać *A European Code of Conduct for Research Integrity* z 2010 roku oraz opierający się na nim polski *Kodeks Etyki Pracownika Naukowego* z roku 2012. W tym pierwszym dokumencie stwierdza się wprost, że zasady etyki naukowej obowiązują nie tylko w stosunkach między naukowcami, ale także w ich relacjach ze światem zewnętrznym (ustęp 3.3.), a we Wstępie podkreśla się, iż naukowcy winni być świadomi swojej szczególnej odpowiedzialności względem społeczeństwa. W polskim dokumencie wskazuje się z kolei, iż „w kontaktach ze społeczeństwem oraz mediami obowiązują te same standardy uczciwości i precyzji, co przy publikowaniu wyników prac”.

30 L. Morawski, *Państwo prawa, filozofia publiczna i odpowiedzialność moralna naukowców*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014 (w druku).

Myszę, że kluczem do rozwiązania problemu zakresu zobowiązań moralnych naukowców w życiu publicznym jest staranne odróżnienie postulatu bezstronności (*impartiality*) i postulatu obiektywizmu (*objectivity*). W moim przekonaniu Merton i jego kontynuatorzy oba te postulaty traktują zwykle łącznie i opatrują wspólną etykietą *disinterestedness*. Nie jest to jednak uzasadnione. Przeprowadzenie linii demarkacyjnej między normą bezstronności a obiektywizmu nie jest oczywiście sprawą prostą, ponieważ w wielu punktach te normy zachodzą na siebie, a w języku potocznym są zwykle traktowane tak jak synonimy. Spróbujmy jednak podjąć się tego zadania. Jak wiadomo, Max Weber przywiązywał ogromną wagę do postulatu bezstronności naukowców, a więc do tego, by nie angażowali się oni w bieżące spory polityczne czy światopoglądowe. Z tego też powodu uważał, że naukowcy nie powinni należeć do partii politycznych. W myśl tego poglądu naukowiec, który wspiera pewne światopoglądy, a tym bardziej programy partii politycznych, popełnia ten sam błąd, który popełnia sędzia, gdy rozstrzygając sprawę broni interesów jednej ze stron. Można uważać, że stronnicy naukowiec podważa fundament, na którym wspiera się nauka, tak samo jak stronnicy sędzia podważa fundament, na którym wspiera się wymiar sprawiedliwości. Zdaniem Webera stronnicy naukowcy to największe zagrożenie dla prestiżu i autorytetu nauki. Powstaje pytanie, czy pogląd Webera jest słuszny? Myszę, że analogia między rolą sędziów a naukowców nie jest dobra i prowadzi do zwodniczych rezultatów. Sędzia powinien być zarówno bezstronny względem stron sporu, jak i obiektywny w ocenie przedstawionych mu faktów. Naukowiec, który chce bronić określonych wartości i stojących za nimi idei i ideałów siłą rzeczy nie może być bezstronny w sporze między światopoglądami. Z tego to powodu Weberowska idea nauki wolnej od wartości (*Wertfreiheit*), jeśli tę wolność potraktować jako obowiązek neutralności wobec różnych przekonań politycznych, moralnych i światopoglądowych, jest nie do pogodzenia z samym przesłaniem filozofii publicznej. Wbrew purystycznym zaleceniom Webera naukowcy w swoich pracach naukowych otwarcie angażują się – myślę zresztą, że angażowali się zawsze – w obronę tych idei i wartości, które uważają za słuszne. Zauważmy, że ci którzy bronią ideałów bezstronności i neutralności światopoglądowej państwa i wzdragają się przed angażowaniem się naukowców w spory polityczne czy światopoglądowe, bronią również określonych ideałów życia publicznego i w tym co robią nie są bynajmniej neutralni. Można przeto sądzić, że naukowcy, przynajmniej w obszarze nauk społecznych, nigdy nie uważali, że w ich pracy obowiązuje Weberowska norma nauki wolnej od wartości (*Wertfreiheit*), a co więcej, byli zdania, że norma ta jest głęboko sprzeczna z samą ideą szeroko rozumianych nauk humanistycznych.

Mój pogląd w tej sprawie można sformułować tak: filozof i naukowiec w debatach publicznych nie jest związany postulatem bezstronności, ale jest nadal związany postulatem obiektywizmu. Broniąc drogich sobie idei czy teorii, poszukując na ich rzecz jak najlepszych argumentów, winien jednak zawsze zachować obiektywizm. Można zasadnie uważać, iż obiektywizm jest ważniejszą cnotą nauki niż jej bezstronność, ponieważ to przede wszystkim na obiektywizmie opiera się autorytet nauki i nasze przekonanie, iż zastosowania nauki przyniosą korzyść naszemu środowisku, zdrowiu, bezpieczeństwo oraz wykorzystaniu energii. Ze społecznego punktu widzenia znacznie bowiem groźniejsza jest sytuacja, gdy ufamy naukowcom, którzy chcą być bezstronni, ale których teorie i wytwory nie spełniają pryncypiów naukowego obiektywizmu, niż sytuacja w której naukowcy są wprawdzie stronnicy w podanym tutaj znaczeniu, ale nie naruszają zasad obiektywizmu metody naukowej. Mam wrażenie, że przyjęcie postulatu, że w teorii i praktyce publicznej, przynajmniej w zakresie nauk społecznych, naukowców nie obowiązuje wymóg bezstronności, ale nadal bezwzględnie ich obowiązuje wymóg obiektywizmu, to najbardziej istotna modyfikacja Mertonowskiego modelu etosu naukowca.

Spróbujmy więc nieco bliżej scharakteryzować postulat obiektywizmu, aby nieco precyzyjniej wyjaśnić, co wolno naukowcom i filozofom w debatach publicznych, a czego im nie wolno. Myślę, że wiele światła na ten problem rzucają rozliczne kodeksy etyki naukowej i być może na ich podstawie uda się nam zrekonstruować elementarne zasady obiektywizmu, które obowiązują naukowca w życiu publicznym. Mówiąc o postulacie obiektywizmu, musimy stale pamiętać o tym, że postulatom obiektywizmu i bezstronności nadajemy tutaj czysto techniczne czy też metodologiczne znaczenie, które odbiega od znaczenia potocznego, w którym te dwa pojęcia są zwykle utożsamiane ze sobą. Jak się wydaje, obiektywizm naukowca musi polegać przede wszystkim na dochowaniu wierności następującym wskazaniom:

- a. Bezwzględny obowiązek respektowania intersubiektywnej sprawdzalności wszystkich danych, wyników i rezultatów działalności naukowej, czy to będą twierdzenia i teorie, czy też programy, normy i ich interpretacje³¹. Wszystkie rezultaty działalności poznawczej powinny być

31 Można się oczywiście spierać o to, w jakim zakresie postulat intersubiektywnej sprawdzalności odnosi się do norm i wartości. Nie chcę tutaj bliżej analizować tego problemu. Trzeba jednak powiedzieć, że także w tym przypadku ma on fundamentalne znaczenie. Wystarczy tylko powołać takie kwestie, jak zagadnienie, czy dana norma prawna obowiązuje, czy jej wykładnia jest poprawna, czy argumentacja, z której wywodzi się słuszność norm nie jest sprzeczna logicznie etc. Nie może ulegać wątpliwości, że przy rozstrzygnięciu tego rodzaju kwestii, postulat intersubiektywnej sprawdzalności w pełni obowiązuje. Zgodzić się

- prezentowane w taki sposób, by mógł je sprawdzić każdy kompetentny w danej dziedzinie badacz. Przypuszczenia, domniemania, możliwe hipotezy i interpretacje nie mogą być prezentowane jako powszechnie przyjęte w społeczności naukowców rezultat badań. Postulat intersubiektywnej sprawdzalności to najważniejszy gwarant obiektywizmu metody naukowej, ponieważ to dzięki niemu możemy ustalić, czy rezultaty pracy badawczej zostały przyjęte na podstawie kryteriów poznawczych, empirycznych, logicznych lub argumentacyjnych, czy też wyłącznie z powodów ideologicznych, politycznych czy komercyjnych;
- b. bezwzględny obowiązek ujawniania konfliktu interesów, a więc powiązań z przemysłem, władzą lub osobami, których produkty i programy się ocenia; ten sam obowiązek ma naukowiec, gdy ocenia konkurencyjne programy i produkty;
 - c. obowiązek przedstawienia zakresu swoich kompetencji (wykształcenia, specjalizacji itd.);
 - d. zakaz fałszowania wyników badań – zakaz zmieniania lub pomijania niewygodnych danych lub ich interpretacji;
 - e. zakaz fabrykowania wyników badań – zakaz wymyślania wyników i przedstawiania ich jako prawdziwych;
 - f. zakaz plagiatowania, a więc przywłaszczania cudzych wyników badań lub osiągnięć i przedstawiania ich jako własnych;
 - g. zakaz pomijania informacji o negatywnych skutkach produktów, programów, norm i ich alternatywnych interpretacjach.

Naruszenie każdego z tych postulatów winno pociągać za sobą odpowiedzialność zawodową naukowca, a w wielu przypadkach również odpowiedzialność prawną. Nie trudno się zorientować, że większość tych postulatów odnosi się zarówno do twierdzeń i teorii (dyskurs teoretyczny), jak i norm i wartości (dyskurs praktyczny). Z całym naciskiem jeszcze raz należy podkreślić, że normy te wiążą, gdy naukowiec wypowiada się o sprawach publicznych nie tylko w pracy akademickiej czy badawczej, ale również wtedy, gdy występuje publicznie. Naukowiec winien więc podlegać odpowiedzialności nie tylko wtedy, gdy łamie elementarne standardy naukowe w pracy akademickiej i badawczej, ale także wtedy, gdy jako filozof czy naukowiec wypowiada się o ważnych sprawach życia publicznego, choćby w telewizji czy prasie, a także wtedy gdy współpracując z różnymi instytucjami wypowiada się o ich produktach i programach lub o konkurencyjnych produktach

jednak trzeba z tezą, że zwykle polega on na sprawdzaniu nie empirycznej, ale argumentacyjnej zasadności norm i ocen. Na ten temat na przykład R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1983.

i programach innych instytucji. W tym właśnie sensie prawo do bycia stronnikiem w życiu publicznym nie zwalnia naukowca z obowiązku bycia obiektywnym. Mam wrażenie, że postulat odpowiedzialności naukowców za swoją działalność publiczną nadal pozostaje raczej w sferze projektów i przypadki ukarania profesora za to, że łamie elementarne normy swojego zawodu są nadal niezmiernie rzadkie.

Możemy się wreszcie zastanowić, czy nie powinni być usuwani z placówek badawczych i pozbawiani tytułów naukowych ci naukowcy, którzy popełnili czyny odrażające, uchybiające godności zawodu, takie na przykład jak Bauman, I. Andrejew oraz wielu innych, i to nawet wtedy, gdy ich czyny nie wiążą się bezpośrednio z działalnością badawczą? Czasami, choć rzadko, niektóre instytucje na własną rękę pozbywają się takich ludzi. Niech przykładem będzie *casus* polskiego astronoma Aleksandra Wolszczana, który współpracował z SB i po ujawnieniu tego faktu został natychmiast usunięty z Instytutu Maxa Plancka, co nawiasem mówiąc nie przeszkodziło w jego dalszym zatrudnieniu w jednym z amerykańskich uniwersytetów. Dochodzimy do wniosku, że reguły odpowiedzialności naukowców za ich działalność publiczną powinny być jasno określone i zaostrzone, jeśli chcemy ratować coraz bardziej podupadający prestiż nauki i naukowców. W moim pojęciu takie jest właśnie główne przesłanie idei, że naukowiec jest zawsze na służbie.

Na koniec chciałbym poświęcić kilka słów tej odmianie filozofii publicznej, którą nazwaliśmy filozofią akademicką. Uwaga ta odnosi się zresztą do wszystkich nauk społecznych. Powstaje pytanie, czy naukowiec, który w swojej pracy badawczej komentuje bieżące wydarzenia publiczne, jest związany wszystkimi normami etosu naukowego, czy też nie? *Prima facie* odpowiedź na to pytanie mogłaby się wydawać prosta. Jego prace są publikowane, recenzowane, na ich podstawie może otrzymać tytuł naukowy, wydaje się więc, że musi przestrzegać wszystkich reguł swojego zawodu. Problem polega jednak na tym, że przemiany, o których mówiliśmy, dotyczą również etosu naukowego. Komerccjalizacja i polityzacja jest zjawiskiem, które bezpośrednio dotyka uniwersytetów i podobnych do nich instytucji badawczych. Mamy wszelkie podstawy, by twierdzić, że radykalnym zmianom ulega etos nauki akademickiej i tak jak w życiu publicznym, tak na uniwersytetach, naukowcy muszą być obiektywni, ale nie muszą być bezstronni. Problem, o którym mówimy od dziesiątków lat stanowi przedmiot sporu między zwolennikami naturalistycznego a antynaturalistycznego projektu nauki. Ci pierwsi, wywodząc się z obozu zwolenników pozytywizmu filozoficznego i prawniczego, zdecydowanie bronią Weberowskiego postulatu nauki wolnej od wartości (*Wertfreiheit*). Na terenie prawoznawstwa w znakomity sposób wyraził ten postulat Neil MacCormick i Otto Weinberger: prawo nie jest wolne od

wartości, ale możliwy jest wolny od wartości opis prawa³². Antynaturaliści, od czasów szkoły badeńskiej z Wilhelmem Diltheyem na czele po liczne prądy postmodernistycznej jurysprudencji, twierdzą z kolei, że zasadnicza różnica między naukami przyrodniczymi a naukami humanistycznymi (*Geisteswissenschaften*) polega właśnie na tym, że te drugie w odróżnieniu od tych pierwszych są naukami wartościującymi. Ich zasadniczym celem jest poszukiwanie normatywnych ideałów tego, co dobre i słuszne. Wydaje się, że najrozsądniejszym rozwiązaniem sporu między naturalistami a antynaturalistami jest stanowisko Rorty'ego, który trafnie zauważa, że w praktyce społecznej potrzebna jest zarówno wiedza o tym jak skutecznie działać, jak i wiedza o tym, co słuszne i niesłuszne³³. Ten właśnie fakt rozstrzyga o tym, że przynajmniej w odniesieniu do szeroko rozumianych nauk społecznych i humanistycznych współczesna nauka akademicka wprawdzie musi być zawsze obiektywna, ale nie musi być bezstronna³⁴.

32 N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986, s. 3.

33 R. Rorty, *Konsekwencje pragmatyzmu: eseje z lat 1972-1980*, przeł. Cz. Karkowski, Warszawa, 1998, s. 245; por. też J. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna: raport o stanie wiedzy*, przeł. M. Kowalska, J. Migasiński, Warszawa 1997, s. 19, 31; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej...*, op. cit., s. 378.

34 Można bowiem zasadnie uważać, że norma bezstronności i zakazu wartościowania nadal bezwzględnie obowiązuje w naukach przyrodniczych i ścisłych. Szeroko na ten temat L. Morawski, *Główne problemy współczesnej...*, op. cit., s. 361.

Rządy prawa i rządy korporacji. Logika rozwoju państwa prawa

Rule of Law and Rule of Corporations. The Logic of the Development of the Rule of Law

I consider the logic of the development of the rule of law (Rechtsstaat) and its implications for the political practice of the contemporary western countries. I believe that we may distinguish three basic stages of the development of the rule of law. The first one is the stage when the modern conception of the rule of law was formed and there were two basic interpretations of the rule of law: formal and substantive (19th and 20th century). The second stage of the moral crisis of the modern concept of the rule of law occurred in the first half of the 20th century. Debates and controversies between defenders and opponents of legal positivism referring to civil disobedience, validity of unjust laws and legal status of totalitarian and post-totalitarian states where the main subjects during this stage. The third stage is the time when the idea that the rule of law should include not only the rule of governments but also the rule of corporations is being institutionalized. The rules of corporations are also important because the rights and freedoms of individuals are at risk not only from arbitrary and unjust power of governments but also from arbitrary and unjust power of corporations. By corporations I mean all institutions of civil society that perform political and economic functions like companies, banks, political parties, trade unions and other social organizations. My main thesis claims that in our times all institutions and organizations of civil society, in particular those carrying out public functions, must respect the same or similar principles of the rule of law that apply to governments and states.

Lech Morawski

Wartykule chciałbym rozważyć problem ewolucji państwa prawa czy też rządów prawa oraz konsekwencji, jakie wynikają z tej ewolucji dla praktyki polityczno-prawnej współczesnych państw¹. W moim pojęciu możemy wyróżnić trzy podstawowe stadia rozwoju państwa prawa w społeczeństwach zachodnich:

1 Pojęciami „państwo prawa” i „rządy prawa”, jeśli nie grozi to nieporozumieniami, będę posługiwał się zamiennie.

- stadium formowania się nowożytnej koncepcji państwa prawa,
- stadium kryzysu moralnego instytucji państwa prawa,
- stadium stopniowej instytucjonalizacji idei mówiącej, że rządy prawa to nie tylko rządy państw, ale również rządy korporacji i innych organizacji społeczeństwa obywatelskiego.

Gdybyśmy spróbowali w sumaryczny sposób scharakteryzować wymienione wyżej stadia, to powiedzieć można, że do stworzenia podstaw nowożytnej koncepcji państwa prawa dochodzi w osiemnastym i dziewiętnastym wieku. Wtedy to formuje się kontynentalna idea państwa prawa i anglosaska koncepcja rządów prawa oraz pojawiają się wiodące po dzień dzisiejszy w teorii i praktyce państw zachodnich idee formalnej i materialnej praworządności. Czasy po pierwszej i drugiej wojnie światowej to okres kryzysu moralnego nowożytnej koncepcji państwa prawa, która nie sprostała konfrontacji z wielkimi reżimami totalitarnymi komunizmu i faszyzmu, a w czasach nam współczesnych z trudem radzi sobie z wyzwaniem, które przyniosły ze sobą zglobalizowane społeczeństwa drugiej połowy dwudziestego wieku, by wymienić tutaj tylko problem dyskryminacji rasowej i religijnej, pracy przymusowej czy ochrony środowiska. Stadium trzecie to okres tworzenia się w kulturze polityczno-prawnej społeczeństw zachodnich przekonania, że zagrożenia dla praw i wolności obywatelskich płyną nie tylko z arbitralnych i niesprawiedliwych rządów państw, ale również rządów korporacji. Początki tego okresu datuje się zwykle na lata dziewięćdziesiąte ubiegłego stulecia, kiedy to zdecydowanie przybrał na sile dynamiczny rozwój narodowego i ponadnarodowego korporacjonizmu.

W moim opracowaniu nie chcę jednak szeroko rozważać historii państwa prawa, ponieważ napisano na ten temat bardzo wiele i nie ma większego sensu powtarzanie dość powszechnie znanych prawd. Zajmę się przeto przede wszystkim tymi elementami koncepcji państwa prawa, które wywarły największy wpływ na dynamikę rozwoju tej instytucji w społeczeństwach zachodnich.

Zanim przejdę do szczegółowej analizy etapów ewolucji państwa prawa, chciałbym kilka słów poświęcić osobliwej logice ewolucji tej instytucji w społeczeństwach zachodnich. Osobliwość tej logiki polega na tym, że nie jest to logika następstwa zdarzeń rozumianego ściśle chronologicznie. Wejście państwa prawa w kolejne stadium rozwojowe nie oznacza zatem końca stadium wcześniejszego, ale raczej stworzenie nowej koncepcji, która istnieje obok koncepcji dotychczasowej i w pewnych aspektach jest z nią zgodna, a w innych niezgodna. W efekcie, we współczesnych społeczeństwach koegzystują ze sobą różne wizje państwa prawa, a oglądana z lotu ptaka koncepcja rządów prawa w państwach zachodnich ma charakter wyraźnie pluralistyczny i synkretyczny, nawiązując do różnych i, jak pokażę dalej, nie zawsze zgodnych ze sobą tradycji. Logika rozwoju państwa prawa nie ma

charakteru chronologicznego również w tym sensie, że elementy koncepcji późniejszych możemy zwykle spotkać w stadiach wcześniejszych, często jeszcze w epoce przednowożytnej. Możemy na przykład zasadnie uważać, że protoplastą instytucji obywatelskiego nieposłuszeństwa było średniowieczne prawo oporu, a nawet uważać, że instytucja ta ma swoje źródła w starożytności, o czym świadczy choćby opisany przez Sofoklesa konflikt Kreona i Antygony. Nie powinniśmy mieć również wątpliwości, że korporacjonizm jest zjawiskiem znacznie wcześniejszym niż lata dziewięćdziesiąte dwudziestego wieku, bo wielkie organizacje narodowe i ponadnarodowe zaczęły powstawać już w dwudziątym wieku, a nawet dużo wcześniej (Hanza czy wielkie kompanie kolonialne), a średniowieczne cechy i gildie mogą być zasadnie uważane za pierwowzór współczesnych korporacji zawodowych i gospodarczych.

Druga istotna cecha logiki rozwoju państwa prawa polega na tym, że na każdym etapie swojego rozwoju polega ona na konkurencji niezgodnych projektów i idei. Jeśli więc na etapie formowania się koncepcji państwa prawa polega ona na spieraniu się zwolenników formalnej i materialnej idei państwa prawa, a na etapie jej kryzysu moralnego sprowadza się do konfliktu między zwolennikami a przeciwnikami pozytywizmu prawniczego, to na trzecim etapie oznacza spór między tymi, którzy chcieliby ograniczyć ideę rządów prawa do rządów państw a tymi, którzy uważają, iż winna się ona odnosić również do rządów korporacji. Idea państwa prawa ma więc w społeczeństwach zachodnich – jak to ujmuje Michel Foucault – charakter agonistyczny i polega na ścieraniu się antagonistycznych wizji porządku prawnego. Możemy teraz przystąpić do bardziej szczegółowej analizy naszych trzech stadiów rozwoju państwa prawa.

Stadium I. Tworzenie się nowożytnej koncepcji państwa prawa

Nowożytna koncepcja państwa prawa zarówno w jej wersji kontynentalnej (*Rechtsstaat*) jak i anglosaskiej (*the rule of law*) wykształciła się w osiemnastym i dziewiętnastym wieku. Po dzień dzisiejszy jest to koncepcja najbardziej wpływowa w świecie zachodnim. Źródłem jej popularności upatrywać należy przede wszystkim w fakcie, że powstała ona w czasach tworzenia się nowoczesnych państw narodowych, których systemy gospodarcze i polityczne były oparte na tych samych zasadach i instytucjach, co systemy nam współczesne. Gospodarka wolnorynkowa, konstytucjonalizacja porządku polityczno-prawnego, rozwinięty system praw i wolności obywatelskich, niezawisłość sędziowska czy podział władzy, to te cechy rządów prawa, które towarzyszą społeczeństwom zachodnim nieprzerwanie od czasów powstania koncepcji państwa prawa aż po dzień dzisiejszy. To na ich gruncie powstała koncepcja formalnej i materialnej praworządności, która podobnie jak idea demokratycznego i liberalnego państwa stała się wiodącą koncepcją

w świecie zachodnim². Możemy więc powiedzieć, że ciągłość instytucji polityczno-prawnych w demokratycznych społeczeństwach zachodnich znajduje swoje odbicie w ciągłości nowożytnej idei państwa prawa, a wraz z nią w ciągłości idei formalnej i materialnej praworządności. Na koncepcji formalnej i materialnej praworządności opiera się polska jurisprudencja i orzecznictwo sądów z TK na czele. Znany zwolennikiem i obrońcą koncepcji praworządności formalnej i materialnej w naszym kraju był Józef Nowacki i to w oparciu o jego poglądy scharakteryzujemy istotę podziału na praworządność formalną i materialną. Koncepcja praworządności formalnej zdaniem Nowackiego opiera się na założeniu, że państwo praworządne winno się opierać na pewnym zestawie wartości formalnych, takich na przykład jak ogólność prawa, niesprzeczność prawa, obowiązek jego publikacji czy zakaz retroakcji oraz na zobowiązaniu wszystkich organów państwa do ich ścisłego przestrzegania. Państwo praworządne materialnie winno natomiast, obok wymienionych wyżej wartości formalnych, dodatkowo spełniać określone warunki materialne, a więc respektować podstawowe prawa i wolności obywatelskie oraz pozostawać w zgodzie z podstawowymi normami moralnymi, które czynią prawo w oczach obywateli prawem sprawiedliwym czy słusznym³. Można przeto powiedzieć, że o ile zwolennicy praworządności formalnej wyraźnie odróżniają problem rządów prawa od problemu sprawiedliwości czy słuszności prawa, o tyle zwolennicy praworządności materialnej uważają, iż autentyczne państwo prawa nie może się opierać na prawach niesłusznych lub gwałcących elementarne prawa i wolności obywatelskie. Pojęcie formalnej praworządności w skrajny sposób ujmuje Joseph Raz, jeden z jej najbardziej prominentnych zwolenników, gdy stwierdza, że państwem prawa może być także państwo, w którym istnieje niewolnictwo, jeśli tylko w państwie tym normy prawne są ściśle przestrzegane⁴. Rządy prawa i sprawiedliwość prawa to bowiem różne rzeczy. Dla zwolenników idei materialnej rządów prawa taka możliwość jest zdecydowanie wykluczona. Rządy prawa to zawsze rządy prawa sprawiedliwego i respektującego prawa obywatelskie.

2 Nazwa ta była używana głównie na gruncie nauki niemieckiej, ale spotykamy ją także na gruncie nauki anglosaskiej. Por. P. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework: An Analytical Framework*, „Public Law” 1997, s. 486. Myślę, że Ronald Dworkin trafnie nazywa praworządność formalną *the rule book conception*, a praworządność materialną *the rights conception* (R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford 1985, s. 11-12).

3 J. Nowacki, *Rządy prawa*, Katowice 1995, s. 33.

4 J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 210.

Wobec koncepcji praworządności formalnej i materialnej można wysunąć szereg zarzutów⁵. Po pierwsze, możemy mieć poważne wątpliwości, czy jest w ogóle do pomyślenia taka koncepcja rządów prawa, która nie odwoływałaby się do jakiś wartości materialnych. Posłużmy się przykładem. Gdy na przykład ktoś broni równouprawnienia płci, to w oczywisty sposób broni pewnych wartości materialnych, ale gdy ktoś odrzuca tę ideę i opowiada się za tradycyjnym podziałem ról w rodzinie na role żeńskie i męskie, to także opowiada się za pewnymi, tyle że innymi wartościami materialnymi, mianowicie broni tradycyjnego czy też konserwatywnego modelu rodziny. Podobnie rzecz się ma z dyskryminacją rasową, bo przecież zarówno jej zwolennicy jak i przeciwnicy byli święcie przekonani, że bronią porządku społecznego zgodnego z istotnymi cechami natury ludzkiej. *Tertium non datur*. Moja teza, że pojęcia państwa prawa nie da się odseparować od wartości materialnych stanie się jeszcze bardziej oczywista, gdy przyjrzymy się mocno podkreślanemu przez nasz TK i polskie sądy twierdzeniu, iż zasada państwa prawa to pewien kompleks zasad bardziej szczegółowych, takich na przykład jak równość wobec prawa, zasada ochrony praw słusznie nabytych, zasada ochrony zaufania obywateli do państwa, prawo do sądu i uczciwego procesu, domniemanie niewinności, prawo do obrony czy zasady rzetelnej legislacji a nawet prawo do życia i prawo do prywatności, ponieważ musi być oczywiste, że wiele z tych zasad to zasady materialne, a nie formalne⁶. Jak sądzę, to samo miał na myśli Ronald Dworkin, gdy argumentował, że rządy prawa to coś więcej niż rządy tekstów prawnych⁷. Nawiasem mówiąc, sama próba oddzielenia wartości formalnych i materialnych wydaje się przedsięwzięciem karkołomnym.

Drugi zarzut wobec dychotomii praworządność formalna i materialna sprowadza do twierdzenia, że formalna interpretacja rządów prawa jest sprzeczna z tradycją i historią polityczno-prawną Zachodu, gdzie walka o rządy prawa była zawsze walką o prawo sprawiedliwe i respektujące podstawowe prawa oraz wolności obywatelskie. W tym kontekście krytycy wskazują, że koncepcja formalna w gruncie rzeczy legitymizowała rządy totalitarne, a w szczególności rządy komunistyczne i hitlerowskie. Nowacki broni jednak konstruktu praworządności formalnej i podnosi, że rządy hitlerowskie gwałciły również wymogi formalne, choćby obowiązek publikacji każdego prawa. Obrona ta nie wydaje się przekonująca, ponieważ jest oczywiste, że gdyby

5 L. Morawski, *Filozofia prawa*, Toruń 2014, s. 299 i cyt. tam literatura.

6 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP z 20.04.1997*, Warszawa 2008, s. 20; M. Wiącek, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, [w:] *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych TK i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2011. Nic więc dziwnego, że nasz TK jednoznacznie opowiada się za materialnym rozumieniem praworządności (por. na przykład wyr. TK 3.06. 1997, OTK ZU 1998/4, poz.49).

7 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1986, s. 338.

nawet oprawcy hitlerowscy publikowali swoje wynaturzone nakazy i zakazy (w obozach koncentracyjnych czynili to zresztą bardzo drobiazgowo), to ich prawo nie stałoby się bynajmniej bardziej ludzkie. Innego rodzaju próbę legitymizacji konstruktu praworządności formalnej podejmuje Tomasz Pietrzykowski, gdy wskazuje, że chociaż praworządność formalna nie chroni nas przed prawami niesprawiedliwymi, to jednak broni nas przed arbitralizmem władzy państwowej, a więc przed takim stanem rzeczy, w którym władca jest ponad prawem⁸. Zdaniem Pietrzykowskiego sam fakt, że władza jest związana z góry ustalonymi regułami, nawet gdyby to były złe reguły, zabezpiecza nas przed arbitralizmem władzy, umożliwia racjonalne planowanie, a tym samym gwarantuje przynajmniej minimum naszej wolności. Zauważmy, że taka tradycja pojmowania rządów prawa jest po dzień dzisiejszy żywa w krajach, które doświadczyły rządów absolutnych. Argumentacja Pietrzykowskiego jest jednak również nieprzekonywująca. W szczególności nie do końca prawdziwe jest twierdzenie, że praworządność formalna, chroniąc nas przed arbitralnym wykonywaniem władzy państwowej, staje się tym samym gwarantem przynajmniej minimalnego zakresu ludzkich wolności⁹. Wystarczy tylko przyrzeć się słynnemu odróżnieniu Friedricha A. von Hayeka dwóch typów porządków społecznych, w których ludzie mogą samodzielnie realizować swoje plany życiowe (porządki liberalne i demokratyczne) i porządków kierowanych, w których obywatel jest sprowadzony do wykonawcy poleceń władzy państwowej, jak to miało miejsce w reżimach komunistycznych¹⁰, by zdać sobie sprawę z tego, że to inne własności naszego ustroju, a nie praworządność formalna, są gwarantem naszej wolności. Prawo niearbitralne może bowiem również całkowicie ubezwłasnowolniać człowieka i wykluczać jego wolność. Mówiąc jeszcze inaczej, to przede wszystkim fakt, że prawo dopuszcza istnienie sfer aktywności ludzkiej niekontrolowanych przez państwo i pozwala obywatelom dokonywać własnych wyborów, a nie fakt, że steruje ono ludzkimi zachowaniami przy pomocy niearbitralnych reguł, jest warunkiem ludzkiej wolności. Podobnie sztywny regulamin urzędniczy, w którym nie ma miejsca na żadną aktywność urzędnika, nie jest arbitralny, ale wyklucza jakąkolwiek jego swobodę w podejmowaniu decyzji.

Pozostawmy te dwa problemy na boku i zajmijmy się tymi wadami nowożytnej koncepcji państwa prawa, które są istotne z punktu widzenia ewolucji państwa prawa. W moim przekonaniu, nowożytnej idei państwa prawa i związanej z nią dychotomii praworządność formalna i materialna należy postawić przede wszystkim następujący zarzut: z tak interpretowanej

8 T. Pietrzykowski, *Ujarmienie Lewiatana. Szkice o idei rządów prawa*, Katowice 2014, s. 32.

9 Ibidem, s. 107, 131.

10 Na przykład: F. A. von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, t. I, Chicago 1973, s. 17 i n.

zasady państwa prawa nie wynikają żadne prawa czy też roszczenia obywateli i w praktyce polityczno-prawnej funkcjonuje ona wyłącznie jako uroczysta deklaracja czy też proklamacja podobna do zapisów zawartych w preambułach współczesnych konstytucji, a nie instrument ochrony praw i wolności obywatelskich¹¹. W nowożytniej koncepcji praworządności prawa i wolności są bowiem chronione na podstawie szczegółowych przepisów konstytucji, powiedzmy przepisów o skardze konstytucyjnej, kontroli sądowej decyzji administracyjnych czy odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez jego funkcjonariuszy, a nie na podstawie klauzuli państwa prawa. Można uważać, iż gdybyśmy nawet skreślili z naszej konstytucji art.2, to przy tradycyjnej interpretacji tego artykułu zakres ochrony prawnej polskich obywateli bynajmniej nie uległby zmniejszeniu, bo to nie z art.2, ale ze szczegółowych przepisów konstytucji i ustaw wywodzą oni swoje prawa i roszczenia. Na tym polega zasadnicza różnica między zasadą państwa prawa a choćby takimi zasadami jak *lex retro non agit*, nakaz publikacji aktów normatywnych, zasada wolności umów czy domniemania niewinności, które implikują oczywiste i powszechnie uznane prawa oraz roszczenia obywateli. Dobitym potwierdzeniem mojej tezy może być orzecznictwo polskich sądów, a w szczególności orzecznictwo TK. TK w rozlicznych swoich orzeczeniach podkreśla, że zawarta w art.2 naszej Konstytucji klauzula państwa prawnego nie implikuje bezpośrednio żadnych praw podmiotowych i w związku z tym nie może stanowić samodzielnej podstawy rozstrzygnięcia sprawy przez sąd oraz nie może być samodzielną podstawą praw i roszczeń obywateli. Podstawę taką mogą stanowić wyłącznie szczegółowe przepisy konstytucji lub ustaw i tylko w powiązaniu z nimi może być powoływany art.2. Konstytucji¹². Tę samą zasadę potwierdza SN w swoim wyroku z 14.04.2014 (II UK 439/13, Lex 1458716): „Przepis art.2 Konstytucji RP /.../ nie może stanowić samodzielnej podstawy rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, a jego naruszenie samodzielnej podstawy skargi kasacyjnej, bez konkretyzacji zarzutu jego obrazy, polegającej na powiązaniu go z innymi przepisami prawa”.

Tylko w nielicznych swoich orzeczeniach nasze sądy dystansują się od poglądu, że klauzula państwa prawa nie może być autonomicznym i samoistnym źródłem naszych prawa i wolności, ale o tym napiszemy w następnym punkcie.

11 K. Complak, *Normy I rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 33.

12 Por. m.in. wyr. TK z 10.07.2000, OTK ZU 2000/5 poz.144, wyr. TK z 6.02.2002, OTK ZU 2002/1A, poz.2, wyr. TK z 29.04.2003/4A, poz.33. W większości przypadków opieram się na szczegółowym przeglądzie orzecznictwa zawartym w pracy *Konstytucja III RP w tezach orzeczeń TK i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2011.

Stadium II. Kryzys moralny nowożytnej koncepcji państwa prawa

Epoka kryzysu nowożytnej koncepcji państwa prawa to czasy po pierwszej i drugiej wojnie światowej, gdy okazało się, że instytucje polityczno-prawne państw zachodnich nie były w stanie zapobiec barbarzyństwu obu tych wojen i okazywały się bezsilne w starciu z reżimami totalitarnymi nazizmu i komunizmu. Na poziomie doktrynalnym kryzys nowożytnej koncepcji prawa to kryzys doktryny pozytywizmu prawniczego i okres tworzenia się całego szeregu niepozytywistycznych koncepcji prawa. To wtedy zaczyna się kształtować przekonanie, że zasady państwa prawa nie można sprowadzić do uroczystej deklaracji ustrojowej i należy uczynić z niej autonomiczny i samoistny instrument ochrony praw i wolności obywatelskich, gdyż gwarancje konstytucyjne i ustawowe mogą się okazać niewystarczającym instrumentem ochrony ludzkich praw. To z tego przekonania wywodzą się takie instytucje i zasady, jak formuła Gustava Radbrucha, idea Ronalda Dworkina, mówiąca, iż konstytucyjnym elementem porządku prawnego są podstawowe zasady moralności politycznej, konstrukt „niewidzialnej konstytucji” przyjęty przez trybunały konstytucyjne na Węgrzech i w Czechach czy instytucja obywatelskiego nieposłuszeństwa¹³. Zauważmy, iż żadna z tych instytucji nie ma ani konstytucyjnego, ani ustawowego umocowania w tym sensie, że do żadnej z nich nie nawiązują *explicite* przepisy konstytucji i ustaw, a mimo to traktuje się je jako integralny element zasady państwa prawa i rządów prawa. Sądy niemieckie, gdy odwoływały się do formuły Radbrucha, dawały wyraz przekonaniu, że bez tej formuły zbrodniarze hitlerowscy musieliby w wielu przypadkach zostać uwolnieni, ponieważ działali w zgodzie z przepisami prawa, ale takie rozstrzygnięcie trudno byłoby pogodzić z ideą państwa prawa. Podobnie argumentowały trybunały konstytucyjne na Węgrzech i w Czechosłowacji, gdy krótko po upadku dyktatury komunistycznej podnosiły, że jeśli idee państwa prawa mają być w nowych demokracjach respektowane, to należy przyjąć, że w ich krajach obowiązują wszystkie charakterystyczne dla państwa prawa zasady ustroju liberalno-demokratycznego, mimo iż nie były one zapisane w obowiązującym wówczas ustawodawstwie komunistycznym. Podobnie uważał Dworkin, gdy, odwołując się do pochodzącej z końca dziewiętnastego wieku decyzji sądu nowojorskiego w sprawie *Riggs v. Palmer*, podnosił, że idea rządów prawa wymaga uznania, że elementem porządku prawnego w USA są elementarne zasady moralności politycznej akceptowane w społeczeństwie amerykańskim i to nawet wtedy, gdy nie są bezpośrednio wyrażone w tekście konstytucji i innych ustaw. Ta sama idea leży u podstaw instytucji obywatelskiego nieposłuszeństwa, ponieważ wywodzi się ona z przekonania, że obrona rządów prawa daje obywatelom prawo do sprzeciwu wobec ustaw i praktyk, które uważają za sprzeczne ze swoim sumieniem

13 Szeroko na ten temat L. Morawski, *Filozofia prawa*, Toruń 2014, s. 302 i cyt. tam literatura.

i elementarnymi zasadami sprawiedliwości. Niektórzy uważają, że takie same prawo mają w określonych sytuacjach urzędnicy państwowi (urzędowe odstępstwo od reguł prawnych czy *whistleblowing*)¹⁴. W każdym z tych przypadków określone prawa obywateli, kompetencje sądów i urzędników państwowych wywodzi się nie ze szczegółowych przepisów ustaw, ale bezpośrednio z zasady państwa i rządów prawa. Zasada państwa prawa staje się więc samodzielnym i autonomicznym instrumentem ochrony praw i wolności obywatelskich. Można oczywiście uważać, że w naszych czasach, z powodu społecznej nieskuteczności indywidualnych aktów sprzeciwu wobec niesłuszných praw, znaczenie takich instytucji jak obywatelskie nieposłuszeństwo maleje i jest zastępowane przez różne formy zorganizowanego społecznego oporu (akcje obywatelskie, protesty publiczne), w których słusznie widzi się pozaustawowe formy demokracji partycypującej. Fakty te dowodzą, że obywatele nadal widzą w klauzuli państwa prawa autonomiczne źródło ochrony swoich praw i wolności oraz poszukują najskuteczniejszych instrumentów jej realizacji.

Jak jednak mówiliśmy, także w okresie kryzysu moralnego państwa prawa idea rządów prawa ma nadal charakter agonistyczny i polega na ścieraniu się zwolenników niepozytywistycznego podejścia do prawa z obrońcami pozytywistycznego paradygmatu. Warto przy tym zauważyć, że obóz niepozytywistów składa się już nie tylko, jak w wiekach ubiegłych, ze zwolenników prawa natury, ale także z wielu filozofów i teoretyków, którzy odrzucają prawa natury a mimo to nie godzą się z skrajnie pozytywistycznym pojmowaniem zasady rządów prawa (Ronald Dworkin, Robert Alexy a nawet Neil MacCormick). Reakcją na kryzys moralny instytucji państwa prawa i na oskarżenia pozytywizmu, że w istocie rzeczy legitymował on nadużycia i okrucieństwa reżimów totalitarnych, było powstanie pozytywizmu miękkiego, którego przedstawiciele dystansują się od wcześniejszej wersji pozytywizmu, nazywając ją pozytywizmem twardym¹⁵. Świadectwem tych przemian może być deklaracja Harta – twórcy koncepcji pozytywizmu miękkiego, który w *Postscriptum* do drugiego wydania *The Concept of Law* (1994 rok) powiedział, iż błędem jego teorii było nieuwzględnienie Dworkinowskiej koncepcji zasad prawnych czy twierdzenie MacCormicka i Otta Weinbergera, iż pozytywizm nie wyklucza i nie powinien wykluczać prawa do moralnego sprzeciwu wobec niesprawiedliwych ustaw¹⁶. Wprowadzie prawo do moralnego sprzeciwu

14 M. Kadish, S. Kadish, *Discretion to Disobey. A Study of Lawful Departures from Legal Rules*, Stanford 1973; T. Barankiewicz, *W poszukiwaniu modelu standardów etycznych administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2013, s. 290.

15 L. Morawski, *Hard Positivism, Soft Positivism and Dead Positivism*, „Ius et Lex” 1, 2004.

16 N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986, s. 121.

to niezbyt wiele i trudno byłoby kogokolwiek tego prawa pozbawić, ale w ten sposób pozytywizm przynajmniej żegna się z przekonaniem, że dobry obywatel powinien zawsze przestrzegać prawa.

Zastanówmy się teraz nad losami państwa prawa w naszym kraju. Nie może ulegać wątpliwości, że polska doktryna i sądy w przeważającej swojej części nadal bronią pozytywistycznego podejścia do państwa prawa i związanej z nim dychotomii praworządność formalna i materialna. Z tego co mi wiadomo, żaden polski sąd nigdy nie legitymizował instytucji obywatelskiego nieposłuszeństwa, a tym bardziej urzędowego odstępstwa od reguł prawnych. W żadnym też orzeczeniu w procesach przeciwko zbrodniarzom komunistycznym nie odwołał się do formuły Radbrucha lub jej odpowiedników. Podobnie zresztą było w większości państw europejskich. Nawet jednak, uwięzione w pozytywistycznym paradygmacie, polskie sądy są świadome, że skrupulatne trzymanie się przepisów prawa może prowadzić do rezultatów, które są nie do zaakceptowania z punktu widzenia państwa prawa. Dobitym tego przykładem może być opisana szczegółowo przez Pietrzykowskiego sprawa Alojza, w której sąd apelacyjny w Katowicach wbrew literalnemu brzmieniu ustawy, odwołując się (również) do argumentów prawno-naturalnych, pozbawił żonę – zabójczynię swojego męża – prawa do spadku (wyr. sądu apelacyjnego w Katowicach z 21.11.2006, III AKa 1547/07)¹⁷. Myślę, że orzeczenie sądu w Katowicach, podobnie jak wyrok TK z 22.06.1999 (OTK ZU 1999/5, poz.100), w którym stwierdza się, że przepis można uznać za niezgodny z Konstytucją „wtedy gdy naruszenie zasad sprawiedliwości nie budzi wątpliwości” wywodzi się z tego samego ducha, co opisane przez Dworkina orzeczenie w sprawie *Riggs v Palmer*. W tym też duchu utrzymane są wcale liczne orzeczenia naszych sądów, w których to orzeczeniach nasze sądy odstępują od literalnego brzmienia ustaw, w sytuacji gdy prowadziłyby ono do rozstrzygnięć rażąco niesprawiedliwych¹⁸. Zdarza się nawet, iż nasze sądy przyjmują, że klauzula państwa prawnego z art.2 Konstytucji może być w pewnych sytuacjach samoistnym i autonomicznym źródłem naszych praw i wolności. Niech przykładem takiego rozstrzygnięcia będzie wyrok TK 12.12.2001 (PTK ZU 2001/8, poz.258): „Art. 2 Konstytucji /.../ prima facie nie zawiera bezpośrednich gwarancji dla określonych praw i wolności /.../ Nie oznacza to jednak, że należy *a limine* wykluczyć możliwość rekonstrukcji takiego prawa lub wolności”. Dalej powołuje się Trybunał na ukształtowane orzecznictwo, które z art.2 wywodzi m. in. takie prawa podmiotowe obywateli jak prawo do ochrony interesów w toku ochrony praw nabytych czy ochrony przed arbitralnym kreowaniem prawa ze skutkiem wstecznym¹⁹. W orzeczeniach tego rodzaju można widzieć nieśmiałą próbę zerwania z tradycją inter-

17 T. Pietrzykowski, *Ujarmianie Lewiatana...*, op. cit., s. 211.

18 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 83 i n.

19 Por. też wyr. TK z 25.05.2003, OTK ZU 2003/5A, poz.41.

pretowania nowożytniej koncepcji państwa prawa jako uroczystej deklaracji, a w najlepszym razie tylko pomocniczy instrument ochrony praw i wolności obywatelskich oraz próbę uczynienia z klauzuli państwa prawnego samoistnego instrumentu ochrony praw i wolności obywatelskich. Píše tutaj tylko o „nieśmiałej próbie”, ponieważ w swoich uzasadnieniach polskie sądy nie odwołują się do idei, że klauzula państwa prawa winna być interpretowana jako autonomiczne i niezależne od przepisów szczegółowych źródło naszych praw podmiotowych, ale raczej dają wyraz przekonaniu, że klauzula państwa prawnego, podobnie jak i szereg innych zasad, z racji swojej abstrakcyjności i blankietowości nie nadaje się do tego, by wyprowadzać z niej konkretne prawa podmiotowe obywateli. Argumentacja ta jest wyraźnie sprzeczna z sposobem interpretowania zasady rządów prawa przez Dworkina, Alexego i innych niepozytywistów. Nasze sądy nie idą zatem zbyt daleko w próbach modyfikowania pozytywistycznego paradygmatu i musimy być świadomi, że wielokrotne próby uczynienia z zasady państwa prawa autonomicznego źródła naszych praw i wolności są tylko częściowe i to nie one dominują w praktyce naszych sądów, które w ogromnej swojej większości opowiadają się za poglądem, że klauzula państwa prawa nie może być samoistnym źródłem naszych praw i wolności. Procesy zbrodniarzy komunistycznych były tego najbardziej dramatycznym wyrazem. Wszystkie te fakty nie zmieniają w moim przekonaniu generalnej tezy, że po drugiej wojnie światowej kryzys moralny nowożytniej koncepcji prawa był żywo odczuwany nie tylko w USA, ale i w krajach europejskich i, jak się starałem pokazać, był on do pewnego stopnia odczuwany również w naszym kraju.

Stadium III. Od rządów państw do rządów korporacji

Twierdzenie, że korporacje mogą zagrażać rządowi prawa i prawom podmiotowym obywateli, jest oczywiście znane nie od dzisiaj. Zgodnie z przedstawioną tutaj logiką ewolucji państwa prawa, twierdzenie, że trzecie stadium ewolucji tej instytucji rozpoczyna się dopiero II połowie ubiegłego wieku, oznacza jedynie, że w tym okresie zaczyna się szczególnie dynamiczny rozwój korporacji w skali międzynarodowej i wewnętrznej państw. Szacuje się, że w latach 1969-1994 liczba korporacji ponadnarodowych wzrosła dwięciokrotnie²⁰.

Kluczem do naszych rozważań niech będą słowa, które prawdopodobnie wypowiedział Noam Chomsky, iż w naszych czasach tyranie państwa coraz częściej zastępuje tyrania korporacji, że te ostatnie mogą wytwarzać równie opresyjne i upokarzające człowieka formy panowania co totalitarne państwo. Trzeba sobie oczywiście jasno powiedzieć, że obok rządów

20 M. Peter-Wirski, *Firmy silniejsze niż państwa*, „Stosunki Międzynarodowe” 2010, <URL=<http://www.stosunki.pl/?q=content/firmy-silniejszeni%C5%BC-pa%C5%84stwa>> [dostęp: 20.04.2015].

korporacji w III fazie ewolucji państwa prawa mamy do czynienia z wieloma innymi ważnymi zjawiskami, które wpływają na rozwój tej instytucji. Jednym z nich jest postępujący kryzys demokracji parlamentarnej, w której głos ludu jest coraz częściej zastępowany głosem zawodowych polityków, gospodarczego establishmentu i akademickich ekspertów, jeszcze innym – kształtowanie się reguł sprawiedliwości transformacyjnej jako reakcja na rządy totalitarne²¹. Najbardziej charakterystycznym zjawiskiem III fazy rozwoju rządów prawa jest jednak wzrost udziału korporacji w sprawowaniu władzy publicznej lub wywieraniu na nią wpływów i na tym problemie skupimy swoją uwagę.

Nasze rozważania musimy rozpocząć od próby określenia, czym jest korporacjonizm? Nie będziemy tutaj wchodzić w skomplikowane problemy terminologiczne ani też analizować różnych odmian korporacjonizmu. Dla naszych potrzeb przyjmujemy, że korporacjami są wszystkie nie-państwowe instytucje i organizacje społeczeństwa obywatelskiego, które w taki lub inny sposób partycypują w wykonywaniu zadań publicznych lub sprawowaniu funkcji publicznych. Niech przykładem tego typu działań będzie wydawanie statutów, regulaminów skierowanych do członków korporacji a nieraz podmiotów zewnętrznych, nakładanie na nich obowiązków, które mogą ograniczać zakres ich wolności, sprawowanie nad nimi sądownictwa, wymierzanie różnego rodzaju sankcji, pobieranie podatków, czy wydawanie koncesji na wykonywanie określonych funkcji lub zawodów. Do korporacji zaliczymy jednak również te instytucje i organizacje, które wprawdzie bezpośrednio nie wykonują zadań publicznych lub nie sprawują funkcji publicznych, ale które faktycznie wywierają znaczny wpływ na władze publiczne. Wiele korporacji gospodarczych, organizacji społecznych stowarzyszeń obywateli i ruchów obywatelskich mieści się w tej kategorii. Mając takie fakty na uwadze, TK w licznych swoich orzeczeniach trafnie wskazuje, że we współczesnym świecie sfery władztwa publicznego (*imperium*) i sfery władztwa prywatnego (*dominium*) coraz bardziej się przenikają²². Pojęcie korporacji w przyjętym tutaj znaczeniu daleko odbiega od użycia potocznego i obejmuje twory tak różne od korporacji prawa cywilnego czy korporacji gospodarczych jak na przykład partie polityczne, banki, związki zawodowe czy spółdzielnie mieszkaniowe²³. Jak zaznaczyliśmy, wspólną cechą korporacji jest fakt, że obejmują one wy-

21 L. Morawski, *Filozofia prawa...*, op. cit., s. 136, 307.

22 Por. np. wyr. TK z 25.11.2003, OTK ZU 2003/9A, poz.96.

23 Wyr. SN z 5.04.2002 (OSNP 2002/12, poz.281) wymienia m. in następujące typy korporacji: korporacje osobowe – tworzone na zasadzie dobrowolności, korporacje prawa prywatnego jak stowarzyszenia, związki zawodowe, partie polityczne i organizacje społeczne, korporacje majątkowe – spółki prawa handlowego, fundacje i korporacje publiczne – samorządy zawodowe.

łącznie instytucje i organizacje pozapaństwowe, chociaż, jak w przypadku rządowych organizacji międzynarodowych (IGOs), mogą one powstawać w drodze umowy między państwami (UE, RE, NATO). Do korporacji zaliczyć możemy zarówno instytucje i organizacje o celach gospodarczych i finansowych jak i o celach politycznych, społecznych czy kulturalnych. Korporacjonizm to nie tylko pewna forma instytucjonalizacji współczesnych społeczeństw, ale również pewien rodzaj doktryny społeczno-politycznej, w której podkreśla się znaczenie w życiu społecznym różnego rodzaju wspólnot obywatelskich, które mają jednoczyć i organizować wysiłki ludzkie dla realizacji różnego rodzaju celów i zadań. Tak rozumiany korporacjonizm może mieć różne oblicza ideologiczne. Możemy więc wyróżnić korporacjonizm katolicki inspirowany społeczną nauką Kościoła, korporacjonizm państwowy, korporacjonizm związkowy (polska „Solidarność”) a z innej perspektywy korporacjonizm demokratyczny i autorytarny (Benito Mussolini, gen. Francisco Franco czy Juan Perón). Doktrynalnymi wersjami korporacjonizmu nie będziemy się w tym opracowaniu zajmować²⁴.

Idea, iż rządy korporacji mogą stanowić zagrożenie dla praw obywatelskich, odnosi się zarówno do stosunków międzynarodowych jak i stosunków wewnętrznych. Naszą analizę rozpoczniemy od tej pierwszej kwestii, gdyż to właśnie liczne afery związane z działaniem wielkich korporacji międzynarodowych, a w szczególności globalne katastrofy ekologiczne, przykłady rabunkowej eksploatacji środowiska i przypadki wykorzystywania przez korporacje pracy przymusowej, zwróciły uwagę na fakt, że zagrożeniem dla praw obywatelskich mogą być nie tylko rządy państw, ale również rządy korporacji. Trzeba jednak mocno podkreślić, że idea międzynarodowych rządów prawa dopiero zaczyna się kształtować i z tego też powodu w prawie międzynarodowym odwołania do rządów prawa są nieporównanie rzadsze niż w prawie wewnętrznym²⁵. Z drugiej jednak strony należy wskazać, że wpływowe koncepcje prawa ludów (*Law of Peoples*) Rawlsa i prawa obywateli świata (*Weltbürgerrecht*) Habermasa są bez wątpienia inspirowane kantowską ideą wprowadzenia rządów prawa do stosunków międzynarodowych²⁶.

24 A. Rzepiński: *Katolicki korporacjonizm wobec kapitalizmu i socjalizmu*, <URL=<http://www.nacjonalista.pl/2014/10/21/arkadiusz-rzepinski-katolicki-korporacjonizm/>>, [dostęp: 20.04.2015]; Ks. Antoni Szymański, *Korporacjonizm* <URL=<http://www.dystrybucjonizm.pl/ks-antoni-szymanski-korporacjonizm/>> [dostęp: 20.04.2015]. Tekst ks. Szymańskiego pochodzi z 1938 roku.

25 Por. jednak N.S. Marsh, *The Rule of Law as a Supra-National Concept*, [w:] *Oxford Essays on Jurisprudence*, red. A. G. Guest, Oxford 1961.

26 I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce. Do Wiecznego Pokoju*, przeł. M. Żelazny, Toruń 1995; J. Rawls, *Prawo ludów*, przeł. M. Kozłowski, Warszawa 2001;

Korporacjonizm międzynarodowy nie jest oczywiście zjawiskiem nowym²⁷. Przypomnijmy tylko, iż powstała w 1600 roku British (English) East India Company miała nie tylko szerokie uprawnienia gospodarcze, ale również cały szereg rozległych uprawnień politycznych i prawnych, które czyniły jej władzę porównywalną do władzy suwerennych państw. Kompania miała monopol na handel z Indiami, własną walutę, nakładała podatki, miała własną armię, prowadziła wojny, zawierała układy i sojusze. Podobne kompanie tworzyły inne potęgi kolonialne, jak Holandia, Dania czy Francja. Także one często dysponowały uprawnieniami publiczno-prawnymi daleko wykraczającymi poza sferę gospodarczą. W gruncie rzeczy w tych czasach rządy wielkich kompanii handlowych niewiele różniły się od rządów suwerennych państw. Wprawdzie współczesne międzynarodowe korporacje gospodarcze nie posiadają tak daleko idących uprawnień i zwykle działają innymi metodami niż suwerenne państwa, ale ich potęga ekonomiczna, (dochody największych z nich dorównują dochodom średniej wielkości państw) czyni z nich potężną siłę polityczną. To samo odnosi się do wielkich organizacji międzynarodowych, bloków militarnych czy globalnych banków. Wzrost znaczenia międzynarodowych korporacji to oczywisty efekt nacisków globalizacyjnych w drugiej połowie dwudziestego wieku. Globalizacja gospodarki, polityki i kultury prowadzi do tworzenia się rozbudowanej sieci organizacji i instytucji gospodarczych, finansowych i politycznych zajmujących się obsługą globalnej gospodarki, rynków finansowych, globalnej polityki i kultury. W tej skomplikowanej sieci organizacji znajdują się twory o funkcjach *stricte* politycznych i administracyjnych (ONZ, UE), militarnych (NATO), jak i twory o funkcjach przede wszystkim gospodarczych i finansowych (MFW, Bank Światowy, WTO). Ogół tych organizacji i instytucji tworzy system globalnego zarządzania stosunkami międzynarodowymi, który zwykło się nazywać *global governance*. W ten sposób obok zarządzania przez rządy (*governance with government*) pojawia się zarządzanie bez rządów (*governance without government*), czego spektakularnym przykładem są właśnie rządy korporacji²⁸.

Rządy korporacji mogą wywierać zarówno pozytywny, jak i negatywny wpływ na rozwój demokracji i przestrzeganie praw i wolności obywatelskich, a tym samym na rozwój międzynarodowych rządów prawa. Zwolennicy międzynarodowego korporacjonizmu nie bez racji podkreślają, że wielkie korporacje tworzą często w krajach ubogich i zacofanych nowe standardy

J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt Am Main 1999, s. 192; idem, *The Kantian Project of the Constitutionalization of International Law. Does It Still Have a Chance?*, [w:] *Law and Justice in a Global Society*, Granada 2005.

27 Terminami korporacje międzynarodowe i ponadnarodowe będą się tutaj posługiwał zamiennie.

28 J. Tully, *Public Philosophy in a New Key*, t. II, Cambridge 2008, s. 98.

ochrony praw człowieka i ochrony środowiska, ograniczają ubóstwo i bezrobocie, sprzyjają rozwojowi nauki, techniki i infrastruktury gospodarczej. Podnoszą oni również, że przynależność do wielu organizacji międzynarodowych jest związana z koniecznością spełniania określonych standardów w zakresie przestrzegania praw człowieka i zasad demokracji (UE, BŚ, MFW, czy NATO). Usprawiedliwiają międzynarodowy korporacjonizm, wskazując, że stosowanie zachodnich standardów praw człowieka w przypadku krajów ubogich jest nieporozumieniem, bo, na przykład, alternatywą dla powszechnie potępianego zatrudniania dzieci w Indiach i wielu innych krajach jest często prostytutka i uliczne gangi²⁹. Pamiętając o zaletach międzynarodowego korporacjonizmu i ich zasługach dla cywilizacyjnego rozwoju wielu państw, chciałbym w tym opracowaniu zająć przede wszystkim negatywnymi przykładami wpływu rządów korporacji na przestrzeganie praw i wolności obywatelskich³⁰. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż mogą one stanowić, i w wielu wypadkach stanowią, poważne zagrożenie dla kształtującej się idei międzynarodowych rządów prawa. Powołajmy kilka przykładów. Donosi się o zmuszaniu do niewolniczej pracy ludności tubylczej i dzieci w krajach Ameryki Południowej, Azji i Afryki, o dewastowaniu środowiska i tworzeniu przez korporacje paramilitarnych sił przeznaczonych do pacyfikowania ludności, która przeciwstawia się tego rodzaju praktykom. Wskazuje się, że korporacje międzynarodowe korumpują i szantażują rządy, które często są zmuszane do tolerowania praktyk tego rodzaju pod groźbą wycofania inwestycji i kapitałów i z tego też powodu niekiedy współpracują z korporacjami. W wielu wypadkach z oskarżeniami tego rodzaju spotykają się korporacje globalne jak Chevron, Mobile czy Shell. Społeczność międzynarodowa podejmuje liczne próby zapobiegania tego rodzaju zjawiskom i tworzenia mechanizmów odpowiedzialności korporacji. Maciej Żenkiewicz wyróżnia dwie formy odpowiedzialności korporacji międzynarodowych za naruszenie praw i wolności osób fizycznych, organizacji i państw w stosunkach międzynarodowych: odpowiedzialność pośrednią i bezpośrednią³¹. W tym pierwszym przypadku

29 G. M. Quinlivan, *Międzynarodowe korporacje – fakty i mity*, <URL=<http://www.kapitalizm.republika.pl/korporacje.html>>, [dostęp: 20.04.2015].

30 Z. Kabasakal Arat, *To twoje prawo człowieka*, <URL=<http://magazynkontakt.pl/arat-to-twoje-prawo-czlowieku.html>>, [dostęp: 20.04.2015].

31 M. Żenkiewicz, *Problem odpowiedzialności korporacji wielonarodowych w prawie między-narodowym za naruszenia praw człowieka*, „La Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social” nr 1-2, 2010/2011, s. 57-81 – tekst opublikowany w internecie w języku polskim pod adresem: <URL=<http://www.eumed.net/rev/historia/01/mz.htm>>, [20.04.2015].

za wszelkie przypadki naruszania podstawowych praw człowieka przez korporację ponosi odpowiedzialność państwo, gdy ma wynikający z konwencji międzynarodowych obowiązek zapobiegania tego rodzaju praktykom na swoim terytorium. W prawie międzynarodowym coraz częściej spotykamy się również z bezpośrednim pociąganiem do odpowiedzialności korporacji. Przypomnijmy, że już w procesie norymberskim sądzono wielu szefów niemieckich koncernów, które korzystały z pracy niewolniczej. Podobnie rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ przewidywała odpowiedzialność korporacji za niepodporządkowanie się sankcjom nałożonym w czasach apartheidu na Republikę Południowej Afryki³². Wiele konwencji międzynarodowych przewiduje bezpośrednią odpowiedzialność korporacji za naruszania podstawowych praw człowieka i można przypuszczać, że w epoce kształtowania się prawa ludów, które chroni nie tylko interesy państw, ale także i przede wszystkim prawa obywateli, ten typ odpowiedzialności korporacji będzie stale zyskiwał na znaczeniu.

Przejdźmy teraz do kwestii wpływu rządów korporacji na rządy prawa w stosunkach wewnętrznych. Jeśli idea międzynarodowych rządów prawa zaczyna się dopiero kształtować, to prawo wewnętrzne w krajach demokratycznych rozwinęło niezmiernie bogaty i zróżnicowany system ochrony rządów prawa przed rządami korporacji. Idea, że organizacje społeczeństwa obywatelskiego powinny partycypować w sprawowaniu władzy publicznej, jest dzisiaj w krajach zachodnich powszechnie uznana i stanowi – jak się wyraził Tully – wyraz demokratyzowania się demokracji zachodnich³³. Nie jest więc przypadkiem, że art.7 naszej Konstytucji mówi nie o organach państwowych, ale o organach władzy publicznej, które to pojęcie obejmuje, obok organów państwa, wszystkie organizacje społeczeństwa obywatelskiego obciążone funkcjami i zadaniami publicznymi³⁴. Świadectwem wagi jaką przypisuje nasza Konstytucja organizacjom społeczeństwa obywatelskiego w realizacji zasad państwa prawa mogą być te przepisy naszej Konstytucji, które przyznają organizacjom społeczeństwa obywatelskiego prawo do składania skarg konstytucyjnych, niektórym z nich również wniosków o kontrolę konstytucyjności aktów normatywnych oraz prawo do składania petycji, skarg i wniosków, a także zobowiązują je do odpowiadania na skargi, petycje i wnioski obywateli oraz ich organizacji³⁵.

32 Szeroko na ten temat M. Żenkiewicz, *Problem odpowiedzialności...*, op. cit. i podawane tam przykłady.

33 J. Tully, *Public Philosophy in...*, op. cit., s. 302.

34 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji...*, op. cit. s. 28 i n.

35 Por art.63, 79, 191 Konstytucji, a także wyr. TK z 10.07.2000, OTK ZU 2000/5, poz.144, wyr. TK z 7.05.2001, OTK ZU 2001/4, poz.82, post. TK z 24.11.2007, OTK ZU 2010/9A, poz.115.

Gdybyśmy próbowali znaleźć w mechanizmach ochrony przed rządami korporacji jakąś myśl przewodnią, to powiedziałbym, że w demokracjach zachodnich są nią dwie podstawowe idee: (1) organizacje i instytucje społeczeństwa obywatelskiego, które bezpośrednio wykonują funkcje i zadania publiczne winny respektować te same lub podobne zasady i reguły związane z zasadą państwa prawa, co organy państwowe; (2) wszystkie bez wyjątku organizacje i instytucje działające na terytorium państwa, a więc także te, które *prima facie* nie wykonują żadnych funkcji publicznych, winny respektować podstawowe prawa i wolności obywatelskie oraz zasady sprawiedliwości³⁶. Moglibyśmy przeto powiedzieć, że fundamentalnym założeniem rządów prawa w demokracjach zachodnich jest założenie, że nie tylko rządy państw, ale również rządy społeczeństwa obywatelskiego i poszczególnych jego instytucji mają być rządami demokratycznymi i respektującymi pryncypia rządów prawa. Jak to ujmuje Philip Pettit: przesłaniem rządów prawa jest stworzenie nie tylko „przyzwoitego i uczciwego państwa (*decent state*)”, ale również „przyzwoitego i uczciwego społeczeństwa obywatelskiego (*decent civil society*)”³⁷. TK komentując art.58 Konstytucji, który mówi o wolności zrzeszania się, trafnie wskazuje, że artykuł ten „zapewnia także pewien standard organizacji wewnętrznej zrzeszenia, które nie mogą zmieniać się w instytucje krępujące wolność jednostki” i ustawodawca winien tego rodzaju praktykom zapobiegać³⁸, zaś zgodnie z art.32 Konstytucji wszystkie organizacje społeczeństwa obywatelskiego są równe i wszystkie obowiązuje zakaz dyskryminacji kogokolwiek i z jakiegokolwiek przyczyny. Zakaz ten odnosi się zarówno do ustroju i organizacji wewnętrznej tych organizacji, jak i do ich stosunków zewnętrznych.

Jak powiedzieliśmy, mechanizmy ochrony w prawie wewnętrznym przed rządami korporacji są niezmiernie zróżnicowane i trudno w tej sprawie o jakiegokolwiek szersze uogólnienia. Przyjrzyjmy się tylko najważniejszym organizacjom społeczeństwa obywatelskiego i warunkom nakładanym na nie w związku z realizacją zasady rządów prawa. Jeśli chodzi o samorządy terytorialne, to jest oczywiste i nie wymaga szerszego uzasadnienia twierdzenie, że wszystkie zasady demokratycznego państwa prawa muszą spełniać samorządy terytorialne, bo z mocy Konstytucji (art.16) uczestniczą one w sprawowaniu władzy publicznej zarówno wykonując własne zadania publiczne na rzecz społeczności lokalnej jak i zadania zlecone przez administrację rządową. Z tego też powodu w świadomości potocznej samorządy terytorialne są często utożsamiane z organami państwowymi. Partie polityczne to kolejna organizacja, która wywiera szczególnie wpływ na kształtowanie się zasad państwa prawa we współczesnych państwach, bo to głównie z jej szeregów

36 J. Tully, *Public Philosophy in...*, op. cit., t. I, s. 115.

37 P. Pettit, *A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 7.

38 Wyr. TK z 5.07.2009, OTK ZU 2009/7A, poz.110.

rekrutują się osoby, które zajmują czołowe pozycje w aparacie państwowym. Art.11 naszej Konstytucji mówi wprost, że partie polityczne tworzy się w celu wpływania metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa. Polska Konstytucja zakazuje jednocześnie tworzenia i istnienia partii politycznych o charakterze totalitarnym (art.13). TK trafnie przy tym zauważa, że jeśli partie polityczne mają oddziaływać metodami demokratycznymi na stosunki społeczne, to nie tylko ich zewnętrzna działalność, ale również ich wewnętrzne struktury organizacyjne muszą odpowiadać zasadom demokracji, a w szczególności muszą być one zgodne z „standardami demokratycznego państwa prawnego i właściwego dla niego systemu wartości”³⁹. Jak podkreśla w cytowanym orzeczeniu TK, muszą one w szczególności spełniać następujące warunki: umożliwić wpływ szeregowych członków partii (a) na kształt istotnych elementów jej programu i polityki, (b) wybór najwyższych organów partyjnych oraz (c) na sposób działania przedstawicieli partii w organach władzy publicznej. Organizacja wewnętrzna partii musi być przy tym (d) zgodna z zasadą równości i (e) zasadą dobrowolności⁴⁰. TK trafnie przy tym zauważa, że „w pluralistycznym społeczeństwie demokratycznym musi być również przestrzeń dla istnienia i działalności partii radykalnych, kontestujących w debacie publicznej aktualny system polityczny”. Wszakże i w tym przypadku „konstytucyjnymi granicami tolerancji dla działalności partii radykalnych są trzy następujące warunki: niestosowanie przemocy, akceptacja wolnych wyborów i poszanowanie podstawowych praw i wolności człowieka”⁴¹. Interesujące jest, że TK, a wraz z nim NSA, wskazują na polityzację związków zawodowych w naszym (i, należy dodać, nie tylko naszym) kraju i podnoszą, iż w związku z tym związki zawodowe winny spełniać m. in. następujące warunki, które są konieczne w demokratycznym państwie prawa: (a) dobrowolności, (b) autonomii i (c) wybieralności podstawowych organów⁴². Nie powinno również ulegać wątpliwości, że podobnie warunki winny również spełniać takie organizacje społeczeństwa obywatelskiego, jak samorządy zawodowe, samorządy gospodarcze, organizacje pracodawców, spółdzielnie, wspólnoty mieszkaniowe i inne stowarzyszenia obywateli i organizacje społeczeństwa obywatelskiego. W wielu przypadkach można mieć oczywiście wątpliwości, czy organizacja i program niektórych organizacji społeczeństwa obywatelskiego spełnia standardy państwa prawa. Największe zastrzeżenia budzi z tego punktu widzenia art.17 Konstytucji, który czyni przynależność do samorządów zawodów zaufania publicznego przymusową, co jest ewidentnie sprzeczne z zasadą dobrowolności zrzeszania się obywateli

39 Wyr. TK z 8.03.2000, OTK ZU 2000/2, poz.58.

40 Uchwała TK 24.04.1996/2, poz.14.

41 Post. TK z 24.11.2007, OTK ZU 2010/9A, poz.115.

42 Wyr. TK 1.07.2008, OTK ZU 2008/6A, poz.100, wyr. NSA z 16.01.2006, ONSA 2006/2, poz.39.

i w żadnym przypadku nie da się usprawiedliwić koniecznością sprawowania pieczy nad tymi zawodami. Wprawdzie dzięki naciskom społecznym korporacje są znacznie bardziej otwarte niż były – powiedzmy 10 lat temu – ale konieczność zrzeszania się wszystkich przedstawicieli wykonujących zawód zaufania publicznego w jednej korporacji urąga najbardziej elementarnym standardom państwa prawa⁴³.

Mówiąc, że organy państwowe i instytucje społeczeństwa obywatelskiego winny spełniać określone zasady państwa prawa, musimy mieć na uwadze wyjątki od tej zasady spowodowane szczególnymi zadaniami niektórych organów państwowych i instytucji społeczeństwa obywatelskiego. Przywołajmy z jednej strony przykład policji, wojska czy służb bezpieczeństwa, a z drugiej strony, Kościołów i związków wyznaniowych. Nawet jednak w tym przypadku nie mogą one naruszać tych praw człowieka dla których bezpośrednim uzasadnieniem jest godność człowieka. W pewnych sytuacjach to właśnie ze względu na zasady państwa prawa nakłada się na te organizacje wymogi szczególne. Niech tego przykładem będzie art.26 Konstytucji, który mówi, że Siły Zbrojne w naszym kraju muszą być neutralne politycznie oraz podlegać cywilnej i demokratycznej kontroli. Podobnie, członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji nie mogą należeć m. in. do partii politycznych i związków zawodowych – art.214 ust.2 ustawy z 29.12.1992 o radiofonii i telewizji.

Problem rządów korporacji i ich wpływu na rządy prawa wymaga oczywiście znacznie głębszych studiów od tych, które poczyniono w niniejszym opracowaniu. Wydaje się jednak, że kwestia ta to współcześnie najważniejszy i zwykle ignorowany przez konstytucjonalistów problem związany z właściwym funkcjonowaniem instytucji państwa prawa.

43 L. Morawski, *Demokracja a przywileje korporacyjne*, „Państwo i Prawo” 6, 2007.

Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej z 22 grudnia 2015 roku – analiza krytyczna

Lech Morawski

Zdaniem piszącego te słowa opublikowanie opinii Komisji Weneckiej (no. 833/2015) jest skandalem. Opinia nie spełnia elementarnych standardów metodologicznych i merytorycznych, których wymaga się od opinii tego rodzaju. W moim artykule odniosę się do najważniejszych tez zawartych w tej opinii. Niniejsze opracowanie zostało napisane w bardzo krótkim czasie. Nie sposób więc wykluczyć, że znajdują się w nim nieścisłości, za co należy Czytelników z góry przeprosić.

I. Ocena metodologiczna opinii Komisji Weneckiej (no. 833/2015) w sprawie ustawy z dnia 22 grudnia 2015 nowelizującej ustawę o TK z dnia 25 czerwca 2015 roku

Zgodnie z art.2 Statutu Komisji Weneckiej z 2002 roku opinia Komisji Weneckiej powinna mieć charakter opinii prawnej sporządzonej przez niezależnych i bezstronnych ekspertów. W myśl tego Statutu i objaśnień samej Komisji jej

opinie są niewiążące i w związku z tym muszą mieć charakter niedyrektywalny i nie narzucać państwu żadnych rozwiązań (*impose the solutions*)¹.

Opinia Komisji Weneckiej (dalej KW) ma zatem charakter nie tylko opinii prawnej, ale również ekspertyzy naukowej, a tym samym powinna spełniać wszystkie standardy opinii badawczej, o których mówi *The European Code of Conduct for Research Integrity* z 2010 roku (dalej Kodeks), a w szczególności warunki: uczciwości, wiarygodności, obiektywizmu, bezstronności i niezależności (pkt 2.2.3. Kodeksu). Z ubolewaniem stwierdzić należy, że opinia nie spełnia żadnego tych wymagań, co dyskwalifikuje ją jako opinię ekspercką. Nie przedstawia ona w sposób **uczciwy i wiarygodny** argumentów obu stron konfliktu, lecz jednostronnie i selektywnie faworyzuje te dane, które wspierają przeciwników ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. ustawę o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 25.06.2015 r. (dalej: ustawa nowelizująca z dn. 22 grudnia 2015 r.) i pomija dane oraz argumenty jej zwolenników; zatem opinia nie jest **obiektywna**, ponieważ nie odwołuje się do sprawdzonych faktów lub badań empirycznych, lecz opiera się na subiektywnych ocenach i przeświadczeniach przeciwników obecnego rządu; opinia nie jest wreszcie **bezstronna i niezależna**, gdyż wspiera interesy tych partii politycznych i grup nacisku, które są zainteresowane zahamowaniem programu reform proponowanych przez rząd i utrzymaniu obecnego *status quo*.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że przewodniczący Komisji Gianni Buquicchio oraz jej sekretarz Schnutz Rudolf Dürr opublikowali w 2013 roku wspólnie z sędziami TK w stanie spoczynku Markiem Safjanem i Lechem Garlickim – książkę *New Millenium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*. Sędzia M. Safjan należy do najbardziej aktywnych przeciwników ustawy z 22 grudnia 2015 i publicznie potępia obecne próby zreformowania Trybunału Konstytucyjnego. W tym stanie rzeczy uznać należy, iż obecność G. Buquicchio oraz S. R. Dürra w składzie delegacji Komisji, która wizytowała Polskę i sporządzała opinię wyklucza jej obiektywizm i bezstronność.

Nie należy ulegać złudzeniu, że Komisja Wenecka wskazując na pewne błędy popełnione przez Sejm poprzedniej kadencji jest obiektywna, gdyż na te same błędy wskazywał wcześniej sam TK i zasadniczo opinia KW nie zawiera żadnych innych ocen krytycznych. Opinia Komisji Weneckiej nie jest więc ekspertyzą, lecz ideologicznym wsparciem dla stanowiska Prezesa Trybunału Konstytucyjnego.

Dalsze wywody chciałbym opatrzyć zastrzeżeniem, że w moich rozważaniach odnoszę się do opinii Komisji Weneckiej, a nie do stanowiska TK wyrażonego w wyroku z dn. 9 marca 2016 roku, który ze względu na jego wadliwość (por. pkt. 3 niniejszego artykułu) będę dalej nazywał „wyrokiem”.

1 Por. <URL=http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN>, [dostęp: 08.04.16].

i innych orzeczeniach. Między opinią Komisji Weneckiej a stanowiskiem TK występują liczne różnice, ale analizą orzecznictwa TK nie zajmuję się w tym opracowaniu i będę się odwoływał do niego tylko w kontekście analizy opinii KW. „Wyrok” TK z dn. 9 marca 2016 roku został opublikowany wcześniej niż opinia KW, co mogłoby sugerować ich niezależność. Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że projekt opinii KW został opublikowany przez Gazetę Wyborczą przed wydaniem przez Trybunał „wyroku” z 9 marca i mógł być w związku z tym dostępny dla sędziów TK. Komisja KW nie widzi w tym fakcie nic niewłaściwego. Biorąc to wszystko pod uwagę z ubolewaniem stwierdzić należy, że opinia KW ma wszelkie cechy opinii koleżeńkiej, a nie obiektywnej i bezstronnej ekspertyzy badawczej. Istnieją również podejrzenia (w tej sprawie toczy się postępowanie karne i postępowanie wyjaśniające w TK), że projekt „wyroku” TK z dnia 9 marca mógł znaleźć się w rękach posłów lub innych osób postronnych.

II. Zakres Opinii Komisji Weneckiej

Opinia KW wykracza zdecydowanie poza przewidziany uzgodnieniami zakres. Jej przedmiotem miała być ocena ustawy nowelizującej z dnia 22 grudnia 2015 r., gdy tymczasem w wielu punktach Komisja dokonuje oceny określonych działań Sejmu, rządu i Prezydenta oraz wypowiada się w kwestii dopuszczalności lub niedopuszczalności wyboru określonych osób na stanowisko sędziego TK (pkt.124), przez co narusza ona przytoczone w pkt I niniejszego artykułu zasady opinii KW. Można nawet powiedzieć, że jej głównym celem jest wpłynięcie na Prezydenta, Sejm i rząd, by uznali wybór na stanowisko sędziego TK trzech kandydatów zaproponowanych w październiku 2015 r. przez koalicję Platformy Obywatelskiej i Polskiego Stronnictwa Ludowego. Wskazać w tym miejscu należy, iż zgodnie z art. 188 pkt 3 Konstytucji TK może kontrolować tylko zgodność z Konstytucją i ustawami aktów zawierających **przepisy prawne**, a nie może kontrolować aktów indywidualnych o powołaniu określonej osoby na określone stanowisko. Trybunał zgodził się z tym poglądem w swoim postanowieniu z 7 stycznia 2016 r. (U 8/15) i stanowisko to powinna uszanować także Komisja Wenecka. Zdziwienie budzi więc fakt, że poświęca ona tyle uwagi właśnie składowi osobowemu Trybunału.

Można również zarzucić opinii Komisji Weneckiej, iż daje liczne wskazówki lub wręcz poucza polskie władze, w jaki sposób stanowią prawo i jakiej treści winno być ono w naszym kraju i w ten sposób nie tylko narusza swój własny statut, który mówi o niedyrektywalnym charakterze opinii, ale też bezpośrednio wkracza w suwerenne kompetencje państwa polskiego. W wielu przypadkach uwagi Komisji mają charakter protekcjonalny. W pkt 140 poucza się polskie władze, że to nie jest dobry moment do dyskusji nad reformą Konstytucji (it is obviously not a good moment [...] to discuss reform of the Constitution), w pkt 43 i 142 wyraża się z kolei żal, iż rząd nie zgodził

się na publikację wyroku (Regrettably, the Government announced that it would not publish the judgment of the Constitutional Tribunal), a w pkt 141 Komisja sugeruje naszemu państwu alternatywne, w stosunku do przyjętych w polskim prawie, rozwiązania legislacyjne. Z zażenowaniem czyta się pouczenia, że uchylene art. 16 ustawy z dn. 25 czerwca 2015 r., który stanowi powtórzenie art. 195 ust.1 Konstytucji „daje oczywiście w obecnej sytuacji zły znak w złym czasie” (pkt 95).

III. Niestosowanie przez TK obowiązującej ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym

Obecny Sejm i rząd kategorycznie sprzeciwiają się próbom ignorowania ostatniej nowelizacji ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, która została uchwalona dnia 22 grudnia 2015 r. i weszła w życie 28 grudnia. Ustawa ta, zgodnie z orzecznictwem samego Trybunału, jest objęta **domniemaniem konstytucyjności** i do czasu obalenia tego domniemania prawomocnym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego winna być bezwzględnie stosowana. Domniemanie konstytucyjności ustaw jest fundamentem na którym wspiera się orzecznictwo Trybunału i od chwili jego powstania aż do tej pory nie było ono kwestionowane ani w orzecznictwie samego TK i innych polskich sądów ani też w doktrynie. Wiążący charakter domniemania konstytucyjności zakwestionował Trybunał dopiero w swoich ostatnich decyzjach i to właśnie na użytek aktualnego sporu z Sejmem i rządem. Trybunał w dniu 9 marca w sprawie 47/15 wydał „wyrok” w składzie orzekającym sprzecznym z objętą domniemaniem konstytucyjności ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. Ustawa nowelizująca z dn. 22 grudnia wymagała bowiem, by Trybunał w rozstrzyganej sprawie obradował w składzie przynajmniej trzynasto- a nie dwunastoosobowym. W opinii Sejmu, rządu i Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej wydanie decyzji przez Trybunał w składzie sprzecznym z objętą domniemaniem konstytucyjności ustawą jest rażącym naruszeniem prawa i z mocy art. 379 pkt 4 k.p.c., który w tym przypadku znajduje zastosowanie², prowadzi do nieważności postępowania. Zgodnie bowiem z art.379. pkt.4 nieważność postępowania zachodzi „jeżeli skład sądu orzekającego był spreczny z przepisami prawa”.

Komisja Wenecka zaaprobowwała jednak stanowisko Trybunału. Zdaniem KW jeśli jest to konieczne dla zapewnienia funkcjonowania TK i możliwości kontrolowania przez niego wszystkich aktów normatywnych, to Trybunał ma prawo pominąć każdy przepis prawny, który uniemożliwiałby realizację tych celów. Może on w szczególności bezpośrednio zastosować przepisy Konstytucji do czego uprawnia Trybunał nie tylko art. 195 (1) Konstytucji, ale również „sama natura spraw konstytucyjnych” (pkt 39-41 opinii).

2 W myśl art. 74 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym w sprawach nieuregulowanych przez tę ustawę stosuje się przepisy k.p.c.

Trybunał ma również prawo pomijać te przepisy ustawowe, które uniemożliwiają, a nawet tylko utrudniają jego funkcjonowanie. Trybunałowi wolno jest również rozstrzygać w składzie sprzecznym z prawem, jeśli tylko jest to konieczne, aby zapewnić swoje sprawne funkcjonowanie.

Komisja uzasadnia swój punkt widzenia powołując się na swoje własne opinie w sprawie Rumunii i Albanii. W opinii dla Rumunii z 2006 r. (pkt 37 opinii) KW wyraża pogląd, iż w każdym przypadku musi być zagwarantowane, iż sąd konstytucyjny jako gwarant Konstytucji zachowuje zdolność do działania i fakt wykluczenia sędziego nie może wyłączać zdolności Trybunału do podejmowania decyzji. W opinii dla Albanii z 2009 r. (pkt 38) Komisja z kolei uznała, że także brak odpowiedniego *quorum* nie może być przeszkodą do orzekania przez sąd konstytucyjny. W obu opiniach KW podnosi przy tym, iż w każdej sytuacji Trybunał musi być zdolny do podejmowania decyzji, by żaden akt nie był wyłączony spod jego kontroli. Z tego to powodu fakt, iż w sprawie K 47/15 Trybunał obradował w składzie dwunastu, a nie trzynastu osób, jak tego wymaga ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r., nie może stanowić przeszkody do wydania decyzji i prowadzić do nieważności postępowania.

Stanowisko Komisji Weneckiej jest czymś niespotykanym w historii zachodniego konstytucjonalizmu. Wprawdzie zachodni konstytucjonalizm zna instytucje, które w szczególnych sytuacjach zezwalają obywatelom na nieposłuszeństwo wobec postanowień prawa (obywatelskie nieposłuszeństwo), zna nawet instytucję urzędowego odstępstwa od reguł prawa, która pozwala organowi państwa w pewnych okolicznościach na odstępstwo od reguł prawnych, ale żadna z tych instytucji nie odnosi się do takich sytuacji jak obecny konflikt między Trybunałem a władzą ustawodawczą i wykonawczą³. Przypomnijmy więc, że już John Locke, pisząc o prerogatywach władzy państwowej, podnosił, że władza może działać poza przepisami prawa tylko wtedy, gdy czyni to dla dobra ludu i za jego zgodą⁴. Powszechna zgoda społeczna albo zgoda znacznej większości obywateli jest więc warunkiem *sine qua non*, który mógłby upoważnić organ państwa do odstępstwa od reguł prawa. Gdyby więc nawet przyjąć, że w polskim porządku prawnym jest dopuszczalna instytucja urzędowego nieposłuszeństwa, co – jak sądzę – spotkałoby się ze stanowczym sprzeciwem zdecydowanej większości sądów i doktryny prawniczej, to w opisywanej sytuacji nie może być mowy o zbiorowym konsensusie społeczeństwa, a co najwyżej o opinii pewnej tylko, stanowiącej mniejszość,

3 O tej instytucji por. M. Kadish, S. Kadish, *Discretion to Disobey. A Study of Lawful Departures from Legal Rules*, Stanford 1973, por. też: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 338 i n.

4 J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau, Warszawa 1992, s. 279 i n.

części społeczeństwa. Warunki do odstępstwa przez TK od obowiązujących reguł prawa nie zostały zatem spełnione. Przywoływanie przez przedstawiciela Sądu Najwyższego na rozprawie w dniu 8 i 9 marca 2016 r. autorytetu Gustava Radbrucha jest skrajnym nadużyciem, bo z całą pewnością ani Trybunał, ani Sąd Najwyższy nie działają w interesie obywateli zagrożonych ludobójczymi praktykami władzy państwowej.

Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że stanowisko Komisji opiera się na tendencyjnie wybranych przesłankach oraz, że jest ono rażąco sprzeczne z polskim prawem. Należy przede wszystkim zauważyć, że w niniejszej sprawie Trybunał mógł obradować we właściwym składzie, gdyż w dniu 3 grudnia liczył piętnastu wybranych przez Sejm i zaprzysiężonych przez Prezydenta sędziów, a brak *quorum* wynikał z faktu, iż Prezes TK nie dopuścił trzech sędziów do orzekania. Polskie prawo nie zna jednak takiej instytucji, jak odmowa dopuszczenia sędziego do orzekania na podstawie decyzji wydanej przez Prezesa Trybunału i w tym sensie decyzja Prezesa TK w rażący sposób narusza art. 7 Konstytucji, w myśl którego „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego może być pozbawiony prawa do orzekania tylko w ściśle określonych przez Konstytucję i ustawy okolicznościach, na przykład wskutek skazania go wyrokiem Trybunału Stanu, skazania za niektóre przestępstwa prawomocnym wyrokiem sądu karnego, czy w następstwie orzeczenia sądu dyscyplinarnego, ale w żadnym razie nie jest takim powodem decyzja Prezesa Trybunału.

Trybunał próbuje uzasadnić odmowę stosowania niektórych postanowień ustawy nowelizacyjnej z dn. 22 grudnia 2015 r. również następującym argumentem: „Nie można zaakceptować sytuacji, w której przedmiot sporu prawnego przed Trybunałem jest zarazem ustrojową i proceduralną podstawą rozstrzygnięcia tego sporu. Ewentualne orzeczenie Trybunału o niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów prowadziłoby wówczas do podważenia samego procesu orzekania (i w konsekwencji jego rezultatu – wyroku) jako przeprowadzonego na niekonstytucyjnej podstawie” (pkt 1.3. uzasadnienia „wyroku” TK z 12 marca 2016 r., K 45/17). Trybunał nazywa dalej taką sytuację, w której TK rozstrzyga na podstawie zaskarżonych przepisów, paradoksem.

Zauważyć należy, iż stanowisko TK wyrażone w „wyroku” z 12 marca 2016 r. jest sprzeczne z licznymi orzeczeniami Trybunału, który – wbrew temu co twierdzi – wielokrotnie rozstrzygał na podstawie przepisów ustawy o TK, które były w tym samym postępowaniu kwestionowane jako niekonstytucyjne i nie widział w tym żadnego paradoksu. W orzeczeniu z dn. 16 kwietnia 2014 r. (P 37/13), rozpoznając pytanie prawne, czy sąd, który je zadaje, może być związany warunkami formalnymi wskazanymi w art. 32. ust. 1 pkt 4 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1997 r., które zdaniem sądu wykraczają poza treść art. 193 Konstytucji, uznał właśnie na podstawie art. 32. ust. 1 pkt 4, iż pytanie prawne nie spełnia wymogów formalnych

przewidzianych w tym artykule i w związku z tym postępowanie umorzył. Identyczną decyzję podjął TK w postanowieniu z dn. 21 września 2015 r. (P 114/15). Z kolei w postanowieniu z dn. 29 lipca 2014 r. (Ts 316/13) Trybunał, rozpoznając zarzut, iż wstępna kontrola skarg konstytucyjnych nie może się dokonywać w składzie jednoosobowym, jak to przewiduje art. 36. ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1997 r, gdyż art. 190. ust. 5 Konstytucji wymaga, by orzeczenia Trybunału zapadały większością głosów, a zatem kolegialnie, postanowił w składzie jednoosobowym, a więc na podstawie kwestionowanego przepisu, odmówić nadania skardze dalszego biegu. O jakim więc paradoksie mówimy?

Pogląd Trybunału, że art. 195 ust. 1c Konstytucji daje Trybunałowi nieograniczone prawo do bezpośredniego stosowania Konstytucji jest niesłuszny jeszcze z innego powodu. W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał wielokrotnie podkreślał, że bezpośrednie stosowanie Konstytucji jest możliwe tylko wtedy, gdy „przepis Konstytucji charakteryzuje się dostatecznym stopniem konkretności i precyzji” (por. wyrok TK z dn. 28 listopada 2001 r., K 36/01), gdy tymczasem mające fundamentalne znaczenie dla ustawy nowelizującej z dn. 22 grudnia 2015 r. przepisy art. 1 pkt 3, art. 9 i art. 10, które mówią o konieczności rozstrzygnięcia przez Trybunał i Zgromadzenie Ogólne w składzie 13 sędziów większością 2/3 głosów oraz art. 10. ust. 1, który nakazuje rozstrzygnięcie spraw w porządku chronologicznym, a także art. 1. pkt. 12 i art. 2., **zostały uchylone na podstawie klauzul generalnych**: zasady państwa prawnego i trójpodziału władz oraz (sic!) preambuły do Konstytucji i to – jak pokażemy dalej – na podstawie fałszywej przesłanki, że uniemożliwiają Trybunałowi rzetelne i sprawne działanie.

IV. Moc obowiązująca orzeczeń TK a akty normatywne Sejmu

Komisja Wenecka przykłada w swojej opinii ogromną wagę do treści art. 190 ust. 1 Konstytucji, w myśl którego „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”. Zdaniem Komisji artykuł ten w jednoznaczny sposób przesądza o tym, że wszystkie wyroki TK muszą być respektowane. Twierdzenie KW jest jednak oparte na błędnej interpretacji art. 190 ust. 1 i powszechnie przyjętej praktyki konstytucyjnej w naszym kraju.

Mówiąc o powszechnej mocy obowiązującej i ostateczności orzeczeń Trybunału trzeba bowiem mieć na uwadze trzy następujące fakty, których Komisja Wenecka nie uwzględniła: (1) Wykładnia art. 190 ust. 1 nie może oznaczać bezwzględnego respektowania wszystkich decyzji, a w szczególności decyzji, które są absolutnie i bezwzględnie nieważne. (2) Wykładnia tego artykułu musi mieć na uwadze fakt, że w polskiej praktyce konstytucyjnej sam Trybunał uznał zasadę, że będzie respektował orzecznictwo i praktykę wykładni przyjętą przez inne sądy i organy oraz będzie orzekał o niekonstytucyjności przepisów w znaczeniu tych przepisów przyjętym przez te sądy

i organy. (3) Interpretacja art. 190 ust. 1 Konstytucji musi, co najważniejsze, uwzględnić szczególną pozycję ustrojową Sejmu w polskim systemie kontroli konstytucyjności ustaw.

Zajmijmy się teraz analizą wyżej wymienionych punktów.

Ad. (1). Zauważyć należy, że zgodnie z powszechnie przyjmowanym w polskiej praktyce konstytucyjnej stanowiskiem moc powszechnie obowiązująca i ostateczność orzeczeń TK nie dotyczy orzeczeń ewidentnie wadliwych. Gdyby bowiem tak nie było, to nie tylko decyzje Prezesa TK wydane bez jakiegokolwiek podstawy prawnej, ale również decyzje urzędników Trybunału wydane bezpodstawnie w imieniu Trybunału, czy nawet osób podszycających się pod sędziów Trybunału, musiałyby się cieszyć statusem niewzruszalności i ostateczności. Stanowisko takie jest nie do przyjęcia i nie do przyjęcia jest jego aprobata przez Komisję Wenecką, ponieważ oznacza ono zgodę na tolerowanie w postępowaniu przed Trybunałem wszystkich wad i nieprawidłowości.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na jeszcze inny problem. Zagadnienie skutków, jakie wywołuje wadliwość orzeczenia jest przedmiotem licznych kontrowersji i fakt ten dostrzegali już Hans Kelsen wskazując, iż trudno jest przeprowadzić granice między różnymi stopniami i skutkami wadliwości orzeczeń sądowych⁵. Za najbardziej przekonujący uznać należy pogląd, że wadliwość orzeczenia w zależności od rodzaju i stopnia natężenia danej wady może prowadzić do różnych skutków, a zatem niekoniecznie do dyskwalifikacji wadliwego aktu⁶. Jednym z najcięższych zarzutów kierowanych pod adresem ustawy nowelizującej z dn. 22 grudnia 2015 r. ma być taki, iż została ona opublikowana z pominięciem „**odpowiedniego okresu vacatio legis**”. W związku z tym należy podnieść, że przestrzeganie reguł procedury jest wprawdzie ważne, ale procedura jest jedynie instrumentem realizacji prawa materialnego. W każdym przeto przypadku zadać trzeba sobie pytanie, czy jej naruszenie mogło mieć wpływ na rezultat postępowania nad uchwaleniem ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. Jeśli bowiem takiego wpływu nie miało, to naruszenie procedury nie może skutkować uznaniem aktu za niekonstytucyjny.

W niniejszej sytuacji odpowiedź na to pytanie jest oczywista. Treść ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. była powszechnie znana, także sędziom Trybunału; była ona przedmiotem rozlicznych debat, publikacji i komentarzy. Trudno jest więc sensownie twierdzić, że jej wejście w życie w dniu 28 grudnia 2015 r. było zaskoczeniem i wymagało odpowiednio długiego okresu *vacatio legis*, by Trybunał mógł się przygotować do jej stosowania. Jeśli zaś chodzi o uwagę, że wprowadzenia przez ustawodawcę w drugim czytaniu

5 H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przeł. B. Banasz-kiewicz, Warszawa 2009, s. 32.

6 K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne...*, op. cit., s. 232.

licznych poprawek autorskich, to zauważyć należy, iż podniesienie tego zarzutu stanowiło klasyczny przykład **obstrukcji parlamentarnej**, ponieważ jego jedynym celem było zahamowanie lub maksymalne przedłużenie prac legislacyjnych, by TK zdążył uznać ustawę z dn. 22 grudnia za sprzeczną z Konstytucją. W tym stanie rzeczy podjęte przez Sejm środki, by zapobiec obstrukcji parlamentarnej należy uznać za uzasadnione. Dochodzimy przeto do wniosku, że uchybienia proceduralne nie miały żadnego wpływu na rezultat postępowania legislacyjnego, a zachowanie opozycji służyło wyłącznie hamowaniu i przedłużaniu tego postępowania. Należy więc przyjąć, że wejście w życie ustawy nowelizacyjnej w dniu 28 grudnia 2015 r. wypełnia wszystkie znamiona art. 4 ust. 2 ustawy z dn. 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych. Zgodnie z tym przepisem akt normatywny może wejść w życie z dniem ogłoszenia, „**jeżeli ważny interes państwa wymaga natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego**”, gdyż zasady demokratycznego państwa prawnego nie mogą usprawiedliwiać żadnych form obstrukcji parlamentarnej.

Ad. (2). Zwrócić należy uwagę na fakt, że broniony przez Trybunał Konstytucyjny i Komisję Wenecką pogląd, że art. 190(1) Konstytucji statuuje prawo Trybunału do niczym nieograniczonej wykładni wszystkich przepisów prawa, nie jest powszechnie akceptowany w polskim orzecznictwie i doktrynie i w związku z tym nie może być uznawany za obowiązujący i niekwestionowany w polskim prawie standard konstytucyjny. Przeciwnie, w polskiej praktyce konstytucyjnej, właśnie **pod znaczącym wpływem orzecznictwa TK**, ale także innych sądów i organów, utrwaliła się zasada i praktyka, iż Trybunał respektuje wykładnię innych sądów oraz organów stosujących prawo i orzeka o zgodności lub niezgodności przepisów z Konstytucją właśnie w znaczeniu przyjętym przez te sądy i organy⁷. Z tego powodu we wszystkich dotychczas obowiązujących ustawach o Trybunale Konstytucyjnym znajdują się przepisy, które upoważniają TK do zwracania się do sądów o wykładnię stosowanych przez nie przepisów oraz do organów państwa o udzielenie informacji niezbędnych do wyjaśnienia sprawy (por. art. 52 i 53 ustaw o Trybunale Konstytucyjnym z dn. 25 czerwca i 22 grudnia 2015 r. oraz §33 Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego z dn. 15 września 2015 r.). Zdaniem Lecha Gardockiego Trybunał nie ma żadnych uprawnień, by kwestionować wykładnię innych sądów, gdyż to naruszałoby ich niezawisłość⁸. Istotę tej zasady w następujący sposób charakteryzuje sam TK: „jeżeli jednolita i konsekwentna praktyka w sposób bezwarunkowy ustaliła wykładnię danego przepisu, a jednocześnie przyjęta interpretacja nie jest kwestionowana przez

7 A. Mączyński, *O tzw. wyrokach interpretacyjnych TK*, [w:] *Teoria i wykładnia prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 155.

8 L. Gardocki, *Problem tzw. wyroków interpretacyjnych TK*, [w:] *Teoria i wykładnia...*, op. cit., s. 155.

przedstawicieli doktryny, to przedmiotem kontroli konstytucyjnej jest norma dekodowana z danego przepisu zgodnie z ustaloną praktyką” (postanowienie TK z dn. 4 grudnia 2000 r., SK 10/99). W wyroku z dn. 11 grudnia 2001 r. (SK 16/00) Trybunał z kolei przyjął, że nie jest uprawniony do kwestionowania wykładni przyjętej przez Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny i może co najwyżej orzec, że przepis w rozumieniu przyjętym przez SN i NSA jest sprzeczny z Konstytucją. W znanym postanowieniu SN z dn. 6 maja 2003 r. (I CO 7/03) Sąd Najwyższy uznał, że nie jest związany wyrokami interpretacyjnymi TK⁹. Pogląd, że TK jest w takim lub innym zakresie związany orzecznictwem innych sądów bywa oczywiście kwestionowany¹⁰, ale w żadnym przypadku nie możemy przyjąć, iż w naszym kraju jest powszechnie przyjętym standardem, że art. 190 ust. 1 Konstytucji statuuje prawo Trybunału do niczym nieograniczonej wykładni przepisów obowiązującego prawa i wszystkie organy w każdej sytuacji winny ten standard respektować.

Ad. (3). Najpoważniejszym jednak zarzutem jaki można postawić Trybunałowi i Komisji Weneckiej, jest ten, iż instytucje te ignorują szczególną pozycję Sejmu w polskim systemie kontroli konstytucyjności aktów normatywnych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 i art. 2 Konstytucji władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu i sprawuje on ją przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio. Na mocy art. 104 ust. 1 to posłowie, którzy tworzą Sejm, a nie sędziowie Trybunału, są przedstawicielami Narodu. Dlatego, że Sejm jest przedstawicielem władzy zwierzchniej, wszystkim **aktom normatywnym Sejmu, a więc zarówno ustawom, jak i uchwałom, przysługuje pozycja szczególna w systemie kontroli konstytucyjności aktów normatywnych**. Taką samą zasadę wyraża w odniesieniu do Regulaminu Sejmowego art. 112 Konstytucji, w którym wskazuje się, iż parlament ma pełną autonomię określenia w Regulaminie Sejmowym „organizacji wewnętrznej i porządku prac Sejmu (...) jak też sposobu wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków (innych – LM) organów państwowych wobec Sejmu” (zasada autonomii Sejmu). Stanowisko takie wspiera art. 12 pkt. 3 Regulaminu Sejmu z dn. 30 lipca 1992 r., który upoważnia Prezydium Sejmu do dokonywania wykładni regulaminu Sejmu i wykładnia ta w myśl zasady autonomii Sejmu (art. 112 Konstytucji) winna być przez TK respektowana¹¹.

9 Wszystkie orzeczenia cytowane za A. Mączyński, *O tzw. wyrokach...*, op. cit.

10 Por. A. Józefowicz, *Orzeczenia interpretacyjne TK*, „Państwo i Prawo” 1, 1999; J. Trzciniński, *Orzeczenia interpretacyjne TK*, „Państwo i Prawo” 1, 2002, M. Safjan, *Interpretacja a kontrola konstytucyjności*, „Rzeczpospolita” z dn. 29 grudnia 2003.

11 Art. 12 Regulaminu Sejmu nawiązuje do instytucji rekursu ustawowego, który upoważniał sądy do zwracania się do parlamentu lub jego

Dochodzimy przeto do wniosku, że jest konstytucyjnym obowiązkiem Trybunału interpretowanie ustaw, uchwał i regulaminu Sejmu w zgodzie z wolą Sejmu.

Gdyby zatem Trybunał w swoich orzeczeniach ignorował wolę Sejmu, to jego wykładnię uznać należy za arbitralne i niewiążące dla Sejmu wykonywanie władzy sądowniczej. W sytuacji, gdy Trybunał nie respektuje woli Sejmu, co do tego jak należy interpretować jego akty normatywne, to narusza prawo i Sejm oraz podporządkowane mu organy **mogą odmówić implementacji orzeczeń Trybunału**. Polski system ustrojowy nie zakłada bowiem ustrojowej dominacji TK nad władzą ustawodawczą, a dominacja taka jest wyłącznie efektem arbitralnego orzecznictwa samego Trybunału (por. szczegółowo na ten temat pkt. 9 tego artykułu). Sugestie Komisji Weneckiej, że TK może narzucić Sejmowi swój sposób rozumienia aktów normatywnych Sejmu opiera się na nieznamości i błędnej interpretacji art. 190 ust. 1 Konstytucji oraz polskiej praktyki ustrojowej.

Nie znaczy to oczywiście, że akty normatywne Sejmu są wyłączone spod kontroli Trybunału, ale kontrola ta musi mieć na uwadze zwierzchnią pozycję Sejmu wobec innych organów oraz respektować przyjętą przez Sejm praktykę stosowania i wykładni swoich aktów i w żaden sposób nie uchyla tego obowiązku fakt, że obecnie Sejm nie może odrzucić większością 2/3 głosów orzeczenia Trybunału. W przeciwnym bowiem razie znowu powracamy do twierdzenia, że w orzecznictwie TK obowiązuje zasada *anything goes*. Trzeba przy tym mieć na uwadze fakt, że objęcie władzy przez nowy Sejm i rząd oraz związana z tym zmiana dotychczasowej polityki państwa w naturalny sposób stwarzają silne domniemanie, że Sejm i rząd mają prawo przystosować interpretację wszystkich aktów normatywnych do nowej polityki, jeśli tylko czynią to w zgodzie z jednoznacznymi postanowieniami Konstytucji i powszechnie przyjętymi zasadami wykładni przepisów prawnych, gdyż inaczej organy te nie mogłyby przeprowadzić jakichkolwiek reform ustrojowych.

Reasumując ten punkt rozważań możemy więc powiedzieć, że moc powszechnie obowiązująca orzeczeń TK nie jest mocą bezwarunkową, ale odnosi się wyłącznie do orzeczeń, które spełniają wymienione wyżej trzy warunki.

Na koniec jeszcze raz przypomnieć należy (pkt. I tego artykułu), iż zgodnie z art. 188 pkt 3 Konstytucji Trybunał może kontrolować tylko zgodność z Konstytucją i ustawami aktów zawierających przepisy prawne, a nie aktów indywidualnych o powołaniu określonej osoby na określone

organów o wykładnie aktu normatywnego parlamentu. W czasach Oświecenia instytucja ta była obecna m. in. w ustawodawstwie Prus, Austrii i Francji – por. K. Sójka-Zielińska, *Wykładnia w programach kodyfikacyjnych epoki Oświecenia*, [w:] *Teoria i wykładnia...*, op. cit..

stanowisko, a zatem nie może on również kontrolować indywidualnych aktów nominacyjnych Sejmu. Zasadę tą uznał sam TK w swoim postanowieniu z dn. 11 stycznia 2016 r. (U 8/15) i Komisja Wenecka nie powinna tego faktu ignorować.

V. Zarzut Komisji Weneckiej, że ustawa z dn. 22 grudnia 2015 r. wprowadzając regułę chronologiczną, podwyższone *quorum* i większość kwalifikowaną 2/3 prowadzi do paraliżu Trybunału Konstytucyjnego

A. Reguła chronologiczna

W pkt. 65 swojej opinii Komisja Wenecka formułuje tezę, że rozstrzygnięcie spraw w porządku chronologicznym nie jest zgodne z europejskimi standardami, o których mówi art. 6 (1) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 47 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹². Komisja wspiera swoje stanowisko kilkoma argumentami. Przyznaje ona wprawdzie, że rozstrzygnięcie spraw w porządku chronologicznym zwiększa prawo obywateli do sprawiedliwego i rzetelnego procesu (pkt 54), ale zarazem dodaje, że sprawy dotyczące praw człowieka winny mieć pierwszeństwo przed innymi, zaś sprawy pilne, tam gdzie istnieje niebezpieczeństwo zablokowania systemu politycznego, jak to – zdaniem KW – ma obecnie miejsce w Polsce, TK winien rozstrzygać szybko (pkt 62 i 63).

Rozumowanie Komisji nie wytrzymuje krytyki. Szybkość postępowania nie jest nadrzędną wartością w polskim porządku konstytucyjnym i nie powinna być taką wartością w żadnym innym porządku konstytucyjnym; co więcej, pozostaje ona często w rażącym i nierozwiązywalnym konflikcie z prawem do sprawiedliwego i rzetelnego postępowania na którego straży stoi art. 45 ust. 1 Konstytucji. Mając ten fakt na uwadze, ustawodawca wprowadził w ustawie z dn. 22 grudnia 2015 r. przepisy przedłużające postępowanie w taki sposób, by każdemu obywatelowi zostało zagwarantowane przede wszystkim prawo do rzetelnego i sprawiedliwego postępowania, które ma pierwszeństwo przed prawem do szybkiego postępowania. Trudno jest więc mówić, że polski porządek prawny narusza prawo do sprawiedliwego i uczciwego postępowania, którego tylko jednym z elementów jest przewidziany w wyżej wymienionych konwencjach standard rozsądnej długości postępowania. Wskazać wreszcie należy, że właśnie w sprawach skarg i pytań prawnych dotyczących naruszenia wolności, praw i obowiązków obywateli (rozdz. II Konstytucji) art. 87 pkt 2a ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. przewiduje możliwość skrócenia czasu oczekiwania na rozprawę aż o połowę, co czyni zadość wymogowi rozsądnej długości postępowania.

Mając na uwadze prawo obywateli do uczciwego i sprawiedliwego postępowania ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r. uchyliła również

12 Art. 6.1 Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd.

art. 45 ust. 2 ustawy z dn. 25 czerwca 2015 r., który pozwalał Prezesowi TK dyskrecjonalnie, na podstawie klauzuli „w szczególnie uzasadnionych przypadkach”, wyznaczyć sędziego sprawozdawcę z pominięciem alfabetycznej listy sędziów. Jest oczywiste, że przepisy tego rodzaju, ze względu na znaczenie sędziów sprawozdawców w przygotowaniu orzeczenia Trybunału, stwarzają szerokie pole do manipulacji i wyznaczania „odpowiednich” sędziów. Twierdzenie to odnosi się zarówno do sytuacji obecnej, jak i do przyszłego funkcjonowania Trybunału. Krzysztof Wojtyczek, zauważając szerokie uprawnienia dyskrecjonalne Prezesa TK, proponuje w związku z tym ustalenie algorytmu wyznaczania składów orzekających i sędziów sprawozdawców¹³. Tą właśnie drogą podąża ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r. W kontekście prawa do uczciwego postępowania sądowego trudno jest więc zrozumieć, dlaczego uchylene tego przepisu ma być sprzeczne z Konstytucją.

Z tego samego powodu niezrozumiały jest również zarzut, że do paraliżu Trybunału doprowadzi rozstrzyganie spraw na rozprawie, a nie na posiedzeniu niejawnym, gdy tego zażąda wnioskodawca (art. 81 ust. 1a ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r.). Twierdzenie, że TK jest sądem prawa, a nie sądem faktów w żaden sposób nie uzasadnia twierdzenia, że sprawy przed nim winny być rozstrzygane przede wszystkim na posiedzeniu niejawnym, a nie na rozprawie. Spory o prawo, powiedzmy spory o poprawną wykładnię przepisu, jego właściwy zakres czy też logiczne konsekwencje, podobnie jak spory o fakty, mają ze swojej istoty argumentacyjny charakter i polegają na przekonywaniu sądu o trafności swoich racji. Przekonywanie winno mieć miejsce w obecności tego, kogo ma się przekonać. Z tej racji jawność postępowania sądowego jest uważana za jedną z najbardziej fundamentalnych gwarancji procesowych i nie mogą jej unieważnić żadne dywagacje o tym, czy fakt ten utrudnia, czy też ułatwia postępowanie sądowe. Fundamentalne znaczenie jawności postępowania potwierdzają wszystkie najważniejsze dokumenty prawa polskiego, europejskiego i międzynarodowego, na które powołuje się KW (art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.). Zgodnie z art. 45 ust. 1 polskiej Konstytucji „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy”, a wyłączenie jawności rozprawy jest możliwe tylko w ściśle określonych przypadkach i **żaden z nich nie odnosi się do szybkości postępowania** (por. ust. 2). Wprawdzie posiedzenie niejawne nie stanowi rozprawy w formalnoprawnym znaczeniu tego terminu, ale jest posiedzeniem na którym rozstrzyga się bardzo często o prawach i obowiązkach obywateli i innych podmiotów prawa. W tym sensie wprowadzenie przez ustawę z dn. 22 grudnia 2015 r. zasady, że na wniosek uczestnika postępowania Trybunał rozpoznaje sprawę na rozprawie jest

13 K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne...*, op. cit., s. 110.

w pełni zgodne ze standardami obowiązującymi w prawie międzynarodowym, europejskim i polskim.

B. Podwyższone *quorum* i większość kwalifikowana

Komisja Wenecka podnosi, iż ustawodawca wprowadzając w ustawie z dn. 22 grudnia 2015 r. regulę, że Trybunał w pełnym składzie musi liczyć przynajmniej trzynastu, a nie jak dotychczas dziewięciu sędziów i podejmować decyzje większością kwalifikowaną 2/3 głosów, która jest zdecydowanie wyższa niż większości i *quorum* przyjęte w innych krajach europejskich, zmierza do paraliżu Trybunału. Komisja wskazuje również, że rozwiązanie to jest niekoherentne oraz niezgodne z dotychczasową interpretacją art. 190 ust. 5 Konstytucji i art. 99 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym w polskiej praktyce konstytucyjnej. Zarzuty te są niesłuszne z wielu różnych powodów.

Naszą analizę rozpoczniemy od problemu wykładni art. 190 ust. 5 Konstytucji i art. 99. ustawy o Trybunale Konstytucyjnym oraz twierdzenia, że przepisy te zakładają podejmowanie decyzji przez TK zwykłą większością głosów. Wykładnia tych przepisów przez Komisję Wenecką jest nietrafna. Zauważyć należy, że w ogromnej większości przypadków Konstytucja wyraźnie określa o jaki rodzaj większości chodzi, a więc czy chodzi o większość bezwzględną, kwalifikowaną, czy zwykłą (por. na przykład art. 98 ust. 3, art. 113, art. 122 ust. 5, art. 125 ust.2) lub charakteryzuje wymaganą większość opisowo („otrzymał więcej niż połowę ważnie oddanych głosów”, „otrzymał więcej głosów”, „większością ustawowej liczby głosów” – por. art. 127 ust. 4 i 6, art. 158 ust. 1 Konstytucji). Symptomatyczny w tym kontekście może być art. 120 Konstytucji, który mówi wyraźnie, że „Sejm uchwała ustawy **zwykłą** większością głosów”. Skoro zatem nieomal w każdym przypadku Konstytucja wyraźnie wskazuje o jaki rodzaj większości chodzi, a w przypadku art. 190 ust. 5 Konstytucji i art. 99 ust. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym tego nie czyni, to przyjęć należy, że Konstytucja pozostawia do decyzji ustawodawcy zwykłego wskazanie, jaką większość należy uznać za uzasadnioną. Obecny Sejm jest zdania, że o uchyleniu ustawy winno decydować ugruntowane znaczną większością głosów przekonanie składu orzekającego. Nie może bowiem być tak, że o losach ustawy będzie decydował czasem głos tylko jednego sędziego. Jak stąd widać, twierdzenie Trybunału, że w przypadku art. 190 ust. 5 Konstytucji chodzi o większość zwykłą, nie znajduje potwierdzenia ani w technikach redagowania przepisów konstytucyjnych, ani w poważnych argumentach merytorycznych. W każdym razie tutaj, podobnie jak w innych analizowanych sytuacjach, dochodzimy co najwyżej do wniosku, że Trybunał i większość sejmowa inaczej interpretują przepisy Konstytucji niż TK, a to jest zupełnie czymś innym niż zarzut, że Sejm wbrew oczywistemu brzmieniu art. 190 ust. 5 narusza Konstytucję.

Komisja stara się uzasadnić swój punkt widzenia w sprawie wykładni art. 190 ust. 5 Konstytucji powołując się również na ustaloną praktykę

oraz „na przeważającą, a nawet jednomyślną, opinię polskich konstytucjonalistów”, według której wspomniane przepisy mówią o zwykłej, a nie kwalifikowanej większości (pkt. 81). Zdaniem Komisji Weneckiej „Ustalona praktyka konstytucyjna nie może być zmieniona przez zwykłego ustawodawcę, lecz tylko przez nowelizację Konstytucji”. Twierdzenie Komisji jest arbitralne, ponieważ jest oczywiste, że mogą być dobre i złe praktyki konstytucyjne i te drugie ustawodawca ma nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek zmienić. Twierdzenie zaś, że ustalona praktyka stosowania Konstytucji może być zmieniona tylko przez nowelizację Konstytucji, a nie zwykłą, ustawę jest niezrozumiałe i gdyby je potraktować na serio to znaczyłoby, że jesteśmy niewolnikami nawet najgłupszych praktyk, jeśli tylko takie utrwaliły się w działaniach władz. Komisji Weneckiej przypomnieć należy zasadę, którą sformułował jeden z największych prawników amerykańskich Karl Llewellyn w *The Brumble Bush* (1951) pisząc: „The rule follows where its reason leads, where the reason stops, there stops the rule”.

Rozwiązaniom przyjętym w ustawie z dn. 22 grudnia 2015 r. **Komisja zarzuca wreszcie brak koherencji**. W pkt. 83 Komisja wskazuje, że ten sam akt normatywny, jeśli został zaskarżony w trybie kontroli abstrakcyjnej, wymaga obecności co najmniej trzynastu sędziów i większości 2/3, natomiast zaskarżony w trybie kontroli indywidualnej (skarga konstytucyjna lub pytanie prawne) może być obalony przez siedmiu sędziów zwykłą większością głosów, co oznacza, że do jego obalenia wystarczają zaledwie cztery głosy. Zdaniem Komisji przyjęcie w obu przypadkach zwykłej większości rozwiązałoby ten problem. Na tak sformułowane *dictum* również dobrze można odpowiedzieć, iż przyjęcie w obu sytuacjach większości 2/3 również rozwiązałoby ten problem. Znowu więc okazuje się, że jedynym remedium na uzdrowienie polskiego systemu kontroli konstytucyjności ustaw jest według KW przyjęcie stanowiska Trybunału i opozycji, a nie stanowiska Sejmu i rządu.

Zarzut Komisji Weneckiej jest jednak chybiony również z innych względów. Wskazać bowiem należy, że gdy sąd konstytucyjny orzeka w różnych składach osobowych i składy te ustala się stosownie do wagi i stopnia złożoności spraw, to niezależnie od tego czy przyjmujemy rozwiązania z ustawy z dn. 25 czerwca (składy dziewięcio-, pięcio- i trzyosobowe), czy też rozwiązania z ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. (składy trzynasto-, siedmio- i trzyosobowe), to w każdym przypadku może dojść do sytuacji, że ten sam akt może być uchylony różną większością głosów. Nawiązując do przykładu podanego przez KW, że ten sam akt nie może być obalony różną większością głosów, dochodzimy bowiem do wniosku, że również na gruncie ustawy z dn. 25 czerwca 2015 r. do obalenia tego samego aktu normatywnego wystarcza w postępowaniu skargowym skład pięcio- lub trzyosobowy i odpowiednio większość trzech lub dwóch sędziów, natomiast w przypadku kontroli prewencyjnej tego aktu (art. 44 ust. 1 pkt 1) konieczne jest *quorum* dziewięciu sędziów i większość pięciu sędziów. Argumentacja Komisji Weneckiej jest

więc pokrętna, pozbawiona jakiegokolwiek sensu i dąży wyłącznie do tego, by za pomocą odpowiednio dobranych przykładów wesprzeć ustawę z dn. 25 czerwca i zdyskredytować ustawę z dn. 22 grudnia 2015 r.

Wiele uwagi poświęca Komisja Wenecka udowodnieniu tezy, iż przyjęte w ustawie z dn. 22 grudnia 2015 r. *quorum* i większość kwalifikowana są zdecydowanie wyższe niż reguły przyjęte w innych krajach europejskich i zmierzają do sparaliżowania Trybunału. Komisja Wenecka podnosi, że w większości krajów europejskich przyjmuje się *quorum* 2/3 lub rzadziej 3/4, jak to ma miejsce m.in. w Niemczech (pkt. 69-71). Ustawa z dn. 22 grudnia 2015 r. ustalając *quorum* dla pełnego składu TK oraz Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału na poziomie trzynastu sędziów przy ogólnej liczbie piętnastu znacznie wykracza poza przyjęte w krajach europejskich normy. Podobnie, zdaniem Komisji, wprowadzenie większości kwalifikowanej 2/3 głosów zamiast dotychczas obowiązującej większości zwykłej w istocie rzeczy zmierza do sparaliżowania Trybunału (pkt.73 i 74).

Odpowiadając na ten zarzut wskazać przede wszystkim trzeba, że większość spraw rozpoznawanych **przez TK dotyczy skarg konstytucyjnych**, co KW wprawdzie zauważa (pkt. 68), ale dyskretnie pomija w swoich dalszych wywodach. W 2014 r. z 500 spraw, które rozstrzygnął Trybunał blisko 3/4 spraw, a więc około 375 spraw dotyczyło właśnie skarg konstytucyjnych¹⁴. W związku z tym zauważyć należy, że skargi konstytucyjne, podobnie jak pytania prawne są rozstrzygane nie w składzie trzynastoosobowym, lecz w składzie siedmio- lub trzyosobowym (art. 44 ust.1 pkt. 2 i 3 ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r.), trudno jest więc mówić o niebezpieczeństwie paraliżu Trybunału. Po raz kolejny widać, w jaki sposób Komisja Wenecka manipuluje danymi, by udowodnić z góry przyjętą tezę, przez co jej opinia nie spełnia najbardziej elementarnych standardów metodologicznych.

W praktyce znaczące, ale w moim przekonaniu konieczne, utrudnienia w podejmowaniu decyzji przez Trybunał wiążą się tylko z przypadkami kontroli abstrakcyjnej, gdy wnioski są rozpoznawane w pełnym składzie Trybunału, a więc w obecności trzynastu sędziów większością 2/3 głosów. Podwyższenie *quorum* w tej sytuacji jest jednak zgodne z bronioną przez zwolenników ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. doktryną wstrzemięźliwości sędziowskiej, która zaleca szczególną ostrożność i rozwagę w podejmowaniu decyzji w tego rodzaju sprawach. Obecny Sejm nie zgadza się z taką organizacją postępowania przed Trybunałem, by skład pięciu sędziów TK – jak to ma miejsce na gruncie ustawy z 25 czerwca 2015 r. – mógł w sposób ostateczny, nieraz większością tylko jedno głosu, decydować o ważności ustaw, nad których uchwaleniem pracowały zespoły najwyższej klasy specjalistów

14 „Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2014 rok” przekazana przez Prezesa TK.

i których uchwalenia w wielu wypadkach domagają się miliony obywateli. To samo odnosi się do umów międzynarodowych. Nie kwestionując nawet potrzeby istnienia sądownictwa konstytucyjnego uznać należy, że zbyt łatwe procedury uchylania najwyższych aktów normatywnych w państwie uderzają w same podstawy demokracji i są nie do pogodzenia z wizją podziału władzy, za którą opowiada się obóz rządowy, widząc w Sejmie przedstawiciela władzy zwierzchniej w kraju.

Komisja Wenecka, idąc za głosem Trybunału, przyjmuje jako niezbitą pewnik, że przyjęcie reguły chronologicznej, podwyższonego *quorum* i kwalifikowanej większości doprowadzi do paraliżu Trybunału. Do argumentu tego odwołują się bardzo często przeciwnicy ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r., tworząc w społeczeństwie przekonanie, że w naszym kraju dokonuje się zamach na sądownictwo konstytucyjne. Problem polega jednak na tym, że twierdzenie to jest oparte **wyłącznie na subiektywnych przeświadczeniach opozycji oraz Trybunału i nie wynika z żadnych obiektywnych badań**. Z tego właśnie powodu postępowanie Komisji Weneckiej narusza standard obiektywizmu, o którym mówi pkt 2.2.3. The European Code of Conduct for Research Integrity z 2010 r. Prezes Trybunału nie zlecił Zespołowi Orzecznictwa i Studiów Biura Trybunału przeprowadzenia w trybie § 10 Statutu Biura TK z dn. 15 września 2015 r. jakichkolwiek badań lub analiz, które by potwierdzały jego hipotezę. Dodać do tego trzeba, że większością 2/3 podejmuje decyzje w najważniejszych sprawach również niemiecki TK i wiele innych sądów konstytucyjnych na świecie, co przyznaje KW, i w niczym nie utrudnia to ich funkcjonowania .

Dochodzimy przeto do generalnego wniosku, że ze względu na fakt, iż ogromna większość spraw dotyczy skarg konstytucyjnych, a te są rozstrzygane w nie w składzie trzynasto-, lecz siedmio- lub trzyosobowym, nie może być mowy o jakimkolwiek paraliżu Trybunału. Jak natomiast będą wyglądały procesy decyzyjne w sytuacji, gdy TK będzie rozstrzygał w pełnym składzie okaże się dopiero w praktyce. W tej sytuacji wszelkie hipotezy uznać należy za co najmniej przedwczesne.

Rozważania Komisji Weneckiej o regule chronologicznej, *quorum* i większości prowadzą do smutnego wniosku. **Zdaniem KW jest międzynarodowym i europejskim standardem, że Trybunał Konstytucyjny może rozstrzygać na podstawie przepisów, które sam sobie wybrał, w kolejności jaką uważa za stosowną, w składzie jakim chce, przy *quorum* jakim chce i większością jaką sobie ustalił**. Mam poważne wątpliwości, czy są to rzeczywiście standardy państwa prawa.

VI. Akt ślubowania sędziego Trybunału Konstytucyjnego przed Prezydentem

Komisja Wenecka podziela również punkt widzenia Trybunału, że do nominacji sędziego TK dochodzi już z chwilą wyboru określonej osoby

na to stanowisko przez Sejm (pkt 109). W przekonaniu Komisji akt przysięgi nominata Sejmu przed Prezydentem RP jest aktem ceremonialnym, a nie koniecznym warunkiem nominacji sędziego (pkt 108). Komisja wspiera ten punkt widzenia wskazując, że o ile na przykład przysięga posłów czy członków rządu jest uregulowana w Konstytucji (odpowiednio art. 104 ust. 2 i art. 151), o tyle przysięga osób wybranych przez Sejm na stanowisko sędziego TK jest uregulowana jedynie w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym (art. 21). Identyfikacyjny pogląd wyraził wcześniej TK w swoim wyroku z dn. 9 grudnia 2015 r. (K 35/15)¹⁵.

Opinia Komisji Weneckiej pozostaje jednak w sprzeczności z dotychczasową praktyką i poglądami doktryny, które zgodnie przyjmują, że dopiero po złożeniu przysięgi przed Prezydentem osoba wybrana przez Sejm może objąć urząd sędziego Trybunału. Wystarczy tylko powiedzieć, iż **w polskiej praktyce konstytucyjnej nie zdarzył się jeszcze przypadek, by stanowisko sędziego piastowała osoba niezaprzyjęta przez Prezydenta (!)**, a zdarzały się przypadki, gdy Prezydent odwlekał odebranie aktu przysięgi ponieważ miał uzasadnione wątpliwości co do tego, czy wybór był zgodny z prawem¹⁶.

Wnioskowanie z tego, że akt przysięgi nie jest unormowany w Konstytucji, ale w ustawie o tym, że Prezydent ma obowiązek zaprzysiężenia nominata Sejmu, nie posiada większej mocy uzasadniającej również z innego powodu. Zwróćmy uwagę na fakt, że przyjęcie bardzo ważnej zasady, iż TK obraduje nie w jednym, ale w różnych składach orzekających wynika także tylko z ustawy, a nie z Konstytucji. Legitymację do takiego postępowania daje bezpośrednio art. 197 Konstytucji, czyniąc ustawę i Regulamin Trybunału Konstytucyjnego integralnym elementem organizacji i postępowania przed TK.

Z literalnego brzmienia art. 21 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym nie można wnosić ani tego, że Prezydent ma obowiązek odebrania ślubowania, ani też tego, że takiego obowiązku on nie ma. W artykule tym stwierdza się jedynie, że „osoba wybrana na stanowisko sędziego składa wobec Prezydenta RP ślubowanie”. Istnienie lub nieistnienie wspomnianego obowiązku musi być więc ustalone w oparciu o wykładnię Konstytucji oraz innych obowiązujących w naszym kraju przepisów. Zauważyć w związku z tym należy, że w przypadku, gdy przepisy nakładają na kogokolwiek jakiegokolwiek obowiązki, a tym bardziej gdy nakładają je na głowę państwa, to powinny to

15 Problem prawidłowości tego orzeczenia pomijam w tym opracowaniu.

16 Z innych powodów również B. Banaszak uznaje, iż akt wyboru przez Sejm nie jest aktem finalnym i musi być potwierdzony złożeniem przysięgi przed Prezydentem – por. B. Banaszak, *Legal opinion: On the analysis of the changes to the Act on Constitutional Tribunal in Poland*, Publications of Constitutional Court of the Republic of Moldova 2016.

explicite stwierdzać, gdyż **obowiązków w państwie prawa nie wolno domniemywać**. Tak się na przykład rzecz ma w przypadku art. 122 ust. 3, w którym wprost stwierdza się, iż „Prezydent nie może odmówić podpisania ustawy, którą Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodną z Konstytucją”. Takiej regulacji, która by mówiła, iż Prezydent nie może odmówić przyjęcia przysięgi od nominata Sejmu w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym jednak nie ma.

Zasadniczym argumentem na rzecz stanowiska, że akt przysięgi nie może być traktowany jako akt czysto ceremonialny jest przede wszystkim art. 126 ust. 2 Konstytucji, który zobowiązuje Prezydenta do „czuwania nad przestrzeganiem Konstytucji”. Trudno bowiem oczekiwać, by „strażnik Konstytucji” odebrał akt ślubowania wtedy, kiedy ma uzasadnione przekonanie, że wybór osoby na stanowisko sędziego nastąpił w sposób sprzeczny z prawem. Co więcej, stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy Prezydent przyjmuje akt ślubowania mimo wiedzy, iż wybór sędziego został dokonany w sposób sprzeczny z Konstytucją, to w istocie rzeczy popełnia delikt konstytucyjny i może być pociągnięty do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu (art. 145 ust. 1 Konstytucji). Twierdzenie zatem, że Prezydent w każdej sytuacji ma obowiązek zaprzysiąc kandydata na urząd sędziego TK, naraża Prezydenta na odpowiedzialność konstytucyjną.

Mówiąc o źródłach sporu o wykładnię art. 21 ustawy o Trybunale Konstytucyjny, zauważyć należy, że wspomniany przepis został zredagowany wyjątkowo nieprecyzyjnie i dopuszcza on najrozmaitsze interpretacje. W rozważanym przypadku spór między Trybunałem a Prezydentem jest więc również sporem o różne interpretacje naszej Konstytucji, a to jest zupełnie coś innego niż twierdzenie TK i opozycji, iż Prezydent narusza jasne i niebudzące niczyich wątpliwości przepisy prawa.

W związku z problemem przysięgi przed Prezydentem RP Komisja Wenecka w pkt. 101 w przypisie 25 szeroko komentuje słynny wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Marbury v. Madison* z 1803 r. Pomińmy tutaj fakt, że w USA sędziów SN mianuje prezydent za zgodą Senatu, natomiast w Polsce Sejm przy współdziałaniu Prezydenta, gdyż cały wywód Komisji ma przekonać opinię publiczną, że wyroki amerykańskiego Sądu Najwyższego są zawsze respektowane i polski Sejm oraz Prezydent powinni podążać tym śladem. Szkoda, że Komisja zapomniała dodać, że przez następne kilkadziesiąt lat instytucja kontroli konstytucyjności (*judicial review*) w Ameryce była praktycznie niestosowana. Szkoda, że Komisja zapomniała również o tym, że praktyka amerykańska obfituje w liczne przykłady, gdy prezydenci i Kongres nie respektują orzeczeń Sądu, gdy uznają je za sprzeczne z prawem. Niech komentarzem do tej sprawy będzie słynna wypowiedź prezydenta Andrew Jacksona skierowana do sędziego SN Johna Marshalla

„Skoro John Marshall wydał taki wyrok, to niech go teraz wykona”¹⁷. Komisja z uporem próbuje wmówić polskiej opinii publicznej, że w całym cywilizowanym świecie wszystkie wyroki sądów konstytucyjnych są i powinny być wykonywane, co jest oczywistą nieprawdą. Po raz kolejny dowodzi to tylko stronnictwo i braku obiektywizmu Komisji Weneckiej.

VII. Zasada pluralizmu i kooperacji jako podstawa funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego

Jeden z zasadniczych zarzutów obecnego Sejmu, rządu i Prezydenta wobec opozycji jest taki, że opozycja wybierając bezprawnie 27 października 2015 r. pięciu posłów nominowanych przez PO, PSL i SLD chciała sobie całkowicie podporządkować Trybunał i uczynić z niego narzędzie swojej polityki. Gdyby bowiem plan ten się powiódł, to TK składałby się z czternastu nominatów PO, PSL i SD oraz tylko jednego sędziego, którego kandydaturę wysunął PiS jeszcze w okresie prezydentury Lecha Kaczyńskiego. W tym stanie rzeczy mogłoby się wydawać oczywiste, że zapewnienie pluralistycznego składu TK jest zrozumiałym celem działań obecnej władzy. Zwróćmy uwagę na fakt, że nawet gdyby pięciu sędziów zaproponowanych przez PiS zostałyby dopuszczonych do orzekania (dopuszczono tylko dwóch), to Trybunał i tak składałby się tylko z sześciu sędziów zaproponowanych przez PiS i dziewięciu sędziów zaproponowanych przez PO, PSL i SLD, a więc opozycja nadal posiadałaby w Trybunale miażdżącą przewagę liczbową.

Komisja Wenecka próbuje dowieść, wbrew oczywistym faktom, iż w tej sytuacji zasada pluralizmu nie została złamana i wzywa obecne władze oraz wszystkie siły polityczne do wspólnego rozwiązania konfliktu związanego z Trybunałem. Zdaniem KW koniecznym warunkiem do tego celu jest zaprzysiężenie trzech nominatów PO i PSL z października 2015 r., którzy, zdaniem TK, zostali mianowani prawidłowo (TK i Komisja przyznają, że wybór dwóch był nieprawidłowy) oraz opublikowanie „wyroku” z dn. 9 marca 2016 r.

Argumentacja Komisji w tej sprawie jest nieprzekonywująca. Dokonamy jej analizy w dwóch krokach. W pierwszym rozważymy twierdzenie KW, że funkcjonowanie Trybunału w obecnych warunkach jest zgodne z zasadą pluralizmu, w drugim kroku zajmiemy się odpowiedzią na pytanie, czy warunki rozwiązania kryzysu wokół TK czynią rzeczywiście zadość zasadzie kooperacji?

Zdaniem Komisji Weneckiej nie można mówić, iż obecny skład TK narusza **zasadę pluralizmu**. W przekonaniu Komisji Sejm i Prezydent niewłaściwie pojmują funkcję Trybunału widząc w sędziach reprezentantów

17 „John Marshall has made his decision, now let him enforce it” – por. G. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring about Social Change*, Chicago 1991, s. 15, 24.

partii politycznych, które wysunęły ich kandydatury. W opinii Komisji, Trybunał nie jest III izbą parlamentu, a sędziowie reprezentantami interesów nominujących ich partii politycznych (pkt. 118). Sędziowie TK powinni stać na straży Konstytucji, a nie na straży interesów partyjnych. Zdaniem KW na sędziach z chwilą objęcia urzędu ciąży obowiązek, który Komisja nazywa obowiązkiem niewdzięczności (*duty of ingratitude*). Obowiązek ten zobowiązuje każdego sędziego do zdystansowania się od interesów partyjnych i orzekania w imieniu Konstytucji, nawet gdyby miało to być sprzeczne z interesami partii, która wysunęła jego kandydaturę (pkt. 119).

Argumentacja Komisji Weneckiej budzi zdumienie. Komisja w świadomy sposób przemilcza cały szereg faktów dotyczących funkcjonowania współczesnego sądownictwa konstytucyjnego i w ten sposób wprowadza opinię publiczną w błąd. Zjawisko polityzacji sądów konstytucyjnych, nie tylko ich zresztą, jest jednym z najwszechstronniej zbadanych i opisanych w literaturze zjawisk. Na ten temat istnieje przeogromna literatura¹⁸. Jesteśmy coraz bardziej świadomi faktu, że nieodpowiednia organizacja i procedura postępowania przed sądem konstytucyjnym może uczynić z sędziów TK żołnierzy partyjnych (*party-soldiers*)¹⁹. Zagrożenie to jest bardzo realne i nie da się mu zapobiec za pomocą apeli do sumień sędziowskich. Z tego powodu współczesne próby zreformowania sądownictwa konstytucyjnego są skierowane na to, by za pomocą różnych rozwiązań instytucjonalnych i proceduralnych ograniczyć wpływ polityki i polityków na funkcjonowanie i orzecznictwo sądów konstytucyjnych. Twierdzenie, że niepewność faktów i niepewność reguł wynikająca z niedookreśloności pojęć języka prawnego może być wykorzystywana przez sądy do różnych celów, także politycznych, jest zresztą banałem przynajmniej od czasów amerykańskiego realizmu. Wiara w pewność reguł prawnych podtrzymywana za pomocą takich fikcji jak „obowiązek bycia niewdzięcznym”, to symptom ciężkiej choroby, na którą zdają się cierpieć wszyscy członkowie KW, którzy wizytowali Polskę. Jerome Frank nazwał tę chorobę prawniczym somnambulizmem²⁰. Spacerowanie we śnie

18 Por. na przykład pracę zbiorową *Constitutional Justice. East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer 2002; W. Sadurski, *Prawo przed sądem*, Warszawa 2008,szcz. s. 12, 402, 407, L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie*, „Państwo i Prawo” 3, 2006, s. 6-23 i cytowana w tych opracowaniach obszerna bibliografia.

19 B. Pokol, *The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues*, Pázmány Law Working Papers, 9 2016, <URL=http://www.plwp.jak.ppke.hu>, [dostęp: 08.04.16] oraz B. Pokol, *Jurystokratyczna forma rządów i jej aspekty strukturalne*, w niniejszym tomie „Prawa i Więzi”.

20 Niech przykładem będą tylko prace J. Franka; por. J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1963, s. 171, a także s. X, 10, 30, 62;

i wmawianie innym, że poruszamy się w rzeczywistym świecie nie jest jednak dobrą receptą na bóleczki, które trapią polski Trybunał Konstytucyjny.

Komisja Wenecka nie musi oczywiście podzielać takiego stanowiska, ale ma obowiązek, skoro jej opinia ma charakter ekspercki, bezstronnie poinformować opinię publiczną o problemie polityzacji sądów i konieczności zapobiegania temu zjawisku. Komisja jednak celowo i świadomie przemilcza ten fakt i przedstawia swoje stanowisko jako powszechnie akceptowany i jedyny dopuszczalny punkt widzenia, a tym którzy go nie podzielają zarzuca łamanie prawa. Zasady pluralizmu nie da się jednak obronić za pomocą dziwacznych konstrukcji w rodzaju obowiązku bycia niewdzięcznym. Można jej bronić tylko zapewniając taką strukturę instytucjonalną i proceduralną Trybunału, że będą miały w nim odpowiednią reprezentację wszystkie siły polityczne i właśnie to winno być przedmiotem naszych zabiegów reformatorskich. Mając te fakty na uwadze Prezydent odmówił zaprzysiężenia pięciu posłów wybranych w październiku przez Sejm poprzedniej kadencji, zasadnie uznając, że dopuszczenie ich do orzekania oznaczałoby kres politycznego pluralizmu w naszym kraju.

Przejdźmy teraz do **zasady kooperacji**, która zdaniem KW ma pomóc w rozwiązaniu kryzysu konstytucyjnego w Polsce. Komisja Wenecka wzywa do opartej na dialogu kooperacji Sejmu, Prezydenta, Trybunału oraz wszystkich sił politycznych w rozwiązaniu kryzysu konstytucyjnego i politycznego w naszym kraju (pkt. 133). Zdaniem Komisji warunkiem wstępnym tego dialogu jest pełen respekt dla wszystkich orzeczeń Trybunału, a w szczególności zaprzysiężenie przez Prezydenta trzech osób zaproponowanych w październiku 2015 r. przez Sejm poprzedniej kadencji oraz opublikowanie „wyroku” TK z dn. 9 marca 2016 r. (pkt. 143). W opinii Komisji Sejm ma wprawdzie władzę ustawodawczą, ale Konstytucję i ustawy musi interpretować zgodnie z wolą Trybunału, bo tylko on ma prawo do autorytatywnej interpretacji tych aktów (pkt 123 i 124).

Apel KW musi budzić zdumienie, bo oznacza on ni mniej, ni więcej, że konflikt między Sejmem a TK ma być rozwiązany na warunkach ustalonych przez Trybunał. Wiele lat zajmowałem się opartymi na dialogu formami rozstrzygania konfliktów, ale po raz pierwszy słyszę, że warunkiem rozwiązania konfliktu jest prowadzenie dialogu na warunkach ustalonych przez jedną ze stron i podporządkowanie się tym warunkom przez drugą. Oparta na dialogu kooperacja stron konfliktu musi zakładać pełną wymiennialność ról dialogowych i równość stron konfliktu, a nie narzucanie warunków dialogu

idem, *Courts on Trial*, New York 1971; idem, *O niedookreśloności reguł prawnych*; por. też inni realiści: B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London 1962, s. 162, czy R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven 1961, s. 57.

przez jedną stronę drugiej²¹. Dodajmy do tego, iż Komisja wzywa Prezydenta i Sejm do powstrzymywania się od publicznej krytyki sędziów Trybunału (pkt. 131), ale jakoś zapomina dodać, że jeśli już, to podobny obowiązek spoczywa także na sędziach Trybunału, gdy tymczasem Prezes TK jest permanentnym uczestnikiem publicznych debat i wywiadów w środkach masowego przekazu i jednym z najbardziej aktywnych krytyków ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. Wydaje się więc, że propozycje KW nie ułatwią, ale raczej utrudnią rozwiązanie kryzysu konstytucyjnego i politycznego w naszym kraju.

VIII. Inne zarzuty Komisji Weneckiej

Zanim przejdziemy do ostatniego punktu tego artykułu, chciałbym w krótki sposób rozważyć niektóre inne zarzuty Komisji Weneckiej wobec władz naszego państwa. Rozmiary mojego opracowania nie pozwalają na rozważenie wszystkich kwestii podniesionych w raporcie KW, ograniczymy się przeto do tych, które wydają się najważniejsze. Wśród nich na pierwszy plan wysuwają się dwie następujące kwestie: udział sędziów Trybunału w pracach legislacyjnych nad ustawą z 25 czerwca 2015 r. i problem postępowania dyscyplinarnego.

A. Udział sędziów TK w pracach legislacyjnych nad ustawą o Trybunale Konstytucyjnym z dn. 25 czerwca 2015 r.

Zdaniem obecnych władz bezpośredni udział niektórych sędziów Trybunału w pracach legislacyjnych nad ustawą z 25 czerwca 2015 r. był niedopuszczalny i sędziowie ci powinni zostać wyłączeni z orzekania w sprawie konstytucyjności tej ustawy. Komisja nie podziela tego poglądu. Jej zdaniem udział sędziów w procesach legislacyjnych, także dotyczących ustaw o sądach konstytucyjnych, jest nie tylko dopuszczalny (*vide* praktyka w Niemczech i Austrii), ale i zalecany, pod warunkiem wszakże, że sędziowie występują w pracach legislacyjnych w charakterze ekspertów, którzy dostarczają komisji legislacyjnej profesjonalnej wiedzy o regulowanych zjawiskach (pkt. 46-48 opinii). Już na samym początku chciałoby się zapytać, jak oddzielić jedno od drugiego.

Opinia Komisji w tej kwestii nasuwa jednak poważniejsze zastrzeżenia. Powszechnie się przyjmuje, i jest to jedna z podstawowych reguł gwarantujących bezstronność postępowania sądowego, że nikt nie powinien być

21 L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, „Państwo i Prawo” 1, 1993, s. 12-24; idem, *Filozofia prawa*, Toruń 2014, s. 271 i n. Obszernie na ten temat w rozlicznych pracach J. Habermasa – por. w szczególności J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, [w:] *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für W. Schulz zum 60 Geburtstag*, Pfullingen 1973; idem, *Communication and the Evolution of Society*, Boston 1979, s. 28, 42, 63.

sędzią w swojej własnej sprawie (*nemo iudex in causa sua*). Wprawdzie postępowanie legislacyjne nie jest postępowaniem sądowym, jednak udział sędziów Trybunału w opracowywaniu ustawy, która dotyczy ich bezpośrednio, w nieuchronny sposób rodzi podejrzenie, że w pewnych sprawach mogą oni bronić interesów swoich, a nie interesu publicznego. Sędziowie mieli tego pełną świadomość i z tego powodu trzech sędziów, którzy brali udział w pracach legislacyjnych nad ustawą z dn. 25 czerwca 2015 r. wyłączyło się na swój własny wniosek ze sprawy, w której badano konstytucyjność tej ustawy.

Zwróćmy uwagę tylko na jeden przykład dowodzący, iż bezpośredni udział sędziów może mieć negatywny wpływ na treść ustawodawstwa, mianowicie na art. 33 ust.3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dn. 25 czerwca 2015 r., utrzymany niestety w mocy przez ustawę nowelizującą z dn. 22 grudnia 2015 r. Artykuł ten mówi, że jeśli przeciętne wynagrodzenie określane na podstawie danych GUS jest w danym roku kalendarzowym niższe niż w ubiegłym, to podstawę wynagrodzenia sędziego TK ustala się na podstawie danych z roku ubiegłego. Znaczy to, że wszyscy, a przynajmniej większość obywateli w naszym kraju, musi ponosić koszty recesji czy kryzysu gospodarczego i związane z tym spadki dochodów i wynagrodzeń, a sędziowie nie. Jak to się ma do zasad demokracji, których tak broni Komisja Wenecka i jak to się dzieje, że nie zauważa ona tak oczywistej sprzeczności ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z Konstytucją? Jak sądzę, wiele postanowień ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dn. 25 czerwca 2015 r. jest inspirowanych raczej tym, by ułatwić pracę i życie sędziom Trybunału niż dbaniem o sprawiedliwość i rzetelne rozstrzyganie spraw (por. rozważania o regule chronologicznej, *quorum* i większości) i to jest zasadniczy powód przeciwko jakimkolwiek formom bezpośredniego uczestnictwa sędziów w pracach nad ustawami, zwłaszcza tymi, które dotyczą ich interesów. Nie powinno to jednak znaczyć, że udział sędziów w postępowaniu legislacyjnym jest w ogóle wykluczony. Sejm i rząd mają bowiem prawo do zwrócenia się do TK w celu uzyskania informacji niezbędnych w pracach legislacyjnych. Temu służy instytucja informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa TK (art. 6 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym i § 2. pkt.1 Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego).

Na marginesie nasuwa się uwaga, że gdyby wszystkie postanowienia ustawy o Trybunale Konstytucyjnym były redagowane z taką pieczołowitością i precyzją, jak postanowienia dotyczące wynagrodzeń i przywilejów sędziowskich (por. na przykład art. 33 i 34 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym), to wiele z naszych problemów dotyczących TK zniknęłoby samoistnie. Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym z dn. 25 czerwca 2015 r. została zredagowana po prostu niechlujnie, a jej autorzy nie wykazali się specjalną przenikliwością w przewidywaniu możliwych konfliktów politycznych i konstytucyjnych. Z tego też powodu ciągle wikła nas ona w różnego rodzaju spory interpretacyjne.

B. Udział Prezydenta, Ministra Sprawiedliwości i Sejmu w postępowaniu dyscyplinarnym

Udział przedstawicieli władzy ustawodawczej lub wykonawczej w procedurach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału budzi szereg kontrowersji ze względu na zasadę rozdziału władz. Budzi on również wątpliwości Komisji Weneckiej (pkt. 92-94). Komisja podnosi, iż nie jest dla niej jasne uzasadnienie dla takiej regulacji (pkt 93). W punkcie 94 Komisja wskazuje, iż szczególne zaniepokojenie z punktu widzenia niezależności Trybunału i zasady separacji władz budzi możliwość odwołania sędziego TK przez Sejm. Spróbujmy więc rozważyć racje merytoryczne, które przemawiają za udziałem Prezydenta i Ministra Sprawiedliwości w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym sędziów Trybunału.

Przede wszystkim zauważyć należy, że udział Prezydenta, Ministra Sprawiedliwości i Sejmu w postępowaniu dyscyplinarnym jest bardzo ograniczony i **nigdy (!)** nie może mieć miejsca wbrew woli Trybunału lub jego Prezesa (por. treść art. 28a i 31a ustawy nowelizacyjnej z dn. 22 grudnia 2015 r.). Dotyczy to również Sejmu, którego udział w postępowaniu dyscyplinarnym budzi takie obawy KW, gdyż Sejm może odwołać sędziego z urzędu tylko na wniosek Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego i to wyłącznie „w szczególnie rażących przypadkach” (art. 31a. 1. ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r.). Zdaniem KW jednak nawet tak ograniczony udział Prezydenta, Ministra Sprawiedliwości i Sejmu może pośrednio wpływać na niezawisłość sędziowską. Powstaje więc pytanie, jakie to racje merytoryczne przemawiają za włączeniem tych organów od postępowania dyscyplinarnego, tym bardziej, iż dla KW nie jest jasne uzasadnienie dla takiej regulacji. W moim przekonaniu takie racje istnieją i są one bardzo poważne.

Najważniejsza z nich to fakt, że instytucja postępowania dyscyplinarnego oparta na zasadzie „koledzy sądzą kolegów” nigdzie się nie sprawdziła, a w praktyce Trybunału jest *de facto* martwa. Pamiętamy, że TK w czasach, gdy mieli w nim większość sędziowie reprezentujący obóz postkomunistyczny, nigdy nie wszczął postępowania nawet w stosunku do tych sędziów, którym udowodniono naruszenie przepisów ustaw lustracyjnych lub wobec których istniało znaczne prawdopodobieństwo, iż takie naruszenie miało miejsce. Do dziś sędziowie ci pozostają w stanie spoczynku i korzystają z wszystkich przywilejów, które ten stan przynosi. To jest właśnie jeden z powodów dla którego udział w postępowaniu dyscyplinarnym podmiotów zewnętrznych jest konieczny i to w znacznie szerszym zakresie niż to przewiduje ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r.

Istnieje także drugi powód. W warunkach głębokiego podziału politycznego w TK, na przykład takiego jaki ma miejsce obecnie, gdzie w Trybunale zdecydowanie przeważają sędziowie zaproponowani przez PO i PSL, a kandydaci PiS są w zdecydowanej mniejszości, postępowanie dyscyplinarne

może stać się instrumentem podporządkowywania sobie tych drugich przez tych pierwszych i zmuszania ich, by zaakceptowali dotychczasową linię orzeczniczą Trybunału. Podobnie brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla możliwości ścigania przez Trybunał sędziów za czyny, które miały miejsce przed objęciem przez nich urzędu (art. 28 ust. 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 25 czerwca 2015 r.), skoro postawa sędziego jest badana już w toku postępowania nominacyjnego przez Sejm. Także w tym przypadku możemy się obawiać, że większość sędziów będzie wykorzystywała swoją przewagę liczebną do wywierania nacisku na mniejszość pod groźbą wszczęcia postępowania dyscyplinarnego za czyny, które miały miejsce przed objęciem stanowiska sędziego Trybunału.

Po trzecie, Komisja zapomina, że ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych z dn. 27 lipca 2001 r. w art. 114 przewiduje regulację podobną do regulacji z ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r., mianowicie, że za zgodą rzecznika dyscyplinarnego postępowanie dyscyplinarne może wszcząć Minister Sprawiedliwości, co jakoś nie wywołuje niczyjzego zaniepokojenia. Jak to zatem jest, że to co nie szkodzi sędziom sądów powszechnych, tak bardzo szkodzi sędziom Trybunału Konstytucyjnego?

IX. Demokracja i państwo prawa w kontekście sporu o Trybunał Konstytucyjny

W rozważaniach Komisji Weneckiej stale przewija się zarzut, że ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r. łamie powszechnie akceptowane standardy międzynarodowe i europejskie, które powinny spełniać państwa należące do Rady Europy. Do tych standardów odwołuje się KW w najrozmaitszych kontekstach i konfiguracjach (por. pkt. 65, 71, 72, 78, 114, 124, 125, 143), by w punkcie 138 dojść do generalnego wniosku, że ustawa nowelizacyjna z dn. 22 grudnia 2015 r. pozostaje w konflikcie z trzema podstawowymi zasadami na których opiera się Rada Europy: demokracją, prawami człowieka i rządami prawa, a przez to także narusza „europejskie i międzynarodowe normy i standardy”.

Spróbujmy przeto dokonać analizy tych standardów europejskich i międzynarodowych, które ma naruszać ustawa z dn. 22 grudnia 2015 r. Zgodnie z art. 1.a Statutu Rady Europy „Celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności między jej członkami, aby chronić i wcielać w życie ideały i zasady, stanowiące ich wspólne dziedzictwo, oraz aby ułatwić ich postęp ekonomiczny i społeczny”. Z kolei art 4 (2) Traktatu o Unii Europejskiej wskazuje, iż „Unia szanuje (...) tożsamość narodową (państw członkowskich – LM), nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”.

Mamy wszelkie podstawy, by sądzić, że Komisja Wenecka w sposób błędny interpretuje pojęcie „wspólnego dziedzictwa” państw-członków Rady Europy, a tym samym wadliwie odtwarza wspólne standardy, które winny

respektować kraje należące do Rady Europy i Unii Europejskiej. Wbrew opinii Komisji wspólne dziedzictwo konstytucjonalizmu zachodniego, w tym konstytucjonalizmu europejskiego wywodzi się nie tylko z tradycji liberalnych, czy mówiąc dokładniej lewicowo-liberalnych, ale także z tradycji republikańskich, które wywarły i nadal wywierają znaczący wpływ na strukturę ustrojową i instytucjonalną zarówno krajów zachodniej Europy (Wielka Brytania, Francja czy Włochy), jak i krajów Europy Środkowo-Wschodniej (Polska, Węgry, Chorwacja), nie mówiąc już o takich krajach jak na przykład USA. Z naszego punktu widzenia podkreślić należy, że liberalna interpretacja Konstytucji jest niezgodna z polską tradycją i tożsamością konstytucyjną, która od czasów narodzin polskiego konstytucjonalizmu, we wszystkich swoich dokumentach, poczynając od Konstytucji z 3 maja 1791 aż po Konstytucję z 1997 r., **kładzie główny nacisk na republikańskie, a nie liberalne wartości**. Podkreślając rolę państwa jako obrońcy dobra wspólnego oraz strażnika praw i wolności obywateli a także znaczenie takich wartości w życiu społecznym jak patriotyzm, solidarność, przywiązania do tradycji i religii katolickiej, jako spoiwa łączącego ogromną większość obywateli nawiązuje ona właśnie do tradycji republikańskich polskiego konstytucjonalizmu. Zauważmy, że tradycja republikańska nie jest wroga ani prawom człowieka ani zasadom państwa prawa, ale żąda ich interpretowania w duchu dobra wspólnego a nie indywidualnych interesów i korzyści poszczególnych obywateli. Przypomnijmy słynne wezwanie Abrahama Lincolna z Gettysburga, by rządy ludu, były rządami dla ludu i sprawowanymi przez lud (*government of the people, by the people, for the people*), które stało się dewizą demokratycznego republikanizmu na całym świecie²². Wezwanie to do dziś inspiruje filozofów i polityków w reformowaniu instytucji liberalnych. Do tej właśnie tradycji nawiązują najwięksi filozofowie republikańscy czasów nam współczesnych poczynając od Hannah Arendt, Michaela Sandela, Philipa Pettita, Quentina Skinnera, ale również najwybitniejsi filozofowie liberalni z Johnem Rawlsem, Neilem MacCormickiem i Jürgenem Habermasem na czele²³. Fakt, że obecnie w Radzie Europy i UE większość mają zwolennicy opcji lewicowej i liberalnej nie może oznaczać ignorowania innych tradycji lub ich interpretowania w duchu lewicowego liberalizmu. W ten bowiem sposób „wspólne dziedzictwo” państw członkowskich Rady Europy i dewiza UE *in varietate concordia*, która miała oznaczać politykę szacunku dla tożsamości narodowych i konstytucyjnych wszystkich członków tej organizacji, staje się polityką brutalnego

22 Istnieje oczywiście również republikanizm arystokratyczny, taki na przykład jak w czasach republiki rzymskiej.

23 L. Morawski, *Filozofia prawa...*, op. cit., s. 179 i n.; idem, *Dwie wizje UE a problem tożsamości narodowej*, „Forum Prawnicze” 4-5, 2011, s. 3-19, idem, *O tożsamości konstytucyjnej Polaków*, „Prawo i Więzy” 1, 2012, s. 9-25 i cytowana tam literatura.

asymilacjonizmu – zmuszania narodów Europy Środkowo-Wschodniej do akceptacji tych zasad, na których opiera się życie społeczno-polityczne i ekonomiczne w krajach zachodnich²⁴. Nawiązując do J. Habermasa moglibyśmy nazwać ten rodzaj „jednoczenia się” prawną, kulturową i ekonomiczną kolonizacją państw Europy Wschodniej przez państwa zachodnie²⁵.

Należy przy tym stanowczo podkreślić, że Komisja Wenecka nie tylko w błędny, ale i tendencyjny sposób odtwarza standardy, które mają stanowić „wspólne dziedzictwo” krajów-członków Rady Europy. KW sugeruje, że istnienie Trybunału Konstytucyjnego wyposażonego w nieograniczone prawo do kontroli ustaw i innych aktów normatywnych jest międzynarodowym i europejskim standardem konstytucyjnym, który wiąże państwo polskie. W związku z tym należy zauważyć dwie rzeczy. Jeśli twierdzenie to ma się odnosić do krajów-członków Rady Europy, czy państw członkowskich UE, to twierdzenie to jest w oczywisty sposób błędne. Członkowie KW bardzo dobrze wiedzą, że instytucja sądu konstytucyjnego nie jest znana w takich krajach europejskich jak Anglia, Szwajcaria, Finlandia czy Holandia, a art. 120 konstytucji holenderskiej zabrania wprost sądom kwestionowania aktów parlamentu i wtrącania się w sprawy polityczne, społeczne i ekonomiczne (*hands-off-policy*)²⁶.

Jeśli zaś chodzi o Polskę, to wprawdzie instytucja Trybunału Konstytucyjnego jest instytucją konstytucyjną, ale instytucją konstytucyjną jest również Najwyższa Izba Kontroli, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, czy Rada Polityki Pieniężnej, a przecież nikt rozsądny nie będzie traktował ich jako wiążący po wsze czasy standard konstytucyjny. Do tego dodać należy, że TK jest instytucją stosunkowo młodą, wprowadzoną przez komunistyczne władze w celu wylegitymizowania tej władzy w oczach społeczeństwa. Komunistyczne pochodzenie tej instytucji, w której przez lata większość mieli komunistyczni sędziowie, czasem zwykli kolaboranci lub ich sojusznicy, kładzie się cieniem na funkcjonowaniu tej instytucji aż do dziś²⁷.

24 Na ten temat W. Kymlicka, W. Norman, *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford 2010.

25 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. II, Frankfurt am Main 1981, s. 522.

26 Por. na przykład W. Sadurski, *Prawo przed sądem...*, op. cit., s. 153, M. Cerar, *Slovenia's Constitutional Court within the Separation of Powers*, [w:] *Constitutional Justice. East and West Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, red. W. Sadurski, The Hague-London-New York 2002, s. 235; P.J. Van Kappen, *Judicial Policy Making in the Netherland: The Case-by-Case Method*, [w:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, red. M.L. Volcansek, Routledge 1993, s. 90.

27 W. Sadurski, *Prawo przed sądem...*, op. cit., s. 12.

Obrońcy Trybunału bronią się przed tego rodzaju zarzutami wskazując, że polski Trybunał, podobnie jak inne trybunały w naszej części Europy, ale także wiele trybunałów w Europie zachodniej (Włochy, Hiszpania, czy Portugalia), jest oparty na założeniach **modelu Kelsenowskiego**. Twierdzenie takie jest zresztą powszechnie powtarzane w polskiej i zagranicznej literaturze. Mam wątpliwości, czy takie jest rzeczywiście pochodzenie tego modelu. Twierdzę, że model sądu konstytucyjnego przyjęty w Polsce i wielu krajach zachodniej i wschodniej Europy **nie spełnia założeń semantycznych** modelu Kelsena i w istocie rzeczy ma niewiele wspólnego z tym, o co chodziło Kelsenowi. Zwolennicy tego twierdzenia zapominają bowiem, że Kelsen uzależniał prawomocność sądownictwa konstytucyjnego od tego, że przepisy konstytucyjne są zredagowane w maksymalnie ściśle i precyzyjny sposób oraz nie wypowiadają się w sprawach polityki państwa. W przeciwnym bowiem razie, zdaniem Kelsena, trybunały staną się instrumentem władzy sądów, a nie instrumentem kontroli władzy ustawodawczej²⁸. Model sądu konstytucyjnego w ujęciu Kelsena ma więc rację bytu tylko wtedy, gdy sąd ten jest ustawodawcą negatywnym, którego rola ogranicza się do sprawdzania zgodności ustaw ze ściśle zredagowanymi przepisami konstytucji, a nie prawodawcą pozytywnym, który partycypuje w procesach tworzenia prawa, wykorzystując do tego celu ogólne klauzule generalne, zasady i wartości konstytucyjne²⁹. Powstanie państwa opiekuńczego, którego modelowym wyrazem stała się konstytucja niemiecka z 1949 r. położyło jednak kres w Europie idei konstytucji negatywnej jako zbioru przepisów, które w maksymalnie precyzyjny sposób określają granice władzy państwowej i rozpoczęło erę konstytucji pozytywnych, które w swoich przepisach coraz częściej odwołują się do różnego rodzaju bardzo ogólnych i niedookreślonych norm³⁰. W tych warunkach Kelsenowski ideał sądu konstytucyjnego jako negatywnego ustawodawcy zostaje zastąpiony modelem sądu konstytucyjnego jako pozytywnego ustawodawcy, który *de facto* tworzy prawo lub partycypuje w procesach tworzenia prawa. Od czasów Harta i jego słynnych publikacji o otwartej strukturze języka prawnego (*open texture of law*) wśród logików, metodologów i lingwistów nie kwestionuje się tezy, że przepisy konstytucyjne są w mniejszym lub większym stopniu niedookreślone znaczeniowo i w zakresie ich niedookreśloności to sędziowie decydują o tym, jakie przypisać im znaczenie. Niewielką tylko pociechą może być twierdzenie, że władza prawodawcza sądów nie sięga tak

28 H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa...*, op. cit., s. 32 i n., 54.

29 Ibidem, s. 45.

30 Z tego powodu Cass R. Sunstein odróżnia wykładnię konstytucyjną, która jest przede wszystkim wykładnią niedookreślonych zasad i wartości od wykładni zwykłych ustaw, w których nadal dominują w miarę ściśle reguły (*Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford 1996).

daleko jak władza prawodawcza parlamentu czy rządu, gdyż jest do pewnego stopnia ograniczona tekstem konstytucji oraz obowiązującymi dyrektywami wykładni, które zresztą także w ogromnej większości przypadków są niedookreślone znaczeniowo³¹. Próby uczynienia z sądu konstytucyjnego nieomyłnej Pytii, próby przypisywania wyrokom TK rangi nieomal religijnego dogmatu, który skłonił Antonina Scalię do nazwania sędziów mułkami Zachodu (Ius et Lex 2009), jest w świetle tego, co współcześnie wiemy o języku i sposobach redagowania współczesnych konstytucji po prostu nieporozumieniem i nie zmienia tego faktu deklaracje sędziów konstytucyjnych, że odczytują oni jedynie poprawne znaczenie konstytucji. Treść uzasadnień sędziowskich musi być przystosowana do współczesnej wiedzy logicznej i metodologicznej o języku i powinna przedstawiać decyzję sędziowską jako rezultat argumentacyjnie uzasadnionego wyboru, zamiast wmawiać opinii publicznej, że tylko sędziowie TK posiadli tajemną sztukę odczytywania właściwego znaczenia Konstytucji. Dostrzegają ten fakt również niektórzy konstytucjonaliści. Tak na przykład K. Wojtyczek pisze, że tekst konstytucji to tylko puste ramy, które sąd konstytucyjny może wypełniać różną treścią czy też partytura, której można nadawać różne interpretacje. W rezultacie, zdaniem tego autora, Trybunał staje się *de facto* współposiadaczem władzy ustrojodawczej³².

Z drugiej jednak strony, jestem zdania, że gdy autor ten sugeruje, iż odpowiedzią na pogłębiający się kryzys parlamentaryzmu w latach siedemdziesiątych, osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku był gwałtowny wzrost znaczenia Trybunałów Konstytucyjnych, to myli on skutki z przyczynami, gdyż sądy konstytucyjne okazały się nie remedium na kryzys parlamentaryzmu, ale ważnym elementem, który go pogłębił i do niego się przyczynił³³. Nie sposób więc nie zgodzić się z twierdzeniem Wojciecha Sadurskiego, który skądinąd ocenia pozytywnie instytucję sądu konstytucyjnego, że to nie umacnianie TK, ale umacnianie mechanizmów uczestnictwa obywateli w życiu publicznym winno leżeć u podstaw budowy społeczeństwa demokratycznego³⁴. Żadne frazesy nie są bowiem w stanie logicznie wytłumaczyć zwykłemu obywatelowi, dlaczego kilku sędziów w oparciu o niedookreślone przepisy może anulować ustawę, która ma poparcie milionów obywateli.

To z tych powodów sędzia sądu konstytucyjnego i profesor uniwersytetu Eötvösa Lóránda w Budapeszcie Béla Pokol twierdzi, że na naszych

31 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 18, 61; T. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sadownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 64.

32 K. Wojtyczek: *Sądownictwo konstytucyjne...*, op. cit., s. 242, 244, 266, 276.

33 Ibidem, s. 280.

34 W. Sadurski, *Prawo przed sądem...*, op. cit., s. 407.

oczach tworzy się nowa forma rządu, którą nazwał on systemem jurystokratycznym, a którą ja będę nazywał systemem trybunalskim. W wielu krajach zarówno naszej części Europy (Polska, Węgry i inne kraje postkomunistyczne), jak i w krajach zachodnich (Niemcy, Włochy, Portugalia, Hiszpania, Grecja) system trybunalski zastępuje tradycyjne systemy prezydenckie i parlamentarno-gabinetowe oraz ich różne odmiany. Wyróżniającą cechą systemu trybunalskiego jest prymat TK nad władzą ustawodawczą i wykonawczą, ponieważ TK może unieważniać wszystkie lub niemal wszystkie akty parlamentu i rządu i w ten sposób blokować politykę parlamentu i rządu **oraz** monopol decyzyjny TK w sprawach konstytucyjnych i niepodważalność jego decyzji. Pokol dodaje do tego, że w sytuacji, gdy TK znajdzie się w rękach opozycji, system trybunalski staje się wystarczającym instrumentem kontroli przez opozycję polityki parlamentu i rządu nawet wtedy, gdy parlament i rząd mają poparcie zdecydowanej większości społeczeństwa. Parlament może się obronić przed dyktatem trybunalskim tylko wtedy, gdy posiada – jak na Węgrzech – większość konieczną do zmiany konstytucji³⁵. Gdy przyjrzymy się tym faktom, to staje się zrozumiałe dlaczego Viktor Orbán, który doprowadził na Węgrzech do zmiany konstytucji (dysponował wymaganą większością konstytucyjną 2/3), wywołał tak wściekłe i niewybredne ataki ze strony lewicy i liberałów. Nie od rzeczy będzie wskazać, że, podobnie jak w Polsce, reformy Orbána cieszą się zdecydowanym poparciem większości społeczeństwa i natrafiają na równie zaciekły sprzeciw ze strony tych, którzy utracili władzę, wpływy i przywileje.

Spór o ustawę z dn. 22 grudnia 2015 r. jest jednak nie tylko sporem o dwa różne sposoby interpretowania naszej Konstytucji, ale również **sporem o dwie różne wizje sądownictwa konstytucyjnego** w naszym kraju. Obecny Sejm i jego zwolennicy jednoznacznie opowiadają się za doktryną wstrzeźliwości sędziowskiej i żądają, by Trybunał powstrzymywał się od nadmiernego aktywizmu i blokowania polityki rządu na podstawie niejasnych i niedookreślonych kryteriów od których aż się roi w polskiej Konstytucji. Przeciwnicy ustawy z dn. 22 grudnia 2015 r. po utracie władzy ustawodawczej i wykonawczej chcą z kolei, w duchu aktywizmu sędziowskiego, w maksymalnym stopniu rozszerzyć władzę Trybunału, w którym widzą obrońcę swoich interesów. Każdy członek Komisji Weneckiej jednak dobrze o tym wie, że spory między zwolennikami aktywizmu a wstrzeźliwości sędziowskiej mają miejsce na całym świecie i Polska nie jest tu wyjątkiem. Przeciwnicy ustawy wprowadzają przy tym w błąd opinię publiczną, twierdząc, że jedynym dopuszczalnym modelem kontroli konstytucyjności ustaw jest model wzorowany na niemieckim sądownictwie konstytucyjnym, a każda próba

35 Szeroko na ten temat w tym numerze Béla Pokol, *Jurystokratyczna forma rządów...*, op. cit.

jego przekształcenia czy reformy jest zamachem na prawa obywateli, instytucje demokratyczne i same podstawy państwa prawa.

Należy przy tym stanowczo podkreślić, że spór między Sejmem, rządem i Prezydentem z jednej strony a opozycją z drugiej strony mieści się całkowicie w granicach tego, co można nazwać demokratyczną debatą, w której wszystkie strony konfliktu mogą się wypowiadać w całkowicie swobodny sposób i prezentować swój punkt widzenia. W debacie tej każdy może zabrać głos i nikt go nikomu nie odbiera. Debata ta jest powszechnie obecna w prasie, radiu i telewizji, a obywatele swoim przekonaniom dają wyraz w licznych demonstracjach i protestach odbywających się pod ochroną policji. Powstaje więc pytanie, o jakim i czym zamachu na prawa i wolności obywatelskie mówimy?

Na koniec jeszcze jedna uwaga. Nie chcę nikogo przekonywać do swoich argumentów, bo w sporze w którym główną rolę grają emocje jest to niemożliwe. Proroctwa słowa Czesława Znamierowskiego, że w naszym życiu publicznym wielką rolę odgrywa uczucie nienawiści, niestety nadal zachowują swoją aktualność³⁶. Chcę tylko, by nastawiony obiektywnie Czytelnik zrozumiał, że w sporze o Trybunał nie jest tak, że jedna ze stron tego sporu ma rację, a druga we wszystkim się myli, a tak właśnie napisała swoją opinię Komisja Wenecka. Opinia ta jest bowiem stronnicza, nierzetelna, nieobiektywna i pełna fundamentalnych błędów, co dyskwalifikuje ją jako ekspertyzę prawną i badawczą.

36 Cz. Znamierowski, *Konstytucja styczniowa i Ordynacja wyborcza*, Warszawa 1935, s. 127.

Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*

Judicial Activism and Polish Matters

Polish constitutional discussions are based on two different questions. The first one concerns the way the Constitution should be read. The second one concerns the vision of the whole constitutional judiciary. The author claims that the institution of the "judicial review" have changed over the years and the way it looks in Europe right now undermines the very bases of the democratic societies. Citizens cannot understand why should few gentlemen change bills passed by Parliament whereas those bills can be either expected by the people who express their will in different ways or simply passed by those who were democratically elected.

Lech Morawski

Polskie spory konstytucyjne dotyczą przede wszystkim dwóch kwestii: (1) sporu o to **jak należy interpretować polską Konstytucję**, w którym to sporze obóz rządowy i opozycja przedstawiają dwie różne koncepcje ustroju naszego państwa, które można uzasadnić na gruncie przepisów naszej Konstytucji. W tym miejscu tą kwestią nie będziemy się jednak szerzej zajmować; (2) sporu o **dwie różne wizje sądownictwa konstytucyjnego**.

Obecny Sejm i jego zwolennicy jednoznacznie opowiadają się za doktryną wstrzemięźliwości

* Tekst ten stanowi osnowę referatu, który miał zostać wygłoszony na konferencji naukowej organizowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości w czerwcu bieżącego roku. Konferencja została jednak odwołana. Artykuł nawiązuje do mojej publikacji *Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej z 22 grudnia 2015 roku – analiza krytyczna* („Prawo i Więź” nr 15, 2016), zawiera jednak cały szereg nowych argumentów.

sędziowskiej (pasywizmu sędziowskiego) i żądają, by TK powstrzymał się od nadmiernego aktywizmu i blokowania polityki rządu na podstawie niejasnych i niedookreślonych kryteriów, od których aż się roi w polskiej Konstytucji. Przeciwnicy obecnego rządu chcą z kolei umocnienia pozycji TK, w którym widzą gwaranta państwa prawa i swobód obywatelskich, no i oczywiście, a może przede wszystkim, gwaranta zachowania korzystnego dla nich *status quo*.

Gdy kilkadziesiąt lat temu powróciłem ze stypendium Humboldta u prof. Roberta Alexego, napisałem kilka artykułów o aktywizmie i pasywiźmie sędziowskim, w których – zapewne pod wpływem Alexego – w entuzjastyczny sposób broniłem aktywistycznej wizji TK, który winien nas bronić przed wszelkimi możliwymi nieszczęściami¹. Dzisiaj, pod wpływem obserwacji tego, co dzieje się w naszym kraju, moje poglądy uległy radykalnej zmianie. Uważam, że od czasu, gdy Amerykanie wymyślili *judicial review*, Europejczycy zniekształcili tę instytucję w taki sposób, że zaczyna ona zagrażać samym podstawom społeczeństwa demokratycznego². Twierdzę, że żadne frazesy nie są w stanie wytłumaczyć zwykłemu obywatelowi, dlaczego to kilku starszych panów, w polskim przypadku pięciu lub trzech sędziów, nie raz większością tylko jednego głosu, może unicestwić ustawę, której uchwalenia domagają się miliony obywateli, a w każdym razie zdecydowana większość wyborców.

Nie chcę tutaj prowadzić akademickich sporów, co to takiego jest aktywizm i pasywiźm sędziowski, i dla naszych potrzeb przyjmę następującą konwencję znaczeniową.

Aktywizm sędziowski

1. Sędzia nie musi się ściśle trzymać litery prawa, może odwołać się bezpośrednio do względów słuszności czy sprawiedliwości, jeśli uzna, że jest to konieczne dla ochrony swobód obywatelskich.
2. Z tych samych względów sędzia może korygować istniejące reguły, a nawet tworzyć reguły całkowicie nowe.

1 Por. m. in. L. Morawski, *Stressing – The Controversy Between Judicial Passivism and Activism*, [w:] *Stressing Legal Decisions*, red. T. Biernat et al., Cracow 2003; idem, *Główne problemy filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 283; idem, *Czy sądy mogą się angażować politycznie*, „Państwo i Prawo” nr 3, 2006; idem, *Two Doctrines of Judicial Application of Law*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy: between modern and post-modern jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Kraków-Warszawa 2008; idem, *Legal Policy and Courts*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy...*, op. cit., s. 174-195.

2 L. Morawski, *Filozofia prawa*, Toruń 2014, s. 226.

3. Sędzia może i powinien angażować się politycznie w obronę naczelných wartości konstytucyjnych. Większość aktywistów stanowczo podkreśla jednak, że sędzia nie powinien bezpośrednio bronić interesów określonych partii czy stronnictw politycznych. Odwołując się do języka Bruce'a Ackermana, sędziom wolno jest uprawiać politykę konstytucyjną, ale nie jest wolno uprawiać polityki normalnej czy partykularnej³.

Pasywizm sędziowski

1. Sędzia musi ściśle trzymać się litery prawa.
2. Sędziego obowiązuje zakaz korygowania istniejących reguł, a tym bardziej tworzenia nowych.
3. Sędzia winien trzymać ręce z dala od polityki i pozostawić uprawianie polityki parlamentowi, rządowi, partiom i stowarzyszeniom obywateli.

W przypadku polskiego TK uzasadnienie tezy, że jest to sąd skrajnie aktywistyczny, jest jednak podwójnie skomplikowane, a to z następującego względu. W oficjalnej frazeologii i retoryce, polski TK stale i z naciskiem podkreśla, że trzyma się ściśle litery prawa i zawsze stoi na jego straży. W praktyce konstytucyjnej sąd ten bezustannie tworzy nowe reguły oraz modyfikuje już istniejące i to w takim natężeniu, że możemy go uznać za jeden z najbardziej aktywistycznych sądów na świecie. Ze względu na podwójne oblicze polskiego TK, który co innego mówi, a co innego robi – możemy to nazwać schizofrenią prawniczą – naszą analizę musimy przeprowadzić w dwóch krokach. Pierwszy krok to zdemaskowanie twierdzenia, że TK w swoim orzecznictwie tylko odczytuje treść obowiązujących przepisów. Krok drugi zakłada przedstawienie dowodów skrajnego aktywizmu tego sądu. Podczas lektury przedstawionej niżej argumentacji należy ponadto mieć na uwadze fakt, że tych dwóch form działalności TK nie da się ściśle oddzielić od siebie, gdyż niejako towarzyszą one sobie i przeplatają się wzajemnie.

I. Klasycznym przykładem pasywistycznej retoryki naszego TK może być słynna uchwała TK z dn. 7.03.1995 (W 9/94), w której Trybunał stwierdza, że „w wykładni swej niczego nie ujmuje ani niczego nie dodaje do systemu obowiązujących norm, a tylko stwierdza jaka jest treść tych norm”. Twierdzenie to jest rażąco sprzeczne z praktyką orzeczniczą Trybunału, który od samych początków swojego istnienia nagminnie koryguje treść obowiązujących przepisów, a często tworzy całkowicie nowe zasady i reguły o fundamentalnym znaczeniu dla ustroju całego państwa. Niech przykładem będzie choćby klauzula państwa prawnego z art.2 Konstytucji, z której to klauzuli

3 B. Ackerman, *Constitutional Politics, Constitutional Law*, „Yale Law Journal” 3, 1989, s. 461; idem, *The Storrs Lecture: Discovery of the Constitution*, „Yale Law Journal” 93, 1984.

wyprowadził cały ogrom zasad z tak niejasnymi i niedookreślonymi zasadami jak słynne zasady przyzwoitości legislacyjnej, zasada określoności przepisów prawa czy zasadę ochrony praw słusznie nabytych. Nie trzeba wiele, by zdać sobie sprawę z tego, że w oparciu o takie zasady można uzasadnić niemal każde stanowisko. Jeśli dobrze pamiętam, to Lech Garlicki uznał, mając na uwadze kreatywność TK, że w Polsce mamy dwie konstytucje: konstytucję z 1997 oraz konstytucję, którą stworzył sam TK⁴.

Skrajnym przykładem aktywizmu trybunalskiego w ostatnim czasie może być konstrukcja „pominięcia legislacyjnego”, do której TK odwołuje się w tegorocznej informacji o problemach wynikających z działalności i orzecznictwa TK oraz w wyroku z dn. 9 marca 2016 (K 47/15). W myśl tej konstrukcji TK ma prawo pominać każdą ustawę i każdy inny akt normatywny, który w jego przekonaniu utrudnia lub blokuje funkcjonowanie tej instytucji.

Tego rodzaju fakty stawiają polski TK w szeregu najbardziej aktywistycznych sądów na świecie, który z powodzeniem może konkurować z Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej i jego słynnymi zasadami prymatu oraz bezpośredniego stosowania prawa unijnego.

II. Retoryka pasywistyczna TK opiera się na założeniu, że istnieje coś takiego jak jedno poprawne czy też właściwe znaczenie każdej normy prawnej i każdy kompetentny prawnik – właśnie taki, z jakich składa się TK – może to znaczenie odkryć. Konstrukcja jednego i poprawnego znaczenia normy pozostaje jednak, przynajmniej od czasów Friedricha Waismanna oraz H. L. A. Harta i ich słynnej konstrukcji *open texture of law*, w rażącej sprzeczności z tym, co wiemy o semantyce języka prawnego⁵. Język prawny jest zasadniczo odmianą języka potocznego i, pomijając przypadki niektórych pojęć ilościowych i empirycznych, pojęcia tego języka są otwarte czy też niedookreślone znaczeniowo i w takich sytuacjach to właśnie sąd lub inny użytkownik języka określa znaczenie tych pojęć. Twierdzenie więc, że istnieje jakiś podmiot wyposażony w cudowną moc odkrywania znaczeń języka w każdej możliwej sytuacji, choćby to miał być polski TK, jest niezgodne z elementarną wiedzą logiczną i lingwistyczną.

III. TK próbuje uzasadnić swoje stanowisko odwołując się do autorytetu Hansa Kelsena. TK, odpowiadając na zarzut komunistycznego rodowodu instytucji TK w naszym kraju, podnosi, że polski model sądu konstytucyjnego opiera się na modelu Kelsenowskim. Kelsen twierdził, że jeśli sąd konstytucyjny ma być organem jedynie sprawdzającym zgodność aktów normatywnych

4 Szeroko na ten temat E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w konstytucji RP na tle orzecznictwa TK*, Toruń 2003, s. 380.

5 F. Waismann, *Verifiability*, [w:] *Logic and Language*, red. A. G. N. Flew, Oxford 1963; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 119.

z konstytucją, a więc – w jego terminologii – „ustawodawcą negatywnym”, a nie „ustawodawcą pozytywnym”, który koryguje lub tworzy nowe reguły, to tekst konstytucji powinien spełniać określone wymogi semantyczne. Z tego powodu Kelsen był zdania, że instytucja sądu konstytucyjnego ma sens tylko wtedy, gdy tekst konstytucji jest w maksymalnym stopniu jednoznaczny i precyzyjny. Z tego też względu Kelsen był zdania, że w konstytucjach należy unikać klauzul generalnych, odwoływania się do takich pojęć jak słuszność czy sprawiedliwość, bo wtedy sąd nie orzeka o zgodności aktu normatywnego z konstytucją, ale o jego zgodności z tym, co sędzia uważa za słuszne lub sprawiedliwe⁶. Polska Konstytucja naszpikowana klauzulami generalnymi, odwołaniami do mniej lub bardziej nieokreślonych celów lub wartości w oczywisty sposób nie spełnia założeń semantycznych modelu Kelsenowskiego i w gruncie rzeczy ma niewiele wspólnego z tym, o czym myślał Kelsen, gdy tworzył ideę trybunału konstytucyjnego.

Na marginesie nasuwa się uwaga, że polski TK nie jest tutaj żadnym wyjątkiem. Proces erozji konstytucji negatywnej, która jednoznacznie określa granice władzy państwowej, a wraz z tym proces erozji idei sądu konstytucyjnego jako „negatywnego ustawodawcy”, rozpoczął się w Europie już w latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku wraz z ekspansją ideologii państwa opiekuńczego. Dobitym tego wyrazem stała się konstytucja niemiecka z 1949 roku i zasadniczo zdecydowana większość konstytucji europejskich, które powstały w drugiej połowie XX wieku.

IV. Nie wytrzymuje krytyki również twierdzenie, że polski TK jest bezstronnym arbitrem w sporach politycznych między rządem a opozycją, gdyż jest oczywiste, że obecnie otwarcie wspiera on opozycję oraz ideały liberalizmu politycznego i ekonomicznego, a nie ideały republikańskie za którymi zdaje się opowiadać obóz rządowy. Uwikłanie polityczne polskiego TK, podobnie jak innych trybunałów w naszej części Europy, jest zresztą oczywiste od samego początku istnienia tej instytucji. W sporze o lustrację i dekomunizację polski trybunał, podobnie jak większość trybunałów w postkomunistycznej Europie – pewnym wyjątkiem były tylko sądy konstytucyjne na Węgrzech i w Czechach – jednoznacznie opowiedział za interesami postkomunistycznego establishmentu. W niektórych przypadkach zaangażowanie polityczne

6 Opieram się tutaj na niewielkiej książeczce Hansa Kelsena, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przeł. B. Banaszekiewicz, Warszawa 2009 (tytuł oryginału: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, „Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer” z. 5, Berlin-Leipzig 1929 – publikacja ta stanowi zapis referatu wygłoszonego przez Hansa Kelsena we Wiedniu w dniach 23-24 kwietnia 1928 roku).

sędziów jest tak głębokie, że bez cienia przesady można ich nazwać żołnierzami partii politycznych (*party-soldiers*).

Jak stąd widać, autolegitymizująca ideologia TK, w myśl której Trybunał w bezstronny sposób odczytuje właściwe znaczenie przepisów Konstytucji i innych aktów normatywnych, rozpada się w puch w konfrontacji z faktami. Nie widzę również żadnych możliwości, by TK mógł uporać się z tradycyjnymi argumentami, które od lat wysuwa się przeciw aktywizmowi sędziowskiemu⁷. Przypomnijmy te argumenty.

1. TK brak jest demokratycznej legitymacji do tworzenia prawa. W świetle polskiej Konstytucji władza prawodawcza należy do parlamentu i rządu, a nie do sądów. Sędzia węgierskiego sądu konstytucyjnego, prof. Béla Pokol, przypomniał nam ostatnio, że na naszych oczach tworzy się nowa forma rządu, którą możemy nazwać systemem trybunalskim, a która w krajach postkomunistycznych i niektórych krajach zachodnich (Niemcy, Włochy, Portugalia, Hiszpania, Grecja) zaczyna wypierać tradycyjne formy systemy prezydenckiego i parlamentarno-gabinetowego. Istotą systemu trybunalskiego jest monopol decyzyjny TK w sprawach konstytucyjnych, który pozwala mu zakwestionować niemal każdy projekt prawodawczy parlamentu oraz rządu i w ten sposób sprawować nad nimi kontrolę. Sędzia Pokol trafnie przy tym zauważa, że gdy TK znajdzie się w rękach opozycji, to staje się skutecznym instrumentem hamowania i blokowania dowolnych poczynań legislacyjnych Sejmu i rządu. Jego zdaniem nie ma innego sposobu poskromienia władzy trybunału niż radykalna zmiana konstytucji⁸.

2. TK i sądy nie dysponują odpowiednim zapleczem instytucjonalnym i finansowym, by móc w kompetentny sposób tworzyć prawo. Sytuacja, gdy parlament i rząd są zmuszone do tworzenia prawa pod dyktando Trybunału grozi nieobliczalnymi konsekwencjami, ponieważ okazuje się, że kilku sędziów wpartych opiniami biegłych czy ekspertów może rozstrzygać najbardziej skomplikowane problemy, powiedzmy z zakresu przemysłu handlu, ochrony zdrowia czy ochrony środowiska, z którymi przez lata zmagają rozliczne instytucje oraz sztaby naukowców, ekspertów.

3. Najpoważniejszy jednak zarzut przeciwko aktywizmowi sędziowskiemu mówi, że sędziowie nie ponoszą żadnej odpowiedzialności – ani politycznej, ani prawnej – za podejmowane decyzje. Skoro ktoś nie ponosi odpowiedzialności politycznej, to niech trzyma ręce z dala od polityki. Taki jest sens słynnej *hands-off-policy*, którą Holendrzy uzasadniają konieczność daleko

7 Por. prace cytowane w przypisie 2.

8 B. Pokol, *Jurystokratyczna forma rządów i jej strukturalne aspekty*, przeł. A. Czarnecka, „Prawo i Więź” nr 15, 2016, s. 95 i n.

posuniętej wstrzemięźliwości sędziowskiej w sprawach, w których sędziowie nie ponoszą odpowiedzialności politycznej i finansowej, zwłaszcza wtedy, gdy ich rozstrzygnięcie wymaga wiedzy eksperckiej⁹.

Przyjrzyjmy się teraz tym postanowieniom ustawy z dn. 22 grudnia 2015 o Trybunale Konstytucyjnym, które budzą największy sprzeciw opozycji i spróbujmy wskazać na ich zasadność z punktu widzenia założeń doktryny wstrzemięźliwości sędziowskiej. Rząd chce **podnieść quorum i wprowadzić większość kwalifikowaną** (z tego ostatniego postulatu ostatnio zrezygnował) dlatego, iż nie zgadza się z taką wizją sądownictwa konstytucyjnego, w której kilku sędziów, nieraz jednym głosem, może obalić ustawę, której uchwalenia domaga się nieraz ogromna większość obywateli (blisko 80% obywateli chciało wprowadzenia ustaw lustracyjnych i dekomunizacyjnych, a TK ustawicznie je torpedował). Rząd jest zdania, że obalenie ustawy może mieć miejsce tylko wtedy, gdy opowiada się za nim przygniatająca większość sędziów, a sprzeczność z konstytucją nie budzi żadnych wątpliwości. Zbyt łatwe procedury obalania ustaw godzą bowiem w same podstawy demokracji i w gruncie rzeczy zastępują władzę ludu władzą sądów. Przypomnijmy więc, że to sam Kelsen żądał, by w ważnych sprawach trybunały podejmowały decyzje większością kwalifikowaną, chciał by narady sędziowskie były jawne, a możliwość kwestionowania ustaw została ograniczona trzy- lub pięcioletnim terminem zawitym¹⁰.

Rząd chce, by sprawy były co do zasady rozstrzygane **w porządku chronologicznym**, aby tym samym zapobiec jakimkolwiek manipulacjom składami sędziowskimi. Z punktu widzenia elementarnych postulatów *fair trial* rozwiązaniu temu trudno jest cokolwiek zarzucić.

W istocie rzeczy tym wszystkim argumentom TK i opozycja przeciwstawiają tylko jeden poważny kontrargument, który możemy nazwać **argumentem z paralizu Trybunału**, gdyż zdaniem opozycji wprowadzenie podwyższonego *quorum*, większości kwalifikowanej i reguły chronologicznej, w nieuchronny sposób zablokuje lub znacznie utrudni funkcjonowanie trybunału. Argument z paralizu Trybunału opiera się jednak również na wątpliwych przesłankach.

Po pierwsze, zauważyć należy, że ogromna większość spraw rozstrzyganych przez Trybunał dotyczy skarg konstytucyjnych (w ubiegłym roku 375 spraw z ogółu 500 spraw, którymi zajmował się TK), a te są rozstrzygane w składzie 7 lub 3 osobowym. Co więcej, Prezes TK może w tych sprawach skrócić czas oczekiwania na rozprawę o połowę. Trudno jest więc poważnie

9 P. J. van Kappen, *Judicial Policy Making in the Netherland: The Case-by-Case Method*, [w:] *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, red. M. L. Volcansek, London-New York 1993, s. 90.

10 H. Kelsen, *Istota i rozwój...*, op. cit.

mówić o możliwości paraliżu TK, tym bardziej że podobne procedury są spotykane w innych krajach.

Po drugie, twierdzenie, że wyższe *quorum*, większość kwalifikowana i reguła chronologiczna prowadzą do paraliżu Trybunału, opiera się na subiektywnych przeświadczeniach niektórych sędziów i nachalnej propagandzie opozycji i nie jest wsparte żadnymi badaniami. Jak dotychczas subiektywne przeświadczenia nie stanowią dowodu w postępowaniu sądowym i nie na nich powinien opierać się sąd.

Gdy przyjrzymy się konstrukcji pominięcia legislacyjnego i wywodom TK o *quorum*, większości kwalifikowanej i regule chronologicznej, to dochodzimy do smutnego wniosku, że TK może rozstrzygać na podstawie przepisów, które sam sobie wybrał, w kolejności jaką uważa za stosowną, w składzie jakim chce, przy *quorum* jakim chce i większością jaką sobie wybrał. Nie wiem, co to ma wspólnego z ideałami państwa prawa, których tak broni TK.

Agata Czarnecka

Lech Morawski 1949-2017. Wspomnienie*

Agata Czarnecka

Droga Rodzino,
Panie Ministrze,
Pani Prezes Trybunału
Konstytucyjnego,
Dostojni Goście,

„Jakże tak można, pośrodku rozmowy / Zniknąć i nawet nie powiedzieć »wróć« / I dom od razu mieć wielo-
echowy / Skąd żadnej wieści, tylko szum zakłóceń?”

Tak pisał Czesław Miłosz po śmierci swojego wieloletniego przyjaciela – księdza Józefa Sądziaka. Za każdym razem, gdy odchodzi ktoś bliski, wraca do mnie ten fragment nieukończoną ilość razy.

Pan Profesor Lech Morawski chciał być poetą. Część z Państwa pewnie słyszała tę historię z lat jego młodości, gdy to Pan Profesor postanowił pisać wiersze. Napisał więc ich kilka. Włożył do szuflady. Po kilku dniach wyjął i przeczytał je ponownie.

* Mowa wygłoszona podczas uroczystości pogrzebowych
prof. Lecha Morawskiego

Doszedł do wniosku, że są zdecydowanie gorsze niż wiersze jego ukochanego Tuwima i w związku z tym Pan Profesor jednak poetą nie zostanie. To wspomnienie mówi jednak więcej o Zmarłym niż mogłoby się wydawać.

Ci z Państwa, którzy znali Pana Profesora bliżej, wiedzą, że kochał poezję, uwielbiał sztukę, że potrafił dostrzec piękno tam, gdzie było ono czasem nieoczywiste, a czasem skrętnie ukryte. Odnajdywał je zarówno w dziko kwitnących kwiatach, frontach – czasem mocno zniszczonych – secesyjnych kamienic, jak i starannie wykonanych ikonach. Bo dla Pana Profesora świat był po prostu bardzo interesujący. Nawet gdy czasem toczył z tym światem spór, to nigdy nie przestawał być nim zafascynowany. Kiedy Pan Profesor był kierownikiem naszej katedry i spędzaliśmy ze sobą czas na dyżurach, pytał wychowanków właściwie o wszystko. Jak jest na tej Maderze, na której się było na wycieczce? Czy silnik diesla w audi naprawdę rzadko szwankuje? Czy ten tablet nie ma za małej klawiatury? I tak dalej.

Wracając do chęci bycia poetą – w niej ukryta jest jeszcze jedna prawda o Panu Profesorze Morawskim. Pan Profesor był bowiem prymusem. Kilką lat temu powiedziałam mu, że tak o nim mówiliśmy, wówczas zaśmiał się, ale nie zaprzeczył. Pan Profesor, gdy zaczynał się czymś zajmować, starał się to robić jak najlepiej. Żeby napisać artykuł, czytał opasłe tomy książek. Gdy został powołany do Trybunału Konstytucyjnego, czytał ustawy i godzinami uczył się procedur. W nauce, odwrotnie niż w sztuce, Pan Profesor nie afirmował, ale był zawsze krytyczny. Każdy z nas – jego wychowanków – dostawał wraz ze swoim doktoratem zeszyt w kratkę, zapisany licznymi uwagami. Pan Profesor namawiał nas do podważania, dyskutowania, krytykowania, do tego by nie przyjmować tego co cudze, ale szukać zawsze własnych dróg. Sam też taką drogą szedł, nawet jeśli była ona trudna, wymagająca i mogła skazywać go na niezrozumienie.

Panie Profesorze, w imieniu uczniów Pana Profesora, chciałam się z Panem Profesorem pożegnać. Teraz przed Panem Profesorem prawdziwe „drugie żeglowanie” i nowe wyzwania. Tam wysoko na pewno też są zdania odrębne do wygłoszenia. Tam, Panie Profesorze, jest już Hart, Rawls czy Dworkin i będzie Pan Profesor mógł do woli dyskutować o ich pracach. Kiedyś magistranci Pana Profesora zastanawiali się nad wykładnią przepisów, która będzie obowiązywać przed Sądem Ostatecznym. Teraz wiemy, że gdy się wszyscy spotkamy, Pan Profesor będzie już miał dla nas podręcznik. Panie Profesorze, mi osobiście jest niezwykle trudno zaakceptować fakt, że mówię te słowa po raz ostatni i że nie odpowie Pan Profesor swoim zwykłym „to na razie”. Dziękuję, Panie Profesorze. Będzie nam Pana Profesora już zawsze dotkliwie brakowało. Do widzenia, Panie Profesorze.



JANUSZ OSSOWSKI

Spółeczne instytucje oszczędności i kredytu w Polsce do 1939 roku

Słownik historyczny

SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

- chrzest, miłosierdzie i rozwój społecznych instytucji finansowych w Polsce
- organizacja kredytu krótko- i średnioterminowego w okresie zaborów: instytucje komunalne i spółdzielcze
- organizacja kredytu długoterminowego w okresie zaborów i w II RP
- komunalne kasy oszczędności oraz kasy Stefczyka, banki ludowe, kasy kredytu bezprocentowego w II RP
- sylwetki polskich organizatorów, działaczy i protektorów społecznych instytucji finansowych (wybór)
- dodatek: wykaz spółdzielni finansowych i komunalnych kas oszczędności zlikwidowanych w l. 1948–1951

Spółdzielczy Instytut Naukowy, Sopot 2017, ISBN 978-83-938964-8-6, format A4, 606 stron

SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

Od neoliberalizmu do nekolonializmu

Czwierć wieku transformacji ustrojowej w Polsce

Grażyna Ancyparowicz



Biblioteka kwartalnika naukowego „Pieniądze i Więź”
Sopot 2015

SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

Matt Davis

Wejdźcie do gry!

O tym, jak unie kredytowe mogą przyciągać uwagę członków, rozwiązywać problemy i dbać o doskonalenie umiejętności dzięki myśleniu w kategoriach gier



RAPORT
ROK VIII
ISSN 1506-7513

1/2017

www.sin.edu.pl

www.p-i-w.edu.pl

Czytaj PIENIĄDZE I WIĘŹ, kwartalnik naukowy wydawany od 1998 r.

Nr
75

0000
55 zł
W WYDZIALE

PIENIĄDZE i WIĘŹ

KWARTALNIK NAUKOWY ROK XX NUMER 2 (75) LATO 2017 ROK

ISSN 1606-7613



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.p-i-w.edu.pl • www.sin.edu.pl

W najnowszym numerze m.in.:

Społeczne funkcje spółdzielczości w myśli ekonomicznej Franciszka Stefczyka na podstawie wybranych publikacji (Jerzy Jankowski)

Odpowiedzialność materialna pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych (Piotr Kotarski, Cezary A. Małozieć, Mateusz P. Szerkus)

Spółdzielnia europejska (CCE) w świetle międzynarodowych zasad spółdzielczych (Dominik Bierecki)

Podatność Unii Gospodarczej i Walutowej na szoki asymetryczne (Eugeniusz Gostomski, Tomasz Michałowski)

Zamów Pieniądze i Więź oraz Prawo i Więź poprzez stronę www.sin.edu.pl

poczta elektroniczną: sin@sin.edu.pl

lub pisząc na adres:

Spółdzielczy Instytut Naukowy

81-743 Sopot

ul. Władysława IV 22